

不招請勧誘禁止をめぐる法的課題(1)

上 杉 めぐみ

目 次

1. はじめに
 - (1) 本稿の目的
 - (2) 不招請勧誘の禁止を立法化することの意義
 - (3) 禁止対象とする不招請勧誘の種類
2. 不招請勧誘を禁ずる理論的根拠
 - (1) 代替措置
 - (2) 生活権の侵害に対する保護
 - (3) 自己決定権の侵害に対する保護
 - (4) 生活平穩権の侵害に対する保護
3. 営業の自由とその規制
 - (1) 従来の営業の自由に対する制約の概要と問題点
 - (2) 憲法 29 条 2 項の制約基準 (以上, 本号)

1. はじめに

(1) 本稿の目的

消費者の意向を無視し、消費者が希望しないにもかかわらず不意打ちで勧誘することを、一般に「不招請勧誘」という。これまでに、店頭デリバティブ(金融商品取引法(以下「金商法」とする。))38条4号、同法施行令16条の4、商品先物取引法214条9号、同法施行令30条)や宣伝メー

ル（特定電子メールの送信の適正化等に関する法律 3 条）、訪問購入（特定商取引に関する法律 58 条の 6（2012 年 8 月 22 日公布、公布後半年以内施行予定））に対して不招請勧誘の禁止（本稿では、「規制」という場合は再勧誘の禁止も含まれるが、「禁止」とする場合は、再勧誘の禁止は含まないこととする。）を立法化したが、不招請勧誘による被害は先の方野に限定されず、規制対象の拡大を目指すべきとの動きが広がりつつある¹。

もっとも、不招請勧誘の禁止を導入することに対する批判的見解は強く、金融取引でも不招請勧誘の禁止に対しては、自主規制で対応すべきであるという意見²や、極めて例外的な措置にすべきとの意見がみられた³。そこで、金融取引では、狭義の適合性原則がしっかり遵守されれば投資に不適合な者を排除することができるものの、実際には私的自治の原則から狭義の適合性原則違反の効果として無効を導きだすのは困難であることから⁴、

-
- 1 不招請勧誘禁止の立法化にむけた近年の主な活動は以下のとおり。2010 年 8 月 28 日に行われた平成 22 年度近畿弁護士会連合会消費者保護委員会夏期研修会「統一消費者法典の実現をめざして～消費者取引法試案～」では、統一消費者法典の構想が示され、その一環として不招請勧誘禁止の提案がなされた。2011 年 11 月 19 日に日本弁護士連合会シンポジウム「消費者法の課題と展望 不招請勧誘の規制と適合性の原則めぐって」が開催され、不招請勧誘禁止のあり方について検討された。2012 年 2 月 16 日付で、日本弁護士連合会が「消費者契約法日弁連改正試案」をとりまとめ、不招請勧誘禁止のあり方について提案した。
 - 2 金融庁「デリバティブ取引に対する不招請勧誘規制等のあり方について」（平成 22 年 9 月 13 日）1 頁 <<http://www.fsa.go.jp/news/22/syouken/20100913-1/01.pdf>> accessed on 2012.9.7.
 - 3 川口恭久「金融商品取引業者等の行為規制」ジュリ 1368 号 37 頁（2008 年）。
 - 4 金融審議会第一部会「中間整理（第一次）」（平成 11 年 7 月 6 日）17 頁 <http://www.fsa.go.jp/p_mof/singikai/kinyusin/tosin/kin003a.pdf> accessed on 2012.9.3.

不招請勧誘禁止をめぐる法的課題(1)

「適合性原則の遵守をおよそ期待できないような場合」⁵ に、不招請勧誘の禁止を認めることとした。そして、同禁止は「適合性原則の一具体策として、あるいは予防規制として」⁶ の役割を持つと示されている⁷。

このように立法化が実現した金融取引でさえ、限定的に対応する姿勢を見せていることから、消費者取引全般における不招請勧誘を対象にする場合にも、厳格な対応が求められると予想される。しかし、いかなるものが不招請勧誘に該当するか、未だ統一的な定義付けがされておらず、不招請勧誘の禁止が正当化される根拠や立法化の意義に対する研究もそれほど多くはない⁸。

そこで、本稿では、不招請勧誘禁止の適用対象の拡大に向けて、導入における課題を整理したうえで、立法化のあり方について検討していく。

(2) 不招請勧誘の禁止を立法化することの意義

不招請勧誘の禁止を立法化する意義は、年々増加する消費者被害の深刻化のためということで主張されているが、ここでの消費者被害は大きく2つに分けて考えることができる。

5 金融庁「投資サービス法(仮称)に向けて 金融審議会金融分科会第一部会報告」(平成17年12月22日)15頁 <http://www.fsa.go.jp/singi/singi_kinyu/siryu/kinyu/dai1/f-20051222_d1sir/b.pdf> accessed on 2012.9.3.

6 神田秀樹「金融商品取引法の構造」商事1799号49頁(2007年)。

7 適合性の原則との関係性については、宮下修一「適合性原則と民事責任(2)」国民生活研究52巻2号48~49頁(2012年)、後藤巻則「不招請勧誘と消費者の保護」松久三四彦ほか『民法学における古典と革新』(成文堂、2011年)20頁、村本武志「不招請勧誘禁止原理としての適合性原則」消費者法ニュース78号170頁~174頁(2009年)参照。

8 これまでの体系的な研究には、国民生活センター相談調査部編『不招請勧誘の制限に関する調査研究』(2007年)、「特集 不招請勧誘規制」現代消費者法9号(2011年)等がある。

深刻な財産的被害発生の予防

まず、契約締結により生じる財産的被害を予防するという意義がある。消費者取引全般における不招請勧誘の問題点として、事業者による突然の訪問勧誘により消費者が十分に検討できないままに契約を締結させられる不意打ち性、勧誘された消費者が申込みを行うまで退去しない攻撃性、販売員主導の一方的な勧誘により十分な説明がないまま契約を締結してしまう密室性が挙げられており⁹、こうした特徴により、消費者は望まない契約を締結させられてしまう危険性が高い。また、契約を解消する際にも勧誘時の事業者側の説明の問題点を立証することが困難であることや、無店舗販売のため、契約後に事業者と連絡がとれなくなるという被害救済の困難性ということが挙げられている¹⁰。このため、金融取引では、適合性原則違反のように事業者の禁止行為違反を捉えて処分する場合には、処分が後追いになるが、不招請勧誘の禁止という形でルールを設定すると、事業者が顧客を勧誘ただけで行政処分等が可能になり、悪質業者の取締りに強力な効果を発揮することが言われている¹¹。

非財産的損害や僅少損害の予防

もう一つの意義は、非財産的損害や僅少損害を防ぐというものである。すなわち、日常生活を送るうえでは、すべての訪問や電話を相手にしないわけにいかず、訪問販売や電話勧誘販売に対して、その都度対応しなければならぬという煩わしさが生じる。また、契約締結を希望していなくとも訪問販売業者からの勧誘から早く逃れたいがために契約を締結して、後

9 近畿弁護士会連合会消費者保護委員会編「消費者取引法試案 統一消費者法点の実現をめざして」消費者法ニュース別冊 81 頁（2010 年 12 月）。

10 近畿弁護士会連合会・前掲注(9) 81 頁～82 頁。

11 桜井健夫「外国為替証拠金取引」消費者法ニュース 58 号 91 頁（2004 年）。

不招請勧誘禁止をめぐる法的課題(1)

日クーリング・オフにより契約関係を解消する場合、金銭損害は発生していないが、クーリング・オフをするという手間がかかる。こうした煩わしさや手間といったものは、結果的に契約を締結しなかった場合や契約関係を解消できた場合には、損害賠償における損害として算定することは難しく、裁判所に訴えたところで損害が発生していると認定されることはない。また、仮に損害が生じていたとしても僅少であれば、損害を被った者は裁判コストを考慮して訴訟を控えることになる。

こうした問題について、同様の特徴を持つ問題をもとに解決策を検討しようとする場合、いわゆる迷惑メールと呼ばれるスパムメールの規制が参考になる。スパムメールは事業者からの宣伝方法として一方的にメールを送るものであり、受信者のもとにメールが到達した場合、受信者は、不本意ながらも通信料を負担することになり、また、迷惑メールと必要なメールとの選別作業の手間を要することになる。さらには大量のスパムメールを受信することでサーバーがダウンし、重要なメールが受信できなくなるという問題があった¹²。そのため、2002年に特定電子メールの送信の適正化等に関する法律を制定し、オプトアウト方式¹³を採用したが、この方式では、受信者から拒絶の意思表示をされない限りはメールを送信することが可能であった。そして、メールを受信するというだけでは損害として算定できないことから、受信者が裁判所に提訴したという事例はほとんどなかった。それにもかかわらず、政府への迷惑メールに関する苦情は年々増加していき、再度、規制の在り方が見直され、現在のオプトイン方式が

12 今川嘉文「不招請勧誘規制の意義と課題」『消費者取引と法』（民事法研究会、2011年）147頁。

13 一度送信されたメールに対して、今後は送信しないよう拒絶の意思表示を行い、メールを受信しない方法のこと。これに対して、メールの受信を拒絶しない意思表示をした者にのみ広告メールを送信することができるという方法のことを「オプトイン」という。

採られるようになったという経緯がある¹⁴。

このように、不招請勧誘とスパムメールにおける問題は、深刻な消費者被害を招くおそれがあるというだけでなく、消費者が裁判所に提訴しないものの苦情相談としては多く寄せられているという点が共通している。したがって、不招請勧誘による問題を抜本的に解決するためには、立法化が望ましいということになる。

(3) 禁止対象とする不招請勧誘の類型

訪問販売や電話勧誘販売を完全に禁止することにつき、金融取引において適切な活動を行っている事業者からは、顧客に適切な商品の情報を提供できず、事業者側の営業窓口を著しく狭める結果となり、我が国の金融サービスの発展を阻害するとの主張や、日本で個人が投資に向かわないのは、投資に関する知識が十分でないからであり、この状況で不招請勧誘の禁止が強化されると、事業者から個人に対して投資の知識を伝えるという機会が制約され、個人の投資に対する関心をおこすことが難しくなるとの主張がある¹⁵。

しかし、不招請勧誘の禁止は不意打ちの勧誘を禁止するのであって、一

14 オプトイン方式は2008年12月より施行された。施行までの経緯については、迷惑メールへの対応の在り方に関する研究会「迷惑メールへの対応の在り方に関する研究会最終とりまとめ」（平成20年8月28日公表）5頁 <http://warp.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1052035/www.soumu.go.jp/menu_news/s-news/2008/pdf/080828_8_bt2.pdf> accessed on 2012.9.3.

15 神田秀樹ほか「[座談会] 新しい投資サービス法制 金融商品取引法の成立」[田中浩発言] 商事1774号30頁（2006年）、金融庁「平成22年金融商品取引法改正に係る政令・内閣府令案等に対するパブリックコメントの結果等について（別紙）コメントの概要及びコメントに対する金融庁の考え方」（平成22年12月21日）78番、今川・前掲注(12) 166頁。

不招請勧誘禁止をめぐる法的課題(1)

切の宣伝を禁止するわけではないことから、消費者の商品を知る機会是不招請勧誘の禁止により妨げられることにはならないだろう。反対に、こうした商品知識等は、セミナー等で普及させるべきであるとの意見も見られることから¹⁶、不招請勧誘の禁止により、金融サービス発展の阻害や個人の投資に触れる機会を害するという意見には理由がないことになる。

また、金融取引での勧誘受諾意思確認義務（金商法 38 条 4 号）や再勧誘の禁止（金商法 38 条 5 号、商品先物取引法 214 条 5 号）を厳格に運用することで、不招請勧誘を禁止することなく問題に対応することが可能であるとの見方もあるが、それに対しては、専門業者の再勧誘を拒絶することができない投資家が少なくないことがいわれている¹⁷。そうであると、特定商取引法で再勧誘の禁止（17 条）、広告メールの再送信の禁止（12 条の 3）が規定されているほか、宅建業法でも再勧誘の禁止（省令規則 16 条の 12 第 1 項二）が規定されているが、仮にこれらの法律の再勧誘の禁止について「厳格な運用」案を提示したところで、事業者からの再勧誘を拒絶できない消費者にとっては、「厳格な運用」も意味をなさないことになる。

このことから、本稿で想定する不招請勧誘の禁止は、再勧誘の禁止のように一度目の勧誘を認めるとするものでなく、そして、勧誘してもよいかと尋ねることまでも規制することを想定する。こうした勧誘にあたらぬような面会までも禁止の対象に含むことは、過剰な規制ともなりかねないが、勧誘の事前承諾交渉が認められてしまうと、実質的な勧誘と異ならないことになる。既に再勧誘の禁止が規定されているにもかかわらず不招請勧誘による消費者被害は年々増加していることを考慮すれば、禁止を認めるべきことは明白であるだろう。

16 澤飯敦=堀弘=酒井敦史「行為規制」商事 1777 号 16 頁（2006 年）。

17 今川嘉文『投資取引訴訟の理論と実務』（中央経済社、2011 年）102 頁。

2. 不招請勧誘を禁ずる理論的根拠

次に、不招請勧誘を禁ずる理論的根拠であるが、これまでの議論を整理すると、(1) 金融商品という性質上クーリング・オフが認められないことの代替措置、(2) 生存権の侵害に対する保護、(3) 自己決定権の侵害に対する保護、(4) 生活平穩権の侵害に対する保護ということが根拠として挙げられている¹⁸。本稿では、(4)を根拠にすべきとの見解を採るが、以下では各根拠の概要及び問題点について述べたうえで、(4)の内容について検討していく。

(1) 代替措置

金融商品の性質になじまないということで金商法にはクーリング・オフが導入されていない。そこで、金融取引では、勧誘段階において規制をする必要があるとして、不招請勧誘禁止の導入が認められている。しかし、この根拠は金融取引においても次の理由から支持することができない。

たしかに、クーリング・オフは、一度成立した契約を無条件で撤回することができることから、顧客にとって望まない契約関係から離脱するための有効な手段といえる。しかし、事業者が何度も勧誘を行い、顧客となる者が根負けをして契約を締結したような場合、クーリング・オフを思いとどまらせるよう事業者が働きかけることがある¹⁹。また、外国為替証拠金

18 なお、上柳敏郎「金融商品の販売と消費者保護」法時 81 巻 11 号 44 頁 (2009 年) は、「市場の健全性さらには金融システムの保護」のために不招請勧誘の禁止が認められるとしているが、この根拠は、金融市場の特殊性によるものことから、他の取引にも当然にあてはまるものではないと考え、本稿では対象から除外する。

19 社団法人全国消費生活相談員協会「ACAS 判例紹介 訪問販売により締結し

不招請勧誘禁止をめぐる法的課題(1)

取引等多数の消費者被害が発生した金融取引は、勧誘を受けた者がリスクについて理解しないまま受動的に取引を開始していたことが明らかであり、こうした取引については、仮に、事業者からクーリング・オフをしないよう働きかけがなかったとしても、クーリング・オフ行使期間を徒過して、損失が生じてはじめて不適切な契約であったと理解することになるおそれがある²⁰。

こうした例を考慮すると、仮に金融取引においてクーリング・オフ制度が設けられていたとしても、不招請勧誘の禁止を導入する必要があるといえ²¹、クーリング・オフの代替手段を不招請勧誘の禁止の根拠として説明することはできない。したがって、クーリング・オフが導入されている一般的な消費者取引においても不招請勧誘を禁止すべきであるといえる²²。

(2) 生存権の侵害に対する保護

特にリスクの高い金融取引で、取引の意味を理解し、リスクを負担するに足りるだけの知識や財産をもたない者を勧誘する場合、取引のリスクが現実化すると、勧誘された者の生活基盤が失われることになる。そこで、不意打ちで適合性を欠く者を取引に引き入れた場合には、財産権もしくは

た売買契約を、契約1年後に、退去妨害により困惑してなされた意思表示を根拠に取消して、クレジット既払い金全額を取戻した裁判外和解の事例 和解期日平成20年9月16日」<<http://www.zenso.or.jp/files/jacas124.pdf>> accessed on 2012.9.3.

20 今川・前掲注⁽¹²⁾ 155頁。

21 滝沢昌彦「契約環境に対する消費者の権利 自己決定とプライバシー」『現代の法 13 消費生活と法』(岩波書店、1997年) 95頁。

22 特定商取引法に新たに規制の対象として導入された訪問購入に対して、不招請勧誘の禁止とクーリング・オフ制度が共に規定されている。このことから、不招請勧誘の禁止は、クーリング・オフの代替手段ではないといえる。

生存権を侵害ないし危殆化したことを公序良俗違反として捉えて、生存権の侵害の危殆化を防ぐために不招請勧誘を禁止しようとするのが説明されている²³。この生存権の侵害を根拠とする場合、勧誘された者に取引のリスクに耐えられるだけの財産がないことが問題であり、意思決定そのものが瑕疵なく行われたとしても、なお保護が要請されるとすることになる²⁴。

また、金融取引に限らず一般的な取引でも、不招請勧誘により契約を締結し、被害を受けた者は、再び不招請勧誘を受け、二次的（さらには三次的）な被害を受ける可能性が高く²⁵、生活基盤を損ないかねない。したがって、悪質な業者からの接触を断つことのできる不招請勧誘の禁止を設けるべきということになる。

しかし、生存権の侵害に対する保護を根拠とする場合、不招請勧誘により財産的被害が発生したとしても、生活基盤を喪失するまでに至らない被害額であった場合には、規制の目的から外れることになることから、禁止できない勧誘というものがあることになる。例えば、2万円程度の契約金なら仕方ないと泣き寝入りするように、僅少損害となる不招請勧誘についてはこの生存権の侵害を根拠に不招請勧誘を禁止することが認められず、上記に掲げた立法化の意義に反することになる。また、不招請勧誘により生存権が侵害されたといえるのは結果論であり、いずれ生活基盤を喪失するという危殆化の認定基準を設けることは不可能に等しく、そうした生存権への侵害を不招請勧誘を禁止することの正当化根拠にすべきではないだ

23 後藤・前掲注(7) 19～20頁、潮見佳男『契約法理の現代化』（有斐閣、2004年）122頁。

24 山本敬三「民法における『合意の瑕疵』論の展開とその検討」榎瀬孝雄編『契約法理と契約慣行』（弘文堂、1999年）171頁～172頁。

25 国民生活センター「二次被害」（2012年8月31日公表）<http://www.kokusen.go.jp/soudan_topics/data/damage.html> accessed on 2012.9.3.

ろう。以上より、生存権の侵害に対する保護を不招請勧誘を禁ずる根拠とすることは難しいといえる。

(3) 自己決定権の侵害に対する保護

自己決定権と生活平穩権の区別

予告もなく突如自宅に訪れ、事業者の巧みな話術に乗せられ、結果的に不本意な契約を締結させられた場合、その契約締結を事業者による意思決定の誘導と捉えたならば、そうして成立した契約は、自己決定権が侵害されていると捉えることもできる²⁶。こうした自己決定権の侵害は、後に検討する生活平穩権と同意義に扱うこともできるが、本稿では次に挙げる理由から、両者を区別して検討していく。

まず、両者は人格権の一種とされる。日本において人格権を直接規定したものは見られないが、人格権については、「人間の尊厳に由来し、人格の自由な展開および個人の自律的決定の保護を目的とするとともに、個人の私的領域の平穩に対する保護を目的とする権利」²⁷と定義付けされている。このように人格権は包括的概念であることから、「身体的人格権」と「精神的人格権」とに分類され²⁸、近年は、後者の人格権をプライバシーの権利として捉える見解が多数となっている。

ところで、プライバシーの権利について、アメリカではじめて主張された1960年代には「ひとりぼっちでほっておいてもらう権利」²⁹として認

26 梅本剛正ほか「業者の禁止行為・特定投資家」証券取引法研究会編『金融商品取引法の検討(1)』(別冊商事法務308号)144頁[梅本剛正報告]。

27 潮見佳男『不法行為法 [第2版]』(信山社,2009年)194頁。

28 五十嵐清『人格権法概説』(有斐閣,2003年)19頁では、生命・身体・健康など人間の身体的属性に対する権利を「身体的人格権」とし、他方、名誉権、氏名権、肖像権、プライバシー権等を「精神的人格権」としている。

29 松井茂記『マス・メディア法入門 [第4版]』(日本評論社,2008年)138頁。

識され、日本でも、判例が「私生活にみだりに干渉されない権利」³⁰ というように判示し、人の私生活空間について他人による干渉からの保護を求めることができる権利として定義されている³¹。しかし、その後、プライバシーの権利に対する概念が発展し、1970年代には、「自己の情報をコントロールする権利」、そして、1980年代以降は「私事についての人格的自律権・自己決定権」という認識へと発展していった³²。こうした経緯によれば、自己決定権と生活平穩権は、精神的人格権ということで共通するが、自己決定権は、契約関係に入るにあたり自由な判断を行い、また契約内容についても自由な判断に基づいて相手方と交渉し、決定することが保証されるべきであるというプライバシーの権利の積極的意味を有するものであるが、他方で、生活平穩権はプライバシーの権利の初期的概念である「ほっておいてもらう」という消極的意味合いを有することから、両者は概念的に区別すべきだろう³³。

30 「宴のあと」事件。東京地判昭和39年9月28日判時385号12頁。

31 潮見・前掲注(27) 196頁。

32 五十嵐・前掲注(28) 205頁。

33 ほかに両者を区別すべきとする見解は、次のとおり。吉田克己『現代市民社会と民法学』（日本評論社、1999年）172頁は、自己決定権には「ひとりほっておいてもらう権利」という狭義の意味をもつにとどまらないとして、両者を別の概念として取り扱うべきとしている。松井茂記「プライバシーの権利について」ひろば41巻3号35頁（1988年）は、裁判所によるプライバシー権保護という側面で考えると、情報プライバシー権については、裁判所が憲法上の基本的人権と承認すべきだと考えるが、自己決定権はそこまでの権利性が認められず、一緒にすると、プライバシー権自体の権利性が認められなくなるとして、両者を区別すべきと主張している。また、吉村良一「『自己決定権』論の現代的意義・覚書」立命館法学260号124頁（1998年）は、私生活を重要な要素とする点では、両者は密接に関連しているが、秘密性を本質的な特徴としていない点で自己決定権はプライバシーには属さないとしている。

上記の区別を踏まえると、自己決定権の侵害に対する保護として不招請勧誘が禁止されることは、一人にしてみても権利が害されている状況下では、満足な自己決定は期待できないことから、満足な自己決定を行えるような環境を整備するための手段として説明されることになる³⁴。

同説の問題点

先にも述べたが、金融取引に興味がなく、また、詳しくない者にそもそも問題のあるような高リスク商品が販売されたような場合には、クーリング・オフのように契約について熟考する機会が顧客に与えられていたところで、その問題性を見抜くことができず、クーリング・オフをしないことも考えられる。この場合、事業者の適合性原則違反の問題として捉えられるが、適合性原則を遵守しない悪質な事業者は、行政処分等で対応する際には既に倒産等により事務所をたたみ、処分できないということもありうる。また、各事業者は「顧客カード」を作成して適合性原則を遵守しようと努めているが、事業者都合のよい内容を記載させたり、顧客カードが更新されない等の可能性がある。しかし、これに対する監督官庁の審査権限には限界があることから、実効性に疑問があるとされ、悪質な事業者でなくとも自己決定権の侵害に対する保護として不招請勧誘を禁ずることの正当性が主張されている³⁵。

もっとも、金融取引は特殊な性質を持つものであるから、金融取引でのことがそのまま取引全般にも妥当するとは限らない。例えば、事業者から勧誘を受ける者は、事業者ほどの知識や経験を有していないことから、事業者からの説明に依拠して契約内容を理解することになり、事業者からの

34 満足な自己決定が行えるよう接触を試みることで、結果的に不招請勧誘になるというジレンマがおこるため、本説を根拠とするためには、同状況で生じている矛盾をうまく説明できることにかかってくるだろう。

35 今川・前掲注(12) 171頁。

説明に頼るところが大きくなる。したがって、一度きりの訪問で自己責任の原則を貫徹できるほどの自己決定はあまり望めない。一方で、金融以外の取引では、例えば布団や着物等の物品販売の勧誘につき、不招請勧誘であったとしても現物を確認しながら交渉を経て十分納得して自己決定できることもある。そうして納得して自己決定したものの、数日後に自己都合により契約関係を解消したいと希望した場合、クーリング・オフ期間内であれば当然解消できるが、自らの手続不備でクーリング・オフ期間を経過して契約解消ができなくなった場合にも、事業者からの勧誘方法が不招請勧誘であったというだけで決定を覆すということを認めてしまうのは、消費者に対して過剰な保護になるとと思われる。

以上より、自己決定権の侵害に対する保護ということで不招請勧誘の禁止を認めることにつき、金融取引以外では適当でないことも想定される。

(4) 生活平穩権の侵害に対する保護

訪問販売や電話勧誘販売における事業者の勧誘は、無断で消費者の私的領域に入り、生活環境の静謐さを害することから、事業者の不招請勧誘は、消費者の生活環境における静謐さを求める権利、すなわち、生活平穩権を侵害しているということで、同侵害に対する保護として不招請勧誘を禁止する正当性が主張されている。本稿では、同見解に分類されるものがこれまでに複数あることから、各説の提唱された時期とそれに基づく特徴を整理し、生活平穩権とは何かという点を検討していく。

学説の発展

(a) 浜上説³⁶

1970年代に訪問販売による勧誘方法が増加したものの、当時、クーリ

36 浜上則雄「いわけゆるクレジット販売と消費者保護(2)」NBL240号34頁(1981年)。

ング・オフ制度がなく、消費者被害が増大していたことが契機となり、1976年に「訪問販売等に関する法律」が制定された。しかし、アポイントメントセールスにより割賦販売を締結させた場合等はクーリング・オフが認められないというようにクーリング・オフの制度が十分でなかったことから、はじめて不招請勧誘の問題について検討したのが浜上説である。同説では、キャッチセールスや強引な訪問販売は、民法709条の人格権侵害であり、このときの損害賠償の方法としては金銭賠償に固執する必要はなく、消費者は、完全な損害賠償の方法として契約からの解放を請求できると説明している。

(b) 長尾説³⁷

浜上説から少しあとに提唱されたのが長尾説である。同説は、クーリング・オフ制度が導入されていなかったキャッチセールスを取り上げ、不招請勧誘の問題点につき詳細な検討をしている³⁸。同説によると、「訪問販売、キャッチセールス、電話による勧誘では消費者があらかじめ意図して接触し交渉にのぞむのとは異なり、何らの準備なく事業者との交渉にひきよせられることになる。それだけでも、予定の生活が中断し正常な生活過程に変更もたらされることとなる。その勧誘が頻度、時間帯、場所について許容されている限度を超えてなされるとき、消費者の平穏な生活を明らかに侵害するものと評価できよう」³⁹として、不招請勧誘の問題点につき、閉ざされた取引環境で契約を締結させられることと指摘した。そして、事業者による消費者の平穏な生活への侵害を防ぐために、訪問販売等により

37 長尾治助『消費者私法の原理』（有斐閣、1992年）252頁は、不招請勧誘を「精神的自由を害するもの」と称している。初出は、長尾治助「閉ざされた取引と消費者の締約交渉権（上）（下）」NBL330, 331号（1985年）。

38 なお、こうした主張をうけ、1988年にキャッチセールスにクーリング・オフ制度が導入された。

39 長尾・前掲注³⁷ 253頁。

契約することを望む事業者には、「最低限、消費者が開かれた取引関係においてもつと同様な状況に消費者をたたせるように配慮する義務がある」とし、消費者側からは、「先に被害の形態として指摘した内心の自由、生活の静穏を害することがないような、開かれた取引関係におけるのと同様の状況において消費者が交渉できることの保障を事業者に要求できてよい」⁴⁰ と示した。

(c) 滝川説⁴¹

本説は、クーリング・オフ制度が一定程度導入されている状況でも不招請勧誘による問題点があるということを指摘し、消費者がより積極的に取引環境を形成する主体となれるよう、契約締結段階での規制の在り方について検討しようと試みている。まず、同説では訪問販売、キャッチセールス、電話勧誘販売による問題が「訪問販売により業者の影響から逃れて考え直す『熟考の場』がなくなるので自己決定権が侵害されていることになるのは明らか」としたうえで、不招請勧誘はこれに尽きず、「個人の私的領域が、個人の尊厳に直接つながる人格的利益として重要な意義を有」し、「したがって、拒否にもかかわらず執拗に勧誘行為を繰り返すこと自体その意味からも違法であり、個人の平穏な私生活を乱すものとしてプライバシーの侵害になると考えられる」とした。そして、こうした勧誘は不法行為として損害賠償を発生させたり、法律行為に効力がないとするような保護の具体策を提示している。

(d) 後藤説⁴²

後藤説は、(b)の長尾説及び消費者契約法立法過程における議論⁴³が、

40 長尾・前掲注³⁷ 318頁。

41 滝沢・前掲注²¹ 96頁。

42 後藤巻則「我が国における不招請勧誘規制のあり方」現代消費者法9号41頁(2011年)、後藤巻則「契約締結過程の規律の進展と消費者契約法」NBL958号

「困惑」惹起行為によって害される消費者の利益を「消費者の私生活又は業務の平穩」と捉えていることをもとに、「私生活の平穩」は、プライバシー

39 頁 (2011 年)、後藤巻則「消費者のパラドックス」法時 80 卷 1 号 36 頁 (2008 年)、後藤巻則「企業と消費者保護」NBL872 号 18 頁 (2008 年)。

43 消費者が希望しない場合においても執拗に勧誘する行為について、消費者のプライバシー侵害の面から捉えて対応するべきとしている (内閣府国民生活局編『21 世紀型の消費者政策のあり方について』(国立印刷局, 2003 年) 21 頁)。消費者契約法立法段階での不招請勧誘禁止規制に対する発言は以下のとおり。

- ・松本恒雄委員「引きずり込み型あるいは不招請勧誘型については、むしろプライバシー保護などと絡んでいきますから、消費者保護基本法の中に消費者の個人情報保護的なあるいは消費者のプライバシーは十分守られなければならないという、個人情報だけではなくて私生活圏に事業者がずかずかと許可もとらないで入ってくるタイプのことも少し念頭に置いたような、個人の消費者の私生活の保護あるいは個人情報の保護を入れた、あわせたような趣旨の一般的な原則規定を置くというのも考えられていいかと思います。」(第 18 次国生審議会消費者政策部会第 7 回発言)
- ・加藤真代委員「迷惑メールを受ける人の迷惑というものを起点とした根本的な解決方法を私たちは希望していますし、総務省も考えてはくれるかもしれませんが、これも一つのプライバシーだと思いますが、生活権を侵害するような不招請な行為はいけないんだという根本的な理念がどこかに貫徹する必要がありますのではないかと考えております。」(第 18 次国生審消費者政策部会第 8 回発言)
- ・中村消費者企画課長「消費者が全く希望しない場合でも執拗に勧誘するような行為、不招請勧誘という言い方もされておりますが、そういうものについて現在でも一定の規定がなされておりますけれども、こういうものについて今後どのようにさらに規制を考えていくのか。あるいはそもそもこういうものは消費者のプライバシーあるいは生活権の侵害というらえ方もできますので、そういうらえ方も含めてどういう規制に充実していくのがいいのかということを考えていく必要があるだろう。」(第 18 次国生審消費者政策部会第 12 回発言)

シー権として法的に保護される。」⁴⁴ としている。そして、「自己決定権がプライバシー権に含まれているかどうかにかかわらず、私生活の平穩が害されて、『自由な意思決定』が確保されていない環境下においては、『明確な認識に基づく意思決定』にかかわる情報提供も無意味である」⁴⁵ と述べ、私生活の平穩は、自己決定権の保護の前提であることから不招請勧誘の禁止を認めるべきであるとしている。

また、同説は、国民生活センターに寄せられた不招請勧誘に関する消費者相談事例に基づき、不招請勧誘の問題点を消費者に対する攻撃性、消費者に対する情報不足、消費者の生存権の侵害と分類したうえで、執拗な面会の差止めを認めた裁判例を根拠として不招請勧誘を禁止する正当性及び禁止のあり方を主張しており⁴⁶、理論と実務の双方から検討している。このことから、現時点では有力な考え方として位置付けられている。

もっとも、後藤説で不招請勧誘の禁止が正当化される根拠として挙げている裁判例について、詳細な検討は下記で行うが、妥当なものではないと考えられる。例えば、婚外子を認知した父親に対して子供の母親が子供の代理人として面会を要求した場合、父親には対応すべき義務があるものの、後藤説が取り上げている事例は、当該要求が過剰であるために面会に対する差止めが認められたというものであることから、同裁判例を基準としたならば、差止めが認められるのは、行為の執拗性が認められた場合であり、勧誘の時間帯が適正で、勧誘の頻度が低ければ、平穩を害さない勧誘となり⁴⁷、一度きりの不招請勧誘を禁止することは難しくなる。本稿で対象としている事業者の訪問販売等の不招請勧誘は、先に述べた父親が子供やそ

44 後藤・前掲注(7) 17 頁。

45 後藤・前掲注(7) 18 頁。

46 後藤・前掲注(7) 3 頁～5 頁、18 頁。

47 今川・前掲注(12) 170 頁。

の代理人に対応すべき義務がある場合とは異なることから、一回限りの勧誘でも生活平穩権が侵害されるとして禁止が認められるべきである。したがって、同説を全面的に支持することは難しい。

(e) 今川説⁴⁸

本説は、「……人は、日常において見たくないものを見ず、聞きたくないものを聞かない自由を、本来的に有している。」とし、「私生活の平穩が保護の対象であるため、契約の締結に至らない場合においても訪問および電話勧誘により、その被害が生じる。」として不招請勧誘の禁止を正当化していることから、プライバシー権の原点的概念を根拠としていると捉えることができる。

私生活の平穩に対する侵害につき違法性を認めた裁判例

次に、上記の各説で引用されている裁判例を取り上げ、その内容を検討していく。

(a) 横浜地判昭和53年4月19日判タ368号311頁

妻のある男性X(原告)は、海外勤務中、他の女性Y(被告)と肉体的関係を持ったが、帰国後Yとの関係を断った。その後YはXの子供を出産し、Xに認知すれば後は連絡をとらないとした。しかし、Xの認知の過程での態度やXが平穩な家庭生活を営んでいることにYは嫉妬し、Xに対してYを妻として認め、週三回の訪問や子どもへの愛情を示すよう執拗に面会を求めて、自宅や会社に立ち入ったり、頻繁に電話をするなどしたことから、Xはまともに相手ができなくなり、Yの立入りや架電の差止めを求めた。

裁判所は「……人は誰でも何人にも妨げられることなくして平穩にその日常生活を営むことができるのであって、何人かが故意または過失により

48 今川・前掲注(12) 168頁～169頁。

平穩裡に営まれている他人の日常生活を妨害した場合には、その程度、様態の如何によっては不法行為が成立すると解される……」（下線部は筆者による。以下同様。）と判断した。そして、「次に人が日常生活を営むうえで享受する前述のような利益は人格権ないし人格的利益の一つであって人それぞれに固有の排他的支配権としての性質を有するものであるから、現にこれが何人かによって侵害されている場合には、所有権その他の物権におけると同様、単にそれが侵害されたことによる損害賠償の請求ばかりでなく、人格権ないし人格的利益に基づく妨害排除として直接侵害行為の差止めを請求しうるものと解するのが相当である……。」とした。

(b) 東京地判昭和 55 年 4 月 1 日判時 966 号 65 頁

貸金債権等に基づき、Y（被告：貸金業者）が債務者たる X ら（原告：主婦及びその夫）に対して、電報により返済の催告をしたことにつき、裁判所は、「債権者が、いかに正当な貸金等債権の回収をはかる目的に出たものとはいえ、特別の事由もないのに、一般市民の就寝時間である午前 0 時頃から午前 6 時頃までの時間帯をことさらに選んで、約 1 か月の間 3 日にあけず、債務者とその配偶者に対し支払請求の打電をすることは、債務者とその家族の正当に保護されるべき生活の静穏等の利益を不当に侵害するものであり、債権行使の方法として許されるべき範囲を逸脱し、違法であるといわなければならない。」として、Y の当該打電行為は違法であるからと、X らに対する、不法行為に基づく損害賠償義務を認めた。

(c) 大阪地判昭和 56 年 3 月 30 日判時 1029 号 104 頁

X（原告）は、サラ金業者 20 社からの借入れが 120 万円となり、家庭生活が破綻するに至ったが、再起をはかるため、X の両親の近所の社宅に移転した。ところが、Y（被告：サラ金業者）は、X の両親宅へ度々電話をかけて、X の所在を尋ねるとともに本件契約に基づく債務の支払をするようにとの伝言を依頼したが、その応対をしてきた X の母親に対し、「金を返せ。泥棒。盗人。」「子供が払えないなら親が返せ。」などの脅

不招請勧誘禁止をめぐる法的課題(1)

迫的言辞をはいたり、また、Xの社宅やXの両親方へ、赤マジックで催告文言が大書された督促状(葉書)をしばしば郵送したため、Xがサラ金業者から取立てを受けていることを勤務先の会社の社長などに知られ、Xは社長よりその事情を聞かれ、信用を傷つけられた思いで肩身が狭く、かつ身内の者を巻添えにしたYの取立て行為のため精神的に甚だしく悩まされた。

これにつき、裁判所は次のように判断した。「……Yはサラ金業者であって、利息制限法所定の制限を超過する利息および遅延損害金を支払う旨の約定は無効であって、右超過支払分は当然に元本の弁済に充当すべきであり、それによらない請求は裁判をしても許容されないことを十分承知していたものと推認されるところ、Yは客観的に存在する債務額を大幅に逸脱した違法な債務金の支払を督促したものであって、その主観的意図は不当であり、権利行使の名に値しないものである。

本件督促状は、Yの通常の執務状態からしても異常な、赤マジックで督促文言を大書したものであって、そのなかには威圧的な調子のものがあり、かつ葉書であったためXとしては常に人目を恐れなければならなくなり、現に社長などにサラ金業者から取立てを受けていることを知られて大いに面目を失ったなどの事態を招来し、ついには弁護士Aに委任して本訴を提起しなければならないことになり、それに伴う精神的負担を荷わせられるに至ったものであって、督促の手段、方法にも不当なものがあつた。

以上の諸事情を総合すると、Yが営業行為として従業員を通じてなした本件取立て行為は、社会通念上許容される範囲を逸脱しており、不法行為を構成するものと解すべきである。」

(d) 東京地判平成2年11月28日判タ764号219頁

昭和50年にX(原告)とY(被告)は婚姻外関係にあり、翌年Yは婚外子を出産し、Xは子供を認知、養育費等の負担をしていた。しかし昭和59年頃より養育費の増額を求め、しきりにYが、Xの勤務している病

院や自宅に押し掛けて、X に対し金銭を要求し、X がこれを断ると X の友人、知人、親族、恩師に対して X の名誉を毀損する内容の言動をしていたことから、X は Y に対して慰謝料を請求した。裁判所は、「Y の右一連の行為は常軌を逸し、執ようで、もはや権利行使の方法として許された範囲を超えており、X の正当に保護されるべき名誉、信用、医師としての体面、平穏な生活を営む権利を不当に侵害する不法行為というべきである」とした。

(e) 東京地判平成 11 年 8 月 27 日判タ 1060 号 228 頁

Y (被告) らが、女優である X (原告) が宗教団体の広告塔となり、霊感商法に関与しているとの報道を受けて、X の自宅付近で X を誹謗中傷する街宣活動等をしたことにつき、裁判所は、「何人も生命、身体、財産等を侵されることなく平穏に生活する人格権を有し、かかる人格権が著しく侵害され、かつ将来も侵害されるおそれがある場合には、加害者に対し、現に行われている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差し止めを求めることができる」と判断した。

生活平穏権という利益

以上、生活平穏権に関する学説、裁判例の整理をしたことを踏まえ、生活平穏権を根拠にする場合について検討していく。

裁判例 (a) を確認すると、Y は X の子供の母親であり、子供の権利を主張することが認められるものの、それをハラスメント (嫌がらせ) 的に行使した点が同事例では問題視されたものといえる。また、裁判例 (d) も、X と子供の関係が存続する以上、Y は子供の代理人という立場で現れることから、X は正当に要求してきたならば無碍に対応することはできないという状況にあった。したがって、両事例の Y は、本来であれば適正な権利を有していたものの、社会通念上許容される範囲を超えて行使したために、X からの差し止めが認められたということになる。

不招請勧誘禁止をめぐる法的課題(1)

この点、裁判例(b)(c)にも同じことが言える。取立行為自体は貸金業者の正当な権利であるが、過酷な取立てが横行し、サラ金地獄と呼ばれる社会問題が発生したことから、両裁判例以降、債務者等の保護を目的として、債権者として社会通念上許される限度を逸脱した取締行為を禁止するために、「人を威迫し、その私生活もしくは業務の平穩を害するような言動により、その者を困惑させ」るような取立行為が禁止されるようになった経緯がある⁴⁹。

このことから、以上の4裁判例を一般的な契約における不招請勧誘の禁止の基準とすることは妥当でないと考える。

では、本稿では、不招請勧誘の禁止により保護される生活平穩権をどのようなものとして捉えるべきか。まず、一律に不招請勧誘の禁止を認めるべきとしていることで、自己決定権が侵害されるおそれのない者をも保護することになり、自己決定権とは別の利益を保護することになる。そして、一度きりの勧誘さえも認めないとするのは、事業者が私的空間に侵入することを認めないということになり、したがって、不招請勧誘の禁止が保護しようとする生活平穩権は、「ひとりぼっちでほっておいてもらう権利」という初期のプライバシー権の概念が妥当するものと考えられる。そうであれば、個人の平穩な私生活を乱すものをプライバシーの侵害と捉えている裁判例(e)の考え方が、本稿での立場と親和性があるように思われる。

なお、上記のように生活平穩権を捉えた場合、新幹線のワゴン販売や飛行機の機内販売も不招請勧誘に含まれることになるが、公共の場所では、プライバシー権に対する制約の度合いも強まるとされ、不招請勧誘の禁止

49 取立てにおける禁止行為として新たに21条が導入された貸金業規制法は、1983年11月1日から施行された。森泉章編『貸金業規制法 [第4版]』（一粒社、1993年）139頁。

の対象には含まれないことになるだろう⁵⁰。

3. 営業の自由とその規制

従来の民法の下では、執拗な面会等に対してのみ当該接近行為の禁止（差止め）が認められることになるが、不招請勧誘の禁止を導入する場合、一度限りの勧誘をも排斥することになる。このことは、事業者の営業活動を制限することになり、憲法上の権利を侵害しかねない。そこで、以下では、一度の勧誘をも禁止することのできる不招請勧誘禁止の合憲性について検討していく。

(1) 従来の営業の自由に対する制約の概要と問題点

不招請勧誘を禁ずることの合憲性について、次のように説明がなされていた。まず、事業者が店舗で販売するのではなく、自ら顧客となりうる者の自宅等に出向き勧誘するというように、自分でどのような営業活動をするか選択するというような「営業の自由」については、職業選択の自由（憲法 22 条）に含まれる。ところで、憲法の保障する権利は精神的自由と経済的自由とに分けられる。そして、営業の自由は、経済的自由に該当するのだが、表現の自由のような精神的自由とは異なり、基本的人権ではないとされ、経済的自由は立法府の裁量を考慮して緩やかな基準で制約の審査をするのに対し、精神的自由はより厳格な基準により審査を行うという枠組みが提唱されてきた。この枠組みを、いわゆる「二重の基準」論と呼び⁵¹、憲法上、営業の自由については、その制約が認められやすいとして

50 「囚われの聴衆」事件。最判昭和 63 年 12 月 20 日集民 155 号 377 頁。

51 芦部信喜著＝高橋和之補訂『憲法 [第 5 版]』（岩波書店，2011 年）103～105 頁。

いる。不招請勧誘の禁止もこの二重の基準論を根拠に正当化されるとしている⁵²。

しかし、二重の基準論は、以前は有力な学説として支持されていたが、現在では、その問題点が指摘されており、学説では支持が得られず、最高裁においても二重の基準論に対して否定的との指摘もみられ⁵³、二重の基準論とは別の枠組みで制約の合憲性を審査すべきとの見方が強まっている⁵⁴。

したがって、不招請勧誘の禁止について、経済的自由であるから制約が認められやすいとするこれまでの論拠とは別の枠組みを検討する必要がある。

(2) 憲法 29 条 2 項の制約基準

そこで、改めて営業の自由の意義を確認すると、営業の自由は、憲法 22 条の職業選択の自由が当然に根拠となるものではなく、財産権を保障する憲法 29 条に根拠を置くものであるという見解が近年有力になってきていることがわかる⁵⁵。なかには、営業の自由とは、歴史的には私的独占や同業組合的営業制限の排除を意味するもので、資本制度に生ける公序として追求されたものであることから、職業選択の自由の中に営業の自由を含め

52 後藤・前掲注(7) 16 頁, 今川・前掲注(12) 169 頁。

53 小山剛『「憲法上の権利」の作法 [新版]』(尚学社, 2011 年) 89 頁。

54 小山・前掲注(53) 86 頁。

55 樋口陽一ほか『注釈日本国憲法 上巻』(青林書院新社, 1984 年) 514 頁, 浦部法穂『新版憲法学教室』(日本評論社, 1994 年) 274 頁~275 頁, 中村睦男「社会経済政策としてなされる営業規制」『憲法判例百選 [第 5 版]』別冊ジュリスト 186 号 (2007 年) 205 頁, 渋谷秀樹『憲法』(有斐閣, 2007 年) 210 頁, 今村成和「『営業の自由』と公的規制」ジュリ 460 号 41 頁 (1970 年)。

ることに反対する見解もある⁵⁶。

いずれの条文を根拠にした場合にも、公共の福祉との関係で制約が認められるが、その枠組みは多少異なっている。まず、憲法 22 条に基づく営業の自由は、他人の生活に密接な関連を有していることから⁵⁷、主として国民の生命及び健康に対する危険の防止、除去、緩和のために規制が認められている⁵⁸。

一方で、憲法 29 条に基づく営業の自由について、資本財としての財産権行使の自由には、自由主義経済としての役割があることから、高度の統制を必要としているとして、政策的制約が認められることになる⁵⁹。この枠組みによれば、たとえば、市場の独占を防止しようとする独占禁止法制は、公正かつ自由な競争を促進し、市場メカニズムを正しく機能させることで、事業者及び消費者の利益が確保されることになることから、営業の自由の「制約」と捉えるのではなく、むしろ営業の自由の実態を確保するものと捉える余地があり⁶⁰、その結果、社会全体の利益を図るため、2 項に「公共の福祉」という基準を設けて、積極的に制約が認められるべきとされている⁶¹。不招請勧誘の禁止の目的である消費者被害の救済を社会全体の利益を図るためのものと捉えたならば、憲法 29 条 2 項に基づき制約

56 岡田与好『経済的自由主義 資本主義と自由』（東京大学出版会、1987年）50頁。

57 今村成和『現代の行政と行政法の理論』（有斐閣、1972年）92頁。

58 憲法 22 条 2 項適用の是非について判断したものには、公衆浴場の適正配置規制（最大判昭和 30 年 1 月 26 日）、医業類似行為規制（最大判昭和 35 年 1 月 27 日）、薬局開設の距離制限（最大判昭和 50 年 4 月 30 日）等がある。

59 樋口・前掲注(55) 514 頁、今村・前掲注(57) 92 頁。

60 長谷部恭男『憲法 [第 5 版]』（新世社、2011 年）228 頁、今村・前掲注(57) 92 頁、94 頁。

61 浦部・前掲注(55) 277 頁、長谷部・前掲注(60) 228 頁。

の合憲性を検討するのが妥当であろう。

さて、憲法 29 条 2 項は「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める。」としている。同項の解釈につき、最高裁⁶²は、まず、「社会的経済活動の基礎をなす国民の個々の財産権につきこれを基本的人権として保障するとともに、社会全体の利益を考慮して財産権について規制をくわえることができる」と判示し、「規制の目的、必要性、内容、その規制によつて制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較考量して決すべきものである」としたうえで、立法府の判断を尊重すべきとして、「立法の目的が公共の福祉に合致しないことが明らかである」か、または、「規制目的が公共の福祉に合致するものであっても規制手段が右目的を達成するための手段として必要性若しくは合理性に欠けていることが明らかであって、そのため立法府の判断が合理的裁量の範囲を超えるものとなる場合に限り」、憲法 29 条に反し無効になるとした。

上記判決以降の最高裁（たとえば、インサイダー取引の規制⁶³や消費者

62 森林法違憲判決。最大判昭和 62 年 4 月 22 日民集 41 卷 3 号 408 頁。

63 最大判平成 14 年 2 月 13 日民集 56 卷 2 号 331 頁。同事例では、インサイダー取引規制が憲法 29 条 2 項にいう公共の福祉に適合するものとして是認されるかについて、まず、インサイダー取引は「証券取引市場における公平性、公正性を著しく害し、一般投資家の利益と証券取引市場に対する信頼を損なうものであるから、これを防止する必要があるものといわなければならない」としたうえで、インサイダー取引を防止することで、証券取引市場の公平性、公正性を維持するとともに、これに対する一般投資家の信頼を確保することができ、このような目的が正当化を有するとしている。そして、規制手段につき、特定有価証券等の売買禁止するものではなく、インサイダー取引によって利益を得ることを制限するにすぎず、それ以上の財産上の不利益を課するものではないことから、立法目的達成の手段として必要性または合理性に欠けることはないとしている。

契約における不当条項規制⁶⁴⁾でも、規制の立法目的及び手段の相当性を審査したうえで、その合憲性を判断していることから⁶⁵⁾、上記の判断基準を基に不招請勧誘の禁止を行う目的と手段の正当性について検討していく。

まず、個別の規制を検討する前に消費者保護のための規制を見ていくと、事業者の消費者に対する勧誘等は基本的には自由なものとして認めるものの、市場機構の機能を阻害するような行動があった場合に限り制限することから、市場が有効に機能するための補完的の制度を整備することを目的としていることになり⁶⁶⁾、消費者保護のための規制が憲法 29 条 2 項規定の公共の福祉に適合した規制として是正される余地はある。そのうえで、不招請勧誘によって年々深刻な消費者問題が増加し、望ましくない経済効果が発生していることから、不招請勧誘の禁止の目的は消費者に発生する不利益を未然に防ぐためということになる。よって、その目的は正当なもの

64 最判平成 18 年 11 月 27 日集民 222 号 275 頁。同事例では、損害賠償の予定等を定める条項の効力を制限する消費者契約法 9 条 1 号が、憲法 29 条 2 項にいう公共の福祉に適合するものとして是認されるかについて、まず、消費者と事業者との間には、情報等の格差が生じることから、消費者と事業者との間で締結される契約を双方の自由な交渉にゆだねるときには、格差により、消費者の不利益が発生する恐れがあることから、そうした不利益の発生を防止し、消費者を保護する必要があるとして、規定の必要性を認めている。そして、消費者契約法は消費者が不当な出捐を強いられることを防止することを目的としており、立法目的が正当性を有しているとしている。さらに、同法 9 条 1 号は、解除される消費者契約と同種の消費者契約の解除に伴い事業者が生ずべき平均的な損害の額を超える部分を無効とするにとどまることから、同法 9 条 1 号は、立法目的達成のための手段として、必要性や合理性を欠くものであるとはいえないとしている。また、更新料特約の有効性につき消費者契約法 10 条に基づき争った最判平成 23 年 7 月 15 日は、先の 2 判例を根拠に同法 10 条は違憲でないとした。

65 小山・前掲注⁵³⁾ 84 頁。

66 植草益『公的規制の経済学』（NTT 出版、2000 年）23 頁～24 頁。

して認められるだろう。

また、店舗販売においては、消費者が店に訪れたところから事業者は契約交渉が可能となり、契約をしたくない消費者は店から出ればよいことから、消費者の自由な選択が確保されているといえるが、訪問販売等は無店舗業者であることが多く、それらの事業者による不招請勧誘は、不意打ち性や攻撃性、密室性という特徴を持つことから消費者の自由な選択は制限され、店舗販売よりも契約の締結がしやすい状況になる。このため、店舗業者と無店舗業者は平等であるとは言えず、いずれ店舗販売による営業は衰退していくことにもなりかねない⁶⁷、つまり、不招請勧誘は事業者間の競争も阻害することになる。もともと「消費者がクーリング・オフするような商品は、真に消費者に必要なものでなく、そのようなものの販売は生産に結びつく消費とはならず、国の経済運営からも望ましい販売ではない⁶⁸」との見解もあり、不招請勧誘の禁止は不完全競争に対処するためとの目的も有することになる。いずれの場合であれ、不招請勧誘の禁止の目的には正当性があるといえる。

次に手段の正当性であるが、これまで不招請勧誘により締結した契約に対しては、クーリング・オフという救済手段が認められていたものの、先にも述べたとおり、事業者がいったん契約をした場合にはクーリング・オフをしないよう働きかけることもあり、不本意ながらも契約関係を継続することがみられる。同様に、特定商取引法には再勧誘の禁止が規定されているが、いったん事業者が接触してくることで消費者が断りづらい状況を作り、無理やり契約を締結させられてしまうこともある。このように、既存の方法では不招請勧誘による消費者被害を防ぐことは難しい状況にある

67 加賀山茂「第13講 権利実現の仕組みと実体法のルール」長尾治助ほか編『レクチャー消費者法』（法律文化社、2011年）229頁。

68 浜上・前掲注³⁶ 32頁。

ことから、不招請勧誘の禁止することには正当性があるといえるだろう。

したがって、不招請勧誘の禁止という事業者への規制は、その規制目的及び手段に正当性があることから、憲法上是認せられるものといえる。