

| | |
|------------------|---|
| Title | 不招請勧誘規制の再構築：迷惑メール規制を中心として |
| Sub Title | |
| Author | 宗田, 貴行(Soda, Takayuki) |
| Publisher | 慶應義塾大学法学部 |
| Publication year | 2008 |
| Jtitle | 慶應の法律学 民事法： 慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集 (2008.) ,p.341- 406 |
| JaLC DOI | |
| Abstract | |
| Notes | |
| Genre | Book |
| URL | https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BA88453692-00000004-0341 |

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

不招請勧誘規制の再構築

——迷惑メール規制を中心として——

宗田 貴行

- 一 問題の所在
- 二 新たな規制モデルの構築
- 三 特電法・特商法二〇〇八年改正
- 四 検討

一 問題の所在

我が国では、明治以来、行政庁は、事業者の保護育成を通して国民経済の発展を図ってきたが、この間「消費者の保護」は、あくまで産業振興の間接的、派生的テーマとして行われてきたに過ぎない。しかし、このような古い行政モデルは、今日では見直しの対象となっており、規制緩和など市場重視の施策が促進されるようになって^①いる。

また、九〇年代以降、行政の各分野において、事前規制と裁量行政から、行為規制を定め、そのルールに基づいて遵守状況や監視する行政への転換が進められており、そこにおいては、ルールや監視・制裁体制はむしろ増強する必要があるといえる。そして、国際的に見ても、我が国の制度には、事業者が違法行為をしないような抑止効果、そして被害に遭った場合の早期の被害救済の仕組みが十分組み込まれておらず、結果として制度等が十分実効性あるものとして機能していない^②。

このような流れの中で、今日では、消費者基本法が定められ、同法は、「消費者の利益の擁護及び促進」「消費者の権利の尊重及びその自立の支援」をその理念としている（同法一条）。

今日、全国の消費生活センターに寄せられる訪問販売、電話勧誘に関する消費者からの相談事例数は、かなりの多数に上っている^③。また、訪問販売、電話勧誘^④といった不招請勧誘に関連して行われた調査では、勧誘については、望まないとする割合が大きく、勧誘規制の仕方についても原則禁止で、消費者から依頼のあった場合のみ勧誘を認めることを肯定する割合が大きいという結果が出されている^⑤。そして、近時、不招請勧誘の制限についての調査研究が積極的に行われてきている^⑦。

そこで、電話勧誘、訪問販売、迷惑メールといった不招請勧誘ないし広告の分野について、従来からの行政主

体の規制の問題点を考えてみると、以下のようになる。

従来から、我が国の不招請勧誘規制は、特商法（昭和五一年六月四日法律第五七号）等により、電話勧誘、訪問販売、電子メール広告について、一貫して受け手の事前の同意がなくても広告や勧誘を行うことが許される、いわゆるオプトアウト方式が採用され、主に行政規制が行われてきた。従来の不招請勧誘の規制には、以下の問題があったといえる。

第一に、例えば、迷惑メール規制において、オプトアウト方式の下で課される表示義務は、通常遵守されることとはなく、かつ、以後の受信を拒否するオプトアウトの意思表示をしたことにより、その後より多くの電子メール広告を受け取ることとなることが多くなっていた。また、オプトアウト方式を採用する国から発せられる迷惑メールの割合が、圧倒的に高くなっていた。このように、オプトアウト方式の規制の限界が明らかとなっていたのである。そこで、迷惑メール規制について、三で述べるように、二〇〇八年の改正でオプトイン方式への転換が図られている。また、二〇〇四年改正の金融先物取引法は、外国為替証拠金取引に係る勧誘につきオプトイン方式を採用し、登録制と相俟って、外国為替証拠金取引による被害の防止のために、劇的な成果を挙げている。このように、消費者保護に関する見直しの観点から、実体規定についての問題点があり、その見直しが行われているのである。

第二に、消費者保護及び監視・制裁体制に関する見直しの観点から、手続ないしエンフォースメントの問題点として、オプトアウト方式の下で許容されている受け手の拒絶前の一回目の勧誘での被害が生じた後の民事ルールによる救済は、違法行為の立証が必ずしも容易ではなく困難が伴うという問題がある。⁽⁸⁾ また、諸外国と異なり、不招請勧誘行為に対する被害者の差止請求権・損害賠償請求権が法文上明記されていない。たしかに、民法上の一般原則により、これらの請求権は一定の範囲で認められるが、違反行為に対する監視の目が多く存在すること

を明記することにより違反行為を抑止する効果があること及び、我が国が、不招請勧誘について適切な法的対応を行っていることを諸外国に対し提示することができると鑑み、これらを法律上明記することが妥当である。さらに、不招請勧誘は、電話や電子メールといった方法により行われる場合に、これにより多数の者に拡散した被害が生じるものであるが、その集团的被害を救済する制度が備わっていなかったという問題もあった。この点は、三でみるように、二〇〇八年消費者契約法等の一部を改正する法律により、一定限度で、消費者団体訴訟制度が導入されることにより、改善がみられるが、なお十分なものとはいえないことは、後述のとおりである。

第三に、監視・制裁体制の不十分さに関する見直しの観点から、すべての違法行為を行政規制で監視することには限界があり、従来の行政規制は違反の程度の強いものに限定され僅かな事例しかないという問題がある。また、違反行為に対するサンクションが十分ではなく、多くの場合、違反行為者が違反行為により獲得した利益を保持することが可能であり、さらなる違法な勧誘行為の動機となっていること等⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾の問題がある。この違反行為に対するサンクションが十分ではない点に鑑み、迷惑メール規制においては、特電法二〇〇五年改正が、罰金額を引き上げ、三でみるように、同趣旨の改正が、同法二〇〇八年改正でも行われている。さらに、迷惑メール規制に限らず、不招請勧誘規制一般において、まず行政処分がなされ、その後事業者が当該行政処分に違反した場合に刑事罰が科されるといういわゆる二段階方式が採用されており、刑事罰が科される場面が限定されていただけではなく、係る方式は、違反行為の迅速な処理に資するものではなかったという問題がある。そこで、迷惑メール規制においては、特電法二〇〇五年改正により、送信者の情報を偽った送信については、直罰化がなされている。

また、規制の実効性が上がっていないという点に関しては、迷惑メール規制においては、プロバイダー等の事業者は、個人情報保護法、或いは、憲法及び電気通信事業法上、送信者の情報の保持義務があるため、送信者が

不明である場合に、行政庁の調査に応じ係る情報を開示することができないことから、行政規制が行われえないという事態が生じる。そこで、特電法二〇〇五年改正により、送信者の情報を偽った送信を直罰化の対象とし、検察による捜査により係る開示を可能とし、また、三でみるように、特電法・特商法二〇〇八年改正により、一定限度で、この点に関する行政庁の調査権限の改善が行われている。

近年において発生した迷惑メール問題は、従来から存在している訪問販売や電話勧誘等といった不招請勧誘の問題の一つであり、この迷惑メール問題についての検討は、我が国における不招請勧誘規制についての再検討を行うことの一つのきっかけを与えるものである。

迷惑メールの法的規制には、我が国と同様、オプトアウト方式（受け手の事前の同意がなくても広告電子メールの送信を認めるという規制方式）¹²を採用するアメリカ型と、オプトイン方式（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から、許されないものとする規制方式）を採用するEU型がある。オプトアウト方式は、送り手の営業の自由に係る利益の方が受け手のプライバシー権に係る利益よりも上回る価値を有するとの判断に基づくものであり、オプトイン方式は、その逆を意味する。OECDの報告書によると、ほとんどの加盟国が、二〇〇四年においてオプトイン方式を採用していたが、我が国といえは、二〇〇五年における特電法改正においても、オプトイン方式への転換をすることはなく、PC向けの電子メール広告及び携帯電話向けの電子メール広告の両方について、依然としてオプトアウト方式を採用することとしたのである。一方、アメリカでは、当時、すでに携帯電話向けについては、オプトイン方式を採用する連邦法が制定・施行されていたのであり、PC向け及び携帯向けの電子メール広告の両方について、オプトアウト方式を採用しているのは、我が国だけとなっていたのである。

しかし、近時、我が国での携帯電話向けの迷惑メールは、減少傾向にあるものの、全体として迷惑メールの量

は依然として増加しており、PC向けの迷惑メールの通数も増加傾向にある。⁽¹⁴⁾ 世界的にも、欧米の迷惑メール対策団である Messaging Anti-Abuse Working Group, MAAWG⁽¹⁵⁾ が二〇〇六年三月に発表したスパム報告書によると、全メールのうち約八〇%が迷惑メール（スパム）である。

このような状況に鑑みると、オプトイン方式を採用しているEUにおける法的規制を検討し、我が国の迷惑メールの法的規制の今後の課題を検討する必要があるといえる。また、迷惑メールは、容易に国境を越えて行われるものであり、規制に係る国際的協調が特に要されるという点も、このことを後押しするものである。

筆者は、『迷惑メール規制法概説』（レクシスネクシス・ジャパン二〇〇六年）において、⁽¹⁶⁾ この点について検討を行い、以下の主張を行った。すなわち、第一に、消費者保護に関する見直しの観点から、実体規定の見直しとして、我が国においても、受け手のプライバシー権の保護の観点から、電子メール広告、電話勧誘・広告、ファックス広告については、受け手の同意のない限り認められないとするオプトイン方式へ転換すべきであることである。第二に、消費者保護及び監視・制裁体制の見直しの観点から、被害者の民事上の請求権を明記すること及び、消費者団体訴訟を導入すること、送信者の情報に係る請求権を導入することである。第三に、監視・制裁体制の見直しの観点から、厳罰化及び、行政庁の送信者の情報開示権限の導入である。

その後、依然として増加傾向にある電子メール広告については、受信者の九五%が、広告宣伝電子メールの送信禁止かオプトイン方式による送信を望んでいるとのアンケート結果があり、また、送信事業者側でも正当な事業者は、ほとんどがオプトイン方式で送信しているとの実態があるところ、二〇〇八年に特電法及び特商法が改正され、遂にオプトイン方式への転換を図ることとなったのである。⁽¹⁹⁾

こうして、今日、我が国において、不招請勧誘規制の中で、外国為替証拠金取引に係る勧誘規制を除けば、迷惑メール規制のみが、オプトイン方式を採用しているのに対し、電話勧誘・訪問販売規制は、オプトアウト方式

を採用しているという法的状況が作出されているのである。しかしながら、迷惑メールの場合だけではなく、電話勧誘や訪問販売の場合も、受け手のプライバシー権の保護が問題となり得るのであり、こうした規制方式の差異を設けることの妥当性について、今日、検討を行う必要があると考えられるのである。

そこで、本稿では、まず、不招請勧誘規制の新たなモデルの構築を試みた上で、この新たな規制モデルと二〇〇八年の特電法及び特商法の改正との比較検討を行うことにより、今後の迷惑メール規制及び不招請勧誘規制の課題の検討を行う。

(1) 消費者行政促進会議「消費者行政促進会議取りまとめ」消費者・生活者の視点に立つ行政への転換」(平成二〇〇六年六月一三日)一頁。

(2) 内閣府国民生活審議会総合企画部会・生活安全プロジェクト「行政のあり方の総点検」消費者・生活者を主役とした行政への転換に向けて」(平成二〇〇九年三月二七日)四九頁。

(3) 独立行政法人国民生活センター「不招請勧誘の制限に関する調査研究」(二〇〇七年二月)一一一～一二四頁。

(4) 「勧誘」概念は、平成一六年二月四日の経済産業省大臣官房総務流通審議官発の通達によると、販売業者が顧客の契約締結の意思の形成に影響を与える行為であり、「広告」概念よりも狭いものである。

(5) 平成一七年四月に閣議決定された「消費者基本計画」においては、「取引を希望していない消費者に対する勧誘(例…消費者への電話やメールなどによる一方的な勧誘)」とされている他、産業構造審議会消費経済部会第二回特定商取引小委員会(平成一九年四月三日)資料五においては、「招請勧誘以外の禁止、一般的拒絶者勧誘の禁止、個別的拒絶者勧誘の禁止と整理できるのではないか」との指摘があり、また、独立行政法人国民生活センター「不招請勧誘の制限に関する調査研究」(二〇〇七年二月)四頁では、「オプトイン、オプトアウトの二種類の他、再勧誘の禁止についても不招請勧誘規制と考えられることがある」とされている。

- (6) 第三七回国民生活動向調査（二〇〇七年三月、独立行政法人国民生活センター）一〇頁。
- (7) 内閣府国民生活局「諸外国における消費者契約に関する情報提供、不招請勧誘、適合性原則についての現状調査」（平成一八年三月）、独立行政法人国民生活センターの報告書「不招請勧誘の制限に関する調査研究」（二〇〇七年二月）が発表され、不招請勧誘について、憲法上の問題も含めた詳細な研究が行われた。また、同年三月には、国民生活センター第三七回国民生活動向調査「訪問販売と電話による勧誘―不招請勧誘―」も公表されている。さらに、内閣府国民生活審議会消費者政策部会消費者契約法評価検討委員会「消費者契約法の評価及び論点の検討等について」（平成一九年八月）二九頁は、「消費生活相談件数のうち、訪問販売や電話勧誘販売に関する件数は、継続して一定の割合を占めているところであるが、不招請勧誘に関するルールの在り方等については、事業者の営業活動の自由に対する過度の制約になってはならないという要請に配慮する一方で、不招請勧誘は断れない消費者をターゲットとして勧誘する傾向があると考えられることを踏まえつつ、本法上の困惑類型（第四条第三項）の規定の在り方について検討すると合わせて、引き続き検討すべきである。」としている。
- (8) 独立行政法人国民生活センター「不招請勧誘の制限に関する調査研究」（二〇〇七年二月）一五二頁。
- (9) 独立行政法人国民生活センター「不招請勧誘の制限に関する調査研究」（二〇〇七年二月）一五二頁。
- (10) 独立行政法人国民生活センター「不招請勧誘の制限に関する調査研究」（二〇〇七年二月）一五二頁。
- (11) この他、特商法上の規制は、指定商品・役務制が採用されていたことから、適用範囲が限定され、規制が後追いになるという点も問題点であったため、特商法二〇〇八年改正で、指定商品・役務制の廃止が行われた。
- (12) 我が国における迷惑メールに対する法的対応は、プロバイダーが迷惑メールの大量送信により被害を受けた場合の民事の差止請求や損害賠償請求の事例（ニフティ・スパムメール送信差止仮処分事件・浦和地裁平成一一年三月九日判タ一〇二三号二七二頁等、宗田貴行「迷惑メール規制法概説」レクシスネクシス・ジャパン二〇〇六年（以下、宗田・前掲書①という）三七頁以下）に端を発し、その後、東京都条例の制定がなされたのち、特定電子メールの送信の適正化等に関する法律（平成一七年法律第四六号。以下、特電法という）及び特商法（昭和五一年六月四日法律第五七号）により規制されるに至った。これら諸法について、既に幾つかの事例が出され、また二〇〇五年には、特電法が改正され、巧妙化する迷惑メール行為への規制の強化が行われた。また、内閣府「消費者基本計画における戦略的課題と最重点事項」（平成一六年一月八日）は、「不招請

勧誘」「迷惑メール問題」に言及し、これら広告・勧誘の利用者の保護を図ることを指摘したのである。

(13) Background Paper for the OECD Workshop on Spam, DSTI/ICCP (2003) 10/Final, 22-Jan-2004.

(14) 経済産業省「通信販売の新たな課題に関する研究会」(座長・松本恒雄一橋大学大学院教授)「迷惑メール対策の今後の方向性について」(平成一七年一月)、総務省「迷惑メールへの対応の在り方に関する研究会」中間とりまとめ(平成一九年一月二二日)一三頁。NRIセキュアテクノロジーズが行った二〇〇六年一月の調査によると、法令で制限されている宣伝や勧誘自体の迷惑な電子メールを受け取った経験のあるインターネット利用者は、全体の四九・〇%を占めている(NRIセキュアテクノロジーズ「情報セキュリティに関するインターネット利用者意識2006」一二頁)。また、シマンテックが国内企業を対象に行った調査によると、企業が受け取る電子メールのうち約二〇%が迷惑メールであるという(IT Media二〇〇六年六月二〇日(高橋睦美)「IT PLUS 二〇〇六年六月二〇日等」)。

(15) <http://www.nawg.org/home>

(16) 同書は、第二回電気通信普及財団テレコム社会科学賞奨励賞を受賞することができた。審査をして下さった堀部政男先生をはじめとして、御世話になった方々に御礼申し上げます。

(17) 広い意味で「同意」には、もちろん広告や勧誘を求めるまたは請求する場合も含まれると考えられるが、特電法及び特商法の条文の文言との関係上、「求め又は同意」「請求又は承諾」とした方が適切であろう。

(18) 総務省・迷惑メールへの対応の在り方に関する研究会「中間とりまとめ」(平成一九年二月二二日)三九〜四〇頁。

(19) 筆者も、特商法二〇〇八年改正について、平成一九年一〇月以降、「迷惑メール規制に関する技術的論点WG」(座長・松本恒雄一橋大学法学研究科教授)に委員として参加させて頂いた。

二 新たな規制モデルの構築

1 ヨーロッパでの不招請勧誘規制

(一) オプトイン方式の採用

従来EUでは、自動電話広告、ファックス広告については、オプトイン方式を、電子メール広告については、オプトアウト方式を採用した指令（97/66/EC、12401）が採択されていたが、電子メール広告についてもオプトイン方式を採用する加盟国が少なくなかった⁽²⁰⁾。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があること⁽²¹⁾から、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二〇〇二年欧州議会及び欧州理事会指令（2002/58/EC、L 201/37、以下、二〇〇二年EU指令という）は、電子メール広告についてもオプトイン方式を採用したのである⁽²²⁾。

ここでは、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、受け手のプライバシーベータな領域を侵害することが挙げられている。また、オプトイン方式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が理由書において指摘されている⁽²³⁾。

ドイツ、フランス、イギリス、イタリア、オランダ等の各加盟国は、この二〇〇二年EU指令に従いオプトイン方式の規制に係る法整備を行っており、EU各国の規制当局間の協力も一定限度で行われている⁽²⁴⁾。特に、ドイツにおいては、長年の判例の集積の結果、近時法改正や新法制定がなされ、また、そこにおいては、規制根拠が

極めて明確な形で提示されている。そこで、以下では、主にドイツにおける規制を紹介・検討する。

受け手の事前の同意のない電話広告・ファックス広告と同様に、受け手の事前の同意のない電子メール広告を不正競争防止法 (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb、以下、UWGという) 旧一条 (一般規定) 違反または民法 (以下、BGBという) 八二三条違反とする多くの判例の積み重ねにより、ドイツにおいては、長年にわたり判例法上、オプトイン方式が形成されてきたといえる。⁽²⁵⁾ UWG違反の場合には、規制根拠は競争上の良俗違反であり、BG B違反の場合には受け手の私的領域への著しい介入に鑑みた一般的人格権侵害である。後者においては、特に明確に、送り手の営業の自由 (広告の自由) に係る利益よりも受け手のプライバシー権に係る利益の方が、上回る価値を有するという判断が示されている。これに対し、訪問販売、郵便広告、郵便箱への投げ込み広告は、受け手の事前の同意がなくても、受け手のプライバシー権を侵害せず違法ではないとされている。

こういった判例の展開を踏まえ、二〇〇四年UWG改正 (BGBl. 2004 I, 1414) により新設された新七条一項は、「市場参加者に受忍を要求し得ない迷惑行為 (unzumutbare Belästigung) を行なった者は、三条の意味における不正な行為を行ったといえる。」と規定し、新七条二項は、「受忍を要求し得ない迷惑行為は、特に以下の場合に認められる」として、違法となる場合を例示する。すなわち、

- 「一号 受け手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、またはその他の市場参加者に対し、少なくとも推定的な同意なく、電話広告をする場合、
 三号 自動電話機、ファックス機また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、または秘匿されている場合の電子通

信による広告または、基本料金表に従った伝達費用以外の費用が生じることなく、受け手がそのような通信の中止を要求しうる有効な住所がない場合の電子通信による広告である。」

このように、受け手の事前の同意のない電子メール広告は、UWG上は、法人宛ての場合について個人宛ての場合と区別することなく、受け手に迷惑を感じさせる行為が不正な競争行為であることを根拠として規制されている。前記二〇〇二年EU指令は、法人宛ての電子メール広告についてオプトイン方式を採用するか否かについて、各加盟国の判断に委ねるとしているが、UWG新七条の立法理由書によれば、法人宛ての場合には、業務の範囲において強度の迷惑な性格が存するとされている。⁽²⁸⁾これに対し、BGB上は、個人宛ての場合には、前述したようにプライベートな領域への著しい介入が規制根拠とされ、法人宛ての場合には、主に、「設立され、かつ稼働中の営業への介入」が規制根拠とされる。⁽²⁹⁾

なお、電話広告を事業者が第三者に行わせていた場合にも、受け手の事前の同意のない限りUWG七条二項二号に違反するとしたドウツセルドルフ高裁二〇〇六年六月二〇日判決⁽³⁰⁾、携帯電話向けの電話広告も受け手の事前の同意のない限りUWG七条二項二号違反であるとするハム高裁二〇〇六年八月一五日判決⁽³¹⁾がある。また、BGB一〇〇四条に基づく迷惑メールの差止の仮処分事例であるハンブルク地裁二〇〇六年一月五日決定⁽³²⁾、出版社からなされる要求しない電子メールは、広告ではなくこれから行われる通信のために資するものである場合には、BGB八二三条に違反せず適法であるとしたミュンヘン区裁判所二〇〇六年十一月一六日判決等⁽³³⁾がある。

最後に、ドイツにおいて、判例上、同意の立証責任は、送信者側にあるとされている。また、オランダにおいては、このことが法律上、明記されている。

(二) サンクシヨン・金銭的不利益処分・被害者の救済

各国における規制手法には、行政規制、刑事規制、民事救済がある。

ドイツにおいては、すでにみたように、UWG及びBGB上の民事救済が中心となり、送信者情報を偽った電子メール広告の送信等については、行政規制がなされる。事前の同意のない電話・ファックス・電子メール広告に対しては、専ら民事救済がなされ、詳細は省略するが、受け手たる自然人及び法人の差止請求権及び損害賠償請求権(BGB八二三条、UWG八条)、一定の事業者団体及び消費者団体には差止請求権(UWG八条)に加え、近時は、違反行為者が故意ある違反行為により獲得した利益を吐き出させる利益剥奪請求権が認められている(UWG一〇条)。⁽¹⁴⁾

イギリスにおいては、消費者に向けられた受け手の事前の同意のない(自動電話に限定せず)電話広告・ファックス広告・電子メール広告が禁止され、違反者には、五〇〇〇ポンド以下の行政上の制裁金が命じられる(プライバシー及び電気通信(EC指令)規則三一⁽¹⁵⁾条)。また、被害者に損害賠償請求権が認められている(同規則二〇―二二条)。

また、スウェーデンでは、消費者に向けられた事前の同意のない自動電話広告・ファックス広告・電子メール広告が禁止され、違反者は、五〇〇〇クローネ以上五〇〇万クローネ以下の市場混乱金の支払いを命じられる。また、受け手に、損害賠償請求権が認められている他、消費者オンブズマン、被害者である事業者、消費者団体に差止請求権が認められている(以上、マーケティング法一三⁽¹⁶⁾条、一三c条、二二条、三八条)。

さらに、オランダにおいては、二〇〇四年五月一九日から施行されたテレコミュニケーション法(Telecommunicatiewet, 1998: 610)新一一・七条一項が、受け手の事前の同意のない電子メール広告を禁止し、四五万ユーロ(約七二〇〇万円)以下の過料(行政上の金銭的不利益処分)が課される(同法一五・四条四項)。同法施行後一

年で、計四七件の調査を行い、二一件で警告をし、四件の事例で過料を課したところ、国内発の迷惑メールが激減し、かなりの効果を上げている。⁽³⁷⁾

(三) 送信者の情報を請求する権限

迷惑メールは、送信者が不明である場合が多いが、その場合には、規制が絵に描いた餅となる。このため、送信者を追跡するために、規制官庁や被害者等にとどのような権限が認められているかが、この規制の実効性を左右する重要な問題となる。

まず、オプトイン規制の下で受け手の事前の同意のない電子メール広告に対し刑事罰で臨む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の情報を開示させ、送信者の特定が可能となっている。

次に、オプトイン規制を民事訴訟により行っているドイツにおいては、受け手たる消費者及び事業者、それに一定の消費者団体及び事業者団体が、差止訴訟法（DKaG）及びUWG上、受け手の事前の同意のない電子メール広告の送信者の情報をプロバイダー等電気通信事業者に対し請求する権利を有している（DKaG一三条、一三a条、UWG八条五項）。⁽³⁸⁾ 受け手は、電子メール広告の送信者が誰であるのかは不明であることが多いが、他方、プロバイダーのみがそれを知りうる。しかし、プロバイダーは通信の秘密の保持義務（憲法GG一〇条一項及び電気通信法TKG八五条一項）との関係で、問い合わせしてきた受け手に発信者情報を開示するわけにはいかない。そこで、差止訴訟法上、受け手及び一定の消費者団体等に送信者の情報を請求する権利が認められることにより、係る保持義務の解除が行われたのである。これによって、被害者の民事上の救済の実効性を確保している。また、ドイツにおいては、テレメディア法（Telemediengesetz; BGBI. 2007 I, 179ff.）⁽³⁹⁾ 上、送信者情報を偽った送信等について秩序違反法上の行政上の金銭的不利益処分（過料）が課されるが、この場合、規制官庁に検察と同様の情報開

示請求権限が認められている。

さらに、オプトイン規制の下、受け手の事前の同意のない電子メール広告に対し過料で臨むオランダにおいては、規制官庁であるOPTAには、新電気通信法一八・七条により、OPTAの任務の遂行上必要な情報を有するすべての者に対し、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。

2 我が国での不招請勧誘規制の検討

(一) オプトアウト方式かオプトイン方式か

こういったEUにおける展開を参考にすると、一で述べたように問題を有する我が国の不招請勧誘規制については、以下のよう⁴⁰に考えられる。なお、迷惑メール規制については、二〇〇八年特電法・特商法改正に関しては、詳細に検討する必要があるため、後述することとし、ここでは言及しない。

不招請勧誘・広告の送り手たる事業者は、営業の自由を有し（憲法二二条又は二九条）、表現の自由（憲法二一条）と相俟つて商業的な広告の自由を有するものである。⁴⁰そして、いわゆる二重の基準により、広告の自由への制限を行う法律の違憲審査にあたり、単なる表現の自由の場合とは異なり、立法府の裁量を尊重して緩やかな基準で審査される。⁴¹一方、受け手は、プライバシー権（憲法二三条）を有しており、これを侵害されずに生活する自由を有するものである。

我が国において、プライバシー権については、『宴のあと』事件東京地裁判決が、「いわゆるプライバシー権は私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利」であると定義しており、判例において認められている。このように本判決によるプライバシー権の定義は、私生活の公表だけを問題としているが、プライバシー権の侵害は、すでに私的領域への侵入によって発生するものであるため、プライバシー権は、「みだりに私生活（私

的生活領域）へ侵入されたり、他人に知られたくない私生活上の事実、情報を公開されたりしない権利」であるとされている。⁽⁴³⁾

そして、不招請勧誘・広告は、諸外国の展開を踏まえると、一定の範囲で受け手のプライバシー権を侵害することが明らかとなったといえる。この問題は、勧誘・広告による受け手のプライベートな領域への侵入の態様・程度を考慮すべきであるため、訪問販売、郵便広告、郵便箱への投げ込み広告、電話広告（自動電話広告を含む）、ファックス広告、電子メール広告（SMS広告を含む）について、かかる態様、侵害の程度が具体的にどのようなものなのか、また、各行為の受け手の迷惑性がどの程度であるのかについて検討し、各行為についてオプトイン方式を採用すべきであるか否かについて検討を行う。ドイツにおける判例において明らかであるように、各行為による受け手のプライベートな領域への侵入の態様及び程度を見る要素として以下の諸要素がある。⁽⁴⁴⁾

① 広告の量、② 広告が行われる場所、③ 受け手の事前の拒絶の意思表示の可否、④ 広告の削除・破棄等の難易、⑤ 送り手及び受け手に要される費用、⑥ 他の通信の遮断の程度、⑦ 日常生活の妨害の程度である。

以下では、これらの諸要素を各広告・勧誘行為についてみることにする。⁽⁴⁵⁾

第一に、訪問販売の場合には、前述した七点のうち、まず、事前の拒絶の意思表示の可否について、「訪問販売お断り」とのステッカーを玄関口に張ることによりこれが可能である。次に、広告の破棄等の難易については、相手が人間であり、また直接対面していることから、追い払うことは容易である。さらに、広告の費用については、他の広告方法と比べて多くの費用及び労力を必要とするため、広告の量についてはそれほど頻繁にかつ大量に行われるものではなく、また、電話広告と同様に、突然インターホンが鳴ることにより、私生活の他の作業や団欒が中断させられるものである。

郵便広告及び郵便箱への投げ込み広告については、まず、広告の事前の拒絶の意思表示の可否に関し、投げ込

み広告の場合には、訪問販売と同様に郵便箱への「広告チラシ・ビラお断り」とのステッカーの貼付により、これが可能であるが、郵便広告については、たとえ「DMお断り」とのステッカーが玄関口に貼られていたとしても、郵便配達員は、そのような表示有無にかかわらず、郵便箱へただ機械的に郵便広告を入れるだけであるため、これは不可能である。次に、広告の費用は、訪問販売と比べて低コストで済むため、広告の量は比較的大量に行われうる。しかし、電子メール広告と比べると、送り手に費用の負担が生じることから、それほど大量というわけではない。また、他の通信の遮断の点については、郵便箱が郵便広告や投げ込み広告により満杯となり、他の正常な郵便物が届けられなくなるという可能性はないとは言えないが、それほど高くはない。

電話勧誘・広告の場合には、まず、事前の広告拒絶の意思表示の可否については、今日では不可能であり、広告の破棄の難易の点については、受け手は相手方と電話の目的を確認するために、暫くの間、会話を余儀なくされ、またその電話を追い払うために感情の爆発を伴うこともあり、容易とはいえない。また、究極的には、電話回線を放棄しなければ、受け手は係る行為から保護されえない。次に、勧誘・広告の費用は、訪問販売に比べて遥かに低いコストで、また郵便広告と比べ多くの場合低いコストで済むため、⁽⁴⁶⁾ 広告の量は、遥かに多いものである。そして、自動電話による場合には、勧誘・広告の量は著しく増加する。また、電話勧誘・広告の受け手は、通常かけ手の身元の確認ができないため、電話勧誘・広告は、濫用の危険を有するだけではなく、安価かつ効果的であると考えられ、他の競争者に同様なマーケティング行為を唆すという性格を有する。さらに、他の通信の遮断については、電話勧誘・広告が行われている間は、正常な電話及びファックスが遮断される。又、電話勧誘・広告は、予期しえず、突然電話ベルが鳴らされるものであり、受け手の日常生活の他の作業や団欒を中断させるものである。

ファックス広告（勧誘も含む、以下では区別しない）の場合には、まず、事前の拒絶の意思表示の可否は、現時

点では不可能である。次に、広告の費用は、郵便広告及び電話勧誘・広告とは異なり、ファックス広告は、受け手に広告を受け取るための費用（プリントアウトに必要とされるインク代及びペーパー代）を負担させるものであり、また、広告を送るための費用は、郵便広告に比べ安価であることから、濫用の危険があり、また他の競争者に同様の行為を唆すものであるだけではなく、自動的に送信することが可能であり、大量な広告が行われうる。さらに、他の通信の遮断については、正常な電話またはファックスを遮断する可能性がある。そして、広告の破棄等の難易については、場合によっては、大量のプリントされた用紙を破棄しなければならず、郵便広告と比べて困難である。また、電話勧誘・広告と同様に、突然電話のベルが鳴らされるものであり、日常生活の他の作業や団樂が中断させられるものである。さらに、インターネットを利用した場合には、費用・手間がかなり低下するためより大量となる。

そして、電子メール広告の場合には、まず、広告の費用及び量については、ファックス広告と同様に、また郵便広告、電話勧誘・広告とは異なり、受け取るための諸費用（通信費及び、プロバイダーとの契約条件次第では、利用料）が受け手に生じる。また、ファックス広告とは異なり、送信する費用がほとんどかからず、物理的な限界もほぼないに等しい。また、電話勧誘・広告やファックス広告も、近時は、インターネットを利用する場合があるが、そもそも電子メール広告は、インターネットを経由するものであり、一時に大量の送信が可能であるという特質を有するものである。このため、電子メール広告は、郵便広告や従来の電話勧誘・広告やファックス広告に比べ、比較にならないほど一度に大量の送信が可能となっている。それゆえ、低コストであり、その量は極めて多く、他の競争者が競争上の理由からこれを模倣するという「模倣の危険」から生じる広告の洪水の発生の可能性がある。広告の破棄等の難易については、郵便広告の破棄とは異なり、電子メール広告の削除には煩雑な手間と時間がかかり、プロバイダーとの契約条件次第では、そのための費用を受け手が負担するものである。も

つとも、この点は、場合によっては、電話勧誘・広告の方が、より多くの手間・時間がかかることもある。事
前の拒絶の意思表示の可否は、郵便箱への投げ込み広告では、郵便箱に「広告お断り」とのステッカーを貼付す
ることで、事前の拒絶の意思表示が可能であるが、電子メール広告の場合には、事前の拒絶の意思表示は、現時
点では不可能である。他の正常な通信の遮断については、郵便広告により現実の郵便箱が一杯となり、正常な郵
便物を受け取れなくなる可能性よりも、電子メール広告によりメールボックスが一杯となり、正常な電子メール
を受け取れなくなる可能性の方が、電子メール広告の特質に基づく大量性に鑑み、遥かに高いといえる。広告の
行われる場所については、家庭における郵便箱や電話回線は、通常個人専用ではなく家族単位のものであるが、
電子メールアドレスは、家庭用の共有パソコンの場合であっても、通常個人単位であるため、前二者と比べ、よ
り私的な領域という度合いが強い場合が多いといえる。また、このプライバシー性は、PC用アドレスよりも携
帯用アドレスの方が、その形態上高いものである。たしかに、電子メール広告の場合には、プリントアウトが必
ずしも要されない点で、ファックス広告との間には差があり、個々のメールに要される労力・時間・費用は、僅
かである。しかし、電子メール広告は、その送信に係る費用が極めて廉価であることに基づき、大量に発生する
ことから、受け手の同意のない電子メール広告について、受け手側が一方的に費用や時間や手間の浪費を強いら
れる点は、電話勧誘・広告やファックス広告と同程度の迷惑性を受け手に生じさせているといえよう。受け手の
同意のない電子メール広告のタイトルから広告メールであることが明らかである場合には、削除の手間・時間は
僅かではあるが、電子メール広告が大量に行われることに鑑みると、違法と評価すべきといえる。この点は、ド
イツにおいても、連邦通常裁判所（我が国の最高裁判所に相当する）二〇〇四年三月一日判決⁽⁴⁾が述べている点で
ある。

以上のように、各勧誘・広告について、それによる受け手のプライバシーな領域への侵入の態様及び程度を見

ることにより、受け手の迷惑性を具体的に検討してみると、訪問販売及び郵便広告・郵便箱への投げ込み広告による受け手の迷惑性とは異なり、電話広告・勧誘（自動電話による場合も含む）、ファックス広告（自動ファックス機による場合も含む）、電子メール広告（SMSによる場合も含む）は、極めて迷惑性が高いものであると考えられる。したがって、これらの広告・勧誘については、受け手のプライバシー権を侵害するものといえ、オプトイン方式が妥当であるといえるのである。

このように、我が国においても、受け手の同意のない電子メール広告、電話勧誘・広告、ファックス広告は、送り手の広告の自由（営業の自由）よりも受け手のプライバシー権の方が上回る価値を有するため、違法法であると考えられるのである。

我が国では、法人に対する電話勧誘が増加しており、しつこい勧誘電話が仕事の邪魔となり、多くの働き手が迷惑を感じているとの調査⁴⁸もある。また、法人向けの電子メール広告は、一企業に一日三〇〇〇通以上届くともいわれ、それにより、事業者の様々な費用負担及び生産性の喪失が生み出されているのも事実である⁴⁹。法人宛ての電話広告、ファックス広告、電子メール広告について、事前の受け手たる法人の同意のない場合には、ドイツにおいて「設立され、かつ稼働中の営業への介入」とされているように、我が国でも、営業権の侵害に基づき許されないものと考えられるため、オプトイン方式が妥当といえる。これは、受け手たる法人の迷惑メールの削除の手間や時間、対策に要する諸費用の負担等に基づく生産性の低下が重大な問題となっていることから、業務の範囲への著しい迷惑が存在することに基づくものである。また、前述したドイツにおけるマイクロソフト社による提訴事例から明らかのように、迷惑メールについて法人は被告及び原告、言い換えれば加害者と被害者の双方になりうるものであり、緩やかな規制によって比較的大きな自由度を獲得するが、より大きなリスクも負うことになるのである。これに鑑み、経済の持続的な発展という観点からも、オプトイン方式を採用することが妥当で

あると考えられるのである。

このように受け手が個人である場合にプライバシー権の侵害が規制の根拠といえるが、オプトイン方式採用の背景には、二〇〇二年EU指令の理由書にあるように、これらの広告・勧誘は低廉な費用で済むものであるため、事前の同意を得ることの手間などを広告主側に負担させても酷ではないという価値判断があり、それが妥当であると考えられるのである。EU諸国では、すでにオプトイン方式による規制の下で、事業者は、広告メールや電話広告等を行う前に潜在的な顧客に対し電話や電子メールで広告の事後の送付の要望を伺うことが行われている。そして、このようにいわゆるダブル・オプトインは適法である旨が、前述したようにドイツの近時の判決で示されているのである。特に電子メールでこれが行われる場合には、これにかかるコストは僅かで済み、オプトイン方式に伴う広告主の費用の負担の軽減に資するといえる。

総務省「迷惑メールへの対応のあり方に関する研究会・中間取りまとめ」平成一六年一二月二三～二五頁は、オプトイン方式への規制方式の転換について、諸外国の状況を踏まえつつ、オプトイン方式による規制の実効性をみながら、検討を行う方針であった。すなわち、オプトイン方式を採用している諸外国が制度導入からまだ日が浅いこと、制度導入による効果について公式に発表されているものではなく、オプトイン方式の導入が迷惑メール対策としての程度有効なのかについて明確な結論がないのが現状であることを指摘し、米国FTC（連邦取引委員会）が英国のオプトイン方式の導入の効果について「……ブライトメール社によると、二〇〇三年一月にオプトインが導入された際、五四・九%がスパムだったが、二〇〇四年四月には受信メールの六〇・一%がスパムだった。このデータから、オプトイン方式は英国民が受け取ったスパムの量を減少させたということではない。」と述べ、その有効性に疑問を呈している点を指摘したのである。

しかし、迷惑メールは年々著しく増加する傾向にあり、オプアウト方式のままであった場合にどの程度の迷

惑メールが存在したのかも考慮しなければ、このような数値のみでいかなる方式が妥当であるのかを論じること
はできないであろう。むしろ、全世界の圧倒的多数の迷惑メールは、オプトアウト方式を採用しているアメリカ
及び韓国から送られているものであることが、ここでは重要である。^①このように、オプトイン方式により実効性
のある規制がなされ、迷惑メールが減少するか否かという点においては、同時期でのオプトアウト方式の場合の
迷惑メール数を想定し、これとオプトイン方式の場合の迷惑メール数とを比較するのでなければ、意味を持たな
いといえる。こういった迷惑メール数の減少のために、どれほど法的規制が資しうるのかという不確実性を伴う
議論よりも、前述のように、そもそも受け手の事前の同意のない広告電子メールが、受け手に受忍し難い迷惑を
与えるものである点を踏まえ、法的検討がなされる必要があると考えられるのである。なお、事前の同意がなけ
れば一回目のメールを出してはならない場合と一回目のメールは出しても良いが、拒否を申出た者に対して二回
目以降のメールは出してはならないという場合とでは、前者の場合の方が規制しやすく、かつ違法なメールの絶
対数が少なくなることは、常識的にみて明白であると思われる。これは、外国為替証拠金取引に関しオプトイン
方式の導入後、被害が減少していることから明らかである。また、オランダでは、オプトイン方式採用後、国
内発のオランダ語の迷惑メール数が激減したことからも、オプトイン方式の有効性が窺われるのである。

このように、ある国がオプトイン方式を採用することにより、その国から発せられる迷惑メールが減少すると
しても、迷惑メール行為は、容易に国境を越えうる電子メールを手段としたものであり、オプトアウト方式を採
用する国がある限り、その国から発せられる迷惑メールがオプトイン方式を採用する国へ届けられるのであるか
ら、世界レベルで統一の規制手法を採用しなければ、規制の実効性が確保されえないものである。このことは、
EUにおけるオプトアウト方式からオプトイン方式への政策転換が、まさに示している点である。この点は、イ
ンターネットを介した電話やファックスが可能となつてのことからも、電話勧誘・広告、ファックス広告につ

いても同様であると考えられる。

これらの点に基づき、我が国でも、受け手個人のプライバシー権の侵害、受け手法人の営業権の侵害の観点から、電話・ファックス・電子メールを手段とする広告・勧誘の規制について、オプトイン方式が妥当といえる。

特電法二〇〇五年改正においては、施行後三年内に必要な措置を講ずるものとされたのであり（附則七条）、前述したように、オプトイン方式への転換を同法の改正により行うことが妥当であると考えられたのである。また、特商法においても、電話・ファックス・電子メールを手段とした広告・勧誘について改正を行い、オプトイン方式へ転換することが妥当と考えられたのである。

(二) 送信者の情報を請求する権限

このようにオプトイン方式が妥当であるとしても、規制の実効性を確保する手段が検討されねばならない。以下においては、これについて検討を行う。

第一に、電子メール広告の場合には、インターネットを介して行われ、送信者が不明であることが多いという特質がある。このことから、送信者の情報を請求する権限を規制官庁等に認める必要があるといえる。

我が国における迷惑メール規制等は、主に行政庁によるものであるところ、ドイツ法におけるように、秩序違反法（Ordnungswidrigkeitsgesetz）上、行政庁に検察と同様の捜査権限が認められているわけではない。このため、ドイツにおける民事上の情報請求権や、オランダのOPTAの電気通信法上の情報請求権と同様の内容をもつ請求権限を行政庁の発信者（送信者）の情報を請求する権限として導入することを検討する必要がある⁽³²⁾。特電法二〇〇五年改正により、送信者の情報を偽った送信について、直罰化がなされたため、検察による捜査令状による捜査が、この送信者不明の問題を一定限度で解決しているが、これは、極めて限定された場面でなされるに過ぎず、また、行政規制の場面ではないのであり、行政規制が絵に描いた餅とならないようにする必要がある⁽³³⁾。

(二) サンクシヨン等

第二に、サンクシヨン等の程度についてである。

従来、特電法、特商法上、行政処分違反した場合に刑事罰が科されるという体制が採られていたため、迅速な処理が困難であるという問題や、適用される事例が出されにくいことという問題があっただけでなく、刑事罰は厳格な立証が要されることから、刑事罰が科される事例は出されにくいという性格がある。また、たしかに特電法二〇〇五年改正により、同法上は、送信者の情報を偽った送信について直罰化がされ、この迅速な処理が困難であることと行政処分における送信者の特定の困難さが解消された。しかし、これは限定された場合にしか適用がなく、また、その刑事罰の内容は、一年以下の懲役刑又は一〇〇万円以下の罰金というものであり、迷惑メールの経済的効率性に鑑みると、けつして十分なものとは言えない。これゆえ、刑事罰をより厳格なものとする必要があるといえる。さらに、こういった刑事罰は、行為の悪質性や被害の規模等を勘案して科されるであろうから、それにより、送信者の情報を偽った送信のすべての事例が解決されるわけではないという問題もある。

また、より高額な刑事罰を規定すると、刑事罰は、厳格な立証が要されるため、事案の処理に時間がかかり、一時に多数の者に被害が拡散することから迅速な処理が必要とされる迷惑メールのサンクシヨンとしては適切ではないということになるという問題もある。これらに鑑みると、むしろ、比較的迅速で廉価でなされる高額の過料ないし課徴金（要するに行政上の金銭的不利益処分）を導入することも検討するべきと考えられる。前述した送信者の情報を請求する権限により、この行政上の措置も実効性が確保される。

第三に、規制手法の種類についてである。

EUにおける展開から明らかであるように、迷惑メールの法的規制には、公的規制及び民事的救済の両者が必要である⁽²⁴⁾。

まず、我が国では、従来、公的規制はアウト方式を採用していたが、これを前述のように、アウトイン方式に転換することが妥当といえるだけでなく、民事的救済として、受け手が受忍しがたい迷惑を受けることに基づき、受け手の事前の同意のない電子メール広告に対し、人格権に基づく差止請求権が受け手に認められ、また不法行為（民法七〇九条）に基づく損害賠償請求権が、受け手に認められると考えられる。⁽⁵⁵⁾このように、民法上の一般原則に基づき、これらの請求権が受け手に認められるが、ここにおいては、迷惑メール行為の経済的インセンティブを減少させる必要性が重要であり、また、行政規制や刑事規制は、人員予算や裁量との関係ですべての事案について行われるものではない。迷惑メールに対する監視の目が、多く存在することを明示し、迷惑メールの経済的効率性からくる違反行為へのインセンティブを低下させ、違反行為を抑制する必要がある。また、イギリス、スウェーデン、ドイツ等において、迷惑メールに対する民事上の請求権が法律上明記されており、我が国においても、関係諸法において民事上の請求権を明記する方が、国際的に、迷惑メール克服のためのより積極的な政策の実施をアピールすることができるであろう。これらに鑑みると、特電法、特商法に、迷惑メールに対する差止請求権及び損害賠償請求権を規定することが妥当であると考えられる。特商法は、指定商品・役務制が採用されていることや同法上の迷惑メール規制は通信販売の場合に限定されていることから、消費者の保護を目的とし、より広く一般的に適用可能である消費者契約法に迷惑メール行為を違反行為として追加した上で、差止請求権や損害賠償請求権を規定することや、消費者団体訴訟の対象行為とすること等も考えられよう。⁽⁵⁶⁾もつとも、指定商品・役務制は、特商法二〇〇八年改正で廃止されている。或いは、独占禁止法上の不公正な取引方法（同法一九条、同二条九項）として規定すれば、同法二四条の差止請求権及び同法二五条の無過失損害賠償請求権等の対象行為となる。もちろん、前述したところから、受け手の事前の同意のない電子メール広告だけではなく、受け手の事前の同意のない電話勧誘・広告及びファックス広告をこれら諸法において不招請勧誘として禁止し、

特商法及び消費者契約法には、これらについても、新たに受け手の差止請求権及び損害賠償請求権を規定することが妥当である。⁽⁵⁸⁾ 従来の不招請勧誘規制は、行政規制を主眼として組み立てられたものであり、被害者の救済については、あまりにも諸外国に比べ見劣りするものであった。これらの勧誘・広告について、被害者の民事の請求権（損害賠償請求権及び差止請求権）を特商法等に明記することにより、不招請勧誘・広告を監視する目が数多くあることを明らかにし、違反行為の抑止を行うべきであろう。

ところで、電話広告・ファックス広告は、多数の消費者に対し行われるものであるため、これらによる被害は、多数の者に拡散して生じるものである。また、迷惑メール行為は、一度に極めて多数の者への送信が可能であり、拡散して少額の被害が生じる行為類型の今日における典型例といえるものである。ドイツにおいては、少額の被害を受けた個々の消費者は、自ら提訴するために十分な法的知識や資力を有しているとは限らないことから、これらに迷惑を生じさせる電話広告・ファックス広告・電子メール広告についての差止請求権が一定の消費者団体に認められている（UWG八条）。この消費者団体訴訟は、発信者（送信者）の情報を請求する権利により実効性が確保されている。また、迷惑メール送信者は、迷惑メールにより多くの利益を獲得しうることから、かかる利益を吐き出させ、迷惑メール行為の経済的インセンティブを低下させるために、消費者団体に利益剥奪請求権が認められている（UWG一〇条）⁽⁵⁹⁾。

このような状況は我が国においても同様であるため、受け手の事前の同意のない電話勧誘・広告、ファックス広告、電子メール広告により多数の者に拡散して生じた被害の救済のために、受け手の事前の同意のない電話勧誘・広告、ファックス広告、電子メール広告に対する適格消費者団体の差止請求権を特電法、特商法へ導入することが妥当である。また、これらの行為は、訪問販売に比べて、経済的効率性の高いものである。特に電子メール広告は、従来の電話勧誘や訪問販売とは比較にならない程、低コストで行いうるものであり、たとえ一人に

1人が返信したとしても十分にペイするものである。⁽⁴⁰⁾ このように迷惑メールは非常に儲かるものであることが、迷惑メールが増えこそすれ減らない理由となっているといえる。そこで、こういったこれらの行為の経済的インセンティブを減少させるために、適格消費者団体の損害賠償請求権または利益剥奪請求権を導入することが検討されるべきである。また、これらの被害の救済の実効性を担保するために、受け手や適格消費者団体に送信者（発信者）の情報を請求する権利を認める立法を行い、通信の秘密の保持義務をプロバイダー等電気通信事業者から解除することが必要であると考えられるのである。⁽⁴²⁾

拙著『迷惑メール規制法概説』において、主に、これらの主張（①オプトイン方式への転換、②送信者の情報を請求する権限の導入、③サンクシヨンの強化、④民事救済の明記）を行ったところ、その後、二〇〇八年における特電法及び特商法の改正により、後述するように、これらのうち、オプトイン方式への転換、関係当局の送信者の情報を請求する権限の導入、サンクシヨンの強化が実現することとなった。そこで、以下においては、これらの論点に係る主張が、今回の改正において、どの範囲でどの程度実現したのかについて、個別に検討し、迷惑メール規制ないし不招請勧誘の今後の課題を検討する。

(20) 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、六五頁以下。

(21) 欧州委員会からの欧州議会への通知（SEC/2002/0124 final/COD 2000/0189）¹ 前記二〇〇二年指令の提案（COM/2000/0385 final/COD 2000/0189）が、具体的にこの点を指摘する。

(22) 宗田・前掲書①八一頁。

(23) 2002/58/EC, L 201/37.

- (24) 宗田・前掲書①四〇五頁、八四頁以下。
- (25) 宗田・前掲書①一〇〇頁以下、特二一四二頁以下。Christian Prasse, Spain-E Mails in der neueren Rechtsprechung, MDR7/2006, S. 361ff.
- (26) 宗田・前掲書①一三二頁以下。
- (27) BT-Drucksache15/1487, S. 20ff.
- (28) BT-Drucksache15/1487, S. 20ff.
- (29) 宗田・前掲書①一一四頁以下。
- (30) OLG, Urteil vom 20. Juni 2006-L20 U233/05, WRP2006, 1399f.
- (31) Az.: 4 U 78/06, MMR2007, 54.
- (32) MMR2006, 244.
- (33) Az.: 161 C 29330/06, MMR2007, 120.
- (34) 宗田貴行『団体訴訟の新展開』慶應義塾大学出版会二〇〇六年（以下では、宗田・前掲書②という）七一頁以下。
- (35) The Privacy and Electronic Communications (EC Directive) Regulations 2003 (No. 2426).
- (36) Marketing Act, 1995: 450.
- (37) この点は、欧州委員会のスバム等に関する二〇〇六年十一月五日の通知 (Brussels, 15. 11. 2006, COM (2006) 688Final, p. 3) が指摘している。
- (38) 宗田・前掲書①一四八頁以下。
- (39) 二〇〇七年二月に制定され、二〇〇七年三月一日から施行されている。詳しくは、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（下）「国際商事法務三五巻八号二〇〇七年一〇九三頁以下参照。
- (40) 芦部信喜『憲法』岩波書店一九九三年一四六頁。
- (41) 芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』有斐閣一九九四年二二三頁以下。独立行政法人国民生活センター「不招請勧誘の制限に関する調査研究」（二〇〇七年二月）一七九頁。

- (42) 東京地判昭和三十九年九月二十八日下民集一五卷九号三二一七頁。
- (43) 竹田稔『プライバシー侵害と民事責任（増補改訂版）』判例時報社一九九八年一六九頁、五十嵐清『人格権論』一粒社一九九八年八一頁以下等。
- (44) 宗田・前掲書①一八〇～一八一頁。
- (45) 宗田・前掲書①一八〇～一八四頁。
- (46) インターネット電話を利用する場合、コストは著しく低下するため、より大量となる。さらに、これと併せて自動電話を利用し、自動メッセージを利用する場合、さらに大量となりうる。
- (47) NIW 2004, 1655. 宗田・前掲書①二一九頁。
- (48) 独立行政法人国民生活センター第三七回国民生活動向調査「訪問販売と電話による勧誘—不招請勧誘—」(二〇〇七年三月) 一一一頁以下。
- (49) EUでのこの点の指摘については、宗田・前掲書①九三頁参照。
- (50) 例えば、英国の出版社が日本国内の大学の図書館に、今後、自社の出版物（雑誌等）の広告を電話及び電子メールで行ってよいかを国際電話で尋ねることも行われている。これは、筆者が、たまたま大学の図書館にいたときに、図書館員に頼まれて電話に出たときのことである。
- (51) 宗田・前掲書①一七〇頁、一八七～一八八頁。
- (52) 宗田・前掲書①二一〇頁。
- (53) なお、ここで注意を要するのは、「送信者情報」は、特電法六条で規定されており、当該電子メールの送信に用いた電子メールアドレス及び当該電子メールの送信に用いた電気通信設備を識別するための文字、番号、記号その他の符号であるが、これらのみで、当該電子メール広告を送信した者の所在を突き止めることが可能であるかは疑問である。プロバイダー責任制限法上の発信者情報請求権（同法四条）との整合性も検討する必要があるが、氏名、住所（法人の場合には、名称、所在地）を含めた送信者の情報を開示する権限を行政庁に認めるべきである。
- (54) 宗田・前掲書①一九四頁。

- (55) 宗田・前掲書①一九六頁以下。
- (56) 宗田・前掲書①二〇〇～二〇三頁。
- (57) 宗田・前掲書①二〇一頁、独立行政法人国民生活センター『不招請勧誘の制限に関する調査研究』(二〇〇七年二月)一六七頁。
- (58) 宗田・前掲書①二〇一頁、独立行政法人国民生活センター『消費生活相談の視点から見た消費者契約法のあり方』(二〇〇七年一月)一八頁。
- (59) なお、電子メールやインターネットによって行われるハッカーやフィッシング等といった特に悪質な行為については、刑法(SGB)による規制が行われている(Gunter Printke, Internet-Recht (2004), S. 150ff. これについての邦語文献には、例えば、高橋郁夫法律事務所『コンピュータウイルス等有害プログラムの法的規制に関する国際動向調査』第六章「ドイツにおける有害プログラムの刑事的規制」(石井徹哉執筆部分)がある(これは、<http://www.ipag.go.jp/>で入手可能である)。他、UWG上の営業上の秘密の保護(UWG一七条)や商標法等も問題となりうる。もちろん、テレメディア法上の秩序罰(過料)や刑事罰よりもUWG上の差止請求権に係る仮処分の方が迅速であり、メリットがあるといえる(BFDrukachei(63135, S.1f))。
- (60) これは、マイクrosoft社のビル・ゲイツ会長が、二〇〇三年一月のコムデックスにおけるスピーチで述べた点である。
- (61) 宗田・前掲書②七一頁以下。
- (62) 我が国のプロバイダ責任制限法上の発信者情報請求権の適用範囲は、同法二条により、「不特定の者によって受信されることを目的とする電気通信の送信」に限定されているため、電子メールを用いる迷惑メールの事例には適用がない(宗田・前掲書①二〇四～二〇五頁)。また、特商法・特電法に導入すべき送信者(発信者)の情報を請求する権利の要件等については、宗田・前掲書①二〇七～二一〇頁を参照されたい。

三 特電法・特商法二〇〇八年改正

以下では、第一に、オプトイン方式への転換、第二に、送信者の情報を請求する権限、第三に、サンクションの強化、第四に、民事救済の各論点について、特電法・特商法二〇〇八年改正に関する研究会報告書及び新法の内容をみていくことにする。

1 特電法二〇〇八年改正

衆議院に内閣により議案として提出された特定電子メールの送信の適正化等に関する法律の一部を改正する法律案は、平成二〇〇八年五月三〇日に可決、成立し、同年六月六日に公布され（平成二〇〇八年法律第五四号）、公布の日から六月を超えない範囲内において政令で定める日から施行する。

この改正に関し、総務省における迷惑メールの対応の在り方に関する研究会「中間とりまとめ」（座長・新美育 文明治 大学法学部教授・平成一九年二月二日、以下、総務省平成一九年研究会中間とりまとめという）が参考になる。（一）オプトイン方式への転換

現行のオプトアウト方式については、平成一六年一二月の「迷惑メールへの対応の在り方に関する研究会」においては、「迷惑メール対策については、国際的な整合性・協調体制も重要であることから、オプトイン方式の採用国における取り締まりの効果を注視するとともに、我が国でオプトイン方式を採用した場合において電子メールを利用した正当な営業活動にどの程度の影響が生じるか等についても考慮しながら、迷惑メール対策の実効性を確保するためにオプトイン方式の採用の是非について継続的に検討することが必要であると考えられる。」とされた。そこで、総務省平成一九年研究会中間とりまとめは、以下のように、平成一六年の前記研究会以降の

状況を踏まえたうえで、現行のオプトアウト方式の見直し及びオプトイン方式の採用の是非について検討を行った結果、オプトイン方式の採用が妥当であると結論付けたのである。

まず、現行法施行後の状況として、「正当な営業活動の一環として広告・宣伝メールが送信される場合に關しては、受信者側の意識や広告宣伝効果等から、オプトイン的な運用が大勢となつて一方、技術的手段に關しては、技術的にブロックされると、そもそも広告・宣伝としての意味をなさないと点から、前提となる表示義務がほとんど守られず、法執行の問題とも相俟つて想定された効果を發揮できていないという結果が生じている。迷惑メールの総量は増加しており、電子メールの送受信上の支障の解消という特電法の目的は達成されていない。

さらに、オプトアウト方式は、受信者からの拒否の通知が前提となるが、拒否の通知がかえつて受信者が望まない広告・宣伝メールの送信を招くとの指摘があり、制度が円滑に機能していない。」とし、また、「受信者側の意識としては、九五%が広告・宣伝メールを一切受け取りたくないか、送信してくることを同意したもの以外は受け取りたくないという調査結果もあり、そうした点にも留意する必要があると考えられる。」とした。

これらの点を指摘した上で、総務省平成一九年研究会中間とりまとめは、「法規制の見直しの考え方」として、「こうした状況の下において、少なくとも受信者側の拒否が推定できるような場合には、本来の立法趣旨の観点から、現行のオプトアウト方式の見直しを行い、オプトイン的な考え方を導入することが適當ではないかと考えられる。」⁶³とした。これを受けて、特電法新三条一項は、「送信者は、次に掲げる者以外の者に対し、特定電子メールの送信をしてはならない。」とし、同条同項一号は、「あらかじめ、特定電子メールの送信をするように求める旨または送信することに同意する旨を送信者または送信委託者（電子メールの送信を委託した者（営利を目的とする団体及び営業を営む場合における個人に限る。）をいう。以下同じ。）に対し通知した者」と規定している。

また、総務省平成一九年研究会中間とりまとめ⁽⁶⁴⁾は、こうしたオプトイン方式の導入は、広告・宣伝メールの送信の規制に関しては、諸外国の主要国では、何らかのオプトイン方式を採用する国が多数となつてきていることから、以下のように述べ、適当であるとする。すなわち、「インターネットは国際的なネットワークであり、特に最近、外国発のメール等国境を越えて送受信される迷惑メールが増加していることから、国際的な連携の強化が急務であり、その前提として、我が国が国際的な迷惑メール対策の抜け穴とならないよう、制度的な国際的整合性を向上させることが必要と考えられる。こうした観点からもオプトイン的な考え方を導入することが適当ではないかと考えられる。」としている。

その上で、「営業活動との関係」として、「現行のオプトアウト方式の見直しに当たっては、営業活動における電子メール送信の現状を踏まえ、正当な営業活動の一環として電子メールを送信しようとする者にとつて過剰な負担となる方式を避け、規制目的とバランスのとれたものとすべきと考えられる。したがって、仮にオプトイン的な考え方を導入する場合でも、オプトイン的な考え方は必要な範囲で導入することが適当と考えられる。」とし、例えば、現行のオプトアウト方式では取引関係にある者は規制の対象外とされていること（特電法旧二条二号）に留意する必要があるとする。この点は、特電法新三条一項三号が、「前二号に掲げるもののほか、当該特定電子メールを手段とする広告又は宣伝に係る営業を営む者と取引関係にある者」と規定している。

また、企業間で広告・宣伝メールを送信する場合についてもオプトイン的な考え方が必要か否かについては、さらに検討する必要があるとしてしている。これについて、特電法新三条一項四号は、「前三号に掲げるもののほか、総務省令で定めるところにより自己の電子メールアドレスを公表している団体又は個人（個人にあつては、営業を営む者に限る。）」と規定している。

さらに、オプトイン的な考え方の導入に当たっては、同意の取得の方法や範囲等を定めるべきか、定める場合

どの程度のレベルを求めるのかといった点も、営業活動と大きく関わってくる点であり、制度の移行に当たっての留意点等と併せ、同意を必要とする趣旨も勘案しつつ、営業活動における電子メール送信の現状を踏まえ、引き続き検討していくべきとしている。⁽⁶⁵⁾

また、受信者から直接提供された電子メールアドレスを利用する場合は、受信者にとって送信者が既知であり、オプトイン方式をとる国でも一定の例外をとっている場合があるとしている。これについて、特電法新三条一項二号は、「前号に掲げるもののほか、総務省令で定めるところにより自己の電子メールアドレスを送信者又は送信委託者に対し通知した者」と規定している。

広告・宣伝メールを第三者からメールアドレスを入手して送信する場合には、第三者が受信者の同意を取得しているときには、比較的問題は少ないが、受信者にとって同意と認識できるような方法で同意取得がなされていない場合には問題が残ると考えられるとしている。⁽⁶⁶⁾このため、特電法新三条二項は、「前項第一号の通知を受けた者は、総務省令で定めるところにより特定電子メールの送信をするように求めがあつたこと又は送信をすることに同意があつたことを証する記録を保存しなければならない」と規定しているのである。

そして、オプトイン的な考え方を導入する場合、事前の同意を取得して広告・宣伝メールを送信する場合であっても、基本的に、受信者が拒否の意思表示をした場合には、以後の広告・宣伝メールの送信は禁止されること⁽⁶⁷⁾が適当と考えられ、これに必要な仕組みも併せて整備することが必要と考えられるとしている。このため、特電法新三条三項は、「送信者は、第一項各号に掲げる者から総務省令で定めるところにより特定電子メールの送信をしないように求める旨（一定の事項にかかる特定電子メールの送信をしないように求める場合にあつては、その旨）の通知を受けたとき（送信委託者⁽⁶⁸⁾がその通知を受けたときを含む。）は、その通知に示された意思に反して、特定電子メールの送信をしてはならない。ただし、電子メールの受信をする者の意思に基づき広告又は宣伝以外の行為

を主たる目的として送信される電子メールにおいて広告又は宣伝が付随的に行われる場合その他のこれに類する場合として総務省令で定める場合は、この限りでない。」と規定する。

また、同法新四条は、表示義務について、「送信者は、特定電子メールの送信に当たっては、総務省令で定めるところにより、その受信をする者が使用する通信端末機器の映像面に次に掲げる事項（前条第三項ただし書の総務省令で定める場合においては、第二号に掲げる事項を除く。）が正しく表示されるようにしなければならない。

一号 当該送信者（当該電子メールの送信につき送信委託者がある場合は、当該送信者又は当該送信委託者のうち当該送信に責任を有する者）の氏名または名称 二号 前条第三項本文の通知を受けるための電子メールアドレスまたは電気通信設備を識別するための文字、番号、記号その他の符号であつて総務省令で定めるもの 三号 その他総務省令で定める事項」と規定するのである。

（二）送信者の情報を請求する権限

総務省平成一九年研究会中間とりまとめ⁽⁶⁸⁾は、効果的な迷惑メール対策を行っていくためには、法の実効性の強化が必要であり、オプトアウト方式の見直し以外に、法の実効性の強化に資する制度を構築する必要があることから、法の執行機関にとつて、法執行のための措置が円滑かつ機動的に取りやすくなる制度の検討を行っている。すなわち、法執行の円滑化のため、契約者情報等の入手に関し電気通信事業者等の関係者から協力を得ることができることとするなど、より法執行を円滑にするような制度としていくべきであるとしている。送信者の実態が把握しにくいいため従来の行政処分の手法がそのまま適用しにくいという電子メールの特性に鑑み、制度の体系を検討する必要があるとする。これは、具体的には、現行法上、広告・宣伝メールの送信者が不明の場合には、総務省が電気通信事業者、ドメイン名登録者等の関係者に対し任意調査を行うが、契約者データ保護等の観点から、調査に応じることは困難であったため、送信者に対する報告徴収や措置命令等が困難となっていたのである。こ

れに対し、見直し後には、例えば、送信者不明の場合には、総務省は、電気通信事業者、ドメイン名登録者等の関係者に対し、法に基づく情報提供要請を行い、これら関係者は契約者情報等の提供が可能となり、送信者の氏名・住所等が明らかとなつたうえで、送信者に対し報告徴収や措置命令等を行い得ることとなるのである。

この点について、特電法新二九条は、送信者に関する情報の提供の求めとして、「総務大臣は、この法律の施行に必要な限度において、電気通信事業者その他の者であつて、電子メールアドレスまたは電気通信設備を識別するための文字、番号、記号その他の符号（……中略……）を使用する権利を付与したもものから、当該権利を付与された者の氏名又は住所その他の当該権利を付与された者を特定するために必要な情報の提供を求めることができる。」と規定する。

また、総務省平成一九年研究会中間とりまとめ⁽⁶⁾は、措置命令等に関し、より機動的に実施できるような仕組み（例えば、送信者の住所氏名が不明の場合にでも対応できるような制度）があれば、導入すべきであると考えられるとしている。さらに、迷惑メールの送信に関しては、受信者からの同意の取得や具体的な送信の指示について、送信を依頼する者が行っている場合もあり、迷惑メールの送信に関わる者全体に対し関係機関による有効な執行が可能となるような制度としていくべきとしている。これを受けて、特電法新七条は、「総務大臣は、（……中略……）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きは、当該送信者（これらの電子メールに係る送信委託者が当該電子メールの送信に係る第三条第一項第一号又は第二号の通知の受領、同条第二項の記録の保存その他の当該電子メールの送信に係る業務の一部を行った場合であつて、当該電子メールの送信につき、当該送信委託者の責めに帰すべき事由があると認められるときは、当該送信者及び当該送信委託者）に対し、電子メールの送信の方法の改善に関し必要な措置をとるべきことを命ずることができる。」と規定する。これにより、送信者の氏名住所が不明である場合にも、送信委託者に対する措置命令が可能となることで、事案の解決を行い得ることとして

いる。

なお、今回の改正で、電気通信事業者は、一時に多数の架空電子メールアドレス宛の電子メール送信の場合のみならず、送信者情報を偽った電子メールの送信の場合に、自己の電子メール通信役務の円滑な提供に支障を生じ、又はその利用者における電子メールの送受信上の支障を生ずるおそれがあると認められるときにも、当該支障を生じさせるおそれのある電子メールの送信をする者に対し、電気通信役務の提供を拒否することができることとされた（特電法新一一条）。

（三） サンクシヨンの強化

総務省平成一九年研究会中間とりまとめ⁽⁷⁰⁾は、前述した法の実効性の強化に資する制度として、送信者にとって迷惑メール送信のコストやリスクが高くなる制度を挙げている。すなわち、現行法の規定が適用されず抜け穴となっている部分について可能な限り措置を行った上で、迷惑メールに対する措置命令や罰則の適用を増加させられるような制度とする必要があるとする。また、迷惑メールの送信に対する制裁の強化については、諸外国で我が国より重い制裁が効果を上げていると考えられる例もあり、我が国の法制度全体との整合性の確保を図りつつ、検討する必要があること、法違反者への捜査や検挙の方法についても、参考にできる事例がないかを引き続き調査する必要があることを指摘している。

この点につき、特電法新三四条は、「次の各号のいずれかに該当する者は、一年以下の懲役または一〇〇万円以下の罰金に処する。一 号 第五条（送信者の情報を偽った送信の禁止―筆者注） 二 号 第七条の規定による命令（第三条第二項の規定による記録の保存に係るものを除く。）に違反した者」と規定する。また、第三条二項の規定による記録の保存に係る第七条の規定による命令に違反した者は、一〇〇万円以下の罰金に処する（同法新三五条一号）。

そして、同法新三七条は、「法人の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者が、その法人または人の業務に関し、次の各号に掲げる規定の違反行為をしたときは、行為者を罰するほか、その法人に対して当該各号に定める罰金刑をその人に対して各本条の罰金刑を科する。一 号 第三四条 三〇〇万円以下の罰金刑、二 号 第三三条、第三五条又は前条 各本条の罰金刑……」と規定し、法人に対する罰金を三〇〇万円以下としている。

なお、民事救済に関しては、個人の差止請求権についても損害賠償請求権についても、また消費者団体訴訟制度についても、総務省平成一九年研究会中間とりまとめにおいて、言及がなく、特電法改正法案及び新法にも規定はない。

2 特商法二〇〇八年改正

衆議院に内閣により議案として提出された特定商取引に関する法律及び割賦販売法の一部を改正する法律案は、平成二〇年六月一日に可決・成立し、同年六月一八日に公布された（平成二〇年法律第七四号）。同法の第一条の規定（迷惑メール規制に関する規定）は、公布の日から起算して六月を超えない範囲内において政令で定める日から施行する。

この改正に関し、「経済産業省産業構造審議会消費経済部会特定商取引小委員会報告書」（座長…松本恒雄一橋大学法学研究科教授・平成一九年二月一〇日、以下、「小委員会報告書」という）及び、筆者も委員として参加させて頂いた「迷惑メール規制に関する技術的論点WG」による「中間とりまとめ」（座長…松本恒雄一橋大学法学研究科教授・平成二〇年一月一八日、以下、「WG中間とりまとめ」という）が参考になる。

(一) オプトイン方式への転換

これについて、小委員会報告書は、未承諾の広告メールを送信する際に「未承諾広告※」がほとんどのケースで付されていないこと、広告メールの拒絶の返信を行うと、その返信元もメール・アドレスを実際に使用している消費者が存在していることが逆に明確になってしまったため、そのメール・アドレスに向けて、新たな未承諾広告メールが送信されるという実態があり、拒絶の返信が、かえって新たな迷惑メールを呼び寄せる結果になっているという指摘があるとし、従来のオプトアウト方式による規制の限界を指摘している。⁷¹⁾

その上で、迷惑広告メールについては、その数が増加傾向にあること、また、現行のオプトアウト規制が逆に消費者に被害をもたらす側面があることを踏まえ、広告メールの送信を請求・承諾した消費者への送信のみを認めるオプトイン規制を導入すべきであるとするのである。ただし、オプトイン規制の導入に当たっては、正當な広告メールに対する過剰規制となることを回避する観点から、消費者からの請求・承諾の取得のあり方や、請求・承諾を受けて広告メールを送信する場合の表示事項など、技術的事項が重要であるとする。⁷²⁾

次に、これを受けてW/G中間とりまとめは、オプトイン規制の導入について、広告主事業者は、消費者からの請求又は承諾に応じて広告する場合等⁷³⁾についてのみ、広告メールの送信が認められることとする。また、広告主事業者は、広告メール送信に際して、消費者から請求又は承諾を得るに当たって示している画面構成等の記録を保持していなければならないとする。⁷⁴⁾

以上の検討を踏まえ、特商法新一二条の三第一項は、「販売業者または役務提供事業者は、次に掲げる場合を除き、通信販売をする場合の指定商品若しくは指定権利の販売条件又は指定役務の提供条件について、その相手方となる者の承諾を得ないで電子メール広告（……中略……）をしてはならない。」と規定し、遂にオプトイン方式を導入したのである。

ここにおける「電子メール広告」とは、「当該広告に係る通信文その他の情報を電磁的方法（電子情報処理組織を使用する方法その他の情報通信の技術を利用する方法であつて経済産業省令で定めるものをいう）により送信し、これを当該広告の相手方の使用に係る電子計算機の映像面に表示されるようにする方法により行う広告である。また、ここで「次に掲げる場合」とは、相手方となる者の請求に基づき、通信販売をする場合の指定商品若しくは指定権利の販売条件又は指定役務の提供条件に係る電子メール広告（以下、通信販売電子メール広告という）をするとき（同項一号）、これらの商品または役務につき売買契約若しくは役務提供契約の申込みをした者又はこれらにつき売買契約若しくは役務提供契約を締結した者に対し、経済産業省令で定める方法により当該申込み若しくは当該契約の内容又は当該契約の履行に関する事項を通知する場合において、経済産業省令で定めるところにより通信販売電子メール広告をするとき（同項二号）、及び前二号に掲げるもののほか、通常通信販売電子メール広告の提供を受ける者の利益を損なうおそれがないと認められる場合として経済産業省令で定める場合において、通信販売電子メール広告をするとき（同項三号）である。すなわち、第三号については、フリーメールへの広告の掲載であり、第二号については、決済通知や配送通知等の購入取引に付随して消費者に送信されるメールに広告を掲載する場合である。これらが経済産業省令第七四号（官報号外第二二六号平成二〇年一月一日二頁）一条の三及び一一条の四により定められる。これらの場合には、広告について受け手の承諾があったと考えられることから、このように規定されるものである。

このようなオプトイン方式の下でも、第一項に規定する承諾を得、又は同項第一号に規定する請求を受けた販売業者又は役務提供事業者は、「当該通信販売電子メール広告の相手方から通信販売電子メール広告の提供を受けない旨の意思の表示を受けたときは、当該相手方に対し、通信販売電子メール広告をしてはならない」（特商法新二二条の三第二項）。

そして、承諾又は請求なき電子メール広告に刑事罰を科す場合、刑事規制は故意犯を原則とするものであるため、承諾又は請求の不存在の立証責任は檢察側が負うと考えられることから、前記WG中間とりまとめが指摘したのと同様に、販売業者又は役務提供事業者は、通信販売電子メール広告をするときは、第一項第二号又は第三号に掲げる場合を除き、当該通信販売電子メール広告をすることにつき、その相手方の承諾を得、又はその相手方から請求を受けたことの記録として経済産業省令で定めるものを作成し、経済産業省令で定めるところにより、これを保存しなければならないとされている（特商法新一二条の三第三項）。

さらに、前記小委員会報告書及びWG中間とりまとめ⁽³⁵⁾が指摘した通信販売電子メール広告における表示義務が規定されているのである（特商法新一二条の三第四項）。

販売業者または役務提供事業者が、特商法新一二条の三（第五項除く）に違反した場合において、通信販売に係る取引の公正及び購入者または役務の提供を受ける者の利益が害されるおそれがあるときは、主務大臣は、その販売業者又は役務提供事業者に対し、必要な措置を取るべきことを指示することができる（特商法新一二条一項）。また、主務大臣は、販売業者若しくは役務提供事業者が特商法新一二条の三（第五項除く）に違反した場合において、通信販売に係る取引の公正及び購入者または役務の提供を受ける者の利益が著しく害されるおそれがあるとき、又は販売事業者若しくは役務提供事業者が同法一二条一項の規定による指示に従わないときは、その販売事業者または役務提供事業者に対し、一年以内の期間を限り、通信販売に関する業務の全部または一部を停止すべきことを命ずることができる（特商法新一二条一項⁽³⁶⁾）。その他、広告主と送信者が別個の存在となっていることが多い実態を踏まえ、規制の実効性を確保するために、電子メール広告の送信についての委託が行われた場合の受託事業者を規制する規定（特商法新一二条の四、一四二条一項、一五二条二項）も盛り込まれている。同様の規制は、連鎖販売取引についての広告（同三六条の三、三六条の四、三八条、三九条）、業務提供誘

引販売取引についての広告（同五四条の三、五四条の四、五六条、五七条）についても、規定されている。

なお、特商法新三条の二は、訪問販売について、電話勧誘と同様の勧誘を受ける意思の確認義務を導入し、併せて再勧誘の禁止（契約を締結しない旨の意思を表示した者への勧誘の禁止措置）を導入している。

（二）送信者の情報を請求する権限

小委員会報告書⁽⁷⁾は、「年々悪質業者の手口は巧妙になり、名称、住所等を隠蔽しているケースが増加している。このため、特商法の厳正な執行を図るためには、例えば資金決済取引を行う金融機関、電子マネー業者等に対して、販売業者等に関する報告等を求めることができるようにするべきであり、また、行政調査の権限についても、物件の提出など、立ち入り検査時の証拠入手に関する行政権限についても強化を図るべきである。」とし、その上で、具体的措置として、「悪質業者が自らの住所や連絡先等を隠蔽している場合において、当該業者に対し適切な行政処分等を行うことを可能とするため、販売業者等と決済取引等を行う者に対し、参考となる報告や資料の提出を求めることができるようにするべきである」、「立入検査の実効性を確保し、法律を厳正に執行するため、販売業者等及びその密接関係者に対し、証拠書類等の提出等を命ずることができるようにするべきである」としている。

次に、WG中間とりまとめ⁽⁷⁸⁾は、「事前に消費者から請求又は承諾なく送信される広告メールをみると、ほとんどのメールで、現行（二〇〇八年改正前―筆者注）の迷惑メール規制を遵守しているとは言い難い状況にある。こうした違法行為に対しては、行政当局としても現行規制下で取り得る様々な対策を講じているものの、あまり実効性があがっているとは言い難いと思われる。」とし、その原因である現行規制における問題の一つとして、「迷惑メールの送信を依頼している悪質な広告主事業者は、主として国内に所在しているものと推測されるとの指摘がある（……中略……）」が、現行の調査権限では所在地を把握することが困難なことが多い。」としている。また、

「現行の迷惑メール規制違反行為には、直接刑事罰が適用されることもない（迷惑メール規制違反行為に対する業務停止命令・指示が行われた後、当該業務停止命令・指示に違反した場合には、刑事罰が適用される。）」ことも指摘されている。これに鑑みれば、現行の迷惑メール規制違反行為について捜査令状による調査が不可能であることも、係る所在地を把握することを困難なものとしていえるであろう。

その上で、WG中間とりまとめ⁽⁷⁹⁾は、「迷惑メールの広告主事業者や当該事業者から広告メールについて委託を受けた事業者については、通常、その居所等についてそのサイトやメールアドレス上明らかにしていないなど情報の入手が困難であることが多いが、当該事業者と取引関係にある事業者（金融機関やプロバイダー等）に対して、報告を徴取することができる規定を設けることとする。当該規定を活用することによって、違反事業者の摘発が容易になるものと期待される。」としている。また、WG中間とりまとめ⁽⁸⁰⁾は、刑事罰が直接科されないことの問題に対応するため、受け手の請求又は承諾のない電子メール広告について、刑事罰を科す方向で検討することが望ましいとする。そして、調査・処分における現行と改正後の手続等の比較を以下のように説明している。⁽⁸¹⁾すなわち、現行では、懸賞サイト等に登録したメールアドレスに大量の迷惑メールを着信した消費者からの申立に基づき、経済産業省が迷惑メールの広告主である出会い系サイトの住所等を whois data base 等⁽⁸²⁾で調査する。しかし、whois data base のみで住所が判明するのはまれであり、他の手法も活用してようやく判明する場合があるに過ぎない。住所が判明した場合に、他の違反行為も確認できれば、立入検査を行うが、事業者は、迷惑メールの送信自体は、送信あっせん事業者に依頼しているだけだとして、その関与を否定するのが一般である。もともと、他の違反行為が立証できた場合には、業務停止命令を行い得る。これに対し、改正後では、消費者からの申立後、金融機関・プロバイダー等への報告徴取を行い、住所等が判明次第、直ちに広告主である出会い系サイト等に立入検査が可能となる。そして、広告主が消費者からの電子メール広告の送信の請求又は承諾を得ていることの記

録等を示さなければ、業務停止命令を行い得るのである。また、直ちに警視庁・道府県警本部にも相談し、必要に応じて、情報提供や刑事告発を行うこととなる。このように改正後は、第一に、経済産業省・都道府県は、モニター端末の情報や金融機関・プロバイダーが報告する情報等を元に、悪質な広告主事業者を立ち入り調査する。第二に、悪質な広告主事業者は、メール送信についての消費者からの請求又は承諾に係る記録等を提出できないため、迷惑メール広告を行なっていたことが明らかとなる。第三に、経済産業省・都道府県は、必要に応じて業務停止命令等の厳正な処分を行うのである（また、悪質な事案については、都道府県警本部へ情報提供を行う）⁸²。

こういった研究会での検討は、以下のような形で現行法の規定に盛り込まれることとなった。すなわち、特商法新六六条一項は、主務大臣は、政令で定めるところにより、販売業者、役員提供事業者、統括者、勧誘者、一般連鎖販売業者若しくは業務提供誘引販売業を行う者（以下、六六条においては「販売業者等」という）に対し、報告若しくは帳簿、書類その他の物件の提出を命じることができ旨を新たに規定している。また、同六六条二項は、主務大臣は、この法律を施行するため特に必要であると認めるときは、政令で定めるところにより関連商品の販売を行う者その他の販売業者等と密接な関係を有する者として政令で定める者（以下同項において、密接関係者という）に対し報告若しくは資料の提出を命じることができ旨を新たに規定している。

さらに、前述した金融機関への報告徴収については、主務大臣は、この法律を施行するため特に必要があると認めるときは、販売業者等と取引する者（同六六条四項が適用される場合を除く）に対し、当該販売業者等の業務または財産に関し参考となるべき報告又は資料の提出を命ずることができ旨が規定されている（同六六条三項）。そして、前述したプロバイダーに対する報告徴収については、特商法新六六条四項が、以下のように規定している。すなわち、主務大臣は、この法律を施行するため特に必要であると認めるときは、電気通信事業法二条五号に規定する電気通信事業者その他のものであって、電磁的方法の利用者を識別するための文字、番号、記号そ

他の符号または同条二号に規定する電気通信設備を識別するための文字、番号、記号その他の符号（電子メール広告の相手方の使用に係る電子計算機の映像面に表示されたもの又は電子メール広告をするために用いられたものうち当該電子メール広告をした者に関するものに限る）を使用する権利を付与した者から、当該権利を付与された者の氏名又は名称、住所その他の当該権利を付与された者を特定するために必要な情報について、報告を求めることができる。

(三) サンクシヨンの強化

小委員会報告書⁽⁸³⁾は、特商法違反に対する罰則について、最近の経済犯罪に関する法制における罰則とのバランスを見つつ、その厳罰化を進めるべきとし、罰則の水準については、違反行為を十分に抑止するとともに、違反行為が行われた場合に厳格な措置を講ずるという観点から、他の経済法制における規定等を踏まえ、適切な水準に引き上げるべきであるとしている。

次に、WG中間とりまとめ⁽⁸⁴⁾は、現行のいわゆるオプトアウト規制の根幹は、表示義務規制であり、また、迷惑メールの広告主事業者は、一般に迷惑メールの送信の実行行為自体に直接関与していない等の実態も存在するため、行政当局としては、迷惑メールの広告主事業者に対して立入検査を行ったとしても、実際には、その責任を厳しく問うことが難しい実態があることを指摘する。これに鑑み、規制の実効性を確保するため、受け手の請求又は承諾なき電子メール広告を刑事罰の対象とする方向で検討することが望ましいとする⁽⁸⁵⁾。

こうした検討の結果、新法は、罰則について、以下のように規定する。すなわち、まず、前述した特商法新一条の定める業務停止命令に違反した者は、二年以下の懲役または三〇〇万円以下の罰金に処し、または併科する（特商法新七〇条二号）。従来と罰金額・懲役の期間の変更はないが、従来は、表示義務に違反し業務停止命令に違反した場合（同法旧七〇条二号）であり、改正後は、受け手の請求又は承諾がない電子メール広告に係る業

務停止命令に違反した場合であり、場面を異にする。

次に、特商法新七二条の三第一項若しくは第二項、一二条の四第一項に違反した者は、一〇〇万円以下の罰金に処する（特商法新七二条四号）⁸⁶。従来、表示義務違反のみでは刑事罰を科されなかったのに対し、このように改正後は、受け手の請求又は承諾なき電子メール広告につき、直罰化をしているのである。また、記録保持義務違反についても、特商法新七二条五号が同様の罰金を規定する。

（四）民事救済——消費者団体訴訟制度

これについて、小委員会報告書は、年間六〇万件にも及ぶ消費者相談数の多さからみて、従来の規制による行政処分では不十分であるとの認識を示した上で、消費者被害を予防するため、一定の要件を満たす適格消費者団体に、法律違反行為に対する差止請求権を認めることを趣旨とする消費者団体訴訟制度が平成一八年に消費者契約法に導入されているとし、特定商取引に関し、行政機関による法執行だけでは、十分な消費者被害の予防が図れないとするならば、行政機関と消費者団体の協力の下、違反行為に対する差止請求訴訟制度を導入することが検討されるべきとの議論があることを指摘している⁸⁷。その上で、同法の対象となる商取引における消費者トラブルの解消に資するため、個々の消費者による権利主張や行政機関による取締りに加えて、消費者団体による監視が実効性を持つて行われるようにするとの観点から、同法に消費者団体訴訟制度を導入するべきとする⁸⁸。また、同法には、不当勧誘行為を規制する規定、不当契約条項を規制する規定、不当広告（表示）行為を規制する規定の三種類の規定が設けられているが、これらの規定全体を消費者団体訴訟の訴えの根拠となる条項として採用するべきであるとしている。

しかしながら、以下のように、電子メール広告は、適格消費者団体の差止請求権の対象行為とされてはいないのである。すなわち、まず、小委員会の会合で配布された資料「特商法に措置すべき差止請求権の対象条項につ

いて」は、適格消費者団体が差止請求の訴訟を提起することのできる行為として、特商法上の規定される行為については、次の三つの要件を充足するものと整理されるとする。すなわち、①特商法の各条に規定される規範に抵触する行為であって、②その行為により個々の消費者に取消検討の権利発生が観念できるものであり、かつ、③その行為を集团的、一般的に停止・予防させることが適当なものとす。そして、具体的な条項の整理として、現段階で特商法において、適格消費者団体の差止請求権の対象となる行為は、次の条項を基礎として措置する方向であるとする。すなわち、訪問販売（同法六条一項～三項、九条、一〇条）、通信販売（同法一二条）、電話勧誘販売（同法二一条一項～三項、二四条、二五条）、連鎖販売取引（同法三四条一項～三項、三六条、三八条一項二号、三八条二項の二号相当部分、四〇条、四〇条の二）、特定継続的役務提供（同法四三条、四四条一項～三項、四八条、四九条、四九条の二）、業務提供誘引販売（同法五二条一項～二項、五四条、五六条二号、五八条、五八条の三）である。

その後、平成二〇年三月四日に国会に提出され、同年四月二五日に参議院本会議において可決、成立した「消費者契約法等の一部を改正する法律案」により特商法に導入された適格消費者団体の差止請求権の対象行為は、訪問販売（同法五八条の四）、通信販売（同法五八条の五）、電話勧誘販売（同法五八条の六）、連鎖販売取引（同法五八条の七）、特定継続的役務提供（同法五八条の八）、業務提供誘引販売取引（同法五八条の九）である。ここにおいて、通信販売に関しては、同法五八条の五が定める誇大広告等のみであり、迷惑メール行為（同法旧一二条の三）は、適格消費者団体の差止請求権の対象とされていないのである。この「消費者契約法等の一部を改正する法律案」の提出時には、まだ特商法上の迷惑メール規制に関する二〇〇八年改正法が制定・施行されていなかったから、ここで適格消費者団体の差止請求権の対象とされなかった迷惑メール行為は、従来のオプトアウト方式の下でのそれである。すなわち、電磁的方法による広告の提供を受けることを希望しない旨の意思表示を受けている者に対する提供の禁止行為である（特商法旧一二条の三）。したがって、オプトイン方式の下で

の迷惑メール行為、つまり受け手の請求又は承諾なき電子メール広告を適格消費者団体の差止請求権の対象行為とすることの検討は、今後の検討課題となりうるものである。なお、WG中間とりまとめは、小委員会報告書で提言されている消費者団体訴訟制度においては、迷惑メールも差止めの対象となり得ることから、適格消費者団体と行政当局が協力して迷惑メール防止に向けた取組みを強化していくことも期待されるとしている。⁽⁸⁹⁾

- (63) 総務省平成一九年研究会中間とりまとめ三九〇頁。
- (64) 総務省平成一九年研究会中間とりまとめ四一頁。
- (65) 総務省平成一九年研究会中間とりまとめ四二頁。
- (66) 総務省平成一九年研究会中間とりまとめ四四頁。
- (67) 総務省平成一九年研究会中間とりまとめ四四頁。
- (68) 総務省平成一九年研究会中間とりまとめ四五〇四六頁。
- (69) 総務省平成一九年研究会中間とりまとめ四五〇四六頁。
- (70) 総務省平成一九年研究会中間とりまとめ四五〇四六頁。
- (71) 小委員会報告書一二頁。同様の指摘に、WG中間とりまとめ七頁。
- (72) 小委員会報告書二三頁。
- (73) これについて、WG中間とりまとめ一〇頁は、少なくとも以下のようなメール広告を行う場合には、消費者保護に欠けることはないと考えられるほか、また、悪用されるおそれもないと考えられることから、適用除外とすることが適当である。①フリーメールサービスへの広告掲載。メールサービス提供事業者が、広告を掲載することを条件として、消費者に無料で利用できるメールサービスを提供して広告を行う場合。現行規制においても適用除外となっている。②消費者がいわゆるネットショッピングやモール利用で商品等を購入した場合に、決済通知や配送通知等の、購入取引に付随して消費者あてに送信されるメールに広告を掲載する場合である。なお、適用除外の内容については、各種のビジネスモデルの実態等も良く精査した上で、引

き続き検討していくことが適当であるとする。

(74) WG 中間とりまとめ一〇頁。

(75) WG 中間とりまとめ一八頁。

(76) また、通信販売に係る売買契約若しくは役務提供契約に基づく債務又は通信販売に係る売買契約若しくは役務提供契約の解除によって生ずる債務の全部または一部の履行を拒否し又は不当に遅延させること（同法新一四条一項一号）、販売業者又は役務提供事業者が、顧客の意に反して通信販売に係る売買契約または役務提供契約の申込みをさせようとする行為として経済産業省令で定めるもの（同法新一四条一項二号）、又は前二号に掲げるもののほか、通信販売に関する行為であつて、通信販売に係る取引の公正及び購入者または役務の提供を受ける者の利益を害するおそれがあるものとして経済産業省令で定めるもの（同項三号）について、通信販売に係る取引の公正及び購入者または役務の提供を受ける者の利益が害されるおそれがあるときに、主務大臣は業務停止命令を出すことができる（特商法一四条一項）、さらに、係る利益が著しく害されるおそれがあると認めるときにも、主務大臣は業務停止命令を出すことができる（特商法一五条一項）。受け手の請求又は承諾なき電子メール広告は、通常、表示義務にも違反しているであろうから、ここに示された省令に該当する行為でもあるため、通常、これら（受け手の請求又は承諾のない電子メール広告であることと表示義務に違反したこと）について、主務大臣は指示又は命令を出しうるであらう。

(77) 小委員会報告書一七頁。

(78) WG 中間とりまとめ八〇九頁。

(79) WG 中間とりまとめ一一頁。

(80) WG 中間とりまとめ一一頁。

(81) WG 中間とりまとめ一三頁。

(82) WG 中間とりまとめ一〇頁。

(83) 小委員会報告書一七〇一八頁。

(84) WG 中間とりまとめ九頁。

- (85) WG中間とりまとめ一頁。
- (86) 連鎖販売取引電子メール広告、業務提供誘引販売取引電子メール広告についても同様である（特商法七二条四号参照）。
- (87) 小委員会報告書一三頁。
- (88) 小委員会報告書一六頁。
- (89) WG中間とりまとめ一二頁。

四 検討

1 二〇〇八年改正によるオプトイン方式の導入

すでに二で示したように、我が国において、電子メール広告、電話勧誘・広告、ファックス広告については、受け手のプライバシー権の方が、送り手の広告の自由（営業の自由及び表現の自由）よりも上回る価値を有するたため、受け手の事前の同意（各法規の文言に従えば、「求め又は同意」ないし「請求又は承諾」）のない限り禁止するオプトイン方式が妥当であると考えられる。したがって、我が国の特電法・特商法二〇〇八年改正が、電子メール広告についてオプトイン方式の採用へ踏み切ったことは、妥当なものと評価することができる。そして、受け手の同意のない電子メール広告のタイトルから広告メールであることが明らかである場合には、削除のための時間の浪費は僅かではあるが、受け手に生じる迷惑性は、電子メール広告が大量に送信されてくるといふ点に鑑みると、違法なものと評価するべきといえる。したがって、我が国の従来のおプトアウト方式の規制は、電子メール広告のタイトルに「未承諾広告※」との表示を義務付けていたとはいえ、受け手のプライバシー権（憲法一三条）を侵害していたのであり、違憲であったと考えられる。

自動電話広告やファックス広告だけではなく、電子メール広告も、容易に国境を越えて行われるものであり、国際的協調の必要性が高いものである。このため、電子メール広告についても、オプトイン方式という、より厳しい基準に規制を合わせない限り、規制の実効性が上がらないことから、二〇〇二年EU指令においては、電子メール広告についても、オプトイン方式への転換に踏み切ったという経緯がある⁽⁹⁰⁾。そして、今日では、EU諸国（ドイツ、イギリス等）において、自動電話による場合に限らず、電話広告、ファックス広告及び電子メール広告について、オプトイン方式が採用されている以上、これらにつき、世界レベルでオプトイン方式を採用しなければ、これらの広告行為に対する規制の実効性は上がらないであろう。また、我が国において、電話勧誘に関する消費者からの相談事例は多数に上っているだけではなく、原則禁止を望む声が多くある⁽⁹¹⁾。すでにみたように、電話勧誘・広告、ファックス広告は、受け手のプライバシー権を侵害するものであること及び、こういった国際的協調の必要性の点に鑑みると、我が国においても、電子メール広告のみならず、電話勧誘・広告についてもオプトイン方式へ転換すべきといえる。電話勧誘についてオプトイン方式を採用することは、受け手の事前の同意のない電話勧誘が適法であることの結果、蔓延り易くなっているといえる振り込め詐欺などによる被害を未然に防止する機能をも有するものである。また、ファックス広告についても、受け手のプライバシー権の侵害の観点からすれば、当然、同様にオプトイン方式が妥当なのであり、消費者からの相談事例に関する調査や、消費者からの規制手法に関する要望を踏まえて、オプトイン方式への転換について、今後さらに検討を行う必要があるといえる。

このように、不招請勧誘についてオプトイン方式を一定範囲で導入することは、EU型を導入することを意味するが、例えば、ドイツにおいては、「勧誘お断り」とのステッカーのある戸口での訪問販売は、受け手のプライバシー侵害ゆえに判例上違法なものとされ、受け手に損害賠償請求権及び差止請求権が認められている。これ

に対し、我が国では、特商法上、特段の規定はなく、行政処分の対象とされてはいない。また、消費者契約法においても、これについて規定されてはいない。そこで、ドイツにおいては、プライバシー権を我が国よりも厚く保護してきたといえ、そこでの規制のやり方は、我が国の法規制とは異なるため、我が国にとって参考にならないという指摘もあるかもしれない。しかし、我が国でも、民法上の不法行為に基づく損害賠償請求権及びプライバシー権（人格権）侵害に基づく差止請求権が受け手に生じるのであるから、ドイツにおける場合と我が国における場合とで差異はないのであり、この指摘は妥当ではない。

このように、電話勧誘・広告、ファックス広告についても、オプトイン方式への転換が妥当と考えられるところ、電子メール広告について特電法及び特商法二〇〇八年改正において、オプトイン方式の採用への転換が行われたため、以下では、この改正に関し、問題点の検討を行う。

まず、オプトイン方式の適用範囲に関し、前述のように、特電法新三条一項は、送信者は、次に掲げる者以外の者に対し、特定電子メールの送信をしなければならないと規定し、同法新三条一項一号は、「あらかじめ、特定電子メールの送信をするように求める旨又は送信することに同意する旨を送信者又は送信委託者（……中略……）に対し通知した者」と規定し除外した上で、このように明示的に求める旨又は同意する旨を通知した場合以外に、同法新三条一項二号は、「前号に掲げるもののほか、総務省令で定めるところにより自己の電子メールアドレスを送信者又は送信委託者に対し通知した者」と規定し、除外している。ここでは、どのような通知をしたという事実をもって、受け手の求め又は同意が推定されるかが問題となる。したがって、例えば、名刺交換の場合については、消費者が事業者と名刺交換する場合に、消費者の名刺にメールアドレスが記載されている場合には、特定電子メールの送信を求める旨または送信することの同意が黙示に表示されていたと考えるか否かが問題となる。これは、ケースバイケースといえるため、規定することは妥当とは思われない。

また、同意の確認のための電子メールの送信は、特電法一条のいう「広告又は宣伝を行うための手段」としてなされるものではなく、「特定電子メール」の送信に当たることが問題となる。この点に関しては、同法二〇〇五年改正での同法五条改正の議論において、架空電子メールアドレス宛ての送信禁止に関し、「広告又は宣伝を行うための手段として」との文言に、実在するアドレスを割り出すための内容のない電子メール（いわゆる空メール）を送信する場合や、有料サイトへの誘因に先立って友人を装った電子メールを送信する場合は含まれないと考えられるため、同条の文言を「自己又は他人の営業のために多数の電子メールの送信をする目的で」に変更したことが想起される。⁹²しかし、これらの空メール等と異なり、広告又は宣伝の電子メールの送信についての同意の確認のためのメールは、広告又は宣伝の電子メールの送信に直結したものであり、「広告又は宣伝を行うための手段」といえるであろう。たしかに、すでに述べたように、同意の確認のための電子メールの送信は、受け手のプライバシー権を侵害せず違法ではないと考えられるが、無制限に送信されることになると、迷惑メールの温床となるものである。したがって、送信自体を認めることは必要であるが、何らかの規制は必要である。このため、かかる同意の確認のためのメールは、「特定電子メール」（同法二条二号）であり、同法三条一項各号に掲げる者以外の者に対する送信が禁止され（同法三条一項）、同意の確認のメールについての「求め又は同意」があった場合には、同法新三条一項一号に該当し、送信が許されると考えられる。これにより、同意の確認のメールの無制限な送信を防止することが可能である。

このような同法新三条一項一号の同意の確認のための電子メールを求めるために電子メール、ウェブサイトなどの方法により自己の電子メールアドレスを通知した場合は、同法新三条一項二号の通知の場合として総務省令で規定される。また、同様に、いわゆるフリーメールサービスを利用するためや同種の商品の購入、サービスの利用の申し込みのために電子メールアドレスが通知されている場合も、同号に基づく総務省令で規定される。さら

に、名刺などの書面により自己の電子メールアドレスを通知した場合については、広告又は宣伝メールの受け手の同意の存否はケースバイケースであると考えられ、同号に基づく総務省令で規定すべきかは検討の余地がある。これに対し、特商法新二二条の三第一項は、「電子メール広告」を「当該広告に係る通信文のその他の情報を電磁的方法（……中略……）により送信し、これを当該広告の相手方の使用に係る電子計算機の映像面に表示されるようにする方法により行う広告」と定義していることから、同法上は、電子メール広告の同意の確認のためのメールは、「電子メール広告」ではないため、「請求又は承諾」がなくても送信は可能である。また、フリーメールについて、同法新二二条の三第一項三号に基づく経済産業省令で「通常通信販売電子メール広告の提供を受ける者の利益を損なうおそれがないと認められる場合」として規定されることは前述した。

次に、前述のように、オプトイン方式の適用範囲に関し、特電法新三条一項三号は、「前二号に掲げるものは、当該特定電子メールを手段とする広告又は宣伝に係る営業を営む者と取引関係にある者」と規定し、除外している。これは、送信者・送信委託者といった当該特定電子メールを手段とする広告又は宣伝に係る営業を営む者と取引関係にある者は、当該特定電子メールについて、同意があったといえることから、確認的に規定されたものであると考えられるが、諸外国でも同様の規定が設けられている例もあり、妥当といえる。これに対し、特商法上は、取引関係についての除外規定は存在しない（同法新二二条の三）。このため、同法上は、消費者と事業者が、従来から取引関係にあっても、「請求又は承諾」のない限り、電子メール広告の送信は許されないようにもみえる。たしかに、このように両方に差が生じているのは、特商法の方が、消費者保護の側面の強い法律であり（同法一条参照）、消費者をより厚く保護することとしていることによるとも考えられる。しかし、取引関係から同意が推定されることは諸外国の例から明らかであり、取引関係にあった場合には、同法上、「承諾」（同法新二二条の三第一項柱書）又は「請求」（同法新二二条の三第一項一号）を推定することが妥当であると考えられる。

これと関連して、消費者の保護の見地からは、例えば、数年以上前の取引関係から同意が推定されないことを検討する余地がある。例えば、ドイツにおいては、以前の取引が、当該電子メール広告がなされた時点よりもかなり前のもの——例えば、一年以上前——である場合には、以前の取引は、受け手の同意を推定しえないとしたベルリン地裁二〇〇四年七月二日決定⁽⁹⁾がある。

さらに、特電法新三条一項四号は、「前三号に掲げるもののほか、総務省令で定めるところにより自己の電子メールアドレスを公表している団体又は個人（個人にあつては、営業を営む者に限る。）」と規定し、除外している。これは、営利を追求する事業者であれば、電子メール広告により営業上の利益を得る可能性があることから、通常、受け手たる事業者の同意が推定されることに照らせば、大方妥当といえる。しかし、メールアドレスを公表しているという事実により、受け手の同意が推定されるのではなく、このように、通常、事業者の同意が推定されるだけであるから、この規定が、一律に、メールアドレスを公表している団体又は営業を営む個人に対し、事前の求め又は同意なく電子メール広告をすることが許されることとは、妥当とは言えない。

ところで、ウェブサイトでメールアドレスを公表すると同時に、電子メール広告の送信を拒否する旨の表示を行っている場合については、以下のように考えられる。この場合に送信された電子メール広告については、それが受け手の営業上の利益に係るものであれば、受け手の同意は推定される。このように、受け手の営業上の利益に係る電子メール広告は、係る拒否の表示がある場合であっても、受け手が営業を行っている以上、違法ではないのであるから、省令で一律に特定電子メールの受信を拒否する旨の表示をしている場合を除外することは妥当ではなく、除外するのであれば、違法ではない電子メール広告の送信を特電法上禁止することとなり、送り手の広告の自由を侵害し、違憲ということになる。

さて、いかなる場合に電子メール広告の受け手の「求め又は同意」ないし「請求又は承諾」があったかという

問題及び、「求め又は同意」ないし「請求又は承諾」を得たことの記録の保持の問題は、オプトイン方式の規制を骨抜きにする可能性も含む重要な問題である。

これについては、例えば、第一に、消費者からの「請求又は承諾」があつた場合とは、どういう場合であるかについて、経済産業省のWG中間とりまとめ及びガイドライン（二〇〇八年一月二日公表）は、いわゆるデフォルト・オン方式の場合、デフォルト・オンの表示について画面の中で消費者が認識しやすいように明記され、かつ送信ボタンに近接したところに掲示する必要があるとしており、妥当といえる。ドイツにおいても、以後すべての電子メール広告についての同意が一般的利用条件の条項において隠されている場合、係る条項は、消費者の利益を害する不意打ち条項であり、民法（BGB）三〇五c条により契約に組み込まれず、これに基づく同意は無効であるとされている。⁹⁵このようにドイツにおいて考えられているのは、同国において、オプトイン方式が採用され、受け手の事前の同意のない電子メール広告は、受け手である消費者の人格権を侵害し、消費者の利益を害するものであるからである。同じく、オプトイン方式を採用した我が国においても、以後の広告の送付についての同意に係る条項や文言は消費者にとって容易に認識可能ではない場合には、消費者の利益を害するのであるから、消費者契約法一〇条違反と考えられるのであり、新法において、特商法新一四条一項三号が、こういった場合を行政庁の指示の対象としていることは、妥当といえる。さらに、ドイツにおいては、近時、デフォルトオン方式を否定する連邦通常裁判所二〇〇八年七月一六日判決（VIII ZR 348/06）が出されており、我が国においても、この点について、今後再考する必要があるといえる。

第二に、「求め又は同意」ないし「請求又は承諾」の記録の保存については、オプトイン規制を実施するため必要最低限であり、かつ保存を義務づけられる事業者にとって過度な負担とならずに実施可能であるべきとの配慮の下、特電法上、総務省令で定めるところにより保存しなければならないとされているが（同法新三条一項）、

特電法上、「求め又は同意」なき特定電子メールの送信について直罰化されておらず、行政処分の場合には、「求め又は同意」ないし「請求又は承諾」の存在の立証責任が課せられている事業者側で、自主的に判断すれば足りるものであり、この保存をそもそも法律上の義務とする必要はないものであるが、これにより行政規制が行われ易くなるといえる。特商法上、経済産業省令で定めるところにより保存しなければならないとされている（同法新二二条の三第三項）ことは、同法上「請求又は承諾」のない電子メール広告の送信について直罰化されており、刑事規制の場合は、「請求又は承諾」の不存在の立証責任が検察側に課せられていることから、捜査の確実性を高めるために、有意義なものである。ここで定められる内容は、経済産業省令一条の五は、個別の当該請求又は承諾があったことを示す書面又は電子データその他の記録とする。ただし、ウェブサイトの画面から相手方からの請求又は承諾を得た場合には、販売業者・役務提供者が、当該請求又は承諾を得る際に、定型なフォーマットにおいて相手方が表示した請求又は承諾の意思表示に係る情報を自動的に送信者リストとして作成している場合で、消費者の意に反した請求又は承諾が容易に行われないう表示するなどしている場合（以下、「例外が許容される場合」とする）には、当該定型なフォーマット等の方法が示す記録及びそれをを用いた時期を示す記録で代えることができる。このように、原則として、個別の請求又は承諾があったことを示す記録を保存することとされていることは、特商法上、請求又は承諾のない電子メール広告に直罰で刑事罰が科される場合、検察側に請求又は承諾の不存在の立証責任があることに鑑み、妥当といえる。また、例外的に定型なフォーマット等の記録及び時期で個別の当該請求又は承諾があったことを示す記録に代えることができるとしているが、送信者が個別の請求又は承諾を実際には得ていない場合であっても、この代替的な記録の保存が認められる前記「例外が許容される場合」であれば、定型なフォーマット等の記録を保存することで保存義務を果たしているといえる。個別の記録の保存が義務付けられている場合には、係る記録を保存していないときには、保存義務違反とな

り、かつ、この義務違反が請求又は承諾の不存在を示す証拠となりうるのに対し、この偽装的な代替的記録の保存の場合には、請求又は承諾の不存在を示す証拠は、この保存義務の規定からは得られないといえる。したがって、保存義務規定は、悪質業者の取り締まりを行うことを主眼とするにもかかわらず、このように偽装的な代替的記録の保存の場合のいわば真のスパマーに対しては、無意味なものとなるといえる。この場合には、検察は、消費者からの苦情という端緒、行政上の調査で得られた証拠も含め、検察の捜査により得られた証拠により、請求又は承諾の不存在を立証することとなる。そして、ここでは、例えば、経済産業省等の設置したモニター端末への送信の事実が、重要なものとなる。今回の改正の議論においては、オプトイン方式への転換が、いわゆる優良な通信販売業者等に過度な負担を強いる規制とならないようにという配慮により、このような例外が許容される場合が規定されるに至ったのであり、これが、新規制の実効性を阻む原因とならないよう、厳正な法執行を期待したい。

第三に、ウェブサイトで、第三者により本人のメールアドレスを入力することが可能であり、それに基づき電子メール広告が送られる可能性がある場合には、メールアドレスの入力を示す記録により、その電子メール広告につき本人の同意があったといえない。ドイツにおいても、判例上、同様の立場が示されている⁽⁹⁶⁾。したがって、ウェブサイト上で電子メール広告の「求め又は同意」ないし「請求又は承諾」のためにメールアドレスの入力をすることが可能である場合には、省令で定められる当該「求め又は同意」ないし「請求又は承諾」の取得に際して示すウェブサイトの画面構成等で、本人でしか入力ができないような情報の入力が必要とされていることが明らかであることが必要である。しかし、そのような情報が既にほかのサイトで入力され、業者の手元にある場合に、その業者が別のサイトを立ち上げあるいはほかの業者にその情報を引き渡す等して、勝手に係る情報を入力し、同意を得たことの証拠を捏造する場合には、規制は無に帰するであろう。この場合には、IPアドレス等で

同意を本当に採ったか否かを確認することができるが、インターネットカフェなどを利用して入力が行われた場合には、困難ないし不可能となる。

2 二〇〇八年改正による送信者の情報を請求する権限の導入

この点については、二で検討したところに照らし、方向性としては妥当であるが、以下のように問題がないとは言えない。

今回の改正で導入された送信者に関する情報を請求する権限（特電法新二九条、特商法新六六条四項）は、総務省の研究会での資料等、条文の文言からすると、個人情報保護法二三条一項一号により、法令の根拠なく第三者に提供できないものとされている契約者情報に関して、法令上の根拠を設けたものであり、あくまで、総務省及び経済産業省がプロバイダーに対し、契約者情報の開示を求めることを可能としたに過ぎないものである。したがって、ドイツやオランダとは異なり、我が国の憲法二一条二項及び電気通信事業法四条上の通信の秘密の保持義務を立法により解除したものではない。このため、この権限に基づき、総務省及び経済産業省は、プロバイダーに対し、個々の電子メールの送信者の氏名・住所等の情報の提出を求められるわけではない。プロバイダーは、憲法及び電気通信事業法上の通信の秘密の保持義務により、通信履歴と一体化している情報を提出することはできないため、顧客リストといった通信履歴と切り離された情報のみ、提出が可能である。したがって、プロバイダーは、固定IPアドレスは、顧客リスト等という形により契約者情報として提出が可能であり、それにより、総務省・経済産業省は、当該電子メール広告と照らし合わせることにより、その送信者を特定することが可能であるが、動的IPアドレスは、通信履歴と一体となるものであることが多いことから、提出はできないといえる。たしかに、国内ISP発は動的IPアドレスが近時の技術的対策により不可能となっているが、国外ISP発の

迷惑メールの方が圧倒的に多いのであるから、こういった限定された権限のみが新たに規定されたことによる規制の実効性の向上は、限界があるといえよう。経済産業省は、特商法違反に関して、国内の通信販売業者が国内の消費者に対して広告をする場合に規制を行うため、今回の情報請求権限の導入で規制の実効性が上がることを期待される。これに対し、総務省は、今回の改正で、海外発のメールも国内にある電気通信設備への送信として規制できることが明確化された（特電法新二条二号）が、その規制のために、前記の情報請求権限で十分でない場合には、やはり、前述のように、通信の秘密の保持義務を解除する立法が必要であると考ええる。

また、特商法上の金融機関への報告徴収は、前掲拙著では指摘し得なかつた点である。これについては、通常、金融機関に違反行為者の名称や住所といった情報が存在していることは明らかであり、規制の実効性を上げるために一定の範囲で有益といえ、妥当なものと考えられる。

3 二〇〇八年改正によるサンクションの強化について

まず、特電法改正について検討することにする。従来は、表示義務（現行特電法三条）や受信拒否した者への送信禁止（同法四条）違反に関する措置命令違反に対し、五〇万円以下の罰金（同法三二条二号）、送信者の情報を偽った送信の禁止（同法六条）違反に対する一年以下又は一〇〇万円以下の罰金（同法三二条一号）であった。これに対し、事前の求め又は同意なき特定電子メールの送信に関する措置命令に違反した場合に、行為者は一年以下の懲役または一〇〇万円以下の罰金に、法人は、三〇〇万円以下の罰金に処されるのである。したがって、事前の求め又は同意なき特定電子メールの送信自体に対しては、何ら刑事罰は科されることはないものであり、直罰化はされていない。もっとも、通常、送信者の情報を偽ってこの送信がなされると考えられるところ、かかる送信には直罰化されているため、実際上は、ほとんどの事例で、事前の求め又は同意なき特定電子メールの送信

について直罰化したのと同様の規制が行われることとなるであろう。しかし、この場合のサンクションは、行為者については、一年以下の懲役又は一〇〇万円以下の罰金であり（同法三四条一号）、法人については、一〇〇万円以下の罰金であり（同法三七条二号）、極めて弱く、迷惑メールの経済的インセンティブの高さに鑑み、十分なものとはいえない。

特商法上の刑事罰が今回の改正で直罰化されたことは、迅速な処理、捜査令状による捜査を可能とすること、違反行為の抑止の点で評価しうる。

しかし、受け手の請求又は承諾なき電子メール広告に対する刑事罰の上限は一〇〇万円に過ぎない。前述したように、経済的インセンティブを低下させ、違反行為を抑止すること、そして、諸外国での規制の例に照らすと、より高額なものとするのが妥当といえる。

また、将来、特商法上、受け手の請求又は承諾なき電子メール広告について高額な刑事罰を科すこととなると、刑事罰の場合には、比較的厳格な立証が要されることから、迅速な処理が困難となることが考えられる。このため、刑事罰ではなく、過料、行政上の制裁金、または課徴金を導入することも検討すべきといえる。

特商法の今回の改正で、低額の刑事罰にとどまっている理由は、①従来、特商法等の消費者保護関連法規における刑事罰は低額であったこと、②過料は、従来他の分野で低額であること、③故意を要件とする行政上の制裁金は、我が国では、従来からなじみがないこと、④故意あることを要さない課徴金の高額化は、独占禁止法上の課徴金に関する改正で大いに議論となったところであり、課徴金として導入することによる無用の混乱を回避することが無難であることであると思われる。

しかし、業務停止命令違反についての三〇〇万円という罰金額⁹⁸や受け手の請求又は承諾なき電子メール広告についての一〇〇万円という罰金額が、迷惑メール行為の経済的インセンティブを低下させるためには不十分であ

ることは、明白である。国際的整合性に鑑みても、我が国が他国に比べて異様に低額であることは妥当とは言えない。国民生活審議会総合企画部会「生活安心プロジェクト」行政のあり方の総点検「消費者・生活者を主役とした行政への転換に向けて」（平成二〇年三月二七日）五〇頁は、「悪質な違反行為に対する抑止力を確保するため」「法人に対する罰金の増額等を検討すべき」としているだけでなく、従来、課徴金が導入されていない消費者関連法に「新たに何らかの行政上の金銭的不利益処分制度」の導入を図るとしており、今後の展開が注目される。

4 二〇〇八年改正と民事救済について

受け手の事前の同意のない電子メール広告の受け手の差止請求権・損害賠償請求権、送信者の情報請求権、消費者団体訴訟制度について、特電法・特商法二〇〇八年改正に関する研究会では、特商法改正に係るWG中間とりまとめにおいて、僅かに消費者団体訴訟との関係につき言及されたのみであるし、また、新法において何らの規定も置かれていない。しかし、受け手の同意のない電子メール広告の受け手には、人格権侵害に基づく差止請求権、受け手が法人である場合には営業権に基づく差止請求権、受け手が個人であると法人であるとを問わず、不法行為に基づく損害賠償請求権が認められるのであり、これを法律上明記することが妥当である。これは、違反行為者に対し違反行為のリスクを提示することとなり、迷惑メール行為の経済的インセンティブを低下させ、違反行為の抑止に資するからである。また、国際的にも、消費者保護を積極的に行っていることを他国に提示することとなる。⁽⁹⁹⁾

もつとも、個々人が提訴することは、費用や手間に鑑み、通常ありえないものである。そこで、迷惑メール行為を消費者団体訴訟の対象行為とすることが必要である。迷惑メールの数やこれに係る苦情数は、膨大なもので

ある。また、従来の行政処分等で規制ないし被害者の救済や被害の予防が十分であるとは言えない。これらに鑑み、特商法上、迷惑メール行為（同法一二条の三）について、適格消費者団体の差止請求権の対象行為とすることが必要である。また、前述したように、受け手の事前の請求または承諾のない広告メールは、特商法違反であること、受け手の人格権侵害に基づき差止請求権が生じること、一度に極めて多数の被害者を生じさせる行為であり、その行為をまさに集団的に停止・予防させることが適当であることから、小委員会が示した前記三要件に合致するといえる。このため、迷惑メール行為（同法一二条の三）を適格消費者団体の差止請求権の対象行為とすることが妥当である。また、同様に、特電法にも、迷惑メールを対象行為とした適格消費者団体の差止請求権を導入すべきである。

また、現行の消費者契約法・景品表示法・特商法において、適格消費者団体に認められるのは差止請求権だけであるが、これによつては、被害者の被害を回復できず、また、違反行為者が違反行為により獲得した利益を保持したままであれば、違反行為の抑止には十分ではない。このため、今後、金銭的請求についても適格消費者団体に認めるための改正の検討が、消費者契約法の平成一八年改正の附帯決議で定められている。不招請勧誘により違反行為者は多くの利益を獲得しているものであり、従来の公的規制や民事訴訟によつては、これを吐き出させることはできなかったことが、違反行為に対するインセンティブに繋がっていたといえる。このため、適格消費者団体固有の損害賠償請求権等を導入することが考えられる。⁽¹⁰⁾

たしかに、これを導入することによつて、違反行為により違反者が獲得した利益を吐き出させることにはなるが、被害者への損害の補填は不可能である。このため、例えば、諸外国（ドイツ・イギリス・フランス）におけると同様に、個々の受け手の被害に係る損害賠償請求権等の金銭的請求権を適格消費者団体がまとめて裁判上行使する制度の導入も検討されるべきである。たしかに、我が国では、選定当事者制度（民事訴訟法三〇条）が存

在するが、代表する者も被害者であることが要される点で、この制度とは根本を異にするものである。僅かな被害のみを受けた者が、選定当事者の当事者として共通の被害を受けた他の者を裁判上代表することは、通常考えられないであろう。僅かな被害のみを受けた者が、自ら提訴することを躊躇することに鑑みれば、選定当事者制度が我が国に存在するとはいえず、適格消費者団体が個々の被害者の金銭的請求権を訴訟上行使する制度は、我が国にとって必要であるといえる。これらの民事上の手段の実効性を担保するために、送信者の情報開示に係る権限の導入も検討されるべきである⁽⁹⁰⁾。

さらに、国民生活センター法二〇〇八年改正により、同センターのADR（和解の仲介及び仲裁）手続が整備されており（同法新一条以下）、もちろん、不招請勧誘行為に関する事例についても、この手続の利用が可能である。特に、迷惑メールの事例のように、専門性を要し、かつ変化に富む分野の紛争の処理には、具体的事件の積み重ねによりルールが形成されていくべきであり、裁判所により事案が処理される消費者団体訴訟のルートよりも、このようなADR手続の方が適しているであろう⁽⁹¹⁾。もちろん、背後に消費者団体訴訟制度があるからこそ、こういったADRが機能するのであり、両者は支え合う関係にあるといえ、両者共に必要といえる。

また、国民生活センターのADR手続を、消費者被害解決へのADRによる一般的な対応と捉え、迷惑メールの事例の解決のために必要とされる専門性に鑑み、電子商取引に関する紛争のためのADRを活用することや、迷惑メールの紛争のために特化したADRを設けることにより、ハイブリットな形を採用することによって、迷惑メールに関する消費者紛争に対する、より適切な対応を図る必要がある。

(90) 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」『国際商事法務三五巻八号一〇九三

- (91) 第三七回国民生生活動向調査(二〇〇七年三月、独立行政法人国民生活センター) 一〇頁。
- (92) 宗田・前掲書①五二―五三頁。
- (93) MMR2004, 688. 本決定については、宗田・前掲書一二四頁を参照。
- (94) WG 中間とりまとめ一六頁。
- (95) Martin Schimmbacher, Der Schutz des Verbrauchers vor unerbetener Werbung per E-Mail, *VuR* 2007, 54f., 55.
- (96) ベルリン高裁二〇〇二年六月二〇日判決 (CR2003, 291-292)、宗田・前掲書①一一二頁。
- (97) この点の指摘に、総務省「迷惑メールへの対応の在り方に関する研究会」第八回(平成二〇年五月一六日) 議事要旨における資料三の五ページに関する質問に対する日本インターネットプロバイダー協会理事野口尚志発言がある。
- (98) 改正前には、罰金三〇〇万円以下、懲役二年以下は、表示義務違反及び業務停止命令違反に対するものであったのに対し、改正後には、同じく罰金三〇〇万円以下、懲役二年以下は、受け手の請求又は承諾なき電子メール広告につき業務停止命令に違反した事について科されるものである。後者は、受け手のプライバシー権を侵害している点で前者とは異なる。このため、同様のレベルのサンクションとなっていることが果たして妥当か、検討の余地があるように思われる。
- (99) なお、事前の差止めという効果を備えた民事ルールとして不招請勧誘禁止のルールを立てることに意義があるが、事業者の側の勧誘の自由(営業活動の自由)に対する過剰な介入にならない要件・効果規範を考察する必要があるとの指摘(内閣府国民生活局「諸外国における消費者契約に関する情報提供義務、適合性原則、不招請勧誘についての現状調査」報告書(平成一八年三月) 一頁以下)がある。これについては、前述した形で、考察する必要がある。
- (100) 内閣府国民生活審議会総合企画部会「生活安心プロジェクト」行政のあり方の総点検―消費者・生活者を主役とした行政への転換に向けて―(平成二〇年三月二七日) 五一頁以下は、消費者団体による損害賠償請求や父権訴訟等の具体策を政府は検討すべきとしている。
- (101) 宗田・前掲書①二〇三頁。
- (102) 加藤新太郎他「座談会・ADRの過去・現在・未来―ADRの立法論的課題―」判例タイムズ一〇八一号二〇〇二年四頁以下三二頁(山本和彦発言)。