

製薬会社が処方医に対して行うディテリング活動のためのデータマイナーズによる処方者識別情報の取得・使用規制が内容及び話者に基づく営利的言論規制であり高められた (heightened) 審査が妥当するとされた事例

—Sorrell v. IMS Health Inc., 564 U.S. 552 (2011)—

(愛媛大学人文社会科学部研究科研究生) 檜垣宏太
(社会科教育講座) 中曾久雄

On Sorrell v. IMS Health Inc.

—Does data mining marketing deserve protected speech and heightened scrutiny?—

Kota HIGAKI and Hisao NAKASO

(2021年9月1日受理)

目次	2 合理性の基準が適用されるべき理由
第1 はじめに	3 話者及び内容に基づく規制への「高められた」審査の適用は営利的言論規制にはなじまない
1 日本における営利的言論法理の現在地	4 セントラルハドソンテストの下でも合憲である
2 課題	5 結論
第2 事実の概要	第5 研究
第3 ケネディ法廷意見	1 「高められた heightened」審査とは何か
1 §4631(d)の解釈	2 データマイナーズの情報取得・分析行為の規制
2 内容及び話者に基づく営利的言論規制には「高められた heightened」審査が妥当する	3 ブライア反対意見の分析とその展開可能性
3 経済規制・行為規制及び偶然的規制ではない	4 結論と展望
4 情報の創造及び伝達は修正 1 条で保護された言論であるが、本件ではこの点について判断する必要はない	
5 セントラルハドソンテストすら超えられない	
6 結論	
第4 ブライア反対意見	
1 文脈アプローチの必要性	

第1 はじめに

1 日本における営利的言論法理の現在地

日本国憲法 21 条 1 項は「表現の自由」を保障している。その保障の一つとして、表現の内容に基づく規制の正当化のためには厳格審査の基準（立法目的が「やむにやまれぬ必要不可欠な公共的利益」であること、規制手段が「立法目的を達成するために是非とも必要な必要最小限度のもの」であること）をクリアしなければならない¹、そのことを政府側が主張立証しなければならないとされる²。これは内容中立性原則を示したものであると考えられる。内容中立性原則とは、「表現内容に基づく制約と表現内容中立的な制約を区別し、表現内容に基づく制約には最も厳格な審査を適用し、最も手厚い保護」が与えられるという原則³である。かかる内容中立性原則の例外に、名誉毀損や猥褻、喧嘩言葉など無価値ないし低価値言論と呼ばれる類型がある⁴。このような例外類型の一つに、営利的言論がある。営利的言論の定義は明確でないものの、一般には「商品購入を申し出る以上のものではない言論」⁵あるいは「単に話者及び聴者の経済的利益にのみ関係する表現」⁶という

ように、表現内容に基づいて定義される⁷。この営利的言論について、(1)表現の自由の保護範囲からは外れるものの営業の自由(憲法 22 条 1 項)の保護範囲に入りその限度での保護が与えられるのか、(2)表現の自由の保護範囲に入るものの政治的言論等伝統的に保護されてきた言論よりは低い程度の保護しか与えられないのか、(3)表現の自由の保護範囲に入り政治的言論等と同等の保護が与えられるのか、といった立場のどれが正しいのか判例、学説上争われている。

我が国の営利的言論についての最高裁判例は現在までのところ 2 件しかない。リーディングケースとされる 1961 年(昭和 36 年)の最高裁判決⁸は、あん摩業等における広告規制が憲法 21 条 1 項に違反しないと判断した点は明らかである。しかし、営利的言論の保護の程度について、上記(3)の立場ではないとしても、(1)・(2)のどちらの立場を採用したのか明確ではない。また、2016 年(平成 28 年)の最高裁判決⁹も、上記最高裁判決を引用しつつ、風俗案内所の表示物等に関する規制は公共の福祉に適合する目的達成のための手段として必要性、合理性があり、京都府議会が同規制を定めたことがその合理的な裁量の

*以下、本稿の論述においては、特に指示しない限り、「strict」を「厳格(な)」、「heightened」を「高められた」と訳す。また、「言論」と「表現」は慣例に従い互換的に用いることとする。

¹ 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1) [増補版]』(有斐閣、2000) 411-2 頁。

² 芦部・前掲注 1) 412 頁。

³ 松井茂記『表現の自由を守る価値はあるか』(有斐閣、2020) 36 頁。また、奈須祐治「表現の自由保障における内容中立性原則(Content Neutrality Principle)の一考察 アメリカの判例・学説を素材として」法学ジャーナル 74 号 475 頁(2003)も参照。

⁴ 無価値ないし低価値言論を内容中立性原則の例外と言ってよいのかも含め、市川正人『表現の自由の法理』(日本評論社、2003) 95-110 頁、菅谷麻衣「保護されない言論」と内容規制 アメリカにおける両者の関係に関する覚書 憲法理論研究会編『展開する立憲主義 憲法理論叢書(25)』(敬文堂、2017) 203 頁、横大道聡「表現の自由に対する『規制』方法」阪口正二郎ほか編『なぜ表現の自由か』(法律文化社、2017) 49 頁、金原宏明「保護されない言論」の法理とその根拠について」熊本学園大学経済論集 24 巻 1-4 号 255 頁 (2018)、曾我部真裕「表現の自由(1) 総論」法教 489 号 90 頁 (2021)。

⁵ *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U.S. 748, 771 n.24. *See also* *Board of Trustees of the State University of New York v. Fox*, 492 US 469, 473-4 (1989).

⁶ *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York*, 447 US 557, 561 (1980).

⁷ なお、Tushnet は、「単純な」「ルール選好的アプローチ(a rule-like approach)」ではなく、「スタンダード選好的アプローチ(a standard-like approach)」またはほぼ同じことを意味する“多少複雑な”「ルール選好的アプローチ」を採用すべきことを主張しつつ、*Sorrell* 判決ブライア反対意見が示した「営利企業を規制する合法的な政府の取組みと不可避的に関係する言論(speech inextricably related to a lawful governmental effort to regulate a commercial enterprise)」を営利的言論の定義の三つのうちの一つの候補だとした。Mark V. Tushnet, *The First Amendment and Political Risk*, 4 *Journal of Legal Analysis*, 103, 127 (2012).

⁸ 最大判昭和 36 年 2 月 15 日刑集 15 巻 2 号 347 頁。

⁹ 最 1 判平成 28 年 12 月 15 日判時 2328 号 24 頁。

範囲を超えるものとはいえないから憲法 21 条 1 項に違反しないと非常に短く判示するにとどまっております、一見すると(2)の立場のように見えるがなお明確ではない¹⁰。

学説は、営利的言論について数多くの判例が出されているアメリカ憲法修正 1 条の下における議論を手がかりに議論を展開してきた。基本的には、指導的学説である芦部信喜が、表現の自由の保障根拠である 4 つの価値 (個人の自己充足 [自己実現]、決断形成への市民の参加 [自己統治]、知識の伸長と真理の発見 [真実発見]、安定と変化との均衡 [社会の安全弁])¹¹のうち、表現の自由の「現代的意義は自己統治の価値にある」¹²が、営利的言論については自己統治の価値が希薄であるとして、政治的言論等よりも保障の程度を若干引き下げる立場を主張し、**Central Hudson 判決 (1980)**¹³で定式化された中間審査基準としてのセントラルハドソンテスト (当該規制が営利的言論を対象とする場合、①それが違法行為に関わるものでも誤導的なものでもない場合、②規制目的が「実質的」であること、③規制手段が

目的を「直接促進」すること、④規制手段が目的に対し「必要以上に広汎でない」ことを政府が主張立証しなければ当該規制が違憲無効となるというテスト)¹⁴を (多少の留保を付しつつ) 支持することを示して¹⁵以降、概ね同テストが通説的地位を占めてきた (上記 (2) の立場)。一方で、通説以外では様々な立場が提示され、さながら百家争鳴の状況である¹⁶。

2 課題

我が国の通説では、営利的言論は憲法 21 条 1 項で保護されるが、その保護の程度は政治的言論等伝統的に保護されてきた言論よりは若干低い程度の保護である中間レベルの審査が与えられるにすぎないとされる¹⁷。

しかし現在、その中間審査を採用する際に前提にあったと考えられる、アメリカにおけるセントラルハドソンテストが厳格審査化する方向に揺らいでいるとされる¹⁸。本判決 (*Sorrell v. IMS Health Inc.* 判決¹⁹) は、1993 年以来進んできたとされるセントラル

¹⁰ 本件最高裁判決について、たとえば上田健介は、「一審判決は、「仮に、営利的表現なるものが憲法上保護されており、かつ、原告が風俗案内所を営むという行為が、営利的表現行為に当たるとしても」……と仮定法のかたちで論じていたのに対し、控訴審判決は、「営利的表現の自由も憲法上保護されていると解されると断定していた」こと、本件「最高裁判決は、この点の言質を与えているわけではないが、特に控訴審判決を否定していない」こと、「憲法 22 条 1 項に関する判断と同じ論じ方をしていること」からすれば、「営利的表現が憲法 21 条 1 項の表現の自由の保護範囲に含まれる」ことを「暗黙の内に承認していると解することもできないか」「肯定的に捉える方向へ一歩を踏み出したことを匂わせているようにも思われる」と評価する (上田健介「京都府風俗案内所規制条例の合憲性」民商法雑誌 153 巻 5 号 165-6 頁(2017))。しかし、最高裁は積極的に肯定しているわけではなく、松本和彦による「最高裁は「公共の福祉を維持するためやむをえない」と述べて合憲判断を下しただけで、営利広告が表現の自由の行使に当たるか否かを曖昧なままにした。最高裁が今回この論点に触れるのか期待されたが、やはり明確にはされていない。これについては、営利的表現を営業の自由の行使として扱ったとも、表現の自由の行使と見た上でその規制を緩やかに審査したとも、いずれの評価も可能である」

という慎重な評価もあるところである (松本和彦「京都府風俗案内所規制条例事件」法教 439 号 122 頁(2017))。

¹¹ 芦部・前掲注 1) 249-61 頁。

¹² 芦部・前掲注 1) 318 頁。

¹³ *Central Hudson*, 447 U.S. 557.

¹⁴ *Id.* at 564.

¹⁵ 芦部・前掲注 1) 318-25 頁。

¹⁶ たとえば、橋本基弘『表現の自由 理論と解釈』(中央大学出版部、2014) 54-6 頁参照。

¹⁷ 芦部・前掲注 1) 318-25 頁。

¹⁸ なお芦部信喜も芦部・前掲注 1) 320 頁において、セントラルハドソンテストの④要件について、*Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co.*, 478 U.S. 328 (1986)による緩やかな基準としての理解と、その後の反動としての *Cincinnati v. Discovery Network, Inc.*, 507 U.S. 410 (1993)による必要最小限度の基準への揺戻しについて指摘し、「営利的言論の保障程度に関する判例法理は流動的な状況にある」と指摘している。

¹⁹ *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 564 U.S. 552 (2011). なお、本判決に表現の自由の観点から触れる邦語文献として、佐々木秀智「*Sorrell v. IMS Health Inc.*, 131 S.Ct. 2653 (2011) 医療プライバシー保護等のために処方者識別情報の利用を規制するヴァモン州法は言論内容規制であり、また営利的言論を

ハドソンテストの厳格化傾向に沿いながらも、営利的言論規制の違憲審査の際に内容中立性原則の適用を求めることで、セントラルハドソンテストを超えて、営利的言論規制の違憲審査基準をより厳格な方向へ進める原理的に大きな一歩を踏み出した可能性がある判決として注目されている²⁰。

そこで、本論文においては、かかる揺らぎと Sorrell 判決の持つ意味に焦点を当てて検討することとする。

また、同時に Sorrell 判決で示唆されたデータマイニングを利用したマーケティング一般についての憲法的位置づけについての考察も行いたい。

第2 事実の概要

本判決で問題となっているのは、ディテイラー (detailer: 製薬会社の販売員) が処方医に対し行うディテイリング (detailing: 販売促進活動。詳しくは後述) を規制するために、データマイナーズ (data miners) が薬局から購入していた、処方医を同定しその処方进行分析することが可能な情報 (prescriber-identifying information: 以下「処方者識別情報」という) の取得及び使用を禁止した Vermont 州の処方箋秘匿法 (Prescription Confidentiality Law)²¹ がデータマイナーズ及び製薬会社の修正1条の権利を侵害しないかどうかである。

対象としており、厳格な合憲性審査の対象となり、合衆国憲法第1修正に違反する」[2012]アメリカ法 358頁(2013)、浅香吉幹ほか「座談会 合衆国最高裁判所 2010-2011年開廷期重要判例概観」[2011]アメリカ法 301、322-9頁(2011)、橋本基弘「営利広告規制と情報パートナーリズム」法学新報 124巻 7・8号 90-4頁(2017)、海野敦史「営利的表現の自由の保障の程度 米国法上の議論を手がかりとして」InfoCom REVIEW 71号 30頁(2018)、水谷瑛嗣郎「思想の自由「市場」と国家 表現の自由の「環境」構築を考える」法時 92巻 9号 30頁(2020)がある。またプライバシーの観点から触れるものとして宮下紘『プライバシー権の復権 自由と尊厳の衝突』(中央大学出版部、2015)がある。

²⁰ 後の第5.1.(2)で扱うように、多くの Sorrell 判決の評者が従来のセントラルハドソンテストからの逸脱の可能性を示唆している。たとえば、そこでは「典型的な Central Hudson 判決の分析を大きく超えた」(Richard Samp, *Sorrell v. IMS Health*:

ディテイリングとは、特定の薬を処方するよう医師を説得するための定期的なオフィス訪問に関係する。ディテイラーは様々な処方薬の詳細(detail)と潜在的利点を説明する医学論文及び薬品サンプルを持参する。医師は話を聴き、質問をし、そして追加のデータを受け取る。ディテイリングがなされるのには以下のような事情がある。まず、他の商品マーケティング同様、分析結果のデータは処方医の処方傾向等の分析及び攻略戦略の構築に利用される。次に、他の商品のマーケティングと異なるディテイリングの特殊性として、ディテイラーは自社の薬を処方医へ直接に販売、供給したり又は注文を取ったりしない²²。処方薬は処方医の処方箋がなければ購入できず、処方箋を書くのは処方医であるが、販売するのは処方医ではなく薬剤師だからである。そこで処方医に詳細を説明し、なるべく自社の薬を処方してくれるよう依頼するわけである。もちろんディテイラーは、ただ依頼するだけではなく、処方医に高価な贈物をしたり、接待をしたりする²³。加えて、それだけでは確実ではないと考えられるので、処方医から患者に自社の薬を処方するという「法的拘束力のない契約(nonbinding commitment)」を獲得することが行われる。そして、処方医が本当に契約どおりに自社の薬を処方したかどうかをチェックし、場合によってはこれまでの好待遇を取りやめる等するため

Protecting Free Speech or Resurrecting Lochner?, 2011 Cato Sup. Ct. Rev. 129, 133 (2011))、「新境地を開拓した」(Hunter B. Thomson, Note, *Whither Central Hudson? Commercial Speech in the Wake of Sorrell v. IMS Health*, 47 Colum. J.L. & Soc. Probs. 171, 185 (2013))、「ぼぼ間違いなく幾分遠くへ行った」(Micah L. Berman, *Manipulative Marketing and the First Amendment*, 103 Geo. L.J. 497, 512 (2015))等と指摘がなされている。

²¹ Vt. Acts No. 80 (2007).

²² See *Christopher v. SmithKline Beecham Corp.*, 567 U.S. 142 (2012). 幡野利通「最近の判例 *Christopher v. SmithKline Beecham Corp.*, 132 S. Ct. 2156 (2012) 製薬会社のディテイラー (外勤営業職) が公正労働基準法上の適用除外者

(exempt) には当たらないとされた事例」[2013]アメリカ法 166頁(2014)も参照。

²³ *Tamara R. Piety, A Necessary Cost of Freedom? The Incoherence of Sorrell v. IMS*, 64 Ala. L. Rev. 1, 7-12 (2012).

に (も)、処方者識別情報をデータマイナーズが分析処理したデータが利用されるのである²⁴。処方医は法的拘束力がないとしても契約を締結したことの負い目や、きちんと契約どおりの薬を処方しているか監視されることにより、ディテラーの要求どおりの処方をするよう心理的に圧迫され、患者に対して、医学的知見に基づいてではなく、製薬会社の要求に基づいた処方をする可能性が高くなると考えられる。

Vermont 州は、このディテリングが、ジェネリック医薬品等と薬効はほぼ同じであるのにただ薬価だけが低いブランド薬の処方の増加に繋がり、ひいては州及び患者の医薬品の支出増加に繋がっていると考え、その規制に乗り出し、§4631(d)を制定した。

内容は次のとおりである。

健康保険会社、自家保険をかけた雇用者、電子送信仲介業者、薬局、その他類似の者は処方者識別情報を含む規制を受ける記録を販売し、使用許諾 (license) し、交換してはならず、処方者識別情報を含む規制を受ける記録を処方薬のマーケティング及び販売促進目的で使用することを許してはならない、ただし処方者が……同意した場合はこの限りでない。製薬会社と製薬販売員は処方薬のマーケティング及び販売促進目的で処方者識別情報を使用してはならない、ただし処方者が……同意した場合はこの限りでない。

また、§4631(b)(5)は「マーケティング (marketing)」を「処方薬の販売数や市場占有率に影響を与えるために用いられる」「広告、販売促進、その他のあらゆる活動」を含むと定義している。

Vermont 州で活動するデータマイナーズ 3 社と製薬会社の企業連合 (被上訴人) は§4631(d)が合衆国

憲法修正 1 条に違反するとして、同条項の違憲宣言と差止的救済を求めて提訴した。

第一審 (Vermont 地区連邦地方裁判所)²⁵は、救済を否定した。地裁は、製薬会社はデータ販売産業の唯一の顧客であり、特許のないジェネリック医薬品のディテリングは費用対効果がよくないので、ディテラーはブランド薬しかディテリングしないと理解した²⁶。その上で、処方者識別情報は事実的情報 (factual information) である、処方者識別情報の「販売」と「使用」の制限にすぎず「開示」制限ではないから非表現的行為の規制である、ディテラーの言論へは「間接的」効果しかない、といった Vermont 州側の修正 1 条の保護を否定する議論を退け²⁷、言論規制と構成した。その後、セントラルハドソンテストを適用し、処方者識別情報はディテラーに新薬の売上増加を可能にする効果的なマーケティングの道具であるとの立法所見は記録によって裏付けられている²⁸としてセントラルハドソンテストをクリアし合憲であると結論づけた。

第二審 (連邦第二巡回区控訴裁判所)²⁹は第一審判決を破棄し差戻した。その理由は、§4631(d)の医療プライバシー保護目的は推測的にすぎるからセントラルハドソンテストの第 2 要件を超えられず³⁰、公衆衛生増進目的及び医療費支出削減目的は§4631(d)により「直接促進」されず³¹、また「必要以上に広汎でない」わけではない³²から、セントラルハドソンテストの第 3 要件、第 4 要件を充足せず、修正 1 条に違反するというものである³³。

連邦最高裁は、第二審の決定が、Maine 及び New Hampshire の類似の州法に関わる連邦第一巡回区控訴裁判所の判決³⁴と衝突しており、州法の合憲性に関しての判断が先行判決と抵触しているとしてサ

²⁴ *Id.*

²⁵ *IMS Health Inc. v. Sorrell*, 631 F.Supp.2d 434 (D.Vt. 2009).

²⁶ *Id.* at 442.

²⁷ *Id.* at 445-7.

²⁸ *Id.* at 451.

²⁹ *IMS Health Inc. v. Sorrell*, 630 F.3d 263 (2nd Cir. 2010) (Livingston, J., dissenting).

³⁰ *Id.* at 275-6.

³¹ *Id.* at 277-9.

³² *Id.* at 279-82.

³³ *Id.* at 282.

³⁴ *IMS Health Inc. v. Mills*, 616 F.3d 7 (C.A.1 2010) (Maine), *IMS Health Inc. v. Ayotte*, 550 F.3d 42, 91 (C.A.1 2008) (Lipez, J., concurring and dissenting) (New Hampshire).

ーシオレアライを認めた³⁵。

第3 ケネディ法廷意見〔ロバーツ首席裁判官、スカリア、トーマス、アリート、ソトマイヨール同調〔上告棄却〕〕³⁶

1 §4631(d)の解釈

スタート地点は§4631(d)のテキストである。下級審裁判所の手続で、Vermont州は、§4631(d)の第一文は、薬局およびその他の規制対象の者が、マーケティングのために処方者を特定する情報を販売または伝達することを禁じていると述べた。言い換えれば、その情報はマーケティング以外の目的で販売または伝達されうる。地方裁判所と控訴裁判所は州の解釈を受け容れた³⁷。しかし、最高裁での口頭弁論において、州は初めて§4631(d)の別の解釈を展開した。すなわち、薬局、健康保険会社、及び類似の者は、§4631(e)に規定されている法定除外事由に該当する場合を除いて、いかなる目的であれ処方者識別情報を販売することはできない³⁸。州の新解釈は遅すぎると主張されるかもしれない³⁹。上诉人、地方裁判所、控訴裁判所は、州が施行の責任を負わされている法のもっともらしい解釈を頼る権利があった。州法の潜在的な曖昧さにもかかわらず、原告が彼らの権利の迅速な判決を得ることに特別な関心を持っている修正1条の訴訟事件では、州がその立場を変えることは特に問題がある⁴⁰。

いずれにせよ、州が現在採用している解釈の下でも、§4631(d)は支持できない。結論として、本法廷は、§4631(d)の最初の条項が、§4631(e)に定められた法定除外事由に該当する場合を除いて、薬局、健康保険会社、及び類似の者が処方者識別情報を販売することを禁じていると推定できる。その解釈の下で、薬局は情報を民間または大学の研究者に販売するこ

とができる⁴¹。ただし、たとえば製薬会社の販売員には販売できない。§4631(d)の残部に関して争いはない。§4631(d)は薬局、健康保険会社、及び類似の者が、処方者識別情報を開示すること、あるいはそうでなければマーケティングに使用することを許すことを禁止する。また、§4631(d)は製薬会社やディテイラーが情報をマーケティングに使用することを禁じている。ここで問題となるのは、§4631(d)が「高められた」審査で審査されるべきかどうか、そしてもしそうであれば、州が同法を正当化できるかどうかである。

2 内容及び話者に基づく営利的言論規制には「高められた heightened」審査が妥当する

文面上、Vermont州法は、処方者識別情報の販売、開示、使用に対して、内容及び話者にに基づく規制を定立している。最初に、この規定は、大部分が購入者の言論内容に基づく例外を条件として、販売を禁止する。さらに、法はその情報受領者がマーケティング目的でその情報を使用するとき開示を禁止する。最後に、同規定の第2文は、製薬会社にマーケティング目的でその情報を使用することを禁止している。このように、同規定はそのようなマーケティング、いかなれば特定の内容を伴う言論を嫌悪 (disfavors) している。それどころか、同規定は特定の話者、換言すれば製薬会社を嫌悪している。内容及び話者に基づいた規定の結果、たとえ多様な目的と観点を持つ他の話者は処方者識別情報を購入あるいは獲得できるとしても、ディテイラーは入手できない。同様に、たとえその情報は他の幅広い話者には使用されたとしても、ディテイラーはマーケティング目的でのその情報の使用を禁止される。たとえば、Vermont州は製薬会社のブランド薬の宣伝への対抗とジェネ

³⁵ *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 562 U.S. 1127 (2011).

³⁶ 以下、第3及び第4における脚注は判決文が引用しているものであり、檜垣が独自に付したものではない。ただし、一部を省略したり、表記の仕方を一部改める等している部分がある。

³⁷ *See Sorrell*, 630 F.3d, at 276.

³⁸ *See Tr. of Oral Arg.* 19-20.

³⁹ *See Sprietsma v. Mercury Marine*, 537 U.S. 51, 56, n.4 (2002) (権利放棄); *New Hampshire v. Maine*, 532 U.S. 742, 749 (2001) (禁反言)。

⁴⁰ *See Houston v. Hill*, 482 U.S. 451, 467-8, and n.17 (1987); *Zwickler v. Koota*, 389 U.S. 241, 252 (1967).

⁴¹ *See* §4631(e)(1).

リック医薬品の処方促進に使うために大学組織に処方者識別情報を提供することができるように思われる。しかし §4631(d) はディテ일러に処方者識別情報の購入、入手、そして使用を一切許さない。同法は文面上、嫌悪された話者による嫌悪された言論に対し負担をかけている。

§4631(d) がディテ일러に対して目的志向的で内容に基づく負担を課しているという疑念は記録と公式の立法所見によって全く晴らされない。地裁が指摘したように、「本質的に製薬会社はデータ販売産業の唯一の顧客である」、そして、製薬会社によるディテリングはほぼ必ずブランド薬の販売促進を援護する⁴²。このように Vermont 法はディテ일러に対し、そしてディテ일러に対してのみ医師と効果的で有益なやり方でコミュニケーションを取ることを妨げる効果を持つ⁴³。§4631(d) に随伴する公式の立法所見は以下のことを立証する。法の明白な目的と実際の効果はブランド薬の製薬会社によるマーケティングの有効性を減少させることである。ちょうど「法の文面上不可避の効果がそれを違憲とできる」ように、法の述べる目的もまた考慮できるだろう⁴⁴。ここでは Vermont 州議会は以下のように説明する。ディテ일러、特にブランド薬の販売促進をするディテ일러は、「しばしば州の目的と衝突する」メッセージを伝達している⁴⁵。州議会はこれらの話者と彼らのメッセージを冷遇 (disfavored) するために標的にして §4631(d) を設計した。「その実際の作用にお

いて」、同法は「単なる内容に基づく差別を超えて、もはや実際の見解差別 (viewpoint discrimination) に至っている」⁴⁶。立法者の表明した目的によれば、§4631(d) が言論の内容に基づいた、そしてある特定の見解に向けられた負担を課すことは明らかである。

同法は特定の内容に基づいた負担を保護された表現に課すことを意図している。したがって、高められた審査が正当化されるということになる⁴⁷。最高裁は以下のように認めてきた。「法が言論に対し負担を課すことと法が言論を禁止することとの違いは程度の問題」であり、「政府により課された内容に基づく負担は内容に基づく禁止と同じ厳しさの審査の要求を充足すべきである」⁴⁸。立法者は言論の内容に基づいた検閲によって望まれていない言論を封じることが禁じられるのと同様に、その意見に負担を課すことによって言論を封じられることを禁じられる⁴⁹。

修正 1 条は政府が「表現の伝達するメッセージに同意しないことを理由とする表現の規制」を創出するときにはいつでも、高められた審査を要求する⁵⁰。切迫した集団示威運動を挫折させることに熱中している政府は、パレード許可の 2 年前の通告を要求する法を制定するだろう。仮に文面上の仮設的法が内容及び話者について中立に見えるとしても、その法の言論抑圧という目的と表現に対する正当化し得ない負担はその法を違憲とする⁵¹。営利的言論も例外で

⁴² *Sorrell*, 631 F.Supp.2d, at 451.

⁴³ Cf. *Edenfield v. Fane*, 507 U.S. 761, 766 (1993) (は対面販売の「重要な価値」を説明している)。

⁴⁴ *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367, 384 (1968).

⁴⁵ Vt. Acts No. 80, §1(3).

⁴⁶ *R.A.V. v. St. Paul*, 505 U.S. 377, 391 (1992).

⁴⁷ See *Discovery Network*, 507 U.S. at 418 (「商業メッセージを頒布するためのニュースラックの使用についての類型的禁止」に対して高められた審査を適用している)、*Id.* at 429 (「まさにその規制に対する基礎は営利ビラという形態における通常の新聞と営利的言論の内容の違いである……従って、その言葉のいかなる常識的理解をもってしても、本件におけるその禁止は「内容に基づく」」); see also *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622, 658 (1994) (厳格審査は「嫌悪された

(disfavored)話者」の発言に対する「嫌悪 (aversion)」を反映した規制に適用されると説明する)。

⁴⁸ *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, 529 U.S. 803, 812 (2000).

⁴⁹ See *Simon & Schuster, Inc. v. Members of N.Y. State Crime Victims Board*, 502 U.S. 105, 115 (1991); *Minneapolis Star & Tribune Co. v. Minnesota Commissioner of Revenue*, 460 U.S. 575 (1983).

⁵⁰ See *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S.

781, 791 (1989); see also *Renton v. Playtime Theatres, Inc.*, 475 U.S. 41, 48 (1986) (「内容中立」言論規制は規制された言論の内容を参照することなく正当化される規制のことであると説明する)。

⁵¹ *Id.*

はない⁵²。営利的言論の自由流通に対する消費者の関心はしばしば急を要する政治的対話よりも鋭い⁵³。そのことは情報が命を救う薬品と公衆衛生の分野に強く妥当する。

3 経済規制・行為規制及び偶然的規制ではない

州は§4631(d)が単なる経済規制なのだから、厳格審査は正当化されないと主張する。保護された表現に対する制限は経済活動の制限や、より一般的には、表現ではない行為に対する制限と区別されることは事実である。また、修正1条は経済や行動に向けられた規制が言論に対し偶然的(incidental)負担を課すことを妨げないことも事実である。そういうわけで人種に基づく雇用禁止は雇用者に「白人のみ応募可」という看板の除去を要求するだろう⁵⁴。またそういうわけで「屋外での焼却行為を禁じる条例」は「国旗を燃やすこと」も禁止するだろう⁵⁵。さらにそういうわけで反トラスト法は取引制限の合意を禁止できるだろう⁵⁶。

§4631(d)は保護される表現に対する偶然的負担を超える負担を課している。文面上、そして実際の作用の両方からして、Vermont法は言論の内容と話者の性格に基づく負担を課している。負担を課された言論は経済的動機から生じるが、それは重要な表現の多くについても同様である⁵⁷。Vermont法は、単に言論への影響を持つだけではなく、特定の内容に向けられ、そして特定の話者を標的とする。憲法は「ハーバード・スペンサー氏の社会静学を創出しな

4 情報の創造及び伝達は修正1条で保護された言

論であるが、本件ではこの点について判断する必要はない。

州は§4631(d)は言論ではなく単に情報へのアクセスを規制すると主張する。州は、処方者識別情報は合法的な命令に従って生み出されたので一種の政府保有情報とみなされると主張する。かかる主張は、United Reporting判決⁵⁹にある程度の根拠を見出すことができ、そこで最高裁は「原告は政府保有情報へのアクセスに対する内容規制について文面上の主張ができない」と判決した。どの当事者も法による処罰の危険に直面していなかったもので、最高裁は、ここで問題となっている法を、「政府保有情報へのアクセスの政府による否定にすぎない」と特徴づけた⁶⁰。かかる状況の下では、修正1条の原告に他人の権利主張を許すための特別の理由はあてはまらない⁶¹。最高裁は原告が文面上の主張ができないとわかったので、適用上の主張の精査のために差し戻した⁶²。ゆえに、United Reporting判決は上述のような文面主張が可能かどうかについての事件である。最高裁は修正1条についての本案主張について何ら判決しなかった。

United Reporting判決は少なくとも2点でSorrell判決と区別可能である。第一に、州は民間保有情報へのアクセスを規制していた。このことは最高裁を、United Reporting判決で留保された論点、注意が向けられていなかった事態に直面させる。本件は、United Reporting判決と異なって、「政府は話者が既に持っている情報を伝達することを話者に対し禁止しているケース」である⁶³。この違いは重要である。個人の保有する情報が、その情報の使用または伝達の方法に制限を受ける場合、個人の話す権

⁵² See *Discovery Network*, 507 U.S. at 410, 429-30 (「中立的正当性」を欠く営利的言論規制は内容中立ではない)。

⁵³ *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 U.S. 350, 364 (1977).

⁵⁴ *Rumsfeld v. Forum for Academic and Institutional Rights, Inc.*, 547 U.S. 47 (2006).

⁵⁵ *R.A.V.*, 505 U.S. at 385.

⁵⁶ *Giboney v. Empire Storage & Ice Co.*, 336 U.S. 490 (1949).

⁵⁷ See *Bigelow v. Virginia*, 421 U.S. 809, 818

(1975); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 266 (1964); see also *United States v. United Foods, Inc.*, 533 U.S. 405, 410-1 (2001).

⁵⁸ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 75 (1905) (Holmes, J., dissenting).

⁵⁹ *Los Angeles Police Department v. United Reporting Publishing Corp.*, 528 U.S. 32 (1999).

⁶⁰ *Id.* at 40.

⁶¹ *Id.* at 38-9.

⁶² *Id.* at 41.

⁶³ *Id.* at 40.

利が問題となる⁶⁴。Seattle Times判決において最高裁は、新聞社に対し、事実審裁判所による強制的な開示手続を通じて知った情報の開示を禁止する決定を支持する前に高められた審査を適用した。ここでの被告が、Seattle Times判決における新聞社とは違って、彼ら自身が公開を制限されている情報を保有していないことは事実である。しかしながら、その情報は薬局その他民間の主体が保有している。

「訴追の脅威が彼らの頭上に迫っていること」に疑いはない⁶⁵。そのため、United Reporting判決は、被上訴人の文面上の主張を排斥しない。

United Reporting 判決は第二の、そしてよりいっそう重要な理由によって区別可能である。United Reporting 判決の原告は、政府の情報へのアクセス「資格を得ることを試み」なかったし、最高裁において適用上の主張もしなかった⁶⁶。結果として、最高裁は原告が自身の修正 1 条の権利の侵害を受けてはおらず、文面上の主張を通じた他人の権利の主張によってのみ勝訴しえたと想定していた。ここでは、対照的に、被上訴人の主張は理に適っており、§4631(d)は被上訴人自身の言論に負担を課しているというものである。その主張は United Reporting 判決の 8 人の裁判官が加わった個別意見に根拠を見出す。これらの個別意見全てが、政府保有情報の開示への制限は潜在的受け手の表現を促進するか負担をかけることができるから、修正 1 条に違反すると認めている⁶⁷。Vermont 法は内容及び話者に基づく負担を被上訴人自身の言論に課している。かかる考察は United Reporting 判決と異なった論拠を提供し、

高められた審査が要求される。

州はまた、処方者識別情報の販売、移転、使用は「行為」であって「言論」ではないから、本件で高められた審査は正当でないと主張する。かかる主張と一致して、第一巡回区連邦控訴裁判所は処方者識別情報を単に「商品」として特徴づけ、「ビーフジャーキー」よりも多くの修正 1 条の保護を受ける資格はないとした⁶⁸。対照的に、原審裁判所は、処方者識別情報の販売禁止は料理本、実験結果、列車の時刻表の販売禁止と同種の内容に基づく規定であると結論付けた⁶⁹。

情報の創造及び伝達は修正 1 条の意味の範囲内にある言論である⁷⁰。結局、事実は人間知識を発展させ、人間の問題に対処するために最も本質的である多くの言論の始点である。ゆえに、処方者識別情報は修正 1 条の対象となる言論であるという強力な主張がある。

Vermont州は、情報は言論であるというルールに対する免除を求めるが、しかし、本件ではかかる要求を考慮する必要がない。Vermont州は内容及び話者に基づく制限を処方者識別情報の入手可能性と使用に課している。マーケティングに関わるものではない限り、多くの話者はその情報を保有し使用することができる。しかし、ディテイラーはそれができない。Vermont法は雑誌の取引に対しインクの販売や使用を禁止する法になぞらえることができる⁷¹。かかる架空の法のように、§4631(d)は話者及び内容に基づく負担を保護された表現に対し課し、そしてかかる状況は高められた審査の適用を正当化するた

⁶⁴ Seattle Times Co. v. Rhinehart, 467 U.S. 20, 32 (1984); see also Bartnicki v. Vopper, 532 U.S. 514, 527 (2001); Florida Star v. B.J.F., 491 U.S. 524 (1989); New York Times Co. v. United States, 403 U.S. 713 (1971) (per curiam).

⁶⁵ United Reporting, 528 U.S. at 41.

⁶⁶ Id. at 40.

⁶⁷ See Id. at 42 (Scalia, J., concurring); Id. at 43 (Ginsburg, J., concurring); Id. at 46 (Stevens, J., dissenting).

⁶⁸ Ayotte, 550 F.3d, at 52-3.

⁶⁹ See Sorrell, 630 F.3d, at 271-2 (「修正 1 条は無味乾燥な情報、信念的主張や政治的関連性や芸術的表現を欠いている情報でさえ保護する」); Sorrell,

631 F.Supp.2d, at 445 (「情報公開への規制は言論の規制であり、情報の「販売」は単に利益のための情報公開である」)。

⁷⁰ See e.g., Bartnicki, 532 U.S. at 527 (もし情報の「公開」及び「出版」行為が言論とみなされないならば、何が表現的行為のカテゴリーと区別されるようなカテゴリーに入るのか想像することは難しい)。Rubin v. Coors Brewing Co., 514 U.S. 476, 481 (1995) (ビールラベル上の情報は言論である)。Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc., 472 U.S. 749, 759 (1985) (plurality opinion) (信用レポートは「言論」である)。

⁷¹ Cf. Minneapolis Star, 460 U.S. at 575.

めに十分である。結論として、本件は、たとえ州が主張するように処方者識別情報が単なる商品であると想定するとしても解決できる。

5 セントラルハドソンテストすら超えられない

(1) セントラルハドソンテストであれ「高められた」審査であれ通過しない

通常の事件において、ある法が内容に基づく、そして実際、観点に基づく差別であると判断することは結論が決まったも同然である⁷²。Vermont 州は、仮に§4631(d)が負担を課するのが言論であるとしても、大部分は営利的言論に負担を課すものにすぎないから、ここでは異なる分析が適用されるべきであると主張する。しかしながら、以前の事案におけるように、特別な営利的言論の審査 (a special commercial speech inquiry) が適用されるのであれ、より厳しい審査 (a stricter form of judicial scrutiny) が適用されるのであれ、結果は同じである⁷³。同じ理由で、本件でこれまでその用語を用いてきたように、§4631(d)によって妨げられる全ての言論が営利的かどうかを決定する必要はない⁷⁴。

(2) §4631(d)はセントラルハドソンテストをクリアできない

(注：以下の記述に際しての②③④はセントラルハドソンテストの②③④要件のことであり、それぞれ②規制目的が「実質的」であること、③規制手段が目的を「直接促進」すること、④規制手段が目的に対し「必要以上に広汎でない」こと、の各要件を指示する：注は檜垣)

ア プライバシー保護目的は④をクリアできない

Vermont 州は、医師は彼らの処方者識別情報が処

方箋への対応と処理以外の目的には使われないだろうという合理的な期待を持つと主張する⁷⁵。多くの理由によって、医師は処方決定を秘密にしておく利益を持っているように思われる。しかし、§4631(d)はそのような利益に仕えるよう設計されていない。Vermont 法の下において、薬局はマーケティングのためにその情報を利用することを許してはならないが、それ以外は処方者識別情報を誰とどんな理由であれ共有することができる。さらに除外規定は薬局がヘルスケア調査を含む特定の目的で処方者識別情報を販売することを許す⁷⁶。そしてその規定は保険会社、研究者、ジャーナリスト、州自身、そしてその他の者にその情報を使用することを許す⁷⁷。州は§4631(d)がそれ自身では秘匿利益を促進しないことをほぼ認めるので、州は異なる法が処方者識別情報の公開禁止を課すとのめかす⁷⁸。しかし、他の規定の潜在的効果は異なる法である§4631(d)によって課された禁止と制裁を正当化できない。

おそらく、州はより「首尾一貫した政策」を通じて医師の秘匿利益を保護することができただろう⁷⁹。たとえば、Vermont 州は州の主張するプライバシーの利益を 2、3 の狭くそしてよく正当化された状況においてのみその情報の販売もしくは開示を許すことによって増進できただろう⁸⁰。その手の法律は、本件とはかなり異なった事案を提示するだろう。しかし、Vermont 州はその目的や意図に適合する法律を制定しなかった。その代わりに、Vermont 州は処方者識別情報をほぼ無制限の聴衆に利用可能にした。同法の明確な構造は処方者識別情報が嫌悪された話者という狭い範疇以外の者に研究され使われることを許す。もし処方者識別情報が広く使用される可能性があり、多くの使用が許されるとすれば、州の主

⁷² See *R.A.V.*, 505 U.S. at 382 (内容に基づく規制は無効であると推定される); *Id.* at 391–392.

⁷³ See e.g., *Greater New Orleans Broadcasting Association, Inc. v. United States*, 527 U.S. 173, 184 (1999).

⁷⁴ Cf. *Fox*, 492 U.S., 469, 474 (1989) (は「純粋言論と営利的言論が不可避免的に結びついている」ので「全体が非営利言論と分類されるべき」かどうか議論している)。

⁷⁵ Vt. Acts No. 80, §1(29).

⁷⁶ §4631(e).

⁷⁷ §4631(d).

⁷⁸ See Vt. Bd. of Pharmacy Admin. Rule 20.1.

⁷⁹ *Greater New Orleans*, 527 U.S. at 195; see also *Discovery Network*, 507 U.S. at 428.

⁸⁰ e.g., *Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996*, 42 U.S.C. §1320d–2; 45 C.F.R. pts. 160 and 164 (2010).

張する医師の秘匿利益は§4631(d)が保護された表現にかける負担を正当化できない。

イ オプト・アウト方式の抗弁は成り立たない

州は、医師が処方者識別情報の販売、開示、使用に同意することにより、§4631(d)の利点を放棄することを可能にすることを指摘する⁸¹。個人の意思決定は政府の偏向を避けることができ、それゆえにプライバシーの基準を修正1条に基づく主張から分離することができるのは事実である⁸²。しかし、その原理はここでは適切でない。Vermont州は州内の医師に不自然な選択肢を与えた。その選択肢とは同意(処方者識別情報の伝達と使用を制限なしに許す)かそれとも留保同意(州が支持するメッセージの話者による処方者識別情報の使用を許す)かである。§4631(d)は、限られた範囲のプライバシーを提供するだろうが、しかしそれは州が好む言論に好意的であるという条件の場合のみである⁸³。これは全てのプライバシーの基準は内容に基づくルールを避けるべきであるということではない。しかしながら、ここでは、州は、州の主張する利益には役立つように設計されていない、内容に基づく基準を受け入れることをプライバシーの必要条件としていた。§4631(d)によって可能とされる制限されたプライバシーを保持するために、Vermontの医師は嫌悪された話者による嫌悪された言論に負担を課すという州の目的におとなしく従うことを強制されている。

被上訴人は§4631(d)のさらなる欠陥は、医師による反対の選択を欠く適用推定にあると主張する。Vermont法はもし同法がただ個人の選択の後にのみ適用されるだけならば、言論に対しより少ない負担しか課さないが、その効果の修正は必ずしも§4631(d)を救うわけではない。たとえば、もし利用可能なカテゴリーの範囲がある政治的信念より他の

政治的信念を好む設計によっているならば、事前の選択を頼ることさえ十分ではない。保護された表現に負担を課す法は、州により提供される選択肢があまりにも狭いので立法目的を促進できないとき、あるいは、あまりにも広いので言論を保護できないとき、維持できないだろう。§4631(d)は、広範囲にわたる処方者識別情報の使用を認めるので、州の主張する医師の機密保持という利益を促進しない。それどころか、その利用可能なプライバシーの限られた範囲の選択肢は、嫌悪された言論に対し負担を課すという州の許されない目的を反映している。従って、Vermont法の設計が好ましいメッセージを促進するという目的と無関係である場合のように、たとえ個人の選択の利用可能性と範囲が他の文脈に關係する可能性があるとしても、Vermont州の主張は失敗する。

ウ 嫌がらせ回避目的は②④をクリアできない

州はまた§4631(d)は医師を嫌がらせである販売活動から保護すると主張する⁸⁴。Vermontの医師には製薬会社の販売員の強引な販売活動の望まない増加を経験している人もいる⁸⁵。製薬会社の販売員によって抑圧と迷惑を感じているだろう少数の医師に対する配慮が§4631(d)のような幅広い内容に基づく規制を支持するかは疑わしい。多くの者は好ましくない言論に耐えなければならない、それは自由に不可避に伴うコストである⁸⁶。いずれにしても、Vermont州はなぜ内容に基づく規制よりもほかの救済策が適切でないのか何の説明も提示していない⁸⁷。医師は単純に処方者識別情報を使うディテイラーを含むディテイラーとの面会を断ることができるし、しばしば断っている。ディテリングを全く望まない医師は自由に仕事場の秘書や案内係に「訪問販売お断り」や「ディテリングお断り」といった指示を与える

⁸¹ See §4631(c)(1).

⁸² See *Rowan v. Post Office Department*, 397 U.S. 728 (1970); cf. *Bolger v. Youngs Drug Products Corp.*, 463 U.S. 60, 72 (1983).

⁸³ Cf. *Rowan*, 397 U.S. at 734, 737, 739, n.6 (は、私人に彼ら自身のプライバシーに関して自由で、制約のない、批判されない選択を可能にする法を支持している)。

⁸⁴ Vt. Acts No. 80, §1(28).

⁸⁵ §1(20).

⁸⁶ See *Erznoznik v. Jacksonville*, 422 U.S. 205, 210–211 (1975); *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 21 (1971).

⁸⁷ See *44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island*, 517 U.S. 484, 503 (1996) (opinion of Stevens, J.).

ことができる。自宅では個人のプライバシーは、「歓迎されない訪問者との会話を拒否する「居住者」の疑う余地のない権利」により「十分に保護」される⁸⁸。医師のオフィスは医師の自宅より私的ではなく、より強い保護は与えられない。

エ 医師患者間信頼関係毀損防止目的は②④をクリアできない

ディテイラーによる処方者識別情報の使用は、ディテイラーに治療法の決定に影響を与えることを許すことによって医師患者間の信頼関係を損なう。医師は彼らの処方決定がディテイラーによって監視されていることを知るとき、望まない重圧が生じる⁸⁹。ディテイリングは医師が患者の利益第一を心掛けているかどうか人々を不安にする。しかし、なぜディテイラーによる処方者識別情報の使用は§4631(d)により許された他の多くの使用よりこれらの嫌悪 (objection) を惹起するのか州は説明していない。いずれにしても、この主張された利益は修正1条の基本原則と相容れないものである。言論は保護され続ける、「人を行動に駆り立て、涙を流させ、あるいはかなりの苦痛を与えるだろうときでさえ」⁹⁰。より害が少なく、多くの人々が言うように有益な製薬マーケティングの言論もまた修正1条の保護を与えられる。もし製薬マーケティングが治療法決定に影響を及ぼすとすれば、医師は説明が説得的であるとわかったのでそうするのである。ここで示された状況と程遠い状況がないので、言論により説得されるだろうという恐れはそれを黙らせるための法的正当化根拠を与えない⁹¹。

オ 医療費削減目的は②をクリアしない

州の述べる政策目的は適切である一方で、§4631(d)は許される方法においてそれらを促進しない。州の説明では、§4631(d)が利益を直接促進する

とは言っていない⁹²。州は政策目的をある特定の話者によるある特定の言論を制限するという間接的手段(それは、こういうことである。すなわち、ディテイラーの処方決定への影響を与える能力を減少させること)を通して達成しようと努める。自由な言論への検閲や負担の賦課を求める人々はしばしば嫌悪された言論は有害な効果を持つと主張する。しかし、「もし人々が真実の情報を与えられれば悪い決定をするだろうという恐れ」は、表現内容に基づく言論への負担を正当化できない⁹³。「修正1条は、政府が自身の善と認識することのために人々を無知の状態にすることを求める規制について、我々に対し特に懐疑的になれと命令している」⁹⁴。聴衆が「洗練されそして専門的な」消費者で構成される場合、これらの教訓は全面的に適用される⁹⁵。

州議会の立法所見が認めるように、§4631(d)の前提は、言論の力は政府が言論を弾圧するという試みを正当化できるということである。実際、州は、製薬マーケティングが医師の処方実践に対し強力な影響力を持つと主張することによって法を弁護する。この理由づけは修正1条と相容れない。好ましくない公論 (public opinion) の流通を覆すために、州はスローガンを伴う運動、歌を伴うピケッティング、日中の集団行進を禁止することはできない。同様に、州は、真実で、誤解を招かない深い感銘を与える商品推薦や心を掴む短いコマーシャルソングを含む広告を禁止することによって、人気だが嫌悪された製品を市場から追放することを求めることができない。州が表現をあまりに説得的すぎると認識したことは、州に言論を禁止することや言論のメッセージに負担を課すことを許さない。

§4631(d)の欠陥は多くの聴き手(医師)がディテイリングは有益であると理解しているという事実か

⁸⁸ Watchtower Bible & Tract Society of New York, Inc. v. Village of Stratton, 536 U.S. 150, 168 (2002); see also *Bolger*, 463 U.S. at 72.

⁸⁹ Vt. Acts No. 80, §1(27).

⁹⁰ Snyder v. Phelps, 562 U.S. 443, 460-1 (2011).

⁹¹ Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444, 447 (1969) (per curiam).

⁹² *Sorrell*, 630 F.3d, at 277.

⁹³ *Thompson v. Western States Medical Center*, 535 U.S. 357, 374 (2002); see also *Virginia Pharmacy*, 425 U.S. at 769-70 (1976).

⁹⁴ *44 Liquormart*, 517 U.S. at 503 (opinion of Stevens, J.); see also *Linmark Associates, Inc. v. Willingboro*, 431 U.S. 85, 97 (1977).

⁹⁵ *Edenfield*, 507 U.S. at 775.

ら明らかである。実際、記録は Vermont 州の医師には、処方者識別情報がディテイラーに各々の医師の実践に合わせてメッセージを洗練することを許すので、処方者識別情報に基づき標的とするディテリングがとても役に立つとみている者もいることを明確に示している。州を助けるために出廷した合衆国でさえ、Vermont 州の「新薬の危険は患者の利益に勝るといふ正当ではない見解」には反論するよう注意を払っていた⁹⁶。ブランド薬のディテリングと処方に関する異なる見解がある。憲法の下においては、かかる議論の解決は自由で奔放な言論から生じるべきである。ある Vermont の医師がそれを述べている。「我々は薬について格言を持っている、知は力なり。あなたは、あるいは誰でも、知れば知るほどより良い決定ができる」。似たような格言が法の世界にもあり、「情報はそれ自体が有害ではない」とか「もし十分な情報を与えられさえすれば人々は最良のものを受け取るであろう」とか「目的のための最良の手段は、意思疎通の回路を閉じるより開くことである」というものが含まれる⁹⁷。「情報抑圧の危険ともし表現が自由に利用可能である場合のその濫用の危険」の選択は、「修正 1 条が我々に与える」ものである⁹⁸。

州は処方者識別情報を使用するディテイラーが効果的にブランド薬の販売促進を行うことによって不快にされるのかもしれない。州は州自身の言論を通じて意見表明ができる⁹⁹。しかし、州の説得の失敗は反論を挫折させることを州に対し許さない。州は、公共討論 (public debate) を好ましい方向に傾けるために他者の言論に対し負担を課すことはできない。我々の社会と文化生活における他の空間と同様、商業市場は思想や情報で溢れるフォーラムを提供する。思想や情報には必要不可欠であるものも、価値がわずかなものもある。しかし、一般的な原理は、政府

ではなく話者と聴衆が、発表された情報の価値を評価するというものである¹⁰⁰。

保護された表現に対する内容に基づく規制はときに許される、そしてその原則は営利的言論にも適用されることは事実である。実際、「消費者被害」からの消費者保護という政府の正当な利益は、「なぜ営利的言論がそうでない言論よりもより大きな政府の規制に服しうるのか」を説明する¹⁰¹。最高裁は、たとえば、次のように言う、「州の目から見て詐欺の危険がより大きいことを理由として、州は他の産業の価格広告は規制せず、ある一つの産業の価格広告を規制する選択ができるだろう」¹⁰²。しかし本件では、州は州法が中立的正当性を持つことを示してこなかった。

州は、ディテリングが最高裁の修正 1 条の判例の範囲内における虚偽又は誤導である、とは主張していない¹⁰³。また、州は、ここで異議申し立ての対象となっている法は虚偽又は誤導の言論を防止するだろう、とも主張していない。それどころか、ディテイラーの言論に負担をかけるという州の利益は、意見の相違以上のものではない¹⁰⁴。

6 結論

政府により要求される記録を含む個人情報を発見し公表する潜在的技術は、個人のプライバシーとそれが守ろうとする尊厳に関して、深刻で解決困難な問題を提示する。しかし、これらの利益をどうやって守るかを考慮する際に、州は論争における自身の立場を促進するための内容に基づく差別に従事できない。

もし、Vermont 州法が、限定された状況を除いて処方者識別情報の販売や開示を禁止していれば、州はより有利な立場だっただろう。しかしここでは、州は情報の保有者に情報開示について幅広い裁量と

⁹⁶ Brief for United States as Amicus Curiae 24, n.4.

⁹⁷ *Virginia Pharmacy*, 425 U.S. at 770.

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ *See Linmark*, 431 U.S. at 97; cf. §4622(a)(1).

¹⁰⁰ *Edenfield*, 507 U.S., 761, 767 (1993).

¹⁰¹ *Discovery Network*, 507 U.S. at 426; *see also*

44 Liquormart, 517 U.S. at 502.

¹⁰² *R.A.V.*, 505 U.S. at 388-9(citing *Virginia Pharmacy*, 425 U.S. at 771-2).

¹⁰³ *See Thompson*, 535 U.S. at 373.

¹⁰⁴ *See Bolger*, 463 U.S. at 69; *Thompson*, 535 U.S. at 376.

自由を与えるが、他方同時に、その情報の特定の話者による特定の目的での使用を制限し、また州自身、抑圧しようとする言論に反論するためにその情報を使用できる。プライバシーは個人にとって不可欠にすぎない概念であり、自由にとって欠くことができない権利であるので、政府の好む思想を助けるために操作することを許すことができない。

Vermont 州議会が§4631(d)を制定したとき、議会は「薬品の安全性と効果についての思想の自由市場はブランド薬を扱う製薬企業が医師への高価な製薬マーケティング運動へ投資するのでしばしば不公平である」¹⁰⁵と理解した。州議会が言うには、「マーケティング計画の目的は、州の目的としばしば相反する」¹⁰⁶。立法所見と結びついた§4631(d)のテキストと、地区裁判所で展開された記録は、Vermont 州がこの目的で§4631(d)を制定したことを立証する。Vermont 州は自身が説得的すぎると理解する保護された表現に負担を課している。同時に、州は自身の見解に合致する話者に負担をかけていない。州はこれをする事ができない。

控訴裁判所の判決は支持される。

第4 プライア反対意見〔ギンズバーグ、ケイガン同調〕

1 文脈アプローチの必要性

共同体において共生している多くの、そしておそらく大部分の人間活動は言論を通して行われ、そして言論と関係のある危険と正当化を相殺することは文脈によって異なっているので、本裁判所は修正1条の目的のために言論がなされる異なる文脈を区別してきた。たとえば、Snyder 判決¹⁰⁷参照。そして、修正1条は、たとえば「核心である」政治的言論に

ついて、政府の規制の試みに対し厳しい束縛を課す。そして他方では、政府が、たとえば営利的言論、政府被用者の言論、あるいは伝統的な規制プログラムに従う会社の規制と関係のある言論の規制を求めるときより緩い束縛を課す。Boos 判決¹⁰⁸(政治的言論)を、Central Hudson 判決¹⁰⁹(営利的言論)、Pickering 判決¹¹⁰(政府被用者)、そして Glickman 判決¹¹¹(経済規制)と対比せよ。

これらのテストと関係する区別は憲法上の思想の自由市場を維持することの重要性を反映しており、この市場は「社会的、政治的、審美的、道徳的そして他の様々な思想と経験」へのアクセスを供給する¹¹²。このような市場なしには、公衆は、人々の十分な情報に基づいた意思を反映する政策の実行をすることを誓約する政府を自由に選択できない。

他方で、判例は、修正1条が、商品とサービスの自由市場の維持に対して保障を提供することはほとんどないことを明確にする¹¹³。そして、判例はまた、選挙で選ばれた政府に対し、効果的な政策プログラムを通して人々によって選ばれた代表者が賛成した選択を実行することを許すことの民主的な重要性を反映している。

それゆえ、最高裁は広告を含む営利的言論が「情報提供の機能」を持つこと、そして営利的言論が「思想の自由市場では価値がない」わけではないことを認めてきた¹¹⁴。しかし同時に、最高裁は、政府が営利的言論を直接に規制するとき、より厳格でない「中間の」修正1条の審査基準を適用する。そのテストの下では、政府の法と規則は「より制限された規制によっては同じようには達成できない」「実質的な」政府利益を「直接に促進」する限り、言論をかなり制限できる¹¹⁵。加えて、最高裁は、誤導的で人を騙

¹⁰⁵ Vt. Acts No. 80, §1(4).

¹⁰⁶ Vt. Acts No. 80, §1(3).

¹⁰⁷ *Snyder*, 562 U.S. 443, 451-2.

¹⁰⁸ *Boos v. Barry*, 485 U.S. 312, 321 (1988).

¹⁰⁹ *Central Hudson*, 447 U.S. 557.

¹¹⁰ *Pickering v. Board of Education*, 391 U.S. 563 (1968)

¹¹¹ *Glickman v. Wileman Brothers & Elliott, Inc.*, 521 U.S. 457 (1997).

¹¹² *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S.

367, 390(1969); *see also* *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919) (Holmes, J., dissenting).

¹¹³ *See Florida Bar v. Went For It, Inc.*, 515 U.S. 618, 623 (1995) (「我々はいつも慎重に営利的言論を修正1条の核心にある言論から区別してきた」)。

¹¹⁴ *Central Hudson*, 447 U.S. at 563; *Bigelow*, 421 U.S. 809, 826.

¹¹⁵ *Central Hudson*, 447 U.S. at 564.

そうとする、強引な「販売の実践」はこの中間審査の保護すら欠いていると理解した¹¹⁶。そして最高裁は、中間審査の適用において、「伝統的に政府規制に従う領域で生じる商取引を持ちかける言論と他の様々な種類の言論との間の常識的差異」¹¹⁷を維持することの必要を強調してきた。

また最高裁はより直接的でない方法で言論に影響を及ぼす普通の商業的、規制立法に対して通常さらにいっそう寛大なアプローチを適用してきた。そうするとき、最高裁は、自身が契約の自由条項やデュ・プロセス条項に関係する先例でしてきたように、立法府の判断をかなり尊重するために、法のこの領域における必要性を考慮してきた¹¹⁸。ブランドイス裁判官は「このような事案での「我々の機能」は、害悪が存在し、提供される救済が有効であるという立法者の信念の合理性を決定することだけである」と言う¹¹⁹。

裁判所が通常の経済規制プログラムを審査するとき（そのプログラムが営利的メッセージを洗練させる会社の能力に対し穏やかな影響を与えるにすぎないときでさえ）、厳格な(strict)修正 1 条の基準を実際に適用することは、当然のことながら、このより基本的な憲法的アプローチとの間で意図のすれ違いをきたすだろう。通常の規制プログラムは無数の方法で言論、特に営利的言論に影響を与える可能性があるため、そのようなプログラムが言論に負担を課すところではどこであれ「高められた」修正 1 条の審査基準を適用することは、立法者から裁判官へ目的を衡量し手段を選ぶ第一次的権限を移し、正統な立法目的を捻じ曲げあるいは掘り崩すおそれがある¹²⁰。「高められた」基準をそのような事案に適用する

ことはもちろん、*Central Hudson* 判決で反対意見を述べた当時のレーンキスト裁判官が以下のように述べた危険をおかすだろう。

「最高裁にとって、州によって採択された経済規制を、最高裁自身が、州の政策を実施するために最も適切であると考える手段を基礎として無効とすることが通常であったロックナー判決の昔の時代に戻る」¹²¹

2 合理性の基準が適用されるべき理由

なぜ最高裁が *Vermont* 州法を、「経済規制の審査にふさわしい基準の下」で審査すべきで、「修正 1 条の問題の審査にふさわしい高められた基準の下」で審査すべきでないのかについてはいくつかの理由がある¹²²。一つには、*Vermont* 州法は、イデオロギー的であろうと製品の販売に関連するものであろうと、誰かが何かを言うこと、あらゆる形態の象徴的言論に従事すること、または特定の観点を支持することを禁じたり要求したりしない¹²³。

もう一つには、ここで *Vermont* 州に適用されるその同じ修正 1 条の基準は、他の州あるいはたとえば *FDA* を通して連邦政府によりなされる規制措置と似た規制措置にも適用されるだろう。

さらに、その法の要件は伝統的で広範囲にわたる規制体制を作る¹²⁴。製薬産業は少なくとも 1906 年から厳しく規制されている¹²⁵。長い間確立された法と規制は製薬会社に対し、薬品が「安全」で「効果的」であることを保証するための、複雑な薬品試験に従事することを要求する¹²⁶。その後でのみ、その薬品を販売することができ、この段階で、製薬会社

¹¹⁶ *44 Liquormart*, 517 U.S. at 501 (opinion of Stevens, J.); see also *Central Hudson*, 447 U.S. at 563; *Virginia Pharmacy*, 425 U.S. at 772.

¹¹⁷ *Ohralik v. Ohio State Bar Association*, 436 U.S. 447, 455-6 (1978) (quoting *Virginia Pharmacy*, 425 U.S. at 771, n.24.)

¹¹⁸ See *Glickman*, 521 U.S. at 475-6.

¹¹⁹ *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262, 286-7 (1932) (dissenting opinion); *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma, Inc.*, 348 U.S. 483, 488 (1955); *United States v. Carolene Products Co.*,

304 U.S. 144, 152 (1938).

¹²⁰ See *Glickman*, 521 U.S. at 476. Cf. *Johanns v. Livestock Marketing Association*, 544 U.S. 550, 560-2 (2005); *United Foods*, 533 U.S. at 405, 411.

¹²¹ *Central Hudson*, 447 U.S. at 589.

¹²² *Glickman*, 521 U.S. at 469.

¹²³ Cf. *Id.* at 469-70.

¹²⁴ Cf. *United Foods*, 533 U.S. at 411.

¹²⁵ See *Pure Food and Drugs Act*, 34 Stat. 768 (1906).

¹²⁶ 21 U.S.C. §§355(b)(1), (d).

は FDA の薬品ラベル内容と広告販売方法の網羅的な規制に従う¹²⁷。

最後に、Vermont 法は政府規制によってのみ存在する情報に向けられている。連邦法の下では、ある薬品は医療専門家の指示のもとで活動する薬剤師によってのみ調剤される¹²⁸。Vermont 州は薬剤師自身の資格、適格性、実践を規制し、そして薬局に対し、とりわけ、誰がどの薬を処方したのかを追跡する「患者記録システム」を維持管理することを要求する¹²⁹。これらの規制がなければ、誰がどの薬を買うよう顧客に言ったのか薬局は知る手段がない。

3 話者及び内容に基づく規制への「高められた」審査の適用は営利的言論規制にはなじまない

(Central Hudson 判決よりもなおいっそう厳しい (stricter) 基準を提案している) 最高裁は、言論に負担を課す内容に基づいた規制に「高められた」審査を与えるべきであると言う。「営利的言論も例外ではない」と付言する。最高裁は加えて、本件は「内容」及び「話者」の両方に基づく規制と関係する事件であることを強調する。しかし、これらの2つのカテゴリー、即ち「内容」及び「話者」に基づく規制は、規制された活動が営利的言論に影響を及ぼすとき、これまで一度もより厳しい (greater scrutiny) 審査を適用されたことはない¹³⁰。そしてそのような先例が全く存在しないことは理解可能である。

規制プログラムは必然的に内容に基づいた区別をする¹³¹。いたるところに内容に基づく規制類型があるならば、なぜ「内容に基づく」という典型的な規制の性質が、裁判所に対し、立法者と規制当局により低い敬讓しか与えないことを要求するのか?¹³²

そして、規制プログラムの文脈の中では、「話者に

基づいて」いること、ただひとつの企業のクラスにのみ、言い換えれば、規制された企業にのみ影響が及ぶことが普通でないわけではない。

もし、最高裁が、商業メッセージの内容に影響を及ぼすだろう規制法令に対する憲法的障壁を作出するつもりであるならば、前代未聞の仕事に取りかかっている。その仕事とは、広く受け入れられた規制活動に対する重大な司法的介入を引き起こす可能性があるものである¹³³。そして、裁判所の「高められた」審査を特定の話者にのみ影響を与える規制に限定することもまたその仕事を容易にしないだろう。

最高裁はまた製薬会社と法律の関係を述べるとき「狙いを向けられた aimed」あるいは「標的とされた targeted」という言葉を使う。しかし、まさに先に挙げた理由によって、この論拠に対して「高められた」審査を要求することは、州が産業を規制しようと努めるときに、早期かつ頻繁に「高められた」審査の適用を要求することである。あらゆる法制定動因 (initiative) は立法課題から生じる¹³⁴。あらゆる行政の動因は規制に関する課題から生じる¹³⁵。関連する法令、規則、計画、そして決定はほぼ常に、それらを制定した議会と行政の、そして究極的には有権者の見解の反映である。それらはしばしば、政府と特定の企業が合意できない価値についての実践に従事する、特定の企業を狙いとし、あるいは標的とする。たとえば、真実であり誤導的でない企業の言論を、競争の状況に影響を与えることができる市場支配力のために制限しているシャーマン法の2条¹³⁶は、独占者を直接に狙いとし、そして標的としている。

要するに、この領域における判例法は、修正1条が「思想の自由市場」を保護し、それによって課題

¹²⁷ 21 U.S.C. §352(f)(2); 21 C.F.R. pts. 201-3 (2010).

¹²⁸ 21 U.S.C. §353 (b).

¹²⁹ Vt. Stat. Ann. tit. 26, §§2041 (a), 2022 (14) (Supp.2010); Vt. Bd. of Pharmacy Admin. Rules (Pharmacy Rules) 9.1, 9.24(e) (2009).

¹³⁰ See e.g., Capital Broadcasting Co. v. Mitchell, 333 F. Supp. 582 (D.D.C. 1971) (three-judge court), Capital Broadcasting Co. v. Acting

Attorney General, 405 U.S. 1000 (1972).

¹³¹ *Virginia Pharmacy*, 425 U.S. at 761, 762.

¹³² Cf. *Fox*, 492 U.S. at 469, 481.

¹³³ Cf., e.g., 21 C.F.R. pts. 201-3.

¹³⁴ See e.g., Message to Congress, May 24, 1937, H.R. Doc. No. 255, 75th Cong., 1st Sess., 4.

¹³⁵ See e.g., E.O. 12866, 58 F.R. 51735 (1993).

¹³⁶ 15 U.S.C. §2.

を提出し、政策を実行し、反対の政策を締め出すことを好む政府の能力の不適切な妨害なしに妥当な政策の民主的創出を促進することの必要性を反映している。(しばしば言論と関係する) 営利的活動の規制が問題となっているときに「高められた」審査を適用することは、必要以上に後者の憲法的目的を損なうことである。多数意見はこの危険を披露している。

そのうえ、商業メッセージに関わる大きな規制動因を考えれば、最高裁の司法審査観は、裁判官が経済的自由への介入のために立法を審査していた古き良き時代に我々を引き戻す可能性がある。かかる権力がたびたび濫用され、個々の法律家によって好まれる経済理論の憲法化(constitutionalization)を生じさせたことを歴史は明らかにしている¹³⁷。本日の多数意見は、営利的言論を(間接的にでさえ)扱うところではどこでも、裁判所に州の立法的な規制利益がより制限的でない方法で達成されることができかどうか審査するよう要請することによって、判例では予測できない方法によって過去の失敗を繰り返す危険を冒す¹³⁸。

Vermont 法において、州の政策に反対している者が、彼らの内心を話す、あるいは異なる一式の政策目標を民主的プロセスを通じて追求する能力を掘り崩すものは何もない。州の規制法が製薬会社を「標的とする」かどうかは(意図せず影響を与えることとは対照的に)、修正 1 条の考慮から外すべきである。

4 セントラルハドソンテストの下でも合憲である
(1) プライバシー保護目的の審査においては法の文面以外の証拠考慮も行うべきである

Vermont 法は営利的言論に対し穏やかな害を与えるだけである。私は、法が製薬会社に、より効果

的な販売メッセージを生み出す助けとなるだろう情報を与えないことに同意する。しかし、私は、「薬局」に対し(マーケティング以外であれば)「処方者識別情報を誰とどんな理由であれ共有すること」を許す正当化できない差別にその害が関係するという多数意見に同意できない。そのような差別と修正 1 条との関連性がどのようなものであれ、Vermont においてそれが存在するという証拠はない。記録は処方者識別情報が広く拡散されているという証拠を含まない¹³⁹。

そのような証拠が全く存在しないことは、おそらく処方者識別情報の広範囲に及ぶ公開を禁止する他の法の存在を反映している。Vermont 薬局規則は、たとえば、「権限のない人に対し患者もしくは開業医の情報もしくは提供される専門的な薬局業務の性質を漏らし、あるいは明らかにすること」を含めて「職業倫理違反」を定義している¹⁴⁰。法は製薬マーケティングが問題となっているところではこの禁止を補強する。そして法が作る例外は狭く、共同で行われるしばしば不可欠な処方箋データの使用に関係する¹⁴¹。

そして多数意見は、法が「好ましい」言論を助け、「負担」を「嫌悪された話者による嫌悪された言論」に対し課すというものであるという主張を支持する記録を発見できなかった。最高裁は見たところ、法が(ア)製薬会社がより効果的に薬を販売することを助けるだろう個別化されたメッセージを作出することを禁止する、しかし(イ)ジェネリック医薬品の販売促進をする「カウンターディテイリング」プログラムが、処方者識別情報を使用するそのようなメッセージを作出することを許すということの意味している。私は、議論のために、この結果が法の営利的言論への悪影響をかなり増加させるだろうと

¹³⁷ See *Lochner*, 198 U.S. at 45, 75-6 (Holmes, J., dissenting).

¹³⁸ See *Central Hudson*, 447 U.S. at 589 (Rehnquist, J., dissenting); cf. *Railroad Commission of Tex. v. Rowan & Nichols Oil Co.*, 310 U.S. 573, 580-1 (1940).

¹³⁹ See App. 248, 255. Cf. *Burson v. Freeman*, 504 U.S. 191, 207 (1992) (plurality opinion); *Bates*,

433 U.S. at 350, 380 (1977).

¹⁴⁰ Vt. Bd. of Pharmacy Admin. Rule 20.1(i).

¹⁴¹ See Vt. Stat. Ann. tit. 18, §4631(e)(1); §4631(e)(2); §4631(e)(3); §4631(e)(4); §§4631(e)(5)-(6). Cf. *Trans Union Corp. v. FTC*, 245 F.3d 809, 819 (C.A.D.C. 2001) (quoting *Trans Union Corp. v. FTC*, 81 F.3d 228, 234 (C.A.D.C. 1996)).

推定することをいとわない。しかしながら記録は、Vermont州において、そのような個人に最適化されたカウンターディテリングがたとえ存在しているとしても、広範囲にわたるといふ証拠となる根拠を含んでいない。

多数意見は§4631を一部に含むVermont州法は、処方薬の処方と調剤に対して責任を負う医療専門家に対し、Vermont州保健省、Vermont州保険アクセス局、そしてとりわけVermont大学が、「治療に効果的で費用対効果の高い処方薬の利用についての情報と教育を供給するために」互いに取り組む「証拠に基づく処方薬教育プログラム」を創出したと主張する¹⁴²。しかし、そのプログラムは処方者識別情報を使用しない。

(2) バイアスがかかっている情報提供の保証目的及びプライバシー保護目的はセントラルハドソンテストをクリアする

ア 目的の重要性

Vermont州は「より費用のかからない薬の促進と、処方者がバイアスがかかっている情報を受領することを保証することを通して、Vermont州民の公衆衛生を保護し、処方者と処方情報のプライバシーを保護するという州利益を増進するため、そして処方薬の購入者としての州に対してだけでなく民間ヘルスケア部門における出費を抑制することを確実にするために法を制定した。」¹⁴³

これらの目的は重要である。そしてこれらの目的が具体化する全ての利益は言論に関して「中立」である。

公衆衛生の保護は州の伝統的なポリス・パワーの範囲に属する¹⁴⁴。最高裁が通常、「誤導的」あるいは「虚偽の」情報の規制を、「中間の」営利的言論審査

の厳格度からさえ免除するという事実は、FDAが売買されている薬品についての情報の「公正な均衡」を確実にするという連邦の規制目的を表明しているという事実が証拠となるのと同様に¹⁴⁵、「バイアスのかかっている情報」を保証することの重要性の証拠となる¹⁴⁶。ヘルスケア制度における多くの支払人のように、ヘルスケア費用はまた不可欠(crucial)な州の利益である。そして、最高裁は、ある特定の(しかし他のものではない)目的のために公衆にすでに公開された情報に関してさえ重要な公共政策目的として「プライバシー」を保持することの重要性を支持した¹⁴⁷。

一方で、証拠記録は立法者が、法がこれらの各々の目的を「直接に促進する」と結論づけるのに十分である。法はおそらく売買の際の議論を(ジェネリック医薬品を含む)他の薬品と比較して個々の薬品の安全性、効果、費用に集中することを助ける。薬品そのものに関係するこれらの事実は、製薬会社が保有しているであろう一般的な情報と大いに関係する。それらは、もし関係するとしても、ディテラーが話しかけている特定の医師の名前あるいはこれまでの処方実践と少ししか関係しない。個々の医師のこれまでの処方の習慣を根拠としてディテリングのメッセージを洗練することは、特定の製薬会社の特定の薬品をより多く販売することを助けることができる。しかし、それは薬品の安全性と効果だけでなく費用についての科学調査から注意をそらすことによってそのようにするのである。この注意をそらすことは公衆衛生と州の財政上の利益を犠牲にする。

Vermont州はこの方向の根拠を裏付けるために大部の立法記録を編集した¹⁴⁸。

これらの結論は立法者に、これらの問題を改善す

¹⁴² Vt. Stat. Ann. tit. 18, §4622(a)(1). See generally §§4621-4622.

¹⁴³ Vt. Stat. Ann. tit. 18, §4631(a) .

¹⁴⁴ Hillsborough County v. Automated Medical Laboratories, Inc., 471 U.S. 707, 719 (1985).

¹⁴⁵ 21 C.F.R. §§202.1(e)(1), (e)(5)(ii).

¹⁴⁶ See *44 Liquormart*, 517 U.S. at 501 (opinion of Stevens, J.); *Central Hudson*, 447 U.S. at 563.

¹⁴⁷ See *Department of Justice v. Reporters Committee for Freedom of Press*, 489 U.S. 749, 762-71 (1989); see also Solove, *A Taxonomy of Privacy*, 154 U. Pa. L. Rev. 477, 520-522 (2006); cf. *NASA v. Nelson*, 562 U.S. 134, 144-6 (2011).

¹⁴⁸ See *Testimony of Sean Flynn* (Apr. 11, 2007), App. in No. 09-1913-cv(L) etc. (CA2), p. A-1156 (データマイニングの利用は製薬会社が「自社の薬

るかどうか、そしてどのように改善するかについて判断を下すことを求める。そして、まさにこの手の判断をすることは規制当局と立法者の仕事である。

Vermont 州の情報の「公平なバランス」を確保しようとする試みは、FDA の類似の要求と異ならない¹⁴⁹。実質的な連邦の薬品規制の一部が違憲であるとは未だ誰もほめかしていない。ではなぜ我々は Vermont 州の法を異なって取り扱うべきなのか？

記録はまた、十分に州のプライバシー保護目的を支持する。Vermont 州における規制規則は、個々の医師の処方慣習の秘匿が規範であり続けることをはっきりさせる¹⁵⁰。Vermont 州、あるいは州の他の者が、この情報をカウンターディテリングの取組みのために使用するというを示すものは何もない。

製薬会社と、情報を製薬会社に対して販売するデータマイナーズは膨大な秘匿情報のさらなる流通を意味するさらなる適用除外を創造したがっている (そして創造した)。Vermont 州法はそのドアを閉じた。同時に、法は、彼らの処方実践の使用を許すことを望む医師にそうすることを許した¹⁵¹。セントラルハドソンテストの目的について、このことは十

分、州法が処方者のプライバシーに与えられる保護を補強するという重要な利益に仕えるということを示しているように思われる¹⁵²。

イ 手段の③④適合性

多数意見は十分に支持された、同様に効果的な、より制限的な規制に言及することができない¹⁵³。多数意見は、医師はディテイラーに会うことを単純に断ることができるし、そしてしばしば断ると言う。この事実は真実だが的を外している。オフィスのドアを閉めることは、(より多くの注意をジェネリック代替医薬品と比較した場合のメリットデメリットに向けることによって) 支出削減をする傾向と全く同じ傾向ではない。そして、それは、言うなれば、既にデータマイナーズに公開された情報を秘匿しないだろう。いずれにしても、医師がディテイラーをドアで追い返すことは起こりそうもない。なぜなら、バランスが取れているようにアンバランスであろうが、メッセージを届けるディテイラーは、多くの有益な情報の供給者であるからである¹⁵⁴。医師に対し、医師を標的とするディテリングか全くディテリングを利用しないかの選択を強制することは、それゆ

品の最良でない情報を隠蔽し、見栄えを良くする情報を強調することする」のを助ける); Ilona Volker & Kevin Outterson, *New Legislative Trends Threaten the Way Health Information Companies Operate*, 11 *Pharmaceutical Pricing & Reimbursement* 324-5 (2007), *Id.* at A-4235 (ある元ディテイラーは、処方者識別情報を、「医師を操作(manipulating)するための戦略を策定する上で最大のツール」と見なしていた) (quoting Whitney, *Big (Brother) Pharma: How Drug Reps Know Which Doctors To Target*, *New Republic*, Aug. 29, 2006, <http://www.tnr.com/article/84056/health-care-eli-lillypfizer-ama>); Testimony of Paul Harrington (May 3, 2007), *Id.* at A-1437 (データマイニングの実践は販売員による「秘密の操作的な活動である」と述べる); Testimony of Julie Brill (May 3, 2007), *Id.* at A-1445 (データマイニングの制限は、「公平でバランスの取れた情報を受け取る医師に対する FDA の要求が現実には生じることを保証する」); Written Statement of Jerry Avorn & Aaron Kesselheim, *Id.* at A-4310 (より医師を特定したディテリングは、しばしば患者に追加の利益はないが患者と州の保険プログラムにより高い支出を強いヘルスケア費用を引き上げ続ける、より多く

のブランド薬の処方をもたらしことを指し示す研究を引用する); *Id.* at A-4311 (「製薬企業が個々の医師の処方履歴に合わせてマーケティング戦略を調整することをより困難にすることは、実際、ディテイラーが医師に製品のより中立的な説明を提示する気にさせる」); *see also* Record in No. 1:07-cv-00188-jgm (D.Vt.), Doc. 414, pp. 53-7, 64 (証拠記録を要約している)。

¹⁴⁹ *See* 21 C.F.R. §§202.1(e)(1), (e)(5)(ii).

¹⁵⁰ *See e.g.*, Vt. Bd. of Pharmacy Admin. Rule 8.7(c); 20.1(i).

¹⁵¹ §§4631(c)-(d).

¹⁵² *See Fox*, 492 U.S. at 480; *see also* *United States v. Edge Broadcasting Co.*, 509 U.S. 418, 434(1993); *Burson*, 504 U.S. at 207 (plurality opinion).

¹⁵³ *Central Hudson*, 447 U.S. at 564.

¹⁵⁴ *See* Puneet Manchanda & Elisabeth Honka, *The Effects and Role of Direct-to-Physician Marketing in the Pharmaceutical Industry: An Integrative Review*, 5 *Yale J. Health Pol'y L. & Ethics* 785, 793-797, 815-816 (2005); Michael G. Ziegler et al., *The Accuracy of Drug Information From Pharmaceutical Sales Representatives*, 273 *JAMA* 1296 (1995).

え、公衆衛生の促進という州の利益を危うくする。

多数意見はまたほのめかず、もし州法が処方者識別情報を狭い状況を除き使用あるいは公開されてはならないと規定するならば、州はより強い立場に立つだろう。しかし、公開を許す例外規定はここではとても狭く、そしてそれらは有益で現実の不可欠な目的に仕える¹⁵⁵。それでも、この選択肢はより少なくではなく多くの負担を情報の拡散に対して課すだろうから、「より制限された規制」ではない¹⁵⁶。

被上訴人の提示する選択肢はもはや役に立たない。被上訴人は、「Vermont 州は単に、医師に対し、製薬企業が処方履歴情報を医師とコミュニケーションを取るために使用することを告げることができるだけ」とほのめかず。しかし、そのことはどうやって州の基本的な目的に役立つのか？それは州が FDA と同様に追求する製薬マーケティングにおける情報の「公正なバランス」を創出しないだろう¹⁵⁷。被上訴人はまたジェネリック医薬品の使用を要求する、あるいは彼らのためになることについて医師を教育する政策をほのめかず。このようなプログラムは、Vermont 又は他の州でしばらくの間実施されてきたが、Vermont 州法が目標とする不均衡な販売戦術を防いできたという示唆はない¹⁵⁸。そしてなににせよこのような法は処方者のプライバシーを保護する役には立たない。

Vermont 州はそれゆえに州法が実質的な州利益を意味のある形で促進するというを十分に示す記録を提示している。多数意見も被上訴人も同等に効果的な「より制限的である」規制を何ら提案できていない。そして Vermont 州法が生じさせるという修正 1 条の危害は、せいぜい、穏やかなものである。したがって私は、たとえ *Central Hudson* 判決における基準のような「中間審査」基準を適用するとしても、この州法は合憲であると結論する。

5 結論

要するに、私は、Vermont 州法は最高裁が営利的言論の規制に適用してきた中間審査基準を充足すると信じる。一層有力な理由で、より緩やかな、この種の商業取引規制事案——政府が典型的な規制目的（より低い薬価、よりバランスのとれたメッセージ）を、一般的な規制手段（規制法令に従って収集されたデータの商業的利用を制限すること）の利用を通して追求する事案——に対しより適切に適用される審査基準を充足する。言論に係る影響はここでは間接的で、付随的で、そして完全に営利的である。

最高裁は、重要な修正 1 条のカテゴリー、すなわち「内容に基づく」「話者に基づく」そして「中立的」の使用を通して結論に達した。しかし、規制の文脈、言論効果の本質、これらの修正 1 条のカテゴリーが促進することを追求する価値、そして先行判例を十分に考慮しなかった。よく言っても、最高裁は、単に付随的に営利的言論に影響を与えるかもしれない多くの一般的な規制実践に対する修正 1 条による異議申立てというパンドラの箱を開いた。悪く言えば、それは、通常の経済規制が問題になっているところで民主的意思決定の代わりに司法的意思決定を使う、ロックナー判決の、ニューディール以前の脅威を再び目覚めさせる¹⁵⁹。

適用されるのが通常の営利的言論基準であろうと、より緩やかな基準であろうとかかわりなく、私は Vermont 州法が修正 1 条に合致すると信じる。

第5 研究

アメリカ連邦最高裁の営利的言論法理は、政治的言論等と異なり、営利的言論に対しては、虚偽又は誤導の場合には修正 1 条の保護範囲から外れ¹⁶⁰、強制も合理性の基準の下で許され¹⁶¹、過度広汎性ゆえ

¹⁵⁵ Compare Vt. Stat. Ann. tit. 18, §4631(e), 42 U.S.C. §1320d-2, p. 1190, 45 C.F.R. §164.512.

¹⁵⁶ *Central Hudson*, 447 U.S. at 564.

¹⁵⁷ Cf. *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).

¹⁵⁸ See e.g., Written Statement of Jerry Avorn & Aaron Kesselheim, CA2 App. A-4310; Doc. 414, at

60-1.

¹⁵⁹ See *Central Hudson*, 447 U.S. at 589 (Rehnquist, J., dissenting).

¹⁶⁰ *Id.* at 564.

¹⁶¹ *Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel*, 471 U.S. 626 (1985), *Milavetz, Gallop & Milavetz, P. A. v. United States*, 559 U.S. 229 (2010).

に無効の法理は適用されず¹⁶²、内容中立性原則も適用されない、といった複数の法理から構成される。このうち Sorrell 判決で問題となったのは、内容中立性原則が営利的言論に適用されるかどうかであった。

Sorrell 判決は、1993 年以来進んできたとされるセントラルハドソンテストの厳格化傾向に沿いながらも、営利的言論規制の違憲審査の際に内容中立性原則の適用を求めることで、セントラルハドソンテストを超えて、営利的言論規制の違憲審査基準をより厳格な方向へ進める原理的に大きな一歩を踏み出した可能性がある判決として注目されている。

Piety が言うように、Sorrell 判決は、「会社を「嫌悪された」話者の役回りに配置し、それによって極端に繊細さに欠けるヴァージョンの会社の権利 (corporate rights) を喜んで受け容れた」¹⁶³Citizens United 判決¹⁶⁴ほどは注目されなかった。しかし、同じく Piety が「2011 年 6 月 23 日、最高裁は広く見落とされてきた重要な事件——Sorrell v. IMS Health Inc.——に判決を下した」¹⁶⁵と言うように、次第に注目され、現在では多くの評釈が出されている。

またブライアによる反対意見は合理性の基準を適用すべきとしており、「高められた」審査を要求するケネディ法廷意見とは立場が大きく乖離している点にも特徴がある。

さらに Sorrell 判決は、いわゆるデータマイニング活動、つまり情報の取得・分析行為の憲法的保護の有無・程度についても、傍論ではあるものの、非常に示唆に富む論述をしている。今日の経済活動においてこの手の情報を用いることなく行われている活動はないと言ってよく、その意味で、もし営利企業による情報の取得・分析行為が修正 1 条で強力に保護されるとするならば、政府の経済活動規制が軒並み骨抜きにされかねない。Cohen に言わせればそ

れは「情報資本主義」時代の社会的・政治的構造転換¹⁶⁶の帰結であり、Young に言わせればそれは表現 (情報) 規制と経済規制の境界が不明瞭になることによる二重の基準論の動揺である¹⁶⁷が、その意味で、単に表現の自由規制についてだけでなく、経済活動規制の違憲審査基準の今後の展開にも重要な手がかりを与えうる判決であるとも言える。

Sorrell 判決は、基本的には保守派とリベラル派で分かれる構図であるものの、保守派の構成する法廷意見に通常はリベラル派に与するソトマイヨール裁判官が加わっていることで、6 対 3 の安定的な多数による判決になっている。

以下、第 5. 1 で内容中立性原則と営利的言論の関係についての判例の歴史を簡潔に素描した上で、学説により提示された 3 つの理解の可能性を示し、下級審での受容のされ方も踏まえて「高められた」審査とは何かを検討する。次に第 5. 2 で Sorrell 判決で示唆されたデータマイナーズの情報取得・分析行為規制の憲法的評価について、学説を手がかりに検討する。さらに第 5. 3 でブライア反対意見について、合理性の基準を適用するという主張部分と、セントラルハドソンテストにおける目的の設定においてバイアスのかかっていない情報提供の保証を認定した主張部分とに焦点を当てて、それぞれの主張の当否を検討する。そして最後に第 5. 4 で検討の結論とそこから得られる展望について示したい。

1 「高められた heightened」審査とは何か

(1) 内容中立性原則と営利的言論法理

Sorrell 判決ケネディ法廷意見は、§4631(d)は「特定の内容に基づいた負担を保護された表現に課すことを意図している」がゆえに「高められた heightened」審査が妥当すると述べる¹⁶⁸。

これは、従来 Central Hudson 判決を含む他の先

¹⁶² *Bates*, 433 U.S. 350, 380-1 (1977).

¹⁶³ Piety, *supra* note 23, at 2.

¹⁶⁴ *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010).

¹⁶⁵ Piety, *supra* note 23, at 1.

¹⁶⁶ Julie E. Cohen, *The Zombie First Amendment*,

56 *Wm. & Mary L. Rev.* 1119, 1132 (2015).

¹⁶⁷ Ernest A. Young, *Sorrell v. IMS Health and the End of the Constitutional Double Standard*, 36 *Vt. L. Rev.* 903, 920-30 (2012).

¹⁶⁸ *Sorrell*, 564 U.S. at 565 (quoting *Discovery Network*, 507 U.S. at 418).

例が、営利的言論法理が適用される場面では通常、内容に基づく規制であることを当然の前提としていた（営利的言論の定義は「商品購入を申し出る以上のものではない言論」¹⁶⁹あるいは「単に話者及び聴者の経済的利益にのみ関係する表現」¹⁷⁰等とされ、いずれも内容に注目した定義である）ことからすると、違和感がある表現である。

現に初期の判例は¹⁷¹、営利的言論への内容中立性原則の適用を否定していた。たとえば、初期の内容中立性原則についての判例である *Consolidated Edison Co. of New York* 判決¹⁷²においては、「主題に基づく政府規制は限定された状況で承認されてきた」として、その例として名誉毀損や猥褻、喧嘩言葉とともに営利的言論が挙げられていた¹⁷³。また、*Central Hudson* 判決は、*Consolidated Edison* 判決を引用して、「他の大部分の文脈では、修正1条はメッセージの内容に基づく規制を禁止する」とした上で、「営利的言論の2つの特徴が内容規制を許す」とした。そしてその2つの特徴のうち一つについて「営利的言論の話者は市場と自身の製品双方について幅広い知識を持っている。それゆえに、自身のメッセージの正確性と活動の根底にある合法性をよく評価できる立場にある」とし、もう一つの特徴について「経済的自己利益の産物である営利的言論は広汎な規制によって圧迫される影響を特に受けやすいわけではない頑強な種類の表現である」としていた¹⁷⁴。これらの判例を受けて、初期の学説、たとえば *Geoffrey Stone* は内容中立性原則は高価値の言論にのみ適用があると主張した¹⁷⁵。

しかし、1992年の *R.A.V.*判決は低価値言論に含まれる喧嘩言葉について、そのカテゴリー内部での

(within) 内容に基づく区別を違憲であると判断した。低価値言論が低価値言論であるとされるまさにその理由によって内容に基づく区別をするのでない限り、内容に基づく区別は許されない¹⁷⁶。また同判決で最高裁は、傍論ではあるが「州の目から見て詐欺の危険がより大きいことを理由として、州は他の産業の価格広告は規制せず、ある一つの産業の価格広告を規制する選択ができるだろう」¹⁷⁷としていた。

翌年、最高裁は営利的言論に対しても内容中立性原則を適用した。*Discovery Network* 判決においては、公道上に設置されたニュースラックについて、中身が営利ビラの場合には設置を許可せず、新聞の場合には設置を許可していた条例に基づく市の禁止処分が修正1条に反し違憲とされた。市はセントラルハドソンテストを充足するという主張に加え、合憲な時、所、方法の規制であると主張していた。しかし最高裁は、内容中立かどうかの判断を「言論が伝達するメッセージに不同意であることを理由に」¹⁷⁸政府が言論規制をしたかどうかで行うとする *Ward* 判決を引きつつ、「まさに規制の根拠が典型的な新聞と営利ビラとの間の内容の違いであるので」¹⁷⁹かかる主張は認められないとした。「営利的言論が「低価値」である」ことは営利・非営利による区別を正当化できる内容中立な理由ではない¹⁸⁰。*Discovery Network* 判決は、*R.A.V.*判決が認めたような低価値言論（営利的言論）内部での内容に基づく区別だけでなく、低価値言論（営利的言論）というカテゴリー全体についての内容に基づく区別に対しても内容中立性原則の適用を認めた判決といえる。「営利的言論が憲法的に低い保護しか受けられないことは、単にそれがあまり保護されない

¹⁶⁹ *Virginia Pharmacy*, 425 U.S. at 771 n 24.; see also *Fox*, 492 U.S. at 473-4.

¹⁷⁰ *Central Hudson*, 447 U.S. at 561.

¹⁷¹ 以下の *Sorrell* 判決に至るまでの判例における内容中立性原則と営利的言論の関係についての分析は主として *Lee Mason, Content Neutrality and Commercial Speech Doctrine after Reed v Town of Gilbert*, 64 U. Chi. L. Rev. 955, 974-5 (2017) に負う。

¹⁷² *Consolidated Edison Co. of New York v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 530

(1980).

¹⁷³ *Id.* at 538 and n.5.

¹⁷⁴ *Central Hudson*, 447 U.S. at 564 n.6.

¹⁷⁵ See *Geoffrey R. Stone, Content Regulation and the First Amendment*, 25 *Wm. & Mary L. Rev.* 189, 195-6 (1983).

¹⁷⁶ See *R.A.V.*, 505 U.S. at 338.

¹⁷⁷ *Id.* at 388-9.

¹⁷⁸ *Ward*, 491 U.S. at 791.

¹⁷⁹ *Discovery Network*, 507 U.S. at 428-9.

¹⁸⁰ *Id.* at 429-30.

からということでは正当化できず、低い保護しか受けられない理由を示すべきである¹⁸¹。もっとも、Discovery Network 判決は、Sorrell 判決のように「高められた」審査が適用される旨を（少なくとも判決文上明確には）示してはいない。

このように、(いずれも Sorrell 判決で引用される) Ward 判決、R.A.V.判決、Discovery Network 判決の延長に Sorrell 判決がある。つまり、Sorrell 判決もまた、「言論が伝達するメッセージに不同意であることを理由に」¹⁸²政府が言論規制をした事案であると把握できる¹⁸³。現に内容規制の中身を見解 (viewpoint) 規制と主題 (subject-matter) 規制¹⁸⁴に区別し、Sorrell 判決の射程を見解規制の事案として限定し、主題規制の場面においては依然セントラルハドソンテストを維持するという解釈を提示する学説もある¹⁸⁵。しかし、そうであれば厳格 (strict) 審査が適用されてもよかったものであるところ、ケネディは「厳格(strict) 審査という言葉をおそらく意図的に) 避け、その内実が不明の「高められた (heightened)」審査が適用されるとしか述べない。また、このことを意識してかはわからないものの、Mason と Massey の評釈の他には、Sorrell 判決の事案分析を内容規制という以上に見解規制、主題規制を明確に分節化して行うものは多くなく、単に(未

分節の) 内容規制とセントラルハドソンテストとの関係について検討を加えるものが多い¹⁸⁶。これは、そもそもケネディが「高められた」審査が要求される規制類型について、内容について見解規制/主題規制、中立性について文面上/目的及び正当化といった点を明確に分節せずに議論していることに由来していると思われる。加えて、Sorrell 判決以前に、メッセージの内容に基づく営利的言論の規制に対し「高められた」審査を（少なくとも判決文上明確に）要求した判例はない。

そこで、学説においては、この「高められた」審査の意義を巡って、(ア) 従来のセントラルハドソンテストに変更を付け加えていないという理解、(イ) セントラルハドソンテストよりは厳格だが厳格 (strict) 審査には至らない何らかの審査を意味するという理解、(ウ) セントラルハドソンテストを変更し厳格 (strict) 審査を適用することとしたという理解、といった形で、様々な解釈が出現した。

以下、かかる学説の解釈について検討を加える。

(2) 学説の Sorrell 判決理解

ア 従来のセントラルハドソンテストに変更を付け加えていないという理解

¹⁸¹ Mason, *supra* note 171, at 975.

¹⁸² Ward, 491 U.S. at 791.

¹⁸³ Samp, *supra* note 20, at 138-9.

¹⁸⁴ Calvin Massey は見解 (viewpoint) 規制と内容(content)規制を区別し、前者の例として社会主義者の言論を、後者の例として政治的言論を挙げ、Sorrell 判決を見解規制の事案と位置づけている。Massey が言う内容 (content) 規制は、Mason の言う主題規制に相当すると考えられる。Calvin Massey, *Uncensored Discourse Is Not Just for Politics*, 36 Vt. L. Rev. 845, 851-4(2012).

¹⁸⁵ *Id.* See Mason, *supra* note 171, at 982-96.

¹⁸⁶ たとえば Redish は、「Sorrell 判決において最高裁が営利的言論に対する差別を厳格 (strict) 審査に服させた理由はおそらくこれ〔注：R.A.V.判決でスカリア裁判官が述べるように、見解規制の世界では、討論における片方にクインズベリーールールの遵守が義務付けられる一方で、もう片方にはベルト以下への打撃が許される、ということ：注は檜垣〕である」(Martin H. Redish, *Commercial Speech*

and the Values of Free Expression, 813 Pol’y Analysis 1, 4 (2017)) とし、また、Sorrell 判決において最高裁は「非営利ではない営利的言論に対する州の選択的抑圧に対し厳格審査を賦課」(*Id.* at 9) したとし、同箇所が付された脚注中で、Sorrell 判決において「最高裁が厳格審査を課したのは、二分法が見解に基づく差別を構成するとみなされたからだろう」(*Id.* at 14 n.46) と述べている。よって、Redish は Sorrell 判決を営利的言論に対する見解規制を理由に厳格審査を課した判決と見ており、内容規制を見解規制と主題規制に分節して検討しているといえるが、しかしその行論においては「高められた」審査という判決の文言は無視されている。Redish はおそらく、Sorrell 判決をセントラルハドソンテストの変容を示した判決 (すなわち、主題規制の事案) としてではなく、単に営利的言論についても見解規制であれば厳格審査を用いると判断した事案として把握しているように思われるが、明確ではない。

Pomeranz は、「高められた」審査とは Central Hudson 判決の枠から出る審査ではないと理解する。「営利的言論の規制に修正1条に基づいて異議申立てをする当事者はしばしば……厳格審査 (strict scrutiny) を支持して Central Hudson 判決を拒否することを促す。しかしこれまで、最高裁は Central Hudson 判決から離れ、新境地を開拓することが必要な事件を明確に発見していない。Sorrell 判決もこのパターンを辿った」¹⁸⁷。「Central Hudson 判決に対する多数意見の見解は、セントラルハドソンテストはもはや関係がないということである可能性があるが、Sorrell 判決の事案はセントラルハドソンテストを適切に覆す機会を与えなかった」¹⁸⁸。そして「内容及び話者に基づく区別が営利的言論法理の中にどのように織り込まれるのか、そして将来、営利的言論がどのようなものとみなされるべきか、あるいは営利的言論法理が残るかどうかに関して未解決の問題が残っている」¹⁸⁹とする。

Shik は、Sorrell 判決が Central Hudson 判決を覆すことを明言していない以上は覆してはいないと考えた方がよいとする。Sorrell 判決においては「高められた」審査基準が「明確に、そして力強く」提示されたにもかかわらず、実際には適用されなかったことを指摘した上で¹⁹⁰、「ケネディは、純粋な営利的言論の文脈においてでさえ、内容及び話者に基づく政府規制はより強力な審査分析に値するという主張を支えるために最高裁の先例を引用した」が、「これらは公衆衛生のための営利的言論にほとんど無関係で、またこれらの判決において最高裁は営利的言論の事案に対する高められた審査の拡張を求めている」¹⁹¹とする。

ない」¹⁹¹とする。

イ セントラルハドソンテストよりは厳格だが厳格 (strict) 審査には至らない何らかの審査を意味するという理解

Samp は、「最高裁は、言論の内容と話者の性格に基づく言論規制の議論において、典型的な Central Hudson 判決の分析を大きく超えた。代わりに、最高裁は、「内容に基づく負担」が保護された言論に課される時はいつでも「高められた司法審査が適用される」と明確に述べ、そして Act80 [注: Vermont 法: 注は檜垣] はまさにそのような内容に基づく負担を課すと結論づけた」¹⁹²。「Sorrell 判決の、たとえば言論が営利的な性質を持つときでも、言論に対する内容に基づくあらゆる負担に「高められた」審査が適用されるという主張は、最高裁が営利的言論に対する修正1条の実質的な拡張を目論んでいるかもしれない (maybe) ことをほのめかしている」¹⁹³が、「我々は多数意見の心の中にある高められた司法審査がどんな種類のものか明らかにするために将来のケースを待つ必要がある」¹⁹⁴とする。

Thomson は、Sorrell 判決が「2011年に、内容と話者を基礎にした規制をする営利的言論は推定的に無効かつ高められた審査に服する」と判決したとき「新境地を開拓した」と指摘する¹⁹⁵。そして翌2012年、連邦第二巡回区控訴裁判所が下した Caronia 判決¹⁹⁶について、「連邦第二巡回区控訴裁判所は、Sorrell 判決は新奇で重要な営利的言論の発展であり、短期間では最高裁の顔ぶれの劇的な変化を欠くが、非営利的言論に与えられた保護のレベルとほぼ同じである Sorrell 判決の営利的言論基準はより明

¹⁸⁷ Jennifer L. Pomeranz, *No Need to Break New Ground: A Response to the Supreme Court's Threat to Overhaul the Commercial Speech Doctrine*, 45 Loy. L.A. L. Rev. 389, 393 (2012).

¹⁸⁸ *Id.* at 421.

¹⁸⁹ *Id.* at 422.

¹⁹⁰ Oleg Shik, Note, *The Central Hudson Zombie: For Better or Worse, Intermediate Tier Review Survives Sorrell v. IMS Health*, 25 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J. 561, 571 (2015).

¹⁹¹ *Id.* at 587.

¹⁹² Samp, *supra* note 20.

¹⁹³ *Id.* at 135. さらに *Id.* at 148 にも「Sorrell 判決は……営利的な言論に対する修正1条の保護の実質的拡張を跡付けるかもしれない (maybe)」という表現が出てくる。

¹⁹⁴ *Id.* at 133.

¹⁹⁵ Thomson, *supra* note 20.

¹⁹⁶ *United States v. Caronia*, 703 F.3d 149 (2d Cir. 2012). 医薬品の適応外使用についての連邦の広告規制が修正1条に違反するかどうか争われた事案で、同規制は修正1条に違反するという判決が出された。

確に成長するだろうとした点で正しい」と指摘する¹⁹⁷。その Caronia 判決が理解する Sorrell 判決に従った営利的言論規制の合憲性判定方法は、第一ステップで「言論を制限する政府規制が内容及び話者に基づくかどうか」を問い、もしそうなら規制は「推定的に違憲である」。そして続く第二ステップで「政府は言論規制が高められた審査の適切なレベルのもとで修正1条と適合すると示せるかどうか」を問う、というものである¹⁹⁸。Caronia 判決は、第一ステップで医薬品の適応外使用広告規制は政府によって認可された医薬品の使用かどうかという「内容」及び規制対象が製薬会社の販売員という唯一の「話者」であることから「高められた」審査が適用されるとした上で、第二ステップでセントラルハドソンテストの枠組みを適用した。しかし、結局セントラルハドソンテストを用いるのであれば、第一ステップがどういう意味を持っているのか明確ではない。

ウ セントラルハドソンテストを変更し厳格 (strict) 審査を適用することとしたという理解

Piety は、「高められた」審査については明示的には触れていない。Sorrell 判決は「セントラルハドソンテストを本質的に無関係なものに、そしてあらゆる営利的言論の規制をおそらくより無効にしやすくする内容中立テストを営利的言論法理に接ぎ木したものに」し、そして「今後、事実上、正式にではないにせよ、営利的言論は完全に保護されるものとして扱われるだろう」¹⁹⁹とし、「2010年より、最高裁は営利的言論と非営利的言論の区別を継続しているにもかかわらず、営利的言論法理は名目は別として厳格 (strict) 審査であるテストを発展させてきた」²⁰⁰とする。

Cohen は、「そのようなレジスタンス活動 [注: Virginia Pharmacy 判決や Central Hudson 判決といった営利的言論について保護の程度を下げてきた判例法理に反対し厳格審査の適用を求める活動: 注

は檜垣] は、多数意見が製薬会社の処方者識別情報のマーケティング目的での使用を禁止する Vermont 州法が内容及び話者双方に基づき規制しているので厳格 (strict) 審査にかけられるべきであると判決した Sorrell 判決で終わりを迎えた」²⁰¹とする。つまり Cohen は Sorrell 判決をセントラルハドソンテストを終結させ、厳格審査を導入した判決と理解している。

Berman は、44 Liquormart 判決、Thompson 判決について言及した後に、「Sorrell 判決はほぼ間違いなく幾分遠くへ行った」²⁰²とする。「ケネディ裁判官の法廷意見は営利的言論に対する制限、特に行動に影響を与えようとする政府の企図に基づく制限は、詳細不明の「高められた (heightened) 司法審査」のレベルを要求すると述べた。」Sorrell 「判決は正式に Central Hudson 判決を覆してはいないにもかかわらず、この言葉は、もし規制の目的が真実で、ミスリーディングでなく、合法的な製品に対する広告を規制することである場合、最高裁の審査を通過する営利的言論の規制はないと、ほぼ間違いなくほめかす」²⁰³とする。同箇所が付された脚注 67 において、Berman は Piety²⁰⁴ (「Sorrell 判決は「セントラルハドソンテストを本質的に無関係なものにする」そして「今後、事実上、正式にではないにせよ、営利的言論は完全に保護されるものとして扱われるだろう」) に言及した上で、「私はこれが唯一可能な Sorrell 判決の解釈であるとはほめかすことを意図しない、ただそれは多数意見のテキストに基づく尤もらしい解釈の一つである」と述べ、Piety とは反対の解釈を提示する Pomeranz²⁰⁵ (「Sorrell 判決は不可避免的に以前の判例法の劇的な突破を意味するわけではなく、最高裁は営利的言論の事案ではセントラルハドソンテストの適用を継続すべきである」) の参照も求めている。つまり、Berman は Sorrell 判決について少なくとも Piety と Pomeranz の2人を範

¹⁹⁷ Thomson, *supra* note 20, at 207.

¹⁹⁸ *Id.* at 193-4.

¹⁹⁹ Piety, *supra* note 23, at 1, 4.

²⁰⁰ *Id.* at 53.

²⁰¹ Cohen, *supra* note 166, at 1129.

²⁰² Berman, *supra* note 20.

²⁰³ *Id.*

²⁰⁴ Piety, *supra* note 23, at 4.

²⁰⁵ Pomeranz, *supra* note 187.

にとる複数の解釈がありうることを前提にしつつ、*Piety* の解釈の方がより説得的であるとするのである。

French は、「とりわけ、最高裁は、規制が *Central Hudson* 判決によって要求される中間審査に適合しないことも認めたので、この新しい審査がどれほど厳格であるべきかを正確に明らかにする必要はなかった。しかし、最高裁は後にそれは厳格(*strict*) 審査を意味すると、「高められた(*heightened*)」審査によってほめかした。*Reed* 判決²⁰⁶参照。その理由づけの際、最高裁は事実上真実の営利的言論に対し修正1条の完全な保護を与えた」²⁰⁷とする。

(3) まとめ

以上のように、*Sorrell* 判決ケネディ法廷意見が提示した営利的言論の規制が内容規制である場合の「高められた *heightened*」審査については、上記ア～ウのような解釈可能性があり、多義的で不明瞭であったと言わざるをえない。

しかし、解釈の一般的な傾向として、「高められた」審査とは、セントラルハドソンテストを超えるより厳しい何らかの審査基準を採用した可能性があると見る向きでは概ねコンセンサスがあろう。現に *Sorrell* 判決がセントラルハドソンテストを維持していると解釈する *Pomeranz* にしろ *Shik* にしろ、将来におけるセントラルハドソンテスト第2～4要件の破毀を含めた変動可能性が示唆されていること自体は認識している。最高裁は、*Sorrell* 判決により、営利的言論の規制の事案において、少なくとも当該営利的言論が真実かつ誤導的ではない場合、かかる規制が「内容」及び「話者」に基づくならば「高められた」審査を適用するとすることで、セントラルハドソンテスト（第2～4要件）よりも厳格な審査

を適用する方向への一步を踏み出した可能性がある。

(4) *Sorrell* 判決「高められた」審査の適用

この営利的言論規制に対して適用される基準が「高められた」審査か従来のセントラルハドソンテストかという問題が単に学理上の仮設の問題にとどまるなら、問題は少なかつたろう。しかし、営利的言論規制に対しどのような審査基準を適用すべきかどうかを巡る法的紛争は、現在裁判所で争われ、そしてこれから争われるだろう、相当程度結論に影響するまさに現実の紛争なのである。このような法的紛争の解決を嚮導する規範が不明確であるというのは、コモン・ローの国においてはある程度当然のこととはいえ、とりあえず自己に有利な主張さえしておけばよい当事者²⁰⁸と異なって、判断を下す裁判所（加えて、体系化を目指す法学者）としては大いに困ることとなる。

先に述べたように、*Sorrell* 判決は「高められた」審査がどのようなものかについて明示していなかった。

他方、同時にケネディ法廷意見は、上手い逃げ道を作っていた。「特別な営利的言論の審査が適用されるのであれ、より厳しい審査が適用されるのであれ、結果は同じである」²⁰⁹という説示が、それである。これによりケネディは「高められた」審査の適用を回避した。現に 1993 年に始まるセントラルハドソンテストの厳格化傾向以後、連邦最高裁で営利的言論の規制の修正1条違反が争われたケースは、ほとんどが違憲の結論となっている²¹⁰。そのため、このような手法をとることに困難はない²¹¹。他方で、下級審においては、先述の *Caronia* 判決のように果敢にも自ら「高められた」審査の中身を確定していく判決、あるいは逆に従来のセントラルハドソンテス

²⁰⁶ *Reed v. Town of Gilbert*, 576 U.S. 155 (2015).

²⁰⁷ William French, *This Isn't Lochner, It's the First Amendment: Reorienting the Right to Contract and Commercial Speech*, 114 Nw. U. L. Rev. 469, 487 n.135 (2019).

²⁰⁸ 船越資晶『批判法学の構図 ダンカン・ケネディのアイロニカル・リベラル・リーガリズム』（勁草書房、2011）78-82頁。

²⁰⁹ *Sorrell*, 564 U.S. at 571.

²¹⁰ *Edenfield*, 507 U.S. 761; *Discovery Network*, 507 U.S. 410; *Coors*, 514 U.S. 476; *44 Liquormart*, 517 U.S. 484; *Greater New Orleans*, 527 U.S. 173; *Lorillard Tobacco Co. v. Reilly*, 533 U.S. 525 (2001); *Thompson*, 535 U.S. 357.

²¹¹ *See Greater New Orleans*, 527 U.S. at 184.

トを無難に使い続ける *Fleminger* 判決²¹²等もあるところである。

実はこの *Caronia* 判決は先に述べたように医薬品の適応外使用についての連邦の広告規制が修正 1 条に違反するかどうか争われた事案で、修正 1 条に違反するという判決が出されたため、合衆国側が上告すれば *Sorrell* 判決の射程を問う絶好の機会になりえた。しかし、当時のオバマ大統領は、適応外使用広告規制の違憲性が連邦最高裁で確定してしまうことの影響を恐れ上告しなかった²¹³。本稿執筆時の 2021 年 8 月現在未だ「高められた」審査の内実は不明である。

2 データマイナーズの情報取得・分析行為の規制

(1) データマイナーズの修正 1 条の権利？

Sorrell 判決「の面白いところは、それが専ら製薬会社の言論に課された負担に焦点を当てたことである。IMS Health Inc. と他のデータパブリッシャー (data publisher) の修正 1 条の主張は原告の事件の重要な一部を形成していたにもかかわらず、多数意見も反対意見もこれらの主張に取り組むという選択をしなかった」²¹⁴。

ケネディが「Vermont 州は、情報は言論であるというルールに対する免除を求めるが、しかし、本件ではかかる要求を考慮する必要がない」、「本件は、たとえ州が主張するように処方者識別情報が単なる商品であると想定するとしても、解決できる」²¹⁵と明示するように、データマイナーズの情報取得・分析行為が修正 1 条で保護された言論活動かどうかは主文に連なる理由づけではなく、傍論にすぎない。しかし、*Bhagwat* が指摘するように、それにしては *United Reporting* 判決の詳細な分析をはじめとして、データマイナーズの言論の論点に紙幅を費やしすぎている²¹⁶。そのため、そこから相当程度の示唆

を読み取ることは可能であろう。

ここで問題になるのは、データマイナーズによる処方者識別情報のような「情報」の取得・分析行為に修正 1 条の保護が及ぶかどうか、および保護が及ぶとしてどの程度の保護が与えられるか、ということである。

(2) 情報取得・分析行為の保護の有無・程度

Samp は、営利的言論の定義（「商品購入を申し出る以上のものではない言論」²¹⁷）からすれば、データマイナーズの情報取得・分析行為は営利的言論に該当せず、従って政治的言論等と同等の保護が及ぶ可能性がある²¹⁸と示唆する。しかし、全体として見たときに、*Samp* の示唆のように考え、ディテリングは営利的言論であり政治的言論より保護の程度が落ちるが、データマイナーズによる情報取得・分析行為の保護の程度は政治的言論と同等になる、というのはいかにもバランスが悪い。もとよりデータマイナーズによる情報取得・分析行為は、マーケティング活動であるディテリングのための活動の一部だからである。ゆえに、データマイナーズによる情報取得・分析行為の修正 1 条の保護の有無・程度はディテリングに対する修正 1 条の保護の有無・程度と統一的に考えられるべきであろう。

そこで、以下では情報取得・分析行為とディテリング双方に対する修正 1 条の保護の有無・程度について、統一的に考えられるべきことを前提とした上で、さしあたり情報取得・分析行為の修正 1 条の保護の有無・程度について考えられる 3 つの立場を順に検討する。

ア 修正 1 条の保護範囲外の経済活動規制であるいは保護範囲内であるとしても合理性の基準が適用されるとする立場

Cohen は、*Sorrell* 判決をはじめとする近時の表現

²¹² *Fleminger, Inc. v. U.S. Department of Health and Human Service*, 854 F. Supp. 2d 192 (D. Conn. 2012).

²¹³ *Thomson*, *supra* note 20, at 206.

²¹⁴ *Samp*, *supra* note 20, at 137, 143.

²¹⁵ *Sorrell*, 564 U.S. at 571.

²¹⁶ *Ashutosh Bhagwat, Sorrell v. IMS Health: Details, Detailing, and the Death of Privacy*, 36 Vt. L. Rev. 855, 855-6 (2012).

²¹⁷ *Virginia Pharmacy*, 425 U.S. at 771 n.24; *see also Fox*, 492 U.S. at 473-4.

²¹⁸ *Samp*, *supra* note 20, at 144-5.

と経済的利益をめぐる修正1条訴訟の最高裁判決²¹⁹の背後には社会的・政治的構造のネオリベリズムへのシフトがあり、判決はその反映に過ぎないとする²²⁰。「多数意見が気づいていない、Sorrell 判決が引き起こした本当の問題は一つである。それは情報資本主義時代の営利的言論法理はそのような努力〔注：修正1条を利用して情報流通規制が違憲無効であると主張すること：注は檜垣〕にどのように応答すべきか、ということである。修正1条の反規制戦略にとっての顕著な勝利たる Sorrell 判決は経済的活動領域全体の全面的な憲法化（constitutionalization）と規制権限を広く永続的に弱体化する前兆となる」²²¹。もっとも Cohen はそのような社会的・政治的構造変動に伴う利益分配は公法、なかんずく憲法によってではなく、議会の権限の範囲内である私法によって行うべきであるとする²²²。「私法と私法上の害に関する間は、資源へのアクセスと分配に関するものである。情報経済（information economy）に対する害と利益の法学は、これらの間から始めなければならない」²²³。つまり、Cohen は情報の取得・分析規制についてそもそも修正1条を用いた違憲主張を認めるべきではないと考えているのである。

また、Young は次のように指摘する。「連邦第一巡回区控訴裁判所が Ayotte 判決²²⁴でつい言ってしまったように、処方情報についてのデータマイニングの州規制は言論と全く関係がないと言いたくなる。しかし、最高裁は正しかったのであり、生の情報（raw information）の開示は保護される表現の核心的な一面である」²²⁵。「もし表現活動が本当に現代の情報経済(modern information economy)に遍在しているのなら、Sorrell 判決が引き起こす基本的なジレンマから逃れることはできない。もし大部分の経済規制がまた言論規制ならば、最高裁は根本的に、言

論の経済規制に対する伝統的な合理性の基準の適用を可能にするために、修正1条法理を狭めるか、規制活動の広い範囲への意味のある司法審査の再導入のどちらかをすべきである。正直なところ、慣習的・原理的な二重の基準を適用することによって Sorrell 判決のような事案を解決することは不可能である。なぜならこの手の事案における規制は二重の基準の両側に適合するからである」²²⁶。つまり、Young は情報の取得・分析行為の規制は表現の自由と経済的自由の両側面を持つから二重の基準の両側に該当し、単に従来どおり修正1条をそのまま適用しても妥当な解決は得られないと考えているのである。

ブライア反対意見は情報の取得・分析行為は「言論」ではない（修正1条の保護範囲外である）という主張をしたが、かかる主張を基礎づけるために、United Reporting 判決一件しか挙げることができず、しかも同判決は政府保有情報の開示であった点、さらには違憲主張適格の可否が問題となっていた点で Sorrell 判決とは大きく事案が異なり不適切である。ブライアが引用する Vermont 州法と類似の New Hampshire 州法の修正1条適合性が問題になった Ayotte 判決²²⁷も、情報規制をビーフジャーキー規制に喩えたとき、一つも先例を挙げられなかった²²⁸。これは、情報の取得・分析行為は修正1条の保護範囲外であるとするブライア反対意見の主張の脆弱性を浮き彫りにする。情報は商品だとしても、しかしビーフジャーキーと異なる商品なのである。事物自然の本性が異なる以上、法的取扱いも違ってよい。

イ 修正1条の保護範囲内であり政治的言論等と同等の保護が与えられるとする立場

上記アの立場は妥当でない。ケネディが示唆するように、情報の取得・分析行為が修正1条の保護範囲内であるという立場は先例、理由づけ、論理、近

²¹⁹ Golan v. Holder, 565 U.S. 302 (2012); Holder v. Humanitarian Law Project, 561 U.S. 1 (2010); Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003).

²²⁰ Cohen, *supra* note 166, at 1139-1140, 1148.

²²¹ *Id.* at 1132

²²² *Id.* at 1157.

²²³ *Id.* at 1157-8.

²²⁴ Ayotte, 550 F.3d 42.

²²⁵ Young, *supra* note 167, at 921.

²²⁶ *Id.* at 924-5.

²²⁷ Ayotte, 550 F.3d, at 53.

²²⁸ Bhagwat, *supra* note 216, at 863.

時の修正 1 条法理のどの点から見ても正しい²²⁹。

「事実は人間知識を発展させ、人間の問題に対処するために最も本質的である多くの言論の始点である。ゆえに、処方者識別情報は修正 1 条の対象となる言論であるという強力な主張がある」のである²³⁰。

もっとも、ケネディはデータマイナーズの情報取得・分析行為にどの程度の保護が及ぶかは明言していない。しかし、そこで挙げられた判例の事案の多くが政治的言論や事実報道のような伝統的に保護されてきた言論に関係するものであった。

ここで、IMS Health Inc.の訴訟代理人を務めた Hunton & Williams LLP の Miami オフィスの弁護士 3 人が、Sorrell 判決を受けて開かれた Vermont ロースクールと New Hampshire ロースクール連携のシンポジウムにおいて (当たり前といえば当たり前であるが) Sorrell 判決ケネディ法廷意見を擁護する主張を展開しているので参考になる。その主張の論拠は大きく分けて 3 つある。1 点目、§4631(d)の規制は「真実の事実の伝達の抑圧による政府の検閲」²³¹であること。2 点目、「ケネディ裁判官が Sorrell 判決において認めたように、「営利的言論の自由流通に対する消費者の関心はしばしば急を要する政治的対話よりも鋭い」のであり、「修正 1 条は我々の社会において個人が自己統治 (self-governance) に参加し、あるいは公共関心事 (matters of public concern) について話す能力を守るだけではないより幅広い役割を演じ」²³²ている。修正 1 条は「iPad を機能させるために必要な事実を発見し学ぶことを必要とする、

そしてそれを数百万台販売することを必要とする全てのスティーブ・ジョブズに対しそうできることを保証することによって私有財産と企業の価値を根本的に保護する」²³³。3 点目、「個人情報の有害な開示や共有情報の不正な利用から個人を保護するための政府による個人情報の規制に代わる十分な選択肢が既に存在する」²³⁴。このうち、ここで参考になるのは、第 2 点目の主張であろう。そこでは、修正 1 条は自己統治の価値を促進する以上に、発明に必要な知識の取得などを確実にすることで私有財産や企業を保護するものとして把握されているのである。これは、表現の自由の自己実現の価値や真実発見の価値に (も) ウェイトを置く議論であると考えられる。

このように、情報の取得・分析行為は修正 1 条の保護範囲内であり、かつ政治的言論等と同様に厳格審査が適用されるべきであるという立場は、説得力がある。

ウ 修正 1 条の保護範囲内であり「賢明でよく知識を与えられている」公論創出を害する程度と達成される州の規制目的との間の比較衡量を内実とする中間審査が適用されるとする立場

上記イの立場は説得的である一方、個人情報²³⁵を含む事実的言論 (factual speech) には様々な価値を持つものが含まれ、取得・分析行為の内容に基づく規制に対し常に厳格審査 (ないしは「高められた」審査) が要求されるとすれば弊害が生じうる²³⁶。これは、表現 (事実伝達) と他の法益、たとえば名誉²³⁷やプライバシー²³⁸が衝突する場合と利害の状況

のとして Christopher R. Smith, *Somebody's Watching Me: Protecting Patient Privacy in Prescription Health Information*, 36 Vt. L. Rev. 931 (2012) と John Verdi, *Transcript: Sorrell v. IMS Health—Any Impact on Patient Privacy?*, 36 Vt. L. Rev. 829 (2012) がある。

²³⁶ 以下、本段落の分析は主として Bhagwat, *supra* note 216, at 874-9 に負う。

²³⁷ *See* New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

²³⁸ *See* Cox Broadcasting Corp. v. Cohn, 420 U.S. 469 (1975); Oklahoma Publishing Co. v. Oklahoma County District Court, 430 U.S. 308 (1977); Landmark Communications, Inc. v. Virginia, 435 U.S. 829, 845 (1978); *B.J.F.*, 491 U.S. 524; *Bartnicki*, 532 U.S. 514; *Snyder*, 562

²²⁹ *Id.* at 863-4.

²³⁰ *Sorrell*, 564 U.S. at 570.

²³¹ Thomas R. Julin et al., *The Dog That Did Bark: First Amendment Protection of Data Mining*, 36 Vt. L. Rev. 881, 882 (2012).

²³² *Id.*

²³³ *Id.*

²³⁴ *Id.*

²³⁵ なお、本件で規制対象とされている処方者識別情報がプライバシーとしての保護を受ける情報かという問題もある。この点について、処方医のプライバシー侵害の要保護性について疑問を付すものに Tushnet, *supra* note 7, at 127 n.71 があり、他方匿名処理を施されているとしてもなお生じ (う) る患者のプライバシー侵害 (の危険) について論じるも

が類似する。そこにおいては、「公共重要事項(matter of public significance)」あるいは「公共関心事(matter of public concern)」にかかわる事実かどうかが修正1条の言論として保護されるかどうかの基準とされてきた。もちろん、近時の未成年者についての暴力ゲーム規制が違憲とされた判決²³⁹のように、そこで規制対象になった言論が「公共関心事」に当たらない場合でも厳格審査が適用されたケースが存在するため、必ずしも「公共関心事」基準は普遍的な基準ではない。しかし、データマイナーズによる情報取得・分析行為の憲法的保護の程度を決定する際にはなお考慮されてよいだろう。

そこで、Post や Bhagwat のような、かかる情報取得・分析行為も修正1条の保護範囲には含まれるものの、保護の程度は政治的言論等よりは低くなる(場合がある)、という立場が現れてくる。

たとえば Post は「修正1条のコアの目的は、著名な Learned Hand 裁判官が言うように、「民主国における政府の最高の源である」公論(public opinion)を形成する個人の潜在能力を保護することである。第一巡回区控訴裁判所はデータマイナーズが公論の形成への参加を求めていることを正しく認識したので、彼等のデータ販売は修正1条によって保護される基本的な憲法的価値と関係がない」²⁴⁰とする。しかし一方で、「民主的な公論が、賢明でよく知識を与えられている(intelligent and informed)ことは憲法的に重要であるのでデータマイナーズが修正1条の保護範囲の外に置かれるべきことは意味しない。情報は様々な方法によって、人々を公論の形成に際し活発にすることができる。「公共討論(public discourse)」という言葉をかかえるプロセスを指示するために使うことができる。十分に情報を与えられ

た公論を創出するという憲法的価値があるので、たとえ公共討論の外で生じるとしても情報の伝達を修正1条の保護範囲に含むべきである」²⁴¹とする。そのうえで Post はセントラルハドソンテストを「訴訟で争われている憲法的価値と無関係である」から「正しい問題設定ではない」と批判する²⁴²。そして「不確定 indeterminate」であるとしながらもかかる場合における正しい判断基準は「データ移転のチャンネルの規制が賢明でよく知識を与えられている公論の創出を害しそうか」であるとする²⁴³。

また、Bhagwat は「純粹に個人に関する特定の事実データ(factual data)からなる言論は、ただ民主的自己統治(democratic self-governance)プロセスに意義がある貢献をする場合に修正1条のもとで完全に保護されると考えられるべきであり、「そうでないデータはおそらく利益衡量の要素と結びついた中間審査である、より低い審査基準の下で保護される」²⁴⁴とする。つまり、Bhagwat は、修正1条が保護する言論の価値を Post 同様、自己統治に主眼を置いて理解するから、自己統治と関係しない情報に対し修正1条の完全な保護を与えないとするのである²⁴⁵。

Post や Bhagwat の立場は、先述のAの立場であるCohen や Young の懸念をも払拭できる。情報の取得・分析行為の規制に対して無制限に修正1条の保護を及ぼすのではなく、あくまで賢明でよく知識を与えられている公論の創出に役立つ範囲での、引き下げられた保護しか与えられないとすることで、なお従来の二重の基準論を維持することは可能であると応答できるからである。

(3) まとめ

U.S. 443.

²³⁹ *Brown v. Entertainment Merchants Association*, 564 U.S. 786 (2011).

²⁴⁰ Robert Post, *Prescribing Records and the First Amendment—New Hampshire’s Data-Mining Statute*, 360 N. Engl. J. Med. 745, 746 (2009). ただし、この Post の評釈は、Sorrell 判決で扱われた Vermont 州法ではなく類似の New Hampshire 州法についての判決、*Ayotte*, 550 F.3d

42 についてのものである。

²⁴¹ *Id.*

²⁴² *Id.* at 747.

²⁴³ *Id.*

²⁴⁴ Bhagwat, *supra* note 216, at 880.

²⁴⁵ See Ashutosh Bhagwat, *Details: Specific Facts and the First Amendment*, 86 Cal. L. Rev. 1, 56 (2012).

まず情報の取得・分析行為は修正 1 条の保護範囲に含まれる。

そして、その保護の程度を考えると、適切な審査基準のレベルは中間審査であり、それは結局のところ、情報取得・分析行為規制とディテリング規制が「賢明でよく知識を与えられている」公論創出を害する程度と、達成される州の規制目的との間の比較衡量ということになり、この立場（ウの立場）が妥当であろう。

この立場は情報取得・分析行為とディテリング規制双方に対し、政治的言論等と同レベルの修正 1 条の保護を与える立場（イの立場）を退けると同時に、§4631(d)によるデータマイナーズに対する情報取得・分析行為規制を経済規制とみて合理性の基準を適用する立場（アの立場）も退けるのである。

3 ブライア反対意見の分析とその展開可能性

(1) 合理性の基準

ブライアは§4631(d)を経済規制プログラムと把握し、合理性の基準の適用を主張する。それには形式的根拠と、実質的根拠がある。

形式的根拠は、①Glickman 判決の提示した要件を充足すること、②高度に規制された産業分野で政府命令に従って収集された情報の取得規制であること、③他の州又は連邦の当然合憲と考えられている規制と類似していること、④1906 年以来製薬産業が規制されていること、である。

実質的根拠は、「プログラムが言論に負担を課すところではどこであれ「高められた」修正 1 条の審査基準を適用することは、立法者から裁判官へ目的を衡量し手段を選ぶ第一次的権限を移し、正統な立法目的を捻じ曲げあるいは掘り崩すおそれがある」²⁴⁶ ことであり、「州によって採択された経済規制を、最高裁自身が、州の政策を実施するために最も適切であると考える手段を基礎として無効と」²⁴⁷していたロックナー時代復活の危惧である。

はじめに、形式的根拠について検討する。

まず、③④は§4631(d)を経済規制だとするための根拠として一見して薄弱である。

次に①についても、そもそも Glickman 判決が適切な先例か疑わしい。Glickman 判決は、カリフォルニアの果樹栽培業者が、果実の一般広告のための醸出金を業者に強制的に賦課することを定めた連邦法は果実業者に表現を強制するものであり修正 1 条に違反するとして提訴した事件であり、経済規制のための合理性の基準を適用して合憲と判断した事件である。Glickman 判決が合理性の基準を適用した理由は 3 分割することが可能であり²⁴⁸、「第一に、マーケティング指令は被上訴人が全ての聴者に対しあらゆるメッセージを伝える自由に何ら制限を課さない。第二に、指令は誰に対しても、何らかの現実のあるいは象徴的言論に従事することを強制しない。第三に、指令は誰に対しても、何らかの政治的もしくはイデオロギー的観点を是認するよう強制しないし、それらへの資金醸出をするよう強制もしない」²⁴⁹ ことである。しかし、そもそも Sorrell 判決は Glickman 判決と異なり、言論強制類型ではなく言論制約類型であるから、第二要件該当性を問題にするべきではない。また、§4631(d)は少なくともある程度は製薬会社の言論（ディテリング）に制限（ディテリングの際にデータマイナーズによる分析結果の利用を不可能とする）を課すように見える（第一要件不充足）。さらに、州は製薬会社のディテイラーよりカウンターディテイラーを好んでいるように見え、州の言論抑圧で減少した製薬会社の利益が州のイデオロギー的な、あるいは政治的な利益に醸出されたと見うる（第三要件不充足）。結局、Glickman 判決は Sorrell 判決とは利害状況が大きく異なり、本件を規律するに相応しい先例ではなかったと言えるように思われる。

さらに②についても²⁵⁰、仮にこのような正当化が認められるならば、法や命令に従って私人が得た情

²⁴⁶ *Sorrell*, 564 U.S. at 585 (Breyer, J., dissenting).

²⁴⁷ *Id.* (quoting *Central Hudson*, 447 U.S. at 589 (Rehnquist, J., dissenting)).

²⁴⁸ 以下、本段落の分析は Shik, *supra* note 190, at 577-8 に負う。

²⁴⁹ *Id.* at 577.

²⁵⁰ 以下、本段落の分析は Bhagwat, *supra* note

報やデータは全て政府財産類似のものとして合理性の基準のもとで規制しうることとなるが、それは私人間での情報流通規制についてあまりにも広い範囲にわたる政府規制を合理性の基準のもとで許すこととなり危険である。また仮に高度に規制された産業分野というブライアの限定を文字通りに受け取るならば、Google や Apple のトラッキングや情報取得は、(今のところ) それらが製薬産業ほどに高度に規制された産業分野ではないためブライアの限定から外れることとなる。そうすると結局、多くの情報規制がブライアの提示した規範の適用範囲から外れることとなり、射程は極めて限定されるから、あまり有用な基準にならないだろう。

次に実質的根拠を検討する。ブライアはまず §4631(d)が「通常の経済規制プログラム」であることを認定し、これが「経済規制プログラム」である以上、その影響が「内容」「話者」を理由として「営利的言論」に及ぶことがあるとしても、そのことを理由に修正1条の高められた審査を適用することは、修正14条の経済的実体的デュ・プロセス条項の代わりに修正1条を利用し「経済規制プログラム」を違憲無効として不当に経済規制を取り除く動きに他ならないとする。つまり、ブライアは、ケネディが「言論」該当性から議論を始めたのとは対照的に、「経済規制」該当性から思考を始めている。しかし、当該規制が経済規制だから(営利的とはいえず)言論への影響、特に言論抑圧を直接目的とする影響があっても合理性の基準が適用されるとする議論は、営利的言論について、少なくともセントラルハドソンテストのレベルの中間審査を適用してきた Sorrell 判決以前の判例法とすら相容れない。そして Sorrell 判決反対意見におけるブライア(とギンズバーグ)の同様の主張は、薬剤師に対し混合薬の調剤(compound) そのものは許容する一方で、その広告

は禁止した食品医薬品局現代化法(FDAMA)が違憲とされた Thompson 判決ブライア反対意見でもなされていた。そこでは、セントラルハドソンテスト第4要件をめぐる、「言論規制は最初ではなく最後の手段でなければならず」²⁵¹、本件では同等に効果を挙げうる他の手段があるので違憲となる、とするオコナー法廷意見に対し、ブライア反対意見は、目的と手段の間に「関連性(fit)」²⁵²があればよしとし、言論規制が「最後の手段」であることを要求せず合憲とした。しかし、かかる立場は当然、多数意見の採用するところとなっていない。

加えて、「言論」の保護範囲はブライアが懸念するように無限定的なものではない²⁵³。French が指摘するように、たとえば Strauss の議論を参考にすれば、「言論」の保護範囲かどうかを決定する際に決定的な要素は「物理的または法的な領域に具体的な変化を直接引き起こすかどうか」である²⁵⁴。このように「言論」の保護範囲が一定の範囲に限定できる以上、経済的実体的デュ・プロセスのように、最高裁が自己の価値観に基づいて自由に経済規制を取り除く判断が行えるわけではない。議論の余地がないわけではないが、基本的にはブライアの懸念は杞憂であろう。

以上から、本件について、ブライアの合理性の基準を適用すべきであるとする立場は形式的根拠、実質的根拠のいずれから見ても説得力を欠いており、妥当ではない。

(2) バイアスのかかっていないディティリング要求

ブライアはケネディと異なり、§4631(d)の目的に「バイアスのかかっていない」情報提供の確保、「製薬マーケティングにおける情報の「公正なバランス」を創出」²⁵⁵することを加えている。営利的言論の保

つ、「言論」の遍在性からブライアの懸念に理解を示す。

²⁵⁴ French, *supra* note 207, at 492 (quoting David A. Strauss, Persuasion, Autonomy, and Freedom of Expression, 91 Colum. L. Rev. 334, 343 (1991)).

²⁵⁵ Sorrell, 564 U.S. at 600 (Breyer, J.,

216, at 868-9 に負う。

²⁵¹ Thompson, 535 U.S. at 373.

²⁵² Id. at 388 (Breyer, J., dissenting).

²⁵³ なお、Young, *supra* note 167, at 929-30 も、特にヌード・ダンシングが修正1条の「表現」の保護範囲に含まれるとした City of Erie v. Pap's A. M., 529 U.S. 277 (2000) (plurality opinion)を引用しつ

障根拠の一つが、「情報提供の機能」²⁵⁶にあることは確かである。そして、この情報提供機能が果たされるためには、虚偽又は誤導的な営利情報は排除される必要がある²⁵⁷。Vermont 州が「ディテリングはセントラルハドソンテスト第一要件の虚偽又は誤導の営利的言論に該当する」と主張していれば、あるいはそこで充足性が認められ、§4631(d)は合憲であると判断された可能性もあるが、いずれにしても本件ではかかる主張はされなかった。そこでブライアはいわば代替的にセントラルハドソンテスト第二要件でこの「公正なバランス」という州利益の存在を扱っていると見うる。ディテリングが全般的に虚偽的又は誤導的であるならばかかる主張は妥当であろう。しかし、一口にディテリングと言っても様々なものが含まれるはずで、類型化が必要であろう。

その点で学説上参考になるのが、Berman である。Berman はデータマイニングを含む各種マーケティングについて、Daniel Kahneman の二重過程理論²⁵⁸を前提に議論を進める。そしてマーケティングをする者がシステム 1 (暗黙の、無意識の意思決定モード) を利用したマーケティングを行う場合、消費者の自律性侵害を生じる可能性があるとする。その上で、「消費者の認知的弱点とバイアスを利用することを追求する非情報的マーケティング」²⁵⁹として定義される操作的マーケティング (manipulative marketing) というカテゴリーを創出し、消費者の自律性侵害の大きさの点からマーケティングの分類を行い、全く修正 1 条の保護が及ばないものからある程度保護が及ぶが政治的言論等よりは低いレベルでしか保護が及ばないものまでの分類を提示している²⁶⁰。

dissenting).

²⁵⁶ *Central Hudson*, 447 U.S. at 563; *Bigelow*, 421 U.S. at 826.

²⁵⁷ *Central Hudson*, 447 U.S. at 564.

²⁵⁸ DANIEL KAHNEMAN, THINKING, FAST AND SLOW 20-21 (2011)によれば、「暗黙の、無意識の意思決定モードはシステム 1 として言及され、明示的で、意図的なモードはシステム 2 として言及される」。また *Id.* at 24 によれば「システム 1 は自動的に作動し、システム 2 は普通、潜在能力のほんの一部が用いられている気楽な省力モードである。シス

ブライアが行った、ディテリング時の情報提供におけるバイアス排除、公正なバランスの確保という法目的の認定は、この Berman の立場と親和性がある。

(3) まとめ

ブライア反対意見で示された立場のうち、合理性の基準を適用すべきであるとする立場は形式的根拠、実質的根拠の両面から見ても説得力を欠いており、妥当ではない。しかし他方でブライア反対意見のうち、セントラルハドソンテストの適用の検討中で示された、ディテリングが持ちうる虚偽又は誤導的性質についての示唆は、今後、データマイニングを用いたマーケティング一般の憲法的評価を検討する際に重要な意味を持ちうるものであると考えられる。

4 結論と展望

(1) 結論

Sorrell 判決において、ケネディ法廷意見は製薬会社のディテリング、すなわち勧誘としての営利的言論規制に対し、内容中立性原則を適用し、内容中立でない場合に「高められた」審査の適用を求めた。このことは、最高裁が、1993 年以来進んできたとされるセントラルハドソンテストの厳格化傾向に沿いながらも、営利的言論規制の違憲審査の際に内容中立性原則の適用を求めることで、セントラルハドソンテストを超えて、営利的言論規制の違憲審査基準をより厳格な方向へ進める原理的に大きな一歩を踏み出した可能性があることを示唆する。

もっとも、Sorrell 判決で提示された「高められた」審査の内実は依然不明である。

テム 1 はシステム 2 に対し、印象、直感、志向、感情といった形で、示唆を継続的に惹起する。もしシステム 2 によって是認されるならば、印象と直感は信念に変化し、衝動は自発的行為に変化する。全てがスムーズに機能するとき、それは大部分の時間であるが、システム 2 はシステム 1 の示唆をほとんどもしくは全く変形なしに受け取る。あなたは通常あなたの印象を信じており欲望に従う、そしてそれは健全である——通常は。

²⁵⁹ Berman, *supra* note 20, at 522.

²⁶⁰ *Id.* at 536-46.

そして *Sorrell* 判決においては、製薬会社の言論（ディテイリング）規制についての審査基準論以上に、§4631(d)がまさに直接禁止していたデータマイナーズの情報取得・分析行為の規制に対する憲法的評価こそが問われるべきであった。

ブライア反対意見は、データマイナーズの情報取得・分析行為を表現活動ではなく経済活動と見て、かかる行為の規制は経済規制にすぎないと把握した上で、合理性の基準の適用を主張した。他方でケネディの示唆するところでは、情報取得・分析行為の規制は表現の自由で保護されている。ケネディはデータマイナーズの情報取得・分析行為にどの程度の保護が及ぶかは明言していないが、そこで挙げられた判例の事案の多くが政治的言論や事実報道のような伝統的に保護されてきた言論に関係するものであった。

データマイナーズの情報取得・分析行為にしる、製薬会社のディテイリングにしる、それぞれを分節して憲法的保護の程度を変えるというのは、かかる過程の全体がまさに製薬会社による販売促進活動の一環としての情報利用であることからすると違和感がある。また、本件における処方者識別情報のような販売促進活動に使うための情報は、*Post* や *Bhagwat* が指摘するように、修正1条が核心的に保障する自己統治との関連性がほとんどない。そのため、データマイナーズの処方者識別情報の取得・分析行為も、製薬会社のディテイリングも、修正1条の保護を全く受けないわけではないものの、それはあくまで「賢明でよく知識を与えられている」公論の創出に役立つという限度においてでしかない。それゆえ、修正1条の完全な保護（たとえば、内容規制である場合の厳格審査の保障等）は与えられないと考えられる。

情報取得・分析行為規制とディテイリング規制の合憲性判断にあたり適切な審査基準のレベルは中間審査であり、それは結局のところ、情報取得・分析行為規制とディテイリング規制が「賢明でよく知識を与えられている」公論を害する程度と、達成される州の規制目的との間の比較衡量ということになる

だろう。

この意味で、ケネディの製薬会社のディテイリング規制に対する「高められた」審査も、ブライアのデータマイナーズの情報取得・分析行為規制に対する合理性の基準も、いずれも妥当ではないのである。

以上の違憲審査基準についての議論とは別に、ブライアがセントラルハドソンテストの適用の際に主張するディテイラーによる情報提供時のバイアス排除、「公正なバランス」確保の必要性という州目的の正しさを、ブライアの主張に親和性がある *Berman* の分析を手がかりに再構成することが考えられる。かかる再構成をすれば、データマイニングを利用したマーケティング活動についてその一部が (*Kahneman* の言う)「システム1」を利用したものであり、虚偽的又は誤導的でありうるという主張は基本的には説得的であるものの、たとえば操作的マーケティング (*manipulative marketing*) のような形でのおお詳細な類型化が必要であると考えられる。

(2) 展望

今後は、*Sorrell* 判決ケネディ法廷意見において提示された営利的言論規制に対する審査基準としての「高められた *heightened*」審査の判例・学説による展開とそれに対する批判を追跡・検討したい。

また、データマイニングを利用したマーケティング活動の前提にある情報の取得・分析行為と表現の自由及び営業の自由の関係についても検討したい。

加えて、データマイニングを利用したマーケティング活動が本質的に持ちうる虚偽的又は誤導的性質と、それゆえに修正1条の保護範囲から外れあるいは保護の程度が引き下げられる可能性を、*Berman* 等の議論を踏まえつつ検討することを行いたい。