

「迷惑メール規制の課題」

— EUにおける近時の展開を参考にして —

宗 田 貴 行

目 次

- 一 問題の所在
- 二 OECDのスパムに関するワークショップのためのバック・グラウンド・ペーパー
 - (一) 本ペーパーの概観
 - (二) 本ペーパーの検討
- 三 EUにおける近時の展開
 - (一) 電気通信のためのデータ保護に関するEU指令
 - (二) EU加盟国による国内法整備の状況
 - (三) EUレベルにおける近時の展開
 - (四) 検討
- 四 検討
 - (一) 我が国の迷惑メール規制の現状
 - (二) 我が国における法規制の問題点と解決策
- 五 結語

一 問題の所在

近時、我が国においては、インターネットの普及により、電子商取引が活発に行われ始め、受け手の望まない広告電子メールが、多数の消費者に送りつけられる、いわゆる迷惑メール（スパム）行為という現象が生じている。⁽¹⁾

こういった迷惑メール行為については、特定商取引法及び特定電子メールの送信の適正化等に関する法律（以下、特定電子メール法）により、一回目のメール広告を受信した者が、さらなる広告の受信を拒絶することが可能とされ、オプト・アウト方式が採用されている（特定商取引法一条・一四条・一五条・七〇条二号、同法施行規則八条・一条の二・一〇条の四、特定電子メール法三条・六条・一八条、同法施行規則二条・三条）。

しかしながら、迷惑メールは、増加の一途を辿っており、二〇〇一年においては、全世界の電子メール数のうち、たった八％にしか過ぎなかったが、二〇〇三年においては、五〇％以上の割合を占めるに至っているのである。⁽²⁾

諸外国をみると、オプト・アウト方式を採用する法律には、米国における連邦法である「迷惑メール禁止法（CAN-SPAM法）」等がある。⁽³⁾二〇〇四年一月一日から施行されている同法によると、違反業者には、最高五〇年の禁固又は六〇〇万ドルの罰金が科される。⁽⁴⁾

他方で、本稿でみるように、欧州連合（EU）においては、迷惑メール規制についてオプト・イン方式を採用した電気通信のためのデータ保護に関する欧州議会及び理事会指令（2002/58/EG）が、二〇〇二年七月に出され、現在、各加盟国は、これに従った国内法整備を進めているのである。

このオプト・イン方式は、広告電子メールは、受信者の事前の同意がない限り許されないとするものであり、オプト・アウト方式よりも厳格な規制方式であるといえるところ、近時、我が国において、総務省は、特定電子メール法

について、このオプト・イン方式の規制へ転換するとし、これにより規制の強化を行なうこととしている。⁽⁵⁾

ところで、このような迷惑メール（スパム）は、国境を越えて行われるものであることから、迷惑メール規制にかかる国際的協調が必要とされるため、近時、以下のような展開がみられるのである。すなわち、第一に、OECDは、二〇〇四年二月二日・三日に、スパムに関するワークショップをブリュッセルにて開催し、そのためのバック・グラウンド・ペーパー（二〇〇四年一月二二日）⁽⁶⁾及び同ワークショップ報告書（二〇〇四年三月一日）⁽⁷⁾を公表している。⁽⁸⁾第二に、EUにおいては、二〇〇四年一月二二日に、欧州委員会は、「スパムに関する通知」⁽⁹⁾を公表し、二〇〇四年三月八日に、欧州理事会は、これを受け、「直接的広告目的の望まない通信又は『スパム』に関する決議」⁽¹⁰⁾を採択している。さらに、欧州委員会は、二〇〇四年三月一二日に、スパム等有害なコンテンツの撲滅のための新プログラム「セIFアー・インターネット・プラス二〇〇五—二〇〇八」⁽¹¹⁾を出している。第三に、国連専門機関の国際電気通信連合（ITU）は、すでに多くの迷惑メール対策にかかる会合を開催しているが、最も近時のものでは、二〇〇四年七月七日から九日にかけて、スイス・ジュネーブにて、迷惑メール対策で国際協調体制の確立を目指す初の官民合同の専門家会合を開催し、そのチェアマンズ・レポート⁽¹²⁾を公表している。

以上のような状況に鑑みると、迷惑メール対策については、国際的協調に関する検討も必要であるといえるが、我が国においては、現在、前述のように、オプト・イン方式への方向転換が予定されているところであるので、本稿においては、まず、近時発表されたOECDによるスパムに関するワークショップのためのバック・グラウンド・ペーパーを紹介し、スパムをめぐる諸問題を明らかにするとともに、それにより、EUにおいて採用されているオプト・イン方式が世界的潮流となっていることを示した上で、EUにおけるスパム規制に関する近時の展開を紹介・検討し、我が国における迷惑メールに関する法的規制の問題点を検討し、今後の課題について、検討を行うこととする。

二 OECDのスパムに関するワークショップのためのバック・グラウンド・ペーパー

(一) 本ペーパーの概観

OECDにより、二〇〇四年一月二日に発表されたスパムに関するワークショップのためのバック・グラウンド・ペーパー⁽¹³⁾は、以下の内容のものとなっている。

1 序

第一に、「導入」においては、インターネット及び電子メールの主な役割、スパムの増加、消費者の信頼へのスパムの有害な影響、本ペーパーの目的が論じられている。

インターネットのユーザー数は、年々増加し、インターネットは、我々の日々の生活に不可欠なものとなっているといえるところ、電子メールは、今日において、人々の商業的及び社会的生活における本質的なコミュニケーション手段となっている。電子メールは、アイデアや情報の交換のためだけではなく、直接的広告を含むeコマースの強力な媒体となっている。

大量の望まない電子メール広告（通常、スパムとして言及されるもの）は、ここ数年で劇的な増加を遂げた。二〇〇一年においては、インターネットで交わされる全電子メールの八％に過ぎなかったスパム電子メール数は、二〇〇三年五月には、五五％にまで増加し、この増加は、将来も続くことが予想されるものである。

スパムは、個人的電子メールアカウントにとつてだけでなく、法人アカウントにとつても問題となる。インターネット・プロバイダーのAOLは、一日当たり、二三億七千万のスパムを二〇〇三年四月に遮断した。これは、ビジネス及び消費者に対する費用及び安全リスクを増加させているといえる。そして、これらは、消費者のeコマースへ

の信頼を減少させているのである。

本ペーパーの目的は、スパム及びスパムにより生ずる問題を概観することであり、スパムの特質、スパム増加の原因、スパムにより生じる諸問題に焦点を当てるものである。これらの問題は、スパムの費用、コミュニケーションのインフラ及びマーケットへのインパクト、プライバシーの侵害及び法人の情報の詐取、スパムのコンテンツ、ネットワーク・セキュリティ及び消費者保護の問題を含むものである。

本ペーパーは、また、様々な解決法に関する情報交換を促進するために、加盟国の新規構想の概観を提供することをも狙ったものである。最後に、本ペーパーは、国家及び国際レベルでスパムに対抗するために、加盟国間のさらなる議論と情報交換の基礎を提供することを意図している。

2 スパムの概観

第二に、「スパムの概観」においては、まず、スパムの定義について述べられている。

スパムを定義することは、困難である。例えば、フランスでは、情報自由委員会(CNIL)は、事前のコンタクトを送信者が有さず、かつ、電子メールアドレスが違法に獲得された個人に対し、望まない電子メールを大量にかつ、幾つかの事例では、繰り返し送信することであると⁽¹⁴⁾し、二〇〇一年における欧州委員会報告書によると、「スパムは、望まない商用広告(commercial messages)の身元を隠すまたは偽装する送信者による繰り返し送られる大量のメール送信を意味すると一般的に理解されている。」とされ、二〇〇三年におけるオーストラリアのNOIE最終報告書は、スパムという言葉は、今日、一般的に多数の受信者に通常送信される望まない電子広告が言及される場合に使用されているとしている。

これらの定義から、スパムメールの以下の特質が、明らかになるのである。スパムの特質は、以下の点である。

- ① 電子広告であることである。すなわち、スパム広告は、電子的に送信される。電子メールは、最も重要なスパム的手段であるが、ショート・メッセージ・サービス(SMS)及び、SM-Casterもスパム的手段に含まれる。
- ② 大量であることである。すなわち、スパム広告は、典型的には、大量に送信されるものである。しかし、フリー電子メールアドレス経由で少数行われる場合にも、なされうるものである。
- ③ 受信者が望まないことである。すなわち、スパムは、受信者の要求又は同意なく送信されるものである。送信者と受信者との間の従前の関係がある場合には、受信者が広告を望まないか否かの判断は、困難である。
- ④ 商用であることである。すなわち、スパムは、典型的には、商用目的を有するものである。製品又はサービスのプロモーション又は販売・提供の目的を有するのである。しかしながら、例えば、政治的テーマやウイルスを含んだ要求しない大量な広告など非商用広告もまたスパムとみなされうるものである。
- ⑤ アドレス所有者の同意なく収集または購入されたアドレスを使用することである。スパマーは、しばしば、所有者の明確な同意なく収集した電子メールアドレスを使用するものである。
- ⑥ 受信者が欲しないことである。すなわち、スパムは、通常、受信者が欲しない、又はその受信者により必要とされないものである。
- ⑦ 無差別性である。すなわち、スパムは、典型的には、送信者が受信者について、電子メールアドレス以外に知識を有さず、無差別な方法で送信されるものである。
- ⑧ 反復性である。多くのスパム広告は、初回の広告と同一のものが繰り返して送信されるものである。
- ⑨ 違法又は不快なコンテンツを含むことである。スパムは、しばしば詐欺的又は欺瞞的内容の媒体手段となったり、国によっては違法とされるアダルト又は攻撃的な内容を含むものもある。

⑩ 停止し得ないことである。スパムの受信者は、典型的に、広告の受信の停止をしえないものである。これは、購読を中止するリンクが機能しないことに基づくものである。

⑪ 送信者の匿名性またはその身元が偽装されたものであることである。スパム広告は、しばしば、偽アドレスやヘッダーにおける誤情報により、真の送信者の身元が偽装されるものである。また、スパマーは、頻繁に、非公認のサードパーティ電子メールサーバーを利用するのである。

本ペーパーは、前記のうち、①④が、第一義的特質であり、⑤以下が、第二次的特質であるとしている。したがって、スパムは、「望まない広告電子メール」であると定義しうる⁽¹⁵⁾といえる。

次に、スパムの経済性については、電子メールは、直接的広告の方法の一つであるが、その他の、郵便、電話、ファックス、自動電話装置に比べ、比較にならない程、廉価であり、かつ、極めて多数の消費者に送信可能なものである。二〇〇二年において、送信のための費用は、平均して、一通あたり0.05 USDしか必要とされなかった。ここで、他の直接的広告方法との重要な差異は、広告費用を電子メールを受信または配信する、例えば、ISPなどのような事業者並びに消費者に転嫁することである。そして、前述のように、廉価で大量に送信しうるため、返信率が低いにもかかわらず、十分に利益を上げられるものである。

さらに、スパムが繁殖する原因は、電子メールアドレスの獲得方法の巧妙化、及び、スパマーの特定が困難であることである。

まず、スパマーは、以下の五つのソースから電子メールアドレスを獲得している。①スパマーにその電子メールアドレスを明らかにした顧客ないし潜在的顧客、②他人から直接電子メールを獲得し、それらをスパマーに販売する第三者、③ウェブページのような公共スペース、④公共スペースから個人のアドレスを作成するために、スパム・ソフ

ト・ウェアを使用し、それらをスパマーに販売する第三者、⑤ファースト・ネームまたは、ラスト・ネームに関する自動推測公式プログラムである。

次に、スパマーの特定が困難であることについては、以下のように述べている。すなわち、スパマーの身元を隠す方法は、多数ある。スパマー自身のアドレスは、ランダムに作成されたものであるため、スパマーの身元を、容易に確認しえない。スパム・ウェア・プログラムは、自動的に、虚偽のタイトル及び返信用アドレス情報を作り出す。虚偽のヘッダーは、スパマーに対し、受信者が電子メールアドレスからの削除を要求することを無視し、かつ、彼ら自身を追跡できなくすることによって、彼らの身元を隠すことを可能にするのである。追跡されないようにするために、外国へと転送するためにインターネットを綿密に調査するスパマーもいる。スパマーは、フリー電子メール・アカウントを獲得し、かつ、彼らが捕えられる前に、それを放棄する。スパマーは、一つ目のアカウントからスパムが発信された後に、他のアカウントが自動的に作られ、そこから発信されるというプログラムを作成しもある。極めて多くのスパマーは、ISPを転々とするを行なう。でたらめなアドレスや送信者名もまた、利用されている。この他、ワイアレスをめぐるスパムについても言及されている。

3 スパムをめぐる諸問題

第三に、「スパムをめぐる諸問題」においては、スパムの費用、プライバシーに関する問題、スパムのコンテンツに関する問題、身元の窃取の問題、消費者の信頼の減少の問題について論じられている。

まず、スパムの費用については、受け手たる個人及び事業者ならびにISP及び電子メールサービスプロバイダーの費用が挙げられる。とくに、事業者について、スパムによる膨大な費用は、ビジネスの発展を脅かしている点が重要である。例えば、Brightmailによる試算は、事業者が受け取る全電子メール数の一〇％はスパムであり、各従業員

は、電子メールを削除するために一通当たり約三〇秒ずつ要している。そこで、一〇〇〇〇人規模の事業者は、年間に、675000 USD の費用をスパムに要しているのである。

次に、プライバシーに関する問題については、①スパム行為及び特にスパムのために電子メールアドレスの収集及び販売が、OECDのプライバシーガイドラインの下でのプライバシー保護についての問題に大いに関係する。スパム行為は、それ故に、国際的プライバシー規制及び国内プライバシー規制法に反するものである。また、有害な危険をもたらしている個人情報の悪用が行なわれるならば、特に重要な問題となる。また、②消費者の主たるプライバシーの問題は、スパムに関しては、それが、彼らの生活への望まない重大な侵入を生じることである。すなわち、人々は、望んでいないスパムを受け取っているのである。③電子メールアドレスの収集は、しばしば、ユーザーの認識がなされ、または、詳細な説明もなされず、目的も不明瞭であり、ユーザーの同意もなく、なされるものである。これらの問題は、スパムが無差別に送られる場合に、より悪化するものである。また、ユーザーのコンピュータへのスパイウェアの侵入の問題によっても、ユーザーのプライベートな生活にかかわる問題が生じうる。

さらに、スパムのコンテンツに関する問題としては、まず、欺瞞及び詐欺がある。二〇〇三年四月三〇日の米国FTCの報告書によると、スパムメールの六六％は、発信者又はタイトル又はコンテンツ自身に欺瞞があったとされている。次に、ポルノ・コンテンツによる子供への悪影響が懸念され、さらに、ウイルスを送信するスパムメールもあることから、安全性が脅かされることが挙げられる。これに加え、スパマーは、他の事業者のアドレスを自らものと偽って使用することがあることが、消費者のeコマースへの信頼を低下させているのである。

4 スパム削減のための方策

第四に、本ペーパーは、「スパム削減のための方策」において、OECD加盟国の法的規制等、自主規制、教育及び

注意の喚起、技術的解決について論じている。本稿との関係で重要であるのは、法的規制についてである。

まず、加盟国の法的規制等のアプローチ方法には、オプト・イン及びオプト・アウト方式があり、それに関連して、ISPの権利と責任、真の身元、公正性及び透明性の向上、ラベリング（タイトルやヘッダーへの一定の表示の義務づけ）、SMSなどへの規制の拡大、個人データの公開及び売買の禁止に関する問題がある。

OECD加盟国による法規制等のアプローチにおいては、オプト・イン及びオプト・アウトの対立があり、前者に属するものとして、EU加盟国の規制がある。すなわち、二〇〇四年一月二二日の段階で、オーストリア、ベルギー、デンマーク、ドイツ、ギリシア、アイルランド、イタリア、スペイン、スウェーデン、イギリスにおいて、すでに、オプト・イン方式の法的規制が行われ、フィンランド、フランス、ルクセンブルク、オランダにおいて、同方式の法案が存在している。ポルトガルでは、従来、オプト・アウト方式が採用されていたが、オプト・イン方式の法案が議会で審議されている。

二〇〇四年一月二二日において、EU加盟国以外の欧州諸国については、チェコ、ポーランドでは、すでに、オプト・イン方式の規制が行われており、スイス及びハンガリーでは、近時、同方式を採用した法案が議会で審議されている。スロバキアについては、不明である。

アジア太平洋地域の諸国については、オーストラリアが、オプト・イン方式を採用し、カナダでは、特に、スパム規制のための法律は存在しないが、従来の法律により、オプト・イン規制がなされ、メキシコ、韓国、日本では、オプト・アウト方式が採用されている。しかし、韓国は、オプト・イン方式へ転換することを二〇〇三年一月一九日に発表している。米国では、オプト・アウト方式を採用する連邦法が、二〇〇四年一月一日から施行された。

スパムに関するその他の事項について、ラベリングとスパムウェアの利用については、各国様々なアプローチを採

っているが、送信者の真の身元、オプト・アウト条項、及びヘッダー及びコンテンツにおける虚偽情報については、極めて多くの加盟国は、同一のアプローチを採っている。これに対し、do-not-spamリスト制度は、ほとんどの国で行なわれていない。ここで重要なのは、スパム法等違反に対するサンクションが、より強化されていることである。すなわち、韓国は罰金を強化し、イタリアは、罰金のみならず、懲役刑を科している。さらに、苦情により効果的に対応するために、ベルギー、フランス、米国等の幾つかの政府は、ユーザーがスパムをそこへ転送しうるメール・ボックスを設置している。これにより、これらの各政府は、特定の事例に提訴が可能となり、消費者にスパムの規模と性質についての情報を提供することができる。

最後に、法的規制等の限界について、法の執行に重大な限界がある点である。すなわち、低い経済的効率性、スパマーの追跡の困難性、国境を越える証拠収集の困難性である。現行のプライバシー保護のための法的規制が、当該スパマーに関する情報のアクセスを許さない場合には、効果的執行への障害となりうる。前述のような、各加盟国における法的規制等は、スパム削減のための重要な手段ではあるが、これのみでスパムの問題を解決し得ないことは明らかである。これに関し、メール・ヘッダーにおけるラベリング等のような規制は、スパマーのたった二%にしか効果を挙げていない。すなわち、法を遵守する市場参加者にしか効果がないのであり、これと同様のことは、do-not-spamリストについても当てはまる。他方で、二〇〇三年七月のePrivacy報告書では、消費者の三七%以上が以下の理由から、オプト・アウトを利用していないとされている。すなわち、①オプト・アウトが、スパマーに消費者のアドレスを確認させることを恐れること、②オプト・アウトが機能するか否かについて不確かであること、③オプト・アウトが、尊重されるか疑わしいことである。そして、スパム行為は、世界中をめぐる電子メールに関する問題であり、各国家による法規制、執行などでは、その解決は、極めて困難である。すでに、二〇〇三年六月にOECDは、

国境を越える欺瞞と詐欺に対する国際的協力と育成のためのガイドライン⁽¹⁶⁾を出している。

(二) 本ペーパーの検討

第一に、前述のように、OECD加盟国において、「望まない広告電子メール」と定義されうるスパムメールに対する法的規制方法は、EU加盟国をはじめとして、圧倒的多数の加盟国が、オプト・イン方式を採用している点が重要である。たしかに、二〇〇四年二月二日・三日に開催されたOECDのスパムに関するワークショップについての報告書⁽¹⁷⁾(二〇〇四年三月一日)は、オプト・イン方式の支持者は、①消費者保護、②全ての広告メールに対しオプト・アウトが可能としても、受信者の負担は大きいこと、③オプト・アウト・リストは、スパマーが電子メールアドレスを収集するために利用されかねないことを挙げ、オプト・アウト方式の支持者は、オプト・イン方式によると合法的な商業広告を行う者の費用負担が増加することを挙げ、同ワークショップにおいては、いずれの方式が採用されるべきかについて、コンセンサスは得られなかったとしている。しかし、日本・米国等が、オプト・アウト方式を採用していることについては、前述したバックグラウンド・ペーパーの指摘するように、ラベリングやオプトアウトの申出が、ほとんど機能していない点が問題として挙げられるのである。⁽¹⁸⁾

第二に、本ペーパーが指摘しているように、スパムに関する諸問題においては、①電子メールアドレスの獲得方法が巧妙化していること、②スパマーの特定が困難であること、③受け手のプライバシーの侵害、④コンテンツに欺瞞的内容が含まれる場合が、全体の三分の二を占めること、⑤郵便、電話、ファックス等といった他の直接的広告とは異なり、電子メールは、費用負担を受け手に転嫁する点、及び、それにより、個人の費用負担のほか、法人向けスパムメールの場合に、受け手たる法人の費用負担が、膨大なものとなり、ビジネスの発展を脅かすものとなっている

ことが、重要である。

第三に、本ペーパーが指摘しているのと、ほぼ同様に、前記OECDワークショップ報告書（二〇〇四年三月一日）が、①スパム規制法におけるペナルティを厳格化すること、又は電子メールの大量送信について送信者に費用を負担させること等により、スパム行為の経済的インセンティブを減少させる必要があること、②消費者の側面から、プライベートな生活への望まない侵入からの保護をスパム規制法が規定することが妥当であることを指摘している他、同報告書は、③スパマーへの個人の提訴権を認めることにより、スパマーの経済的インセンティブを減少させることが必要である点を指摘していることが重要である。⁽¹⁹⁾

三 EUにおける近時の展開

(一) 電気通信のためのデータ保護に関するEU指令

1 EUにおいては、二〇〇二年七月に、電気通信のためのデータ保護についての欧州議会及び理事会指令⁽²⁰⁾が出され、これにより、自動電話システム・ファックス・電子メールによる広告目的の通信について、事前に承諾義務を課すオプト・イン方式での規制を国内法で整備し、消費者保護を強化することが、二〇〇三年一月三十一日を期限として、各加盟国に要求された。

本指令一三条の規定は、以下の通りである。

一三条一項「直接的広告目的の人的介入のない自動電話システム、ファックス、又は、電子郵便の利用は、受け手の事前の同意が存在する場合にのみ、行われうる。」

一三条二項「一項が存在するにもかかわらず、自然人又は法人は、その顧客から、商品又は役務の販売との関係で、

指令 95/46/EG に従い、電子郵便のための、電子連絡情報を受け取った場合に、これを固有の同種の商品又は役務のための直接的広告のために、以下の場合に利用することができる。すなわち、その収集について及び全ての伝達について、顧客が、その利用をはじめから拒否していた場合に、顧客が、明白かつ明確に電子連絡情報のそのような利用を無料でかつ問題なく拒否する可能性を有する場合である。」

一三条三項「加盟国は、参加者にとって無料で以下のことを確保するために相応しい措置を採ることとする。すなわち、一項及び二項の場合以外に、当該参加者の同意なく行われるか、又は、それを受け取ることを望まない参加者に向けられた直接的広告目的での望まない通信が、許されないことである。このオプションのいずれを採用するかは、国内法において規定されねばならない。」

一三条四項「その者の任務において、通信が伝達される送信者の身元が偽られる場合、秘密にされる場合、又は、受信者がそのような通信の中止の要求を向けることのできる有効なアドレスが現存しない場合に、直接的広告目的での電子情報の送信の実施は、常に禁止される。」

一三条五項「一項及び三項は、自然人たる参加者に適用される。加盟国は、共同体法及び有効な個々の国家の法規制の範囲において、さらに、以下のことについて、配慮することとする。すなわち、望まない通信に関し、自然人としての他方の参加者の正当な利益が十分に保護されることである。⁽²¹⁾」

本指令前の、EU指令 (97/66/EG, L24/01) 一二条は、自動電話装置又はファックスを利用した直接的広告は、受信者の事前の同意がない限り許されないとしていたところ、本指令は、このように、電子メールを利用した直接的広告についても、受信者の事前の同意が必要であるとしたのである。

後述する欧州委員会の通知においても指摘されているように、ここでは、以下の3ルールが、定められているので

ある。すなわち、ルール1は、「電子メール広告は、受け手の事前の同意を要する。その同種のサービス又は商品について、同一人物により、以前からの顧客に対し送付された電子メール（又はSMS）については、この例外とされる。この体制は、自然人たる受け手に適用されるが、EU加盟国は、これを法人に対してまで拡大することを選択しうる。」というものである。したがって、スパムは、「望まない広告電子メール」であるということになる。また、本指令一三条五項が述べるように、望まない広告通信が、自然人宛てである場合にのみ、本指令一三条一項・三項は適用されるのであり、法人宛の広告については、各加盟国の判断に委ねられているのである。

ルール2は、「送信者の身元の偽装又は隠蔽は、違法である。」というものであり、ルール3は、「全ての電子メールは、オプト・アウトするための返信用アドレスを含まねばならない。」というものである。

2. そして、本指令の理由書が、⁽²²⁾「広告目的での望まない通信、とりわけ、自動電話装置、ファックス及びショートメールサービスを含む電子郵便によるプライベートな領域の侵害から参加者を保護するために、予防措置が講じられるべきである。望まない広告通信のこれらの形式は、一方で、比較的容易に、かつ割安で、送信可能であり、他方で、受信者の迷惑や費用負担を意味しうるものである。したがって、幾つかの事例においては、電子通信網及び最終段階の機器において、障害を生じうるのである。直接的広告目的の望まない通信が、これらの形式により行われる場合には、受信者にそのような通信が送られる前に、受信者の同意を得ることを要求することが妥当である。」としている点が重要である。すなわち、望まない通信は、受信者のプライベートな領域への介入であることに基づき、本指令一三条において、事前の同意を要するものとされているのである。

このように、オプト・イン方式の規制の根拠は、望まない通信により、受け手のプライベートな領域が侵害されることにある。

そこで、前述したOECDスパム・ペーパーにおける定義の検討で明らかとなった前述のファクターのうち、第一義的とされるファクターにおける「大量性」については、規制対象のための要件とする必要はないといえる。なぜなら、望まない通信は、大量でなくとも、前述のような侵害を行なうものであるからである。それ故に、前述のように、「望まない広告電子メール」を、スパムとして、規制対象とすべきなのである。

そして、このような侵害を行なう望まない通信は、電子メール（SMSを含む）を媒体とする場合に限定されないことから、本指令は、自動電話システム、ファックスをも規制対象としているのである。

(二) EU加盟国による国内法整備の状況

EUにおいては、このような本指令が出された後、二〇〇四年七月において、すでに、ほぼ全ての加盟国において、国内法が整備されつつある。⁽²³⁾これにより、例えば、消費者に商品などの情報をメールで送ることを望む事業者は、あらかじめ自社のホームページや新聞・テレビの広告で登録を求め、これに応じた相手以外には自動電話システム・ファックス・電子メール等を利用した通信を行えないものとなるのである。

1 ドイツ

(1)別稿⁽²⁴⁾で詳細に検討するように、ドイツにおいては、まず、従来から、確立した判例理論により、電話広告及びファックス広告は、一般的人格権の侵害に基づき民法上の不法行為（BGB八二三条一項）であるとされている。すなわち、従来から判例は、電話広告、ファックス広告について、受け手のプライバシーな領域への著しい介入であり、一般的人格権侵害に基づき、民法上の不法行為に該当するとし、受け手に差止請求権を認めてきたのである（BGB八二三条一項、一〇〇四条類推⁽²⁵⁾）。そして、近時は、電子メール広告（SMSを含む）についても、自然人宛ての場合

には、受け手のプライベートな領域への侵入を根拠として、法人宛ての場合には、営業への侵入を根拠として、同様に判断されてきているのである。⁽²⁶⁾このように、ドイツにおいては、民法八二三条一項に関する判例において、スパムメールの規制根拠が、明らかとされているのである。そして、ここでは、政治広報活動としてなされる電話広告及び電子メール広告についても同様に取扱われている点⁽²⁷⁾、受け手が、自然人であるか、営業者・自営業者であるかの区別は、前述した根拠の差の他、受け手に広告につき客観的利益が推測される場合には、後者の場合に同意があるとされることにおいて差異があるが、いずれについても、オプト・イン方式が妥当とされている点が重要である。

(2)次に、従来から、判例・学説上、電話広告、ファックス広告は、受け手に迷惑を感じさせる場合に、広告方法の模倣の危険等に基づき、競争上の良俗に反する行為であるとされ、不正競争防止法(以下、UWGとする)旧一条違反とされてきたのである。⁽²⁸⁾そして、これは、同様に、電子メール広告についても妥当するとの判断が、近時、最高裁⁽²⁹⁾により示されている。

そして、近時、新UWG(二〇〇四年六月一六日成立、同年七月八日施行)⁽³⁰⁾により、UWG新七条において、前述したEU指令(2002/58/EG)に対応した形で、「受忍し得ない迷惑行為」が、規定されているのである。⁽³¹⁾すなわち、同条一項は、「市場参加者に受忍し得ない迷惑(unzumutbare Belästigung)を行った者は、三条の意味において不正な行為を行ったといえる。」と規定する。

同条二項は、「受忍し得ない迷惑は、とくに、以下の場合に認められる。一号 受取人が、その広告を望んでいないことが明らかであるにもかかわらず広告を行う場合、二号 消費者に対しその同意なく、又は、その他の市場参加者に対し、少なくとも推測される(mutmasslich)同意なく、電話広告をする場合、三号 自動電話機、ファックス機又は電子郵便の利用の下、名宛人の同意なく広告を行う場合、四号 その任務において通信(Nachrichten)を伝える差

出人の身元が偽られる、又は、秘匿されている場合の電子通信による広告または、基本料金表に従って伝達費用以外の費用が生じることなく、受取人がそのような通信の中止を要求しうる有効なアドレスがない場合の電子通信による広告である。」と規定する。

同条三項は、「電子郵便の利用の下での広告の場合に、受忍し得ない迷惑は、二項二号に係わらず、以下の場合には、認められえない。すなわち、一号 事業者が、顧客からその電子郵便アドレスを商品又は役務の販売との関係で獲得した場合、二号 事業者が、そのアドレスを固有の同種の商品又は役務のための直接的広告のために利用する場合、三号 顧客が、この利用に反対しない場合、四号 アドレスの収集の場合、及び、全ての利用の場合に、基本料金表に従い伝達費用以外の費用が生じることなく、顧客が、その利用をいつでも禁止しうるものが、明白かつ明確に顧客に対し提示された場合。」と規定する。

ここでは、第一に、UWGに関する永年の判例の積み重ねの結果、このように、「受忍し得ない迷惑」という概念が、UWG新7条において、明確に、オプト・イン方式の規制根拠として規定されているのである。他のEU加盟国の関連規定においては、オプト・イン方式の規制根拠について、明らかとはされていないのに対し、ドイツにおいては、このように、その規制根拠が、条文上、明らかとされている点で、特徴的である。

第二に、本規定は、広告電子メール等が、自然人宛てである場合にも、法人宛てである場合にも、適用されるものである。

第三に、UWG新七条違反となるためには、不正競争行為である必要があるため、個人が私的な電子メールを送信する行為は含まれない。しかし、前述の規制根拠に基づき、当該通信が、商用広告であることは要されない。したがって、政治広報活動の一環として行われる場合等も含まれるのである。さらに、当該通信が、広告であることも、必

ずしも要さないとされている。なぜなら、条文上も明らかのように、受け手の事前の同意のない広告は、受忍し得ない迷惑行為が、不正競争行為である場合の例示であるからである。したがって、申込みの誘引の場合も含まれる。なお、ドイツにおける迷惑広告に関する判例の展開及び本条の立法理由などについては、別稿⁽³²⁾で詳細に検討する。

第三に、UWG新七条違反行為に対する差止請求権が、競争事業者の他、一定の事業者団体及び消費者団体等に認められ(UWG新八条三項)、違反行為者の競争事業者には、損害賠償請求権が認められている(UWG新九条)他、広告電子メールによる迷惑行為により、多数の購入者の負担で、不当な利益を獲得した故意あるUWG新七条違反行為者に対し、一定の事業者団体や消費者団体等は、かかる利益の剝奪請求権を有するのである(UWG新一〇条)⁽³³⁾。

第四に、UWG新八条五項は、差止訴訟法一三条の規定(発信者情報請求権)を準用しており、一定の団体に、UWG新七条違反にかかる発信者情報請求権が認められるとともに、民法八二三条一項に基づき受け手が差止請求権を有する場合には、迷惑メール等の受信者には、差止訴訟法一三a条により、発信者情報請求権が認められ、差止訴訟法一三条について、迷惑メールの事例で、初適用事例が出されている。これについては、別稿で検討する。⁽³⁴⁾

最後に、近時、スパムメール規制は、こういった民事法上の規制のみでは十分ではないとの認識から、スパムメールの送信者に罰金又は自由刑(禁固)を科す法案が、検討されている。⁽³⁵⁾ なお、個人を特定しうる「個人データ」については、連邦データ保護法⁽³⁶⁾が、その収集、処理、利用について規制している。

2 フランス

フランスにおいては、オプト・イン方式を採用する電子経済信用法(*confiance dans l'économie numérique*)案が、二〇〇三年一月にフランス政府により提案され、二〇〇三年二月二六日に国民議会により、又、同年六月二五日に元老院により採択された。同法案一二条は、自然人及び法人向けの自動電話機、ファックス及び電子メールを利用した

商用通信について、オプト・イン方式を採用するものである。同法案によれば、受け手の事前の同意なき商用目的の電子メール行為は、受け手に関するデータが、従来存在する商業上の関係において、受け手から直接与えられたものである場合に、正当なものと認められる。常に、フランス・データ保護法の完全な遵守は必須であり、かつ、商用電子メールの送り手は、受け手が、その電子メールの利用に反対する場合のための明白で簡便な方法を付け添えなければならぬ。同法案は、また、送り手の真の身元及びアドレスの表示を要求し、かつ、ヘッダー及びメッセージ内の誤った情報を禁止する。同法案は、情報自由委員会（CNIL）が、スパムについての個人からの苦情を取扱うことに言及している。⁽³⁷⁾その後、法人宛ての電子メールについて、オプト・イン方式を採用するか否かで議論がなされた後、二〇〇四年六月一〇日の憲法院採決二〇〇四―四九六DC号に鑑み、国民議会及び元老院が採択した二〇〇四年六月二一日の電子経済信用法（法律二〇〇四―五七五号）⁽³⁸⁾二二条は、これを自然人宛てのみに限定している。なお、情報自由委員会では、二〇〇二年七月以来、スパム・ボックスを設置し、ユーザーに警告している。⁽³⁹⁾

3 イギリス

イギリスでは、プライバシー及び電気通信（EC指令）規則⁽⁴⁰⁾が、改正され、従来、同規則上、電子メールについての規定は存在しなかったのに対し、本改正により、はじめて電子メールに対する以下のような規制が、行われることとなった。すなわち、二〇〇三年一月一日から施行された同規則により、電子メールについて、以下のように、オプト・イン方式の規制がなされることとなったのである。ファックス及び電話による広告についても、同様の方式が採用されている（同規則二〇条ないし二二条）。すなわち、自然人に対し、電子メールで送られる望まない広告通信について、送り手は、受け手の事前の同意のない限り、かかるメッセージを送ることはできないとされている。但し、以下三つの要件を満たす場合には、この限りではない。①受け手のメールアドレスが、「売買又は交渉の過程で」収

集されたものであり、②送り手が、「同様の製品又はサービス」に関する販売促進メッセージを送るに過ぎず、かつ、③そのメール・アドレスが収集されたときに、受け手が（送料を除き無料で）行わなかったオプト・アウトの機会を与えられたことである。オプト・アウトの機会は、全ての後続するメッセージと共に与えられねばならない（同規則二二条）。また、受け手が何人であるかを問わず、電子メールにより送られる全ての広告通信について、送り手は、その身元を隠してはならず、かつ、オプト・アウトの要求のための有効なアドレスを提供しなければならない（同規則二三条）。同規則違反によって損害を受けた者は、違反行為者に対し損害賠償請求訴訟を提起する権限を有する（同規則三〇条一項）。さらに、同規則違反者には、最高五〇〇〇ポンドの罰金刑が科される（同規則三二条）⁽⁴¹⁾。

このように同規則は、法人宛の電子メールに適用がない。また、電話について、自動電話システムの利用の場合に限定されていない。

また、イギリスにおいては、電子メールアドレスが、個人名を含むことゆえに、電子メールアドレスが個人データを含む場合に、いかなる処理も一九九八年データ保護法の要求に一致して行われなければならない。このことは、受け手から拒絶の通知を受けた後に望まない広告通信を送付するために、個人データを含む電子メールアドレスを処理し続けるいかなる事業者も、同法の公正な処理の要求に違反することを意味する⁽⁴²⁾。

4 イタリア

イタリアでは、一九九八年に「電気通信分野におけるプライバシー保護令」⁽⁴³⁾が制定され、電子メールの場合も含めて、自動発呼システムを利用して受信者の望まない広告を発信する際に、受信者の事前の同意を得ることが義務づけられ、さらに、「新個人情報保護法」⁽⁴⁴⁾が二〇〇四年一月一日から施行され、同法により、事前の同意なき広告の送付は同法違反である（同法一三〇条）とされている。すなわち、同法一三〇条一項は、直接的広告目的の人的介入なき自

動電話システムの利用は、受け手の同意がある場合にのみ許される旨規定し、同条二項は、一項は、電子メール、ファックス、MMS、又はSMSその他の手段により行なわれる直接的広告目的の電子通信にも適用されるとしている。また、同条四項は、かかる目的の通信の送付行為は、送信者の身元を偽る又は隠蔽する場合、又は真の住所が示されていない場合には、禁止されるとしている。裁判所は、違反者に対し差止や損害賠償を命じうることとされ（同法一五二条）、違反者には、最高九〇〇〇ユーロの罰金又は六ヶ月から三年の拘留罰が科されうることとなっている（同法一五二条参照）。

5 オーストリア

(1) オーストリアにおいては、テレコミュニケーション規制法⁽⁴⁵⁾は、以下のように、広告目的の電話、ファックス及び電子メールについて、事前の同意を要求している。

同法一〇七条一項は、「参加者の事前の同意なき広告目的の電話——FAXを含む——は、違法である。その利用のために、参加者から権限を与えられた者の同意は、参加者の同意とみなす。与えられた同意は、いつでも撤回されうる。同意の撤回は、同意の名宛人との契約関係に影響を与えない。」とする。

同条二項は、「受信者の事前の同意なき電子郵便——SMSを含む——の消費者保護法一条一項二号の意味における消費者への送付は、以下の場合に、違法である。一号 広告目的で送付される、または、二号 五〇以上の受信者に向けられている場合。」と規定する。

同条三項は、「二項に従った電子郵便のための事前の同意は、以下の場合には必要ではない。一号 送信者が、その顧客から通信のための接続情報を商品販売又は役務の提供との関連で、獲得した場合であり、かつ、二号 この通信が、固有の同様の商品又は役務のための直接的広告のために行なわれ、かつ、三号 顧客が、明白かつ明確に、収集

の場合に、及び、追加的に、いかなる伝達の場合にも、電子接続情報の利用をはじめから無料でかつ問題なく拒絶できる可能性を有する場合」とする。

同条四項は、「二項における受信者以外の者に対する——SMSを含んだ——電子郵便の送信は、送信者が、受信者に電子郵便又はSMSにおいて、明言でさらなる通信の受信を拒絶する可能性を与えている場合には、合法である。」と規定する。

同条五項は、「直接的広告目的の電子通信の送信は、二項、三項、及び四項の要件が存在する場合にも、以下のときに、違法である。すなわち、その任務において通信を伝達する送信者の身元が、偽られ、又は、秘匿される場合又は、そのような通信の中止のための要求を受信者が向けうる真の住所が明らかにされない場合である。」とする。

同条六項は、「二項に基づく行政上の違反が、国内において生じない場合には、その違反は、参加者の電話の接続地において発生したものとみなす。」と規定する。

そして、本条違反者は、最高三七〇〇ユーロの罰金が科される（同法一〇九条三項）。

(2)改正前の同法（一九九七年法律一〇〇号）一〇一条は、「大量又は広告目的で電子メールの送信を行なうにあたっては、受信者の事前の同意を得ることを要す。⁽⁴⁶⁾」と規定していたところ、本改正法一〇七条の理由書は、「本条の経路上、特に、『大量送信』概念は、執行上の困難を招いた。それ故、この概念は、本改正において、具体化されるべきであり、かつ、それにより、執行が容易化されるべきである。本条が、電子取引の発達を阻害しうるといふ経済の懸念は、以下のことにより、考慮に入れられた。すなわち、B to B及びB to Cの電子郵便の区別を行なうことである。消費者保護の必要性は、オプト・イン・システムの維持によって考慮される。本条の意味における『直接的広告』概念は、実務の経験及び必要性の観点から、考慮されるべきであり、かつ、それ故に、広く解釈されねばならない。そ

れは、特定の製品のための、しかし、特定の政治的関心事を含む、特定のアイデアのために広告する、又は、そのために議論を提供する内容を把握する。同様のことが、同意の要求にも妥当する。この要求は、当然、送信との関連において、存在すべきであり、かつ、個々の事例で、現実性に依拠して、判断されねばならない。したがって、例えば、一〇以上の受信者に対する休暇の挨拶の電子メール又はSMSは、適切な関係にある者らが問題となる場合に、全受信者の暗黙の同意があり、かつ、禁止違反は存しないのである。これに対して、受信者がまだ一度も接触していない事業者による信用供与の送信は、明白な同意によってのみ可能とされるのである。四項は、そのような通信の中止を実現するために、送信者に接触することの実際の可能性が生じる場合の匿名の通信の事例を規定する。たしかに、送信者の身元は、例えば、インターネットにおけるニックネームによって、直ちには、一義的に確定されえないが、それにより、送信者が実際上接触されうる真のアドレスが提供される限りで、本条の違反は存在しない。しかし、それにより、真の送信者ではなく、無関係の第三者に到達されうる他人の電子メールアドレスを提供すること又は、実際に存在しない又は、送信後にもはや存在しないアドレスでもって偽ることは、違法である。」としている。

(3)このように、オーストリアにおいては、第一に、電子メールについては、受け手の事前の同意がない電子メールであることに加え、広告目的であるか、五〇人以上の名宛人に向けられているものであるかのいずれかを要するものとしているのである(同法一〇七条二項)。したがって、必ずしも、広告目的であることが要されない点で、特徴的であるといえる。そこで、たしかに、前記EU指令(2002/58/EG)や他の加盟国の立法においては、スパムの要件のひとつに、広告目的であることが挙げられていることが多いが、なぜ、広告である必要があるのかという問題があることが、前述したドイツにおける議論と同様に、明らかとなるのである。望まない電子メールは、それが、広告でなくとも、受け手個人のプライベートな領域との関係では、問題となるものである。さらに、ここでは、理由書の記述

からも明らかのように、受け手の同意との関係が、重要である。すなわち、受け手の同意がなければ、広告でなくても違法であり、これは典型的には、テレコミュニケーション規制法一〇七条二項二号の規定する、受け手が五〇人を超える私的な電子メールの送信の場合である。なぜなら、この場合には、通常、受け手の同意がないといえるからである。

第二に、同法一〇七条四項により、法人宛の電子メールの送信は、オプト・アウトの方法が与えられている場合には、適法とされており、オプト・イン方式は、消費者に対する電子メールの送信についてのみ、採用されているのである。この区別は、前述のように、同条が、電子取引の発達を阻害しようという経済の懸念に基づくものである。

第三に、直接的広告について、政治的関心事にかかる通信も、これに含まれるとされているのである。したがって、同法一〇七条二項の「広告目的」については、商用に限定されることなく、解釈されるものである。

6 ポルトガル

ポルトガルでは、従来、電子メールと電話について、オプト・アウト方式を採用し、ファックスについては、オプト・イン方式を採用していた。しかし、近時、二〇〇四年一月七日（二〇〇四年法律第七号）法が成立し、同法は、以下のように、これら全てにつき、幅広くオプト・イン方式を採用している。但し、法人宛の場合は除外されている（同法二二条二項）。

同法二二条一項「その受信が、受信者の介入から独立している、すなわち、自動電話機、ファックス機、又は電子メールによる直接的広告の通信は、受信者の事前の同意を要する。」

同条二項「法人に対する通信は、除外される。受信者は、オプト・アウト・システムに頼る権限がある。」

同条三項「商品又はサービスの提供者は、同一又は同種の商品又はサービスに関して、以下の場合に従前の取引関

係にある顧客に望まない広告を送る権限がある。すなわち、顧客が明示で、取引関係にそのような広告に対する拒絶の機会を与えられ、かつ、受信者に通信サービス費用に加えて、いかなる追加的費用も生じない場合である。」

同条四項「前項の場合に、受信者は、将来において、いつでも、広告通信を拒絶することが許される適切な方法にアクセスすることが保障される。」

同条五項「通信を行う者の身元を偽ること又は隠蔽のある直接的広告目的の電子メールの送信行為は、禁止される。」

同条六項は、「望まない通信は、将来の通信を拒絶することをサービスの受信者に許す住所及び電子技術方法を身元確認及び利用のために指摘するものとする。」

同条七項及び八項 省略

そして、同法二二条に違反した者は、二五〇〇ユーロから五〇〇〇ユーロの罰金に処する（同法三七条）とされている。

7 スウェーデン

スウェーデンでは、従来、スウェーデン・マーケティング法（法律一九九五年四五〇号）は、二つの異なる体制を、望まない広告について提供していた。すなわち、ファックス及び自動電話装置については、オプト・イン方式を採用し、電子メール及びその他の遠距離広告手段については、オプト・アウト方式を採用していたのである。しかし、二〇〇三年一月二七日に、前述したEUデータ保護指令（2002/58/EC）に従うために、同法を改正する政府法案が議会に提出された。この改正は、自然人に対する直接的広告において、電子メールの利用との関係で同意を要求することをスウェーデン・マーケティング法一三b条に導入することによって、オプト・イン体制を電子メールについてまで拡大するものである。この要求に対する例外は、受け手との事前の取引関係があり、直接的広告の内容が、従前の

取引と同種の製品又はサービスであり、さらなる電子メールを無料で拒絶する簡易な手段が受け手に与えられる場合に存在する。オプト・イン・ルールは、受け手が、自然人である場合にのみ適用され、法人の場合には適用されない。「電子メール」は広く定義され、受け手により収集されるまでネットワーク又は受け手のターミナル設備に貯蔵される公共電子コミュニケーションを通じて送信されるいかなる文章、音声、画像の広告（電子メール、SMS、MMS等）を含むものである。さらに、受け手がさらなる電子メールの受信を拒絶する旨を通知しうる正当なアドレスの記載をしないことも禁じられている。しかし、これは、受け手の全カテゴリーの広告に適用されうるものであり、法人宛て及び自然人宛の電子メールについて適用されるものである。本条違反者は、市場混乱金（market disruption fee）の支払いを命じられる。同法は、二〇〇四年四月一日に施行された。

8 この他のEU加盟国（但し、二〇〇四年五月一日のEU拡大による新加盟国は含まれない）については、前述したOECDスパム・ペーパー等によると、以下の通りである、

ベルギーでは、eコマース法（二〇〇三年三月一日）により、オプト・イン方式が採用されている。同法は、さらなる電子メール広告に対する異議についての情報の提供を要求している。また、同法は、第三者からデータの主体の同意なく、獲得した電子メールアドレスを使用すること及び送信者の身元を隠す又は偽装することを送信者に禁止している。送信者は、広告メールの要求があったことを証明しなければならない。

デンマークでは、マーケティング・プラクティス法が、オプト・イン方式を採用している。

フィンランドでは、オプト・イン方式を採用した電子コミュニケーション・プライバシー法案が、議会で審議され、成立した。

オランダでは、従来、テレコミュニケーション法一、七条一項は、オプト・イン方式を採用していたが、同条は、

自動発呼装置による通信にのみ適用され、電子メールは、これに含まれず、電子メール広告には、同条二項によりオプト・アウト方式が、採用されていた。しかし、改正により、同条一項は、電子メール及びSMS通信にもその適用範囲を拡大した。同法は、二〇〇四年五月一九日から施行されている。

ギリシアでは、オプト・イン方式は、商業目的の望まない電子メール、電話、ファックスに要求される。

スペインでは、直接的広告目的の望まない電子メール、電話及びその他の同様の電子通信手段（SMS含む）に関して、自然人宛て及び法人宛ての両方について、従来から、オプト・イン方式が採用されてきた。

ルクセンブルクでは、望まない電子メール、ファックス、電話についての規制は、全く存在しない。政府は、EUデータ保護指令（2002/58/EC）に従ったオプト・イン方式の新規制を導入しようとしている。

(三) EUレベルにおける近時の展開

1 欧州委員会の「望まない広告（スパム）に関する通知」

このように加盟国において、前記EU指令（2002/58/EC）に従ったオプト・イン方式での規制の法整備が進められているところ、欧州委員会は、二〇〇四年一月二二日に「望まない広告（スパム）に関する通知⁽⁴⁸⁾」を出している。本通知は、以下の内容のものとなっている。

(一) スパムの概念

第一に、スパムの概念について、以下のように述べている。すなわち、スパムは、前記EU指令（2002/58/EC）においては定義されず、かつ、使用されていないが、同指令は、大抵の種類スパムが便宜上把握される「直接的広告目的での」「電子郵便による」「望まない通信」について、述べたものである。したがって、本通知においては、「スパ

ム」概念は、「電子郵便による望まない広告」に使用される。また、ここで「電子郵便」には、通常の電子メールだけではなく、SMSやMMS等の送信者及び受信者の参加が同時に要されない電子通信のいかなる形式も含まれる。

そして、二〇〇一年においては、全世界の全メールのうち僅か七％に過ぎなかったスパムメールが、二〇〇三年においては、五〇％以上の割合を占めるに至っている。

(2) スパムの諸問題

第二に、このようなスパムメールは、プライバシーの侵害、しばしば消費者への欺瞞、未成年者及び人間の尊厳を危険にさらすこと、個人ユーザー及び事業者の費用負担、および事業者の生産性の喪失の点で問題であるとしている。

ここでは、プライバシーの侵害の点、及び、費用に関する点が重要である。

まず、プライバシーの侵害の点については、「個々人の観点から、スパムは、プライベートな領域への侵入である。この懸念は、望まない電子メールについてのEU指令(2002/58/EG)一二条の規定を根拠づけるものである。」としているのである。

次に、費用の点については、まず、個人の費用としては、メールボックスを整理し、スパムを削除するユーザーの時間の浪費、フィルタリングやその他のソフトウェアを要する場合に費用が増加する点が、指摘されている。Eビジネスに対する考えられる費用には、直接費用と間接費用がある。直接費用は、従業員が、メールボックスを整理し、効率的、生産的に労働するために要される費用である。間接費用は、最新のアンチ・スパム・フィルタ技術により、適法な商用又はビジネス用電子メールが遮断されること等である。スパムは、ビジネスの費用負担を非常に増加させるウイルスの増加に加担するものでもある。例えば、フェリス・リサーチによると、二〇〇二年にスパムは、欧州企業に約二五億ユーロの費用を生じさせた。

また、たしかに、インターネット及びブロードバンド・アクセスやワイアレス・アクセスなどその他の電子通信は、現代経済の生産性の向上のための重要な要素ではあるが、常時接続のブロードバンドやワイアレスは、スパムを増加させるものである。

さらに、實際上、スパムメールが出回ることにより、電子商取引や電子サービス業界、とりわけ情報関連業界への消費者の不信がもたらされ、問題である。

(3) スパムに対する適用条項

第三に、望まない通信に対し適用される条項についてである。

まず、EU指令(2002/58/EG)一二条は、従来、EU指令(97/66/EG, L24/01)一二条により、ファックスおよび自動電話システムにしか適用されなかったオプト・イン方式を、電子メール(SMS及びMMSも含む)にも適用することとしたものであり、この新しい体制の下では、以下の三つの基本的ルールがあるとしている。すなわち、ルール1は、「電子メール広告は、受け手の事前の同意を要する。その同種のサービス又は商品について、同一人物により、すでに存在する顧客に対し、送付された電子メール(又はSMS)についての限定的例外がある。この体制は、自然人たる受け手に適用されるが、EU加盟国は、これを法人に対してまで拡大することを選択しうる。」というものである。ルール2は、「送信者の身元の偽装又は隠蔽は、違法である。」というものである。ルール3は、「全ての電子メールは、オプト・アウトするための返信用アドレスを含まねばならない。」というものである。

次に、執行条項については、司法的権利保護、責任及びサンクションについての「一般的」データ保護指令の条項⁽⁴⁹⁾は、望まない通信についての条項を含むEU指令(2002/58/EG)の条項に適用されうるとしている。すなわち、加盟国は、同指令の条項違反があった場合に、サンクション及び権利保護が機能することを確保しなければならないの

である。司法的権利保護のための個人の権利は、国内法下で規定される権利のいかなる侵害のためにも、規定されねばならない。あらゆる違法な処理 (processing) 又は行為の結果として生じる損害の賠償の個人の権利が、認められねばならないのである。この指令の完全な実施を確保するサンクションが、条項違反の事例において、行われねばならない。

さらに、スパムへ適用可能なその他の条項について、以下のように述べている。スパム行為に関しては、ウェブやチャットなどのインターネット関連のスペースにおいて、個人データを自動収集することが行なわれている。これは、この収集が、ソフトウェアによって自動的に行なわれるか否かを問わず、「一般的」データ保護指令 (95/46/EC) の効力により違法である。詐欺又は欺瞞的スパムは、典型的に、違法となりうる。これらは、常に、誤認広告EU指令 (84/450/EEC) に反し、違法である。国内法は、一般的に、刑事法上のサンクションを含む厳格なペナルティを、より重大な事例で与えることをも望む。スパムの特有なカテゴリーに属するものとして、ポルノなどの内容のあるものがあり、それに関しては、子供たちがそれにさらされているという問題がある。これらは、有害であるものの、当然には違法ではない。しかし、成人及び子供への無差別な送信が、一般的に国内法上、ときに厳格なペナルティをもって違法とされる。ハッキング又は身元の詐取については、フレームワーク決定によって、情報システムに対する刑事罰を科す違反であるとされている。この決定は、二〇〇三年二月に政治的に同意され、公式に採用された。⁽⁵⁰⁾多くの加盟国は、すでに、サーバーや個人のコンピュータへの違法なアクセス等に対して、犯罪行為として訴追することができる状態にある。

(4) 加盟国における効果的適用及び執行

第四に、加盟国及び公権力による効果的適用及び執行についてである。

まず、EU指令(2002/58/EG)に従った各加盟国の国内法整備は、二〇〇三年一月二日が期限とされていたにもかかわらず、遅延しているため、欧州委員会は、条約違反手続を開始した。⁽⁵¹⁾

次に、以下の六点が、執行体系の有効性に影響する要素である。

① 効果的罰金又はその他のペナルティにより、法律を執行する可能性である。幾つかの規制当局は、明らかに、(効果的)執行力に欠けている。

② 個人及び事業者の利用しうる苦情処理体系及び権利保護の性質である。

③ この分野において、ときに、重複する義務について、国内の当局間の義務の明確化及び調整である。

④ 権利及びその執行についてのユーザーの認識度である。

⑤ 加盟国間及び加盟国・第三国間の当該ケースに適用しうる国内法についての調整及び協力である。

⑥ EU域内外を拠点とし、他人の身元、住所、又はサーバーを利用すること等によって身元を隠蔽するスパマーを発見しうる手段である。

さらに、効果的権利保護及びペナルティについては、以下のように述べられている。現在、権利保護は、一般的に、過料、又は、時にウェブサイトの遮断を含む違法なデータ処理の中止命令を含むものである。幾つかの加盟国では、中止命令は、優先的に又は非遵守のケースにおいて罰金に附随して行なわれる。しかし、全ての官庁が、スパムに関する違反全体を把握する権限を有するのではなく、また、彼らは、彼らの同じ手段に関する権限を持つわけではない。しばしば、司法権に関係するケースもある。全ての加盟国が、違反に対する司法上のサンクションを有するわけではない。また、全ての加盟国が、権利保護ないし過料を行政法において、罰金を刑事法において、定めているわけではない。刑事法上のサンクションは、以下のように様々である。すなわち、幾つかの加盟国では、それどころか、自由

刑が科せられるのである。さらに、通常、損害賠償請求訴訟を提起する可能性が、民事法上、存するのである。しばしば、軽度の違反と重度の違反（大量の電子メールの場合や欺瞞広告の場合等）の区別があるだけでなく、ペナルティは、加盟国間で大いにバリエーションに富んだものとなっている。多くのケースで、スパム行為は、一般的データ保護法の下での権利保護を導きうるものでもあり（通知義務違反、アクセス権の侵害等）、また、特別法の下での権利保護を導きうるのである（欺瞞的広告等の場合）。一般的に、司法的手段は、重要な執行方法とは考えられない。望まない商用電子メールに関する手続は、各加盟国ごとに、全く異なるものである。具体的には、多数の加盟国は、データ保護庁（DPA）が、この分野を担当しているが、他には、電子通信庁（NRA）が担当する加盟国や、消費者保護庁（CPA）が担当する加盟国もある。そして、しばしば、二つ以上の官庁が関与することもある。通常、DPA、CPA、NRAは、行政上のペナルティである過料を、多様に課すことができ、その金額も様々に設定しうるものである。また、そのような可能性を有さない多くの加盟国は、その導入を検討している。司法的権利保護に比べて、行政上のサンクションは、ダイナミックな分野に、適している。DPA、CPA、NRAは、彼ら自身、しばしば、執行のための補完的手段となる。行政手続は、低コストでかつ迅速になされうるものである（イタリアの場合に、DPAによる手続は、五〇日以内に処理されている）。

そこで、①EU指令（2002/58/EG）、特に、望まない通信にかかる規定を国内法に置き換えることを、これ以上遅滞させずに、達成することを加盟国に求める。

②権利保護及び違反へのペナルティのシステムの実効性を検討すること及び被害者が損害を主張するための適切な可能性を創設することを加盟国に求める。

③行政上の権利保護を有さない加盟国及び権限のある官庁は、オプト・イン体制を執行するための迅速、低コスト

で、かつ効果的な手続を保障する手段として、スパムに対する行政手続を採用することを検討すべきである。

④委員会は、EU指令に従った国内法整備が、関連規定に対する市場参加者の違反の場合の真のサンクション及び場合によっては金銭的及び刑事上のサンクションを規定することを注視する。

⑤これに関し、委員会は、権限ある官庁が、どの程度、必要な調査及び遂行権限を有するかの調査も行なう。

最後に、効果的執行は、適切な権利保護体系を当然に伴うものであるとして、以下のように、スパム・メールボックスの有用性について強調している。

幾つかのDPAは、すでに、ユーザーが、望まない商用電子メールを転送しうる電子メールボックスを設置し、また、特定のケースにおいて、措置を採ることを約束した。すなわち、フランス及びベルギーは、二〇〇二年末に、スパム行為に対する苦情のための特別な電子メールボックスを設置した。その成果は、極めて興味深いものであった。フランスのスパム・ボックスは、三カ月で三二五〇〇〇のスパムメールを閔知し、同様のスパム・ボックスが、ベルギーにおいても設置され、二・五ヶ月に五〇〇〇〇の苦情を受け付け、UCEといわれる米国FTCにより設置されたスパム・メールボックスは、二〇〇三年初頭に一日当たり、一二〇〇〇〇のスパムを閔知した。このメールボックスにより得られた情報は、誰でも入手可能である。フランスは、EU指令(2002/58/EG)にしたがった国内法整備後も、これを維持することが予想される。アメリカでは、FTCが、類似のメールボックスを設置し、そこでの問合せを不公正及び欺瞞的取引慣行法違反に基づく刑事訴追のために利用している。

電子メールボックスは、とりわけ、違反について報告すること、及び、それにより、法の執行を容易にすることを、消費者に明白に動機づけるというメリットを有する。さらに、ある特定の国又は地域に生じた問題の種類及び範囲についての重要なデータを提供することができ、かつ、それ故に、官庁にとって、執行の優先順位を決定するために重

要な情報を提供しうるものである。又、官庁の獲得した知識に基づいて、予防措置がなされうる。フランスのDPAは、スパムボックスにより収集した情報を利用し、ユーザー及び商人のための情報パッケージを作成した。スパムの規模の監視及び調査のために、電子メールボックスは、提出された苦情が、有用であり、かつ、迅速に調査されうる場合にのみ、合理的である。電子メールボックスへの報告は、通常、電子メールで一通常、官庁のウェブサイトを通じて一述べられるものであるため、それにより、追加的 personnel 及び機器の必要又は現行の手続を変更する必要を生じさせるものである。したがって、僅かな加盟国しか、電子メールボックスの設置を計画又は検討しようとしないのである。

加盟国及び権限ある官庁は、ユーザーの苦情の処理における、法的システムの効率を調査すべきであり、必要な場合には、改善するべきである。加盟国ないし権限ある官庁は、インフォメーション・キャンペーンを伴って、特別な電子メールボックスを設置することが推奨される。これらは、問題のより良い理解のための容易な捜査と分析を可能とし、かつ、執行が優先的に行なわれうるように設計されねばならない。委員会は、電子メールボックスの経験についての情報の交換を促進する。

(5) 法整備以外の措置の必要性

第五に、前述したEU指令(2002/58/EG)に対応して、各加盟国が法整備を行うことは、同指令に対する部分的な解答にすぎないとし、各国政府、規制当局、産業、消費者及び広くインターネットユーザーが、スパム撲滅のために各々の役割を果たすべく、以下のように多様な措置を提示している。すなわち、産業界の自主規制、技術的解決、消費者の自覚意識の向上、電子メールが国境を越えて行われるものであることから、とりわけ、国際協力である。

この委員会の通知を受けて、二〇〇四年三月八日に、欧州理事会は、「直接的広告目的の望まない通信または『スパ

ム』に関する決議⁽⁵²⁾」を採択している。

2 欧州委員会セイフアー・インターネット・プラス

また、二〇〇四年三月一二日には、欧州委員会により、新プログラム「セイフアー・インターネット・プラス二〇〇五—二〇〇八」⁽⁵³⁾が出されている。

これは、すでに、一九九六年以来、EUにおいて、違法でありかつ有害なインターネット・コンテンツ（スパム・メールを含む）の撲滅のために実施されてきたプログラムの延長線上にあるものであり、五〇〇〇万ユーロの予算により、二〇〇五年から二〇〇八年にかけて、四年間にわたり実施が予定されている新プログラムである。

この新プログラムは、ビデオ等の新メディア及びスパムのような新たな問題点をめぐり、加盟国だけではなく、父兄や教育者や子供といったエンド・ユーザーにも焦点を当てたものである。また、これは、公的機関、民間及びボランティア部門における能力を積極的な安全キャンペーンの準備のために結集することを目指すものである。

本プログラムの内容は、第一に、違法なコンテンツの克服、第二に、望まず、かつ有害なコンテンツ（スパムを含む）への取組み、第三に、安全環境の促進、第四に、ユーザーの認識の向上である。

第一に、違法なコンテンツの克服については、以下のようになる。すなわち、登録管理課は、インターネットにおける違法なコンテンツに関する市民の報告を受理し、適切な処置を行いうる管轄課へそれを移送するものとする。委員会は、個々の登録管理課及びネット調整課に、資金援助することを提案している。

第二に、望まず、かつ有害なコンテンツ（スパムを含む）への取組みについては、以下のようになる。すなわち、本プログラムは、技術上の措置のための、以下のような補助金を行うものとしている。すなわち、ユーザーに対し、望まれず、かつ有害なコンテンツの侵入を量的に限定すること、ないし、それにより、現存するフィルタリング技術

の有効性が判断されうることを可能にするものである。さらに、効果的フィルタリング技術の発展の促進を行なうものとする。また、スパムの有効な克服及び最善の対処法にかかる情報交換が行なわれるべきであるとしている。

第三に、安全環境の促進については、以下のようになる。すなわち、欧州連合は、柔軟性を提供し、かつ、最新技術、高速な変化及び縦横無尽な活動が重層的に作用するマス・メディアの前提条件の了解を可能とする自主規制を促進する。委員会は、自主規制審議会らによる情報交換のプラットフォームである「セイファー・インターネット・フォーラム」を開催するとしている。

第四に、ユーザーの認識の向上については、以下のようになる。すなわち、委員会は、インターネットの安全な利用についての制度的な情報提供を——とりわけ、個人的な、インタラクティブな、かつ携帯電話による利用との関係で——促進し、かつ、これを、マス・メディア関連及びインターネット・コンテンツのためのEUの他の活動と関連づけることとする。ユーロ・バロメーターのアンケートによると、自分の子供が、インターネットにおいて心地よくない状況に直面したときに、すべきことを知ってはいないと、欧州における父兄の半数は考えていると、委員会は、報告している。SAFT (Safety, Awareness, Facts and Tools) の欧州連合におけるアンケートによると、昨年において、インターネットでチャットした西欧の子供の四六％は、チャットの相手と会うことを試み、一四％が実際に面会しているにもかかわらず、自分の子供が、実際にこのようにチャットの相手と会っていることについて認識のある父兄はたったの四％に過ぎないとされている。現在、父兄及び教師が、インターネットのための安全対策を利用すべき状態に入ったといえ、この状況は、「インターネットにおけるさらなる安全」プログラムにより、変革されるべきものであるとしている。「セイファー・インターネット・プロジェクト」は、すでに、注目に値する成果を挙げている。例えば、二〇〇三年一〇月において、インターネット・ホットライン団体INHOPeの指摘により、広範囲の児童

ポルノ・サークルが壊滅されたのである。また、フィルタリング・サービスに関する紛争は、和解により終結し、かつ、携帯電話に関する自主規制のための新しいモデルが提案されたのである。欧州における父兄は、インターネットにおける有害なコンテンツ及び危険な状況との彼らの子供の日々の対立を過小評価していると指摘している。

(四) 検討

1 前述したOECDスパム・ペーパーにおいて明らかとなったように、オプト・アウト方式には、前述した諸問題があり、今日において、かかる方式による規制の限界が明白なものとなっているということが出来る。これに対し、前述したように、EUにおいてはオプト・イン方式が採用され、そもそも望まない一回目の広告電子メールを事業者は送信し得ないものとされ、迷惑メールに対し、オプト・アウト方式によるよりも、より強靱な規制が行われているのである。

このオプト・イン方式の規制は、前述したEU指令(2002/58/EG)の理由書等において指摘されているように、スパムメールが、受け手のプライベートな領域への侵入であることをその根拠とするものである。前述のように、ここでは、ドイツにおいて、従来から、望まない電話広告、ファックス広告は、民法上の不法行為に該当するとされ、近時は、電子メール広告についても同様に民法上の不法行為に該当するとされる場合の根拠が、受け手の人格権は、送りの営業の自由に優位するとの価値判断に基づくものである点が重要である。

このような規制根拠に基づき、前述した欧州委員会の通知は、「スパム」を「望まない広告電子メール」としているのである。

これに関し、前述したように、たしかに、フランスのように、広告が、商用であることを要する規制例もあるが、

これは、要さないと考えるのが妥当であると考えられる。なぜなら、商用であると否とを問わず、望まない広告電子メール等は、受け手のプライベートな領域へ侵入するものであるからである。前述したように、EU指令(2002/58/EC)だけではなく、OECDスパム・ペーパーも、商用であることを要さないとしているのである。なお、前述のように、オーストリアにおいては、私的なメールも、その宛先が一定数を越える場合には、受け手の同意が通常ないといえることから、規制の対象とされている点も重要である。

ところで、前述したイギリス、フィンランド、オーストリア、ポルトガル、スウェーデンにおいては、電子取引の発達の阻害への懸念から、電子メール広告等がオプト・イン方式の規制に服するのは、それが、自然人宛てである場合のみとされており、法人宛てである場合は除外されている。これに対し、ドイツやイタリア等においては、かかる区別は、設けられていない。

たしかに、前述したように、EU指令(2002/58/EC)においては、法人宛ての場合については、オプト・イン方式の採否は、各加盟国の判断に委ねられている。しかし、例えば、前述した欧州委員会の通知でも、事業者の費用及び生産性の喪失が挙げられていた他、別稿⁽⁵⁴⁾で詳しくみるように、ドイツについては、法人宛の迷惑メールは、それにより従業員の労働が妨害され、また、かかるメールによる広告方法を他の事業者が模倣する危険があること等に基づき、UWG違反とされ、さらに、受信にかかる費用や手間などに鑑み、電子メール広告の迷惑性は、受け手が自然人であるか事業者であるかとは、関係がないことから、法人宛の電子メール広告も、BGB八二三条一項違反とされているのである。したがって、自然人・法人にかかる区別は、オプト・イン方式の採用の有無にかかる判断において、要されないものとするのが妥当であると考えられる。

次に、前述した欧州委員会の通知は、行政上のペナルティ、つまり、過料を課すことは、迅速かつ低コストで、事

案に対処しうるものであり、妥当であるとし、多くの加盟国が、その導入を検討している点が重要である。

さらに、前述した欧州委員会の通知は、各加盟国に、行政上の措置のみならず、スパムにより被害を受けた者の損害賠償請求権を認めることを求めている点である。すなわち、ここでは、すでに、イタリアやイギリス等においては、前述したように、スパム規制法違反行為に対しては、行政処分及び刑事罰がなされるのに加え、差止・損害賠償請求といった民事法上の規制がなされることとなっている点が、重要である。イタリアやイギリスにおける規制のように——また、従来から、迷惑広告行為について、もっぱら民事的規制がなされてきたドイツにおいて、近時、迷惑メール発信者に対し、刑事罰を科す法案が検討されているように——私法的規制か公法的規制かという二者択一ではなく、両者による規制が要されているということができるのである。前述したOECDワークショップ報告書が述べているように、この民事的救済手段を認めることにより、スパマーに対し、経済的インセンティブを減少させることに意味があるのである。

また、ドイツにおけるように、民事法上の規制のうち、UWG新七条違反とされる場合には、迷惑メールによる拡散する被害の特質に鑑み、一定の要件の下で、スパムメールの差止請求権及び利益剥奪請求権が、一定の団体（営業利益促進団体及び消費者団体）等に認められている点も重要である（UWG新八条三項・十条）。

2 その他に、以下の四点が重要である。すなわち、第一に、OECDスパム・ペーパーにおいて、問題点とされている電子メールアドレスの収集方法の巧妙化についてである。これについては、例えば、前述したイギリスやドイツにおけるように、電子メールアドレスに、個人名が含まれ、そのアドレスが、個人情報であるといえる場合には、各加盟国の個人情報保護に関する規制が行われるものである。しかし、このようなアドレスが問題となる場合は限られており、この規制によるスパム対策には限界があるといえるのである。

第二に、前述したOECDスパム・ペーパーにおいて指摘され、かつ、欧州委員会の通知においても、スパマーを特定する手段を確保するか否かが、スパム規制法の執行体系の有効性を左右すると指摘されているように、スパマーの特定が、困難である点についてが重要である。これについては、前述したように、ドイツにおいては、迷惑メールの受信者や消費者団体等が、差止請求権を有するにもかかわらず、発信者について不明であり、訴えを提起することができないことから、受信者及び一定の団体に発信者情報請求権（差止訴訟法一三条・一三a条、UWG新八条五項）が認められているのである。

第三に、前述したOECDのスパム・ペーパー及び欧州委員会の通知において指摘されているように、スパムのコンテンツには、欺瞞的なものが含まれていることが多いことについてである。例えば、欺瞞的広告は、ドイツにおいては、UWG新三条違反とされる。なお、欺瞞的表示等にかかる不正取引に関するEU指令が採択されている。

最後に、近時の欧州委員会の通知や新プログラムにおいて掲げられているように、各加盟国における国内法整備は、スパムメール対策へのほんの一端に過ぎないのであり、かかる対策には、民間による自主規制やユーザーの意識の向上が重要な意味をもつのである。

四 検 討

(一) 我が国の迷惑メール規制の現状

1 現在、我が国においても、望まない広告電子メールが、大量に行なわれているところ、受信者が、望まない広告電子メールを迷惑と感じている要因として、受信者側が費用負担すること、望まない電子メールの受信自体が不快であること、電子メールの内容が不快であること、正常な電子メールに遅配が生じること、時間に関係なく着信する

こと、アドレス変更等に時間と手間がかかること、受信と削除のために時間と手間がかかること等が指摘されている。⁽⁵⁵⁾そして、特に我が国においては、前述した電子メールの特質である費用負担の点について、特徴がみられるのである。すなわち、電子メールは、他の広告方法（電話や郵便など）とは異なり、通信料及び接続料といった費用の負担を受信者側に転嫁するという特質があるところ、我が国においては、他の諸外国に比べ、早い時期から、携帯電話における電子メールの送受信が普及し、活発に利用されており、そこでは、電子メールの受信料が、一通毎に、受信者に課されることが多く、それは、通常の電子メールを受信し閲覧又は削除するための前記費用よりも、多く必要とされることから、この費用負担の点が、より大きな特徴となっているのである。そして、望まない広告電子メールについて、迷惑と感ずる程度にかかる調査結果によると、パソコン向けメールについては、五一%の者が、非常に迷惑と感ずるとされたのに対し、携帯向けメールについては、八二%の者が、非常に迷惑と感ずるとされたのである。⁽⁵⁶⁾

また、取引条件が広告のなかで十分に表示されておらず、このような商業広告をみて取引に入った消費者がトラブルに巻き込まれるケースも存在したのである。⁽⁵⁷⁾

さらに、消費者が迷惑メール対策で自らの電子メールアドレスを変更すること等により、本来必要なメールが届かなくなり、優良な事業者にとっても、電子メールによる商業広告の手法を十分に活用しきれなくなり、迷惑メールの問題は、電子商取引ビジネスの健全な発展にとっても、重大な阻害要因となりつつあるのである。⁽⁵⁸⁾

このような望まない広告電子メールの迷惑さに鑑み、我が国においては、以下二法において、迷惑メール規制が行われているのである。

2 特定商取引法上の規制

特定商取引法上、例えば、通信販売の場合⁽⁵⁹⁾については、以下のようになる。すなわち、販売業者又は役務提供事業者が、通信販売をする場合において、指定商品・権利の販売条件又は指定役務の提供条件について電磁的方法（電子メール）により広告する場合には、①販売業者又は役務提供事業者の電子メールアドレス（同法一一一条一項五号、省令八条一項八号）、②相手方の請求に基づかず、その承諾も得ていない電磁的方法による広告である旨（同法一一一条一項五号、省令八条一項九号、同条二項）、及び③相手方が販売業者や役務提供事業者からの電子メール広告の提供を希望しない旨の意思表示をするための方法を表示する義務がある（同法一一一条二項、省令一〇条の四）。

そして、電子メール広告の提供を希望しない旨の意思表示をした者に対しては、販売業者や役務提供事業者は、広告電子メールの再送信が禁止されている（同法一二条の二）。

これに違反した場合には、主務大臣が必要な措置の指示を行なうこととされている（一四条）。さらに、違反が通信販売にかかる取引の構成及び購入者もしくは役務の提供を受けるものの利益を著しく害するおそれがあると認めるとき、又は主務大臣の指示に従わないときは、業務停止命令の対象となり、事業者名の公表がなされる（同法一五条一・二項）。同法一五条の業務停止命令に違反した者は、二年以下の懲役又は三〇〇万円以下の罰金に処される（同法七〇条二項）。又、法人に対する両罰規定がある（同法七九条）。

3 特定電子メール法上の規制

特定電子メール法においては、自己又は他人の営業の広告・宣伝の手段として、個人に対し電子メールを送信する場合に、その旨及び送信者の氏名又は名称、住所・電話番号、送信に用いた電子メールアドレス、受信拒否の通知先の電子メールアドレス及びかかる通知ができる旨、電子メールの伝送経路情報の表示が義務づけられ（同法三条）、かかる通知をした者への送信が禁止され（同法四条）、架空電子メールアドレスによる送信が禁止され（同法五条）、か

つ、一時に多数の架空アドレス宛てに送信がなされた場合の第一種電気通信事業者の役務提供拒否権が、認められている（同法一〇条）。

総務大臣は、送信者が一時に多数の者に対してする特定電子メールの送信その他の電子メールの送信につき、同法三条ないし五条の規定を遵守していないと認める場合において、電子メールの送受信上の支障を防止するため必要があると認めるときは、当該送信者に対し、当該規定が遵守されることを確保するため必要な措置を採るべきことを命ずることができる（同法六条）。この命令に違反した者は、五〇万円以下の罰金に処する（同法一八条）。又、法人に対する両罰規定がある（同法二〇条）。

4 特定商取引法及び特定電子メール法による規制の異同

これら両法における規制の異同は、以下の点に認められる。

第一に、両法ともに、オプト・アウト方式を採用し、一定の表示義務を課し、ラベリングを行なっており、また、再送信の拒絶をした者への送信の禁止をし、かかる送信を行った者には、行政上の措置命令が下され、その命令に違反した者は、刑事罰に処することとなっている点で共通する。

第二に、送信される電子メールは、広告目的であることを両法とも要求している点である。特定商取引法上の規制は、規制対象に二重の限定（①指定された商品や権利や役務であること、②販売条件や提供条件についての広告であること）⁽⁶⁰⁾がなされている。これに対し、迷惑メールの問題は、このように限定された場合に限らず生じるものであることから、特定電子メール法においては、広告の業種の限定はなく、かつ、販売条件や提供条件についてという限定なく、広く広告一般が、規定対象とされている点が、相異点として挙げられる。

第三に、規制対象となる電子メールについては、特定商取引法上は、個人宛て及び法人宛てであるのに対し、特定

電子メール法上は、個人宛てに限定されているという差異が認められる点である。

第四に、特定電子メール法上の刑事罰は、五〇万円以下の罰金であるのに対し、特定商取引法上の刑事罰は、二年以下の懲役又は三〇〇万円以下の罰金であり、比較的、強力なものとなっている点である。

第五に、特定電子メール法においては、架空電子メールアドレスによる送信にかかる禁止等が定められている点が、特徴的である。

(二) 我が国における法規制の問題点と解決策

1 しかし、このような法規制があるにもかかわらず、受け手が迷惑と感じる電子メール広告行為は、我が国においても、現在なお多く存在し続けている⁽⁶¹⁾。

第一に、前記両法において「未承諾広告※」との表示等を義務づけることにより、我が国においては、オプト・イン方式を採用することは不要であるとされた点が、問題である⁽⁶²⁾。すなわち、前述したOECDスパム・ペーパーやEUにおける議論から明らかとなり、又、すでに、我が国においても指摘がみられるように、こういったラベリングは、今日において、ほとんど機能していないのである。これは、ラベリングが、OECDのスパム・ペーパーの指摘するように、法を遵守する者にしか効果がないことを意味している。そして、これは、①規制当局などが、容易にはスパマーを特定し得ないこと、②特定できたとしても、刑事罰が総じて厳格ではないことに基づくものと考えられる。

第二に、再送信の拒絶の意思表示を行なうオプト・アウトについても、前述したOECDスパム・ペーパーにおいて指摘されていたように、それを行なえば、有効なアドレスであることを送信者に知らせることとなり、後の広告電子メールの受信が懸念されることなど、まともな対応がなされるかについて、疑わしいことから、ほとんど機能して

いないのが現状である。⁽⁶⁴⁾

このように、今日において、オプト・アウト方式の規制の限界が、明白なものとなっているということができるのである。

最も重要な点は、前述した様々な要因に基づき、望まない広告電子メールが、受信者に迷惑を感じさせているという事実を法的に評価する必要性である。すなわち、以下のように、望まない広告電子メールが、受け手のプライベートな領域への違法な侵入であると捉えることの必要性である。

2 オプト・イン方式の導入

(1) 前述したEU指令及びEU加盟国における立法例等に鑑みると、受信者の事前の同意のない広告電子メール、すなわち「望まない広告電子メール」は、受け手のプライベートな領域へ侵入し、受け手の人格権（憲法三条）を侵害することに基づき、オプト・イン方式により規制されるべきものであると考えられる。⁽⁶⁵⁾

このように、受け手の事前の同意のない広告電子メールについては、受け手のプライベートな領域へ侵入するものであることに鑑み、前述のように、近時、総務省が、オプト・イン方式へ方向転換を行なう方針であることは、妥当であるといえる。

そして、このような望まない広告によるプライベートな領域への侵入は、前述したEU指令、EU各加盟国における関連規定及び欧州委員会の通知からも明らかのように、電子メール（SMSを含む）を手段とする場合に限らず、自動電話機、ファックスを手段とする場合についても⁽⁶⁶⁾同様にいえることである。前述したように、EU指令（2002/58/EG）は、「望まない広告通信のこれらの形式は、一方で、比較的容易に、かつ割安で、送信可能であり、他方で、受信者の迷惑や費用負担を意味しうるものである。したがって、幾つかの事例においては、電子通信網及び最終段階

の機器において、障害を生じうるのである。」と述べている。それ故に、これら「望まない広告通信」を、特定電子メール法上、改正により、規定することが妥当であると考えられるのである。さらに、後述するような電話勧誘の迷惑性を考慮して、また、例えば、イギリスやオーストリアにおいては、自動電話のみならず、通常の電話も含めて、電気通信規制にかかる法律において、望まない広告通信として規制していることに鑑み、改正により、新たに規定すべき「望まない広告通信」には、通常の電話も含まれると考えるべきである。

次に、総務省迷惑メールへの対応の在り方に関する研究会・中間取りまとめ（平成一四年一月二四日）は、特定電子メール法上のオプト・イン方式について、受け手が、その受信を望まない限り、規律の対象となる電子メールを受信しなくてすむことから、迷惑メール対策として非常に有効なものと考えられるとしつつも、前述したOECDのワークショップ報告書（二〇〇四年三月一日）においても指摘されているのと同様に、オプト・イン方式を採用する場合には、良識あるダイレクトメール会社に対しても、強い制約になりかねないという問題もあるとし、⁽⁶⁷⁾オプト・インの実施の方法や効果、電子メールやインターネット市場への影響などについて、今後更に検討していくことが必要であるとしていたのである。しかし、ここでは、送信者が良識があるか否かが問題ではなく、前述のように、望まない広告電子メールが、受け手のプライベートな領域への侵入であることに鑑み、オプト・イン方式が採用されるべきなのであり、一回目の望まない送信が許されるオプト・アウト方式は、そもそも採用しえないものなのである。

(2)とところで、我が国においては、すでに指摘されているように、⁽⁶⁸⁾近時、社会問題化している電子メール広告と同様に、従来から、例えば、訪問販売、⁽⁶⁹⁾電話による広告・勧誘行為、郵便広告等においても、迷惑な広告・勧誘行為が多数存在している。そこで、これらの一定の行為についても、受け手が望まない広告通信、迷惑広告・勧誘行為であると法的に評価し、規制を行う必要性があることに⁽⁷⁰⁾基づき、以下のように、受け手のプライベートな領域への侵入に

よる受け手の人格権の侵害を根拠として、改正により、特定商取引法上、「迷惑広告・勧誘行為」を規定することが妥当であると考えられるのである。

たしかに、訪問販売、郵便、電話とは異なり、前述した自動電話システム、ファックス、電子メールによる通信は、自動的に送信可能なものであり、受け手のプライベートな領域への侵入が、多数生じるものである。しかし、訪問販売、郵便、電話の場合にも、同様に、受け手のプライベートな領域への侵入による受け手の人格権の侵害はありえ、これらのうち、一定のものについては、後述する価値衡量の結果、「望まない広告及び勧誘行為」として、オプト・イン方式の規制下におくことが妥当であると考えられるのである。

従来から、例えば、電話勧誘による資格講座商法等、電話による勧誘行為については、特定商取引法により、「契約を締結しない旨の意思を表示した者」に対する再勧誘が禁止され（特定商取引法一七条・二二条・七〇条一号）、オプト・アウト方式が採用されている。

そこで、経済産業省の消費者取引研究会・電子メールによる一方的な商業広告の送りつけ問題に関する対応について・中間とりまとめ（平成一三年一二月）においては、「電子メールによる商業広告についてのみ、いわゆるオプト・イン規制を設けることは、例えば、自宅を訪問したり、電話をかけたたりして勧誘することについて、『消費者の請求なしし事前の承諾を受けない限り行ってはならない』との規制がない中でバランスを失する等、憲法上の営業の自由との関係において慎重な検討が必要である」、とされていたのである。⁽⁷¹⁾

しかし、ここで、送信者の憲法上の営業の自由（憲法二二条又は二九条）の重要性が指摘されうるとしても、かかる自由は、無制限に認められるものではなく、広告電子メールが許されるか否かは、これと広告の受け手の「煩わされない権利」（憲法二三条）とのバランスで決しなければならぬものである。⁽⁷²⁾ 別稿でみるように、ドイツにおける迷

惑広告行為についての規制を参考にすると、訪問販売・郵便広告・電話広告・ファックス広告・電子メール広告のうち、受け手の人格権を侵害するのは、それによる受け手のプライバシー領域への侵入ないし被害の態様・程度等に鑑み、受け手の事前の同意のない電話広告、ファックス広告、電子メール広告であるといえる。これらの三種の広告が、受け手の事前の同意なく行なわれる場合においては、送り手の営業の自由が、受け手の人格権に劣位するものであることが、重要である。したがって、これらについては、「望まない広告・勧誘行為」を特定商取引法上、規定することが妥当であると考えられ、行政規制及び刑事的規制を行う他、後述するように、受信者等の差止請求権を規定することが考えられるのである。

たしかに、前述のように、近時、総務省は、特定電子メール法に関し、オプト・アウト方式からオプト・イン方式への規制方式の転換を表明しており、これは妥当なものといえることができるが、このように特定商取引法⁽⁷³⁾においても、これが行なわれるべきであり、我が国の迷惑広告・勧誘行為に対する対応としては、未だ十分なものといえることにはできない。この点については、別稿で詳細に検討を行うことにする。

3 オプト・イン方式の適用範囲

(1)このように、オプト・イン方式が妥当であるとしても、第一に、オプト・イン方式の規制に服する広告電子メールが、商用であることを要するか否かの問題がある。

この点について、オプト・アウト規制を導入した時点での見解ではあるが、経済産業省の電子メールによる一方的な商業広告の送りつけ問題に関する対応について⁽⁷⁴⁾（提言）は、従来、電話についても、商業目的で電話勧誘を行うことについて、拒否している消費者に対する再勧誘の禁止等の規制があるのに対し、政治や宗教の勧誘を目的として電話をかけることについて、同様の規制はなされてこなかったとし、非商業広告（政治や宗教に関する広報、宣伝等）

にまで、迷惑メールの規制対象を拡げるとすれば、これまでの立法例のない、表現の自由に対する制限を設けることになると思われる、としている。このように区別する根拠として、憲法上、精神的な自由たる表現の自由は、厳格に保障されている一方で、営利的な言論（商業広告）は、「表現の自由」の保障対象に含まれるものの、その保障の程度は、非営利的言論の自由よりも低いと解されているという点が指摘されている。また、同「提言」は、非商業広告まで規制対象とした場合、多くの者に一斉に出す通知が全て規制対象になる可能性があり、その外延の確定が極めて困難になると考えられるとし、さらに、諸外国の立法例でも商取引に関わる広告に絞って規制することが一般的であるとされているのである。

しかし、ここでは、望まない広告電子メールの規制根拠が、前述のように、受け手のプライベートな領域への侵入にある以上、このような指摘は、送り手の憲法上の権利のみに着眼したものであり、ここで問題となっている事柄の解決のためには、十分ではないのではなからうか。なぜなら、例えば、ドイツにおける規制において、明確にされているように、広告電子メールは、いかなる内容の広告であろうと、受け手の事前の同意のない場合に、受け手は、前述した電子メールの特質上、迷惑さを感じるものであり、この場合に、送り手の表現の自由は、受け手の人格権に劣位するからである。それ故に、例えば、ドイツやオーストリアにおける規制は、商用であることを要さず、政治広報行為等についても行なわれるのであり、また、前述したように、欧州委員会の通知におけるスパムの定義は、商用であることを要さず、「望まない広告電子メール」とされているのである。

(2) 第二に、メールの宛先の大量性については、たしかに、前記の総務省の「中間取りまとめ」は、大量の電子メール送信行為に対しては、プロバイダーから送信停止の仮処分の申立て等が行なわれること、大量のメール送信をすることを禁ずるように約款を変更するなど、事業者の対応がなされていること、また、受信者の観点からは、大量に

送信されたものでなくとも問題とされる電子メールであることには変わりないことから、大量に送信されているかどうかを、規制対象とするための必須の要件とする必要はないとしていた。たしかに、この点は、前述したように、妥当であると考えられるが、前述したオーストリアの規制法において、私的電子メールも大量に（五〇以上）送付される場合には、受け手の同意が、通常ないことから、違法とされていることについては、以下のように、検討の余地がある。すなわち、前述した立法理由書の記述に鑑みると、受け手の同意が通常ないといえる場合は、広告目的である場合に限られないという認識が、立法者にはあったと考えられるのである。⁽⁷⁷⁾これに対し、広告電子メールの場合には、通常、受け手の同意がないといえることから、規制をする必要が生じるのであり、それ故に、この場合には、大量であることを要求する必要がないものと思われる。そこで、我が国において、私的なメールも規制対象とするか否か⁽⁷⁸⁾、及びその場合の大量性要件について、検討の余地がある。

(3) 第三に、電子メールの宛先に関し、特定商取引法上は、個人宛て及び法人宛てであるのに対し、特定電子メール法上は、個人宛てのみであるという差異が認められる点についてである。たしかに、後者において、法人宛ての場合も含むとすることは、電子取引の発達の阻害が懸念されるところでもあるが、後者において、個人宛ての場合のみとすることは、前述したEUにおける議論から明らかとなったように、法人宛ての広告電子メールによる受信者たる法人の費用負担等の点に鑑み、妥当ではないと考えられるのであり、前述した議論を参考にして、法人宛も含めた規制への転換が望まれるのである。このように法人宛の場合も含むとすることの可能性は、前述したように、近時のEU指令において許容されているものである。

4 公法的規制について

前述のように、特定電子メール法上の刑事罰は、行政上の措置命令がなされた後に科されるという二段階方式を採

用しているだけではなく、特定商取引法上のそれよりも軽く、五〇万円以下の罰金に過ぎない。⁽⁷⁹⁾ 近時、総務省は、今後、特定電子メール法の改正により、前述のように、オプト・イン方式を採用し、望まない広告電子メールを送信した者に対して、改善命令を経ることなく、罰金を科す方向で検討することとしている点については、広告電子メールが、大量に拡散して送付されることから、迅速な処理が要される迷惑メールに対する規制として、妥当な方向での変更といえるが、前述した広告電子メールの経済的効率性に鑑みると、科される刑事罰の程度について、疑問がないとはいえない。すなわち、すでにみたように、広告電子メールの経済的効率性に鑑み、EU加盟国においては、罰金額を高額とし、さらに、加盟国によっては、自由刑を科していることから考えると、我が国において、このような刑事罰で留まっていることは、違反行為の抑止のために、必ずしも十分とはいえないように思われるのである。⁽⁸⁰⁾

そこで、前述したイタリアにおける規制法やドイツにおける法案において、懲役刑や禁固刑も科せられることとなっていることを参考にして、これを、そのようなレベルまで重くすると、迅速な処理が可能でなくなるという問題も生じうる。したがって、前述した欧州委員会のお知らせにおいて指摘されているように、刑事罰に比べ迅速に、かつ低コストで行いうるものであることから、我が国においても、より高額の過料（行政上の制裁金）の導入が検討されるべきではなからうか。

5 私法的規制について

最後に、前述した、イギリスやイタリアをはじめとして、ことにドイツにおける迷惑広告行為についての議論において、明らかであるように、従来から、EUにおいては、迷惑メール等、望まない広告通信等に対し、私法的規制が行われている点である。すなわち、受け手の事前の同意のない広告通信等には、訪問販売、郵便によるダイレクトメール広告、電話広告、ファックス広告、広告電子メール等があり、別稿⁽⁸¹⁾でみるように、ドイツにおける判例において

は、これらのうち、受け手の同意のない電話広告・ファックス広告・広告電子メール（SMS含む）については、受け手のプライバシーに著しい介入があることに基づき民法八二三条一項・一〇〇四条により、受け手に差止請求権が認められ、他の事業者が競争上の理由から同様の広告を模倣する危険があることや受け手のプライバシーな領域への介入等からUWG旧一条違反とされ、受け手や一定の団体等に差止請求権が認められているのである。

こういった迷惑メール送信者に対する個人等からの提訴は、プロバイダーからの提訴とともに、前述したように、スパマーのスパム行為についての経済的インセンティブを減少させる効果があるものである。それ故に、前述のOECDワークショップ報告書の指摘するように、法律上、受け手にスパム行為の差止請求権や損害賠償請求権を、我が国においても、規定することや、迷惑メールによる被害が、多数の者に拡散して生じることに鑑み、差止請求権を一定の消費者団体等に認めること等についての検討が必要であるということが出来る。我が国においては、ドイツにおけるこの点の紹介及び検討は、従来、必ずしも十分に行われてきたとはいえないため、別稿で詳細に検討した上で、我が国におけるこの点の問題を検討することとする。

そして、OECDのスパム・ペーパー及び欧州委員会の通知等の検討からも明らかとなった問題の一つとして、スパマーの特定が困難であることについては、以下のように考えられる。すなわち、EU加盟国の例えばドイツにおいては、発信者情報請求権が、迷惑メールの事例においても、一定の団体等及び受け手に認められている（差止訴訟法一三条、一三a条）のに対し、我が国におけるプロバイダ責任制限法上の発信者情報請求権（同法四条）は、電子メールについては、総務省の見解によると、⁽⁸²⁾適用されないことから、問題があるといわざるをえない。別稿で検討するように、迷惑メールの発信者に対し、受信者自身がメールの送信の差止請求や損害賠償請求をなしうるとしても、その前提として、請求の相手方を明らかにする必要があり、及びOECDのスパム・ペーパーにおいても指摘され

ているように、我が国においても、電気通信法四条の通信の秘密への配慮が必要とされることから、発信者情報請求権を、新たに特定電子メール法又は特定商取引法において、規定することが必要である。⁽⁸⁴⁾これについては、別稿で検討する。⁽⁸⁵⁾

五 結 語

以上のように、EUにおける近時の展開に照らし、迷惑メール等にかかる規制は、オプト・イン方式を採用することが妥当であり、かつ、その規制手段としては、公法的規制及び私法的規制の両者が要されているということができるところ、⁽⁸⁶⁾前述したように、我が国においては、これらについて、多くの解決すべき問題が存在することが、明らかになったといえることができる。

- (1) 「迷惑と感ずる程度にかかる調査結果」によると、例えば、電子メール広告受信者は、携帯向けメールについては、望まない電子メール広告について、八〇%以上の割合で、非常に迷惑と感じているとされているのである（電子メールによる一方的な商業広告の送りつけ問題に関する対応について（提言）・平成一四年一月二九日産業構造審議会消費経済部会消費取引小委員会（小委員長松本恒雄一橋大学院教授）二二頁）。
- (2) 前掲OECDスパム・ペーパー五頁。
- (3) OECDによるスパムについてのワークショップのためのバック・グラウンド・ペーパー（二〇〇四年一月二二日 See <http://www.oecd.org>）二二頁によると、加盟国のうち、オプト・アウト方式を採用する国は、日本、韓国、米国、ハンガリー、メキシコのみであり、韓国は、二〇〇三年一月一九日にオプト・イン方式へ転換することを明らかにした。
- (4) See <http://www.spamlaws.com> 中川かおり「アメリカ迷惑メール規制法」ジュリスト二七五号一五六頁（二〇〇四年）すでに、二〇〇四年三月、同法に基づき、AOL, Earthlink, Microsoft, Yahoo 各社が、迷惑メール送信業者に対し差止及び損害

- 賠償請求訴訟を提起している (See <http://www.findlaw.com>)。米国カリフォルニア州においては、受信を承諾した者にしかメールを送ることを認めず、迷惑メールの送信を原則として禁止することとし、最高一〇〇万ドルの罰金を科す迷惑メール規制法が、二〇〇四年一月から施行されている。この他、このようないわゆるオプト・イン方式の規制方法を採用する州には、テラウエア州がある。これにつき、長谷川珠美「迷惑メールの洪水と戦う日米欧の法規制」エコノミスト二〇〇四年二月一〇日号七二頁。
- (5) 日本経済新聞二〇〇四年五月二一日朝刊。ここで指摘されている規制強化の内容は、①オプト・イン規制への転換、②改善命令を経ることなく罰金を科すこととする事である。前掲・長谷川エコノミスト七二頁は、オプト・イン方式への転換を主張する。
- (6) BACKGROUND PAPER FOR THE OECD WORKSHOP ON SPAM, DSTI/ICCP (2003) 10/Final, 22-Jan-2004.
- (7) REPORT ON THE WORKSHOP, DSTI/CP/ICCP (2004) 1, 11-Mar-2004.
- (8) スпамについての第二次ワークショップの開催が、二〇〇四年九月八日・九日に韓国・釜山にて予定されている。
- (9) COM (2004) 28 final, Brussel, 22. 01. 2004.
- (10) 6606/04 (Presse 58).
- (11) COM (2004) 91, 2004/0023 (COD).
- (12) ITU WSIS Thematic Meeting on Countering Spam, CICC, GENEVA, 7-9 July 2004. See <http://www.itu.int>
- (13) BACKGROUND PAPER FOR THE OECD WORKSHOP ON SPAM, DSTI/ICCP (2003) 10/Final, 22-Jan-2004. 本ページの簡単な紹介は、佐々木光枝「急増するスパムメールと各国の法規制」海外電気通信二〇〇四年四月号四九頁以下。
- (14) See EC (2001), "Unsolicited Commercial Communication and Data Protection".
- (15) なお、スパムのコンテンツについては、以下のように述べている。すなわち、製品 (二〇%)、ファイナンス (一四%)、アダルト (一四%)、健康 (二二%)、詐欺的内容 (九%)、レジャー (八%)、インターネット (七%)、宗教 (一%)、その他 (一四%) となっている。
- (16) Guidelines for Protecting Consumers from Fraudulent and Deceptive Commercial Across Borders.
- (17) REPORT ON THE WORKSHOP, DSTI/CP/ICCP (2004) 1, 11-Mar-2004, p. 4.

- (18) 全世界のスパムのうち圧倒的多数が、米国から送られてくるといふ事実 (Wall Street Journal 2004. 3. 2, p. 15.) は、かかる方式の採用と無関係ではないであろう。前述した米国迷惑メール禁止法施行三ヶ月後において、二九% (前年六月より四%増) のユーザーは、スパム故に電子メールの利用を減らしたとされる等、同法の実効性には疑問が呈されている (<http://www.pewinternet.org>)。
- (19) REPORT ON THE WORKSHOP, DSTI/CP/ICCP (2004)1, 11-Mar-2004, p. 9.
- (20) Richtlinie 2002/58/EG, L201/37. 本指令前には、電気通信分野における個人データの処理及びプライバシーの保護に関する一九九七年一月一日の欧州議会及び理事会の 97/66/EU 指令 (ABl. L24, 30/01/1998, S. 1ff.) 等がある。これにつき、岡村久道・新保史生・電子ネットワークと個人情報保護・経済産業調査会 (二〇〇二年)、四七六頁、五六八頁。
- (21) いわゆるクッキーについては、理由書によると、受け手はクッキーを解除する機会を与えられる必要があるとされている。
- (22) Richtlinie 2002/58/EG, L201/41. なお、前掲 OECD スпам・ペーパー (一五頁) も、前述のように、スパムメールは、受け手の生活への望まない侵入であるとしている。
- (23) なお、二〇〇二年までの迷惑メールの法的規制をめぐる各国の状況は、新保史生「迷惑メールの法的規制」慶應義塾大学メディア・コミュニケーション研究所紀要五二号 (二〇〇二年) 五九頁以下、特に六五頁以下。
- (24) 迷惑広告規制の課題について、ドイツにおける迷惑広告規制の展開を参考にして別稿を予定している。
- (25) NJW 1988, 2615.
- (26) Z. B. NJW 1998, 3209; CR2003, 291-292, DB2002, 1713. 邦語の文献として、米村恒治「ドイツにおける消費者保護とネット取引」法律のひろば一九九九年二月号三二頁以下、同「EU 情報社会サービス基盤法制とその課題——その一、電子商取引指令の検討——」立命館法学二七六号 (二〇〇一年) 四〇五頁、四三五頁。
- (27) 電話広告について、NJW 1988, 2615. 電子メール広告について、コブレンツ高裁二〇〇三年六月一〇日判決 (Az. 1W342/03)。
- (28) 電話広告につき、GRUR1970, 523-Telefonwerbung I (BGHZ54, 188ff.). 本判決については、浜上則雄「訪問販売法における基本問題」現代契約法大系第四巻・有斐閣 (一九八五年) 二九六頁〜二九九頁。その他、詳しくは、迷惑広告規制の課題について、ドイツにおける迷惑広告規制の展開を参考にして別稿を予定している。
- (29) BGH Urteil vom 11. 3. 2004, Az. I ZR 81/01.

- (30) BGBl. I 2004, S. 1414.
- (31) なお、UWG二〇〇四年改正連邦政府案については、拙稿「ドイツにおける団体訴訟の新展開——不正競争防止法大改正連邦政府案——(上)(中)(下)」国際商事法務三一巻一〇号一三八六頁、一一号一五四七頁、一二号一六八六頁(二〇〇三年)、同「ドイツ不正競争防止法大改正連邦政府案(翻訳)」奈良法学一六巻(二〇〇四年)九一頁、改正法条文訳は、本誌本号掲載。
- (32) 迷惑広告規制の課題について、ドイツにおける迷惑広告規制の展開を参考にして別稿を予定している。
- (33) 拙稿「ドイツにおける団体訴訟の新展開——不正競争防止法上の利益剝奪請求権——」国際商事法務掲載予定(二〇〇四年)。
- (34) ドイツ差止訴訟における発信者情報請求権について、別稿を予定している。
- (35) See <http://rsw.beck.de/rsw/shop>
- (36) BGBl. I 2003, 66.
- (37) 前掲OECDスパム・ペーパー三四頁。
- (38) 二〇〇四年六月二二日官報一四三号一—一六八頁。
- (39) また、ネット上のアドレス登録からの名簿ファイル作成には同委員会への申告が必要で、違反者には最高五年の実刑又は三〇万ユーロの罰金が科されるとされている。また、しかし、スパムの八〇%は米国から来ており、追跡は難しいとの指摘がなされている (Le Monde, 2002. 9. 21)。
- (40) See <http://www.legislation.hmso.gov.uk> 本規則の改正案について、鳴田実「携帯電話のスパムメール対策に向けた英国国内法改正の動き」KDDI総研R&A二〇〇三年八月号四一頁以下。
- (41) See <http://www.garanteprivacy.it>。また、同規則は、ウェブサイトに対し、消費者に、それがダウンロードされる前にクッキーを拒絶する機会を与えることを要求し、かつ、望まない文章の広告を禁止する。情報委員会は、苦情についてのより強力な権限を有する。
- (42) 前掲OECDスパム・ペーパー四〇頁。
- (43) Legislative Decree no. 171 of 13 May 1998.
- (44) Legislative Decree no. 196 of 30 June 2003.
- (45) BGBl. I 2003 Nr. 70, S. 983. <http://www.kronegger.at/laws/tkg2003-107.html>

- (46) 岡村久道・新保史生『電子ネットワークと個人情報保護』経済産業調査会(二〇〇二年)四七八頁(BGBI. I 1999 Nr. 188, S. 1447)。
- (47) D. R. no. 5 (Series I-A, of 7 of January. See <http://www.icp.pt>)
- (48) COM (2004) 28 final, Brussel, 22. 01. 2004.
- (49) 欧州議会及び理事会指令(95/46/EC, L 281, 23/11/1995 p. 0031-0050) 一二二条(権利保護)、一三二条(責任)、一四二条(サンクション)である。
- (50) COM (2002) 173 final, 19. 4. 2002.
- (51) 欧州委員会は、二〇〇三年一月一八日及び二〇〇四年四月一日に、同指令に従った法整備が完了していなかった8加盟国(ドイツ、ベルギー、フランス、ギリシア、ルクセンブルク、オランダ、ポルトガル及びフィンランド)に対し、条約違反手続の警告をし、その後、二ヶ月以内に対応がみられない場合には、欧州裁判所に提訴するとした(IP/04/435, Brussel, 1 april 2004)。その後、ポルトガル及びフィンランドは、必要とされる国内法整備を行なったことから、欧州委員会は、二〇〇四年四月二二日に、その他の六加盟国すなわち、ドイツ、ベルギー、フランス、ギリシア、ルクセンブルク及びオランダに対し、欧州裁判所に提訴することを決定した(See <http://www.europa.eu.int>)。しかし、前述のように、この六加盟国のうち、少なくとも、ドイツ、フランス、オランダは、その後、二〇〇四年七月において、国内法を制定・施行している。
- (52) 6606/04 (Presse58).
- (53) COM (2004) 91, 2004/0023 (COD).
- (54) 迷惑広告規制の課題について、ドイツにおける迷惑広告規制の展開を参考にして別稿を予定している。
- (55) 総務省・迷惑メールへの対応の在り方に関する研究会・中間取りまとめ(平成一四年一月二四日)八頁等。その他、電子メールによる広告の提供については、その容易性や低価格から販売業者等が何度かつ時間に関わりなく送信することが可能という特性があり、消費者の側で開封・破棄等に時間を浪費させられたり、受信料の負担がかかることもあることなどが指摘されている(経済産業省商務情報政策局消費経済部消費経済政策課編・特定商取引に関する法律の解説・財団法人経済産業調査会(二〇〇三年)一七七頁)。
- (56) 経済産業省・消費者取引研究会・電子メールによる一方的な商業広告の送りつけ問題に関する対応について・中間とりまとめ

め（平成一三年一二月）二頁。経済産業省産業構造審議会消費経済部会消費取引小委員会・電子メールによる一方的な商業広告の送りつけ問題に関する対応について（提言）（平成一四年一月二九日）もある。もっとも、プロバイダのフィルタリング等の対策により、携帯向けの迷惑メール数の減少がみられるように思われる。

(57) 前掲・経済産業省・中間とりまとめ二頁。

(58) 前掲・経済産業省・中間とりまとめ三頁。

(59) 連鎖販売取引については、同法三五条、省令二五条一項、同法三六条の二が、業務提供誘引販売取引については、同法五三条、省令四〇条、同法五四条の二が、同様にオプト・アウト方式の規定を行なっている。

(60) 前掲・総務省・中間取りまとめ二〇頁。

(61) 前述のように、全世界に行き交う電子メールのうち、迷惑メールは、今日、五〇%以上を占めるに至っているところ、我が国へは、海外から送られる迷惑メールがかなりあると報告されている（前記OECDスパム・ワークショップ報告書七頁）。前述した欧州委員会の通知において指摘があるように、スパムメールボックスがスパム対策として有効に機能していることが、ベルギーやイギリス等の例から明らかである。我が国においても、すでに、特定商取引適正化義務の指定法人（特定商取引法六一条）である（財）日本産業協会及び特定電子メール送信適正化業務の指定法人（特定電子メール法二三条）である（財）日本データ通信協会が、各法にかかる再送信禁止義務違反に関する情報提供を受け付けている。後者は、特定電子メール法が、オプト・イン方式の規制となった後も、これらが効果的にスパム情報を収集することが予想される。

(62) 前掲・経済産業省・中間とりまとめ五頁。

(63) 前掲・KDDI総研R&A（嶋田）。

(64) 前掲・KDDI総研R&A（嶋田）。

(65) 総務省・迷惑メールへの対応の在り方に関する研究会・中間取りまとめ（平成一四年一月二四日）は、規制対象を望まない商用電子メールとしつつ、オプト・アウト方式を採用するとしており、一貫性がないように思われる。

(66) ファックス広告と電子メール広告の異同について、岡村久道「商用電子ダイレクトメールに対する法的規制（上）」——米国におけるスパムの法的規制を中心に——（NBL六五〇号五二頁（一九九八年））もある。別稿で論じる。

(67) 総務省の中間取りまとめ二七頁。前掲・KDDI総研R&A二〇〇三年八月号四四頁（嶋田）は、事前の同意の通知の手間

や費用が膨大となることも指摘する。

(68) 情報ネットワーク・ローレビュー第二巻(二〇〇三年一月)一二五頁(新保史生発言)。

(69) 松本恒雄「電話勧誘販売規制のあり方」一橋論叢一一八巻一号(一九九七年)三〇頁、同「電話勧誘取引の法規制のあり方(下)」国民生活一九九六年二月号六〇頁。なお、自動電話装置を用いたワン切りについては、二〇〇二年末に、有線電気通信法改正によって、同法一三条の二により処罰されることとなっている。ファックスについては、オプト・イン、オプト・アウト方式いずれの方式に関する規制も、見当たらない。我が国において、ファックス広告の被害は、多くはないようであるので、必ずしも規制する必要はない。

(70) 松本恒雄「電話勧誘販売規制のあり方」一橋論叢一一八巻一号(一九九七年)三〇頁、情報ネットワーク・ローレビュー第二巻(二〇〇三年一月)一二五頁(新保史生発言)。

(71) 電子メールによる一方的な商業広告の送りつけ問題に関する対応について(提言)・平成一四年一月二九日産業構造審議会消費経済部会消費者取引小委員会(委員長・松本恒雄一橋大学院教授)八頁は、メールのみオプト・イン方式とすると、他の電話広告や郵便広告とのバランスに欠くこととなるとしていた。

(72) 迷惑広告規制の課題について、ドイツにおける迷惑広告規制の展開を参考にして別稿を予定している。

(73) 特定商取引法七条三号・省令七条一号は、訪問販売について、同法二二条三号・省令二三条一号は、電話勧誘について、同法四六条三号・省令三九条一号は、特定継続的役務提供について、さらに、同法五六条四号・省令四六条は、業務提供誘引販売取引について、迷惑を覚えさせる勧誘に対しては、総務大臣は必要な措置にかかる指示を行なうことができ、その指示に違反した者は、同法七二条二号により、一〇〇万円以下の罰金に処することとされている。通達によると勧誘概念は限定されているため、勧誘に該当しない通常の広告の場合には、これらは適用されない。これに対し、反対説(齋藤雅弘・池本誠司・石戸谷豊・特定商取引法ハンドブック・第二版二〇〇三年一六四頁)もある。しかし、いずれにせよ、これらは、オプト・アウト方式である。

(74) 前掲・経済産業省・提言五頁。

(75) 携帯電話への迷惑メールについて、NTTドコモ事件横浜地決平成一三年一〇月二九日判時一七六五号一八頁等がある。この他につき、岡村久道「迷惑通信と法」判タ一一二四号九五頁以下(二〇〇三年)参照。

- (76) NTTドコモは、二〇〇一年一月六日契約約款変更認可申請、同月九日許、同月一三日措置実施。同様に、auグループ、ジエイフォングループにおいても契約約款を変更し、同様の措置を実施している。
- (77) このように考えられるのであるから、広告電子メールの送信は、受け手の同意のない限り、通常、受け手の同意がないことを一応推定するため、送信者側が、受け手の同意のあることを反証する必要があると考えられる。
- (78) 規制対象となる電子メールは、広告や勧誘（申込みの誘引）であることを要するかについてである。オーストリアにおいては、非商用のうち、政治・宗教の広報活動に加え、私人のプライベートなメールをも五〇人以上の受け手に向けられている場合には、規制対象とされている。すなわち、非商用であり、広告・勧誘でもない電子メールの場合も、規制対象となっているのである。これは、前述のように、受け手の同意のあるやなしやを基準とした、徹底した規制手法であるといえる。これについては、検討する余地がある。
- (79) これに対し、特定商取引法上は、自由刑も含めた刑事罰が規定されているが、適用範囲が限定され、かつ、行政上の措置命令がまずなされ、その後には刑事罰が科されるという二段階方式をとっており、十分とはいえない。
- (80) なお、これには、行為の個数の問題もある。すなわち、一時に多数の者への送信を行なうことを繰り返し行なうことを自動的に行なう場合などについてへの配慮の欠如である。又、近時は、行政刑罰の執行不全が指摘されている（宇賀克也・行政法概説Ⅰ・有斐閣二〇〇四年二〇〇頁等）。
- (81) 迷惑広告規制の課題について、ドイツにおける迷惑広告規制の展開を参考にして別稿を予定している。
- (82) 総務省電気通信利用環境整備室・プロバイダ責任制限法・第一法規（二〇〇二年）一七頁。
- (83) 迷惑広告規制の課題について、ドイツにおける迷惑広告規制の展開を参考にして別稿を予定している。
- (84) なお、特定電子メール法九条の電気通信事業者による役務に関する情報提供義務は、発信者情報請求権の開示について、通信の秘密保持義務を解除したものではないと考えられる。
- (85) ドイツ差止訴訟法における発信者情報請求権について、別稿を予定している。
- (86) ところで、前述のように法的に規制する必要がある「望まない広告電子メール」に関しては、前述してきたOECDスパム・ペーパー及び欧州委員会の通知等を踏まえると、前述したそれによるプライベートな領域への侵入の点及びスパムの特定期間困難であることその他には、①電子メールアドレスの獲得方法の巧妙化、②欺瞞的コンテンツを含むものが多いことが重要な問

題となっていることができる。

まず、①電子メールアドレスの獲得方法の巧妙化については、EUにおいては、個人情報保護をめぐる規制が行われ、また、我が国においても、すでに、個人情報保護法等による規制がある。すなわち、個人情報保護法等により、自己の氏名や住所や電話番号等の情報の入手等が規制される（個人情報保護法一七条等）ことにより、迷惑広告の絶対数の減少は期待されるところである。しかし、そもそも、電子メールアドレスは、通常、同法により保護される個人情報とはされえず、例外的に、個人情報とされるのは、個人を特定しうる場合であるところ、迷惑メールを行なうために収集されるアドレスは、これ以外のものが多いことから、同法の規制のみでは、スパム対策としては、十分ではない。

次に、②欺瞞的コンテンツの問題については、まず、欺瞞的顧客誘引（独占禁止法一九条、二条九項、一般指定八項）として差止請求や損害賠償請求の対象となり、また、公正取引委員会による排除措置審決等がなされうる。次に、優良誤認表示（景表法四条）等として、公正取引委員会による排除命令がなされうる。しかし、公正取引委員会には、人員・予算による限界があり、差止請求権が認められていないことが、問題である。さらに、特定商取引法上の誇大広告規制（同法一二条）もあるが、同法の適用は、指定された取引に限定され、かつ、広告表示規制は、申込みの誘引に当たる場合に限定されている点で限界がある。

最後に、EUにおいてもそうであるように、前述した特定電子メール法も含め、これら諸法の所管官庁が、互いに調整しあうことが妥当である。