

# OH-EBASHI LPC & PARTNERS NEWSLETTER



## 目次

1

【法社会学、比較法学、裁判制度】

日本人の法意識は変わったか？

倉吉 敬

2

【電気通信事業法/プロバイダ責任制限法】

デジタル広告の流通を巡る近時の議論と  
関係事業者による対応の在り方

上原 拓也

3

【不競法】

営業秘密の基礎知識～近時の裁判例と秘密管理性～

杉野 文香

本ニュースレターの発行元は弁護士法人大江橋法律事務所です。弁護士法人大江橋法律事務所は、1981年に設立された日本の総合法律事務所です。東京、大阪、名古屋、海外は上海にオフィスを構えており、主に企業法務を中心とした法的サービスを提供しております。本ニュースレターの内容は、一般的な情報提供に止まるものであり、個別具体的なケースに関する法的アドバイスを想定したものではありません。本ニュースレターの内容につきましては、一切の責任を負わないものとさせていただきます。法律・裁判例に関する情報及びその対応等については本ニュースレターのみには依拠されるべきでなく、必要に応じて別途弁護士のアドバイスをお受け頂ければと存じます。

## 【法社会学、比較法学、裁判制度】

# 日本人の法意識は変わったか？



大江橋法律事務所 弁護士  
倉吉 敬

▶ PROFILE

kei.kurayoshi@ohebash.com

## 第1 はじめに

日本のビジネスパーソンが、欧米のビジネスパーソンと折衝等を行った際に、その権利意識の強さ、契約に対する厳しい見方等に、驚かされ、日本人とは違うというある種の文化的な違和感を抱いたという話は、よく耳にします。他方、欧米のビジネスパーソンも、日本人が折衝時にみせる曖昧な態度等に、同じような違和感を抱くことがあると言われています。

このような意識の相違が生ずるのは、日本人の伝統的な法意識<sup>注1</sup>が、欧米人の法意識とは異なることに由来すると考えられています。

現在の日本の法と制度は、元をたどれば、不平等条約撤廃のため、近代法を整備する必要に迫られた明治政府が、フランス法とドイツ法を手本にして整備したものです。これは西洋諸国に押し付けられたものではなく、明治のエリートたちが短期間のうちに驚異的なエネルギーで外国法と法制度を学び吸収し、個人の権利と自由を基本とするその規範の重みと合理性を理解した上で、取り入れたものでしたが、過去の日本の法や裁判の歴史との連続性は顧慮されませんでした。このため、出来上がった法や制度と伝統的な日本人の法意識との間で乖離が生じ、その後、明治、大正、昭和、そして敗戦後の民主化とアメリカ法の導入後も、伝統的な法意識は、根強く存在し続けていると言われています。

ただ、平成の30年間は、社会経済が変動し、価値観が多様化して揺れ動いた時代でした。私は、この平成の30年間に、前職(裁判官)に従事し、そのうち12年間は法務省で勤務し、

司法制度改革の一端にも触れましたが、この間、日本人の法意識は少なからず変わったように思います。

本稿では、日本人の法意識として指摘されてきたものうち、何が変わり、何が変わらなかったのか、また、その全てが「前近代的」として排斥すべきものなのかを考えてみたいと思います。最新の法的な課題をタイムリーに紹介する、いつものNews letterの記事とは異なりますが、気楽にお読みいただき、執務の参考にしていただければ幸いです<sup>注2</sup>。

## 第2 日本人の法意識

### ■ 大岡政談「三方一両損」とシェークスピア「ヴェニスの商人」

#### (1) 大岡政談「三方一両損」

おおおかえちぜんのかみただすけ

大岡越前守忠相は、18世紀前半に8代将軍吉宗の下で江戸南町奉行を務めました。もちろん実在の人物ですが、その裁判を集めたとされる講談「大岡政談」は、どれも架空の作り話です。その中に、「三方一両損」という、いかにも日本人好みの面白い話があります。日本人の法意識を知る上で格好の素材として、法社会学、比較法学等の分野でよく採り上げられま

**注1** 「法意識」という言葉は、法社会学や比較法学等の分野の用語ですが、新聞、雑誌などにも登場するようになりました。日本人には裁判嫌いの法意識があるとか、日本人の権利や契約についての法意識は希薄であるといった言い方をします。その意味内容は学者によって異なり、曖昧なところもありますが、本稿では、潜在的な意識も含めて、法や権利、裁判、契約等に対する見方、考え方、感じ方といった一般的な意味で用いています。

**注2** 参考図書：川島武宜「日本人の法意識」岩波新書、青木人志「大岡政談」の法意識」光文社新書、内田貴「法学の誕生」筑摩書房

本ニュースレターの発行元は弁護士法人大江橋法律事務所です。弁護士法人大江橋法律事務所は、1981年に設立された日本の総合法律事務所です。東京、大阪、名古屋、海外は上海にオフィスを構えており、主に企業法務を中心とした法的サービスを提供しております。本ニュースレターの内容は、一般的な情報提供に止まるものであり、個別具体的なケースに関する法的アドバイスは想定したものではありません。本ニュースレターの内容につきましては、一切の責任を負わないものとさせていただきます。法律・裁判例に関する情報及びその対応等については本ニュースレターのみには依拠されるべきでなく、必要に応じて別途弁護士のアドバイスをお受け頂ければと存じます。

すが、その概要は次のとおりです。ちなみに、江戸時代なんて昔の話だと思われるかもしれませんが、日本人の意識と行動様式は、長い平和が続き安定していた江戸後期に出来上がったものもあり、その影響はまだ強いと考えられています。

手紙の反故に包んだ3両の金を拾った建具屋の長十郎。その手紙に「<sup>ほご</sup>畳屋三郎兵衛」と書かれていたので、江戸中の畳屋をまわり、4日目に落とし主の三郎兵衛を探し当てます。喜んだ長十郎は3両を渡そうとしますが、三郎兵衛は、それは拾ったお前の物だと言って受け取りません。素直に感謝し、3両はお礼としてそのまま差し上げたいと言えはままだいいのですが、江戸っ子なのでそんな言い方はできないわけです。「受け取れ」「受け取れるか」の押し問答が大喧嘩になり、名奉行に裁いてもらおうということになりました。

奉行所に呼び出された二人を前に、大岡は、裁きの順番を待つ他の大勢の訴訟関係者にも聞こえるように、大声でこう言います。「世間には欲だけで訴える者が多いのに、お前たちは、一人は仕事を休んで落とし主を探し、一人は、落とし主以上拾った者の金だと言って受け取らない。正直で感心だ。そこで、奉行の自分も1両を出そう。合計4両になるから2両ずつ受け取れ。長十郎は3両拾って2両取るから1両の損、三郎兵衛は3両落として2両戻るから1両の損、奉行も1両の損じゃ。これで丸く納めてくれぬか」。しがたい長屋暮らしの俺たちのような者のためにお奉行様が1両も出してくれるとは。予想もしなかった展開に、二人は納得の上、地面に頭をこすりつけて平伏し、一件落着となります。

欲だけで訴える者が多いと言う大岡のセリフには、裁判で権利を主張する人々をけん制しようという創作者の意図が込められています。ここが引っかけ、この話を好きにはなれ

なかったのですが、その後、経済的利益追求一辺倒で理不尽な訴えも少なからずみてきたせいか、理由のない金は受け取れないと意地を張る江戸っ子、それに感動して自分も1両出そうと言い出す奉行に、以前よりは素直に感情移入できるようになりました。貧しくても正直に生きようとする人々、その人間らしいさわやかな心情に共感してしまうのです。

## (2) シェイクスピア「ヴェニスの商人」

次は、シェイクスピア(1564-1616)の有名な喜劇「ヴェニスの商人」です。シェイクスピアは、大岡の約100年前に活躍したイギリスの劇作家。当時のイギリスは、処女王エリザベス一世の治世下で、人間解放、人間回復が謳われたイギリス・ルネサンスの開花期でした。舞台はイタリアのヴェニスですが、実はユダヤ人を蔑視し、排斥していた当時のロンドンの文化とイギリス人の国民性がそのまま反映されています。物語の概要は次のとおりです。

商人アントーニオは、親友から多額の金銭の融通を求められたが、持ち合わせがなかったため、その親友のために、ユダヤ人の金貸しシャイロックから金を借りようとします。当時高利貸しを営むユダヤ教徒はキリスト教徒に嫌われ迫害されていて、シャイロックも、アントーニオから、会う度に侮辱され、屈辱を受けていました。そのアントーニオが頭を下げて頼んで来たので、シャイロックは、「期限までに返さないときは、お前さんの胸の肉1ポンドを切り取ることを認めるなら、貸してもいい」と答えます。アントーニオは、自分の船が戻れば大金が入るので、その旨の証文を書いてしまうのですが、船が難破したという知らせが入り、返済できないまま期限を徒過、シャイロックは、アントーニオの胸の肉を1ポンド切り取ることを求める訴えを起こします。今なら、こんな契約は公序良俗違反で無効なので、シャイロックの訴えは認め

本ニュースレターの発行元は弁護士法人大江橋法律事務所です。弁護士法人大江橋法律事務所は、1981年に設立された日本の総合法律事務所です。東京、大阪、名古屋、海外は上海にオフィス構えており、主に企業法務を中心とした法的サービスを提供しております。本ニュースレターの内容は、一般的な情報提供に止まるものであり、個別具体的なケースに関する法的アドバイスは想定したものではありません。本ニュースレターの内容につきましては、一切の責任を負わないものとさせていただきます。法律・裁判例に関する情報及びその対応等については本ニュースレターのみならず、必要に応じて別途弁護士のアドバイスをお受け頂ければと存じます。

られませんが、当時はそんなルールはありません。キリスト教徒なら契約を守るのは当然、そう考えていたヴェニスの人々は、アントーニオが殺されるのは避けられないと、固唾をのんで裁判の行方を見守ります。

そこに、親友の婚約者であるポーシャが、男装して優秀な裁判官という触れ込みで登場し、「証文の期限は切れている。証文通り肉を切り取るしかない、法を曲げることはできない」とした上で、「しかし、シャイロック、慈悲をかけてやれぬか。お前にも情けはあろう」と何度も和解勧告をします。しかし、その都度、シャイロックは、証文通りのお裁きをと繰り返します。そこで、ポーシャは、「この証文によれば、血は一滴も許されていない。文面にははっきり『1ポンドの肉』とある。よろしい、証文のとおりにするがよい、憎い男の肉を切り取るがよい。ただし、その際、キリスト教徒の血を一滴でも流したなら、お前の土地も財産も、ヴェニスの法律にしたがい、国庫に没収し、お前は死刑にする」と宣告します。驚いたシャイロックは、元金を返してもらえばいいので許してくれと懇願するのですが、ポーシャは許しません。最終的にシャイロックは、財産の半分を失い、キリスト教への改宗を命じられて、幕となります(シェークスピア「ヴェニスの商人」福田恆存訳)。

ところで、ポーシャが強欲なユダヤ人のシャイロックをやり込める痛快なこの名セリフは、実は詭弁です。肉を切り取れば血が出るのは当たり前で、そんなことは承知の上でこの契約は結ばれているので、現在の意思解釈論によれば、契約に書いてなくても、血が出ることは契約の当然の内容なのです。ポーシャは、ここをごまかして、契約書(証文)に書かれていないことは契約の内容にならないことにしたのですが、彼女がずる賢いのは、契約どおりにすべきだとシャイロックに何度も言わせておいて、そこまで言うなら契約どおりにしてやる

と、この理不尽な結論に持ってくるどころ。ここにシェークスピアの真骨頂があります。

しかし、キリスト教徒は約束を守る、そう信じていたシャイロックにとって、その約束をキリスト教徒の裁判官が反故にしようとは思ってもよらないことでしたし、アントーニオらキリスト教徒も全く予期していませんでした。

これは余談ですが、この「喜劇」は、本来、頭のいい裁判官が強欲なユダヤ人をやり込めたという単純な話です。シェークスピアにもそれ以上の意図はありません。しかし、こうみえると、法に従う外形を取り繕いながら、詭弁を用いた不公正な裁判をすることの恐ろしさを感じます。映画や舞台でも、シャイロック役に重厚で老練な男優—アル・パチーノや平幹二郎—を配し、理不尽な裁判のために全てを失う少数者の孤独と悲哀を演じさせて、観客を唸らせるものが意外に多いのです。

### (3)まとめ

この大岡裁き、もし、3両を二人で1両半ずつ分けると、足して2で割る案を出したのでは、恐らくこの二人は収まりません。大岡が1両出すからこそ、納得するわけです。奉行の人格に打たれると言ってよいでしょう。しかし、法によらずに人情だけで裁判をし、その上に裁判官がポケットマネーまで出すというのは、およそ予見可能性がなく、到底裁判とはいえません。

一方、「ヴェニスの商人」のポーシャも、人々の予想していなかった裁判をするわけですが、実は、当時の法と契約理論を厳格に適用しており、それでいて悪を懲らしめるというスジも通しています。

法意識の観点からみた二つの物語のポイントは、下記のとおりですが、比べてみると、権利を主張することをネガティブに捉え、理屈を言わずにお上に任せておけばうまくやってくれるという日本人の意識がよく現れていると思うのです。

本ニュースレターの発行元は弁護士法人大江橋法律事務所です。弁護士法人大江橋法律事務所は、1981年に設立された日本の総合法律事務所です。東京、大阪、名古屋、海外は上海にオフィスを構えており、主に企業法務を中心とした法的サービスを提供しております。本ニュースレターの内容は、一般的な情報提供に止まるものであり、個別具体的なケースに関する法的アドバイスは想定したものではありません。本ニュースレターの内容につきましては、一切の責任を負わないものとさせていただきます。法律・裁判例に関する情報及びその対応等については本ニュースレターのみには依拠されるべきでなく、必要に応じて別途弁護士のアドバイスをお受け頂ければと存じます。

三方一両損→

- 権利を主張して訴えを起こすような者は好ましくない。
- 法にこだわらず、柔軟に、八方丸く収めるのが、いい裁判官だ。

ヴェニスの商人→

- 契約は守られなければならない。法を曲げてはならない。
- 法を曲げずに、悪を徹底的に懲らしめるのが、いい裁判官だ。

## 2 日本人の法意識としてこれまで指摘されてきた事柄

日本人の法意識としてこれまで指摘されてきた事柄は、次のとおりです。

### (1) 「法、権利、契約に対する意識が希薄で、個人の権利、個人の自由よりも所属集団の論理、利益を優先する」

これは、最もよく言われてきたことです。自分の権利主張も控えがちだし、他人の権利や自由を尊重する気持ちも弱く、本当はそうしたいのだけれども、職場の雰囲気や目上の人の意向、企業の論理が先に立って、言いたいことをいえないという指摘です。そのくせ、他人が権利主張をすると、何でそんなことを言って波風を立てるんだと思ってしまう。長いものには巻かれるというか、日本の組織は同調圧力が強いというわけです。

契約に対する意識が低いというのは、裁判実務でもよく感じました。契約書にはこう書いているけれど、錯誤又は通謀虚偽表示で無効だという主張は必ずと言っていいほど、よく出てきます。そもそも契約書や遺言書を作らない人も多く、日本人は紛争予防の意識に乏しいと批判されています。明らかに欧米人とは違う所です。

### (2) 「紛争を表沙汰にせず水面下で収めようとする」

これもよく言われることで、「日本人の裁判嫌い」などと批判されてきました。紛争は、裁判所に持ち込まれず、共同体の長、悪くすると、顔役のような人物の裁定で処理され、また、行政の事前規制が行き渡っていて、事前の取り決めに異議を唱えても、行政も含めた事前調整がされて、従わざるを得ないというのです。企業でも、何かクレームや問題が生じて、事前交渉で収めるのが通例で、例えば、総会屋の要求等を水面下でうまく裁けるかは、総務部の優秀な職員の腕の見せ所だなどと言われていました。

### (3) 「訴訟よりも和解・調停に傾く」「絶対的敗者を作らない」

世界には、訴訟に傾く文化を持つ国と訴訟を回避して和解・調停に傾く文化を持つ国があり、欧米はおおむね前者で、日本は後者だと言われます。もっとも、どこの国の国民も、和解、調停がいいと考える人が多く、ただ、受け皿となる制度が整っていない国があるにすぎないという学者もいます。反対に、日本の場合、訴訟に要するコストが高く、裁判官や調停委員から強く勧告されるため、しぶしぶ和解・調停にに応じているにすぎないとか、国も、訴訟が多すぎると大変なので、和解調停に流れるよう制度設計しているのだといった批判もあります。

そういうわけで、日本人が「訴訟よりも和解・調停に傾く」ことについての学者の評価は分かれます。肯定的にみると、日本人には互譲の精神、持てるものを分かち合う精神がある、これは世界に誇れる日本人のモラルであり、優しさ、思いやりの現れだということになり、否定的にみる人は、スジを通さない、黒白の決着を付けたがらない、要するに、責任の所在を曖昧にする国民性だということになります。

「絶対的敗者を作らない。」というのも、和解・調停に傾くのと同方向の意識ですが、同様にポジティブにみるか、ネガティブにみるか、評価は分かれるところで。

本ニュースレターの発行元は弁護士法人大江橋法律事務所です。弁護士法人大江橋法律事務所は、1981年に設立された日本の総合法律事務所です。東京、大阪、名古屋、海外は上海にオフィスを構えており、主に企業法務を中心とした法的サービスを提供しております。本ニュースレターの内容は、一般的な情報提供に止まるものであり、個別具体的なケースに関する法的アドバイスは想定したものではありません。本ニュースレターの内容につきましては、一切の責任を負わないものとさせていただきます。法律・裁判例に関する情報及びその対応等については本ニュースレターのみならず、必要に応じて別途弁護士のアドバイスをお受け頂ければと存じます。

(4)「治安に対する意識、遵法意識は高い。」

これはそのとおりだと思います。日本に来たことのある外国人は口をそろえて、「日本ほど安全な国はない。夜、女性が一人で歩いている。財布を失くしても、拾った人が届けてくれる。」と言います。もっとも、地域社会が健在で地域の絆、コミュニティの絆が残っていた昭和の時代に比べると、治安に対する意識は低下しているかもしれません。

### 第3 平成の時代、法意識は変わったか？

#### 1 権利意識が希薄で、裁判嫌いだというのは本当か？

昭和61年ころから平成3年ころまでの間、日本経済が好況に沸いたバブルと呼ばれた時代がありましたが、あの時期には利益一辺倒で理不尽な訴えも多く、日本人は自己の権利を主張して訴えを提起するのに遠慮はないのではないかと感じたものでした。

ただ、「利益一辺倒の訴え」はともかく、真に救済を要する人々が、時間と費用がかかるために司法手続を利用したくてもできないという状況があるとすれば、問題です。この点については、司法制度改革で実現した労働審判制度が広く利用され、個別労働事件の紛争の早期解決が図られていること、法テラスも盛んに利用されていることが大きく、大事なのは、社会の実情に合った制度設計ができているかだと改めて実感しました。

しかし、個人の権利や自由を尊重する意識が希薄であるという点は、(後記2の規制緩和策及び企業のコンプライアンスやコーポレートガバナンスの推進により、ある程度克服された部分はあるにせよ、)今もなお日本人の伝統的な法意識と

して残っているように思われます。

#### 2 紛争を水面下で収めるのは難しくなった。

平成期に、政府は規制緩和策を採用し、行政による事前介入による調整が減少し、行政がらみの紛争が裁判所に持ち込まれることも多くなりました。

また、ご承知のとおり、企業のコンプライアンスやコーポレートガバナンスが強調され、内部の不正や不健全な部分をもみ消すようなことはできなくなりました。

さらに、昭和期には日本各地に残っていた地域社会が崩壊し、地域社会で育まれた価値観が壊され、地域、学校、家族などの集団の中で済まされてきた問題が、済まされなくなりました。地域の絆が弱まり、共同体や家族の中のトラブルを受け止め、緩和するようなコミュニティの力も後退しました。反面、共同体の中の強者が弱者を抑圧して、権利主張をさせないというような事態も減少したものと思われます。

#### 3 和解・調停の進化

江戸時代、民事裁判には「内済の原則」というのがあって、内で済ます、つまり和解・調停を非常に強く推奨していました。それが明治になっても引き継いでなされ、今でいう調停に当たる「勧解」に関する規則ができて、広く利用されていました。欧米諸国と比較して、日本の民事裁判は和解・調停を原則としていたところに特色があるといえます。

これに対し批判的な見方があることは前述のとおりですが(第2の2の(3))、実際に民事の裁判を扱った経験からすると、当事者の一方だけが100%正しいという事件はまれで、ここに妥協の余地があるし、互譲の精神は日本人のいい伝統だと実感します。

もっとも、かつての日本の伝統的な和解・調停には、問題が

本ニュースレターの発行元は弁護士法人大江橋法律事務所です。弁護士法人大江橋法律事務所は、1981年に設立された日本の総合法律事務所です。東京、大阪、名古屋、海外は上海にオフィスを構えており、主に企業法務を中心とした法的サービスを提供しております。本ニュースレターの内容は、一般的な情報提供に止まるものであり、個別具体的なケースに関する法的アドバイスを想定したものではありません。本ニュースレターの内容につきましては、一切の責任を負わないものとさせていただきます。法律・裁判例に関する情報及びその対応等については本ニュースレターのみには依拠されるべきでなく、必要に応じて別途弁護士のアドバイスをお受け頂ければと存じます。

ありました。例えば、大正11年(1922)に制定された借地借家調停法が議会で審議された際、政府委員は、「家賃が取れば、一日や二日遅れたっていいじゃないか、明渡は見合わせてやったらどうだというようなことで、情を尽くして調和すれば、自ずから権利でないような権利も、円満に収まる」等と説明しており、法や権利によらずに、適当な所で話を付けるのがいいのだと考えていることを露わにしています。昭和期に入っても、調停委員が「ここは理屈を議論する場ではない。相手の立場も考えれば、この額で折り合え」等と押し付けてくるといった批判がありました。

この点、昨今の裁判上の和解や調停では、事案が複雑で利害が錯綜しているとか、感情の対立が激しく、調整が難しいものが増えました。それだけに、正当な個人の権利を守り、不当な権利主張を抑えていく必要が格段に高まり、これまで以上に、判決や審判の予測を踏まえた調整と合理的な解決案の提示をすることが必要になっています。現在では、裁判所や調停委員の努力により、適正な和解、調停を行う実務がほぼ定着していると思われます。

#### 4 遵法意識はどうか。

平成15年以降、犯罪事件の総数はおおむね減少傾向にあります。特殊詐欺、子どもの虐待、陰湿ないじめ、闇バイトによる強盗などが増えており、日本の治安は悪くなっているのではないかという見方があります。また、共同体としての地域社会が崩壊し、マンションの隣室の住人の顔も知らないし、そもそも他人と関わり合いたくないという住民も増え、深夜悲鳴が聞こえても、警察への通報もしない等の懸念すべき状況が生まれています。

しかし、平成期に起こった東日本大震災と、同じく平成期に始まった裁判員制度は、期せずして、日本人の遵法意識は依然として高いことを示すものとなりました。

#### (1) 東日本大震災

東日本大震災は2011年(平成23年)3月に発生しましたが、その後に被災地の人々が見せた、規律正しい思いやりのある振る舞いが、世界中を驚かせました。家族を失い、家を流されて、すべてを失った人たちが、給水場所できちんと行列し、整然と待っている、避難所で、見ず知らずの子がひもじそうにしているのを見た老夫婦が、自分たちは朝から何も食べていないのに、配給のパンを渡す、そんな話がたくさんあって、各国の特派員たちは、競って本国に配信しました。

知日派を自認する米国の知識人が、「日本国民がこの歴史的な災禍に冷静さを保って対応したことは、米国人を感嘆させた。日本人がこの状況下で米国でのように略奪や暴動を起こさず、相互に助け合うことは全世界でも少ない独特の国民性であり、社会の強固さだ。」とまで述べたという記事も目にしました。

言葉にできないきわめて悲惨な災厄だっただけに、どのような事態になろうとも、日本人の思いやりの精神と遵法意識は変わらないことが、より一層際立ち、世界中の人々を感動させたと言えるでしょう。

#### (2) 裁判員制度

司法制度改革の目玉である裁判員制度は、5年間の準備期間を経て2009年(平成21年)5月にスタートしました。

全国初の裁判員裁判の法廷が東京地裁で開かれたのは、この年の8月でしたが、最も注目を集めたのは、判決宣告後に行われた裁判員の記者会見でした。法律には素人の普通の市民である裁判員たちが、被害者やその遺族、被告人に思いを馳せ、悩みながら、真剣に考え議論したことを、自分の言葉で、率直かつ冷静に語ったのです。新聞各紙はこれを大きく採り上げ、「感動、感激したというのが率直な気持ちだ。……日本も捨てたものじゃない。日本人は世界に誇れる健全な国民だということを再認識させられた。」と書いた論説

本ニュースレターの発行元は弁護士法人大江橋法律事務所です。弁護士法人大江橋法律事務所は、1981年に設立された日本の総合法律事務所です。東京、大阪、名古屋、海外は上海にオフィスを構えており、主に企業法務を中心とした法的サービスを提供しております。本ニュースレターの内容は、一般的な情報提供に止まるものであり、個別具体的なケースに関する法的アドバイスは想定したものではありません。本ニュースレターの内容につきましては、一切の責任を負わないものとさせていただきます。法律・裁判例に関する情報及びその対応等については本ニュースレターのみならず、必要に応じて別途弁護士のアドバイスをお受け頂ければと存じます。

委員もいました。

裁判所では、裁判員、補充裁判員等に選ばれた方にアンケートをお願いしていますが、その自由記載欄には、きわめて興味深い、多彩な感想が述べられています。そのいくつかを紹介しします。

「6人の裁判員は、凝縮された時間を一緒に過ごす中で、ある種の連帯感を感じながら、それぞれの背負ってきた人生が反映された意見を十分に言えた。一般人の代表として一般の意見を言った上で、みんなでまとめて1つの判決になることが、裁判員にとって一番重要なことじゃないかと思う。」

「今までは被害者の側からしか見ていなかったが、被告人の方にも色々な事情があることがわかった。」

「人間は誰でも罪を犯す可能性があり自分にもそれはある。日常を精一杯、きちんと生きて行こうと思う。」

「裁判員制度を利用しながら、1人でも多くの方が社会全体の問題点を考えることによって、社会がよりよい方向に向かっていくといいなと思う。」

これらをみると、刑事裁判の審理に立ち会い、評議を重ねていく中で、裁判員の一人ひとりが、犯罪やその背景に対する認識を深め、自身の生き方や社会全体のあり方にまで思いを巡らせていることがよくわかります。

日本人の治安に対する意識が低下しているのではないかという懸念があることは、前述のとおりですが、裁判員経験者が増えていくことが、治安や人権の問題は他人事ではないという意識を地域社会に根付かせ、国民の意識を変える力になるのではないかと感じています。

## 第4 おわりに

前記第3の■で述べたとおり、個人の権利や自由を尊重する意識が希薄であるという点は、日本人の伝統的な法意識として、今なお残存しているように思われます。これは、欧米各国では、人種、民族、宗教を異にする人々が共に暮らし、価値観の衝突が避けられないことから、多様性を認める寛容さがなければ共存できなかったのに対し、日本社会は、ほぼ均一民族で、宗教上の対立等も少なく、これまで、深刻な価値観の衝突や多様性の問題に直面することが、ほとんどなかったという歴史的な経緯によるものかもしれません。

そうだとすると、急速な人口減少局面を迎える中、性別、年齢、国籍、障害のあるなし等を問わず、多様な人材を確保すべく、DEI(ダイバーシティ(多様性)、エクイティ(公平性)、インクルージョン(包摂性))を推進することが不可欠となっている現下の情勢は、日本人の法意識が変わる大きな契機になるかもしれません。今後の状況の推移が注目されます。

以上

本ニュースレターの発行元は弁護士法人大江橋法律事務所です。弁護士法人大江橋法律事務所は、1981年に設立された日本の総合法律事務所です。東京、大阪、名古屋、海外は上海にオフィスを構えており、主に企業法務を中心とした法的サービスを提供しております。本ニュースレターの内容は、一般的な情報提供に止まるものであり、個別具体的なケースに関する法的アドバイスは想定したものではありません。本ニュースレターの内容につきましては、一切の責任を負わないものとさせていただきます。法律・裁判例に関する情報及びその対応等については本ニュースレターのみには依拠されるべきでなく、必要に応じて別途弁護士のアドバイスをお受け頂ければと存じます。

# デジタル広告の流通を巡る 近時の議論と関係事業者 による対応の在り方



大江橋法律事務所 弁護士/ニューヨーク州弁護士  
/情報処理安全確保士

上原 拓也

▶ PROFILE

[takuya.uehara@ohebash.com](mailto:takuya.uehara@ohebash.com)

## 第1 はじめに

近時、政府内でデジタル広告（インターネット広告、オンライン広告）の流通を巡る課題への対応の在り方に関する議論が活発化しています。

例えば総務省は、デジタル空間における情報流通に伴う様々な諸課題について、制度整備を含むその対処の在り方等を検討するため、2024年10月から有識者会議「デジタル空間における情報流通の諸課題への対処に関する検討会」を開催しているところ、その下で「デジタル広告ワーキンググループ」を開催し、デジタル広告の流通を巡る諸課題への対処の在り方等に関する検討を専門的な見地から行っています。これに先立つ同年9月には、前年から約1年間にわたってデジタル空間における情報流通の健全性確保に向けた今後の対応方針と具体的な方策について検討を行ってきた「デジタル空間における情報流通の健全性確保の在り方に関する検討会」の取りまとめが公表されているところ、その中では、「制度的な対応」として、「広告の質の確保を通じた情報流通の健全性確保の在り方」や「質の高いメディアへの広告配信に資する取組を通じた情報流通の健全性確保の在り方」についても検討・具体化を進めることが適当と提言されています。

こうした議論の背景には、2024年前半頃から社会問題化し始めた投資詐欺等の入口としてSNS上のなりすまし型偽広告（有名人等の氏名・肖像等を無断で使用し、あたかも当該有名人等が関係しているように見せかけて発信されるデジ

タル広告）が広く利用されたことや、同年1月に発生した能登半島地震に際しても問題となったような偽・誤情報を含むSNS上の発信、他人の権利を侵害するコンテンツなど、違法・不当なコンテンツと同時にデジタル広告が表示され、広告主のブランド価値を毀損するだけでなく、デジタル広告費が違法・不当なコンテンツの発信を金銭面で支える結果となっていること等の新たな問題の発生があるものと考えられます。従来、デジタル広告に対しては、競争政策の観点から関係事業者間の取引の透明化・公正化を求める規制（主に公正取引委員会及び経済産業省が所管）や、消費者保護の観点から虚偽・誇大広告等を取り締まる規制（主に消費者庁が所管）が存在したものの、上記のような新たな問題は、これら従前の規制枠組みでは捉え切れない部分があるため、インターネット上の情報流通に関する規律の在り方という新たな視点から、総務省を中心に対策を検討しているものと言えます。

本稿では、こうした政府内での議論を踏まえ、デジタル広告の流通に関係する事業者（広告主及びパブリッシャー、並びにそれらをつなぐプラットフォームを提供する事業者）が現行の情報通信法制の中でどのように位置付けられるのか、また今後どのような対応が求められ得るのかについて概説します<sup>注1</sup>。

**注1** なお、筆者は2023年8月から1年間、本文で触れた総務省の有識者会議の庶務を行った同省情報流通行政局 情報流通振興課 情報流通適正化推進室に出席していましたが、本稿の見解は筆者個人の見解となります。

本ニュースレターの発行元は弁護士法人大江橋法律事務所です。弁護士法人大江橋法律事務所は、1981年に設立された日本の総合法律事務所です。東京、大阪、名古屋、海外は上海にオフィスを構えており、主に企業法務を中心とした法的サービスを提供しております。本ニュースレターの内容は、一般的な情報提供に止まるものであり、個別具体的なケースに関する法的アドバイスは想定したものではありません。本ニュースレターの内容につきましては、一切の責任を負わないものとさせていただきます。法律・裁判例に関する情報及びその対応等については本ニュースレターのみならず、必要に応じて別途弁護士のアドバイスをお受け頂ければと存じます。

## 第2 デジタル広告の仕組み

議論の前提として、デジタル広告がインターネット利用者(消費者等)によって閲覧されるまでの配信の流れをごく簡単に解説します(なお、実際のデジタル広告には多種多様なものが存在するため、以下で解説する仕組みはあくまで一例です。)

最も単純なケースでは、デジタル広告の配信を希望する広告主は、デジタル広告を掲載するウェブページ(SNS、ブログ、ニュースサイト、キュレーションサイト等)の運営者(媒体主、パブリッシャーなどと呼ばれます。)に対し、直接、広告掲載を申し込みます。この場合、広告主の立場では、自社の広告がどのウェブページに掲載されるかは当然把握できますが、掲載のタイミングについては、当該ウェブページが消費者等によって閲覧される都度、当該ウェブページ内の広告枠が自動的に入札に掛けられ、落札した広告だけが掲載されるという仕組みがとられているときは、把握できないこともあり得ます。

なお、この入札手続においては、広告主においてあらかじめ設定した入札単価のほか、当該広告の内容が従前のウェブサイト閲覧履歴等のデータから推定される消費者等の属性(関心・嗜好等を含みます。)に合致するかどうかなどの要素も考慮されることが一般的であり、こうした要素を考慮して消費者等の属性に合致した広告を出し分けることを「(行動)ターゲティング」と呼ぶことがあります。ターゲティングにも様々な手法が存在しますが、ごく単純なものでは以下のような仕組みがとられています。

① 広告主及びパブリッシャーは、自らが管理・運営するウェブページに、これを訪問したウェブブラウザ(Microsoft Edge、Google Chrome等のウェブサイ

ト閲覧用ソフトウェア)に対してアドサーバ(特定のウェブページ上にデジタル広告を送信するコンピュータ)へのアクセスを命じるプログラム(「タグ」と呼ばれることがあります。)を埋め込みます。

- ② 消費者等がウェブブラウザを用いて①の広告主が管理・運営するウェブページ(当該広告主の商品・サービスを紹介するページ等)を訪問すると、そこに埋め込まれたタグにより、ウェブブラウザは自動的にアドサーバへアクセスし(通常、このアクセスの存在を消費者等は意識しません。)、アドサーバから識別子(いわゆるCookie等)を付与されます。
- ③ その後、②の消費者等が、同じウェブブラウザを用いて①のパブリッシャーが管理・運営するウェブページ(SNS、ブログ、ニュースサイト、キュレーションサイト等)を訪問すると、そこに埋め込まれたタグにより、ウェブブラウザは再び自動的にアドサーバへアクセスします。この際、アドサーバ側では②の識別子によって当該ウェブブラウザが以前に②の広告主ページを訪問していたことを把握でき、このデータをもとに、当該広告主の広告を入札手続において優先させ、広告枠に配信されやすくします。

広告主において、より広い範囲のウェブページを通じて広告を配信したいと考えた場合、個々のパブリッシャーに対して広告掲載を直接申し込むのではなく、多数のウェブページ内の広告枠と接続し、それぞれの広告枠の入札手続に同時に参加することを可能にするプラットフォーム(アドネットワークやDSP<sup>注2</sup>/SSP<sup>注3</sup>)を利用することも選択肢となります。

**注2** Demand Side Platformの略で、広告主の広告目的や消費者に関するデータ等に基づいて広告出稿の管理・最適化を行うサービスをいいます。

**注3** Supply Side Platformの略で、パブリッシャーが広告枠の販売の効率化や収益の最大化を図るために用いるサービスをいいます。

本ニュースレターの発行元は弁護士法人大江橋法律事務所です。弁護士法人大江橋法律事務所は、1981年に設立された日本の総合法律事務所です。東京、大阪、名古屋、海外は上海にオフィスを構えており、主に企業法務を中心とした法的サービスを提供しております。本ニュースレターの内容は、一般的な情報提供に止まるものであり、個別具体的なケースに関する法的アドバイスは想定したものではありません。本ニュースレターの内容につきましては、一切の責任を負わないものとさせていただきます。法律・裁判例に関する情報及びその対応等については本ニュースレターのみには依拠されるべきでなく、必要に応じて別途弁護士のアドバイスをお受け頂ければと存じます。

プラットフォーム提供者がパブリッシャーと直接取引を行っており、当該プラットフォームが接続する先のウェブページの外延が明確な場合、広告主の立場では、少なくともどの範囲のウェブページに自社の広告が掲載される可能性があるかは把握できることとなりますが、これが仮にプラットフォーム提供者においてパブリッシャーと直接取引を行うのではなく、自らのプラットフォームを別のプラットフォームに接続させており、さらに当該別のプラットフォームも第三のプラットフォームと接続しており……といった形で複数のプラットフォームが介在する商流になっている場合、広告主の立場では、もはや自社の広告が最終的にどのウェブページに掲載されるのかすら把握することが困難な状態となり得ます。

### 第3 情報通信法制の中でのデジタル広告関係事業者の位置付け

以上のような流れでデジタル広告を配信している広告主及びパブリッシャー、並びにそれらをつなぐプラットフォームを提供する事業者といった関係事業者について、日本の現行法は包括的な業規制の対象とはしていません。一部の大規模なパブリッシャー（LINEヤフー株式会社、Meta Platforms, Inc.など）及びプラットフォーム提供者（Google LLCなど）に対しては、競争政策の観点から利用事業者（広告主や他のパブリッシャー）との間の取引の透明化・公正化を求める規制（独占禁止法、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等）が掛かっており、また、広告主に対しては消費者保護の観点から虚偽・誇大広告等を禁止する規制（不当景品類及び不当表示防止法、特定商取引に関する法律等）が掛かっていますが、前記第1で触れたような、インターネット上の情報流通に関わる新たな問題に対する直接の対策とはなっていないのが現状と言えます。

一方、インターネット上の情報流通を規律する法律として、現在、電気通信事業法や特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律（以下「プロバイダ責任制限法」といいます。）が存在しますが、これらの情報通信法制の中でデジタル広告の流通に関する事業者がどのように位置付けられるかに関する議論は必ずしも進展していないように思われます。そこで、以下では、電気通信事業法及びプロバイダ責任制限法の中でのデジタル広告関係事業者の位置付けについて整理を試みます。

#### 1 電気通信事業法

電気通信事業法は、電気通信事業の公共性に鑑み、その運営を適正かつ合理的なものとすること等を目的としており（同法1条）、同法上の「電気通信事業」を営もうとする事業者は、総務大臣の登録を受け（同法9条）、又は総務大臣に届け出る（同法16条1項）必要があるほか、登録・届出後は、その「事業の運営が適正かつ合理的でないため、電気通信の健全な発達又は国民の利便の確保に支障が生ずるおそれがあるとき」等における総務大臣による業務改善命令（同法29条1項）の対象になるなどの規制に服することになります。デジタル広告関係の事業が「電気通信事業」に当たると言えれば、例えばなりすまし型偽広告の配信に関し、パブリッシャーやプラットフォーム提供者において一定の対策をとることが同法を根拠に求められることもあり得ます。

電気通信事業法上の「電気通信事業」とは、電気通信役務を他人の需要に応ずるために提供する事業をいいます（同法2条4号）。「電気通信役務」とは、電気通信設備（サーバ等）を用いて他人の通信を媒介し、その他電気通信設備を他人の通信の用に供することをいいますので（同条3号）、アドサーバという電気通信設備をデジタル広告の通信のために設置・運用している（＝他人の通信の用に供している）パブリッ

本ニュースレターの発行元は弁護士法人大江橋法律事務所です。弁護士法人大江橋法律事務所は、1981年に設立された日本の総合法律事務所です。東京、大阪、名古屋、海外は上海にオフィスを構えており、主に企業法務を中心とした法的サービスを提供しております。本ニュースレターの内容は、一般的な情報提供に止まるものであり、個別具体的なケースに関する法的アドバイスは想定したものではありません。本ニュースレターの内容につきましては、一切の責任を負わないものとさせていただきます。法律・裁判例に関する情報及びその対応等については本ニュースレターのみには依拠されるべきでなく、必要に応じて別途弁護士のアドバイスをお受け頂ければと存じます。

シャーやプラットフォーム提供者は、少なくとも電気通信役務を提供しているとは言えそうです。

もっとも、単に電気通信設備を他人の用に供しているにすぎず、他人の通信を「媒介」しない事業者は、光ファイバー、携帯電話基地局といった電気通信回線設備を自ら設置していない限り、いわゆる「第三号事業者」として電気通信事業法の規定（登録・届出規制等）の適用対象外となります（同法164条1項3号）。行政解釈上、他人の通信を「媒介」することは、他人の依頼を受けて、情報をその内容を変更することなく、伝送・交換し、隔地者間の通信を取次、又は仲介してそれを完成させることをいい、特にオンラインサービスについては、①情報の加工・編集を行わず、かつ、②通信の宛先として受信者を指定する場合に、「媒介」に該当するとされています<sup>注4</sup>。デジタル広告の配信に関わるパブリッシャーやプラットフォーム提供者は、基本的に①情報（デジタル広告の内容）の加工・編集は行わないと考えられるため、これらの事業者がデジタル広告の通信の「媒介」を行っていると言えるかどうかの判断に当たっては、②通信の宛先として受信者を指定していると言えるかが重要です。

この点、まず、パブリッシャーは、自らアドサーバを設置・運用してデジタル広告を配信している場合でも、配信先は不特定の消費者等のウェブブラウザであって、「通信の宛先として受信者を指定」しているとは言えないため、他人の通信を「媒介」しているとは言えない可能性が高いと考えられます。

一方、プラットフォーム提供者は、少なくとも他のプラットフォームのサーバやパブリッシャー自身が設置するアドサーバに向けてデジタル広告を送信するにすぎず、自らがアドサーバを設置・運用しているわけではない場合、「他のプラットフォームのサーバやパブリッシャー自身が設置するアド

サーバ」という受信者を通信の宛先として指定している、という見方も可能なように思えます。しかし、内閣官房が設置したデジタル市場競争会議の「デジタル広告市場の競争評価 最終報告」（2021年4月）は、その脚注154において、パブリッシャーだけでなく「アドテク事業者」（本稿における「プラットフォーム提供者」に相当）も、多くの場合、他人の通信を「媒介」しておらず、したがって登録・届出を要しない電気通信事業を営む者（第三号事業者）に該当するとの見解を示しています。これは、プラットフォーム提供者の場合、他のプラットフォームのサーバやパブリッシャー自身が設置するアドサーバに向けてデジタル広告を送信するにすぎないとしても、当該デジタル広告は、複数のプラットフォームやパブリッシャーにおける入札手続に同時に参加するために不特定のサーバ・アドサーバに対して送信されることになるのだから、「通信の宛先として受信者を指定」してはいない、という考え方に基づくものと思われる。

このように、パブリッシャーやプラットフォーム提供者は通常、電気通信事業法上の「電気通信事業」を営んでおらず、第三号事業者に該当し得るにすぎないと解されますが、第三号事業者であっても、2022年の同法改正（2023年6月施行）で導入されたいわゆる外部送信規律（同法27条の12）については例外的に対象となります。外部送信規律は、ウェブブラウザやアプリケーションを通じてSNS、ニュースサイトその他不特定の利用者による情報の閲覧に供することを目的として、不特定の利用者の求めに応じて情報を送信する機能を有する電気通信設備（ウェブサーバ等）を他人の通信の用に供する電気通信役務等を提供する者は、（電気通信事業を営むか否かにかかわらず）ウェブページにタグを埋め込むなどして利用者の端末等に記録された当該利用者に関する情報（Cookie等の識別子等）を外部的電気通信設備（アドサーバ等）に送信させようとする場合、送信されることとなる当該利用者に関する情報の内容及び利用目的、並びに送信先の氏名

**注4** 総務省「電気通信事業参入マニュアル[追補版]」（2023年1月30日改定）2頁。

本ニュースレターの発行元は弁護士法人大江橋法律事務所です。弁護士法人大江橋法律事務所は、1981年に設立された日本の総合法律事務所です。東京、大阪、名古屋、海外は上海にオフィスを構えており、主に企業法務を中心とした法的サービスを提供しております。本ニュースレターの内容は、一般的な情報提供に止まるものであり、個別具体的なケースに関する法的アドバイスは想定したものではありません。本ニュースレターの内容につきましては、一切の責任を負わないものとさせていただきます。法律・裁判例に関する情報及びその対応等については本ニュースレターのみには依拠されるべきでなく、必要に応じて別途弁護士のアドバイスをお受け頂ければと存じます。

又は名称をあらかじめ利用者に通知等しなければならないとするものです(同法施行規則22条の2の27、22条の2の29)。前記第2で紹介した手法でターゲティングを行うパブリッシャーは、多くの場合、この規律の対象となり、消費者等のウェブブラウザをどのアドサーバへアクセスさせるのか等の情報を開示しなければならないこととなります。投資詐欺等の入口としてのみならず、なりすまし型偽広告が、ターゲティング技術の悪用により騙されやすい人へ届きやすくなっているという指摘があることも踏まえると、外部送信規律は、部分的ではあるものの、前記第1で触れた新たな問題への対策としての側面を有すると言えます。

## 2 プロバイダ責任制限法

プロバイダ責任制限法は、本来的には「特定電気通信役務」を提供する者(特定電気通信役務提供者)が負うべき民事法上の義務・責任(不法行為責任及び発信者情報開示義務)を規定し、その範囲を明確化することを目的とした法律であり、事業者に対して特定の行為を行政法上義務付けるものではありません。もっとも、2024年5月に成立した同法の改正法(2025年5月までに施行予定)は、大規模な特定電気通信役務(SNS等)を提供する事業者に対し、当該特定電気通信役務を通じた投稿等により自らの権利を侵害されたとする者から当該投稿等の削除を申し出られた場合における対応の迅速化等の一定の措置を行政法上義務付ける規定を新たに設けています。例えばなりすまし型偽広告が他人の権利(肖像権、パブリシティ権等)を侵害する場合、パブリッシャーやプラットフォーム提供者がこうした規律の対象となるのであれば、対応の迅速化等が求められることとなります。

ここで「特定電気通信役務」とは、特定電気通信設備(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の用に供される電気通信設備)を用いて提供する電気通信

役務をいいます(プロバイダ責任制限法2条1号乃至3号)。したがって、不特定の者のウェブブラウザに対してデジタル広告を送信するアドサーバを自ら運営するパブリッシャーは広く「特定電気通信役務提供者」に該当すると考えられます。また、最高裁判決によれば、最終的に不特定の者によって受信されることを目的とする情報の流過程の一部を構成する電気通信を電気通信設備を用いて媒介する者(いわゆる経由プロバイダないしアクセスプロバイダ)もこれに当たるため注5、広告主とパブリッシャーをつなぐプラットフォームを提供する事業者も「特定電気通信役務提供者」に該当する可能性があります。

ただし、2024年改正法による新たな規律の対象となる特定電気通信役務は、「その利用に係る特定電気通信による情報の流通によって権利の侵害が発生するおそれの少ない特定電気通信役務として総務省令で定めるもの以外のものであること」等が要件とされており(改正法20条1項)、今後定められる総務省令の内容次第では、デジタル広告のパブリッシャーやプラットフォーム提供者は規律の適用対象外となる可能性もあります。

注)5 最一小判平成22年4月8日民集64巻3号676頁。

本ニュースレターの発行元は弁護士法人大江橋法律事務所です。弁護士法人大江橋法律事務所は、1981年に設立された日本の総合法律事務所です。東京、大阪、名古屋、海外は上海にオフィスを構えており、主に企業法務を中心とした法的サービスを提供しております。本ニュースレターの内容は、一般的な情報提供に止まるものであり、個別具体的なケースに関する法的アドバイスは想定したものではありません。本ニュースレターの内容につきましては、一切の責任を負わないものとさせていただきます。法律・裁判例に関する情報及びその対応等については本ニュースレターのみには依拠されるべきでなく、必要に応じて別途弁護士のアドバイスをお受け頂ければと存じます。

## 第4 おわりに

以上のとおり、デジタル広告関係事業者が電気通信事業法やプロバイダ責任制限法(の改正法)による直接的な規律の対象となる可能性は、現時点では決して高くありません。

もっとも、なりすまし型偽広告の問題に関して言えば、パブリッシャーやプラットフォーム提供者は、場合によっては、最高裁判例上「広告内容の真実性に疑念を抱くべき特別の事情があっ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、又は予見し得た場合には、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」を負うとされる新聞社<sup>注)6</sup>と同等の民事法上の責任(不法行為責任)を負うと解する余地があります。また、違法・不当なコンテンツと同時にデジタル広告が表示される問題に関して言えば、当該コンテンツによる他人の権利侵害を予見し得たプラットフォーム提供者、ひいては広告主は、当該コンテンツの発信者による権利侵害をほう助したものとして、自らも不法行為責任を負うと解する余地があります<sup>注)7</sup>。

このように、デジタル広告の流通を巡る新たな問題については、デジタル広告関係事業者が不法行為責任等の法的責任を負う可能性があるところ、前記第1で触れた「デジタル広告ワーキンググループ」も、これを前提に、広告主やその経営陣等に求められる取組に関するガイドライン、ガイドブック等の策定に向けた検討を進め、2025年3月末頃を目途にガイドライン等を公表するものとしています<sup>注)8</sup>。こうしたガイドライン等は、デジタル広告関係事業者が負うべき法的責任の範囲を拡大・明確化する方向の解釈指針として機能する可能性を孕んでおり、広告主をはじめとする関係事業者においては注視が必要です。

以上

**注)6** 最三小判平成元年9月19日集民157号601頁(日本コーポ事件)。

**注)7** なお、他人の著作権を侵害するウェブサイト(いわゆる漫画村)にデジタル広告を配信し、当該ウェブサイトの運営者に広告料を支払っていたアドネットワーク運営事業者に対する漫画家による損害賠償請求を認容した裁判例として、知財高判令和4年6月29日裁判所ウェブサイトも参照。

**注)8** 「デジタル広告ワーキンググループ」第3回会合(2024年11月11日)資料3-3。

本ニュースレターの発行元は弁護士法人大江橋法律事務所です。弁護士法人大江橋法律事務所は、1981年に設立された日本の総合法律事務所です。東京、大阪、名古屋、海外は上海にオフィスを構えており、主に企業法務を中心とした法的サービスを提供しております。本ニュースレターの内容は、一般的な情報提供に止まるものであり、個別具体的なケースに関する法的アドバイスを想定したものではありません。本ニュースレターの内容につきましては、一切の責任を負わないものとさせていただきます。法律・裁判例に関する情報及びその対応等については本ニュースレターのみには依拠されるべきでなく、必要に応じて別途弁護士のアドバイスをお受け頂ければと存じます。

## 【不競法】

# 営業秘密の基礎知識

## ～近時の裁判例と秘密管理性～

大江橋法律事務所 弁護士  
杉野 文香

▶ PROFILE

ayaka.sugino@ohebash.com

### 第1 はじめに

近年、営業秘密の持ち出しや不正使用に関する事案が増えています。警察庁生活安全局生活経済対策管理官が令和6年4月に公表した「令和5年における生活経済事犯の検挙状況等について」<sup>注1</sup>には、営業秘密侵害の検挙事件数が過去最多であった昨年に続き第2位となっており、相談数は過去最多であったことが示されています。また、令和6年2月26日には、回転寿司チェーン店を運営する会社の元従業員が、同じく回転寿司チェーン店を運営する競合他社に移籍する際に仕入原価等の営業秘密を持ち出し、移籍先で当該営業秘密を使用したとして、営業秘密を持ち出した本人を懲役2年6か月及び罰金100万円、移籍先の企業を罰金3000万円に処する判決が東京地方裁判所で下され<sup>注2</sup>、この判決は控訴審でも維持されました。現在は、移籍先の企業等に対して5億円の損害賠償等を求める民事訴訟が提起されています。

営業秘密は会社の重要な財産の一つであり、それが不正に取得され、使用された場合には当該使用行為の停止や損害賠償請求等の救済手段を採る必要があります。もっとも、当然のことながら、会社にとって重要な情報であったとしても、その情報が不正競争防止法（以下「不競法」といいます。）における「営業秘密」に該当しないのであれば、不競法に基づく差止請求、損害賠償請求、刑事告訴の手段を採ることはできません。また、従業員においても、どのような情報が「営業秘密」に該当するのかを把握しておくことは、無用なトラブルに巻き込まれることを防止することにも繋がります。

そこで、本稿では、不競法違反となる営業秘密の不正取得行為等の概要について、特に営業秘密の秘密管理性の要件を中心に、近時の裁判例を踏まえてご説明します。

### 第2 営業秘密について

営業秘密とは「秘密として管理されている生産方法、販売方法その他の事業活動に有用な技術上又は営業上の情報であって、公然と知られていないものをいう」と定義されており（不競法2条6項）、①秘密管理性、②有用性、③非公知性が、営業秘密の三要件となります。

#### ① 秘密管理性

##### (1) 秘密管理性の内容

営業秘密該当性でしばしば争点になるのが秘密管理性です。秘密管理性が要件とされた趣旨は、営業秘密として保護される情報とそうでない情報を明確に区別することで、ある情報の使用等が許されるかを従業員等が予測できるようにし、情報の自由な利用を確保することにあります。そのため、単に事業者側が当該情報を秘密として保有する意思（秘密管理意思）を有していたというだけでは不十分であり、事業者

**注1** 警察庁生活安全局生活経済対策管理官「令和5年における生活経済事犯の検挙状況等について」（2024年4月

（[https://www.npa.go.jp/publications/statistics/safetylife/seikeikan/R05\\_nenpou.pdf](https://www.npa.go.jp/publications/statistics/safetylife/seikeikan/R05_nenpou.pdf), 2024年11月24日最終閲覧）

**注2** 東京地判令和6年2月26日裁判所ウェブサイト

本ニュースレターの発行元は弁護士法人大江橋法律事務所です。弁護士法人大江橋法律事務所は、1981年に設立された日本の総合法律事務所です。東京、大阪、名古屋、海外は上海にオフィスを構えており、主に企業法務を中心とした法的サービスを提供しております。本ニュースレターの内容は、一般的な情報提供に止まるものであり、個別具体的なケースに関する法的アドバイスは想定したものではありません。本ニュースレターの内容につきましては、一切の責任を負わないものとさせていただきます。法律・裁判例に関する情報及びその対応等については本ニュースレターのみには依拠されるべきでなく、必要に応じて別途弁護士のアドバイスをお受け頂ければと存じます。

の当該意思が従業員等に十分に認識されるような秘密管理措置が実施される必要があるとされています<sup>注)3</sup>。具体的には、情報に対するアクセス制限を設ける、フォルダ名やファイル名に「Confidential」や「**秘**」と表記する、営業秘密に該当する情報のリストを作成し従業員に周知する等の方法が考えられますが<sup>注)4</sup>、それらは画一的なものではなく、裁判例では、情報の性質、社内規定の内容、アクセス制限の運用実態等個別具体的な事情を考慮し、合理的な秘密管理措置が採られていたかが判断されています。そこで、以下では、秘密管理性について判断した最近の裁判例をご紹介します。

## (2) 秘密管理性に関する近時の裁判例

### (i) 東京地判令和4年10月5日裁判所ウェブサイト

本件は、原告の元従業員である被告が、原告を含むグループ会社の全製品に係る出荷先、売上金額、売上数量、利益率等(以下「製品販売情報等」といいます。)が記載されたファイルを持ち出して転職先で使用した行為が、営業秘密の不正取得及び使用に該当するかが争われた事案です。

裁判所は、以下の事情から、原告の従業員は製品販売情報等が記載されたファイルを外部に持ち出すことは禁止されていると認識できたとして、秘密管理性を肯定しました。

- ✓ 就業規則において、原告の許可なく、原告の機密やノウハウ等に関する書類・電子情報等を私的に使用し、複製し、原告の施設外に持ち出すことを禁止していたこと
- ✓ 行動規範において、雇用期間中及び退職後に、従業員はその知り得た原告の営業秘密その他の秘密情報を秘密にすることを厳守しなければならないと規定していたこと
- ✓ 原告は、被告の退職時に、被告に対し、原告の許可なく

く原告の秘密情報を不正に開示しないこと等を約する誓約書を徴求していたこと

- ✓ 原告の従業員は、ネットワーク管理システムにより管理されたID及びパスワードを入力しなければ貸与されたパソコンにログインできず、社内ネットワークにアクセスできなかったこと
- ✓ 製品販売情報等が記載されたファイルは原告のSharePoint上で管理されており、一部の従業員のみがアクセスすることができたこと

本件は、対象となった情報が会社にとって秘密情報に当たることが従業員にとっても明らかな性質を有していたことに加えて、厳格なアクセス制限がなされていたことや、就業規則等で秘密情報の持ち出し等を禁止することを従業員に周知していたことが秘密管理性を肯定する事情になったと考えられ、秘密管理措置を構築するうえで参考になると考えられます。

### (ii) 大阪地判令和5年1月26日裁判所ウェブサイト

本件は、美容院、ビューティーサロン、エステティックサロンを営んでいる原告の元従業員である被告らが、原告から示されたまつ毛エクステンションの装着方法に関する情報(以下「本件手技情報」といいます。)を使用した行為が不競法違反となるかが争われた事案です。

上記の令和4年の裁判例とは異なり、裁判所は、以下の事情を考慮し、秘密管理性が認められないと判断しました。

- ✓ まつ毛エクステンションの一般的な装着方法は施術者養成学校で教授されており、新たな装着方法についても積極的に公開されていること
- ✓ 原告と被告らとの間で作成された秘密保持等契約書

**注)3** 東京高判平成29年3月21日判タ1443号80頁参照。

**注)4** その他の秘密管理措置の内容としては経済産業省「営業秘密管理指針」(平成31年1月23日)をご参照ください。

本ニュースレターの発行元は弁護士法人大江橋法律事務所です。弁護士法人大江橋法律事務所は、1981年に設立された日本の総合法律事務所です。東京、大阪、名古屋、海外は上海にオフィスを構えており、主に企業法務を中心とした法的サービスを提供しております。本ニュースレターの内容は、一般的な情報提供に止まるものであり、個別具体的なケースに関する法的アドバイスは想定したものではありません。本ニュースレターの内容につきましては、一切の責任を負わないものとさせていただきます。法律・裁判例に関する情報及びその対応等については本ニュースレターにのみ依拠されるべきでなく、必要に応じて別途弁護士のアドバイスをお受け頂ければと存じます。

には、漏洩禁止の対象として、原告が所有している、人工毛2本のみで地まつ毛を挟み込む施術である「『ロングキープラッシュ』に係る商標及びこれについての特許技術」と記載されていたが、原告の就業規則に秘密保持に関する規定はなく、被告らが署名押印のうえ提出した入社誓約書や秘密保持に関する誓約書にも特許情報や本件手技情報に関する記載はなかったこと

- ✓ まつ毛エクステンションの装着方法に関して具体的にいかなる範囲が秘密とされるかを明らかにした書面もなかったこと
- ✓ 原告から被告に対して「ロングキープラッシュ」の施術方法を教示する際には、当該施術に関して原告の行った特許出願の明細書や添付書類等が示されることはなかったこと
- ✓ 「ロングキープラッシュ」は不特定多数人に対して何らの制限もなく公然と施術されていたこと

本件は、まつ毛エクステンションの装着方法が、施術者養成学校で教えられており、新たな装着方法も積極的に公開されていた等の事実から、一般的に秘密とされるような性質のものではないと認定されたものと考えられます。そのうえで、本件手技情報に関して、秘密保持等契約書の内容だけでは、本件手技情報が秘密情報であるとは認識できないため、原告において秘密管理性を認定できる程度の秘密管理措置は採られていないと判断されたものと考えられます。

秘密保持契約の締結や就業規則において秘密情報の持ち出しを禁止していたとしても、営業秘密として保護したい情報が秘密保持契約の対象となっていると従業員等が認識できない場合には秘密管理性が否定される可能性があります。この観点から、情報に「Confidential」等の表示をすることや秘密情報に該当する情報のリストを作成し

た上で社内に周知させることは秘密管理措置の一環として重要であると考えられます。

### (iii)大阪地裁令和6年7月30日裁判所ウェブサイト

本件は、医療用画像診断システムの開発を主たる事業としていた原告の元従業員が、取得した原告の製品に含まれるソフトウェアのプログラムのソースコード(以下「本件ソースコード」といいます。)を、当該元従業員の転職先である被告が使用した行為が不競法違反となるかが争点となった事案です。

裁判所は、以下の事情を考慮して、本件ソースコードには秘密管理性が認められないと判断しました。

- ✓ 本件ソフトウェアが原告の事業にとって重要なものであり、少なくとも開発担当の従業員もそのことを理解していたと認められるが、本件ソースコードは原告社内の共有サーバに保存されており、従業員全員が原告から割り当てられたユーザ名とパスワードを利用してアクセス可能であったこと
- ✓ ユーザ名とパスワードは社内で厳格に管理されていたとはいえ、開発担当者以外の者が開発担当者の社用パソコンにログインして保存データを確認することも可能であったこと
- ✓ 開発担当の従業員は、私用のパソコンにソースコードをコピーして保存し、社外に持ち出すことがあり、ソースコードの社外持ち出しに関する禁止や許可についての明確なルールは存在しなかったこと
- ✓ 原告の代表取締役が退職後の従業員がソースコードを保持していることを黙認していたこと

本件は、対象となる情報が会社にとって重要な情報であると従業員が認識できたとしても、当該情報の取扱いから秘密管理がなされていないと判断されたものです。形式的にアクセス制限を設けていたとしても、実態として従業員

本ニュースレターの発行元は弁護士法人大江橋法律事務所です。弁護士法人大江橋法律事務所は、1981年に設立された日本の総合法律事務所です。東京、大阪、名古屋、海外は上海にオフィスを構えており、主に企業法務を中心とした法的サービスを提供しております。本ニュースレターの内容は、一般的な情報提供に止まるものであり、個別具体的なケースに関する法的アドバイスは想定したものではありません。本ニュースレターの内容につきましては、一切の責任を負わないものとさせていただきます。法律・裁判例に関する情報及びその対応等については本ニュースレターのみには依拠されるべきでなく、必要に応じて別途弁護士のアドバイスをお受け頂ければと存じます。

間でIDやパスワードの共有がなされているといった場合には、秘密管理性が否定される可能性が高まります。本件は、事業者側の対応として避けるべき取扱いを把握するうえで参考になると考えます。

このように、秘密管理性は個別具体的に判断されますが、日々の社内の取り組みが判断に大きく影響すると思われれます。秘密管理性がないとして営業秘密としての保護を受けることができない事態を避けるためにも、秘密管理体制については定期的に見直していくことが重要であると考えます。

## 2 ②有用性

次に、営業秘密は、「生産方法、販売方法、その他の事業活動に有用な技術上又は営業上の情報」でなくてはなりません。顧客情報や売上情報等、事業活動に使用される情報や経営効率の改善に役立つような情報がこれに当たりますが注5、「犯罪の手口や脱税の方法等を教示し、あるいは麻薬・覚せい剤等の禁制品の製造方法や入手方法を示す情報のような公序良俗に反する内容の情報」については有用性が認められないとされています注6。

## 3 ③非公知性

非公知性は、当該情報が一般に知られていない又は容易に知ることができない場合に認められます。もっとも、今日では、Chat GPT等の生成AIを業務で使用する際に機密情報が入力され、その結果として情報が流出し、非公知性が失われる事態が発生し得ることに留意する必要があります。その

注5 経済産業省知的財産政策室編「逐条解説不正競争防止法」48頁（令和6年4月1日）

注6 東京地判平成14年2月14日裁判所ウェブサイト

ような事態を避けるためには、Chat GPT等の生成AIの使用に関する社内規定の作成や研修を行う等して、機密情報の取扱いについて従業員に周知しておくことが考えられます。

## 第2 不正取得行為等

不競法違反となる営業秘密に関する不正行為は以下の通りに分類することができ、これらの行為について、差止請求（不競法3条1項）及び損害賠償請求（不競法4条）をすることができます。ただし、差止請求については、侵害の事実及び侵害行為を行う者を知ったときから3年で消滅時効が成立するため注意が必要です（不競法15条1項）。

- ①営業秘密を窃取等の不正な手段で取得し、当該営業秘密を使用・開示する行為
- ②営業秘密保有者から正当に示された営業秘密を図利加害目的で使用・開示する行為
- ③営業秘密の不正取得・開示行為が介在していることについて、悪意または重過失により知らずに当該営業秘密を取得し、使用・開示する行為
- ④営業秘密の取得後に当該営業秘密の不正取得・開示行為の介在について、悪意または重過失により知らずに当該営業秘密を使用・開示する行為

ここで、不正に取得された営業秘密を被告が使用していることの立証は困難なことが多いため、当該営業秘密を使用することで生じる物の生産がされている場合には、営業秘密を使用していると推認する規定が存在します（不競法5条の2）。この推定規定の対象は産業スパイなどのアクセス権限を持たない者に限定されていましたが、令和5年の不競法改正により、推定の対象がアクセス権限を有している元従業員等にも

本ニュースレターの発行元は弁護士法人大江橋法律事務所です。弁護士法人大江橋法律事務所は、1981年に設立された日本の総合法律事務所です。東京、大阪、名古屋、海外は上海にオフィスを構えており、主に企業法務を中心とした法的サービスを提供しております。本ニュースレターの内容は、一般的な情報提供に止まるものであり、個別具体的なケースに関する法的アドバイスは想定したものではありません。本ニュースレターの内容につきましては、一切の責任を負わないものとさせていただきます。法律・裁判例に関する情報及びその対応等については本ニュースレターのみには依拠されるべきでなく、必要に応じて別途弁護士のアドバイスをお受け頂ければと存じます。

拡充され、営業秘密の保護を強化する流れとなっています。

以上は、民事に関するものですが、営業秘密の不正取得行為等については罰則も存在します。具体的には、図利加害目的で詐欺等の違法性が高い態様で営業秘密を取得した場合等には、10年以下の懲役もしくは2000万円以下の罰金が科されます(不競法21条)。また、法人の代表者や従業員が違反行為を行っていた場合には、当該行為者だけでなく法人に対しても10億円以下の罰金刑が科されます(両罰規定 不競法22条)。冒頭で紹介した回転寿司チェーン店の事例では、この両罰規定により、移籍先の企業に対して3000万円の罰金が科されています。

自社の従業員が営業秘密の不正使用等をしている場合、場合によっては従業員と共に会社が起訴される可能性があり、その場合、多額の罰金刑に処せられ、レピュテーションも低下するという事態が発生することも否定できません。特に中途採用においては、採用時に転職者が元所属先に対して秘密保持義務を負っているかを確認し、採用後一定期間は元所属先と競合する業務には従事させない等の措置を採っていくことが重要になると考えます。

以上

本ニュースレターの発行元は弁護士法人大江橋法律事務所です。弁護士法人大江橋法律事務所は、1981年に設立された日本の総合法律事務所です。東京、大阪、名古屋、海外は上海にオフィスを構えており、主に企業法務を中心とした法的サービスを提供しております。本ニュースレターの内容は、一般的な情報提供に止まるものであり、個別具体的なケースに関する法的アドバイスを想定したものではありません。本ニュースレターの内容につきましては、一切の責任を負わないものとさせていただきます。法律・裁判例に関する情報及びその対応等については本ニュースレターのみには依拠されるべきでなく、必要に応じて別途弁護士のアドバイスをお受け頂ければと存じます。