

第 3 章

電子商取引における商標保護の 在り方に関する日中比較研究

第1節 研究内容の要約

近年、グローバル化に伴う情報通信技術の発展、交通手段の発達による移動の容易化、市場の国際化が進み、人、物材、情報の国際的移動が活性化し各国が相互に依存しあい他国や国際社会の動向を無視できない状況になっている。また、国際競争や地域間競争における知的財産の保護の在り方も大きく変化し始めており、このような状態において、商標法の下で商標にどのような保護が与えられるべきか各国で難しい問題が提起されている。

この共同研究では、日中両国の研究者が自国の法制度を踏まえ、外国で既に著名だが自国ではまだ著名になっていない商標（以降「外国著名商標」と呼ぶ）の保護の在り方について問題点を分析・検討した。この共同研究を通じて、外国著名商標の保護の在り方を概括し、問題点を分析し提言を行った。

まず、「外国著名商標の保護の在り方」について、パリ条約、TRIPS 協定を出発点として日中両国のそれぞれの方向から比較研究した結果、日中両国の属地主義の考え方や理解を整理し、問題が生じる構造を明確にすることが必要との指摘がなされた。共同研究により、日中両国の共同研究者は、属地主義を原則としつつ、外国の著名商標を保護する必要性から環境の変化に対応すべく、外国の周知商標についても保護を広げるべきだという共通認識を得た。

日本側は、商標登録の局面と、商標権利行使の局面に関する問題点を検討して報告を行った。商標登録の局面について、日本の商標法における外国著名商標保護の過去と現在について、明治 17 (1884) 年の商標条例制定から、平成 8 (1996) 年の商標法改正により、「外国における需要者の間に広く認識されている商標」と同一又は類似の商標の登録を拒絶する規定が導入されるまでの経緯の報告がされた。そして外国著名商標の保護は、商標法が追求するいくつかの政策目標の間でバランスをとりながら、さまざまな利害を考慮された結果与えられているという理解が、最も正確なのではないかとの指摘がなされた。

商標権利行使の局面では、外国著名商標と同一又は類似の商標について外国の商標権者（ないしそれと同視されうる者）と異なる者が日本で商標権を取得しているケースを念頭に、そのような商標権が、外国商標権者によって外国で適法に商標が付された商品の輸入・譲渡行為に対して行使できるかについて研究を行った。その結果、そのような商標権の侵害が主張された場合の防御方法として考えられるのは、無効の抗弁、並行輸入の抗弁及び権利濫用の抗弁の 3 つであるとされた。このうち、並行輸入の抗弁については、判例上、内外権利者の同一人性が求められているため、上記のケースでは原則として認められない可能性が高いとの見解が示された。不正目的で商標登録出願がされたケースの場合は、無効の抗弁で対処が可能であるが、商標権取得後の事情が問題となる場合には、権利濫用の抗弁で対処するとの報告があった。

中国では属地主義の立場から、関連商標の中国市場における周知性と影響力に基づいて、関連商標が著名かどうかを認定し、登録の拒絶、登録の取消し、使用禁止の保護を受けるべきかどうかについて判断している。中国の商標法には日本の商標法第 4 条第 1 項第 19 号に相当する規定がなく、外国で高い周知性を有する商標が中国国内で実際に使用されていないため、該外国商標とは関係のない第三者により先取り登録された場合もある。

報告書では著名商標の保護について、初めに中国の法律、実務の状況を踏まえた著名商標の 3 つの保護の在り方について整理・分析して報告した。次に登録管轄や裁判所がどのような変遷を経て現在の判断基準に至ったか、パリ条約の規定に基づき日中双方で外国著名商標をどの様に保護するのか比較し、

さらに外国の判例などを用いて分析し結果を報告した。最後に日中の比較研究に重点を置き、中国では日本の4条1項19号のような条文を作るのは難しく、中国ならではの解決方法として比較研究の観点から中国は解釈論を採用したほうが良いと報告した。

なお、本共同研究の実施期間が終盤にさしかかった2019年12月に、北京市高級人民法院は、「無印良品」をめぐる商標侵害の訴訟で判決を下した。その内容は、日本の良品計画およびその子会社に対し、北京棉田紡織品の北京無印良品登録商標権に対する侵害を停止するとともに、損害賠償金と諸費用を支払うよう命ずるものである。この判決が出されてから、“外国著名商標の保護の在り方”は、日中両国の実務界や学术界からより多くの関心を集めるようになっていく。このような問題についてタイムリーに本共同研究の結果を報告できたことは日中両国にとって非常に重要である。そしてこのような共同研究事業の有効性を強く強調したい。

第2節 中国における電子商取引における商標保護の在り方

I. 「電子商取引における商標保護」

中国社会科学院 知識産権センター 李 明德 教授

1. はじめに

商標とは商品又は役務の出所を示す標章を指す。TRIPS 協定の 15 条の規定によれば、商品若しくはサービスの出所を示す意味において、如何なる標識又はその組合せは、商標とすることができる。そのうちの標識は、主に単語(人名を含む)、文字、数字、図形及び色の組合せ並びにこれらの標識の組合せを指す。中国商標法の 8 条には、「自然人、法人又はその他の組織の商品を他人の商品と区別することができる文字、図形、アルファベット、数字、立体的形状、色彩の組合せ及び音声等、並びにこれらの要素の組合せを含む標章は、すべて商標として登録出願することができる。」と規定している。日本商標法の 8 条にも、「この法律で『商標』とは、人の知覚によって認識することができるもののうち、文字、図形、記号、立体的形状若しくは色彩又はこれらの結合、音その他政令で定めるものである。」と規定している。

商標は商業活動において使用される標識であり、商品若しくは役務、又は商品、役務に係る媒介において使用すべきである。例えば、中国商標法 48 条には、「この法律で商標の使用とは、商品、商品の包装若しくは容器及び商品取引の書類上に商標を用いること、又は広告宣伝、展示及びその他の商業活動の中に商標を用いることにより、商品の出所を識別するための行為をいう。」と規定している。4 条によれば、当該規定は同様に役務商標に適用される¹。また、日本商標法 2 条は商標使用の意味を規定し、2 つの側面の内容を含んでいる。すなわち、商品又は商品の包装に標章を付して、関連商品を販売、贈与、輸入、輸出、若しくはインターネットを介して提供すること、及び役務の提供に当たり、役務の提供の用に供する物、電磁的方法により行う映像面、広告、価格表若しくは取引書類などを介して商標を展示することである。2 条も商品又はほかのものに商標を付して、商品若しくは役務に関する広告に商標を使用することを含むと規定している²。

商標権侵害の判断の基準は、消費者の混同のおそれである。この点において、日本商標法の 37 条には 8 種類の商標権侵害行為を規定し、大体同一又は類似商標を同一又は類似商品、役務に使用することを指している³。この規定には、消費者の混同のおそれという侵害認定基準を言及していないが、係る司法実践において、裁判所はいつも商標の同一又は類似、商品、役務の同一又は類似を分析した上、消費者の混同、誤認問題を討論している⁴。中国商標法は 2013 年の前に、同様に商標権侵害は同一又は類似商標を同一又は類似商品、役務に使用することと規定していた。2013 年商標法改正の際に、57 条に消費者の混同のおそれという商標権侵害基準を導入した。当該規定によれば、類似商標を同一又は類似商品、役務に使用し、同一商標を類似商品、役務に使用し、容易に混同を生じさせる場合、商標権侵害に該当

¹ 中国商標法 48 条と 4 条を参照。

² 日本商標法 2 条を参照。

³ 日本商標法 37 条を参照。

⁴ 例えば、最判平成 9・3・11 民集 51 卷 3 号 1055 頁「小僧寿司事件」。

するとしている。同一商標を同一商品、役務に使用する場合、商標権の侵害として認定できる⁵。これは、日中両国の商標権侵害の認定基準が概ね同じであることを表明している。

初期の商標は商品商標のみを指し、英語の「trademark」は商品商標を意味していた。市場経済の発展に伴い、商業活動における役務のステータスと役割が徐々に顕著となり、役務商標（service mark）に対する保護のニーズが増えてきた。例えば、中国商標法は1992年に改正された際、役務商標の登録と保護を新設し⁶、日本商標法は1991年に改正された際、役務商標の登録と保護を追加した⁷。現在の国際的な商標登録と保護の観点から、商品商標と役務商標は2つの基本的な商標類別である。団体商標および証明商標については、商業活動において、ある特殊性を有しているが、それぞれ商品商標および役務商標のカテゴリーに含めることができる。実際、日中両国の商標法の商品商標、役務商標、団体商標および証明商標に対する登録と保護は、上記の状況に該当する。

商品商標又は役務商標の登録および保護は、いずれも伝統的な市場取引のモデルから形成されたものである。20世紀末と21世紀初頭に、コンピュータ技術とインターネット技術の急速な発展に伴い、インターネットを介して商品やサービスを提供することが、現代の商業活動の顕著な特徴となってきた。これがいわゆる電子商取引である。電子商取引の形成と発展、および関連するビジネスモデルの継続的な更新も、商品商標と役務商標の保護に一連の課題をもたらした。立法および司法の観点から、商標保護に対する電子商取引の課題に対処するには2つのルートがある。1つ目は、商標使用の定義を含む商標保護に関する元の規定を電子商取引の環境において解釈することである。2つ目は、電子商取引の具体的な特徴に対して、商標使用の意味を含む商標保護の規定を改正することである。この点について、中国は基本的に1つ目の方法を採用している。具体的には、商標法48条に規定されている商標使用の意味を含む商標保護の規定を、司法および学説を通じて、電子商取引の環境に解釈することである。それに対して、日本は2つ目の方法を採用している。具体的に電子商取引環境における商標使用の具体的な状況を規定している。たとえば、日本は2002年に商標法の2条を改正し、インターネットを介して商標を付す商品の提供、及び電子的、電磁的な方法でディスプレイにおいて役務商標の展示、および電子的、電磁的な方法で商品商標や役務商標の広告、価格表、取引書類を展示することを含む⁸。

明らかに、中国商標法における商標使用に関する一般規定にしても、日本商標法における商標使用に関する具体的な規定にしても、いずれも電子商取引における商標使用に及んでいる。それに対応して、中国商標法における商標保護の規定にしても、日本商標法における商標保護の規定にしても、いずれも電子商取引における商標保護を適用できる。同様に、商標権侵害に係る事件において、日中両国の司法機関とも、消費者混同のおそれの基準に基づいて、電子商環境における商標使用紛争を処理し、商標権者の合法的権利を保護した。

本文では、商標とドメイン名、商標保護とプラットフォームの責任、商標保護とキーワード検索などの面から、日中両国の商標法の関連規定および関連司法判断と結び付けて、電子商取引における商標保護の問題を検討する。

⁵ 中国商標法57条1号と同2号を参照。

⁶ 中国商標法3条と4条を参照。

⁷ 1992年日本商標法の2条とその他の条項の関連規定を参照。

⁸ 日本商標法2条3号、7号と8号を参照。

2. ドメイン名と商標保護

電子商取引やインターネットの環境において、商標保護が直面する初めての課題はドメイン名の登録である。ドメイン名にはコンピュータ技術の特徴があり、一連の番号、数字、文字、記号を通じて、世界各地にあるコンピュータおよびそれに対応する情報を識別できる。しかし、商標や商号がドメイン名に含まれている場合、法的性質を有するようになった。ドメイン名における商標と商号は、商品、サービス、および企業経営を示す役割を果たすためである。ドメイン名登録の所有者が自分の商標又は商号を使用している場合、通常、消費者や社会公衆を誤解させない。しかし、ドメイン名登録の所有者が商標権者または商号の所有者の許諾を得ずに、ドメイン名に他人の商標又は商号を使用した場合、消費者や社会公衆を誤解させる可能性を生じる。

グローバルインターネット管理システムによると、ドメイン名は自動登録に該当し、審査する必要はない。自然人と法人ともドメイン名登録機関に申請することができる。コンピュータシステムはドメイン名登録の申請を受けてから自動的に識別できる。係るドメイン名申請が既存のドメイン名と重複しない限り、ドメイン名システムに登録できる。一方で、このような登録方法は、係る企業又は市場主体のドメイン名登録に便宜を図っているが、もう一方で、このような登録方法は、悪意の申請者が他人の商標や商号をドメイン名として登録し、商業活動に使用する機会を提供している。

商標保護に対するドメイン名の登録と使用がもたらした課題について、まず、世界各国の司法機関が係る紛争の対処方法について検討した。この点について、司法機関はドメイン名の技術的特性に拘わらず、消費者の混同のおそれの観点から、係るドメイン名の登録と使用が商標又は商号の所有者の権利を侵害したか否かを判断する。ドメイン名の登録および使用が他人の商標又は商号の権利を侵害したと判断された場合、司法機関はドメイン名登録者に、係るドメイン名の使用停止および取下げを命じる。以下、日中両国のいくつかの典型的な事例を紹介する。

2001年7月に上海市高级人民法院より判決された「P&Gが晨鉉を訴えた」事件は、中国初めてのドメイン名に関する紛争事件であった⁹。本件の原告は米国のP&G社であり、世界の複数の国および中国において文字商標「SAFEGUARD」を出願登録し、その指定商品は石鹼と各種類の石鹼である。本件の被告は上海晨鉉科貿有限公司であり、1999年1月18日に中国インターネット情報センターにドメイン名「safeguard.com.cn」を申請し、登録した。交渉失敗の状況の下、P&G社は上海市第二中級人民法院に訴訟を提起し、自社の文字商標「SAFEGUARD」が高い知名度を有しているので、被告がそれをドメイン名として登録し、使用している行為は、悪意の登録及びただ乗りの不正競争行為に該当すると主張し、被告にそのドメイン名の使用停止および取下げを命じるよう請求した。被告は、自社の業務範囲は「セキュリティシステムの設計、設置とメンテナンス」であり、そのうち、「セキュリティ」の英語は「safeguard」であるため、悪意を持ってドメイン名を登録した問題が存在しないと答弁した。第一審法院は審理を経て、原告の文字商標「SAFEGUARD」が高い知名度を有しているので、被告はそれをドメイン名として登録し、使用した行為は、消費者の誤認を生じさせる可能性があると判断した。それとともに、被告は原告商標「SAFEGUARD」をドメイン名として抜け駆け出願した行為は、原告が自社のドメイン名を登録することやドメイン名に自社の商標を使用することを妨害していると判断した。第一審法院は上記理由に基づき、被告が原告の文字商標「safeguard」を自社のドメイン名に登録したことは悪意の登録及び不正競争

⁹ 上海市高级人民法院、上海晨鉉科貿有限公司がP&G社を訴えた2001（滬）高知終字第4号。

に該当するため、被告に即時の使用停止および判決の発効後の15日以内にそのドメイン名の登録の取下げを命じる判決を言い渡した。被告は第一審判決を不服として、上海市高级人民法院に上訴した。第二審法院は審理を経て、第一審判決を維持した。

2002年6月に北京市第一中級人民法院より判決された「デュポンが国網公司を訴えた」事件も、影響力のあるドメイン名紛争事件である¹⁰。当該事件において、原告は米国のデュポン (Du Pont) 社であり、世界の複数の国および中国において文字商標「DU POND」を出願登録していた。インターネット時代の到来に伴い、原告は世界の一部の国において、ドメイン名「dupond.com」を登録した。被告国網公司は情報サービスに従事する会社であり、1998年12月に中国インターネット情報センターにドメイン名「dupond.com.cn」を抜け駆け登録したが、実際には使用していなかった。原告は被告に複数回の交渉を繰り返して失敗した末、北京市第一中級人民法院に訴訟を提起し、被告がドメイン名「dupond.com.cn」を抜け駆け登録したことは、自社の登録商標権を侵害し、不正競争に該当すると主張し、被告に係争ドメイン名の即時取下げを命じるよう請求した。被告は、自社はドメイン名登録手続きに従って合法的にドメイン名を登録したので、原告の商標権侵害および不正競争問題がないと抗弁した。法院は審理を経て、原告の文字商標「DU POND」は、諸外国においても中国においても高い知名度を有している商標であり、馳名商標と認定されるべきである。被告は原告の商標が高い知名度を有していることを明らかに知りながら、ドメイン名「dupond.com.cn」を抜け駆け登録した行為は、主観的な悪意を有し、消費者に商品の出所に対する混同を生じさせる可能性がある。被告の先取り登録行為は、原告の登録商標権を侵害しただけではなく、不正競争にも構成していると法院は判断した。法院は、被告が判決の発効後の10日以内に、「dupond.com.cn」ドメイン名の登録の取下げを命じる判決を言い渡した。

ほぼ同じ時期において、日本の裁判所もいくつかのドメイン名の抜け駆け登録事件を受理した。たとえば、2000年の「JACSS」事件において¹¹、原告はクレジットカードを事業とする会社であり、1976年から「JACSS」商号を使用してきた。本件の被告は簡易組み立てトレイの販売及びリース等を事業とする会社であり、1998年5月に日本ネットワークインフォメーションセンターにドメイン名「jaccs.co.jp」を登録し、同時に対応するウェブサイトを開設した。原告は日本「不正競争防止法」2条1項1号、2号に基づいて訴訟を提起し、被告によるドメイン名「jaccs.co.jp」を登録、使用した行為は、不正競争行為に当たると主張した。なお、そのうちの1項は混同に係る規定で、2項は希釈に係る規定である。被告は、ドメイン名の登録について、先願主義が採られ、ドメイン名は商品又は役務の出所を示す機能を有しないので、自社の行為は不正競争行為に該当しないと答弁した。富山地方裁判所は、インターネットにおいて関連ウェブサイトを識別しやすくするため、インターネットドメイン名が確かに一連のアルファベットや数字から構成されている。しかし、ドメイン名に商標又は商号を含む場合、同時に商品又はサービスの出所を示す機能を有すると判断した。富山地方裁判所は、原告の商号「JACCS」は「著名」な営業表示に該当し、被告がそれを自社のドメイン名に登録したことは、消費者の混同を生じさせやすいだけでなく、原告の著名な営業表示を希釈化させる可能性があるとして判示した。裁判所は最後に被告に係争ドメイン名を登録、使用した行為は、不正競争に該当し、「JACCS」標章の使用の即時停止を命じる判決を言い渡した。

また、2001年に東京地方裁判所より判決された「J-Phone」事件も¹²、ドメイン名と商標に関する判決

¹⁰ 北京第一中級人民法院、デュポン社が北京国網信息（情報）公司を訴えた事件 2000 一中初知字第 117 号。

¹¹ 富山地判平成 12・12・6 判時 1734 号 3 頁「JACCS 事件」。

¹² 東京地判平成 13・4・24 判時 1755 号 43 頁「J-Phone 事件」。

である。この判決では、原告はサービスディーラーであり、「J-Phone」という名称をもってモバイル通信サービスを提供していた。被告は食品の輸入と販売に従事する会社であり、1997年8月に日本ネットワークインフォメーションセンターにドメイン名「J-Phone.co.jp」を登録し、食品や携帯電話を含む関連商品を提供するウェブサイトを開設した。原告は、不正競争防止法2条の混同や希釈を規整する規定に基づいて、訴訟を提起し、被告に「J-Phone.co.jp」表示の即時の使用停止を要求した。被告は、ドメイン名「J-Phone.co.jp」を登録し、使用することは、関連するウェブサイトのアドレスを識別するのみであり、ビジネス標識ではないので、不正競争という問題がないと答弁した。東京地方裁判所は審理を経て、原告の「J-Phone」が著名な営業表示に該当し、被告がドメイン名およびウェブサイトにおいて「J-Phone」表示を使用している行為は、消費者の混同を生じさせる可能性があるだけでなく、原告の著名な営業表示を希釈化させる可能性があるため、すでに不正競争に構成すると判断した。裁判所は、最後に被告に原告表示「J-Phone」に対する使用の即時停止を命じる判決を言い渡した。

世界各国の裁判所はドメイン名と商標保護の関係を如何に処理するかについて検討した際、国際的なインターネット組織もドメイン名紛争解決メカニズムの議論に参加した。この点について、「インターネット名称と数字アドレス分配機関」(Internet Corporation for Assigned Names and Numbers、ICANN)は、1999年10月に「統一ドメイン名紛争解決ポリシー」(Uniform Domain Names Dispute Resolution Policy)を公表した。当該ポリシーによると、ドメイン名登録は契約と同等であり、ドメイン名登録組織とドメイン名登録者もこの契約に拘束されるべきであるとした。ドメイン名登録紛争が発生した場合、ドメイン名登録機関とドメイン名登録者とも、係る紛争を解決するために第三者の仲裁を受けるべきである。当該ポリシーによると、日中両国のドメイン名登録機関は、それぞれドメイン名登録紛争解決規定を制定した。例えば、日本ネットワークインフォメーションセンターは、2000年7月に「JPドメイン名紛争処理方針」を発行し、同年10月に手続規定を公開した¹³。また、中国インターネット情報センターは2000年10月に「中文ドメイン名紛争解決弁法(試行)」を発行し、2002年9月に「中国インターネット情報センタードメイン名紛争解決弁法」を発行し、中国国際経済貿易仲裁委員会をドメイン名紛争解決機関として決めた¹⁴。

一般的に、ICANNの「統一ドメイン名紛争解決ポリシー」の発行および各国ドメイン名紛争解決規定に伴い、ドメイン名登録と使用及び係る商標保護の問題は、基本的に第三者仲裁機関より解決されている。しかし、ドメイン名紛争仲裁機関は係る紛争を処理する際、より多くビジネス標識の観点から、ドメイン名所有者のドメイン名の登録と使用が他人の商標権を侵害したか否かを判断する。この点について、本文の著者は、中国国際経済貿易仲裁委員会ドメイン名紛争解決センターの仲裁人を務めており、ドメイン名と商標に関する複数件の紛争を処理してきた。関連事件の裁決では、いずれも先行する商標を保護する理念に基づいて対応する裁決を下した。たとえば、本稿の著者が2015年に取り扱った「穗宝」事件において¹⁵、申立人が「広州穗宝家具裝飾廠」であり、「穗宝」ブランドのマットレスを製造、販売し、比較的高い市場シェアを有し、マットレス製品の著名ブランドに該当する。本件の被申立人は広東省東莞にある寝具販売会社であり、ドメイン名登録機関にドメイン名「穗宝集团.中国(穗宝グループ.中国)」を登録した。広州穗宝家具裝飾廠は中国国際経済貿易委員会のドメイン名紛争解決センターにクレームを申立て、被申立人が「穗宝集团.中国」というドメイン名を登録したことについて、当該ド

¹³ 田村善之：『日本知的財産権法』（第4版）、知的財産権出版社2010年版、第101至102頁を参照。

¹⁴ 李虎：『中国ドメイン名紛争民間解決メカニズム及びその審理原則』、『中国専利と商標』2003年第4号に掲載。

¹⁵ 中国国際経済貿易仲裁委員会ドメイン名紛争解決センター中：「穗宝」事件、CND-2015000049。

メイン名が自社の商標と類似し、消費者の誤認を生じさせやすいため、自社の商標権を侵害したと主張した。申立人はさらに、被申立人が商標「穗宝」が周知商標であることを知っている状況において、ドメイン名「穗宝集団. 中国」を登録したことは、主観的な悪意を有していると主張した。被申立人は自社がドメイン名「穗宝集団. 中国」を登録したことに悪意を有せず、自社はドメイン名「穗宝集団. 中国」に対して知的財産権を有していると答弁した。ドメイン名紛争解決センターは審査を経て、申立人の商標「穗宝」が高い知名度を有し、被申立人がドメイン名「穗宝集団. 中国」を登録したことは、主観的な悪意を有し、ドメイン名「穗宝集団. 中国」は商標「穗宝」と類似し、消費者の誤認を生じさせる可能性があるとして認定した。最後に、ドメイン名紛争解決規定の関連規定に基づいて、ドメイン名「穗宝集団. 中国」を申立人に譲渡すると裁決した。

日中両国がドメイン名紛争解決規定を制定した後、ほとんどのドメイン名紛争は仲裁によって解決されたが、少数の商標とドメイン名の間の紛争が商標権侵害に該当するか否か紛争に混じり込んで、司法段階に入った。たとえば、2004年に日本大阪地方裁判所によって判決された「MAXEEL」事件は¹⁶、商標権侵害とドメイン名の問題に及んでいる。当該事件において、原告はオーディオテープ、ビデオテープ、CD、MD および DVD などの電子ストレージデバイスを製造、販売を事業とする会社であり、1975年から商標および商号「MAXELL」を使用しており、高い企業名声を有している。本件の被告は、フレーバーレストランであり、1999年から「maxell」、「maxellcorporation」、「MAXELL」および「MaXell」などの商号を使用していた。被告は同時に、ドメイン名「maxellgrp.com」を登録し、かつウェブページを開設して自分の経営しているレストランを宣伝している。原告は、不正競争防止法2条1項2号の希釈に係る規定および13号のドメイン名紛争に係る規定に基づいて、大阪地方裁判所に提訴した。原告は、自社の商標と商号「MAXELL」は、周知されている特徴を有しているだけではなく、著名という特徴も有し、著名商標と商号に該当すると主張した。また、被告が自社の著名商標、商号と類似する商号を使用し、自社の著名商標、商号と類似するドメイン名を登録、使用した行為は、2号の希釈に係る規定を反するだけでなく、13号のドメイン名に係る規定にも反するもので、侵害の差止めおよび損害賠償の支払いという責任を負うべきであると主張した。大阪地方裁判所は審理を経て、被告が商号「MAXELL」を使用した行為は原告のビジネス標識に対する希釈化を構成し、ドメイン名「maxellgrp.com」を登録、使用し、ウェブサイトにおいて自分の経営活動を宣伝した行為は、ドメイン名を利用して不当利益の取得に該当すると認定した。

また、2010年に北京市第一中级人民法院より判決された「通用電器公司」事件では¹⁷、原告が照明器具および機器を経営する会社であり、長期に亘って文字商標「GE」又は「ge」を使用し、かつ多くの国で出願登録していた。本件の被告は、浙江省寧波市に所在する電器を経営する会社であり、2006年12月にドメイン名「gelingting.com.cn」を登録し、ウェブサイトにおいてその製品が「通用電器」又は「GE」から由来していると宣伝し、さらにウェブサイト発注の方法を通じてその製品を提供していた。そこで、通用電器公司是北京市海淀区法院に訴訟を提起し、被告が自社の知名商標「GE」又は「ge」をそのドメイン名に使用し、対応するウェブサイトにおいて販売活動を行っているため、その商標権を侵害したと主張した。第一審法院は審理を経て、被告が他人の商標「GE」および「ge」が高い知名度を有していることを知っていた状況の下、ドメイン名「gelingting.com.cn」を登録し、当該ウェブサイトにおいて商

¹⁶ 大阪地判平成16・7・15「MAXELL事件」、中山信弘ほか編集『商標・意匠・不正競争判例百選』198-199頁（有斐閣、2007）。

¹⁷ 北京市第一中级人民法院（2010）一中民終字第4100号「通用電器公司事件」。

業活動を行ったことが、消費者を混同させたため、商標法の関連規定に反していると判断した。したがって、第一審法院は、被告に侵害行為の即時停止、対応する損害賠償金の支払いを命じる判決を言い渡した。被告は第一審判決を不服として、北京市第一中級人民法院に控訴した。第二審法院は審理を経て、被告の行為が不正競争行為に該当し、反不正競争法の関連規定に反したと認定し、被告にドメイン名を利用して実施した不正競争行為の即時停止および損害賠償金の支払いを命じた。

それに、2009年に北京市第二中級人民法院より判決された「開心網」事件において¹⁸、原告は「開心人信息（情報）技術公司」であり、2008年3月に「開心網」（kaixin001.com）を設立し、文字商標「開心」を登録した。原告のユニークな創作が社会公衆のニーズに応えたため、「開心網」はわずか数ヶ月で知名度の高いウェブサイトとなった。被告は、関連するビジネスチャンスを図り、すぐにドメイン名「kaixin.com」を登録し、同じ機能の「開心網」を開設した。被告は原告と同一の商標「開心網」を使用し、原告ドメイン名「kaixin001.com」とほぼ同一の「kaixin.com」を使用したため、消費者の誤認を生じさせた。原告のウェブサイトへの訪問者数が急激に減少したため、原告は北京市第二中級人民法院に訴訟を提起し、被告に対して「開心網」又は類似するウェブサイト名称の使用の即時差止め、ドメイン名「kaixin.com」の即時使用停止、損害賠償の支払いおよび謝罪を命じるよう請求した。法院は審理を経て原告の「開心網」とドメイン名「kaixin001.com」が高い知名度を有している状況において、被告は同一のビジネス標識を使用し、ドメイン名「kaixin.com」を登録、使用した行為は、不正競争行為に該当するため、被告に、ドメイン名「kaixin.com」を含む「開心網」及びそれと類似する名称の使用停止を命じた。

日中両国の司法実務から見れば、商標とドメイン名の紛争が商標権侵害の訴訟に巻き込まれた場合、当事者は商標権侵害を主張する訴訟において、ドメイン名に関する権利を主張できる。ただし、裁判所は通常判決において、被告に、係争ドメインの継続使用しないことを含む侵害の差止めを命じる。このような状況において、商標権者はドメイン名仲裁の解決メカニズムを通じて、ドメイン名紛争解決機関に対応するドメイン名を自分に譲渡するよう要求できる。

3. 商標保護とプラットフォームの責任

電子商取引又はインターネット環境において、商標保護が直面する2番目の課題は、プラットフォームの責任を如何に確定するかということである。インターネットが登場する前に、商品取引とサービス取引ともオフラインで行われていた。たとえば、商品は店舗を通じて、売買契約を通じて、さらには先物という形式で取引できる。また、サービスは、現場まで赴き、売買契約を交わして、更に予約提供する方法を通じて提供できる。しかし、コンピュータ技術とインターネット技術の発展に伴い、商品やサービスはオフラインだけでなくオンラインでも取引できるようになった。たとえば、オンライン販売プラットフォームの構築、オンライン広告の配信、プラットフォームを通じた販売契約の締結などが挙げられる。商品やサービスのオンライン取引は、関連企業自社によって設立されたウェブサイトやプラットフォーム、又は他人によって設立されたウェブサイトやプラットフォームを通じて行うことができる。この点について、中小企業が従事している商品やサービスのオンライン取引のほとんどは、他人によって設立されたウェブサイトやプラットフォームを通じて行われている。たとえば、有名な「eBay」、

¹⁸ 北京市第二中級人民法院、「開心網」事件（2009）二中民初字第10988号。

「Amazon」および「タオバオ」などは、いずれも中小企業が商品やサービスの取引を行うためのプラットフォームである。

大手企業はプラットフォームを設立して、自社の製品又はサービスを販売する場合、通常商標権侵害の問題が発生しない。たとえば、有名なアパレルメーカー、化粧品企業、携帯電話会社が取引プラットフォームを設立することや、航空会社や鉄道会社が取引プラットフォームを設立することは、自社の商品やサービスをオンラインで提供するためである。ただし、中小企業や自然人が「eBay」や「タオバオ」などのプラットフォームで取引を行う場合、商標権侵害、さらに他人の商標を偽造するなどの問題が発生する可能性がある。商標保護の原則によれば、商標権の侵害又は商標偽造の場合、商品又はサービスの販売者によって、侵害責任を負い、更に必要な刑事責任を負うことになる。これは、商品やサービスの従来の取引モデルとまったく同じである。しかし、電子商取引の条件の下で、ニセモノの販売者又は侵害者に法的責任を負わせる以外、取引を提供するオンラインプラットフォームにも一定の法定責任を負わせるべきではないか。なにしろ、「eBay」や「タオバオ」のようなオンラインプラットフォームは、他人にニセモノや侵害品を販売する場を提供しているからである。そのようなプラットフォームがなければ、ニセモノ又は侵害品のオンライン取引はない。

注目に値することは、オンライン商品又はサービス取引における商標保護の問題、およびこれによって生じたプラットフォーム責任の問題は、著作権および関連権利の保護と類似する特徴を有している。この点に関して、もし誰かが許諾なしにインターネットに他人の著作物又は複製物を伝達した場合、伝達した者が侵害責任を負うだけでなく、ストレージスペースサービス、検索サービスおよびリンクサービスのプロバイダなどのインターネットサービスプロバイダも一定の条件において、侵害幫助又は間接侵害の責任を負うべきである。著作権および著作隣接権について、インターネットサービスプロバイダが侵害幫助や間接侵害の責任を負う場合、一定の要件を満たす必要があり、例えば、他人の侵害行為を知っていたか又は知るべきであったのに、ストレージスペースサービス、検索サービスおよびリンクサービスを提供したなどの場合である。そのうちの知っていたか又は知るべきであったことは、権利者の通知を受けた後、即時に侵害情報を削除せず又はリンクを遮断しないことを含む。これは、米国著作権法 512 条に規定されている「ノーティスアンドテイクダウン」制度である¹⁹。この点について、2006 年に施行された中国の情報ネットワーク伝達権保護条例の 14 条から 17 条においても、インターネットストレージスペースサービス、検索サービス、およびリンクサービスに対して、ノーティスアンドテイクダウンの規定を定めており、インターネットサービスプロバイダが権利者からの侵害通知を受けた後、即時に侵害情報を削除、又は侵害リンクを遮断することを要求している²⁰。

本来、米国著作権法 512 条によれば、ノーティスアンドテイクダウンの規定は、インターネット環境における著作権保護のみに適用され、特許、商標、およびその他の民事権利に適用されない。これについて、中国の情報ネットワーク伝達権保護条例でも、著作権および関連権利に対して、通知・削除規定を設けている。他方、2010 年に施行された権利侵害責任法では、中国における広範な通知・削除の規定を設けた。そのうち、36 条では、まずインターネットユーザーおよびインターネットサービスプロバイダがインターネットを利用して他人の民事権利を侵害した場合、権利侵害責任を負わなければならないと規定している。これを踏まえて、「インターネットユーザーがインターネットサービスを利用して権

¹⁹ 米国著作権法 512 条、又はデジタル化時代著作権法を参照。

²⁰ 中国情報ネットワーク伝達権保護条例の 14 条から 17 条を参照。

利侵害行為を行った場合、被侵害者はインターネットサービスプロバイダに対してリンクの削除、遮断、断絶等の必要な措置を行うよう求める権利を有する。インターネットサービスプロバイダは、通知を受けた後、速やかに必要措置を講じなかった場合、損害拡大の部分についてインターネットユーザーと連帯責任を負う」とし、「インターネットサービスのプロバイダは、インターネットユーザーが当該インターネットサービスを利用して他人の民事権利を侵害していることを知りながら必要な措置を講じなかった場合、当該インターネットユーザーと連帯責任を負う」と規定している²¹。そのうちの民事権利は、著作権、関連権利、専利権、商標権などの知的財産権だけでなく、財産権、人格権なども含まれる。このような規定に従い、通知・削除の規定は、問題なく電子商取引プラットフォームに対して、他人の商標権侵害行為の責任を負わせるよう命じるなど、電子商取引環境における商標保護に適用できる。

2020年3月に採決された民法典は、1194条から1197条に、通知・削除の規定に対して、一層詳細に規定している²²。具体的な規定は以下の通りである。

1194条、「インターネットユーザー、インターネットサービスプロバイダがインターネットを利用して他人の民事権利を侵害した場合、権利侵害責任を負わなければならない。法律に別段の定めがある場合は、その規定に従う。」

1195条、「インターネットユーザーがインターネットサービスを利用して侵害行為を行った場合、権利者はインターネットサービスプロバイダにリンクの削除、遮断、切断等の必要な措置を講じるよう通知する権利がある。通知には、権利侵害に該当する初歩的な証拠及び権利者の真実な身分情報を含まなければならない。

インターネットサービスプロバイダは通知を受け取った後、直ちに当該通知を関連インターネットユーザーに転送しなければならない。権利侵害に該当する初歩的な証拠およびサービスの類型に基づいて必要な措置を講じなければならない。直ちに必要な措置を講じていなかった場合、拡大された損害に対し当該インターネットユーザーと連帯責任を負う。

権利者は通知ミスによってインターネットユーザー又はインターネットサービスプロバイダに損害を与えた場合は、その責任を負わなければならない。法律に別段の定めがある場合は、その規定に従う。」

1196条、「インターネットユーザーは転送された通知を受け取った後、インターネットサービスプロバイダに侵害行為が存在しない声明を提出することができる。声明には、侵害行為が存在しない初歩的な証拠およびインターネットユーザーの真実な身分情報を含まなければならない。

インターネットサービスプロバイダは声明を受け取った後、当該声明を、通知を出した権利者に転送し、かつ関係主管部門にクレームを申し立て又は人民法院に起訴することができることを告げなければならない。インターネットサービスプロバイダは、転送された声明が権利者に送達された合理的期間以内に、権利者が既に苦情を申し立て又は起訴した通知を受け取っていなかった場合、講じた措置を直ちに解除しなければならない。」

1197条、「インターネットサービスプロバイダは、インターネットユーザーがそのインターネットを利用して他人の民事権利を侵害したことを知ったか又は知っているべきであって、必要な措置を講じていなかった場合、当該インターネットユーザーと連帯責任を負う。」

関連する立法資料によれば、権利侵害責任法は2010年7月に施行され、民法典は2021年1月から施

²¹ 中国権利侵害責任法 36 条を参照。

²² 中国民法典 1194 条から 1197 条を参照。

行された。しかし、権利侵害責任法と民法典が施行される前に、中国の法院は既に情報ネットワーク伝達権保護条例の関連規定又は通知・削除の規定に基づいて、一部の商標権侵害及びインターネットプラットフォーム責任に係る紛争を解決していた。

たとえば、2009年の「友誼出版公司」事件において²³、原告は友誼出版公司であり、『盜墓筆記』などの書籍について独占出版権を有していた。被告である個人経営者の楊海林氏は『盜墓筆記』の海賊版を作り、タオバオで販売していた。そこで、原告は楊海林氏とタオバオに対して訴訟を提起し、楊海林氏が関連書籍の海賊版を作ったことが自社の独占出版権を侵害し、タオバオは楊海林氏に販売のためのプラットフォームを提供したので、共同侵害に該当し、連帯責任を負うべきであると主張した。被告のタオバオは、自社は情報公開を提供するプラットフォームサービスプロバイダとして、オンライン経営者ではなく、オンラインショップの運営、製品のリリース、又は販売によって引き起こされた侵害に対して責任を負わず、係争書籍の情報は楊海林氏より公開され、楊海林氏が書籍の海賊版を作った事情をタオバオは知らないと主張した。また、友誼出版公司からの苦情申立を受けてから、タオバオが直ちに関連情報を削除し、その要求に従い、楊海林氏の登録資料を提供していた。これは、自社が合理的注意義務を果たしており、原告の独占出版権の侵害を構成しないことを表明できると答弁した。

本件を受理した一審法院は、被告タオバオが楊海林氏からサービス料を請求したものの、楊海林氏が書籍の販売資格を持っているかどうかを審査せず、合理的注意義務を果たしておらず、対応する侵害責任を負うべきであると判決した。タオバオは、一審法院の判決を不服として、北京市第二中級人民法院に控訴した。二審法院は審理を経て、タオバオがオンライン取引プラットフォームプロバイダとして、既に楊海林氏の真の氏名と身分証明書番号を審査し検証したと判断した。法院はさらに、現行の法律および行政法規は、オンラインプラットフォームプロバイダが各種の取引主体を区分、取引資格を審査する義務を要求していないとし、タオバオが海林氏の真の氏名と身分情報を審査、検証したことは、既に合理的注意義務を果たしたと判断した。従って、二審法院は、この問題に関する一審法院の判決を覆し、被告タオバオは共同侵害を構成せず、連帯責任を負うべきではないと判決した。

本件において、一審法院と二審法院は販売価格の問題についても検討した。原告は訴訟で、被告楊海林氏が市場価格より明らかに低い価格で海賊版の書籍を販売したので、被告タオバオはそれを審査せず、発見できなかったことは、必要な監督義務を果たしておらず、共同侵害を構成したと主張した。しかし、一審法院は、オフラインのショッピングモールの店舗に比べ、オンラインの販売店舗の数が膨大であり、販売される商品の数も膨大であるとして、このような状況で、オンラインプラットフォームに取引商品の品質、安全性、合法性を完全に管理することを要求することや、オンラインプラットフォームに取引情報と取引価格の真実性又は正確性を逐一に審査することを要求することは、明らかにオンラインプラットフォームの果たすべき合理的注意義務を超えていると判断した。この点について、二審法院も、タオバオで販売される商品の数が膨大で、種類が多様で、状況が複雑であり、関連法律と行政法規は流通の禁止および流通の制限をしている商品のみを規定しており、それ以外、インターネットサービスプラットフォームに関連商品の価格は一般的な市場価格より低いかを審査することを要求していない。これについて、一審法院と二審法院とも、原告からの通知を受けた後、タオバオが楊海林氏より販売された係争書籍に係る情報を直ちに削除したので、合理的注意義務を果たしたと判断した。

²³ 北京市第二中級人民法院、「友誼出版公司」事件（2009）二中民終字第15423号。

また、2010年の「衣念時裝」事件において²⁴、韓国依蘭徳公司是文字及び図商標「EENIE WEENIE」を有し、その指定商品は服飾であった。2007年12月、依蘭徳公司是衣念公司に中国大陆における服の製造、販売につき、当該登録商標の独占的許諾を権利付与し、許諾期間は10年間である。これに対応して、衣念公司是中国大陆における当該商標の所有者の権利を有する。本件被告は自然人莫双氏であり、タオバオにおいて原告の商標が付いた服を販売していた。そこで、衣念公司是上海市楊浦区人民法院に訴訟を提起し、被告莫双氏が自社の商標権を侵害したと主張した。原告はさらにタオバオは莫双氏に販売のためのプラットフォームを提供し、共同侵害を構成し、連帯責任を負うべきであると主張した。一審法院は審理を経て、莫双氏は原告の商標が付いた服を販売したため、原告の登録商標権を侵害したと判断した。一審法院はまた、被告タオバオが合理的審査義務を果たし、侵害情報を適時に削除したため、共同侵害の責任を負うべきではないと判断した。原告は第一審判決を不服として、上訴を提起した。上海市第二中級人民法院は審理を経て、一審法院の判決を維持した。本稿は一、二審法院の電子商プラットフォームタオバオの責任についての議論のみを言及する。

この問題に関して、一審法院は判決において、タオバオがインターネットサービスプロバイダとして、ユーザーがそのウェブサイトを利用して侵害行為を実施したことを知りながら、制止しなかった場合のみ、対応する侵害責任を負うと指摘した。一審法院は、本件につき、一方タオバオはユーザーに真の氏名/名称で登録することや取引住所、連絡先、身分証明書などの対応する身分情報を提供することを要求し、かつ認証された後に初めてそのウェブサイトにおいて商品又はサービスの取引に従事できる。他方、被告の「タオバオサービス契約」および「商品サービス規定」によれば、タオバオのユーザーは、国によって販売が禁止又は制限されている品物、又は他人の知的財産権および合法的権利を侵害する品物を売買してはならないと規定されている。タオバオが提出した証拠によれば、タオバオが既に莫双氏より提供された情報に対して審査し、莫双氏に「タオバオサービス契約」や「商品サービス規定」に従うよう求めた。これは、タオバオが既に合理的審査義務を果たしたことを表明できる。その他、衣念公司の苦情申立を受けてから、タオバオが莫双氏の関連情報を提供し、かつ適時にプラットフォームにおける莫双氏に係る情報を削除した。これも、タオバオが既に合理的審査義務を果たしたことを示している。一審法院は、これに基づいて、原告のタオバオが莫双氏の侵害行為に便宜を提供し、合理的審査義務を果たしていないため、共同侵害に該当するとの主張には、事実と法的根拠が欠けていると認定した。

タオバオの責任に関して、二審法院も判決において、本件で明らかにした事実に基づいて、莫双氏が直接的侵害の実施者であり、侵害責任を負うべきであるとした。タオバオがインターネットサービスプロバイダとして、そのウェブサイトで商品を販売する販売者に対して、事前に登録情報と実名認証を要求する制度がある。同時に、タオバオが「タオバオサービス契約」と「商品サービス規定」を制定し、タオバオの販売者に従うよう要求した。そのほか、タオバオが原告の苦情申立を受けてから、既に原告の要求に従い、対応する情報を削除した。上記事実によれば、タオバオが既に合理的審査義務を果たしており、侵害行為を知った又は知るべきであった主観的な過ちを存在しないので、直接侵害者と一緒に連帯責任を負うべきではないと指摘した。

上記2件は中国法院の判決である。以下、日本の裁判所の判決を紹介する。2012年に知的財産高等裁判所より判決された「Chupa Chupas」事件において²⁵、原告はイタリアの会社であり、日本で文字およ

²⁴ 上海市第二中級人民法院、「衣念時裝」事件（2010）滬二中民五（知）終字第30号。

²⁵ 知財高判平成24・4・25平成23（ウ）35691「Chupa Chupas事件」。

び図商標「Chupa Chupas」を登録し、その指定商品はスーツ、ジャケットなどの服装類およびカバンや革製品類などを含む。本件の被告は「楽天市場」であり、その傘下の店舗は原告の「Chupa Chupas」商標を付いたバック、帽子、コップなどの商品を販売していた。事件の事実関係によれば、被告は実店舗において原告の商標を付いた商品を展示、販売しただけではなく、その経営しているウェブサイトにおいても関連商品を展示していた。そこで、原告は裁判所に訴訟を提起し、被告が「Chupa Chupas」標章の付いた商品を販売したので、商標権侵害と不正競争に該当すると主張した。具体的に、被告はその登録商標の付いた商品を販売し、指定使用の商品について、商標権侵害に該当し、そのほかの類別の商品について、不正競争に該当すると主張した。原告も、自社の商標「Chupa Chupas」は、著名商標に該当することを特に主張した。一審裁判所は審理を経て、被告が権利侵害と不正競争に該当すると判示した。被告は判決を不服として、控訴し、知的財産高等裁判所は一審裁判所の判決を基本的に維持した。

当該判決において、一審裁判所と知的財産高等裁判所は、商標権侵害、不正競争および被告がウェブサイトにおいて関連製品を展示する問題を議論した。本文では、電子商取引プラットフォームの責任問題のみに及ぶ。一審訴訟において、原告は、被告がそのウェブサイトにおいて関連商品の情報を提供し、インターネットサービスプロバイダに該当すると主張した。関連法律の規定に基づいて、インターネットサービスプロバイダがそのプラットフォームにおいて提供した情報について、必要な監督管理措置を講ずることを含む適切な注意義務を有する。関連情報が侵害情報であることを発見したら、侵害範囲の拡大を防ぐために、関連情報を合理的な期限以内に削除する必要がある。この問題に関して、二審裁判所はさらなる論述を行った。本件の情報によれば、被告楽天市場は独自にサーバーを設け、商品の情報を展示でき、顧客より関連商品の情報が検索でき、ウェブサイトを通じて注文や料金の支払いを行うことができる」とされていた。明らかに、これは電子商や顧客にとっては便利なサービスシステムである。ただし、原告は関連情報が侵害情報である通知を発送した後、被告が侵害情報の継続的な拡散することを防ぐために、合理的な期間内に関連情報を削除することを求める必要がある。本件について、一審と二審の裁判所とも、被告楽天市場が侵害情報を知った状況の下、依然として電子商取引プラットフォームに関連商品の情報を展示したことが侵害と不正競争に該当すると判示した。

電子商取引の環境において、電子商取引プラットフォームも契約書やクレジット支払いを含むほかの問題に及ぶ可能性がある。たとえば、2009年2月の「邁視網」事件は²⁶、契約の問題に及んでいた。本件において、原告の邁視網有限公司は、天津如煙公司との間で、邁視網がインターネットにおいて「如煙シリーズ製品」を独占的に販売するという契約書を締結していた。その後、邁視網は自然人雷蕾氏が、タオバオを通じて、係る如煙製品を販売していることを発見した。しかも、邁視網はタオバオに雷蕾氏の関連情報を削除するよう求める際に、タオバオからの返答をもらっていなかった。そこで、邁視網は雷蕾氏とタオバオに対して訴訟を提起し、雷蕾氏にインターネットにおける如煙製品の販売差し止め、およびタオバオに関連情報の削除を命じるよう請求した。本件の情報によれば、被告雷蕾氏が応訴しておらず、タオバオは自社がインターネット情報会社であり、関連サービスを提供したのみであり、具体的な商品取引に参加していなかったと答弁し、さらに、雷蕾氏はタオバオにおいてニセモノを販売していないので、原告と雷蕾氏との間の紛争は正当な競争ではなく、契約書紛争に該当すると主張した。

北京市朝陽区人民法院は審理を経て、原告と如煙公司との間で締結したインターネットにおける「如煙シリーズ製品」を販売する契約書について、その効力は双方当事人のみに限るもので、被告雷蕾氏が

²⁶ 北京市朝陽区人民法院、「邁視網」事件（2008）朝民初字第34029号。

インターネットを通じて如煙製品を販売したことは、原告と如煙公司との間の契約書の範囲を超えただけで、権利侵害又は不正競争の問題がないと判断した。被告タオバオについては、インターネット取引プラットフォームを提供しているインターネット会社にとどまり、雷蕾氏と他人との売買行為に実際に参加していなかった。それとともに、タオバオの「サービス契約」に、ユーザーが関連する品物情報の真実性、合法性、および有効性を慎重に判断しなければならないと明らかに示している。これは、タオバオが善意な注意義務を果たしたことを示すものであると判示した。法院は最終的に、原告が如煙公司と締結したインターネットにおける独占的な販売契約書およびその権利をもって雷蕾氏とタオバオに対して不正競争を主張したことは、事実と法的根拠を欠いているため、棄却されるべきであるとの判決を言い渡した。

また、2009年の「付費（費用支払い）通信公司」事件では²⁷、クレジット支払いの問題に及んでいた。本件において、原告の自然人王盛氏は、タオバオを通じて、もう一人の自然人塗万林氏に鉄通供公司より提供されたブロードバンドサービスの支払いのための「付費通公司」の製品を購入し、540元の支払いを約定した。原告王盛氏は、関連情報を確認してから、タオバオの傘下の「支付宝（アリペイ）」を通じて、関連費用を支払った。しかし、もう一人の自然人塗万林氏の銀行口座が盗難され、警察の調査によって、王盛氏より支払った費用540元が実際に受領されていなかったことが判明した。関連状況を発見してから、王盛氏はほかのアカウントを通じて、鉄通供公司にブロードバンドの使用料540元を支払った。その後、王盛氏は「付費通」およびタオバオに対して訴訟を提起し、損害賠償金の支払いを命じるよう請求した。

上海市黄浦区人民法院は審査を経て、付費通公司是警察が塗万林氏の銀行口座を差押えたことを知っていたものの、即時に原告に通知せず、原告が再度540元のブロードバンド使用費用を支払わなければならないことになったため、賠償責任を負うべきであると判断した。しかし、付費通公司が過失の義務しか有せず、2倍の賠償責任を負うべきではない。タオバオは、双方の取引にサービスプラットフォームしか提供しておらず、具体的な取引に実際に参加していない。関連の取引の支払いにおいて、タオバオは第三者支払いのプラットフォームを導入し、購入者側より関連情報を確認した上、販売者側に関連費用を支払う仕組みになっている。また、支付宝（アリペイ）は、取引双方に実名で支払うことを要求し、具体的な取引への参加との問題も存在しない。これは、タオバオが既に合理的注意義務を果たしたことを表明できる。そのほか、原告の要求に従い、タオバオは既に販売側の塗万林氏の真実の情報を提供した。法院は、これらに基づいて、タオバオが原告の損失のため法的責任を負うべきではないと判断した。

一般的に言えば、日中両国の司法実践に従い、電子商取引プラットフォームが商標権侵害の責任を負う前提は、関連ユーザーの他人の商標に対する使用が既に商標権侵害を構成していることである。電子商取引プラットフォームのユーザーが他人の商標権を侵害した場合のみ、電子商取引プラットフォームは共同侵害者になり、対応する連帯責任を負う可能性があることが分かる。同時に、日中両国の司法実践に従い、電子商取引プラットフォームが共同侵害責任を負う前提は、関連電子商取引プラットフォームが合理的な注意義務を果たしていないことである。電子商取引プラットフォームは、関連商業活動において、法律に義務付けられている合理的注意義務を果たした場合、通常共同侵害の責任を負わない、又は関連責任が軽減される。

²⁷ 上海市黄浦区人民法院、「付費通信公司」事件（2009）黄民一（民）初字第2562号。

4. 商標とキーワード検索

電子商取引やインターネットの環境において、商標保護が直面する3番目の課題は、キーワードの検索とランキングである。明らかに、現代の商業活動における商標のほとんどは、文字商標、又は文字、図形、色彩などの要素を組み合わせた商標である。企業名称又は商号は、基本的に文字から構成されている。このように、文字通りの商標又は商号をキーワードとして利用し、インターネット環境において、製品、サービス、又は企業活動に係る情報を検索でき、電子商取引の規模をさらに拡大させることができる。もちろん、これが電子商取引環境における商標に対するさらなる使用であり、商標権者により多くのビジネス利益をもたらすことができる。

ただし、商標の偽造や侵害と同様に、一部の善意ではない市場主体が他人の文字商標又は商号を利用して、自分の商品又はサービスに関連する情報を検索し、商品やサービスの出所について消費者を混同させる可能性がある。これは、商標の偽造又は模倣とほぼ同じであろう。このような場合、直接侵害者に責任を負わせることを命じた上、検索サービス又はリンクサービスのプロバイダに侵害責任を負わせることを要求するか否かの問題に及ぶ。そのほか、一部の善意ではない市場主体は対価を支払うことで、検索サービスプロバイダに自分の商標又は商号を検索結果の上位にランクインさせることができる。このような虚偽の検索結果のランキングについて、係る費用を受け取った検索サービスプロバイダは、明らかに相応する法的責任を負うべきである。なぜならば、このような虚偽のランキングは、消費者と社会公衆を誤認させるだけでなく、ほかの商標権者の名誉と利益を損害するからである。「商標の使用」と「商標権侵害」の基本原則に従い、日中両国の司法機関は一部の典型的な判決を通じて、キーワード検索とランキングに係る商標権紛争を処理しただけではなく、キーワード検索について従わなければならないルールを検討した。

まず、他人の商標を利用してキーワード検索を行ったことに係る判決を紹介する。2015年に北京知識産権法院より判決された「大悦城」事件では²⁸、原告は国営企業の中糧グループであり、文字商標「大悦城」を有し、主にビジネス販売活動に利用していた。事実上、原告は既に北京の「西単大悦城」および「朝陽大悦城」を含む北京、天津、上海などにおいて、一連の「大悦城」という名称のビジネスセンターを有している。本件の被告は北京寺庫商貿有限公司であり、主に商品販売に従事している企業である。事件の事実関係によれば、被告は自社の販売サービスを宣伝するため、百度検索サービスに「競争排名（入札ランキング）(Bidding Rank)」サービスを購入した。消費者が「百度検索」にキーワード「大悦城」を入力して検索すると、1位に表示されるのは「寺庫北京朝陽大悦城 100%正規品保証、全て低割引セールス」の内容であった。この内容の下に、「寺庫北京朝陽大悦城品種が揃えており、100%ブランド正規品、100%安心ショッピング」などの内容が表示されている。そこで、中糧グループは北京市東城区人民法院に提訴し、被告が「検索キーワード」を通じて自社の登録商標を使用し、自社の商標権を侵害したと主張した。しかし、東城区人民法院は審理を経て、被告の経営場所は「朝陽大悦城」の近くであり、入札ランキングによって表示された「寺庫北京朝陽大悦城」は地理的な位置の記述に該当し、原告の登録商標権を侵害していないと判断した。原告は一審判決を不服として、控訴した。北京知識産権法院は、一審判決を覆し、被告の入札検索ランキングおよびその結果は、原告の商標権を侵害したと判断した。

²⁸ 北京知識産権法院、「大悦城」事件（2015）京知民終字第1828号。

北京知識産権法院は、二審判決において、原告がビジネスサービスで使用する「大悦城」は、消費者によって一般的に認識されている商標であるとし、このような状況における被告は、消費者の大悦城に対する認知の程度を利用し、検索入札ランキングを通じて自分のサービスを検索結果の1位にさせた。同時に、関連検索結果には、「寺庫北京朝陽大悦城 100%正規品保証、全て低割引セールス」、「寺庫北京朝陽大悦城品種が揃えており、100%ブランド正規品、100%安心ショッピング」などの内容が表示され、直接的に原告の商標を使用した。関連の証拠によると、被告が検索結果において原告証拠に対する使用は、既に消費者を混同させる可能性があり、商標権侵害に該当すると指摘した。北京知識産権法院はさらに、被告がキーワード「大悦城」を利用して入札ランキングを行い、原告の商標「大悦城」の知名度を不当に利用し、不正競争に該当すると判示した。最後に、北京知識産権法院は、被告に権利侵害の即時差止め、対応する損害賠償の支払いを命じる判決を言い渡した。

注意すべきことは、前述の「大悦城」事件では、原告が百度の検索入札ランキングに対して、異議を申し立てなかったため、法院は検索ランキングの法的責任について議論しなかった。しかし、2007年に上海市第二中級人民法院より判決された「大衆搬場」事件では²⁹、法院は検索サービスプロバイダの法的責任について具体的に議論した。本件の原告は、上海市の大衆交通公司と大衆搬場公司であり、両社が文字商標「大衆」を有し、指定役務にはレンタカーと乗客輸送が含まれていた。原告の商標「大衆」は、上海において高い知名度を有し、上海の最も価値のある役務商標と評価された。事実関係によれば、原告は百度サイトより経営されている「競争排名（入札ランキング）」と「火爆地帯（ホットゾーン）」のウェブページにおいて、原告大衆搬場公司を偽称したウェブサイトのリンクが大量にあることを発見した。しかも、これらのウェブサイトの運営者は、いずれも工商登録をしておらず、営業資格を有せず、勝手に原告の商標「大衆」を使用し、又は類似する企業名称を使用し、物流業務を勧誘していた。そこで、原告は百度検索サービスに対して訴訟を提起し、被告がその「競争排名（入札ランキング）」と「火爆地帯（ホットゾーン）」ウェブサイトにおいて自社の商標を使用したことは、商標権侵害に該当し、自社の企業名称を使用したことは、不正競争に該当すると主張した。

上海市第二中級人民法院は、審理を経て、被告が提供している入札ランキングサービスは、関連企業にその商品又は役務を宣伝するために提供している有料サービスであることを明らかにした。本件について、被告のウェブサイトキーワード「上海大衆搬場物流有限公司」を入力すると、入札ランキングサービスを受けたウェブサイト10余が表示された。これに基づき、法院は「入札ランキング」サービスを受けたウェブサイトが原告の許諾を得ずに、その経営範囲に含まれる引越し業務のウェブサイト「上海大衆搬場物流有限公司」および「大衆搬場」などの文字を顕著に使用し、関連公衆の誤認を生じさせやすく、原告の享有している登録商標「大衆」の商標専用権を侵害していた。百度公司について、検索サービスのプロバイダとして、合理的審査と合理的注意義務を果たしていなかったと判示した。法院は判決書において、百度公司が提供している「入札ランキング」のビジネス宣伝サービスは有料サービスであり、キーワードが合法かどうか、他人の権利を侵害するおそれがあるかどうかを含む「キーワード」に対して、必要な審査を行わなければならない、かつユーザーに営業資格などの証明書類の提出を要求しなければならない。百度公司是原告の商標が比較的高い知名度を有していることを知るべきであった状況の下、キーワード「大衆搬場」に係る有料サービスを提供することは、主観的な過ちを有し、共同侵害に該当し、連帯責任を負うべきであると指摘した。

²⁹ 上海市第二中級人民法院、「大衆搬場」事件（2007）滬二中民五（知）初字第147号。

法院はまた、原告の企業名称「上海大衆搬場物流有限公司」と商標「大衆」が比較的高い知名度を有している状況において、入札ランキングサービスを受けたウェブサイトはキーワード「大衆搬場」などを使用し、百度の入札ランキングサービスを利用して自分の経営活動を宣伝することは、原告の商標と企業名称の名誉を不当に利用し、不正競争に該当すると判断した。被告百度公司について、合理的注意義務と合理的審査義務を果たしておらず、他人の侵害活動を幫助し、主観的な過ちを有し、連帯責任を負うべきであると判示した。法院は判決において、本件について、原告は直接侵害行為を行ったウェブサイト 10 余を起訴せず、侵害幫助を実施した百度検索サービスを起訴したと論述した。これに対して、法院は百度検索サービスが共同権利侵害を構成し、侵害の差止めと損賠賠償の支払いの責任を負うべきであると判決した。

インターネット業界において、キーワード検索や入札ランキングサービスは、通常の状況では、他人の商標又は企業名称に対する権利侵害に該当しない。この点について、サービスを受けた企業は他人の商標又は企業名称に化体されている企業の名誉を不当に利用したときのみ、権利侵害を構成する。もし関連キーワードに対する使用は、他人の商品又はサービスに指向していない場合、商標権侵害又は企業名称侵害に該当しない。

また、北京知識産権法院より判決された「江裕公司」事件で³⁰、原告はプリンターの製造、販売に従事する企業であり、登録商標「Jolimark 映美」を有していた。被告はプリンターの製造、販売に従事するエプソン社である。事実関係によると、エプソン社は百度公司の入札ランキングサービスを購入し、検索キーワードを入力する方法で、インターネットで自社製品を宣伝していた。原告は 2014 年 8 月に自社商標「Jolimark 映美」を入力して検索した結果、検索結果の前位はエプソン社のプリンターデバイスであることを発見した。そこで、原告は北京市海淀区人民法院に訴訟を提起し、エプソン社が自社の商標権を侵害し、百度公司が入札ランキングの方法で共同侵害に該当すると主張した。法院は審理において、両被告は確かにコンピュータのバックグラウンドにおいて「Jolimark 映美」や「映美」などのキーワードを設置したため、原告が自社商標を検索する際に、エプソン社の宣伝情報が表示されたことが明らかになった。

一審法院は判決において、商標は商品又は役務の出所を示す標章であり、商標権侵害も同一又は類似する標章に対する使用は、消費者に商品又はサービスの出所における混同のおそれが生じる。本件の場合、両被告はコンピュータのバックグラウンドにおいて「Jolimark 映美」や「映美」などを使用し、具体的な商品に使用しておらず、消費者の商品出所に対する混同を生じさせないと指摘した。一審法院はさらに、原告は自社の商標を入力して検索し、エプソン社の情報が検索結果の前位にあったとはいえ、ウェブサイトにはこれらは「推广（宣伝）」情報、つまり広告情報であると明確に表示されている。宣伝情報をクリックすると、エプソン社のウェブサイトに入る。これも、両被告は商品出所を示す意味において原告の「Jolimark 映美」や「映美」などを使用していないことを表明できると判示した。一審法院は、最後にエプソン社がコンピュータのバックグラウンドにおいて「Jolimark 映美」や「映美」などを使用したことは、原告の商標権を侵害しておらず、百度も共同侵害に該当しないと判決した。

原告は一審判決を不服として、控訴を提起したが、北京知識産権法院は一審判決を維持した。二審法院は判決において、商標法 57 条に従い、同一又は類似商標を同一又は類似商品に使用し、容易に消費者の混同を生じさせる場合、商標権侵害に該当すると規定している。ここに、混同の主体は関連公衆で

³⁰ 北京知識産権法院、「江裕公司」事件（2015）京知民終字第 1752 号。

あり、関連公衆を誤認、混同させやすい状況において、商標権侵害に該当する。本件について、エプソン社が係るキーワードに対する使用は、検索結果のページにおける使用ではなく、コンピュータのバックグラウンドにおける使用であるため、エプソン社が「Jolimark 映美」や「映美」などの文字に対する使用は、原告の商標権を侵害しておらず、百度公司も共同侵害に該当しないと指摘した。二審法院は特に、エプソン社が「Jolimark 映美」や「映美」などを購入したことには主観的な悪意を有するか否かは、商標権侵害に対する判断に影響を与えない。商標権侵害の判断基準は消費者混同の可能性であり、侵害者が主観的な悪意を有するか否かはともかく、消費者を混同させる可能性さえあれば、商標権侵害に該当するとして、本件について、たとえエプソン社が「Jolimark 映美」や「映美」などの文字を購入したことには主観的な悪意を有していたとしても、商標法によって規制されるのではなく、ほかの法律によって規制されるべきであると指摘された。

上記は、中国におけるキーワード検索および入札ランキングに係る典型的な事例である。日本において、キーワード検索の問題があるが、入札ランキングに係る問題を発生したことがない。たとえば、2015年の「IKEA」事件では³¹、原告が国際的に有名な家具用品のベンダーであり、文字商標「IKEA」を有していた。本件の被告は雑貨を販売している会社であり、その経営しているウェブサイトにおいて原告より撮影された製品の写真を使用し、そのウェブサイトのドメイン名に、文字「IKEA」を使用していた。そこで、原告は東京地方裁判所に訴訟を提起し、被告が自社の著作権および商標権を侵害したと主張した。本文において、商標権に係る部分のみに及ぶ。事件情報によると、被告は検索システムに文字「IKEA ショップ」を使用し、その検索結果は被告家具用品に係る情報である。例えば、IKEA ショップ、最大1万円割引クーポンを商品ご購入者様全員にプレゼント、期間限定！また、検索結果に表示された製品カタログの記述において、IKEA の輸入家具や雑貨を販売していると掲載していた。さらに、製品機能は IKEA と同様であることや、そのほか、被告はそのウェブサイトにおいて、本店は IKEA 家具商品を専門的に販売していると掲載していた。東京地方裁判所は、被告が原告の許諾なしに、関連の商品情報の検索には、「IKEA ショップ」又は「IKEA」をキーワード（メタタグ）として使用していた。検索結果に表示された情報には、自社商品と原告商品を一緒に記述し、消費者の商品の出所における混同のおそれを生じさせた。これと対応して、被告は「IKEA ショップ」又は「IKEA」を検索キーワードとした行為は、原告商標権への侵害に該当し、侵害行為を差止め、損害賠償金を支払うべきであると判示した。

また、2017年の「石けん百貨」事件では³²、被告は有名な商品小売業者の楽天社であり、原告は「生活と科学社」で、商標権「石けん百貨」を有していた。事件情報によれば、楽天社はオフライン販売店にての販売以外、オンラインショップを開設し、販売を行っている。楽天社のオンライン販売について、消費者が自分の需要商品を検索しやすいため、キーワード検索の技術を応用している。そのうち、「石けん」や「石けん百貨」などのキーワードを含み、具体的には、消費者はキーワード石けん、石けん百貨を入力すれば、被告の関連商品の紹介が表示されている。従って、原告は大阪地方裁判所に訴訟を提起し、被告が「石けん百貨」をキーワードとしたことは、自社の商標権を侵害し、同時に不正競争に該当すると主張した。大阪地方裁判所は審理を経て、被告楽天社が「石けん百貨」をキーワードとしたことは、原告の商標権を侵害しておらず、不正競争にも該当しないと判定した。原告は一審判決を不服として、大阪高等裁判所に控訴した。控訴審の裁判所は審理を経て、ほぼ同じ理由で原告の訴訟上の請求を

³¹ 東京地判平成 27・12・8 判時 2249 第 86 頁「IKEY 事件」。

³² 大阪高判平成 29・4・20 判時 2345 第 93 頁「石鹸百貨事件」。

棄却した。

大阪高等裁判所は、被告が「石けん」や「石けん百貨」をキーワードとして、検索してから被告の経営している関連商品と広告が表示された。これは、被告が商品の通用名称の観点から「石けん」や「石けん百貨」を使用し、原告の商品を示す意味又は役務の意味で「石けん」や「石けん百貨」を使用しておらず、原告商標の商品又はサービスを示す機能を破壊していないことを表明できる。これに対応して、被告は原告の登録商標権を侵害していないと指摘した。大阪高等裁判所はまた、被告は「石けん百貨」をキーワードとして使用し、その検索結果に関連商品の広告が表示されたが、他人の商標を広告に使用することに該当しない。広告に表示された「石けん百貨」は原告の商品又はサービスを示しておらず、石鹸などの商品に対する記述又は紹介であると判示した。まさにここに、大阪高等裁判所は、もし被告が広告においてキーワード「石けん百貨」を使用し、原告の商品又はサービスの出所を示す結果を生じる可能性を知っているか、又は原告商品の示す機能を破壊する可能性があることを知っている場合、合理的な期間内に関連キーワードを削除すべきである。さもなければ、広告に他人の商標を使用することに該当し、他人の商標権への侵害に該当すると判示した。

日中両国の関連判例から分かるように、文字的商標又は商号をキーワードとして、インターネットにおいて関連する商品又はサービスを検索することは、一般的なやり方である。許諾なしに他人の文字的商標又は商号をキーワードとして、その検索結果が、消費者の商品又はサービスの出所における混同のおそれを生じさせた場合、商標権侵害に該当する。もし関連の検索結果が消費者の混同のおそれを生じさせない場合、商標権侵害は生じない。日中両国の関連判例によれば、もし検索サービスを提供する電子商取引プラットフォームが合理的注意義務を果たしていなかった場合、検索ユーザーと一緒に侵害を構成し、共同侵害の責任を負わせる可能性がある。もし検索サービスプラットフォームが合理的注意義務を果たした場合、又は検索ユーザーの行為は商標権侵害に該当しない場合、検索プラットフォームの侵害責任の問題に及ばない。

注意すべきなのは、中国の百度公司是、キーワード検索サービスを提供しているだけでなく、入札ランキングサービスも提供している。入札ランキングのビジネスモデルは、一定程度において関連企業にキーワード検索サービスを利用して、不正競争に従事することを励む結果につながる。実際、このような入札ランキングおよびビジネス宣伝の方法が、社会公衆が真正で客観的な情報を取得することを妨げ、議論の余地があるビジネスモデルであると考えられる。

5. 結論

商標は商品やサービスに使用される標章であり、その役割は商品やサービスの出所を示すことである。たとえば、中国商標法の48条には、商品、商品の包装、広告、取引文書、展示会、又はその他の商業活動中に商標の使用を含む広い意味での商標使用を規定している。また、日本商標法の2条も、商品およびサービスの観点からの商標使用の状況を規定している。

コンピュータ技術とインターネット技術の発展に伴い、電子商取引が生み出され、発展されると同時に、電子商取引における商標使用の問題も発生してきた。この点について、中国商標法は比較的抽象的な方法で商標使用の定義を規定しており、電子商取引における商標使用の問題を完全にカバーできる。日本の商標法は、商品商標および役務商標がインターネット環境に使用される状況をさらに列挙し、そこで電子商取引における商標使用が含まれた。

商標保護の基本理論によれば、もし市場主体が許諾を得ずに他人の商標と同一又は類似する標章を使用し、消費者が商品又は役務の出所における混同を生じさせる可能性がある場合、商標権侵害に該当する。明らかに、このような商標権侵害の認定基準は、同様に電子商取引における商標権侵害にも適用できる。この点について、日中両国の司法機関は電子商取引における商標権侵害紛争の事件を審理する際、新たな侵害認定の基準を制定せずに、従来の消費者混同のおそれの侵害認定基準を適用した。

これまで、電子商取引における商標保護には、主にドメイン名と商標保護、商標保護とプラットフォームの責任、商標保護とキーワード検索という3つの側面に及んでいる。一般的に言えば、広い意味での商標使用の規定、消費者混同のおそれの商標権侵害基準に基づいて、日中両国の司法機関は商標保護とドメイン名の登録および使用との関係、商標保護と電子商取引プラットフォームの責任との関係、商標保護とキーワード検索およびランキングとの関係を有効に処理し、電子商取引の環境において、商標権者の利益および消費者大衆の利益を有力に保護している。

電子商取引の発展に伴い、新しいビジネスモデルや商標保護に対する課題がさらに生じることが予想できる。しかし、広い意味での商標使用規定、消費者混同のおそれの商標権侵害の認定基準に基づき、電子商取引における商標保護の問題を有効に解決でき、さらに商標権者および消費者大衆の利益を有力に保護できる。

II. 商標権侵害に係るプラットフォーム責任規則についての研究—

受動的責任免除から自発的管理へ

中南財經政法大学知識産権研究センター 彭 学龍* 教授

いわゆる「電子商取引プラットフォーム」とは、「中華人民共和国電子商取引法」(以下「電子商取引法」という。)9 条に定める「電子商取引プラットフォーム運営者」を指すもので、すなわち「電子商取引において、取引の双方当事者又は多数当事者が独立して取引活動を実施するために、取引の双方当事者又は多数当事者に対し、インターネット上の経営場所、取引の仲介、情報発表等のサービスを提供する法人又は非法人組織」のことであり、理解に影響を与えない前提において、「プラットフォーム」と称することもできる。商標権侵害とは、電子商取引プラットフォーム内の経営者が、電子商取引プラットフォームを通じて商品を販売、又はサービスを提供する中で、他人の商標権を侵害することを指す。広義上、電子商取引プラットフォームの経営者は、ネットワークサービスとも称され、電子商取引プラットフォーム内の経営者をインターネットユーザー、サービス対象者又はプラットフォームユーザーと称することができる。電子商取引プラットフォーム内経営者が他人の商標専用権を侵害した場合の権利侵害の構成要件及び民事責任は、中華人民共和国商標法(以下「商標法」という。)57 条¹等の規定に基づいて認定すべきであるが、この点は本稿の研究テーマではない。電子商取引プラットフォーム運営者がそのプラットフォーム内経営者が行った商標権侵害行為について責任を負うべきか否か、また、どのような規定に依拠して責任を負うのか、これらが本稿が最も関心を寄せていることである。

1. 商標権侵害における電子商取引プラットフォームの責任に係る「セーフハーバー」ルール

インターネット分野において、最も注目されている制度はアメリカのデジタルミレニアム著作権法(DMCA)からインターネット世界に浸透した「セーフハーバー」ルールであり、「通知-削除」はその重要な内容を構成している²。中国法において、プラットフォーム内経営者が他人の権利を侵害していることを電子商取引プラットフォームが知らず、又は合理的な理由により知り得なかった場合には、「セーフハーバー」ルールを適用し、民事賠償責任が免除される。逆に、直接の権利侵害が発生していることを知り、若しくは合理的な理由により知り得た場合、又は権利者からのプラットフォームユーザーの権利侵

* 作者紹介：彭学龍は中南財經政法大学知的財産権研究センター教授、中国知的財産権研究会副理事長である。

¹ 中華人民共和国商標法 57 条：次の各号に掲げる行為のいずれかに該当するときは、登録商標専用権を侵害する。(1) 商標登録者の許諾を得ずに、同一の商品にその登録商標と同一の商標を使用すること。(2) 商標登録者の許諾を得ずに、同一の商品にその登録商標と類似の商標を使用し、又は類似の商品にその登録商標と同一若しくは類似の商標を使用し、容易に混同を生じさせること。(3) 登録商標専用権を侵害する商品を販売すること。(4) 他人の登録商標の標章を偽造若しくは無断で製造し、又は偽造若しくは無断で製造した登録商標の標章を販売すること。(5) 商標登録者の許諾を得ずに、その登録商標を変更し、変更した商標を使用する商品を市場に投入すること。(6) 他人の登録商標専用権を侵害する行為に対して、故意に便宜を提供し、他人による登録商標専用権侵害行為の実施を幫助すること。(7) 他人の登録商標専用権にその他の損害を与えること。

² 「通知-削除」規則は英語では「Notice-Takedown」といい、ネットワークサービスプロバイダ又は電子商取引プラットフォームが権利者からそのユーザー(電子商取引プラットフォーム内経営者)の権利侵害に関する通知を受領した後、プラットフォーム上のコンテンツの削除、ブロック、リンク切断、アカウント閉鎖等の必要な措置を講じた場合に権利侵害責任を免除することができることを意味している。必要な措置は国によって表現方法が異なり、中国において、法令、判決ひいては論文・書籍でも中国語表記が相違し、主に「通知-削除」ルール、「通知-必要な措置」ルール、「通知」ルールが挙げられる。表現を統一させるため、本稿では「通知-削除」ルールという用語を使用する。引用の場合には、原文中の表現を使用する。

害に関する通知を受けた場合には、権利侵害が継続されることを阻止するに足る必要な措置を講じなければならない。さもないと、電子商取引プラットフォームは、権利侵害の存在を知った後に生じた損害について、プラットフォーム内経営者とともに連帯賠償責任を負わなければならない。

しかしながら、「セーフハーバー」ルールであれ、「通知—削除」規定であれ、異なる法域(例えば、アメリカや EU)において、異なる権利に適用する際には、多少な差異がある。知的財産権の侵害において、欧米が上記制度を適用する範囲は、主にインターネット著作権(情報ネットワーク伝達権)の分野に限られる。しかし、中国は、2006 年の情報ネットワーク伝達権保護条例、2009 年の権利侵害責任法、2018 年の電子商取引法及び 2020 年の民法典により、当該制度をインターネット上の権利侵害全体に導入した。そのため、当該制度の変遷を振り返るとともに比較する必要がある。

(1) アメリカインターネット法上の「セーフハーバー」ルール

ネットワークインフラの建設及びインターネットの発展に係る法律上の必要性に応じて、アメリカ DMCA は率先して 1998 年にネットワークサービスプロバイダのために責任免除の「セーフハーバー」ルール及び「通知—削除」ルールを構築した。その主な内容は、次のとおり整理することができる³。ネットワークサービスプロバイダがネットワークシステム内の権利侵害の材料又は当該材料を利用した権利侵害行為を知らず又は知り得ず、かつ、次に掲げる条件を充足し又は関連する注意義務を履行した場合には、セーフハーバーに入ることができ、ユーザーの侵害行為のために賠償責任を負う必要がない。一つ目の条件は、ネットワークサービスプロバイダが権利侵害活動をコントロールする権利及び能力を有している状況において、権利侵害活動により経済利益を直接に獲得していないことである。二つ目の条件は、有効な「通知—削除」制度を構築することである。三つ目の条件は、代理人を指定して権利侵害通知を受理させ、かつ、インターネットを通じて代理人の連絡先情報を公表し、権利侵害通知を受領した後、被疑権利侵害の材料又は権利侵害活動の対象を速やかに取り除き、又はこれらへのアクセスを阻止する。四つ目の条件は、「権利侵害を繰り返し行った場合において、適切な状況のときにはサービス又はアカウントが終了させられる」旨のサービス・ポリシーを構築して実施し、かつ、これをユーザーに告知する。五つ目の条件には、著作権者が著作物を識別し、保護するために講じている技術措置を容認し、かつ、これを妨害してはならない。さらに言えば、セーフハーバー規則の適用はネットワークサービスプロバイダがユーザーの行為を監視し、権利侵害の事実を自発的にを見つけることを前提としていないため、事実上、ネットワークサービスプロバイダは自発的な著作権審査義務が免除されている。

したがって、著作権侵害紛争が生じた場合に、ネットワークサービスプロバイダが賠償責任を負うか否かについては、権利侵害の発生を知り又は知り得たかの認定にかかっている。一般的に、「実際に知っていた」ことを証明することが困難であるため、訴訟では往々にして譲歩し、ネットワークサービスプロバイダが「知り得た」か否かを証明する。「知り得た」ことを証明するための「レッドフラグ基準」(Red Flag Standard)に基づき、ユーザーの権利侵害行為が鮮明なレッドフラグのようにネットワークサービスプロバイダの目の前ではためいている場合に限り、ネットワークサービスプロバイダが当該権利侵害の事実を知っていたと証明するに足るのである。具体的には、二つに分けられる。主観的には、ユーザ

³ 詳細は崔国斌「ネットワークサービスプロバイダの共同権利侵害制度についての再構築」法学研究 2013 年第 4 期、138-159 頁を参照。

一が権利を侵害している旨の事実をネットワークサービスプロバイダが知っているか否かを判断する。客観的には、権利侵害の事実が「レッドフラグ」のように「はためている」かを認定しなければならず、すなわち、同一又は類似の状況において、関連事実が一般の認識を有する者にとって明らかであるか否かである。

しかしながら、いつも「知り得た」ことを証明するレッドフラグ基準に達することができるわけではないため、これにより「通知－削除」規定が生まれた。当該規定に基づき、ネットワークサービスプロバイダが権利侵害の存在を知っていたか否か又は知り得たか否かにかかわらず、所定条件に適合する権利侵害の通知を受領したならば、権利侵害の事実を実際に知り又は知り得たと認定され、削除、ブロック及びアクセス切断を含む必要な措置を速やかに講じる義務を負い、さもなければ、この後に生じる損害について、権利侵害ユーザーとともに連帯責任を負わなければならない。では、何をもって適格通知とするのか。形式的要件に関する検討を割愛するとして、実質的な基準は、権利侵害行為の成否自体は判断することが難しくなく、かつ、立証材料が「レッドフラグ」のように、ネットワークサービスプロバイダが権利侵害の成立を認定するに足るものである。これに反して、係争事件が複雑であり、権利侵害の認定が非常に困難である場合には、通常、「通知－削除」規定は、これには適さない。さらに言えば、事件の内容が簡単であれ複雑であれ、通知により提供された材料が権利侵害の成立を確認するに足りない場合には、当該通知はネットワークサービスプロバイダが「知っていた」又は「知り得た」という条件を満たすことができず、ネットワークサービスプロバイダはこれにより必要な措置を講じる義務を負わない。

以上のことから、アメリカにおいて、「通知－削除」規定は、主にデジタル著作権の分野で適用されている。2001年、アメリカ「Hensrickson v. E-Bay, Inc.」事件において、E-Bay社はインターネット取引プラットフォームプロバイダとして、法律上のネットワークサービスプロバイダの定義に適合することが明らかにされた。そのため、ネットワークサービスプロバイダの責任を定めた法律規定は、インターネット取引プラットフォームプロバイダにも同様に適用される⁴。2010年の「Tiffany Inc. v. E-Bay, Inc.」商標権侵害事件において、「通知－削除」規定は、アメリカニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所により通知－削除ルールが初めて適用された。「Tiffany社がE-Bay社にウェブサイト上で模倣品が販売されていることを通知し、E-Bay社が直ちに当該商品のリストを削除したため、E-Bay社は間接権利侵害責任を負うべきでない」と判断された⁵。特許法の分野において、アメリカの裁判所で「通知－削除」規定が適用された判例がまだ存在せず、成文法においても当該規定の適用について規定が設けられていない⁶。なお、インターネット上で発生した人格権侵害の紛争について、アメリカは、別途「通信品位法」(Communications Decency Act、すなわち、CDA) 230条においてセーフハーバールールを規定しているが⁷、本稿のテーマに鑑み、これについて検討しないものとする。

⁴ Hensrickson v. eBay, Inc. 165 F. Supp. 2d 1082 (C.D. Cal. 2001). 李適時編著『中華人民共和國消費者權益保護法釈義』197頁(法律出版社、2013)。

⁵ Tiffany (NJ) Inc. v. E-Bay, Inc., 576F. Supp. 2d 463, 472 (S. D. N. Y. 2008). 胡開忠「商標権侵害におけるネットワークサービスプロバイダの責任」法学2011年第2期、134-144頁。

⁶ 詹映「専利分野における『通知－削除』規則の適用性の分析」法商研究2017年第6期、176-187頁。

⁷ 劉文傑『責任のセーフハーバーから安全保障義務へ：ネットワークサービスプロバイダの仲介人責任についての研究』第1章(中国社会科学出版者、2016)参照。

(2) EU の電子商取引における「セーフハーバー」ルール

EUにおいて、すでに2000年の電子商取引指令の4章4節「仲介サービスプロバイダの責任」(Liability of intermediary service providers)において、アメリカDMCAの「セーフハーバー」ルール及び「通知—削除」規定を全面的に導入した。うち、12条、13条及び14条は、それぞれ「単なる導管」(Mere conduit)、「キャッシング」(Caching)及び「ホスティング」(Hosting)のために「セーフハーバー」ルール及び適用要件を規定している。15条は、ネットワークサービスプロバイダが一般的な監督義務を負わないことを規定している。これによれば、「構成国は、ネットワークサービスプロバイダに対し、送信又は記録保存情報を監督する一般的な義務を課してはならず、違法行為を示す事実又は状況を積極的に収集する一般的な義務を課してもならない」⁸。

記録保存サービスプロバイダについて、電子商取引指令の14条1項は、ユーザーの要求に応じて情報を記録保存した場合において、次に掲げる条件のいずれかを充足したときは責任が免除され、「セーフハーバー」による免除を受けることもできる。一つ目は、記録保存サービスプロバイダが違法行為又は違法情報を知らず、かつ、損害賠償に関して、明らかに違法行為又は違法情報が存在するという事実又は状況を知らないことである。二つ目は、記録保存サービスプロバイダが関連情報を獲得し又は知った場合には、直ちに情報を削除し、又は第三者がこれらの情報を取得できないよう阻止することである。うち、一つ目の条件は、ネットワークプラットフォームがそのユーザーの違法活動又は権利侵害行為を知らず、かつ知り得なかったことである。二つ目は、実質的にはアメリカDMCA上の「通知—削除」規定である。なお、14条2項ではさらに規定が設けられ、インターネットユーザーがネットワークサービスプロバイダの許可又は支配の下で活動している場合には、同条1項が適用されない。つまり、このような状況において、ネットワークサービスプロバイダは、セーフハーバーによる免除を受けられないということである。なお、14条3項は、「本条は、裁判所又は行政機関が構成国の法律制度に基づき、サービスプロバイダに対し権利侵害を終了させ、又は予防するよう要求することを妨げない。」と規定している。これは、EUがネットワークプロバイダに対し、権利侵害の予防又は終了のために一定の措置を講じるよう要求する傾向にあることを示している。当該立場は、EU及びその構成国の裁判所の一連の判例からも十分に見て取れる。これらの判例において、電子商取引プラットフォームは、往々にして「セーフハーバー」による免除を主張することが困難である。

EUにおいて、第一審裁判所は2011年の「Loreal v. E-Bay」事件において、E-Bay社はグーグルのキーワード広告を通じてロレアル社の商標に対応するキーワードリンクを購入し、消費者をE-Bay社のサイト上の違法経営者に誘導し、これにより、E-Bay社は、オンライン取引の最適化及び販売促進において積極的な役割を果たしているため、EU電子商取引指令における「セーフハーバー」ルールに基づいて免責することができないと判断した。裁判所は、ネットワークサービスプロバイダが技術上、中立の立場を維持し、データの自動処理を行う場合に限り、セーフハーバールールを適用する余地があると強調した。また、インターネット取引プラットフォームプロバイダが取引において積極的な役割を果たしていない場合であっても、責任を負うべきサービスプロバイダとして、プラットフォーム内経営者に違法な経営

⁸ DIRECTIVE 2000/31/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce).

行為があることを知りながら必要な措置を講じなかったときは相応の責任を負わなければならない⁹。

アメリカのE-Bay社は、長年、世界的に有名なインターネット取引プラットフォームプロバイダとして、プラットフォーム内の経営者の模倣品販売、海賊版等の問題により、EUの構成国でしばしば訴えられてきた。高級ブランドが集まるフランスにおいて、E-Bay社は「取引仲介者」又は「積極的なマネージャー」に認定されることが多く、セーフハーバーに入ることができない。「Hermes v. E-Bay」事件において、裁判所は、「E-Bay社は当事者の取引のためにインターネット取引プラットフォームを提供するだけでなく、売主のために商品を展示し、取引規定を制定することから、取引仲介者としてみなすべきである。したがって、E-Bay社はそのネットワーク内の取引活動を監視すべきである。E-Bay社が監視義務を果たしていないため、そのネットワーク内の模倣品の販売行為について責任を負うべきである」と指摘した。また、「LVMH v. E-Bay」事件において、パリ商事裁判所は、E-Bay社がインターネット取引において、消極的なプロバイダではなく、積極的なマネージャーであり、ネットワーク内の詐欺行為を知りながら、売主のためにサービスを提供して利益を獲得し、模倣品禁止に関する有効な措置を講じていないため、主観的には過失があり、原告の損害を賠償すべきであると指摘した。ドイツの「Rolex v. E-Bay」事件においても、連邦通常裁判所(BGH)は、E-Bay社が有効な防止措置を講じてネットワーク内で偽のロレックス腕時計が販売されていることを防止し、原告の損害を賠償するよう要求した。ベルギーの「Lancôme v. E-Bay」事件においてのみ、裁判所は、E-Bay社はネットワーク内の商品販売情報の発表にネットワークプラットフォームを提供しているにすぎず、ユーザーの情報発表に対する監視義務及び不法な模倣品の販売情報に対する積極的な搜索義務を負わないため、そのネットワーク内の模倣品販売の行為について権利侵害責任を負う必要がないと判断した¹⁰。

大陸法系の典型的な国家として、ドイツ法は、かつて中国や日本に重要な影響を与えていたため、本稿において、その商標権侵害における電子商取引プラットフォーム責任規定について簡単に紹介する必要がある¹¹。インターネット環境下において、ネットワークサービスプロバイダの行為を借りて初めて商標権の直接侵害が生じうるが、ほとんどの事件において、ドイツ裁判所が重視しているのは、権利侵害行為の間接参加者としてのネットワークサービスプロバイダの妨害者責任(Störerhaftung)¹²に対する判断である。ドイツ法上、いわゆる妨害とは、方法の如何を問わず、故意及び相当の因果関係により絶対権に対する侵害をもたらすことをいい、これによって生じる責任にはすでに形成された妨害の排除及び妨害停止(Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch)が含まれる。うち、妨害排除は削除、撤去、ブロック、アクセス切断、アカウントロック等の措置に対応し、侵害停止は禁止命令及び行為保全に相当し、これには侵害予防措置を講じることも含まれる。

電子商取引について、プラットフォーム運営者が妨害者責任を負う条件として、法律上、権利侵害審査義務を有し、かつ、合理的なコストをもって権利侵害の発生を阻止することができることが挙げられる。さらに言えば、プラットフォーム運営者が詳細な権利侵害情報を知っていた場合には、必ず審査義務を負わなければならない。権利侵害通知に記載される権利侵害の証拠については、プラットフォーム

⁹ 李適時編著『中華人民共和國消費者權益保護法釈義』198頁(法律出版社、2013)。

¹⁰ 上記判例資料の出典は、胡開忠「商標権侵害におけるネットワークサービスプロバイダの責任」法学 2011 年第 2 期、134-144 頁。

¹¹ Sehe Spindler/Schuster/Müller, 4. Aufl. 2019, MarkenG §14 Rn. 10-54.

¹² ドイツ民法典 1004 条 1 項は、「所有権者が占有の略奪又は留置以外の方法により妨害を受けた場合には、妨害者に対し妨害の排除を請求することができ、所有権者が引き続き妨害を受けるおそれがあるときは、妨害差止の訴えを提起することができる。」と規定している。

運営者がそれぞれの事件状況に応じて、これらの証拠に基づいてすべての情報源を総合的に判断し、法律又は事実を詳細に審査しなくとも簡単に権利侵害の存在を確認できるような具体的なものでなければならない。言い換えれば、これらの証拠は、必ずアメリカ法上の「レッドフラグ」の条件を満たし、プラットフォーム運営者が一目でプラットフォームユーザーが他人の商標権を侵害しているか否かをわかるようにしなければならない。プラットフォーム運営者は、関連情報を知得した後、権利侵害に関わるコンテンツのリンクを切断するだけでなく、将来生じうる権利侵害についても予防措置を講じなければならない。プラットフォーム運営者が「中立な仲介人の立場」から離れ、かつ、その積極的な役割によりユーザーのデータ及びコンテンツを知得することができる場合には、注意義務に基づき、合理的な範囲内において、ユーザーの権利侵害を発見し、阻止しなければならない。第三者にドメイン名として利用され易い、又はその他の方法により侵害され易い著名商標や名声を有する商標について、プラットフォーム運営者の審査、制御及び予防義務がすべて厳格になるため、フィルタリングシステムを導入した場合に限り、将来生じる権利侵害のために妨害者責任を負わなくてもよい。もちろん、審査又はコントロールコストが高すぎる場合には、審査又はコントロール義務を課すのは不適切である。

電子商取引プラットフォームは、そのプラットフォーム内経営者が商標権を侵害していることを知り若しくは知り得た、又は所定の条件を満たした権利侵害通知を受領したにもかかわらず、必要な措置を講じて権利侵害を差し止めなかった場合には、ドイツ民法典 830 条に基づき、プラットフォーム内の経営者とともに損害賠償責任等の共同侵害責任を負わなければならない¹³。

(3) 中国電子商取引プラットフォーム責任における「セーフハーバー」ルール

2006 年、中国では情報ネットワーク伝達権保護条例を制定し、アメリカ法上の「セーフハーバー」ルールと「通知—削除」規定を全面的に導入し、2009 年に権利侵害責任法、2018 年に電子商取引法及び 2020 年に民法典を経て、上記規定は、少しずつインターネット上の権利侵害全体に広がっていた。うち、電子商取引プラットフォームの責任に適用される「セーフハーバー」ルール及び「通知—削除」規定は、多くの注目を集めた一方、非難にも晒された。

(i) 情報ネットワーク伝達権に適用される「セーフハーバー」ルール

セーフハーバー規則のベースとして、情報ネットワーク伝達権保護条例の規定が最も全面的であり、自動接続(22 条)、キャッシュ(21 条)、ストレージ(22 条)及び検索又はリンクサービス(23 条)をカバーしている。ストレージサービスプロバイダについて、22 条は、「ネットワークサービスプロバイダは、サービス対象が情報ネットワークを通じて公衆向けに著作物、実演又は録音・録画製品を提供するために、サービス対象に対しネットワークのストレージスペースを提供した場合において、次に掲げる条件を満たすときは、賠償責任を負わない。(1) 当該のストレージスペースがサービス対象のために提供されている旨を明確に表記し、かつネットワークサービスプロバイダの名称、連絡担当者、URL を公開しているとき。(2) サービス対象の提供する著作物、実演又は録音・録画製品を改変していないとき。(3) サービス対象の提供する著作物、実演又は録音・録画製品が権利侵害していることを知らず、また合理

¹³ ドイツ民法典 830 条は、「(1) 複数の者が共同で行った不法行為により、損害を発生させた場合には、すべての者が損害に対して責任を負う。複数の関与者のうち、いずれかの行為によって損害が発生したのが明らかでない場合も同様とする。(2) 教唆者及び幫助者も共同行為者と同等とする。」と規定している。

的な理由により知り得なかったとき。(4)サービス対象の提供した著作物、実演又は録音・録画製品により経済利益を直接に獲得していないとき。(5)権利者の通知書を受け取った後、本条例の規定に基づき権利者が権利侵害と認識している著作物、実演又は録音・録画製品を削除したとき。」と規定している。ストレージサービスプロバイダがセーフハーバールールによる責任免除を受けるための条件において、以下の三つの条件は、特に言及するに値する。一つ目はネットワークサービスプロバイダが権利侵害の事実を知らず、また合理的な理由により知り得なかったこと、二つ目はサービス対象の提供する著作物(著作物、実演及び録音・録画製品を含む。)により経済的な利益を直接に獲得しておらず、その提供するストレージサービスが有償サービスであるものの、收取する対価がストレージのみに関わること、三つ目は権利者の権利侵害通知を受領した後、直ちに権利者が権利侵害と認識している著作物を削除したことである。

検索又はリンクサービスについて、23条は、「ネットワークサービスプロバイダがサービス対象に検索又はリンクサービスを提供している場合において、権利者の通知書を受領した後、本条例の規定に基づき、権利侵害の著作物、実演又は録音・録画製品とのリンクを切断したときは、賠償責任を負わない。ただし、リンク先の著作物、実演又は録音・録画製品の権利侵害を知り又は知り得た場合には、共同で権利侵害責任を負わなければならない。」と規定している。セーフハーバールールにおいて、上記規定を次のとおり解釈することができる。すなわち、検索又はリンクサービスプロバイダは、そのリンク先の著作物の権利侵害を知らず、また合理的な理由により知り得ず、かつ、権利者の権利侵害通知を受領した後、直ちに権利侵害の著作物とのリンクを切断した場合には賠償責任を負わず、賠償責任免除に係るセーフハーバーに入ることができる。

また、同条例は、「通知－削除」規定についてもさらに規定している。一つ目は、ネットワークサービスプロバイダが権利者から所定の条件を満たした権利侵害通知を受領した後、直ちに通知の指摘した著作物を削除し、又はリンクを切断すれば、責任を免除することができる。二つ目は、サービス対象がネットワークサービスプロバイダから転送された通知を受領した後、当該プロバイダに対し権利不侵害の説明(すなわち、異議申し立て)を行った場合には、当該プロバイダは直ちに削除された著作物又は著作物のリンクを再開させなければならない。これにより、ネットワークサービスプロバイダは、権利侵害紛争の外に身を置くことができる。三つ目は、誤った権利侵害通知を送付し、サービス対象に損害をもたらした場合には、賠償責任を負わなければならない。具体的には、以下の内容が含まれる。

通知規定(14条)によれば、ストレージスペース又は検索若しくはリンクサービスを提供するネットワークサービスプロバイダについて、権利者がそのサービスに関わっている著作物が自らの情報ネットワーク伝達権を侵害し、又は自己の権利管理電子情報が削除され若しくは改変されていると認識している場合には、当該ネットワークサービスプロバイダに対し、書面通知により当該著作物を削除し、又は当該著作物とのリンクを切断するよう要求することができる。通知書には次に掲げる内容が含まなければならない。すなわち、(1)権利者の氏名(名称)、連絡方法及び住所、(2)削除又はリンクの切断を要求した権利侵害の著作物の名称及びURL、(3)権利侵害を構成することを示す初歩的な証明資料が含まれる。

削除及び通知転送の規定(15条)によれば、ネットワークサービスプロバイダは権利者の通知を受領した後、権利侵害の疑いのある著作物を直ちに削除し、又は権利侵害の疑いのある著作物とのリンクを切断するとともに、著作物を提供したサービス対象に通知書を転送しなければならない。サービス対象のURLが不明であることにより転送することができない場合には、同時にインターネット上に通知書の内

容を公表しなければならない。

異議申し立て及びサービス再開規定(16条及び17条)においては以下のようなものが定められている。サービス対象はネットワークサービスプロバイダの転送した通知書を受領した後、その提供する著作物が他人の権利を侵害していないと認識した場合には、ネットワークサービスプロバイダに対し、書面説明により、削除された著作物又は著作物とのリンクを再開するよう要求することができる。書面説明には次に掲げる内容を含まなければならない。(1)サービス対象の氏名(名称)、連絡方法、住所、(2)再開を要求する著作物の名称及びURL、(3)権利侵害を構成していないことを示す初歩的な証明資料である。ネットワークサービスプロバイダは、サービス対象の書面説明を受領した後、直ちに削除された著作物を再開し、又は切断された著作物とのリンクを再開できるとともに、サービス対象の書面説明を権利者に転送しなければならない。権利者は、ネットワークサービスプロバイダに対し、当該著作物を削除し、又は当該著作物とのリンクを切断するよう再度要求してはならない。

通知を誤ったときの賠償規定(24条)によれば、権利者の通知によりネットワークサービスプロバイダが誤って著作物を削除し又は著作物とのリンクを誤って切断し、サービス対象に損害をもたらした場合に、権利者は賠償責任を負わなければならない。

(ii) 電子商取引プラットフォームの知的財産権侵害の「セーフハーバー」ルール

2009年の中国権利侵害責任法の36条は、インターネット上の権利侵害について、専門規定を制定し、「通知—削除」ルールを導入した¹⁴。2018年の電子商取引法は、5つの条文において電子商取引プラットフォームの知的財産権侵害規定をさらに細分化し、その主な法的規範及び法律制度はプラットフォーム内で生じた知的財産権侵害の責任追及や制裁方法ではなく、プラットフォームの取締りを促進し、規範化することであり、プラットフォーム内の知的財産権侵害行為を回避し、予防し、速やかに制止するために、プラットフォーム運営者と知的財産権者、プラットフォーム内の経営者等の関係者同士が提携を強化し、知的財産権保護規定を制定して実施し、関連する保護措置を講じることであるとした¹⁵。

まず、電子商取引法は、プラットフォーム運営者が知的財産権保護規定を構築し、かつ、知的財産権者との提携を強化し、法に基づいて知的財産権を保護することを要求している(電子商取引法41条)。実務上、プラットフォーム運営者は、フィルタリングを含む各種措置を講じてプラットフォーム内の権利侵害行為を予防し、回避し、速やかに制止し、又は処罰するため、権利者の権利侵害通知の受領及びプラットフォーム内経営者の「権利侵害行為の不存在に係る声明」を含む具体的な方法及び処理原則を制定しただけでなく、多くの知的財産権者と知的財産権保護協定を締結し、知的財産権データベースを建設した¹⁶。したがって、プラットフォーム運営者は、相応の知的財産権侵害について、相応の審査義務を負わなければならない。

次に、電子商取引法はプラットフォーム運営者の知的財産権侵害責任に係る「過失責任」原則を規定した。電子商取引プラットフォーム運営者は、プラットフォーム内経営者が知的財産権を侵害しているこ

¹⁴ 権利侵害責任法36条は、「インターネットユーザーがインターネットサービスを利用して権利侵害行為を行った場合、被権利侵害者は、ネットワークサービスプロバイダに対して、削除、ブロック、リンクの切断等の必要な措置を講じるよう通知する権利を有する。ネットワークサービスプロバイダは通知を受領した後、速やかに必要な措置を講じなかった場合には、損害の拡大部分についてインターネットユーザーと連帯責任を負う。ネットワークサービスプロバイダはインターネットユーザーが当該インターネットサービスを利用して他人の民事権益を侵害していることを知りながら必要な措置を講じなかった場合には、当該インターネットユーザーと連帯責任を負う。」と規定している。

¹⁵ 電子商取引法の起草チーム『中華人民共和国電子商取引法釈義』123-124頁(法律出版社、2018)。

¹⁶ 電子商取引法の起草チーム『中華人民共和国電子商取引法釈義』126頁(法律出版社、2018)。

とを知り、又は知り得た場合には、リンクの削除、ブロック又は切断、取引及びサービスの終了等の必要な措置を講じなければならない。必要な措置を講じなかった場合には、権利侵害者と連帯責任を負う（電子商取引法 45 条）。上記条文を反対解釈すると、プラットフォーム内の知的財産権侵害の責任に係るセーフハーバールールを読み取ることができる。つまり、電子商取引プラットフォーム運営者は、プラットフォーム内の経営者が知的財産権を侵害していることを知らず、かつ、合理的な理由により知り得なかった場合には、損害賠償責任を負わない。そのうち、「知り得た」、「合理的な理由により知り得なかった」は、プラットフォーム運営者に対し、予め相応の注意義務を課している。

さらに、電子商取引法は、より内容が充実した「通知－削除」規定を確立した。知的財産権者が、プラットフォーム内の経営者が自己の権利を侵害していることを認識していたにもかかわらず、電子商取引プラットフォーム運営者が権利侵害行為の存在を知り又は知り得たことを証明することが困難である場合には、「通知－削除」規定を適用する。当該規定には、以下の内容が含まれている。

権利者の権利侵害通知の送付及びプラットフォームの対応規定（同法 42 条）によれば、まず、権利侵害通知の適格要件について、「知的財産権者はその知的財産権が侵害されていることを認識した場合には、電子商取引プラットフォーム運営者に対し、リンクの削除、ブロック又は切断、取引及びサービス終了等の必要な措置を講じるよう通知する権利を有する。通知には、権利侵害を構成することを示す初歩的な証拠が含まれなければならない。」と規定している。次に、必要な措置を講じることやプラットフォーム内経営者に権利侵害通知を転送することを含むプラットフォーム運営者の対応について、「電子商取引プラットフォーム運営者は、通知を受領した後、直ちに必要な措置を講じ、かつ、当該通知をプラットフォーム内経営者に転送しなければならない。直ちに必要な措置を講じなかった場合には、拡大された損害について、プラットフォーム内経営者と連帯責任を負う。」と規定している。最後に、悪意で誤った通知を送付したときに負うべき二倍の賠償責任を含む権利者の負うべき民事責任について、「誤った通知によりプラットフォーム内経営者に損害をもたらした場合には、法により民事責任を負う。悪意で誤った通知を送付したことによりプラットフォーム内経営者に損失をもたらした場合には、二倍の賠償責任を負う。」と規定している。

プラットフォーム内経営者の「権利侵害行為の不存在に係る声明」及び電子商取引プラットフォームの対応規定（同法 43 条）によれば、まず、声明の要件について、「プラットフォーム内経営者は、転送された通知を受領した後、電子商取引プラットフォーム運営者に対し侵害行為が存在しない旨の声明を提出することができる。声明には、侵害行為が存在しないことを示す初歩的な証拠が含まれなければならない。」と規定されている。次に、電子商取引プラットフォームの対応について、「電子商取引プラットフォーム運営者は声明を受領した後、通知を送付した知的財産権者に当該声明を転送し、かつ、関係主管部門に通報し又は人民法院に訴えを提起することができる旨を告知しなければならない。電子商取引プラットフォーム運営者は、その転送した声明が知的財産権者に到達した後 15 日以内に、権利者からすでに通報し又は起訴した旨の通知を受領しなかった場合には、その講じた措置を速やかに終了しなければならない。」。電子商取引プラットフォームがその転送した声明が知的財産権者に到達してからの待ち期間（業界では「クーリングオフ期間」とも呼ばれる¹⁷。）について、2020 年 1 月に署名された米中経済貿易協定の 1.13 条において、「権利者が異議申し立てを受領してから司法又は行政訴訟を提起する

¹⁷ 詳細は、銚志偉＝劉榕＝周立勤「電子商取引プラットフォームの反対行為保全についての研究」中国応用法学 2020 年第 6 期、31-43 頁。

までの期間を 20 営業日に延長する。」と要求されている。20 営業日は、4 週間、すなわち 28 日間に相当し、電子商取引法の所定期間の 2 倍近くになる。2020 年 5 月に可決された民法典の 1196 条では「合理的な期間」に調整され¹⁸、これは米中経済貿易協定に対するある種の対応とみなすことができる。中国最高人民法院は、下級法院に発した通達において、「当該期間は最長で 20 営業日を超えてはならない」としている¹⁹。

電子商取引プラットフォームの公示義務(同法 44 条)として、「電子商取引プラットフォーム運営者は、その受領した本法 42 条及び 43 条に定める通知、声明及び処理結果を速やかに公示しなければならない。」と定められている。

文面だけを見ても、電子商取引法上、「通知—削除」規定について、極めて詳細な規定が設けられているが、最高人民法院が 2020 年 9 月に制定した「電子商取引プラットフォームに関わる知的財産権の民事事件の審理に関する指導意見」において、さらに細分化され、補足規定が設けられた。これには、権利侵害通知の具体的な要件、悪意通知の認定、プラットフォーム内の経営者の権利侵害行為の不存在に係る声明の具体的な要件、悪意声明の認定、及び権利者とプラットフォーム内経営者の緊急事態下での民裁判所に対する保全措置の申し立ての規定が含まれている²⁰。しかし、プラットフォーム運営者は、1998 年のアメリカ DMCA 上のセーフハーバールールにおける中立の情報伝達者やストレージサービスプロバイダからほど遠いため、法によりプラットフォーム内経営者の知的財産権侵害行為について相応の審査義務及びより厳しい注意義務を負うべきであり、多くの事件においてセーフハーバールールによる免除を主張しにくい。さらに言えば、知的財産権侵害の認定は、デジタル著作物の権利侵害よりも複雑で、権利者がその主張する知的財産権を有しているか否か、権利侵害が成立するか否かは一枚の通知では十分に証明することが困難であり、「通知—削除」規定の適用には何重もの壁が立ちはだかっている。ある意味において、権利者の権利侵害通知はプラットフォーム運営者がプラットフォーム内経営者の権利侵害行為を知っていたか又は知り得たかを法院が判断する際に補助的な役割を果たすにすぎないため、プラットフォーム運営者がプラットフォーム内経営者の知的財産権侵害行為について責任を負うべきか否かを認定する際、法院は伝統的な民法が一貫して実践してきた「過失責任」原則に回帰しなければならないとも言える。この点について、以下において詳細に述べるものとする。

(iii) 商標法上の電子商取引プラットフォームの権利侵害幫助責任規定

ここまでは、あくまで序章である。では、電子商取引プラットフォーム内経営者の商標権侵害行為について、電子商取引プラットフォーム運営者は、責任を負うべきか否か、また、どのような規定に依拠して責任を負うべきか。これについて、中国商標法 57 条 1 項 6 号において、「次に掲げる行為のいずれかに該当する場合には、登録商標専用権を侵害する」と規定し、「6. 他人の登録商標専用権を侵害する行為に対し、故意に便宜を提供し、他人による登録商標専用権の侵害行為の実施を幫助すること」と規定している。また、商標法实施条例 75 条では、「他人の商標専用権を侵害するために(…中略…)インタ

¹⁸ 民法典 1196 条 2 項後段は、「ネットワークサービスプロバイダは、転送した声明が権利者に到達した後、合理的な期間内に権利者がすでに通報し、又は訴えを提起した旨の通知を受領しなかった場合には、その講じた措置を速やかに終了しなければならない。」と規定している(強調部分は著者による加筆である。)

¹⁹ 最高人民法院「インターネット知的財産権侵害紛争に関わるいくつかの法律適用問題に関する回答」法釈【2020】9 号 3 条。

²⁰ 最高人民法院「電子商取引プラットフォームの知的財産権民事事件に関わる審理に関する指導意見」(2020)法発【2020】32 号。

一ネット商品取引プラットフォーム等を提供することは、商標法 57 条 6 号にいう「便宜の提供」に該当する」と規定している。ここからわかるように、プラットフォーム内の経営者の商標専用権の侵害行為について、インターネット商品取引プラットフォームを提供した商取引プラットフォームは権利侵害の幫助規定に従い責任を負わなければならない、その主観的要件は「故意」とされる。

さらに言えば、民法典 1165 条 1 項において、「行為者が過失により他人の民事権益を侵害して損害をもたらした場合には、権利侵害責任を負わなければならない。」と規定している。これにより確立された過失責任原則はすべての権利侵害行為に対する一般条項であり、商標権侵害は法律において過失推定責任又は無過失責任を別途規定すべき特段の権利侵害形態でないため、商標法 57 条 1 項 6 号における「故意」の要件はまさに民法典の過失責任原則を体現している。民法典 1168 条及び 1169 条は、それぞれ「二人以上が共同して権利侵害を実施し、他人に損害をもたらした場合には、連帯責任を負わなければならない」、「他人に対し権利侵害行為を実施するよう教唆し、又はこれを幫助した場合には、行為者と連帯責任を負わなければならない」と規定されている。これにより、電子商取引プラットフォームがプラットフォーム内経営者の商標権侵害について共同権利侵害における権利侵害の幫助責任を負うことがさらに明確になった。

電子商取引法に話を戻すと、45 条は「電子商取引プラットフォーム運営者は、プラットフォーム内経営者の知的財産権侵害を知り又は知り得た場合において、(…中略…)必要な措置を講じなかったときは、権利侵害者と連帯責任を負う」と規定している。これによっても同様の結論を導き出すことができ、すなわち、電子商取引プラットフォーム運営者は、プラットフォーム内経営者の商標権侵害行為について、「知り又は知り得た」の要件を満たした場合には、権利侵害幫助に係る連帯責任を負わなければならない。ここでいう「知り又は知り得た」が商標法 57 条における「故意」要件と同一視すべきか否かについての検討を後回しにするとともに、両者とも権利侵害責任に係る「過失」要件に帰せられることは疑いの余地もない。

電子商取引法 45 条で要求されている電子商取引プラットフォーム運営者の講じるべき「リンクの削除、ブロック又は切断、取引及びサービスの終了等の必要な措置」は、民法典 1167 条における請求権に対応している。同条は、「権利侵害行為が他人の人身又は財産の安全に危害を及ぼした場合には、被権利侵害者は、権利侵害者に対し、侵害の停止、妨害の排除、危険の除去等の権利侵害責任を負うよう請求する権利を有する」と規定している。文面からすると、同条は「侵害の停止、妨害の排除、危険の除去」等を「権利侵害責任」に帰しているが、大陸法系の民法の基本法理によれば、同条で列举されているものはすべて物権的請求権の責任形態であり、上記ドイツ民法典 1004 条における妨害排除請求権及び権利侵害差止請求権に対応している。物権的請求権の行使が権利侵害者や妨害者の過失を要件としないため、これは、電子商取引プラットフォーム運営者に対し通知－削除等の必要な措置を講じるよう請求するのに、プラットフォーム運営者が知り又は知り得たことを証明する必要があることを十分に示し、かつ、合致している。言い換えると、電子商取引プラットフォーム運営者がプラットフォーム内経営者の商標権侵害行為を事前に全く知らなかった(知らず又は合理的な理由により知り得なかった)としても、商標専用権者は、「侵害の停止、妨害の排除、危険の除去」といった必要な措置を講じるよう請求することができるが、権利侵害幫助による損害賠償責任を主張することができない。プラットフォーム運営者が権利侵害行為の存在を知り又は知り得たにもかかわらず、プラットフォーム内経営者のために「便宜を提供」し続けた場合には、その後に生じた権利侵害行為について、権利侵害の幫助による損害賠償責任を負わなければならない。

2. 商標権侵害における電子商取引プラットフォームの責任に係る「セーフハーバー」ルール適用のジレンマ

インターネットプラットフォームの出現は、「デジタル革命」の象徴的な出来事の一つであり²¹、プラットフォーム責任制度の構築がインターネット取締りの重要な内容になっている。インターネットの発展初期の法律は、主にインターネット事業者と伝達プラットフォームの革新的経営モデルの緩和に重きを置き、すなわち、特定の条件において異なる責任を免除していた。現在、各国政府は、プラットフォーム運営者の審査及び注意義務を厳しくし、一定の公共管理の役割を求めることにより、プラットフォーム運営者がプラットフォーム内経営者、知的財産権者ひいては消費者と円滑な交流や連携体制を構築し、プラットフォーム運営者が取締りを強化し、プラットフォームの生態を改善することを促している。実際、プラットフォーム運営者は徐々に政府機関が本来負う義務及び責任を担い始めている。プラットフォーム規定の制定及び実施を通じて、プラットフォーム運営者は、実際には監督、定義、取引当事者及び利益関係者に影響を与えるような巨大な権力を有し、これを行行使っている²²。技術の権限付与及び法定義務が絶えず増えていることにより、プラットフォームはもはや以前の単純な情報伝達手段ではなく、その実質的な機能はすでに根本的に変化している²³。このような状況において、責任免除を趣旨とする「セーフハーバー」ルールを電子商取引プラットフォームの商標権侵害に適用することは必然的に難しくなっていき、最終的には中国特有の「セーフハーバーのジレンマ」が生じた。すなわち、権利者、ネットワークサービスプロバイダ及びインターネットユーザーがそれぞれセーフハーバールールの適用に不満を持ち、裁判官が板挟みになっている²⁴。電子商取引において、プラットフォームの責任に係るセーフハーバールールは、絶えず疑問視され、試練を受けている。

(1) デジタル著作権分野において、「セーフハーバー」ルールは普遍的に疑問視され、その適用が日に日に制限されている。

「セーフハーバー」ルールは、著作権分野から発生したものであるが、実際には、特定の技術の条件下における特定部類の著作物の情報ネットワーク伝達権のために専ら制定されたものであり、上記の範囲を超えると、当該ルールは往々にして効果を失ってしまう。アメリカがセーフハーバールールを制定した当時に最も注目された事例は、電子掲示板(BBS)に限られていた。当時、ネットワークストレージ及び伝達技術はまだ十分に発展できておらず、音声・動画ファイルのネットワーク伝達はまだ便利なものでなく、権利侵害を予防するためのデジタルフィルタリング技術も全く成熟していなかった。その後、上記技術分野は劇的な発展を遂げ、P2P 技術、MP3 検索及び動画共有等の技術応用はインターネット上の海賊版を助長し、その深刻さはBBS時代の「セーフハーバー」ルールの制定者らの想像を遙かに超えていた。「セーフハーバー」ルールは、徐々にネットワークサービスプロバイダがインターネット上の海賊版

²¹ 劉権「ネットワークプラットフォームの公共性及びその実現—電子商取引プラットフォームの法規制の観点から」法学研究 2020 年第 2 期、42-56 頁。

²² 林建宗『プラットフォーム型電子商取引における私人秩序についての研究』98 頁（経済管理出版社、2019）。

²³ 劉権「ネットワークプラットフォームの公共性及びその実現—電子商取引プラットフォームの法規制の観点から」法学研究 2020 年第 2 期、42-56 頁。

²⁴ 薛軍「民法典のインターネット権利侵害条項についての研究 法解釈論の枠組みの再構築を中心に」比較法研究 2020 年第 4 期。

から利益を得るための免罪符になっていた²⁵。

「セーフハーバー」ルールが現実と乖離することを防ぐため、アメリカの裁判所は、ネットワークサービスプロバイダが「故意に知らないふりをし」、繰り返し行われている権利侵害を有効に対応していない旨を認定したり、P2P 技術の特殊性を強調したり、ひいては権利侵害の誘引及び使用者責任を補足的に適用することにより、「セーフハーバー」を回避している。インターネット著作権コンテンツに係るフィルタリング技術が進歩したことに伴い、ネットワークサービスプロバイダの著作権侵害に対する予防能力が日々向上し、コストが絶えず低下したため、一部の国や地域はネットワークサービスプロバイダに対し、これらの技術を用いて権利侵害をフィルタリングし、発見するよう求めることにより、有名なポータルサイトも自主的にこれらの権利侵害防止措置を講じるようになった。これを通じて、ネットワークサービスプロバイダの審査義務を免除するためのセーフハーバールールを適用する余地はさらに縮小された²⁶。2015 年、アメリカ下院司法委員会の要求に応じ、アメリカ著作権局は、「セーフハーバー」ルールの運用状況について研究調査を行った。オンラインプラットフォームプロバイダは、「セーフハーバー」ルールが情報サービス業の繁栄を促しただけでなく、人々の情報コンテンツを取得したいというニーズも満たしたと考えられている。他方、著作権者は「セーフハーバー」ルールが実際にはインターネット上の権利侵害を有効に取り締まっておらず、プラットフォームが確かに「権利侵害の通知」に基づいて特定の権利侵害のコンテンツを削除したが、新しい権利侵害が再び発生し、拡散されることを放任していると強調している。最終報告では、アメリカ議会が「セーフハーバー」ルールを通じて実現したかった立法均衡の目的の効果がすでに失われていると指摘するとともに、当該制度について慎重に調整することを提案した²⁷。

中国において、情報ネットワーク伝達権保護条例は「セーフハーバー」ルールを全面的に導入したが、行政の法執行であれ民事訴訟であれ、絶えずセーフハーバーを突破し、インターネット会社に対し自主的に措置を講じて権利侵害を審査及び予防するよう要求している。関係法執行機関は、「適法に経営しているインターネット企業及び重点ウェブサイトは『事前許可、事後伝達』の自己審査・自己是正活動を行い、権利侵害・海賊版のような潜在的なリスクを見つける」ようと求めている²⁸。「自己審査・自己是正を真剣に実施し、規定や制度を整備し、業務プロセスを規範化し、法に従い権利侵害訴訟及び権利者の通知を適切に処理し、自主監督管理する著作物リストと照合し、自社の利用している著作物の許可状況を真剣に照合・審査し、未許可又は許可状況が不明確な著作物を速やかに削除し、又はそのリンクを切断しなければならない」²⁹。主要な動画ネットワークサービスプロバイダは、ウェブサイトのコンテンツを審査せざるを得なくなり、大量の海賊版動画を削除した。また、中国の裁判所は、ネットワークサービスプロバイダの自主審査義務を日々強調し、「ウェブサイト上に明らかな権利侵害情報が存在しないよう、ネットワークサービスプロバイダは『映像』等の権利侵害の疑いのあるチャンネル内の番組を

²⁵ 崔国斌「ネットワークサービスプロバイダの共同権利侵害制度についての再構築」法学研究 2013 年第 4 期、138-159 頁。

²⁶ 崔国斌「ネットワークサービスプロバイダの共同権利侵害制度についての再構築」法学研究 2013 年第 4 期、138-159 頁、崔国斌「ネットワークサービスプロバイダの著作権コンテンツのフィルタリング義務」中国法学 2017 年第 2 期、215-237 頁。

²⁷ 朱開鑫「セーフハーバー制度の今後の展望」中国新聞出版広電報 2020 年 7 月 2 日第 007 版。

²⁸ 国家著作権局、公安部及び工信部「『2020 年インターネット権利侵害海賊版の取締り、“剣網行動”の特定管理案』の発行に関する通知」[2010]新出明電 22 号。

²⁹ 頼名芳「15 社の動画サイトが国家著作局の自主監督管理著作物リストに」

URL: <https://news.qq.com/a/20100916/001211.htm>、最終アクセス日：2021 年 1 月 15 日。

対象に重点的に審査・照合することができる」とも考えている³⁰。特定のウェブサイトが「インターネットユーザーが自由に各種動画をアップロードするためのストレージスペースを提供することは権利侵害をもたらす確率が高いため、比較的の高い予防コストを負担させるとしても重すぎるわけではない」³¹。中国の法院は、ネットワークサービスプロバイダが通常の経営管理において具体的かつ特定の権利侵害活動を知っているか否かはもはやそこまで注目しておらず、ネットワークサービスプロバイダには一般的な著作権審査義務があると考えようになった。学者もまた、著作権分野もセーフハーバーに別れを告げるべきであり、法院が共同権利侵害の一般規定に基づいてネットワークサービスプロバイダの共同権利侵害規定を新たに構築することを容認すべきと提言している³²。

(2) 電子商取引プラットフォームは、プラットフォーム内経営者及びその経営活動に対し、法に基づいて審査義務及び監督職責を負い、AI 及びビッグデータはプラットフォームの職責履行に対し各種便宜を提供し、権利侵害に対するプラットフォームの審査及び予防能力を大いに向上させた。このため、プラットフォームの一般審査義務を免除することを前提とするセーフハーバールールは有効に適用されるようになった。

インターネット、ビッグデータ、AI 等のインターネット技術によってサポートされるデジタル組織として、プラットフォーム運営者は普通の市場経営者ではなく、純粹にデータを提供する仲介サービス業者でもなく、新しい生産能力の産出者であり、膨大な重要生産要素、特にデータリソースの掌握者であり、デジタル製品、インターネット広告、手数料等はプラットフォーム運営者の主要収入源となっている。今のプラットフォーム運営者は、ある程度において、もはや中立のツールとしての性質及び非関与性を備わっていない。競争保護、価格管理、品質のコントロール、情報開示等の手段を通じて、プラットフォーム運営者は、市場経営者及び参入者という身分以外に、市場規制者という役割も果たしており、実際、インターネット市場の秩序維持、ユーザー権益の保護という公共的な職能を担っている³³。

今のプラットフォーム運営者とプラットフォーム内経営者を含むユーザーとの間において、ある種の「権力」枠組み及び運用体系が初歩的に形成された。まず、プラットフォーム規定の改廃を通じて、プラットフォーム運営者は、プラットフォーム世界の「準立法権」を有する。ほとんどすべてのプラットフォームは、一方的に大量のプラットフォーム規定(いわゆる「インターネット規定」)を制定している。電子法取引法は、プラットフォーム運営者に対し、合理的な取引規定、信用評価規定、知的財産権保護の規定及び紛争解決の規定を制定するよう求められている。国の法律に比べ、プラットフォーム規定は、プラットフォーム内経営者及び消費者の利益に与える影響がより直接かつ具体的である³⁴。次に、具体的なコントロールを実施することを通じて、プラットフォーム運営者は「準行政権」を行使している。タオ

³⁰ 上海市一中院(2017)滬一中民五(知)初字第129号。

³¹ 上海市一中院(2010)滬一中民五(知)初字第32号。

³² 崔国斌「ネットワークサービスプロバイダの共同権利侵害制度についての再構築」法学研究2013年第4期、138-159頁、薛軍「民法典のインターネット権利侵害条項についての研究—法解釈論の枠組みの再構築を中心に」比較法研究2020年第4期。

³³ 劉權「ネットワークプラットフォームの公共性及びその実現—電子商取引プラットフォームの法規制の観点から」法学研究2020年第2期、42-56頁。

³⁴ タオバオプラットフォームは「タオバオプラットフォーム規則総則」を基礎とした、市場管理及び規則違反の処理、消費者保護及び紛争処理、信用及び経営保障、業種管理規範、営業活動規範を含む規範体系を構築した。京東プラットフォームは「京東のプラットフォーム開放総則」を基礎とした、誘致提携、店舗商品管理、商品品質、営業販促、アフター管理を含む規則体系を構築した。

バオプラットフォーム規定に規定されたコントロール措置は範囲が広く、警告、個別又は全部の店舗商品検索のレベル下げ、個別商品検索のブロック、商品展示資格のコントロール、商品の撤去、店舗のブロック、販売量の不集計又は削除、店舗の閉鎖、店舗の封鎖が含まれている。これらは、プラットフォーム運営者が特定の条件の下で法律の要求する必要な措置を講じることについて、豊富な選択肢を提供している。最後に、プラットフォーム運営者は、オンライン上で各種紛争を解決し、「準司法権」を行使することができ、実際には、かなり大量の本来ならば法院に訴えるべき事件を止め、分担し、ブロックしている。プラットフォーム内経営者と消費者との紛争であれ、プラットフォーム内経営者とプラットフォーム運営者との紛争であれ、そのほとんどがプラットフォーム内で解決されている。実際、多くの商標権者は自らプラットフォーム内経営者になることができ、又はすでになっているため、商標権者とプラットフォーム内経営者との紛争の多くは往々にしてプラットフォームで止まり、法院へ訴えが提起されていない³⁵。プラットフォーム運営者は、専門のプラットフォーム管理部を設置し、一般評価審査の規定の制定に外部を参加させること(例えば、タオバオ議会)により、共同して規定の制定、監督管理及び紛争処理の機能を行使している。

プラットフォーム運営者が豊富なリソース及び広範囲の権利ひいては権力を有している以上、プラットフォーム内の知的財産権侵害についてより厳しい審査義務及び注意義務を負うべきである³⁶。電子商取引法を除く、他の法令もネットワークプラットフォームに対し、より厳しい審査及び監督の義務を課している。インターネット取引管理弁法は、第三者取引のプラットフォーム運営者に対し、検査・監視・コントロール制度を制定し、違法行為の発見、制止、サービスの停止及び報告義務を履行するよう要求している。広告法は、インターネット情報サービスプロバイダに対し、自己の情報伝達・発表プラットフォームを利用して送付又は発表された違法な公告を明らかに知り又は知り得た場合には、これを制止するよう要求している。食品安全法は、インターネット上の食品取引の第三者プラットフォームプロバイダに対し、ネットワーク内の経営者の違法行為を発見し、制止し及び報告し、重大な違法行為についてはサービスを停止する義務を履行するよう要求している。もちろん、このような行政法上の審査義務は、不法行為法上の審査義務と同等ではないが、プラットフォーム運営者が行政上の審査義務を履行するときに、往々にして一部の権利侵害の事実又は情報を発見することができ、過失を認定するための「知り又は知り得た」という条件を充足するに足る場合もある。したがって、行政上の審査義務を履行することは、プラットフォームの注意義務の程度が高くなっていることを意味する。

さらに言えば、多くのプラットフォーム運営者は、経営者のために取引プラットフォームを提供するだけでなく、各種商品及びサービスを自ら経営し、プラットフォーム内のその他の経営者と競争関係を形成することがよくある。プラットフォーム内の各種取引活動について、プラットフォーム運営者が超越的又は中立的なツールであるとは言い難く、他の経営者に比べてより優越した情報リソース及び把握力を有し、知的財産権侵害の紛争が生じたときには法律上、知らなかった又は知り得なかったと推定されにくい。反対推定、すなわち、権利侵害を「知り又は知り得た」ことのほうが往々にしてより事実と合致している。プラットフォーム内の多くの権利侵害行為は、一旦発生すると他のユーザーに深刻な損害

³⁵ 劉権「ネットワークプラットフォームの公共性及びその実現—電子商取引プラットフォームの法規制の観点から」法学研究 2020 年第 2 期、42-56 頁。

³⁶ 前述引用の「Hermes v. E-Bay」、「LVMH v. E-Bay」及び「Rolex v. E-Bay」のいずれの事件についても、裁判所は、電子商取引プラットフォームである E-Bay に対し、セーフハーバーによる責任の免除を与えなかった。詳細は本稿第一部分の EU に関する論述を参照。

をもたらす可能性がある。プラットフォーム運営者が通知によりようやく必要な措置を講じた場合には、権利侵害を制止するベストタイミングを逃してしまう可能性がある。「セーフハーバー」ルールは Web1.0 時代に生まれ、当時のプラットフォーム運営者は、主に情報媒介の役割を発揮していた³⁷。今のプラットフォームでは、その機能がすでに重要な変化を遂げており、セーフハーバーに基づく責任免除の規定体系を調整する必要がある。セーフハーバーと共にしていた「レッドフラグ」も同様に適用のジレンマに直面している。新しい類型のインターネットに係る違法行為、商標権侵害行為は、往々にして「レッドフラグ」ほど鮮明・明確でなく、権利者がプラットフォーム運営者の「知り得た」という責任を追及するために、権利侵害を速やかに発見し、有効な証拠を提供することが困難である。もちろん、「レッドフラグ」が有効に適用されにくいことにはもう一つ原因があり、すなわち、権利侵害が認定されにくければ、プラットフォーム運営者は通知その他の初歩的な証拠に基づき、安易に必要な措置を講じることで被疑プラットフォーム内経営者の利益を著しく損なう可能性がある。つまり、「通知—削除」規定であれ、「レッドフラグ」であれ、具体的に適用する際にはジレンマに陥り、申立人、プラットフォーム内経営者、プラットフォーム運営者ひいては最終的に紛争に介入する法院のいずれも正確に把握し、合理的に調整し、速やかには判断を下しにくい。

人工知能技術が日進月歩している状況において、伝統的なセーフハーバールールと「レッドフラグ」はユーザーの権益を保障するにはもはや十分でなく³⁸、プラットフォーム運営者はより厳しい注意義務を負い、「さらに先進的な権利侵害の識別技術を利用してより効果的に権利侵害を発見し、制止する」³⁹手立てを講じるよう求められるかもしれない。プラットフォームのコントロール能力及びコントロール措置は、「技術の進歩に伴い、絶えず向上させなければならない」⁴⁰。情報の監視・コントロールについて、プラットフォーム運営者は、速やかに権利侵害のコンテンツを発見するため、プログラム設計及びデータアルゴリズムの両方を利用してプラットフォーム内の取引情報を大量に自動処理することができる。主要なプラットフォーム運営者は、商品の権利侵害を監視・コントロールするため、より先進的なデータマイニング、ビッグデータ分析及びディープラーニング技術を利用している。権利侵害コンテンツのフィルタリングについて、現在、リストフィルタリング技術、キーワードフィルタリング技術、画像フィルタリング技術、テンプレートフィルタリング技術及びスマートフィルタリング技術は日に日に成熟しており、プラットフォーム運営者と商標権者が提携して共同フィルタリングシステムを構築した場合には、権利侵害商品がプラットフォームの取引に参入することを効果的に阻止することができる⁴¹。もちろん、これらの技術監視・コントロールコストが高く、プラットフォーム運営者自身のインフラ設備もさらに厳しく要求されるため、法律において強制的な規定を設け、すべてのプラットフォーム運営者が一夜にして使用できるよう一律に要求してはならない。制度設計上、プラットフォームの名声を追い求め、権利侵害リスクを回避しているような電子商取引プラットフォームに対し、プラットフォーム運営者の良好な営業環境を作り上げ、より多くの優良なブランド企業が入居し、より多くの消費者が購入する目的のために発展的に選択することを奨励するしかない。言い換えれば、上記の監視・コンロー

³⁷ 周樺平「電子商取引プラットフォームの安全保障義務及びその法的責任」学術研究 2019 年第 6 期、66-73 頁。

³⁸ 張頴＝翟睿琦「商標権侵害における電子商取引プラットフォームのセーフハーバー規則の適用についての研究」河南財經政法大學學報 2018 年第 5 期、108-115 頁。

³⁹ 魏露露「ネットワークプラットフォームの責任の理論と実務—我が国の電子商取引プラットフォームの責任との対比」北京航空航天大学學報(社会科学版) 2018 年第 6 期、7-15 頁。

⁴⁰ 電子商取引法の起草チーム『中華人民共和國電子商取引法釈義』118 頁(法律出版社、2018)。

⁴¹ 張頴＝翟睿琦「商標権侵害における電子商取引プラットフォームのセーフハーバー規則の適用についての研究」河南財經政法大學學報 2018 年第 5 期、108-115 頁。

ル及びフィルタリング手段を採用する資金や技術がないプラットフォーム運営者は、個別の事案において、これらの技術を採用していないだけで過失があると認定してはならない。取引の市場類型が異なり、プラットフォームの技術レベル及び管理能力も異なるため、法律上の注意義務を区別して対処することができる。要するに、商標権侵害紛争が生じたときに、各事案の具体的な状況に応じて、プラットフォーム運営者の過失の有無を認定し、権利侵害幫助責任を負うか否かを判断すべきである。

プラットフォーム運営者が力強く発展したデジタル経済時代において、電子商取引プラットフォーム運営者は、単純な免責を追及するのではなく、良好な営業環境を作り上げ、プラットフォームの利益関係者に有利な密接な提携体制・システムを構築することに尽力し、良好なインタラクションを促し、より多くの当事者が利益を獲得する目的を実現できるようにすべきである。したがって、責任制度の構築は、プラットフォーム運営者が効果的な技術及び法的手段を採用することを促進し、奨励し、プラットフォーム内の経営者の権利侵害を自発的に予防し、制止することに資するべきである。プラットフォーム内の取引情報が有効に伝達されるためには出所を識別・区別する商標と切り離せないため、商標権侵害を取締り、プラットフォーム内の取引商品の正規品率を上げることは、プラットフォーム取締りのコア任務である。これに対し、セーフハーバールールは、プラットフォーム運用における実際の技術及び法律環境から乖離しているだけでなく、プラットフォーム取締りのために十分なインセンティブを提供することにも資することができない。

(3) プラットフォームの審査及び技術のフィルタリングを経て、プラットフォーム内経営者の取引活動が商標権侵害の疑いがあるとしても、実際の事実の如何を問わず、権利侵害通知により提供される初步的な証拠は、往々にして商標権侵害の「レッドフラグ」が存在することを十分に証明することが難しい。現行「通知－削除」規定は、電子商取引プラットフォームが権利侵害通知を受領した後に速やかに必要な措置を講じるか否かを自己の裁量により判断することを容認しているのではなく、電子商取引プラットフォーム運営者が措置を講じることを強制し、さもなければ、行政処罰を受ける旨を規定している。これは、客観的に悪意の通報を生み、助長している。プラットフォーム運営者及びプラットフォーム内経営者に対する悪意の通報のプレッシャーを軽減するため、中国の裁判所はまた、被疑プラットフォーム内経営者が申し立てられる反対行為保全制度の構築を試みた。これは、明らかに「通知－削除」規定の範囲を超えている。

プラットフォームの審査及び技術のフィルタリングを経て、プラットフォーム内経営者の商標権侵害の疑い行為の認定において、必然的に相当な困難性が存在する。その使用する標章と権利者の登録商標が往々にして多少の相違が存在し、係争標章が使われている商品又はサービスも登録商標の指定する商品又はサービスと同じ分類ではない。権利侵害の紛争について、商標の対比及び混同可能性に関する判断は一目瞭然ではなく、被疑権利侵害の事実又は商標権者の提出した権利侵害通知のいずれも「レッドフラグ」に達することが難しい。電子商取引プラットフォーム運営者は、商標権者のたった一枚の通知に基づき、直ちにリンクの削除、ブロック又は切断、取引及びサービスの終了等の必要な措置を講じることは、いささか独断的である。また、プラットフォーム内経営者も権利侵害行為の不存在に係る声明を提出する可能性があり、電子商取引プラットフォーム運営者は当該声明を商標権者に転送し、通報し又は訴えを提起できる旨を告げなければならない。電子商取引プラットフォーム運営者は、15日以内に通報又は訴えの提起に関する通知を受領しなかった場合には、速やかにその講じた措置を終了しなければ

ばならない。このように繰り返し行われると、権利侵害の成否がまだ判定されていないにもかかわらず、取引秩序が先に打撃を受けてしまうことになる。実際、権利者が商標権侵害訴訟を提起したとしても、事前の差止命令を申し立て又は取得した場合を除き、被告は、係争製品を販売し続けることができる。ここからわかるように、電子商取引プラットフォームに適用される「通知—削除」規定は、取引を中断させる「ゲーム」であり、軽率と言わざるを得ない。

商標権者が権利侵害通知を提出する際の立証責任を強化するために、電子商取引法は、権利侵害通知の形式及び内容の両方について明確な要件を規定した。関連の判決も権利侵害通知の適格基準について有益な検討を行っており、最高人民法院の第16回指導的判例第83号はその典型判例としてみなされている⁴²。当該判例の訴因が専利権侵害であるものの、その適格通知に対する分析の基本法理は商標事件にも適用される。しかしながら、当該指導的事件が公表された後、当該「適格通知」の分析は、その後の事件審理にはさほど影響を与えなかった。実際、何をもって適格通知とするかは、整理された統一の基準がない状況である⁴³。まとめると、電子商取引プラットフォーム運営者が通知により提供された証拠に基づき、すべての情報を総合的に判断し、法律又は事実上の詳細な審査を行わず、簡単に権利侵害の存在を確認できると求めることでなるであろう⁴⁴。司法の実務上、商標権侵害に係る新しい種類の難事件は往々にして一審、二審及び再審請求を経て、その間、何回か判決が変更されることも少なくないが、本当に紛争を解決し、人々を納得させられていない。これに鑑み、裁判の専門機関でない電子商取引プラットフォームが一目で権利侵害の成否を見破られることを期待することはできない。これは、制度設計上、譲歩し、事件の他の状況と合わせて、通知により提供された初歩的な証拠を、最終的に権利侵害の成立が認定されたプラットフォーム内の経営者の商標権侵害を電子商取引プラットフォームが知り又は知り得たか、すなわち、過失が存在するか否かを判断するための材料とすることを明らかにしている。もし法院が最終的に係争商標権侵害が成立しないと認定した場合には、通知が適格であるか否かに固執する実益はない。

しかし、電子商取引法42条は「速やかに必要な措置を講じる」、すなわち、「リンクの削除、ブロック又は切断、取引及びサービス終了」を電子商取引プラットフォーム運営者が通知を受領した後の法定義務とした。「電子商取引プラットフォーム運営者が本法42条(…中略…)の規定に違反し、プラットフォーム内経営者の実施した知的財産権侵害行為について、法に基づいて必要な措置を講じなかった場合において、関係する知的財産権の行政機関は、期限付きで是正を命じ、期限を過ぎても是正しないときは5万人民元以上50万人民元以下の過料に処し、情状が重いときは50万人民元以上200万人民元以下の過料に処する」。前述のように、法的通知内容が完全であるか否かにかかわらず、権利侵害の成立を十分に証明することを確保することは困難である。電子商取引プラットフォーム運営者は、どのようにして権利侵害通知に基づき、被疑行動が知的財産権を侵害していることを確信し、当該確信に基づき必要

⁴² 浙江省高级人民法院【2015】浙知終字第186号民事判決、最高人民法院第16回指導的判例第83号。当該事件に関する判例評釈は、徐偉「インターネット権利侵害における適格通知及び必要な措置の認定」東方法学2020年第3期、174-192頁を参照。

⁴³ 2020年9月10日、最高人民法院「電子商取引プラットフォームの知的財産権民事事件に関わる審理に関する指導意見」(2020)法発【2020】32号。同指導意見5条は、適格通知の要件について、「知的財産権者が電子商取引法42条の規定に従い電子商取引プラットフォームに発する通知は、通常、次に掲げる内容を含む。知的財産権の権利証明及び権利者の真正な身分情報、正確に確定できる被疑侵害品又はサービスの情報、権利侵害に該当する初歩的な証拠、通知の真实性を保証する書面等。通知は、書面の形式を採用しなければならない。」と規定している。しかし、このように要求したとしても、電子商取引プラットフォーム運営者が権利侵害通知に基づき権利侵害の成否を簡単に判断できることを保証することは困難である。

⁴⁴ Sehe Spindler/Schuster/Müller, 4. Aufl. 2019, MarkenG §14 Rn. 10-54.

な措置を講じられるか。実際、著作権の分野においても、ネットワークサービスプロバイダは、権利侵害通知を受領した後、削除又は切断を拒否することができる。その結果は、セーフハーバー条項を援用できないことにすぎず、当然に権利侵害責任をもたらすわけではない⁴⁵。しかし、速やかに必要な措置を講じることを拒否すること自体は、独立した法的責任を生じさせない。電子商取引法 84 条に規定されている罰則は、「通知－削除」の規範的メカニズムに反し、プラットフォームの取締戦略及びリスクマネジメント理念に基づく電子商取引プラットフォーム運営者の自由裁量の余地を奪っている。最終的には「通知－削除」規定は、プラットフォームの免除制度及び過失認定の重要な証拠として、しかるべき機能を発揮しにくくなる。

さらに、「通知－削除」規定の不適切な設計は、客観的に悪意の通報を生み、助長する⁴⁶。プラットフォーム運営者及びプラットフォーム内経営者に対する悪意の通報のプレッシャーを軽減し、電子商取引の正常な秩序に対する悪意の通報の打撃を排除するために、中国の法院は、被疑プラットフォーム内経営者が申し立てられる反対行為の保全制度の構築を試みた⁴⁷。したがって、「通知の受領者は、人民法院に対し、訴訟前若しくは訴訟中の行為保全に申し立て、又は通知者が通知を取り下げ、若しくは通知を送付し続けることを禁止する旨を命じるよう請求することができる」⁴⁸。最高人民法院の最新の司法解釈は、「緊急事態のため、電子商取引プラットフォーム運営者が製品のリンクを直ちに再開せず、通知者が直ちに通知を撤回せず又は通知の送付を停止しない等の行為により、その正当な利益が補填しがたい損害を被った場合には、プラットフォーム内経営者は」、中国民事訴訟法 100 条及び 101 条の規定に従い、「人民法院に対し保全措置を申し立てることができる」⁴⁹。ただし、この制度設計の合理性及び正当性について、検討する価値がある。権利侵害通知又は通報が悪意であるか否かを問わず、通知ひいては電子商取引プラットフォーム運営者が通知に基づいて講じたリンクの切断等の必要な措置は、いずれも厳格

⁴⁵ 劉文傑「『電子商取引法』上の『通知－削除』規則についての検討」北京航空航天大学学報(社会科学版)2019年第6期、13-20頁。

⁴⁶ 業界において、「悪意の通知」は一般的に「悪意の通報」と呼ばれ、「通知者が自己に通知する権利がなく又は通知の根拠が足りないことを明らかに知りながら通知を発し、被通知者に損害をもたらす行為」を指している。「浙江省高级人民法院民三庭 電子商取引プラットフォーム知的財産権に関わる事件の審理ガイドライン」27条、浙高法民三【2019】33号。アリババプラットフォーム管理部が2017年に公表したデータによれば、悪意の通報は、知的財産権に係る通報全体の24%を占めている。浙江省高级人民法院聯合課題研究チーム「電子商取引分野における知的財産権の法的責任にする調査研究報告」人民司法2020年第6期、65-73頁。

⁴⁷ 詳細は、銑志偉＝劉榕＝周立勤「電子商取引プラットフォームの反対行為保全についての研究」中国応用法学2020年第6期、31-43頁。

⁴⁸ 「浙江省高级人民法院民三庭 電子商取引プラットフォーム知的財産権に関わる事件の審理ガイドライン」36条、浙高法民三【2019】33号。

⁴⁹ 最高人民法院「電子商取引プラットフォームの知的財産権民事事件に関わる審理に関する指導意見」(2020)法発【2020】32号。中華人民共和國民事訴訟法100条「適用条件及び手続き」では、「人民法院は、当事者の一方の行為又はその他の事由により、判決の執行が困難となる、又は当事者にその他の損害を生じさせるおそれのある事件については、相手方当事者の申立てに基づき、財産に対する保全を行うこと、又は一定行為を行うこと若しくは一定の行為を禁止することを命令する旨を決定することができる。当事者が申立てを提出していない場合において、人民法院は必要に応じて保全措置を講じる旨を決定することができる。2. 人民法院が保全措置を講じる場合、申立人に担保の提供を命ずることができる。申立人が担保を提供しない場合には、申立ての却下を決定することができる。3. 人民法院は申立ての受理後、緊急の状況であるものについては、48時間以内に決定を下さなければならない。保全措置を講ずる旨を決定した場合には、直ちに執行を開始しなければならない。」と規定している。また、同法101条の訴訟前財産保全是、「利害関係人は、緊急の状況により直ちに保全の申立てをしなければ、その者の適法な權益につき補填することが困難な損害を受けるおそれがある場合には、訴訟の提起又は仲裁の申立て前に、被保全財産の所在地、被申立人住所地又は事件の管轄権を有する人民法院に対して保全措置の採用を申し立てることができる。申立人は担保を提供しなければならない、担保を提供しない場合には、申立ての却下を決定する。2. 人民法院が申立てを受けた後、48時間以内に決定を下さなければならない。保全措置を講ずる旨を決定した場合には、直ちに執行を開始しなければならない。3. 人民法院が保全措置を講じてから30日以内に、申立人が法律に基づいて訴訟提起又は仲裁申立てをしない場合には、人民法院は保全を解除しなければならない。」と規定している。

な司法審査を受けていない。それにもかかわらず、プラットフォーム内の経営者は、自身の適法な權益を保護するためには、正式な行為保全手続きを開始した場合に限り対抗することができる。これは、明らかに民事訴訟の利益均衡のメカニズムに反している。

そのため、「これは誤った問題を解決するために犯したもう一つの誤りである」と指摘する学者もいる⁵⁰。具体的には、行為保全の申し立てについて、人民法院が審査の際に最初に考慮すべき要素は、申立人の請求が事実の礎と法的根拠を有するか否かであり、これには通知者の悪意の程度、被通知者の店舗に対する悪意の通知行為の影響、行為保全措置を講じない場合の被通知者にもたらす損害が行為保全措置を講じた場合の通知者にもたらす損害を超えるか否か、及び行為保全措置を講じることが社会公共利益を損なうか否かが含まれる⁵¹。さらに当該学者は、通知者の悪意を証明できるならば、プラットフォーム運営者は措置を講じなくてもよく、法院が事前に介入する必要がないとも指摘した。「法律は、プラットフォーム運営者に対し、悪意の通報についても措置を講じることがを要求していない」。したがって、悪意の通報問題を解決する唯一の方法は、「通知—削除」規定を正確に理解した上で、プラットフォーム運営者に対し、措置を講じるか否かを自己の裁量において柔軟に判断する余地を与えることである⁵²。上記の論説は賛同に値するが、その論説の前提について検討する価値がある。民法典 1195 条 2 項は、「ネットワークサービスプロバイダが通知を受領した後、速やかに(…中略…)必要な措置を講じなければならない」と規定している。当該学者は、ここでいう「しなければならない」は、真正で、単独の訴えによりその履行を請求することができる独立の義務ではなく、一種の注意を促す規定であると考えている⁵³。「通知—削除」規定の規範的メカニズムについて言えば、かかる「しなければならない」はまさにこのように解釈すべきである。しかし、電子商取引法 84 条に定める罰則及び上記分析によれば、立法者は、「速やかに必要な措置を講じる」を誤ってプラットフォーム運営者が通知を受領した後の法定義務として設定し、少なくとも電子商取引法においてこのように解すべきである。そのため、ここでいう「誤った問題」は、主に電子商取引法の「通知—削除」規定に対する理解上の誤りではなく、立法そのものの誤りに由来している。

(4) ネットワーク環境下の商標権侵害の制止に係る緊迫性は、「セーフハーバー」ルールが当初想定したデジタル著作権の場面には遠く及ばず、「通知—削除」規定に含まれる必要な措置に厳格な法的手続きによらずに発表された行為保全が存在する場合には、行為保全に関する法律規定に違反する疑いがあるだけでなく、プラットフォーム内経営者の利益を著しく損ない、正常な取引秩序に大きな打撃をもたらす可能性もある。

同じくインターネット上の権利侵害に該当するが、商標権侵害の疑いのある製品の販売は、ネットワークプラットフォーム上であっても短時間内に拡がるのが困難である。その理由は、このような取引

⁵⁰ 薛軍「民法典のインターネット権利侵害条項についての研究 法解釈論の枠組みの再構築を中心に」比較法研究 2020 年第 4 期。

⁵¹ 最高人民法院「知的財産権紛争の行為保全事件の審査における法律適用の若干問題に関する規定」7 条、法釈(2018)21 号。「浙江省高级人民法院民三庭 電子商取引プラットフォーム知的財産権に関わる事件の審理ガイドライン」37 条、浙高法民三【2019】33 号。

⁵² 薛軍「民法典のインターネット権利侵害条項についての研究 法解釈論の枠組みの再構築を中心に」比較法研究 2020 年第 4 期。

⁵³ 薛軍「民法典のインターネット権利侵害条項についての研究 法解釈論の枠組みの再構築を中心に」比較法研究 2020 年第 4 期。

は有体物の生産、保存、輸送及び配送と切り離すことができず、必然的に各種データ伝達の痕跡や有形証拠が残ることになる。実際、電子商取引法も明確に「電子商取引プラットフォーム運営者はプラットフォームに掲載された商品及びサービスの情報、取引情報を記録保存し、情報の完全性、機密性及び可用性を確保しなければならない。商品及びサービスの情報、取引情報の保存期間は、少なくとも取引完了日から3年間とする。」⁵⁴と要求している。プラットフォーム内経営者には、正式に登録された会社もいれば、十分な情報が提供されている個人もいる。情報ネットワーク伝達権を侵害するデジタル著作物をアップロードし又はダウンロードする匿名のインターネットユーザーと比べると、プラットフォーム内経営者は見つけにくいわけではなく、また、完全に賠償能力を有していないわけでもないため、電子商取引プラットフォームがプラットフォーム内経営者の商標権侵害行為のために連帯責任を負う必要性は、デジタル著作権におけるネットワークサービスプロバイダが匿名ユーザーの著作権侵害のために負う連帯責任よりも遙かに低い。これに対し、DMCA セーフハーバールールにおいて、ネットワークストレージスペースに権利侵害の著作物をアップロードし又はダウンロードするユーザー及び消費者の多くは匿名であり、その関連する権利侵害の著作物は、理論上、一瞬で全世界に拡散し、著作権者の全市場を徹底的に破壊する可能性が高い。さらに言うと、電子商取引プラットフォーム内の経営者が販売している商品が他人の商標権を侵害している場合には、相当人数の購入者や消費者がクレーム、返品請求、悪い口コミ等の方法によりこれに対抗することがあり、プラットフォーム内経営者の販売状況は必然的にかなりのダメージを受ける。これに対し、デジタルプラットフォーム上に保存された権利侵害著作物について、一般のインターネットユーザーがただ飯に群がるかの如くダウンロードし、権利者の損害が一瞬にして拡大されてしまう。これは、インターネット空間において、商標権侵害を制止する緊迫性は著作権侵害には遠く及ばず、インターネット著作権の「通知－削除」規定をそのまま利用することは適切でないことを示している。

プラットフォームユーザーの観点においても、その状況には深刻な変化が生じている。DMCA が想定した規定の適用場面において、インターネットユーザーは、インターネット上で音楽を聴いたり、映画を鑑賞したり、ゲームを楽しんだり、ダウンロード著作物を享受したりと著作権に関連する一種の文化的消費の現象として体现されることが多い⁵⁵。デジタル著作物のアップロード及びダウンロードのほとんどは、非営利の熱狂的なインターネットユーザーがネットサーフィンのときに熱中して気ままに行った行為であり、彼らが費やしたのはマウスをクリックする時間と休憩時間にすぎない。権利侵害に関わるか否かを問わず、これらの著作物を削除し、アクセスを切断したとしても、アップデート、ダウンロードひいては閲覧、閲覧、鑑賞を楽しんでいるインターネットユーザーを一時的にがっかりさせるだけで、彼らの利益は明らかな影響を受けることがない。したがって、通知－削除－異議申し立て－再開⁵⁶のような規格化された操作は、テニスゲームのようにボールが行ったり来たりするように、サーブやスマッシュを自由自在に行うことができる。数回のラリーを経れば、ネットワークサービスプロバイダは権利侵害の紛争から脱出することができ、権利侵害が成立するか否か、はたまたどのような責任が生じるかは完全に権利者とインターネットユーザーとの間で和解し又は法院に訴えて解決することに委ねられる。電子商取引プラットフォーム内経営者は電子商取引に従事する専門会社又は電子商取引によって生

⁵⁴ 中華人民共和国電子商取引法 31 条。

⁵⁵ 薛軍「民法典のインターネット権利侵害条項についての研究 法解釈論の枠組みの再構築を中心に」比較法研究 2020 年第 4 期。

⁵⁶ 前述の「中華人民共和国情報ネットワーク伝達権保護条例」におけるセーフハーバールールに関する論述を参照。

計を立てる自然人のいずれかであり、電子商取引プラットフォーム運営者が誤った通知に基づいて安易に「削除、ブロック又は切断、取引及びサービスの終了等の必要な措置」を講じることはプラットフォーム内経営者のビジネスチャンスを喪失させ、信用を損なわせるため、当該経営者が再起不能に陥り、経営が破滅し、生活が困窮する可能性が極めて高い。

実際、権利者が商標権侵害訴訟を提起したとしても、訴訟前行為保全(いわゆる訴訟前差止命令)が認められた場合を除き、被告は依然として係争製品を販売し続けることができる。訴訟前行為保全の申立手続き及び実体要件について、中国の民事訴訟法、商標法及び関連司法解釈は、いずれも明確に規定している⁵⁷。要するに、申立人は、少なくとも権利侵害通知よりも高い証明責任を果たし、より多くの申立費用を費やし、かつ、通常は保証を提供する必要もある。商標権者が発する権利侵害通知は、権利侵害の初歩的な証拠を提供しただけであり、せいぜい電子商取引プラットフォーム運営者が権利侵害のリスクを評価し、かつ、プラットフォームの取締りを目的に通報対象プラットフォーム内経営者が権利を侵害しているか否かを積極的に審査するために供せられるにすぎない。「経営主体の本質は利益追求であることから、申立人は当然に複雑な訴訟前差止命令を再度申し立てることを選択せず、その結果、差止命令制度は形骸化する」⁵⁸。さらに言えば、通知を受領した電子商取引プラットフォーム運営者が撤去、切断等の必要な措置を講じた後、プラットフォーム内経営者が権利侵害不存在に係る声明を出したとしても、通知者が声明を受領してから一定期間内に行政機関に通報し又は法院に訴えを提起すれば、電子商取引プラットフォーム運営者はプラットフォーム内経営者のリンクを再開せず、このような状態は判決の発効日まで続く可能性がある。このように、通知者である権利者は、ゼロに近いコストでプラットフォーム内経営者を長期営業停止にさせ、競合他社を恣意的に攻撃することができる⁵⁹。

上記の反対行為保全と相互に牽制し、形式的に通知者と通知の指摘するプラットフォーム内経営者との間の利益均衡を維持するためか、最高人民法院指導意見法発【2020】32号は、反対行動保全を認めると同時に知的財産権者の行為保全申し立てについても「緊急事態により、電子商取引プラットフォーム運営者が直ちに商品の撤去等の措置を講じないと、知的財産権者の利益が補填しがたい損害を被る場合には、知的財産権者は中華人民共和國民事訴訟法の100条及び101条の規定に従い、人民法院に対し保全措置を申し立てることができる」と規定した。しかし、この新しい規定は、電子商取引法の「通知—削除」規定に係る前述の「副作用」を変えることができなかった。まず、最高人民法院が上記の規定を設けなくても、知的財産権者は、現行法及び司法解釈に基づいて人民法院に対し行為保全を申し立てることができる。次に、「通知—削除」規定に含まれている低コストの「差止命令」を申し立てられる限り、権利者の通報が正当であるか否かにかかわらず、このような「積極的な」行為保全を申し立てるインセンティブがない。実際、訴訟前又は訴訟中の行為保全の申し立てにかかわらず、いずれも「通知—削除」規定の効力の範囲を超えており、全く当該規定の欠陥を取り除いていない。

要約すると、セーフハーバールールは、特定の経済的、技術的及び法的環境に基づき、インターネッ

⁵⁷ 中国商標法の65条は、「商標登録者又は利害関係者は、他人がその商標専用権を侵害する行為を行っていること又は行おうとしていることを証明する証拠を有し、これを直ちに制止しなければ、その適法な權益に補填しがたい損害をもたらすおそれがある場合には、訴えを提起する前に、法により人民法院に対し、関係行為の差止命令及び財産の保全措置を行うよう請求することができる。」と規定している。また、司法解釈として、前掲の法釈(2018)21号、法発【2020】32号がある。

⁵⁸ 何琼=呂璐「特許分野における『通知—削除』規則の適用のジレンマ—『権利侵害責任法』36条の補足及び完全化」電子知的財産権2016年第5期、11-19頁。

⁵⁹ 劉文傑「『電子商取引法』上の『通知—削除』規則についての検討」北京航空航天大学学報(社会科学版)2019年第6期、13-20頁。

トの開発初期に生まれている。当時、インターネット企業は、まだ草創期にあり、新しい経済形態及びビジネスモデルを代表していた。ネットワークサービスは主に中立的な接続、伝達及び保存に限られ、ネットワークにより伝達・保存される内容は特定種類のデジタル形式の著作物に限られていた。デジタルネットワーク著作権侵害の形式は、単一的であり、かつ、容易に認定することができた。インターネット会社の権利侵害リスク及び運用コストを軽減するため、立法者は、プラットフォーム又はストレージスペースの侵害行為に対する当該企業の一般的な審査義務を免除する一方、当該企業がそのユーザーの著作権を知らず又は合理的な理由により知り得なかった場合には責任を免除することを規定し、例えば言うならば、当該会社をセーフハーバーに入れることである。「通知－削除」規定及び「レッドフラグ」は、セーフハーバー規則の附帯する実施規定である。

現在、ネットワーク空間は無限に拡大し、プラットフォーム経済は著しく発展し、人々の生活は益々ネットワーク化され、電子商取引は人々の日常消費に浸透していった。電子商取引プラットフォーム運営者及びインターネット会社は至る所で花を咲かせ、もはやかつての法律が特別に注視していた市場主体ではなくなっている。その提供するサービスは、すでにこれまでの中立的なツールとしての立場を超越し、プラットフォーム上で生じた取引ひいては権利侵害を傍観することができなくなり、監督、審査及び管理の義務及び権限を負う。電子商取引プラットフォーム内の経営者の商標権侵害を認定することは必ずしも容易でなく、「レッドフラグ基準」を効果的に適用することは困難であり、「通知－削除」規定もコントロールが効かなくなっている。商標権侵害における電子商取引プラットフォームの責任に「セーフハーバー」ルールを適用し続けることは、様々な問題を引き起こすだけである。したがって、「セーフハーバー」ルールを改正して超越し、伝統的な民法上の過失責任原則に回帰することが商標権侵害における電子商取引プラットフォーム運営者の責任問題を解決するための正しい選択である。

3. 商標権侵害における電子商取引プラットフォーム運営者の過失責任原則

特に強調したいことは、「セーフハーバー」ルールは伝統的な民法の過失責任原則から乖離しているのではなく、立法者がネットワークサービスプロバイダのために免責の道しるべを提供するという価値観を反映しているにすぎない。実際、ネットワークサービスプロバイダが「セーフハーバー」に入れなければ責任が免除されないため、権利侵害の幫助責任を負わせる根拠は、依然としてネットワークサービスプロバイダがユーザーの権利侵害行為の発生について過失が存在すること、すなわち権利侵害の事実を「知り又は知り得た」ということである。過失責任原則の回帰とは、「セーフハーバー」ルールを全否定することではない⁶⁰。実際、中国民法典及び電子商取引法に規定されている「通知－削除」規定は、改正を経ることで電子商取引プラットフォーム運営者の過失認定において補助的な役割を果たすことができる。以下において、民法典、電子商取引法並びに商標法及びその実施条例の関連条文に基づき、さらに分析する。

⁶⁰ 薛軍「民法典のインターネット権利侵害条項についての研究 法解釈論の枠組みの再構築を中心に」比較法研究 2020 年第 4 期。

(1) 商標権侵害における電子商取引プラットフォーム運営者の過失責任原則の法的根拠

まず、民法典 1165 条 1 項に規定された過失責任原則は、法律に過失推定責任又は無過失責任を採用する旨の特段の規定がある場合を除き、すべての権利侵害行為の類型に適用される一般条項である⁶¹。電子商取引プラットフォーム内で生じた商標権侵害は、法律が特別に規定する権利侵害の類型ではないことから、当然に過失責任原則を適用する。次に、民法典 1169 条は、他人に対し権利侵害行為を実施するよう教唆し、又はこれを幫助した場合には、行為者と連帯責任を負わなければならないと規定している。権利侵害の幫助について言えば、成立の前提条件が二つある。一つ目は、事実上、行為者は他人の権利侵害行為のために幫助を提供しなければならないこと、二つ目は、幫助者が他人が実施した行為の性質上、権利侵害に該当することについて、主観的に認識していなければならないことである⁶²。民法典 1197 条及び電子商取引法 45 条は、それぞれ一般のネットワークサービスプロバイダ及び電子商取引プラットフォーム運営者の権利侵害行為の幫助について主観的な認識要件である「知り又は知り得た」を明確に規定し⁶³、つまり、過失が存在するか否かである。最後に、商標法 57 条 1 項 6 号は、「他人の登録商標専用権を侵害する行為に対し、故意に便宜を図り、他人による登録商標専用権の侵害行為の実施を幫助する行為が登録商標専用権の侵害に該当する」と規定している。商標法实施条例の 75 条によれば、他人の商標専用権侵害のためにインターネット商品取引プラットフォーム等を提供することは、便宜の提供に該当する。上記の条文は、電子商取引プラットフォーム運営者がプラットフォーム内経営者の商標権侵害行為について権利侵害幫助責任を負う場合の規定である。責任の要件は、過失、すなわち「故意」とされる。「故意」と「知り又は知り得た」との関係について、掘り下げて検討するに値するが、本稿では論じないものとする。

さらに言うと、民法典 1197 条がネットワークサービスプロバイダの権利侵害の幫助責任を規定したコア条項、一般条項、基本的条項とされているのと同じように、電子商取引法 45 条もその起草者らにより、電子商取引プラットフォームの仲介責任を調整するための基本的条項であると解釈された。うち、「過失はプラットフォームの仲介責任のコア内容であり、責任体制のストッパーである」⁶⁴。ここでいう「仲介責任」は、民法典及び商標法に規定された権利侵害の幫助責任である。プラットフォーム運営者の過失について、起草者は三つの状況に分けている。一つ目は、プラットフォーム運営者に意思があり、明らかに知りながら行った場合、すなわち、プラットフォーム内経営者の権利侵害行為を「知りながら」、必要な措置を講じない場合である。二つ目は、プラットフォーム内の経営者に権利侵害行為が存在することが明らかであり、プラットフォーム運営者は注意すれば発見できたにもかかわらず、見て見ぬふり、

⁶¹ 薛軍「民法典のインターネット権利侵害条項についての研究 法解釈論の枠組みの再構築を中心に」比較法研究 2020 年第 4 期。民法典 1165 条 1 項は、「行為者が故意又は過失により他人の民事權益を侵害し、損害をもたらした場合には、権利侵害責任を負わなければならない。」と規定している。

⁶² 薛軍「民法典のインターネット権利侵害条項についての研究 法解釈論の枠組みの再構築を中心に」比較法研究 2020 年第 4 期。民法典 1165 条 1 項は、「行為者が故意又は過失により他人の民事權益を侵害し、損害をもたらした場合には、権利侵害責任を負わなければならない。」と規定している。

⁶³ 民法典 1197 条は、「ネットワークサービスプロバイダは、インターネットユーザーがそのネットワークサービスを利用して他人の民事權益を侵害していることを知り、又は知り得た場合において、必要な措置を講じなかったときは、当該インターネットユーザーと連帯責任を負う。」と規定している。また、電子商取引法 45 条は、「電子商取引プラットフォーム経営者は、プラットフォーム内経営者が知的財産権を侵害していることを知り、又は知り得た場合には、リンクの削除、ブロック又は切断、取引及びサービスの終了等の必要な措置を講じなければならない。必要な措置を講じなかった場合には、権利侵害者と連帯責任を負う。」と規定している。

⁶⁴ 電子商取引法の起草チーム『中華人民共和国電子商取引法釈義』134 頁（法律出版社、2018）。

聞いて聞かぬふりをし、必要な措置を講じずに制止しなかった場合である。三つ目は、プラットフォーム内経営者の商標権侵害行為が発見されにくい、プラットフォーム運営者が権利侵害行為の存在を認識するに足る通知を商標権者から受領したにもかかわらず、必要な措置を講じなかった場合である⁶⁵。

以上からわかるように、三つ目の過失は、電子商取引法 42 条の「通知－削除」規定に関わっている。したがって、商標権侵害に照らしてさらに説明する必要がある。特定の商標権者は、その商標専用権が侵害を受けたことを認識し、かつ、かかる商標権侵害行為が最終的には法院に認定された場合を仮定する。なぜなら、通報されたプラットフォーム内経営者の商標権侵害の行為が成立しないと、プラットフォーム運営者は責任を負う必要がなく、当然に過失も存在しないため、検討する必要がなくなるからである。前述の話題に戻ると、商標権者がプラットフォーム運営者に発した通知により、プラットフォーム運営者が商標権侵害行為の存在を十分に知り又は知り得たにもかかわらず、必要な措置を講じない場合には、プラットフォーム運営者は、過失及び実際の幫助行為（インターネット取引プラットフォームの提供）に基づき、プラットフォーム内経営者とともに商標権者に対し連帯責任を負う。これについて、プラットフォームの過失認定における「通知－削除」規定の果たす役割に対する起草者らの認識は正しい。

起草者らは 45 条と 42 条ないし 44 条との関係についても議論し、起草者らは後者によって構築された「通知－削除」規定がネットワークサービスプロバイダの「セーフハーバー」ルールに由来することを認めたが、両者を単純に同一視していないことに注目する価値がある。プラットフォーム運営者の権利侵害責任制度である 45 条と、知的財産権の取締措置として設けられた 42 条ないし 44 条は、それぞれの該当要件及び適用基準を備えた二つの並行法制度である。過失はプラットフォーム運営者の権利侵害責任のコア要素であり、取締措置には独自のロジック構造及び手続きがある。両者を比較すると、プラットフォーム運営者の権利侵害責任制度はより基本的であり、知的財産取締措置の外的圧力及び法的制限である。両制度には微妙な共存と交差関係があるが、相互に取って代わったり、混同したりすることができない。両者の関係を明確にすることは、電子商取引法を正確に適用するためにも重要な意義を有している⁶⁶。上記の検討は、適当であることは疑いようもない。それにもかかわらず、起草者らの立法趣旨は法律の利用者に正しく理解されていないようであり、最終的には、起草者らが本来想定していなかった、全てを受け入れるという「セーフハーバー」ルールの適用ジレンマを引き起こした。もちろん、取締措置の立法設計について、そのロジック構造及び制度自体に問題がないわけではなく、これについては第二部分においてすでに検討しているため、これ以上は論じない。

（2）電子商取引プラットフォームの過失認定における「通知－削除」規定の役割

プラットフォームの知的財産権取締措置として、「通知－削除」規定は、主にプラットフォーム運営者の過失認定に用いられるが、過失の認定はプラットフォーム内経営者の商標権侵害行為の成立を前提としている。しかし、「通知－削除」規定の副作用は、非常に明確である。つまり、プラットフォーム運営者が「ゼロ」権利侵害のリスクを追及し、権利侵害通知を受領すれば、これにより権利侵害の成否を認識及び判断できるか否かにかかわらず、安易に極端な措置を講じて責任の免除又は責任の不存在を求める

⁶⁵ 電子商取引法の起草チーム『中華人民共和国電子商取引法釈義』135-136 頁（法律出版社、2018）参照。起草者らの解釈は、知的財産権侵害に関するものであったが、著者は本稿のテーマに照らし、調整を行った。

⁶⁶ 電子商取引法の起草チーム『中華人民共和国電子商取引法釈義』128、137-138 頁（法律出版社、2018）。

ならば、誤った判断や誤った削除をもたらすことになる。すなわち、「通知—削除」規定の設計上、プラットフォーム運営者に通知が誤りであるか否か、又は必要な措置を講じるべきか否かを自己の裁量において判断する余地を十分に残さなければならない。しかし、現行法令の規定によれば、プラットフォーム運営者は、このような自由を持ち合わせていない。これについては、すでに第二部分で論じたとおりである。

「通知—削除」規定がプラットフォーム運営者の過失認定においてどのような役割を果たすべきかについて、起草者らの分析は参考に値する。プラットフォーム内経営者の商標権侵害行為が成立することを前提として、プラットフォーム運営者の過失及び法により負うべき責任には、次に掲げるパターンが存在する。

一つ目は、プラットフォーム運営者がプラットフォーム内の権利侵害行為を知らず又は知り得なかったが、商標権者からプラットフォーム運営者が十分に権利侵害行為の存在を知り又は知り得るような通知を受領したにもかかわらず、必要な措置を講じなかった場合には、この後に生じた損害について、権利侵害者と連帯責任を負う。

二つ目は、プラットフォーム運営者がプラットフォーム内の権利侵害行為を知り又は知り得たにもかかわらず、必要な措置を講じなかった場合には、知り又は知り得た時より生じた損害について、権利侵害者と連帯責任を負う。

三つ目は、プラットフォーム運営者がプラットフォーム内の権利侵害行為を知り又は知り得たにもかかわらず、必要な措置を講じなかったが、商標権者の通知を受領した後に速やかに必要な措置を講じた場合には、権利侵害行為を知り又は知り得た時から必要な措置を講じるまでの間に生じた損害について、権利侵害者と連帯責任を負う。

四つ目は、プラットフォーム運営者がプラットフォーム内の権利侵害行為を知り又は知り得たにもかかわらず、必要な措置を講じず、商標権者の通知を受領した後になお必要な措置を講じなかった場合には、権利侵害行為を知り又は知り得た時より生じた損害について、権利侵害者と連帯責任を負う。

「通知」は、一つ目の過失認定においてのみ重要な役割を発揮している。さらに検討すべきパターンとして、プラットフォーム運営者がプラットフォーム内の権利侵害行為を知らず又は知り得なかった場合において、商標権者の通知がプラットフォーム運営者の権利侵害の成否判断において足りず、又は成立する可能性が極めて低いときは、プラットフォーム運営者が必要な措置を講じることを拒絶したとしても、過失がなく、責任を負う必要がない。そこで、プラットフォーム運営者が権利侵害の存在を知り又は知り得るという条件を充足するための権利侵害通知の基準が問題になるが、司法解釈及び指導判例は、これに関する専門規定を設け、又はこれに特化して分析している。実際、適格通知の定義の如何にかかわらず、すべては形式的な基準である。実質的基準は、案件ごとに認定するしかなく、実質的基準の客観性を追求するならば、いかなる理性的なプラットフォーム運営者も個別の事案において商標権侵害の成立、又は少なくとも成立する可能性が極めて低いことを認識するに足る場合に限り、権利侵害通知が適格であると認定することができると規定するしかない。

残念ながら、現行「通知—削除」規定は本来想定されていたプラットフォーム取締の機能を超え、プラットフォーム運営者に対し、形式的な通知を受領すれば必要な措置を「講じなければならない」と誤って要求し、さもなければ、電子商取引法 84 条の処罰を受けるおそれがあることになっている。これは、悪意の通報を急増させ、最終的には、いわゆる「反対行為保全制度」を生み出すことと同時に、プラットフォーム知的財産権の取締り及びプラットフォーム運営者の過失認定において、「通知—削除」規定の果た

すべき役割を大幅に弱めたといえる。

結論

現在の法律条件及び技術的条件において、DMCAの「セーフハーバー」ルールが想定していた場面は、電子商取引にはもう存在しない。まず、電子商取引プラットフォームは一般的な審査義務を免除されないだけでなく、法により審査の職責及び義務も負い、スマート技術はプラットフォームの商標権侵害に係るフィルタリング及び防止能力を大いに向上させた。次に、プラットフォームの審査及びフィルタリングをパスすれば、プラットフォーム内経営者の取引活動に商標権侵害の疑いがあるとしても、実際の事実又は商標所有者の権利侵害通知により示された初歩的な証拠の如何を問わず、いわゆる「レッドフラグ」基準を満たすことが難しく、これにより、「知り得た一削除」と「通知一削除」規定を効果的に適用することが困難になる。したがって、プラットフォーム運営者がプラットフォーム内経営者の商標権侵害に対して権利侵害幫助責任を負うべきか否かについて、その認定は、伝統的な大陸法系の不法行為法における過失責任原則に回帰する必要がある。言い換えれば、プラットフォーム運営者がプラットフォーム内経営者の他人の商標権侵害を知り又は知り得たにもかかわらず、必要な措置を講じず、当該プラットフォーム内経営者のためにプラットフォームサービスを提供し続けた事を証明した場合に限り、プラットフォーム上経営者に対し、その商標権侵害を知り又は知り得た日より起算した商標権侵害の持続期間中に生じた損害について、プラットフォーム内経営者と連帯賠償責任を負うよう法により判決を下すことができる。

電子商取引プラットフォームの取締り及び法律適用について、電子商取引法に規定されている「通知、必要な措置、通知の転送、権利侵害の不存在に係る声明、及びプラットフォームサービスの再開」等の操作は、電子商取引プラットフォーム運営者の過失の有無を判断するための要素とすることができる。このように、プラットフォーム運営者が権利侵害通知を受領した後に必要な措置を講じるか否か、権利侵害の不存在に係る声明を受領した後にサービスを再開するか否かについては、完全にプラットフォーム取引規定及びそのプラットフォーム内経営者と締結したサービス契約に基づき、自己の裁量により決定することができる。言い換えれば、プラットフォーム運営者が必要な措置を講じるか否かに関わらず、それ自体は独立した法的責任を生じさせないということである。プラットフォーム運営者が最終的に権利侵害幫助責任を負うべきか否かについては、プラットフォーム内経営者が他人の商標権を侵害したか否か、プラットフォーム運営者に過失があるか否かに依拠するしかない。もちろん、このような責任制度は、決してプラットフォーム運営者を放任しているわけではない。プラットフォーム運営者が自己判断及び裁量においてしばしば間違える場合には、一方では侵害に対する賠償責任を負い、他方ではプラットフォームの評判を自ら傷つける可能性がある。プラットフォームは、賠償責任及び信用毀損を回避する観点から、必然的に法律及び判例上の要求に応じてその注意の程度及び裁量基準を調整し、これをもってプラットフォーム上の取引秩序を最大限に維持し、商標権者、プラットフォーム内経営者及び消費者・ユーザーを含む利害関係者の共存・互恵を確保する。

Ⅲ. 中国ネットワークサービスプロバイダの商標権間接侵害の責任について

—「通知－削除」規定の適用範囲の縮小に伴う制度改革の転機

CNIPA 知識産権発展研究センター 顧 昕 副研究員

1. 問題の所在

近年、中国のインターネット産業は、急速に発展した。中国インターネット情報センター(CNNIC)が2020年9月に北京で発表した第46回「中国インターネット発展状況統計報告」によれば、2020年6月現在、中国のインターネットユーザーは9.40億人に上り、インターネットの普及率は67.0%に達している¹。インターネットユーザー数は、全世界²の五分之一を占め、この膨大なインターネットユーザーはインターネット消費の礎となっている。中国は、2013年から7年連続で世界最大のインターネット小売市場となっている。2020年6月現在、中国のネットショッピングユーザーは7.49億人に上り、2020年3月より5.5%増加し、インターネットユーザー全体に占める割合は79.7%にまで上昇した³。電子商取引が急速に発展するにつれ、電子商取引プラットフォーム、プラットフォーム内のショップ及びオンラインユーザー間の法的紛争が法院で争われることが多くなり、一部の事件がマスコミの報道により広く注目されるようになった。

中国における電子商取引プラットフォームの商標権間接侵害の責任に関する法律、司法解釈及び政策文書は複雑に絡み合い、関連する紛争の件数も非常に多いが、著作権に比べて、インターネット分野の商標権間接侵害責任に関する研究論文が少ないため、本稿では、インターネット商標権間接侵害の責任について類型別に分析し、関連する裁判例の整理を通じて、中国の法律制度上の電子商取引プラットフォームがインターネット分野で負うべき商標権間接侵害の民事責任を明らかにすることを試みる。関連する規定を整理し、本稿は、知的財産権情報のビッグデータの構築、事前審査と技術進歩との対比等の要素が同時に作用する状況において、現在、「通知－削除」規定の適用の余地が縮小する傾向にあることを指摘する。このような情勢において、中国の現行のインターネット商標権間接侵害に係る「二元論」判断の適用効果を再考する必要があることを提示し、最終的にはこれに関する改善意見を示す。

2. 概論

インターネット商標権間接侵害に係る民事規定を分析する前に、まずは、中国のインターネット電子商取引分野における商標権侵害について紹介する。以下において、関連法令、「多元の共同取締り」の取締理念、電子商取引プラットフォームの係争状況の三つの観点から紹介する。

* 課題研究において、日中共同研究プロジェクトの両国の学者や実務家の先生方から多くの貴重なアドバイスを賜り、大変参考になり、心より感謝申し上げます。

¹ CNNIC「中国インターネット発展状況統計報告」、URL：http://www.gov.cn/xinwen/2020-09/29/content_5548176.htm 最終アクセス日：2020年12月1日。

² 環球サイト「最新全盛会インターネットユーザー数の公表：中国の増加規模は第二位」
URL：https://www.sohu.com/a/292651212_162522 最終アクセス日：2020年12月1日。

³ 「第46回中国インターネット発展状況統計報告、中国のインターネットユーザーは9.40億人に達し、インターネットの普及率は67.0%に達した。」インターネット伝達2020年第10期。

(1) 関連法令

初期のネットワークサービスプロバイダに関する法律制度は主に著作権分野に集中し、中国は 2006 年にアメリカデジタルミレニアム著作法(英文全称: Digital Millennium Copyright Act、以下「DMCA」という。)規定を参考にして「情報ネットワーク伝達権保護条例」を制定し、ネットワークサービスプロバイダの著作権侵害責任について規定したが、その上位法の理論に至っては当時の民法通則における共同不法行為の規定に依拠している。

2009 年に制定された権利侵害責任法 36 条の責任主体に関する特別規定⁴は、ネットワークサービスプロバイダの責任を規範化することを主な目的とし、著作権分野に限らず、適用範囲は商標権を含むあらゆる民事権益に対する侵害に拡大された。特別法の観点から見ると、商標法 57 条⁵、商標法実施規則 75 条⁶等においても、インターネット商品取引プラットフォームが権利侵害の幫助を構成し得る旨の規定を設けた。

2019 年に施行された電子商取引法は、権利侵害責任法の規制体制を踏襲し、これを基礎としてさらに全面的かつ具体的な保護規定を規定した。2021 年 1 月 1 日に施行された民法典 1194 条ないし 1197 条も権利侵害責任法の規定を援用し、権利侵害に係る個別主体の章節において、ネットワークサービスプロバイダに特化して関連の規定を設けた。

司法解釈において、2020 年 9 月、最高人民法院は「電子商取引プラットフォームの知的財産権民事事件に関わる審理に関する指導意見」の通知を発行⁷し、また、同月に「インターネット知的財産権侵害紛争に関わるいくつかの法律適用問題に関する回答」⁸を公布した。

2020 年 11 月、国家知識産権局及び市場監督管理総局が主導して複数の部門と共同で「電子商取引プラットフォーム知的財産権保護管理」という国家基準⁹を制定し、当該基準は 2020 年 11 月 19 日に承認、公表され、2021 年 6 月 1 日より施行される。当該国家基準は、電子商取引法の枠組み内で研究し形成された推奨される国家基準である。当該国家基準は、中国の電子商取引分野の発展状況を踏まえており、電子商取引プラットフォームの知的財産権保護の経験を参考にしている。当該国家基準は、範囲、規範性文書、用語及び定義、電子商取引プラットフォームの管理、電子商取引インターネット情報プラットフォームの要件、知的財産権管理、一致性測定等の七項目の内容について、明確な条件を提示した。

⁴ 権利侵害責任法 36 条 インターネットユーザー、ネットワークサービスプロバイダがネットワークを利用して他人の民事権益を侵害した場合には、権利侵害責任を負わなければならない。

² インターネットユーザーがインターネットサービスを利用して権利侵害行為を行った場合には、被権利侵害者は、ネットワークサービスプロバイダに対し、削除、ブロック、リンクの切断等必要な措置を講じるよう通知する権利を有する。ネットワークサービスプロバイダは通知を受領した後、速やかに必要な措置を講じなかった場合には、損害の拡大部分についてインターネットユーザーと連帯責任を負う。

³ ネットワークサービスプロバイダはインターネットユーザーが当該インターネットサービスを利用して他人の民事権益を侵害していることを知りながら必要な措置を講じなかった場合には、当該インターネットユーザーと連帯責任を負う。

⁵ 商標法 57 条 次の各号に掲げる行為のいずれかに該当するときは、登録商標専用権の侵害となる。

(6) 他人の登録商標専用権を侵害する行為に対して、故意に便宜を提供し、他人による登録商標専用権侵害行為の実施を幫助すること。

⁶ 商標法実施条例 75 条 他人の商標専用権を侵害するために倉庫保存、輸送、郵送、印刷、隠匿、経営場所、インターネット商品取引プラットフォーム等を提供することは、商標法 57 条 6 号にいう「便宜の提供」に該当する。

⁷ 法発〔2020〕32 号。

⁸ 法釈〔2020〕9 号。

⁹ GB/T 39550-2020。

(2) 「多元の共同取締り」の取締理念

2019 年、国家知識産権局知識産権発展研究センターが発表した「中国電子商取引知的財産権発展研究報告(2019)」¹⁰は、初めて「技術による権限付与+多元の共同取締り」の偽物取締体制を中国の経験、中国モデルとして社会全体に広めた。いわゆる「多元の共同取締り」とは、益々多くの法執行機関、権利者、消費者等が偽物に対する社会的共同取締りに関与し、消費者及び権利者だけでなく、各地の法執行機関も模倣品製造販売組織のアジトを撲滅するためにデジタル技術の力を借りることを指す。

実務上、多くの主体が民事、行政及び刑事の三つの手段を併用する形でインターネット上の模倣品販売行為を取り締まることを望んでいる。うち、特に注目されているのは刑事手段であり、「2019 年アリババ知的財産権保護年度報告」¹¹の統計によれば、アリババは、2019 年に全国 31 の省の 439 の区や県の警察機関による模倣品のオフライン取締りに協力し、関与した法執行機関の数が前年よりも 93%増えた。1 年間で 5 万人民元を刑事罰の起点とする模倣品に関する手がかりを計 1045 件提供し、被疑者 4125 名の逮捕に協力し、被害総額は 84 億人民元になる。もちろん、刑事手段は主に模倣品の製造販売に係る直接侵害者を対象としており、ネットワークサービスプロバイダについては民事責任が多い。

しかし、これは、ネットワークサービスプロバイダに刑事責任リスクがないことを示しているわけではない。中国の刑法は、インターネットの情報管理の観点から、ネットワークサービスプロバイダに対し条件を設け、新しい罪名を新設した。2015 年、「中華人民共和国刑法修正案(九)」は、286 条の 1 において情報インターネット安全管理義務履行拒否罪を新設した。ネットワークサービスプロバイダが法令に規定された情報インターネット安全管理義務を履行せず、監督管理部門が是正措置を講じるよう命じたにもかかわらず、是正を拒否し、深刻な法定結果をもたらした場合には、犯罪を構成する¹²。司法の実践において、①ネットワークサービスプロバイダがウェブサイト上で違法なソフトウェアを直接販売し、注意を受けても是正しなかったとき¹³、②ネットワークサービスプロバイダの管理するシステムに偽造作品が大量に存在し、注意を受けても是正しなかったとき¹⁴、又は③ネットワークサービスプロバイダの管理するシステムに国家の名誉及び利益を損ない、又は他人を侮辱・誹謗し、他人の適法な権益を侵害する違法な情報が含まれ、注意を受けても是正しなかったとき¹⁵など、より重い処罰の犯罪を構成する可能性があれば、情報インターネット安全管理義務履行拒否罪を構成する可能性もある。

¹⁰ 知識産権発展研究センター電子商取引知的財産権発展研究報告課題チーム「全文『中国電子商取引知的財産権発展研究報告(2019)』完全版」 URL : <https://mp.weixin.qq.com/s/ICQkKZhcFEwiXpl45Brx0g> 最終アクセス日 : 2021 年 1 月 10 日。

¹¹ 「2019 年アリババ知的財産権保護年度報告」

URL : <https://ipp.alibabagroup.com/infoContent.htm?skyWindowUrl=AACA-mediaCenter-right/cn> 最終アクセス日 : 2021 年 1 月 10 日。

¹² ネットワークサービスプロバイダは、法律及び行政法規に違反し、個人情報に関するインターネット安全義務を履行せず、監督管理部門からは是正措置を通知されたにもかかわらず、これを拒否し、次に掲げる事由のいずれかに該当する場合には、3 年以下の有期徒刑、禁固又は管制に処し、かつ、罰金を併科し又は単科する。

(1) 違法な情報を大量に拡散したとき

(2) インターネットユーザーの情報を漏洩し、重大な結果をもたらしたとき

(3) 刑事事件の証拠が滅失し、情状が深刻なとき

(4) その他の深刻な情状があるとき

3 前二項の行為を行い、その他の犯罪を同時に構成する場合には、処罰が重い規定により罪を認定し、処罰する。

¹³ 上海市浦东新区人民法院(2018)滬 0115 刑初 2974 号刑事判決、湖北省荆州市荆州区人民法院(2018)鄂 1003 刑初 150 号判決。

¹⁴ 北京市海淀区人民法院(2015)海刑初字第 512 号、北京市第一中级人民法院(2016)京 01 刑終 592 号。

¹⁵ 四川省瀘州市中级人民法院(2019)川 05 刑終 41 号。

(3) 電子商取引プラットフォームの知的財産権の係争状況

北京の反権利侵害模倣品聯盟及び浙江省知識産権研究サービスセンターが共同で編著した「中国電子商取引プラットフォーム反権利侵害模倣品の動向報告」¹⁶は、中国の電子商取引プラットフォームの知的財産権の係争状況を一部分析し、次の結論に至った。

①地域分布から見ると、現在、電子商取引プラットフォームの知的財産権の訴訟事件は、主に浙江省(22.22%)、広東省(20.41%)、北京市(17.57%)、上海市(15.33%)等の地域に集中している。

②事件の性質から見ると、現在、電子商取引プラットフォームに関わる知的財産権の民事訴訟事件は93.93%以上を占め、その次が行政、刑事の順であるが、件数と割合は少ない。

③事件の訴額から見ると、訴額が50万人民元(800万円相当)以下の事件件数が最も多く、事件全体の約75%を占め、100万人民元～500万人民元の事件が12%を占め、50万人民元～100万人民元の事件が9%を占めている。

④法院の審理件数は、北京知識産権法院、浙江省杭州市中級人民法院、上海市徐匯区人民法院、広東省高級人民法院、杭州市余杭区人民法院の順に多い。

⑤電子商取引プラットフォームの係争事件の当事者として、大企業が占める割合が高い。うち、アリババグループが24.6%を占め、Pinduoduoが9.87%を占め、京東が7.49%を占め、この3社はいずれも国民によく知られている有名な電子商取引業者である。その他の個人や企業は、58%を占めている。

以上が全国の電子商取引プラットフォームの知的財産権に関わる訴訟事件の統計状況である。代表的なネットワークサービスプロバイダの一つであるアリババの所在地、浙江省の裁判所が2014年から2018年までの間に結審した電子商取引プラットフォームに関する訴訟事件を例に分析すると、次の結論を導き出すことができる¹⁷。

①商標権事件が占める割合が最も高い。2014年～2018年に終了した12731件の事件のうち、商標権事件が4740件で全体の37.23%を占め、権利侵害形態の多くがプラットフォームでの模倣品販売、又はウェブサイトにおける他人の登録商標の使用である。そのほか、著作権事件が36.74%を占め、特許権事件が24.42%、不正競争関連の事件が0.60%を占めている。

②ほとんどの事件において、電子商取引プラットフォームを共同権利侵害の被告としている。ほぼすべての権利者はプラットフォームが権利侵害の幫助を構成することを理由に共同被告として訴えを提起し、プラットフォームを直接侵害者として訴えを提起している事件も僅かに存在する。

③しかし、電子商取引プラットフォームが法院に連帯責任を命じられた事件は少ない。権利者がプラットフォームを訴える目的は、往々にしてプラットフォームに対し権利侵害を制止することを促し、又はプラットフォームを管轄の連結点とすることである。多くの権利者は、権利侵害リンクが削除されたことを確認した後、プラットフォームに対する訴えを取り下げ、又はプラットフォームに対する訴訟請求を放棄する。

④電子商取引プラットフォームに対し、権利侵害の停止に係る責任及び損害賠償責任を命じた判決の割合は非常に低い。2018年浙江省の法院が審理した1443件のプラットフォームに関する知的財産権民

¹⁶ 北京反権利侵害模倣品聯盟＝浙江省知識産権研究サービスセンター「中国電子商取引プラットフォーム反権利侵害模倣品の動向報告」 URL: <http://caasa.org.cn/article/1734.html> 最終アクセス日: 2021年1月10日。

¹⁷ データ出典: 浙江省高級人民法院聯合課題チーム「電子商取引分野の知的財産権の法的責任に関する調査研究報告」人民司法(応用)2020年第7期。

事事件(一審)のうち、電子商取引プラットフォームに対し、権利侵害の停止に係る責任を命じた判決は62件であり、事件全体の約4.3%を占め、賠償責任を命じた判決は1件のみであった。2014年～2018年の浙江省のプラットフォームに関するすべての知的財産権民事事件を見ても、電子商取引プラットフォームに対し賠償責任を命じた判決は4件しかない。

⑤悪意通報が深刻な状況にある。

アリババプラットフォーム管理部門は、2017年に公表したデータにおいて、悪意通報の総件数がすでに知的財産権通報全体の24%にも達していると述べた¹⁸。主な原因として、①情報ネットワーク伝達権に比べ、商標権侵害の判断は専門性が高く、通知の正誤が判断しにくいこと、②商品ランキングの争いが激しく、一部の行為者が「通知－削除」規定を濫用し、不正に競争し、又はルートをコントロールしていること、③電子商取引法に定める異議申し立ての15日のクーリングオフ期間は特に「双11[シングルデー]」等の大型イベントの前において、被通知者の利益に大きな影響を及ぼすことを挙げている。

3. 中国のネットワークサービスプロバイダの商標権間接侵害の民事責任

電子商取引プラットフォーム(ネットワークサービスプロバイダ)が自己のサービスにおいて、他人の登録商標を直接使用する行為は、商標権の直接侵害を構成する。

これ以外に、電子商取引プラットフォームによるインターネット上の商標権間接侵害には、二種類(二元論)が存在し、一つは、電子商取引プラットフォームがプラットフォーム内経営者の知的財産権侵害を「知り又は知り得た」にもかかわらず、必要な措置を講じなかった場合に権利侵害者と連帯責任を負うことである¹⁹。もう一つは、電子商取引プラットフォームが「通知－削除」規定を適用するか否かを判断することにより、権利侵害に該当し、損害賠償責任を負うか否かを判断することである。以下において、まずは一つ目のパターンを分析する。

(1) 商標権侵害行為の存在を「知り又は知り得た」の事件類型

どんな場合に電子商取引プラットフォームの行為が商標権侵害行為の存在を「知り又は知り得た」のパターンに該当するか。司法判例において、以下の典型類型が存在する。

(i) 電子商取引プラットフォームが「直接侵害者に関する情報を提供することができない」場合には、権利侵害責任を負う。

福州市の裁判所が2014年に下した判決²⁰において、原告「参考消息」は大衆向けに時事政治ニュース・経済情報を提供する中国の有名な時事政治系の新聞であり、被告は自らが経営するウェブサイト上で「参考消息」のモバイルアプリのダウンロードサービス及び関連する時事ニュース・財經情報の閲覧サービスを提供していた。法院は、被告がソフトウェアのダウンロードサービス及び関連情報の閲覧サービ

¹⁸ 李万祥「全国初のインターネット権利保護システムを利用した恐喝事件が判決」

URL: <http://ip.people.com.cn/n1/2017/0620/c136655-29350408.html> 最終アクセス日: 2021年1月10日。

¹⁹ 電子商取引法45条及び権利侵害責任法36条3項。

²⁰ 参考消息新聞社と福建博瑞網絡科技有限公司との間の商標権侵害紛争事件、福州市中級人民法院榕民初字第1222号民事判決。

スを提供することはすでに広い知名度を有する係争登録商標「参考消息」を商標的に使用し、これにより関連公衆が当該ソフトウェアサービス及び情報閲覧サービスが原告のものであり、又は原告と何らかの関係を有すると誤認しやすいと認定した。また、被告電子商取引プラットフォームが係争「参考消息」モバイルアプリは第三者がアップロードしたものであると主張したが、被告は本件訴訟において第三者のバックグラウンドアップロードに関する証拠を提出することができなければ、アップロード者の登録資料、登録 IP 等の情報を提出することもできなかったため、係争「参考消息」モバイルアプリは第三者がアップロードしたものであると認定することができず、被告は係争ウェブサイトの実質的支配者であり、被告が係争商標を使用して提供したサービスは権利者の登録商標「参考消息」の指定商品と類似することから、被告は権利者の「参考消息」の第 16 類の新聞商品上の商標専用権を侵害したと判断した。

(ii) 一部の特定サービスを提供する電子商取引プラットフォームが事前審査義務を厳格に履行しなかった場合には、権利侵害責任を負う。

①「共同購入業務」を運営する電子商取引プラットフォーム

共同購入業務を運営するネットワークサービスプロバイダが事前審査義務を履行しない場合には、権利侵害責任を負う。北京市高级人民法院が 2012 年に審理した事件²¹において、法院は、共同購入業務を運営するネットワークサービスプロバイダが共同購入情報を公表する前に、被疑侵害品の使用する商標が適法であるか否かを含む被疑侵害品の適法性を審査する義務を負うと認定した。本件において、被告電子商取引プラットフォームは、プラットフォーム内経営者の提出した二通の「証明」を審査しているため、審査義務を尽くしていると主張した。しかし、法院は、プラットフォーム内経営者の提出した二通の「証明」が係争商標の中国本土における商標権帰属を証明することができず、被疑侵害品における係争商標の使用行為が適法に許諾されていることも証明することができないため、二通の「証明」が形式的に被疑侵害品上の商標使用の適法性を明らかに証明することができない以上、被告電子商取引プラットフォームが合理的な審査義務を尽くさずに被疑侵害品の共同購入情報を公表したことには過失が存在し、相応の法的責任を負うべきであると判断した。

②「運営誘致情報」を公表する電子商取引プラットフォーム

企業の誘致情報発表のために有償でネットワークプラットフォームを提供するネットワークプラットフォームは、そのウェブサイト上で登録された企業ユーザー及び発表された情報の内容について、慎重に審査・照合を行わなければならない。北京知識産権法院が 2020 年に判決した事件²²において、法院は、被告が電子商取引プラットフォーム経営者として、企業の誘致情報発表のためにインターネットプラットフォームを提供し、そのウェブサイト上で登録された企業ユーザー及び発表された情報の内容について慎重に審査・照合を行わなければならないと判断した。被告の提出した証拠は直接侵害者の登録、営業情報の発表に対し相応の管理及び審査義務を尽くしていることを証明することができず、権利者である呷哺社の商標及び商号が業界内で高い知名度を有していることに鑑み、被告電子商取引プラットフォームは加盟情報が発表された際に合理的な注意義務を尽くさず、実際には直接侵害者の商標権侵害及

²¹ 北京市高级人民法院 (2012) 高民終字第 3969 号。

²² 深セン市八方通科技開発有限公司等と呷哺呷哺餐飲管理有限公司との間の商標権侵害紛争事件、北京知識産権法院 (2020) 京 73 民終 58 号民事判決。

び不正競争行為のために便宜を提供し、他人の権利侵害行為に対する幫助を構成し、直接侵害者と連帯責任を負わなければならないと判示した。

③「真正なフラッグシップ店」認証サービスを提供する電子商取引プラットフォーム

電子商取引プラットフォームが「真正なフラッグシップ店」、「フラッグシップ店」、「専売店」、「専営店」等の店舗名の形で店舗運営者の資格レベル及び相応の商品品質及び信用等を消費者に示した場合には、高い審査義務を負わなければならない。2017年北京市高級人民法院が判決した事件²³において、法院は「被告京東社は、その京東ショッピングモールにおいて店舗名を「真正なフラッグシップ店」、「フラッグシップ店」、「専売店」、「専営店」等に分類し、店舗名として店舗運営者の資格レベル及び相応の商品品質及び信用を消費者に示し、消費者が認識上の習慣及び生活上の常識により、容易に「真正なフラッグシップ店」をすでに登録商標専用権を取得した商標権者又はその許諾を受けた経営者と対応させる」と認定していた。

本件において、直接侵害者が京東ショッピングモールで「DISCOVERY 探索戸外公式フラッグシップ店」の開設を申請する際に商標の受理通知書しか提出せず、商標はまだ登録されておらず、商標の登録申請はすでに商標の登録商標専用権を取得したこととは同等ではない。法院は、被告京東社が申請中の商標の登録にリスクがあることを知っているはずであり、直接侵害者の「DISCOVERY 探索戸外公式フラッグシップ店」の店舗名と登録申請された商標の標章と全く一致せず、かつ、原告のディスカバリー社の「Discovery」、「探索」等の商標がサイエンス番組やアウトドアスポーツ等の分野で一定の知名度を有している状況において、被告京東社は直接侵害者の開設した「DISCOVERY 探索戸外公式フラッグシップ店」の店舗入居資格を審査する際により厳格な審査義務を負うにもかかわらず、これについて合理的な注意義務を尽くさず、主観的には過失があり、客観的には中山社の権利侵害行為を幫助したため、中山社と連帯責任を負わなければならないと判断した。

(iii) プラットフォーム内に反復して権利侵害行為を行う経営者がいる場合、電子商取引プラットフォームは、審査義務を大幅に高め、確実に効果を有する措置を講じなければならない。

2011年上海市第一人民法院の判決した事件²⁴において、原告は、直接侵害者が被告タオバオサイトを通じて侵害品を販売していることを発見した後、合計7回もタオバオ社に権利侵害通知書を送付したが、タオバオ社は審査を経て直接侵害者の発表した商品情報を全部で7回削除した。

法院は、次のとおり判断した。電子商取引プラットフォームが通知を受領した後に速やかに権利侵害情報を削除することは、当該プラットフォームが賠償責任を免除されるための条件の一つであるが、十分条件ではない。電子商取引プラットフォームが情報を削除した後、インターネットユーザーが依然として当該プラットフォームの提供したインターネットサービスを利用して権利侵害行為を実施し続けた場合には、ネットワークプラットフォームは、さらに必要な措置を講じて侵害の継続を阻止しなければならない。これらの必要な措置には、インターネットユーザーに対する公開警告、信用レベルの引き下げ、商品情報発表の制限ひいては当該インターネットユーザーのアカウントの閉鎖等が含まれる。タ

²³ 中山市探索戸外用品有限公司等と Discovery Communications, Inc. との間の商標権侵害紛争事件、北京市高級人民法院(2017)京民終737号民事判決。

²⁴ 衣念(上海)時裝貿易有限公司と浙江淘宝網絡有限公司等との間の商標権侵害紛争、上海市第一中級人民法院(2011)滬一中民五(知)終字第40号民事判決。

オバオ社は、国内最大のインターネット取引プラットフォームサービスプロバイダとして、インターネットユーザーの規約違反行為を完全に管理する能力を有する。実際、タオバオ社は、一連のインターネットユーザー行為規定を制定して発表し、インターネットユーザーの規約違反行為を処罰することもあった。タオバオ社は、自社の制定した規定に基づいて規約違反行為を厳格に処理していたならば、インターネットユーザーの権利侵害行為をすべて根絶させられなかったとしても、インターネットユーザーの権利侵害の難易度を引き上げ、権利侵害を低減させる目的を達成することができた。本件において、タオバオ社は、原告の通報通知を受領した後、通報の内容を審査・照合し、かつ、直接侵害者の発表した商品情報を削除した。タオバオ社は、その時の有効なユーザー行為管理規定に基づき、原告の通知を受領し、審査・照合した後、直接侵害者に対し商品情報発表の制限、減点、アカウントの凍結等の処罰措置も講じなければならない。しかし、タオバオ社は、商品情報削除を除き、その他の処罰措置を一切講じなかった。7 回も有効な通知が行われている状況において、タオバオ社は直接侵害者が自己のインターネット取引プラットフォームを利用して侵害品を販売していることを知り得たにもかかわらず、これについて必要な措置を講じて権利侵害を制止せず、直接侵害者が制限なく侵害品の情報を発表することができた。

以上に基づき、法院は、被告タオバオ社が特定の権利侵害者に対し措置を講じる条件、能力を備わっているにもかかわらず、直接侵害者が侵害品の情報を複数回も発表している状況において、管理規定を厳格に執行せずになお当該侵害者にインターネットサービスを提供することは直接侵害者が権利侵害行為を実施し続けることを放任し、容認することであり、被告が直接侵害者の侵害品の販売に対して故意に便宜を提供したことであり、権利侵害の幫助を構成し、主観的な過失を有し、連帯賠償責任を負わなければならないと判断した。

類似する事件として浙江湖州市吳興区の法院の 2017 年判決²⁵がある。当該事件において、被告電子商取引プラットフォームは、原告の通報通知を受領した後、通報の内容を審査・照合し、かつ、本件の直接侵害者を含む関連するショップ情報を開示し、直接侵害者の発表した商品情報を削除したが、その他の処罰措置を講じなかった。その後、直接侵害者は、制限を受けることなく、侵害品の情報を発表していた。

法院は、被告が特定の権利侵害者に対し措置を講じる条件、能力が備わっているにもかかわらず、直接侵害者が侵害品情報を発表していること知っている状況において、権利侵害行為の発生を防止できる必要な措置を講じず、権利侵害行為の発生を放任し、主観的には過失があり、客観的には直接侵害者が権利侵害行為を実施することを幫助したため、共同権利侵害を構成し、直接侵害者と連帯責任を負わなければならないと判断した。

(iv) 電子商取引プラットフォームがキーワードをフィルタリングするための技術手段を講じず、通報が成立した後に侵害品を再度掲載した場合には、権利侵害責任を負う。

これは 2020 年 9 月の最高人民法院司法解釈²⁶で明確に設けられた権利侵害類型であり、当該司法解釈 11 条の規定に基づき、電子商取引プラットフォームが「高倣」、「偽貨」等の表記を含む侵害品のリンク、

²⁵ Grand union International Trading Limited と湖州迅焱電子商務有限公司等との間の商標権侵害紛争、湖州吳興区人民法院(2017)浙 0502 民初 1076 号民事判決。

²⁶ 「電子商取引プラットフォームの知的財産権民事事件に関わる審理に関する指導意見」の最高人民法院の発行通知(法発〔2020〕32 号)。

通報の成立後に再掲載された侵害品のリンクをフィルタリング又はブロックするために有効な技術手段を講じなかった場合、人民法院は、当該プラットフォームが権利侵害行為の存在を「知り得た」ので、権利侵害を構成すると認定することができる。

(2) 「通知－削除」規定に違反する事件類型

前述の商標権侵害行為を「知り又は知り得た」という類型を除き、「通知－削除」規定があるため、電子商取引プラットフォームはプラットフォーム内の商標権侵害行為を自発的かつ全面的に審査する義務を負わない。権利者がプラットフォーム内で発生した権利侵害行為を制止したい場合には、「通知－削除」規定を利用して電子商取引プラットフォームに対し権利が侵害されている旨の通知を自発的に送付することにかかっており²⁷、電子商取引プラットフォームが適法に「通知－削除」規定を適用した場合には、権利侵害責任を負わない。司法の実践において、電子商取引プラットフォームがインターネット上の商標権間接侵害の責任を負うべき二つ目のパターンについて、以下において分析する。

(i) 権利者が権利侵害通知を送付しなかった場合、電子商取引プラットフォームは、賠償責任を負わない。

広州知識産権法院の2016年の判決²⁸において、法院は、原告の権利者が起訴前に被告電子商取引プラットフォームである京東全球購社に対し有効な通知を送付したという証拠を提出していないため、起訴前の被告京東全球購社は必要な措置を講じる義務を有さず、また、現行証拠は被告京東全球購社がネットワークサービスプロバイダとして必要な注意義務を講じていないことにより権利侵害幫助行為を構成することを証明するに足りないと判断した。

また、北京知識産権法院の2019年の判決²⁹において、被告電子商取引プラットフォームは、新浪微博(シナウェイボー)の運営者として情報ストレージサービスプロバイダである。被疑直接侵害者のウェイボーは被告新浪微博で登録されているものの、ウェイボーの名称及び内容は被告新浪微博が編集し、選択したものでなく、関連通知を受領していない状況において、被告新浪微博が被疑ウェイボーに権利侵害内容があることを発見しなかったとしても過失がなく、その行為は権利侵害の幫助を構成せず、権利侵害責任を負うべきではない。

(ii) 権利者が送付する「有効」な通知の成立要件

「通知－削除」規定において最も重要な問題は、権利者の送付した通知が合理的かつ「有効」な通知に該当するか否かについての認定である。これは、ネットワークサービスプロバイダが削除、ブロック等の必要な措置を講じる義務を負うか否かに関わるため、これに関する紛争が最も集中している。

①権利侵害リンクを記載されていない通知は不適格とみなされ、電子商取引プラットフォームは責任

²⁷ 関連条文：権利侵害責任法 36 条 2 項、電子商取引法 42 条-44 条。

²⁸ 東莞怡信磁磔有限公司と北京京東叁佰陸拾度电子商务有限公司等との間の実用新案権侵害紛争事件、広州知識産権法院(2016)粵 73 民初 428 号民事判決。

²⁹ 昌樂樂考網絡科技有限公司と北京点趣教育科技有限公司との間の商標権侵害及び不正競争事件、北京知識産権法院(2019)京 73 民終 3842 号民事判決。

を負う必要がない。

吉林省高級人民法院の2012年の判決³⁰において、原告権利者は具体的な権利侵害リンクを確定できたにもかかわらず、代理人弁護士を通じて被告電子商取引プラットフォームのタオバオに弁護士レターを送付する際に具体的な権利侵害リンクを伝えず、その上、被告タオバオ社が二度にわたり「侵害品情報の具体的なURL」を提供するよう要求した状況において、自己が把握している権利侵害リンクを提供しなかった。これにより、法院は、原告が告知義務を履行することを怠った場合において、被告タオバオ社は速やかに必要な措置を講じることができず、原告が主張する損害の拡大部分は自らの過失により生じたものであり、タオバオ社はこれについて連帯責任を負うべきではないと判断した。

②権利者が権利侵害リンクを提供しただけでは足りず、権利侵害の成立を示す初歩的な証拠も提出する必要がある。

2006年広州市の法院の判決³¹において、原告はレターを三回送付し、オンラインショップに侵害品があることを指摘し、かつ、関連情報を削除するよう要求したが、被告タオバオサイトは速やかに削除せず、当該義務に違反すると主張した。法院は、商標権者がショップの権利侵害事実を指摘し、かつ、相応の証拠を提出して証明した場合に限り、電子商取引プラットフォームは関連情報を削除する義務を負うとし、確かに原告はショップの権利侵害を指摘したものの、三回のレターとも権利侵害に関する証拠を提供せず、かつ、被告電子商取引プラットフォームがこれらの証拠を提供するよう要求しても、現時点はまだ提出しないと明確に回答したため、被告はかかる状況において指定される情報を削除しなかったことは事後の是正義務に違反せず、権利侵害を構成しないと判断した。

また、2017年済南市中級人民法院の判決³²において、原告は被告タオバオ社に対して行った9回の通報及び送付した弁護士レターにおいて、被疑権利侵害のショップのリンクしか提供せず、権利侵害の成立を示す初歩的な証拠を提供しなかった。これについて法院は、次のとおり判断した。原告が理由としている販売ルートの踰越は関連商品が侵害品であることを証明することができず、関連するショップが商標権を侵害している旨の主張理由は不十分である。被告タオバオ社に関連リンクを削除し、商品を撤去するよう要求することは、経営者から違約責任又は権利侵害責任を不必要に追及されるリスクを被告に負わせるものである。タオバオ社が原告に対し商標権侵害の具体的な理由及び根拠を提供するよう要求した後も、原告は、関連の証拠を提出していないため、タオバオ社に送付した通報材料及び弁護士レターは初歩的な権利侵害証拠による裏付けに欠き、有効な通知に該当しない。原告が送付した通知に瑕疵がある状況において、タオバオ社に対し技術的措置を講じるよう要求することは、事実上及び法的な根拠を欠き、これを支持しない。

③司法解釈に定められた適格通知の要件

何をもって「適格かつ有効な通知」とするかについて、最高人民法院が公布した83号指導事件³³におい

³⁰ アメリカウィスコンシンゲン協会と浙江淘宝ネットワーク有限公司、吉林市參鄉瑰宝上特産品有限公司との間の商標権侵害紛争事件、吉林省高級人民法院(2012)吉民三渉終字第3号

³¹ Puma Aktiengesellschaft Rudolf Dassler Sport と浙江淘宝ネットワーク有限公司との間の登録商標の模倣品販売紛争事件、広東省広州市中級人民法院(2006)穗中法民三初字第179号民事判決。

³² 浙江淘宝ネットワーク有限公司と済南佐康商貿有限公司との間の商標権侵害紛争事件、山東省済南市中級人民法院(2017)魯01民終3439号民事判決。

³³ 浙江天貓ネットワーク有限公司と威海嘉易焼生活家電有限公司等との間の特許権侵害事件、浙江省高級人民法院(2015)浙知終字第186号民事判決。

て、明確な規定が設けられた。法院は、「通常、通知内容には権利者の身分情報、権利帰属証書、権利侵害の事実を証明する初歩的な証拠、及び明確な被疑権利侵害者の URL」等の材料が含まれるとし、以上の条件を満たした場合には、有効な通知とみなすべきであるとした。

2019 年 9 月、最高人民法院は、司法解釈³⁴の形で適格通知に含まれるべき内容として「電子商取引プラットフォーム経営者に対し送付する通知には、一般的に知的財産権の権利証明及び権利者の真正な身分情報、実際に正確に確定できる被疑侵害の商品又はサービスの情報、権利侵害を構成する初歩的な証拠、通知の真実性に関する保証書面等が含まれる」とした。

前述の指導事件と司法解釈の内容を比較すると、後者には「通知の真実性に関する保証書面」が追加され、これは「悪意通報」行為を規制するための手段の一つと考えられる。

(iii) 電子商取引プラットフォームは「通知」について高すぎる条件を設定してはならない。

一方では、権利者の権利侵害に係る通報通知は前述の最低条件を満たさなければならず、他方では、電子商取引プラットフォームは通知の中の「初歩的な証拠」について高すぎる追加条件を設定してはならない。

前述の最高人民法院 83 号の指導事件において、被告電子商取引プラットフォームは、審査・照合を通さなかった理由について、通報者が電子商取引プラットフォームの要求どおりに被疑侵害品の購入に係る注文番号又は双方の会員名、権利侵害の比較分析等の情報を提供しなかったからとした。被告の主張理由について、法院は、権利者が注文番号又は双方の会員名を提供しないことが通報行為の適格性及び有効性には影響を及ぼさず、権利者が 5 頁にわたり図表や文章を用いて技術特徴の比較表を提出したにもかかわらず、被告がなお定型的な回答を行い、これを技術特徴の比較審査を通さなかった理由の一つとしたことは適切でなく、被告は権利者の通知を受領した後に速やかに被疑侵害者に転送せず、速やかに必要な措置を講じなかったため、損害の拡大部分について連帯責任を負うと判断した。

(iv) 電子商取引プラットフォームが自発的に商標権侵害の該当性を判断した場合には、判断ミスによる責任を負う。

通知中の「初歩的な証拠」が商標権侵害を構成するか否かについて、電子商取引プラットフォームが通知及び異議申し立ての審査基準を引き上げることを選択した場合には、審査判断ミスにより生じる法的責任を負わなければならない。

電子商取引法 43 条は、電子商取引プラットフォーム経営者が被疑侵害者の権利侵害不存在に係る声明(異議申し立て)を受領した後、知的財産権利者に転送しなければならず、15 日以内に権利者からすでに通報し又は起訴した旨の通知を受領しなかった場合に限り、講じた措置を速やかに終了することができると規定している。

実務において、15 日のクーリングオフ期間に入ると、被疑侵害者のショップは絶好なビジネスチャンスを失う可能性があり、特に「双 11 [シングルデー]」等の大型の販促イベント直前の場合には利益に大きな影響を及ぼす。その利益を保障するため、ネットワークサービスプロバイダは実質的審査制度を制定したが、審査基準を引き上げた代償は審査判断ミスによりもたらされる法的責任を負うことである³⁵。

³⁴ 「電子商取引プラットフォームの知的財産権民事事件に関わる審理に関する指導意見」の最高人民法院の発行通知(法発〔2020〕32 号)。

³⁵ 浙江省高级人民法院民三庭「電子商取引プラットフォーム知的財産権に関わる事件の審理ガイドライン」13 条。

司法の実践において、当該原則を体現した実際の判例がある。法院はネットワークサービスプロバイダが自発的に権利侵害判断制度を制定することを容認したが、電子商取引プラットフォームの過失により商品が撤去された場合には、電子商取引プラットフォームは損害賠償責任を負わなければならない。

浙江省杭州市余杭区法院の判決³⁶において、被告天猫社は、消費者の權益を保護するため、係争店舗の販売商品について、一般人(1000名のユーザー)に特定ブランド又は商品が混同をもたらすか否かを判断させた後、法院は次のとおり判断した。一般人に評価・審査・判断させる行為自体は不適切ではないが、天猫社が評価・審査の設問を「ショッピングするときに日本ブランドの Doctor Betta を選ぶのか、それとも中国の「Betta」を選ぶのか。赤ちゃん用品を選ぶ際に第一印象として下図のブランドと日本ブランドの Doctor Betta には関連があると思ったか、また、下図ブランドの商品を日本ブランド Doctor Betta の商品と誤認することがあるか。」と設定し、中国で適法に登録された商標「Bett」と日本ブランドの Doctor Betta (「Doctor Betta」に関する天猫社の紹介によれば、「Doctor Betta」は日本国の商標とのことである。)を比較させた。商標には属地性が存在し、各国は本国で登録された商標を保護するため、天猫社が中国市場でそれぞれの国に属する商標を比較することをもって二つの商標が混同及び誤認をもたらすか否かを判断することは、中国の商標法の規定には適合せず、その評価・審査基準には正当性及び適法性がない。そのため、法院は、被告天猫社が係争店舗に対する「betta/貝塔」ブランドのライセンスを取り消し、当該ブランドの商品を撤去し又は削除したことは事実的な根拠を欠き、貝塔社が係争ブランドの商品を経営できなくなったため、被告の行為は契約違反を構成し、違約責任を負わなければならないと判断した。

(3) 悪意通知(通報)行為に対する規定

悪意通知は悪意通報とも称され、通知者が通知に係る権利を有しない又は通知の根拠が不十分であることを明らかに知り又は知り得たにもかかわらず通知を送付し、被通知者に損害をもたらす行為を指す。近年、中国の悪意通報はよく見られるようになり、一部の電子商取引プラットフォームでは、悪意通報は全体通報数の四分の一をも占めるようになった³⁷。

電子商取引法は、悪意の通報行為について明確な処罰措置を規定し、同法 42 条は「悪意で誤った通知を送付したことによりプラットフォーム内経営者に損失をもたらした場合には、二倍の賠償責任を負う」と規定している。他方、2020 年 9 月、最高人民法院は、その回答³⁸において、「権利者だけでなく、被通知者が「悪意で」権利侵害の不存在に係る声明をなしたことにより電子商取引プラットフォームが必要な措置を終了させ、真正な知的財産権者に損害をもたらした場合においても、懲罰的賠償を適用することができる」との立場を表明した。

³⁶ 貝塔嬰兒用品(北京)有限公司と浙江天猫技術有限公司、浙江天猫網絡有限公司との間の技術サービス契約紛争事件、浙江省杭州市余杭区人民法院(2017)浙 0110 民初 15213 号民事判決。

³⁷ 「知的財産権が悪意の通報に遭い、アリババが初めて「知財チンピラ」を退治」

URL: http://m.haiwainet.cn/middle/352345/2017/0208/content_30712565_1.html 最終アクセス日: 2021 年 1 月 10 日。

³⁸ インターネット知的財産権侵害紛争に関わるいくつかの法律適用問題に関する最高人民法院の回答(法釈〔2020〕9号)において、「悪意により声明を送付し電子商取引プラットフォームが必要な措置を終了し、かつ、知的財産権者に損害をもたらし、権利者が関連する法律の規定に従い、相応の懲罰的賠償を請求した場合には、人民法院は法によりこれを支持することができる」と規定されている。

(i) 典型的な悪意通報の事件

電子商取引法施行後初の悪意通報事件である杭州インターネット法院の判決³⁹において、被告江氏は、印鑑を偽造し、商標権者の名義を盗用し、虚偽の身分資料及び商標権証書を利用してタオバオ社に対しその他の経営者の並行輸入した関連商品を通報したことについて、210 万人民元の損害賠償を命じられた。

(ii) 悪意通報を封じ込めるための司法的戦略：反対行為保全

電子商取引プラットフォームは、当事者の通報を被通報者に通知する必要がある、被通報者が異議を申し立てた後、その異議申立の材料を通知者に転送しなければならない。電子商取引法 43 条は、通報者に「15 日のクーリングオフ期間」を与え、通報の取り下げ又は法院に対する訴えの提起等を行うか否かを決定させた。電子商取引プラットフォームは、このときによりややく削除又は切断されたリンクを再開するか否かを決定することができる。かかる手続き及び期間を経ることは、インターネット販売業者にビジネスチャンスの喪失や補填しがたい損害をもたらす可能性があり、特に繁忙期の人気商品がターゲットになっている。

悪意通報によって巨額の損害をもたらされないようにするために、一部の法院は、担保の提供を前提として季節性の製品について「反対行為保全」を提供し、電子商取引プラットフォームが削除された販売リンクを先に再開するよう判断している。

江蘇省南京市の 2019 年の判決⁴⁰において、①被告電子商取引プラットフォームである浙江天猫は、被疑商品が権利侵害を構成しないと判断し、権利者が訴訟を提起した後に再度通報して初めて販売リンクの削除措置を講じた場合、②当事者の立証、証拠調べ及び権利侵害の比較に基づき、別件の「携帯型乳幼児用折り畳み式蚊帳」の実用新案がすでに無効と宣告されたこと等の事実を照らし、法院は権利侵害を構成する可能性が低いと初步的に判断した。③被疑侵害品の販売はほとんど信用、口コミ及びビジネスチャンスの見極めに頼っており、被疑侵害品の販売に高い季節性を有し、蚊帳の販売が「618 イベント」前であり、かつ、権利侵害を構成する可能性が低いため、速やかに削除された販売リンクを再開しないと被告会社及びその被疑侵害品のこれまでの信用や口コミが減少し又は損なわれ続け、取引機会を喪失し、補填しがたい損害をもたらす可能性があること、④被告が現金の担保を提供したこと、以上の 4 点により、法院は天猫社が天猫ショッピングサイトにおける被告の被疑侵害品「遮光 U 型蚊帳」及び「アップデート版 U 型蚊帳」の販売リンクを直ちに再開するよう決定した。

最近、最高人民法院は、反対行為保全を通じて電子商取引プラットフォーム上のリンクを再開させるやり方を認めた。2020 年 11 月、最高人民法院知識産権法院は、当事者の申し立てを受理してから 26 時間以内に行方保全の決定を下し、被告天猫社に対し天猫サイト上の申立人の被疑侵害品の販売リンクを直ちに再開するよう命じた。本件は、最高人民法院が初めて電子商取引プラットフォーム上のリンクの再開に関わる行為保全決定を行った事件である⁴¹。

³⁹ 王氏と江氏、第三者の淘宝社との間の不正競争事件、杭州インターネット法院(2018)浙 8601 民初 868 号民事判決。

⁴⁰ 鄭州曳頭網絡有限公司と丁曉梅、浙江天猫網絡有限公司との間の外観設計専利の仮差止め事件、江蘇省南京市中級人民法院(2019)蘇 01 民初 687 号民事判決。

⁴¹ 原曉爽＝徐飛＝郝小娟「「双 11」前夜、最高人民法院初の決定：直ちに電子商取引プラットフォームのリンクを再開せよ！」URL: <https://mp.weixin.qq.com/s/ML3iPh1H08q6ZCk-Y-CGGg>。最終アクセス日：2021 年 1 月 10 日。

(4) 小括

以上をまとめると、中国のネットワークサービスプロバイダの商標権間接侵害責任には二つの判断基準が存在する。一つは、電子商取引プラットフォームがプラットフォーム内経営者の知的財産権侵害を「知り又は知り得た」にもかかわらず、必要な措置を講じなかった場合に権利侵害者と連帯責任を負うことである。法院を類型別に整理することにより、主に以下の4パターンにまとめられる。①電子商取引プラットフォームがインターネット情報管理義務を履行せず、「直接侵害者の関連情報を提供できない」場合、②「共同購入業務」を経営し、「運営誘致情報」を発表し、「真正なフラッグシップ店」認証サービス等の特定のサービス類型を提供する電子商取引プラットフォームが事前審査義務を厳格に履行しない場合、③電子商取引プラットフォーム内に反復権利侵害行為を実施する経営者が存在する場合において、プラットフォームが審査義務を大幅に引き上げて確実に効果のある措置を講じなかった場合、④電子商取引プラットフォームがキーワードのフィルタリングの技術的手段を講じず、通報が成立した後に侵害品を再度掲載した場合には、権利侵害責任を負う。

電子商取引プラットフォームがプラットフォーム内経営者の知的財産権の侵害を「知り又は知り得た」ことについて主観的な故意が存在しない場合には、もう一つの判断基準である「通知－削除」規定を通じて電子商取引プラットフォームが「セーフハーバー」に入り、権利侵害責任を免除されるか否かを判断する。その判断規定は、次のとおりである。①権利者が権利侵害通知を送付していない場合には、電子商取引プラットフォームは、賠償責任を負わない。②有効な通知の構成要件について、裁判例によれば、通知中に権利侵害リンク又は権利侵害の成立を示す初歩的な証拠が記載されていない場合には有効で適格な通知には該当せず（最近公布された司法解釈では有効な通知の構成要件が示され、適法かつ有効な通知の充足すべき条件が明らかになった）、侵害責任を負わない。③電子商取引プラットフォームは、通知の中の「初歩的な証拠」について高すぎる条件又は追加条件を設定してはならず、さもないと権利侵害責任を負う。④電子商取引プラットフォームが自発的に商標権侵害を構成する否かを判断する場合において、通知及び転通知の基準を上げたときは、判断ミスによる責任を負う。

中国は「通知－削除」規定を導入し、インターネット上の商標権間接侵害の二つ目の判断規定としたが、その利点は電子商取引プラットフォームの発展のために「セーフハーバー」を提供し、ある程度「偽物」を容認していた初期段階において、電子商取引プラットフォームの発展に対し一定の保護の役割を果たしたことである。しかし、その弊害も明らかであり、多くの悪意通報者が電子商取引法上の異議申し立ての15日のクーリングオフ期間を悪用し、「双11 [シングルデー]」等の大型の販促イベント期間中に悪意通報を行い、電子商取引プラットフォーム内のショップに大きな損害をもたらした。

悪意通報を封じ込めるために、電子商取引法は倍額賠償の懲罰措置を規定し、かつ、地方法院から最高人民法院に至るまで、訴訟法の観点から反対行為保全の措置を広く適用するようになり、一定の条件を満たした場合には、さらなる深刻な経済損失を生じさせないため、法院はプラットフォーム内のショップの販売リンクを回復するよう決定している。

したがって、「通知－削除」規定の運用は大量の悪意通報を誘発する重要な原因の一つとなったものの、「倍額賠償」の規定及び各地方法院の「反対行為保全」の措置の適用を通じて、現在では、かかる現象はある程度封じ込められた。

4. 新技術による変化

(1) 新技術による行政法執行の基準の変化

電子商取引法は、経営者の身分、住所、連絡方法、行政許可等の真正な情報に対する電子商取引プラットフォームの照合、登記及び届出の義務を規定した。また、同法 84 条は、プラットフォーム内経営者の知的財産権侵害行為に対し、電子商取引プラットフォームが法に従い必要な措置を講じなかった場合には、関係知的財産権の行政部門は、期限付の是正等の処罰を命じると規定している。

現時点において、同法 84 条を適用して電子商取引プラットフォームに対し行政処罰を行った事例は不見当であるが、全国統一の知的財産権保護の情報化システム及び保護モニタリングネットワークの構築計画、及び行政法執行基準に対する中央政策の最新指示に照らし、将来的には変化が生じる可能性が非常に高い。

(i) 将来的に統一の電子商取引分野の知的財産権保護の情報化システムを構築する可能性が非常に高い。

2019 年中共中央弁公庁、国务院の公布した「知的財産権保護の許可に関する意見」は、「全国知的財産権ビッグデータセンター及び保護モニタリング情報ネットワークを確立し、登録・登記、審査・公告、紛争処理、事件の概要等の情報に対する統計モニタリングを強化する。知的財産権の法執行の情報の届出・統括・調整及び情報共有メカニズムを構築し、情報集約力を強化し、総合研究・判断及びマクロ意思決定レベルを向上させる」と規定した。

前述の国家レベルの知的財産保護の検査情報ネットワークだけでなく、国家知識産権局が最近発表した政策性文書⁴²においても、電子商取引分野における統一の知的財産保護情報化システムの構築計画に言及している。つまり、「電子商取引プラットフォームの地域を跨ぐ経営という特徴について、統一の知的財産保護の情報化システムを研究して構築し、全国の主要な電子商取引経営ウェブサイトと連結し、知的財産権の権利帰属のオンライン確認・監督等の機能を実現する」。当該政策性文書において、電子商取引分野のほかに、著作権分野も「ソーシャルインターネット著作権保護のモニタリングシステムを構築する」必要があることに言及している。

(ii) 全国統一知的財産権保護情報化システムに基づく行政法執行基準の変化

前述の強力な知的財産権情報ネットワークモニタリング体制の構築に関する展望計画に基づき、最近、中央政府は、電子商取引分野における行政執行基準に対し、より高い要件を示した。2020 年 11 月 30 日の午後、中共中央政治局は中国の知的財産保護の強化に関する第 25 回共同勉強会を開催したが、当該勉強会において習近平総書記が「知的財産権の情報化、スマートインフラ設備の建設の強化、知的財産権保護のオンライン・オフラインの融合発展の促進」、「知的財産権の行政的なエンフォースメント基準と司法裁判の基準の統一を促進し、行政的なエンフォースメントと司法の連携システムを整備しなければならない」と指摘した。

⁴² 「知的財産権分野の「放管服」改革の深化及び良好な経営環境の確立に関する実施意見」の国家知識産権局の発行通知(国知発服字〔2020〕1号)。

したがって、前述の電子商取引法 84 条の電子商取引プラットフォームの知的財産権の行政責任について、現時点において行政機関が同条を適用して法執行を行うことが少ないものの、「全国統一知的財産権保護の情報化システム」+「行政的なエンフォースメント基準と司法裁判基準の統一」の二重の要求に応じて、将来、知的財産権情報ネットワークのモニタリング体制が構築された場合には、これに伴い行政的なエンフォースメント基準にも変化が生じる可能性が非常に高い。

(2) 新技術に起因する新しい民事の権利侵害リスク

インターネット技術の発展に伴い、より隠れた、新しい商標権侵害方法も生じており、立法、司法ひいては法執行機関はこれをいかに認定し、解釈するかが現在直面している重要な課題である。

競争相手の商標を有料広告検索ワードとして隠れて使用する行為について、いかにしてその性質を認定するか、また、権利侵害を構成するか否かについて、国内の法院の判決において、正反対の立場が示されている。その上、電子商取引プラットフォームも相応の民事責任を負わなければならないと判断した地方法院もある。

(i) 権利侵害を否定した北京の法院の判決⁴³

法院は、被告が「慧魚」に関連する文字をバイドゥ広告サービスのキーワードとして設定することにより、インターネットユーザーが関連する単語を検索するときにその設定したリンクを検索結果画面の広告欄に出現させたが、関連する文字を広告リンクに設定することはコンピュータシステムの内部操作であり、直接に当該単語を商業的標章として公衆に展示しておらず、公衆がこれを商品出所を区別する商標として認識することがなく、商標的使用に属さないため、被告が広告リンクを設定した行為は係争商標の商標的使用に該当せず、係争商標の機能に損害をもたらさず、その行為は権利者の有する係争商標の登録商標専用権を侵害していないと判断した。二審も一審判決を維持した。

(ii) 権利侵害を認めた上海の法院の判決⁴⁴

原告は、国内のオリジナル文学ウェブサイトの「起点中文サイト」の運営者であり、小説の「凡人修仙伝」の著作権者であり、「凡人修仙伝」の商標も登録した。被告は、ゲームサイトの経営者であり、ゲーム「風雲無双」の経営者でもある。原告は、被告が「凡人修仙伝同名ゲーム」等の文字で Sogou 検索においてキーワードの広告リンクを設定し、「凡人修仙伝」に無関係の被告の運営するゲーム「風雲無双」にアクセスさせた。この典型的な他人の商標をインターネット検索のキーワードとして広告リンクを設定したことに起因する商標権侵害紛争事件において、法院は、本件において被告がキーワードを設定した行為は明らかにその広告商品の出所を区別し、表示する機能を有し、他人の登録商標をインターネット検索のキーワードとして広告リンクを設定する行為は商標権侵害を構成すると判断した。

(iii) 電子商取引プラットフォームの権利侵害の構成リスク

電子商取引プラットフォームが責任を負うべきか否かの問題について、天津の一審法院と二審法院は、

⁴³ fischerwerke GmbH & CO. KG 等と北京百度網訊科技有限公司等との間の商標権侵害紛争上訴事件、一審：北京市第一中級人民法院(2011)一中民初字第 9416 号。二審：北京市高級人民法院(2013)高民終字第 1620 号。

⁴⁴ 「凡人修仙伝」商標権侵害事件、上海市浦東新区人民法院(2015)浦民三(知)初字第 141 号民事判決。

異なる答えを出している。

直接侵害者が被告バイドゥの広告において、原告の許可なく、原告の登録商標「華夏未来」を被告バイドゥの検索エンジンシステム内の自己のウェブサイトアクセスさせるためのキーワードとして無断に設定することは、公衆に当該リンク先のウェブサイト及びウェブサイトの提供するダンス養成サービスが原告華夏未来ファンドと関係があると誤認させる可能性がある。

一審法院⁴⁵は、「バイドゥ広告サービスの契約別紙」及び公示された「バイドゥ広告サービスの契約」において、その登録キーワード、並びに検索エンジンシステム内のタイトル及び記述的文字について他人の知的財産権を侵害しないよう警告する内容が全く記載されていないため、審査義務の不作为について法的責任を負わなければならないと認定し、バイドゥ社は係争損害について相応の補填責任を負い、すなわち、まずは直接侵害者が華夏未来ファンドに対し全賠償責任を負い、直接侵害者に負担能力がなく、又は賠償責任の全部を負えない場合には、バイドゥ社が当該賠償範囲内において相応の補填の賠償責任を負うと判決した。

二審法院⁴⁶は、一審法院と異なる立場に立ち、バイドゥ社は直接侵害者が後から追加したキーワード、リンクのタイトル及び記述について全面的な審査義務を負わないと考えた。まず、直接侵害者の追加したキーワード、リンクのタイトル及び記述が他人の商標権を侵害するか、他人の商標と同一又は類似するか、及び当該使用が消費者を混同させるかについて、バイドゥ社にはこれを判断する能力がない。次に、広告主であるユーザーは後からキーワード、リンクのタイトル及び記述をいつでも追加し、修正することができ、キーワードツールを利用して一回で追加できるキーワードの数は500個以上にもなるため、バイドゥ社は実際にこのような大量のキーワード、リンクのタイトル及び記述の一つ一つを審査することができない。しかしながら、権利者が自己の商標権についてバイドゥ社に声明を送付し、バイドゥ社がフィルタリング等の技術手段を通じて低コストで権利侵害の発生を予防し、制止することができる場合、バイドゥ社の注意義務には、権利侵害を防止するために自発的かつ速やかに必要な措置を講じることが含まなければならない。権利者の華夏未来ファンドは、権利に関する声明を行ったことを立証しておらず、検索結果の画面に明らかな権利侵害情報が存在することも証明しなかった。したがって、法院は、バイドゥ社がすでに審査義務を尽くしており、権利侵害を構成しないと判断した。

5. 評価及び提案

電子商取引プラットフォームに商標権侵害品が出現すると、中国の電子商取引プラットフォームは、ネットワークサービスプロバイダとして「知り又は知り得た」場合において商標権間接侵害の責任を負うほか、「通知－削除」規定を適法に利用して「セーフハーバー」に入り、権利侵害責任を免除されることもできる。したがって、電子商取引プラットフォームが商標権間接侵害の責任を負うべきか否かの問題について、中国は電子商取引プラットフォームの主観上の権利侵害行為を「知り又は知り得た」場合と、「知らない」ときに「通知－削除」規定を正確に利用して免責を獲得するかの二段階に分けられ、かかる二元化の判断規定は日本とは明らかに異なる。日本はかつて「通知－削除」の権利侵害判断規定を制定すべきか否かを検討したことがあったが、アメリカ法上の「通知－削除」規定は日本法には適さないとの結論

⁴⁵ 天津市和平区人民法院(2013)和知民初字第0298号民事判決。

⁴⁶ 天津市第一中级人民法院(2014)一中民五終字第0020号民事判決。

に至り、立法においてこれを採用しなかった⁴⁷。中国の「二元化」に対し、日本は「一元化」の解決ロジックであると言える。

「二元化」の判断規定の実際の効果について、メリットとデメリットの両方があると言える。中国が「通知－削除」規定を導入してインターネット上の商標間接侵害の二つ目の判基断基準としたことについて、メリットは電子商取引プラットフォームの早期発展のために「セーフハーバー」を提供し、電子商取引プラットフォームの発展初期に対し、ある程度保護の役割を果たしたことである。デメリットは、悪用されたことにより大量の悪意通報が生じたことである。しかし、現在、司法の実践において「反対行為保全」措置が広く適用されるようになり、悪意通報行為の封じ込めに対し、一定の効果を發揮している。

（１）「通知－削除」規定の適用の縮小傾向

「通知－削除」規定の適用に変化が生じている原因として、以下の三つが考えられる。

（i）現在のビッグデータ及びフィルタリング・対比技術の急速な発展。

アリババの年度保護の報告⁴⁸において、現在 96%の被疑侵害のリンクは掲載されてすぐに削除され、模倣品撲滅のコアである「知的財産保護の人工知能」は、すでに 137 万枚以上の模倣品の画像サンプルを蓄積し、一式のオンライン・オフラインの模倣品の特徴のバンク及びアルゴリズム技術のシステムである。

（ii）電子商取引プラットフォームの長期発展のための産業上の需要。

電子商取引ウェブサイトの発展初期において、事前審査技術は成熟しておらず、電子商取引プラットフォームに対し過剰に重い注意義務を課さないために、一定の模倣品を「容認」し、一部の消費者の購買意欲を引きつけていたが、知的財産権を厳格に保護する現在において、模倣品を肅正することこそ電子商取引プラットフォームを発展させるための長期的な利益と一致する。

（iii）将来、全国統一知的財産権情報ネットワークモニタリングプラットフォームの成立後、権利侵害判断がより精確に。

前述の政策性文書で言及されている全国統一知的財産権保護情報化システム、特に電子商取引プラットフォーム分野におけるビッグデータシステムの構築が全国の主要な電子商取引経営ウェブサイトと連結し、知的財産権の権利帰属のオンライン確認・監督を実現した場合には、ほとんどの被疑商標権侵害行為は、技術手段により初期の段階でフィルタリング及び比較することができるようになる。むろん、当該全国的な知的財産権情報システムは、正式に構築されるまでにはまだ一定の時間が必要であり、短期間内に実現できるものではない。

これまでは電子商取引プラットフォームは「知らない」ことを理由に「セーフハーバー」に隠れること

⁴⁷ 総務省総合通信基盤局電気通信事業部消費者行政課「利用者視点を踏まえた ICT サービスに係る諸問題に関する研究会－プロバイダ責任制限法検証に関する提言」

URL : https://www.soumu.go.jp/menu_news/s-news/01kiban08_01000037.html 最終アクセス日 : 2021 年 1 月 10 日。

⁴⁸ 「2019 年アリババ知的財産権保護年度報告」

URL : <https://ipp.alibabagroup.com/infoContent.htm?skyWindowUrl=AACA-mediaCenter-right/cn> 最終アクセス日 : 2021 年 1 月 10 日。

ができたが、まさに上記の三つの変化により、現在は「知り又は知り得た」に移行しつつあり、電子商取引プラットフォームは必ず速やかに権利侵害の成否の判断をしなければならなくなり、インターネットプラットフォームの取締りにおける特有の「通知－削除」規定の適用の余地が縮小しつつある。

（2）中小規模の電子商取引プラットフォームの注意義務に関する検討

「通知－削除」規定の適用余地が縮小することに伴い、電子商取引プラットフォーム上の商品が権利侵害を構成するか否かのような不確定な事態になることも少なくなり、このような変化傾向は、実際には電子商取引プラットフォームの商標権侵害に対する判断の効率を高めている。また、「通知－削除」規定の異議申し立ての15日のクーリングオフ期間の制度設計によって被通知者にもたらされる不利益についても、最近の司法実践中の「反対行為保全」措置の広範な適用により解決され、比較的均衡な状態を形成することができている。

しかし、注目すべき点として、現在の均衡状態は保護の強化により実現された均衡状態であり、絶対的な市場優位性を有する電子商取引プラットフォームを対象に構築された均衡であるため、かかる状態は強大な権利侵害判断技術体制を備えていることを前提としている。中小規模の電子商取引プラットフォームは、初期審査に必要な対比及びフィルタリング技術システムを有していなければ、人工審査のコストを負担する能力も有していないため、現在の制度設計によって課される権利侵害判断義務が重い場合には、一定の権利侵害リスクを有してしまうことになる。

最近の政策性文書及び司法解釈では、電子商取引プラットフォームの規模を区別せずに電子商取引プラットフォームに対し、一律に初期の権利侵害判断義務を加重する傾向にある。したがって、規定を制定する際に、中小規模の電子商取引プラットフォームに過剰に重い注意義務を課さないためにも、その初期審査能力を特に考慮すべきであると考えられる。例えば、2020年11月に公布された国家基準の「電子商取引プラットフォーム知的財産権の保護管理」⁴⁹において、「電子商取引プラットフォーム経営者は権利侵害の通知を受領した後、速やかに権利侵害通知が所定条件を満たしているか否かの初歩的な審査を完了させなければならない」と規定し、形式的な要件について審査するほか、電子商取引プラットフォームに対し、「一般の判断能力をもって実質的審査を行い、知的財産権侵害を明らかに構成しない権利侵害通知を排除する」ことも要求している。全国統一知的財産権の情報ネットワークモニタリングシステムが正式に構築されるまで、中小規模の電子商取引プラットフォームについては、引き続き「通知－削除」規定を利用して経営リスクを回避することを認め、過剰に重い初期の権利侵害判断義務を課すべきではない。

（3）将来における制度の「一元化」の可能性

「通知－削除」規定の適用を維持するため、副作用の一つとして、当該制度を悪用した大量の悪意通知が生じた。この現象を封じ込めるために、もう一つの保障制度を追加で構築せざるを得なかった。例えば、悪意通知の「倍額」賠償制度、権利侵害の「通知」のハードルの引き上げ、及び司法実践における「反対行為保全」制度の広範な適用等がある。

⁴⁹ GB/T 39550-2020。

前述のとおり、ビッグデータ及びフィルタリング・対比技術の急速な発展等の三つの原因により、将来的には「通知－削除」規定の適用余地は益々小さくなると推測される。その上、知的財産権を厳格に保護する現状において、一定の割合の模倣品を販売することを通じて事業を拡大させるというビジネスモデルはもはや許されず、「通知－削除」規定の元々の拠り所であった産業発展上の需要も存在しない。このような状況において、「通知－削除」規定を維持するためにもう一つの保障制度を適用する代償を払わなければならないとしたら、これは、明らかに「道を逸れ」、効率を悪くしている。

したがって、立法論に基づく提案として、インターネット上の商標権間接侵害の判断基準については、現行の「通知－削除」規定を放棄し、電子商取引プラットフォームが侵害行為の存在を「知り又は知り得たか」という「一元論」の判断基準を採用すべきである。中小規模の電子商取引プラットフォームの注意義務を踏まえると、電子商取引プラットフォームの規模に応じて、その「知り又は知り得た」かの注意義務を軽減する方法をもって解決することができる。

第3節 日本における電子商取引における商標保護の在り方

I. 電子商取引における商標権侵害の責任主体

筑波大学大学院ビジネスサイエンス系 潮海 久雄 教授

1. はじめに

電子商取引においては、メタタグや検索連動型広告・ハイパーリンクなど、消費者を自己のサイトに誘導する仕組みを通じて、競争者が他人の商標を多様な態様で使用している。電子商取引をはじめとするネット上の商標の使用の特徴は、需要者が商品・役務にいきつく過程で、まず、機器やネット上の表示に影響を与え、それが二次的に需要者の混同を起こさせる点にある。

このような電子商取引における広告主による商標の使用は、検索エンジンやショッピングモールなどのサービスを利用する形で行われるため、検索エンジンや、ショッピングモールの運営者やネットオークション事業者（以下運営者）も大きな役割を果たしている。これら運営者は大きな便益を受けているとともに、その運営する場所での商標権侵害を監視できる主体として注目されている。

そこでは、運営者が商標を「使用」しているかや、運営者が侵害行為の主体となるかが争われている。ところが、商標法の「使用」「類似性」などの侵害要件だけでは、運営者の責任主体およびその義務の内容について対応しきれない。特に、責任主体およびその義務の問題は、模倣品の禁圧の役割分担として商標権侵害に運営者がどのように関わるべきかという政策的視点、不法行為の過失責任やその制限としてのプロバイダ責任制限法の趣旨からも検討が必要である。

そこで、本報告では、第1に、インターネット上の使用で問題となる、購買前の混同の類型として、目にみえないメタタグと、検索連動型広告からリンクを貼って自己のサイトに誘導する仕組みをとりあげる(2)¹。とりわけ、運営者による商標権の侵害行為を、商標法の「使用」「類似性」要件だけではその責任主体が広がりすぎるため、商標権侵害の責任主体問題を侵害要件と別個に論じるべきことを確認する。

次に、模倣品禁圧の役割分担として運営者がどこまで監視義務を負うかについて、運営者の責任主体(3)に関するわが国の商標の裁判例を検討する。第3に、notice & takedown（以下NT手続き）と比較して、わが国のプロバイダ責任制限法を検討し、運営者の責任主体としての義務に関する示唆を得る(4)。以上をふまえて、フィルター技術等を含めて運営者の義務の範囲を考察する(5)。

2. インターネット上の使用²

(1) メタタグ

(i) 使用

メタタグは、消費者を誘導する仕組みの代表例であり、現在は技術的に解決されている。もっとも、

¹ 詳細な分析について、金子敏哉教授の報告も参照。

² 商標的使用の一般について、「商標の使用と権利侵害」日本工業所有権法学会年報37号（2014年）参照。

そこでなされた議論は責任主体にも関連すると思われる。「使用」の概念がメタタグなど視認できないものにまで拡大されれば、運営者の運営の際の仕組みづくりやアルゴリズムでの商標の使用等も侵害とされ、運営者が監視すべき義務の範囲も広がりうるからである。

それ自体は人が視認できない、広告主によるメタタグの使用につき、ユーザーが検索し、リンクをたどり、購買に至る過程で、わが国の裁判例は、検索結果において人が視認できるかどうかで「使用」にあたるかを区別する。ディスクリプションメタタグ（たとえば“バイクシフター&スタンドムーバー 使い方は動画でご覧下さい”）（大阪地判平成 17・12・8 判時 1934 号 109 頁〔中古車 110 番〕）、タイトルタグ（たとえば“バイクシフター & スタンドムーバー”）（東京地判平成 27・1・29 判時 2249 号 86 頁〔IKEA〕）などでは、検索結果で視認できるとして「使用」にあたるとしている。

これに対して、キーワードメタタグ（“バイクリフター”）は、検索結果でも視認できないので「使用」でないとしている（大阪地判平成 29 年 1 月 19 日判時 2406 号 52 頁〔バイクシフター〕）。

これは、商標法の保護対象は原則視認性を要求しており、音などについても、少なくとも人の認識を前提としているからであろう。そもそも、視認性のない消費者を誘導する仕組み（アーキテクチャー、アルゴリズム）における「使用」まで侵害とすると、商標法の規律する範囲を超える。つまり、商標法は不正競争行為の全てを規律しているわけではない。さらに、商標権の行使の濫用が多いと、目に見えない仕組みによる機械をとおした混同が生じうるため、これを限定する必要があると思われる。

（ii）購買前の混同の法理

これに対して、わが国の学説では、アメリカの「購買前の混同の法理」（Initial interest confusion）を導入する学説が有力である³。これは、商標の「使用」ではなく、購買前の過程で混同するおそれがあるか否かや、正当化理由を実質的に判断する考え方である。知財高判平成 20 年 3 月 19 日判時 2033 号 77 頁〔Ellegarten 控訴審〕は、商標的「使用」を検討せずに、購買前の混同のおそれがないことを具体的に認定した。つまり、商品購入に至るまで複数のステップがあり、被告サイトにはファンサイトと気づかせる表示が随所にあることから、混同のおそれがないと判示している。

たしかに、後述の知財高判平成 24 年 2 月 14 日判時 2161 号 86 頁〔チュパチャップス控訴審〕は、原審を覆し、運営者が「使用」していなくても行為主体としている。また、大部分の消費者が混同し、特に商品の品質を誤認する場合は、目に見えない商標の使用も侵害とすべきであろう。

しかし、購買前の混同の法理は、原則商標の「使用」にあたり侵害として、特に運営者は原則侵害として判断し、個別に実質的な混同のおそれを判断することになる。それは、商標権侵害を監視する運営者の義務の点では広がりすぎ、運営者が日々何万という、目に見えない商標的使用の監視義務を負うことにつながりうる。

また、ビジネスの商品・役務については競争関係になくても、検索市場では競争関係に立つことがほとんどであるため、購買前の混同の法理の適用範囲を限定できず、広がりすぎるように考えられる。さらに、メタタグなどの誘導する仕組みは、機器を誤導しないように、検索エンジン側が技術的に解決している。したがって、視認性がない場合には「使用」に当たらないとする〔バイクシフター〕や、運営

³ 詳しくは、小嶋崇弘「米国商標法における混同概念の拡張について」知的財産研究所報告書（2012 年）、同・判批〔Ellegarden〕知的財産法政策学研究 21 号 279 頁を参照。また、茶園成樹「インターネット上の標識の新たな使用形態への対応」知的財産研究所『新しい時代における知的財産保護のための不正競争防止法のあり方に関する調査研究報告書』18、21 頁、宮脇正晴「メタタグと『商標としての使用』」パテント 62 巻 4 号 181 頁参照。

者が「使用」の主体でないとした〔チュパチャップス一審〕の理論構成も理由があるのではないかと考える。

ただし、機械を通じて需要者を欺罔する目に見えない仕組みにより、需要者に混同を起こさせる事例が増えてくると思われる。近時、事業者が自ら管理・運営するサイトで自己をランキング1位と表示したことは、自己のサービスが最も高く評価されているかのような表示をした点で、役務の質・内容の誤認惹起表示（不正競争防止法2条1項20号）にあたるとした事例がある⁴。

（2）検索連動型広告

（i）諸論

検索連動型広告は、Google 等の検索エンジンで検索した結果画面での表示と区別して広告がなされ、そこからリンクを貼って自己のサイトへ誘導する仕組みである。この検索連動型広告のすべてを商標的使用としてよいか問題となる。特に、検索表示画面で登録商標が表示されていない場合、メタタグと同様の問題が生じうる。

（ii）石けん百貨の事案

事案は、「石けん百貨」のキーワードで、Google で検索された画面（検索連動型広告画面。以下、「①画面」とする）において、一番上に表示された石けん百貨【楽天】の広告スペースから、楽天市場での検索画面（楽天市場というリンク先のショッピングモール検索画面。以下、「②画面」とする）へリンクが貼られ、P1、P2 など、商標権者（原告の石けん百貨）と無関係の広告主が表示されている事案である。

これに対して、商標権者（原告の石けん百貨）は、かつて楽天市場で広告を出していたが、楽天市場から脱退したにもかかわらず、楽天市場が上位に表示され、商標権者自身が Google 検索画面の下の方に表示されていることを問題視している。つまり、原告商標権者の主張は、原告独自に販売網を構築したにもかかわらず、消費者は、検索画面でトップに表示される、楽天市場の石けん百貨の広告スペースからリンクをたどって無関係の P1、P2 にいきつくことに対する差止請求である。

（iii）石けん百貨控訴審判旨

判旨は、通常の商標権侵害の判断ではなく、以下のように、被告（楽天）のショッピングモールに過失責任（包括的認容、具体的認容）があるかを論じている。

まず、②画面で商品等表示がある場合でも、②画面の内容は専ら運営者が制作に関与しない加盟店（P1、P2）の出店ページの記述により決まり、記述の変更により表示内容も変動するが、運営者は判断も関与も認識もしていないため、商標法2条3項8号の「使用」の要件の一部を欠くとした。

次に、運営者が当該仕組みを構築し、①、②画面を表示したことを認容した点是否定した。つまり、運営者が商標権侵害・その助長を意図して構築したものであるとも、客観的にみて専ら商標権侵害を惹起したものとも認められない。かえって、運営者が加盟店に、知的財産権侵害を禁止する規約や、隠れ文字の使用を禁止するガイドラインにより規制しているとしている。また、①、②画面に表示されないためには、キーワード取得を制限する管理があるが、あらゆる登録商標について、②画面の出店ページ

⁴ 大阪地判平成31年4月11日平成29年（ワ）第7764号

の内容と取扱商品との関係を調査する必要がある、ユーザーの検索行動も加盟店の出店ページも常に変化し、監視が著しく困難とした。

他方で、侵害を認識後は侵害を具体的に認容しているとして、合理的期間内に削除する義務を認めた。

つまり、画面①、②を一体としてユーザーは認識するので、運営者が具体的に認識した時点から合理的期間経過までに、②画面で、ワードリスト管理等で、標章の表示を解消しなければ、自らの行為として認容したとして、商標法2条3項8号の「使用」の要件を満たし、運営者の侵害が成立するとした。ただし、本件では通知に対応して、キーワード登録を削除して侵害を否定した。

(iv) 問題点

本事案は、広告主がショッピングモールの運営者（楽天）の事例で、広告主自身がキーワードを選択しており、検索市場で競争関係にある者同士の、通常の商標権侵害の事例である。後掲知財高判平成24年2月14日判時2161号86頁〔チュパチャプス控訴審〕で問題となったような、加盟店の商標権侵害について運営者が監視責任を負うか、という運営者の責任主体の事例ではない。にもかかわらず、判旨は、被告（楽天）のショッピングモールに過失責任があるか（包括的認容、具体的認容）という形で論じている。おそらく、被告が運営者であり、出店者が、運営者の規則で禁じられている隠し文字を用いることによって、②の画面にP1、P2が現れることになった点に着目したのであろう。

しかし、本来、運営者の責任については、まず、需要者が出所混同するおそれがあるか、つまり商標権侵害にあたるかについて論じた上で(1)、運営者が侵害を防止する義務を負う責任主体にあたるか(2)を分けて論じるべきである。本判決は、通常の広告主に対する商標権侵害の事例に、責任主体の判断（プロバイダ責任制限法の趣旨）を混入させている点で批判されるべきであろう、つまり、この事例では、運営者自身が運営者ではなく、広告主の立場として関与しており、需要者の認識から商標権侵害にあたるかどうかを判断すれば足り、後述の運営者の責任主体の局面の考慮をすべきではなかったと考えられる⁵。

もっとも、この事例で被告を「使用」にあたり侵害とすると、検索連動型広告からリンクを貼ることへの萎縮効果があることから、責任主体の判断（過失責任の軽減）のような判示をしたとも考えられる。この点は悩ましい点であろう。

(v) 商標権侵害に当たるか

控訴審の判旨は、前提として、②（リンク先のショッピングモール検索画面について）で商品が表示されない場合、商品等表示がないと判示した。また、①（検索連動型広告の表示）と②の両画面のように、インラインリンクと異なり、リンクを貼っただけの場合も、ユーザーが一体として認識することを、前提としている。そうだとすると、広告主が出店者であれば、商標の使用にあたることを前提としていえると考えられる⁶。その上、①内の検索連動型広告で当該商標を使用しており、そこから楽天市場にリンクが貼られているため、購買前の混同の概念を肯定しているようにも思われる⁷。

では、そもそも、この場合、どのような混同のおそれの態様だろうか。原告商標権者の主張は、原告

⁵ 小嶋崇弘・原審判批・ジュリスト1505号285頁、宮脇正晴・原審判批L&T76号53、61頁（2017年）、青木大也・判批・BLJ 2018.3月号109頁。末宗達行・判批・判例評論728号157、164頁。

⁶ 宮脇・前掲注（5）参照。

⁷ 末宗達行・判批・判例評論728号157頁。

自身が販売網を確立したにも関わらず、ショッピングモール運営者（楽天）の広告が検索ランキングの上に来て、需要者をハイパーリンクにより運営者のサイトに誘導し、運営者がただ乗りしている、というものである。特に商標権者は、被告ショッピングモールから脱退しているにも関わらず、このように表示がなされている点を問題にしている。

確かに、このようなランキングの上下は、需要者の注意をそらすだけですぐ戻ってこれると考える余地もありうる。しかし、今日、ランキングの上下は、商標権者にとって決定的とも考えられる上に、キーワードの取得・管理は、大量とはいえ被告が行っている。検索連動型広告の画面（①画面）にも登録商標の表示もなされている。そして、登録商標がさほど著名ではない場合、需要者は、運営者での P1、P2 に到達することが考えられ、検索ランキングの下の方にある商標権者には行き着かず、出所の混同のおそれがあり、商標や商品の類似性があるとして理論的には商標権侵害となりうる。

（vi）学説による位置づけ

わが国の学説は、メタタグの問題も、検索連動型広告の問題も、同じ購買前の混同の問題ととらえているようである⁸。すなわち、キーワードメタタグでは視認性ないし購買前の混同がないとする考え方に立つと、検索連動型広告についても、検索連動型広告（①画面）に登録商標が表示されない場合には「使用」を原則として否定し、登録商標が表示されていない場合には「使用」を肯定している⁹。これに対して、機械等を通じて商標の出所表示機能が害されるとして、視認性のないメタタグについても使用を認める立場¹⁰は、検索連動型広告についても、出所表示機能を利用しているとして使用を認めている¹¹。

3. 運営者の責任主体

（1）諸論

商標権侵害の責任主体については、3 類型があるとされる。

第1は、知財高判平成24年2月14日判時2161号86頁〔チュパチャップス控訴審〕のように、模倣品侵害についての運営者の責任が問題となる。プロバイダ責任制限法もこの事例を念頭においていると思われる。

第2は、検索エンジン運営者に対する商標権侵害訴訟は、わが国ではほとんどなく、知的財産権に基づく訴訟に広げても少ない。

第3は、広告主（競業他社、加盟店（販売店））に対する訴訟で、大部分を占める。

⁸ 宮脇正晴「インターネット上の著名商標保護—商標的使用の問題を中心に—」パテント72巻4号（別冊21号）161頁、165頁。

⁹ 小嶋・前掲注（3）108頁、平澤卓人「インターネット上での標章の使用と商標法・不正競争防止法」L&T別冊2号91頁、95—96頁、宮脇・前掲注（5）60頁。

¹⁰ 外川英明「検索連動型広告と商標権侵害」竹田傘寿（2013年・発明推進協会）363頁、土肥一史「ネットワーク社会と商標」ジュリ1227号30頁。

¹¹ 外川英明「インターネット上における商標的使用—商標の使用と権利侵害」日本工業所有権法学会年俵37号122頁（2013年）。

(2) [チュパチャップス] の事案

事案は、Chupa Chups の商標を有する商標権者が、出店者が模倣品を販売していたショッピングモールの運営者を訴えた事例である。本件標章を付した商品を出店ページに展示販売した出店者の出店は、展示行為として「使用」にあたることが前提である。この出店者の出店行為について、運営者が出店者と共同ないし、別個独立に、商標法 2 条 3 項 2 号（不競法 2 条 1 項 1 号）の「譲渡のために展示」や「譲渡」を行ったといえるかが争点となった。東京地判平成 22 年 8 月 31 日判時 2127 号 87 頁〔チュパチャップス一審〕は、被告は「使用」の主体ではないとした。これに対して、知財高判平成 24 年 2 月 14 日判時 2161 号 86 頁〔チュパチャップス控訴審〕は、さらに被告は商標を「使用」していなくても、侵害行為の主体にあたるとした上で、運営者はどのような義務を負うかを検討している。

(3) [チュパチャップス一審]

判旨は、一般論として、顧客が運営者のシステムを利用して注文し、出店者が承諾することで売買契約が成立し、運営者は売買契約の当事者でない。したがって、売買については出店者が当該商品の「譲渡」の主体であり、運営者はその「主体」ではないと判示した。

当てはめでは、運営者の出店審査の内容、出店者による出店料等の支払い、商品登録の仕組み、商品の購入・発送等の手続内容、ポイントシステム、運営者の出店者へのアドバイス等の事実から、実質的にみても、商品の販売は、各出店者が、運営者とは別個の独立の主体として行うものとした。結論として、手足のような支配関係や管理関係もなく、結論販売による損益は全て出店者に帰属するため、運営者の計算における販売ではないとした。

(4) [チュパチャップス控訴審]

判旨は、25 条（専用権）、36 条（差止請求）の規定から 2 条 3 項の「使用」している場合以外も、社会的・経済的な観点から行為の主体を検討することは可能であると判示した。

その上で、合理的期間内での運営者（楽天）の不作为が商標権侵害になるとして、次のように判示した。

運営者の規約、購入手続、システム構築、交渉経緯等から運営者のサービス内容を認定した上で、ウェブページの運営者が、出店者のウェブページ開設の環境を整備するだけでなく、サービスの停止等の管理・支配をおこない、出店者から利益を受けている者であって、「出店者による商標権侵害があることを知ったとき、又は知ることができたと認めるに足りる相当の理由があるに至ったときは、その後の合理的期間内に侵害内容をウェブページから削除がなされない限り、運営者に対し、出店者に対するのと同様の差止・損害賠償をなしうる」とする。

その根拠として、侵害を否定する方向に 2 つ理由をあげ、①サービスが有用である上に、商品の多くは商標権侵害でないこと、②既存の商標権とその内容が抵触する可能性があったとしても、先使用権だったり、使用許諾を受けたり、並行輸入品もありうるので、運営者が直ちに侵害の蓋然性が高いと認識すべきとはいえないことを指摘する。

他方で、侵害を肯定する方向の理由を 3 つあげている。つまり、③商標権侵害は犯罪行為で、運営者

も商標権侵害を具体的に認識・認容すれば同法違反の幫助犯となりうること、④運営者は出店料等の利益を得ていること、⑤運営者は商標権侵害行為を認識できたときは、コンテンツの削除、出店停止等の結果回避措置をとることができることをあげている。

その上で、商標権者から商標法違反の指摘を受けたときは、出店者に意見を聴くなどして速やかに調査すべきで、これを履行する限りは責任を負わないが、怠れば出店者と同様、責任を負うと結論づけた。

ただし、本件では、運営者が商標権侵害の事実を知ってから削除まで8日間以内という合理的期間内に是正したと認定し、運営者の運営を商標権侵害と認めなかった。

(5) [チュパチャップス控訴審] の評価

(i) 法律構成

運営者の運営は、商標の「使用」に当たらないとした上で、商標法25条、36条（差止請求）の規定から、運営者が、一定の合理的期間内に措置をしなかった不作為により、行為主体になりうるとした。この基準をみると、深刻な著作権侵害が明白にもかかわらず放置した不作為による電子掲示板が112条の著作権侵害等をするおそれがある者として不法行為責任を負い、侵害主体になるとした東京高判平成17年3月3日判時1893号126頁〔2ちゃんねる小学館控訴審〕と、根拠および法律構成が類似する。

他方で、その要件は、運営者がウェブページ開設の環境を整備するだけでなく、サービス停止等の管理・支配をおこない、出店者から利益を受けている場合である。この点は、最判平成23年1月20日民集65巻1号399頁〔ロクラクⅡ最判〕の基準を援用していると思われる。

また、これらの裁判例が定立した基準（一定期間の不作為が商標権・著作権侵害と評価される）は、プロバイダ責任制限法3条1項の損害賠償の免責の基準を勘案していると考えられる。

つまり、プロバイダ責任制限法の趣旨は、インターネット上の多くの情報がプロバイダを通過することから、損害賠償に関する過失責任を一定の場合に制限する点にある。プロバイダは、送信防止措置を講ずることが技術的に可能な場合で、情報の流通により他人の権利が侵害されていることを知っていたとき（プロバイダ責任制限法3条1項1号）や、情報の流通を知っており、他人の権利が侵害されていることを知ることができたと認める相当の理由があるとき（同法3条1項2号）、当該情報を削除しない行為について、当該権利者に対して損害賠償責任（不作為責任）を負うが、それ以外の場合は不作為で免責される¹²。

(ii) どのような義務か

まず、確認すべきは、NT手続きのように、偽証のおそれのない通知に対して原則削除しないと免責されないというのではなく、商標権者から商標法違反の指摘を受けたときは、モール運営者は調査義務を負うにとどめている。この調査義務を十分果たしている限り、侵害行為が明らかか否かは厳格に判断すべきであろう¹³。

¹² なお、プロバイダ責任制限法は、商標権侵害について、損害賠償責任における過失責任を一定の場合に免責するのが本来の趣旨で、差止請求の範囲とは無関係のはずである。しかし、〔2ちゃんねる小学館控訴審〕（掲示板の著作権侵害）や〔チュパチャップス控訴審〕（楽天。商標権侵害）は、プロバイダなど運営者も、是正措置をとるべきなのに一定期間放置している場合、商標権の行為主体になるとしている。したがって、損害賠償責任に関するプロバイダ責任制限法の基準を、商標権・著作権の侵害主体で問題となる差止請求（商標法、著作権法112条）の範囲に反映させている。

¹³ 宮脇正晴・判例評論646号185・186頁。

また、出品者がモール運営者の調査に協力しない場合、モール運営者には是正義務が生じないか、それとも、なお侵害を知ることができたと認めるに足りる相当な理由があるとして是正義務が生じるかについて問題が指摘されている¹⁴。

確かに、商標法の出所表示機能を保護するために、この場合も運営者には是正義務があるとも考えられる。もっとも、プロバイダ責任制限法上は、不作為（1項）については、運営者の調査に協力しない場合が規定されていないが、作為（2項）については、運営者の調査に協力しない場合には削除しても免責されると規定されている。したがって、不作為の場合も免責しないと削除する方向に陥るため、2項の趣旨を及ぼして、原則として侵害を知ることができたと認めるに足りる相当な理由がないと考える。

4. プロバイダ責任制限法

（1）NT 手続きとの違い

NT 手続は、オンライン上のサービスプロバイダが、著作権者からの法定の形式要件を満たす通知を受けた場合、原則として当該コンテンツをすぐ削除する仕組みである（アメリカ著作権法 512 条(c) (1) (C)）。その後、発信者から反対通知（counter notice）を受けた場合のみ、著作権者が発信者に訴訟提起しない限り当該コンテンツを復活させるものである。以上の手続を踏めば、オンラインサービスプロバイダは責任を負わなくても済む。

そのメリットは、運営者は実体判断をすることなく、権利侵害情報を機械的、迅速に削除でき、NT 手続に従う限りで免責される点にある（セーフハーバーとも呼ばれている）。

これに対して、わが国のプロバイダ責任制限法では、アメリカと異なり虚偽の申出に対する抑止がない点と、権利侵害かどうかを機械的に迅速に削除すれば表現の自由を害するおそれがあるため、名誉毀損を念頭において、運営者が侵害を「認識しているか、認識していたことにつき相当な理由があるか」という基準で免責の範囲を定めたと評価できる。

このように、日本のプロバイダ責任制限法は、プロバイダに免責の余地を認めることを通じてその判断の裁量の余地を与え、商標権者の申出と、運営者の顧客でもある発信者との間で、運営者が板挟みとなることを防いでいる。

（2）損害賠償責任の制限（3 条）の条文

3 条 1 項は送信防止措置を講じない不作為の場合に、運営者が権利者に対して責任を負う場合を規定している。3 条 2 項は、送信防止措置を講じた作為の場合に、運営者が責任を負わない場合を規定している。

ア 送信防止措置を講じなかった場合（1 項）、運営者が権利者に対して責任を負うのは、①措置が技術的に可能で、かつ、②a 情報の流通によって他人の権利が侵害されていることを知っていたとき、または、b 情報の流通を知っていた場合で、他人の権利が侵害されていることを知ることができたと認めるに足りる相当の理由があるとき、である。

¹⁴ 宮脇正晴・前掲注（13）187 頁。

イ 送信防止措置を講じた場合（2項）、運営者が発信者に対して責任を負わないのは、

- ① 措置が必要な限度で、かつ、②a 情報の流通により他人の権利が不当に侵害されていると信じるに足りる相当の理由があったとき、または、②b 権利者から措置の申し出があった場合に、発信者に措置の同意の有無を照会した場合であって、7日経過しても発信者から措置に同意しない申し出がない場合、である。

つまり、プロバイダ責任制限法は、名誉毀損の判例法理を援用し、不作為の場合（1項）でも、作為の場合（2項）でも、侵害を認識するか、認識することができたと認められる相当の理由がある場合にのみ、責任を負うと考えられる。

（3）規定が念頭におく事例からみた商標の事例

運営者がプロバイダ責任制限法3条1項の不作為責任を負う場合における、1号、2号の共通する要素である、「情報の流通に関する認識」は、当該情報が流通しているという事実を現実認識していたことを必要とする。でないと、一般的監視を要求することになり、発信者の表現の自由が害されるからである。

解釈論上争われているのは、不作為責任を負う場合（1項）における、2号の「侵害と知ることができた『相当の理由があるとき』」が何かである。

1) 不作為責任を負う、「相当の理由があるとき」の例として、通常は明らかにされることのない私人のプライバシーや、公共の利害に関する事実でないこと、誹謗中傷があげられている。

著名商標の同一商標による侵害はこれにあたるだろうが、著名でない商標で類似商標による侵害では微妙であろう。

これに対して、2) 不作為責任を負わない、「相当の理由がないとき」の例として、誹謗中傷だが、与えられた情報だけでは違法性があるか不明の場合があげられている。

また、流通している情報が自己の著作物と連絡があったが、主張について根拠がない場合があげられている。たしかに、商標権者が信頼性確認団体に所属しない場合は問題となりうるが、著作権と異なり商標権の場合は登録があるため、権利濫用の争いは少ないと思われる。

さらに、中傷の発言の是非をめぐり引き続き議論が行われている場合があげられる。商標権の侵害訴訟では、商標の類似性以外にも、26条で商標権の効力が及ばない範囲が規定され、自己の名称、品質表示、普通名称、慣用商標などがあげられている。とくに、パロディの抗弁等になる¹⁵と裁判官でも判断が分かれるのではなかろうか。

（4）プロバイダ責任制限法商標権関係ガイドライン

ガイドラインは、運営者の義務を定めたものではなく、削除等で免責される対応を可能な範囲で明らかにしたものである。特に、速やかに削除等ができる場合（3条2項1号）を可能な範囲で明らかにし、個別事情ではなく形式判断で迅速かつ適切な対応が可能なようにした。

¹⁵ 侵害の事例ではないが登録の事例であるが、フランク三浦（原告登録商標）と Frank Muller（先行登録商標）の類似性を否定した事例として、知財高判平成28年4月12日判時2315号100頁。

そこでは、以下のように叙述されている。

2つのいずれも該当する商品情報を送信防止措置の対象にする。

(1) 商品情報が真正品でないと判断できること

(b) 商標権者等により製造されていない類の商品、(c) 商標権者等が合理的な根拠を示して真正品でないと主張する商品)

(2) 商標権侵害であることが判断できること

(蓋然性が高い事由 (a) A が業として商品譲渡、(b) 同一または類似商品、(c) 同一または類似商標)

ここで注目すべきは、類似商標、類似商品も商標権侵害の蓋然性が高い事由としてあげられている点である。電子商取引の運営者としては、商品・サービスの真正さがその信用に直結するため、著作物などのように運営者から離れたものと異なり、積極的に削除すると考えられる。

他方、信頼性確認団体は、書面で、本人性、商標権者等であること、商標権侵害であることの確認をすることができ、その手続が定められている。

5. 考察

(1) 運営者の義務

(i) 商標的使用との関係

運営者が「使用」しているとして直接侵害を認めると、運営者の義務の範囲が広がりうる。とりわけ、視認性のないものの使用まで認めることは、基本的に商標法の範囲を超えると考える。

その理由は第1に、購買前の混同の法理を認め、さらに運営者も「使用」を認めると、機械を誘導するアーキテクチャーやアルゴリズムなどに組み込まれた商標の「使用」も侵害の範囲内となりうる。仮に、機械をとおした出所の混同を認め「使用」を肯定すると、自動認識技術などの機械をとおした運営者も「使用」していることになりかねない。

第2に、前記〔バイクシフター〕は視認性を要求している。〔石けん百貨控訴審〕でも、リンク先の商品等がヒットしない場合には、商品等表示がないと判示している¹⁶。

第3に、商標はいたるところで使用され、使用の必要性がある場合も多い。したがって、「使用」の要件を広げたとしても、運営者の義務の範囲は別問題と考える。

(ii) 運営者の義務の範囲

もっとも、商標的「使用」をしていない運営者にも、一定の場合に行為主体となりうる（〔チュパチャップス控訴審〕）。運営者も行為主体となると、その義務の範囲をどのように確定すべきだろうか。

基本的に不法行為法の過失責任の原則と、その過失責任について、プロバイダ責任制限法の趣旨が関わってくると考えられる。

これまで、商標権侵害の禁圧について、商標権者と運営者が協力するために、NT 手続きやプロバイダ責任制限法の枠組みが設定されてきた。

¹⁶ また、〔石けん百貨控訴審〕の検索連動型の画面（①）と、リンク先の運営者の検索サイトの画面（②）を一体とみても、「使用」の要件で①の広告に登録商標の表示がない場合には、使用に当たらないとするのが学説の多数であろう。前掲注（9）、（10）参照。

ところが、運営者側の自動認識技術等が向上し、また商標権侵害が頻発したため、監視能力を有する電子商取引の運営者に重い調査義務が要求されるようになった。とりわけ、商標の場合は、同一商標の場合だけでなく、類似商標の差止まで要求されるようになった。

しかし、商標類似の判断のほか、使用の判断、商標権の効力の及ぶ範囲、パロディなどは、裁判官以外の人では困難である。運営者が日々何万もの商標権侵害の成否を判断するには自動認識技術を必要とせざるをえないが、文脈に依存する商標権侵害の主張・立証事由をすべて判断することには限界がある。広告主も商標選択の自由や商標使用の必要性があり NT 手続きではその保護が図られない。広告主は、運営者の顧客であり、判断権者である運営者にとって商標権者との板挟みになる。特に小規模の運営者ではその判断能力に限界がある。

(iii) 運営者の義務の認定

このように、運営者がどの程度の監視・是正義務を負うかは、「使用」や「類似性」要件ではとらえきれず、不法行為法の過失責任とそれを基礎づける商標権者の損害のおそれや、侵害の危険性を考慮せざるをえない。

本研究では、インターネット上では、消費者を誘導する仕組みが無数にあり、また、消費者の注意をそらすだけで、気づいて戻れる場合も多く、その全ての不正競争行為を私人の権利である商標法での規律は抑制的であるべきと考える。インターネットでは

電子商取引の運営者同士も競争しており、模造品の販売は、運営者の信用にも関わるはずで、法で重い義務を課さずとも技術的に自主解決することも多いであろう。

したがって、基本的に、運営者に一定の範囲で自由裁量と免責を与える反面、自主的な削除やその工夫を促すべきと考えられる。プロバイダ責任制限法の趣旨からも、わが国の裁判例は、商標権者から申出を受けるなど、運営者が商標使用を具体的に認識し、合理的期間経過後も削除しない場合に、運営者の監視義務を限定している。また、少なくとも、法で抽象的な義務を課すより、事案ごとの具体的な義務を認定するか、または、修正のきくガイドラインに規定すべきであろう。法により運営者に一律の義務づけをするのではなく、プロバイダ責任制限法商標関係ガイドラインのように、最低限免責される場合を、考慮要素とともに掲げ、技術進歩や利益状況に変化に対応して、頻繁に見直すことが望ましいと考える。

(2) アップロード等のフィルター技術

(i) Content ID (YouTube)

YouTube の規約では、Content ID 技術がある¹⁷。これは、YouTube とコンテンツパートナーの契約を結び、かつ同一侵害物の場合にのみという要件で、3 回著作権侵害の通知をすれば、アカウントと関連付けられる動画を削除できる仕組みである。その趣旨は、当事者同士で紛争解決してもらい、Google 等の運営者は責任を負わない旨であろう。

もっとも、侵害が微妙な事例や濫用の事例も多く、その効果も全世界に渡ってアカウントを遮断できるドラスティックなものである。比較的に争いが少ないと思われるわが国でも、編み物に関する

¹⁷ <https://support.google.com/youtube/answer/6013276> (2021 年 1 月 13 日確認)

YouTuber 同士の争いが勃発している。

(ii) Project Zero (Amazon)

Amazon のサイト¹⁸によると、商標権者に商品登録番号を登録させるなどして、AI による自動プロテクション機能を用いたセルフサービスツールで、削除に Amazon に逐一連絡する必要がなくなるメリットがあるとされている。

¹⁸ https://blog.aboutamazon.jp/initiatives_project_zero (2021 年 1 月 13 日確認)。

II. メタタグ・検索連動型広告における商標の使用

明治大学法学部 金子 敏哉 准教授

1. はじめに

本稿では電子商取引を巡る諸問題のうち、日本法におけるメタタグ・検索連動型広告における商標の使用¹を検討する。

以下ではまず、日本の商標法、不正競争防止法（不競法）2条1項1号と2号による商品等表示に係る規律の概要とメタタグ・検索連動型広告の仕組みについて簡単に解説する。

そのうえで、日本の裁判例につき、リンク先のページでの記載や打消し表示の有無の取り扱い等具体的な事実関係も含めた検討を行う。最後に学説の指摘等を踏まえつつ、日本法におけるメタタグ・検索連動型広告の理扱いについての具体的な解釈論を提示する。

なお責任主体に関する論点については、本共同研究における潮海久雄教授の論考に置いて詳しく論じられるため、本稿では検討対象外とする。検索連動型広告については、広告主が指定商品と同一・類似の商品を自ら販売しているような単純な事案における広告主の責任について論じ、後述の〔石けん百貨〕のようにインターネットモールの運営主が広告主である場合や、検索連動型広告を運営する検索エンジン事業者等の責任も検討対象外とする。

2. 日本商標法・不競法2条1項1号・2号による規律の概要

日本法において、標識（商標及びその他の商品・役務等の出所表示（商品等表示））の保護については、商標法と不正競争防止法2条1項1号・2号が中心的な役割を果たしている。

（1）商標法

日本商標法は、登録商標に係る制度とその保護を規定している。

日本法において商標権の侵害となる行為とは、登録商標と同一又は類似の商標を、指定商品・役務と同一又は類似の商品・役務に使用する行為である（商標法25条、37条1から7号）²。

日本商標法における商標権侵害の要件の一つの特徴は、「混同」を条文上の要件としていない点にある。日本商標法は商標が同一かつ指定商品・役務が同一（二重同一）の場合（商標法25条）と「類似」の場

¹ 本研究テーマに関して2010年時点での日中の状況についての比較研究を行ったものとして陳思勤『インターネット上における商標権の保護（特許庁委託 平成20年度産業財産権研究推進事業（平成20～22年度）報告書）』（2010年）がある。

² この他商標権の侵害とみなされる行為としては、登録商標又はこれに類似する商標を表示する物（ラベル等）の製造・譲渡がある（商標法37条1項8号）。日本商標法には、他者の商標権侵害を教唆・幫助する行為については、上記商標法37条1項8号の他は特に条文が置かれておらず、基本的に、刑法や民法（共同不法行為）の一般論によって解釈されることとなる。

合(商標法 37 条 1 から 7 号)を区別して規定している³が、「類似」⁴の場合にも「混同」が商標権侵害の条文上の要件とならない点で中国法・欧州法⁵とは異なる。

商標権侵害の要件の一つである「使用」に関しては、商標法 2 条 3 項にその定義が置かれており、例えば商品に標章を付す行為(1 号)等の他、商品・役務に関する広告等に標章を付して展示、頒布する行為や広告等を内容とする情報に標章を付して電磁的方法により提供する行為(インターネット上での宣伝広告。8 号)がこれに該当する。

日本商標法における重要な法理として商標的使用論がある。すなわち被告の行為が、形式的には商標法 2 条 3 項各号(そして商標法 25 条・37 条)の要件を満たすものの、その使用態様等が出所識別機能を発揮する態様での使用(商標的使用)とは言えない場合、商標権侵害の要件を満たさないという考え方である。

商標的使用論が適用される局面は、主に、記述的表示等に係る標章をその記述的な意味合いで用いる場合⁶と、原告商品との互換性を示す目的等で適切な形で原告商品・役務に言及している場合⁷とに大別される。

日本法において商標的使用論は従来解釈論上の法理と位置付けられてきたが、平成 26 年(2014 年)の商標法の改正により商標法 26 条 1 項 6 号に、商標権の効力が及ばない場合として新たに「需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができる態様により使用されていない商標」が追加された。この商標法 26 条 1 項 6 号が従来の商標的使用の法理に全て対応するかについては議論もあるものの、少なくとも従来の商標的使用の法理を実質的に変更したものではないとは解されている⁸。

(2) 不正競争防止法による商品等表示の保護

日本不正競争防止法(不競法)では、商品・営業の出所を示す表示(商品等表示)の保護について、主に周知表示に係る混同惹起行為(1 号)と著名表示に係る希釈化行為(2 号)を不正競争行為の一つとして定義することで規律している。この他ドメイン名の不正取得・不正使用については 19 号で規律している。

不競法 2 条 1 項 1 号は、他人の周知な商品等表示と同一・類似の商品等表示を使用等して「他人の商

³ 日本商標法は、商標法 25 条で、商標権の効力が及ぶ場合を同一・同一の場合(登録商標と同一の商標を指定商品・役務と同一の商品・役務に使用する場合)と規定し、商標又は商品・役務につき同一ではなく類似の場合については、商標権の侵害とみなされるものとして規定している(商標法 37 条 1 から 7 号)。

⁴ ただし裁判例では、商標や商品・役務の「類似」性について、登録要件(最判昭和 43 年 2 月 27 日民集 22 卷 2 号 399 頁)と侵害要件(最判平成 9 年 3 月 11 日民集 51 卷 3 号 1055 頁〔小僧寿し〕)の両局面において、商品や役務の「出所につき誤認混同を生ずるおそれがあるか否か」が判断基準とされている。もっとも類似性の判断基準における「混同」のおそれとは、商標、商品・役務の近似性による類型的・抽象的な混同のおそれを問題とするものであり、具体的な使用態様に基づいて判断される不競法 2 条 1 項 1 号の具体的な混同のおそれの判断とは性質を異にするものである。

⁵ 欧州法の状況(特に 2015 年の商標指令・共同体商標規則の改正において、二重同一の場合の保護法益を出所表示機能に限定する改正案が最終的に採用されなかった点も含めて)については、茶園成樹「欧州商標法における商標の機能」パテント 72 卷 4 号(2019 年)171 頁以下を参照。

⁶ 米国法における descriptive (classic) fair use に相当するものである。日本法ではこのような使用態様のうち、原産地や品質等を普通に表示する行為については商標法 26 条 1 項 2 号・3 号として従前から商標権の効力制限を定めており、解釈論としての商標的使用の法理が問題となるのは 2 号や 3 号に該当しない場合である(6 号については後述)。後掲注(7)の内容も含め金子敏哉「米国商標法における混同と商標的使用」日本工業所有権法学会年報 37 号(2013 年)95 頁を参照。

⁷ 米国法における nominative fair use に相当するものである。

⁸ 商標法 26 条 1 項 6 号に関しては金子敏哉「商標的使用と商標法 26 条 1 項 6 号：法改正の経緯と平成 26 年改正後の裁判例の検討を中心に」パテント 70 卷 11 号(2017 年)54 頁以下を参照。

品又は営業と混同を生じさせる行為」を不正競争行為と定義する。このように不競法2条1項1号では（商標権侵害と異なり）「混同」が条文上の要件とされている。

また条文上明記されているものではないが、商標的使用論と同様の考え方は不競法2条1項1号についても妥当する。すなわち、被告側が出所識別機能を発揮する態様で当該商品等表示を使用していること（商品等表示としての使用）が不競法2条1項1号該当性の要件となる、と解されている。もっとも不競法2条1項1号では「混同」が条文上の要件であるため、「商品等表示としての使用」の要件の意義は、商標権侵害における商標的使用論・次に述べる不競法2条1項2号の場合と比較すると1号については比較的小さいと解されている。

不競法2条1項2号は、他人の著名な商品等表示と同一・類似の商品等表示を「自己の商品等表示として」使用等する行為を不正競争行為として規定しており、同号は著名表示の希釈化を規制するものと解されている。不競法2条1項2号では「自己の商品等表示として」の使用が条文上明示的に要件として規定されている⁹。

3. メタタグ・検索連動型広告の概要

（1）メタタグ等（タイトルタグ・記述メタタグ・キーワードタグ）

以下では、後述する裁判例で問題となった、タイトルタグ・記述メタタグ・キーワードメタタグの概要について簡単に説明する。

図1は、知的財産研究所のウェブサイトのトップページ(<https://www.iip.or.jp>)のHTMLソース(左)と、Googleによる検索結果の表示画面(右上)、そして検索結果のタイトル部分をクリックした遷移先の知的財産研究所のトップページの画面表示(右下)を示したものである。

図1 タイトルタグ・メタタグと検索結果上の表示



⁹ 札幌高判平成27年6月23日平成26(ネ)365〔食ペログ〕では、被告の運営するユーザー投稿型のレビューサイトにおける店舗情報（原告店舗名）の掲載が、被告（レビューサイトの運営会社）にとって「自己の商品等表示として」原告店舗名称を使用した行為に該当しないと判断された。

タイトルタグ中の記載 (HTML ソースにおいて<title>…</title>と記載されている部分) は、検索結果のタイトルとして表示されるとともに、検索結果からの遷移先のウェブページのタイトルとしてブラウザのタブ等にも表示される。

記述メタタグ・ディスクリプションメタタグ中の記載 (HTML ソースにおいて<meta name="description" content=以下の記載部分) は、検索結果において当該ページの説明文として表示されるが、遷移先にウェブページ上には (HTML ソース等を表示しない限り) 表示されない。

キーワードメタタグ中の記載 (meta name="keywords" content="以下の記載部分) は、検索結果においても、遷移先のウェブページにおいても (HTML ソース等を表示しない限り) 表示されない。

かつてはキーワードメタタグの内容は検索結果の表示順位等との関係での意義があると解されていたが、2009 年に Google が検索順位に関してキーワードメタタグの内容を無視することを表明する等¹⁰、現在日本において主要な検索エンジンにおける検索結果の表示との関係ではキーワードメタタグの記載にはあまり意味がないと解されているようである¹¹。

(2) 検索連動型広告

検索連動型広告は、ユーザーが検索エンジンにおいて検索した単語やその組み合わせに応じて、検索結果表示画面において広告を表示するものである。

図 2 は、Yahoo! Japan で 2021 年 1 月 12 日に「明治大学」を検索した結果の表示画面である。この検索結果においては、明治大学の公式サイトを表示部分の上に、株式会社タウン情報サービスの運営する「学生ウォーカー」というサイトの検索連動型広告が表示されている。

当該広告では「明治大学 | 受験生・保護者の方へ」というタイトル部分の上に「広告」との記載と共に学生ウォーカーの URL (www.gakuseiwalker.jp/)、その下に説明文が表示されている。

図 2 Yahoo! Japan における「明治大学」の検索結果 (2021 年 1 月 12 日)



¹⁰ Matt Cutts, “Google does not use the keywords meta tag in web ranking (Sep 21, 2009)”

https://developers.google.com/search/blog/2009/09/google-does-not-use-keywords-meta-tag [2021 年 1 月 12 日確認]。

¹¹ このような状況は 2012 年時点においても既に認識されていた。小嶋崇弘『米国商標法における混同概念の拡張について (特許庁委託 平成 22 年度産業財産権研究推進事業 (平成 22 ～ 24 年度) 報告書)』(知的財産研究所、2012 年) 106 頁を参照。

Yahoo! Japan 広告では「検索広告」につき、「オークション制で掲載順位が決定」されることが、検索広告の料金はクリックされた場合にのみ費用が発生すること、広告主が申し込み後1日の予算を設定し、キーワードを登録し、広告（タイトルや説明文、URL 等）を作成し、広告料金を入金することで掲載が開始されることが記載されている¹²。

なお後述の〔石けん百貨〕事件では Google の検索連動型広告が問題となっているが、当該事案における検索連動型広告の具体的な仕組みについては判決文では非公開となっている。

4. メタタグ・検索連動型広告に関する裁判例の検討

（1）メタタグ関係裁判例の検討

（i）裁判例一覧

日本において商標権侵害や不競法2条1項1号・2号に関して、タイトルタグ・メタタグ中の商標等の使用が問題となった事件としては以下のものがある。

- ① 大阪地判平成17年12月8日平成16(ワ)12032〔クルマの110番〕
- ② 東京地判平成27年1月29日平成24(ワ)21067〔IKEA〕
- ③ 大阪地判平成29年1月19日平成27(ワ)547〔バイクシフター〕
- ④ 東京地判平成30年7月26日平成29(ワ)14637・知財高判令和元年10月10日平成30(ネ)10064〔タカギ〕
- ⑤ 東京地判令和元年5月23日平成28年(ワ)23327・知財高判令和2年3月19日令和元年(ネ)10049〔ブロマガ〕
- ⑥ 東京地判令和2年2月20日平成30(ワ)15781〔桜ホテル〕

第一審と控訴審の両方が記載されているものについては、基本的に控訴審の判断内容（第一審の判示を引用している部分を含む）を中心に検討する。ただし特に④〔タカギ〕については、第一審と控訴審の判断理由の微妙な相違につき注目される点があるため、この点については後述する。

図3は、上記の裁判例の事案と判断内容をまとめたものである。商標は商標権侵害が問題となった事案、1号は不競法2条1項1号該当性が問題となった事案である。不競法2条1項2号該当が主張されたのは④タカギ事件のみであり、当該事件では著名性が否定されている。

各表の○（×）は、商標権侵害・不競法2条1項1号該当性が認められた（認められなかった）事案を意味する。④タカギ事件では当初の使用態様については侵害・不正競争と認められたが、後述のようにタグ中の表記を変更して以降は侵害等が否定されている。

¹² Yahoo! Japan 広告「検索広告」 <https://promotionalads.yahoo.co.jp/service/sponsored-search/> の記載内容を参照[2021年1月12日確認]。

図 3 メタタグ関連裁判例の一覧

事件名	商標・不競法	キーワード メタタグ	記述 メタタグ	タイトル タグ	被告サイト 内での使用	
①クルマの 110 番	商標		○			
②IKEA	商標・1 号		○	○		
③バイクシ フター	商標	×	○	○	○	
④タカギ	商標・1 号		○／×	○／×	○	(2 号 非著名)
⑤プロマガ	商標		○	(○)	○	(1 号 非周知)
⑥桜ホテル	商標			○	○	

(ii) メタタグを巡る判断と検索結果における視認性

以上の裁判例のうち⑥¹³以外の裁判例では、被告ウェブページの HTML ファイル中のタイトルタグ・記述メタタグ内での被告標章の記載については、検索結果においてタイトル・説明文として被告標章が表示されること(検索結果における視認性¹⁴)を理由として、出所識別機能を発揮する態様(商標的使用・商品等表示としての)での使用であること¹⁵が認められている(④〔タカギ〕の判断については後述)。

特に③〔バイクシフター〕判決では、商標による出所識別が需要者の知覚による認識を通じて行われることを理由に、商標法 2 条 3 項所定の「使用」も「知覚による認識が行われる」態様での使用行為を規定したものと解すべきとの一般論を提示している。

そして③〔バイクシフター〕判決は、記述メタタグ・タイトルタグ(原告商標「バイクリフター」と類似する「バイクシフター」の使用)については検索結果における視認性に基づき商標的使用の該当性を認めたが、キーワードメタタグ(原告商標「バイクリフター」と同一の文字を使用)については「表示される検索結果たる被告のウェブサイトの広告の内容自体において、原告商標が知覚により認識される態様で使用されているものではない」ことを理由に商標法 2 条 3 項 8 号所定の使用行為に該当しないと判断した。なお検索結果に需要者が入力したキーワードが表示されている点については、「需要者にお

¹³ 被告がドメイン名にて「Sakurahotels」、タイトルタグにて「SAKURAHOTEL(桜ホテル)」と使用した他、看板・広告画像等において「桜SAKURAHOTEL」「Sakura Hotel」等の標章を使用していた事案で、原告商標「サクラホテル」に係る商標権の侵害が認められた事案。タイトルタグについては特に商標的使用は争点となっていない。

¹⁴ 本稿において「検索結果における視認性」と述べる場合には、ユーザーが入力した検索キーワードそのものが検索結果画面において表示されているのみでは「検索結果における視認性」が認められない点に特に留意されたい。

¹⁵ 〔①クルマの 110 番〕では検索結果における視認性を、HTML ファイルへの記述メタタグの記載が商標法 2 条 3 項 8 号の「役務に関する広告を内容とする情報を電磁的方法により提供する行為」に該当することの根拠としているが、その後の被告主張に対する応答部分(後述)も踏まえると、この判示は出所識別機能を発揮する態様での使用であるとの評価を含むものと解される。

いて、検索キーワードをもって、検索結果として表示された各ウェブサイトの広告の内容となっていると認識するとは認めがたい」とも判示している。

キーワードメタタグの意義が低下している¹⁶こともあってか、日本の裁判例においてキーワードメタタグが問題となった事件はこの③〔バイクシフター〕判決のみである。

①②④⑤判決は一般論を述べるものではないが、その商標的使用等の該当性の判断からすれば、基本的には、③〔バイクシフター〕判決と同様、知覚による認識、すなわち検索結果における視認性をメタタグ単体での使用について商標的使用の該当性が認められるために必要であるとする理解を前提としたものと推測される。

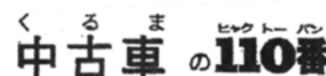
ただし厳密に言えば、これら③を除く裁判例は、そのような考え方を一般論として示したものではなく、また検索結果における視認性がない場合について商標権侵害・不競法2条1項1号に該当しないという判断をしたものでもない点には留意する必要がある。

(iii) 遷移先の被告ウェブページにおける記載との関係

次に、記述メタタグ・タイトルタグにつき商標的使用等の該当性が肯定された事案について、検索結果からの遷移先の被告ウェブページにおける記載内容との関係（検索結果の表示内容について商標的使用該当性を判断する際に、遷移先のウェブページの記載を考慮要素としているか）について検討する（そのうち特に打消し表示に関しては後程より詳しく検討する）。

①〔クルマの110番〕判決は、記述メタタグの記載（原告登録商標（図3）と類似する被告標章「クルマの110番」の使用）につき商標権侵害を最初に肯定した判決であるとともに、被告サイト内では被告標章「クルマの110番」が使用されていなかった¹⁷事案である点が特徴的である。もともと①判

図3 原告登録商標



決は、検索結果における表示内容（記述メタタグの記載）につき商標的使用該当性を判断する際に、遷移先のウェブページの内容を全く考慮しないというわけでもない（説明文と被告サイトの内容が全く異なる場合には出所識別機能の発揮とは認められない場合があり得る）判示もしている¹⁸。

これに対して③④⑤⑥は、タイトルタグ・記述メタタグ中の被告標章と（ほぼ）同一の文字が遷移先の被告ウェブページにおいても記載され、かつその記載についても商標権の侵害・不競法2条1項1号の該当性が認められた事案である。

判断内容の点では、③⑤⑥ではタイトルタグ・記述メタタグ単体（検索結果における表示内容単体）について、遷移先のウェブページ内の記載に特に言及することなく、商標権侵害を肯定している（ただし⑥では商標的使用は争点となっていない）。

④〔タカギ〕第一審では、タグの記載（検索結果の表示）とウェブページ内での記載につきまとめて商

¹⁶ ③判決はキーワードメタタグにつきヤフーなどの検索サイトにおいて被告のウェブサイトをヒットさせて検索結果を表示させる機能があると認定している。

¹⁷ なお本件では、被告サイトのトップページの先頭から2行目に「自動車の119番」との記載をしていた点について、別の原告登録商標（中古車の119番）の侵害も認められている。

¹⁸ 被告側は被告サイト内での「クルマの110番」が使用されていないため、購買時の混同が存在しないと主張した。しかし裁判所は「インターネットの検索サイトにおけるページの説明文の内容と、そこからリンクされたページの内容が全く異なるものであるような場合はともかく、ページの説明文に存在する標章が、リンクされたページに表示されなかったとしても、それだけで、出所識別機能が害されないということはできない」と判示し、本件では記述メタタグにおける説明文と被告サイトの内容が異なっているとは言えないと認定し、被告の主張を退けている。

品等表示としての使用・混同の有無を判断したが、控訴審はそれぞれ別個に判断をし、ウェブページ内での使用とは独立に、タイトルタグ・記述メタタグの記載による検索結果画面の表示内容に基づき商品等表示としての使用と混同のおそれ¹⁹を認定している。もっとも被告ウェブページに記載された打消し表示に基づく被告の主張を退ける際には、その記載態様が不十分であること等を理由としており、遷移先ウェブページの記載を全く考慮しないことを明示しているわけではない点に留意する必要がある。

②〔IKEA〕は、被告ウェブページ内でも原告商標「IKEA」の文字が使用されていた事案（打消し表示部分について後述）であるが、ウェブページ内での表示²⁰に関しては商標権侵害の主張がされていない。この事案では、後述のウェブページ内の打消し表示も考慮したうえで結論としては商標権侵害との判断がされている。

裁判例の判断傾向についてまとめれば、特に遷移先のウェブページの記載を考慮することなく侵害を認めた判決(③⑤⑥)もある一方で、遷移先のウェブページの記載も考慮して判断した判決(特に打消し表示につき後述の②④)、又考慮する余地を残す判決(①)もある、という整理となろう。

(iv) 原告商標への言及の必要性

次に、裁判例の事案を、被告商品が原告商品の互換品である等、被告商品に関する宣伝広告において、原告商品・役務の名称等に言及する必要性(あるいは正当な理由)が認められるか、との点から検討する。

原告商品への言及の必要性が比較的高いと認められる事案としては、②〔IKEA〕と④〔タカギ〕の両事件が挙げられる。②は被告が原告(IKEA)製品の購入代行業を営んでいた事案²¹であり、IKEAに言及することなしにはその営業内容を伝達することはほぼ不可能である。また④〔タカギ〕は、被告が、原告(タカギ)製の浄水器の交換用カートリッジを被告商品として販売していた事案である。

これらの事案では、被告側が適切な形で(出所の混同を生じない、又は、被告商品についての出所識別機能を発揮しない態様で)原告商標に言及している場合には、商標権の侵害・不競法2条1項1号該当性を否定すべき必要性が高い事案であったといえる²²(実際④〔タカギ〕では一部侵害が否定されている)。

もっとも②〔IKEA〕ではタイトルタグ・記述メタタグにおいて「IKEA STORE」「イケア通販」等と記載する等、需要者に出所の混同を生じさせる可能性がかなり高い使用態様であり、この点で結論として侵害を認めた判断は妥当なものといえよう²³。

また④〔タカギ〕では、2017年3月までのタイトルタグ・記述メタタグにおける「タカギ 取付互換性のある交換用カートリッジ…」との記載(被告ウェブページ内でも同一の記載。全文は後述)については、「タカギ」部分が被告商品の出所表示と認識され、混同のおそれを生じさせるとして、不競法2条1項1号該当性及び商標権侵害を肯定した。他方、2017年3月以降の記載(「タカギに使用出来る取り付け互換性のある交換用カートリッジ…」との記載)については、被告商品の商品内容を説明するまとまりのある文章と理解できるため出所識別機能を発揮する態様での使用ではないとして、侵害等を否定し

¹⁹ 混同のおそれに関する一般論の第一審との相違点については後掲注(37)を参照。

²⁰ 他方、被告ウェブページ内での原告(IKEA)の商品写真・説明文の利用については著作権侵害が肯定されている。

²¹ 原告IKEAは、原告製品を店舗でのみ販売し、通信販売を行っていなかった。

²² 土肥一史「判批」IPマネジメントレビュー20号(2016年)41頁以下は、②〔IKEA〕判決につき被告のビジネスモデルとの関係で実質的な違法性の阻却可能性について検討すべきであったことを指摘している。

²³ 泉克幸「判批」ジュリスト1492号(2016年)271頁、平澤卓人「インターネット上の標章の使用と商標法・不正競争防止法」Law&Technology別冊2号(2016年)99頁。

ている。

これらに対しその他の事例については、原告商標への言及の必要性は比較的低い事案である。裁判例のうち⑤〔プロマガ〕²⁴、⑥〔桜ホテル〕は、原告商標に言及する趣旨というよりも、本来的な識別力の弱い商標についての使用が競合した事例であるようにも思われる。他方で③〔バイクシフター〕は、キーワードメタタグにおいて原告商標と同一の商標を使用している点等からも、原告商品を探す需要者を意図的に被告のウェブページに誘導することを意図していたことが推測される事案ともいえよう。①〔クルマの110番〕事件は後者の事案である可能性もあるが、被告会社の代表者の責任が否定されている点からすれば、識別力の弱い商標の使用の競合の事案であるように思われる。

（v）打消し表示の取り扱い

被告側が打消し表示の存在を理由として商標的使用に該当しない、混同のおそれが認められない等の主張をした事件としては②〔IKEA〕と④〔タカギ〕（前述の2017年3月までの記載を以下取り上げる）がある。いずれにおいても結論としてその主張は退けられている。

②〔IKEA〕事件では、検索結果からの遷移先である被告サイトのウェブページの最下部には下記の記載（注意書き）があった。

「イケア」、「IKEA」など、【IKEA STORE】イケア通販に掲載しているブランド名、製品名などは一般にInter IKEA Systems B.V.の商標または登録商標です。

【IKEA STORE】イケア通販では説明の便宜のためにその商品名、団体名などを引用する場合がありますが、それらの商標権の侵害を行う意志、目的はありません。当店はイケア通販専門店になります。」

しかし裁判所は、この注意書きは「これは被告サイトのウェブページの最下部に記載されていることが認められ…、タイトルタグ又はメタタグと一体となって記載されているものではない」として、当該文言のみによって被告の行為が正当な行為とされるものではないと判断した。

これに対して④〔タカギ〕は、遷移先のウェブサイト中のみならず、タイトルタグ・記述メタタグ内においても打消し表示が記載されていた事案である。以下は2017年3月までの記述メタタグの記載の全文である。

<meta name= “description” content= “タカギ 取付互換性のある交換用カートリッジ 浄水器 カートリッジ 浄水カートリッジ（標準タイプ）※当製品はメーカー純正品ではございません。ご確認の上、お買い求めください。” >

タイトルタグにおいても同様の打消し表示（とこれに加えて被告店舗名の表示）がされていたが、検索結果の表示画面では「※当製品は…」以下の部分は実際には表示されない形となっていた。記述メタタグの記載内容は検索結果の表示画面において全文が表示されていた。

しかし裁判所は「※当製品はメーカー純正品ではございません。ご確認の上、お買い求めください。」との文言について、その記載内容及び態様からすれば混同のおそれを解消するに十分なものではないと判断している。

²⁴ この事件は、「プロマガ」の文字などからなる商標につき異なる役務について原告側・被告側がそれぞれ商標権を取得し、相互に侵害であると主張した事案である。

(2) 検索連動型広告に関する裁判例

日本における検索連動型広告に関する公表裁判例は、以下の2件の公表裁判例に限定されている。

⑦ 大阪地判平成19年9月13日平成18(ワ)7458〔カリカセラビ〕

本件は検索連動型広告からの遷移先ページにおいて、被告（広告主）が自社商品（原告商品の競合品）を販売していた事案である。

本判決は、検索連動型広告における広告の掲載が商標権の侵害にあたるとの原告の主張に対して、なぜ侵害にあたるのかの理由を原告が明らかにしないこととともに、このような広告の掲載行為は「商標法2条3項各号に記載された標章の「使用」のいずれの場合にも該当するとは認め難い」ことを理由として原告の主張を失当とした。

本判決は、検索連動型広告一般について商標権侵害に当たらないとの理解を前提としているようにも読める判示もしているが、基本的には原告の商標権侵害の主張が不十分として退けられたため、実質的な判断がされていない事案と評価すべきであろう。

⑧ 大阪地判平成28年5月9日平成26(ワ)8187・大阪高判平成29年4月20日平成28(ネ)1737〔石けん百貨〕

本件は、インターネットモール（楽天市場）の運営者（楽天、被告）が検索連動型広告の広告主であり、キーワード登録の具体的な仕組みに関する判示部分が非公開となっているなどかなり特殊な事案である。

本件では、Googleで「石けん百貨」を検索した際の検索結果の表示画面に、検索連動型広告（本件広告。「広告」の表示と共に、「【楽天】石けん百貨大特集」又は「石けん 百貨大特集」²⁵等の見出し等を表示）が表示されていた。そしてユーザーがこの広告見出しをクリックすると「楽天市場リスト表示画面」が表示される仕組みであった。

本件のGoogleの検索連動型広告におけるキーワード登録の具体的な仕組みは判決文中では非公開となっている²⁶が、少なくとも、被告が意図的に原告商標（「石けん百貨」と同一・類似の用語（「石けん百貨」・「石けん 百貨」等）を検索連動型広告のキーワードとして登録したわけではないと認定されている。

「楽天市場リスト表示画面」は、楽天市場のサイトにおいて、本件広告に使用された登録キーワード（例えば「石けん百貨」や「石けん 百貨」等）で直接検索した場合に表示される画面と同一の画面である。この表示画面では、(1)加盟店の出店ページに当該キーワードが含まれている場合には、当該出店ページで販売されている商品が自動表示され（少なくとも2014年6月頃には、「石けん百貨」に係る楽天市場リスト表示画面にはAが販売する複数の石けん商品や、Bが販売する「柚子石けん」が表示されていた。）、(2)加盟店の出店ページに当該キーワードが含まれていない場合には、何らの商品も陳列表示されなかった。被告の規約では、出展者に第三者の知的財産権の侵害や第三者に不利益を及ぼす行為を禁止し、またガイドライン上で隠れ文字の使用も禁止していた。

²⁵ 「石けん」と「百貨」の間に半角スペースのある表示（控訴審判決中では「（スペースあり表示）」と表記）。本判決が「石けん百貨」（スペースなし表示）のみならず「石けん 百貨」とのキーワードについても原告商標との類似性が認められることを前提とした判断を行っている点には疑問がある（青木大也「判批」ビジネスロージャーナル2018年3月号（2018年）110頁を参照。またスペースなし表示の取り扱いにつき小嶋崇弘「判批」ジュリスト1505号（2017年）285頁の指摘も参照）が本稿ではこの点については詳しく検討しない。

²⁶ 被告の原告に対する2005年10月26日付回答では「サーチワードは、外部の広告業者のシステムにより、一定の機械的法則に基づき、自動的に選定されるものである…」との記載がされており、同様のサービスの可能性もある。

⑧〔石けん百貨〕控訴審は、まず上記(2)の場合について「本件広告とそのハイパーリンク先である楽天市場リスト表示画面とを一体のものとして見ても、どの商品が『石けん百貨』等と関連するののかについて何ら表示されていないから、本件広告は、本件各登録商標に係る指定商品又は指定役務と同一又は類似の商品に関する広告であるとは認められない」として、本件広告は本件各登録商標に係る指定商品・役務と同一・類似の商品・役務に関する広告であるとは認められないと判断している。

他方(1)の場合(広告からの遷移先の楽天市場リスト表示画面に加盟店の石けん商品が表示される場合)については、「石けん百貨」をキーワードとして検索をしたユーザーから見れば、被告が原告商標に係る指定商品(石けん)に「石けん百貨」という標章(原告商標と同一・類似の標章)を付して「電磁的方法により提供したといえるかのようである」と判示している。

しかし本件の事実関係(特に「石けん百貨」をキーワードとする広告が検索連動型広告として表示された経緯(詳細は非公開)、そして「楽天市場リスト表示画面」の表示内容が専ら各加盟店の出店ページの記載内容によって定まること)を考慮し、⑧〔石けん百貨〕控訴審は、加盟店の行為が加盟店の石けん商品に「石けん百貨」の標章を付したと評価される「場合があることはともかくとして」、被告(楽天)の行為は、商標法2条3項所定の要件の一部を欠くために「当然に」原告の商標権を侵害しているとはいえないと判示している。

他方で〔石けん百貨〕控訴審は、「石けん百貨」という標章が付されることを被告が包括的又は具体的に認容していた場合²⁷には被告が商標権侵害の責任を負うとの一般論を提示しつつも、本件ではこれらの場合に該当しないと判断している。また共同不法行為責任も否定された。

以上のように⑧〔石けん百貨〕控訴審は、インターネットモールの運営者が広告主であり、キーワード登録も意図的なものではなかったという、検索連動型広告としてはかなり特殊な事案である。

そのため本判決は、より一般的な検索連動型広告の事案、すなわち、検索連動型広告の広告主が(原告商標と同一・類似の)キーワードを意図的に設定・登録し、広告からの遷移先において自らの商品の販売・役務の提供を行っている事案における広告主の責任については、直接的には判断していない²⁸。

しかし本判決の判断内容からすれば、このような一般的な検索連動型広告の事案において、少なくとも、検索結果において広告の内容として原告商標と同一・類似の標章(本件では「石けん百貨」)が表示され、かつ、広告からの遷移先の被告ウェブサイトにおいて指定商品と同一(・類似の)商品・役務の販売等がなされる場合には、広告主の行為につき商標権侵害が成立しうるとの理解を前提にしたものであると解される²⁹。

なお本判決は、検索結果における広告での表示と広告からの直接の遷移先のウェブページ(「楽天市場リスト表示画面」)とを合わせて考慮しているが、「楽天市場リスト表示画面」からの遷移先の各加盟

²⁷ 単独不法行為については、(i)包括的認容に基づく責任(被告が「広告主である検索連動型広告に『石けん百貨』という表示がされ、かつ、そのハイパーリンク先である楽天市場リスト表示画面に石けん商品が陳列表示され」る状態を被告が「あらかじめ包括的に認容して」いた場合)と(ii)具体的認容に基づく責任(前記状態及びこの状態が商標の出所表示機能を害することにつき被告が具体的に認識(可能)した時点から、合理的期間内にこの状態を解消する措置を取らないことによる責任)となる。

包括的認容・具体的認容という整理については青木・前掲注(25)108頁を参照した。

²⁸ 田中浩之「判批」ジュリスト1511号(2017年)9頁、青木・前掲注(27)110頁、塩田千恵子「判批」商標・意匠・不正競争判例百選[第2版]61頁参照。

²⁹ 末宗達行「判批」判例評論728号(2019年)34頁を参照。また宮脇正晴「インターネット上の著名商標保護—商標の使用の問題を中心に—」パテント72巻4号(2019年)165頁も、本件で(隠れ文字として出店ページに「石けん百貨」の文字を使用していた)出店者が仮に広告主であった場合にはその行為は商標的使用に該当することを前提に判断したものと評価している。

店の出店ページの記載内容（打消し表示の存在等）については（隠し文字による「楽天市場リスト表示画面」への影響以外の点では）特に考慮していない。このような判断は被告がモール運営主であるという本件の事案の特殊性と当事者の主張・立証によるものであろう。より一般的な事案において広告からの遷移先のウェブページの記載が（どのように）考慮されるかについては、被告ウェブサイトにおいて指定商品と同一・類似の商品が販売されない場合については（本判決の考え方からしても）商標権の侵害には当たらないとはいえるが、打消し表示の存在等についてどのような判断がされるかは本判決からは明らかではない。

なお広告内容として原告商標と同一・類似の商標が表示されない場合³⁰については、本判決の事案では問題となっていないが、メタタグに関する裁判例（特に③〔バイクシフター〕）からすれば、商標の使用に該当しないと判断される可能性が高いと思われる。

5. 検討

（1）基本的な考え方

（i） 商標法の保護法益としての商標の機能

まず出発点として検討すべきは、商標法の保護対象とする商標の機能をどのように解すべきかとの点である。この点につき日本法では、出所識別（表示）機能及び品質保証機能とする考え方³¹が一般的である。

これに対して近年日本においても、欧州法における二重同一の場合の取り扱いを参考に、商標の機能として宣伝広告機能を保護すべきとの見解³²も主張されており、このような見解からは、特に二重同一の場合について被告の使用態様が原告商標の出所表示機能を害さない場合にも宣伝広告機能を害する場合には商標権侵害を肯定すべきとの考え方³³が主張されている。

宣伝広告機能をも保護法益とする理解は、混同を条文上の要件としない日本商標法上は、二重同一の場合のみならず「類似」の場合にも文言上は採用しうる考え方である³⁴（混同を要件とする不競法 2 条 1 項 1 号については文言上採用し得ない）。

しかし、商標権の保護法益を広く解することは社会におけるコミュニケーションのツールである記号

³⁰ 本共同研究の顧昕研究員の 2020 年 1 月 10 日の報告資料「中国のネットワークサービスプロバイダの商標権間接侵害の責任問題の研究」（日本語訳スライド 32・33）は、検索結果における視認性を伴わない検索連動型広告に関して、北京市第一中級人民法院（2011）一中民初字第 9416 号、北京市高級人民法院（2013）高民終字第 1620 号〔慧魚〕では商標的使用に該当しないと判断した（日本における③〔バイクシフター〕判決に近い判断といえよう）が、上海市浦东新区人民法院（2015）浦民三（知）初字第 141 号民事判決書〔凡人修仙伝〕では商標的使用に該当するとして商標権侵害が肯定されており、北京と上海の法院で相反する考え方が取られていることが指摘されている。

³¹ 最判平成 15 年 2 月 27 日民集 57 巻 2 号 125 頁〔フレッドベリー〕（所定の要件を満たす真正商品の並行輸入は「商標の機能である出所表示機能及び品質保証機能」を害さないために商標権侵害が否定されると判断）等を参照。品質保証機能が商標法の保護法益として出所表示機能とは独立した意義を有するか否かについては議論がある（詳細は大西育子『商標権侵害と商標的使用』（信山社、2011）275 頁以下を参照）。

³² 土肥一史『商標法の研究』（中央経済社、2016 年）35 頁以下、大西・前掲注(31)253 頁以下を参照。

³³ 大西育子「商標の使用と権利侵害—欧州商標法からみた我が国の商標的使用—」日本工業所有権法学会年報 37 号(2013 年)89・90 頁(他方で商標法 26 条の見直し(当時商標法 26 条 1 項 6 号は存在しなかった)も必要とも述べている。

宣伝広告機能等を保護法益とした場合の検索連動型広告の取り扱いにつき検討する服部謙太郎「インターネット上での商標の使用—商標機能論からのアプローチと商標的使用—」日本知財学会誌 14 巻 3 号(2018 年)1 頁以下(二重同一につき類似の場合特別すべきことについては 26 頁も参照)。

³⁴ 茶園・前掲注(5)178・179 頁を参照。

の独占につながる危険性を伴うこと、宣伝広告機能を発揮する態様での使用も「商標的使用」に含まれるとした場合のその判断基準の不明確さ(あるいは商標的使用論が侵害を限定する法理として機能しなくなること)、(商標的使用論の一部につき商標法 26 条 1 項 6 号により明文化されたとはいえ)商標権の効力の制限に関する規定・議論が十分な蓄積がされているとはいえないこと等に鑑みれば、宣伝広告機能を独立の保護法益と解するべきではないとの考え方³⁵が妥当なものである。

不競法 2 条 1 項 2 号に関しては、条文上「自己の商品等表示として」の使用(被告が自己の商品・営業の出所表示として当該表示を使用すること)が要件となる。この要件は 2 号の規律が過度に広範に及ぶかねないことを規制する重要な要件であり、宣伝広告機能が保護法益となるとしてもこの要件を緩やかに解すべきではないと思われる。

(ii) 日本法における購買前の混同の取り扱い

次に検討すべきは、検索結果の表示画面等に接した時点での出所の混同(購買前の混同)のおそれ(そのような形で出所識別機能を発揮する態様での使用であること)を理由として、不競法 2 条 1 項 1 号の混同や、商標法における商標的使用等の該当性を認めてよいか、との論点である。

メタタグ・検索連動型広告における標章の使用(による検索結果の表示画面)単体につき侵害等を認めた裁判例は、購買前の混同を考慮した判断と基本的に評価できる³⁶。しかし日本法において購買前の混同を考慮して侵害を認める考え方は、理念形としては以下の二つの異なる考え方があり得るところである。

- A 説 購買時の混同(のおそれ)が存在しない場合にも、購買前の混同(のおそれ)が存在する場合には、商標権の侵害等が認められる(べき)とする考え方
- B 説 購買時の混同(のおそれ)の存在を必要としつつ、購買前の混同(のおそれ)の存在から購買時の混同(のおそれ)を事実上推認する考え方(B 説からは、被告側が購買時までにはその混同のおそれが解消されていることを立証すれば侵害は否定されうる)

メタタグ・検索連動型広告に関する裁判例については、明示的に A 説に基づく一般論を示した裁判例は存在しない。また購買時の混同のおそれが存在しないことを認定しながら、購買前の混同を理由に侵害を肯定した事例も存在しない。ただし④〔タカギ〕控訴審の混同に関する一般論³⁷とタイトルタグ・記述メタタグにつき独立に商品等表示としての使用該当性及び混同のおそれを認定した点は A 説に親和的ともいえる。

他方 B 説によるものである(可能性が高い)裁判例としては、メタタグでの使用等につき明示的に購買時の混同を基準として判断したもの(④〔タカギ〕第一審))の他、遷移先のページの記載内容も踏まえたうえで商標的使用の該当性や混同の有無を判断した・判断する余地を残す事案(①〔クルマの 110 番〕、

³⁵ 田村善之『商標法概説〔第 2 版〕』(弘文堂、2000 年)4 頁以下、茶園・前掲注(5)179 頁等を参照。

³⁶ なお知財高判平成 20 年 3 月 19 日平成 19(ネ)10057〔ELLEGARDEN〕は、類似性判断の文脈で、被告ホームページへの誘導可能性を考慮すべきとの原告側の主張を、購買時の混同が存在しないことを理由に退けた。

³⁷ 不競法 2 条 1 項 1 号の「混同」につき第一審は「現実には混同が生じることまでは必要でなく、実際に商品等を購入する時点で需要者に混同を生じさせるおそれがあることをもって足りると解するのが相当である。」と判示していたが、控訴審は第一審のこの判示のうち「実際に商品等を購入する時点で」の部分を除いた一般論を展開している。

②〔IKEA〕控訴審³⁸が挙げられる。

上記以外の記述メタタグ・タイトルタグの使用につき、リンク先ページの記載内容とは独立に商標的使用該当性を判断している裁判例(③〔バイクシフター〕・⑤〔プロマガ〕)は、リンク先ページにおいて別途侵害等が肯定されている事案でもあり、A説、B説のいずれにからでも説明可能であろう。

検索連動型広告に関する⑧〔石けん百貨〕控訴審もA説・B説いずれからでも説明可能な判決と評価できる。A説からは、加盟店の出店ページでの購買時の混同が特に考慮されていない点が強調されようが、B説からは広告からのリンク先の表示画面は問題にしている点、又あくまで当該事案はインターネットモールの運営者が広告主であった特殊な事案との点が主張されよう。

以上の裁判例の状況を踏まえて、私見としては、日本の裁判例の現状の大勢はA説ではなく(B)説を基礎とするものと解すべきであるとともに、筆者自身の解釈論としてもB説を妥当なものとする³⁹。

すなわち、商標法及び不競法2条1項1号の規制対象はあくまで購買時の混同(のおそれ)であると解すべきであるが、メタタグや検索連動型広告に関しては、需要者が検索結果に接した時点でその広告の表示内容から出所の混同のおそれが認められる(当該標章を出所識別機能を発揮する態様で使用している)場合には、購買時までその混同のおそれが解消されている(ために商標的使用に該当しない)ことの立証責任を被告側に事実上負担させるべきであり、裁判例の多くもそのような運用をしていると解する。

(iii) 商標的使用の判断枠組み

近時、商標的使用の判断枠組みについて[1]「相手方使用商標の特定」と[2]「類否判断を経由することなく侵害を否定するための法理」との二つの側面があることを指摘する見解⁴⁰が提唱されている。

この見解のポイントは、特に[2]の側面についての商標的使用の該当性の判断が、単純に被告の態様が少しでも出所識別機能の発揮と認められれば商標的使用に該当するというものではなく、「商標的使用以外の情報伝達の側面を有する『使用』行為を禁止することの不利益」と「出所識別機能を保護することの利益」との衡量を行い、前者が優越する場合に出所識別機能を「果たしていない」と評価するものである⁴¹ことを明らかにした点にある。本稿もこのような考え方を強く支持するものである⁴²。

このような見解からは、[1]相手方の使用商標の特定(及びその使用態様が「登録商標と同一・類似の

³⁸ 田村善之『ライブ講義知的財産法』(弘文堂、2012年)187頁は、①〔クルマの110番〕判決を、購買時にまで混同が残存している場合があることを理由に保護を肯定した事案と評価している。平澤・前掲注(23)94頁も①〔クルマの110番〕は「実際の購買時点での混同につながり得ることを前提にしている」と評価している(他方②〔IKEA〕は購買前の混同の法理を認める立場と親和的であるとする)。

本稿が②〔IKEA〕を(B)説によるものと理解する理由は、(A)説の場合、遷移先のページの打消し表示は侵害の成否に全く影響しないこととなると思われるところ、②〔IKEA〕(そして④〔タカギ〕控訴審も)そのような理由ではなく、あくまで打消し表示の態様が不十分であることを理由としている点に着目しているためである。

³⁹ 裁判例の趨勢につき、購買決定時まで混同が残存している場合に限り侵害を肯定しているものと評価する小嶋・前掲注(25)285頁を参照。また前掲注(38)も参照。

平澤・前掲注(23)94頁は「購買前の混同の点を考慮するとしても、問題となる購買前の混同が購買の意思決定に影響を与える限りにおいて考慮すべき」とする。

⁴⁰ 宮脇・前掲注(29)167頁。

⁴¹ 宮脇・前掲注(29)167頁を参照。

⁴² 金子・前掲注(8)注(77)では商標的使用に係る考慮要素としての需要者の認識につきこのような規範的な解釈がされるべきことを部分的に記載していたが、明確に利益衡量を行うべきことを明らかにした宮脇・前掲注(26)167頁の見解を支持する立場に見解を改める。

標章が特定の商品や役務と結び付けて認識される可能性があること」(最小限の出所識別機能の発揮)については権利者が主張立証責任を負い、②の利益衡量については特に「商標的使用以外の情報伝達の側面を有する『使用』行為を禁止することの不利益」に係る事情や権利者の商標の出所識別機能への悪影響が低い(混同のおそれがない・低い等)ことに係る事情について侵害者側が主張・立証責任を負うべき⁴³こととなる。

以下ではこのような商標的使用論の理解を基礎として、メタタグ・検索連動型広告の取り扱いに関する具体的な解釈論を述べる。

(2) 記述メタタグ・タイトルタグ(検索結果における視認性がある場合)の判断枠組み

まず、被告がタイトルタグ・記述メタタグにて被告標章(原告商標・商品等表示と同一又は類似の標章)を使用した結果、検索エンジンの検索結果において、被告ウェブページのタイトルや説明文に被告標章が表示される場合(検索結果における視認性がある場合)について検討する。

この場合には、基本的に、検索結果における被告標章の表示態様に照らして、商標的使用(不競法2条1項1号については自己の商品等表示としての使用及び混同)の該当性を判断すべきこととなる。

検索結果におけるタイトルや説明文が需要者の認識に及ぼす影響を考えれば、検索結果における表示に基づき前記[1]の最小限の出所識別機能の発揮が認められ、リンク先のウェブページにおいて指定商品・役務(原告商品等)と同一・類似の商品・役務の販売・広告等を行っている場合には当該商品・役務に関して商標法3条2項8号の使用(及び商標的使用)に該当することが事実上推定され、被告側が[2]の利益衡量に係る事情(原告商標への言及の必要性等)を主張・立証すべきこととなる。

この[2]の判断はより具体的には、(i) 検索結果における被告標章の表示態様自体(例:④[タカギ]における「タカギの浄水器に使用できる」との表示)から、又は、(ii) リンク先のページ等での記載(打消し表示等)も踏まえた場合に、原告商標への言及の必要性等に照らして許容すべき程度の混同のおそれであると認められた場合に、商標的使用の該当性が否定されることとなる。

もっとも(ii)リンク先のページ等での記載の考慮に関して、裁判例は一般に、被告標章から離れた場所での打消し表示の存在(②[IKEA]、④[タカギ]控訴審の打消し表示に関する判断を参照)については、商標的使用や不競法2条1項1号の混同のおそれを否定する要素としてはあまり考慮しない傾向にある。このような裁判例の判断手法は、このような態様では需要者が打消し表示を十分に確認できない場合が多いことに照らせば、基本的には⁴⁴妥当なものと思われる。しかし打消し表示を巡る判断は被告標章の使用の必要性等に照らした利益衡量として行われるべきものである点は留意すべきであろう。

⁴³ 宮脇・前掲注(29)168頁、金子・前掲注(8)71頁も参照。を参照。

⁴⁴ もっとも、差止の判断についてはより適切な打消し表示の方法があればそちらを用いるべきとの判断を行い、損害賠償責任における判断ではより緩やかに打消し表示の内容を考慮するようなアプローチもありえるかもしれない。

(3) 検索結果における視認性を欠く場合と検索連動型広告の取り扱い

検索結果における視認性(検索結果におけるタイトル・説明文、検索連動型広告の広告内容(タイトル・説明文)において原告標章と同一・類似の標章が表示されること)を欠く場合の取り扱い⁴⁵⁾については、キーワードメタタグの重要性が低下している現状に鑑みると、現在の日本における議論の実益は主に、検索連動型広告において検索結果における視認性がない場合の取り扱いの点にあらう。

日本の学説上は、検索結果における視認性がある場合に限り商標的使用の該当性を肯定する(検索結果における視認性がないキーワードメタタグ・検索連動型広告単体については商標的使用に該当しないとする)見解⁴⁶⁾と、検索結果における視認性がない場合にも(ユーザーの検索キーワードの表示等による視認性等も理由に)商標的使用を肯定すべき場合があるとする見解⁴⁷⁾とが対立している状況である。

本稿からは、検索結果の視認性は一考慮要素に過ぎないという立場は理論的には十分に成り立ちうると考えながらも、現在の検索エンジンの状況においては、キーワードメタタグ⁴⁸⁾・広告であることが明記された検索連動型広告⁴⁹⁾については、検索結果における視認性を欠く場合、キーワードメタタグ・広告単体に関しては商標的使用等の該当性が否定されるべきと解する(ただしリンク先のウェブページの内容と検索結果表示画面の両者を考慮して侵害が認められる余地は残る⁵⁰⁾)。このように解すべき理由としては、原告商品に関する検索結果において出所の混同が生じない形で競合商品の情報が表示される可能性を排除すべきでないこと(競合商品等に関する情報流通の必要性)、現在の検索エンジンの状況の下での需要者の認識、検索結果における視認性を必須としない場合につき商標的使用・混同等の判断が不明確となること、プロバイダ等が商標権侵害に関する判断を行う際にできる限り明確な基準があるべきと考えることが挙げられる。

⁴⁵⁾ 末宗・前掲注(29)30頁の整理における検索連動型広告の「第二類型」(登録標章と同一の標章を見出し及び広告文に表示させる場合)に対応するものとなる。

⁴⁶⁾ 小嶋・前掲注(11)107・108頁、平澤・前掲注(23)96頁等。

メタタグ等につき「視認性」(本稿の他の箇所と異なりここでは「検索結果における視認性」ではなく「視認性」の単語を単独で表記している点に留意)の有無ではなく混同を生じさせる・出所表示性が認められるか否かにより判断すべきとする見解についても、宮脇正晴「メタタグと『商標としての使用』」パテント62巻4号(2009年)181頁のように、結論としてはキーワードメタタグにつき需要者がメタタグの文字列を認識しないのが通常であることを理由として侵害を否定するものである点で、本稿においては「検索結果における視認性」がある場合に限り商標的使用に該当するとする見解と整理されることとなる(後継注(48)も参照)。また茶園成樹「インターネット上の標識の新たな使用形態への対応」知的財産研究所『新しい時代における知的財産保護のための不正競争防止法のあり方に関する調査研究報告書』(2002年)20頁もメタタグ単体(文脈上キーワードメタタグを念頭に置いたものと思われる。18頁参照)については「ユーザはメタタグを出所表示とは考えておらず、メタタグの使用は出所混同のおそれを生じないと考えられる」としている(他方ウェブサイトのドメイン名や遷移先のページの表示内容において原告商標と同一・類似の標章が使用されている場合には、これらと合わせて考慮すればメタタグにも出所表示性が認められうるとしている)。

⁴⁷⁾ 土肥一史「ネットワーク社会と商標」ジュリスト1227号(2002年)30頁、島並良「判批」小松陽一郎先生還暦記念『最新判例知財法』(青林書院、2008年)373頁、外川英明「インターネット上における商標的使用—商標の使用と権利侵害—」日本工業所有権法学会年報37号(2013年)122頁及び134頁以下、安田和史「他人の商標をメタタグや検索連動型広告で使用する行為」知財ジャーナル10号(2017年)73・74頁を参照。

検索結果における視認性がある場合もない場合も「出所表示機能を有する使用」であるか否かを問題とすべきとする見解として板倉集一「判批」判例評論577号(2007年)40頁がある。

⁴⁸⁾ 宮脇・前掲注(29)168頁は、検索結果における視認性を欠くキーワードメタタグにつき「最小限の出所識別機能の発揮があるかどうか疑わしい」と述べている。

⁴⁹⁾ 広告であることが需要者に明示されていない検索連動型広告については、殊更に需要者に検索時点での混同を生じさせるものでありかつ広告主もそのことを意図して広告を利用している場合には、検索結果における視認性がなくとも不競法2条1項1号に該当する場合があると考えている(商標権侵害に関してはまだ見解を留保している)。

⁵⁰⁾ 前掲注(46)の茶園説及び宣伝広告機能を保護法益とする立場からであるが服部・前掲注(33)26頁も参照。このように本稿の立場は「検索結果における視認性」を厳密な意味での要件とする見解ではない(前掲注(49)及び宮脇・前掲注(26)169頁も参照)。

検索結果に表示される広告内において被告標章又は原告商標と同一・類似の標章がタイトル・広告文として表示される場合については、前述の記述メタタグ・タイトルタグの場合と同じ判断基準により、検索連動型広告単体での商標的使用該当性が判断されるべきである⁵¹。この場合、広告であることが明記されていたとしても前記[1]の最小限の出所識別機能の発揮が認められ⁵²、被告側が[2] (i) 広告内の被告標章の表示態様自体、又は、(ii) 広告からのリンク先のページ等での記載（打消し表示等）も踏まえた場合に、原告商標への言及の必要性等に照らして許容すべき範囲内の混同のおそれにとどまることを主張立証すべきと解される。

6. おわりに

以上のように本稿は、従来の裁判例の分析を基礎としつつ、商標法の目的はあくまで出所表示機能（とこれに付随する品質保証機能）の保護にあるとの立場から、購買前（検索時点）の混同は日本法ではあくまで購買時の混同の存在を事実上推認するものとして取り扱うべきであり裁判例の大勢もそのような理解であると解し、商標的使用論を巡る近時の見解を基礎として、日本法におけるメタタグ・検索連動型広告の取り扱いについて「検索結果における視認性」の有無に応じた具体的な解釈論を展開したものである。

⁵¹ この場合に常に商標権侵害が認められるべきではないことについて潮海久雄「判批」商標・意匠・不正競争判例百選[第2版]59頁も参照。

⁵² 宮脇・前掲注(29)168頁参照。