

ステルスマーケティングに係る米国 FTC の 規制構造と日本法への示唆

——ニュー・メディアをめぐる問題を中心に——

早 川 雄一郎*

第 1 章 問題の所在

- 1 問題の背景
- 2 我が国の議論の現状
- 3 本研究の意義
- 4 「広告」及び「非広告」という用語の本稿での用法

第 2 章 米国・FTC のステルス・マーケティングに対する規制

第 1 節 FTC 法 5 条の欺瞞的行為に関する総論的説明

- 1 FTC の規制権限：営利的言論
- 2 欺瞞的行為の要件

第 2 節 FTC の指針等における考え方

- 1 欺瞞的形式執行方針と推奨指針それぞれの対象
- 2 広告の出所（主体）や広告としての性質を誤認させる広告に関する考え方：
欺瞞的形式執行方針を中心に
- 3 推奨広告に関する考え方：推奨指針を中心に
- 4 プロダクト・プレイスメントに関する考え方

第 3 節 ステルス・マーケティングに関する FTC の先例の整理

- 1 事実関係のパターン
- 2 法的評価のパターンと含意
- 3 措置の名宛人と事件選択

第 4 節 FTC の規制をめぐる議論の整理

- 1 FTC の規制の小括

* 筆者は消費者庁「ステルス・マーケティングに関する検討会」（2022 年 9 月～）に委員として参加していることを記しておく（本稿を脱稿した 2022 年 11 月 29 日現在、第 7 回検討会まで開催されている）。当然ながら本稿は筆者個人の見解を述べるものである。

- 2 伝統メディアとニュー・メディアとの間での相違？
- 3 ステルス・マーケティングの問題点に関する様々な説明
- 4 FTCの規制に対する批判
- 5 ステルス・マーケティングと自主規制に関するFTCの見解

第3章 日本法への示唆：日本の景表法上の課題の検討

第1節 検討の前提

- 1 本章における考察の対象事項について
- 2 ステルス・マーケティングの問題点と景表法上の規制根拠

第2節 日本の景表法上の問題の検討

- 1 優良誤認表示該当性及び指定告示への追加に関する問題
- 2 その他の課題に関する若干の考察：広告と非広告の区別、表示の主体、表示、商品の供給主体、事業者性

結語

第1章 問題の所在

1 問題の背景

ステルス・マーケティングとは、「消費者に、宣伝広告だと気づかれないように宣伝をすること」¹⁾である。

ステルス・マーケティングの問題そのものは古くから存在するが²⁾、近時、この行為をめぐる問題が広がっている。すなわち、近時、インターネット技術の深化により様々なデジタルプラットフォームサービスが発展したことに伴い、ソーシャルメディア等の非伝統的なメディアが発達し、個人が情報を直接発信することが容易になった。そのため、広告主（以下、広告対象商品の供給主体を「広告主」という。）以外の主体（有名人や個人の消費者等）が、ソーシャルメディアや個人ブログ、取引プラットフォームサイトの口コミコーナーといった新しいメディアにおいて、商品やサービス（以下、併せて「商品」という。）に関する情報を直接発信することが容易化している。それらの情報を一般消費

1) 日本大百科全書（ジャパンナレッジウェブサイト、2022年2月2日閲覧）。

2) See e.g., Federal Trade Commission (hereinafter, "FTC"), *Enforcement Policy Statement on Deceptively Formatted Advertisements*, 81 FR 22596, I A (Dec. 22, 2015) (1960年代後半に問題になった記事風広告の例を挙げている)。

者が見て、商品選択の際に参考にする機会も増えている。そのような状況下では、例えば、広告主が第三者を装って自身の販売する商品を推奨する書き込みをする、あるいは、広告主が第三者に報酬を支払いつつ、（その事実を伏せて）広告主の商品を推奨する書き込みをするよう依頼するといった方法で、ステルス・マーケティングを行う余地が増大している。実際に、大手グルメ情報サイトで行われたステルス・マーケティングが社会問題化したこともあった³⁾。

ステルス・マーケティングは消費者の商品選択を誤らせるおそれがあることが指摘されており、米国では、日本の景品表示法（以下、「景表法」という。）の不当表示規制に対応する連邦取引委員会法（Federal Trade Commission Act, 以下、「FTC 法」という。）5条の欺瞞的行為の規制対象となりうる（第2章）。これに対して、我が国では、主に景表法の不当表示規制との関係を議論されているもの⁴⁾、この行為に対する規制が不十分であると指摘されてきた。

2 我が国の議論の現状

(1) 消費者庁の態度

ア これまでの慎重な態度

景表法の規制当局である消費者庁⁵⁾は、これまで、ステルス・マーケティングの規制に慎重であった。

消費者庁が2011年に公表した「インターネット消費者取引に係る広告表示に関する景品表示法上の問題点及び留意事項」第2の2（平成23年10月28日、一部改定平成24年5月9日、以下、「インターネット留意事項」という。）では、口コミサイト⁶⁾の問題を取り上げている。もっとも、インターネット留意事項では、実際には広告であるものを広告でないかのように装うというステル

3) 経緯につき、木村智博=高橋宗利「インターネット上の表示及び景品類の提供に関する景品表示法上の考え方について——『口コミサイト』と『カード合わせ』」公正取引744号36頁、38頁（2012）参照。

4) 景表法以外の表示や広告に関わる規制においても議論になりうる。不正競争防止法の誤認惹起行為（現行2条1項20号）に関する事例として、大阪地判平成31年4月11日判時2441号45頁、小泉直樹「口コミサイトのランキング操作による誤認惹起行為」ジュリ1536号8頁（2019）、泉克幸「口コミサイトのランキング操作と不競法違反（品質等誤認惹起行為）」新・判例解説 Watch：速報判例解説26号269頁（2020）参照。

5) 権限の委任等につき、景表法33条参照。

6) ブログなども「口コミサイト」という用語に含まれている。

ス・マーケティング特有の問題に焦点を当てているわけではなく、ステルス・マーケティングによって表示された内容に優良誤認等があるかどうかを問題にしていると指摘されてきた⁷⁾⁸⁾。

インターネット留意事項に対する見方には議論の余地があるものの⁹⁾、ステルス・マーケティング特有の問題を正面から取り上げた実際の規制例は見当たらない。関連しうる稀な事例であるARS事件（消費者庁措置命令平成29年11月2日、課徴金納付命令平成30年6月29日¹⁰⁾）では、ARSが、第三者の市場調査業者等による運営を装って自ら運営するサービス比較サイトにおいて、自己の提供する役務を上位にランク付けたという事案であったにもかかわらず、ステルス・マーケティングとしての側面（第三者を装って自身の役務を推奨した点）それ自体を取り上げるのではなく、不実証広告規制を用いて、自己の提供する役務を上位にランク付けたことについて合理的な根拠を欠いていたことを問題にしていた。アクガージ・アシスト事件（消費者庁措置命令令和3年11月9日）

7) 日本弁護士連合会「ステルスマーケティングの規制に関する意見書」第2の3（2017）（以下、「日弁連意見書」という。）（https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/2017/opinion_170216_02.pdf）（2022年9月5日閲覧）。小畑徳彦「米国におけるステルス・マーケティングの規制」流通科学大学論集—流通・経営編30巻1号31頁、51頁（2017）、古川昌平『エッセンス景品表示法』121-122頁（商事法務、2018）も参照。

8) 例えば、インターネット留意事項第2の2(3)が挙げている想定例の1つ目と3つ目は、それぞれ、次のような例である。（1つ目）「グルメサイトの口コミ情報コーナーにおいて、飲食店を営む事業者が、自らの飲食店で提供している料理について、実際には地鶏を使用していないにもかかわらず、『このお店は△□地鶏を使っているとか。さすが△□地鶏、とても美味でした。おすすめです!!』と、自らの飲食店についての『口コミ』情報として、料理にあたかも地鶏を使用しているかのように表示すること」。（3つ目）「広告主が、（ブログ事業者を通じて）ブロガーに広告主が供給する商品・サービスを宣伝するブログ記事を執筆するよう依頼し、依頼を受けたブロガーをして、十分な根拠がないにもかかわらず、『△□、ついにゲットしました～。しみ、そばかすを予防して、ぶるぶるお肌になっちゃいます！気になる方はコチラ』と表示させること」。

9) インターネット留意事項第2の2(3)が挙げている想定例の2つ目は次のような例であり、本文前段落の説明は必ずしも当てはまらないように思われる。「商品・サービスを提供する店舗を営む事業者が、口コミ投稿の代行を行う事業者に依頼し、自己の供給する商品・サービスに関するサイトの口コミ情報コーナーに口コミを多数書き込ませ、口コミサイト上の評価自体を変動させて、もともと口コミサイト上で当該商品・サービスに対する好意的な評価はさほど多くなかったにもかかわらず、提供する商品・サービスの品質その他の内容について、あたかも一般消費者の多数から好意的評価を受けているかのように表示させること」。

10) 早川雄一郎「第三者を装ってした表示と景表法上の問題、また、No.1表示等と不実証広告規制——消費者庁措置命令平成29・11・2・課徴金納付命令平成30・6・29」ジュリ1543号106頁（2020）参照。

では、広告主が、SNS アカウント保有者に投稿内容を指示し、当該商品を摂取することで豊胸効果が得られるかのように示す表示をした事案において、不実証広告規制を用いて、表示された効果に合理的な根拠を欠いていた点を捉えた規制が行われた。この事件で当該 SNS 保有者が行った投稿は、広告である旨を明示しておらず、消費者を装ってなされた投稿のように見えるものであったが、その点は取り上げられていない¹¹⁾。

イ 消費者庁の姿勢の変化

これに対して、近時、ステルス・マーケティングの問題に関して消費者庁のより積極的な姿勢が見られるようになった。すなわち、2022年6月23日に開催された第4回「景品表示法検討会」において、ステルス・マーケティングの問題が、デジタル化等の社会状況の変化への対応に係る課題として明示的に言及された。同年9月より「ステルス・マーケティングに関する検討会」（以下、「ステルス・マーケティング検討会」という。）が設けられて検討が開始されている。

景品表示法に関する消費者庁職員の解説書の最新版においても、ステルス・マーケティングに関してより踏み込んだ記述がなされている¹²⁾。すなわち、「優良誤認表示において実際のものよりも著しく優良であると示される商品等の『内容』は広範なものであり、『内容』には、当該商品等について他者がどのような評価をしているかや、どのような人物が利用しているかということも含まれ得る。そうだとすれば、やらせレビューについては、…個々のレビューの書き込みの内容とは別に、商品の内容の優良性・有利性について一般消費者を誤認させるものとして不当表示となり得る」。

(2) 学説の議論

学説では、以前から、消費者庁の慎重な態度を批判し、ステルス・マーケティングに対して景表法による規制の必要性を説くものが見られた。

例えば、小畑教授は、ステルス・マーケティングが優良誤認表示に該当することを主張している¹³⁾。あるいは、日弁連意見書は、ステルス・マーケティングについて、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

11) 小畑徳彦「ステルスマーケティングに対する諸外国の規制」亜細亜法学 57 卷 1 号 69 頁, 73 頁 (2022) 参照。

12) 西川康一編著『景品表示法 (第 6 版)』85 頁 (商事法務, 2021)。

13) 小畑・前掲注 7) 52-53 頁。

があるとして、景表法5条3号に基づく指定（以下、「指定告示」という。）に追加すべきであると提言している。すなわち、ステルス・マーケティングを、「なりすまし型」と「利益提供秘匿型」という2類型に分類し、指定告示に追加すべきであるとしている¹⁴⁾。

3 本研究の意義

本稿では、以上のようなステルス・マーケティングをめぐる景表法上の問題について、米国FTC法と日本法との比較法研究を行う。

FTCはステルス・マーケティングに関して¹⁵⁾数多くの先例やガイダンスを有し、その参照価値は高く、我が国の議論の際にも海外の例としてしばしば言及される。もっとも、FTCは闇雲な規制をしているわけではなく、指針を策定・改定する際にはパブリックコメントで出された反対意見も踏まえた慎重な検討をしており、また、実際に立件する事件の選択は慎重である。そこで、本稿は、FTCの規制に関する我が国の先行研究¹⁶⁾を踏まえつつ、FTCの数多くの先例や指針、FTCウェブサイト上で公表されている様々な資料を幅広く検討対象とし、FTCの規制に関する理論的検討を通じてその規制構造を明らかにし、日本法について考える際の示唆を得ることを試みる。

14) 日弁連意見書が提言する指定の具体的内容は、以下のとおりである。

「商品又は役務を推奨する表示であって次のいずれかに該当するもの

- 1 事業者が自ら表示しているにもかかわらず、第三者が表示しているかのように誤認させるもの
- 2 事業者が第三者をして表示を行わせるに当たり、金銭の支払その他の経済的利益を提供しているにもかかわらず、その事実を表示しないもの。ただし、表示の内容又は態様からみて金銭の支払その他の経済的利益が提供されていることが明らかな場合を除く。」

15) なお、FTCの規制では「ステルス・マーケティング (stealth marketing)」という言葉自体はほとんど使われないが、本稿では、米国法について検討する文脈においても、我が国のステルス・マーケティングをめぐる議論に対応する問題を指してステルス・マーケティングという言葉を用いる。

16) 例えば、内田耕作「連邦取引委員会による推奨広告の規制」同『広告規制の課題』第3章（成文堂、1990）（初出：法学雑誌31巻1号（1984））、小畑・前掲注7）、小畑・前掲注11）、小野田志穂「消費者による推奨に関する米国の表示政策」公正取引859号36頁（2022）参照。事例研究を中心とする考察として、早川雄一郎「インフルエンサーを利用したステルス・マーケティングにつき、FTCが広告業者に対してのみ措置をとった事例——Xbox Oneに係るMachinima事件——」公正取引842号40頁（2020）、早川雄一郎「プラットフォームによる口コミ・評点・表示順位の操作と欺瞞的行為の規制——豪州と米国の事例を通じた考察——」公正取引853号32頁（2021）。

なお、ステルス・マーケティングをめぐる議論では、最近発達してきたニュー・メディアに特徴的な問題に直面することが少なくなく、FTC のガイドランスにおいてもそれを踏まえた考え方がしばしばあらわれている。これに対して、我が国では、景表法の基本枠組みのレベルで、ニュー・メディアでなされる商品に関する情報発信に関連する問題への対応が不十分なまま月日が経過してきたように思われる。本稿は、直接的にはステルス・マーケティングという各論的なテーマに関する景表法上の規制について考察するものであるが、本稿の研究は、デジタル化が進展した今日の広告表示規制全般への示唆を有するものである。

以下、第2章で米国・FTC の規制をめぐる議論を整理し、第3章において、ステルス・マーケティングに対する我が国の景表法の規制に関する考察を行う。

4 「広告」及び「非広告」という用語の本稿での用法

「広告」という用語は、しばしば多義的に使われる。景表法では、条文上「…広告その他の表示」と規定されていることもあり、「広告」という用語そのものについて独立して議論されることは少ない。これに対して、例えば医薬品医療機器等法（以下、「薬機法」という。）の広告規制では、同法 66 条 1 項の条文¹⁷⁾の構造の問題もあり、「広告」という用語そのものをめぐる議論が存在し、「狭義の広告」（その体裁、形式等、外形的にみて顧客誘引の手段となっていることが一見して明確なもの）と「広義の広告」（狭義の広告には当たらないが、その内容や行為者の意思等から、実質的に広義の広告の要件を満たすと解されるもの¹⁸⁾）とに分類する議論も行われてきた¹⁹⁾。

17) 「何人も、医薬品、医薬部外品、化粧品、医療機器又は再生医療等製品の名称、製造方法、効能、効果又は性能に関して、明示的であると暗示的であると問わず、虚偽又は誇大な記事を広告し、記述し、又は流布してはならない。」

18) 東京高判平成 30 年 11 月 19 日東京高裁（刑事）判決時報 69 巻 1～12 号 117 頁（上告審は最判令和 3 年 6 月 28 日刑集 75 巻 7 号 666 頁）。

19) 早川雄一郎「薬機法の虚偽・誇大広告規制の射程と課題——ノバルティス・ディオバン事件東京高裁無罪判決を素材として——」NBL1175 号 4 頁（2020）参照。なお、最判・前掲注 18) は、「同項の規制する『記事を広告し、記述し、又は流布』する行為は、特定の医薬品等に関し、当該医薬品等の購入・処方等を促すための手段として、不特定又は多数の者に対し、同項所定の事項を告知知らせる行為をいうと解するのが相当である。」としている。

本稿では、「広告」という用語を、顧客誘引の手段となっていることが明確なものに限定せず、広告であることが外形上明白でなくても顧客誘引の手段として行われる販売促進メッセージなども含めた広い意味で用いる²⁰⁾。他方、「非広告」という用語を、商品に関する情報発信ではあるものの、顧客誘引手段性をもたないものの意味で用いる。

第2章 米国・FTCのステルス・マーケティングに対する規制

FTCによるステルス・マーケティングの規制は、FTC法5条(a)項²¹⁾後段の欺瞞的行為の規制によって行われている。以下、第1節でFTC法の欺瞞的行為の規制に関する総論的な説明を行い、第2節でステルス・マーケティングに関してFTCが公表している指針等を分析し、第3節でFTCの先例を整理し、第4節でFTCの規制をめぐる議論を総括する。

第1節 FTC法5条の欺瞞的行為に関する総論的説明

1 FTCの規制権限：営利的言論

我が国の議論では看過されがちであるが²²⁾重要な事柄として、欺瞞的行為に係るFTCの規制権限の範囲は、いわゆる営利的言論 (commercial speech)²³⁾に限定されている²⁴⁾。

20) なお、本稿でいう「広告」は、薬機法の議論で言われてきた「広義の広告」と必ずしも同義ではない。本稿でいう「広告」は、少なくとも顧客誘引手段性のあるものを指すが、本稿では、顧客誘引手段性以外のいかなる要素が「広告」概念の構成要素となるのかについての検討は行わない。顧客誘引手段性が「広告」の中心的要素であることについては、早川・前掲注19) 参照。

21) 15 U.S.C. § 45(a).

22) 最判令和4年3月8日判タ1500号76頁は、憲法上の観点で議論された数少ない事例の1つである。

23) 営利的言論の理論一般に関するまとまった研究として、橋本基弘『表現の自由 理論と解釈』第Ⅱ部 (中央大学出版会, 2014) 参照 (橋本教授は、営利的言論というカテゴリーの下で一律に処遇を決定することには批判的である)。営利的言論という概念は我が国では講学上の概念にすぎないものの、我が国の景表法その他の広告・表示規制の大部分は、(憲法上の問題として位置づけるかどうかはさておき)、商品に関する情報発信が営利的な文脈でなされたものであることを (暗に) 当然の前提としていると考えられる (橋本・前掲 53頁参照)。薬機法の文脈での考察として、早川・前掲注19)、木下昌彦「研究不正と営利的言論の法理——ディオバン事件における薬事法66条1項の解釈論争を素材として」論究ジュリ25号68頁 (2018) 参照。

欺瞞的行為の規制において、問題の広告や表示が営利的言論の範疇に含まれるのかどうかの問題になることは通常はない。しかし、ステルス・マーケティングの規制を考える際には、この問題を意識することが重要となりうる。

一般に、商品に関する純然たる非営利的な情報発信（純然たる消費者の感想等）が、（他の）消費者による商品選択に影響する効果を持つことは珍しくない。しかし、商品に関する情報発信が非営利的な文脈でなされた場合には、たとえその内容が一般消費者を誤認させるものであったとしても、FTC法の規制対象にはならない。

ステルス・マーケティングは、「広告だと気づかれないように」非営利的な文脈を装って行われるものであるので、規制の限界部分を識別しようと試みる場合、商品に関するどのような情報発信行為が「営利的言論」の範疇に含まれるのかという問題に直面しうる²⁵⁾。ステルス・マーケティングに関連する FTC の重要な指針の1つである「欺瞞的な形式で行われる広告に関する執行方針声明」²⁶⁾（以下、「欺瞞的形式執行方針」という。）は、その冒頭で、「FTC は、非営利的なコンテンツに統合され非営利的なコンテンツとして提示された広告・販売促進メッセージに関して、この執行方針声明を発行する」（傍点追加）と述べるとともに、「この執行方針声明の対象は、委員会が規制権限を有する営利的言論に制限される」ことを注1で明記している。「広告における推奨及び証言の利用に関する指針」²⁷⁾（以下、「推奨指針」という。）が2009年に改定された際の議論においても、消費者生成コンテンツ（consumer generated contents）が「広告メッセージ」であると言えるのはどのような場合なのかが重要な問題を構成し、活発な議論がなされていた（本章第2節3(2)イ、(4)参照）。

24) *In the Matter of R.J. Reynolds Tobacco Co.*, 111 F.T.C. 539, 541 (1988).

25) 後記第3章第2節2(1)も参照。

26) FTC, *supra* note 2.

27) FTC, *Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising*, 74 FR 53123 (2009) (to be codified 16 CFR 255) (2009年改定に先立って行われたパブリックコメントにおける主張に関する FTC の検討等も確認できる)。FR の記載と同内容の冊子版として、GUIDES CONCERNING THE USE OF ENDORSEMENTS AND TESTIMONIALS IN ADVERTISING (US FEDERAL TRADE COMMISSION REGULATION) (FTC) (2018 EDITION) (The Law Library) が刊行されている（以下、「冊子版」と表記して併せて引用する）。なお、推奨指針は現在改定作業中である（後掲注32）。

2 欺瞞的行為の要件

欺瞞的行為の要件は、①消費者を誤認させる表示、不表示 (omission)、又は慣行の存在、②当該表示等が、合理的な消費者の観点からみて誤認させるおそれのあるものであること、③当該表示等が重大である (material) ことである²⁸⁾。表示等が「重大である」とは、商品に関する消費者の選択又は行為に影響するおそれがあることである。重大性要件は、以下の場合、推定される²⁹⁾。①明示的な主張 (claims)、②意図的な黙示の主張、③健康や安全に関わる主張、④商品やサービスの中心的特徴 (the central characteristics) に関する主張。

日本の景表法は表示の主体を広告主に限定しているが、FTC法の欺瞞的行為にはそのような限定はなく、広告主以外の主体も違反行為者となりうる。

第2節 FTCの指針等における考え方

FTCは、ステルス・マーケティングの問題に関連する数多くの指針等を公表している。FTCはステルス・マーケティングという概念それ自体を対象とした規制を設けているわけではなく (実体法上問題となるのは、あくまで欺瞞的行為の成否である)、様々な事柄に関する指針等において、関連する問題が五月雨式に取り上げられている。

ステルス・マーケティングに関連するFTCの指針等の中で特に重要であるのが、欺瞞的形式執行方針³⁰⁾と推奨指針³¹⁾ (2022年5月に改定案が公表されている³²⁾。改定案を以下「推奨指針改定案」という。)である。両者が対象とする事柄

28) FTC, *Policy Statement on Deception* (Oct. 14, 1983). なお、本稿では、Materialityの訳語を一貫させ、かつ、他の用語と分かりやすく識別するために、「重大」と訳出するが、それほど程度の重いものが想定されているわけではない。

29) *Id.* § IV.

30) FTC, *supra* note 2. 欺瞞的形式執行方針と補完的なものとして、FTC, *Native Advertising: A Guide for Businesses* (Dec. 21, 2015) (<https://www.ftc.gov/business-guidance/resources/native-advertising-guide-businesses>) (last visited Oct. 27, 2022) (以下、「ネイティブ広告ガイド」という。)等がある。

31) FTC, *supra* note 27. 推奨指針と補完的なものとして、FTC, *The FTC's Endorsement Guides: What People Are Asking* (Dec. 2017, updated on Aug. 27, 2020 to reflect recent changes on Twitter and Instagram) (<https://www.ftc.gov/business-guidance/resources/ftcs-endorsement-guides-what-people-are-asking>) (last visited Oct. 27, 2022) (以下、「推奨指針Q&A」という。)等がある。

は同一ではないが、重なり合う部分もある。以下、本節では、この両者を中心に検討する。

なお、FTC ウェブサイト上で公表されている様々な資料の中には、① FTC が決定して公表している指針のほかに、② FTC の職員による「スタッフビジネスガイダンス」が数多く存在することには注意を要する。②も FTC の規制慣行を知るうえで参考になるものではあるが、FTC による承認を受けたものではなく、FTC を拘束するものでもない³³⁾。本稿では、①に当たる指針を中心に FTC の考え方を分析しつつ、②も参考になる場合には言及する（以下、「ガイダンス」という語を、①②双方を含めて用いる）。

1 欺瞞的形式執行方針と推奨指針それぞれの対象

(1) 欺瞞的形式執行方針の対象

欺瞞的形式執行方針は、欺瞞的な形式で行われる広告、すなわち「消費者が広告と認識できないような広告・販売促進メッセージ」に関する考え方を示している。同方針は、FTC の先例で取り上げられてきた欺瞞的な形式の広告の種類として、次の3つを識別している。すなわち、①広告の出所（主体、source）や（広告としての）性質（nature）を誤認させる広告、②販売目的を最初に開示しない訪問、電話、メール等（misleading door openers）、③スポンサー関係を開示しない誤認させる推奨である（これらは必ずしも排他的な分類ではなく、③は①を細分化した一類型とも言う（本節2(1)））。

(2) 推奨指針の対象

推奨指針は、広告において第三者の推奨や証言を利用する場合（以下、「推奨広告」という。）に生じる問題を幅広く対象にしている。推奨広告に関わる問題の一つとして、広告主と推奨者との間に「重大なつながり（material connection）」が存在する場合の開示の問題がある。

32) FTC, press release, *FTC Proposes to Strengthen Advertising Guidelines Against Fake and Manipulated Reviews* (May 19, 2022) (<https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2022/05/ftc-proposes-strengthen-advertising-guidelines-against-fake-manipulated-reviews>) (last visited Aug. 25, 2022). 改定案及び改定案公表に際しての FTC のノータイスは、下記 URL から閲覧可能である。https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/P_204500%20Guides%20Concerning%20Endors%20and%20Testimonials.pdf (last visited Sep. 29, 2022)

33) 推奨指針改定案注1参照。

(3) 小 括

以上のように、欺瞞的形式執行方針は欺瞞的な形式で行われるいくつかの類型の広告を対象としているのに対し、推奨指針は広告において第三者の推奨を利用する場合に生じる問題に焦点を当てるものであるが、広告主と推奨者との間に「重大なつながり」が存在する場合の問題は、双方で重なり合いうる。

以下、本節では、2において、欺瞞的形式執行方針で取り上げられている出所や性質を誤認させる広告に関するFTCの考え方を整理する³⁴⁾。その後、3において、推奨広告に関するFTCの考え方について、主に推奨指針に基づいて検討する。最後に、4では、2と3の双方に関わる問題として、プロダクト・プレースメントに関する問題を取り上げる。

(4) 「ネイティブ広告」という用語について

ステルス・マーケティングをめぐる議論では、「ネイティブ広告」という言葉がしばしば使われる。この言葉は必ずしも厳密に定義されて使われているわけではなく、論者によって必ずしも同じ意味で使われているわけでもない。もっとも、文脈によっては、ステルス・マーケティングの様々な方法(第1章や本章第3節1、第3章第2節参照)のうち、インフルエンサー・マーケティング型(便益の提供を受けたインフルエンサー³⁵⁾等を推奨者として、当該インフルエンサー等自身のソーシャルメディア等において推奨が行われる類型)から区別する含意で、「ネイティブ広告」という語が使われることがある³⁶⁾。FTCの欺瞞的形

34) 本稿では、欺瞞的形式執行方針が言及している misleading door openers の問題は取り上げない。我が国では特定商取引法によって部分的に対応されている問題であろう。小畑・前掲注7) 41頁参照。

35) 「インフルエンサー」とは、「ネット上で大きな影響力を与える人物」(現代用語の基礎知識[2021], ジャパンナレッジウェブサイト, 2022年3月8日閲覧)であり, 「多くの場合, 新製品の購買などの意思決定に大きな影響力をもっている」(日本大百科全書, ジャパンナレッジウェブサイト, 2022年3月8日閲覧)。

36) See FTC, Press Release, *FTC Approves Final Lord & Taylor Order Prohibiting Deceptive Advertising Techniques* (Mar. 23, 2016) (<https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2016/05/ftc-approves-final-lord-taylor-order-prohibiting-deceptive-advertising-techniques>) (last visited Sep. 29, 2022); Kyle Asquith & Emily M. Fraser, *A Critical Analysis of Attempts to Regulate Native Advertising and Influencer marketing* 14 INTL J. COMM. 5729, 5730 (2020). これに対して, 例えば Lawrence J. Marks, Pamela E. Grimm & Colin Campbell, *A Review of Native Advertising*, in ADVERTISING THEORY 259 (Shelly Rodgers & Esther Thorson eds., 2nd ed., 2019) は, “Article-style native advertising,” “Sponsored search results,” “Sponsored social media posts results” に区別して分析している。

式執行方針やネイティブ広告ガイドは、この意味での「ネイティブ広告」により焦点を当てている³⁷⁾。

2 広告の出所（主体）や広告としての性質を誤認させる広告に関する考え方：欺瞞的形式執行方針を中心に³⁸⁾

(1) 具体例と判断基準

ア 具体例³⁹⁾

欺瞞的形式執行方針は、出所や性質を誤認させる広告に関して、先例なども踏まえつつ様々な具体例を挙げている⁴⁰⁾。例えば、i) ニュース記事のような外観をとり、商品に関して独立の第三者の中立的な見解を述べているかのような印象を与えるもの⁴¹⁾、ii) 「インフォーマーシャル (infomercials)」において、消費者向け商品に関する独立の客観的な調査を行う独立の消費者番組であるかのような印象を与えるもの、iii) 独立の科学組織のウェブサイトを装った自身のウェブサイトにおいて商品を販売促進するもの、iv) オンライン検索の検索結果画面において通常の検索結果のように見える広告⁴²⁾等である。欺瞞

37) See Amy Ralph Mudge, *Native Advertising, Influencers, And Endorsements: Where is the Line between Integrated Content And Deceptively Formatted Advertising?* 31 (3) ANTITRUST 80, 81-82 (2017). 欺瞞的形式執行方針は、「ネイティブ広告」という語を、「ニュース、特集記事、商品レビュー、解説、エンターテインメントその他の通常のコンテンツとしばしば区別困難な [広告]」という程度に言い換えている。ネイティブ広告ガイド冒頭もほぼ同じような言い換えをしている。

38) 欺瞞的形式執行方針については、小畑・前掲注7) 32頁以下も参照。

39) 欺瞞的形式執行方針 I A。

40) ネイティブ広告ガイド II も、「当該コンテンツがネイティブ広告であることを事業者が開示すべき」かどうかに関する具体例を数多く挙げている。

41) See also FTC Release, *Statement in Regard to Advertisements That Appear in Feature Article Format* (Nov. 28, 1967) (https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1397096/ftc_stmt_re_ads_in_feature_article_format_1967.pdf) (last visited Oct. 31, 2022).

42) 検索事業者に対する書簡送付も行われている。FTC Press release, *FTC Consumer Protection Staff Update Agency's Guidance to Search Engine Industry on the Need to Distinguish Between Advertisements and Search Results* (Jun. 25, 2013) (<https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2013/06/ftc-consumer-protection-staff-updates-agencys-guidance-search-engine-industry-need-distinguish>) (last visited Sep. 6, 2022); Letter from Heather Hipsley, Acting Associate Director, Division of Advertising Practices, FTC to Gary Ruskin, Executive Director, Commercial Alert (Jun. 27, 2002) (https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/closing_letters/commercial-alert-response-letter/commercialalertletter.pdf) (last visited Sep. 6, 2022).

的形式執行方針公表後の最近の事例では、第三者の口コミプラットフォームにおいて、実際には広告主の友人や従業員らが広告主の商品に関する口コミを書いていたのに、中立的な消費者が口コミを書いているかのように表示したこと（フェイクレビュー）が問題とされた事例もある⁴³⁾。

欺瞞的形式執行方針は、以上のほかに、スポンサー関係を開示しない誤認させる推奨についても、広告の出所や性質を誤認させる広告の一種と位置付けている⁴⁴⁾（上記Ⅰ(1)参照）。広告の出所や性質を誤認させる表示や不表示は、スポンサーである広告主以外の者が当該広告の出所であるという表示や不表示を含む⁴⁵⁾。

イ 出所や性質を誤認させるかどうかを判断する際の考慮要素⁴⁶⁾

欺瞞的形式執行方針は、広告の形式が誤認させるものであるかどうかを評価する際には、当該広告の「全体の印象（net impression）」を考慮すると述べ、その考慮要素として、広告全体の外観、コンテンツ掲載サイト（publisher's site）⁴⁷⁾上で提供されている広告以外のコンテンツとの類似性や区別可能性の程度などを挙げている。消費者のそれまでの経験に基づく予期（expectations）も考慮される。

広告であることを消費者に知らせる開示がなされているかどうかも考慮要素となる。開示が十分であるためには、合理的な消費者が広告と気づくものである必要があるとされ、明確かつはっきりとした望ましい開示の方法も詳細に説明されている⁴⁸⁾。

43) *In the matter of Shop Tutors, Inc. (LendEDU), et al.*, FTC Docket No. C-4719.

44) 欺瞞的形式執行方針Ⅰ C冒頭（「広告主が消費者その他による推奨を利用した結果、消費者が広告の性質や出所を誤認することもある」）。

45) 欺瞞的形式執行方針Ⅱ柱書、Ⅱ B。

46) 欺瞞的形式執行方針Ⅱ A、ネイティブ広告ガイドⅡ参照。

47) 欺瞞的形式執行方針において、“publisher site”という語は、「消費者がコンテンツを消費し、メディアクリエイターやキュレーターらがコンテンツを公表する、何らかのメディアプラットフォーム」の意味で使われている（同執行方針注41）。ネイティブ広告ガイドにおいても、同様の意味でこの語が使われている。

48) 欺瞞的形式執行方針Ⅱ A、ネイティブ広告ガイドⅢ。なお、Mudge, *supra* note 37, at 82-83は、ネイティブ広告ガイドが要求する開示の方法について、後述する推奨指針Q&Aと比べてより厳格であると指摘している。ネイティブ広告ガイドⅢ Cは、“Ad.” “Advertisement,” “Paid Advertisement,” “Sponsored Advertising Content”のような語を含めるべきとしており、“Promoted,” “Promoted Stories”のような語では意味が不明確であると指摘している（ネイティブ広告の文脈では、そのような語ではせいぜい曖昧な意味にしかならず、消費者らが、

なお、一定の広告が、広告以外のコンテンツのような形式で提供されていても、広告であることが明らかな場合には、（広告である旨の開示がなくても）合理的な消費者を誤認させるおそれが小さいことはある⁴⁹⁾。

(2) 出所や性質を誤認させる広告に関する法的考え方

ア 重大性要件の推定

欺瞞的形式執行方針は、欺瞞的行為の重大性要件（本章第1節2）に関し、「広告の真の性質や出所を誤認させる表示や不表示は、広告対象商品又は当該広告に関する消費者の行動に影響するおそれが大きい」⁵⁰⁾と述べ、一定の場合に重大性要件を推定している。すなわち、（事実関係にもよるものの）、広告・販売促進メッセージが、通常の消費者又は専門家の独立した中立的な見解、意見、経験を反映しているという虚偽の主張（claims）、広告コンテンツが、新聞記事である、独立の商品レビューである、調査報告である、科学研究その他の科学的その他の組織からの情報であるといった誤認させる表示について、重大性を推定している⁵¹⁾。この考え方は、商品そのものに関する主張の内容は真実で誤認させるものではない場合にも当てはまる⁵²⁾。

ただし、以上の考え方が当てはまるのは、あくまで、当該広告において商品そのものに関する何らかの主張（商品の便益や特性、種類、カテゴリに関する何らかの表示。競合品の誹謗を含む。）がなされている場合である⁵³⁾（本節4で、いわゆるプロダクト・プレイスメントの問題と併せて再論する）。

当該広告コンテンツが掲載サイトによって推奨されていると誤認するおそれがあるためである）。推奨指針 Q&A につき、後掲注 94) 参照。

49) 欺瞞的形式執行方針 II A、ネイティブ広告ガイド I 2。

50) 欺瞞的形式執行方針 II B。なお、狭義の商品選択だけでなく、「消費者が販売促進メッセージを含むコンテンツに関わる（interact）かどうか、及びどの程度関わるか」への影響も問題にされている（執行方針柱書、II 柱書。重大性要件は、消費者の商品選択への影響だけでなく、商品に関する消費者の「行為」への影響も問題にしている）。

51) 欺瞞的形式執行方針 II B。ネイティブ広告ガイド I も参照。欺瞞的形式執行方針の冒頭でも、「消費者が広告と識別できない広告や販売促進メッセージは、スポンサーである広告主から独立しており、中立的であり、又はスポンサーである広告主からのものではないと消費者を誤認させる場合、欺瞞的である」と述べられている。

52) 欺瞞的形式執行方針 II 柱書、注 43、ネイティブ広告ガイド I 参照。

53) 欺瞞的形式執行方針 II 柱書、注 42、ネイティブ広告ガイド I 参照。欺瞞的形式執行方針 II B、注 66 も参照。

イ 広告の出所や性質を誤認させることを問題視する根拠

FTCは、広告の出所や性質を誤認させる行為が、なぜ消費者の商品選択に影響すると考えているのか。欺瞞的形式執行方針によると、「広告や販売促進メッセージの出所を知ることは、通常、消費者がそれに与える重み (weight) や信頼性に影響し」、出所を誤認した消費者が、当該広告メッセージにより多くの信頼性を与えてしまうおそれがあるためである⁵⁴⁾。広告において商品に関する主張がなされていることを要求している (上記ア) のは、広告対象商品に関する主張がなされていない場合、消費者がより多くの信頼を置くことになる対象が存在しないことから、消費者の商品選択に影響するおそれが小さいためである⁵⁵⁾。

ネイティブ広告ガイドは、広告の真実性の原則にも言及している。すなわち、「基本的な広告の真実原則 (truth-in-advertising principle) によると、コンテンツの営利的な性質について消費者を誤認させることは欺瞞的である」⁵⁶⁾。

3 推奨広告に関する考え方：推奨指針を中心に⁵⁷⁾

(1) 推奨指針の構成と沿革

推奨指針はステルス・マーケティングの問題だけを対象にしているわけではなく、広告において第三者の推奨や証言を利用する場合の問題を幅広く対象にしている⁵⁸⁾。同指針 255.0 節で目的と定義を、255.1 節で総論的な考え方を示し、255.2 節から 255.4 節でそれぞれ消費者による推奨、専門家による推奨、団体による推奨に関する考え方を示し、255.5 節で重大なつながりが存在する場合の開示を求めている。想定例も豊富に挙がっている。

推奨指針は 1975 年に一部制定され (255.0 節、255.3 節、255.4 節)、1980 年に残りの部分 (255.1 節、255.2 節、255.5 節) の制定と 1975 年に制定された部分の一部修正が行われた⁵⁹⁾。その後、ニュー・メディアの登場等を受けて

54) 欺瞞的形式執行方針柱書、II 柱書、II B、ネイティブ広告ガイド I 参照。

55) 欺瞞的形式執行方針注 66 参照。本節 4 も参照。

56) ネイティブ広告ガイド I。

57) 現行推奨指針につき小畑・前掲注 7) 43-44 頁、1970 年代から 80 年にかけての策定過程の動向につき内田・前掲注 16) 参照。

58) 明らかな広告において、消費者や専門家等によって商品の推奨や体験談が行われることは珍しくないが、推奨指針はそのような場合に関する考え方を多く含む。

59) See 85 FR 10104. 内田・前掲注 16) 61 頁参照。推奨指針の当初の目的は、セレブリティに

2000年代に改定作業が行われ⁶⁰⁾、2009年に改定された指針が施行された。さらに、2022年5月に新たな改定案が公表され⁶¹⁾、パブリックコメントに付されており、目下、改定作業が進行中である。

以下、(2)と(3)で「推奨」及び「重大なつながり」の各概念の意義と原則に関する基本的な説明をし⁶²⁾、(4)以降でいくつかの論点について検討する。なお、上記のとおり、推奨指針は現在改定作業中であり、推奨指針改定案では記述や想定例の新設・詳細化が多くなされているものの、FTCの考え方そのものは基本的には異ならないと考えられること、及び、改定案は最終確定したものであることから、以下では、現行推奨指針を中心に検討する。推奨指針改定案については、現行推奨指針を理解するのに必要な範囲で言及しつつ、(7)で要点を整理する。

(2) 「推奨」について

ア 「推奨」概念の意義

推奨指針は、同指針のいう「推奨」に該当するケースを対象にしている⁶³⁾。

推奨指針における「推奨 (endorsement)」とは、「スポンサーである広告主以外の者の意見、信念、調査結果又は経験を反映していると消費者が信じるおそれのある全ての広告メッセージ（口頭での発言、実演、個人の名前、署名、似顔絵 (likeness)、その他の識別可能な個人的特徴、または組織の名前もしくは印章

よる推奨をどのように扱うのかに関する指針を広告業界に提供することだったと言われている。See Christopher Terry, Eliezer Joseph Silberberg & Stephen Schmitz, *Throw the Book at Them: Why the FTC Needs to Get Tough with Influencers* 29 J. L. & POLY 406, at 422 (2021).

60) 2009年改定に際しては、以下で詳述するニュー・メディアにおける推奨及び重大なつながりの開示の問題（2009年改定前の推奨指針では、推奨者自身が法的責任を負うのかどうか不明確であるという問題もあった。See Terry *et al.*, *supra* note 59, at 422-426）のほかに、商品に関して通常を超える成果を経験した消費者（non-typical consumer experience）を利用する推奨も大きな論点となった。

61) 前掲注 32)。

62) 本稿では、推奨指針が取り上げている問題のうち、ステルス・マーケティングの問題に特に関係する、推奨者・広告主間の重大なつながりの開示に関連する問題を中心に上げる。消費者・専門家・団体による推奨に固有の問題は、関連する限度で言及する。

63) なお、推奨指針のいう「推奨」に該当しない場合でも、欺瞞的行為に当たるケースはありうる（推奨指針改定案注 2。後記(7)参照）。もっとも、ステルス・マーケティングの問題の中核領域を構成するのは「推奨」を用いるケースであろうから、FTCの「推奨」概念の意義を探求しておくことは、我が国の規制を考えるうえでも有益であろう（日弁連意見書も「推奨」という言葉を使っている）。

を描写することを含む)」である⁶⁴⁾。表明されている見解がスポンサーである広告主の見解と同じである場合も含まれる。当該メッセージがその意見、信念、調査結果又は経験（以下、「意見等」という。）を反映しているように見える者を「推奨者（endorser）」と呼ぶ（個人、グループ、又は団体のこともある）。「推奨」と「証言（testimonial）」は同じ意味である。

上述のように、推奨指針はステルス・マーケティングの問題だけを対象にしているわけではなく、広告における推奨の利用全般に関する考え方を示している。したがって、例えば、明らかな広告の中で、消費者や専門家、有名人等が商品についてコメントしているような場合も、後記イの考慮要素次第で「推奨」に当たりうる。ステルス・マーケティングの事案では重大なつながりの開示が特に問題になるが⁶⁵⁾、重大なつながりの開示が問題にならないような事案においても⁶⁶⁾、「推奨」に当たる場合、推奨指針 § 255.1~255.4 の考え方を遵守する必要がある。

イ 「推奨」の考慮要素

(ア) 「広告主以外の者の」意見等を反映していると信じるおそれ

「推奨」に該当するには、まず、商品に関する意見等が「広告主以外の者の」意見等を反映していると、消費者が信じるおそれのあることが必要である。単に広告主の意見等を代弁しているにすぎないことが明らかな場合には、「推奨」に該当しない。

典型的なステルス・マーケティングの事案の場合には、非広告コンテンツを装ってなされるので、「広告主以外の者の」という要素が問題になることは通常ないであろう。

他方、広告であることが明らかな広告の中で、消費者や専門家（に見える者を含む）、有名人等が商品に関する意見等を述べている事例では、当該意見等が広告主の意見等を代弁しているにすぎないように見えるのか、それとも、当該意見等の語り手（言語を発する必要は必ずしもない⁶⁷⁾）自身の意見等を反映し

64) 推奨指針 § 255.0(b)。改定案は、「タグ (tag)」も含めている（後記(7)）。

65) なお、重大なつながりの開示以外のルールも遵守する必要があるのは当然である。

66) なお、明らかな広告の中で推奨がなされている事例においても、重大なつながりの開示が問題になることはありうる。本章第3節1(2)参照。

67) 推奨指針 § 255.0 例5は、ゴルフボールのテレビ広告において、有名なプロゴルファーの練習シーンを映している場合、言葉を全く発しなくても「推奨」に該当するとしている。後記4

ているように見えるのか、問題となりうる。推奨指針が挙げている様々な想定例⁶⁸⁾から推測すると、この問題の判断に当たっては、語り手が当該商品に関して専門性を有するように見えるかどうか⁶⁹⁾、語り手自身の経験を語っているような印象を与えているのかどうかといった点が重視されているように思われる⁷⁰⁾。

(イ) 「意見、信念、調査結果又は経験」があらわれているかどうか

次に、広告主以外の者の意見等を反映しているように見えるものである必要がある。意見等があらわれていない場合には、「推奨」に当たらない⁷¹⁾。さらに、FTC は、当該意見等が商品に関するポジティブなものであることを想定しているような説明をしばしばしている⁷²⁾。意見等の表明を必要としている点は、欺瞞的形式執行方針において商品に関する何らかの主張を要求していること（上記 2(2)）と、基本的な考え方を共通するように思われる（プロダクト・プレースメントに関し、本節 4 参照）。

も参照。

68) 特に、推奨指針 § 255.0 例 1～例 7 参照。

69) 推奨指針 § 255.3 例 1 参照。なお、後記ウも参照。

70) 推奨指針 § 255.0 例 1～例 7 参照。例えば、消費者の目から見て当該商品について専門性を有するように見える人物（専門分野を認知された有名人を含む）が当該商品に関して意見等を述べている場合や、語り手が自己の経験を語っているかのように見える場合には、単に広告主の意見を代弁しているだけとは思われにくいであろう。

71) 推奨指針 § 255.5 例 3 の 3 つ目の設定参照。

72) 推奨指針や推奨指針 Q&A では、推奨内容がポジティブなものであることを想定している例がある（推奨指針 § 255.0 例 8 の 3 つ目の設定や、§ 255.2 例 7 など）。推奨指針 Q&A の “When Does the FTC Act Apply to Endorsements?” の項では、「FTC 法の対象となる推奨に当たるためには、商品に関してポジティブなことを実際に発言する必要があるか？」という質問に対する回答の中で、「商品の写真をソーシャルメディアに投稿するだけで、…あなたがその商品を好んでいることを伝達しうる。その場合、推奨に当たる。ポジティブなメッセージを伝えるために、言葉を使う必要はない…。」と述べている。FTC, *Featuring Online Customer Reviews: A Guide for Platforms* (Jan. 2022) (以下、「プラットフォームガイド」という。) の “Review collection” の 2 において、「消費者に口コミを書くことについてインセンティブを与える場合、口コミがポジティブであることを明示的又は黙示的に条件としてはならない。そのような条件がない場合であっても、口コミを書くことについてインセンティブを与えることは、バイアスをもたらしたり、読者が当該口コミに与える重み及び信頼性を変化させたりしうる。これらの理由により、いくつかのプラットフォームは、口コミのインセンティブを与えることを完全に禁止し、又は、それらに印をつけるメカニズムを確立してきた」と述べていることも示唆的である。

(ウ) 「広告」メッセージと言えるのかどうか

さらに、商品に関して表明されている意見等が、そもそも広告メッセージと言えるのかどうかも重要である⁷³⁾。推奨指針 § 255.0 例 8 は、消費者生成コンテンツにおける広告該当性の問題（本章第 1 節 1 も参照）について、3つの設定を用いて検討している。この問題は、後記(3)で述べる「重大なつながり」とも関連するので、(3)で「重大なつながり」に関する基本的な事柄を説明したのち、後記(4)で改めて考察する。

ウ 推奨の利用に際しての原則

「推奨」に該当する場合、様々なルールを遵守する必要がある⁷⁴⁾。

推奨の利用全般を通じた最も根本的な原則は、「推奨は、推奨者の正直な意見、調査結果、信念又は経験を反映しなければならない。さらに、推奨は、広告主によって直接なされる場合欺瞞に当たるような表示を明示的にも黙示的にもしてはならない。」である⁷⁵⁾（これは、広告の真実性の原則の一環である⁷⁶⁾）。また、推奨者が推奨対象商品の利用者であると表示している場合、当該推奨者は、当該推奨がなされた時点で真正な (bona fide) 利用者でなければならない⁷⁷⁾。専門家（と表示されている者）による推奨の場合には、当該推奨者の資格が、当該専門家が当該推奨に関して保有すると表示されている専門知識を当該推奨者に実際に与えるものでなければならない⁷⁸⁾。

広告主と推奨者との間に「重大なつながり」がある場合、その事実を開示しなければならない ((3)で詳述)。

(3) 「重大なつながり」とその開示

ア 「重大なつながり」と開示の必要性⁷⁹⁾

現行推奨指針によると、「推奨者と広告対象商品の売主との間に、当該推奨の重みや信頼性に重大に影響しうるつながり（すなわち、当該つながりは、視聴者によって合理的に予期されない）が存在する場合、当該つながりは十分に開示

73) 2009年改定時には、ノーティスの最初の方で、それなりの分量を割いてこの点について検討されている。74 FR 53125-26, II A (冊子版 6-8 頁)。

74) 以下、本稿の議論に関連する部分を取り上げる。

75) 推奨指針 § 255.1 (a)。

76) 推奨指針 Q&A 柱書参照。

77) 推奨指針 § 255.1 (c)。

78) 推奨指針 § 255.3 (a)。

79) 推奨指針 § 255.5。

されなければならない」⁸⁰⁾。

「重大なつながり」の存否の判断に当たっては、当該事実を消費者が知ることが、当該推奨に対する消費者の評価や重みに影響するのかが重要である⁸¹⁾。「重大な」という表現が欺瞞的行為の重大性要件（本章第1節2）の含意であることは明白である。

推奨者と広告主との間に「重大なつながり」が存在する場合、開示がなされなければならない。開示がなされていない場合には欺瞞的行為となり、FTC法5条に違反する⁸²⁾。ただし、当該つながりの存在が消費者によって合理的に予期される場合には、開示は必要ない⁸³⁾。

イ 「重大なつながり」概念の要点

推奨指針 § 255.5 は、重大なつながりの開示に関する想定例として、開示が必要な例と必要ない例をいくつも示している。以下、私見による要点を整理する。

(ア) 消費者の選択への影響可能性を基礎とする概念

第一に、「重大なつながり」という概念は、消費者の選択への影響可能性を含む形で定義されており⁸⁴⁾、客観的に利害関係や人的関係等が存在するのかがどうかそれ自体によって定義されていない⁸⁵⁾。これは、推奨指針における

80) なお、推奨指針改定案は、次のように記述を修正している（本文括弧内の「すなわち」が、「かつ」に変わっている）。「推奨者と広告対象商品の売主との間に、当該推奨の重みや信頼性に重大に影響しうるつながりが存在し、かつ、当該つながりが視聴者によって合理的に予期されない場合、当該つながりは…開示されなければならない」（傍点追加）。本文で紹介した現行推奨指針は「すなわち」という言葉を使っているものの、「すなわち」の前後が厳密には言い換えになっていないと考えられること（推奨に対する消費者の評価に影響しうるようなつながりが存在するのかがどうかと、当該つながりの存在が消費者から予期されるのかがどうかは、同じではない）から、両者を「かつ」で並列させた改定案の記述が、FTCの規制慣行の実態に即していると思われる。概念の整理としては、「重大なつながり」は推奨に対する消費者の評価への影響（ひいては消費者の商品選択への影響）の観点から把握され、当該「つながり」の存在が消費者から合理的に予期されるかどうかの観点は、開示の要否に関わる要素となろう。

81) 推奨指針 Q&A の “When Does the FTC Act Apply to Endorsements?” の 8 つ目の質問に対する回答、及び “How Should I Disclose That I Was Given Something for My Endorsement?” の 3 つ目の質問に対する回答参照。

82) 欺瞞的形式執行方針 I C 参照。

83) 前掲注 80) 参照。

84) なお、上記(2)の「推奨」概念についても、消費者がどのように受け取るのかをベースに定義されている（FTC は、これは欺瞞的行為の成否を判断する際のアプローチと完全に一貫するものであると述べている。See 74 FR 53124-25, II A 1（冊子版 6 頁））。

「重大なつながり」という概念そのものが、重大性要件に関する評価を内包する概念となっているためと言える。

(イ) 「重大なつながり」の例

FTC の先例や推奨指針及び推奨指針 Q&A に照らすと、開示が必要となる「重大なつながり」の例として、大別して、①推奨者が広告主のいわば関係者である場合、②広告主と推奨者との間に、推奨の重みに影響しうる便益提供が存在する場合があるように思われる（後記第3節も参照）。

①の例として、広告主と推奨者との間に人的なつながりがある場合（推奨者が広告主の親族や友人である場合⁸⁵⁾）、推奨者が広告主の業務そのものに関わっていたり利害関係を有したりする場合（推奨者が広告主の所有者や執行役員、従業員である場合等⁸⁷⁾）等が挙げられる。

②については、推奨を見返りとする便益の提供が推奨に先立って行われた場合やその約束がされた場合のほか、推奨をすることで何らかの便益を受けられることを推奨者が知り又は信じる理由があった場合も含まれる⁸⁸⁾。外部の研究機関の研究結果を広告に利用する場合における研究費の提供も、「重大なつながり」に該当しうる⁸⁹⁾。

便益の提供が問題となる事例では、便益の内容は金銭である必要はない。例えば、商品を推奨すればテレビに出演できるといったことも含まれる⁹⁰⁾（なお、問題となる便益提供と問題にはならない便益提供との限界の識別は容易ではない。後記(4)参照）。

なお、推奨者と広告主との間に重大なつながり（の候補）が複数あることもありうる。例えば、レストラン経営者が家族や友人に無料で食事を提供して推奨を求める場合等である。重大なつながりが複数存在する場合には、それぞれの開示が必要である⁹¹⁾。

85) 「つながり」という用語を客観的に定義したうえで重大性要件による絞りをかけるという方法をとっておらず、「重大なつながり」という用語が単一の概念を構成している。

86) 推奨指針 Q&A の “When Does the FTC Act Apply to Endorsements?” の7つ目の質問に対する回答参照。

87) 推奨指針 § 255.5 例 8。See also 74 FR 53136, II H 3 b (冊子版 23 頁)。

88) 推奨指針 § 255.5。

89) 推奨指針 § 255.1 例 1。

90) 推奨指針 § 255.5。

91) 推奨指針 Q&A の “When Does the FTC Act Apply to Endorsements?” の7つ目の質問と

(ウ) 基準時

推奨に係る便益提供の基準時の問題として、推奨が行われた時点で便益の期待が存在しなかった場合には、事後的に金銭の支払い等がなされたとしても開示は必要ない⁹²⁾。

ウ 開示の方法

推奨者と広告主との間に重大なつながりが存在する場合、そのつながりは、明確にかつはっきりと（clear and conspicuous）開示されなければならない⁹³⁾（推奨指針改定案は、「明確にかつはっきりと」に関する詳細な説明や想定例を新設している）。推奨指針 Q&A は開示の方法に関して数多くの Q&A を掲げている⁹⁴⁾。

(4) ニュー・メディアにおける「推奨」と「重大なつながり」

2009 年の推奨指針改定時の議論において、消費者生成型のニュー・メディア⁹⁵⁾をめぐる問題が重要な論点となった⁹⁶⁾。欺瞞的行為の成否との関係では、

回答参照。あるいは、広告に登場している推奨者が広告主の所有者でもある場合、視聴者は、当該推奨者が広告に出演することについて報酬を受けていることは予期できるとしても、当該広告主の所有者であることは予期できない（推奨指針 § 255.5 例 4。なお、同じ例では、専門家が商品の総売上の「一定割合」を受け取るようになった場合も開示が必要としている。他方、例 2 では、映画スターが「翌年販売される各商品についてのロイヤリティ」を受け取る場合には、開示は不要としている）。推奨指針 Q&A の “How Should I Disclose That I Was Given Something for My Endorsement?” の 3 つ目の質問に対する回答も参照。

92) 推奨指針 § 255.5 例 5 の 2 つ目の設定参照（飲食店で顧客に事前に知らせることなく隠しカメラで商品に関する感想を撮影し、その後、広告での使用許可を求めて金銭の支払いを申し出るという例が挙がっている）。

93) 「明確に」とは平易かつ一義的な文言を意味し、「はっきりと」とは目立つことを意味する（推奨指針 Q&A の “How Should I Disclose That I Was Given Something for My Endorsement?” の 20 個目の質問に対する回答参照）。なお、現行推奨指針 § 255.5 は「十分に（fully）」というやや曖昧な記載をしているが、推奨指針改定案は、FTC の運用も踏まえて「明確にかつはっきりと」と記載を明確化した。

94) 推奨指針 Q & A の “How Should I Disclose That I Was Given Something for My Endorsement?” の一連の質問と回答を参照。前掲注 48) で紹介したネイティブ広告の場合の開示方法とは対照的に、推奨指針 Q&A では、“Sponsored.” “Promotion” のような記載を許容している箇所がある（推奨指針 Q&A の “How Should I Disclose That I Was Given Something for My Endorsement?” の 12 個目の質問に対する回答）。

95) ニュー・メディアという表現は、FTC の文書の中で厳密に定義されているわけではない。消費者生成メディアを想定した文脈で使われることが多いが、インフルエンサー・マーケティングに関する例を「ニュー・メディア」の例として挙げている箇所もある（74 FR 53135）。消費者生成メディアに関して行われている議論は、有名人が自身のブログやソーシャルメディア上で推奨を行うような場合についても、少なからず当てはまる。

次の2つの問題がある。第一に、消費者生成コンテンツで行われる商品に関する情報発信（口コミ等）が、どのような場合に「広告メッセージ」を構成し、推奨指針のいう「推奨」に当たるのか⁹⁷⁾（本章第1節1、第2節3(2)イ(ウ)参照）。第二に、口コミ等をした消費者が広告主から直接的に又は間接的に何らかの便益を提供されていた場合のうち、どのような場合に、開示が必要な「重大なつながり」が認められるのか⁹⁸⁾。

ア 消費者生成コンテンツにおける「推奨」と「重大なつながり」の相互関係

この2つの問題の相互関係に関し、FTCは、入口の問題は推奨指針のいう「推奨」（広告メッセージ）に当たるかどうかであるとしている。「推奨」に当たる場合には、推奨者である消費者と広告主との間に「重大なつながり」はあると考えられ、開示をしなければならないだろうとされている⁹⁹⁾。なぜなら、消費者生成コンテンツでは、伝統的な広告メディアとは異なり、広告主と語り手である消費者との間に客観的に見て「スポンサーを受けている」と考えられるような関係がある場合、そのことは開示がなければ通常明らかではなく、開示がなされるべき関係が必然的に存在すると言えるからである¹⁰⁰⁾（なお、消費者による推奨だけでなく、有名人や専門家による推奨の場合も、コンベンショナルなテレビ広告に現れている場合には補償の開示が必要なくとも、他のメディアで推奨している場合には開示が必要となりうる¹⁰¹⁾）。

96) See 74 FR 53125-26, 53134, II A 2, II H 2（冊子版6-8、20-21頁）。

97) See 74 FR 53125-26, II A 2（冊子版6-8頁）。FTCは次のように述べている。「FTCは、商品の特徴や消費者の経験を話すために新しい消費者生成メディアを利用することの全てが推奨指針の意味における『推奨』に当たるべきであるとは考えていない。むしろ、これらの新しいメディアでなされた（商品に関する）意見等の表明を分析する際の根本的な問題は、客観的に見て、広告主と語り手との間の関係が、当該語り手の意見等の表明が広告主のスポンサーを受けていると考えられるようなものであって、それゆえ『広告メッセージ』であると考えられるかどうかである。」

98) 74 FR 53134, II H 2（冊子版20-21頁）。

99) *Ibid.*

100) 推奨指針 Q&A は、「ブロガーが商品を宣伝するために支払いを受けていることは周知の事柄ではないのか。」という質問に対し、「いいえ。商品に言及するブロガーの中には、当該商品の販売業者と全くつながりを持たない者もいる…。さらに、一部のブロガーと広告主との間の金銭的な取極めは、業界の内部者には明らかかもしれないが、特定のブログを読む全ての人に明らかなわけではない…。」と回答している（“About the Endorsement Guides”の2つ目の質問と回答）。批判として、後記第4節4参照。

イ 消費者生成コンテンツの広告メッセージ該当性に関する考慮要素と具体例

消費者生成コンテンツでなされた商品に関するポジティブな意見等の表明が「広告」メッセージに当たるのかどうかについて、FTC は、語り手が広告主から独立して行動しているのか、それとも、広告主やその代理店のために (on behalf of) 行動しているのか次第であるとしている¹⁰²⁾。その考慮要素として、「語り手が広告主又は代理店から補償を受けているかどうか、広告主から広告対象商品を無料で提供されたかどうか、何らかの協定の条件、当該関係の長さ、同じ又は類似の広告主から過去に商品を受け取っていたこと、将来に商品を受け取る蓋然性、受け取った品物の価値」を挙げている¹⁰³⁾。

より具体的には¹⁰⁴⁾、商品を自身の金銭で購入して個人ブログやオンライン掲示板で当該商品を称賛する場合¹⁰⁵⁾には、推奨に当たらない¹⁰⁶⁾。反対に、広告主の商品について話すために金銭の提供を受けたブロガーによって投稿がなされる場合には、推奨に当たる¹⁰⁷⁾。FTC によると、この両パターンを両極として、「これらの両極の間については事実関係次第であるが、委員会は、一定の事実パターンはここで述べるのに十分明確であると信じている。例えば、あるブロガーが、ある販売業者の商品をレビューするために、要望してその商品を販売業者から受け取ることができるものの、その商品そのものの価値以外の補償は受けないとする。この場合、当該ブロガーが投稿するポジティブな意見

101) See 74 FR 53134, II H 1 (冊子版 20 頁)。

102) See 74 FR 53126, II A 2 (冊子版 7 頁)。推奨指針 Q&A の “When Does the FTC Act Apply to Endorsements?” の 1 つ目の質問に対する回答も参照。

103) 74 FR 53126, II A 2 (冊子版 7-8 頁)。

104) 以下、74 FR 53126, II A 2 (冊子版 8 頁) 及び推奨指針 § 255.0 例 8 (3 つの設定に基づいてこの問題を検討している) 参照。

105) 推奨指針 § 255.0 例 8 の 1 つ目の設定も参照。

106) なお、商品の販売業者から便益の提供を受けていた場合でも、当該便益提供が一般的な顧客サービスの一環として行われた場合 (すなわち、推奨との間で関連性がない場合) も、推奨に当たらないと考えられているようである。推奨指針 § 255.0 例 8 の 2 つ目の設定は、個人ブログに口コミを書く消費者が、当該商品を自身の金銭で購入したのではなく、店舗がルーティン的に消費者の購買行動を追跡し、コンピューターが当該商品の無料試供品のクーポンを発生させたので当該商品を無料で入手したという例について、当該消費者の個人ブログへの書き込みは推奨に当たらないとしている。

107) 広告主から直接支払いを受けたのか、広告主のために第三者から支払いを受けたのかに関わらない。

等の表明が推奨指針の意味で『推奨』に当たるかどうかは、特に、当該商品の価値、及び当該プロガーがルーティンのようにそのように要望したものを受け取っているかどうかにより左右される。当該プロガーが、製造業者らのターゲット市場である特定の人口統計学的属性をもつ集団内部で広い読者層を有することで知られているため、当該製造業者らから頻繁に商品を受け取っている場合、当該プロガーによる意見等の表明は、ネットワークマーケティングプログラム参加者による投稿¹⁰⁸⁾と同様、『推奨』に当たると考えられる可能性が大きい。同様に、消費者にレビューをさせるために商品を定期的に提供する口コミ (word of mouth) マーケティングプログラム (単に広告主にフィードバックをするのものとは異なる) に参加する消費者も、スポンサーを受けたメッセージをしていると考えられる可能性が大きい。」。

なお、FTCの職員は、限界的な質問に対しては曖昧な回答をするにとどまっている¹⁰⁹⁾。

(5) 重大なつながりの開示を必要とする根拠

FTCが、推奨者と広告主との間の重大なつながりの開示を要求する根拠は、出所や性質を誤認させる広告について上記2(2)イで言及したことと同様である。すなわち、当該情報が、視聴者が当該推奨に置く重みや信頼性に影響するかどうかの問題である旨を繰り返して述べているほか、推奨指針Q&Aでは広告の真実性の原則も強調されている。

(6) 責任の主体 (広告主の法的責任/推奨者の法的責任/開示を行うべき主体/FTCの措置の名宛人・事件選択)

FTC法5条違反は、広告主だけでなく広告業者や個人などにも成立する¹¹⁰⁾。推奨指針 § 255.1(d)は、広告主 (や広告業者) だけでなく推奨者も法的

108) 筆者注：推奨指針 § 255.0 例8の3つ目の設定参照。

109) 推奨指針Q&Aの“When Does the FTC Act Apply to Endorsements?”の2つ目の質問と回答参照。1ドル引きのクーポンを受け取ったに過ぎないような場合にも開示をしなければならないのか等の質問に対し、「わずかなギフトが推奨の重みや信頼性に影響するかどうかを判断することは困難でありうる。当該情報を開示することが、常に、より安全である。」と回答している。「それほど価値の大きくない商品を1つ無料で受け取るだけでは推奨の信頼性に影響しないとしても、ある広告主又は複数の広告主から無料の商品を継続的に受け取ることは、ポジティブな口コミをすることによる将来の便益を期待していることを示唆し得る。プロガーその他の推奨者が、ポジティブな口コミを期待して、無料サンプルを送ってくる販売業者やネットワークと関係を有する場合、読者らに当該無料商品について知らせることが最善である。」とも述べている。プラットフォーム指針も参照。

責任を負うことを確認している¹¹¹⁾。この点に関連して、商品に関する推奨が直接的には広告主以外の主体によって行われる場合、①（開示が必要な事例において）開示を行うべき主体は誰なのか、②（必要な開示が行われなかった場合）、誰に FTC 法違反が成立するのか、③ FTC は誰を名宛人として措置をとるのか（= FTC の事件選択における行政裁量の行使）という区別可能な問題が存在することには注意を要する。

ア 誰が開示を行うべきか

重大なつながり等の開示が必要な事例において誰が開示を行うべきかについて、FTC は、当該推奨がどのように発信されるのかに注目する。すなわち、伝統メディア（テレビ CM や広告紙等）の場合には、推奨者が行う推奨は広告主によって発信され、推奨者自身によって発信されるわけではないので、重大なつながりを開示する義務は広告主が負う。他方、最近の消費者生成メディアでは、広告主ではなく推奨者自身によって推奨が発信されるので、重大なつながりを開示する責任を第一次的に負うのは推奨者である。ただし、広告主は、必要な開示を行うよう推奨者に助言するとともに、推奨者の行為を監視する手続きを確立するべきである¹¹²⁾。

イ 広告主の法的責任と FTC の事件選択

消費者生成メディアで消費者が商品を推奨する事例では、広告主は推奨者の

110) 第一次的に責任を負うのは広告主である。FTC は、広告代理店について、当該広告の準備の際の当該広告代理店の関与の程度、当該広告に虚偽又は欺瞞的な主張が含まれていることを当該広告代理店が知り又は知るべきだったかどうかを考慮するとしている。FTC, *Advertising FAQ's: A Guide for Small Business* (<https://www.ftc.gov/business-guidance/resources/advertising-faqs-guide-small-business>) (last visited Mar. 11, 2022). See also REBECCA TUSHNET & ERIC GOLDMAN, *ADVERTISING & MARKETING LAW: CASES & MATERIALS*, VOL.2, at 686-87 (4th ed. 2018); PETER C. WARD, *FEDERAL TRADE COMMISSION: LAW, PRACTICE AND PROCEDURE*, § 14.01 [1] [d] (2019). この問題に関連する控訴裁判所の事例につき、小畑徳彦「アフィリエイトによる欺まんの広告とネットワーク運営事業者の責任——LeadClick Media, LLC 事件米国連邦第 2 巡回控訴裁判所判決——」公正取引 804 号 41 頁 (2017) の事例も参照。内田耕作『広告規制の研究』359 頁以下（成文堂、1982）も参考。

111) 「広告主は、推奨を通じてなされた虚偽の若しくは実証されていない意見等の表明、又は広告主と推奨者との間の重大なつながりが開示されなかったことについて法的責任を負う。推奨者も自身の推奨で行った意見等の表明について法的責任を負う」。後掲注 120 も参照。

112) 74 FR 53133-34, II H1 (冊子版 19 頁)。なお、同注 79 では、FTC は消費者の推奨者を標的にしようとしているわけではなく、FTC の法執行活動は広告主に焦点を当て続ける旨を注記している。

発信内容を完全にコントロールできるわけではない。それでもなお、広告主は、それらの推奨者が行った誤認させる発言や不開示について法的責任を負う¹¹³⁾ (これは、非伝統的なメディアで有名人や従業員等が商品の推奨をする場合にも当てはまる¹¹⁴⁾)。

この点に関連して、FTCの指針等では、①広告主がどのような場合に法的責任を負うのかという問題と、②FTCはどのような場合に広告主を措置の名宛人として立件するのかという問題 (FTCの裁量による事件選択の問題) とが区別されているように思われる。

これらに関するFTCの説明はやや曖昧であるが、①については、「広告主が、当該消費者生成コンテンツをスポンサーすることを選択し、推奨者とスポンサー関係を確立した」かどうか次第であるとしている (上記(4)も参照)。なぜなら、そのような関係がある場合、推奨者が商品の便益を誇張したり重大なつながりを開示しなかったりすることは予見可能であり、広告主はそのリスクと潜在的な法的責任を想定したはずだからである¹¹⁵⁾。

他方、②の事件選択の点に関し、FTCは、訴追裁量の行使に際して、広告主が推奨者に対して行った助言と監視に関する努力を考慮するとしている¹¹⁶⁾。この点に関しては、推奨指針改定案の記述がFTCの規制慣行を反映しているものと思われ、参考になる。すなわち、改定案によると、広告主は次の措置を講じるべきである。①推奨者に対し、彼らのステートメントが誤認されるものではないことを確実にすること、及び、消費者が予期しない重大なつながりを開示する必要性に関するガイダンスを提供すること、②推奨者が遵守しているかどうかを監視すること、③不遵守を是正し、将来の不遵守を防止するために十分な措置を講じること¹¹⁷⁾。

ウ 広告主以外の主体の法的責任とFTCの事件選択

広告主以外の主体 (広告業者や個人の推奨者等) がどのような場合に法的責任

113) 前掲注111) 参照。See also 74 FR 53127, II C (冊子版10頁)。

114) See 74 FR 53135-53136, II H3a,b (冊子版21頁, 23頁)。

115) 74 FR 53127, II C (冊子版10頁)。

116) *Ibid.* 有名人や従業員による推奨に関し、74 FR 53135-53136, II H3a,b (冊子版21頁, 23頁)。注意を尽くしていた広告主に対して措置がとられなかった事例につき、早川 (2020)・前掲注16) 参照 (広告業者に対して措置がとられている)。

117) 現行推奨指針 § 255.1 例5, § 255.5 例7も参照。

を負うのかに関し、現行推奨指針の記述は曖昧である。例えば推奨者の法的責任に関し、指針本文では「推奨者も法的責任を負うことがありうる」という結論を述べる一方で¹¹⁸⁾、その考慮要素を明示することはせずいくつかの想定例を示していた（§ 255.1 の例 3～5）¹¹⁹⁾。これに対して、推奨指針改定案では、広告主以外の主体の法的責任に関する記述が、主体ごとにより整理され、それぞれの考慮要素も示されている¹²⁰⁾（FTC が実際にはどのような場合に推奨者も名宛人として立件しているのかについては、後記第 3 節参照）。

(7) 推奨指針改定案（2022）の要点

上述のように、FTC は、2022 年 5 月に推奨指針改定案を公表した。FTC の基本的な考え方そのものに違いはないと考えられるものの、推奨指針改定案において、記述の新設・詳細化・修正がなされている箇所は多岐にわたる。以下、要点を列挙しておく。

- ・「推奨」に当たらないため推奨指針の対象にはならないものの、口コミや SNS の利用に関連して欺瞞的行為を構成するいくつかの行為が、冒頭で注記されている¹²¹⁾。例えば、インセンティブを受けて行われる競合品に対するネガティブなコメント、ソーシャルメディア上の影響力に関する

118) 前掲注 111)。

119) 74 FR 53127-29, II C, D (冊子版 10 頁, 12 頁) 参照。なお、これらの想定例は、いずれも、推奨内容自体が虚偽又は実証を欠き、かつ、そのことについて当該推奨者に故意又は故意に準じるような重過失があると評価できそうな例であり、かつ、ほとんどがそもそもステルス・マーケティングの想定例ではなかった（ステルス・マーケティングに関連する事例は例 5 の一部の設定のみである）。

120) 推奨指針改定案によると、広告代理店や広報会社等の広告仲介事業者に関しては、「欺瞞的な推奨であることを知り又は知るべきであったことを広める際に果たした役割について、法的責任を負いうる」。個人の推奨者に関しては、「欺瞞的であることを知り又は知るべきである表示を行う場合、推奨の過程でなされたステートメントの法的責任を負いうる。専門家ではない推奨者も、商品の性能または効果に関する誤認させる又は実証されていない表示について、その表示が、(1)当該推奨者の個人的な経験と一貫しない、又は(2)広告主によって作成若しくは承認されておらず、当該推奨者の個人的な経験の範囲を超えている場合に、法的責任を負いうる。推奨者は、推奨を作成し広める際に、自身と広告主との間の予期されない重大なつながりを開示しなかった場合、開示をしなかったことについて、法的責任を負いうる。」

なお、2009 年改定時に、有名人が推奨者の事例では原稿を読み上げる契約上の義務が課されていることが議論になったが、FTC は、「有名人の推奨者が原稿を読み上げる契約上の義務によって、当該推奨においてなされた不当表示の法的責任についての免責が与えられるべきではない」としている。See 74 FR 53128-29, II D (冊子版 11-12 頁)。

121) 推奨指針改定案注 2。

偽の指標の利用（例えば、フェイクフォロワーの利用やフェイクフォロワーを販売する行為）がこれに当たる。

- ・「推奨」の定義に関し、SNSにおける「タグ (tag)」も「広告メッセージ」に含まれることが明記されている。また、「推奨者」の定義に関し、架空の推奨者 (fabricated endorsers) のケース¹²²⁾にも推奨指針が適用されることが明記されている¹²³⁾。
- ・従来はスタッフビジネスガイダンスで示されていた表示の方法（明確にかつはっきりと表示しなければならない）に関する記述と想定例が新たに設けられている¹²⁴⁾（上記(3)ウ参照）。
- ・様々な主体の法的責任に関し、広告主、推奨者、広告仲介業者といった主体の類型ごとに記述が整理され¹²⁵⁾、広告主が講じるべき措置も明記されている¹²⁶⁾（上記(6)参照）。
- ・消費者レビューに係る広告主の行為に関する基本原則が明記されている¹²⁷⁾。
- ・団体・組織による推奨に関し、最近の先例を反映した興味深い想定例が新設されている。すなわち、①ある商品の製造業者が、独立しているように見えるレビューサイトを自ら立ち上げ、自身や競争者の製品をレビューするという例¹²⁸⁾、②ある商品のレビューサイトを運営し、当該サイト上で

122) FTC のプレスリリース（前掲注 32）は、「バーチャルインフルエンサー」を推奨者の定義に含めたと述べている。架空の推奨者を含める意義につき、後掲注 166）も参照。

123) 推奨指針改定案では、次の傍点部分が追加された。「その意見、信念、判断又は経験を当該メッセージが反映しているように見える当事者を推奨者と呼ぶ。推奨者は、個人、グループ又は団体であることもあり、個人、グループ又は団体のように見えることもある。」

124) 推奨指針改定案 § 255.0(f)。

125) 前掲注 120)。

126) 推奨指針改定案 § 255.1(d)(e)(f)。

127) 推奨指針改定案 § 255.2(d)。「広告主は、自社商品に関する消費者レビューを入手、抑制、後押し、計画、編集する際に、当該レビューがガイドの下で推奨に当たるかどうかにかかわらず、自社商品に関する消費者の意見を歪めたり、その他の方法で不当表示したりする効果を持つ行動をしてはならない。（注 4）販売業者は、レビューを保留する基準が、提出された全てのレビューに統一的に適用されている限り、違法、嫌がらせ、虐待、わいせつ、下品、若しくは性的にあからさまな内容、若しくは、人種、ジェンダー、セクシュアリティ、民族性に関して不適切な内容を含むカスタマーレビュー、又は、販売者がフェイクであると合理的に判断したレビューを表示する必要はない。販売業者は、自社の商品やサービスと関連しないレビューを表示する必要もない。カスタマーサービス、配送、返品、交換は、販売者の商品やサービスに関連する。」

当該商品のランキングを提供している事業者が、当該商品の製造業者からランキングを高める見返りとして金銭を受け取っているという例¹²⁹⁾である。

- ・重大なつながりの開示に関しても、いくつかの改定がなされている。第一に、重大なつながり概念の説明箇所において、重大なつながりの具体例が例示されている¹³⁰⁾。その際、重大なつながりは、広告主が見返りとして推奨を要求したかどうかにかかわらず存在しうることも明記されている。第二に、重大なつながりに当たらない場合に関し、具体的な例を示すことはしなかったものの抽象的な説明が追加されている¹³¹⁾。第三に、「重大なつながりは、推奨の視聴者における取るに足りない部分を除く大部分によって理解又は予期される場合、開示される必要はない」という記述も追加されている¹³²⁾。

128) 「偽って独立したサイトであるかのように見せているので、欺瞞的である」。日本の ARS 事件・前掲（早川・前掲注 10）参照）と対比されたい。

129) 「当該ウェブサイトに客観性や独立性に関する明示的な主張をしているかどうかにかかわらず、このような支払いを受けたランキング（paid-for rankings）は欺瞞的である。当該ウェブサイトでランキングを高めるために金銭を支払った製造業者も欺瞞の法的責任を負う」とされている。開示に関し、「当該ウェブサイト運営事業者が製造業者から支払いを受けていることの開示では不十分である」とされている。なぜなら、「当該商品の相対的なランキングが、当該支払いによって実際に決定されている」ためである。さらに、「当該レビューサイトがランキングを高めるために支払いを受けるのではなく、一部の製造業者からアフィリエイトリンクの紹介などのために支払いを受ける場合、そのような支払いを受けていることを明確かつはっきりと開示するべきである」ともされている。この想定例につき、早川（2021）・前掲注 16）も参照。

130) 推奨指針改定案 § 255.5. 「重大なつながりは、事業上の関係、家族関係、又は個人的な関係を含みうる。重大なつながりは、当該広告主が見返りとして推奨を要求するかどうかにかかわらず、推奨者に対する金銭の支払いや無料又は値引きした商品又はサービス（推奨対象商品と関係ない商品又はサービスを含む）の提供を含みうる。重大なつながりは、推奨者に対する他の便益、例えば、商品への早期アクセス、金銭を支払われる可能性、賞品を獲得できる可能性、テレビその他のメディアプロモーションへの出演の可能性なども含みうる。」

131) 「つながりの中には、推奨に与えられる重みや信頼性に影響を与えるにはあまりに取るに足りないものであるため、重大ではないものもある」。なお、改定案の公表に先立って行われたパブリックコメントでは、「重大なつながり」に当たらないようなつながり（immaterial connection）の例を示すべきというコメントも寄せられていたが、改定案はその具体例を示すことはせず、上記の抽象的な説明にとどめた。

132) 改定案の公表に先立って行われたパブリックコメントでは、ソーシャルメディアで有名なインフルエンサーの場合にはスポンサーシップがあることはしばしば予期されているというコメントが寄せられていたが、FTC はこの立場を肯定も否定もせず、改定案で本文の記述を追加

・子供たちに向けられた推奨に関する節 (§ 255.6) が新設されている¹³³⁾。

4 プロダクト・プレイスメントに関する考え方

いわゆるプロダクト・プレイスメントの問題が、欺瞞的形式執行方針と推奨指針 Q&A の双方において取り上げられている。プロダクト・プレイスメントとは、「広告主が、手数料その他の対価を見返りとして商品を番組に登場させる販売促進の手法」である（例えば、テレビ番組において、登場人物がコカ・コーラのロゴ入りカップで飲み物を飲むような方法である）¹³⁴⁾。

プロダクト・プレイスメントについて、米国では、連邦通信委員会 (Federal Communication Commission (FCC)) による開示規制がテレビ番組やラジオ番組に関して存在する一方で¹³⁵⁾、FTC は、プロダクト・プレイスメントそれ自体は開示規制の対象としてこなかった¹³⁶⁾。推奨指針 Q&A も、「プロダクト・プレイスメント (すなわち、第三者のエンターテインメントコンテンツの中で商品やブランドを単に見せること (mere showing) …)」(傍点追加) について、広告主が金銭を提供していることを開示する必要はないことを確認してい

するにとどめた。

133) 「子供向けの広告における推奨は、その視聴者の特性のため、特別な懸念がありうる。そのようなケースにおいては、大人向けの広告では通常問題にならないような行為が問題になることもありうる。」

134) Letter from Mary K. Eagle, Associate Director, Division of Advertising Practices, FTC to Gary Ruskin, Executive Director, Commercial Alert (Feb. 10, 2005) (以下、「プロダクト・プレイスメント・レター」という)。日本大百科全書(「プロダクト・プレースメント」とは、「商品、企業名、商業施設、ホテル、観光地などをテレビ番組や映画、漫画、ゲームソフト中にさりげなく登用させる間接広告手法。企業がテレビ番組や映画などの制作者に広告費を払い、作品中に露出させることで、不特定多数の消費者に自然なかたちでPRする…」)(ジャパナレッジウェブサイト、2022年2月16日閲覧)、現代用語の基礎知識 [2021] (「映画やテレビ番組などの中に、実際の企業名や商品を登場させ、視聴者に印象づける広告手法」)(ジャパナレッジウェブサイト、2022年2月16日閲覧)も参照。

135) 47 U.S.C. § 317, 508. See Ellen P. Goodman, *Stealth Marketing and Editorial Integrity*, 85 TEXAS L. REV. 84 (2006). See also Pfeiffer Law, *Product Placement: Traditional vs New Media* (Oct. 29, 2019) (<https://www.pfeifferlaw.com/entertainment-law-blog/product-placement-traditional-vs-new-media>) (last visited Oct. 27, 2022); Joseph Lewczak & Anne DiGiovanni, “Enhanced” FCC Regulation of Product Placement Would Breach Free Speech Rights, 25 (11) LEGAL BACKGROUNDER (WASHINGTON LEGAL FOUNDATION) 1 (April 9, 2010) (https://s3.us-east-2.amazonaws.com/washlegal-uploads/upload/legalstudies/legalbackgrounder/4-9-20Lewczak_LegalBackgrounder.pdf) (last visited Oct. 27, 2022).

136) プロダクト・プレイスメント・レター参照。

る¹³⁷⁾。

FTC がプロダクト・プレイスメント (mere showing) に開示義務を課していない理由は、コンテンツの中で商品やブランドを単に見せるだけで、商品に関する主張がなされていない場合には、消費者がより多くの信頼性を置くこととなるような商品に関する主張が存在しないため、金銭の提供があったという事実が消費者の意思決定に影響するおそれが小さいためである¹³⁸⁾。

もっとも、推奨指針 Q&A は、「プロダクト・プレイスメントを超えるもの (more than a product placement)」という概念も設けている。すなわち、単なるプロダクト・プレイスメント (mere showing) を超えて「推奨」に該当する場合（商品に関する主張ないし意見等が含まれていると評価できる場合）には、広告主・推奨者間での金銭提供の事実が視聴者から予期されず、かつ、視聴者が当該推奨に与える重みに影響する場合には、開示をするべきであるとしている¹³⁹⁾。

この点に関連して、伝統メディアとニュー・メディアとの間で、FTC による扱いの相違が存在するという指摘がある。すなわち、推奨指針 Q&A は、ソーシャルメディアに商品の写真を投稿したり商品の使用動画を投稿したりするだけでも、「投稿者が当該商品を好んでおり、認めていることを発信しうる」として、そのような場合には推奨に当たるとしている¹⁴⁰⁾。商品を映すという行為が、ソーシャルメディアのようなニュー・メディアで行われる場合と、テレビや映画などの伝統メディアで行われる場合との間で異なって扱われうる¹⁴¹⁾（本章第 4 節 2 も参照）。

137) 推奨指針 Q&A の“Product Placements”の 1 つ目の質問に対する回答。

138) プロダクト・プレイスメント・レター、欺瞞的形式執行方針注 66 参照。

139) 推奨指針 Q&A の“Product Placements”の 2 つ目の質問と回答。例えば、テレビのトークショーのホストが、ゲームをプレイして“Wow, this is awesome”のようなことを言うだけでも、プロダクト・プレイスメントを超えるものとなる。

140) 推奨指針 Q&A の“When Does the FTC Act Apply to Endorsements?”の 12 個目の質問に対する回答。同 13 個目の質問に対する回答も参照。

141) See Craig C. Carpenter & Mark Bonin II, *To Win Friends and Influence People: Regulation and Enforcement of Influencer Marketing after Ten Years of the Endorsement Guides*, 23 VAND. J. ENT. & TECH. L. 253 (2021); The Fashion Law, *Why Are the Disclosure Rules for Influencers' Sponsored Content so Different Than They Are for TV Product Placements?* (July 3, 2019) (<https://www.thefashionlaw.com/why-are-the-disclosure-rules-for-influencers-sponsored-content-so-different-than-they-are-for-tv-product-placements/>) (last visited Oct. 27, 2022); Pfeiffer Law,

第3節 ステルス・マーケティングに関する FTC の先例の整理

FTC ウェブサイトは個別のテーマごとの頁を設けており、「推奨、インフルエンサー、口コミ (Endorsements, Influencers, and Reviews)」という頁もある¹⁴²⁾。本節は、この頁内にある「先例 (Cases)」のリンク先¹⁴³⁾に掲載されている先例を主な分析対象として、ステルス・マーケティングに関する FTC の先例を整理する。

1 事実関係のパターン

FTC の多くの先例は、事実関係の特徴によっていくつかのパターンに分類することができる (なお、1つの事例が複数の側面を併有することも多い)。

(1) 商品そのものに関する虚偽ないし実証を欠く主張の有無

第一に、商品そのものに関する虚偽ないし実証を欠く主張も行われていた事例においてステルス・マーケティングも並行して問題となった事例¹⁴⁴⁾と、ステルス・マーケティングのみが行われていた事例¹⁴⁵⁾とがある。前者の事例 (健康食品における不実証広告の事例等) が少なくないことは、FTC の事件選択との関係で留意が必要と思われる¹⁴⁶⁾ (後記3)。

supra note 135.

142) <https://www.ftc.gov/business-guidance/advertising-marketing/endorsements-influencers-reviews> (last visited Sep. 6, 2022).

143) https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings?sort_by=field_date&field_mission%5B29%5D=29&field_consumer_protection_topics=1407 (last visited Sep. 6, 2022).

144) より厳密には、①ステルス・マーケティングによって表示された内容に、商品そのものに関する虚偽表示や不実証広告が含まれており、ステルス・マーケティングと虚偽表示・不実証広告の双方が問題とされた事例、②自社サイト等において商品そのものに関する虚偽表示や不実証広告が行われていた事例において、当該企業が別途実施していたステルス・マーケティングも問題とされた事例、③広告内推奨 (後記(2)) の事例において、商品そのものに関する虚偽表示や不実証広告と推奨ルールに対する違反の双方が問題とされた事例がある。①の例として、*FTC v Cure Encapsulations, Inc, et al.*, Case 1: 19-cv-00982 (E.D.N.Y. 2019), Complaint, paras 14-16, ②の例として、*FTC v Teami, LLC, et al.*, Case 8: 20-cv-518 (M.D. Fla. 2020), Complaint, paras 14, 18-21, ③の例として、*FTC v NatureCity, LLC, et al.*, Case 9: 19-cv-81387 (S.D. Fla. 2019), Complaint, paras 13-14, 16.

145) See e.g., *In the Matter of Lord & Taylor, LLC*, FTC Docket No. C-4576; *In the Matter of Sunday Riley Modern Skincare, LLC et al.*, FTC Docket No. C-4729; *In the Matter of Creaxion Corp. et al.*, FTC Docket No. C-4668. 早川 (2020)・前掲注16) の事例も参照。

146) Cf. Asquith & Fraser, *supra* note 36, at 5738.

(2) 広告と気づかれないように行われた事例と明らかな広告における推奨が問題となった事例

第二に、広告と気づかれないように行われた事例と、明らかな広告に掲載された推奨（以下、「広告内推奨」という。）が問題となった事例とがある。

ア 広告と気づかれないように行われた事例

広告と気づかれないように行われた事例の中には、いくつかの特徴的な事実パターンがある。例えば、(i)一般のニュースや雑誌記事等を装って広告をした事例¹⁴⁷⁾（「フェイクニュース」の事例¹⁴⁸⁾もある）、(ii)被審人・被告の関係者や被審人・被告から便益の提供を受けた者が、中立的な第三者を装って、第三者サイト（第三者のショッピングサイトの口コミコーナー等）に口コミ等を投稿したような事例¹⁴⁹⁾、(iii)被審人・被告から（直接に又は間接に）便益の提供を受けたインフルエンサーらが、インフルエンサーら自身のサイトやアカウント上で商品の宣伝をした事例¹⁵⁰⁾などがある。

イ 広告内推奨の事例

これに対して、明らかな広告や自社サイトに登場させた推奨者の中立性・独立性を誤認させたことや、明らかな広告や自社サイトに登場させた推奨者と広告主との間の重大なつながりを開示しなかったことが問題となった事例もある¹⁵¹⁾。これは、典型的なステルス・マーケティングではないかもしれないが、「推奨」が利用されている限り、このような事例も推奨指針の対象となる。

147) See e.g., *Lord & Taylor*, *supra* note 145, Complaint, paras 9–10; *Creaxion*, *supra* note 145, Complaint, paras 19–22; *FTC v Tarr Inc.*, Case 3: 17-cv-2024-LAB-KSC (S.D. Cal. 2017), Complaint, paras 44–56; *FTC v XXL Impressions LLC, et al.*, Case 1: 17-cv-67-NT (D. Me. 2017), Complaint, paras 23, 37, 38, 42. 小畑・前掲注 110) の事例も参照。

148) 例えば、商品の効果の検証記事を捏造したような事例。See e.g., *FTC v Tarr*, *supra* note 147, Complaint, paras 44–56. 小畑・前掲注 110) も参照。

149) See e.g., *Sunday Riley Modern Skincare*, *supra* note 145, Complaint, paras 8–13; *FTC v Cure Encapsulations*, *supra* note 144, Complaint, paras 14–16; *Creaxion*, *supra* note 145, Complaint, paras 23–24.

150) See e.g., *Lord & Taylor*, *supra* note 145, Complaint, paras 4–7; *FTC v Teami*, *supra* note 144, Complaint, paras 18–21; *Creaxion*, *supra* note 145, Complaint, paras 13–14. 早川 (2020)・前掲注 16) の事例も参照。

151) See e.g., *FTC v NatureCity*, *supra* note 144, Complaint, paras 13–14, 16; *FTC v Health Research Laboratories, LLC, et al.*, Case 2: 17-cv-467-JDL (D. Me. 2018), Complaint, paras. 17–18; *FTC v A.S. Research, LLC, et al.*, Case 1: 19-cv-03423 (D. Col. 2019), Complaint, paras 11–12.

広告内推奨の事案では、広告に登場することについて報酬等が支払われていることは明白と云う一方、例えば、広告主から独立した第三者であるかのように表示された推奨者が実際には広告主の関係者であった事例¹⁵²⁾、商品の現実の利用者であるかのように表示された推奨者が実際には現実の利用者ではなかった事例¹⁵³⁾ (捏造の場合もある)、専門家であるかのように表示された推奨者が実際には専門家ではなかった事例¹⁵⁴⁾ (捏造の場合もある)等では、推奨指針の基準の下で欺瞞的行為を構成することは明白であろう。

これに対して、広告内に登場する推奨者 (中立的な利用者あるいは現実の利用者等の表示をされた推奨者) に便益を提供していたことが問題となった事例もある。そのような事例をどのように評価するのかは難問であるが、FTCの考え方は明確ではない。「ポジティブな」推奨を行うインセンティブを与えていたことが指摘されている事例¹⁵⁵⁾や、推奨者に対してそれなりに多額の金銭供与が行われていたことが指摘されている事例¹⁵⁶⁾がある一方で、便益の提供に関する詳細が明らかではない事例もある¹⁵⁷⁾。

以上のほかに、自社サイト上に掲載している口コミについて、「全ての購入者の見解を正確に反映している」かのような表示をしながら、実際には評点が一定以下の口コミを除去して公開していたことが問題になった事例もある¹⁵⁸⁾。

(3) 推奨者の属性

推奨広告 (上記(2)アとイの双方を含む) の事例における推奨者は、広告主の関

152) See e.g., *FTC v Health Center Inc, et al.*, Case 2: 20-cv-547 (D. Nev. 2020), Complaint, para. 21; *FTC v A.S. Research*, *supra* note 151, Complaint, paras 11-12.

153) See e.g., *FTC v A. S. Research*, *supra* note 151, Complaint, paras 11-12; *FTC v XXL Impressions*, *supra* note 147, Complaint, paras 34, 47.

154) See e.g., *FTC v Health Research*, *supra* note 151, Complaint, paras. 17-18; *FTC v Nobetes Corp., et al.*, Case 2: 18-cv-10068 (C.D. Ca. 2018), Complaint, para. 17.

155) See e.g., *FTC v NatureCity*, *supra* note 144, Complaint, para. 16; *FTC v A. S. Research*, *supra* note 151, Complaint, para 12. *FTC v Lumos Lab, Inc., et al.*, Case 3: 16-cv-00001 (N.D. Cal. 2016), Complaint, para. 19では、推奨を獲得するために、有意な賞品 (無料iPad, サンフランシスコ旅行, 終身会員) を伴うコンテストを実施していた。

156) See *In the Matter of Telomerase Activation Science, Inc.*, FTC Docket No. C-4644, Complaint, paras. 31-32 (数千ドル相当の無料商品の提供が行われていた)。

157) See e.g., *FTC v Nobetes*, *supra* note 154, Complaint, Count III; *FTC v Lunada Biomedical, Inc.*, Case 2: 15-cv-3380-MWF (C.D. Cal. 2016), Complaint, Count IV.

158) *In the Matter of Fashion Nova, LLC*, FTC Docket No. C-4759.

係者（所有者、執行役員、従業員、家族、友人等）である事例¹⁵⁹⁾もあれば、広告主から直接に又は間接に便益提供を受けた者である事例¹⁶⁰⁾もある。

(4) その他の特徴的な事実パターン：第三者組織の認証等の捏造、プラットフォームないし仲介的な事業者による欺瞞的行為

以上のほかにも、特徴的な事実パターンがあらわれている事例がある。

第一に、広告主の商品が、中立的・客観的な第三者組織の認証等を得ていることを捏造するタイプの事例がある¹⁶¹⁾（当該認証組織が、実際には広告主自身が運営する組織である場合等）。このタイプの事例では、そのような行為が欺瞞的行為に当たるとされるだけでなく、当該「認証」等の付された商品を流通業者に販売したり、「認証」そのものを他の事業者の販売したりしている場合、それらの行為についても、第三者に欺瞞的行為の手段を提供する行為として FTC 法 5 条違反とされうる¹⁶²⁾。

第二に、ステルス・マーケティングの典型的な事例——広告主が推奨者に「便益を提供して」自身の商品を宣伝してもらう——とは対照的に、プラットフォームないし仲介的な立場にある事業者が、自らが「便益の提供を受けた」事業者の商品を優遇して宣伝するタイプの事例がある¹⁶³⁾。このような事例では、開示が必要な事柄は、被審人が便益の提供をしていたことではなく、被審人が便益の提供を受けていたことである。

2 法的評価のパターンと含意

FTC の審判開始決定書や訴状では、FTC の見解による法令の適用が示され

159) See e.g., *Sunday Riley Modern Skincare*, *supra* note 145, Complaint, paras 8-13; *Creaxion*, *supra* note 145, Complaint, paras 23-24. 推奨者が広告主のフランチャイジーであった事例もある (*FTC v NutriMost, LLC, et al.*, Case 2: 17-cv-509-NBF (W.D. Pen. 2017))。

160) See e.g., *Lord & Taylor*, *supra* note 145, Complaint, paras 4-7; *FTC v Cure Encapsulations*, *supra* note 144, Complaint, paras 14-16; *Creaxion*, *supra* note 145, Complaint, paras 13-14.

161) See e.g., *In the Matter of ICP Construction Inc.*, FTC Docket No. C-4648, Complaint, para. 6; *In the Matter of Bollman Hat Co. et al.*, FTC Docket No. C-4643, Complaint, paras. 12-13; *FTC v Nextgen Nutritionals, LLC*, Case 8: 17-cv-2807 (M.D. Fla. 2018), Complaint, Count VII.

162) See e.g., *ICP Construction*, *supra* note 161, Complaint, Count III; *Bollman Hat*, *supra* note 161, Complaint, Count V.

163) *LendEDU*, *supra* note 43, Complaint, paras 15-34; *In the Matter of Victory Media, Inc.*, FTC Docket No. C-4640, Complaint, paras 8-19. *LendEDU* 事件につき、早川 (2021)・前掲注 16) 参照。推奨指針改定案 § 255.4 例 3、本章第 2 節 3 (7) 参照。

る。その記載は事実関係によって一様ではないが、上記1で挙げた様々な事実パターンを通じて、大きく2つのパターンが見られる。①(推奨者の)意見等の中立性や独立性等を誤認させる表示をしたという観点が問題となる場合¹⁶⁴⁾(重大性要件の推定につき、本章第2節2(2))、②重大なつながりの不開示が問題となる場合(本章第2節3(3)参照)である。

ステルス・マーケティングに関連する事例の多くにおいて、以上の①と②の双方の観点の違反が指摘されている¹⁶⁵⁾(両者の間では、違反の基礎となる事実関係はしばしば重なり合うであろう)。これに対して、①と②の一方の違反のみ認定されている事例もある¹⁶⁶⁾。

3 措置の名宛人と事件選択

(1) 措置の名宛人

FTCの措置は、広告主に対して命じられうるほか、違法行為に積極的に関わった広告業者に対して措置が命じられる事例もある¹⁶⁷⁾。複数の法人格を使って違反行為が行われた事例では、関わった全ての法人に対して措置が命じられうる¹⁶⁸⁾。法人である被審人・被告の違法行為に関与した当該法人の所有者個人や執行役員等が当該法人とともに措置の名宛人となる事例も多い。

FTCの推奨指針は、推奨をした(又は必要な開示をしなかった)推奨者個人

164) なお、ニュースや雑誌記事等を装った事例では、端的に“Deceptive Format…”等の見出しの下で、「…客観的なニュースであるかのように表示したが、…実際には客観的なニュースではなかった」等の認定がなされることもある。See e.g., *FTC v XXL Impressions*, *supra* note 147, Complaint, Count V.

165) 例えば、早川(2020)・前掲注16)。

166) その理由は必ずしも判然としないが、①のみ指摘され②が指摘されていない事例の中には、架空の主体による推奨を捏造した事例がある(口コミ代行業者を利用した事例もあれば、被審人・被告の関係者が第三者になりすまして口コミを書き込んだ事例もある。前者につき *FTC v Cure Encapsulations*, *supra* note 144, Complaint, Count II, 後者につき, *FTC v Universal City Nissan, Inc., et al.*, Case 2: 16-cv-07329 (C.D. Cal. 2018), Complaint, Count VII。あるいは、広告に虚構の証言者を登場させた事例として, *FTC v State of Maine v Marketing Architect, Inc.*, Case 2: 18-cv-00050 (D. Maine. 2018), Complaint, Count III。なお、推奨指針改定案は架空の推奨者も「推奨者」に含めている。本章第2節3(7)参照)。

167) 広告主と広告業者の双方に対して措置が命じられる事例もあれば、広告業者に対してのみ措置が命じられる事例もある。前者の例として小畑・前掲注110)、後者の例として, *Creaxion*, *supra* note 145, 早川(2020)・前掲注16)参照。

168) See e.g., *Bollman Hat*, *supra* note 161.

も法的責任を負う旨を明記している（本章第 2 節 3(6)）。しかし、FTC は個人の推奨者に対して実際に措置を取ることに慎重であり、個人の推奨者が措置の名宛人となる事例は多くない。FTC の「推奨，インフルエンサー，口コミ」の頁で確認できた範囲では、個人の推奨者も措置の名宛人とされた事例は、当該推奨者自身が広告主の関係者（所有者や執行役員等）であった事例、かつ／又は、当該推奨者自身が商品そのものに関する虚偽の若しくは実証を欠く推奨を行った事例（専門家を称した推奨の事例等）¹⁶⁹⁾であった。

インフルエンサー・マーケティングの事例に限定すると、FTC が個人のインフルエンサーに対して初めて措置をとったのは *CSGO Lotto* 事件¹⁷⁰⁾（ステルス・マーケティングのみが問題となった事例）であるが、この事例も、インフルエンサーの被審人 2 名は、広告主である被審人 *CSGO Lotto* 社の所有者（各 42.5%）かつ社長、副社長であった¹⁷¹⁾。正式な事例以外では、FTC が個人のインフルエンサーに対する審査を開始したものの措置には至らずに審査を終結し、注意文書の送付に留めた *Rhodes-Jacobson* 事件があるほか¹⁷²⁾、FTC は個人のインフルエンサーに対する注意文書の送付を度々行っている¹⁷³⁾。

(2) FTC の事件選択の特徴

FTC は、ステルス・マーケティングに対して指針では厳格なことを述べているものの、実際の事件選択は慎重に見える（そもそも、この種の事案を全て摘発することは非現実的である）。FTC の事件選択の特徴として、いくつかの観点を指摘できる。

第一に、商品そのものに関する虚偽ないし実証を欠く主張も行われていた事例において、並行して行われていたステルス・マーケティングも問題とされた

169) なお、専門家を称した推奨者が常に措置の名宛人とされるわけでもない。

170) *In the matter of CSGO Lotto et al.*, FTC Docket No. C-4632. See <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2017/09/csgo-lotto-owners-settle-ftcs-first-ever-complaint-against-individual-social-media-influencers> (last visited Sep. 6, 2022).

171) 個人のインフルエンサーを立件することに慎重な FTC の姿勢に対する批判として、Terry *et al.*, *supra* note 59 参照。

172) Letter from Mary K. Engle, Assoc. Dir., Div. of Advert. Practices, FTC, to George L. Paul, White & Case LLP, for Alison Rhodes-Jacobson (Mar. 10, 2014). 広告主に対しては措置がとられている。 *In the Matter of ADT LLC*, FTC Docket No. C-4460.

173) See FTC, Press release, *FTC Staff Reminds Influencers and Brands to Clearly Disclose Relationship* (April 19, 2017) (<https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2017/04/ftc-staff-reminds-influencers-brands-clearly-disclose-relationship>) (last visited Sep. 6, 2022).

事例が少なくない(上記1(1))。とりわけ、健康食品の不実証広告の事例のように、消費者に対する健康被害の懸念もあった事例が一定数存在する¹⁷⁴⁾。

第二に、ステルス・マーケティングのみが問題となった事例(上記1(1))では、FTCは、いわば行為の広がりのある事案を取り上げているようである。すなわち、当該広告キャンペーンを通じて販売業者が有意な売上を上げた事例や、当該広告キャンペーンが多数の消費者に視聴された事例などで現実に措置がとられているという指摘がある¹⁷⁵⁾(ただし、そのような事例で常に措置がとられているわけではない)。

第三に、商品そのものに関する虚偽ないし実証を欠く主張も行われていた事例とステルス・マーケティングのみが問題となった事例とを比較すると、前者ではFTCが裁判所に提訴したケース(多くは同意判決で終結)が多く、後者ではFTCの審判開始決定による行政手続がとられるケース(多くは同意審決で終結)が多い。また、後者では、被審人に対して金銭の支払いは命じられないことが多い¹⁷⁶⁾。

第四に、広告主ではなく広告業者に対して措置がとられた事例も存在する。インフルエンサー・マーケティングの事案における広告主・広告業者間での名宛人選択について、FTCは、開示義務の遵守を確実にするのに最もふさわしい立場にある当事者、すなわちインフルエンサーらに対する指示と補償について責任をもつ当事者に対して措置をとっているという指摘が見られる¹⁷⁷⁾。

最後に、ステルス・マーケティングの事案では、適正な管理体制を構築し、必要な注意を尽くしていた事業者に対しては措置がとられていないようである¹⁷⁸⁾。2009年推奨指針改定時に、FTCは、「…消費者の被害を引き起こした

174) See Asquith & Fraser, *supra* note 36, at 5738.

175) See Laura E. Bladow, *Worth the Click: Why Greater FTC Enforcement Is Needed to Curtail Deceptive Practices in Influencer Marketing*, 59 WM. & MARY L. REV. 1123, 1151-52 (2018).

176) なお、厳密にはステルス・マーケティングの事案ではないが、全ての口コミが公開されるかのような表示をしていながら実際には評価の低い口コミの公開を控えていた Fashion Nova, *supra* note 158 では、同意審決において被審人に420万ドルの支払いが命じられている。

177) See Bladow, *supra* note 175, at 1158-59, 1148-49.

178) 早川(2020)・前掲注16)参照。この事例では、広告主のMicrosoft社に対しては措置がとられず、注意文書の送付にとどまったところ、当該注意文書は、①当該広告キャンペーン開始時にMicrosoftが強固な法令順守プログラムを実施していたこと、②キャンペーン開始後にさらなる防衛策を採用したこと、③問題の行為判明後は速やかに対処したことを指摘し、本件がMicrosoftにとって、「過ちを防ぐために設計された方針と手続きが存在するにもかかわらず

事業者に対して法執行措置をとっており、1人の『不正な』従業員が、確立された事業者の方針に違反したことに對して、執行措置がとられた事例は存在しない」と述べている¹⁷⁹⁾。

第4節 FTCの規制をめぐる議論の整理

本節では、FTCによるステルス・マーケティングの規制に関し、第3節までに五月雨式に取り上げてきたいいくつかの重要な視点を整理するとともに、第3節までに取り上げなかったいくつかの視点を提示する。以下、1でFTCの規制の全体像を小括し、2以降でいくつかの個別的な論点を取り上げる。

1 FTCの規制の小括

日本の議論との対比におけるFTCの規制の特徴として、次の点が指摘可能である。

第一に、FTCの規制においては、(辞書的な狭い意味での)「ステルス・マーケティング」という範疇にターゲットを絞って議論されているわけでは必ずしもなく、第三者の推奨を利用して広告する場合を幅広く対象として様々な原則や考え方を提示している。第二に、日本の議論では景表法の構造上広告主の責任が議論の中心とならざるを得ないが、FTCの議論では様々な主体の責任に関する検討が行われている。すなわち、広告業者の責任のほか、個人の責任やプラットフォームの責任に関する検討も行われている¹⁸⁰⁾。

次に、FTCの規制は、2022年に推奨指針の新たな改定案が示されたことから窺われるように、規制が成熟して次の段階に移りつつあるように思われる。改定案では、これまでに蓄積された先例等も踏まえて記述や想定例が大幅に詳細化し、より幅広い問題に言及している。また、改定案において、広告主・推奨者間のつながりを消費者が予期できる場合には開示が必要ない旨が明記されていることも注目される。これは、この種のマーケティング手法が消費

発生した単発的な出来事」であったとしている。

179) 74 FR 53136, II H 3 b (冊子版2頁). 事業者による適切な手続きの構築に言及した文脈である。

180) プラットフォームに関しては、2022年にプラットフォームガイド・前掲注72)がFTCウェブサイト上で公表されているほか、推奨指針改定案のノーティスにおいても、SNSプラットフォームに関する言及がなされている。

者にもある程度浸透してきたことを窺わせる(ただし、消費者が予期できるかどうかの識別は困難でありうる)。

2 伝統メディアとニュー・メディアとの間での相違?

FTCのガイダンスでは伝統メディアとニュー・メディアとの間での相違が見られることが指摘されている。すなわち、伝統メディアで行われるのか、それともニュー・メディアで行われるのかによって、外形的には類似する行為に関する結論が異なりうる。

例えば、①消費者や有名人等がニュー・メディアで商品に関する意見等を表明する場合、「推奨」に該当する場合には重大なつながりも通常は同時に存在すると考えられ、開示が必要になる(本章第2節3(4))、②消費者や有名人等がニュー・メディアで推奨を行う場合、重大なつながりの開示は推奨者自身が行うべきである(本章第2節3(6)ア)、③スポンサーの商品を映すような行為は、ニュー・メディアで行われる場合、「プロダクト・プレイスメントを超えるもの」と考えられやすい(本章第2節4)¹⁸¹⁾。

以上の点については、伝統メディアで行われる場合とニュー・メディアで行われる場合との間でFTCの基本的な考え方自体が異なるわけではなく、両者を取り巻く状況の違いを反映して、当てはめの違いが生じているにすぎないと考えられる¹⁸²⁾。とりわけニュー・メディアでは、消費者の目から見て広告コンテンツと非広告コンテンツとの区別がつきにくいこと、商品に関する情報が推奨者によって直接発信されることが、伝統メディアとの間で生じうる扱いの相違の理由として挙げられる。

3 ステルス・マーケティングの問題点に関する様々な説明

(1) FTCの説明

上述のように、出所や性質を誤認させる広告や重大なつながりを開示しない推奨広告の規制根拠に関するFTCの説明は、一貫している。FTCが頻繁に言及しているのは、商品に関する(ポジティブな)主張や意見等が示されてい

181) 以上の他に、74 FR 53136, II H3b(冊子版22-23頁)や推奨指針Q&Aの“About the Endorsement Guides”の4つ目の質問に対する回答において、レビューの問題も取り上げられている。

182) 推奨指針Q&Aの“About the Endorsement Guides”の4つ目の質問に対する回答参照。

る場合、その出所及び広告主との重大なつながりの存在を知るとは、消費者が当該主張や意見等に置く重みや信頼性に影響し、消費者の商品選択に影響するという点である（本章第 2 節 2(2)イ、3(5)。FTC の立場は、広告の出所や推奨者・広告主間の重大なつながりの開示を重視する立場とも言うる）。

(2) 消費者研究における補完的説明：説得知識モデル

ステルス・マーケティングをめぐるのは、消費者研究や社会心理学等の分野でも多くの研究がなされており、FTC の規制もしばしば言及されている¹⁸³⁾。

広告の出所や重大なつながりの開示を重視する FTC の考え方は、消費者研究の分野で提唱されてきた「説得知識 (Persuasion Knowledge (PK))」モデルによって基礎付けられると指摘されている¹⁸⁴⁾。「説得知識」とは、「販売業者がセールストークや広告において説得を試みる際に用いる方策 (tactics) に関する、消費者の個人的な知識」である¹⁸⁵⁾。消費者は、営利的な広告メッセージに直面すると、当該広告メッセージを処理するために説得知識を発動させる。これは、当該広告メッセージを割り引いて評価したり懐疑的に評価したりすることを含む。消費者が、あるメッセージが広告メッセージであることを知らされず、説得知識を発動することができなかった場合、当該消費者は、当該広告メッセージに不当に高い信頼性を与えてしまうおそれがある。当局が広告の出所や重大なつながりの開示を義務付けることで、消費者は、自身の説得知識の発動を確保することができる。

以上のような説得知識モデルによる説明は、ステルス・マーケティングに関して広告の出所や重大なつながりの開示を重視する FTC の立場と整合的であるとされる（ただし、消費者行動研究の観点から FTC の規制を正当化しうるかどうかについては、実証の問題を多分に含むであろう¹⁸⁶⁾）。

183) See e.g., Marks et al., *supra* note 36; Asquith & Fraser, *supra* note 36.

184) Marks et al., *supra* note 36, at 262. 説得知識モデルは、Marian Friestad & Peter Wright, *The Persuasion Knowledge Model: How People Cope With Persuasion Attempts* 21 (1) JOURNAL OF CONSUMER RESEARCH 1 (1994) によって提唱された。同モデルに関し、D. M. ブッシュ = M. フリースタッド = P. ライト（安藤清志 = 今井芳昭訳）『市場における欺瞞的説得——消費者保護の心理学』41-43 頁（誠信書房，2011）、山田一成「懐疑と冷笑：オンライン消費者の広告不信」安藤清志 = 大島尚監修（北村英哉ほか編著）『心理学から見た社会——実証研究の可能性と課題』第 7 章（誠信書房，2020）参照。

185) Friestad & Wright, *supra* note 184, at 1.

186) See e.g., FTC, *Blurred lines: An exploration of consumers' advertising recognition in the contexts of search engines and native advertisings* (Staff Report, Dec. 2017).

(3) 消費者問題を超えて：社会的・文化的悪影響の指摘

FTCは、ステルス・マーケティングが消費者の商品選択を欺瞞的に歪曲する側面に焦点を当てて規制しているが、ステルス・マーケティングがもたらす悪影響は、FTCが焦点を当てる「狭い」問題だけではないという指摘がある。すなわち、ステルス・マーケティングは、社会的・文化的悪影響——商業主義によるジャーナリズムの評判低下、公共空間の侵害等——をもたらすという指摘もある。例えば、通常は非広告コンテンツを配信しているメディアにおいてネイティブ広告等を配信することは、当該メディア上のコンテンツ一般の信頼低下を招く、といったシナリオである¹⁸⁷⁾ (ただし、仮にそのような悪影響が実際に存在するとしても、FTCの欺瞞的行為の規制による介入根拠は、基本的には消費者の商品選択の保護を中心とする消費者保護の観点¹⁸⁸⁾に求められることには留意する必要がある¹⁸⁹⁾)。

4 FTCの規制に対する批判

FTCによるステルス・マーケティングの規制に対しては、いくつかの観点

187) Asquith & Fraser, *supra* note 36, at 5738-43は、ステルス・マーケティングの「広い」悪影響に関する様々な見解をリサーチしている。本文で紹介したもののほか、ネイティブ広告を配信するメディア側の動機や、ジャーナリストやインフルエンサーの労働に対する搾取の問題なども検討されている(労働搾取の問題との関係では、開示を重視するFTC等の立場はその解決に役立たないことも指摘されている)。ステルス・マーケティングがもたらす様々な問題につき、FTC, *Blurred lines: Advertising or content? An FTC workshop on native advertising* (<https://www.ftc.gov/news-events/events/2013/12/blurred-lines-advertising-or-content-ftc-workshop-native-advertising>) (last visited Mar. 11, 2022); Ellen P. Goodman, *Stealth Marketing and Editorial Integrity*, 85 TEX. L. REV. 83 (2006) も参照。

188) なお、厳密に消費者の商品選択の保護の観点に限定されるわけではなく、商品選択が歪曲された結果生じる消費者の被害等も考慮要素にならないわけではない(消費者の被害は欺瞞的行為の要件ではないが、FTCの事件選択の際の考慮要素の1つになりうると思われる)。See Asquith & Fraser, *supra* note 36, at 5738. 早川雄一郎「プラットフォームと景表法——無料サービス、個人情報、プラットフォームの供給する役務の捉え方」齊藤真紀ほか編『企業と法をめぐる現代的課題』619頁、629頁注35(商事法務, 2021)も参照。

189) 以上の点に関し、ニュース記事等を装うタイプのネイティブ広告に対してFTCが伝統的に厳しい立場をとってきたことは、実質的にはジャーナリズム等に係る社会的な弊害の除去に資すると論じる余地も皆無ではないかもしれない。しかし、そのような観点はあくまで欺瞞的行為の規制によってもたらされる事実上の便益にすぎず、FTCの規制権限(第2章第2節1)の下では、そのような観点それ自体を目的とした規制は可能でなかろう。ただし、前掲注188)で述べた点に関連して、欺瞞的行為によって(結果的に)もたらされうる悪影響の観点から、当局の事件選択の際の考慮要素にはなりうるかもしれない。

からの批判もある（規制が過剰であるという方向の批判と、規制が過少であるという方向の批判の双方がある）。

第一に、FTC の規制が過剰であるという方向の批判として、憲法（修正第 1 条）の観点からの批判がなされている。例えば、個人ブロガーによる商品の推奨に関し、無料サンプルを受けとった程度で金銭供与を受けていないブロガー（unpaid blogger）による推奨は、判例の基準の下で「営利的言論」に当たらない（推奨指針は違憲である）という批判がある¹⁹⁰⁾。

第二に、FTC が述べている規制根拠の妥当性への批判もある。すなわち、ソーシャルメディアが登場し始めた時期はさておき、今日、合理的な消費者は非広告コンテンツを装った広告コンテンツを識別できるし¹⁹¹⁾、インフルエンサーと広告主との間のつながりの存在が消費者の商品選択に影響するものではないという批判もある¹⁹²⁾（ただし、そのような批判説が多数の支持を集めているわけではないと思われる¹⁹³⁾）。

第三に、FTC の基準の不明確さも指摘されている。すなわち、上記第 2 節で述べたように、FTC の指針では「広告」に該当する場合と該当しない場合の限界が曖昧であるところ、追加的な指針によってさらに明確化するのが望ましいという指摘もある¹⁹⁴⁾。

190) *Internet Law — Advertising and Consumer Protection — FTC Extends Endorsement and Testimonial Guides to Cover Bloggers*. — 74 Fed. Reg. 53, 124 (Oct. 15, 2009) (to be codified at 16 C.F.R. pt. 255), 123 HARV. L. REV. 1540 (2010). 判例の基準の下では、言論が営利的と評価されるのは、直接的な経済的動機、すなわち話者の主な目的が、自身の商品を販売すること、又は商品の製造業者による金銭提供を受けることである場合であるところ、金銭供与を受けていないブロガーの経済的動機は十分に直接的ではなく、営利的言論には当たらないこと（ブロガーが自身のサイト上のスペースを企業に販売していると言いうる関係があるとしても、新聞の商品レビューにおける、新聞と新聞紙上で広告スペースを購入する企業との間の関係と同様に直接的ではない）、FTC は推奨指針をより狭くすることもできたことから、推奨指針は違憲であると主張する。憲法上の観点をめぐることは、2009 年の推奨指針改定時に多くの議論がなされていた。See 74 FR 53124.

191) なお、消費者が識別できるようになったのが仮にメディアへの信頼低下（上記 3）と並行する現象である場合には、識別できるようになったからといって必ずしも望ましいことではないかもしれない。

192) Carpenter & Bonin II, *supra* note 141; Celine Shirooni, *native Advertising in Social Media: Is the FTC's "Reasonable Consumer" Reasonable?*, 56 J. L. & POLY 219 (2017).

193) 例えば、Terry *et al.*, *supra* note 59 は、消費者はインフルエンサーによる広告プロセスの性質を理解していないと指摘している。

194) Mudge, *supra* note 37, at 83–84. FTC が少なくとも短期的には明白な事例のみを立件する場

第四に、FTCの規制が過少であるという方向の批判として、FTCが個人のインフルエンサーを実際にはほとんど立件していないことについて、インフルエンサー・マーケティングにおける問題状況が一向に改善していないとして、FTCは個人のインフルエンサーをより積極的に立件するべきだという批判もなされている¹⁹⁵⁾。

5 ステルス・マーケティングと自主規制に関するFTCの見解

広告に関連する領域では、多くの自主規制も行われている。

2009年の推奨指針改定時の議論において、これらの問題は業界の自主規制に委ねられるべきであるという意見も出たが、FTCは次のように反対した。「業界の自主規制は、…消費者の保護において重要な役割を果たしうるけれども、自主規制が最もよく機能するのは、強力な法執行の存在によって裏付けられる場合である…。」¹⁹⁶⁾

第3章 日本法への示唆：日本の景表法上の課題の検討

本章では、ステルス・マーケティングに関する日本の景表法上の課題を検討する。

まず、第1節において、本章における検討の前提として、考察の対象事項を整理・確認するとともに、ステルス・マーケティングの景表法上の規制根拠を確認する。その後、第2節において、日本の景表法に関わるいくつかの問題を検討する。

第1節 検討の前提

1 本章における考察の対象事項について

本稿の表題に含まれる「ステルス・マーケティング」という用語は、辞書的には、広告だと気づかれないように行われる広告を指すのが通常である。これ

合、同意審決によって十分な指針は与えられないことも指摘している。

195) Terry *et al.*, *supra* note 59. この論文は、「インフルエンサーがインフルエンサーとしての事業活動を行っていることを認識する」(傍点追加, at 455) 必要性も指摘しており、興味深い。

関連して後掲注 202), 後掲注 225), 第3章第2節 2(3)最終段落も参考。

196) 74 FR 53126, II 2 A (冊子版 8頁).

を狭く理解するなら、広告内推奨（第2章第3節1(2)）のケースは「ステルス・マーケティング」という用語の範疇から外れるように見えなくもない。しかしながら、景表法における議論の対象をそのように限定する必要はない。

第2章で述べたように、FTCの推奨指針は「推奨」を利用する場合を幅広く対象にしている。我が国の日弁連意見書も、明らかな広告に登場する「体験談」等に関する問題点を適切に指摘していた¹⁹⁷⁾。

広告内推奨のケースも、消費者の商品選択への影響に関する基本的な問題点はステルス・マーケティング一般と異ならないことから、議論の対象から除外するのは相当ではない。以下では、狭い意味での「ステルス・マーケティング」に限定することなく、広告内推奨のケースも含めて検討の対象とする¹⁹⁸⁾（以下、「ステルス・マーケティング」という語を、広告内推奨における問題も含めるニュアンスで用いる。ただし、第2節1の議論では、(狭い意味で) 広告だと気づかれないように行われる場合を主に想定する)。

2 ステルス・マーケティングの問題点と景表法上の規制根拠

(1) ステルス・マーケティングの問題点に関する基本的視点の整理

ステルス・マーケティングの一般的な問題点として、いくつかの基本的な視点を指摘することができる。

第一に、本稿で詳細に検討してきた消費者保護の視点——ステルス・マーケティングを通じて消費者の商品選択を誤らせるおそれがあること——が指摘される。その中心的な問題は、FTCがしばしば強調してきたように、広告主体の中立性や独立性を誤認させ、又は推奨者・広告主間の重大なつながりを開示しないことによって、販売促進メッセージにおける商品に関する（ポジティブな）主張や意見等の信頼性を高めるという経路で、消費者の商品選択に影響するおそれのあることである¹⁹⁹⁾²⁰⁰⁾。

197) なお、西川編著・前掲注12) 65頁が、いわゆるイメージ広告との関連で、「単なるイメージ広告を越えて、例えば、その俳優がそのコーヒーは品質が良いから愛飲しているとか、その女優がその金融機関は顧客サービスが優れているから取引していると、自己の実体験に基づいているかのように述べる場合には、商品または役務の内容・取引条件の表示となり、不当表示の問題が生じ得ることになる」と述べていることは示唆的と思われる。

198) ステルス・マーケティング検討会第7回資料1の「指定告示の運用基準の方向性(案)」も、「事業者のウェブサイトであっても、当該事業者の当該表示ではないと一般消費者が誤認するおそれがあるような」場合を対象に含めている。

第二に、景表法が元々は独占禁止法の特例法であったように、公正競争の観点からの問題点が挙げられる²⁰¹⁾。これには、個別の競争者への害の観点と、市場における公正な競争環境への害の観点とがありうる。すなわち、商品に関して消費者に誤認させ、消費者の商品選択を阻害することによって、(潜在的な)競争者の顧客が奪われるおそれはある。また、このような行為が横行すれば、商品に関して信頼性のある情報が流通する環境が阻害されるという形で、公正な競争環境が阻害されるおそれもある。

第三に、第2章第4節3(3)でも言及したように、情報コンテンツの信頼性に関する問題点も指摘可能である。すなわち、ステルス・マーケティングが横行すると、一見、非広告コンテンツが掲載されていそうな媒体に、非広告コンテンツと、それと識別困難な広告コンテンツとが混在することとなる。これによって、コンテンツ掲載サイト全般に対する信頼低下がもたらされるおそれがあることも指摘されうる²⁰²⁾。

199) 後掲注203)、後掲注215)も参照。

200) なお、景表法の議論では、消費者の自主的かつ合理的な商品選択の阻害それ自体に注目するのが通常であり、消費者の商品選択が阻害された結果として生じうる「消費者の被害」は景表法違反の要件ではないが(FTC法の欺瞞的行為の要件でもない)、不当表示が行われた結果としてどのような被害が生じうるのかは事案によって様ではなく、当局の事件選択においては、結果的に生じうる消費者の被害の観点が1つの考慮要素となりうる(第2章第3節3(2)及び前掲注188)参照。早川・前掲注188)627-29頁注28-30,35も参照)。FTCが、ステルス・マーケティングのみが問題となったケースでは、被審人に対して金銭の支払いを命じないことが多いことは、ステルス・マーケティングの文脈での以上の点に関するFTCの認識について示唆的であるかもしれない。

201) 推奨指針改定案公表時のFTCのプレスリリース(前掲注32)も、「誠実な競争者」の保護に言及している。

202) なお、この視点については、(思考実験的ではあるが)「情報コンテンツの信頼性を確保するための開示義務」というテーマを議論する余地もあるかもしれない。すなわち、ステルス・マーケティングをめぐる景表法上の議論——「消費者の自主的かつ合理的な商品選択を保護するための開示義務」についての議論——とは対照的に、情報コンテンツの信頼性確保それ自体を正面から目的とした規制の当否についての議論である(前掲注189)も参照)。あるいは、視点を変えて、情報コンテンツそのものを一つの経済的サービス(商品)と捉えて、「情報コンテンツサービス(という経済的サービス)に関する不当な顧客誘引を防止するための開示義務」——「非広告コンテンツ」サービスの供給を受けたい消費者に対して、「非広告コンテンツ」サービスであると誤認させて「広告コンテンツ」サービスを供給する行為を防止するための開示義務——という構成について議論する余地もあるかもしれない。専ら景表法の規制を考える場合には、本注で挙げている代替的な構成について正面から考える必要はないが、より広くプラットフォームに関わる様々な問題を考える際には、類似の問題に理論的に直面しうると思われる。本注の最後の構成(本注第三文)は、別の例で考えると、仮に広告収入等による経済的利

(2) 日本の景表法上の規制根拠に関する視点

以上のようにステルス・マーケティングの問題点としていくつかの視点が指摘可能であるが、日本の景表法による規制を考える際には、消費者保護の観点を中心となる。

日本の景表法が、その基本的な構造として、「…商品又は役務の…取引に関する事項について行う広告その他の表示」（景表法2条4項）を対象とし、商品等の取引に関する事項についての「誤認」（のおそれ）を通じた消費者の自主的かつ合理的な選択の阻害を問題にしていること（5条1号2号3号参照）からすると、日本の景表法におけるステルス・マーケティングの規制を考える際にも、規制根拠に係る基本的な視点は、FTCと同様の点——商品に関する主張や意見等のメッセージの信頼性を高めることを通じて商品に関する誤認（のおそれ）を惹起し、消費者の商品選択を阻害しうる点——に見出すのが相当と思われる²⁰³⁾。

益を得る目的でいわゆるフェイクニュースが提供されている場合に、経済的行為だからといって不当表示ないし欺瞞的行為として規制することが可能なかどうかという問題とパラレルな問題とも言える（本稿でこの問題の詳細な検討はしないが、筆者の暫定的な結論では、そのような構成での規制には消極ないし慎重である。なお、この問題をめぐっては、数年前に、そのような発想での規制に積極的な米国のジャーナリスト兼弁護士の Ari Melber 氏と、そのような発想での規制に消極的な元 FTC 消費者保護局長 David C. Vladeck 氏や元同局長 Howard Beales 氏との間で紙上での論争が行われ、興味深い視点が提起されていた。See Ari Melber, *Regulating 'Fraud News'* (Jan. 30, 2017) (available at <https://tcms.njsba.com/PersonifyEbusiness/Default.aspx?TabID=7512>) (last visited Dec. 24, 2018); Callum Borchers, *How the Federal Trade Commission could (maybe) crack down on fake news* (Jan. 30, 2017) (available at <https://www.washingtonpost.com/news/the-fix/wp/2017/01/30/how-the-federal-trade-commission-could-maybe-crack-down-on-fake-news/>) (last visited Oct. 31, 2022); Daniel Chaitin, *Reporter: FTC can regulate what's real news, what's 'fake news'* (Jan. 30, 2017) (available at <https://www.washingtonexaminer.com/reporter-ftc-can-regulate-whats-real-news-whats-fake-news>) (last visited Oct. 31, 2022)。

203) 私見では、商品に関する主張や意見等があらわれていることを認定できない純然たるプロダクト・プレイズメント（第2章第2節4参照）については、現在の議論状況の下では、景表法の規制対象から外して考えるのが相当と思われる。FTCは、純然たるプロダクト・プレイズメントを規制対象に含めない理由として、商品に関する「主張 (claims)」がないため消費者がより多くの信頼性を置く対象が存在しないことを挙げていたが（第2章第2節2(2)、3(2)イイ、4参照）、日本の景表法において、純然たるプロダクト・プレイズメントの扱いをステルス・マーケティング一般との間でどのように区別するのは問題になりうる。

これは、第一に、ステルス・マーケティングに対する景表法上の規制根拠をいかなる点に見出すのかに関連する。すなわち、私見では、本文で述べたように、①単に広告だと気づかれないように広告をすることそれ自体よりも、②それを通じて商品に関する主張や意見等の信頼性

第 2 節 日本の景表法上の問題の検討

ステルス・マーケティングに関して、日本の景表法に関わる問題はいくつか存在する。以下、1において優良誤認表示該当性と指定告示の追加に関する問題を検討し、2においてその他のいくつかの問題（広告と非広告との区別、表示の主体要件、表示要件、商品の供給主体要件、事業者要件）に言及する。1はステルス・マーケティングに固有の問題を含むのに対し、2は、必ずしもステルス・マーケティングに固有の問題ではないが、大いに関連しうる問題である。

を高めることによって消費者の商品選択を阻害するという問題に注目するということである。

これを景表法の要件上どのように位置づけるのかについて、例えば日弁連意見書は、「これ [プロダクト・プレイズメント] については、その態様が推奨表示と評価するに至らない程度にとどまる場合には、消費者の選択に与える影響も大きいとはいえず、また、法文上も景表法第 2 条第 4 項にいう「広告その他の表示」に該当せず、規制の対象にはならないと考えられる」と述べている。

しかし、日弁連意見書の見解のうち、2 条 4 項の「表示」該当性については、私見では、純然たるプロダクト・プレイズメントの場合でも商品映している以上は、景表法上の「表示」には該当すると思われる（景表法上の「表示」と、商品に関する「推奨」や「主張」の関係につき、後掲注 217 参照）。

他方、日弁連意見書が「消費者の選択に与える影響も大きいとはいえず」と述べている点については、筆者も同意見である。これは、第一次的には、5 条 3 号の「誤認されるおそれ」要件の問題であると思われる。すなわち、純然たるプロダクト・プレイズメントのケースでは、単に商品映しているだけでは、商品の取引に関する事項についての誤認のおそれがあることまで断定できないと思われる（少なくとも商品に関する主張が表れている場合と比べてそのおそれは小さいであろう。あるいは、開示義務による規制を考える場合には、「当該プロダクト・プレイズメントが行われた場合と行われなかった場合を比較しての顧客誘引効果」を想定するのは相当ではなく、「開示が行われた場合と開示が行われなかった場合」を比較しての顧客誘引効果に注目する必要があるが、純然たるプロダクト・プレイズメントのケースでは、そのような意味での顧客誘引効果は、商品に関する主張や意見等があらわれている場合と比べて小さいであろう。類似の問題につき、後掲注 204）も参照。なお、5 条 3 号の「誤認されるおそれ」につき、西川編著・前掲注 12）160 頁は、「消費者の選択に重要な要素」であるかどうかを重視しているように見える）。

あるいは、「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」があるかどうかについても（この要件は、誤認のおそれがある場合は通常満たされる）、確かに、（商品に関する何らかの主張が全く表れていなくても）広告であることを隠した働きかけそれ自体が、消費者の自主的かつ合理的な選択を損なうという議論自体はありうる。しかしながら、そのような観点からの規制の当否に関して議論が十分に成熟しているわけではないように思われる（少なくとも米国の FTC はそのような立場を採っていない）。後掲注 215）及び後掲注 217）第 2 段落も参照。

1 優良誤認表示該当性及び指定告示への追加に関する問題

ステルス・マーケティングに関する景表法の解釈上・認定上の重要な問題の1つが、「商品…の内容について、…実際のものよりも著しく優良であると示し、又は事実に相違して…他の事業者に係るものよりも著しく優良であると示す」という要件に該当しうるのかどうかである²⁰⁴⁾。また、優良誤認表示該当性を肯定しうるのかどうかにかかわらず、立法論的課題として、指定告示への追加をめぐる議論もなされている。

これらの問題を考察するに当たって、日弁連意見書の「なりすまし型」と「利益提供秘匿型」の区別は、基本的な事実パターンを認識するうえで参考になる。ただし、ありうる様々な事実関係を踏まえ、事実パターンの類型をより精緻化して検討する余地はある。本稿では、日弁連意見書の区別を参考にしつつ²⁰⁵⁾、以下の(1)と(2)において、「広告・推奨の主体や媒体の属性を誤認させる場合」と「広告主・推奨者間における便益提供が問題となる場合」の2つに分類して検討を行う。

なお、本稿では米国 FTC の規制を詳細に紹介してきたが、FTC 法5条後段の欺瞞的行為と日本の景表法との間では要件の違いがあることには注意を要する²⁰⁶⁾。

(1) 広告・推奨の主体や媒体の属性を誤認させる場合

日弁連意見書は、「なりすまし型」の例として、「事業者自らが書き込みをし

204) なお、ステルス・マーケティングをめぐる議論では優良誤認表示該当性の問題を想定して議論することが多いが、有利誤認表示該当性も問題になりえないわけではない。しかし、有利誤認表示の対象となる事柄は、人の評価に比較的左右されにくい事柄が多いように思われる。例えば、広告主が第三者に金銭を提供して、広告主の商品の値引きセールがなされていることを当該第三者の個人ブログに記載させた場合、当該値引きセールが事実であれば、それは客観的事実そのものであり、金銭提供の事実を視聴者が知るかどうかによって有利性に関する誤認は生じないように思われる（商品の推奨に当たるような行為が同時に行われた場合に優良性に関する誤認が生じるかどうかは別の問題である）。FTC の「推奨」概念は、商品に関する第三者の主張や意見等が表れていることを要素としていたが、（他者の評価に左右されないような）純然たる客観的事実が述べられているにすぎない場合、推奨には当たらないように思われる。

205) 日弁連意見書は指定告示への追加を提言するものであったが、事実パターンの分類としては、優良誤認表示該当性を検討する際にも参考になる。

206) FTC 法5条の場合、何らかの不実の表示等（「表示」に限定されない）が行われ、消費者の商品選択に影響するおそれ（重大性要件。推定則につき第2章第1節2）があれば欺瞞的行為が成立するのに対し、日本の景表法5条1号の場合、商品の内容の著しい優良性を示す（誤認させる）表示が行われる必要がある。

ているにもかかわらず、そのことを隠して、顧客などの第三者が書き込みをしたかのように装うもの」のほか、明らかな広告における体験談において、「当該顧客が架空の人物であるときや、当該感想が架空のものである」場合を挙げている。

私見では、これらの例を含め、次のような例を、「広告・推奨の主体や媒体の属性を誤認させる場合」という範疇でまとめることができるように思われる。すなわち、消費者が書き込みをしているかのような印象を与えているが、実際には消費者ではなく広告主（その依頼を受けた関係者を含む）が書き込みをしている場合、現実に商品を利用した消費者・有名人が感想や経験を書いているかのような印象を与えているが、実際には、架空の人物であったり現実の商品利用者ではなかったりする場合、専門家が商品を推奨しているかのような印象を与えているが、実際には、当該専門家が架空の人物であったり当該分野の専門家ではなかったりする場合、第三者組織による認証等を受けているかのような印象を与えているが、実際には、当該「第三者組織」が架空であったり広告主と実質同一であったりする場合等。

以上のようなケースは、広告・推奨主体の属性に関して、消費者から信頼度がより高いと認識されるような（虚偽の）属性を示す行為と言える。したがって、かかる行為は、商品に関して、（消費者からの信頼度の高い）第三者のプラスの評価を偽って作出することによって、商品の内容の著しい優良性を示す行為として、優良誤認表示に当たると考えられる²⁰⁷⁾。

(2) 広告主・推奨者間における便益提供が問題となる場合

ア 便益提供が問題となる場合の様々なパターン

以上に対して、広告主・推奨者間における便益提供が問題となるケースは、どうであろうか。便益提供が問題となるケースには様々な類型があることから、より具体的な場面を想定して検討することが求められる²⁰⁸⁾。とりわけ、①便益提供の対象（条件や誘因）となる事柄、②実際に投稿された意見等の内容、③どの意見等が公開されるのかを広告主側が左右しうるのでどうかという3つの点を中心に様々なバリエーションがありうる。

207) 消費者庁の先例等においても、商品に関する第三者のプラスの評価を作出することは優良誤認表示に当たると考えられてきたように思われる。早川・前掲注10)。

208) FTCの数多くの先例やガイド等は参考になる。

①に関しては、大別して、(i)商品に関して何らかの意見等を投稿することが、便益提供の条件や誘因を構成する場合と、(ii)商品に関して何らかの意見等を投稿するかどうかにかかわらず便益は提供される場合（当該第三者がそのことを理解している場合）とがありうる。(i)については、さらに、(a)投稿する意見等がポジティブなものであることが便益提供の条件や誘因を構成する場合と、(b)投稿する意見等がポジティブなものであるかどうかにかかわらず便益は提供される場合（同上）とがありうる²⁰⁹⁾。

②に関しては、大別して、(i)投稿された意見等の内容に問題がある場合（正直な意見等を反映していない場合を含む）²¹⁰⁾と、(ii)投稿された意見等の内容自体には問題ない場合（正直な意見等を反映している場合）とがありうる。

③に関しては、例えば、(i)投稿された感想の中から、広告主がポジティブなものを選んで公開する場合（あるいは、ポジティブな感想を書きそうな人を選んで投稿を依頼する場合を含む）、(ii)原則として²¹¹⁾ネガティブなものも含めて公開する場合とありうる。

イ 優良誤認表示の観点からの検討

便益提供が問題となるケースの優良誤認表示該当性を考えるに当たっては、上記アの①②③それぞれの観点を踏まえて検討する必要があるように思われる。私見では、少なくとも以下の場合には、優良誤認表示の問題が生じるおそれ大きいと考える。

第一に、②(i)（便益提供を受けた者が投稿した意見等の内容に問題がある場合）については、当該意見等の内容に虚偽又は著しい誇張が含まれるような場合（実際には商品利用者ではないのに、商品を利用した感想を書いているかのような誤認を与えるような場合を含む）、消費者に対して、当該商品の内容の著しい優良性を誤認させるおそれは大きいと言える。ただし、広告主の責任の有無は、当該意見等について広告主を表示の主体と認定できるかどうか次第であろう（後

209) 推奨指針改定案 § 255.2 例 9 及び FTC, *Soliciting and Paying for Online Reviews: A guide for Marketers*, at 4 (Jan. 2022) (https://www.ftc.gov/system/files/documents/plain-language/1007a_soliciting-and-paying-for-online-reviews-508_0.pdf) (last visited Sep. 6, 2022) 参照。(b)につき、例えば、商品購入者に対して、何らかの口コミを投稿しさえすればポイントやクーポン等を提供するというケースはありうる。

210) なお、少なくとも優良誤認該当性を議論する場合には、通常、投稿された意見等の内容がポジティブなものであるケースが想定されよう。

211) 公序良俗に反するものや品位を欠くようなものを除く。前掲注 127) 参照。

記2(1参照))。

第二に、①(i)(a) (商品に関してポジティブな意見等を投稿することを条件や誘因として、便益を提供する行為) は、商品に関する第三者の意見等を歪めるおそれ大きい行為であり、上記第一と同様の問題を引き起こすことが少なくなかろう。とりわけ、このような行為によって、当該商品に関して実態を反映しないほど多くの利用者がポジティブな意見を持っているかのような誤認を引き起こしたり、評点が高められたりするような場合には、介入の必要性はより大きいと言える。

第三に、③(i) (投稿された商品に関する感想の中から、広告主がポジティブなものを選んで公開する場合や、ポジティブな感想を書きそうな人を選んで投稿を依頼する場合) についても、上記第二と同様の問題を引き起こしうるとされる。

ウ 指定告示の追加について

これに対して、上記ア①②③の様々なパターンのうち、上記イの第一、第二、第三に当たる場合以外は、優良誤認表示該当性を肯定するのは難しいケースが少なくないように思われる。もっとも、優良誤認表示該当性を肯定するのは難しい場合であっても、広告主・推奨者間に便益提供関係が存在することは、推奨者の意見等にバイアスをもたらすおそれはあるし²¹²⁾、当該推奨を消費者がどの程度重視し信頼するのかに影響するおそれもある²¹³⁾。その意味で、広告主・推奨者間に便益提供関係が存在することは商品に関する消費者の誤認をもたらすおそれはあると言える。したがって、広告主・推奨者間に便益提供関係がある場合に消費者が当該推奨を割り引いて考えるのが通常なら、当該事実を消費者に開示したうえで判断させるという観点から、新たな指定告示を設け、広告主・推奨者間の関係に関する開示義務を課する(開示がなされない場合に不当表示とする²¹⁴⁾) のは合理的と思われる²¹⁵⁾²¹⁶⁾。

212) 例えば、推奨者のポジティブな意見自体は正直なものであったとしても、併有しうるネガティブな意見の表明を控えるといった形でのバイアスをもたらすおそれはあろう。

213) これらの点につき、FTC, *supra* note 209, at 4 参照。

214) 指定告示の規定の仕方と表示義務につき、西川編著・前掲注12) 160頁参照。

215) なお、仮に開示がなされていても、(消費者の脆弱性を前提とすれば)、中立性・独立性を欠く主体によるバイアスの入った推奨を示すこと自体が消費者の商品選択に影響しうるのではないかという疑義はありうると思われる。もっとも、不当表示規制の文脈では、そのような推奨自体を禁じるのではなく、まず開示を求め、開示がなされていない場合に規制する(情報を開示した上で消費者の判断に委ねる)という基本姿勢は正当と思われる。前掲注203) 及び後

指定告示の追加を考える場合、具体的にどのような内容の条項にするべきか問題となる。少なくとも、開示の対象とする事柄ないし関係性を特定する必要がある²¹⁷⁾。これは、本質的には、当該事実を知ることが消費者の選択に影響

掲注 217) 第 2 段落も参照。

- 216) なお、ステルス・マーケティングに関して開示義務を課することは、その反射的效果として、非営利的な表現行為と営利広告との区別に資するという利点も有しうる。しかしながら、景表法上の規制は、あくまで商品に関する不当な誘引行為から消費者を保護することを目的とするものであり、非営利的な表現行為と営利広告との区別を明確にすることを通じて前者の価値を保護しようとするものではない。前掲注 189)、前掲注 202) 参照。
- 217) なお、規制（開示義務）の対象となる行為を特定するために、「推奨」「証言」のような概念を設ける必要があるのかどうかについて、議論の余地がある。この点に関し、日本の景表法においては、表示要件に顧客誘引手段性と取引関連性が含まれることから、表示要件とは別に「推奨」概念のようなものを考える必要は乏しいという考え方はありうる（ステルス・マーケティング検討会第 7 回で示された指定告示（案）では、「推奨」のような概念は設けられていない）。景表法の表示要件と FTC の推奨概念の相違については本注第 2 段落で述べるとして、ステルス・マーケティングを指定告示によって規制する際に「推奨」概念を設けることの当否を先に検討すると、そのような概念を設ける利点もいくつか考えられなくはない。第一に、とりわけ広告内推奨のケースを考える場合には、広告主が行う広告表示全体のうち推奨者が意見等を述べている部分を特定するために「推奨」「証言」のような概念を設けることが有益になる可能性はある（FTC の推奨指針は推奨概念を定義していたし、日弁連意見書も「商品又は役務を推奨する表示」を想定していた。あるいは、豪州消費者法には、「商品又はサービスに係る、人による証言であると称する虚偽の又は誤認させる表示」を禁止する条項がある（29 条(1) 項(e)号、早川（2021）・前掲注 16）参照）。第二に、「推奨」概念を設けることで、ステルス・マーケティングのケースにおいて、表示主体要件の認定（後記 2(1)）をよりスムーズにできる可能性はあるかもしれない。これは、表示あるいは表示主体要件の認定の仕方次第ではあるが、例えば、広告主から便益提供を受けた第三者が商品について何か発信している状況において、少なくとも当該第三者が推奨をしている限度で広告主の表示主体性を認定する（発信内容の細部について広告主の表示主体性を認定できるかどうかをいちいち考えない）という方法を可能にしうるかもしれない（ただし、私見では、「推奨」概念をわざわざ設けなくても実質的に同じような認定方法はとりうると思われる。これは、要するに、景表法違反の要件事実との関係で何についての表示を取り上げるのかの問題である）。以上に対して、「推奨」概念を設けるデメリットとして、新たな概念を導入することで規制対象が不必要に狭まるリスクはある。そのリスクの大きさ（及び上記の利点がさほどでもないこと）を考慮すると、「推奨」のような概念を告示の中であえて設ける必要性は大きくないと言える（FTC 法では推奨指針の対象にならなくても欺瞞的行為は成立しうるし、豪州消費者法においても欺瞞的行為に関するより一般的な条項（18 条）が別途存在する）。

なお、景表法の表示要件と FTC の推奨概念の最大の相違は、商品に関する主張や意見等が表れておらず、例えば単に商品を映すだけでも、景表法の表示には該当しうると解される点にあるように思われる（前掲注 203)）。優良誤認表示や有利誤認表示、既存の指定告示の類型を考える場合にはこのような問題には直面しないが（優良誤認表示や有利誤認表示が問題となるケースでは商品の著しい優良性や有利性に関する主張が表れているのが通常であるし、既存の指定告示の類型についてもそれぞれが対象としている事柄に関する主張が表れているのが通常

するおそれのある場合をどのように定義するののかの問題と言える。包括的な方法と具体的な方法とがありうるところ、より広範囲を捕捉し、かつ規制の潜脱を生じにくくするためには、できるだけ包括的な方法が望ましいと言える。FTCの推奨指針は相当に包括的な方法を採用し、「つながり (connection)」概念は厳密に定義せず、Materialityの問題を含めて「重大なつながり」を一体的に捉えていた(第2章第2節3(3)参照)。もっとも、FTC法と日本の景表法との間では実体要件の基本的な構造が異なっており²¹⁸⁾、FTCの推奨指針の方法をそのまま参考にするのは困難であろう。他の包括的な方法として、表示主体(要するに表示主体の中立性や独立性)を誤認させる表示を禁止する方法も考えられる²¹⁹⁾(第2章第3節2も参照)。いずれにせよ、包括的な方法で指定告示の条文を定義する場合には、どのような場合に規制対象となり、どのような場合に規制対象とならないのかを運用基準で明確にし、予見可能性を確保することがより重要となろう²²⁰⁾。以上のような包括的な方法に対して、条項の作りと

であろう)、新たな類型の指定告示を考える場合には、この問題に直面しうる。表示要件を過度に限定するべきではないが(ただでさえ、景表法の不当表示規制は、欺瞞的行為のうち表示を利用する類型に限定している)、他方、表示要件を広く解する場合、5条3号によって潜在的に捕捉される範囲は非常に広いことになりうる。というのは、そもそも広告そのものが消費者に対して働きかけ、需要を喚起するものであり(例えばガルブレイス(鈴木哲太郎訳)『ゆたかな社会 決定版』第11章(岩波書店、2006)の「依存効果」の議論は有名であろう)、極端な立場をとると、様々な宣伝行為が幅広く「消費者の自主的で合理的な選択を阻害するおそれ」があることになりかねない(ガルブレイス・前掲203頁参考(「宣伝と販売術の目的は欲望をつくり出すこと、すなわちそれまで存在しなかった欲望を生じさせることであるから、自立的に決定された欲望という観念とは全然相容れない」))。消費者に対してどのような働きかけが行われた場合であれば、(規制を正当化する形で)消費者の自主的かつ合理的な選択を阻害すると言えるのか、その限界は自明ではない(前掲注203)及び前掲注215)も参照)。これは、インターネット技術の進化によって消費者の需要を喚起する方法がますます洗練されている今日、(消費者の脆弱性につけ込む場合の問題を含め)、より慎重に検討する必要がある課題であろう(上記のように表示要件を広く解する場合、この問題は、第一次的には商品の取引に関する事柄についての「誤認のおそれ」の限界画定の問題となろう)。

218) FTC法5条後段の欺瞞的行為の規制においては、不開示が問題となるケースでは、違反認定の際に重大性要件に関する検討が決定的となりうる。

219) ステルス・マーケティング検討会第7回(2022年11月29日)で示された指定告示(案)は、「事業者が自己の供給する商品又は役務の取引について行う表示であって、一般消費者が当該事業者の当該表示であることを判別することが困難であると認められるもの」という案を検討対象としている。なお、後掲注250)参照。

220) 最終的に指定告示の制定がなされるのか、仮になされたとしてどのような内容になるのかは今後の動向次第であるが、ステルス・マーケティング検討会第7回で示された指定告示(案)・前掲注219)は相当に包括的であり、規制の間隙を減らすという点での利点は大きいも

しては、問題となる広告主・推奨者間の関係を定義する方法——広告主と推奨者との間に、当該事実を知ることが消費者の選択に影響するおそれがあるような一定の関係がある場合を条文化する方法——もありうる²²¹⁾。しかし、条項の文言を限定的にすればするほど、当該条項では捉えきれない類型が出てくるおそれがある²²²⁾。

なお、広告主・推奨者間に一定の関係がある場合であっても、その関係が消費者から明らかに予期されるものであって開示の必要がない場合については、規制対象から除外するのが相当であろう²²³⁾。

2 その他の課題に関する若干の考察：広告と非広告の区別、表示の主体、表示、商品の供給主体、事業者性

以下、ステルス・マーケティングに特有の問題ではないが、大いに関連しうる問題として、広告と非広告の区別、表示の主体要件、表示要件、商品の供給主体要件、事業者要件に関する若干の考察を行う。

(1) 表示の主体要件と広告・非広告の区別をめぐる問題²²⁴⁾

ア ステルス・マーケティングの規制における表示の主体要件の意義

ステルス・マーケティングに対する景表法上の規制を考える際には、表示の

の、解釈上・認定上の問題は生じうる。第2章で述べたように、米国 FTC のステルス・マーケティングに関する規制の中心の対象は、商品に関する最低限の主張や意見等が表れているケースであり、かつ、当該主張や意見等の主体の独立性や中立性を誤認させる場合であったが、我が国においても、消費者が表示主体を判別することが困難な場合として規制対象とされるべき中核をなすのは、米国で特に問題とされてきたケースと大きくは異ならないであろう。

221) 例えば、日弁連意見書は、経済的利益を提供する場合を「利益提供秘匿型」に、利益提供以外の関係がある場合を「なりすまし型」に分類していた。

222) このことは、これまでの景表法の経験からも示唆される。

223) ステルス・マーケティング検討会第7回で示された「指定告示の運用基準の方向性（案）」は、「一般消費者にとって事業者の表示であることが社会通念上明らかであるものについては、通常、一般消費者にとって事業者の表示であることが明瞭となっているものといえる」としている。日弁連意見書も参照。なお、FTC の推奨指針改定案は、広告主・推奨者間の「つながり」の中に、消費者の選択に影響するおそれが小さいものもありうることを明確化している。我が国の規制を考える際に、そのようなケースをどのように扱うのかも問題になりうる。指定告示による規制を考える場合には、仮にそのようなケースが定型的にそれほど多くはないと考えるなら、広告主・推奨者間に利益提供関係がある場合には商品に関して消費者を誤認させる「おそれ」はあるものとして、それが消費者から明らかに予期されるものでない限り原則として開示義務を課する方法はありうるであろう。

224) 以下の検討は、主に、(狭い意味で) 広告と気づかれぬように行われるケースを想定す

主要要件がいくつかの点で重要となりうる。第一に、ステルス・マーケティングで行われる表示は、広告主以外の第三者を通じて間接的になされることが多く、広告主が「表示させた」と言えるのかどうかの問題にしばしば直面しうる。第二に、とりわけそのような問題に直面するケースでは、商品に関する当該情報発信行為が、インフルエンサーや消費者等による純然たる意見や感想（非広告）なのか²²⁵⁾、それとも広告主によって行われる広告と言えるのかを識別する機能を、表示の主体要件が担いうる²²⁶⁾。

イ 直接的には第三者によって行われる商品に関する情報発信行為に係る広告・非広告の区別の問題の景表法上の基本的な位置づけ：表示の主体要件上記アの第二の点に関し、米国のFTCの規制では、推奨概念の要素の1つとして「広告メッセージ」であることが挙がっており、どのような場合に広告メッセージに当たるのかについて、様々な想定例を踏まえた検討もなされていた（第2章第2節3(2)(4)参照）。

る。広告内推奨のケースでは、当該推奨が、広告主が表示主体である広告の一部を構成することは明白であり、以下の本文で検討する問題は生じにくい（ただし、例えば、広告主が明らかな広告の中で研究論文を引用し、当該研究論文に関わる研究に研究費を提供していたような場合に、研究者が執筆した研究論文それ自体は広告ではないが、広告主が自身の広告と一体化させて引用する際に研究費提供の事実を開示すべきかどうかといったタイプの問題は生じうる）。

225) なお、インフルエンサーについては、インフルエンサーとしての活動そのものが事業活動（経済的行為）であるという意見はありうる（前掲注195参照）。もっとも、いわゆる営利的言論をめぐる議論との関係では、インフルエンサーの様々な活動のうち、営利的言論の範疇に分類することに異論がより少ないのは基本的には広告に関連する活動を行っている部分であると思われる。報酬を受け取って何らかの情報発信（ここでは商品に関する情報発信に限定しない）をすることそれ自体で直ちに営利的言論に分類されるわけではなからう（長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』388頁〔坂口正二郎〕（有斐閣、2017）（「憲法上問題となる営利的言論とは、経済的利益を得ることを目的としてなされる表現行為一般を指すのではなく、人々に対して特定の商品やサービスの購入を促す目的でなされる表現行為、典型的には営利広告を指す。」）、浦部法穂『憲法学教室（第3版）』168頁（日本評論社、2016）（「ものを書いたりしゃべったり、あるいは本や雑誌を出版したりして、なにがしかのおカネを得る、ということは、この社会ではふつうのことである。だから、少しでも営利的な目的をもってなされた言論はいっさい表現の自由の保障の範囲外だ、としたなら、憲法21条によって保護される言論は、きわめて限られたものになってしまう。そういうふうを考えることが妥当でないことは、いうまでもない。」）参照）。

226) なお、発信者であるインフルエンサーや消費者等自身との関係では非営利的な表現を構成し、かつ、広告主との関係では営利広告を構成する場合もありうるかもしれないが、本稿ではこの問題には深入りしない。商品の供給主体要件のある現行景表法を想定する限り、基本的には広告主の責任を考えれば事足りる。

この問題は、FTC 法の規制のように広告主以外の主体も規制対象に含まれる場合にはより難しい問題になりうる一方で、日本の現在の景表法の枠組みに則って広告主の責任のみを考える場合には、要件論レベルでは、基本的には表示の主体の問題に解消しうる²²⁷⁾。FTC は、推奨者の発信内容について広告主が法的責任を負うのはどのような場合なのかという問題を、広告主と発信者との間にスポンサー関係があると言えるのかどうかの問題として捉えていたが（第 2 章第 2 節 3 (6)イ）、これは、日本の景表法の文脈に置き換えると、直接的には発信者が行った表示について、広告主の表示主体性を認定できるのはどのような場合なのかという問題に対応する。すなわち、広告主が表示の主体であることを肯定できるような事実関係が存在する場合には、「広告」と言えるはずである。

ウ 表示の主体要件に関する考え方

日本の景表法における表示主体要件をめぐる議論では、バイクルーズ判決²²⁸⁾の基準が重要である²²⁹⁾。すなわち、広告主が「表示内容の決定に関与した事業者」であると言える場合（本稿の文脈では、とりわけ「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」あるいは「他の者にその決定を委ねた事業者」に当たる場合）には、広告主は表示主体に当たる²³⁰⁾。

もっとも、ステルス・マーケティングの文脈において、それがどのように判断されるのかの判断要素は必ずしも明確ではない。一方では、広告主が表示の主体であることを容易に認定できるケースは相当に存在するであろうし²³¹⁾、

227) なお、広告と非広告の区別の問題は顧客誘引手段性要件（景表法 2 条 4 項）との関係でも問題になりうるが（早川・前掲注 19）参考）、本文の文脈では、広告主の表示主体性を肯定できるような事実関係が存在する場合、顧客誘引手段性も認められるであろう。

228) 東京高判平成 20 年 5 月 23 日審決集 55 卷 842 頁。

229) なお、アマゾン事件・東京高判令和 2 年 12 月 3 日（令和 1 年行(コ)第 330 号措置命令取消請求事件）に関し、佐藤吾郎・公正取引 857 号 60 頁（2022）参照。

230) アフィリエイト広告をめぐる議論においても、直接的にはアフィリエイトが行った表示に関して広告主を表示主体と認定できるかどうかについて、バイクルーズ判決の基準を前提として議論されてきた（西川編著・前掲注 12）54 頁、消費者庁・アフィリエイト広告等に関する検討会「アフィリエイト広告等に関する検討会 報告書」Ⅲ 1（2022 年 2 月 15 日、以下、「アフィリエイト報告書」という。）参照。

231) 例えば、インフルエンサーに表示内容を詳細に指示していた場合や、口コミ代行業者に依頼して口コミを書き込ませたような場合等においては、広告主が表示主体であることを容易に認定できるであろう。

規制当局が実際に立件するのは、通常、そのようなケースであろう。しかし、他方では、広告主が表示の主体と言えるのかどうか（あるいは、広告なのか非広告なのか）の判断が難しい状況は少なからず想定される。したがって、ステルス・マーケティングの文脈においてどのような場合に広告主が表示の主体に当たるのかをある程度明確にしておくことが望ましい²³²⁾²³³⁾。

232) 限界的な事例を行政当局自らが立件することはないとしても、「規制」は行政当局だけによって行われるわけではない。広告が作成・発信される過程には広告業者やプラットフォーム等も関わるし、彼らが自主規制等を設ける際にも、法令やガイドライン等はしばしば参照される。規制基準が曖昧な場合、彼らの自主規制等において、過度に厳格な形で規制されてしまう可能性が高まるおそれもある。その意味でも、基準をある程度明確化して予見可能性を確保することは重要であると思われる。

233) なお、ステルス・マーケティングの文脈では、表示の主体要件が広告と非広告を区別する機能も担うことも含め（上記ア、イ）、表示の主体要件が満たされるのはどのような場合なのかをより明確にしておく要請が特に強いと言いうるようになる。というのは、ステルス・マーケティングに対する規制は、その性質上、問題の情報発信行為が外形的に非広告を装った広告なのか、それとも外形的にも実際にも非広告なのかの区別が直接的に問題になりえ、しかも、規制対象となるのかどうかを画する決定的な要素となりうる。仮に景表法5条3号を通じて開示義務を設ける場合、広告・非広告の判断が難しい限界的な事例であっても、広告に当たる場合には原則として開示義務が生じ、開示をしなければ違法である（すなわち、表示された内容そのものには虚偽や誇大な点がなくとも＝表示された内容そのものには商品に関する著しい優良性や有利性を誤認させる点がなくとも、開示をしていなければ違法となる）。確かに、広告と非広告の限界事例の識別が困難になりうることはステルス・マーケティング以外のより一般的な文脈でも生じるものの、より一般的な文脈では、仮に広告に当たるとしても、表示されている内容に商品に関する虚偽や誇大な点があれば規制対象にはならない。したがって、発信者の側は、少なくとも表示されている内容に商品に関する虚偽や誇大な点がないよう注意をしていれば、規制対象にならないと確信を持つことができる。他方、ステルス・マーケティングにおいて開示義務が問題となる文脈では、表示されている内容に商品に関する虚偽や誇大な点がないよう注意をしているだけでは、規制対象にならないと確信を持つことができない（しかも、開示義務の対象は、一般的な優良誤認表示や有利誤認表示が問題となるケースと比べて量的に相当範囲に及ぶ）。したがって、ステルス・マーケティングの文脈では、広告と非広告の区別が難しい限界的な領域において、情報発信行為に対する制約ないし萎縮的な効果が景表法の一般的な文脈と比べてより強くもたらされるおそれがあり、どのような場合に広告主が表示主体に当たるのかを明確にしておく要請がより強いと言いうるようになる（なお、以上の議論に関していくつか補足しておく。第一に、以上の議論は、虚偽表現一般や営利的言論に関する何らかの立場を前提とするものではなく、基本的には、ステルス・マーケティングの文脈では規制対象となるかどうかの確信を持つことが事業者にとってより困難となりうることを指摘するにすぎない。もっとも、虚偽表現や営利的言論に関する考え方が以上の議論に全く関連しないわけでもないかもしれない（虚偽表現や営利的言論をめぐっては様々な考え方があり、虚偽表現一般につき、例えば松井茂記『表現の自由を守る価値はあるか』第5章（有斐閣、2021）参照。米国の営利的言論の規制においては、虚偽の又は誤認させる営利的言論は憲法上の保護を受けないと判示されてきた。See *Central Hudson Gas & Electric Corp. v.*

この点については、想定されうる様々な事実パターンを踏まえて検討するほかなく、ステルス・マーケティングの実態に関する知識も必要となるため、本稿で詳細を示すことはできないが、少なくとも、提供された便益の内容や条件、便益が提供された経緯、広告主と発信者との間での何らかの指示の有無やその内容等は重要な考慮要素となろう²³⁴⁾。消費者生成コンテンツの広告メッセージ該当性に関して FTC が挙げていた要素（第 2 章第 2 節 3(4)イ）も参考になる。

エ 広告主による適正な管理の重要性

FTC は、広告主が推奨者に対して適切に助言・監視することの重要性を強調し、広告主が適正な管理体制を構築し、注意を尽くしていた場合には立件しないことを示唆していた。日本の景表法では、景表法 26 条において事業者が講ずべき管理上の措置について定められているほか、不当表示が行われないよう広告主が注意を尽くしていたかどうか等の主観的要素は、エンフォースメントにおける要件や考慮要素になりうる。課徴金納付命令は、不当表示であることを「知らず、かつ、知らないことにつき相当の注意を怠った者でない」場合には命じられないし（8 条 1 項但し書き）、措置命令においても、再発防止のた

Public Service Commission, 447 U.S. 557, 566, 593 (1980). Cf. Rebecca Tushnet, *It Depends on What the Meaning of "False" is: Falsity and Misleadingness in Commercial Speech Doctrine*, 41 *LOYOLA L.A. L. REV.* 227 (2007)). 第二に、上記で「萎縮的な効果」という表現を用いたところ、ここでは、限界領域に属する非広告の情報発信行為に対する萎縮効果を基本的に想定している（したがって、インフルエンサーの活動の性質をどのように理解するのか（前掲注 195）、前掲注 225）参照）も関連しうる）。ただし、広告主・推奨者間の便益提供の事実を知ることが消費者の商品選択に本当に影響するのかについての異論も存在するところ（これは実証の問題でありうる。第 2 章第 4 節 3(2)、4 参照）、仮にそのような異論を前提とする場合には、広告としての情報発信行為に対する萎縮効果も問題になりうる。ただし、これは表示の主体要件に関わる問題ではなく、指定告示の規定の仕方に関わる問題であるかもしれない。

なお、以上の議論に対しては、「関係を開示さえしていれば当該情報発信行為そのものが禁止されるわけではないので、萎縮的な効果を懸念する必要はない」という趣旨の反論は考えられる。この問題を考える際には、とりわけ、①開示を記載しない形で発信する自由がどこまで尊重されるのか、②営利的言論の価値について、受け手である消費者にとって重要な情報を含んでいるという点をどこまで重視するのか、といった観点が重要となるように思われる。営利的言論の価値について、受け手である消費者にとって重要な情報を含んでいることを重視する立場（長谷部編・前掲注 225）389 頁〔阪口〕参照）をとる場合には、消費者保護の要請がより強調されることになろう。

234) 提供された便益の金銭価値も、広告主と推奨者との間の関係を解釈する際に参考になりうるであろう。

めに必要な措置を命じる際には、過失の有無が考慮されうる²³⁵⁾。

(2) 表示要件：口コミ等の勧誘等に係る行為と「表示」の捉え方について

上記(1)の検討においては、推奨者が行った個々の推奨について、広告主の表示主体性が問題となる場面を想定していた²³⁶⁾。これに対して、口コミ等に関して広告主が不当な行為を行った場合²³⁷⁾、例えば口コミを不当に勧誘する(solicit)行為(例えば、ポジティブな口コミを書くことを条件として便益を提供する行為)²³⁸⁾について、当該勧誘行為そのものを捉えて違法とする余地がないのか、議論の余地がある。

米国のFTC法の欺瞞的行為の規制は、「表示」であることを要件としておらず、消費者を誤認させる「慣行」があれば違法となる。これに対して、日本の景表法違反となるためには、「表示」行為が必要である。この点については、例えば広告主が口コミを不当に勧誘する行為を行い、それを受けて投稿された複数の口コミによって商品に関する著しい優良性の誤認が生じている場合には、広告主が、それらの口コミの全体を通じて、商品に関する著しい優良性を表示しているとみる余地があるように思われる。

ただし、景表法が対象を「表示」に限定している限り、行為態様によってはその限界に直面する可能性があることは否定できない。したがって、状況によっては、対象を「表示」に限定していない独占禁止法の欺瞞的顧客誘引の規制(不公正な取引方法一般指定8項)を活用する必要が生じることは考えられる。あるいは、かつてのオープン懸賞規制²³⁹⁾に見られたように、今後新たな問題

235) バイクルーズ事件・前掲注228)、ビームス事件・審判審決平成19年1月30日審決集53巻551頁参照。なお、表示者の主観的要素について、実体法上は故意過失を問わず不当表示は成立すると考えられてきたもの(バイクルーズ事件・前掲)、インターネットの発達によって推奨者が商品に関する意見等を直接発信することが増えている今日、広告主の管理の重要性は増しており、広告主による注意を表示の主体要件の認定等の実体法上の文脈で考慮する余地があるのか、議論の余地はあるように思われる。白石忠志『独禁法事例の勘所(第2版)』325頁以下(有斐閣, 2010)、佐藤・前掲注229)も参考。

236) 「表示」に関し、前掲注217)で述べたいくつかの点には注意が必要と思われる。

237) 様々なタイプのものがありうるが、口コミの改変等については、仮に広告主が口コミの改変を行った場合、その表示主体となることは明白であろう。なお、議論の視点は異なるが、プラットフォームによる口コミの改変行為が問題となった豪州の事例につき、早川(2021)・前掲注16)参考。

238) See FTC, *supra* note 209.

239) 「広告においてくじの方法等による経済上の利益の提供を申し出る場合の不公正な取引方法」(昭和46年公取委告示34号)。

類型が出てきた場合、独禁法 2 条 9 項 6 号ハに基づく指定の余地も残っていることには留意する必要がある。

(3) 商品の供給主体要件と事業者要件について

最後に、広告主以外の主体が不当表示に積極的に関与することが現に問題になっていることも踏まえると²⁴⁰⁾、景表法が規制対象を広告主に限定していることは相当ではなく、広告主以外も規制対象に含める法改正が望ましいと思われる²⁴¹⁾。もっとも、どのような法改正が望ましいのかは難問である。

例えば、広告主以外の主体も規制対象に含めている薬機法や健康増進法の虚偽・誇大広告の規制は、主体を「何人も」と規定している²⁴²⁾。しかし、景表法においては、「何人も」のような規定は相当ではない。なぜなら、景表法における商品の供給主体要件には、他のいくつかの要件とともに、欺瞞的な広告の中でもコアな部分に的を絞って対象をある程度具体的に示すことで、「迅速かつ効果的な規制を行う」²⁴³⁾ことに資する側面があると思われる²⁴⁴⁾。立法論として対象の拡大を考える際には、迅速かつ効果的な規制という景表法の従前の趣旨を損なわない形で立法する必要がある。

そこで、以下のような方法が考えられる。第一に、広告主以外を規制対象とするためには、景表法 2 条 4 項の「表示」の定義から商品の供給主体要件を外す必要はある。他方、景表法 5 条は現行規定のままとして、5 条柱書の供給主体要件を維持すれば、広告主が行う優良誤認表示や有利誤認表示等に対する 5 条の規制は現行のままとなり、広告主に対する迅速かつ効果的な規制は維持できる。広告主以外に対する規制は、景表法 5 条とは別の条文を新たに設け、過剰規制とならないように主観的要素による限定も加えることが望ましいと思われる²⁴⁵⁾。

商品の供給主体要件に関する立法論を検討する場合、表示主体に係る事業者要件（景表法 2 条 4 項）をどう考えるべきかについても議論する必要がある。

240) 例えばアフィリエイト報告書参照。

241) 小畑・前掲注 7) 55 頁も法改正の必要性を主張している。

242) 薬機法 66 条 1 項、68 条、健康増進法 65 条 1 項。

243) 西川編著・前掲注 12) 8 頁。

244) 早川（2020）・前掲注 16) 48 頁注 44。

245) この点に関連して、消費者庁「健康食品に関する景品表示法及び健康増進法上の留意事項について」第 3 の 3(2)（平成 28 年 6 月 30 日）は、広告媒体事業者等に対して措置をとる場合を故意又は重過失の場合に限定している。

小畑教授は、ステルス・マーケティングやアフィリエイト広告において、個人によって不当表示が行われうることを理由に、事業者要件の削除を主張している²⁴⁶⁾。しかし、私見では、事業者要件には意義を持たせる余地があると思われる。すなわち、仮に景表法を改正して個人の行為に対する規制を可能にする場合であっても、景表法の営利広告規制としての性質上、不当表示を理由に個人の行為を違法とすることが可能なほどのような場合なのかという問題は生じる²⁴⁷⁾ (なお、この問題は、ニュー・メディアにおいて個人が推奨を行った場合において、広告主をその表示主体と認定できるかどうかの問題とは、区別可能な問題であると思われる²⁴⁸⁾)。この文脈において、行為主体の個人が広告を事業的に行っていたのかどうかは、重要な考慮要素となりうるであろう。当該個人が営利広告を行った主体であると認定できるのかどうかという観点から、少なくとも広告を事業的に行っていたと認定できること(反復継続的に広告収益を上げている場合を含む)を要求する意味はありうると思われる²⁴⁹⁾。

結 語

本稿では、ステルス・マーケティングに関し、米国のFTCの規制構造を明らかにしつつ、日本の景表法上の課題に関する検討を行った。

本稿で明らかにしたように、景表法の観点からステルス・マーケティングを非難する根拠は、広告であると気づかれないように広告することを通じて、商品に関する主張や意見等の信頼性を高めることによって、消費者の商品選択を阻害するおそれがある点に見出される(同様の問題は、明らかな広告の中で第三者の推奨が利用される場合にも生じうる)。

246) 小畑・前掲注7) 55頁。

247) なお、この問題は、主体を「何人も」と規定している薬機法や健康増進法の誇大広告、誇大表示規制においては解釈・認定上の問題になりうる。早川・前掲注19)も参照。

248) 広告主を表示主体と認定する際には、推奨者をいわば道具として認定するという経路もありえ、その場合、当該推奨者自身が主体的に営利広告を行ったのかどうかをあえて考える必要はない。

249) 米国の議論においても、FTCは個人のインフルエンサーに対して措置をとるには非常に慎重であるが(第2章第3節3(1))、学説では、いわば職業的なインフルエンサー(商品の推奨を通じて多額の収入を得ており、多数のフォロワーを有するようなインフルエンサー)に対しては措置をとるべきという指摘がなされている。Bladow, *supra* note 175, at 1158. 前掲注195), 前掲注225)も参照

ステルス・マーケティングのうち、なりすまし等によって表示主体の属性を誤認させる場合は優良誤認表示に当たるといふべきである。広告主・推奨者間に便益提供関係が存在することによって消費者の商品選択に影響するおそれがある場合のうち一定の場合についても、優良誤認表示に該当すると考えられる。優良誤認表示に該当しないようなケースについては²⁵⁰⁾、景表法5条3号の告示を追加し、規制を設けることが合理的である²⁵¹⁾。

最後に、本稿では論点の提示にとどめた問題や取り上げなかった問題も少なくない。デジタル化の進展に伴って、景表法の分野でも多くの課題が生じている。表示要件、表示の主体要件、商品の供給主体要件、事業者要件、無料取引への景表法の適用²⁵²⁾、プラットフォームをめぐる問題等、検討を要する多くの課題が存在する。また、本稿で若干の示唆を行ったように²⁵³⁾、消費者に対して需要を喚起する働きかけを行う行為のうち、消費者の自主的かつ合理的な商品選択を阻害するものとして、景表法（あるいは他の法律）によって対応されるべき限界はどこに存するのかについての課題も存在する²⁵⁴⁾。これらの中には、本稿で若干の考察を行った広告と非広告の区別の問題を含め、学際的な観点からの検討が必要となる課題²⁵⁵⁾もあろう。

【付 記】

本稿は、科研費若手研究（課題番号：21K13201「デジタル経済における広告規制法の課題に関する比較法研究」）の助成による研究成果の一部である。

250) 仮に指定告示を設ける場合、その文言上は優良誤認表示に該当するケースもカバーされるような文言で規定されることになるであろうが、法適用に際しては、優良誤認表示に該当するケースは優良誤認表示として対処することが重要と思われる。

251) 本稿では比較考察の対象を専ら米国の FTC 法に限定せざるを得なかったが、具体的な規制の方法としては様々な方法が考えられることから、米国以外における規制を参考にすることも重要である。

252) 早川・前掲注188)、早川雄一郎「デジタル時代のロイヤルティースキームとプラットフォーム規制——豪州競争消費者委員会報告書を手がかりに」土田和博ほか編『現代経済法の課題と理論——金井貴嗣先生古稀祝賀論文集』429頁（弘文堂、2022）参照。

253) 前掲注217)第2段落。

254) 例えば、いわゆるダークパターン（dark patterns）をめぐる問題の中にも検討が必要な問題があろう。

255) 前掲注233)も参照。