

## 《論 説》

## オランダにおける迷惑メール規制の新たな展開

宗 田 貴 行

## 一 はじめに

迷惑メールに対する法的規制は、わが国では、特定商取引法及び特定電子メール法の2008年改正が行われ、拙著『迷惑メール規制法概説』（レクススネクシスジャパン2006年）において主張したのと同様に、アメリカ型であるオプト・アウト方式からE U型であるオプト・イン方式への転換が行われたところである。筆者は、2007年11月以降、特定商取引法の同改正に係る経済産業省における「迷惑メールに関する技術的論点ワーキンググループ」の会員として議論する機会に恵まれた。また、2008年7月には、財団法人日本データ通信協会の嘱託職員として「ヨーロッパにおける迷惑メール規制の実態調査」を行い、オランダ、ドイツ、スウェーデンにおいて、関係機関にヒアリング調査を行わせて頂くことができた。

そこで、本稿では、E Uにおける迷惑メールに対する法的規制について検討を行うこととするが、後述するように、オランダでの規制がE Uにおいて高い評価を得ていること及び、紙幅の関係から、オランダでの規制についてのみ紹介し、検討する。

オランダにおいては、7月18日午前10時～午後3時に、ハーグに所在するO P T A（Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit 独立郵便電気通信庁）にて、ヒアリング調査を実施し、以下3つの報告を聞きつつ、質疑応答を行った。

- ①Internet セキュリティ担当 Wout de Natris 氏  
 「Spam training OPTA, OPTA : Spam investigation in the Netherlands」
- ②OPTA 所属・法律アドバイザー Ralph Anthonia 氏、  
 同上 Ronald van den Broek 氏  
 「Fight against Spam by OPTA, Explaining the Dutch law against Spam」
- ③Internet セキュリティ担当 Wout de Natris 氏  
 「Spam training OPTA, Various forms of cooperation」

## 二 迷惑メール規制に関する E U 指令、E U でのオランダの規制の評価

従来 E U においては、電子メール広告について、オプト・アウト方式を採用した指令 (97/66/E C, L24/01) が採択されていたが、オプト・イン方式を採用する加盟国が少なかった。

しかし、電子メール広告は、たやすく国境を越えて行われるという性質を有することから、オプト・アウト方式を採用する国とオプト・イン方式を採用する国とが混在することにより、迷惑メールに係る規制の実効性が確保できなくなる。

このため、オプト・イン方式に統一する必要性が生じたことから<sup>1)</sup>、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ついての2002年欧州議会及び欧州理事会指令 (2002/58/E C, L201/37.) 13条1項は、「直接的広告目的の・・・電子郵便の利用は、受け手の事前の同意 (consent) がある場合のみ行われうる。」と規定し、オプト・イン方式を採用したのである<sup>2)</sup>。

この指令では、こういった国際的な視点での規制の実効性確保の観点に加

1) 欧州委員会からの欧州議会への通知 (SEC/2002/0124 final-COD 2000/0189/) と 2002年指令の提案 (COM/2000/0385 final-COD 2000/0189) が、具体的にこの点を指摘する。

2) 宗田貴行『迷惑メール規制法概説』レクシスネクシスジャパン2006年81頁。

え、規制の根拠として、受け手の事前の同意のない電子メール広告は、受け手のプライベートな領域を侵害することが挙げられている。すなわち、その理由書は、規制の根拠として、「広告目的での望まれない通信、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。」と述べているのである<sup>3)</sup>。

また、オプト・イン方式の採用に踏み切った背景として、電話・ファックス・電子メールといった広告手段は、広告主の費用負担が僅かであることも、理由書において指摘されている<sup>4)</sup>。

オランダ、ドイツ、フランス、イギリス、スウェーデン、イタリア、オーストリア等といったEU加盟国は、この指令に従いオプト・イン方式の規制に係る法整備を行い、EU加盟国の規制当局間の協力も積極的に行われている<sup>5)</sup>。

そんな中で、欧州委員会から欧州議会及び理事会等への2006年11月15日付けの「スパム、スパイウェア、悪意あるソフトウェア克服についての通知<sup>6)</sup>」は、オランダのスパムに対する法規制について、以下のように好意的に述べている。すなわち、この通知の3頁において、「スパム克服のための適切な投資が、決定的な結果をもたらしうる。例えば、オランダにおいては、スパム克服のための設備に57万ユーロ投資したことによって、オランダ語のスパムが85%減少した。」と述べられている。また、同通知7頁は、より詳しく、「オランダにおけるスパムの減少は、5人のフルタイムの専門の従業員によるチームをOPTAに設置したこと及び、スパム克服のための設備に57万ユーロを投資したことにより達成された。」と指摘している。

---

3) 2002/58/EC, L201/37.

4) 2002/58/EC, L201/37.

5) 宗田貴行『迷惑メール規制法概説』レクシスネクシスジャパン2006年4～5頁、84頁以下。

6) Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions, On Fighting spam, spyware and malicious software, Brussels, 15. 11. 2006, COM (2006) 688 final.

そこで、以下では、EUにおいて、特にオプト・イン規制の実効性が上がっていると高い評価を受けているオランダにおける迷惑メール規制を紹介し、検討する。

### 三 規制根拠法・規制機関・規制内容・行政処分

#### (一) 規制根拠法・規制機関

オランダにおける迷惑メールに対する法的規制は、後述するように一定の手続関係を除けば、電気通信法(Telecommunication Act (Telecommunicatiewet, 1998:610))に基づいてなされる。後述するように、同法11.7条が、迷惑メールについて、前述した2002年EU指令をほぼそのまま踏襲した形で規定している。

同法に関する改正法案の作成は、経済省(Ministerie van Economische Zaken)が行っている。

迷惑メールに対する規制を行う機関は、OPTAと呼ばれる機関である。OPTAは、郵便・電気通信分野における法律及び規則に関する規制を独立して行う機関であり、法律及び規則は、より多くの選択肢及び公正な価格を消費者に与えるために、郵便・電気通信市場における競争を促進することを目的としている。OPTAは、政府機関であるが、経済省の一部門というわけではなく、独立行政機関(Autonomous Administrative Authority)である<sup>7)</sup>。

#### (二) 規制内容

電気通信法11.7条1項<sup>8)</sup>は、自動電話、ファックス、電子通信(electronic messages)の利用の下での要求されていない商業的(commercial)、観念的・

---

7) OPTAウェブサイト(<http://www.opta.nl/asp/en/>)による。その他、同サイトでは、OPTAの使命・ビジョン・役割・権限・委員会・組織・規模・歴史・国際的取組について述べられている。

精神的 (idealistic)、慈善的 (charitable) 通信は、受け手が通信の事前の同意をしたことを送り手が証明できるときにのみ許されると規定している。

通信の手段は、自動電話、ファックス、電子通信である。電話に関しては、自動電話に限定されており、コールセンターにおいて手動で行われる電話については、いまのところ除外されている。電子通信には、電子メール、SMS、MMSが含まれる<sup>9)</sup>。

通信の目的は、商業的目的、観念的・精神的目的、または慈善的目的であることとされている。宗教に関する広告、政治に関する広告は、観念的・精神的目的に分類される。慈善的目的には、赤十字の募金活動に係る通信、寄付に関する通信が挙げられる。いわゆるチェーンメールは含まれていない<sup>10)</sup>。

通信の主体は、実際に送信を行った者の他、同法11.7条1項の解釈上、送信させた者も含まれるとされる<sup>11)</sup>。

受け手の要件は、第一に、電気通信サービス業者と契約関係にあること、第二に、自然人であることである (同法11.8条<sup>12)</sup>)。したがって、法人は含まれない。前述のとおり、2002年E U指令は、法人宛について、オプト・イン規制下とするか否かは、各加盟国の判断に委ねているところ、このように従来オランダでは、法人宛については、オプト・アウト方式を採用してきた。しかし、法人宛の電子メール広告による生産性の低下が問題視されていることから、同

---

8) Article 11.7

1. The use of automatic calling systems without human intervention, faxes and electronic messages for transmitting unrequested communication to subscribers for commercial, idealistic or charitable purposes will only be permitted if the sender can demonstrate that the subscriber concerned has given prior consent for this, notwithstanding that laid down in paragraph 2.

9) O P T A でのヒアリング調査による。

10) O P T A でのヒアリング調査による。

11) O P T A でのヒアリング調査による。

12) Article 11.8

The application of Articles 11.6 and 11.7 shall be limited to subscribers who are natural persons.

法2008年改正法案において法人宛も含まれることとされている。同法案は、2008年7月時点で、オランダ議会下院を通過している。この法案が成立した場合、新法は2009年春に施行される<sup>13)</sup>。

受け手の同意の立証責任は、同法11.7条1項が明記しており、送り手にある。

電気通信（電子メール・SMS・MMS）広告において表示されなければならない事項は、同法11.7条3項<sup>14)</sup>が定めており、以下の事柄である。すなわち、送り手の身元、受け手が広告中止の要求を送信しうるアドレス又は番号である。

オプト・イン方式の下では受け手の同意が必要であるが、送り手は、以下の3つの場合には、同意を獲得することを必要とされない。

第一に、自然人又は事業者が、自己の製品又はサービスの販売において、電子的連絡情報（電子メールアドレス、SMSアドレス、MMSアドレス）を獲得している場合に、その情報を自己の類似の製品又はサービスに関連して商業的又は観念的又は慈善的目的での通信のために利用する場合である（11.7条2項1文）。ただし、これは、その情報を獲得するときに顧客が明示的に容易にかつ無料でその情報の利用に反対の意思表示をする機会が与えられることを要する。顧客がこの機会を与えられなかった場合には、各通信において、顧客は同様の条件で、その情報の更なる利用に対し異議を述べるための機会を与えられる（11.7条2項<sup>15)</sup>）。

第二に、現在審議中の改正法によれば、事業者である受け手が、（潜在的）送り手に利用されうる電子通信情報を公表している場合である<sup>16)</sup>。例えば、冷

---

13) OPTAでのヒアリング調査による。

14) Article 11.7

3. The following information should be stated at all times when using electronic messages for the purposes as referred to in paragraph 1 :

a. the actual identity of the party on whose behalf the call is being made, and  
b. a valid postal address or number to which a recipient may direct a request to stop such communications.

蔵庫の販売に係る仕入れのために、自社のウェブサイトで電子メールアドレスを公表している場合である。同意なく送られることが許される電子メール広告は、ここにおける冷蔵庫販売にかかる仕入れのためという公表された目的に限定される。この例外は、仕入れ部門を持たないような小企業の場合には、こういったウェブサイトを利用した方法の可能性を閉ざすことは妥当ではないとの配慮から認められるものである。

第三に、改正法によれば、受け手が、欧州経済域（EU加盟国及びアイスランド、ノルウェイ、リヒテンシュタイン）外に居住し、送り手が受け手の居住国のルールを遵守して行動する場合である<sup>17)</sup>。

同意が必要ではないこれらの場合には、オプト・アウト方式の規制によることになるが、そこにおいても、すでに述べた同法11.7条3項による表示義務が課せられている。

### (三) 行政処分

次に、OPTAによる行政処分には、以下の3種がある。

- ① 電気通信法15.4条に基づく、行政上の制裁金、
- ② 一般行政法（Algemene Wet Bestuursrecht, Awb）<sup>18)</sup>に基づく、違反行為の中止を求め、中止しない場合には一日あたり一定額の金銭の支払いを命

---

15) Article 11.7

2. Any party who has received electronic contact information for electronic messages as part of the sales of his product or service may use this information for transmitting communication for commercial, idealistic or charitable purposes in relation to his own similar products or services, provided that with the obtaining of the contact data the customer is explicitly given the opportunity to submit an objection in a straightforward manner and free of charge against the use of his electronic contact information and, if the customer has not taken up this opportunity, he is offered the opportunity with each communication transmitted to submit an objection against the further use of his electronic contact information under the same conditions. Article 41, paragraph 2, of the Personal Data Protection Act is applicable mutatis mutandis.

16) OPTAでのヒアリング調査による。

17) OPTAでのヒアリング調査による。

じる処分（同法5.32条）、

- ③ 一般行政法に基づく、行政機関として捜査地でサーバーの除去などといった違反行為を中止するための処置を施す処分（同法5.32条）

このように、オランダにおいては、最高45万ユーロ（約7200万円）又は売上げの10%以下の行政上の金銭的処分（過料）が行われる（新電気通信法15.4条4項）。これは、刑事罰としての罰金ではなく、行政上の制裁金である。このOPTAの制裁金は、スパムに関してのみ賦課されるものではなく、OPTAの規制する郵便分野、電気通信分野の他の違反行為についてもなされるものである。

制裁金の目的は、以下の3点にある。すなわち、①将来の違反行為の防止、②一般予防、③特別予防である<sup>19)</sup>。

制裁金額の算定は困難であるところ、OPTAの政策文書（policy document）では、制裁金額についての算定のために考慮される諸要素が述べられている。これは、内部の指針であると共に、外部に対して公開する役割を持っている。この算定のために、以下の諸要素が考慮される。

- ① 違反行為の深刻さ、
- ② 違反行為の期間、
- ③ 社会的非難の程度、
- ④ 比例原則

OPTAの制裁金額の決定のためのシステムは、以下のものである。第一に、違反行為の重度の確定が3段階で行われる。ここでは、最も重い違反から順に、「very heavy」、「heavy」、「less heavy」と名付けられている。経済的文脈との一貫性（Coherence with the economical context）及び違反行為の重大性（Specific consequences of the offence）に基づき、この分類が行われるとこ

18) <http://www.wetboek-online.nl> 同法の邦語訳は、上杉信敬「オランダ一般行政法（1992年）（上）（中）（下）」山口大学経済学会55巻4号95頁以下2006年56巻1号135頁以下56巻2号111頁以下2007年。

19) これらの関係が問題となりうるが、今回のヒアリング調査では、特に指摘はなかった。



ろ、スパム行為は、通常、このうち最も軽い「less heavy」に分類されている。この理由は、スパム行為は、電気通信業者間の競争秩序を阻害するものではないからであるとされる。

もっとも、例えば、①苦情の数が膨大であるとか、②初犯ではなく累犯であるとか、③複数の規定の違反があるとか、④プロバイダーや受信者が損害を受けたとか、⑤メール送信数が膨大であるといった場合には、重大な社会的影響があるとされ、「heavy」に分類される。例えば、後述する高額の制裁金（自然人2名及び2社に対し計51万ユーロ）が賦課された事例では、OPTAは何度も警告（法律上の根拠はないもの。行政指導の1つ）を行っていたにもかかわらず、送信が継続されたため、本件は「heavy」に分類されたという<sup>20)</sup>。

分類の手順としては、まず、当該スパム行為を「less serious」（最高10万ユーロ）、「serious」（最高30万ユーロ）、「very serious」（最高45万ユーロ又は年間売上げの10％）に分類する。このうち、「serious」までは、前述した「less heavy」に分類されており、まれに「very serious」に分類されるスパム行為が、前述した「very heavy」に分類される。

#### 四 調査権限・調査手続

##### (一) OPTAの調査権限

OPTAの調査権限は、以下のとおりである。

##### ① 電気通信法に基づく情報請求権限（同法18.7条）

OPTAには、その任務の遂行上必要な情報を有する総ての者に対し、情報を請求する権限が認められ、請求を受けた者はそれに応じる義務がある（同法18.7条）。

##### ② 一般行政法（Awb）に基づく営業所への立入権限（同法5.15条）、

##### ③ 一般行政法（Awb）に基づく設備の没収権限（同法5.18条）、

---

20) OPTAでのヒアリング調査による。

④ 一般行政法 (A w b) に基づく情報請求権限 (同法5.16条)

(二) 調査手続の概観

これらの調査権限を有しているOPTAによるスパムに対する行政処分に至る手続の概観は、以下のとおりである。

まず、OPTAの設置したスパム苦情受付のための専門のウェブサイト (<https://www.spamklacht.nl/asp/>) において、消費者等から、苦情を受け付けている。OPTAは、この苦情を受けて、調査を行い、制裁金等の行政処分を行う。こういった一連の手続において、苦情手続と制裁金の賦課に関する手続には、一般行政法の関連規定が適用され、捜査段階には、電気通信法の関連規定が適用される。処分の名宛人がOPTAの処分に不服のある場合には、異議申立をOPTAに行い、OPTAは、その事件について捜査を行ったチームとは別のチームが捜査の妥当性を審査し、再決定を行う。この再決定に不服がある場合には、名宛人は、第1審行政裁判所に控訴し、さらに不服の場合には、第2審行政裁判所に上告する。

(三) 調査過程

以下では、OPTAでのヒアリング調査で得た資料に基づきOPTAによるスパム調査過程について、解説を行う。

スパムには、単純に自己のPCからインターネットを通じて第三者に送信される場合だけではなく、いわゆるゾンビPC・オープンプロキシを利用して送信される場合だけではなく、近時の無線LANの普及に伴い、送信機材を積載した自家用車から無線経由で送信される場合 (「Wardriving」という) もある。

インターネット上には、いわゆるスパムツールというスパムを送信するためのアイテムが公開されており、これにより簡単に誰でもスパムを送信することができる状態にある。

スパムの捜査には、送信者の身元を割り出すために、金銭の流れ (キャッシュフロー) を把握することが肝要となる。しかし、実際にあった事例である

が、オランダのスパマーが海外にスパムを送信し、海外の受信者から広告の対象となった商品の代金がカイマン島所在の銀行に振り込まれ、その後、インターネットバンク経由でスパマーに金銭が支払われたという事例もある。このように、スパムの組織は大規模で国際的な組織である場合もあり、一国の規制では非常に困難であることが明らかとなっている。

このような困難が伴うスパムの取締りであるが、目下のところ、OPTAは、以下のようにスパム克服を行っている。

第一に、調査の開始前段階であり、スパムの情報の収集である。OPTAは、どの事例について調査を行うかについての裁量を有しており、前述したウェブサイト上の苦情受付システムにより、1つのスパムについて、多くの苦情が積み重なった場合に、調査を開始する。苦情の数が10~20件であるスパムの場合には、行政指導である警告が行われるが、警告を発したものの違反が繰り返される場合には、制裁金等の行政処分が行われる。この他に、情報源として、ISP、政府各官庁、非政府組織、国際的組織、他国政府がある。

第二に、調査が開始されると、まず、以下の内容のオンライン調査が行われる。

- ① スパムのヘッダー情報の調査、
- ② スパムにより広告されたウェブサイトの調査、
- ③ whois や、グーグルなどの検索エンジンによる調査、
- ④ 受信者による情報提供

ヘッダー情報は、ほとんどの事例で偽装であるが、これら①~④から、送信者の身元解明のための何らかの手がかりを得ることが可能である。これらにより、OPTAは、送信者がどこのドメインを利用しているか、アドレスをどこに登録しているか、どのプロバイダーと契約し料金を支払っているかを明らかにする。

第三に、このオンライン調査により、これらの事柄が明らかになった後、以下のオフライン調査が行われる。このオフライン調査は、スパムの問題が生じる以前から存在した旧来からの方法と異なるものではない。まず、OPTAは、違反行為者と目される者に対し召喚状を出し、次に、現地調査に入り、さ

らに、違反行為者と目される者の取調べを行う。召喚状においては、OPTAの調査及び処分権限、情報請求の対象となる情報とそれが必要とされる理由、名宛人に捜査協力義務があること、調査についての罰金により担保された守秘義務、本件のスパムのメール、本件スパムの送信先のリスト、スパムに関する商品代金等に係る金銭の支払先ないしキャッシュフロー等が示される。立入調査においては、OPTAは、一般行政法(Awb)上、営業所への強制的立入権限はあるが、私的住居への立入調査には、居住者の同意が必要とされる。また、前述のWardrivingの場合などに必要とされる自家用車の調査権限、デジタル及び書面の情報調査権限も与えられている。これらのオフライン調査方法により収集された関係書類、ハードコピー、ハードディスク等の証拠により、犯罪科学的証拠分析が行われる。

取調べにおいては、場合によっては、弁護士の立会いのもと、違反行為者と目される者の反論権が保障される。取調べによって、それまでに得た証拠からの推論の確実性を検証する。

調査の最終段階においては、どの証拠が決定的な意味を持つのかについて検討され、調査を行ってきたチームにより前述した制裁金額も含め処分の決定が行われる。

## 五 苦情・規制事例・規制の成果・課題

### (一) 苦情・警告・制裁金の事例数・国際的協力等

さきにみたOPTAのウェブサイトにおけるスパムに関する苦情の受付では、2004年5月以降、1年間に7114件の苦情を受け付け、そのうち大半の5996件がスパムの苦情であった。

スパムの内容は、住宅ローン、医薬品、ペニス膨張薬、事務用品、DVDソフト、偽ブランド時計の広告であった。このほか、SMSによる広告、ファックスによる広告も苦情が多い。

新法施行後1年間でOPTAは、4件の事例で行政上の制裁金(過料)を賦

課し、21件で警告を発した。全部で47件の調査を行った。2006年～2007年の1年間に、OPTAは、多数の警告を発し、2件の制裁金を賦課した<sup>21)</sup>。2008年7月時点で、OPTAは、新電気通信法が施行された2004年5月以降、計60件以上の警告を発し、25件の事例で制裁金を命じた<sup>22)</sup>。

また、スパムは国際的現象であるため、OPTAはアメリカのFTCとゾンビPC対策につき協力している他、LAP (London Action Plan) 及びCNSEA (Contact Network of Spam-enforcement Authorities) を通じて、スパム克服のための国際的協力を進めている。

## (二) 規制事例

OPTAは、以下のように、新電気通信法施行後、同法に基づき積極的に規制を行っており、高額な制裁金を命じる事例を含め、すでに多くの事例が出されている。

まず、2004年12月28日付けで、受け手の同意のない電子メール及びSMSによる広告送信行為につき行政上の制裁金(過料)を命じている。本件においては、以下の過料が命じられた。

- ① 医薬品に関する電子メール広告について4万2500ユーロの過料、
- ② CD-ROMに関する電子メール広告について2万5000ユーロの過料、
- ③ 1件当たり1.1ユーロ課金されるSMSメールで広告を送信した行為について2万ユーロの過料

次に、④OPTAが、2007年2月2日に、当時において最高額の過料を命じた事例がある。本件において、アメリカ合衆国のサーバー経由で、ペニス膨張薬、ポルノウェブサイト、セックス関連製品の広告電子メールを送信し、これにより、少なくとも5万2000ドル(4万ユーロ以上)売り上げた業者に対し、OPTAは、7万5000ユーロの過料を課した。本件においては、過料額算定のために、以下の諸要素が考慮されている。

---

21) OPTA年次報告書2007年度版27頁。

22) OPTAでのヒアリング調査による。

- (i) スパムの数(本件では少なくとも90万通)、
- (ii) 売上金額(本件では4万ユーロ以上)、
- (iii) 多くのプロキシの利用による身元の隠蔽の事実

さらに、2006年当時において、2番目の高額の過料が科された事例として、⑤OPTAによる警告後も受け手の同意のない電子メール広告を送信し続けたスパマーに対し、5万5000ユーロの過料を命じた事例がある。本件において、違反者は、OPTAの警告後も「長期間」「広範囲にわたって」「他のいくつかの組織から送られたかのように偽装して」「氏名や住所を隠蔽して」「受け手たる消費者からの拒絶の要求に応じずに」送信し続けた。これに関し、OPTAには多数の苦情が寄せられていた。本件において、スパム送信者は、セキュリティ対策を施していない事業者及び個人のワイアレス・システムを利用してスパムを送信していた。すなわち、このスパマーは、狙いを定めた事業所及び個人宅の前に駐車した自家用車から、無線を利用して密かに彼らのシステムにログインすることにより、計10万通ものスパムを送信したのである。この「Wardriving」と呼ばれる技術に基づく本件は、ワイアレス・システムにセキュリティ対策を施すこと及び暗号化したパスワードを利用することの重要性を明らかにしたケースといえる<sup>23)</sup>。

最後に、最も近時の事例として、⑥2008年5月において、OPTAが、2名のオランダ人及び2事業者に対し計51万ユーロの制裁金を命じた事例が出されている。本件は、これらの2名のオランダ人及び2事業者が、「Home employment centre」という名を利用して在宅ワークの宣伝に関する450万通のスパムを送信した事例である。そして、この宣伝に興味を持った受信者は、その後は、電話を0900系の電話番号にかけると、比較的長時間待たされた挙句、10数ユーロの料金を課金されるという事例であった。OPTAは、これ以上消費者に同様のメールを送り続けたならば、制裁金を命じる旨の警告をこれらのオランダ人及び事業者に対し行ったにもかかわらず、その後も送信が続けられたため、総額51万ユーロ(約8200万円)の制裁金が命じられることとなった。これ

---

23) OPTA年次報告書2007年度版27頁。

は、2008年7月時点で過去最高額の事例である。

### (三) 規制の成果・課題

2004年5月19日の新電気通信法施行後1年間の成果として、オランダ発オランダ着のスパム数が著しく減少した。すなわち、2004年から2007年にかけてオランダ発オランダ着のオランダ語の自然人宛てのスパムが85%程度減少した<sup>24)</sup>。また、2004年において、オランダは世界の迷惑メールの発信国の上位3番目であったが、最近では、上位10位以内から外れている。このように、オランダ語のスパム数は劇的に減少しているものの、オランダにおいては、多数の外国発の英語のスパムが受信されている。OPTAのウェブサイトでは収集したスパムに関する苦情は、2006年においては1万1000件であったが、2007年には1万9000件以上にまで増加したのである<sup>25)</sup>。国境を越えるスパムの特性ゆえに、今日オランダにおいて、外国発国内着のスパムに対する規制が重要な課題となっており、OPTAは、現に6件以上の事例で、外国の規制当局に調査のための問い合わせを行い<sup>26)</sup>、国際的な迷惑メール送信事業者や迷惑メール斡旋事業者を摘発し、制裁金を命じている<sup>27)</sup>。多くの事例において国境を越えてスパムが送信されているところ、こういった国際的なスパムの事例の場合には、外国での証拠の収集には国内での証拠の収集よりも時間と労力がかかることだけではなく、外国の規制当局との連携においても、それにより成果が得られるものの多くの時間が必要となるという問題がある<sup>28)</sup>。このような状況に鑑み、前述した他国の規制当局等との国際的協力の強化が、今日のOPTAにおける最重要課題の1つになっているといえる。

---

24) OPTAでのヒアリング調査及びOPTA年次報告書2007年度版27頁。

25) OPTA年次報告書2007年度版27頁。

26) OPTA年次報告書2006年度版41頁。

27) 経済産業省WG第2回会合平成19年11月30日配布資料3の7頁、OPTAでのヒアリング調査、OPTA年次報告書2006年度版41～42頁。

28) OPTA年次報告書2006年度版42頁。

## 六 検討

### (一) 総論

EU各国における迷惑メールの規制は、実に様々なものとなっている。規制手法に着目すると、以下の4類型に分類することができる。すなわち、受け手の事前の同意のない電子メール広告について、①民事訴訟によるドイツ型<sup>29)</sup>、②消費者オンブズマンによる特殊な民事訴訟<sup>30)</sup>により行うスウェーデン型<sup>31)</sup>、③行政規制によるオランダ・イギリス型<sup>32)</sup>、④行政及び刑事規制によるイタリア型<sup>33)</sup>という類型に分けられる(表1参照)。

表1 各国の規制手法

ドイツ	スウェーデン	オランダ・イギリス	イタリア
民事訴訟	消費者オンブズマンによる特殊な民事訴訟	行政規制	行政及び刑事規制

29) ドイツにおいては、スパムの法的規制は、主に民事訴訟により行われている。

受け手の事前の同意のない電子メール広告は、受け手のプライバシー権を侵害することから、民法(Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) 823条の規定する不法行為に該当し、受け手たる消費者、事業者に損害賠償請求権が認められ、BGB1004条類推により差止請求権が認められる。

また、不正競争防止法(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG)違反にもなるため、受け手たる事業者に差止請求権、損害賠償請求権が認められ、事業者団体、一定の消費者団体に差止請求権が認められている(同法8条及び9条)。違反行為によって違反行為が差止められるだけでは、違反行為によって獲得された利益が違反行為者の手元に残り妥当ではない。また、事業者の損害賠償請求権が必然的に生じるというものでもない。そこで、2004年の同法改正で、違反行為者が故意ある違反行為によって獲得した利益を吐き出させる利益剥奪請求権が導入され、事業者団体と一定の消費者団体に認められている(同法10条)。この請求権が利用された迷惑メールの事例は、今日、まだ存在しない。

これらの民事上の請求権の実効性を確保するために、これらの権利主体にプロバイ



こういった規制手法に基づく差異は、以下のように、第一に、証拠の収集力、第二に、同意の立証責任、第三に、サンクションの強弱、第四に、抑止力の点で違いをもたらすものといえる。

第一の証拠収集力については、以下のとおりである(表2参照)。

表2 各国の証拠収集権限

民事訴訟による ドイツ	行政規制によるオランダ	刑事規制によるイタリア
<ul style="list-style-type: none"> <li>・送信者情報請求権により、送信者情報の開示が可能</li> <li>・一般的情報請求権</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>・特別規定による情報請求権限により、契約者情報・送信者情報の開示が可能</li> <li>・営業所への立入権限</li> <li>・設備の没収権限</li> <li>・一般的情報請求権限</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>・捜査令状に基づく検察の捜査により、契約者情報</li> <li>・送信者情報の開示が可能</li> <li>・営業所への立入権限</li> <li>・設備の没収権限</li> </ul>

ダー等に対し送信者の情報を請求する権利が認められている(Unterlassungs Klagen Gesetz, UKlaG13条及び13 a条、UWG 8条5項)。この請求権は、すでに数件の迷惑メールの事例で利用されている。これは、SMS広告についても適用がある(連邦通常裁判所2007年7月19日判決、I Z R 191/04)。以上の詳細については、宗田貴行『迷惑メール規制法概説』レクシスネクシスジャパン2006年100頁以下を参照。

また、電子メール広告の同意の取得に関し、いわゆる「デフォルトオン」方式は否定されている(連邦通常裁判所2008年7月16日判決、Az. VIII ZR 348/06)。

さらに、2007年3月に制定・施行されたテレメディア法(Telemedien Gesetz, TMG)が、一定の表示義務違反について行政上の制裁である過料を規定している。同法の制定については、宗田貴行「迷惑メール規制の新展開～ドイツ・テレメディア法制定とわが国の課題(上)(下)」国際商事法務35巻7号923頁、8号1093頁を参照。連邦ネット庁(Bundesnetzagentur)は、同法に基づき、2008年8月時点で、すでに、SMS広告について30件程度、電子メール広告について、数件の行政処分を行っている。

- 30) ①公的機関である消費者オンブズマンが民事法上の差止請求権の主体となる点ないし、集団訴訟の場合には私人の民事法上の請求権を訴訟上代表して行使する点、②訴訟当事者の訴訟で知りえた秘密の保持義務が罰金により担保されている点、③通常の裁判所とは異なる特別裁判所である市場裁判所により審理が行われる点等で、特殊な民事訴訟といえる。

オプト・イン規制について刑事罰を科すイタリアにおいては、検察が捜査令状を取得することにより、電気通信事業者に送信者情報の開示をさせ、送信者の特定が可能である。次に、オプト・イン規制を民事訴訟により行うドイツでは、受け手、消費者団体等が、受け手の事前の同意のない広告電子メールの送信者情報を請求する権利をプロバイダ等電気通信事業者に対し有する。これ

---

31) スウェーデンでは、2004年4月1日施行のマーケティング法 (Marketing Act) 13 b 条は、「事業者は、自然人に対し広告を行う場合に、その自然人の事前の同意のあるときのみ、電子メール (SMS, MMS 等を含む)、ファックス、自動電話等自動装置を利用することが許される」と規定しており、オプト・イン方式を採用している。

また、事業者は、例えば、消費者がその事業者からすでに何かを購入している等といったように、受け手との事前の取引関係があることを立証した場合には、その消費者に対して電子メール広告をすることが許される。ただし、それは、以下の条件のすべてが満たされている場合に限られる。①その消費者が、彼または彼女の電子メールアドレスが広告目的で利用されることを許すことを意思表示したこと、②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ること、③無料で簡易に、彼又は彼女の電子メールアドレスが広告目的に利用されることを拒絶するための機会がその消費者に与えられていること、④消費者が電子メール広告の中止の要求を送ることができる有効な電子メールアドレスが電子メール広告に含まれること。

同法13 b 条違反に対する差止請求訴訟が、消費者オンブズマン、消費者団体、労働者団体、事業経営者、事業者団体から提訴される。

また、同法13 b 条違反者は、5000クローネ以上500万クローネ以下の市場混乱金 (market disruption fee) の支払いを命じられる (同法22条、24条)。市場混乱金については、消費者オンブズマン (Konsument Ombudsmann) が、この命令を求めてストックホルム市裁判所に訴訟を提起する (同法39条)。

さらに、故意又は過失のある同法13 b 条又はオプト・アウトのための電子メールアドレスを記載しないことを禁止した13 c 条違反に対する損害賠償請求権が、被害者である事業経営者及び受け手の消費者に認められている (同法29条)。

また、集団訴訟手続法 (Group Action Act) に基づく、集団訴訟も提起されうる。

スウェーデンにおいては、消費者庁 (Konsumentverket) が、そのウェブサイト (<http://www.konsumentverket.se>) 上で迷惑メールの苦情を収集し、迷惑メールの苦情に関するデータベースを整備しており、すでに7万件以上の苦情を蓄積している。しかしながら、苦情のうち半数以上は、送信者が特定されていないようである。

また、消費者庁や消費者オンブズマンが、マーケティング法13 b 条に基づいて、これまで20社以上と接触したものの、送信につき消費者の同意があった事例もあり、多くは問題とならなかった。このうち、実際に禁止に至ったのは1件のようである。

は、電気通信事業者に課されている通信の秘密の保持義務を立法により解除するものである<sup>34)</sup>。さらに、オプト・イン規制について行政上の制裁金を命じるオランダでは、規制官庁であるOPTAには、新電気通信法18.7条により、OPTAの任務の遂行上必要な情報を有する総ての者に対し、情報を請求する権限が認められ、請求を受けた者はそれに応じる義務がある。これは、プロバイ

32) イギリスでは、プライバシー及び電気通信(EC)指令規則が改正され、2003年12月11日から施行された同規則(2003 No. 2426)により、電子メールに対しファックス及び電話広告への規制(同規則20条~21条)と同様に、オプト・イン方式の規制が行われている。すなわち、自然人に対し望まれない広告通信を電子メールで行うことは、送り手は、受け手の事前の同意のない限り許されない。ただし、以下の3つの要件が満たされる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ること、②送り手が同様の製品又はサービスに関する販売促進のための電子メールを送るに過ぎないこと、③そのメールアドレスが収集された際、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ていること。

オプト・アウトの機会とは、すべての後続する電子メール広告において与えられなければならない(同規則22条)、また、電子メールにより送られるすべての広告通信について、受け手が何人であるかを問わず、送り手はその身元を隠してはならない(同規則23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し(同規則30条1項)、同規則違反者には、ICO(Information Commissioner's Office)により、最高5000ポンドの金銭的制裁が行われる(同規則31条)。

このように、第一に、イギリスにおける迷惑メール規制は、行政機関により行われている。第二に、オプト・イン方式を採用する同規則は、法人宛の電子メール広告に適用はない。第三に、電話広告については、自動電話システムの利用の場合に限定されていないため、例えば、コールセンターから手動で行われる電話勧誘ないし広告についても、オプト・イン方式が適用される。

また、電子メールアドレスが個人名を含み個人データを含む場合のいかなる処理も1998年データ保護法(Data Protection Act 1998, c. 29)上の要件を満たす形で行われなければならない。このことは、事業者が、受け手から拒絶の通知を受けた後も引き続き望まれない広告通信を行うため、個人データを含む電子メールアドレスを使用し続けることが、同法上の公正な処理の要求に違反することを意味する。

さらに、金融サービス市場法により、一定の顧客関係が存在する場合以外の不招請リアルタイム金融販売が制限されている。以上、宗田貴行『迷惑メール規制法概説』レクシスネクシスジャパン2006年85~86頁。

ダの個人情報保護規制上の個人情報保護義務、電気通信規制上の通信の秘密の保持義務等を解除し、プロバイダからの契約者情報(個人情報)や送信者情報の開示を可能とするものである。

たしかに、一般的には、刑事規制においては、捜査令状に基づく捜査が可能であるため、刑事規制は、行政規制よりも証拠収集力が高いものであるが、オランダにおける迷惑メール規制については、このように行政庁による規制に必要な範囲で調査権限の強化がなされており、そうとも言い切れないものとなっている。また、民事訴訟によるドイツ・スウェーデンの場合では、アメリカにおけるようなディスカバリー制度が存在しないため、受け手や消費者団体といった民事法上の請求権者の証拠収集力が行政・刑事規制に比し低くなる。このため、民事訴訟によるドイツにおいては、民事法上の請求権者に送信者情報請求権を認めることにより、この点を補っており、その活用がみられている<sup>33)</sup>。もっとも、検察の捜査権限や行政庁の調査権限に比べれば、証拠収集力

---

33) イタリアにおいては、1998年電気通信分野におけるプライバシー保護令(Legislative Decree no. 171 of 13 May 1998)が制定され、電子メール広告も含めて自動発信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付けられ、さらに、2003年6月30日に制定され2004年1月1日から施行されている個人データ保護法(Codice in materia di protezione dei dati personali, Legislative Decree no. 196 of June 2003)が、以下のように、受け手の事前の同意のなき広告の送付は同法違反であると規定し、これを受け継いでいる。

まず、同法130条1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と規定し、同法130条2項は、同条1項は、電子メール、ファックス、MMS、SMSその他の手段により行われる直接的広告目的の電子通信にも適用されると規定している。

また、同法130条4項1文は、データ管理者(data controller)は、以下の場合に限り、個人データの本人の同意がなくても、自身の製品又はサービスの直接的広告のために、製品又はサービスの販売の過程で個人データ本人から提供された電子メールアドレスを利用できると規定する。すなわち、その製品又はサービスが以前の販売の対象と類似のものであり、かつ、オプト・アウトの機会について適切に知らされた個人データ本人が最初の又は後続する通信において個人データの利用に対する異議を述べなかった場合である。

さらに、同法130条4項2文は、個人データ本人は、個人データ収集時から直接的

は劣るといえる。例えば、ドイツの情報請求権には、オランダのOPTAに認められている立入調査権限や没収権限と同様の権限までは認められてはいない。

第二に、同意の立証責任については、以下のように考えられる(表3参照)。

表3 各国の同意の立証責任

民事訴訟の場合 (ドイツ・スウェーデン)	行政規制の場合 (オランダ・イギリス)	刑事規制の場合 (イタリア)
送信者側	送信者側	検察側

民事訴訟及び行政規制においては、同意の存在の立証責任が、送信者側にあ

広告目的の通信時におけるいかなる時点においても、簡単な手段でかつ無料で、個人データの処理に異議を述べる方法について知らされうると規定する。

また、同法130条5項は、直接的広告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規定する。

同法130条違反行為に対する規制は、行政規制として、行政機関である個人データ保護のための保障機関(Garante per la protezione dei dati personali)は、禁止命令等を下すだけでなく、同法130条に違反した者に、5000ユーロ以上3万ユーロ以下の行政上の制裁金(同法162条)を命じうる。また、民事的救済として、同法違反行為により被害を受けた者は、違反行為者に対する差止・損害賠償請求が可能であり、裁判所は違反行為者に対し行為の差止や損害賠償を命じうる(同法152条)。さらに、刑事規制として、同法130条に違反した者には、6ヶ月から1年6ヶ月(違反行為がデータの通信又は散布において存在する場合には最高2年)の拘留刑が科される(同法167条)。

このようにイタリアにおけるスパム規制は、行政規制も行われるが、受け手の同意のない電子メール広告等について、刑事罰が科されるという特徴を有するものである。

34) なお、過料を課すテレメディア法上の表示義務違反に関し、規制官庁に送信者情報を含めた情報の開示請求権限が与えられている。

35) スウェーデンについては、消費者オンブズマン等の一般的な情報開示請求権以外に、迷惑メールの事例における送信者情報の開示のための特別規定は、今回の調査では見出せなかった。

るとされている。すなわち、例えば、民事訴訟によるドイツにおいては、長年、判例により、同意があったことについて送信者側の立証責任とされており、行政規制によるオランダにおいては、新電気通信法上、これが明記されている。これに対し、行政及び刑事規制を行うイタリアにおいては、規制法上なんらこれについて明記されておらず、今後の調査の必要があるが、刑事規制の場合には、故意犯を規制することを原則とする刑事規制の原則に照らせば、同意の不存在の立証責任が、検察側にあると考えられる。イタリアにおいて、受け手の同意を示す記録の送信者の保持義務に関する規定は、規制法上、現在の調査の段階においては見出すことができない。このため、刑事規制を行うにしても、同意の不存在についての立証が困難となり易いと考えられる。

第三に、サンクションの強弱については、まず、刑事規制によってのみ、拘留刑等を科しうる点を指摘しうる。

次に、金銭的サンクションの強弱は、規制手法の種類から論理必然的に導かれるものではないが、迷惑メールの経済的インセンティブの高さに鑑み、違反行為の抑止力の観点において、重要な意味を持つものである。各国における損害賠償請求以外の金銭的サンクションを比較すれば、以下のようになる(表4参照)。

表4 各国の金銭的サンクション(損害賠償請求を除く)

ドイツ	スウェーデン	オランダ	イギリス	イタリア
・故意ある違反行為により獲得した利益の額	・5000クローネ以上500万クローネ以下 <sup>1)</sup> の市場混乱金	・最高45万ユーロの行政上の制裁金	・最高5000ポンド(日本円で約120万円)の行政上の制裁金	・5000ユーロ以上3万ユーロ以下の行政上の制裁金

<sup>1)</sup> 日本円で約9万円以上9000万円以下。

刑事罰である拘留刑をもって規制することが可能であるイタリアにおいても、行政上の制裁金額は、最高3万ユーロとされているのに対し、オランダの行政上の制裁金額は、これをはるかに上回る最高45万ユーロ(日本円で約7500

万円)である。他のEU諸国を参考にすると、オランダの制裁金額の高さが分かる。もっとも、スウェーデンの市場混乱金の額は、最高500万クローネ(日本円で約9000万円)であり、これを上回る額となっていることが注目される。たしかに、ドイツにおける利益剥奪請求権の「利益」の額の方が、オランダの制裁金やスウェーデンの市場混乱金の額よりも上回る場合も想定しうる。しかし、利益剥奪請求権は、その「利益」の額の算定が非常に困難であるという問題や、民事訴訟であることに起因する証拠収集力が行政庁の権限に比べ低いという問題もある。

第四に、抑止力の点については、以下のようになる。すなわち、①民事訴訟の場合に剥奪される利益の額や損害賠償請求額、刑事規制の場合の罰金額及び拘留刑の期間、行政規制の場合の制裁金の額といったサンクションの強弱、それから、②前述した証拠収集力の高低及び③同意の立証責任に関する点により影響する違反行為の立証の難易が、違反行為に対する抑止力の高低に影響すると考えられる。

## (二) オランダにおける規制の検討

前述したように、近時の欧州委員会の文書は、オランダにおける「スパム克服のための適切な投資」が、スパム規制の実効性を上げる要因となっていると指摘している。しかし、どの程度の投資が各国で適切であるのかは、各国の人口規模・規制手法・迷惑メールの数や発信国・形態・種類等を考慮に入れる必要があり、一概に判断できないものである。また、今回の調査においては、各国の規制当局のスパム規制の予算・人員の補強状況について、知りえなかった。そこで、以下においては、前述した規制手法の差異から導かれる諸点を考慮して、オランダにおける受け手の同意のない電子メール広告に対する法的規制<sup>36)</sup>が、他のEU諸国とは異なり、受け手の同意のない自国語の電子メール広告を大幅に削減することができた要因を検討することにする。

---

36) 業界の自主規制、技術的側面の改善については除外する。なお、オランダでは、OP25は採用されていない。

第一に、証拠収集力の点が挙げられる。すなわち、受け手の同意のない電子メール広告に対し行政規制を行うオランダにおいては、迷惑メール規制に必要な範囲で、これを刑事規制により行う場合と比肩しうる強力な調査権限が、規制当局に認められている。また、OPTAに認められている証拠収集力は、ドイツにおける民事訴訟での訴訟当事者の証拠収集力よりも高いものである。

第二に、同意の立証責任の点から導かれる違反行為の立証が比較的容易である点が挙げられる。すなわち、刑事規制の場合には、検察側が同意の不存在を示す記録を収集できなければ、違反行為を立証できない。これに対し、行政規制によるオランダにおいては、同意の存在の立証責任が送信者側に課せられており、送信者側で同意の存在を示す記録を提示できなければ、違反行為が立証される。

第三に、金銭的サンクションが強力であることが挙げられる。すなわち、迷惑メールの経済的インセンティブの高さに鑑み、オランダにおける金銭的サンクションが高額のものであるという点は、違反行為の抑止力の観点から、極めて重要といえる。

第四に、抑止力の点が挙げられる。すなわち、オランダにおいては、①受け手の同意のない電子メール広告に対し、高額の金銭的サンクションを行い、②この金銭的サンクションが行政上の制裁金であることから、同意の存在の立証責任が送信者側にあるため、違反行為が比較的立証し易いものとなっている。さらに、③行政規制の難点である調査権限の脆弱性の問題を迷惑メール規制に必要な範囲で調査権限の強化を図ることにより克服している。これらによって、受け手の同意のない電子メール広告に対する法的規制を効果的に行い易くし、その実効性を確保することにより、受け手の同意のない電子メール広告に対する抑止力を高めているといえる。

これらの諸点により、オランダにおいて、受け手の同意のない自国語の電子メール広告を大幅に削減できたと考えられる。

以上



## 追記

校正段階に、拙稿「不招請勧誘規制の再構築——迷惑メール規制を中心として——」慶應義塾創立150年記念法学部論文集『慶應の法律学 民事法』慶應義塾大学出版会2008年341頁以下が公表された。こちらも参照されたい。