

アメリカにおけるテレマーケティング規制 と営利的言論の自由

佐々木 秀 智

1 はじめに

アメリカにおいては、テレマーケティングが盛んに行われている。その理由として、テレマーケティングを含む勧誘というものは社会的効用性が高いということが、しばしば指摘されている。

たとえば、公認会計士による個人勧誘を禁止する州法が問題となった、1993年のエーデンフィールド対フェイン事件 (Edenfield v. Fane)⁽¹⁾において、合衆国最高裁は「商業上の意味において、勧誘というものは、かなりの価値を有し得る。他の多くの営利的表現とは異なり、勧誘というものは、販売業者と購入者の間の直接かつ自発的なコミュニケーションの余地を残している。販売業者は、市場を啓蒙し、自身の商品又はサービスへの需要を刺激することに、強力な財務上の動機付けを有しており、このような勧誘というものは、販売業者が接触のみを許可された場合よりも、販売業者と購入者との間の個人的な相互交流を増加させる。個人的な相互交流は、潜在的な購入者が当該商品又はサービスの提供者に会い、判断することを可能にし、両当事者が当該取引又は専門家との関係の望ましい形態について、話し合い、交渉する余地を残している。勧誘はまた、販売業者が、自身の販売物に最も興味をもっていると確信するに相当の理由がある消費者に対して、直接自身の提示を伝えることを可能にする。購入者にとって勧誘というものは、ある特定の商品と市場にある他の物とを対照する際、詳細な説明を聞く機会を提供する」と、勧誘の社会的効用について論じている。

しかし、それに比例して多くの法的問題が生じているのも事実である。

この問題に関しアメリカでは、連邦・州の各レベルで電話勧誘を規制する試

みがなされている⁽²⁾。このような規制がなされる背景として、たとえば、1991年電話消費者保護法（Telephone Consumer Protection Act of 1991）において連邦議会が「テレマーケティングを通して行われる合衆国の売り上げは、1990年には4350億ドルに達し、これは1984年以降、4倍の増加である」とし、「多くの消費者は、その家庭へのテレマーケティング業者からの侵害的、ニューサンス的電話の激増に憤慨している」といった事実認定をしていることが挙げられる。

そこで、テレマーケティング規制における受信者のプライバシー及び消費者保護の必要性と発信者の営利的言論の自由との調整がいかに図られてきたか、そして、さらにそれらの課題としていかなる問題があるかにつき、特に営利的言論の自由保障の視点から検討を加える。

2 電話勧誘一般に関する法的規制のなかれ

電話勧誘一般に関する規制は、これから検討するように、様々な経過を経て、連邦・州双方、特に州レベルで、様々な形態で行われてきており、それに関する判例も形成されてきた。

電話勧誘一般に関する規制に関し、連邦議会及び連邦通信委員会（Federal Communications Commission）は、当初その必要性を認めつつも、法的規制には慎重な態度をとっていた。まず連邦議会においては「電話プライバシー法（Telephone Privacy Act）」案が第95期（H.R.9505）・96期（H.R.377, H.R.6047）の2回にわたって提案されたが、議論されることはなかった。

一方FCCは、迷惑電話及び自動電話装置による呼に関する4000件以上の消費者の苦情申立てにもとづいて、迷惑電話・電話勧誘に関する調査を二年間にわたって行い、1980年に迷惑電話呼に関する報告書⁽³⁾を公表した。

しかし、同報告書においてFCCは、これらの呼を完全に禁止することは、憲法に違反するものであること、加入者に当該呼を受信させないようにする代替的手法は、費用がかかり過ぎ、かつ煩雑すぎて実施が困難であること、また、州際レベルにおける広範な侵害が存在すると判断せず、同委員会の権限が州内通信にまで拡大することができないと自身の管轄権を限定することによって、テレマーケティング業者に時・場所・方法に関する規制を行うことでさえ必要であること等の根拠を挙げ、このような電話の規制を実施することはなかつ

た。

一方州レベルにおいては、規制が実施された。その中では、この種の電話に対して、従来のコモン・ロー上のプライバシー侵害を根拠として、差止めなどの救済手段は認められなかった。

たとえばマサチューセッツ州は、この種の電話を規制する州法を1993年に制定したのだが、それに先立つ1990年に、この種の電話によってプライバシーが侵害されたとして差止めを求める訴訟が提起された。しかしマサチューセッツ州最高司法裁判所は、差止めを認めなかった⁽⁴⁾。その際同裁判所は、全体的な問題として、「『産業化し、高度に人口が密集した社会において、個人の私的領域への何らかの侵入は、不可避である』のであり、…毎日の生活のなかで生じる全ての苦痛に対する救済手段を法は提供していない」と述べた。

そこで州レベルでは、半数以上の州がテレマーケティング活動を規制する何らかの立法を行っている⁽⁵⁾。

これらの規制を行う州は、プライバシー保護の観点から規制するものと、従来の消費者保護制度をこの分野にも適用して規制しようとするものの二つに分類することができる。

プライバシー保護の観点からの規制方法には、「オプト・オフ(opt off)」システムと時間・態様規制という二つの方法がある。

まずオプト・オフシステムとは、テレマーケティングを希望しない消費者が、電話帳又はテレマーケティング会社に直接そのような電話を希望しない意思を明らかにし、その意思表示をした消費者に対し、そのような電話をかけることを相当期間禁止する制度である⁽⁶⁾。時間・態様規制とは、この種の電話をかけることができる時間、又は、かけてはならない時間を設定したり、断った者に対しては再びかけることを禁止したりするものである。

たとえばテキサス州は、テレマーケティングを午後9時以降禁止し、そして、呼者に対し電話をかけさせた会社名を公表するよう命じ、またテレマーケティング業者に対し、「この電話を望まない消費者には二度と電話をかけないよう努力する」よう求めている。

しかし、このような制度にも問題点が指摘されている。たとえば、オプト・オフシステムの場合、電話帳にその意思を明示したとしても、テレマーケティング業者がその電話帳を利用しなければその種の電話は禁止されない。また費

用の問題か、そのシステムの効果についての疑問によってか、このような制度を利用しているものは少ないといわれている⁽⁷⁾。

さらに、時間・態様規制に関しても、ある程度の周辺的な苦痛は緩和するが、電話販売ピッチによる妨害を受けたくない人は、いつでも受けたくないのであり、そのような人のところへも許された時間内にかかってしまうことが指摘されている⁽⁸⁾。

一方、従来の消費者保護制度は、戸別訪問によって生じる詐欺及び行き過ぎから消費者を保護することを目的としていた。その目的をテレマーケティングにも拡大しようとしている州がいくつかある。

たとえば、テキサス州は、消費者が電話セールスによる契約を解約できる期間を設けるという「クーリング・オフ (cooling-off)」制度を設け、契約を有効ならしめるための取引の証拠として、顧客の署名を要求している⁽⁹⁾。これらの制度を採用する利点として、これらの制度が販売者側のメッセージに制約的な効果を与えず、修正第1条上の厳格な審査を受けることがない、ということが挙げられる。詐欺防止、プライバシー保護といった州の利益が、販売者の憲法上保護された言論の自由と衝突しないのである。そのことから、州は、不公正又は詐欺的もしくは侵害的な商行為を規制する広範な権限を有するのである。

そして、この方法を採用する州のうちいくつかは、以上に加えて、テレマーケティング会社及びそこで働く外交販売員に対し、免許制を設け、また情報開示を求めている。この要件を採用することによって州は、電話勧誘の期間及び条件を指示するものというよりは、万一取引に関する問題が生じた場合には、電話販売業者をより責任のある、よりアクセスできるような状態にしておくことを目的とした行政機構を通じて、市民を保護することを試みている。

しかし、この方法は、プライバシー保護に欠ける傾向があると指摘されている。この種の電話によって引き起こされる弊害は、プライバシーが一番先に侵害され、かつそれが最も深刻なものである、というのである。

以上の州による規制に関する判例は様々ある⁽¹⁰⁾が、まず、戸別訪問及び電話勧誘の禁止を含む事前の葬儀に関する契約を包括的に規制するウェスト・ヴァージニア州法の合憲性が問題となった、1989年の全米葬儀サービス社対ロックフェラー事件 (National Funeral Services, Inc. v. Rockfeller)⁽¹¹⁾において第4

巡回区連邦控訴裁判所は、「これらの契約の対象は葬儀の準備である。すなわち、間接的ないい方をすれば、これらの契約の対象は、契約者本人又はそれに近い人の死である。このことは、明らかに感情に訴えるものであり、勧誘者による行き過ぎの可能性をはらむものである」という「（葬儀の準備という）最も特異な製品の行き過ぎかつ窮迫的なセールス方法からの消費者保護」と、「家庭におけるプライバシー保護」の2つを政府の実質的な利益として認め、また、「これらの契約のセールスにおける詐欺的行き過ぎの危険性は、消費者がセールスマンと面とむかったときに最大化する」こと、「個人的な勧誘という行為は、行き過ぎ、プライバシーの侵害、不当な影響力の行使、あからさまな詐欺の可能性で覆われた行為である」ことといったから、当該州法が政府の利益を直接的に促進するものである⁽¹²⁾、と判示した。

また、事前に録音されたメッセージを流す前に、肉声によるオペレーターがその氏名、メッセージの性格、メッセージの目的、商品等を説明し、このことに関し被呼者の同意を得たうえで、そのメッセージを流すことを命じたミネソタ州法⁽¹³⁾が問題となった、1991年のミネソタ州対カジノ・マーケティング・グループ社事件 (State of Minnesota v. Casino Marketing Group Inc) がある。

同事件においてミネソタ州控訴裁判所は、後に触れるセントラル・ハドソン事件合衆国最高裁判決で定立された4基準を適用し、同州法は修正第1条に違反しないと判示した。

その理由として、州控訴裁は、まず、州の主張した「市民のプライバシーに関する期待の保護」と「詐欺的又は誤解誘導的な電話勧誘の防止」といった州の利益を検討し、それぞれ「市民は、私邸における高レベルのプライバシーを享受し、かつ、迷惑な電話勧誘のような、私邸におけるプライバシーへの侵害の問題は、緊急な対応を必要としている」こと、また「州は、欺罔的な広告を防止し、テレマーケティング業者が勧誘を行う際に、消費者が的確な情報を提供されるようにするという実質的な利益を有している」ことを根拠として、実質的な利益であると判断した。

次に、州法がその利益を直接的に促進しているか否かに関し、肉声によるオペレーター要件を規定する「同州法は、消費者が、その呼がなされた当初に、その勧誘が消費者自身の活動を中断するに値するか否かを判断することを可能にしている」こと、さらに「消費者は、その勧誘に関し、十分な情報提供を受

けた上で判断ができるよう、オペレーターに質問できる」こと、それに加えて「その呼を行う団体を明確にし、その呼の目的を説明することによって、オペレーターは、消費者に対し、行き過ぎで欺罔的な商行為に関する注意を喚起することができる」ことを根拠に、利益を直接的に促進していると判断した。

さらに、それが合理的関連性を有しているか否かに関し、「この合理的『関連性』(fit)というものは、最も制限的でない方法 (least restrictive means) であることを必然的に要求するものではない」とした上で、「自動ダイヤル機器による電話勧誘の侵害的な効果及び詐欺及び行き過ぎの可能性の観点から」、当該規制立法は合理的関連性を有すると判断した。

同事件は同州最高裁によって支持されたが、そこでは異なった根拠から同州法の合憲性が導かれている⁽¹⁴⁾。

まず、同州最高裁は、肉声によるオペレーター要件が、詐欺防止という政府の利益を促進するという点に疑問を提示した。その際、同州最高裁は、肉声によるオペレーターの方が「契約者と会話する機会を与えられたならば、公開という目的を覆す」ことが容易にできるという事実認定を行い、このような規制は、州の詐欺防止という利益を附随的にしか促進せず、同法の目的が詐欺防止だけであるならば、違憲といわざるを得ないと述べた。

そして、消費者のプライバシー保護の観点からのみ、同規制の合憲性が結論づけられるとしている。この観点から、肉声によるオペレーターにおこなわせるものより、全部自動ダイヤル装置に行わせる方が、驚くべき多数の家庭に瞬時に電話をかけるという効率性を有すること、幼児や留守番電話機やファックスや携帯電話を含む応答した全ての者に無差別的にメッセージを伝達できることを挙げ、肉声によるオペレーター要件は、そのような効率性を妨げ、またメッセージを伝達する際に十分な判断力を消費者に与えることから、消費者のプライバシー保護を直接的に促進していると判示した。

3 1991年電話消費者保護法をめぐる議論

3.1 1991年電話消費者保護法の制定

テレマーケティング規制に消極的であった連邦議会も、自動電話装置の利用を制限する「1991年電話消費者保護法 (Telephone Consumer Protection Act of 1991)」を制定し、同法は1934年通信法第227条に追加された⁽¹⁵⁾。

同法の制定につき、同法案提出者のマーキー（Edward J. Markey）上院議員は、「テレマーケティングは、強力かつ効率的な商売道具になるであろうと確信している。しかし、夜毎に『見知らぬ者』もしくは『ロボット』からかけられてくる電話という儀式は、多くのアメリカ人をいらいらさせる」と指摘した⁽¹⁶⁾。

同法制定に際し、同法2条において連邦議会は、アメリカにおけるテレマーケティングの実態を把握した上で、「(5) 無制約なテレマーケティングは、プライバシーの侵襲的侵害（intrusive invasion of privacy）となるおそれがあり、また、緊急電話回線又は医療援助電話回線が奪われると、公共の安全に対する危険となるおそれがある」とし、「(10) 連邦議会の収集した証拠によれば、住宅用電話加入者は、メッセージの内容如何にかかわらず、自動電話呼又は事前記録電話呼はニューサンスであり、プライバシー侵害であると考えていることが明らかになっている」という事実認定をしている。

さらに、「(11) 消費者がこのような呼の受信を回避することが可能な技術は、あまねく利用することができず、高額で、実効的である可能性がなく、又は消費者に法外な負担を課すことになる」とし、「(7) 半数以上の州は、マーケティング目的の電話の様々な利用を制限する制定法を有しているが、テレマーケティング業者は、州際運用によってその禁止を回避することができる」とし、「住宅向けのテレマーケティング活動を禁止する連邦法が必要である」と認定している。

また、同法の合憲性に関し、「(8) 憲法は、営利的テレマーケティング勧誘に対する制約を禁止していない」としつつ、「(9) 個人のプライバシー権、公共の安全の利益、並びに言論及び営業の営利的自由は、個人のプライバシーを保護し及び適法なテレマーケティング活動を認めるような方法でバランスをとらなければならない」という前提を提示したうえで、「(12) 家庭に対するこのような自動電話呼又は事前記録電話呼は、受信者がその呼の受信に同意している場合又は当該呼が消費者の健康及び安全に影響を与える緊急な状況において必要な場合を除き、これを禁止することが、電話消費者をこのニューサンス及びプライバシー侵害から保護する唯一効果的な手段である」と認定している。

そして、FCCに対して、「(15) ビジネス及び家庭への自動電話呼又は事前記録電話呼に対する、憲法上の言論自由の保護と適合するような、合理的な規

制の採用を検討すべきである」と認定している。

以上の事実認識を前提として同法は、「定義」、「自動電話装置の利用の制限」、「加入者プライバシーの保護」、「技術的及び手続的基準」、「州法の効力」、「州による訴訟」に関する規定をおいた。

そして「定義」において、自動電話ダイアル・システム (automatic telephone dialing system)、電話ファクシミリ機 (telephone facsimile machines)、電話勧誘 (telephone solicitation)、求められない広告 (unsolicited advertisement) という用語を次のように定義した。

まず、自動電話ダイアル・システムについては、「(A) 無作為又は逐次の作成機を利用しての呼がなされる電話番号の蓄積又は製作及び (B) 当該番号へのダイアル機能を有する設備」と定義した。

また、電話ファクシミリ機については、「(A) テキスト又は画像あるいはその双方の紙から電子信号への複写及び通常の電話回線を通じてのその信号の伝送、又は (B) 通常の電話回線を通じて入手した電子信号から紙へのテキスト又は画像 (あるいはその双方) の複写機能を有する設備」と定義した。

次に、電話勧誘については、「全ての者になされる、財産、物品又はサービスの購入、賃借、投資を勧めることを目的とした電話呼又はメッセージの開始」を意味するが、「(A) 事前の明確な招へい又は許可を与えた者への、(B) 呼者と取引上の関係を形成した者への、又は (C) 免税非営利団体による、呼又はメッセージは含まない」と定義している。

最後に、求められない広告については、「事前の明確な招へい又は許可を得ていない者に対し、財産、物品又はサービスの営業上の有効性又は品質に関し広告する全てのもの」と定義した。

以上の定義を踏まえて、以下の禁止規定 (227条 (b)) を設けた。

「合衆国内において以下の行為を行った者は、違法とされる。

(A) 自動電話ダイアル・システム又は人工音声もしくは事前録音音声を利用して (緊急目的でなされた呼又は受信者の事前の明確な同意を得てなされた呼以外の) 呼を次の回線又は番号に行うこと一

(i) (「911」番回線、及び病院、医師もしくは医療サービス事務所、健康管理施設、毒物管理センター又は火災防止もしくは法執行機関を含む) 緊急電話回線

(ii) 病院，健康管理施設，老人ホームその他類似の施設の来客又は患者室の電話回線

(iii) 呼び出しサービス，セル式電話サービス，特殊移動無線サービスその他無線電気通信サービス，又は受信者が呼について課金されるサービスのための電話番号

(B) 受信者の事前の明確な同意なしにメッセージを送るために人工音声又は事前録音音声を利用して住宅用電話に電話呼を発すること。ただしその呼が緊急目的のために発せられる場合，又は(2)(B)に基づく委員会の規則もしくは命令により適用除外される場合はその限りではない。

(C) 電話ファクシミリ機に求められない広告を送るために電話ファクシミリ機，コンピューターその他の装置を用いること。

(D) 複数回線のビジネスの二つ以上の電話回線が同時に話し中となるような方法で自動電話ダイヤル・システムを用いること。」

また、「加入者プライバシー権の保護」では，(1) 必要とされる規則制定手続，(2) 規則，(3) 許されるデータベースの利用，(4) データベース方式利用のために必要とされる考慮事項，(5) 私的訴権，(6)(b) 項との関係が定められている。このなかの(3)で同条によって制定される規則において「テレマーケティングを受けるのを拒否する住居用電話加入者の電話番号を収集し，また収集したリストの全部又はその一部を購入できるように，単一の全国的データベースの確立と運営を要求し得る」と規定し，12通りの規制内容を提示している。

3.2 FCC規則の制定

FCCは，「個人のプライバシーの権利とテレマーケティング業者の適法な営業上の利益を合理的に調整するような方法で」同法を施行するための規則を制定した⁽¹⁷⁾。

この規則の制定のためにFCCは，1992年4月10日に「規則制定の提案に関する告示(Notice of Proposed Rulemaking)」⁽¹⁸⁾を公表し，各界から意見を聴取した⁽¹⁹⁾。

それらを踏まえて制定されたFCC規則は，「消費者が今後の勧誘を受けることをしないよう求めた場合，テレマーケティング業者は，電話お断りリスト

(do-not-call list) のなかに消費者を記入するよう義務づける」ことによって、住宅用電話加入者のプライバシーを保護するものである。

そのなかでFCCは、同法で定義されている事項に加えて、「取引上の関係 (established business relationship)」を新たに定義した。それによれば、取引上の関係とは「当該個人又は法人によって提供された物品又はサービスに関して住宅用電話加入者によってなされた照会、申込、購買又は取引に基づき、約因の存在を問わず個人又は法人と住宅用電話加入者の間の双方向のコミュニケーションによって自発的に形成された、事前の又は既存の関係であり、またその関係が当事者の一方によって明らかに終了させられていないもの」を意味するとされている⁽²⁰⁾。

3.3 1991年電話消費者保護法に関する判例

1993年に全米テレコンピューター事業者協会 (National Association of Tele-computer Operators) 会長カスリン・モーザー (Kathryn Moser) が、同法が修正第1条に反し、実質的政府利益を促進するために限定的に制定されておらず、内容に基づく規制であるとして、差止め命令による救済及び宣言的判決を求めて提訴した、モーザー対FCC事件 (Moser v. FCC) において、オレゴン連邦地裁は、同法が合衆国憲法修正第1条の保障する営利的言論の自由を侵害する、と判示した。そのなかで同裁判所は、政府の実質的な利益を認定しつつも「商業上の勧誘手段の一方式への選択的、範疇的禁止規定と、個人宅のプライバシーの保護や促進という合法的な目的との間の合理的関連性」の証明に、政府が成功していないことを理由として、同法が違憲であると判断した⁽²¹⁾。

しかし、1995年に同事件の控訴審である第9巡回区連邦控訴裁判所は「同法は、営利的言論と非営利的言論に関し区別するよう、FCCに対して何ら命じていないがゆえに、同法は、表現内容に関し中立的な、時、場所、態様に関する規制として分析されるべきである」と述べ、「自動事前録音電話の禁止は、特定の見解を支持するものではない」とし、「連邦議会は、自動テレマーケティング電話をプライバシーへの脅威として、適切に位置づけている。さらに、連邦議会は、それら全ての電話を禁止することなしに、そのある部分のみを規制することができる」と判示した。さらにオレゴン連邦地裁判決に関し、「同法

における制約は、全ての音声による迷惑電話と同様に、同意を得た消費者への録音されたメッセージの使用、又は肉声による人間によって録音されたメッセージを含む、多くの通信に関する代替的チャンネルの可能性を残している」とし、「連邦議会が、より制限的でない規制方法を考慮し却下したとするオレゴン連邦地裁の事実認定は、奇異なものである」と判断し、差戻した⁽²²⁾。

また、一方で、1994年に、広告業を営むディスティネーション・ベンチャーズ社が、広告が記載された迷惑ファックスを禁止する同法の規定が違憲であるとして、宣言的判決と差止による救済を求めて提訴した、ディスティネーション・ベンチャーズ社対FCC事件 (Destination Ventures, Ltd. v. FCC) において、オレゴン連邦地裁は「電話消費者保護法は、広告主から購買意欲のない消費者への広告費用の不当な転嫁を防止するという目的を有している。したがって無制約な広告ファックスの全面的禁止は、同法の目的と合理的関連性を有している。全ての情報源からの無制約な広告は、広告費の不当な転嫁による負担から消費者を保護するという特定の目的に資するが故に、禁止される」と判示した⁽²³⁾。

さらに、非営利目的の勧誘電話を規制していないのは合理的根拠に基づくものではなく、差別的規制であり、合衆国憲法修正第5条の定めるデュー・プロセスの保障に反する、という主張に対し、同裁判所は「電話消費者保護法は、無制約なファックス広告の伝送によって生じる負担から消費者を保護することを、その目的の一つとして起草されたものである」と述べて、合理的根拠に基づく規制であると判示した。

4 1994年テレマーケティング及び消費者詐欺・侵害防止法

また連邦議会は、消費者保護の側面からも規制を行った。1994年テレマーケティング及び消費者詐欺・侵害防止法 (Telemarketing and Consumer Fraud and Abuse Prevention Act of 1994) がそれである。同法は、詐欺的な又は侵害的なテレマーケティング活動を規制する規則の制定権限を連邦通商委員会 (Federal Commerce Commission) へ (6101条(a)(1))、さらに株式投資の勧誘に関する規制のための規則の制定権限を証券取引委員会 (Securities and Exchange Commission) へ付与した (6101条(d)(1))。

同法において連邦議会は、次のような事実認識を行っている。

「(1) テレマーケティングは、業者によって、消費者と直接的な関係を有していないにもかかわらず、州境を越えて行われている。テレマーケティング業者は、また、非常に機動性があり、州と州の間を簡単に移動している。

(2) 州際間のテレマーケティング詐欺は、連邦通商委員会の力が当該詐欺からの適切な消費者の保護を保障するのに不十分なものであるといった重要な問題となった。

(3) 消費者及びその他の者は、テレマーケティング詐欺により、400億ドルもの損失を被っているとみられる。

(4) 消費者は、それとは別の形態であるテレマーケティング不正行為 (deception) 及び侵害の犠牲となっている。

(5) その結果、連邦議会は、テレマーケティング不正行為及び侵害からの適切な保護を消費者に提供する立法を行わなければならない。」

そして、規則制定の際、同法は、「(A) 合理的な消費者が、当該消費者のプライバシーの権利を威圧的又は侵害的であると考えうる、ある一定パターンの求められない電話呼をテレマーケティング業者が行いえないような条件」、 「(B) 一日の内で求められない電話呼を消費者に行うことができる時間帯の制限」、 「(C) 物品又はサービスのセールのためのテレマーケティングに従事している全ての者は、その呼が物品又はサービスの販売に向けられたものであることを、呼を受信した者に対して適切かつ明確に開示すべきであり、かつその物品又はサービスの品質及び価格といった、委員会が適切であると認める他の事項の開示」といったものを含めるべきである、としている (6101条 (a) (1))。

同法に基づき FTC は、午後9時から午前8時までの間のテレマーケティング、将来のテレマーケティングを拒否した消費者への再度の電話などを禁止する規則を制定した⁽²⁴⁾。

5 営利的言論の自由保障

5.1 アメリカにおける営利的言論の沿革

前述のように、アメリカにおいて、このような規制が修正第1条との関係で論じられる際、「営利的言論 (commercial speech)」保障の問題をもとに議論されているが、そのなかでは、以下のような議論が展開されている。

合衆国最高裁は、消費者が薬剤師による処方薬の価格の広告を禁止することを求めた1976年のバージニア製薬業委員会対バージニア消費者会議事件 (Virginia Pharmacy Board v. Virginia Consumer Council)⁽²⁶⁾において、政治的言論と比較しつつ⁽²⁶⁾、情報多様性確保の観点から、営利的言論が修正第1条の保護に値すると判断した⁽²⁷⁾。

同時に、その保護の範囲につき、合衆国最高裁は「営利的言論が修正第1条の保護を受けると結論づけるに際して、その保護が他の言論形態と全く異ならないとは判断しない。…『商業上の取引の提案以外の何物でもないもの』と他の言論の諸形態の間には、良心的な諸差異 (commonsense differences) が存在する」と判示した⁽²⁸⁾。

さらに、合衆国最高裁は、電力会社によってなされた電力消費を促進するような広告を州の公共事業委員会が禁止したことが問題となった、1980年のセントラル・ハドソン・ガス電力会社対公共事業委員会事件 (Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission) 判決⁽²⁹⁾において、営利的言論の憲法上の保護に値する具体的基準の画定につき、「修正第1条の保障する営利的言論となるためには、当該言論が、最低限、合法的な活動に関するもので、誤解誘導的でないものでなければならない。次に、主張された政府の利益が実質的か否か問わなければならない。二つの審理に肯定的な回答を得たならば、当該規制が、主張されるところの政府の利益を直接的に促進するか否か、そして、当該規制がその利益に資するために、必要以上に広範なものではないか否かが決定されなければならない」という四基準を提示した。

その後、このセントラル・ハドソン事件判決において合衆国最高裁が提示した四基準に基づいて、営利的言論に関する規制の合憲性が審査されてきていた。そこでの当基準に基づいた審査は、営利的言論規制に好意的であった。そこでは特に、公共の福祉の増進に基づく規制、非行行為に関する広告の規制⁽³⁰⁾が重要である。

まず、公共の福祉の増進に基づく規制は、これまでの営利的言論保障が問題とされた、バージニア製薬業委員会事件、セントラル・ハドソン事件等において争われた、典型的な問題である。そのなかでも、ここで注目すべき判例は、サン・ディエゴ市内での広告掲示版による広告の実質的禁止をする市条例が問題となった、1981年のメトロメディア社対サン・ディエゴ市事件 (Metromedia,

Inc. v. City of San Diego) である⁽³¹⁾。

問題となった市条例は、その場で購入可能な商品又はサービスに関する看板は許可し、その場以外で生産又は提供される商品又はサービスに関する看板、及び規定されている例外に該当する広告でない非営利目的の広告を禁止していた。

合衆国最高裁は、非営利目的の広告禁止を文面上違憲であるとしたが、それ以外は、セントラル・ハドソン審査基準を適用し、同条例による「その場」と「その場以外」という区別を合憲であると判示した。

その際、合衆国最高裁は「当裁判所は、営利的言論に対し、修正第1条の価値体系内での副次的な地位に比例した、限定された保護手段を保障してきた」と述べ、さらに脚注において「他の下級裁判所は、営利的言論と非営利的言論の区別及び非営利的言論に与えられるべき高度の保障に対し適切な重点を置いていない」と指摘した。

そして、「近時当裁判所が判示した営利的言論に関する諸事件は、一貫して、非営利的言論に対し、営利的言論よりも厚い保護を保障してきた。……サン・ディエゴ市は、営利的言論のそれぞれ異なった範疇における関連する価値を区別しえたけれども、当市条例は、非営利的言論の領域において、様々なコミュニケーション上の諸利益の強さの評価又はそれらの区別のために、同様な選択の幅を有していない」と述べた。

さらに、学生寮内での営利的勧誘を禁止したニューヨーク州立大学の規則が問題となった、1989年のニューヨーク州立大学受託者委員会対フォックス事件 (Board of trustees of State University of New York v. Fox)⁽³²⁾ において、合衆国最高裁判所は「当裁判所の要求しているものは、『立法目的と当該目標達成のために選択された手段との間の‘関連性’(fit)』である。この関連性は必然的に完全なものではなく、合理的なものである。すなわち、このことは、単一の最善の処分というものを必然的に意味するものではなく、その射程が貢献し得べき利益に比例しているということを意味しているのである。また、このことは、必然的に最も制限的でない手段を採用するということではなく、……望ましい目的達成のために限定的に画定された手段を採用するものである。」として、セントラル・ハドソン事件審査基準における第四の基準を、より制限的でない他の選び得る手段というのではなく、立法目的とその手段

の合理的関連性をのみ意味していると解釈した。

次に「非行行為」に関する広告の規制に関して、プエリ・トルコ島での同島の住民を対象とした合法カジノでの賭博に関する広告規制が問題となった、1986年のポサダス・デ・プエル・トリコ対ツーリズム社事件 (Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co.)⁽³³⁾ において、合衆国最高裁は、同規制は修正第1条に違反しないと判示した。

その際、合衆国最高裁は、まず、セントラル・ハドソン事件判決審査基準の第三、第四の基準は「立法目的とその目的を達成するために選択された手段との間の『関連性』(fit)に関する考慮が、基本的に含まれている」とし、立法目的を無条件に採りいれて同基準を適用した。

また、賭博に関する情報の抑圧よりも、むしろ賭博の害悪に関する付加的な情報を提供することを命じるべきあるという、いわゆる「対抗言論(counter-speech)」を上告人は主張したが、合衆国最高裁は「このような『対抗言論』政策が、カジノ賭博需要の減少の点において、広告制限と同様の効果を有するか否かを判断するのは、立法府の役割である」として、上告人の主張を退けた。そして、最後に、賭博禁止に関する権限を州は有しており、それ故、州は賭博広告規制に関する権限も有している、と述べた。

5. 2 近時の営利的言論保障をめぐる合衆国最高裁判決の動揺

しかし、1993年以降の営利的言論保障をめぐる合衆国最高裁の判断は、セントラル・ハドソン事件判決の4基準の維持の是非をめぐる様々な議論がなされている。そして、そのなかでは、営利的言論を如何に捉えるかについて激しい議論がなされている。

まず、最も根本的な論点として、営利的言論が修正第1条上「低い価値」であるか否かに関するものがある。セントラル・ハドソン事件判決では、営利的言論は修正第1条上「低い価値」であるとされ、それ以後の諸判決は、これを前提とした判決を下してきた。

しかし、通常の新聞とは別に、公道上に立てられたニュースラックでの商業用出版物の頒布許可申請を、交通の安全と景観保持を理由に、市が拒否したことが問題となった、シンチナチ市対ディスカバリー・ネットワーク社事件 (City of Cincinnati v. Discovery Network, Inc.)⁽³⁴⁾ において、合衆国最高

裁は、シンシナチ市の処分が、「営利的言論と非営利的言論の間の区別に関し、従来当裁判所が保障してきたものより、より重大な意味を付与し、営利的言論の価値を深刻なほどに過小評価している」ことを理由として⁽³⁵⁾、修正第1条に違反するものである、と判示した。

さらに、ディスカバリー・ネットワーク社の出版物が「営利的なチラシ (com-mercial handbill)」、新聞のどちらに該当するものか否かを判断するに際して、「独自のカテゴリーとして、営利的言論を明確に分類し得る明確な境界線を引くことの困難さ」を指摘している⁽³⁶⁾。そして、バージニア製菓事件で採用された商取引の目的以外のなにものでもない「営利的言論の中核的観念」を、セントラル・ハドソン事件で採用された「発話者とその聴衆の経済的利益にのみ関係する表現」という定義と比較しつつ、採用した。しかし最高裁はそのような定義が採用されても、当該出版物における編集された内容が営利的言論に該当しないと判断できず、結局、その違いが程度の問題 (matter of degree) であると認めつつ、従来の「良心的な差異」基準に依拠し、セントラル・ハドソン事件基準を適用した。

セントラル・ハドソン事件基準を適用しつつも、合衆国最高裁は「市側が主張するところの市の主要な関心は、公道上のニューズラックの急激的な増加である。しかしながら、その点に関しては、そのニューズラックのなかに、営利的な出版物が入っていようと非営利的な出版物が入っていようとにかかわらず、全てのニューズラックに責任がある。……シンシナチ市は、営利的言論が非営利的言論よりも広範な政府規制の対象になることの典型的な根拠となる所の、原告出版者のニューズラックによって配信された情報に関する規制による商業上の危害の防止についての利益を主張していない」と判示した⁽³⁷⁾。

さらに、前述のエーデンフィールド事件において、合衆国最高裁は「我々の社会的及び文化的生活におけるそれと同様に、商業市場は、思想と情報が満たされているフォーラムを提供する。いくつかの思想及び情報は極めて重要なものであり、一方でわずかな価値しか有しないものもある。しかし、提供された情報の価値を調べるのは発話者及び聴衆であって、政府ではない、というのが基本原則である。したがって、商取引の提案だけでしかないコミュニケーションでさえ、修正第1条の保障の対象となる……。しかし、営利的言論というものには、それが目的とする商業上の妥協と『解けないほど関係づけられた』

(linked inextricably) ものであり、それ故、取引の根底にあるものを規制する州の利益は、表現自体の規制における利益を伴いうる。そのことを理由として、他の表現形態に義務を課す諸法とは異なり、営利的言論を制約する法は、修正第1条上の審査に耐えるために、実質的な政府利益を促進し得るように、合理的な方法で仕立てあげられるだけで良い」として、当該州法を修正第1条に違反すると判示した⁽³⁸⁾。

これらの判決から、営利的言論が修正第1条上他の言論と同様の価値を有するが、営利的言論が特有な危害(unique harm)を有するが故に規制され得る、ということが明らかになった。

しかし、その2ヶ月後、放送上での懸賞広告を制約する連邦法の合憲性が問題となった、エッジ放送会社事件(United States v. Edge Broadcasting Company)⁽³⁹⁾において、合衆国最高裁は「我々の行った諸判示は、伝統的に政府規制の対象とされる領域でなされる商業取引を提案する言論と、他の一連の言論との間に『良識的な』差異を認定してきた。したがって、憲法は、営利的言論に対して憲法上の保護を受ける他の言論よりも低い保護しか与えていない」と全く異なる理由付けを行った⁽⁴⁰⁾。

さらに、エッジ放送会社事件で、合衆国最高裁は「当該規制が、その規制がなければ非効率的な結果しか出さなかったであろう実質的な政府利益を促進する」場合、合理的関連性を有すると判断されたとした。

しかし、ここで注目すべき点として、1996年に合衆国最高裁は、酒類価格広告を全面的に禁止した州法の合憲性が問題となった、44 リカーマート社対ロード・アイランド事件(44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island)⁽⁴¹⁾において、同法が修正第1条に違反すると判示する際、セントラル・ハドソン事件判決基準の適用に消極的な態度を明らかにしたということである。

その理由として、スティーブンス(John P. Stevens)判事執筆の相対多数意見は、「判例法の検討によって、営利的言論規制はそれらが同一の表現形態を対象にするものであることのみを理由として、すべて同一の合憲性審査基準の対象となるものではないことが、明らかになる」とし、「公正な売買過程の維持とは無関係な根拠でもって、真実かつ誤解誘導的でない営利的メッセージの発信を全面的に禁止した場合、修正第1条が通常要求する厳格な審査から離れる理由は、全くない」と述べている。その理由として、同意見は「営利的言

論関係の諸判決は、抑圧するために一定のメッセージを抽出しようとする政府の試みに付随して生じる危害というものと認定してきた。…真実かつ誤解誘導的でない営利的言論を完全に禁止することによって生じる固有の危害というのは、営利的言論と非営利的言論との間に存在する『良心的な諸差異』に訴えることによって、説明し尽くされるものではない」と述べている。

さらに、相対多数意見の消極性を越えて、スカーリア (Antonin Scalia) 及びトーマス (Thomas) 判事共同執筆の判決部分同意意見は、セントラル・ハドソン事件基準の無意味さを論じ、廃止すべきであるとしている。

但し他方で、オコナー (Sandra D. O'Connor) 判事執筆の判決部分同意意見⁽⁴²⁾は、セントラル・ハドソン事件を適用するだけで同州法の違憲性を判断している。

これらの判決から、近時の合衆国最高裁は、営利的言論をさらに細分化し、修正第1条の保護をできるだけ与えようとしていることが明らかになる。

6 テレマーケティング規制の合憲性判断基準をめぐる近時の動向

以上のテレマーケティング規制と情報多様性確保が要請される営利的言論の自由とを比較すると、消費者保護及びプライバシー保護と営利的言論の関係、営利・非営利といった目的による区別の問題、より制限的でない規制方法の可能性といった問題が議論されなければならない。

まず、テレマーケティング規制の根拠となる保護利益として、通常は、「消費者のプライバシー保護」と「(詐欺防止などの)消費者保護」が挙げられているが、近時の合衆国最高裁の動向から、また、カジノ・マーケティング社事件判決に照らしてみると、消費者保護を目的とした規制を行うことは困難なのではないだろうか。1993年法に関する判例が形成されていないので、明言はできないが、消費者保護の観点からの規制には憲法上問題があるのではないだろうか。また一定の非営利団体を規制の対象外とすることが、営利的表現であるがゆえに規制に服さざるを得ないからであるとすれば、これもまた問題である⁽⁴³⁾。

それを反映してか、近時のテレマーケティング規制に関する判例は、唯一前述のディスティネーション事件連邦控訴裁判決が消費者保護を重視した以外は、前述のモーザー事件連邦控訴裁判決に加えて、自動電話呼装置によるテレマー

ケティングを規制するミネソタ州法が問題となった、1995年のバン・バーゲン対ミネソタ州事件 (Van Bergen v. Minnesota)⁽⁴⁴⁾、及び同様な規制を行っていたカリフォルニア州法が問題となった、1996年のブランド対フェッスラー事件 (Bland v. Fessler)⁽⁴⁵⁾と、ともにこれらの規制が営利的言論規制といった内容に基づく規制ではなく、内容に中立的な規制であるとしている。

これらの事件で問題となった州法には、それぞれ例外事項が規定されていたことから、内容に基づく規制ではないか問題となった。しかし、たとえばバン・バーゲン事件においてミネソタ州法は、非営利団体がこの種の電話をかけることを禁止していなかったが、これは内容に基づく規制であるとの原告の主張に対し第8巡回区連邦控訴裁判所は「これらの団体は、夜間における営利目的の勧誘の包括的禁止からのみ除外されたのであって、バン・バーゲンに適用される場所の規定から除外されたのではなく、またバン・バーゲンに適用されることによって、当該例外事項が当該規定を内容に基づいたものとするのではない」と述べ、「当該規定は電話によるコミュニケーションを制限するものではなく、この種の電話がなされる時間と態様を制限しているものである」と判示している⁽⁴⁶⁾。

また、ブランド事件では、「確立された関係 (established relationship)」を有するものとして、いくつかのものを例外事項に含めることの是非が問題となったが、第9巡回区連邦控訴裁判所は、これらの事項は「内容を規制するものであるが、これらの例外事項の全ては、自動電話呼装置による電話を受信することにつき同意を暗に含んでいる関係、又は受信者が聞きたいと思っているメッセージということのどちらか、又はその両方に基づいて区別されている」ものであり、内容に中立的な規制であるとしている。

これらから、この種の電話の規制が内容に関するものではなく、時間や態様に基づく内容中立的な規制であるとすれば、営利的言論保障との難解な問題を解決せずに済むことになる。

テレマーケティング規制が表現の時間や態様による規制であるとしても、プライバシー保護は、「重要な利益 (significant interest)」であることは明らかである。

そこで次に問題となるのは、テレマーケティング規制が「限定的に画定されている (narrowly tailored)」か否か、及び「代替的なコミュニケーション

の余地 (alternative channels of communication)」を残しているか、である。

しかし、この問題には、何をもって「限定的」、「代替的」と捉えるかに関し争いがあり、また、営利的言論規制における合理的関連性基準との関連性も不明確である。

また、1991年法に基づいて制定されたFCC規則自体の合憲性につき、モーター事件連邦控訴裁が「ここでは、非営利目的の自動電話呼を禁止の対象外とするFCC規則についての審査を行わない」⁽⁴⁷⁾としていることから、1991年法自体は内容中立的な規制であっても、FCC規則が営利的言論を制約しているのではないか、といった他の異なった問題が生じるのではないか、との指摘がなされている⁽⁴⁸⁾。この指摘のように、この種の規制が内容中立的なものか否か、営利的言論を規制するものか否かに関する問題は複雑である。

註

- (1) *Edenfield v. Fane*, 507 U.S. 761 (1993).
- (2) アメリカにおけるこの問題を概観するものとして、たとえば、堀部政男「迷惑電話をめぐる法的課題(下)」, ジュリスト998号(1992)73頁参照。
- (3) *In the Matter of Unsolicited Telephone Calls*, 77 FCC 2d 1023 (1980).
- (4) *Schlesinger v. Merrill Lynch*, 567 N.E.2d 912 (Mass. 1991).
- (5) 1993年時点での各州の規制の実態に関しては、See, Rita Marie Cain, *Call Up Someone and Just Say "Buy" — Telemarketing and the Regulatory Environment*, 31 Am. Bus. L. J. 641, Appendix (1993), and also see, Rita Marie Cain, *The State of Telemarketing Regulation in the States*, 9 *Journal of Direct Marketing*, 76 (1995).
- (6) このような制度を採用する州は、フロリダ、オレゴン、マサチューセッツの各州である。Id.
- (7) See, James A. Albert, *The Constitutionality of Requiring Telephone Companies to protect their Subscribers from Telemarketing Calls*, 33 *Santa Clara Law Review*, 51 (1993), at 60.
- (8) Id.
- (9) フロリダ州も同様な方法を採用している。その他の州でも、この二つの方法のいずれかを採用している。たとえば、クーリング・オフ制度は、アリゾナ、フロリダ、ワシントンの各州、署名要件は、カンザス、メリーランドの各州が採用している。See, Id.
- (10) たとえば、オレゴン州最高裁判所は、この種の電話を規制する同州法を

- 同州憲法に基づいて無効とした。Moser v. Frohnmayer, 845 P.2d 1284 (Or. 1993).
- (11) National Funeral Services, Inc. v. Rockefeller, 870 F.2d 136 (4th Cir. 1989).
- (12) Id. at 143
- (13) 同州法の具体的内容に関し, See, State v. Casino Marketing Group Inc, 491 N.W.2d 882 (Minn.1992), cert denied, 113 S. Ct. 1648 (1993).
- (14) State v. Casino Marketing Group Inc, 491 N.W.2d 882 (Minn. 1992), cert denied, 113 S.Ct. 1648 (1993).
- (15) 同法制定に関する関係団体の反応につき, See, James A. Albert, supra, at 62.
- (16) Lindy Skrzycki, Lawmakers Put Nuisance Calls On Hold to Some Phone Lines ; Consumers Must Give Prior Consen to Firms, Wash. Post, Nov. 28, 1991, § D, at 13.
- (17) In the Matter of Rules and Regulations Implementing the Telephone Consumer Protection Act of 1991, 7 FCC Rcd 8752 (1992), at 8754.
- (18) Notice of Proposed Rulemaking, 7 FCC Rcd. 2736 (1992).
- (19) これに応じて, 新聞83社, 25の産業団体, 6つの消費者運動団体, 17の公衆通信事業者を含む, 240団体が意見を提出した。See, 7 FCC Rcd. 8752, at 8785.
- (20) Id, at 8793.
- (21) Moser v. FCC, 826 F. Supp. 360 (D.Or.1993).
- (22) Moser v. FCC, 46 F. 3d 970 (9th Cir. 1995), cer denied, 115 S. Ct. 2615 (1995).
- (23) Destination Ventures, Ltd. v. FCC, 844 F. Supp. 632 (D. Or. 1994), affirmed 46 F. 3d 54 (9th Cir. 1995).
- (24) 60 Fed. Reg. 43842 (1995), codified in 16 CFR part 310.
- (25) Virginia Pharmacy Board v. Virginia Consumer Council, 425 U.S. 748 (1976).
- (26) Id., at 763.
- (27) Id, at 765.
- (28) Id., at 771-772, n.24.
- (29) Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission, 447 U.S. 557 (1980).
- (30) アメリカにおいては, 賭博やアルコール飲料, 煙草, 売春といった「非行行為 (vice activities)」の広告が一般的に規制されている。

- (31) *Metromedia, Inc. v. City of San Diego*, 453 U.S. 490 (1981).
- (32) *Board of trustees of State University of New York v. Fox*, 492 U.S. 469 (1989).
- (33) *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co.*, 478 U.S. 328 (1986).
- (34) *City of Cincinnati v. Discovery Network, Inc.*, 507 U.S. 410, 123 L Ed 2d. 99 (1993).
- (35) *Id.*, at 123 L Ed 2d 109.
- (36) *Id.*
- (37) *Id.* at 123 L Ed 2d 114.
- (38) 507 U.S. at 767.
- (39) *United States v. Edge Broadcasting Company*, 509 U.S. 418 (1993).
- (40) *Id.* at 426.
- (41) *44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island*, 64 U.S. L. W. 4313 (1996).
- (42) レーンクィスト (Rehnquist) 首席判事・ソーター (David H. Souter) 判事・ブレイヤー (Breyer) 判事同調。
- (43) See, Rita Marie Cain, *supra* note. 5, 9 *Journal of Direct Marketing*, 76.
- (44) *Van Bergen v. Minnesota*, 59 F.3d 1541 (CA 8. 1995).
- (45) *Bland v. Fessler*, 64 U.S.L.W. 2625 (1996).
- (46) 59 F.3d 1541, at 1551.
- (47) 46 F. 3d 970, at 973. ちなみに、本件でも、FCC規則の合憲性が争点として提起されたが、事物管轄権を欠くとして却下された。
- (48) See, Deborah L. Hamilton, *The First Amendment Status of Commercial Speech : Why the FCC Regulations Implementing the Telephone Consumer Protection Act of 1991 Are Unconstitutional*, 94 *Mich L. Rev.* 2352 (1996), at 2355.