

オンライン広告と責任 (序論)

窪 幸治*

要 旨

オンライン広告は、複数の広告主・媒体をつなぐネットワークを介して表示される。その際、ユーザーの購入履歴や性別、居住先など各種の属性に応じ、広告及び表示媒体が自動的に電子入札され、最適化された広告を打つことが可能となっているのが特徴である。その半面、広告主の主体性は希薄となり、広告内容や配信先をコントロールできない事態も生じている。

しかし、広告主において表示内容・先に対する管理可能性が不十分な場合でも、ユーザー（消費者）からすれば、商品役務の取得を決定づける情報提供となっている。仮に当該情報が虚偽であったり、不足があるなどにより誤認や困惑などがユーザーに生じ、本来ならばしなかったであろう契約を締結し、想定外の損害を受けることがある。

その際に、広告代理店や媒体における行為の結果、広告主に帰責されるのか、されるとすれば、どのような理屈によるか、につき検討の必要がある。そこで、情報提供義務、媒介者法理や交渉補助者などの議論を参照し、広告主への帰責可能性を探ったのが本稿である。

結論としては、情報提供義務の範囲内で、それを実施する体制整備を行うのが広告主の義務であり、その違反につき帰責は可能であるとした。

キーワード オンライン広告、補助者、民事責任、契約取消

1. はじめに

現在、広告市場は従来の新聞・雑誌・テレビ・ラジオ（約2兆6千億円）から、インターネット媒体（約2兆1千億円）へと移行しつつある¹⁾。

従前の広告は、全体の流れとしても、広告主・広告代理店が、自ら広告を作成し又は制作者を介して出稿し、所定の広告料で各メディアに掲載されるというわかりやすいものであった。

他方、オンライン広告においては、広告主・メディア双方がネットワーク化され、ユーザーの閲覧等の情報に応じて、即座に広告の入札が行われ、配信先が決定されており、広告主側から全体を

把握することは困難となっている。

広告全般では、「飲むだけで痩せる（運動せずに痩身効果）」「花粉を水に変える」「今なら・だけ〇〇キャンペーン」といった虚偽・欺瞞的なものが未だ後を絶たない。例えば、コロナ禍の最中、「新型コロナウイルス完全除去」を謳うなど、公衆衛生上問題を生ずる商品を勧めるものすらある²⁾。

オンライン広告に目を向けると、対象者の属性や利用デバイスに応じて広告内容が変動したり、また一覧性が確保されず欺罔的なものも存在する。近時、定期購入が大きな問題となっている³⁾。

行動履歴情報に基づく広告表示の区別は、ユー

* 岩手県立大学総合政策学部 〒020-0693 岩手県滝沢市菓子 152-52

ザー（消費者）のニーズに合った広告が提供される点では有用であるが、属性につけ込む攻撃的な広告も可能になり得る。

他方、関心ある事項につき、別ページに遷移することで必要な情報をより詳しく伝えられる利点も、特にスマートフォンのようなデバイスを前提にすると、1 スクロール以上離れた表示やアコーディオンパネル等、一覧性がないため隠蔽効果を有することになる⁴⁾。

このような問題ある広告を打つ広告主に対しては、いくつかの法的責任を觀念することができる。

まず、景品表示法や個別業法などの行政規制、措置命令等の対象となる責任、それを受けて広告を削除するなどの行為が求められる地位にたつ、というものが考えられる。

次に、民事上のものとして、契約締結過程の問題性を捉え、当該契約の取消しなどを介して契約利益を剥奪される不利益を受ける地位、責任がありうる。また、発生した損害を填補する本来的な民事責任が考えられる。

さらに一定の場合、相手方の個人情報収集を前提とすることから、個人情報取扱に関する責任⁵⁾や、プライバシー保護を図る責任も考えられる。

本稿では、オンライン広告につき、従来の紙・電波媒体における広告との間の質的な違いが、法的責任の在り方にどのような影響を与えるのか（特に広告者の第三者性をどう評価するか）、検討を行うものである。

2. オンライン広告市場

(1) 近時の市場動向

従来、新聞・雑誌・テレビなどの媒体が大きなシェアを占めていたが、近時はインターネット広告へのシフトが進み⁶⁾、広告出稿までの流れも変わりつつある。

従来型広告（純広告、予約型広告等と呼ばれる）に関しては、広告主が、多くの場合は広告代理店に広告制作や掲載先探しの委託をしながら、出稿に至り、メディア（新聞・雑誌・テレビ等）に掲載され、購読・視聴者における契約への誘引が行

われる。

対して、オンライン広告ではアドテクノロジーと言われる技術が使われる⁷⁾。広告主・配信事業者側双方で、アドネットワークで結び付き、適切な広告先を瞬時にマッチングすること（Real-Time-Bidding）で、出稿に至ることになる。

すなわち、広告主側で費用対効果の最良化を図るプラットフォーム（Demand-Side Platform）と、メディア側の広告料金の最大化を目指すプラットフォーム（Supply-Side Platform）が存在する。

そして、それぞれ広告・枠に関する情報をまとめて管理し、自動的に入札にかけるアドエクスチェンジの手法を用いて、最適化された各落札者である広告主の広告が配信事業者のメディア（サイト）に掲載され、ユーザーが視聴等を行うことになる。

その際、DSP に集められた広告の掲載希望と、SSP 側で把握しているユーザーのインフォマティブデータ⁸⁾とがマッチングされることになる。

もともと、市場の動向に目を向けると、このような広告主側（DSP）及びメディア側（SSP）のプラットフォームがそれぞれで競争しあう状態から、大手プラットフォーム事業者による寡占状況に向かいつつある。

例えば、YouTube 出稿のディスプレイ市場開放中止や Google 系列の広告代理店に買付を限定（垂直統合）、アドサーバーの無償提供などにより、利用する広告主は Google 社の広告利用に強く誘引される⁹⁾。

結果、Google 社がオンライン広告の約 8 割を占有しているともいわれる。日本国内では同社と Yahoo! の 2 社でほとんどのシェアを獲得している。プラットフォームの両面市場という性格もあり¹⁰⁾、販売・コンテンツ市場の大きさがさらに優位性を高めている。

そして、両社を含む大手プラットフォームでは、サードパーティクッキーの使用を制限する動きもあり¹¹⁾、他社の配信サーバーを利用するアドテクが利用困難となりつつあり、広告主等をまとめる DSP 市場は縮小し機能していない現状とも指摘

される¹²⁾。

そのため、今や価格形成は大手プラットフォームによりなされ、競争市場自体は寡占化しつつあることが指摘できる。

(2) オンライン広告の種類¹³⁾

まず、バナー等の広告スペースに掲載されるディスプレイ広告がある。同広告でも、従来と同じく固定された広告枠を確保するものだけでなく、ユーザーの行動に連動するものが増えている。

次に運用型として、ユーザーの検索に連動して検索結果ページに表示が現れるリスティング広告（あたかも検索結果のように溶け込むものはネイティブ広告ともいわれる）がある。

それ以外にも、購買・サイト閲覧履歴、位置情報ほかに応じて広告表示する行動履歴ターゲティングや、サードパーティクッキーなどを利用して特定サイト訪問者を追跡し、別サイトでも広告表示を行うリターゲティング広告などがある。

報酬面については、従来型広告では、一方向に表示される広告がどのように購買等に結びついたか、効果を測ることは容易ではなかったが、オンライン広告では成果（コンバージョン）を一定の精度で把握することができる。

例えば、クリック数に応じるもの（Cost Per Click）、視聴回数に応じるもの（Cost Per Mille）、実際の購買等に応じるもの（アフィリエイト広告）等がある。

ただ、このようにオンライン広告においては、効果測定が一定の精度で可能であり、効果的な広告が期待される半面、アドテクを介するため、広告主あるいは配信メディア側からしても、想定しない範囲での広告掲載がなされることがあり、問題となっている¹⁴⁾。

もともと、近時は広告主及び広告内容の配信先を限定していく市場（Private Market Place）も運用が開始されており¹⁵⁾、技術的には克服可能のようである。

3. 問題の諸相

オンライン広告に移行するに伴い、ユーザー（消

費者）・広告主・メディアそれぞれで、問題が現れてきている。

(1) ユーザー（消費者）の立場

広告料の発生が一定の成果に応じるため、事実と相違し、誇張された内容の広告などで、成果を稼ごうとする動きの脅威に曝されている。

手法として、「キャンペーン残り〇名・〇分」として表示するとカウントダウンが始まるなど、消費者を浅慮の状態に追い込むような表示がみられている。

また、広告主が誰なのか見えにくい広告も問題となる。例えば、ロコミブログやキュレーションサイト、PR 記事等によるステルスマーケティング広告（商品役務の供給主体と表示主体との異同）の存在がある¹⁶⁾。

通常のコンテンツと見分けがつきにくい、検索結果と並列して表示されるようなネイティブ広告、広告目的が明らかとされず情報が小出しにされるティザー広告もある¹⁷⁾。

さらに、サイト閲覧や購買履歴等の行動履歴と連動する広告に関しては、プライバシー上の懸念が強い。

個人・インフォーマティブデータを活用して、最適な広告表示を実現することは、インターネットサービスの「無償」性を生み出す源泉である¹⁸⁾が、ユーザーの側からは自らの趣味嗜好、生活全般が把握されているとの不安を生じさせている。

最後に、問題ある広告と考えたとしても、容易に広告表示データの変更・削除やリンク先変更などができるため、紛争発生後に再現性が低いことが、証拠収集の困難をもたらしている¹⁹⁾。

(2) 広告主の立場

アドテクによる自動マッチングの結果が、ある意味形式的に導かれることから、好ましくないメディアへの配信²⁰⁾や執拗な表示がなされることがあり、広告主自体の信用毀損につながる虞もある。

広告先が予め決まっているわけでないことから、データ削除が困難な場合もある。措置命令への対応（裏面からいえば法執行）にも困難が生じうる。

成果報酬型が採用されても、販売成果をもって初めて報酬が発生するアフィリエイト広告の場合は管理がしやすい。しかし、クリックやインプレッション（視認可能状態）を指標としたものでは、第三者による効果測定が必須ではなく、メディア側含め、不透明な状況にある。

例えば、自動化プログラム（bot）でクリックを稼いだり、不正な指示を行うウイルスを感染させてインプレッション（閲覧）やクリックを水増しするアドフraud問題がある²¹⁾。

(3) メディアの立場

Google 社や Yahoo! などによる市場の寡占状況もあり、取引相手方の制約、広告費の不透明さにつながっているなどの指摘がある²²⁾。

プラットフォームに関しては、規制の議論も進んでいる。競争法の観点から、まず2018年に、総務省、公正取引委員会、金融庁、経産省が共同で立ち上げた「デジタル・プラットフォームを巡る取引環境整備に関する検討会」で議論が行われた²³⁾。そこでプラットフォームによる統制への期待、ゲートキーパー論も出ている²⁴⁾。

その後、内閣府にデジタル市場競争会議の設置、取引条件の利用者への開示等、透明化などにつき検討が行われ、「特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律」（令2年法律38号）に結実した²⁵⁾。同法では取引条件明示等が義務付けられた。

また、消費者法関係では、消費者庁（「デジタル・プラットフォーム企業が介在する消費者取引における環境整備等に関する検討会」、消費者委員会（「オンラインプラットフォームにおける取引の在り方に関する専門調査会」）でも議論がなされている²⁶⁾。

(4) 小括

本稿は、ユーザー（消費者）の立場から、問題ある広告への法的対応につき民事的側面を中心に検討することを目的としているため、虚偽・誇張という内容があった場合に、どのような対応をできるかを探るものである。

その際、オンライン広告の個人・インフォマティ

クデータの活用による最適化や、アドテク利用による広告主と媒体との関係性の変化などを、どう読み込むかが課題となる。

4. 景品表示法等に応答する責任

(1) 景品表示法

不当な広告表示等を規制する景品表示法は、適用対象となる表示主体を、供給する商品役務・取引条件を表示する事業者としている。

具体的には、「表示の内容の決定に関与した事業者」²⁷⁾をいうとされ、自己で決定した者のほか、共同決定した者（小売りがメーカー提供の商品について情報を得てタイアップ広告表示をする場合）、他者に委託した者（広告代理店に委託した者）などとなる。

したがって、自らの商品役務について広告制作を行うほか、広告代理店に制作を委託した者は、表示主体として把握されることになる。逆に、原則、広告業者等は表示主体とならず、措置命令の対象とならない。

したがって、その表示内容が優良・有利誤認と判断される場合は、広告主が措置命令の対象となることは当然である。

問題は、商品役務の提供者が関与・把握せずに、第三者が制作・表示した広告である。

広告主が把握できていないだけで、委託した広告代理店等からの再委託である場合や、内容を管理できる場合は、従前の指揮監督関係として把握でき、当該商品役務の提供者の表示と考えることができる²⁸⁾。

例えば、アフィリエイトでは広告主のサイトに誘導するブログ記事等は、アフィリエイトターが制作するが、広告主には確認の機会が存在し、不適切であれば是正を求めうることから、広告主が表示主体となろう。

第三者によるブログ記事（口コミ）、商品等のレビューなどでは、商品役務の提供主体が表示主体と評価されるかは、依頼の有無とされる²⁹⁾。

結局、景品表示法の措置命令等の対象となるかは、商品役務の提供主体との関係性次第だが、そ

れが不明である場合には、景品表示法での対応は困難となる。

もともと、委託関係等が明確な場合でも、広告主から委託先等と連絡がつかない場合には事実上措置命令が奏功しないことも考える。

（2）特定商取引法

オンライン取引は、通信販売（特商法 2 条 2 項、規 2 条 2 号「情報処理の用に供する機器を利用する方法」）と位置付けられ、積極的な表示規制（法 11 条）や誇大広告禁止（12 条）等の広告規制を設けている³⁰⁾。

積極的な表示義務に関しては、バナー広告等のようなオンライン広告では表示義務の一部を表示欄に URL 等を示して、そのリンク先を一体の広告として扱っている³¹⁾。この本文等とのリンク先の一体性は確認されてよい。

なお、クーリングオフの対象となっていない。これは時間的余裕が想定され、十分に消費者が選考に時間をかけられることを前提とするが、限定をかけ焦らせる表示も見られ、今後何かしらの対応が必要と思われる³²⁾。

（3）その他

他にも、扱われる商品役務に応じては、健康増進法、薬機法などの広告規制、各種業法による積極的な広告規制などへの対応が必要となる³³⁾。

例えば、健康食品などの事例では、健康増進法 65 条 1 項が「何人も」健康保持増進効果等について、著しく事実と相違又は人を誤認させるような表示を禁止している。

そして、その違反に対して消費者庁、都道府県知事が勧告権限を有しており（健康増進 66 条、69 条 3 項）、インターネット監視業務を行っている。

また医薬品・医薬機器等の効果効能につき、薬機法 66 条は「何人も」明示・暗示的かは問わず、虚偽又は誇大な記事（1 項）、医師等がそれを保証したと誤認するおそれのある記事（2 項）の広告・記述・流布を禁止しており、違反に対しては罰則（85 条）も設けられている。

5. 広告と民事的側面

冒頭にあげたように、民事的側面として契約利益の奪取を受ける責任と、いわゆる民事責任が考えられる。ここではまず、対象となる広告につき確認する。

一般に広告とは、不特定多数に向けた、顧客を誘引するための表示といわれる。他方、民法上の意思表示法理による取消権または消費者契約法上の不当勧誘取消権においては、意思形成過程または勧誘の過程が問題となるところ、従前広告は必ずしも評価対象とされてこなかった。

すなわち、広告は申込みの誘引であり、その後契約交渉の段階が入ることが想定され、広告内容が必ずしも法律行為の要素として契約に取り込まれない意思表示の前段階とされてきた³⁴⁾。また消費者契約法の勧誘にも当たらないと考えられてきた。

しかし、インターネット取引は、多くの場合、当事者の属性で諾否の自由を行使する前提はなく、在庫数や信用情報により形式的に諾否が決定されると考えられ、少なくともそのような場合は、サイト上の情報が広告であると同時に契約申込みと解してもよい³⁵⁾。

そして、消費者契約法上の勧誘に当たるかに関しては、最判平成 29 年は、広告が「個別の消費者の意思形成に直接影響を与えることもあり得る」ことを理由に、該当可能性を認めている³⁶⁾。

結局、契約内容への取込みの可否は、広告にどの程度具体的記述があるか、それによりユーザー（消費者）に内容に信頼が生じるか、そして契約締結との密着（交渉等の非介入）という要素を総合的に判断することになる。

念のため、取消し等の前提となる性格上、契約締結にかかわる範囲の広告が対象となる。したがって、顧客の応答を目的とするレスポンス広告を対象とするが、イメージ広告は含まないことは確認されたい。

これに対して、民事責任を追及する際は、契約決定をゆがめたことに対する自己決定権侵害を問う得る意味で同じくレスポンス広告が当てはまる

ことになる。

もともと、イメージ広告も差別的 content であったり、特定人の名誉信用を毀損する content であれば、不法行為責任が発生し得る。また、肖像や知的財産を勝手に利用すれば人格・パブリシティ権、知的財産権侵害に基づく損害賠償や差止請求も問題となり得る³⁷⁾。

しかし、本稿は取引に係るオンライン広告との関係性に着目するため、民事責任に関してもレスポンス広告に限って検討する。

6. 契約取消しの可能性

(1) 一般論

既にみたように、オンライン広告にあっては、申込みに着目し、直接契約締結の意思決定に影響を与えており、民法上の意思表示の瑕疵や消費者契約法の不当勧誘を理由とする契約取消しの可能性が認められる。

元より、広告が申込みの誘引に位置づけられてきたのは、あくまで商品役務の情報の一部の伝達であり、諾否の自由が留保され、また交渉の機会が控えており、誤った情報は是正されることが想定されているからである³⁸⁾。インターネット取引では、掲載可能な情報量と個別交渉の非在の実態を考えれば、多くは取消しの対象となろう。

またオンライン広告では、さまざま取得した個人データ、または、一定の属性情報などインフォーマティブデータに基づく広告配信により、個別(人)化され得る特性があり、観念的には要件論を充足する可能性は高まる。

ただ、民法上の詐欺強迫では、いわゆる二重の故意(意図)が要求され、仮に個人データの利用が判明してもなお、その証明は困難といえ、この取消しの可能性は薄い。

錯誤取消しは、行為基礎事情の錯誤(民 95 条 1 項二号)の可能性があり、広告内容が惹起する誤認内容が基礎となっていることが広告主の側で黙示でも表示があった、または、当然の前提であったと評価できる場合は、取消し可能となる³⁹⁾。社会通念上誤認惹起に当たる広告であれば、該当す

る可能性があり、時効の点では次の消費者契約法による取消しより有利になる。

(2) 不当勧誘取消権

ユーザーの属性・状況を認識、誤った情報を提供したり、威迫・困惑させる態様・内容で勧誘をした場合、消費者契約法上の誤認・困惑(4 条 1～3 項)、また過量取引による取消し(同 4 項)の可能性が考えうる。

困惑類型の不安をあおる告知では、つけ込みの対象となる事情の認識が要求される(4 条 3 項三～五号)が、民法で要求される故意とは違い、ユーザー情報の把握をもって、認められうる⁴⁰⁾。

すなわち、「社会生活上の経験が乏しい」(4 条 3 項三・四号)、「加齢又は心身の故障」(同五号)といった事情を把握したうえで、不安をあおり、進学・婚活・就活のためのセミナーや老後の生活のために投資を勧誘すれば、困惑取消しが可能となる。

個人データまでではなく、インフォーマティブデータの把握にとどまる場合でも、つけ込む属性を有していることに認識があれば十分で(消契 4 条 3 項)、因果関係が認められればよい⁴¹⁾。

過量取引に関しては、契約目的物の購入履歴から数量(分量、回数、期間)把握と属性情報の組合せができれば、形式的に事業者においてチェック可能となると思われ、著しく分量を超えるかにつき認識可能となり、要件を充足しうる。

結局、困惑類型と過量取引類型に関しては、対面取引より、むしろインターネット取引(及びそれを勧誘するオンライン広告ほか)において、適用可能性があるとも考えられる。利用規約やプライバシーポリシーなどから立証していくことになろうか。

(3) 第三者による広告

第三者を広告主の補助者と捉え、広告主自体を表示主体とする方向性と、第三者詐欺(民 96 条 2 項)の拡張および消費者契約法 5 条の媒介者法理による処理が考えうる。

広告業者等を勧誘補助者と捉える議論は後述(9 章)に委ね、ここではまず媒介者法理を検討

する。

一般に広告代理店は、個別契約に関して仲立営業（商 543 条）、媒介代理商（商 27 条、会社 16 条）といえるまでの積極的関与は行わないものと解されている。

消費者庁の逐条解説は委託につき「締結の媒介（消費者に勧誘することを含む）」の、商品・サービスの顧客が委託を受けて行った宣伝によって興味を抱いた消費者に対し、「事業者が…別途当該商品・サービスの説明を行った結果」購入契約が成立した事例で該当性を否定する⁴²⁾。

そこでは、購入契約成立に対する顧客の関与は必ずしも大きいものではなく、「両者の間に立って尽力したとまではいえず、通常『媒介の委託』に当たらない」とされる。

逆に言えば、事業者自身の別途の関与なしに、受託者の宣伝広告によって契約成立に至る場合には、消費者契約法 5 条の媒介委託として判断される余地がある。

そして、オンライン上で情報提供である広告が勧誘（契約締結への直接影響性）と解される限りにおいて⁴³⁾、広告業者は「締結についての媒介」との評価が可能であり、誤認等の取消しの可能性が認められよう。

オンライン広告では、メーカー・販売店の公式サイト閲覧や個別交渉に誘導するものもあるが、広告によりユーザーに生じた誤認等につき、広告主がそれを知りまたは知ることができたならば、誤認等の承継＝利用といえ、むしろ情報提供義務の発生する場面に限り、沈黙による詐欺及び第三者詐欺（民 96 条 2 項）により取消し可能な場合を認めてよいと思われる⁴⁴⁾。

7. 民事責任の構成

次いで、損害賠償責任の成否の検討に移る。一般的に、契約締結前後で、不法行為責任と債務不履行責任は分かれる。

（1）不法行為

まず、従来型広告に係る民事責任について確認する。広告主制作・表示についての広告主の責任

は、後述の情報提供義務（8 章）の問題となる。

次に、広告代理店等に関しては、広告の受け手である読者らに対して、広告内容に疑念を抱くべき特別の事情がある場合、真実性の調査確認義務があるとされてきた⁴⁵⁾。

広告代理店等に関して、ユーザーに対する不法行為責任の成立する場合に、広告主に責任追及するには、補助者法理による広告主自身の行為と評価しうるか、使用者責任（715 条）が成立するかを検討する必要がある。

使用者責任については、広告内容に係る指揮命令の有無・度合いで決せられることになり⁴⁶⁾、広告主が制作に関与できない例外的な場合は 716 条の範疇になり、責任追及は難しい。

ところで、広告の表示主体は景品表示法 26 条で管理上の措置義務を課され、広告を適正に管理する体制を備える必要がある⁴⁷⁾。広告主は内容の合理的根拠を保持している前提があり、委託契約により広告主の義務を代行する広告代理店においても、根拠資料の確認は最低限必要になると考えられる。

委託契約に基づき、事業者の組織体制への編入という実質を考えると、補助者法理（後述 9 章）から広告主にコントロール可能性が認められ、自身の行為として不法行為責任が成立し得るものと考えられる。

（2）債務不履行責任

2017 年改正民法において、原始不能による契約不成立という考え方が廃棄され（412 条の 2 第 2 項は契約債務発生を前提とする）、存在しえない品質・効能等が契約に取り込まれる可能性が生じた。

そのため、不当な広告において表示された実現不能な内容が債務を前提に、債務不履行責任発生の可能性が生じた⁴⁸⁾。他方、契約に取り込まれる内容は、合理的内容に制約されう⁴⁹⁾。

すなわち、第一に契約解釈の問題であり、非現実的であること（履行不能）を織込み済みだったり、射幸的な内容として合意がなされた場合は、そもそも示された品質等が契約に取り込まれず、問題とならない。

しかし、不当広告が問題となる場合は、事業者がまさにあり得ない効果効能等を謳い、消費者がそれらの品質等を期待して契約を締結することが多く、客観的解釈の結果として、それらの効果効能等を契約に取り込んだ上で債務不履行責任の追及も十分に考えられる。

場合によっては、商品役務について契約締結前に生じた誤認も、締結後に事業者において是正する義務が認められ、端的に債務不履行責任構成で肯認される場合も考えられる（次章）。

8. 情報提供義務

契約締結の前提となる情報収集は、自己責任で行うことが原則である（自由競争原理、契約自由の原則）。

しかし、現実社会では商品役務の情報が偏在し、収集分析能力にも格差があるため、各種業法等による積極的表示規制、専門家としての情報提供義務が用意される⁵⁰⁾ほか、民事一般法でも信義則を介した情報提供義務が認められてきている。

根拠としては、契約自由の実質的保障、専門家責任、事業者－消費者間の情報力格差などが挙げられる⁵¹⁾。

(1) 民事一般法

2017年改正民法に、情報提供義務違反に基づく損害賠償に関する規定は設けられなかったが、考え方は共有された。

すなわち、契約の一方当事者がある情報につき不知であり、知っていれば当該契約を締結することはなかったであろうこと、当該当事者に知ることを期待することが困難であること、及び、相手方がそれらについて認識可能性があったこと、という要件を満たせば賠償責任が発生する、というものである⁵²⁾。

なお、この定式は錯誤のそれと類似する。主観的因果性は双方要求され、情報について知ることの期待困難性は重過失判断に近い。異なるのは、客観的重要性要件（民95条1項柱書）の有無である。内容の重要性の違いで契約解消か、損害賠償とで分かれる。

(2) 情報提供義務の差異

従前より、信義則を介して情報提供義務が認められてきており、その提供されるべき内容が、契約締結への意思決定基盤整備に係る説明と生命身体財産等（完全性利益）保護に係る意思決定を促す説明に分類される⁵³⁾。

前者が、契約締結に向けた契約前の情報提供義務、後者が契約を前提とした契約上の情報提供義務と言われる。広告は原則、契約締結に係る意思決定に係るものであり、前者に属する。

契約前に係る判例として、地震保険加入の必要性に係る事例（最判平15年）⁵⁴⁾、分譲住宅購入に係る事例（最判平16年）⁵⁵⁾、建築基準法の趣旨に反する説明に係る事例（最判平18年）⁵⁶⁾が挙げられる。

後者として、防火扉の使用に係る事例（最判平17年）⁵⁷⁾が挙げられるが、情報の不提供は契約締結前から存し、保護法益の差異によるものか、その区分は明確ではない。

おそらく生命身体財産等（完全性利益）が内容であり、これは契約締結後に説明をなすべきだが、契約締結に対して決定的な情報ではない、ということだろう。契約締結前に生じた誤認も、締結後に是正される機会が考えられた範囲で、端的に債務不履行責任構成も考えられる。

この生命身体財産等（完全性利益）保護に係る意思決定を促す説明義務は、健康食品における安全性等において活用されうる。

なお、財産上の利得に関する説明義務違反が財産上の損害でなく、精神上的損害の賠償を請求しうるのかも問題となる。

上記最判平16年では、団地の建替え事業に際して、賃借人らに借家権を失わせる過程で、代償措置としての一般公募と同等の価格での優先購入条項が入った覚書を交わしたが、譲渡価格が高額に過ぎ、旧賃借人らが公募に応じることがないことをYの側で容易に認識しえたこと、一般公募を行われていないという状況下で、著しく信義に反する場合として、慰謝料請求を認めている。

しかし、これは故意重過失による悪性が認めら

れた事例で、基本的には契約利益を基準に賠償が認められる。意思決定できなかったことの精神的損害を上乗せできるわけではない⁵⁸⁾。

(3) 消費者契約

実定法上、事業者には、消費者契約の勧誘において「消費者契約の目的となるものの性質に応じ、個々の消費者の知識及び経験を考慮した上で、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容についての必要な情報を提供する」努力義務（消契3条1項2号）が課されている⁵⁹⁾。

同条に適合する情報提供を欠く場合でも、取消権が与えられるわけでないが、事業者が現実の消費者の主観的状况を知り得る場合に、信義則上の情報提供義務を導く基盤となると思われる⁶⁰⁾。

すなわち、消費者契約法3条の「消費者契約の内容についての必要な情報」「目的となるものの性質」「個々の消費者の知識及び経験」などが、信義則判断で考慮される事項といえよう。

また、業法で課される説明義務（重要事項説明に係る書面交付義務等含む）も、法目的が事業者の契約相手方等の利益保護にあるのであれば、民事上の情報提供義務を認める際に参照されうる⁶¹⁾。

そして、業法だけでなく業界団体が設定した説明に関する誘導が、業界で一般化した場合には、当該情報提供が取引上の社会通念となり、これが一般注意義務ないし契約上の義務とされる⁶²⁾。

もちろん、業法等による義務違反は、即民事責任を導くものとも言えない。例えば、形式的な説明がなくても契約内容を熟知している場合には損害が生じず、民事上問題となることはない。

また、安全性に係る情報や、市場の健全性を維持するため個別に積極的な情報提供、消極的な義務を定める法令も、その趣旨から関連事業者に対して、信義則上考慮要素として働き得る。

9. 補助者法理

広告は、実際の制作や表示は第三者においてなされることに着目すると、提供された情報が誤認等を生じさせたり、不備があった場合に、広告主

に対する責任追及するためには、第三者による行為の帰責をどう構成するかの問題がある。

従前、広告内容決定を実際に行った広告代理店等が、広告主の関連子会社であるなどして、事実上の支配関係等があれば帰責が肯定されてきたが、オンライン広告におけるアドテクを介した媒体等の決定ではそのような密接な関係までは見られない。

しかしながら、広告自体が広告主の事業への編入という側面があり、そこでの第三者による帰責のための論理を詰める必要がある。そこで出てくのが、補助者概念ということになる。

ここでは勧誘補助者⁶³⁾や交渉補助者⁶⁴⁾という概念で議論されてきたものが問題となる。履行補助者の議論を拡張するもので、交渉補助の概念が勧誘補助を包摂する関係にある。

すなわち、従前、契約上の許否や補助者の選任監督上の過失（旧105条）を勘案し債務者の責任を肯定する履行補助者の議論⁶⁵⁾の類推（独立補助者、従属的補助者で分ける）から出発し、契約締結前の補助者による情報提供義務違反による責任を基礎づけることが目指されていた。

しかし、2017年改正民法では旧105条1項が削除され、415条1項で「債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」帰責性が判断されることになった。

そのため、広告主の情報提供義務を前提に、その体制を構築する義務違反があったかどうかで責任が判断されることになる⁶⁶⁾。

そして広告の位置づけ、実態が帰責事由判断に影響し、実際の広告内容の認識可能性、そして不備ある広告を認識した際にコントロールできるかは、責任判断では要求される。

この点で、翻って使用者責任・注文主の責任（715・716条）の分水嶺である指揮監督関係の有無に帰着することになる。利益の帰属と管理関係を要請する、いわゆる報償責任の原理の枠内に収める必要はあろう⁶⁷⁾。

まとめると、広告主は広告を通しての情報提供においても、ユーザー（消費者）が契約締結する

かについての意思決定に係る情報や安全性に関する正確な情報を提供する義務があり、それは自ら委託する者（再委託を含む）による広告内容において果たされていなければ責任を負いうる。

この点では、2017年改正民法の下では、勧誘・交渉補助者という概念を定立する必要は必ずしもないが、契約交渉へと導き、後続の情報提供による誤認等の解消の機会が付与されうることから、区別して認識することは不要とまでは言えない。

さて、管理可能性が免責につながりうるが、オンライン広告においては、ユーザー（消費者）から立証困難があり、他方広告主の側でも想定外の広告・PRがなされることがありうる。

例えば、口コミブログ・インスタにおける商品役務の紹介が、商品等の提供主体の委託によるステルスマーケティングの場合も、逆にまったく勝手に行われる場合もあり得るのであり、難しい部分がある⁸⁸⁾。

この不明な部分のリスクは、現行法を前提とする限り、消費者が負うしかない、という限界は指摘する必要がある。

10. おわりに

インターネット広告においては多層な取引関係が前提となるが、広告主は、広告制作を委託した場合、主体性が認められ、広告代理店・制作者による誤情報提供の影響を受ける。

景品表示法による措置の対象や、契約の取消し、損害賠償責任を受けることがあり得る。その以外に、組織的一体性や事実上の指揮命令関係等があれば同様の地位に立つことがある。

契約利益剥奪に関しては、民法による処理（詐欺強迫（96条）や、行為基礎事情の錯誤（動機の錯誤：95条2項）など）や、消費者契約法による処理（誤認（4条1・2項）、困惑（4条3項）、過量取引（4条4項））が考えられる。

そして、オンライン広告において属性等に応じた類型的な必要な情報に基づき「個々の消費者」にアプローチする場合も、錯誤・誤認または畏怖・困惑を惹起する故意・認識が認められ、取消しの

可能性は拡大すると思われる。

損害賠償責任に関しても、景品表示法等が各段階の関与者につき、表示内容の合理的根拠の参照を要求しており、そこから導かれる調査義務や、情報提供義務の違反を前提に認めることは可能であろう。

もともと、情報過多がもたらす、逆説的な情報摂取の過少をどうするのかは今後の問題である。視認の困難性解消はユーザーインターフェイス（UI）の改良競争に期待することになるうか。

そして、措置（景品表示法7条1項前段）・差止め（景品表示法30条1項柱書）⁸⁹⁾の対象・内容としては、アドサーバー内のデータ削除、内容が不実であることを公式サイトで表示する等の行為を求めることができよう。

最後に、オンライン広告が寡占状況に至るとの指摘がある中、プラットフォーム事業者は広告代理店と同様の地位に立ちうるといえる。

実現不能な品質等を謳っていることが容易に認識し得る詐欺的な広告などは、一定の措置を取ることが規約上可能でもあることからすると、今後プラットフォーム事業者による広告適正化が強く求められる。この点は、今後検討する予定である。

謝辞

本研究は JSPS 科研費 JP19K01398 の助成を受けたものです。

【注】

- 1) 電通「2019年日本の広告費」
（https://www.dentsu.co.jp/knowledge/ad_cost/）（2020年10月30日閲覧）
- 2) 消費者庁「新型コロナウイルスに対する予防効果を標ぼうする商品等の表示に関する改善要請等及び一般消費者等への注意喚起について（第3報）」参照
- 3) この状況の対応のため、「解約・解除を不当に妨害するような行為を禁止するとともに、解約権等の民事ルールを創設する必要」が指摘されている（消費者庁「特定商取引法及び預託法の

- 制度の在り方に関する検討委員会報告書」（令和 2 年 8 月 19 日）8 頁）。
- 4) 消費者庁「打消し表示に関する表示方法及び表示内容に関する留意点(実態報告書のまとめ)」(2018 年) 14 頁
 - 5) 個人情報保護法令和 2 年改正では、従前の個人情報に加え、提供先で容易照合性が認められ、個人データになり得る Cookie などの個人関連情報の第三者提供規制がなされるようになった(26 条の 2) (小川智史「令和 2 年改正個人情報保護法の概要」(金法 2144 号 29 頁)、岩瀬ひとみ・河合優子・津田麻紀子編著「2020 年個人情報保護法改正と実務対応」(商事法務・令和 2 年) 131 頁以下)。
 - 6) 前掲注 1) によると、インターネット媒体(約 2 兆 1 千億円)が従来の新聞・雑誌・テレビ・ラジオ(約 2 兆 6 千億円)に迫りつつある。
 - 7) 佐藤和明「最近のネット広告のしくみ」(「国民生活 No.95」1 頁以下)、(一社)日本インタラクティブ広告協会(JIAA)「インターネット広告掲載に関するガイドライン集/基本実務・用語集(2020 年版)」155 頁以下、デジタル市場競争会議「デジタル広告市場の競争評価中間報告」(2020 年 6 月 16 日)、その基となった公正取引委員会「デジタル広告の取引実態に関する中間報告書」(令和 2 年 4 月)等参照
 - 8) JIAA「プライバシーガイドライン」(2004 年 11 月制定、2017 年 5 月最終改定)2 条(同前注 13 頁)
 - 9) デジタル市場競争会議前掲注 7) 11 頁
 - 10) 林秀弥「情報・データの流通とその基盤をめぐる競争と規制」曾我部真裕・林秀弥・栗田昌裕「情報法概説 第 2 版」(弘文堂・令和元年)第 4 章 76 頁以下参照
 - 11) デジタル市場競争会議前掲注 7) 16 頁、公取委前掲注 7) 44 頁、岡田淳・根橋弘之・小林花梨「欧米における Cookie 規制の最新動向と今後の展望」NBL1168 号 38 頁以下
 - 12) デジタル市場競争会議前掲注 7) 8 頁
 - 13) 佐藤前掲注 7)、JIAA 前掲注 7) 110 頁、デジタル市場競争会議前掲注 7) 5 頁、公取委前掲注 7) 10 頁
 - 14) 佐藤前掲注 7)、JIAA 前掲注 7) 174 頁、デジタル市場競争会議前掲注 7) 22 頁
 - 15) JIAA 前掲注 7) 162 頁
 - 16) 消費者庁「インターネット消費者取引に係る広告表示に関する景品表示法上の問題点及び留意事項」(平成 23 年 10 月 28 日策定、同 24 年 5 月 9 日一部改定)4 頁以下
 - 17) 佐藤前掲注 7)、JIAA 前掲注 7) 110 頁、デジタル市場競争会議前掲注 7) 5 頁、公取委前掲注 7) 10 頁
 - 18) JIAA 前掲注 7) 49 頁、214 頁
 - 19) 紙媒体でも変更・中止により差止請求を免れることがあり(最三小判平 29 年 1 月 12 日民集 71 卷 1 号 1 頁は事業者がチラシ配布中止をしているため、差止請求を棄却した原審の判断を容認している)、オンライン広告にあつてはサイト・リンク先の表示内容変更は容易であり、契約締結時点でのスクリーンショットなどで情報を残す必要があるが、なかなか難しい。
 - 20) ブランドセーフティの問題に関しては、地方公共団体の広告が違法サイトに表示された問題(クローズアップ現代+「追跡 ネット広告の“闇”」(NHK 総合 2018 年 9 月 4 日放送))や、メディア側の問題であるが気象庁のサイトの広告枠に不適切広告が掲載された問題(「気象庁 HP 広告掲載、20 時間で停止 理由は『不適切な内容』」(朝日新聞 2020 年 9 月 17 日付朝刊))が記憶に新しい。
 - 21) 「アドフraudに対する JIAA ステートメント」(2017 年 8 月 7 日)(JIAA 前掲注 7) 70 頁)、デジタル市場競争会議前掲注 7) 22 頁、公取委前掲注 7) 38 頁
 - 22) デジタル市場競争会議前掲注 7) 18 頁。脱稿後、公取委「デジタル・プラットフォーム事業者の取引慣行に関する実態調査(デジタル広告分野)について(最終報告)」(2021 年 2 月 17 日)が公表されている。
 - 23) 経産省・公取委・総務省「プラットフォーム

- 型ビジネスの台頭に対応したルール整備に関するオプション」(令和元年 5 月 21 日)が公表されている。
- 24) 経産省・公取委・総務省設置のデジタル・プラットフォームを巡る取引環境整備に関する検討会「デジタル・プラットフォームを巡る取引環境整備に関する中間論点整理」(2018 年 12 月 12 日) 4 頁
- 25) 北島洋平・安平武彦・岡本健太・佐久間弘明「特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律の概要」NBL1174 号 11 頁
- 26) 消費者庁「デジタル・プラットフォーム企業が介在する消費者取引における環境整備等に関する検討会論点整理」(令和 2 年 8 月 24 日)、消費者委員会「オンラインプラットフォームにおける取引の在り方に関する専門調査会報告書」(平成 31 年 4 月)に結実している。
- 27) 大元慎二編「景品表示法 第 5 版」(商事法務・平成 30 年) 61 頁
- 28) 前注 63 頁の百貨店と売り場を借りる販売業者の事例を参照
- 29) 消費者庁前掲注 16)
- 30) 消費者庁取引対策課・経産省商務・サービスグループ消費経済企画室編「平成 28 年版 特定商取引に関する法律の解説」(商事法務・平成 30 年) 116 頁以下
- 31) 前注 117 頁
- 32) 「浅慮」という心理状態に関する議論(消費者契約法改正に向けた専門技術的側面の研究会「消費者契約法改正に向けた専門技術的側面の研究会報告書」(令和元年 9 月) 21 頁) 参照
- 33) 宅地建物取引業法 35 条の重要事項説明義務等
- 34) 東京地判平 17 年 9 月 2 日判時 1922 号 105 頁「インターネットのショッピングサイト上に商品及びその価格等を表示する行為は、店頭で販売する場合に商品を陳列することと同様の行為であると解するのが相当であるから、申込の誘引に当たるといふべきである。」
- 35) インターネット取引の『在庫不足』が考えられない商品もある特徴(中田裕康「契約法」(有斐閣・平成 29 年) 80 頁の)や在庫表示を即時に表示しうる特性が、事業者の契約成立に関する留保の必要性がないという結論につながり、インターネット上の表示を申込みと解しうると考えられる。もっとも、支払能力に関して諾否の自由を考える場合が考えられ、その場合は申込みの誘引とすべき場合もあるだろうが、少額の売買やクレジット利用による場合は申込みと解してよいと考えられる。
- 36) 前掲注 19)
- 37) 例えば、商標権に関して、商標法 36 条によるだけでなく、事業者による不正競争防止法 3 条に基づく差止請求が認められる。
- 38) 中田前掲注 35) 78 頁
- 39) 平成 29 年改正民法での惹起型錯誤の導入断念につき、「その誤った認識を前提として表意者が意思表示をし、そのことを相手方も当然の前提であると認識していたと評価できるような場合には、『法律行為の基礎とされていることが表示されていた』と評価することで対応することも可能」(民法(債権関係)部会資料 83 - 2「第 3 意思表示」2 (2))との指摘がなされている。
- 40) 拙稿「つけこみ型勧誘における消費者の属性の位置づけ」総合政策 21 巻 24 頁
- 41) 拙稿前注
- 42) 消費者庁「逐条解説 消費者契約法(第 4 版)」(商事法務・平成 31 年) 217 頁の媒介委託の〔事例 5-1〕参照
- 43) 結局、契約締結への直接の働きかけと評価されれば、勧誘とされ、第三者が行う場合は媒介とされる。もっとも、直接の意思決定まで導かない場合には、商品役務提供者が認識、誤認を利用することが必要となる。
- 44) 平成 29 年改正民法 96 条 2 項は第三者詐欺を「知ることができたとき」を付加し取消範囲を拡張している。また、沈黙による錯誤については大判昭 16 年 11 月 18 日法学 11 巻 617 頁

（「該事實は信義の原則上 Y に於て之を X 先代 A に告知する義務あるものと云ふべし故に Y が之を黙秘して善意の A 代理人 B と本契約を締結したるものとせば其の契約は詐欺に因る契約に非ずと云ふを得ず」）とする判例がある。

- 45) 最三小判平元年 9 月 19 日裁判所サイトは、新聞広告に対する読者らの信頼は、新聞への信頼と無関係ではないことを前提に「広告媒体業務にも携わる新聞社並びに同社に広告の仲介・取次をする広告社としては、新聞広告のもつ影響力の大きさに照らし、広告内容の真実性に疑念を抱くべき特別の事情があつて読者らに不測の損害を及ぼすおそれがあることを予見し、又は予見しえた場合には、真実性の調査確認をして虚偽広告を読者らに提供してはならない義務があ」とし、当該事案で責任を否定した一方、大阪地判平成 22 年 5 月 12 日判時 2084 号 37 頁は同じ定式で雑誌広告の事案で真実調査義務違反を認め、不法行為による賠償請求を認容している。
- 46) 平井宜雄「債権各論Ⅱ 不法行為」（弘文堂・平成 4 年）230 頁
- 47) 景品表示法 26 条 1 項及び内閣総理大臣「事業者が講ずべき景品類の提供及び表示の管理上の措置についての指針」。特に、同指針第 4 「3 表示等に関する情報の確認」「4 表示等に関する情報の共有」。また、不实証広告規制（景表法 7 条 2 項、特商法 6 条の 2、12 条の 2 ほか）の前提として、「表示を行う事業者は、当該表示内容を裏付ける合理的な根拠をあらかじめ有しているべき」（消費者庁「不当景品類及び不当表示防止法第 7 条第 2 項の運用指針—不实証広告規制に関する指針—」（平成 15 年）、第 3「合理的な根拠の判断基準」1）とされている。なお、会社法 362 条六号、同施行規則 100 条 1 項四号による内部統制体制構築義務と接続し得る。
- 48) 谷本陽一「原始的不能」大塚直編『民法改正と不法行為』（岩波書店・令和 2 年）6 章、103

頁以下

- 49) 民法（債権関係）中間試案 第 29「契約の解釈」「1 契約の内容について当事者が共通の理解をしていたときは、契約は、その理解に従って解釈しなければならないものとする。」
「2 契約の内容についての当事者の共通の理解が明らかでないときは、契約は、当事者が用いた文言その他の表現の通常の意味のほか、当該契約に関する一切の事情を考慮して、当該契約の当事者が合理的に考えれば理解したと認められる意味に従って解釈しなければならないものとする。」
- 50) 宅地建物取引業法 35 条、金融商品販売法 3 条（令和 2 年改正で「金融サービスの提供に関する法律」4 条）、割販法 3 条等
- 51) 山本敬三「契約法の現代化Ⅰ」（商事法務・平成 28 年）222 頁、後藤巻則「消費者契約と民法改正」（弘文堂・平成 25 年）232 頁
- 52) 法制審民法（債権関係）部会「中間試案」第 27、2「契約締結過程における情報提供義務」のただし書部分参照。「契約を締結するか否かに関し相手方の判断に影響を及ぼすべきもの」民法（債権法）改正検討委員会編「詳解 債権法改正の基本方針Ⅱ」（商事法務・平成 21 年）43 頁
- 53) 小粥太郎「マンションの販売を委託された宅建業者の説明義務ほか」民商 134 巻 275 頁
- 54) 最三小判平 15 年 12 月 9 日民集 57 巻 11 号 1887 頁
- 55) 最一小判平 16 年 11 月 18 日民集 58 巻 8 号 2225 頁
- 56) 最一小判平 18 年 6 月 12 日判時 1941 号 94 頁
- 57) 最二小判平 17 年 9 月 16 日判時 1912 号 8 頁
- 58) 奥田昌道・佐々木茂美「新版 債権総論 上巻」（判夕社・令和 2 年）275 頁、中田裕康「債権総論（第 4 版）」（岩波書店・令和 2 年）180 頁
- 59) 消費者庁前掲注 42）112 頁
- 60) 鹿野菜穂子「消費者契約法における契約締結過程の規律」消費者法研究 6 号 166 頁

(2020年12月14日受理)

61) 潮見佳男「新債権総論 I」(信山社・平成 29 年) 140 頁

62) 取引上の社会通念は契約解釈(合理的意思の探求)でも参照され、履行請求権の限界、債務不履行責任における帰責事由の判断要素となる(412条の2、415条)。

63) 消費者委員会消費者契約法専門調査会第9回会議(平成27年4月24日)河上委員長(当時)発言は、有償でネット上のクチコミを委託している「いわば勧誘補助者」がいて、立証困難の状況で、「勧誘補助者がやった…ネット上のクチコミ行為に関して責任を負うのが筋」であり、「もし分かれる線があるとすれば、全く赤の他人がそういうクチコミや書き込み行為をしたことが、知ろうと思えば知ることができたかも知れないが、そのまま取引してしまったような場合を、もうそれはしようがないとするか、あるいはそこに重大な過失があるから、その部分についてはいわば第三者詐欺に近いような形で取消権を認めてやるかというあたりのところだと思います。」

64) 法制審民法(債権関係)部会「中間的な論点整理」第23、3「契約交渉等に関与させた第三者の行為による交渉当事者の責任」に挙げられたが、中間試案段階で脱落した。債務不履行(付随義務違反)か不法行為か責任の性質を問わず、独立的補助者の行為に関する責任や選任監督上の過失の有無で免責を認めるかなど議論された(第48回会議)。

65) 潮見前掲注61) 414 頁

66) 潮見前掲注61) 408 頁

67) 平井前掲注46)

68) 前掲注63)

69) 適格消費者団体の差止請求に係る景品表示法30条1項柱書は、7条のように違反行為がなくなっている場合の定めを欠くが、「予防」措置を求め得る以上、一旦違反行為を停止しても「おそれがあるとき」には、差止請求は認められるべきである。ただ、どのような内容で特定すべきかは要検討。