

spam メールに対する法的規制の限界と可能性

永田眞三郎・竹村敏彦・鵜飼康東



文部科学大臣認定 共同利用・共同研究拠点
関西大学ソシオネットワーク戦略研究機構
関西大学ソシオネットワーク戦略研究センター
(文部科学省私立大学学術フロンティア推進拠点)

Research Center of Socionetwork Strategies,
“Academic Frontier” Project for Private Universities, 2003-2009
Supported by Ministry of Education, Culture, Sports, Science and Technology
The Research Institute for Socionetwork Strategies,
Joint Usage / Research Center, MEXT, Japan
Kansai University
Suita, Osaka, 564-8680 Japan
URL: <http://www.rcss.kansai-u.ac.jp>
<http://www.kansai-u.ac.jp/riss/index.html>
e-mail: rcss@ml.kandai.jp
tel: 06-6368-1228
fax. 06-6330-3304

spamメールに対する法的規制の限界と可能性*

永田眞三郎†

関西大学法学部・教授

竹村敏彦†

関西大学ソシオネットワーク戦略研究機構・助教

鵜飼康東‡

関西大学ソシオネットワーク戦略研究機構・機構長

概要

Y. Ukai and T. Takemura, Spam Mails Impede Economic Growth, Review of Socionetwork Strategies, Vol.1, No.1, March 2007 は、いわゆるspamメール（迷惑メール）の防止について、特定電子メール送信適正化法の改正（2008年12月1日施行）の基礎資料となり社会的に貢献した。この改正は、①従来のオプトアウト方式に替わるオプトイン方式の導入、②法の実効性の強化、③国際連携の強化を盛り込んだものであり、確かに、これが、迷惑メールの防止にとって一定の機能を発揮することが期待される。しかし、この迷惑メールは、その実態の捕捉がきわめて困難であり、その規制にとっては、今回の改正のような法律の整備だけでは限界があるといえよう。そこで、このような法律による、すなわちhard law（法的強制力を伴うルール）による規制とともに、soft law的な手法（法的強制力を伴わない行動規範の誘導）の導入を検討することが必要であろう。本論稿は、迷惑メールについて、新たなsoft law的な手法を開拓し構想することを目的とするものである。

KEYWORD

Spam メール 特定電子メール法 特定商取引法 Hard law Soft law

* 本研究は「文部科学省私立大学学術研究高度化推進事業」（学術フロンティア推進事業）、「文部科学省人文学及び社会科学における共同研究拠点の整備の推進事業」による助成を受けて行った研究成果である。

† 関西大学ソシオネットワーク戦略研究センター研究員

Email: nagata@rcss.kansai-u.ac.jp

Email: takemura@rcss.kansai-u.ac.jp

Email: ukai@rcss.kansai-u.ac.jp

‡ 関西大学総合情報学部教授

Limit and Possibility of Legal Regulation to Exclude Spam E-mails *

SHINZABURO NAGATA†

Professor, Faculty of Law, Kansai University

TOSHIHIKO TAKEMURA†

Assistant Professor, Research Institute for Socionetwork Strategies, Kansai University

YASUHARU UKAI‡

Dean, Research Institute for Socionetwork Strategies, Kansai University

Abstract

Y. Ukai and T. Takemura, Spam Mails Impede Economic Growth, Review of Socionetwork Strategies, Vol.1, No.1, March 2007 contributed the revision in 2008 of the law ("Act on specific E-mails") as one of basics documents. This revision includes reinforcement of the effectiveness of the law, the adoption of the opt-in method to replace a past opt-out method and international cooperation. These strategies function to the constancy for the prevention of spam e-mails certainly. However, catching the realities of spam e-mails is extremely difficult and there is a limit for the restriction only by maintaining the law like this revision. Then, the introduction of soft law technique (skillful use of rules of practices not to accompany the legal enforcement) should be likely to be examined together with the restriction by hard law (rule with a legal enforcement). This report aims to develop and to plan the strategy by a soft law technique to prevent the spam e-mails.

KEYWORDS: spam e-mail, Act on specific E-mails, Act on specific transactions,
hard law, soft law

* This work was supported by "Academic Frontier Project for Private Universities" and "Joint Usage / Research Center" by MEXT, Japan.

† Research Fellow, Research Center of Socionetwork Strategies, Kansai University

Email: nagata@rcss.kansai-u.ac.jp

Email: takemura@rcss.kansai-u.ac.jp

Email: ukai@rcss.kansai-u.ac.jp

‡ Professor, Faculty of Informatics, Kansai University

1 序論

いわゆる spam メール（迷惑メール）の防止については、本フロンティア推進拠点の主要研究課題の一つであり、その成果（Y. Ukai and T. Takemura, Spam Mails Impede Economic Growth, Review of Socionetwork Strategies, Vol.1, No.1, March 2007）は、特定電子メール送信の適正化等に関する法律（以下「特定電子メール法」という）の2008年改正の基礎資料となりその基盤をなすものとして貢献した。

本稿では、まず、特定電子メール法の制定、改正の経緯をフォローし、2008年改正による、①従来のオプトアウト方式に替わるオプトイン方式の導入、②法の実効性の強化、③国際連携の強化などについて整理する。つぎに、整理を踏まえて、この改正法のspamメールの防止にとっての機能を分析し、今回の改正のような法律による規制だけでは、spamメールに対する対処には限界があることを明らかにしたい。そこで、このような法律による、すなわちhard law（法的強制力を伴うルール）による規制とともに、soft law的な手法（法的強制力を伴わない行動規範の誘導）の導入を検討することが必要であることを提示した。本稿は、これらに整理・分析を基礎に、soft lawといっても、関連業者の自主規制のような行動規範の設定は期待できないspamメールに対する、新たなSoft law的な手法を開拓し構想することを示唆するものである。

2 spam メールに対する法的規制

2. 1. 規制の対象となる spam メール — 「特定電子メール」

spam メールとは、インターネット上の電子メール利用者に、その利用者の同意なくして、送りつけられてくる、無差別かつ大量の広告メールをさす一般用語であり、技術用語としても使われる。

このいわゆるspamメールを規制する「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」という）¹では、「電子メール」は「特定の者に対し通信文その他の情報をその使用する通信端末機器の映像面に表示されるようにすることにより伝達するための電気通信をいう。」と定義されている（2条1号、一部省略）。そして、規制の対象となる電子メールについては、これを「特定電子メール」とよび、「電子メールの送信をする者が自己又は他人の営業につき広告又は宣伝を行うための手段として送信をする電子メールをいう。」と定義されている（同2号、一部省略）。なお、ここでいう「特定電子メール」の送信は、国内にある電気通信設備からの送信又は国内にある電気通信設備への送信に限られ、かつ、送信者は、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られている（同2号）。

2. 2. spamメールの法的規制の必要性

特定電子メール法は、この法律の趣旨として、「一時に多数の者に対してされる特定電子メールの送信等による電子メールの送受信上の支障を防止する必要性が生じていること

にかんがみ、特定電子メールの送信の適正化のための措置等を定める」と規定している（1条）。

電子メールは、多くのユーザーが日常的に利用しているが、メール総数の過半がspamメールであるというのが、その実感であろう²。たしかに、spamメールは、迷惑メールともいわれるように、ユーザーの電子メールの送受信やデータ管理に無用の負担をかける結果となり、そこには、特定電子メール法がいう「一時に多数の者に対してされる特定電子メールの送信等による電子メールの送受信上の支障」がみられることは、明らかである。しかし、spamメールの問題は、このようなユーザー側からみた「迷惑」という形の支障とともに、spamメールによるサーバーやネットワーク側にかかる負荷も大きい。社会経済的な損失という点からは、この「送受信上の支障」を解消するためにも、spamメールの規制が強く要請されているといえる³。

さらに看過してはならない問題は、spamメールを送信することを専門とする業者が多数あり、これらの業者が、商品や役務の販売業者の委託を受けて、「特定商取引に関する法律」（以下「特定商取引法」という）の広告などに関する消費者法上の規制（同法11条～15条の2）をかいくぐる形で、おびただしい数の広告メールを送信して、多大な利益をあげているという実態である。spamメールについては、この実態こそが、すなわち、愉快犯的な不正アクセスやウィルス作成とは異なり、このような大きな経済的利益と直結した基盤をもつということこそが、その根絶の難しさの要因となっているのである。

このように、①電子メール利用上のユーザーの支障の解消、②ネットワーク側の莫大な損失ないし経済的な負担の回避、③いわば脱法的な手法によって多大な利益をあげる不正の排除、という3つの点からみて、spamメールの規制は、重要かつ焦眉の課題であったし、いまなお、その課題は解決されていないといえる。

2. 3 「特定電子メール法」による spam メールに対する規制

2. 3. 1. 「特定電子メール法」の制定（2002年）

2002年、このようなspamメールとその増加にともなう課題に対処するため、「電子メールの送受信上の支障の防止」を目的として制定されたのが、特定電子メール法である（同年7月1日に施行）。⁴

この特定電子メール法の規制内容の要点は、つぎのとおりである。

① まず、規制の対象となるのは、インターネット通販業者（営業を行う事業者）からの委託を受けて電子メールの送信を行う事業者（以下、送信者という）である。インターネット通販業者自身が広告・宣伝等のために送信する場合もその対象となるが、特定電子メール法は、インターネット通販業者の広告・宣伝の適性というよりも、送信者による、電子メールの送受信上の支障の防止を主たる狙いとするものである。

② 送信者に対しては、次のような義務が課せられ禁止行為が定められている。

1) 表示義務 個人が私的に利用しているメールアドレス宛ての特定電子メールの

送信に当たっては、表題部に「未承諾広告」と表示するなど、一定の事項を表示しなければならない。

2) 受信拒否者に対する再送信の禁止（オプトアウト規制） 受信者が特定電子メールの送信をしないように求める旨を送信者に対して通知した場合には、特定電子メールをその受信者に対し再度送信してはならない。

3) 架空アドレス宛て送信の禁止 プログラムにより自動的に作成された電子メールアドレスであって利用者がいないもの（架空アドレス）を宛先として広告宣伝メールを送信してはならない。

③ 規制の実効性の確保のために次のような措置が準備されている。

1) 電気通信事業者による役務の提供の拒否 電気通信事業者（コモンキャリアー）は 架空アドレス宛ての電子メールの送信が行われたため、電気通信設備に著しい支障が生じるおそれがあり、それにより役務の提供に著しい支障を生じるおそれがある場合には、その架空アドレス宛てに送信された電子メールにつき役務の提供を拒否することができる。

2) 総務大臣による措置命令 送信者が②の義務ないし禁止行為に違反した場合には、送信者に対して総務大臣が措置命令を発出できる。

3) 刑事則 措置命令に違反した場合は 50 万円以下の罰金が科せられる。

以上の特定電子メール法の規制内容において、spam メールの規制にとってもっとも注目すべき点は、インターネット通販業者からの委託を受けて電子メールの送信する事業者あるいは、インターネット通販業者自身が広告・宣伝等のために送信する場合、当該送信を拒否している者に対しては電子メールを送信してはならないとする「オプトアウト規制」を導入したことであった。

2. 3. 2. 「特定電子メール法」の 2005 年改正法

特定電子メール法が施行され、上記のような、送信者に対する義務ないし禁止行為の規定や一定の制裁規定に基づいて、その対応の取組が進められたが、その後、spam メール送信の悪質化、巧妙化し、それに対するユーザーの苦情が増加し、同法の見直しを進めざるをえないこととなった。⁵

このような状況を背景にして、特定電子メール法の改正の検討が始まり、2005 年その改正が行われるにいたった。⁶

2005 年改正特定電子メール法の改正の要点は、つぎのとおりである。

① 規制対象を事業者宛のメールにも拡大 個人用メールアドレスに対する送信だけでなく、事業用メールアドレスに対する送信も、特定電子メールとして規制の対象とした。これによって、未承諾の広告宣伝メールについては、宛先となる者の属性を問わず、特定電子メールとして、表題部への「未承諾広告」等の表示義務が課せられ、送信拒否した者に対する送信の禁止の規制が適用されることとなった。

② 規制の実効性の確保のための措置としては、つぎのような強化がなされた。

1) 架空アドレスに対する送信の規制対象の拡大 広告宣伝メールに限らず、営業のために多数の電子メールの送信をする目的で架空アドレスに電子メールを送信する行為をすべて禁止対象に含めることとし、これに対する措置命令が出されそれに違反した場合の罰則が1年以下の懲役又は100万円以下の罰金に引き上げられた。

2) 送信者情報の偽装に対する罰則の直接適用 送信者情報を偽って広告宣伝メールを送信する行為を禁止するとともに、それに違反した場合、措置命令を介することなく直接に、その送信者には1年以下の懲役又は100万円以下の罰金という刑事罰が科せられるとされた。

3) 電気通信事業者が役務提供拒否できる理由の拡大 架空名義の送信の場合に限らず、spamメールによって電子メールの送受信が通常より大幅に遅延するおそれがある場合等、正当な理由があると認められる場合にも、電気通信事業者が役務の提供を拒否できるとした。

2. 3. 3. 「特定電子メール法」の2008年改正法

特定電子メール法の2005年改正は、送信者情報を偽った送信の禁止違反については、総務大臣による措置命令をまたずに、刑事犯として警察による捜査が可能となったことなどもあり、spamメールの規制にとって一定の成果をもたらした⁷。しかしながら、送信手法の一段の巧妙化・悪質化が進み、特に、海外発の送信が大幅に増加したほか、他人のパソコンをウイルスに感染させる「ボットネット」を用いた迷惑メールの送信等の増加が指摘されていた。これに加え、迷惑メール対策に関する国際連携の強化が必要になる中で、主要国では、あらかじめ送信に同意した者に対してのみ送信を認める「オプトイン規制」が大勢を占めていたことから、国際的な制度の整合性を確保する必要性が生じていた。

このような状況を背景に、再び特定電子メール法の改正作業が進められ⁸、2008年6月、その改正法が成立した（同年12月1日施行）⁹。

特定電子メール法の2008年改正の主な内容は、つぎのとおりである。

① 送信・再送信の禁止（オプトイン規制の導入）

特定電子メール（2008年の改正により定義が変更され、送信に関する同意の有無にかかわらず、広告宣伝メール全体が特定電子メールとなった）について、取引関係にある者への送信等の一定の場合を除き、あらかじめ送信に同意した者に対してのみ送信を認めるとともに、あらかじめ送信に同意した者等から受信拒否の通知を受けたときは、以後の送信をしてはならないこととされた。

② 送信者の義務の強化

1) 表示義務の内容の強化 特定電子メールの送信に当たり、その送信に責任のある者の氏名・名称や受信拒否の連絡先となる電子メールアドレス・URL等の表示を

しなければならない。

2) 記録の保存義務の新設 特定電子メールの送信をするように求める旨又は送信をすることに同意する旨の通知を受けた者は、当該求め又は同意を証する記録を保存しなければならない。

③ 規制の実効性を確保するため、次のような措置が創設され、強化された。

1) 契約者情報の提供の請求

2008年改正特定電子メール法に違反した疑いのある電子メールや、当該電子メールによる誘導されるウェブサイトに表示された電子メールアドレス等について、その使用者を特定するために必要な情報の提供を、総務大臣が電気通信事業者等に求めることができる。

2) 罰則の引上げ

法の実効性を高める観点から、法人に対する罰金額が100万円以下から3000万円以下に引き上げられるなど、罰則が強化された。

3) 海外発国内着の電子メールが規律の対象となることの明確化

国内で送受信が完結する電子メールだけでなく、海外から国内（国内の電気通信設備）に対し送信される電子メールについても特定電子メール法が適用されることが条文中明確化された。

4) 外国執行当局に対する情報提供規定の創設

迷惑メールの送信国における迷惑メール対策に関する法の執行に資するため、迷惑メール対策を行う外国の執行当局に対し、その職務の遂行に資する情報の提供を行うことができる¹⁰。

5) 報告徴収・措置命令等の対象の拡大

総務大臣による報告徴収及び立入検査の対象に特定電子メールの送信委託者が含まれ、不適正な送信に責任がある送信委託者に対し、行政が必要な措置を命ずることが可能となった。これにより、迷惑メールの送信者が海外にいる場合でも、送信を実際に指示している送信委託者が国内にいる場合には、当該送信委託者に対する措置命令等ができる¹¹。

2. 4. 「特定商取引法」による spam メールに対する規制

2. 4. 1. 消費者法としての「特定商取引法」

spamメールの規制については、特定電子メール法とともに、特定商取引法もその役割を担っている。特定商取引法は、消費者被害が生じやすい特定の取引類型として、「訪問販売」「通信販売」「電話勧誘販売」「連鎖販売取引」などを対象に、トラブル防止のルールを定め、事業者による不公正な勧誘行為等を取り締まることにより、消費者取引の公正を確保するための法律である。1976年、「訪問販売等に関する法律」（略称「訪問販売法」）が制定されたが、問題となる取引類型が、訪問販売が中心というより

も通信販売などその他の無店舗販売の類型にシフトしてきたこともあって、2000年、現在の「特定商取引に関する法律」の名称に改称されたものである。

2. 4. 2. 特定商取引法による spam メールに対する規制

特定商取引法では、その後の改正により、spam メールについては、「通信販売」における広告として位置づけ、その規制の対象とするに至っている。

2002年の改正の特定商取引法では、当時の特定電子メール法と同じく、通信販売における広告規制として、メールの受信者が電子メールの受け取りを拒否した場合の再送信を禁止する「オプトアウト規制」方式を採用していた。また、消費者であるユーザーが未承諾の電子メールについては、メールの件名に「未承諾広告※」と表示することと、受信を拒否する場合の連絡先となる電子メールアドレスを記載することが義務づけられていた。

特定商取引法には、2008年の改正（電子メール広告については、同年12月1日施行）により、ネット通販事業者（ネットショップ）等や電子メール広告受託事業者に関する重要な規制内容が盛り込まれた。spamメールの防止を目的に大幅な見直しが行われ、上述の、同年に改正された特定電子メール法と同様に、「オプトアウト規制」を「オプトイン規制」に変える改正を行った。したがって、特定商取引法でも、電子メール広告を送信する前にあらかじめ消費者の“請求や承諾”を得ることが義務付けられ、こうした請求や承諾を得ない電子メール広告の送信は原則禁止されることになっている。それ以外にも、“請求や承諾”に関する記録保存義務や、広告メールの提供を拒否した消費者への電子メール広告の送信禁止、電子メール広告の提供を拒否する方法についての平易な表現による表示義務など、の新たな規定が設けられている。また、これも重要な点であるが、規制の対象となる事業者は、ネット通販事業者だけでなく業務を一括受託している電子メール広告受託事業者にまで拡大されることになった。また、これらの規制に違反した場合のサクションについても、違反者については行政処分の対象とするだけでなく、刑事罰を科する規定が新設され強化されるに至っている。

2. 4. 3. 特定電子メール法と特定商取引法の spam メール規制の役割

特定電子メール法と特定商取引法は、それぞれの制定の趣旨、法律の目的において、基本的な違いがある。特定電子メール法の目的は、電子メールの送受信上の支障の防止にあり、特定商取引法は、消費者の保護、取引の公正にある。すなわち、前者は、電気通信事業の円滑・適正化という視点からの規制法であり、後者は、消費者が受信する広告メールの適正化という視点から規制法である。したがって、オプトイン規制が採用されている点は共通であるが、その規制の対象となる者は、特定電子メール法では、送信者または送信委託者であり、特定商取引法では、ネット通販の販売業者あるいは電子メール広告受託事業者となる。特定電子メール法に規定されている、架空電子メールアドレスをあたえ先とする電子メールの禁止や送信者情報を偽装した電子メールの禁止などは、特定商取引法では

問題にならない。

しかし、特定電子メール法も特定商取引法も、spamメールに対する規制という目的からみると同様の役割を果たしてきたといえる。また、spamメールに対処するための基本的な法技術（法的仕組み）という点からみても、両者は、同様の方式によっている。2002年、特定電子メール法が制定され、その際、同法がオプトアウト方式による規制を採用したが、同じ2002年に、それまで送信禁止に関する規定をもたなかった特定商取引法も、これを改正して、同様に、オプトアウト方式による規制を導入した。2008年、特定電子メール法も特定商取引法も歩調を合わせて、いずれも、それまでの「オプトアウト規制」を「オプトイン規制」に変える改正を行っている。それぞれ所轄官庁は、特定電子メール法は総務省であり、特定商取引法は経済産業省であり異なっているが、spamメール規制については、立法政策および行政的施策においても協調して行ってきた、といえる。

3. spam メールに対する法的規制の効果と限界

3. 1. spam メールに対する法的規制の効果

特定電子メール法や特定商取引法によって法的規制がなされその強化が図られてきたが、依然として spam メールは著しい増加傾向にある。しかし、spamメールの手法の悪質化あるいは巧妙化の急速な進み具合を考慮すれば、これらの法的規制が、spamメールの規制に相当の役割を果たしてきたといえるし、その成果は評価すべきである。また、2008年改正法によるオプトイン方式の採用と規制の実効性を高めるためのいくつかの法的対応については、まだ始動したばかりであり、その成果についてはこれを見守る必要がある。

3. 2. spam メールに対する法的規制の限界

3. 2. 1 法的規制の実効性にとっての障害となる事由

このような法的な規制によるspamメールについては、その限界があることは否めない。たしかに、「法的規制のみでスパムを止めることはできない。spamメール対策に《Silver Bullet》はない¹²」のである。

spamメールに対する法的規制の難しさは、その規制の実効性の問題にある。

① 義務違反・禁止行為の把握の難しさ

法的規制の実効性に対する障害は、いうまでもなく、まず、電子メール送信の仕組みに起因する。特定電子メール法によって、送信者に表示義務を課し、オプトイン方式によって受信承諾者にしか送信してはならないとして一定の行為を禁止しても、その違反や禁止された行為が顕現するのは、受信者（ユーザー）のコンピュータのディスプレイにメール着信の表示されたときである。そしてまた、その行為は、発信から着信までインターネットという密室のなかで進行し、通信に使用された回線のコモンキャリアーはもちろんのこと、そのシステムを提供している側も、そのプロセスに関与できる余地はきわめて乏しい。しかも、受信者（ユーザー）がそのメールを開けばもちろんのこと、場合によってはメー

ルに付された件名などの表示だけでも、送信者側の広告・宣伝という目的は達成されてしまうのである。spam メールは、インターネットによるメール送信の仕組み上、受信者の義務違反や禁止行為に対して、あらかじめそれを阻止し、その進行をチェックすることはほとんど不可能である。

② 義務違反者・義務違反者の把握の難しさ

法的規制の実効性に対する障害は、同じく、電子メール送信の仕組みに起因するものとしては、義務違反者・義務違反者の把握の難しさがある。spam メールの送信が着信して初めて顕現するとすれば、その結果（いわば既遂状態）を捉えて、刑罰などの一定のサンクションを科するほかない。2005年改正、2008年改正は、そのサンクションの形態を拡充しその内容（刑罰など）を厳格化したものであり、それは一定の効果をもたらしているといえよう。

しかし、spam メールの送信があったという行為の結果の把握は容易であり少なくとも可能であるが、その結果にいたる送受信の軌跡を追うことは容易ではなく、発信者のアドレスから、サンクションの対象者である発信者本人にたどり着くことは容易ではない。特定電子メールの基本型は、一方に、商品や役務の販売を行おうとするネット通販の販売事業者（広告主）がいて、もう一方に、その委託に基づいて広告メールを送信する送信事業者がいる、という形である。特定電子メール法でも、送信委託者の法規制の対象となっているが、この特定電子メールの送信側の分断は、義務違反者や禁止行為者行為者の把握を難しくしている。

ましてや、現在もっとも巧妙で悪質だとされ、spamメールの増加に歯止めがかからない原因とされている、いわゆる「ボットネット」を介したspamメールの場合は、送信者を突き止めることは、技術的にも、とくにその送信規模の歴大さからしても、きわめて困難である¹³。

③ 送信事業者の拠点移動による法的規制の回避

特定電子メール法などによって法的規制がなされ強化されると、spamメールの送信事業者は、法的規制のない国、あるいは規制が緩やかな国へと拠点を移動することが起こる。いわば、法人税が低く定められている国で法人を設立するタックスヘブーンに類似した動きである。電子メールの送信の拠点の移動は、ほとんどバーチャルにこれを行うことができる。特定電子メール法などによって国内で摘発された送信事業者は、この拠点移動によって、あらためて同様のビジネスを行うことも可能となるのである。

電子メール法の2008年改正によって、海外発国内着の電子メールが規律の対象となることが明確化され、外国執行当局に対する情報提供規定が創設されたが、その実効性についてはどこまで期待できるかは、現時点では定かではない。

④ 違法行為に科せられるリスクを超える送信業者の利益

spamメールに対する法的規制がなされても、その違反行為によって得られる送信者の利益（多くの場合受託料収入）が、その違反に対する課せられる送信者の不利益（措置命令、

刑罰、損害賠償責任) を大きく上回る場合には、法規制の実効性は減殺される。

送信者の不利益については、まず、行政処分としての措置命令、電気通信事業者による送信拒否などがあるが、拠点や代表者を替えて、これに対応することもある。また、民事責任としての損害賠償請求も考えられるが、行為者の把握が困難であるだけでなく、通信システム側であれ最終ユーザーであれ、個別のspamメールの送信による損害の算定はかなり困難であろう。

しかし、送信事業者は、これらの不利益ないしリスクがあっても、あるいは、刑罰による制裁があったとしても、それを上回る大きな利益が上がる目算があれば、spamメールの送信を継続することになるであろう。麻薬取引に対していかに厳しい刑罰が準備されていたとしても、それが莫大な利益につながることから根絶できないのと類似している。

いわゆる「ボットネット」により構築されたサイトを介したspamメールについては、その送信業者は、これにアクセスした受信者の数に応じて広告収入をうる成功報酬型のビジネスモデルによって、広告主を吸引し、莫大な利益をあげている、といわれる。

このように、いわばアンダーグラウンドの事業者が、特定電子メール規制が、オプトアウト方式であれオプトイン方式であれ、法的規制を無視し、リスク覚悟で、spamメールの送信を継続し拡大しているとすれば、新たな法的規制を構想しても、この点からも、その実効性は危ぶまれる状況にあるといえよう。

3. 2. 2 spamメールに対する法的規制の構造的な限界

spamメールに対する法的規制の実効性にとって障害となっている事由については、上記のとおりであるが、これらの事由は、それぞれに対して、それを克服するための対応が求められることになる。しかし、ここまでの記述からも窺えるとおおり、spamメールに対する法的規制の限界は、個々の対応では克服できない構造的なものであるといえる。

特定電子メール法と特定商取引法において、送信者側に送信者情報の表示義務を課する規定やあらかじめ送信に同意した者に対してのみ送信を認めるとするオプトイン方式のもとに禁止行為を定める規定を設けることによって、spamメールの規制を行う法的根拠（法律要件）が設定された。そして、その規定の違背に対して、措置命令、刑罰、架空アドレス宛ての電子メールに対する電気通信事業者の役務の提供を拒否などのサンクション（法的効果）が設定されている。しかし、そのサンクションが機能するためにもっとも重要なことは、その違背行為を捕捉することができることであるが、spamメールの場合は、いうまでもなく、それがきわめて困難である。

特定電子メール法の2008年改正によって、spamメールに対する法的規制を強化するために、さらに、違背行為（法律要件）の拡大とそれに対するサンクション（法的効果）の厳格化が行われた。しかし、spamメールというものは、送信に対して同意していなくても送信を拒否していても、特定電子メール法に違反して、相変わらず送信されてくる。補足を試みても容易に送信者側は拠点移動できる。このように、メールというものの仕組みの

構造上、spamメールの規制はきわめて困難であり、2008年改正法にも、それほど程大きな期待はできないのである。

3. 2. 3 spamメールに対するユーザー側からする自衛的な対処

spamメールに対する法的規制の整備が進んでも、それによって、その増加の勢いが収束しているわけではない。そこで、規制される側ではなく、規制によって保護されるべきはずであるユーザー側の自衛的な対処の手法が普及してきている。その手法は様々であるが、大きく、メールを受配信する電気通信事業者が対処する方法とユーザー自身が対処する方法とに区別される。

受配信する電気通信事業者が対処する方法としては、たとえば、サーバー側で大量送信者からのメールの受信制限を行うという措置がとられる場合がある¹⁴。

受信者（ユーザー）が対処する方法は、電気通信事業者が構築したspamメール対策プログラムのもとで、受信について、一定の設定を行うものである。それには、①特定の者からのメールないしコードを知っている者からのメールのみを受信する設定（選択受信設定）と、②特定のメールを拒否する設定（受信拒否設定）とがある。たとえば、WINDOWS OUTLOOKでは、ユーザーが、送信されたメールの送信者のアドレスを禁止リストに登録すると、事後、そのアドレスの送信者からのメールは自動的にフィルターで処理され削除済みのファイルに移動する。さらには、このような個別の処理ではなく、特定のアドレスからの送信である場合、件名に指定した言葉が含まれる場合、メッセージ本文に指定した言葉が含まれる場合などについて、サーバーからダウンロードしない、あるいは、サーバーから削除する、という設定を行うことができる。このような設定を回避する悪質ないわゆる「なりすまし」によるspamメール¹⁵に対しては、差出人にユーザーが含まれている場合として、同様にサーバーからダウンロードしない、あるいは、サーバーから削除するという設定が可能となっている¹⁶。

spamメールに対しては、このように、電気通信事業者ないしはユーザーによる、いわば自衛的な対処方法が普及し、spamメールの受信を排除するのに大きな役割を果たしている。しかし、この事実は、まさに、spamメールの法的規制の限界を示す証左である。特定電子メール法や特定商取引法によって保護されるべきユーザー側が、結局、自らの負担（時間と費用）で送信者側の違背行為に対処しなければならない、という結果になっており、残念ながら、特定電子メール等によるspamメールの規制は、必ずしも、法政策的に功を奏しているとはいえない。

4. spamメールに対する soft law 的なアプローチの可能性

4. 1. soft law 的なアプローチ

spamメールに対しては、特定電子メール法や特定商取引法などによって、その増大をくい止めるための施策が進められてきた。しかしながら、このような法律による規制は、上

記の通り、構造的に難しいものがあり、それに、それほど大きな期待はできないことは明らかであろう。このような、法律による規制、すなわち、**hard law** による規制が困難であるとしても、**spam** メールの問題は、結局、前述のようにいわば被害者であるユーザー側が、自分の負担で自衛策を講じるほか有効な手立てないということに収斂するとするなら、それは不合理な話である。

それでは、**spam** メールに対して、法律そのもの、すなわち **hard law** によるのではなく、**soft law** によるコントロールの可能性を検討する余地はないのだろうか。

hard law と **soft law** とが問題となる場合の、それを区別する決定的な要素は、もちろん、その規範（law）の国による強制力（**enforceability**）である¹⁷。

この **hard law** あるいは **soft law** という概念ないし言葉は、まずは、国際法の議論の中で形成されてきたといえる。そこでは、拘束力をもたない国際間の合意や国際機関による決議や宣言を **soft law** として整理・分析されてきた¹⁸。また、EU においても、その決議や指令の拘束力がつねに問題となり、**soft law** という概念を用いた議論の整理が行われている¹⁹。法は、一定のパラダイムを前提として、それにそった社会・経済的なコントロールを行うものとして、その役割を担って制定される。通常そのパラダイムに変化（パラダイムシフト）が起こり、それに相応する法形成がなされた、あるいは、なされようとするときに、新しいパラダイムと現実との軋轢を緩和するものとして、あるいは間隙を埋めるものとして、**soft law** は機能することになる。

今日では、**soft law** 概念は、国際関係や EU などにおける法形成の議論にとどまらず、市場取引にかかわるルールのあるあり方の議論でも用いられるようになってきている。

4. 2. **soft law** によって提示されるフレームとその実効性の担保。

市場取引に関して **soft law** によって提示されるフレームとしては、たとえば、①法形成がなされる準備としてのガイドラインの制定、②法制定後の法運用における細目のガイドラインの制定、③法規定にそった標準契約約款の作成、④法規定の趣旨の実現をサポートするための認定ないし推奨マーク制度の設定、⑤業界団体の自主規制の制定などが考えられる。

hard law の実効性を担保するものは、国による強制力（**enforceability**）である。金銭を貸し付ける貸主は、借主が返済義務を果たさない場合には、国が強制的にその実現を図ってくれるという保証（実効性の担保）があるから、貸し付けるのである。

これに対して、**soft law** の実効性を担保するものは、そのルールに従おうとする義務者の側の「インセンティブ」である。たとえば、あるガイドラインについて、それに何ら法的強制力はないが、それに従えば、税制上有利である（あるいは不利に扱われない）とか、逆に、それに従わなければ、資金調達上の支障が生じるとか、そのようなインセンティブがある場合には、義務者はそれに従い、**soft law** としての規範的な機能が発揮されることになる。そのインセンティブは、金銭的、経済的なメリットと直結しない場

合もある。すなわち、それに従うことで、その業界内や消費者における企業の評価が高まるとか、長期的な信用の維持・拡大につながるとかいう場合である。

4. 3. spam メールに対する soft law 的なアプローチの可能性

spam メールに対する soft law 的なアプローチとしては、ガイドラインの設定や業界の自主規制などの方法をとることは、spam メールの問題性から見て、その可能性が乏しいことは明らかである。そこで、本稿では、spam メールに対する soft law 的な手法として、認定ないし推奨マーク制度（以下便宜上「マーク表示制度」という）の導入の検討を示唆したい。

このマーク表示制度は、soft law 的な手法としても、もっとも緩やかな手法である。既存の具体的な制度として一例を挙げると、プライバシーマーク制度がこれに該当する。これは、財団法人日本情報処理開発協会が実施主体となって、日本工業規格「JISQ15001 個人情報マネジメントシステム—要求事項」の基準に適合し、適切な保護措置の体制を整備している事業者に対して、申請により、プライバシーマークを付与し、その事業活動での使用を許可するものである。ここで前提となる hard law は、「個人情報保護に関する法律」（平成 17 年 4 月 1 日施行）である。

この制度の場合、事業者がプライバシーマークを取得しようとするインセンティブは、直接的な経済的利益ではなく、事業活動における顧客の信頼、すなわち、顧客に対して個人情報を適法、適切に扱っている事業者であるとのメッセージを伝え、信頼をうることにある。

このようなマーク表示制度としては、製造物責任法や食品衛生法などを hard law として、認定機関の自主基準にもとづいて認定し、マークを付与するものがいくつかあり、そのなかには、認定された事業者による製品事故があった場合、その顧客を保険によってカバーする仕組みが準備されているものもある²⁰。

spam メールに対処するためのマーク表示制度は、法に適合しているメールに、たとえば「適合メール」のマークの表示を付するということになる。送信者側は、認定機関に対して、法令及び機関によって定められた基準を充足するメール送信システムを具備しそれにより適法に送信事業を行っていることを示して、認定機関からその「適合マーク」の認定を取得すれば、そのマークを付してメール送信できるということになる。この場合、ユーザー側は、その「適合マーク」を見て開封するか否かの判断をすることができ、その送信事業者ないし通販事業者を信頼して取引にかかわることにもなる。このマーク表示制度も、システム構築と運営に時間と費用のかかる、事業者側の自衛的な手段ということになる。しかし、それにとどまらず、このマーク表示制度では、認定された事業者に信用が与えられ、長期的には取引の拡大に結びつく可能性もある。すなわち、そこには、送信者側に効果的なインセンティブがみとめられることになる。特定電子メール法や特定商取引法という hard law の実効性を高める soft law 的な方策として、このマーク表示制度を構築するこ

とについては、検討の余地がある²¹。

¹ 「特定電子メールの送信の適正化等に関する法律」は、平成14年に制定・公布された総務省所管の「電子メールの送受信上の支障の防止」を目的とする規制法である。「特定電子メール法」又は「特定電子メール送信適正化法」と略される。一般的には「迷惑メール防止法」ともよばれる。なお、経済産業省所管の「特定商取引に関する法律」（略称、特定商取引法）は、「消費者保護、取引の公正」目的として、通信販売などにおける電子メール広告を規制対象としている。これらをあわせて、「迷惑メール防止二法」とよばれることもある。

² 2004年7月時点で、シマンテック社の調査では、メール総数の65%以上がspamメールであるとされている。

³ この観点からの分析については、(財)日本データ通信協会の「迷惑メールの経済的影響・調査研究会（座長：鶴飼康東教授・関西ソシオネットワーク戦略研究センター長）による調査研究がある。その報告書では、①生産面での被害として約7300億円、②ISP等における負担として約319億円とならしている。ユーザー側の損失としては、③事業所・行政機関等における対応のための負担として約518億円、④消費者のための迷惑メール対策のソフトウェア費用として約132億円にならしている。これには、消費者の迷惑メール削除などに要する損失については、定量的推計は対象外とされている。

⁴ この「特定電子メールの送信の適正化等に関する法律（平成14年法律第26号）は、2001年11月、総務省に設置された「迷惑メールへの対応の在り方に関する研究会」（座長：堀部政男中央大学教授）によって、spamメールに対する対応策が検討され、その検討の結果を基礎に、2002年4月に議員立法の形で制定されたものである。

⁵ 特定電子メール法制定後も、第三者のメールアドレスの記載等、送信者情報を偽ったspamメールの送信が増大し、財団法人日本データ通信協会の「迷惑メール相談センター」では、毎月3～4万件程度の特定電子メール法違反の情報提供が寄せられている、と報告されている。

⁶ 特定電子メール法については、総務省では、2004年10月から第二次「迷惑メールへの対応の在り方に関する研究会」（座長：新美育文明治大学法学部教授）が開催され、その検討内容を踏まえた同研究会の報告に基づいて、2005年5月、「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」（平成17年法律第46号）が制定された。

⁷ 刑事犯としての摘発も行われるようになり、迷惑メールの発信国ランキングにおいては、日本の順位は大きく低下してきたといわれる。

⁸ この改正により、刑事犯としての摘発も行われるようになり、迷惑メールの発信国ランキングにおいては、日本の順位は大きく低下してきたといわれる。

⁹ 特定電子メール法については、総務省において、2007年7月から第三次「迷惑メールへの対応の在り方に関する研究会」（座長：新美育文明治大学法学部教授）を開催され、その検討内容を踏まえて、オプトアウト方式の見直し等の提言が行われ、これを基礎にして、特定電子メール法の2008年改正が行われるに至った。

¹⁰ この外国執行当局との連携強化については、主要国の迷惑メール対策当局が連携して策定した行動計画である「ロンドンアクションプラン（LAP: London Action Plan）」（2004年11月合意）に参加している。二国間連携としては、英国（共同宣言）、フランス（共同声明）、ドイツ（共同声明）、カナダ（共同声明）の当局と協力が約束され、米国、オーストラリアやEUとも意見交換が行われてきた。中国、韓国とも、日中韓情報セキュリティWGなどにおいて、意見交換がなされている（総務省「迷

惑メール対策に関する国際連携の在り方について」2009年3月25日)。

¹¹ 特定電子メール法の改正にともない、2008年11月、総務省により「特定電子メールの送信等に関するガイドライン」が公表され、法の適用範囲や規制内容等の明確化が図られている。

¹² 欧州委員会・産業情報社会局委員長 Erkki Likanen、Spam Workshop、2004年2月。

¹³ ボットネットは、「ボットと呼ばれるウィルス的一种が構成するネットワークの総称で、数百～数万台の規模で構成される。ボットネットは、通常のウィルスやワームとは異なり、HERDER(牧夫)またはMASTER と呼ばれる人間の指示により、DDoS 攻撃やスパムメールの送信といったさまざまな活動を行う。」と定義される(有限責任中間法人 JPCERT コーディネーションセンター「ボットネットの概要～報告書～」2006年7月20日公開)。このボットネットは、「ロボット・ネットワーク」に由来する一般用語である。

特定電子メール法などによって、禁止された送信などへの法的な罰則が強化され、またspamメールに対処するため、電気通信事業者の間で悪質な送信者リストの構築がかなり進んできた。それに対応するために、身元を明かさずにメールを送信する闇の需要が大きくなり、フィルタリングを抜けやすく、かつ送信の軌跡をつかみにくくするために、このボットネットによるサイトを構築し、それを介した悪質な送信が、急速に増加してきた。

¹⁴ 特定電子メール法2008年改正前では、「未承諾広告※」の表示のあるメールを一括拒否する設定もみられた。

¹⁵ 「なりすまし」は、送信者が別の者を装ってする送信のことである。これは、送信されたメールが開封されずに削除ファイルに移動され削除されてしまうのを避けるため、通常は、送信業者によって特別なメールソフトを使って行われる。そのソフトによって、受信者(ユーザー)を装った発信元が設定されると、実際は送信業者から発信されていても、自分から送信されたようにみえることになる。

¹⁶ このようなspamメールに対するユーザーのための対策システムは、本文にあげたWINDOWS OUTLOOKのようなパソコンによる受信のほか、携帯メールについても、それぞれのシステムに応じた設定メニューが準備されている。

¹⁷ 藤田友敬編「ソフトローの基礎理論」(2008年。有斐閣)4頁参照。そこでも、藤田教授は、国家がエンフォースしない規範をソフトローとして、それに、その規範の形成が国家なのか国家以外なのかというインデックスを加え、hard law と soft law の規範を4つのタイプに分類している。

soft law の本格的研究に関しては、文部科学省の21世紀COEプログラムに採択された、東京大学(拠点リーダー・中山信弘教授)のプロジェクト「国家と市場の相互関係におけるソフトロービジネスの戦略的研究教育拠点形成」(2004年-2008年)がある。同プロジェクトは、その研究成果として、ここにあげた、藤田友敬編「ソフトローの基礎理論」、神田秀樹編「市場取引とソフトロー」など、中山信弘編集代表「ソフトロー研究叢書」(全5巻)を刊行されている(2008年、2009年、有斐閣)。

¹⁸ 齋藤民徒「「soft law」の系譜」法律時報77巻7号〇頁(2005年)参照。ここでは、国際間の合意は、条約の締結、発効というかたちで拘束力をもつがそこに至らない非条約合意、国際機関における非拘束的な決議・宣言をsoft law として扱い議論してきたとされている。soft law 概念は、まず、hard law に対抗して、それらの合意や決議を「soft law にすぎない」として説明する整理概念として用いられてきたが、近時、「soft law と hard law を対概念として、国際関係における「法化(法制度化)」の程度や道筋に対する分析概念」として積極的に用いるものもみられるとしている。

¹⁹ Senden, Linda, *Soft Law in EC Law*, pp.107-122 (2004)

²⁰ マーク表示制度としては、よく知られているものとして、つぎのようなものがある。

○ 消費生活用製品を対象とする、「SG マーク」（製品安全協会・消費生活用製品安全法に基づく特別認可法人）、○ 玩具を対象とする、「ST マーク」（社団法人日本玩具協会）、○ 国産・輸入品の玩具煙火（おもちゃ花火）を対象とする、「SF マーク」（社団法人日本煙火協会）、○ 住宅部品等を対象とする、BL マーク（社団法人ベーターリビング）などである。

²¹ spam メールに対する soft law 的な手法としてここに示した「マーク表示制度」については、本稿では、十分に検討できないまま素描に終わっている。今後、特定電子メール法等の運用の実態等を見据えながら、このシステムの可能性とその制度設計について、より精緻な検討を行いたい、と考えている。