OUKA
The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	ネットワーク環境における著作物と商標の保護 ： 日中の比較を中心として
Author(s)	陳, 思勤
Citation	大阪大学, 2013, 博士論文
Version Type	VoR
URL	https://hdl.handle.net/11094/27268
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

ネットワーク環境における著作物と商標の保護

――日中の比較を中心として――

Protection of Copyrighted Works and Trademarks in the Network Environment -with a Focus on a Comparison between Japan and China-

陳　思勤
CHEN Siqin

2012年12月

大阪大学大学院 法学研究科

ネットワーク環境における著作物と商標の保護
——日中の比較を中心として——

陳 思勤

2012年12月

大阪大学大学院　法学研究科

目　次

序章----1

第Ⅰ部　ネットワーク環境における著作物の保護と間接関与者の責任----3

第１章　日本におけるネットワーク上の著作権侵害に関する間接関与者の責任----5

第１節　概説----5

第２節　クラブキャッツアイ事件とカラオケ法理の位置づけ----6

第３節　ネットワーク上の著作権侵害事件に対するカラオケ法理の適用----9

一　直接利用行為が著作権侵害となるケースにおける間接関与者の責任----9

1　ファイルローグ事件

2　TV ブレイク事件

二　直接利用行為が著作権侵害ではないケースにおける間接関与者の責任----11

1　MYUTA 事件

2　ロクラクⅡ事件

三　まとめと若干の考察----14

第２章　中国におけるネットワーク上の著作権侵害に関する間接関与者の責任----20

第１節　概説----20

第２節　中国における情報ネットワーク伝達権の立法化----23

一　1999 年【六作家対北京オンライン判決】----23

二　2001 年著作権法改正と情報ネットワーク伝達権の新設----24

第 3 節　侵害コンテンツへのアクセスを提供する行為と共同不法行為の成立----------25
一　2000 年【翻訳家対 Sohu 判決】と最高裁司法解釈の制定----------25
二　リンクの提供と情報ネットワーク伝達権の侵害主体----------28
1　2004 年【正東レコード対 ChinaMP3 判決】
2　2005 年【上海歩升レコード対百度社音楽ファイルダウンロード判決】
3　小括
三　検索エンジンサービスの提供と「情報ネットワーク伝達権保護条例」の制定----32
1　2007 年【ユニバーサルミュージック対百度社音楽ファイル検索ダウンロード判決】
2　「情報ネットワーク伝達権保護条例」の施行
3　2007 年【正東レコード対ヤフー（中国）社音楽ファイル検索ダウンロード判決】
四　P2P サービスの提供と情報ネットワーク伝達権の侵害----------37
1　2006 年【北京慈文社対広州数聯ソフト判決】
2　2006 年【上海歩升レコード対北京飛行網判決】
3　小括
五　権利侵害責任法の制定による影響----------38

第 3 章　日中の比較と若干の考察----------41
第 1 節　直接利用行為が著作権侵害である場合----------42

第 2 節　直接利用行為が著作権侵害ではない場合----------44

第Ⅱ部　インターネット上における商標の保護----------45

第 4 章　日中両国における商標保護関連法規の現状----------46
第 1 節　中国法の状況----------46
一　基本法規の整理----------46
1　商標法における保護と救済
2　不正競争防止法における保護と救済

二　ドメイン名と商標権との抵触問題に対処する法整備----------51
1　2001年ドメイン名司法解釈以前の裁判例
2　ドメイン名関連法規の整備

第2節　日本法の状況----------56
一　基本法規の整理----------56
1　商標法における保護と救済
2　不正競争防止法における保護と救済
二　ドメイン名と商標権との抵触問題に対処する法整備----------60
1　不正競争防止法2条1項2号を適用した裁判例
2　商標の使用と認めた裁判例
3　平成14年の商標法改正による立法的解決
4　平成13年の不正競争防止法改正による立法的解決

第3節　日中の比較と若干の考察----------65
一　現行法の比較----------65
1　商標権侵害行為と不正競争行為の判断について
2　インターネット上の商標権侵害行為と不正競争行為
二　若干の考察----------67

第5章　電子商取引における商標の保護と間接関与者の責任----------69
第1節　中国におけるモール等運営者の責任----------70
一　従来の裁判例----------70
1　2005年【宇宙星社対易趣社判決】
2　2006年【11月21日社対易趣社判決】
3　2006年【PUMA対淘宝社判決】
4　裁判例の整理
二　リアル空間における商店街運営者の責任との比較----------75
1　2006年【秀水街判決】
2　【秀水街判決】の分析と比較

三　近時の裁判例----77
1　一連の裁判の経緯
2　2011年【衣念社対淘宝社判決】
四　まとめ----80

第2節　日本におけるモール等運営者の責任----83
一　モール等運営者の不法行為責任----83
1　モール等運営者の不法行為責任の成立要件
2　プロバイダ責任制限法
3　モール等運営者の故意過失の判断
4　関連裁判例におけるモール等運営者の注意義務の検討
5　小括
二　モール等運営者の商標権侵害責任----90
1　楽天市場事件
2　判旨の分析と学説の立場
三　まとめ----96

第3節　日中の比較と若干の考察----98
一　モール等運営者の事後救済義務について----98
二　モール等運営者の事前審査義務について----99
1　学説
2　私見

第6章　キーワード検索における商標の保護と間接関与者の責任----104
第1節　キーワード検索等に関連する中国裁判例の検討----105
一　直接侵害行為に対するドメイン名司法解釈の類推適用―通用ネットアドレス事件
----105
1　「通用ネットアドレス」サービスの概要
2　2005年【雅致社対園芸社判決】
3　小括

二　直接侵害行為に対する商標法と不競法の適用と ISP の責任肯定―ネット実名事件
----------106
1　「ネット実名」サービスの概要
2　2006 年【雅潔社対 3721 社判決】
3　小括
三　ランキング競売事件と ISP の事前審査義務の肯定----------109
1　「ランキング競売」サービスの概要
2　2007 年【北京全脳研究院対精英特社と百度社判決】
3　2008 年【上海大衆搬場物流対百度社判決】
4　2011 年【美麗漂漂対百度社判決】
5　小括
四　AdWords 事件と ISP の事前審査義務の肯定----------116
1　「AdWords」サービスの概要
2　2009 年【台山港益電器対 Google 判決】
3　小括
五　中国裁判例の整理と検討----------119
1　他人の商標を検索キーワードとして自社と関連付ける行為の性質
2　検索キーワード関連サービスを提供する ISP の行為の性質と責任

第 2 節　日本法上の議論と検討----------125
一　他人の商標をメタタグに使用する行為----------125
二　他人の商標を検索連動型広告に使用する行為----------126
三　検討----------127

第 3 節　日中の比較と若干の考察----------129
一　直接行為者の行為の性質----------129
二　ISP の責任----------130

終章----------132

序章

1990 年代以来の情報技術の発展とインターネットの普及は、人々のライフスタイルに様々な変化をもたらした。今日は、デジタル技術によって複製された大量の情報が、インターネットを通じて瞬時に世界中を飛び交う時代である。このような技術の進歩は、生活に便利をもたらすだけでなく、多くのビジネスチャンスをも提供し、ネットワークを利用した経済活動が非常に活発に行われるようになった。

たとえば、コンテンツ産業はその典型例であり、音楽 CD の売り上げが年々減少する一方、ネットワーク上の音楽インタラクティブ配信という新しいビジネスモデルは情報伝達手段の発達による恩恵を享受し、大きな発展のチャンスを得ている。音楽著作権等の管理団体である日本音楽著作権協会（JASRAC）が音楽インタラクティブ配信について徴収した使用料の金額を取ってみても、2011 年度には 88 億円を超えており[1]、巨大な市場がすでに形成しているといえる。さらに、近年では、インターネットの高速化にともない、動画の配信事業も急拡大しており、その証明として JASRAC が動画等ストリームから徴収した使用料は 2009 年以来順調に増えつづけ、2011 年度には 11 億円に達したのである[2]。

また、ネットショッピングなどの電子商取引も、すでにわれわれにとって身近なものになっており、人々の生活利便性の向上に大きく貢献した。日本国内の消費者向け（BtoC）電子商取引市場の規模は、経済産業省（当時は通商産業省）による統計が始まった 1998 年の 650 億円[3]から、2003 年には 4.4 兆円に達し、さらに 2011 年には 8.5 兆円に達している[4]。中国でも、2011 年のネット小売業の市場規模は、8 千億人民元（約 10 兆円）に達したという統計がある[5]。

しかし、このようなライフスタイルの変化と多様なネットワーク上のビジネスの展開は、同時に、知的財産の保護に関する新たな課題をもたらしている。たとえば、デジタル技術

---

1 2012 年 JASRAC 定例記者会見資料（http://www.jasrac.or.jp/release/pdf/12052301.pdf）参照。
2 同上、2012 年 JASRAC 定例記者会見資料参照。
3 通産省「平成 10 年度電子商取引に関する市場規模・実態調査」（http://www.meti.go.jp/policy/it_policy/statistics/outlook/h10_report.pdf）参照。
4 経産省「平成 23 年度電子商取引に関する市場調査」公表資料（http://www.meti.go.jp/policy/it_policy/statistics/outlook/H23ECnews%20release.pdf）参照。
5 中国電子商務研究中心「2011 年度中国 B2C 電子商務市場調査報告」（http://www.meti.go.jp/policy/it_policy/statistics/outlook/H23ECnews%20release.pdf）

の発達とインターネットの普及は、ネットワーク上のコンテンツ産業を興隆させ、著作権者に利益をもたらすメリットがある一方、発達したデジタル技術を利用すれば、著作権者に無断でコンテンツを安価かつ容易に複製することができ、その質も正規のものとほとんど変わらないほど劣化が少ない。さらに、このような違法なコンテンツをインターネットにアップロードすれば、瞬時にして世界中からアクセスすることがありえるわけであり、これを放置すれば正規品の市場が大きな打撃を受けることは容易に想像できる。

また、電子商取引に関しても、商標権を侵害するような商品が出回ることが珍しくはなく、商標権者等にとって悩みの種にもなっている。さらに、他人の商標と同一ないし類似するキーワードを自身のサイトと結びつける検索キーワードとして登録使用するという新しい宣伝広告の方法が登場したことにともない、検索エンジン等を用いたキーワード検索と商標との抵触といったような新たな類型の紛争も生じており、日中両国において裁判にまで発展している。

これらのネットワーク上の知的財産の保護に関する新たな問題ないし法的紛争は、従来のものとは異なる特徴を有することが少なくなく、新たな対処を求められている。本稿は、日中両国の立法、裁判例、学説を比較検討し、これらの問題の法的規律のあり方を考察するものである。

第Ⅰ部　ネットワーク環境における著作物の保護と間接関与者の責任

第1部ではネットワーク環境における著作権保護のあり方を考察する[6]。序章で述べたように、日本において、ネットワーク上の音楽配信はすでに大きな市場を形成している。しかし、日本レコード協会が2006年から2008年までの間に行った調査によれば、違法音楽ファイルの推定ダウンロード数は2006年に2億8700万曲、2007年に3億9926万曲、2008年に4億714万曲とされており[7]、ネットワーク上における著作権侵害の深刻さを物語る一例と言えよう。また、中国でも、インターネット上の正規の音楽や映画の配信サービスが未だ発達していないにもかかわらず、インターネットからこれらのコンテンツを簡単にダウンロードできてしまうという現状は、流通しているコンテンツの大多数が著作権を侵害して無断に提供されているものであることを表しており、適法なコンテンツ配信サービスの育成を大きく阻害してしまう。

そのため、著作権者の権利保護という観点からも、またコンテンツ産業の育成という産業政策の観点からも、如何にネットワーク上において著作権を有効に保護するかが喫緊の課題といえよう。一方、インターネットは、情報や娯楽を広く利用ないし社会に提供する重要な手段であるうえ、日々発展を遂げている新しい分野でもあり、著作権の保護を強調するあまり、技術の進歩や利用者の利益を行うことにも注意する必要があろう。その意味において、著作権の適切な保護という視点も重要であろう。

インターネットにおいて、他人が著作権を有するコンテンツを無断に送信し、もしくは送信可能な状態におくなど、直接に著作権侵害行為を行った者は、著作権法23条に定める著作権者の公衆送信権を侵害する責任を負うことに疑問はない。しかし、サイバースペース上の匿名性という特徴によって、著作権者がこのような直接の侵害行為者の責任を追及しようとしても、肝心な発信源の身元を簡単には知ることができないため、著作権者の権利行使と利益保護は困難に直面する[8]。さらに、侵害行為者が不特定多数の個人である場合には、法的にはともかく、現実的に責任を追及しにくい場面も多い。このため、日中両国

---

[6] 第1部は、拙稿『ネットワーク環境における著作権保護の日中比較―間接関与者の責任を中心に―（一）、（二・完）』阪大法学58巻5号241、6号101頁を加筆修正したものである。

[7] 日本レコード協会「違法な携帯電話向け音楽配信に関するユーザー利用実態調査（2008年版）」（http://www.riaj.or.jp/report/mobile/pdf/081224.pdf）。

[8] 田中豊「著作権侵害とこれに関与する者の責任」コピライト2001年9号3頁参照。

で現実に発生している裁判例をみると、著作権者は実効性のある救済を求めて、これら直接の侵害行為者以外に、間接的に著作権の侵害にかかわる者の責任を問う訴訟を起こす傾向にあり、このような著作権者の訴求に対する司法上の対応が問われているのである。さらに、日本では、物理的にみた著作物の直接利用行為者が著作権侵害行為を行っていない場合にも、間接的に著作権の利用にかかわる者を規範的に著作権侵害の主体として、その責任を追及する裁判例が見られる。そこで、第 1 部においては、このような間接的に著作権の利用ないし侵害にかかわる者（以下では「間接関与者」という。）の責任に焦点をあて、著作権の有効かつ適切な保護という観点から両国の裁判例を素材に検討したい。

第１章　日本におけるネットワーク上の著作権侵害に関する間接関与者の責任

第１節　概説

著作権侵害行為に対して著作権者が通常求める救済方法として、損害賠償と差止めが想定されるが、日本法では従来からこの 2 つの救済は別々の法律によって認められている。すなわち、著作権の侵害に基づく損害賠償は、他の財産権の侵害と同様に、不法行為について定める民法 709 条に基づいて認められる。しかしながら、不法行為法には、名誉毀損に対する原状回復を認める民法 723 条以外に、不法行為の一般的救済として差止を認める明文規定はなく、通説判例も日照権の侵害など公害または生活妨害を中心とした一部の特殊な不法行為に限定して差止を認めているのであって、不法行為の一般的な効果として差止を認めるまでには至っていない[9]。このため、著作権侵害行為の差止を求めようとする著作権者は、民法 709 条などの不法行為法の規定ではなく、著作権法 112 条に基づいて、「著作権を侵害する者又は侵害するおそれがある者」に対して、「侵害の停止又は予防を請求すること」になる。

この点は、ネットワーク上の著作権侵害事件に関しても同様である。侵害行為を直接に行った不特定多数の者の責任を実際に追及しにくいために、著作権者が間接的に著作権の侵害にかかわる者に対して責任を追及する際に、損害賠償責任のみを求めるのであれば、民法 719 条に基づき直接の行為者との共同不法行為を主張することや、端的にその間接関与者の行為が不法行為を構成すると主張することが不可能ではないが、差止まで求める場合には、通常、間接関与者を著作権法 112 条にいう「著作権を侵害する者又は侵害するおそれがある者」とする法律構成をとることが多い。そこで裁判例においてしばしば利用されるのは、クラブキャッツアイ事件[10]およびその後の下級審判例が確立したいわゆる「カラオケ法理」と呼ばれる法律構成である。

---

9 加藤雅信『新民法体系Ⅴ　事務管理・不当利得・不法行為（第２版）』（有斐閣 2002 年）284 頁、297 頁、平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』（弘文堂 1992 年）106 頁。高部眞規子「著作権侵害の主体について」ジュリスト 1306 号 114 頁も参照。

10 最高裁昭和 63 年 3 月 15 日判決民集 42 巻 3 号 199 頁。

第2節　クラブキャッツアイ事件とカラオケ法理の位置づけ

クラブキャッツアイ事件は、カラオケスナックの経営者がカラオケ機器を設置し、無許諾で音楽著作物を再生し客に利用させていたところ、音楽著作権の管理団体である JASRAC からその行為が演奏権の侵害に該当するとして、差止および損害賠償を請求された事件である。

本来市販の音楽レコード・テープを再生することは、著作権法 22 条にいう「演奏」であり、音楽著作物の利用行為に該当するため、私的使用ではなく、事業として許諾なしにスナックで演奏する場合は、著作権侵害行為とされる。しかし、旧著作権法（明治 32 年法律第 39 号）時代に、旧法 30 条 1 項 8 号によって飲食店などで音楽著作物を再生することを自由とし、昭和 45 年に現行著作権法になったときにも、著作権法附則 14 条の経過規定（平成 11 年の著作権法改正ですでに削除）および著作権法施行令（昭和 45 年政令第 335 号）附則 3 条によって、「喫茶店その他客に飲食をさせる営業で、客に音楽を鑑賞させることを営業の内容とする旨を広告し、又は客に音楽を鑑賞させるための特別の設備を設けているもの」に限って、著作権法 22 条を適用し、それ以外の飲食店などでは、従前どおり、レコード・テープを再生演奏しても、著作権法 22 条の適用を「当分の間」受けず、著作権の侵害ではないとされていた。

本件訴訟において、カラオケテープをスナックで再生し、客に歌唱をさせる行為を、客による歌唱行為として捉えれば、「営利を目的とせず、かつ聴衆または観衆から料金を受けない」ため、著作権法 38 条によって認められる私的使用になり、客の著作権侵害責任を問えない。一方、スナックによるテープ再生として捉えれば、上記著作権法施行令附則 3 条附則にいう「客に音楽を鑑賞させるための特別の設備を設けているもの」に該当しないと解する限り、著作権法 22 条の演奏とは認められず、やはりスナックの経営者の責任を問えないことになる。

しかし、最高裁は、「演奏（歌唱）という形態による当該音楽著作物の利用主体は上告人らであり、かつ、その演奏は営利を目的として公にされたものであるというべきである。けだし、客やホステス等の歌唱が公衆たる他の客に直接聞かせることを目的とするものであることは明らかであり、客のみが歌唱する場合でも、客は、上告人らと無関係に歌唱しているわけではなく、上告人らの従業員による歌唱の勧誘、上告人らの備え置いたカラオケテープの範囲内での選曲、上告人らの設置したカラオケ装置の従業員による操作を通じ

て、上告人らの管理のもとに歌唱しているものと解され、他方、上告人らは、客の歌唱をも店の営業政策の一環として取り入れ、これを利用しているいわゆるカラオケスナックとしての雰囲気を醸成し、かかる雰囲気を好む客の来集を図って営業上の利益を増大させることを意図していたというべきであって、前記のような客による歌唱も、著作権法上の規律の観点からは上告人らによる歌唱と同視しうるものであるからである」と述べ、客の歌唱行為に対するスナック経営者の管理・支配性と、有料でカラオケを提供する図利性を要件に、客の歌唱行為の主体をスナック経営者と擬制して、著作権侵害の責任を認めた。これは、著作権法の規律の観点から行為の主体を探索する手法であり、その特徴は、物理的に直接に著作権を利用する者（カラオケで歌唱する客）とは別に、そのような利用行為を管理し、かつ営利目的で一つのビジネスとして行う者（スナック経営者）を、規範的観点から著作権侵害行為の主体と認定する点にある。

最高裁の手法は、著作権利用行為の主体を自然観察によってではなく、規範的観点から探索する点において、極めて技術的である。にもかかわらず、その結論は学説の大方の支持を受けたとされるが[11]、それは上述したような新旧著作権法の交錯という複雑な背景があったことによると考えられる[12]。

クラブキャッツアイ事件において最高裁が用いた判例理論は、その後の下級審における一連の類似事件でも、基本的に踏襲され、カラオケ法理と呼ばれるようになった[13]。これらの判決の説得力を担保したものは、その技術的手法にあるというよりも、当時の特殊な法的背景の下、現行著作権法22条の趣旨に照らせば、著作権者の許諾なしに、スナックで客にカラオケを歌唱させることによって集客するというビジネスモデルを違法とすべきという当時の人々の規範意識にあった、と考えるのが適切であろう[14]。

しかし、このような特殊な背景を作り出した著作権法附則14条の経過規定は、平成11年の著作権法改正によってすでに削除され、現在ではカラオケスナック店、カラオケボックスなどにおけるカラオケの演奏を、カラオケ法理を用いるまでもなく、直接に著作権法

---

11 吉田克己「著作権の『間接侵害』と差止請求」知的財産法政策学研究14巻148頁。
12 斉藤博「著作物のネット配信と私的使用のための録音・録画」現代企業法学の研究（筑波大学大学院企業法研究専攻10周年記念論文集、2001）1頁、吉田前掲注（11）・146－147頁、北村行夫「ストレージ・サービスを著作権侵害と認定――『MYUTA』事件判決」コピライト2007年11号32頁。
13 たとえば、高松地裁平成3年1月29日判決判タ753号217頁まはらじゃ事件、大阪高裁平成9年2月27日判決知的裁集29巻1号213頁魅留来事件などがある。
14 北村前掲注（12）・32頁。

22 条によって規律することができる。その意味において、カラオケ法理の本来の使命ないし活躍の場は現在すでに存在しないというべきである[15]。

[15] 大渕哲也【判批】著作権判例百選（第 4 版）94 番事件、上野達弘「著作権法における『間接侵害』」ジュリスト 1326 号 81 頁。

第3節　ネットワーク上の著作権侵害事件に対するカラオケ法理の適用

ところが、当初の適用対象であるカラオケ関連事件においてはもはや不要になったはずのカラオケ法理は、現在ではネットワーク上の著作権侵害事件などに、新たな活躍の場を得ているのである。なぜなら、カラオケ法理は、著作物の直接利用者以外の間接関与者を、規範的に直接の侵害主体と同一視し、差止を含めた救済を著作権者に認めるものであり、同法理の適用上、直接利用行為が著作権を侵害する行為であるか否かは、問題とされないという特徴がある。そのため、直接の侵害行為者が不特定多数の個人ユーザでありその責任追及が実際上困難な場合はもちろん、個人ユーザの直接利用行為が著作権法30条に規定する私的使用のための複製に該当し、そのために著作権侵害にならない場合においても、著作権者は同法理を利用して間接関与者の責任を追及することが可能だからである。

このように、ネットワーク上の著作権侵害事件においてカラオケ法理が適用されたケースには、物理的に観察した直接利用行為が著作権侵害となるケースと、そのような直接利用行為が私的使用で著作権侵害ではないケースが存在する。この基準に従ってこれまでの主要な裁判例を分類すれば、前者の典型例はファイルローグ事件とTVブレイク事件であり、後者の典型例はロクラクⅡ事件である。

一　直接利用行為が著作権侵害となるケースにおける間接関与者の責任

1　ファイルローグ事件[16]

本件は、レコード会社ら（被控訴人・原審原告）が、ユーザのパソコン間でデータを送受信させるいわゆるP2P方式の電子ファイル交換サービスを提供する業者（控訴人・原審被告）に対して、同サービスにより原告が著作隣接権を有する音楽著作物のMP3形式に係る電子ファイルが送受信され、よって著作隣接権を侵害されたとしてその差止と損害賠償を求めた事案である。

本件の当時、個々のユーザがMP3ファイルをダウンロードする行為については、私的使用目的である限り、その複製は適法であった[17]。しかし、ファイル交換の特性は、受信者が

---

[16] この紛争に関して、同じ被告業者に対し、JASRACが原告となった判決（東京高裁平成16年（ネ）第405号同17年3月31日判決）とレコード会社が原告となった判決（東京高裁平成16年（ネ）第446号同17年3月31日判決）が別々にあるが、高裁判断の重要部分はほぼ同様であるため、ここでは後者のみを取り上げる。

[17] 平成21年の著作権法改正によって、私的使用の目的であっても、違法にインターネット

受信したファイルを送信できる状態におく点にあり、それゆえユーザは送信可能化権を侵害するため、直接利用行為が著作隣接権の侵害に該当するケースである。ところが、原告は直接の侵害者である個々のユーザの責任を追及することが実際上困難であるため、代わりにコンテンツの違法な伝達を結果的に媒介するサービスを提供している被告の責任を追及したのである。

控訴審裁判所は、「本件サービスが、その性質上、具体的かつ現実的な蓋然性をもって特定の類型の違法な著作権侵害行為を惹起するものであり、控訴人会社がそのことを予想しつつ本件サービスを提供して、そのような侵害行為を誘発し、しかもそれについての控訴人会社の管理があり、控訴人会社がこれにより何らかの経済的利益を得る余地があるとみられる事実があるときは、控訴人会社はまさに自らコントロール可能な行為により侵害の結果を招いている者として、その責任を問われるべきことは当然であり、控訴人会社を侵害の主体と認めることができるというべきである。」と判示し、間接関与者の行為の性質、直接行為者に対する管理・支配性、受ける利益の存在などの点を総合的に斟酌し、被告を著作権利用行為の主体と擬制し、著作権侵害の責任を認めた。

裁判所が示した上記判断基準は、クラブキャッツアイ事件最高裁判決が示した管理・支配性要件と図利性要件以外に、間接関与者の行為であるサービスの性質も考慮し、著作権侵害行為を惹起する蓋然性とそれに対する間接関与者の認識を指摘する点は、カラオケ法理と一応区別することが不可能ではないが[18]、著作権侵害の主体を拡張して直接行為者以外の者を差止めの対象とする点において、カラオケ法理を採用したものと理解することができる[19]。

2　TVブレイク事件[20]

本件は、JASRAC（被控訴人・原告）が、動画投稿・共有サイトを運営する会社（控訴人・被告）が主体となって、そのサーバーに各ユーザが投稿したJASRACの管理著作物の複製物を含む動画ファイルを蔵置し、これを各ユーザのパソコンに送信しているとして、

配信されていることを知りながら、音楽や映像をダウンロードすることが違法化され（著作権法30条1項3号）、さらに平成24年改正によって刑罰の対象となった（著作権法119条3項）。

18 奥邨弘司【判批】情報ネットワーク・ローレビュー6巻49頁。

19 岡村久道【判批】著作権判例百選（第4版）193頁。

20 知財高裁平成22年9月8日判決判例時報2115号102頁（上告不受理、原審東京地裁平成21年11月13日判決判例時報2076号93頁）。

著作権（複製権及び公衆送信権）を侵害されたとしてそれらの行為の差止めと損害賠償 を求めた事案である。ファイルローグ事件と同様に、投稿する各ユーザが直接の侵害行為を行っていることになるが、個々のユーザに対して個別に差止め等を請求することが事実上困難な事案である。

控訴審判決は、著作権法上の侵害主体の決定について、「当該侵害行為を物理的、外形的な観点のみから見るべきではなく、これらの観点を踏まえた上で、実態に即して、著作権を侵害する主体として責任を負わせるべき者と評価することができるか否かを法律的な観点から検討すべきである。そして、この検討に当たっては、①問題とされる行為の内容・性質、②侵害の過程における支配管理の程度、③当該行為により生じた利益の帰属等の諸点を総合考慮し、侵害主体と目されるべき者が自らコントロール可能な行為により当該侵害結果を招来させてそこから利得を得た者として、侵害行為を直接に行う者と同視できるか否かとの点から判断すべきである。」とする原審判旨を引用した。これはファイルローグ事件を踏襲した判示であると考えられる[21]。

そのうえ、控訴審判決は、本件サービスが著作権を侵害する蓋然性の極めて高いサービスであって、被告会社がこの点を予想することができ、現実に認識しているにもかかわらず、著作権を侵害する動画ファイルの回避措置及び削除措置を採っておらず、同サービスを管理運営し、広告収入等の利益を得ているとして、被告会社が著作権侵害の主体であると認め、差止めと損害賠償を認めた原審判決を維持した。

二　直接利用行為が著作権侵害ではないケースにおける間接関与者の責任

この類型に分類できるのは、音楽ファイルのストレージ・サービスに関する下記 MYUTA 事件と、テレビ放送の複製・配信サービスに関する後述のロクラクⅡ事件、録画ネット事件[22]などである。

---

21 佐藤豊【判批】パテント 63 巻 7 号 68－69 頁、村井麻衣子【判批】判例評論 624 号 184 頁、奥邨弘司「動画投稿サイト管理運営者と著作権侵害（2）―民事責任に関する日米裁判例の比較検討―」知的財産法政策学研究 35 巻 254 頁。

22 知財高裁平成 17 年 11 月 15 日決定（平成 17（ラ）第 10007 号）、平嶋竜太【判批】著作権判例百選（第 4 版）97 番事件。

1　MYUTA 事件[23]

本件は、携帯電話向けストレージ・サービス（「MYUTA」という名称のサービス）を提供する業者（原告）が当該サービスの提供について、音楽著作権等管理事業者（被告 JASRAC）に管理著作物の著作権に基づく差止請求権が存在しないことの確認を求めた事案である。

「MYUTA」サービスとは、ユーザが自分のパソコンで原告によって提供された専用ソフトを用いて、音楽 CD などの音源データを携帯電話用ファイル形式に変換したうえ、インターネットを経由して原告の運営する「MYUTA サーバー」のストレージにアップロードして蔵置し、これを任意の時期に自己の携帯電話にダウンロードできるようにするいわゆるプレイスシフト型のサービスであり、これにより、ユーザにおいて、携帯電話で音楽を自由に再生することができる。個々のユーザが音源データを複製し再生する行為は私的使用を目的とするものと認められ、複製権の侵害とはならない。そのため、本件の争点は、音源ファイルをサーバーに複製し、サーバーからユーザの携帯電話機向けに送信する一連の行為の主体を、原告と認めることができるか、その結果原告の行為が複製権および自動公衆送信権の侵害に該当するかという点にある。

判決は、「MYUTA」サービスを一般的なサーバーによるデータストレージサービスと区別し、本件におけるサーバーのストレージがユーザのパソコンと携帯電話とを中継する役割を果たすとして、極めて重要なプロセスと位置付けた。そのうえで、カラオケ法理を用いて、複製行為、送信行為のいずれについても、ユーザが操作の端緒となる関与を行うものではあるが、必要な条件が原告によって予めシステム設計で決定され、これらの行為が専ら原告の管理下にあるサーバーにおいて行われるものであるとして、サービスに対する原告の管理性を認め、さらに同サービスの有料化予定に基づき図利性も認めることにより、利用行為の主体が原告と認定した。結論として、被告に差止請求権が存在することを確認した。

2　ロクラクⅡ事件[24]

ロクラクⅡ事件と録画ネット事件などにおいて問題となるサービスは、いわゆるプレイ

---

[23] 東京地裁平成 19 年 5 月 25 日判決判時 1979 号 100 頁。
[24] 東京地裁平成 20 年 5 月 28 日判決判時 2029 号 125 号（1 審）、知財高裁平成 21 年 1 月 27 日判決（平成 20 年（ネ）第 10055 号等）裁判所 HP（控訴審）、最高裁平成 23 年 1 月 20 日判決判時 2103 号 128 頁（上告審）。

スシフトないしタイムシフト型のサービスであり、また対象とするユーザの利用形態に注目すれば、いずれも適法に放送されたテレビ番組を複製ないし配信することによって、インターネットを通して遠隔地（主に海外）で視聴可能にするサービスである。

最高裁まで争われたロクラクⅡ事件は、放送事業者（原告・被控訴人＝附帯控訴人・上告人）が、「ロクラクⅡビデオデッキレンタル」という名称の本件サービスを提供する業者（被告・控訴人＝附帯被控訴人・被上告人）に対して、著作権及び著作隣接権（複製権）を侵害されたとして、テレビ番組の複製等の差止めと損害賠償等を求めた事案である。

被告業者が提供する本件サービスは、概ね、被告が親子機能を有する機器を用意してユーザに貸与し、かつ自らが管理支配した場所にテレビ番組を受信できるよう親機を設置・管理する一方、ユーザが子機を操作し、被告のサーバー等を経由して放送番組を受信・複製し、そのうえ複製した番組データを子機に送信させ、子機に接続したテレビモニターに再生して視聴するというものである。

一審判決がカラオケ法理を適用し、被告が親機を管理・支配していることなどに着目して管理・支配性を肯定し、また被告が初期登録料と機器レンタル料を収受しているとして図利性を認め、結論として被告が著作権と著作隣接権を侵害するものと判断した。これに対して、控訴審判決は録画行為の実施主体は利用者自身で、被告は利用者が行う適法な複製行為の実施を容易ならしめるための環境、条件等を提供しているにすぎないとして、著作権等の侵害と否定した。また、クラブキャッツアイ事件のカラオケ法理については、本件と事案を異にするという立場を採ったのである。

しかし、最高裁は、「放送番組等の複製物を取得することを可能にするサービスにおいて、サービスを提供する者（以下では「サービス提供者」という。）が、その管理、支配下において、テレビアンテナで受信した放送を複製の機能を有する機器（以下では「複製機器」という。）に入力していて、当該複製機器に録画の指示がされると放送番組等の複製が自動的に行われる場合には、その録画の指示を当該サービスの利用者がするものであっても、サービス提供者はその複製の主体であると解するのが相当である」と判示し、その理由として、「複製の主体の判断に当たっては、複製の対象、方法、複製への関与の内容、程度等の諸要素を考慮して、誰が当該著作物の複製をしているといえるかを判断するのが相当であるところ、上記の場合、サービス提供者は、単に複製を容易にするための環境等を整備しているにとどまらず、その管理、支配下において、放送を受信して複製機器に対して放送番組

等に係る情報を入力するという、複製機器を用いた放送番組等の複製の実現における枢要な行為をしており、複製時におけるサービス提供者の上記各行為がなければ、当該サービスの利用者が録画の指示をしても、放送番組等の複製をすることはおよそ不可能なのであり、サービス提供者を複製の主体というに十分である」ことを挙げている。その結果、原審判決を破棄して、被告であるサービス提供者が複製の主体であると解される場合に該当するかについてさらに審理を尽くすため、原審に差し戻す判決を下した。

なお、ロクラクⅡ最高裁判決とほぼ同じ時期に言い渡されたまねきTV事件最高裁判決[25]は、複製権ではなく、送信可能化権が問題となった事件であるが、最高裁は、自動送信装置を用いて行われる送信の主体は、自動送信装置が受信者からの求めに応じ情報を自動的に送信することができる状態を作り出す行為を行う者と解している。判旨は明確に言及することこそしていないが、ロクラクⅡ事件最高裁判決と同様に、総合考慮に基づいて、入力する主体を規範的に認定する手法を採用していると考えられる[26]。

三　まとめと若干の考察

以上にみたように、著作物の利用主体を単に物理的・自然的観察によって判断するのではなく、社会的・経済的側面も含め規範的に決定するというカラオケ法理（規範的利用主体論と呼ぶべきとする見解[27]もあるが、便宜上、以下においてもカラオケ法理と表現することにする）の手法は現在、物理的に観察した直接利用行為が著作権侵害であるケースと、そうではないケースの両方で活用されている。さらに、ロクラクⅡ事件最高裁判決が、規範的に主体を認定するという上記手法を基本的に維持したことによって、裁判所における今後の解釈の方向性が一層明確になったといえる[28]。

では、このような裁判所の立場に対して、学説上ではどのような評価がなされているか。まず、ファイルローグ事件のような直接利用行為が著作権侵害であるケースにおいて、直

---

25 最高裁平成23年1月28日判決判時2103号124頁。
26 山田真紀「最高裁重要判例解説（まねきTV事件）」Law & Technology 51号102頁、小泉直樹「まねきTV・ロクラクⅡ最判の論理構造とインパクト」ジュリスト1423号8頁。
27 田中豊「著作権侵害とJASRACの対応」紋谷暢男編『JASRAC概論――音楽著作権の法と管理』（日本評論社2009年）165頁以下、田中豊「利用（侵害）主体判定の論理――要件事実論による評価」ジュリスト1423号14頁。また、ロクラクⅡ事件最高裁判決の金築判事補足意見も参照。
28 小泉前掲注（26）・6頁。

接侵害者に対する責任追及が実際上困難であるうえ、間接関与者の行為と直接の侵害行為を共同不法行為として構成しても、不法行為の一般的救済として差止が認められていないという民法上の制約[29]がある以上、著作権法 112 条 1 項にいう侵害者の範囲をある程度間接関与者にまで拡張すべきであるとするのは多数説の立場であるとされ、その意味において裁判例の結論自体は概ね賛同を得ているものといえよう[30]。

問題は、その具体的な方法である。これまでの裁判例において、カラオケ装置リース業者による飲食店へのリース行為の差止に関するヒットワン事件[31]のように、侵害の幇助者を著作権法 112 条 1 項にいう侵害主体に準じるものとして捉える方法や、集合住宅用のテレビ番組の自動録画装置の販売業者の行為の差止に関する選撮見録事件地裁判決[32]のように、著作権侵害の幇助者について 112 条 1 項の類推適用を認める方法も見られるところではあるが、上述したように、裁判実務の流れは、あくまで 112 条 1 項を直接適用し、規範的に侵害主体を決定するカラオケ法理に収斂しつつあるといえそうである[33]。

しかし、行為主体の決定に自然観察という手法をとらないカラオケ法理が、極めて技術的なものであるがゆえに、行き過ぎた適用の危険性を否定できない[34]。また、ロクラクⅡ事件最高裁判決において、金築判事はカラオケ法理について、「法概念の規範的解釈」であるとし、「考慮されるべき要素も、行為類型によって変わり得るのであり、行為に対する管理、支配と利益の帰属という二要素を固定的なものと考えるべきではない」とする補足意見を述べている。もしそうであるとすれば、なおさら、判断基準が不安定で法的安定性の観点から問題があるように考えられる。そこで、差止の対象拡張を解釈に任せた場合に発生する解釈のばらつきを避け、法的安定性という観点から差止の対象となるいわゆる間接侵害の範囲を立法によって解決することが望ましいという見解が強く主張され

---

29 なお、解釈によって不法行為の効果として差止を認めるべきとする少数説として、四宮和夫『不法行為（事務管理・不当利得・不法行為中巻・下巻)』（青林書院 1983 年）478 頁以下、平井前掲注（9）・107－108 頁、加藤前掲注（9）・297 頁などがある。

30 中山信弘『著作権法』（有斐閣 2007 年）482 頁、上野前掲注（15）・81 頁、高部前掲注（9）114 頁、岡村前掲注（19）・193 頁。

31 大阪地裁平成 15 年 2 月 13 日判決判時 1842 号 120 頁。

32 大阪地裁平成 17 年 10 月 24 日判決判時 1911 号 65 頁。

33 デジタルコンテンツ委員会「コンテンツ利用者向けサービスにおける著作権侵害の問題」知財管理 58 巻 3 号 406 頁も参照。

34 中山前掲注（30）・480－482 頁、デジタルコンテンツ委員会「コンテンツ利用者向けサービスにおける著作権侵害の問題」知財管理 58 巻 3 号 407 頁。

ており[35]、文化審議会著作権分科会法制問題小委員会平成 19 年度中間まとめ[36]においても現実的に妥当な案とされ、現在は立法提案を向けて関係団体のヒヤリングを行っているところである[37]。

これに対して、ロクラクⅡ事件のように直接利用行為が著作権侵害ではないケースにおいて、法的安定性と予測可能性に問題があるだけではなく、著作権法 30 条が認めている権利制限規定との関係も十分に整理されておらず[38]、結果的にも妥当でない場合があるように思われる。

この類型の事件におけるサービス提供者の行為は、音楽ファイルのストレージかテレビ放送の複製・配信かという違いがあるが、いずれも個々のユーザに対して、より容易に私的使用目的で音楽・放送などを楽しむことができるようにするサービスである。しかし、私的使用を容易にするという性質は、複製、送信、蓄積、再生などを容易にするためにメーカが行うデジタル技術や機器の開発にも当てはまるものであり、差止や損害賠償を正当化するほどの違法性が果たして存在すると言い切ることができるだろうか。上述したように、特殊な法的背景の下で、カラオケスナックというビジネス手法を違法とすべきというクラブキャッツアイ事件当時の規範意識が、カラオケ法理に説得力を持たせているわけであるが、同様の規範意識が MYUTA 事件・ロクラクⅡ事件におけるサービス提供者のビジネスモデルについても、同じ程度に広く存在するといえるかは賛否両論であろう[39]。

本来、私的使用が著作権法によって明文で合法化されている以上、これを容易にする行

---

35 中山前掲注（30）・481 頁、上野前掲注（15）・81 頁、高部前掲注（9）・114 頁、大渕前掲注（15）・190 頁、岡村前掲注（19）・百選 193 頁。

36 http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/gijiroku/010/07101103/003/007.htm 最終アクセス：2012 年 11 月 26 日。

37 関係団体の意見は、法制問題小委員会 2012 年第 3 回と第 4 回の議事録に反映されている（http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/index.html より入手可能）。なお、法制問題小委員会司法救済ワーキングチームは、間接行為者を差止請求の対象とするためには、直接行為者による侵害（直接侵害）の成立を前提とする立場（いわゆる従属説）で一致し、差止請求の対象として位置付けるべき 3 つの間接行為者の類型をまとめている。司法救済ワーキングチーム「間接侵害」等に係る考え方の整理」（2012 年 1 月 12 日）（http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/h24_shiho_02/pdf/shiryo_1.pdf 最終アクセス：2012 年 11 月 26 日）3 頁。

38 平嶋前掲注（22）・197 頁。

39 たとえば、平嶋竜太「放送転送サービスをめぐる最高裁判決の理論的課題とインターネットビジネスへの影響—まねき TV 事件及びロクラクⅡ事件を基点とした検討」法とコンピュータ 30 号 20－21 頁、佐藤豊「著作物の適用利用のための手段提供の是非—ロクラクⅡ事件控訴審判決を題材に—」知的財産法政策学研究 26 巻 111 頁、北村前掲注(12)・32 頁、山神清和【判批】判例評論 591 号 39 頁はこれに否定的である。

為は、MYUTA 事件、録画ネット事件やロクラクⅡ事件におけるようなサービスの提供であろうと、メーカによって開発されたデジタル録音・録画機器のようなモノの提供であろうと、これを素直に観察すると、違法性がないと考えられ、差止や損害賠償の対象とすることは適切ではないといえよう[40]。

もっとも、本来私的使用を合法とし、著作権の行使を制限する著作権 30 条の趣旨は、個人的または家庭内などの私的使用は、その規模が小さく、著作権者の利益を害するおそれは少ないことと、このような使用を一切認めず、著作権の侵害として損害賠償を請求するのも現実的ではないことにあるとされるが[41]、デジタル技術の発達によってそのような複製の規模が拡大し、著作権者の利益に対する影響も無視できない程度になってきている。そのため、私的録音・録画補償金制度が平成 4 年に新たに 30 条 2 項として設けられ、私的複製を自由とする点を維持しつつ、補償金の支払を複製者に義務付け、合理的解決を図っている[42]。

仮に、MYUTA 事件、録画ネット事件やロクラクⅡ事件における業者のサービスによって、複製が著しく増加し、著作権者の利益を害し著作権法 30 条の制度趣旨にそぐわないとの考えから、裁判例が規範的にこれを規制しようとしているのであるとすれば、その意図するところは理解できる。しかしながら、補償金制度の下では、製造業者に対しては補償金の直接支払義務さえ課されず、著作権者から複製者に対する補償金の支払請求に協力する義務のみが課されている（著作権法 104 条の 5）[43]のに対して、サービス業者に対して差止と損害賠償を認めることは、明らかにバランスを欠くといわざるを得ない[44]。複製に用い

---

40 大渕哲也「著作権侵害に対する救済（1）」法学教室 356 号 145 頁、山本隆司「著作権の間接侵害に対する差止めとその行為類型」NBL865 号 37 頁。

41 中山前掲注（30）・244 頁。

42 中山前掲注（30）・248－249 頁、遠山友寛「P2P 交換ファイルと私的複製」コピライト 2004 年 4 号 7 頁。

43 製造業者が協力義務を違反した場合に、損害賠償義務が生じうると判断した裁判例があり（知財高裁平成 23 年 12 月 22 日判決判時 2145 号 75 頁）、学説の多くも製造業者に対して何らかの民事的責任を追及することが可能であるという立場である（田村善之『著作権法概説（第 2 版）』（有斐閣 2001 年）135 頁、小泉直樹【判批】Law and Technology 55 号 39 頁参照）。もっとも、上記裁判例では、問題の機器であるアナログチューナー非搭載の DVD 録画機器が、著作権法 30 条 2 項の委任に基づいて制定された著作権法施行令 1 条 2 項 3 号所定の「特定機器」に該当しないとして、結論的に製造業者に対する損害賠償請求を棄却した。

44 前田健「侵害主体論と著作物の私的利用の集積―ロクラクⅡ・まねき TV 最高裁判決の検討を契機として―」パテント 64 巻 15 号 111 頁も、私的使用を集積させるサービスの提供と機器の製造に関する議論が一貫していない点を指摘する。

られる技術・機器の開発・普及も、これをより容易にするサービスの提供も、著作物の幅広い利用につながり、社会的効果として有益な一面が否定できない。著作権法に権利制限規定が明文で規定されている以上、著作権者自身が著作物を世に提供した時点で、当然に当該著作物の私的複製がなされることを予測したはずである。そうであるとすれば、業者が単に適法になされているユーザの私的複製に間接的に関与している場合には、カラオケ法理を用いて、業者のサービスを差止めてまで著作権を保護するのは、著作権法が明文で認めている権利制限規定を迂回することを可能にし、情報・著作物の流通やユーザの利便性を害する結果をもたらすものといわざるを得ず、著作権の過剰な保護につながるものと考えられる[45]。デジタル録音・録画技術の発達によって拡大した私的複製について、著作権の効果として技術の開発を止めるのではなく、著作権者への利益の還元のみを図る補償金制度が設けられたと同様に、業者によるサービスの提供についても、私的使用の規模を増大させ、著作権者に経済的不利益が発生することがあるとすれば[46]、業者が当該サービスの提供により得られた利益から、著作権者へ補償させることで十分であり、差止まで認めるのは行き過ぎであろう[47]。この点、カラオケ法理を支持する論者も、サービス提供者と著作権者が交渉を通じて、著作権侵害のリスクを最小化するための役割分担のあり方を合意するのが賢明であると指摘しており[48]、実際にもそのような交渉と合意がなされた例がみられる[49]。

---

[45] 前田前掲注（44）・111－112 頁は、著作物に関する取引の中でどのような範囲の使用が本来予定されていたか、著作権者が対価を回収していたかを手がかりに、私的使用が許される範囲を画定することが重要であると指摘する。

[46] 文化審議会著作権分科会私的録音録画小委員会平成 20 年 7 月 10 日会議資料において、プレイスシフト・タイムシフトが権利者に与える経済的不利益は、他の利用に比べて小さいとしながら、経済的不利益を生じさせていることについてはおおむね共通理解があるとしている。（http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/gijiroku/020/08071107.htm より入手可能。最終アクセス：2012 年 11 月 26 日）。

[47] 寄与侵害・間接侵害委員会『寄与侵害・間接侵害に関する研究』（平成 12 年度著作権研究所研究叢書）58 頁（鎌田薫）は、間接関与者に一定の比率での費用負担を課するのが最も安価・簡便な利益調整手段であるとしたうえ、それを実現する手段として損害賠償制度か適切な課金制度かについて、実務的な検討をする必要があるとしている。

[48] 田中前掲注（27）「利用（侵害）主体判定の論理――要件事実論による評価」・18 頁。

[49] たとえば、動画投稿・共有サービスを提供する YouTube 社を買収したグーグル社が、2008 年 3 月に音楽著作権管理会社のジャパン・ライツ・クリアランス（JRC）と、同 10 月に JASRAC とそれぞれ管理著作物利用許諾契約をそれぞれ締結した。従来 YouTube 社に投稿された多くの動画は、著作権者等による許諾を受けていない違法なコンテンツという点が問題となっており、その意味でファイルローグ事件と類似し、本稿の分類によれば直接の利用行為が著作権侵害となるケースに属する。しかし現在では、間接関与者である YouTube 社は契約に基づき、対価を支払うことによって利益を著作権者へ還元し、これと引換えに

もっとも、カラオケ法理がほぼ定着している現在の裁判実務の流れをみれば、解釈論的にこの問題を解決することはおそらく困難であり、上述した間接侵害の立法措置が採られる際に、直接利用行為が著作権侵害ではない場合については、差止の対象範囲からはずすことによって、解決することが望ましいものと考えられる[50]。なお、現在、著作権保護技術の進展との関係や、汎用機器の扱いなど、文化審議会著作権分科会私的録音録画小委員会において、補償金制度の見直しひいては存廃が議論されているところである。平成20年5月8日に同小委員会で示されている「著作権保護技術と補償金制度について（案）」[51]においては、新たな著作権保護技術の開発・採用によって録音録画に対する一定の規制が行われるようになれば、過度の私的録音録画の状況が技術的に解消されるとみられ、現行の補償金制度による解決は今後縮小すべきとされている。しかし、このような事実は何も補償金制度および同制度を裏づける法的発想の全面否定につながるものではないと考える。私的使用の増加によって著作権者に経済的不利益が発生するなか、新しい著作権保護技術の採用によって物理的・技術的に私的使用の増加を食い止めるか、それとも私的使用によって利益を得ている者から著作権者へ利益を還元させることを法的に認めるかは、著作権者を保護する2つの可能な方法であって、決して矛盾するものではない[52]。そして、不公平感が完全には拭えないとしても、事前に設計された課金制度を利用することによって、著作権者と間接関与者が個別に争うことによって発生する当事者および司法のコストを節約できるという大きなメリットがあり、ネットワーク環境下における私的使用を増加させるサービス提供者の責任を考える際に、参考にする価値が十分あるように考えられる[53]。

著作権者から利用許諾を受け本来違法であった投稿を合法化し、差止め等を含む訴訟のリスクから解放されている。このような解決方法ないし発想は、ここで議論されている直接の利用行為が著作権侵害ではないケースにおいても参考になるものといえよう。

50 田村善之「著作権の間接侵害」知的財産法政策学研究26巻66－67頁。

51 http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/gijiroku/020/08051202/002.htm（最終アクセス：2012年11月26日）。

52 張今「数字環境下的版権補償金制度」政法論壇28巻1号87頁も参照。

53 中国においても、このような立場を採る見解として、王遷『知識産権法教程』（中国人民大学出版社2007年）299頁。

第2章　中国におけるネットワーク上の著作権侵害に関する間接関与者の責任

第1節　概説

中国著作権法22条は合理使用に関する規定であり、その1号によれば個人鑑賞の目的で他人の著作物を使用することができるとされている[54]。その解釈において、私的使用とりわけ私的複製が著作物の正常な利用に抵触し、著作権者の利益を害してはならないという点が抽象的には認識されているが[55]、補償金制度の整備など私的使用の量が拡大するデジタル時代に対応した具体的な措置は未だに取られていない[56]。その影響もあって、私的使用が合法ということが、著作物を使用する者の本来の権利ではなく、著作権者の権利を特別に制限しているという点は、一般的に広く理解されているとは言い難い。このような事情の下で、直接利用行為が「個人鑑賞」目的に該当し著作権侵害ではない場合に、著作権者が間接関与者の責任を問う紛争は見当たらず、中国におけるネットワーク上の著作権侵害の間接関与者の責任が問われる事件は、主に直接利用行為が著作権侵害になる場合のものである。

日本の不法行為法と異なって、中国民法は、共同不法行為を含む不法行為一般について差止による救済を認めており、著作権法上に規定される著作権侵害責任の救済方法と大差はない。つまり、中国民法通則134条1項は、①侵害の停止、②妨害の排除、③危険の除去、④財産の返還、⑤原状回復、⑥修理、再製作及び交換、⑦損害賠償、⑧違約金の支払、⑨影響の除去及び名誉の回復、⑩謝罪、を民事責任の負担方式として列挙しており、さらに2項において、これらの民事責任負担方式は、単独で用い又は併用することもできると

---

54 22条：「次の各号に掲げる状況の下で著作物を使用する場合には、著作権者の許諾を経ず、著作権者に対し報酬を支払わないことができる。ただし、著作者の氏名及び著作物の名称を明示しなければならず、かつ、著作権者がこの法律により享有するその他の権利を侵害してはならない。
（1）個人の学習、研究又は鑑賞のため、他人が既に公表した著作物を使用するとき。」訳は、中国総合研究所編『現行中華人民共和国六法』（ぎょうせい加除式）を参照した。

55 唐徳華＝孫秀君編『著作権法及配套規定新釈新解』（著作権法及び関連規定の新解釈）（人民法院出版社2003年）244頁参照。

56 中国著作権法は現在改正作業中にあるが、2012年3月に公開された改正草案においても、補償金制度に関連する規定は見当たらない。なお、同草案は中国版権局HPより入手が可能である（http://www.ncac.gov.cn/cms/html/309/3502/201203/740608.html　最終アクセス：2012年11月26日）。

規定している[57]。このため、日本のカラオケ法理のように、著作権の直接侵害行為を行っていない間接関与者を、「規範的に」著作権侵害の主体と構成しなくても、間接関与行為と直接侵害行為が共同不法行為を構成するということができれば、損害賠償と差止の双方の救済を著作権者に認めることが可能である。従って、直接利用行為が著作権侵害となるケースで間接関与者の責任が問われる場合には、基本的に、やや無理をして間接関与者の行為を直接的な侵害行為と擬制する手法が採られるよりも、間接関与者の共同不法行為責任が争われることが多く、主として共同不法行為の成立要件が最大の問題となっている。

紛争が発生する分野をみれば、後述のように、文学著作物の著作権侵害をめぐる紛争が最初の事例のようであるが、近時の紛争は主に音楽著作物と映画著作物に対する著作権侵害に集中している。直接の侵害行為の態様は比較的に単純で、何者かが小説、音楽、映画などの著作物を著作権者に無断でインターネットにアップロードし、一般ユーザがダウンロード可能な状態に置く行為がほとんどである。

これらの侵害コンテンツをインターネットにアップロードする者が後を絶たず、インターネットにおいて侵害コンテンツが氾濫するため、著作権者は常にその対策に悩まされてきた。後述のように、直接に侵害コンテンツをアップロードする者に対して、日本法の公衆送信権に相当する「情報ネットワーク伝達権」の侵害として責任を追及することは可能であるが、このような者が多数に及び、身元も把握しにくい実情の下においては、もぐら叩きになってしまいがちで、訴訟コスト等を考えれば実効性は乏しい。

侵害コンテンツをダウンロードする一般ユーザ、すなわち著作権者が潜在的な消費者とみなす者が対価を支払って正規の著作物を入手する代わりに、無料で侵害コンテンツに目を向ける傾向は、金銭面の動機はもちろん、インターネットにこの種の侵害コンテンツが氾濫し、しかも容易に入手できるという事情によるところも大きい。そして、ユーザは、侵害コンテンツがアップロードされているサイトを知り、直接にそのサイトにアクセスして侵害コンテンツをダウンロードする場合はむしろ珍しく、多くの場合、①他のサイトに格納されている侵害コンテンツへのリンク、②検索エンジンによる侵害コンテンツの検索、又は③P2P ソフトによって、侵害コンテンツへのアクセスを得てこれをダウンロードするのである。つまり、ここでいう間接関与者は、①他のサイトに格納されている侵害コンテンツへのリンク、②検索エンジンによる侵害コンテンツの検索、又は③P2P サービスを提供するある種の ISP（インターネット・サービス・プロバイダー）である。

---

[57] 訳は、中国総合研究所編『現行中華人民共和国六法』（ぎょうせい加除式）を参照した。

そこで、著作権者は、アクセスを提供することによって侵害コンテンツの伝達に一役を買っている間接関与者の責任を問う行動に出て、侵害コンテンツへのリンクの削除、侵害コンテンツの検索又はP2Pサービスの停止と損害賠償を求める訴訟を起こすようになった。以下では裁判例と立法の変遷と発展を紹介し、中国におけるネットワーク上の著作権保護と間接関与者の責任問題を中心に検討する。

第2節　中国における情報ネットワーク伝達権の立法化

一　1999年【六作家対北京オンライン判決】[58]

中国の著作権法に、日本著作権法23条の公衆送信権および送信可能化権に相当する「情報ネットワーク伝達権」が新設されたのは2001年である。この支分権の新設は、著作権に関する世界知的所有権機関条約（WIPO 著作権条約）8条[59]の影響を受けたものであるが、その直接の契機はおそらく1999年9月18日の六作家対北京オンライン判決であると考えられている。

同事件の原告X氏らは人気小説の著作者であり、一連の小説につき著作権を有している。被告Y社はインターネット配信業者であり、X氏らに無断で、デジタル化されたこれらの小説を自社サーバーに格納し、自社ホームページにリンクを張り、ユーザがリンクをクリックすればこれらの小説を閲覧もしくはダウンロードできるようにした。Xらは自己の著作権を侵害されたとして、侵害の停止、謝罪と損害賠償等を求めてY社を訴えた。

1999年当時の著作権法には、著作財産権の支分権として「情報ネットワーク伝達権」は認められていなかった。そこで、北京市海淀区人民法院[60]は著作物をデジタル形式に変換することも複製に該当するとしたうえで、当時の著作権法10条5号[61]に列挙された「著作財産権」を、限定列挙ではなく、例示列挙と解釈し、インターネット上における作品の送信も著作財産権に属するとして、Y社の著作権侵害行為を認定した。その結果、裁判所はY社に対し、Y社HP上における謝罪と損害賠償等を命じた。

---

58 北京市海淀区人民法院1999年9月18日判決（1999）海知初字第57号。周林編『中国の知的財産権裁判と重要判決－実際の事件と判決及び裁判過程の再現－』（経済産業調査会2004年）37頁も参照。

59 8条（公衆への伝達権）ベルヌ条約第11条(1)(ii)、第11条の2(1)(i)及び(ii)、第11条の3(1)(ii)、第14条(1)(ii)並びに第14条の2(1)の規定の適用を妨げることなく、文学的及び美術的著作物の著作者は、その著作物について、有線又は無線の方法による公衆への伝達（公衆のそれぞれが選択する場所及び時期において著作物の使用が可能となるような状態に当該著作物を置くことを含む。）を許諾する排他的権利を享有する。なお、訳は（社）著作権情報センターHPにある著作権関係法令データベースによった。

60 中国の裁判は、二審制を採っており、裁判所は4つの審級に分かれる。それぞれ、最高人民法院、高等人民法院、中級人民法院と基層人民法院である。ここでいう北京市海淀区人民法院は、基層人民法院の一つであるが、IT企業が集中する「中関村」地域を管轄するため、知的財産関連訴訟を数多く扱う裁判所である。

61 1991年著作権法10条5号：「使用権と報酬請求権、すなわち複製、演出、放送、展示、出版、撮影製作または翻案、翻訳、注釈、編集等の方式によって作品を使用する権利および他人に上記方式による作品の使用を許可し報酬を得る権利」。（筆者試訳）

二　2001年著作権法改正と情報ネットワーク伝達権の新設

中国著作権法は2001年10月27日に改正され、その10条1項12号に、著作財産権の支分権の一つとして、「情報ネットワーク伝達権」を新設し、「著作権者が有する同権利を有線又は無線の方式で公衆に著作物を提供し、公衆が自分で選定した時間及び場所で著作物を得ることができるようにする権利」と定義した。しかし、著作権法は、どのような行為が同権利の侵害を構成するのかについて詳細な規定を設けておらず、その代わりに、58条[62]において、「コンピュータソフトウェア、情報ネットワーク伝達権の保護方法は、国務院が別途規定する」と規定した。

このように、2001年の著作権法改正によって情報ネットワーク伝達権が法文上の根拠を得たわけであるが、定義規定しか存在しないため、具体的にどのような行為が情報ネットワーク伝達権の侵害に該当するのか、解釈上多くの未解決問題を残した改正といわざるをえない。

その後、インターネットの普及およびサービスの多様化にともない、情報ネットワーク伝達権に関する紛争が多発し、複雑化してきた。特に、侵害コンテンツへのアクセスを提供する行為によって、情報ネットワーク伝達権の侵害に間接的に関与する者の責任が問われる裁判例が多数出現するようになった。以下では代表的な裁判例を取り上げて検討する。

[62] 2010年著作権法改正後では59条に移動。

第3節　侵害コンテンツへのアクセスを提供する行為と共同不法行為の成立

一　2000年【翻訳家対Sohu判決】[63]と最高裁司法解釈の制定

リンク設定行為と著作権侵害問題について司法上の判断が最初に求められたのは、おそらく翻訳家対Sohu事件であろう。この事件では、原告は「ドン・キホーテ」を翻訳し中国において出版した翻訳家であり、翻訳作品について著作権を有する。被告Sohu社は中国の大手ISPであり、Sohu社のウェブサイトに設定されたリンクを通じて、Sohu社以外の3つのサイトに無許諾で掲載された原告の翻訳作品が閲覧やダウンロードすることができるようになっていた。原告はSohu社にリンクの削除を求めたにもかかわらず、Sohu社が応じなかったため、著作権を侵害されたとしてSohu社を訴えた。なお、翻訳作品はSohu社のサーバーに格納されておらず、ユーザが閲覧する際には、それぞれ掲載した他の3つのサイトのアドレスが表示されていた。

裁判所は、著作権侵害物へのリンク設定行為が著作権侵害を構成するかという争点について、Sohu社が提供するリンクサービスは、原告の作品を直接アップロードする複製行為ないし送信行為ではないとしたうえで、インターネット上の情報が膨大であり、Sohu社のようなISPがすべてのリンク先のコンテンツについてその権利上の瑕疵を事前に調査し判断することは困難であることを理由に、コンテンツを直接に提供または宣伝する者が責任を負うべきであるとして、リンクを設定したISPの責任を否定した。他方、権利者がリンクの停止を求めたにもかかわらず、リンク提供者が積極的に対応しなかった場合に、著作権侵害となるのかという争点については、裁判所は、著作権侵害行為の発生又は発生可能性があることが判明した時点から、その結果と関係のある者は誰でも積極的な措置を採り、著作権侵害行為の結果拡大を防ぐ義務があるとして、その義務を怠ったSohu社の過失を認め、著作権侵害の責任を認めた。

この判決は2000年12月19日に下されたものであるが、同日に、最高人民法院が司法解釈[64]「コンピュータネットワーク著作権侵害紛争の法律適用に係る若干問題の解釈」（以下

---

63 北京市第二中級人民法院2000年12月19日判決（2000）二中知初字第128号。周林前掲注（58）・59頁も参照。

64 司法解釈は、中国最高人民法院が裁判活動におけるある一定の問題に関する法解釈を統一するために制定するものであり、中国法の法源の一つである。1981年6月に、中国の立法機関である全国人民代表大会常務委員会は、「関于加強法律解釈工作的決議」（「法律解釈工作の強化に関する決議」）において、裁判における具体的な法律適用問題の解釈権を最高人民法院に与えており、「人民法院組織法」33条にも同旨の規定が設けられている。

では「ネットワーク著作権司法解釈」という。）を公布し、同月 21 日より施行された。判決は上記司法解釈の公布前に提起された訴訟であるため、これが直接に適用されることはないが、判決日と司法解釈の公布日が同じ日である点は、おそらく偶然ではなく、判決は実質的に同司法解釈の影響を受けたと考えるのが自然であろう。

ネットワーク著作権司法解釈は、4 条と 5 条において[65]、ISP が著作権侵害責任を負う場合を明確に規定し、著作権法 58 条が委託している国務院による規定の制定が待たれる間に、司法上の一応の統一的見解を示しているといえる。

4 条と 5 条は、ISP が責任を問われる場面として、2 つの作為的行為と 2 つの不作為的行為を規定している。4 条に定められた 2 つの作為的行為とは、①第三者の著作権侵害行為に参加すること、②第三者の著作権侵害行為を教唆・幇助することであり[66]、5 条に定められた 2 つの不作為的行為とは、①第三者が著作権を侵害するコンテンツを提供していることを知りながら、侵害コンテンツを削除するなどの措置を講じないこと、②著作権者から証拠を伴う警告を受けながら、侵害コンテンツを削除するなどの措置を講じないことである[67]。そして、これらの行為に該当する場合の責任として、ISP は直接に著作権侵害行為を行う者とともに、「2 人以上が共同して権利を侵害し、他人に損害を与えた場合は、それらの者は、連帯責任を負わなければならない」と定めている民法通則 130 条[68]の共同不法行為の責任を負うと規定されている。

本章第 1 節で既に述べたように、中国民法は、共同不法行為を含む不法行為一般について差止による救済を認めており、著作権法上に規定される著作権侵害責任の救済方法と大差はない。ネットワーク著作権司法解釈は、中国最高裁が、間接関与者を「規範的に」著作権侵害の主体と構成することによって著作権法上の責任を追及する日本の判例の手法と

---

65 2006 年 11 月 20 日に本司法解釈が改正され、4 条と 5 条はそれぞれ 3 条と 4 条に条文番号が変更した。

66 4 条：「ネットワークサービスプロバイダーがネットワークを通じて第三者の著作権侵害行為に参加し、もしくはネットワークを通じて第三者の著作権侵害行為を教唆・幇助する場合は、裁判所は民法通則 130 条に基づいて、直接の侵害行為者その他の侵害行為者との共同不法行為責任を追及する。」（筆者試訳）

67 5 条：「コンテンツサービスを提供するネットワークコンテンツプロバイダーは、ネットワークユーザーがネットワークを通じて第三者の著作権を侵害する行為を実施していることについて情を知り、もしくは著作権者から証拠を伴う警告を受けたにもかかわらず、著作権侵害の結果を消去するために著作権侵害コンテンツを削除するなどの措置を採らない場合、裁判所は民法通則 130 条に基づいて、当該ネットワークユーザーとの共同不法行為責任を追及する。」（筆者試訳）

68 訳は、中国総合研究所編『現行中華人民共和国六法』（ぎょうせい加除式）を参照した。

は異なり、直接の著作権侵害行為との共同不法行為と構成することによって、間接関与者であるISPの責任を追及するという基本的姿勢を示しているといえよう。

ネットワーク著作権司法解釈は、共同不法行為を構成するISPの行為を類型化・規範化しようとするものであり、とりわけ5条に定められている2つの不作為的行為は実際の紛争の解決において重要であると考えられる。このうち、①はISPの責任を「知る」という故意の場合に限定しており、「知り得る」という「過失」の場合を明記していない点が特徴的である。これに対して、②はむしろISPの故意に該当する一場面を明文化したに過ぎないと理解することができ、いわゆる「notice and take down」[69]という紛争の予防的解決手続を想起させる。

共同不法行為の構成要件としての共同性について、中国民法の学説上、主観説と客観説が対立し、主観説には、共謀のような共同故意に限定する厳格な主観説と、共同過失によっても共同不法行為が成立するとする緩やかな主観説が存在する[70]。一方、司法上の立場は、人身損害の不法行為事件に限定していえば既に明確にされており、すなわち最高人民法院は、2003年12月4日「人身損害賠償事件の審理における法律適用に関する若干問題の解釈」の3条1項において、人身損害をもたらす共同不法行為を、共同故意によるもののほか、共同過失によるものも含め、さらに「侵害行為が直接に結合し同一の損害結果をもたらす」ものも共同不法行為を構成すると定めている。つまり、緩やかな主観説と客観説の双方による共同不法行為の成立を認めており、人身損害について積極的に共同不法行為を認定する立場ということができる[71]。そうすると、ネットワーク著作権司法解釈がISPによる著作権の侵害について、客観説はおろか、共同過失も除外した厳格な主観説を採用し、共同不法行為の認定において非常に慎重な立場を取った理由は一体何であろうか。

翻訳家対sohu判決に視線を戻せば、被告ISPは確かに敗訴したのであるが、決め手となったのは②のような不作為的行為があったとされたことであり、判決は、インターネット上の膨大な情報量を理由に、ISPがリンク先コンテンツの権利状態を調査する困難さを強調

---

69 米国のDigital Millennium Actによって米国著作権法に追加されたSec.512(c)参照。日本語訳は、(社)著作権情報センターHPにある外国著作権法令集を参照されたい。

70 王利明『侵権行為法研究(上巻)』(中国人民大学出版社2004年)691－698頁。主観説と客観説は、日本民法学で言われる主観的関連共同説と客観的関連共同説とほぼ対応する。平井前掲注(9)・190－192頁、内田貴『民法Ⅱ債権各論』(東京大学出版会2003)493－495頁参照。

71 なお、一般的な共同不法行為の共同性について、後述する新しい権利侵害責任法においても明確に規定されるように至っておらず、依然解釈に委ねることにしている。奚暁明編『「中華人民共和国侵権責任法」条文理解与適用』(人民法院出版社2010年)67頁。

して、ISPによる事前調査の義務を否定している。調査義務を否定し、よって過失による責任を否定する判決の考え方はネットワーク著作権司法解釈と共通するものであり、その根拠を考え合わせれば、ISPに過重な事前調査義務を課すことによって産業の発展を阻害してしまうことに対する懸念が裁判所側にあるのではないかと考えられる[72]。このように理解すれば、被害者の保護という利益をより重視する人身損害事件とは異なり、ISPの行為に対して共同不法行為の成立を限定する姿勢を一応説明することは可能である。

しかし、上記姿勢を正当化するためには、ISP側の事情や当該産業の発展という利益を強調するだけでは充分説得的ではない。著作権者が侵害を受けないという利益はそれと同等あるいはそれ以上に保護に値するものであるからである。ネットワーク著作権司法解釈が規定するISPの2つの作為的行為と2つの不作為的行為は、ISPが著作権者から証拠を伴う警告を受けながら、侵害コンテンツを削除するなどの措置を講じないという行為を除き、いずれも著作権者にとって立証困難な行為である。このため、実質的にISPに対する警告を著作権者が保護を求める前提条件にしているともいうことができ、コンテンツの伝達に一役買っているISPにリンク先コンテンツの権利状況の調査義務を課さない代わりに、著作権者にその調査負担を全面的に負わせるという不公平な結果を生み出している[73]。

新しい技術の使用を支え、情報の伝達を促進し、インターネット産業を振興することは、過失によって他人の利益を害する行為の責任発生を阻却するものではない。インターネット上に存する膨大な情報をすべて事前審査することが不可能に近いという事実も、リンク先のコンテンツ等が他人の権利を侵害する内容と容易に知り得るケースが存在することを否定できるものではない。これらは、過失の認定に際して検討すべき注意義務のレベルの問題に過ぎず、注意義務の存否自体にかかわる問題ではないはずである。

二　リンクの提供と情報ネットワーク伝達権の侵害主体

共同不法行為の成立に厳格な主観的要件を課し、その結果著作権者の保護に高いハードルを設定したネットワーク著作権司法解釈が抱える問題点は、やがて著作権者と裁判所に認識され、その後の一連の音楽著作権侵害紛争をめぐる訴訟において、一部の下級裁判所は司法解釈と異なるアプローチの可能性を探求することを試みた。以下ではいくつかの典

---

72 蒋志培「中国対網絡環境下著作権和商標権的司法保護」信息網絡安全2006年3号1－2頁も参照。

73 王遷前掲注（53）・285－286頁。

型的な裁判例を紹介し、検討する。

1　2004年【正東レコード対ChinaMP3判決】[74]

本件では原告正東レコードは香港の音楽レコード会社で、訴外歌手Aの音楽CD（本件CD）を発行、販売しており、同CDに収録されている曲につき著作隣接権を有している。被告はwww.chinaMP3.comという音楽専門サイトを運営するISPである。本件CDに収録されている曲は何者かによってMP3形式のファイルに変更された上、インターネットにアップロードされ、被告サイトにおいて事前に被告によって編集され、用意されているリンクを辿って、一般ユーザがこれらの曲をダウンロードすることができた。原告は情報ネットワーク伝達権を侵害されたとして、これらの曲にかかるダウンロードサービスの差止と損害賠償等を求めて、被告に対し訴訟を提起した。

裁判所は、第一に、本件で問われている被告提供のサービスについて、被告があらかじめ音楽ファイルがアップロードされている各種のサイトの情報を収集、選別し、ユーザが被告サイト上のリンクで、リンク先の第三者サイトを経由することなく、直接に目的となる音楽をダウンロードできると認定し、同サービスは単なるリンク行為ではなく、加工処理した情報をいわゆる「ディープリンク」を通じて提供していると性質決定した。第二に、被告サイトはユーザのダウンロードを技術的にバックアップし、ダウンロードできる音楽をリンクの編集を通じて管理していると認定し、営利目的を有する専門的な大型音楽サイトとして、リンク先コンテンツの合法性についての注意義務を課し、本件において原告が著作隣接権を有するコンテンツについて合理的審査を怠った被告には過失があると判断した。結論として、被告が（直接に）原告の情報ネットワーク伝達権を侵害したとして、侵害の差止と損害賠償を認めた。

なお、被告は控訴したのであるが、控訴審はほぼ同様な理由付けで原判決を維持し、控訴を棄却した[75]。

2　2005年【上海歩升レコード対百度社音楽ファイルダウンロード判決】[76]

本件では、原告歩升社は上海にある音楽レコード会社であり、訴外歌手Aらの音楽CD

---

[74] 北京市第一中級人民法院2004年4月23日判決（2004）一中民初字第400号。
[75] 北京市高級人民法院2004年12月2日判決（2004）高民終字第713号。
[76] 北京市海淀区人民法院2005年9月16日判決（2005）海民初字第14665号。なお、本件紛争は被告百度社が控訴中に原告と和解した。

を発行、販売しており、CDに収録された曲につき著作隣接権を有する。被告百度社は中国の大手ISPであり、国内で最も多く利用されている検索エンジンを運営している。Aらの曲は、無断で何者かによってMP3形式のファイルに変換された上、インターネットにアップロードされ、一般ユーザは百度社の検索エンジンを通じて、これらの曲のMP3ファイルがアップロードされたサイトへのリンクを得て、ファイルをダウンロードすることができた。また、被告百度社のサイトでは検索エンジン以外でも、あらかじめ用意されている「MP3」、「歌手名リスト」、「歌手名」、「曲名」などの一連のアイコンをユーザが順次クリックすることによって、自動的に検索がなされ、同様にこれらの曲のMP3ファイルがアップロードされたサイトへのリンクを得て、ファイルをダウンロードすることができた。そこで、原告は情報ネットワーク伝達権を侵害されたとして、百度社に対しダウンロードサービスの提供行為の差止と損害賠償等を求めて訴えを提起した。これに対して、被告百度社は検索サービスが技術中立的であること、検索によるリンクの自動生成には被告による選別とコントロールが存在しないことを挙げ、自らに故意過失がないとして、責任を否定した。

裁判所は、被告百度社が提供する検索エンジンサービスによる著作隣接権侵害責任について特に判断をせず、被告が自身のサイトに提供する「歌手名リスト」などのアイコンを順次クリックすることによって原告が著作隣接権を有する音楽のMP3ファイルをダウンロードできる点に注目した。ユーザがこれらの操作を行った場合に、被告サイトから自動的にダウンロード専用ウィンドウが現れ、ウィンドウにはMP3ファイルのソースは被告サイトであるとの表示および広告バナーがある。裁判所は被告百度社サイトのこのような特徴を指摘し、これらのサービスは通常の検索エンジンサービスの範疇を超え、その性質はむしろ営利目的で直接に音楽を提供しているものであるとして、原告の情報ネットワーク伝達権を（直接に）侵害したと判断し、侵害の停止と損害賠償の支払を命じた。

3　小括

以上の2つの事件のいずれにおいても、侵害コンテンツは被告のサイトに保存されておらず、被告は物理的には侵害コンテンツへのリンクを提供したに過ぎない。ネットワーク著作権司法解釈4条と5条を適用するならば、被告の故意を証明しないかぎり、侵害コンテンツを直接にアップロードした者との共同不法行為による侵害責任の追及は困難な事例であった。

しかし、裁判所は、正東レコード対 ChinaMP3 判決では被告によるリンクの編集とダウンロードサービスの提供、さらに営利目的でこれらの行為を行ったことを重視し、ネットワーク著作権司法解釈によることなく、被告が直接に情報ネットワーク伝達権を侵害する主体であるとして、著作権法に基づき侵害責任を認めた。つまり、リンクを提供する ISP であっても、常に直接侵害者との共同不法行為責任しか問えないのではなく、営利目的でリンクを積極的に編集するなどして、そのリンク自体が著作権侵害の情報と評価しうる場合には、ISP を情報ネットワーク伝達権の直接の侵害者とみるアプローチである。このようなアプローチは、情報（ここでは侵害コンテンツへのリンク）を管理し、かつ営利目的で情報を提供する立場にある者に対し、情報の伝達によって他人の著作権を侵害しないよう、一定の注意義務を負わせるものである。日本法におけるカラオケ法理の管理性と図利性要件に類似する点がみられ、さらに営利目的で情報を提供する者が負う注意義務が、無償の場合よりも高い点を示唆しているように読め、興味深いものである。

一方、上海歩升レコード対百度社音楽ファイルダウンロード判決では、大方の予想に反して、裁判所は、百度社の検索エンジンによる侵害コンテンツへのリンク生成が著作権侵害ないし共同不法行為を構成するかという問題については、司法上の判断を下さず、被告が営利目的でダウンロードサービスを提供していること、およびダウンロードウィンドーにコンテンツのソースは被告サイトであると表示していることを重視し、百度社が直接に情報ネットワーク伝達権を侵害する主体であるとして、侵害責任を認めた。被告百度社自身による表示という表見行為が決め手になったものと考えられる[77]。

以上のように、ネットワーク上の著作権侵害による共同不法行為の成立につき、制限的な立場を取っているネットワーク著作権司法解釈 4 条と 5 条によって、裁判所は手足を束縛されながらも、他の法律構成によって妥当な結果を見出す努力を払ってきたといえる。

もっとも、著作権法が規定する情報ネットワーク伝達権とは、本来、「有線又は無線の方式で公衆に著作物を提供」する権利であり、間接関与行為と直接侵害行為を峻別するネットワーク著作権司法解釈の立場からすれば、正東レコード対 ChinaMP3 判決のように、侵害コンテンツへのリンク情報のみを提供することも、上海歩升レコード対百度社音楽ファイルダウンロード判決のように、侵害コンテンツの検索サービスを提供することも、本来

---

[77] 本件に類似する事件として、原告が著作権を有する映画著作物が視聴できるサイトは、外見上被告のサイトとみられるなどとして、被告 ISP の著作権侵害を認めている最高人民法院 2009 年 4 月 28 日再審判決（2009）民提字第 17 号『最高人民法院知識産権審判案例指導（第 2 巻）』131 頁がある。

的には情報ネットワーク伝達権を直接に侵害する行為と評価し難いものと考えられる。なぜならば、リンクや検索を提供する行為は、公衆に侵害コンテンツへのアクセスを容易にする行為ということはできても、本質的に侵害コンテンツを提供する行為とはいえず、侵害コンテンツの公衆送信が可能であるか否かは、根本的にはリンクや検索とは関係なく、元のサイトにおけるコンテンツの存在状態に係わるからである[78]。いくら侵害コンテンツへのリンクを提供しても、実際にリンク先の侵害コンテンツが既に削除されるなど現に存在しない場合には、著作権の侵害が生じ得ない。要するに、リンクや検索を提供する行為が、著作権侵害の結果を生じさせるためには、侵害コンテンツのアップロードと送信可能化など直接の侵害行為に依存するのであり、それ自体によって直接に侵害が発生するとみることは困難であろう。

そのため、被告の直接侵害責任を認める方法として、営利目的で侵害コンテンツへのリンク情報を管理・提供する点に注目した正東レコード対 ChinaMP3 判決も、被告の表示行為に着目した上海歩升レコード対百度社音楽ファイルダウンロード判決も、それぞれの具体的な事実関係において妥当するものであり、リンクや検索を提供する ISP の行為に一般化できるものではない。

三　検索エンジンサービスの提供と「情報ネットワーク伝達権保護条例」の制定

上記上海歩升レコード対百度社音楽ファイルダウンロード判決を受け、各検索エンジンサイトは、音楽ファイルの検索について、それぞれ異なった対応を取り始めた。たとえば、網易社のサイトでは、MP3 音楽のダウンロードサービス自体を廃止した。他方、ヤフー（中国）と百度社は、検索エンジンを通じた音楽 MP3 ファイルのダウンロードサービスを引き続き提供しているが、ダウンロードウィンドーにおける広告バナーをなくし、リンク先サイトのアドレスを標記するようにした。さらに百度社は、リンクはユーザの指令に基づき自動的に作成されること、百度社はリンク先の情報を格納、コントロール、編集、改正しないこと、著作権者の請求があれば直ちにリンクを切断することなどの免責文面を表示するようにした。しかし、これらの措置は、インターネット上の音楽著作物の違法なアップロードに悩まされ続けるレコード会社にとって満足できるものではなく、つぎに述べるよう、両社はその後もレコード会社と裁判などで戦い続けることとなった。

---

78 王遷「正確的結果、模糊的理由——評我国首例 P2P 服務提供者著作権案」中国版権 2006 年 10 月号 24 頁参照。

1　2007年【ユニバーサルミュージック対百度社音楽ファイル検索ダウンロード判決】[79]

本件の事実関係は上海歩升レコード対百度社音楽ファイルダウンロード判決のそれと非常に類似している。原告ユニバーサルミュージックは国際的な音楽レコード会社であり、被告百度社のサイトにおいて、「歌手名リスト」などのアイコンをクリックすることによって、原告が著作権隣接権を有する曲のMP3ファイルを自動的に検索し、さらにダウンロードすることができるとして、原告の情報ネットワーク伝達権を侵害したと主張した。上海歩升レコード対百度社判決と異なる点は、本件では、百度社は音楽ファイルのダウンロードウィンドーにおいて、リンク先アドレスを表示し、広告バナーをなくしたことである。

裁判所は、被告百度社が情報ネットワーク伝達権を直接侵害したか否かという争点について、公衆がアクセス可能なネットワークのサーバーに著作物をアップロードする行為が情報ネットワーク伝達行為であるとして、被告のサーバーに侵害コンテンツが保存されていないこと、ユーザによるオンラインの再生とダウンロードは第三者のサイトにおいて行われ、侵害コンテンツを管理できるのは第三者のサイトであり、百度社ではないことを理由として、被告百度社の検索エンジンを通じた侵害コンテンツの自動検索とダウンロードは情報ネットワーク伝達権の侵害に該当せず、「歌手名リスト」などのアイコンの設置についても自動検索というサービスの本質を変更するものではないとした。

共同不法行為の成立という争点については、裁判所は、ネットワーク著作権司法解釈を厳格に適用し、侵害コンテンツの提供を「知る」という故意が証明されていないとして、百度社の共同不法行為責任も否定した。

本件が示すように、検索エンジンによる侵害コンテンツの検索とダウンロードについて、その被害はChinaMP3のようなリンクを提供するサイトに比較してまったく劣ることはないにもかかわらず、ネットワーク著作権司法解釈が設定した「故意」というハードルは著作権者の救済を著しく困難なものにした。このままでは、著作権者は実際上「notice and take down」という方法しか取ることができず、もぐら叩きに追われることが避けられないことは容易に想像できる。

2　「情報ネットワーク伝達権保護条例」の施行

ところが、著作権法58条において、国務院が別途規定するとされる情報ネットワーク伝

[79] 北京市高級人民法院2007年12月20日判決（2007）高民終字第594号。

達権の保護方法が、ようやく 2006 年に「情報ネットワーク伝達権保護条例」[80]として制定され、同年 7 月 1 日より施行された。同条例は、ネットワーク著作権司法解釈の立場よりも一歩踏み込み、より厚く著作権者を保護するものである。

すなわち、リンクや検索について、情報ネットワーク伝達権保護条例 23 条は、「ユーザに検索も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ーが、権利者による通知を受けた後、本条例に従って権利侵害作品、演出、録音録画製品へのリンクを切断した場合、賠償責任を負わないものとする；但し、リンクしている作品、演出、録音録画製品は権利侵害にかかわるものであることを知り又は知り得るべきであった場合には、共同不法行為責任を負うものとする。」と規定し、知るという故意の場合と並び、知り得るべきという過失による共同不法行為の成立も認めている。リンク行為に関連する ISP の責任を故意が存する場合に限定し、事前の注意義務を課さないネットワーク著作権司法解釈と異なり、情報ネットワーク伝達権保護条例は、インターネットにおける情報の伝達に重要な役割を果たしている ISP に、著作権侵害を防止するより積極的な注意義務を課しているといえる[81]。著作権者の権利を犠牲にしてまで、司法上手厚く守られてきた ISP 産業は、従来のビジネスモデルを見直すことを迫られているといえる。

その証拠として、ユニバーサルミュージック対百度社判決について同条例は遡及的に適用されなかったが、同じ日に同じ裁判官によって下された下記正東レコード対ヤフー（中国）社判決では、情報ネットワーク伝達権保護条例 23 条が適用され、両事件は条例の適用があるか否かによって正反対の結論となった。

3　2007 年【正東レコード対ヤフー（中国）社音楽ファイル検索ダウンロード判決】[82]

本件は、原告正東レコードが被告ヤフー（中国）社に対して、被告サイトで提供されている検索エンジンによる音楽の検索・ダウンロードサービスを利用して、原告が著作隣接権を有する CD の曲のダウンロードが可能であり、これが原告の情報ネットワーク伝達権を侵害すると主張し、差止と損害賠償を求めた事件である。

問題となる曲のファイル自体は第三者のサイトにアップロードされており、これらのフ

---

[80] 条例は、中国の中央政府である国務院が制定する行政法規のことであり、その性格は日本でいう政令に近い。中国では法源の一つである。

[81] 張耕＝陳文「完善網絡服務商間接責任制度的思考」電子知識産権 2007 年 11 月号 36 頁参照。

[82] 北京市高級人民法院 2007 年 12 月 20 日判決（2007）高民終字第 1191 号。

ァイルへのリンクはユーザの指令に基づき、被告の検索エンジンで自動的に生成された。リンクをクリックすると、被告のサイトから離れることなく、曲の再生とダウンロードをすることができた。原告は訴訟に先立ち、被告検索エンジンによる侵害コンテンツへのリンク例を被告に提出し、これらの侵害コンテンツへのリンク全てを削除するよう求めたのに対して、被告は具体的なURLアドレスが提出されたもののみを削除した。

裁判所は、翻訳家対Sohu社判決と同様に、侵害コンテンツはリンク先の第三者サイトによってアップロードされ、被告が侵害コンテンツをコントロールできないことを指摘し、被告が提供するサービスの性質は検索・リンク提供サービスであり、その方式によって公衆が侵害コンテンツの出所を被告サイトと誤認するおそれもないとして、被告が直接に情報ネットワーク伝達権を侵害しないと判断した。

そのうえで、情報ネットワーク伝達権保護条例23条を適用し、同条但書にいう「リンク」には、検索エンジンによるリンクの自動生成も含まれると解釈し、知り得るべきという過失の認定に当たっては行為者の予見能力を基準に判断すべきと判示した。そして、被告は音楽の検索サービスを専門的に提供する検索エンジンのISPであり、検索される情報を曲のジャンル、歌手の性別、人気の程度によって分類してユーザの検索を補助しているとして、検索・リンクするコンテンツの合法性について「知り得るべき」であると判断した。さらに、原告の削除要請を受けたにもかかわらず、被告が具体的なURLアドレスの分かる侵害コンテンツへのリンクのみを削除し、原告が権利を有する音楽著作物へのその他の検索によるリンクを削除しなかったことは、注意義務に違反し、侵害結果の発生を放任する過失責任があると判断して、共同不法行為の成立を認め、原告の請求を認めた。

本判決は、少なくとも2つの点で裁判所の新しい姿勢を打ち出した。第一に、情報ネットワーク伝達権保護条例23条の適用において、一般的なリンクの設定と同様に、検索エンジンによるリンクの自動生成も情報ネットワーク伝達権を侵害する共同不法行為を構成しうることを明確にした点である。

検索エンジンはユーザの指定するキーワードに基づき、自動検索という技術的特性を持つため、従来から技術が中立であるという原則や、ISPの関与が少ないという特徴を根拠に、ISPの故意又は過失を否定する考えがある。確かに、技術自体が中立的であり、著作権侵害の技術は存在しない。しかしながら、ここで問題とされるサービスは、一般的な検索サービスとは似ても非なるものであり、MP3形式の音楽ファイルのみの検索だけではなく、そのダウンロードサービスも一体化した特殊なものである。プロの歌手の曲が無料でダウン

ロードできること自体が異常であり、歌手やレコード会社がこのような無料ダウンロードサービスを提供していないことは、ほとんど周知の事実といえ、インターネット産業に携わる ISP ならばこの事実を知っていると推定でき、少なくとも容易に知ることができたと考えられる[83]。そうすると、このような認識のもと、検索エンジンによる MP3 ファイルの検索・ダウンロードサービスを提供することは、そのサービスが侵害コンテンツの伝達に利用される可能性が非常に高いことを知りながら、防止策を取らないなど結果を放任することになり、さらに ISP がこれにより利益を挙げていることを考えれば、中立的な技術を不当に利用する故意又は過失があるといわざるを得ない[84]。

第二点は、著作権者から侵害コンテンツについての警告を受けた ISP は、具体的な URL アドレスが知らされたコンテンツのみならず、当該著作物にかかる侵害コンテンツへのすべてのリンクを削除する義務を負うことを明示したことである。侵害コンテンツのダウンロードによる損害額の算定は困難であり、中国における裁判ではその額は高額になりにくいことを考えれば、リンクを削除することによって侵害コンテンツへのアクセスを断ち、正規品の売り上げを保護することは著作権者にとって損害賠償を勝ち取ること以上に重要であるといえる。一旦警告を受けた ISP は、指摘されたリンクのみならず、当該著作物にかかるすべてのリンクを削除すべきことを認めた裁判所の姿勢によって、著作権者は不毛なもぐら叩きから解放される。

以上のように、情報ネットワーク伝達権保護条例の施行により、リンクや検索エンジンサービスを提供することによって、間接的に音楽等の侵害コンテンツの伝達と拡散に関与してきた ISP は、従来のビジネスモデルを見直すことを迫られ、大きな影響を受けるとみられる。実際、百度社はその後も 2008 年に音楽ファイル検索ダウンロードサービスに関連して世界的なレコード会社 7 社に訴えられたが、控訴審裁判所による調停において、原告レコード会社と被告百度社は和解し[85]、その結果、2012 年 10 月 22 日から、百度社は中国国内のユーザに対して著作権をクリアーした音楽ファイルのみを提供する新しいサイト「百度音楽」を立ち上げた。

---

83 王遷前掲注（78）・24 頁、黄武双「論捜索引擎網絡服務提供商侵権責任的承担」知識産権 2007 年 5 号 20－21 頁。
84 李徳成＝楊安進ほか『著作権戦略 管理 訴訟』（法律出版社 2008 年）183 頁も参照。
85 北京市高級人民法院（2010）高民終字第 1694 号、1700 号、1699 号民事調解書。

四　P2P サービスの提供と情報ネットワーク伝達権の侵害

1　2006 年【北京慈文社対広州数聯ソフト判決】[86]

原告北京慈文社が著作権を有する映画のダウンロードサービスが、被告広州数聯ソフトが運営するサイトにおいて提供されている。原告は差止と損害賠償等を求めて提訴し、被告は訴状を受け取った後、ダウンロードサービスを停止した。

被告サイトにおけるダウンロードサービスでは、Poco という名の P2P ファイルが利用されていた。ユーザは被告が提供した同ソフトを自分のパソコンにインストールした後、被告サイトで映画名による検索を通じて、他のユーザのパソコンの共有フォルダに保存された映画ファイルをダウンロードすることができた。

裁判所は、被告がそのサイトにおいて問題となる映画を紹介するページを開設し、ダウンロードをするアイコンを設けたことを指摘し、被告がユーザのダウンロードを誘導しサポートしたとして、原告の情報ネットワーク伝達権を直接に侵害する責任を認定した。

2　2006 年【上海歩升レコード対北京飛行網判決】[87]

被告 Y1（北京飛行網）は、Kuro という P2P ソフトの知的財産権を有する会社であり、Y1 の関連会社であり、Kuro.com.cn というサイトを経営する被告 Y2 に Kuro ソフトおよび技術的サポートを提供していた。Y2 サイトでは、各種ランキング、新曲の紹介など曲の情報を提供し、曲の分類検索とダウンロードのサービスと提供しており、ユーザが Y1 に月会費を支払うことによって、これらのサービスを受けることができた。Y1 はさらに Y2 サイトおよび Y1 の Kuro ソフトについて宣伝活動を展開していた。

原告上海歩升は自らが著作隣接権を有する曲が Y2 サイトにおいて無断でダウンロードできると主張し、情報ネットワーク伝達権を侵害されたとして、被告らを提訴した。

裁判所は、一般的に P2P ソフトはあらゆる種類のファイルの共有と伝達が可能であるが、本件 Kuro ソフトは音楽ファイルのダウンロードにのみ利用されていること、Y2 サイトは曲を詳細に分類し、複数の検索とダウンロード方法を提供していることを指摘し、Y2 サイトは伝達される曲について選択と編集を行っていると認定した。そして、原告が侵害を主張した曲は、最近の流行曲であり、音楽コンテンツの伝達を専門的に行う被告 Y2 は、同ソフトを利用したこれらの曲は原告に無断でアップロードされたものである可能性が非常に

---

[86] 広州市中級人民法院 2006 年 8 月 14 日判決（2006）穂中法民三初字第 7 号。
[87] 北京市第二中級人民法院 2006 年 12 月 19 日判決（2005）二中民初字第 13739 号。

高いことを知り得るべきであり、にもかかわらずY2はこれらの曲のKuroソフトを利用した伝達を防止する措置を一切取らなかったこと、Y2が大量の宣伝によってユーザを募集し、会費収入を得ていることなどを理由として、Y2はユーザによる侵害コンテンツの伝達を故意により幇助したと認定し、ネットワーク著作権司法解釈3条[88]に基づき共同不法行為責任を認めた。Y1についても、Y2の上記不法行為に技術的サポートを提供するのみならず、宣伝等によってY1自身の名義で直接に不法行為に関与したとして、共同不法行為の成立を認めた。

3　小括

以上のように、裁判例はP2Pサービスによる著作権の侵害についても、同サービスを提供し管理サイトを運営するISPについて、侵害の責任を認めてきた。ただ、その論理に注目とすると、北京慈文社対広州数聯ソフト判決は既に紹介した正東レコード対ChinaMP3判決に類似するものであり、ISPを直接の侵害者と認定している。これに対して、ネットワーク上の著作権侵害訴訟をより数多く扱っている北京市地裁で審理された上海歩升レコード対北京飛行網判決では、ISPの故意を認定し、共同不法行為責任を認めた。

この2件の紛争におけるP2Pサービスは、いずれも中央管理型で、しかもソフト提供者はサイトも運営していたことから、ISPの責任を対象とするネットワーク著作権司法解釈の関連規定を適用することができたのである。P2Pサービスの提供者は、一般的に検索サービスを提供するISPよりも、ユーザのアップロードとダウンロードに関与する度合いが高いうえ、収益が侵害に直結しているため、ISPの故意を検索サービスの場合よりも容易に認定できるようである。

五　権利侵害責任法の制定による影響

中国では2009年12月26日に新たに権利侵害責任法（不法行為法）が制定され、2010年7月1日より施行された。同法36条は、著作権の侵害に限らず、ISPの一般的な不法行為責任について定めた規定であり、同条2項はネットワーク利用者の権利侵害行為につき権利者がISPに通知すれば、ISPは遅滞なく必要な措置をとらなければ連帯責任を負うと規定し、同3項はISPがネットワーク利用者の権利侵害行為を知りながら必要な措置をと

---

[88] ネットワーク著作権司法解釈は2006年に改正され、ここでいう3条は改正前の4条（前出注（66））のことである。

らなければ連帯責任を負うと規定している[89]。36 条は、ISP がネットワーク利用者の侵害行為について連帯責任を負うこととなるための主観的要件を規定しており、その際に、ISP の行為とネットワーク利用者の行為との共同性を特に問題にしていない点に注意が必要である。

著作権の侵害責任に関して言えば、権利侵害責任法 36 条 2 項は情報ネットワーク伝達権保護条例 23 条本文とほぼ同様である。しかし、36 条 3 項は情報ネットワーク伝達権保護条例 23 条但し書と違って、ISP が権利侵害行為を「知りながら」必要な措置をとらない場合についてのみ不法行為責任を負うものと規定し、「知り得るべき」場合について定めていない点に、注意する必要がある。

これについて、「知りながら」とは、普遍的な注意義務を前提とする「知り得るべき」と区別される概念であって、直接的な証拠によって知っていることを証明できる以外に、間接的な証拠によって知っている蓋然性が極めて高いと推定できることを指すとする見解や[90]、重過失によって知らなかったことを含むと解する見解[91]が見られるが、立法者による立法解説によれば、ここでいう「知りながら」は「知っている」と「知り得るべき」の双方を包含するものであるとされる[92]。

思うに、ISP がユーザによる権利侵害行為を知っているという主観的認識の状態を証明ないし推定することが通常極めて困難であるため、「知り得るべき」と含まないと解釈すると、必然的に権利者が救済を受けにくい結果を招来し、同項の存在意義を失いかねない。むしろ「知り得るべき」を含むと解したうえ、ISP の具体的な注意義務の内容について、実際の

---

89 1 項　ネットワーク利用者、ネットワークサービス提供者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 項　ネットワーク利用者がネットワーク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提供者に対して、削除、遮蔽、接続の切断等の必要な措置をとるよう通知する権利を有する。ネットワークサービス提供者が通知を受けた後、遅滞なく必要な措置をとらなかった場合には、損害が拡大した部分について当該ネットワーク利用者と連帯責任を負う。
3 項　ネットワークサービス提供者が、ネットワーク利用者が当該ネットワーク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っていながら必要な措置をとらなかった場合には、当該ネットワーク利用者と連帯責任を負う。（訳は、中国総合研究所編『現行中華人民共和国六法』（ぎょうせい加除式）を参照した。）

90 奚暁明前掲注（71）・266 頁。

91 王利明ほか『中国侵権責任法教程』（人民法院出版社 2010 年）440 頁（周友軍）。

92 全国人民代表大会常務委員会法制工作委員会編『中華人民共和国侵権責任法釈義』（法律出版社 2010 年）194－195 頁、全国人大法工委民法室『「中華人民共和国侵権責任法」条文解釈与立法背景』（人民法院出版社 2010 年）154－156 頁。

事案における ISP の提供するサービスの内容とユーザによる侵害行為の状況に応じて調整するほうが適切であると思われる[93]。

いずれにしても、著作権の侵害に関していえば、仮に権利責任法 36 条を制限的に解釈するとしても、情報ネットワーク伝達権保護条例 23 条は、権利責任法 36 条よりも広く ISP の著作権侵害責任を定めているということになり、ISP の一般的な不法行為責任について定めた権利責任法 36 条の特別法という位置づけになる。従って、ネットワーク上の著作権侵害に関して ISP の責任が問われるケースにおいては、従来どおり、情報ネットワーク伝達権保護条例 23 条が適用されることになる[94]。

---

93 呉偉光「網絡服務提供者対其用戸侵権行為的責任承担」網絡法律評論 2011 年 1 号 29 頁、陳錦川「網絡服務提供者過錯認定的研究」知識産権 2011 年 2 号 57 頁、芮松艶「論捜索、鏈接服務提供行為的侵権構成要件」知識産権 2011 年 1 号 61 頁。

94 奚暁明前掲注（71）・267 頁。

第3章　日中の比較と若干の考察

すでに述べたように、日本法では差止は著作権法 112 条によって著作権を侵害する場合にしか認められない点は、共同不法行為を含む不法行為一般の効果としてこれを認める中国法と大きく異なり、そのため、両国における議論の展開は違う方向性を呈している。すなわち、日本では間接関与者を直接の侵害者と擬制するカラオケ法理が、差止を認める有効な手段として利用される一方、同法理の解釈上の適用の拡大化が疑問視され、これを解決するために、立法的解決が模索されているところである。これに対して、中国では間接関与者を直接の侵害者と擬制するのではなく、あくまでも自然観察によって、間接関与者と直接侵害者との共同不法行為責任として捉える「ネットワーク著作権司法解釈」が早くから制定され、その後は直接侵害行為に対する間接関与者の主観的要件をめぐる議論が中心であり、最近ではようやく「情報ネットワーク伝達権保護条例」において間接関与者である ISP の過失を主観的要件として明記し、これを受けて ISP の過失を積極的に認めた裁判例が現れるようになったのである。

このように著作権の直接侵害か共同不法行為かという理論構成上の相違が存在するわけであるが、著作権者やネットワーク上でコンテンツ関連ビジネスを展開する事業者などの当事者の立場からすれば、いかなる要件の下で差止および損害賠償が認められるかという点がより重要であり、理論構成が異なっても、責任を認めるための要件に関する裁判規範が異ならなければ、当事者や産業に対する影響は実質的に同様という評価をすることができよう。このような観点から、前述したことと同様に、直接利用行為が著作権侵害行為である場合とそうでない場合を分けて、両国法における間接関与者の侵害責任が認められるための要件を比較したい。

第１節　直接利用行為が著作権侵害である場合

日本法は、管理性と図利性などを判断要素として、間接関与者を著作権侵害の主体と擬制するカラオケ法理を採用している。これと比較して、中国法は、あくまで物理的な実態に即して侵害の形態を観察し、間接関与者は直接侵害者と共同不法行為責任を負うという法律構成を「情報ネットワーク伝達権保護条例」において明文化している。このように基本的なアプローチの差異が存在するが、どちらの手法を採用するにしても、結論的に著作権の侵害にかかわった間接関与者に対する差止と損害賠償を肯定することを可能にするものであるため、著作権者が実効性のある救済を得ることができ、ネットワーク上の著作物の有効な保護につながるものと評価されよう。

しかしながら、「情報ネットワーク伝達権保護条例」などの中国法は、間接関与者の共同不法行為責任について、差止と損害賠償を区別せず、いずれに関しても直接侵害行為を対象とした故意過失を要件にしている点は、日本法の立場からみれば、違和感が残るところであろう。差止の目的が将来の侵害の防止である以上、故意過失を要求する必要はないからである[95]。

本稿で論じている共同不法行為責任そのものではないが、中国では、著作権の侵害など知的財産権の侵害も不法行為と同様に、伝統的な過失責任主義が妥当するとするのが従来の通説であったが、近時では、侵害の責任について差止と損害賠償を区別し、それぞれについて無過失責任と過失責任を使い分けるべきとする説が有力になりつつある[96]。間接関与者の共同不法行為責任としての差止についても、たとえ情報ネットワーク伝達権保護条例のように故意過失を要件としても、少なくとも紛争が裁判所に持ち込まれ、著作権者の権利が侵害されている事実が判明した時点で、間接関与者は直接侵害行為を当然「知り又は知り得る」のであり、それ以降の間接関与行為について著作権者が本案で差止を求めることは当然許されるべきであろう。従って、間接関与行為の差止について故意過失を要件とする意義はあまりないといわざるをえず、むしろ間接関与者の故意過失に関係なく、直接侵害行為が認められる以上、これに便宜を提供し損害を拡大している間接関与行為の差止めを認めてよいと考えられる。

---

95 内田前掲注（70）・441頁参照。

96 鄭成思『知識産権法：新世紀初的若干研究重点』（法律出版社2003年）131－132頁参照。

他方、過失責任が妥当する損害賠償に関して、情報ネットワーク伝達権保護条例23条と権利侵害責任法36条に基づき、間接関与者が直接侵害行為を「知り得るべき」といえるかどうかについて、上述したようにその具体的な関与の態様、直接侵害行為の顕著性などの要素をもとに、総合的に注意義務の程度を判断すべきであると考えられる。このうち前者は、日本の裁判例でいう管理・支配性と図利性に相当するものであり、後者はファイルローグ事件、TVブレイク事件において検討された、侵害を惹起する蓋然性という間接関与行為の性質にほぼ相当する。これらの判断要素は、本稿で取り上げた中国の裁判例が明確に整理して述べてはいないが、実際に検討されたものである[97]。このように解するならば、著作権の直接侵害か共同不法行為かという理論構成上の相違が存在するが、要件ないし判断要素は中国法と日本法は重要な点において異ならないといえそうである。

ところで、P2Pソフトが、技術の進歩によってファイルローグ事件における中央管理型からWinny事件の非中央管理型に変わりつつあり、さらに、そのP2Pソフトは継続的な技術サポートを受けなくても使用し続けることが可能である。ソフト提供者自身が刑事責任を問われた今日においても、Winnyの使用による被害が根絶していないことをみれば、間接関与者の責任を追及することも、今後場合によっては、実効性のある方法ではなくなる可能性があるといえる。そうすると、あえて間接関与者の責任を追及するよりも、原則に戻って、直接行為者の責任を如何に実効的に追及するかということが新たな課題といえる

この点に関連して、日本では平成21年の著作権法改正で、私的使用の目的であっても、違法にインターネット配信されていることを知りながら、音楽や映像をダウンロードすることが違法化され（著作権法30条1項3号）、さらに平成24年改正によって刑罰の対象となった（著作権法119条3項）。これはまさに、違法に配信された音楽・画像等のダウンロードが膨大な規模となっており、権利者が違法配信者に対して権利行使することに限界があることを認識したことによるが[98]、今後の運用状況と効果は注目に値する。

---

97 たとえば、正東レコード対ChinaMP3判決は管理・支配性を強調し、正東レコード対ヤフー（中国）社音楽ファイル検索ダウンロード事件と上海歩升レコード対北京飛行網判決はサービスの性質を検討している。

98 文化庁長官官房著作権課「著作権法の一部を改正する法律（平成21年改正）について」コピライト585号25－26頁。

第2節　直接利用行為が著作権侵害ではない場合

直接利用行為が私的複製などの私的使用である場合に、これを容易にする間接関与者の行為は、私的使用の規模を著しく増大させる可能性があり、結果的に私的使用を自由とした制度の前提を崩しかねない。従って、直接利用行為が私的使用に該当し著作権侵害ではない場合であっても、間接関与者の行為を野放しにすることは、著作権者の利益を害し、妥当とは思われない。

この点について、第1章第3節三においてすでに述べたように、私的使用を適切なレベルに制限するための新しい技術的手段を開発し続けることによって、著作権の保護を図ることが必要である一方、法的な対応も同時に求められるといえる。後者の法的な対応を検討する際に、適法に提供されている著作物に容易にアクセスし利用するという利用者側の利益も保護に値するものであると考えられ、法が認めている自由な私的使用を妨害しないようにしながら、著作権者と間接関与者さらにはユーザ間の利益調整によって、著作権の適切な保護という目的を実現していくべきであると思われる。具体的には、差止という強力な救済措置を安易に認めるのではなく、著作権者に認める救済は、あくまで経済的な不利益をカバーする利益の還元にとどめるべきと考える。その方法として、日本の裁判例のように著作権者とサービスを提供する間接関与者が裁判で個別に争うことで、司法に対する負担が多くかかる方法よりも、事前に課金制度を設けるほうが、全体的にみて経済的であり、望ましいのではないかと考える。

第2章第1節において述べたように、中国の現行法上、補償金制度は設けられていないが、学説においては従来から補償金制度の導入を求める意見があり[99]、近時ではISPを徴収対象に加えた補償金制度の構築を主張する見解もみられるようになった[100]。今後の議論と制度の導入を期待するところである。

---

99 曹世華「論数字時代的版権補償金制度及其導入」法律科学2006年6号150頁。
100 張今前掲注（52）・87頁、鄭小鴻「著作権補償金制度在網絡時代的発展趨勢」網絡法律評論6巻23頁。

第Ⅱ部　インターネット上における商標の保護

社会生活におけるインターネットの浸透とIT技術の発展につれて、インターネット上に商標を利用する経営活動がより活発になり、また、そのことによってインターネット上の商標侵害紛争も生じるようになってきた。この種の紛争の先駆けは、ドメイン名と商標の抵触問題であろう。この問題については、日中両国においてすでに多数の裁判例が存在し、さらに法整備も進み、一定の解決が見られる分野だといえる。しかし、ドメイン名以外にも、電子商取引における商標権侵害紛争と検索エンジン等を用いたキーワード検索と商標との抵触といったような新たな類型の紛争が生じており、現行法の下における解釈を検討する必要がある。

第2部[101]では、まず第4章において、商標法と不正競争防止法を中心に、商標の保護に関する日中両国の現行法規をそれぞれ簡略に紹介したうえ、従来の主な紛争類型であったドメイン名と商標権との抵触問題を例に、インターネット上における商標関連紛争に対する両国の法整備の状況を整理し、この分野における両国の現行法の特徴を見出して比較し、それぞれの長所と短所を考察する。

続いて第5章では、電子商取引における商標権侵害紛争について、商標権侵害の間接関与者の責任に重点を置きつつ、日中両国の裁判例と学説等を比較検討し、第4章において議論した現行法の内容を前提とした法解釈のあり方を考察する。

最後に第6章では、他人の商標を自身のサイトと結びつける検索キーワードとして登録使用することなどから発生するキーワード検索による商標権侵害紛争について、中国の裁判例と学説を分析検討したのち、日本の裁判例と学説にも言及しながら、直接行為者の行為の性質と間接関与者の責任の双方を考察する。

---

101 第4章と第6章は、拙稿『キーワード検索における商標の保護とISPの責任—中国の裁判例を素材として—』阪大法学61巻5号47頁を、第5章は拙稿『電子商取引における商標権の保護と間接関与者の責任—中国の裁判例を素材として—』阪大法学60巻3号209頁を、それぞれ加筆修正したものである。

第4章　日中両国における商標保護関連法規の現状

第1節　中国法の状況

一　基本法規の整理

1　商標法における保護と救済

(1)　商標法52条に定める商標権侵害行為の類型と包括条項

現行の中国商標法は、1982年に制定し、2001年に改正されたものである。同法52条は、5つの行為を登録商標の侵害行為として列挙している。

このうち、52条1号ないし4号は具体的な行為を挙げているが、「他人の登録商標専用権にその他の損害を与えること」を定めた5号は、商標法の立法時に想定されなかった状況にも対応できるいわゆる包括条項である。このような立法は、立法後に出現する新しい類型の商標侵害にも対応できるという柔軟性を有する反面、法的安定性の観点からいえば問題がないわけではない。そこで、商標法の立法後、政府が制定した商標法実施条例及び最高裁の司法解釈において上記52条5号の包括条項に該当する侵害行為の具体化が図られてきた。

(2)　商標法実施条例と最高裁司法解釈による侵害行為の更なる具体化

商標法52条5号にいう「その他の損害を与える」行為として、まず、2002年商標法実施条例50条は、2つの具体的な行為を明確に挙げ、さらにその後、最高裁は2002年「商標民事紛争事件審理における法律適用の若干問題に関する最高人民法院の解釈」[102]（以下では「商標事件司法解釈」という。）1条において、3つの具体的な行為を追加した。その結果、商標法52条1号ないし4号に規定される侵害行為と合わせれば、商標法、商標法実施条例ならびに最高裁司法解釈など中国において法源としての効力を有する商標法関連法規では、商標権侵害行為として、合計9つの具体的な侵害行為が列挙されている。

(3)　9つの具体的な商標権侵害行為による例示列挙

これら9つの具体的な商標権侵害行為は、以下のとおりである。

①登録商標権者の許諾を受けずに、同一又は類似の商品に登録商標と同一又は類似する

---

[102] 法釈（2002）32号。

商標を使用すること（商標法52条[103]1号）、

②登録商標専用権を侵害する商品を販売すること（同2号）、

③他人の登録商標の標識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された登録商標の標識を販売すること（同3号）、

④登録商標権者の同意を得ずに、その登録商標を取り替え、かつその取り替えた商標に係る商品を再度市場に流通させること（同4号）、

⑤同一又は類似の商品に他人の登録商標と同一又は類似の標識を商品名称又は商品の外観装飾として使用し、公衆に誤認を生じさせること（商標法実施条例50条1号）、

⑥他人の登録商標専用権を侵害する行為のために、故意に、保管、輸送、郵送、隠匿などの便益を供すること（同2号）、

⑦他人の登録商標と同一又は類似の文字を企業の商号とし、同一又は類似の商品に顕著に使用し、関係公衆に容易に誤認を生じさせること（商標事件司法解釈1条1号）、

⑧他人が登録した著名商標又はその主要な部分を複製、模倣、翻訳し、同一又は類似でない商品に商標として使用し、一般公衆を誤解させることで、当該著名商標登録人の利益に損害を与える可能性があるもの（同2号）、

⑨他人の登録商標と同一又は類似の文字をドメイン名として登録し、かつ当該ドメイン名を通じて関係商品の電子商取引を行い、関係公衆に容易に誤認を生じさせるもの（同3号）、である。

商標法実施条例と商標事件司法解釈において挙げられた具体的な侵害行為は、例示列挙であると解され、これらの侵害行為に該当しない行為であっても、商標法52条5号の包括規定をもって対応することが可能である。つまり、中国の商標法関連法規は、上記9つの具体的な商標権侵害行為を例示列挙するとともに、包括条項を設けていると理解することができる。もっとも、商標権侵害行為に関し、既に詳細な列挙規定が設けられたことから、裁判実務において、問題とされる行為がこれらの列挙規定に該当するか否かが争われることが多い。

(4) いわゆる「商標的使用」による制限

上述したように、中国商標法関連法規は、商標権侵害行為の類型を詳細に定めており、

---

[103] 訳は、中国総合研究所編『現行中華人民共和国六法』（ぎょうせい加除式）を参照した。

裁判において問題となる行為がいずれかの類型に該当し、かつ商標法実施条例49条[104]に規定される商標の合理使用に該当しない限り、基本的に商標権の侵害と判断される。

しかし、これに対して、問題となる行為が「商標法意義上の使用」ないし「商標意義上の使用」に当たらない場合に、形式的に商標権侵害行為の類型に該当するとしても、商標権の侵害ではないとする少数説がある[105]。ここでいう「商標法意義上の使用」ないし「商標意義上の使用」は、商標の出所表示機能と自他識別機能を有する形態の使用を指すものであり、日本法にいう「商標的使用」に相当すると言ってよいと思われる（以下では便宜上「商標的使用」と呼ぶことにする。）。近時には、被告行為が商標的使用ではないとして、商標権の侵害を否定した最高人民法院の判決[106]が出ており、今後の議論が注目されるところである。

(5) 商標権の侵害に対する救済

商標権が侵害された場合の民事上の救済方法について、商標法には明確な規定が置かれていないため、民法の規定に従うことになる。1986年に制定された中国民法通則は134条において、契約責任か不法行為責任かを問わず、あらゆる種類の民事責任を負担する方法として合計10種類の救済を定めており、それぞれ、①侵害の停止、②妨害の排除、③危険の除去、④財産の返還、⑤原状の回復、⑥修理、再製作及び交換、⑦損害の賠償、⑧違約金の支払、⑨影響の除去及び名誉の回復、⑩謝罪、である。また、2009年に制定された中国権利侵害責任法15条は、不法行為責任を負担する方法として、①侵害の停止、②妨害の排除、③危険の除去、④財産の返還、⑤原状の回復、⑥損害の賠償、⑦謝罪、⑧影響の除去及び名誉の回復、など8種類の救済を定めている。

もっとも、これらの規定は広く一般的な民事責任または不法行為責任について規定する

---

104 49条：登録商標に含まれるその商品の一般名称、図形、規格とサイズ、又は直接的に表示する商品の品質、主要原材料、機能、用途、重量、数量、及びその他の特徴、又は含まれる地名については、登録商標専用権者は他人の正当な使用を禁止する権利を有しない。訳は、中国総合研究所編『現行中華人民共和国六法』（ぎょうせい加除式）を参照した。

105 孔祥俊『商標与不正当競争法原理和判例』（法律出版社 2009年）179頁参照。

106 最高人民法院 2009年6月24日再審判断（2009）民申字第268号『最高人民法院知識産権審判案例指導（第2巻）』193頁。本件は、製薬会社であるファイザー社が医薬品等にについて有する菱形の立体商標に関し、被告が生産する医薬品の錠剤の形状がファイザー社の立体商標と同一ないし類似するとしても、問題となる錠剤が透明でない材料で包装され、その形状は出所表示機能を有しないとして、「商標的使用」を否定したものである。

ものであって、商標権侵害にこれらを全部適用するという趣旨ではない。商標権の侵害に対する民事上の救済方法について、商標法同様に、民法通則と権利侵害責任法のいずれにも明文の規定はなく、唯一、商標事件司法解釈21条1項は、「人民法院は、登録商標専用権の侵害紛争案件の審理において、民法通則134条及び商標法53条の規定並びに案件の具体的な状況に基づき、権利侵害者に侵害の停止、妨害の排除、危険の除去、損害の賠償、影響の除去等の民事責任を負わせることができる」と定め、商標権侵害に適用する民事上の救済を限定したのである。このうち、損害賠償については過失推定を採用しており、それ以外の救済方法については故意又は過失を要件とせず、侵害行為又は侵害可能性があれば認められると解されている[107]。

2　不正競争防止法における保護と救済

(1)　不正競争防止法に挙げられる商標関連の不正競争行為

商標法は原則的として商標の登録を保護の前提としているのに比べ、中国不正競争防止法は、そのような前提がなく、市場経済の健全な発展の保障を目的とし、他の事業者の合法的な権益に損害を与え、社会の経済秩序を乱す行為である限り、規制の対象となるため、知的財産権の保護に補充的な役割を担っている。

1993年に制定された中国不正競争防止法は、5条から15条において11種類の不正競争行為を具体的に列挙している。このうち商標と関連するのは5条1項であり、同項は、他人の登録商標を冒用する行為を不正競争行為であると定めている。さらに、具体的にどのような行為が他人の登録商標の冒用行為に該当するかについて、立法関係者は本条の注釈において、経営者が不正な市場競争に従事し、自己の商品又は役務を他人の商品又は役務と混同させ、消費者の誤認又は誤購入を生じさせ又は生じさせるおそれがある行為をいうものと定義しており[108]、学説もおおむねこれを支持している[109]。したがって、商標法関連法規に明文で定められた商標権の冒用行為は、不正競争防止法においても5条1項に挙げる「他人の登録商標を冒用する」不正競争行為に該当することになるが、これらの明文規定に含まれない行為であっても、上記の定義に当てはめる限り、不正競争行為と認定されるべきであろう。

---

107 郭禾編『商標法教程』（知識産権出版社2004年）164頁－170頁参照。

108 法律出版社法規中心編『中華人民共和国反不正当競争法注釈本」（法律出版社2007年）6頁参照。

109 邵建東＝方小敏編『案説反不正当競争法」（知識産権出版社2008年）98頁参照。

(2) 不正競争防止法に定めるその他の不正競争行為

不正競争防止法5条1項のほか、ネットワーク上の行為が虚偽な宣伝行為とされれば、このような行為を規制する不正競争防止法9条[110]が適用されることになろう。同条にいう虚偽な宣伝行為とは、経営者が市場取引において広告又は他の方法を通じて、商品又は役務の品質、性能、用途、生産者、有効期限、産地等の事実と不一致な情報を公開し、取引の相手方に誤解を生じさせ又は生じさせる可能性がある行為である[111]。

さらに、不正競争防止法5条から15条において列挙されている行為に該当しない場合であっても、一般条項である同法2条1項[112]に基づき不正競争行為を認定することが可能である。同条項に依拠して不正競争行為を認定した裁判例は数多く存在し、商標権が侵害される場面においてこの一般条項が適用される例もある[113]。

(3) 不正競争行為に対する救済

不正競争行為に対する救済について、不正競争防止法20条では損害賠償責任のみが明確に定められ、同条はすべての不正競争行為に適用される。そして、他人の登録商標を冒用する行為対する救済について、21条はさらに商標法の規定に従うものと規定しているため、前述した商標権の侵害行為に対する救済と同様であると考えることができる。

---

110 不正競争防止法9条1項：経営者は、広告その他の方法を利用して、商品の品質、製造成分、性能、用途、生産者、有効期間及び生産地等について、人をして誤解させる虚偽の宣伝をしてはならない。2項：広告を行う経営者は、明らかに知り、又は知るべきである状況の下において、虚偽の広告を代理し、デザインし、作成し、又は公表してはならない。（訳は、中国総合研究所編『現行中華人民共和国六法』（ぎょうせい加除式）を参照した。）

111 法律出版社法規中心前掲注（108）・11頁。

112 不正競争防止法2条1項：経営者は、市場取引において、自由意思、平等、公正及び信義誠実の原則に従い、公認の商業道徳を遵守しなければならない。2項：この法律において不正競争とは、経営者がこの法律に違反し、他の経営者の適法な権益を損ない、社会経済秩序を乱す行為をいう。3項：略。（訳は、中国総合研究所編『現行中華人民共和国六法』（ぎょうせい加除式）を参照した。）

113 北京市第二中級人民法院2000年6月判決（1999）二中知初字第86号（ikea事件）、北京市第一中級人民法院2000年11月判決（2000）一中知初字第49号（tide事件）等がある。胡鴻高＝趙丽梅編『網絡典型事例与法律法規匯編（国内部分）』（法律出版社2003年）125頁、151頁。

二　ドメイン名と商標権との抵触問題に対処する法整備

1　2001年ドメイン名司法解釈以前の裁判例

ドメイン名は本来、インターネット上の「住所」を示し、サーバーを特定するための文字・数字等の配列にすぎない。しかし、インターネットを通じたビジネス活動の活発化につれて、ドメイン名は事業者にとってインターネット上のビジネスを効果的に展開するのに極めて重要な価値を有するに至ったため、ドメイン名に関する紛争が多発し、商標権者など権利者が訴訟を提起することによって、法的解決手段を促したのである。

中国では、商標権者とドメイン名登録・使用者との紛争が1990年代の末ごろから見られるようになり、後述する最高裁の司法解釈である「コンピュータネットワークドメイン名に関連する民事紛争事件審理における法律適用の若干問題に関する最高人民法院の解釈」（以下では「ドメイン名司法解釈」という。）が2001年7月に制定される以前に、下級裁判所は、既存の民法、商標法や不正競争防止法の規定に基づき、これらの紛争を判断していた。

この段階の紛争における大きな争点は、商標の効力が、その登録された分野と類似しない分野におけるドメイン名の使用にも及ぶか、あるいはそもそもドメイン名が実際に使用されず、登録のみがなされた場合にも及ぶか、であった。

最初の司法判断は、1999年に北京市海淀区裁判所が下した裁定である[114]。この事件では、商標権者の商標と同一のドメイン名を登録した者が当該ドメイン名を商標権者に売り付けようとしたことについて、裁判所は、原告商標権者による訴えの取下げを認めた裁定において、被告のドメイン名登録行為が民法通則に規定される「合法な形式で不法な目的を覆い隠した無効な民事行為」に該当すると判断し、民法の一般規定を利用する手法を採用した。

しかし、その後の裁判例はむしろ商標法と不正競争防止法の枠組み内でこのような問題を解決しようと試みた。例えば、北京市第一中級人民法院は、PDA事件[115]において、商標権者の商標「PDA」をドメイン名として登録使用した被告の行為が改正前商標法38条及び当時の商標法実施細則41条に列挙された行為[116]のいずれにも当たらないとして、商標権の

---

114 北京市海淀区人民法院1999年5月裁定(1998)海知初字第114号（KELON事件）。

115 北京市第一中級人民法院1999年7月判決（1999）一中知初字第48号（PDA事件）。胡鴻高＝趙丽梅前掲（113）・108—112頁。

116 現在の商標法52条と実施条例50条に列挙された前述の①～③、⑤、⑥の行為にほぼ相当する。

侵害を否定した。また、不正競争行為の該当性については、裁判所は、不正競争防止法2条1項に規定される公平及び信義誠実の原則という一般規定に基づき判断したが、商標「PDA」は影響力及び知名度を有しないとして、被告による当該商標と同一のドメイン名を登録使用する行為は公衆の混同を生じさせ、商標の名声を不正に利用し利益を得ようとするものではないとして、不正競争行為の該当性も否定した。

これに対してWHISPER事件[117]においては、裁判所は、商標権者の商標「WHISPER」は中国商標局が認定した著名商標であり、このような他人の著名商標をドメイン名として登録する行為は、ドメイン名が使用される分野と商標が登録された分野と異なるとしても、また、ドメイン名が実際に使用されていないとしても、著名商標の権利者のネットワーク上における権利行使を妨害するものであるとして、商標権の侵害行為であると認めた。さらに、他人の著名商標と同一のドメイン名を登録使用する行為は、著名商標のグッドウィルにただ乗りする行為であり、このようなドメイン名を多数登録し、実際に使用せず商標権者に売り付けようとする被告の行為は非善意な目的によること明らかであるとして、公平と信義誠実の原則に反し、不正競争行為にも該当すると判断した。

この後の裁判例においても、裁判所は、国家商標局が既に認定した著名商標[118]、あるいは裁判所自身が事実認定として著名商標と認めた商標[119]については、その保護範囲はネットワーク上のドメイン名にも及ぶとして、容易にドメイン名の登録行為を著名商標の侵害と不正競争行為と認定した。一方、裁判所は、著名ではない普通の登録商標[120]については、その効力は非類似分野におけるドメイン名の登録に及ばないとして商標権の侵害を否定し、さらに、商標権者が中国でいまだ商業活動を行っておらず、ドメイン名登録者もいまだドメイン名の使用を始めていないため両者は競争関係にないとして、不正競争行為ではないと判断した。

このように、この段階の裁判例としては、商標権者の商標が著名商標であるかどうかが、裁判の勝敗を決する決め手になることが多かった。その原因は、当時の紛争の多くは、著

---

117 北京市第二中級人民法院2000年7月6日判決（2000）二中知初字第27号。
118 その例として、上海市第二中級人民法院2000年10月9日判決（2000）沪二中知初字第23号（Safeguard事件）。
119 その例として、北京市第一中級人民法院2000年11月21日判決（2000）一中知初字第11号（DU PONT事件）、北京市第一中級人民法院2000年11月21日判決（2000）一中知初字第49号（Tide事件）。
120 その例として、北京市第二中級人民法院2000年12月13日判決（2000）二中知初字第98号（Viagra事件）がある。

名商標と同一のドメイン名を抜け駆け的に登録し、これを商標権者に売り付けて利益を得ようとすることによるものであり、そもそもドメイン名が実際に使用されていない場合が多く、商標権者はそのような登録行為自体が商標権侵害ないし不正競争行為であることを主張する必要があったからである。原告の商標が著名商標でなければ、商標と同一のドメイン名であっても、そもそも実際の使用がなければ誤認混同が生じ得ないし、また、商標とは非類似の分野の役務の提供においてドメイン名が使用されたとしても、誤認混同が生じると認められにくいため、商標権者は保護を得ることが困難であった。

2　ドメイン名関連法規の整備

ドメイン名に関連する一連の判決が出てから、最高人民法院が、これらの裁判実務に基づき、2001年7月にドメイン名司法解釈を公布した。この司法解釈は、先述した裁判例と基本的に同様に、著名商標かそうでないかによって、保護の要件を区別している。また、裁判例において当事者が商標法と不正競争防止法の双方に基づいて主張することが多いように、ドメイン名司法解釈においても商標権侵害と不正競争行為の認定要件を区別せずに統一的に規定しているのが特徴的である。

まずドメイン名司法解釈の6条は、「人民法院はドメイン名紛争事件を審理する場合、当事者の請求及び案件の具体的状況に基づき、関係する登録商標が著名であるかどうかについて、法に基づき認定することができる。」と規定し、ドメイン名関連紛争において、裁判所は、商標局によって行政的に認定された著名商標とは別に、問題となる商標が著名商標かどうかを独自に認定する権限を有することを明文化した。なお、この権限は、その後の商標事件司法解釈22条1項において、さらに商標権侵害事件一般に拡大されるように至ったのである。

そして、具体的にどのような行為が商標権の侵害又は不正競争行為に該当するのかについて、ドメイン名司法解釈は4条[121]と5条[122]にそれぞれ規定を設けた。これらの条文を総合

121　4条：「人民法院はドメイン名紛争事件を審理するとき、以下の各条件に合致するものについて、被告のドメイン名の登録、使用等の行為が権利侵害又は不正競争を構成していると認めなければならない。
(1)原告が保護を請求する民事権が合法で有効であること。
(2)被告のドメイン名又はその主要部分が、原告の著名商標の複製、模倣、翻訳、若しくは音訳を構成し、又は原告の登録商標、ドメイン名等と同一若しくは類似しており、公衆を混同させるに十分であること。
(3)被告は、当該ドメイン名又はその主要部分に権益を有しておらず、かつ当該ドメイン名

すれば、以下のようになる。

まず、著名商標であるか普通の登録商標であるかを問わず、ドメイン名を登録、使用する正当な理由がないこと、登録、使用に悪意があることが共通する要件であるが、著名商標であればドメイン名がその複製、模倣、翻訳、音訳を構成することが要件であるのに対して、普通の登録商標であればドメイン名と登録商標は公衆が混同するほどに類似することが要件である。さらに、共通要件である悪意の認定においても、著名商標であればこれと同一のドメイン名を商業目的で登録するのみで悪意があるとされ、これに対して普通の登録商標であれば、①商業目的で類似するドメイン名を登録使用し、故意に商標権者の商品・役務と混同させ、アクセスを誘導すること、②法外な価格でドメイン名を譲渡等しようとすること、③ドメイン名の使用をせず意図的に権利者の登録を阻止すること、のいずれかに該当すれば悪意があると認定される。

これらの規定は、悪意を要件にしている点から見れば、基本的に商標法よりも不正競争防止法を念頭においているように思われる[123]。しかし、中でも、著名商標をドメイン名として登録するのみで悪意が認定されるとする規定は、悪意を擬制するものというべきであり、また、ドメイン名の実際の使用[124]を要件としない点は、著名商標の希釈化を防止する目的であるというよりも、ドメイン名に対する著名商標権者の排他的な権利を保護してい

を登録、使用する正当な理由がないこと。
(4)被告の当該ドメイン名の登録、使用に悪意がある場合。」（筆者試訳）

122 5条：「被告の行為が以下に揚げる状況の一つであると証明された場合、人民法院は悪意があると認定しなければならない。
(1)商業目的で他人の著名商標をドメイン名に登録したとき。
(2)商業目的で、原告の登録商標、ドメイン名等と同一又は類似のドメイン名を登録、使用し、原告が提供する商品、サービス又は原告のウェブサイトと故意に混同させ、インターネット・ユーザをそのウェブサイト又はその他のオンラインサイトへアクセスさせたとき。
(3)申込により、当該ドメイン名を高額で販売、リース又はその他の方式で譲渡して、不当な利益を獲得しようとしたとき。
(4)ドメイン名を登録した後に使用せず又は使用しようともせず、権利者の当該ドメイン名の登録を故意に阻止したとき。
(5)その他の悪意を有するとき。
紛争発生前に、被告が挙証して、その所有するドメイン名に既に一定の知名度を獲得したことを証明し、かつ原告の登録商標、ドメイン名と区別できる場合、又はその他の状況があり、被告に悪意を有しないことを十分に証明できる場合、人民法院は被告が悪意を有しないと認定することができる。」（筆者試訳）

123 同司法解釈の前文は、民法通則と不正競争防止法に基づき以下の解釈を制定すると述べており、商標法に触れていなかった。

124 ドメイン名は、商業行為に使用して初めて標識機能を持つとされる。周林前掲注（58）・339頁参照。

るといえる。この意味において、この規定の性質は、行為者の行為規制を趣旨とする不正競争防止法よりも、商標法に近いというべきであろう。

一方、普通の登録商標に係る悪意の要件について、高額でドメイン名を譲渡しようとすれば明らかに悪意があるといえ、また、登録して長期間使用しないことは、商標権者の登録を阻止する悪意が通常あると認められうる[125]。しかし、これらに該当しない実際の使用を伴う場合に、悪意を認定するためには、商標権者の商品、役務ないしサイトと混同させ、アクセスを間違って誘導する故意が必要とされるが、普通の登録商標であればドメイン名登録者の上記故意を認めることは通常容易ではないため、ドメイン名の使用による不正競争行為の認定がより困難になる。

これに対して、その後の2002年の「商標事件司法解釈」1条3号（前出の具体的な商標権侵害行為の⑨）では、登録商標と類似するドメイン名を通じて関係商品の電子商取引を行い、関係公衆に容易に誤認を生じさせるおそれがあれば、商標権侵害に該当すると規定した。ここでは、図利加害などの悪意を要件とせず、その代わり混同の要件を厳格にし、ドメイン名と商標との混同ではなく、ドメイン名を利用した電子商取引の商品と商標権者の商品が混同することを要求している。

このように、ドメイン司法解釈及びその後の商標事件司法解釈が制定された現在、ドメイン名と商標権の抵触問題に関する裁判例における法の解釈はほぼ統一され、この問題の解決は落ち着きを見せている。

---

125 「天下秀ドメインネーム」商標侵害事件、日本機械輸出組合『中国知的財産権判例評釈－判決全文の翻訳付き－』（2009年）460頁。

第2節　日本法の状況

一　基本法規の整理

1　商標法における保護と救済

(1)　商標の使用をする権利の専有

日本法では商標権侵害とは何をいうかということについての明文規定はないが、商標法は25条において、商標権者が指定商品又は指定役務について登録商標の使用をする権利を専有すると規定しているため、商標権者以外の第三者が正当な事由なく登録商標と同一の商標をその指定商品・役務について無断で使用すれば、商標権の侵害となる。

しかし、商標の使用を専有する権利を同一の商標、同一の商品・役務いわゆる同一範囲にしか及ばないと限定すれば、他人が類似範囲での使用をすることによって出所混同を生じるおそれがあるのに、商標が保護されないという問題が生じることから、商標法は37条1号において商標の保護範囲を類似範囲の使用にまで広げ、保護を一層確実なものとしている[126]。

一方、いかなる行為が商標の使用行為に該当するかについて、商標法はさらに2条3項に定義規定を置き、具体的に8つの行為を標章の使用行為として列挙している。したがって、条文上は、第三者が「業として」[127]登録商標と同一又は類似する標章をこの8つの使用行為によって使用すれば、形式的には商標権の侵害となる。

(2)　いわゆる「商標的使用」による制限

しかし、実際に上記の使用行為に該当し、形式的に商標権の侵害が成立するとしても、商標法26条が定める商標権の効力が及ばない範囲に該当する場合には、商標権の侵害とならない。さらに、学説と裁判例は、商標の本質は商品及び役務についての識別機能であり、商標の保護は商標の出所の保護と信用の保護であるという観点から、具体的な使用態様を考慮し、当該標章が出所表示機能、自他識別機能を有する態様で使用されている、いわゆる「商標的使用」でない場合には、2条3項に列挙された8つの使用行為に該当するとしても、

126　このほか、37条2号以下は侵害の予備行為についても商標権の侵害とみなし、いわゆる間接侵害の規定を設けている。さらに、67条の規定で指定商品・役務についての登録防護標章の使用、並びにその予備行為についても侵害とみなしていると規定し、いっそうに保護を手厚くしている。

127　商標法2条1項参照。

商標権の侵害を構成しないと解している[128]。このため、商標権侵害の判断場面において、第三者による標章の使用が「商標的使用」に該当する否かについての判断がしばしば紛争の行方を決定する重要な要素となっている。

(3) インターネット上における商標の使用

具体的にインターネット上においてどのような行為をすれば商標の使用となるかについて、まず、ネットワーク上において流通する電子情報財などの商品に、顧客が標章として視認できるように標章の電磁的な情報を組み込む行為は、商品に標章を「付する行為」と解され、商品商標の使用行為に含まれる（商標法2条3項2号)。さらに、平成14年に商標法2条3項が改正され、ネットワーク上におけるサービスの提供等においてモニター又はディスプレイ等の「映像面」に標章が表示され、当該標章商標は顧客に視覚的に認識される場合は役務商標の使用行為に含まれること（3項7号)、ネットワークを通じた広告、価格表又は取引書類に標章を付した場合も商標の広告的使用行為に含まれること（3項8号）が、明確に定められるようになった[129]。従って、たとえばホームページにおけるドメイン名の使用は、上記3項7号、8号にいう標章の使用行為に該当すると解される。もっとも、従来の解釈と同様に、インターネット上の行為が商品やサービスの出所識別機能を発揮させるように行われていなければ、「商標的使用」とはいえないとされ、商標権の侵害を構成しない[130]。

(4) 商標権の侵害に対する救済

商標権が侵害されたとき、商標権者に与えられる民事上の救済手段としては、差止請求、損害賠償請求と信用回復措置請求がある。商標法36条によれば、商標権者又はその専用使用権者は自分の商標権又は専用使用権を侵害する者又は侵害するおそれのある者に対して、侵害の停止又は予防を請求することができる（36条1項)。さらに、侵害の予防に必要な範囲において侵害の行為を組成した物の廃棄、侵害の行為に供した設備の除却その他の侵害の予防に必要な行為を請求することができる（36条2項)。差止請求権の行使は、権利侵害者に故意又は過失があることを要件としない。一方、損害賠償請求権について商標法には

128 宇井正一「商標としての使用」牧野利秋編『裁判実務大系9工業所有権訴訟法』（青林書院1985年）430頁、土肥一史『知的財産法入門（第11版)』（中央経済社2009年）59頁。
129 特許庁総務部総務課制度改正審議室編『平成14年改正産業財産権法の解説』（発明協会2002年）51頁－58頁。
130 特許庁総務部総務課制度改正審議室前掲注（129)・62頁。

規定が置かれていない。その趣旨は、商標権は不法行為法上の法的保護の対象となる権利であるから、これが侵害されたときに、商標権者又はその専用使用権者は、侵害者に対して、民法709条の不法行為の規定に基づき損害賠償請求権を有する。損害賠償請求権の行使は、権利侵害者に故意又は過失があることを要件とするが、商標権の存在は商標公報や登録原簿によって公示され、一般人も通常の注意により知り得るので、侵害があれば過失があったものと推定される（商標法39条によって特許法103条の準用・過失の推定）。なお、侵害行為によって商標権者が業務上の信用を害されたときは、損害賠償に代えて信用回復措置請求権（商標法39条によって特許法106条の準用）が認められている。以上のような救済手段は、ネットワーク上の商標権侵害についても同様に認められる。

2　不正競争防止法における保護と救済

(1)　不正競争防止法に挙げられる商標関連の不正競争行為

商標権の侵害について商標法によって保護しきれない場合に、不正競争防止法による保護が求められる場面が少なくない。日本不正競争防止法において、不正競争行為は2条において具体的に列挙されている。これらの不正競争行為のうち、特に商標と関連するのは、2条1項1号の周知表示混同惹起行為、2号の著名表示冒用行為と12号のドメイン名に係る不正行為である。

まず、1号と2号はそれぞれ周知と著名な商品等表示の無断使用行為を規制するものである。両者の違いとして、1号の周知な商品等表示の場合、「混同を生じさせる行為」であることが要件とされるが、2号は「混同」を要件とすることなく、著名な商品等表示を無断に使用すれば、混同のおそれがなくても不正競争行為に該当し規制の対象となる。ここにいう「商品等表示の使用」について、商標法と異なり、定義規定が設けられていないが、従来から広く解釈されている[131]。もっとも、形式的に商標の使用行為に該当するとしても、「商標的使用」でない場合に、商標権の侵害を構成しないと同様に、形式的に商品等表示の使用行為であっても、商品等の出所を表示し、自他商品等を識別する機能を果たす態様で用いられている、いわゆる「商品等表示としての使用」でなければ、1号と2号にいう不正競争行為に該当しないと解されている[132]。

---

131 青江秀史＝茶園成樹「インターネットと商標法と不正競争防止法」高橋和之ほか編『インターネットと法（第4版）』（有斐閣2010年）309頁。

132 東京地裁平成12年6月29日判決判時1728号101頁①事件。

つぎに、平成13年の法改正で新設された2条1項12号は、ドメイン名に係る不正競争行為を定める規定である。同号は「不正の利益を得る目的」又は「他人に損害を加える目的」、いわゆる図利加害目的で他人の「特定商品等表示」と同一又は類似のドメイン名を使用する行為を規制するだけではなく、取得又は保有も規制の対象に含めている。ここにいう「特定商品等表示」とは、「人の業務に係る氏名、商号、商標、標章その他の商品又は役務を表示するもの」であり、当該表示に該当するには、同項1号、2号における「商品等表示」と同じく、表示が自他識別機能又は出所識別機能を備えていることが必要であるが、周知・著名である必要はない。

(2) 不正競争防止法に定めるその他の不正競争行為

混同惹起行為、著名表示冒用行為とドメイン名に係る不正行為以外に、インターネット上における商標権侵害問題に役立ちうる規定は、不正競争防止法2条1項13号の誤認惹起行為である。同号は、商品・役務の原産地等について誤認を生じさせるような表示を行う行為等を規制するものであり、インターネット上においても商品・役務・広告に誤認表示をすれば、不正競争行為に該当する。

同号の誤認惹起行為に該当するためには、同号に列挙された事実に関する誤認を惹起させるような表示でなければならない。なお、直接誤認させる表示でなくても、間接的に品質、内容等を誤認させるような表示であれば、本号に該当し得る[133]。

(3) 不正競争行為に対する救済

不正競争行為によって営業上の利益を侵害された場合は、民事上の救済措置として差止請求、損害賠償請求、信用回復措置請求及び不当利得返済請求がある。差止請求について行為者の故意又は過失があることを要しない。損害賠償請求について商標法と違って、明文の規定が置かれている（4条）。これは、平成17年改正前の民法709条は法文上「権利の侵害」を要件としたところ、不正競争防止法の場合には「権利の侵害」ではなく、「営業上の利益の侵害」と明記し、その保護の範囲を明確にする必要があったためである。しかし平成17年の民法改正により709条は「権利又は法律上保護される利益の侵害」になった

133 経済産業省知的財産政策室編著『逐条解説不正競争防止法（平成23・24年改正版）』（有斐閣2012年）100頁。

ため、不正競争防止法 4 条の役割が名実共に終わったといえる[134]。したがって、本条の規定は、民法 709 条の請求を排除するものではないとされている。一方、不正競争防止法は、損害賠償請求権を行使する場合、故意又は過失があることを要するが、商標法と異なり、過失の推定規定は存在しないため、損害賠償を請求する者は故意・過失について立証責任を負うことになる。ここでいう過失の通常の判断基準は一般取引において通常求められる平均的取引者の注意力といってよいとされているが[135]、故意・過失は人の心理状態であるからこの挙証は一般的に必ずしも容易ではなく、またこれを厳格に要求すると公平に反する場合があるので、不法行為法の判例では「賠償を請求する原告の側において故意過失を推定すべき一定の事実を証明すれば一応の推定がされ、被告の側において反証を提出しない限り故意過失が認定される」[136]として立証責任の軽減が図られている。不正競争防止法においてもこの点につき配慮する必要があるとされ、判例においても故意・過失が比較的容易に認定されているとされる[137]。

二　ドメイン名と商標権との抵触問題に対処する法整備

1　不正競争防止法 2 条 1 項 2 号を適用した裁判例

日本においてドメイン名をめぐる初の判決は「JACCS」事件[138]の一審判決である。本件は、他人の営業表示「JACCS」をドメイン名「JACCS.CO.JP」として使用することは不競法2条1項2号の著名な「商品等表示」の「使用」に該当するとして、当該ドメイン名の使用差止を認めた判決である。同判決は、ドメイン名が「商品等表示」に該当するかどうかについて、「ドメイン名がその登録者を識別する機能を有する場合があることからすれば、ドメイン名の登録者がその開設するホームページにおいて商品の販売や役務の提供をするときには、ドメイン名が、当該ホームページにおいて表れる商品や役務の出所を識別する機能をも具備する場合がある」としてドメイン名が商品や役務についての出所識別機能を有し得ることの一般論を提示した上、「使用」の判断について、「当該ドメイン名の文字列が有する一般的意味と当該ドメイン名により到達するホームページの表示内容を総合して判

134 山本庸幸『要説不正競争防止法第4版』（社団法人発明協会2006年）268頁、小野昌延編著『新・注解不正競争防止法（第3版）（下巻）』（青林書院2012年）966頁。
135 山本庸幸『要説不正競争防止法第4版』（社団法人発明協会2006年）269頁。
136 坂松佐一『民法提要債権各論第四版』（有斐閣1989年）277頁。
137 小野前掲注（134）・973頁。
138 富山地裁平成12年12月6日判決判例時報1734号3頁、名古屋高裁金沢支部平成13年9月10日判決（平成12年（ネ）第244号、平成13年（ネ）第130号）裁判所HP（控訴棄却）。

断するのが相当である」として、「本件ドメイン名はホームページ中の「JACCS」の表示と共に、ホームページ中に表示された商品の販売宣伝の出所を識別する機能を有しており、「商標等表示」の「使用」と認めるのが相当である」と判示し、「商品等表示」の該当性及び「使用」の判断手法が示されたのである。その後の「J-PHONE」事件[139]第一審判決においても、本件の判断手法を踏襲し、「ドメイン名の登録者がその開設するウェブサイト上商品の販売や役務の提供について需要者たる閲覧者に対して広告等による情報を提供し、あるいは注文を受け付けているような場合には、商標等表示性を認めることができる」と判示した上、「個別の具体的事案においてドメイン名の使用が「商品等表示」の「使用」に該当するかどうかは、当該ドメイン名が使用されている状況やウェブサイトに表示されたページ内容等から、総合的に判断するのが相当である」として、「本件ドメイン名は、本件ウェブサイト中の「J-PHONE」の表示とあいまって、本件ウェブサイト中に表示された商品の出所を識別する機能を有していると認めるのが相当である」として、他人の著名な営業表示である「J-PHONE」に類似する「j-phone.co.jp」のドメイン名を使用する行為は2号の不正競争行為に当たるとしたのである。

上記2つの判決はいずれも、ドメイン名が商品等表示に該当する可能性を肯定した上、ドメイン名のホームページにおける使用が直ちに「商品等表示」の「使用」になるのではなく、ドメイン名自体の表示とドメイン名に対応するホームページの表示内容を比較・総合判断し、当該表示が自他商品出所識別機能を発揮する態様で使用されているかどうかを検討すべきという判断手法を示していた。このように、明確な法律規定が定められていなかった時期において、解釈によって不正競争防止法の下で、ドメイン名に関する紛争の救済方法が示されたのである。

2　商標の使用と認めた裁判例

一方、ドメイン名と商標権の紛争をめぐる最初の判決JAMJAM事件[140]において、インターネットを通じた「広告」と「求人情報の提供」は役務の提供に当たるとして、被告が開設するホームページ上に表示した被告各標章が、識別標識として使用されていることは否定し難いとした上、被告の使用行為は、商標法2条3項3号に規定する「被告各役務の提供に

---

139 東京地裁平成13年4月24日判決判時1755号43頁、東京高裁平成13年10月25日判決（平成13年（ネ）第2931号）裁判所HP（控訴棄却）。

140 名古屋地裁平成13年11月9日判決判タ1101号254頁。

当たり」、「その提供を受ける者の利用に供する物」に「標章を付する行為」に該当すると認定され、商標の使用と認められた。その後のバイアグラ事件[141]において、医薬品の広告としてウェブページ、これとリンクしたウェブページの「お申し込みフォーム」及び「輸入代行依頼書」、ウェブページのURL及びEメールアドレスの一部等における、原告の商標と類似する標章の表示は商標法2条3項7号（改正前の広告、取引書類、定価表）の使用に当たり、商標権の侵害とされた。

3　平成14年の商標法改正による立法的解決

JAMJAM事件とバイアグラ事件はいずれも、商標法が改正される前に、ホームページにおいて他人の商標と類似標章を表示する行為が商標の使用行為に当たるとして、商標権の侵害とされた事件である。前者の判決は「ホームページ」を「…利用に供する物」と認定し、後者の判決はインターネットを通じた広告も広告の使用と見てドメイン名と商標権の問題を解釈によって当時の商標法の下で対応したのである。このような実務上の対応方法は学説においてもおおむね支持されている[142]。しかし、商標法の使用は有体物に付することを前提として規定されているため、「ホームページ」は端末画面に表示される発信者提供データ及びその表示等のためのソフトとで組み合わされた大掛かりなシステムに基づいたものであり、このような端末画面を有体物ととらえるには疑念が生じ得るなどとする見解があった[143]。

これに対して、その後の平成14年商標法改正によって使用定義を新設し、「映像面」に視覚的に認識される方法で商標が表示される場合に、標章の使用行為に含まれること、インターネットを通じた広告標章を付した場合も標章の使用行為に当たるとしてインターネット上における商標の使用行為を明確に定めていることによって、この問題を解決したのである。法改正後の判決である「Career-Japan」事件[144]では、原告の登録商標は「Career-Japan」であるところ、被告サイトにおいて「Careerjapan.jpは、日本で働きたい外国人を応援します」という文書で使用され、被告サイトは主に求人採用情報を提供す

141 東京地裁平成14年3月26日判決判例時報1805号140頁。
142 網野誠『商標（第6版）』（有斐閣2002年）106頁、田村善之『商標法概説（第2版）』（弘文堂2000年）144頁など。
143 工藤莞司「商標の使用及びその類否とインターネットホームページ上の標章－ホームページジャムジャム事件－」知財管理52巻 7号1019頁。
144 大阪地裁平成16年4月20日判決（平成14年（ワ）第13569号、平成15年（ワ）第2226号）裁判所HP。

ること等の業務を行ってきたことをもって、被告の上記使用態様は、単にドメイン名として使用するものではなく、自らのサービスを他のサービスと識別するための標識と使用するものであったということができるとされ、商標権の侵害が認められた。一方、「YODEL」事件[145]においては、被告がそのURLに「yodel」（使用態様：http:/www.esuroku.co.jp/under/goods/yodel_a.html）なる文字列を用いたことが、そのＵＲＬによって表示される画面に表示された商品ないし役務と関連する文字列であると閲覧した者が認識し得る場合には、当該URLの文字列における使用も商標としての使用に該当すると考える余地はあるものの、本件ホームページの画面は新商標が表示されているため、これらの画面を閲覧した者がURLのyodel標章を見て、画面に掲載されている被告製品の識別標識（標章）であると認識するとは認めることはできず、したがって、商標としての使用には該当しないとして商標権の侵害が否定されたのである。

要するに、平成14年商標法の改正を受けて、インターネット上で他人の商標と類似するドメイン名が使用される場合、商標権の侵害になるかどうかの判断基準は、従来と同様に、当該使用方法が自他商品の識別機能を果たす態様である、いわゆる「商標的使用」であるかどうかによって判断されることになった。

4　平成13年の不正競争防止法改正による立法的解決

このように、ドメイン名をめぐる早期の紛争は、いずれも他人の商品等表示又は商標と類似するドメイン名をサイト上に使用する行為に関するものであったため、不正競争防止法2条1号若しくは2号、又は商標法により対処することができた。しかし、不正競争防止法においても商標法においてもいずれも「使用」を前提となることから、ドメイン名の登録、保有する行為などには対応できない場合があるなどの限界が指摘されていた[146]。そこで、平成13年不正競争防止法改正において2条1項12号が新設され、図利加害目的でドメイン名の不正取得、保有、使用が不正競争行為に該当することが明文化された。

12号に関連する最初の判決は「mp3」事件である。本件は12号にいう図利・加害目的について具体例を示した判決であり、すなわち①自己の保有するドメイン名を不当に高額な値段で転売する目的、②他人に顧客吸引力を不正に利用して事業を行う目的、又は③当該

---

145 大阪地裁平成18年4月18日判決判例時報1959号121頁、控訴審大阪高裁平成18年10月18日判決（平成18年（ネ）第1569号、平成18年（ネ）第2054号）裁判所HP。
146 松尾和子＝佐藤恵太編著『ドメインネーム紛争』（弘文堂2001年）118頁－119頁。

ドメイン名のウェブサイトに中傷記事や猥褻な情報等を掲載して当該ドメイン名と関連性を推測される企業に損害を加える目的がある場合は図利・加害目的を有すると認定されることになる。その後の幾つかの裁判例も本件の解釈を踏襲していた。例えば、上記①に当たる例としてdentsu事件[147]がある。他人の商標と類似するドメイン名を取得した者が10億円以上で当該商標権者に売り付けようとしたものである。上記②に当たる例としてマクセル（MAXELL）事件[148]、「自由軒」事件[149]、「スズケン」事件[150]等がある。それぞれ他人の著名又は周知な商標等表示と類似するドメイン名を使用し不正に顧客吸引力を利用して利益を上げる目的があったものと判断され、12号所定の不正の利益を得る目的があると認められるものである。

結局現在では、インターネット上で、ドメイン名の表示が商標的機能を果たす使用と認められる場合には、商標法による保護を受けることができる。また、不正競争防止法においてもドメイン名の不正取得、保有、使用が不正競争行為に該当することが明記されたのである。その結果、ドメイン名の保護について紆余曲折があったが、一応十分な解決策が示されている。

147 東京地裁平成19年3月13日判決（平成19年（ワ）1300号）裁判所HP。
148 大阪地裁平成16年7月15日判決（平成15年(ワ)第11512号）裁判所HP。
149 大阪地裁平成16年2月19日判決（平成15年（ワ）第7208号、平成15（ワ）7993号）裁判所HP。
150 名古屋地裁平成18年1月11日判決（平成17（ワ）3957号）裁判所HP。

第3節　日中の比較と若干の考察

一　現行法の比較

ここまで、日中両国の商標法、不正競争防止法による商標の保護を概観し、また、インターネット上における商標の保護に関連して、この分野で従来の主な紛争類型であったドメイン名と商標権との抵触問題を例に、新たな法整備を含めた両国の対応を整理してみた。これらの考察をもとに両国法を比較すれば、およそ次のような相違点を挙げることができる。

1　商標権侵害行為と不正競争行為の判断について

(1)　商標権侵害行為

商標権の侵害行為について、中国法は、商標法と関連法規に具体的に列挙すると同時に、商標法52条5号に包括条項を置くという形を取っている。基本的に、これら9つの侵害行為の類型に該当する行為であれば、機械的に侵害の判断がなされ、「商標的使用」の該当性が問われることは少ない。

これに対して、日本法は、商標権の侵害行為を列挙する代わりに、商標法2条3項に商標の使用の定義規定を設け、「使用」に該当する行為を具体的に列挙し、商標権者以外の者がこれに該当する行為を行う場合に、商標の使用をする権利を専有するという商標権者の権利（25条）を侵害するという形を取っている。のみならず、日本商標法上、商標権侵害とされるためには、さらに、自他商標識別機能を持ついわゆる「商標的使用」でなければならないとされており、つまり出所混同が起きるおそれのない使用態様であれば、幾ら外形上2条3項にいう商標の使用に該当する行為であっても、商標権を侵害するとは認められない。

(2)　不正競争行為

不正競争行為についても、中国不正競争防止法は、商標法における商標権侵害行為と同様に列挙規定を置く一方、これに該当しない行為については、一般条項である2条1項をもって対処するようにしている。これに対して、日本不正競争防止法は、一般条項を持たず、詳細な列挙規定を置くのみである。

(3) 著名商標の保護

著名商標に特に与えられる保護について、商標法と不正競争防止法のどちらに定めるのかという点においても、両国法に相違が見られる。

日本法は、不正競争防止法2条1項2号において、他人の著名な商品等表示と同一又は類似の商品等表示を使用することを不正競争行為と定め、商標法には防護標章登録制度を設けるにとどまった。不正競争防止法2条1項2号は、混同を要件としないことから、著名な商品等表示に対する希釈化ないしただ乗りなどの行為を規制するものであるといえる。

これに対して、中国法における類似規定は、不正競争防止法ではなく、商標法関係法規に定められている。前述したように、商標事件司法解釈1条2号において、著名商標に対する侵害行為に関する列挙規定が設けられ、普通商標に対する侵害行為に関して同条1号に定める要件である「関係公衆（需要者）の誤認」ではなく、より広い概念である「一般公衆の誤解」を要件に、非類似商品における同一又は類似する商標の使用を商標権侵害行為と定めている。

また、商標法13条2項[151]にも、著名商標と類似する商標が、「公衆を誤解させ、著名商標権者の利益を害するおそれがある」場合に、その登録と使用を禁止するという原則的な規定がある。ここでいう「公衆を誤解させ、著名商標権者の利益を害するおそれがある」こととは、著名商標の保護に関する最高裁の司法解釈[152]によれば、公衆に問題となる商標が著名商標と何らかの関連があると誤解させ、著名商標を希釈化、汚染、ただ乗りするものと解すべきであるとされている。これは明らかに日本の不正競争防止法2条1項2号の趣旨とほぼ同様であると考えられる。

2 インターネット上の商標権侵害行為と不正競争行為

日本法は、近年の法改正によって、インターネットの発展に対応して、商標法と不正競争防止法にそれぞれインターネット上の商標権侵害行為と不正競争行為の列挙規定を整備したのに対して、中国法はドメイン名関係の規定をドメイン名司法解釈において設けた以

---

151 2項　同一でなく、又は類似しない商品について登録を出願する商標が中国において他人が既に登録している著名商標を複製し、模倣し、又は翻訳し、公衆を誤導し、当該著名商標登録人の利益に損害をもたらすおそれがあるものである場合には、登録せず、かつ、使用を禁止する。（訳は、中国総合研究所編『現行中華人民共和国六法』（ぎょうせい加除式）をもとに筆者が修正した。）

152 最高人民法院「関与審理涉及馳名商標保護的民事糾紛案件応用法律若干問題的解釈」（2009年4月23日法釈〔2009〕3号）9条2項。

外は特に対処していない。これは結局、インターネット上の商標権侵害行為や不正競争行為についても、商標法上の包括条項と不正競争防止法上の一般条項を含む従来の規定を適用するということを意味すると解するしかないだろう。

両国法が共に整備したドメイン名関係の規定では、ドメイン名の表示が商標的機能を果たす使用であれば、商標法によって保護される点においてほぼ同様といえるが（中国「商標事件司法解釈」1条3号、日本商標法2条3項7号）、日本法は、著名商標と普通商標と特に区別せず、図利加害目的でドメイン名を不正取得、保有、使用する場合には、不正競争行為と定めるのに対して、中国法は、著名商標について、類似するドメイン名を正当な理由なく登録するのみで悪意が認定されるとする点は、日本法よりも手厚く保護しているといえる[153]。

二　若干の考察

中国法は日本法と違って、基本的に「商標的使用」や「商品等表示としての使用」などの判断をすることなく、商標権侵害行為についても、不正競争行為についても、列挙規定の該当性というほぼ唯一の判断基準を用いて判断している。このような方法は、一般的にいえば、その判断が比較的に容易であり、明確性という点においては優れている。しかし、インターネット上の新しい類型の商標権侵害行為と不正競争行為に対処するための法改正が十分になされているとはいえず、現行法上の列挙規定がどこまで適用可能かは不明確であり、また、最終手段である包括条項・一般条項を用いるにしても、これらに関する基礎的な研究が必ずしも十分ではないため、裁判所による法解釈と法適用は、予見可能性という点に関して問題が残るといわざるを得ない。

これに対して、日本法は、商標の使用の定義規定について、インターネットに対応した法改正を迅速に行った点は、中国法との比較という観点から特筆すべきかもしれない。また、「商標的使用」という判断基準も、従来型の商標権侵害紛争かインターネット上の商標権侵害紛争かにかかわらず適用されるため、従来の議論は連続性をもって生かすことができる。しかし、「商標的使用」自体は、抽象的で容易ではない判断基準であるため、インタ

153 日本でも学説上、「図利・加害目的の有無を判断する際には、商品等表示主体の私益とドメイン名選定における他者の自由とを慎重に考慮しなければならないが、いわゆるストロング・マークであって著名な表示であれば、ドメイン名の取得者によほどの特段の事情のないかぎり、原則として違法と解してよいだろう」とする見解がある。田村善之『不正競争防止法概説（第2版）』（有斐閣2003年）275頁。

ーネット上の具体的な行為が果たして商標的使用に該当するかどうかについて、解釈上の問題が生じ得よう。

第５章　電子商取引における商標の保護と間接関与者の責任

電子商取引、とりわけインターネット上のショッピング・モールなどいわゆるBtoC型の電子商取引において、電子モールに出店するネットショップが、商標権者の許諾なく、指定商品又はこれに類似する商品について、登録商標と同一又は類似する商標をウェブページ上に表示し販売することや、ネットオークションに出品する者がいわゆる偽ブランド品を出品することがある。このようなケースは、第4章で述べたように、中国法においても、日本法においても、商標権の侵害行為であることは明白であり（中国商標法52条1号又は2号、日本商標法2条3項2号又は8号）、差止めと損害賠償等の請求の対象となる。しかしながら、商標権者はこのような場合に、権利の実現をより実効性のあるものとするために、第1部でネットワーク環境における著作物の保護に関して検討したのと同様に、間接的に商標権の侵害にかかわった「間接関与者」の責任を追及することが考えられる。すなわち、商標権者は、ネットショップないしオークション出品者（以下では「ネットショップ等」という。）によって行われた商標権侵害となる販売・広告行為について、直接侵害者であるネットショップ等の責任だけではなく、商標権の侵害行為を直接的に行っていないが、インターネット上に取引の「場」を提供し、侵害情報を伝達するという形で商標権の侵害に間接的に関与する電子モールないしネットオークションの運営者（以下では「モール等運営者」という。）の責任も追及することが考えられ、それが可能かどうかについて検討する必要がある。

この点に関して、日本では後述のようにこれまでのところ裁判例はほとんどないのに対して、中国ではこの種の紛争は少なくなく、裁判例は蓄積しつつあるといえる。そこで本章では先に中国の裁判例を素材にして、中国法の現状を分析したうえ、さらに日本の状況と照らし合わせて、ネットショップ等の商標権侵害行為に対して間接的に関与するモール等運営者の責任を検討し、現行法の下における法解釈のあり方を考察する。

第１節　中国におけるモール等運営者の責任

中国のネットショッピング・モール等において、ネットショップ等による商標権侵害行為が多発することを背景に、商標権者等がモール等運営者の責任を追及して提起する訴訟も多く、裁判例の蓄積が進んでいる。本節では、これらの裁判例を概ね時系列に取り上げ、裁判所が採る立場の変化と権利侵害責任法の制定がもたらす影響を中心に分析を加えていきたい。

一　従来の裁判例

中国では、2005年ごろから、ネットショップ等の商標権侵害行為に関与したモール等運営者の責任を争う裁判例が現れ始めた。以下はこの初期段階における裁判例の典型例を取り上げて考察する。取り上げる裁判例には、商標権者がモール等運営者に対して、ネットショップ等の侵害情報を伝達する行為自体が商標権侵害行為であると主張し、モール等運営者のみを訴えるケース（「11月21日社対易趣社判決」）と、ネットショップ等との共同不法行為を主張し、モール等運営者とネットショップの双方を訴えるケース（「宇宙星社対易趣社判決」と「PUMA対淘宝社判決」）とがある。前者に関して、中国法は商標権侵害行為について具体的に列挙する立法方式を採っているため、商標権者は「故意に他人の商標権侵害行為に保管、運送、郵送、隠匿等の便利条件を提供する」という商標権侵害行為を定めた商標法実施条例50条2号[154]に基づいて主張を展開している。後者に関して、共同不法行為として、「2人以上共同して権利を侵害し、他人に損害を与えた場合は、それらの者は、連帯責任を負わなければならない」と定めた民法通則130条[155]がその根拠条文である。これらの裁判例において、主に、モール等運営者がネットショップ等による商標権侵害行為について、商標権者からの通知を受ける前に自発的に審査し侵害を予防する義務（以下これを「事前審査義務」と呼ぶことにする。）と、商標権者の通知を受けた後に侵害情報を削除する義務（以下これを「事後救済義務」と呼ぶことにする。）の有無が争われた。

---

154 第４章第１節一参照。

155 訳は、中国総合研究所編集委員会編『現行中華人民共和国六法』（ぎょうせい）を参照した。

1　2005年【宇宙星社対易趣社判決】[156]

宇宙星社は「T.B2」の商標権者であり、易趣社はネット通信販売サイト「易趣網（www.eachnet.comおよびwww.ebay.com.cn）」を運営し、電子商取引の情報サービスと技術サポートを提供する会社である。Yは易趣網に登録していたネットショップ（以下では「Yショップ」という。）である。宇宙星社は、Yショップが易趣網において商標「T.B2」が付された商品を宣伝販売していることを発見し、調べた結果、偽造品であることが分かった。そこで、宇宙星社は、商標権の侵害を理由にYショップに対して損害賠償を請求し、易趣社に対して、同社が電子商取引情報サービスの提供者としてネットショップから管理費及び店舗賃貸料を徴収していた以上、それに相応する法的責任を負うべきであり、Yショップの偽造品販売について負うべき審査義務を怠ったとして、Yショップとの連帯責任を主張して訴訟を提起した。

青島市中級人民法院は、Yショップの商標権侵害責任を認めたものの、易趣社の責任について、まず、易趣社は、単にネット上の商取引情報サービスの提供者として、情報サービス提供と引換えにサービスの利用者から利用料を徴収するのみであり、ネット上の取引に直接関与していないため、ネット取引の主体と見ることができないとした。次に、易趣社はあらかじめ「知的財産権保護方法」を制定しサイト上に公開しており、それによれば、権利者が侵害を受けた旨、及びしかるべき証拠を上記方法に明記された手続に従って易趣社に通知すれば、易趣社は権利者の要求に従い侵害情報を処理するとなっており、本件において、宇宙星社は提訴前に易趣社に上記の連絡をしておらず、易趣社は訴状の送達を受けた後、速やかにYショップのアカウント利用を停止したため、事後救済義務を果たしていると判断した。さらに、裁判所は、Yショップの低い商品価格のみを根拠に、易趣社がこれらの商品が偽造品であることを知るべきであったと推定することができず、易趣社は合理的な注意義務を果たしたとして、Yショップとの連帯責任を認めなかった。

2　2006年【11月21日社対易趣社判決】[157]

デンマーク法人AKTIESELSKABET AF 21.NOVEMBER 2001社（以下では「11月21日社」。）は登録商標「ONLY」、「VERO MODA」、「JACK&JONES」（以下では「本件商標」という。）の商標権者である。11月21日社は、中国国内で直営店又は代理店を通じた販売方

156 山東省青島市中級人民法院2005年6月13日判決（2005）青民三初字第404号。
157 上海市第一中級人民法院2006年8月21日判決（2005）沪一中民五（知）初第371号。

式を採っていたところ、易趣網において本件商標が付された大量の商品の取引情報を発見し、その価格も正規品よりはるかに廉価であるため、偽造品であると判断し、易趣社にこれらの情報の伝達等の侵害行為を停止するように連絡したが、易趣社は何らの措置も取らなかった。そこで、11月21日社は、易趣社が、易趣網において商標権侵害商品が取引されていることを知りながらもこれを容認し、便益を供与することによって、易趣網を通じて偽造品の取引を行う会社又は個人から利益を得て、11月21日社に経済的損害及び会社イメージに対する悪影響を与えたと主張し、商標権を侵害する責任として、易趣網における侵害情報の開示、侵害商品の販売及びこれに便益を供与する行為の差止めと損害賠償を求めて訴訟を提起した。

上海市第一中級人民法院は、まず、易趣社は電子商取引サービスの提供者としてネットショップとの契約関係に基づき商品取引に関する情報を伝達するのみであり、商品を説明するに際して本件商標を使用する行為は易趣社による行為とは認められないとした。次に、易趣社の侵害情報伝達行為について、同社にはネットショップによってアップロードされた商品の情報をコントロールする能力はなく、情報伝達自体を観察すれば、ネットショップによる商標権侵害行為を知っていると推定することができず、責任があるとすることはできないとした。さらに、本件の場合、易趣社は 11 月 21 日社から具体的な被疑権利侵害商品及び関連情報を明確に示されていない以上、これらの情報を削除しなかったとしても、これをもって易趣社が直接に 11 月 21 日社の商標権を侵害したとは認められないと判断した。

また、易趣社の行為が商標法実施条例50条2号に定める「故意に他人の商標権侵害行為に保管、運送、郵送、隠匿等の便利条件を提供する」という商標権侵害行為に該当するという11月21日社の主張に対しても、裁判所は、易趣社が易趣網上において「知的財産権保護方法」を公開しており、注意義務を果たしていること、易趣網で取引されている商品の数が膨大であり、易趣社がこれらの商品についてすべて事前に審査し監督することは現実的ではないことを理由に、11月21日社は易趣網における本件商標が付された商品がすべて偽造品であると証明できない以上、商標法実施条例50条2号に基づく11月21日社の主張を認めることはできないと判断した。

なお、本件は、その後控訴され、控訴審において、11月21日社は易趣社の規定である「知的財産権保護方法」による侵害商品通知手続を受け入れ、易趣社は11月21日社の通知に対

し迅速に対応することを約束することを内容とした和解が成立した[158]。

3　2006年【PUMA対淘宝社判決】[159]

ドイツ法人PUMA社は図形「ピューマ」、文字「PUMA」とこの両者を組み合わせた商標（以下では「本件商標」という。）の登録商標権者であり、浙江省淘宝ネットワーク有限公司（以下では「淘宝社」という。）はネット通信販売とインターネット・オークションサイト「淘宝網（www.taobao.com）」を運営し、BtoC（企業と一般消費者間）、CtoC（一般消費者間）の電子商取引の情報サービスと技術サポートを提供する会社である。

PUMA社は、淘宝網において本件商標が付された商品を販売しているネットショップを4万軒以上見付け、そのうちのあるネットショップから本件商標を付した運動靴を購入したところ、偽造品であることが判明し、ショップを運営する個人Yもこれを自認している。PUMA社は、淘宝社に対し、Yへのサービス提供の停止を求めたが、淘宝社は、PUMA社からYの商標権侵害を示す証拠の提出がないとして、これに応じなかった。

そこで、PUMA社は、自社の販売政策によれば契約した正規専門店にしかPUMA商品の販売を認めておらず、そもそもネットショップでの販売を認めていないこと、靴類の販売価格はすべて300元以上に設定しているため、ネットショップで300元以下の価格で販売されている「PUMA」と表される靴はすべて偽造品であり、PUMA社の商標権を侵害すると主張し、淘宝社は、合理的な事前審査義務を怠り、PUMA社から商標権侵害の通知を受けると直ちに関連サイトを削除するという事後救済義務にも違反し、Yを含めこれらのショップに技術的にサポートする行為は、侵害行為を幇助するものであるとして、淘宝社とYの両者に対し侵害の差止めと謝罪広告の掲載、そして淘宝社に対してのみ100万元の損害賠償を請求して、訴訟を提起した。

これに対して淘宝社は、全国又は世界各地に散在している電子モールの登録ユーザによって電子モール上に公開された情報の内容について事前に審査することは技術的に不可能であり、またその義務もないと主張した。

広州市中級人民法院は、Yが偽造品であることを知りながら販売することはPUMA社の商標権の侵害であることを肯定したが、Yのショップ以外のネットショップについては、本件の被告ではないため、権利侵害の認定を行う権限が裁判所にないとして、淘宝社がこれら

158 上海市高級人民法院2007年2月12日民事調解書（2006）沪高民三（知）終字第99号。
159 広東省広州市中級人民法院2006年10月8日判決（2006）穗中法民三初字第179号。

のショップの権利侵害行為を幇助したというPUMA社の主張を認めることができないとした。一方、淘宝社がYの商標権侵害行為を幇助したとの主張について、これを肯定するためには、ショップに情報発信の技術サポートを提供する淘宝社に事前審査義務と事後救済義務があるにもかかわらず、これを果たさなかったことを証明する必要があるが、PUMA社がこのような証明をしなかったこと、そもそも証拠が伴わないサービス停止の要求に応じなかったとしても淘宝社に事後救済義務の違反がないとして、淘宝社に対するPUMA社の請求を棄却した。

4　裁判例の整理

以上取り上げた3つの事件において、主としてモール等運営者の商標法実施条例50条2号上の直接侵害責任ないしネットショップ等との共同不法行為責任が争われた。まず、商標法実施条例50条2号の適用について、同号は他人の商標権侵害行為を知りながら便利条件を提供するという故意を要件とするところ、「11月21日社対易趣社判決」は、モール上取引される商品の量が膨大で審査が現実的ではないなどの理由でモール等運営者の事前審査義務を否定することによって、故意を容易に擬制しないという立場を採った。同様な立場を採った裁判例として、「11月21日社対易趣社判決」以外に、健康食品・化粧品会社の宝健社対淘宝社事件[160]がある。

また、ネットショップ等に電子商取引の場を提供することによるモール等運営者の共同不法行為責任が争われた「宇宙星社対易趣社判決」と「PUMA対淘宝社判決」では、商標権者がモール等運営者の注意義務として主張する「事前審査義務」と「事後救済義務」をめぐって、裁判所は事前審査義務を基本的に否定し、事後救済義務についても、「PUMA対淘宝社判決」は商標権者が証拠を伴った通知などで侵害商品の情報を特定しない限り、その情報を削除しないとしても、モール等運営者に責任は生じないとしている。このような立場を採った裁判例として、ほかに、スポーツ用ボール等を製造する昆達社対アリババ社事件[161]がある。

つまり、これら中国の裁判例は、モール等運営者の合理的な注意義務を全面否定こそしていないものの、実質的には商標権者が侵害商品であることを確実に証明しない限りモール等運営者に情報を削除する義務がないと言っているのに等しく、通知を受けた後にもモ

160 浙江省杭州市西湖区人民法院2009年3月2日判決（2009）杭西知初字第11号。
161 浙江省杭州市中級人民法院2006年4月3日判決（2005）杭民三初字第367号。

ール運営者が自発的に調査して通知の真偽を確かめる行動を取る必要はないと判断し、かなり限定された注意義務しか要求していないことになろう。

このように、商標権侵害行為の間接関与者であるモール等運営者の責任に対して、初期段階の中国裁判例は、あまり積極的な立場を採っていないようにみえる。次節では、インターネット上の仮想空間におけるモール等運営者の責任と比較するために、現実空間にある従来型のモール（商店街）運営者の責任が問われた中国裁判例を取り上げて、この問題を考えてみたい。

二　リアル空間における商店街運営者の責任との比較

1　2006年【秀水街判決】[162]

中国では、上記3つの裁判例と時期をほぼ同じくして、リアル空間において、商標権侵害商品を販売するショップに取引の場を提供する商店街の共同不法行為責任を認める判決が出されている。CHANEL、PRADA、LV、GUCCI、Burberry対北京秀水街判決である。

CHANELなど有名ブランド会社5社（以下では「ブランド5社」という。）は、2004年4月から10月の間に、3回に分けて北京秀水街市場でブランド5社の著名商標が付された商品を購入した。そのうち1回目の購入後、ブランド5社は、販売者、店舗情報、及びこれらの商品がブランド5社の商標権を侵害した偽物である旨の通知を秀水街市場の管理責任者（以下では「秀水街」という。）に送付したが、これらの店舗はその後も商標権侵害商品の販売を続けていた。そこで、ブランド5社は秀水街と販売者を相手に差止請求及び共同不法行為による損害賠償を求めて訴訟を提起したのである。一審判決は、販売者の商標権侵害行為を認めた上、秀水街が管理責任者として当該市場で行われた商標権侵害行為について迅速かつ有効的に阻止する義務があると指摘し、ブランド5社からの連絡を受けたにもかかわらず、秀水街が何らの措置も取らず、侵害行為の継続を一定期間許したことは、阻止義務を履行しなかったものであり、当該侵害行為に便益を供したとして、差止めと連帯賠償責任を認めた。二審判決は、一審判決を支持した上、秀水街の責任についてより明確かつ詳細に述べた。すなわち、まず、秀水街と販売者間の賃貸契約によれば、秀水街は各販売者の経営活動を管理監督する権限を有すると同時に、違法行為の阻止と行政機関への告発とい

---

162 北京市第二中級人民法院2005年12月19日判決（2005）二中民初字第13596号等（一審）、北京市高級人民法院2006年4月18日判決（2006）高民終字第333号、334号、335号、336号、337号（控訴審）。

う義務も有するのであり、ブランド5社からの連絡を受けたときから、秀水街は商標権侵害行為の存在を知るべきであり、これらの行為を迅速かつ有効に阻止する義務を果たさない限り、法的責任を負うべきであると判断し、侵害行為の阻止義務を認めた。つぎに、秀水街はブランド5社からの連絡を受けたにもかかわらず、何らの措置も取らなかったため、侵害行為はその後も一定期間継続したことにつき、主観的に故意が認められ、客観的に販売者の侵害行為に便益を供したとして、秀水街と販売者との共同不法行為責任を肯定した。

2　【秀水街判決】の分析と比較

リアル空間における商店街運営者の責任を判示したこの秀水街判決は、サイバー空間におけるモール等運営者の責任に関する前述した3つの判決と正反対の結論を示している。とりわけ、この事件では、商標権者が、実物など侵害に係る証拠を提示せず、店舗情報などのみを特定して商店街運営者に通知したのであるが、このような場合においても、商店街運営者には侵害行為を調査し阻止する義務があるとし、さらに通知を受けても行動をとらなかった商店街運営者が、店舗側の商標権侵害行為につき故意に便益を供与したと認定された。これらの点は、ネット上の事件に関する裁判例の法的判断と大きく異なる。なお、秀水街判決の後も、類似の事件において、商店街運営者が阻止義務を果たさなかったとして、店舗との共同不法行為責任を認めた裁判例（LACOSTE社対上海龍華市場事件[163]）がある。

ただ、ネット上の事件と比較する上で、前提となる事実に違いがないわけではない。秀水街事件では、商店街運営者と販売者との賃貸借契約に、運営者の管理監督の権限と違法行為阻止の義務が明記されていた点は、ネット上の事件の事実関係と異なる。実際、別のリアル空間において商標権者が偽ブランド品を販売する店とこれに店舗を貸した賃貸人の共同不法行為責任を追及した事件（采詩社対販売者と賃貸人カラリ社事件[164]）では、当該賃貸借契約によって管理関係が成立しておらず、販売者は独自の店舗、商号を持って自己の名義で営業を行う経営主体であるとして、賃貸人の連帯責任が否定されたのである。つまり、裁判例は、商店街（モール）運営者と店舗（ネットショップ）等との間の契約によって、管理関係が成立するかどうかを重視しているといえるかもしれない。

---

163 上海市第一中級人民法院 2009 年 10 月 26 日判決（2009）沪一中民五（知）初字第 211 号。

164 広州市中級人民法院2005年11月26日判決（2005）穂中法民三知初字第97号。

しかし、そもそも管理関係が存在しない場合に、常に商店街運営者ないし賃貸人と店舗との共同不法行為責任が成立し得ないのかは、なお検討を要する問題であるように思われる。さらにいえば、例えば、淘宝社は「淘宝網サービス協定」[165]において、ユーザが淘宝網の登録会員にならない限り情報を公開できないと定め、また、登録会員に対して違法な情報を公開してはならないことを要求している。また、淘宝社は自身の事前審査義務を否定する条項を置いているが、同時に、淘宝網に公開された情報について保留、削除又は選択する権利を有することなどの規定も設けている。つまり、電子モール等運営者とネットショップ等との間にも管理関係ないしこれに類似する関係があると言えるかも知れない。

このように考えれば、商標権者の侵害に関する通知に証拠の提示を要するか否かという点に関して、リアル空間における商店街運営者の責任とサイバー空間におけるモール等運営者の責任に大きな区別を認めたこれまでの裁判例の立場は正当化されにくいのではないか、という疑問を覚えざるを得ない。

三　近時の裁判例

前述したように、従来の裁判例はインターネット上の商標権侵害事件におけるモール等運営者の不法行為責任について、概して消極的な態度をとる傾向にあるということができるが、近時の裁判例において変化が見られるようになったので、ここで取り上げて検討することにしたい。

1　一連の裁判の経緯

衣念社は訴外A社から登録商標「E.LAND」および「TEENIE WEENIE」等（以下では「本件商標」という。）の独占的使用許諾を受けて婦人服を生産販売する会社であり、同社の商品が上海を中心とした市場において人気を博している。他方、淘宝社の淘宝網において本件商標と類似する商標が付された商品が多くのネットショップによって販売されており、衣念社はこれらの商品のほとんどが偽造品であると主張し、2009年頃から2010年にかけて、自社独自の調査に基づいて淘宝社に対し侵害商品に係る情報を通知し、これらの情報の削除を求めるとともに、侵害の予防として掲載情報の事前審査ないし本件商標というキーワードの使用禁止などの措置を取るよう求めた。

---

[165] http://service.taobao.com/support/knowledge-1104783.htm（最終アクセス：2010年7月25日）

これら衣念社の通知は、ほぼ毎日数千件から数万件淘宝社に届いており、合計25万件以上に及び、中には証拠が伴わないものも多数あった。淘宝社は衣念社通知をもとに審査した結果、通知の約85%にあたる情報を削除したが、問題のネットショップなどに対してサービス停止を含む措置を取らなかった。そこで、衣念社はいくつかのネットショップに対して商標権の専用実施権侵害を主張し、淘宝社に対してネットショップによる商標権の専用実施権侵害行為を知りながら淘宝網のサービスを提供して幇助したという共同不法行為責任を主張し、個々のネットショップ運営者の住所地に応じて、複数の裁判所にそれぞれ訴訟を提起した。

そして、多くの裁判所は、従来の裁判例と同様に、被告ネットショップの商標権（の専用使用権）侵害責任を認める一方、淘宝社に関しては、淘宝網上の膨大な情報を扱い事前に審査する能力はなく、衣念社の通知に基づいて侵害情報を削除するなどして事後救済義務を果たしているとして、共同不法行為責任を認めなかった[166]。このような状況の中、上海市の裁判所において、それぞれ民法通則と権利侵害責任法を適用して淘宝社の共同不法行為責任を認めた2つの判決が2011年に言い渡され、注目を集めている。

2　2011年【衣念社対淘宝社判決】

(1)　民法通則130条を適用して共同不法行為責任を認めた判決[167]

本件では、衣念社は共同被告であるネットショップによる商標権の専用使用権侵害行為について、2009年9月から11月まで、7回にわたり被告淘宝社に権利侵害通知を送り、その都度淘宝社は当該ネットショップの侵害情報を削除しているが、それ以上の措置を取ることはなかった。

原審裁判所は、モール等運営者のISPが責任を免れるために、通知を受けた侵害情報を削除することは必ずしも充分ではなく、ネットショップ等のユーザが侵害行為を継続する場合には、更なる必要な措置を採らなければならないと判示している。そして、ここでいう必要な措置とは何かについて、ISPが提供するサービスの類型、措置を採る上での技術的可能性とコスト、権利侵害行為の内容等によって総合的に確定すべきであり、淘宝社自身

---

166 例えば、上海市第二中級人民法院2010年9月15日判決（2010）沪二中民五（知）終字第40号、上海市楊浦区人民法院2010年6月22日判決（2010）楊民三（知）初字第57号、上海市楊浦区人民法院2010年10月27日判決（2010）楊民三（知）初字第54号など。

167 上海市第一中級人民法院2011年4月25日判決（2011）沪一中民五（知）終字第40号（「最高人民法院公報」2012年1号）。

が制定した「ユーザ行為管理規定」にあるように、ユーザへの警告、ショップ信用評価の減点、情報アップロードの制限から、アカウントの閉鎖まで含むとしている。本件において、淘宝社は被告ネットショップに関して権利者より 7 回の正確な侵害通知を受け、同ショップが侵害商品を販売している事実を了知しているにもかかわらず、自社の上記管理規定を厳格に適用せず、侵害情報の削除以外に侵害行為を防止する必要な措置を採らず、被告ネットショップにサービスを提供し続けることは、同ショップの侵害行為に対する放任であり、民法通則 130 条に基づき、幇助による共同不法行為責任として、被告ネットショップとの連帯責任を認めた[168]。

原審判決に対して淘宝社が上訴したところ、控訴審裁判所はまず、通常 ISP はユーザによる侵害行為を予見し防止する能力がないため、ユーザの侵害行為に対して当然に不法行為責任を負うことはないが、ユーザが ISP の提供したサービスを利用して侵害行為を行っていることを知りもしくは知り得るべきとき、当該ユーザにサービスを提供し続け、または侵害行為を防止する適切な措置を採らなかった場合に、例外的にユーザと共同不法行為責任を負うべきであるという一般論を述べている。そして、本件において淘宝社が共同被告ネットショップによる侵害行為を認識しているかについて、裁判所は、衣念社が大量の権利侵害通知を淘宝社に提出しており、淘宝社自身の審査によってもその大半が正確な通知であり情報を削除すべきケースに該当し、かつ情報を削除されたネットショップから異議が申し立てられた件数が少ないことを挙げ、淘宝社は淘宝網において衣念社の専用使用権を侵害する情報が大量に存在し、情報を削除するという措置のみでは効果が顕著ではないことを認識できると指摘している。つぎに、被告ネットショップはショップの広告において、取扱商品の一部が偽造品であることを示唆する文言を使用しており、その侵害行為は明確であり、同ショップの情報を削除している淘宝社はこのことを認識できると判断している。さらに、淘宝社は同ショップの情報を 7 回も削除しているのに、ショップからの反論ないし異議が一度もなかったことから、同ショップが権利侵害を行っている事実を完全に確信できると結論付けている。このような判断を前提に、淘宝社が衣念社からの権利侵害通知を待って侵害情報を削除する措置のみ採り、侵害行為を防止する必要な措置を採らなかったことは、侵害行為を放任するものであり、被告ネットショップによる侵害行為を客観的に幇助し、主観的にも過失が認められるとして、原審判決を維持するという結論を下した。

---

168 上海市浦東新区人民法院 2011 年 1 月 17 日判決（2010）浦民三（知）初字第 426 号。

(2) 権利侵害責任法36条3項を適用して共同不法行為責任を認めた判決[169]

2009年末に制定された権利侵害責任法は、2010年7月1日より施行されたところ、本件において衣念社が淘宝社に提出した権利侵害通知の一部は、2010年7月になされたものであるため、裁判所はすでに施行された権利侵害責任法を適用することになった。

事実関係は（1）の判決とほとんど同様であり、衣念社は共同被告であるネットショップに関して、6回にわたり淘宝社に権利侵害通知を送っており、その都度淘宝社は侵害情報を削除するのみで、それ以外の措置を採らなかった。また、情報の削除についてショップ側からの異議は一度もなかった。

裁判所は、淘宝社が被告ネットショップによる侵害行為を知っていると認めた上で、「ネットワークサービス提供者が、ネットワーク利用者が当該ネットワーク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っていながら必要な措置を採らなかった場合には、当該ネットワーク利用者と連帯責任を負う」と規定した権利侵害責任法36条3項[170]にいう「必要な措置」とは、侵害行為の継続と侵害結果の拡大を防止するに充分であり、かつISPに過大な損害を与えない措置を指すものとし、情報の削除、シャットアウト、リンクの切断、ユーザへのサービス提供の一時的停止などを含むと解釈している。そして、本件において、情報の削除措置が採られたにもかかわらず被告ネットショップが侵害行為を繰り返し行っていることからすれば、その措置のみによって侵害行為の発生と継続を有効に防止することができないのは明らかであり、削除によって「必要な措置」をすでに採っているという淘宝社の主張を退け、淘宝社が被告ネットショップの侵害行為を知っているにもかかわらずこれを防止する必要な措置を採らなかったとして、原審判決を維持し、権利侵害責任法36条3項により同社の連帯責任を認めた。

四　まとめ

ここまで、ネットショップ等の商標権侵害行為に関与したモール等運営者の責任を争う中国の裁判例を、権利侵害責任法の制定・施行を区切りに、ほぼ時系列に検討してきた。その際に、リアル空間における商店街運営者の責任を認めた「秀水街判決」との比較を行った。以下では、これらの裁判例の基本的な立場をまとめることにする。

---

169 上海市第一中級人民法院2011年9月21日判決（2011）沪一中民五（知）終字第159号。
170 権利侵害責任法36条について、詳細は第1章第3節参照。

まず、他人の登録商標専用権を侵害する行為のために故意に便益を供することを商標権侵害行為として規定する商標法実施条例50条2号が存在するが、従来の裁判例は、侵害行為を行うネットショップ等に電子商取引のサービスを提供するモール等運営者の行為について、故意が認められないとして同号の適用を否定してきた。

つぎに、モール等運営者とネットショップとの共同不法行為の成立について、従来の裁判例は、モール等運営者がネットショップによってアップロードされた情報の違法性を審査する「事前審査義務」を基本的に否定し、商標権者から権利侵害通知を受けてから侵害情報を削除する等を内容とする「事後救済義務」についても、侵害商品の情報を特定し、かつ証拠が伴った通知でなければ、モール等運営者に「事後救済義務」が生じないとするなど、モール等運営者に課す注意義務は、非常に限られた程度のものであった。特にこの点は、リアル空間において商店街運営者に市場で行われた商標権侵害行為を迅速かつ有効的に阻止するという比較的に厳格な「事後救済義務」を課した裁判例の立場とは、対照的である。

これに対して、近時にはモール等運営者の共同不法行為責任を認める裁判例（2件の「衣念社対淘宝社判決」）が見られるようになった。この2つの裁判例のうち、2件目は新しい「権利侵害責任法」におけるISPの共同不法行為責任の特則規定（36条3項）を適用したものである。1件目の裁判例は権利侵害責任法ではなく、民法通則における共同不法行為の規定を適用したものであるが、ISPはユーザがISPの提供したサービスを利用して侵害行為を行っていることを知りもしくは知り得るべきとき、当該ユーザにサービスを提供し続け、または侵害行為を防止する適切な措置を採らなかった場合に、ユーザと共同不法行為責任を負うべきと判示した点は、権利侵害責任法36条3項の内容とほぼ一致し、当該判決の言い渡し時にすでに制定された権利侵害責任法の影響を受けたと考えて間違いないだろうと思われる。これらの2件の裁判例は、ネットショップ等の商標権侵害行為に関与したモール等運営者の責任について、権利侵害責任法の下における解釈と適用を示すリーディングケースになると評価しても過言ではないと考えられる。

従来の裁判例と2件の「衣念社対淘宝社判決」を比較した場合に、モール等運営者の行為が直接的な商標権侵害行為に該当するとはせず、あくまで直接の侵害者であるネットショップ等との共同不法行為責任の成否を問う点において裁判例は一致するが、その最大の違いは、「衣念社対淘宝社判決」はモール等運営者に一定の事前審査義務を認めたと読める点にある。すなわち、淘宝社は衣念社からの権利侵害通知に対処し、その都度侵害情報を

削除している点からすれば、事後救済義務を果たしているといえる。実際、裁判所は淘宝社の共同不法行為責任を認めるにあたり、ISP の事後救済義務を規定した権利侵害責任法36条2項を適用していなかった。むしろ、裁判所は権利侵害通知の有無を問わず、ISP が自ら積極的に行動すべき場面を規定した36条3項を適用し、度重なる権利侵害通知と削除によって、淘宝社は新たな通知がなくても被告ネットショップによる侵害行為を充分に認識することが可能であるにもかかわらず、これを防止する必要な措置を採らなかった点を問題視しているのである。ネットショップのこれまでの侵害事実を理由として、モール等運営者に当該ショップの今後の侵害行為を監視し防止すべき義務が生じると示した点において、ある種の事前審査義務を認めたといえるのではないかと考える[171]。

ただ、注意すべきは、2件の「衣念社対淘宝社判決」が上記事前審査義務を認めるにあたって、衣念社はそれぞれ7回と6回の権利侵害通知を淘宝社に提出しており、当該ネットショップが商標権の専用使用権を侵害する「常習犯」であるという前提事実が存在する点である。いわばネットショップによる商標権侵害行為が極めて明確なケースであり、裁判所はこのような場面に限ってモール等運営者にショップの侵害行為を防止する義務を課したものと理解すれば、その判示の射程範囲は自ずと限定されたものになり、それほど広範な事前審査義務を認めたものではないことになろう。

171 司暁＝費蘭芳「電子商務平台服務提供者的商標間接侵権責任探析」知識産権2012年3号36頁。

第2節　日本におけるモール等運営者の責任

日本では、ネットショップ等による商標権侵害行為に関連して、商標権者等がモール等運営者の責任を追及する裁判例は少なく、従来学説上では主にモール等運営者の不法行為責任をめぐる議論が展開され、関連する法整備等も一部にみられる。しかし、日本の不法行為法上、一般的な不法行為について差止請求が認められず、損害賠償のみが可能であるところ、近時では、モール等運営者の不法行為責任を問うという法的構成ではなく、モール等運営者を規範的に商標権侵害の主体とみて、直截に商標権侵害の責任を問うという法的構成を採用する裁判例が現れ始めた。本節では、このような 2 つの法的構成が議論されていることを念頭に、モール等運営者の不法行為責任と商標権侵害責任の順に議論を進めていきたい。

一　モール等運営者の不法行為責任

1　モール等運営者の不法行為責任の成立要件

ネットショップ等による商標権侵害行為に関連して、商標権者等がモール等運営者の責任を追及する場合に、容易に想到できる法的構成は、ネットショップ等による行為が商標法2条3項2号又は8号に定める商標の使用行為に該当し商標権を侵害するものと主張し、そのうえモール等運営者に対して、中国法と同様に直接侵害者であるネットショップ等との共同不法行為責任（民法719条）を問う方法と、ネットショップ等による商標権侵害行為を防止する注意義務を違反したとして、端的に過失による不法行為責任（民法709条）を問う方法が考えられる。

民法719条1項前段は、「数人が共同の不法行為によって他人に損害を加えたときは、各自が連帯してその損害を賠償する責任を負う」と定めている。ここにいう「共同の不法行為」における行為の共同性の判断に関して、日本の不法行為法の理論上、主観的関連共同説と客観的関連共同説が主張されており、前者は、共同不法行為の成立に、数人の加害者に共謀ないし共同行為の認識などの主観的連絡を要求するが、後者は、意思的関与がなくても、客観的に見て数人の加害者の行為が一体性ある加害行為を構成するときに、客観的共同関係があるとして、共同不法行為の成立を認める[172]。また、そのほかの要件について、従来

[172] 平井前掲注（9）193－195頁、加藤前掲注（9）356－358頁、内田前掲注（70）・493－494頁。

の通説は、各加害者の行為がそれぞれ独立して不法行為の要件を備えなければならないとしているが、近時では共同行為と損害との間に因果関係があれば、各人の行為と結果との間の因果関係を問わないという説が有力である[173]。

モール等運営者は、ネットショップ等による商標権侵害行為に取引の「場」を提供し、ないしその商標権侵害情報を流通させたため、加害者間の共謀ないし共同の認識などの主観的連絡を要せず、より広く共同不法行為の成立を認める客観的関連共同説を採る場合には無論、ネットショップ等の商標権侵害行為とモール等運営者の行為に共同性が認められる。これに対して、主観的関連共同説を採る場合には、モール等運営者の故意など、ネットショップ等との間の主観的連絡がなければ、その行為が直ちに719条1項前段の共同不法行為に該当するということが難しいかもしれないが、同条2項は「行為者を教唆した者及び幇助した者は、共同行為者とみなして、前項の規定を適用する」と定めており、そして過失による幇助も認められるため[174]、ネットショップ等の商標権侵害行為に対してモール等運営者が過失によって幇助した場合にも、やはり共同不法行為が成立することになろう。

つまり、モール等運営者のネットショップ等との共同不法行為責任を問う場合において、行為の共同性という共同不法行為に特有の要件が満たされることはさほど困難ではなさそうであり、共同不法行為責任を問うにしても、単独でモール等運営者の不法行為責任を問うにしても、結局重要なのは、不法行為の主観的要件すなわちモール等運営者に故意過失が認められるかどうかに帰結するものといえる。より具体的にいえば、モール等運営者が、ネットショップ等の商標権侵害行為を知りながらその情報を流通させたという「故意」があるか、若しくはその情報を流通させることによって他人の商標権が侵害されるという事実を予見し防止する注意義務を怠ったという「過失」があるか、という点に最大の争点であるように思われる。

2　プロバイダ責任制限法

平成13年に成立した「特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律」（以下では「プロバイダ責任制限法」という。）は、インターネット上の情報流通によって権利侵害が生じた場合におけるプロバイダ、サーバーの管理・運営者

---

173 平井前掲注（9）・195頁、加藤前掲注（9）・364頁。
174 平井前掲注（9）・194－195頁、内田前掲注（70）・494頁。判例として、最高裁平成13年3月2日判決民集55巻2号185頁ビデオメイツ事件がある。

等の損害賠償責任の制限と、被害者によるプロバイダに対する発信者情報の開示請求権について定めたものである（1条）。プロバイダ等の損害賠償責任の制限については、さらに、権利を侵害した情報を削除しないことによる被害者に対する損害賠償責任の制限と、情報を削除したことによる送信者に対する損害賠償責任の制限という2点が含まれるが（3条）、被害者とプロバイダの関係を論ずる本稿の目的上、ここでは前者の問題のみを取り上げる。

同法3条は、不特定の者に対する情報の送信を防止する措置を講ずることが技術的に可能な場合に、プロバイダ等が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（3条1項1号）、又は情報の流通自体を知っていた場合であって、それによって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な理由があるとき（同2号）でなければ、前記措置を講じなかったとしても、情報の流通によって生じた損害を賠償する責任を負わないと規定している。このように、プロバイダ責任制限法は、プロバイダ等の故意過失を判断する基準をより明確なものにすることによって、プロバイダ等の損害賠償責任の制限を図ったのである。同法上の損害賠償責任は、そもそも民法不法行為の規定を根拠にするものであり、また、3条が明らかにした要件である権利の侵害を知りながら技術的に可能な送信防止措置を講じないことは不法行為法上の「故意」に該当すると考えられ、同じく権利の侵害を知ることができたと認められるときに技術的に可能な送信防止措置を講じないことは予見可能性があるにもかかわらず結果回避義務を違反する「過失」に該当すると考えられる。結局、同条はプロバイダに故意過失がある場合に損害賠償責任を免れないという不法行為法上当然のことを定めたものに過ぎず[175]、プロバイダ責任制限法は一般的な不法行為法に基づくプロバイダ責任の判断の明確化を図るものであって、特殊な不法行為責任の要件を法定したものではないといえよう。

3　モール等運営者の故意過失の判断

では、ネットショップ等による商標権侵害行為に関して、果たしてモール等運営者に不法行為責任が生じるための故意過失が認められるか。特に、モール等運営者がネットショップ等による商標権侵害行為ないし情報を知っていたにもかかわらず、情報の送信防止など可能な措置を採らず、故意に当該情報の流通に係るサービスを送信者に提供し続ける場合には、不法行為責任を負うことは明確であるが、問題はどのような場合にモール等運営者に過失があると認定すべきか、すなわちモール等運営者にどのような注意義務を課すべ

175 田中豊「著作権の間接侵害―実効的司法救済の試み―」コピライト2004年8号11頁。

きか、という点である。

プロバイダ責任制限法の立法担当者による解説によれば、過失に相当する「知ることができたと認めるに足りる相当の理由」とは、通常の注意を払っていれば知ることができたと客観的に考えられることであるとされる[176]。ここでは明言してはいないが、その注意レベルは、一般的なインターネット・ユーザとしての注意レベルにとどまらず、業として情報サービスを提供するプロとしての注意レベルを指していると考えられる。ただ、具体的にどのような場合に「相当の理由」があるとされるのかは、最終的には司法判断に委ねられるとされている[177]。

また、プロバイダ責任制限法3条は、プロバイダを流通する膨大な情報を常時、網羅的に管理する一般的監視義務から解放する規定であるとしながら、ネットオークション運営者が出品手続きの設計によって、権利侵害となる情報の発見を容易にする機会がある場合に、これを行使しないときには、3条の損害賠償責任の制限を受けないと指摘する見解は、注目に値する[178]。

プロバイダ団体、著作権関係団体、インターネット関係団体を構成員としたプロバイダ責任制限法ガイドライン等検討協議会では、プロバイダ責任制限法3条の趣旨を踏まえ、商標権者等及びネットオークション事業者等の行動基準を明確化すべく、2005年に「プロバイダ責任制限法商標権関係ガイドライン（以下では「商標権関係ガイドライン」という。）[179]を策定した。民間団体による同ガイドラインは法的拘束力を有しないものの、参考になると考え、ここに取り上げる。

同ガイドラインでは、ネットオークション等事業者が送信防止措置を取るべき対象となる商品情報について、一応の基準を提示している。それによれば、商標権者等が合理的な根拠（証拠ではない点に注意）を示して真正品でないと主張している商品だけでなく、権利侵害の蓋然性が高く、他人の商標権が不当に侵害されていることを容易に判断できる情報についても送信防止措置の対象としている[180]。つまり、商標権者等の申出について証拠

---

176 総務省総合通信基盤局消費者行政課「プロバイダ責任制限法（改訂版）」（第一法規2011年）32頁。

177 同上。

178 山本宣之「インターネット・オークション運営者の不法行為責任」民商法雑誌133巻4・5号671－673頁参照。

179 http://www.telesa.or.jp/consortium/provider/pdf/trademark_guideline_050721.pdf（最終アクセス：2012年11月1日）。

180 具体的には、情報の発信者が真正品でないことを自認している商品や、商標権者等によ

の提示までは要求せず、商標権者の申述など送信停止措置を決定するに足りる程度の合理的な根拠[181]があれば十分であり、また、明らかに商標権を侵害する商品情報や広告などについては、商標権者の申出を待たずに、プロバイダが自発的に送信防止措置を取るべきことを明らかにしている。

本章第1節で中国法の状況を議論した際に使用した用語で表現すれば、商標権関係ガイドラインは中国の「PUMA対淘宝社判決」とは異なり、プロバイダの事後救済義務について商標権者による侵害に係る証拠の提示を要件とせず、基本的に商標権者の申述を信用するとし、また、事前審査義務も一定の範囲で認めている点において、中国の「衣念社対淘宝社判決」と類似するものと理解することができる。

もっとも、前述したように同ガイドラインには法的拘束力がなく、また、提示された事前審査に関する基準も、策定者自身が認めるように、これ以外のケースについて排除するという趣旨の絶対的なものではないので[182]、モール等運営者の注意義務を更に検討する必要があろう。

4　関連裁判例におけるモール等運営者の注意義務の検討

裁判例において、商標権者がネットショップ等の商標権侵害行為に関連してモール等運営者の不法行為責任を問うものではないが、ネットオークション上の詐欺が原因で、サービスを利用した落札者らがオークションサイト運営会社に対し、債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償を求めたもの（以下では「ヤフーオークション事件」という。）[183]があり、ここではこの事件を取り上げ、日本法の下においてモール等運営者の注意義務を議論する際の参考としたい。

本件では、被告ヤフー株式会社（以下では「ヤフー社」という。）はインターネット上において広告事業やブロードバンド関連事業等を行い、その運営するウェブサイトを通じて、平成11年9月から「ヤフーオークション」と称するサービスの提供を行っているところ、同サービスを利用して商品を落札し、その代金を支払ったにもかかわらず、商品の提供を受

り製造されていない類の商品を挙げている。商標権関係ガイドライン6頁参照。

181 申出主体の本人確認、商標権等権利の確認、侵害情報の特定に係る情報以外に、商標権侵害の確認については、基本的に商標権者の申述をもって充足するとしている。商標権関係ガイドライン10－11頁。

182 商標権関係ガイドライン6頁。

183 名古屋地裁平成20年3月28日判決判時2029号89頁、名古屋高裁平成20年11月11日判決（平成20年(ネ)424号）裁判所HP。

けられないという詐欺被害にあった数百名に上る落札者である原告らが、ヤフー社には契約又は不法行為法上、詐欺被害を生じさせないシステムを構築すべき義務があるにもかかわらず、これを怠り瑕疵のあるシステムを提供し、その結果原告らが上記詐欺被害にあったとして、被告ヤフー社に対し、債務不履行並びに不法行為などに基づき、損害賠償を求めた事件である。

一審判決は、まず、ネットオークションの利用契約の内容がシステム利用を当然の前提としていることから、サービス提供者は利用契約における信義則上、利用者に対して欠陥のないシステムを構築してサービスを提供すべき義務があるとした上で、その義務の具体的な内容について、サービス提供当時におけるネットオークションをめぐる社会情勢、関連法規、システムの技術水準、システムの構築及び維持管理に要する費用、システム導入による効果、利用者の利便性等を総合考慮して判断されるべきであると判示している。

判旨はつぎに、本件についていえば、本件ネットオークション・サービスを用いた詐欺等犯罪的行為が発生していた状況の下では、被告ヤフー社には利用者が詐欺等の被害に遭わないように、時宜に即して相応の注意喚起措置を取るべき義務があると認めたが、原告らが主張するその他の具体的な義務内容については否定した。

最後に、本件において被告ヤフー社が上記義務を違反しているかどうかについて、判旨は、平成14年ころからネットオークションに関する詐欺被害が増加しているなか、ヤフー社が平成12年から現在まで、利用者間のトラブル事例等を紹介するページを設けるなど、詐欺被害防止に向けた注意喚起を実施・拡充してきており、時宜に即して、相応の注意喚起措置をとっており義務違反を認めることができないとして、結論的に被告ヤフー社の損害賠償責任を否定した。この立場は、控訴審においても基本的に維持された。

この事件は、商標権の侵害に関連するものではなく、直接的にはネットオークションサイト運営者とサービス利用者との契約上の信義則に基づく義務を論じたものであるが、裁判所はサイト運営者には欠陥のないシステムを構築しサービスを提供すべき義務があると認め、その欠陥の有無については、社会情勢、関連法規、技術水準、費用と効果、利用者の利便性等を総合考慮して判断すべきという踏み込んだ表現で論じた点は、ネットショップ等の商標権侵害行為に対するモール等運営者の不法行為法上の注意義務を論じる際に、参考になるものと考えられる。

なお、ヤフーオークション事件において問題とされたネットオークションの出品者・落札者との関係におけるネットオークション事業者の責任について、経済産業省が「電子商

取引及び情報財取引等に関する準則」（以下では「準則」という。）を策定・公表している。同準則は裁判所を拘束するものではないが、一定の解釈上の指針を示している。

平成20年準則の基本的な考え方は、オークション事業者が取引に関与する度合によって責任が変化するというものである。つまり、オークション事業者が出品者と落札者の取引に直接関与しない場合には、原則として責任を負わないが、システムの提供を超えて実質的に関与する場合には、その役割に応じて責任を負う可能性があるというものであるが、これ以外にシステムの機能を維持・管理する義務もあるというものである[184]。これに対して、平成22年版準則は関連箇所を改正し、オークション事業者が出品者と落札者の取引に直接関与せず原則的に責任を負わない場合においても、取引の「場」を提供している以上、一定の注意義務を認めることが可能であるとして、上記ヤフーオークション事件における裁判所の立場に足並みを揃える形を採った[185]。このような見解は、その後の平成23年と平成24年準則改訂においても維持されている。

5　小括

前述したように、日本の不法行為法およびプロバイダ責任制限法上、モール等運営者はネットショップ等の商標権侵害行為に係る情報の流通につき故意過失が認められる場合に、不法行為責任を負うものと考えられる。そして、どのような場合に故意過失が認められるかについて、プロバイダ団体も参加する民間団体による商標権関係ガイドラインでは、商標権侵害行為に関する商標権者等の申出について、証拠の提示までを要求せず、商標権者の申述など送信停止措置を決定するに足りる程度の合理的な根拠があれば、プロバイダが送信防止措置を取るべきとし、また、明らかに商標権を侵害する商品情報や広告などについては、商標権者の申出を待たずに、プロバイダが自発的に送信防止措置を取るべきことを要求しているところからすれば、少なくともこのような行動を取らないモール等運営者は故意過失ありとされる可能性が高いと言えよう。しかし、これ以外にも、モール等運営者が注意義務を果たさないとして過失ありとされる場合があるか、どのような事前審査義務を負うべきかについて、まだ明確でない点が残る。

具体的にモール等運営者がどの程度の事前審査を行いネットショップ等による侵害の予防を図れば合理的な注意義務を果たしたといえるかについて、明確に線引きすることは確

184 経済産業省「電子商取引及び情報財取引等に関する準則（平成20年8月）」56－59頁。
185 経済産業省「電子商取引及び情報財取引等に関する準則（平成22年10月）」51頁。

かに非常に困難である。そもそも、この義務の内容は、不変のものではなく、ヤフーオークション事件における裁判所の表現を借りれば、その時々のネット上の侵害事件を含む社会情勢、技術水準、市場の規模とモール等運営者の利益等を総合考慮して判断されるべきであろう。

二　モール等運営者の商標権侵害責任

ここまでモール等運営者の不法行為責任の成否をめぐって、モール等運営者の故意過失の有無を中心に検討してきた。しかし、著作権侵害の場面と共通するが、日本の不法行為法は中国法と違って、原則的に損害賠償という救済方法しか認めないため、商標権者がモール等運営者に対して単独で不法行為を主張し、もしくはネットショップ等との共同不法行為を主張して損害賠償責任を問うという法的構成を採る場合に、別途に直接の侵害者であるネットショップ等に対して商標法に基づき商標権侵害行為の差止を請求することが可能であるが、間接的に関与するモール等運営者に対して不法行為法に基づいて差止を請求することができない。商標権を侵害するネットショップが多数存在するような場合などに、商標権者にとって効果的に侵害を防止することが困難なケースが生じる可能性がある。このような状況のなか、ネットショップ等による商標権侵害行為に関連して、モール等運営者を商標権侵害行為の主体として、商標法に基づき直接に差止を請求する楽天市場事件が現れ、以下ではこれを取り上げ検討したい。

1　楽天市場事件[186]

(1)　事実の概要

本件では、原告は「Chupa Chups」、「チュッパチャプス」など本件各商標権の管理等を行うイタリア法人であり、原告の子会社は「Chupa Chups」のブランド名の棒付きキャンディを販売し、日本国内では同キャンディには、その販売当初から英文字の「Chupa Chups」の表示が使用され、昭和44年ころからは本件各登録商標と同一の標章が使用されるようになった。

被告楽天株式会社（以下では「楽天社」という。）は、各種マーケティング・小売業務の遂行及びコンサルティング、通信販売業務等を業とする株式会社であり、被告サイトにお

---

[186] 東京地裁平成22年8月31日判決判例時報2127号87頁、知財高裁平成24年2月14日判決判時2161号86頁。

いて「楽天市場」という名称で、複数の出店者から買物ができるインターネットショッピングモール（以下では「楽天市場」という。）を運営している。

原告は平成21年4月に、楽天市場上にある訴外出店者Aの出店ページにおいて原告の標章が付された幼児用よだれかけが販売のため展示されていることに気付き、楽天社に対し代理人弁護士名による内容証明郵便で侵害写真の削除等を申し入れ、同郵便は平成21年4月20日に到達したところ、同年4月20日付けでこれを拒否する回答がなされた。その理由の要旨は、楽天市場に掲載されている出店ページの内容は、出店者の責任において決定されるものであるから、広告画像等に問題があるのであれば出店者と直接に交渉等すべきであって、サイトを運営する楽天社は関知しない、等とするものであったが、内容証明郵便において指摘のあった画像は同日までに出店者の判断により出店ページ上からすでに削除されていた。

その後、原告は平成21日8月10日の時点で、訴外各出店者の各出店ページにおいて、本件各標章が付された本件よだれかけ、本件帽子、本件ボストンバッグ、本件携帯ストラップ、本件マグカップ及び本件ランチセット（以下ではこれらを併せて「本件各商品」という。）が販売等のため展示されていることが判明した後、同年8月25日に、本件訴訟を提起した。

訴訟では、原告は被告が楽天市場において、主体となって出店者を介し、あるいは出店者と共同で、少なくとも出店者を幇助して、原告の商品を表示するものとして周知又は著名な「チュッパチャプス」の表示、「Chupa Chups」の表示若しくは原告の本件登録商標に類似する標章を付した商品を展示又は販売（譲渡）し、原告の商標権を侵害するとともに、不正競争行為（不正競争防止法2条1項1号又は2号）を行っていると主張して、被告に対し、商標法36条1項及び不正競争防止法3条1項に基づき上記標章を付した商品の譲渡等の差止めと民法709条及び不正競争防止法4条に基づき弁護士費用相当額の損害賠償を求めている。

(2) 争点

原告による請求の中心は差止請求であり、これに関する原告主張の骨子は、上述のとおり、①被告が出店者を介して、楽天市場において販売等を行う行為の主体である、あるいは、②出店者も販売等行為の主体であるが、被告は共同主体である、もしくは、③販売等行為の主体は出店者であるが、被告はそれを幇助して、しかもその幇助行為が本件表示又

は商標の使用行為に該当するというものである。

第4章第2節で述べたように、日本の商標法では差止請求権は36条1項に規定されており、その対象は「商標権を侵害する者」であり、被告の行為を差し止めるためには、被告が原告の商標権すなわち商標法25条に規定されている商標権者等の「登録商標の使用を専有する権利」を侵害していることが必要である。その前提として、被告の行為がそもそも2条3項各号に規定されている「標章について使用」行為であることが必要であり、本件についていえば、被告が2条3項2号の「商品又は商品の包装に標章を付したもの」を「譲渡」又は「譲渡のために展示」する行為を行ったかが問題となる。また、不正競争防止法上の差止請求に関しても同様で、本件被告が同法2条1項1号及び2号の「譲渡」又は「譲渡のために展示」）する行為を行ったかが問題となる。

そこで、本件各商品の展示及び販売について、被告が商標法2条3項2号（不正競争防止法2条1項1号、2号）の「譲渡のために展示」又は「譲渡」を行ったといえるかどうか、すなわち「被告の行為主体性」が本件における最大の争点となったのである。

(3) 原審判決の判旨

原審はまず、被告が運営する楽天市場において、出店者の出店ページに登録した商品について、被告のシステムを利用した顧客の注文（購入の申込み）と出店者の承諾によって売買契約が成立し、出店者が売主として顧客に対し当該商品の所有権を移転していること、被告は商品の仕入れと登録、販売条件の設定、申込みに対する承諾の判断、商品の発送、代金の支払等の手続には一切関与せず、出店者から販売された商品の代金の分配を受けていないこと、システム利用料は売上高の2ないし4%程度であり、商品の販売により、被告が出店者と同等の利益を受けているということもできないことなどを理由に、「実質的にみても、本件各商品の販売は、本件各出店者が、被告とは別個の独立の主体として行うものであることは明らかであり、本件各商品の販売の過程において、被告が本件各出店者を手足として利用するような支配関係は勿論のこと、これに匹敵するような強度の管理関係が存するものと認めることはできない」として、被告が本件各商品の販売（譲渡）の主体あるいは共同主体の一人であるということができないと判断した。

原審はつぎに、商標法2条3項2号の「譲渡」とは、当該標章を付した商品の所有権を他人に移転することをいい、有償、無償を問わないものと解され、被告が売却行為の一連の行為の一部に関与する幇助行為を行ったというだけでは、このような商品の「譲渡」を

行ったものと認めることはできず、また楽天市場の出店ページには当該出店者の事業所所在地等が記載されており、出店ページから出店者を特定できることから、このように解しても権利者の利益を不当に害するような事情が認められないと判断した。

このように、原審は本件各出店者の出店ページに掲載された本件各商品の販売に係る「譲渡」と「譲渡のために展示」の主体は出店者であって、被告はその主体に当たらないと判示し、また不正競争防止法に基づく請求に関してもこれと同様に解するのが相当であるとして、原告の請求をいずれも棄却する判決を下した。

(4) 控訴審判決の判旨

原判決に不服の原告は控訴したため、本件は知財高裁で改めて判断されることとなった。控訴審判決は、出店ページに展示された商品が第三者の商標権を侵害しているときに、商標権者は直接に上記展示を行っている出店者に対し、商標権侵害を理由に出店ページからの削除等の差止請求と損害賠償請求をすることができることは明らかであるが、そのほかに、「ウェブページの運営者が、単に出店者によるウェブページの開設のための環境等を整備するにとどまらず、運営システムの提供・出店者からの出店申込みの許否・出店者へのサービスの一時停止や出店停止等の管理・支配を行い、出店者からの基本出店料やシステム利用料の受領等の利益を受けている者であって、その者が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のウェブページからの削除がなされない限り、上記期間経過後から商標権者はウェブページの運営者に対し、商標権侵害を理由に、出店者に対するのと同様の差止請求と損害賠償請求をすることができると解するのが相当である」と判示している。

その理由として、裁判所は、①本件のような商品の販売方法は、便利であり社会的にも有益な方法である上、商品の多くは第三者の商標権を侵害するものではないから、基本的には商標権侵害を惹起する危険は少なく、②仮に出品が既存の商標権と抵触する可能性があるとしても、先使用権・使用許諾・並行輸入品などの可能性があることから、ウェブページの運営者が直ちに商標権侵害の蓋然性が高いと認識すべきとはいえないが、③しかし、ウェブページの運営者が出店者による出品が商標権侵害物品であることを具体的に認識、認容するに至ったときは、商標法違反の幇助犯となる可能性があり、④ウェブページの運営者は、出店料やシステム利用料という営業上の利益を得ており、⑤商標権侵害行為の存

在を認識できたときには、出店者との契約により、コンテンツの削除、出店停止等の結果回避措置を執ることができる等の事情を併せ考えれば、ウェブページの運営者は、商標権者等から商標法違反の指摘を受けたときは、出店者に対しその意見を聴くなどして、その侵害の有無を速やかに調査すべきであり、これを履行している限りは、商標権侵害を理由として差止めや損害賠償の責任を負うことはないが、これを怠ったときは、出店者と同様にこれらの責任を負うものと解されることを挙げている。

また、判旨はさらに上記判示と商標法37条の「侵害とみなす行為」という間接侵害の規定との関係について、「侵害者が商標法2条3項に規定する「使用」をしている場合に限らず，社会的・経済的な観点から行為の主体を検討することも可能というべきであり，商標法が，間接侵害に関する上記明文規定（同法３７条）を置いているからといって，商標権侵害となるのは上記明文規定に該当する場合に限られるとまで解する必要はないというべきである」と補足している。

上記基準を本件の事実にあてはめたところ、裁判所は、訴外各出店者による商標権侵害となる本件各商品の展示は、いずれも一審被告が確実に商標権侵害の事実を知ったと認められる内容証明郵便の到達日および本訴訴状の送達日から 8 日以内という合理的期間内に削除されたことを挙げ、一審被告による「楽天市場」の運営が一審原告の本件商標権を違法に侵害したとまでいうことはできないと判断し、同様な理由に基づき、一審原告に対する不正競争行為にも該当するとはいえないと判断した。

2　判旨の分析と学説の立場

自然観察すれば、本件各商品の「譲渡」又は「譲渡のために展示」の主体が各出店者であることは間違いないのであるが、原審判決はそれだけではなく、原告の主張に応える形で、実質的にみて被告が「譲渡」又は「譲渡のために展示」の主体といえるかどうかについても判断している。その際に、「被告が本件各出店者を手足として利用するような支配関係は勿論のこと、これに匹敵するような強度の管理関係が存するものと認めることはできない」ことや、「システム利用料は売上高の 2 ないし 4%程度であり、商品の販売により、被告が出店者と同等の利益を受けているということもできない」ことを述べたところは、①管理・支配性、②図利性の有無を基準に、著作権の侵害行為を直接的には行わず、間接的に関与する者を直接の侵害者として、差止等の著作権侵害責任を認めるいわゆる「カラ

オケ法理」[187]を想起させるものである。

もっとも、原審判決は事実認定のレベルにおいて被告に管理性と図利性も認められないとしたものであり、正面からカラオケ法理が商標権侵害事件についても妥当すると判示したものではない[188]。

これに対して、知財高裁の控訴審判決は正面から間接関与者であるモール運営者が商標権侵害責任としての差止と損害賠償を負うこととなる要件を示している。裁判所は挙げた前記 5 つの理由を詳細に分析すると、①はインターネット・モールにおける商標権侵害物品の販売が少ないから損害が発生する蓋然性が高くないことをいうものであり、②は仮にそのような蓋然性があるとしても、モール運営者が侵害品かどうかを見分けることが困難であるとして、モール上の商標権侵害行為についてモール運営者の一般的な予見可能性を否定するものである。③はモール運営者がネットショップによる商標権侵害行為を具体的に認識した場合に幇助の刑事犯になりうるとして、被侵害利益の重大さを指摘するものである。④はモール運営者の図利性をいうものであり、⑤はモール運営者の管理・支配性を指摘し、侵害結果の回避可能性を認めるものである。これらを総合したうえ、控訴審判決は結論として、モール運営者が商標権者から侵害の指摘を受けた場合には、侵害の有無を速やかに調査すること、ネットショップによる商標権侵害行為を具体的に認識した場合には、侵害内容を合理的な期間内に削除すること、などを内容とする結果回避義務を肯定し、この義務を違反したときに商標権侵害の責任を負うものと示したのである。

控訴審判決が、著作権法分野の「カラオケ法理」とりわけ「ロクラクⅡ事件」最高裁判決[189]の影響を受けているのは明らかであろう[190]。上述したように、判旨が挙げた 5 つの理由は管理・支配性と図利性と止まらず、ほかの点にも及ぶものであり、必ずしも一般的に理解されているカラオケ法理の要件と完全に一致するものではないようであるが、この点はとりわけ、行為の主体を「社会的、経済的側面をも含め総合的に観察すべきものであって」、「考慮されるべき要素も、行為類型によって変わり得るのであり、行為に対する管理、支配と利益の帰属という二要素を固定的なものと考えるべきではない」とした「ロクラクⅡ事件」最高裁判決の金築裁判官の補足意見と一致するように読める。

---

187 第 1 章第 2 節参照。
188 山内貴博＝菅礼子【判批】知財研フォーラム 84 巻 81－82 頁。
189 第 1 章第 3 節参照。
190 岡邦俊【判批】JCA ジャーナル 59 巻 4 号 70 頁、生田哲郎＝森本晋【判批】発明 109 巻 9 号 38 頁、角田政芳【判批】知的財産法研究 53 巻 1 号 12 頁。

学説上、被告楽天社が本件各商品の譲渡等の直接的な主体ではないという原審判決の結論について、被告が運営するショッピング・モールのシステムや被告による関与の態様を照らせば妥当であるとする立場が多数のようであったが[191]、カラオケ法理を商標法の領域に持ち込んで判断した控訴審判決については、学説上の評価が分かれるところであろう。カラオケ法理をめぐって従来からその根拠の薄弱性と要件の曖昧さを指摘する学説上の強い批判が存在し[192]、これらの批判は同法理を商標権法に持ち込む場合にもあてはまるものであろう。さらに、間接侵害の規定を持たない著作権法と違って、商標法は37条2号以下に予備的ないし幇助的な行為を「侵害とみなす行為」と定める間接侵害の規定を持っており、これに該当しない行為についても、規範的に商標権侵害行為とみて差止請求と損害賠償責任を認めるとすれば、現行の間接侵害規定や、商標権侵害阻止の本質を自他識別機能の保持に求めるという根本的な考え[193]との関係を整理する必要があると考えられ、今後慎重に議論を重ねるべき問題であろうと思われる[194]。

三　まとめ

ここまでみてきたように、日本法では、一般的な不法行為の救済は損害賠償のみであり、差止が認められないことを背景に、ネットショップ等による商標権侵害行為をめぐって、商標権者等が間接関与者であるモール等運営者の責任を追及する方法は、不法行為責任を主張し損害賠償を請求するアプローチと、モール等運営者を規範的に商標権侵害の主体とみて、商標権侵害責任を主張し差止と損害賠償を請求するアプローチに分かれている。

カラオケ法理を商標法の領域に持ち込む方法は、差止という救済を可能にする点において魅力的ではあるが、上述したように多くの問題点を孕むものであり、さらなる研究を要するところである。ここでは、日本法の下におけるモール等運営者の事前審査義務と事後救済義務をまとめることにする。

不法行為法によるアプローチを採る場合に、商標権関係ガイドラインの立場は、モール

---

191 茶園成樹「知的財産法判例の動き」ジュリスト1420号323頁、山内＝菅前掲注（188）・82頁、水谷直樹【判批】The Invention2010年11号39頁。なお、角田政芳「商標権の間接侵害に関する比較法的考察――東京地裁平成22年8月31日の楽天市場事件を題材として――」知的財産法研究53巻1号6頁は、被告が本件各商品の直接的な主体ではないとした点に賛成するが、被告が利用者による商標権侵害を幇助するという商標権の間接侵害の責任を検討すべきであるとしている。

192 中山前掲（注30）・481頁。

193 小野昌延編『注解商標法【新版】（下巻）』（青林書院2005年）861頁。

194 岡前掲注（190）・71頁、山内＝菅前掲注（188）・82頁。

等運営者は、証拠の提示がなくても、合理的な根拠が備わった商標権者等からの侵害の申出を受けた場合に、送信防止措置を取ることを内容とする事後救済義務があり、また、明らかに商標権を侵害する商品情報や広告などについては、商標権者の申出を待たずに、自発的に送信防止措置を取ることを内容とする事前審査義務があると理解することができる。また、どの程度の事前審査と侵害防止をすれば足りるかに関して、ヤフーオークション事件の表現で表わすならば、その時々のネット上の侵害事件を含む社会情勢、技術水準、市場の規模とモール等運営者の利益等を総合考慮して判断されるべきということになろう。

モール等運営者を規範的に商標権侵害行為の主体とみるというアプローチを採る場合において、楽天市場控訴審判決は、日本のインターネット・モールにおいて商標権侵害物品の販売が少ないことなどを挙げ、商標権侵害行為に対するモール運営者の一般的な予見可能性を否定しており、これを前提に事前審査義務を否定したものと理解することができる。他方、モール等運営者が商標権者から侵害の指摘を受けた場合には、侵害の有無を速やかに調査すること、侵害内容を合理的な期間内に削除することを内容とする結果回避義務を肯定しており、事後救済義務を認めていると理解することができる。

第3節　日中の比較と若干の考察

商標権侵害行為に間接的に関与するモール等運営者の責任について、これまで日中の立法、裁判例などの立場をまとめてきた。ここでは、事前審査義務と事後救済義務を中心に、日中の現状を比較しながら、多くの議論がなされている中国の学説を参照して、モール等運営者の責任を検討し、若干の私見を述べることにする。

一　モール等運営者の事後救済義務について

中国の「PUMA対淘宝社判決」は、商標権者が証拠を伴った通知などで侵害商品の情報を特定しない限り、モール等運営者に事後救済義務が生じず、その情報を削除しないとしても責任は生じないとしている。このような立場に賛成する学説も見られる。この見解は、モール等運営者に厳格な調査義務を負わせると電子商取引市場を委縮させるという仮定を前提にし、それによって失う社会的利益は商標権者を保護することによる利益を上回るとして、法と経済学的な観点から、厳格な調査義務を課すことの非効率性を指摘して、権利侵害通知の真実性を担保する証拠がない限り、モール等運営者に直ちに調査する義務を負わせるのは、過大な負担を課すことになると主張するものである[195]。

しかし、モール等運営者にこの程度の調査義務を負わせれば果たして本当に電子商取引市場が萎縮するかという問題もあるが、そもそも社会的利益のために商標権者の利益を犠牲にしてよいという議論自体を正当化することが難しい[196]。市場の発達は一般的に公共の利益に資するが、そこに商標権を侵害する商品が取引されているとすれば話は別で、商標権者のみならず消費者の利益も害されてしまう。つまり考慮すべき公共の利益があるとすれば、むしろ商標権を侵害する行為と情報をできるだけ排除した市場の育成であるというべきであろう。

確かに、侵害に係る証拠を調査することは容易ではない。しかし、取引のプラットホームを開発・管理し、ネットショップ等の出店を認めるモール等運営者にとって、調査が困難であるというならば、商標権者にとってそれ以上に監視調査し証拠を確保することが困難であるといえる。証拠の提出を商標権者に求めることは、ネットショップ等に対する監

---

195 銭華兵「対電子商務中網絡交易平台提供商在商標侵権中的責任認定研究」法学与実践2007年5月号63－64頁。
196 内田前掲注（70）・319頁。

視監督のコストを実質的に商標権者に負わせることになる。このコストは、商標権者が自らの権利を実現するために当然負担すべきものであるという議論もありえるが、モールの利用によって利益を得ているモール等運営者にも、同様なコストが課されて当然というべきであろう。

この点、日本の民間団体による商標権関係ガイドラインは早い段階から、商標権侵害行為に関する商標権者等の申出について、証拠の提示までを要求せず、商標権者の申述など送信停止措置を決定するに足りる程度の合理的な根拠があれば、プロバイダが送信防止措置を取るべきとしている。モール等運営者の注意義務の外延を明確に線引きしにくい分、運営者自身による自主規制が紛争の予防という観点から重要な役割を果たすものと考えられ、この点において、上記商標権関係ガイドラインは完全ではないにせよ、プロバイダの行動基準の明確化に役立ったものと考える。なお、中国においてもこの種のガイドラインが無いわけではないが、モール等運営者によるモール等運営者の利益を代弁するものになっており[197]、実際にも裁判例が多数ある現状からみれば予防の効果を十分にもたらしているとは言い難い。もっとも、その中国においても、近時の2番目の「衣念社対淘宝社判決」では、モール等運営者の事後救済義務が争点ではなかったが、裁判所は傍論の中で、商標権者からの通知に侵害を断定した根拠が提供されていなかったとしても、侵害事実が存在する可能性と商標権者の権利内容が示されているものであれば足りると述べている。

思うに、商標権者からの通知に証拠が伴わないとしても、少なくとも商標権者の身元および商標権を有することが示されていれば、商標権侵害の疑いが存在することは十分明確である。それ以上の証拠が商標権者から提出されていないとしても、モール等運営者はこれを無視しても責任が生じないと解するのは行き過ぎであり、楽天市場事件控訴審判決が指摘するように、ネットショップ等に対し直ちにその意見を聴くなどして、侵害の有無を速やかに調査し、侵害行為を阻止する妥当な救済措置を採る義務があるというべきである。

二　モール等運営者の事前審査義務について

1　学説

中国の「11月21日社対易趣社判決」は、ネットモールで取引される商品の量が膨大であ

---

197 2005年に中国電子商取引協会が制定した「ネットワーク取引プラットホームサービス規範」があるが、その24条は、モール等運営者がネットショップ等による知的財産権侵害行為を知り、かつ権利者による証拠を伴う警告を受けた場合に、初めて当該侵害情報を削除するなど侵害結果を除去すべきとしている。

るなどの理由で、商標権者から侵害に関する通知を受けていないモール等運営者に、事前審査義務を課すことが現実的ではないとしている。中国における学説の多くも、事前審査義務自体を全面的に否定はしないが、要求するレベルはあくまで形式的な審査であり、すなわちネットショップの営業証明、出品者の身元審査のみを要求すべきとする見解[198]や、これに加えてネットショップに対して商品の品質証明、原産地証明、販売許可などを審査しその情報を公開することを要求すべきとする見解[199]がある。その理由として、ネットモールに出店するネットショップやネットオークションに出品する者の数は多く、取引される商品に関する情報の量も桁違いに多いという点に加え、違法に複製された音楽ファイルのアップロードなどのような著作権侵害のケースと違って、商標権侵害の場合に、真正品と模倣品の見分けは容易にできないケースがあり、さらに、取引がモールにおける情報交換で成立しても、商品が別送される場合に、モール等運営者が現物を確かめるチャンスさえないことが挙げられる。また、日本の楽天市場事件控訴審判決においても指摘されているように、商標権の場合に、先使用権・使用許諾・並行輸入品などの可能性があることから、日本においても、モール等運営者に自発的に商標権侵害行為を発見し侵害を回避すべき義務を課すのは酷であるという見解がある[200]。

これに対して、反対説は、モール等運営者がある特定の侵害行為を把握していないとしても、侵害行為の存在自体を全く知らないはずがないとし、少なくともある著名商標が付された商品が低価格で多量かつ頻繁に取引される場合、「理性ある経営者としてこれらの商品が他人の権利を侵害する可能性が高いと意識すべきである」として、モール等運営者がより高い審査義務を負うべきであると主張する[201]。その審査義務の程度について、一般的な人を基準とすべきではなく、インターネット及びモール運営に関する専門知識を有する理性的で慎重なモール等運営者を基準とすべきであるとする見解があるほか[202]、商標権侵害行為の判断の容易さ、関連消費者への影響の度合い[203]などの要素を総合して判断すべき

198 王洪海「網絡交易平台的法律地位」電子知識産権2005年10号57頁。
199 沈吉利「浅析網絡交易平台提供商的法律定位－从易趣網糾紛案引起的思考－」広東商学院学報2003年3号90頁。
200 山内＝菅前掲注（188）・84頁。
201 応振芳「判決与措辞－両則淘宝案引起的遐思」電子知識産権2008年6号52－53頁。
202 応振芳前掲注（201）・48頁。
203 例えば、消費者の生命健康を害するおそれのある商標権侵害行為であれば、関連消費者への影響の度合いが高いとして、モール等運営者の審査義務を肯定する方向に働くとする考えである。

という見解も主張されている[204]。

2　私見

(1)　モール等運営者の事前審査義務の有無

中国の裁判例と学説がモール等運営者の実質的な事前審査義務を肯定することに躊躇しているが、その背景に、ネットモールで取引される商品及びこれに関する情報の量が膨大であり、モール等運営者に事前審査義務を課すと産業の発展が阻害されてしまうという懸念が窺える。この状況は、「情報ネットワーク伝達権保護条例」が制定される以前のインターネット上の著作権保護に関する中国裁判所の立場[205]に似ている。

もちろん、モール等運営者に完璧な事前審査を要求することは、実質的には無過失責任を押し付けるに等しく、無論不可能であり、また不公正でもある[206]。しかし、学説の多くのように、形式審査のみで足りるとし、取引される商品や表示される情報に関する実質審査を一切不要とする見解には賛同できない。

事前審査が困難であることは、事前審査義務違反という過失の認定に際して考慮すべき要素の一つと言えても、それのみをもって事前審査義務自体を完全に否定するには十分ではない。インターネット上の著作権侵害におけるISPの責任に関する近時の中国の裁判例は、音楽サイトであるISPの専門性を根拠に高い予見能力を有するとして、著作権侵害となる音楽コンテンツへのリンクを削除しないのは注意義務に違反するとして、過失による共同不法行為責任を負うべきと判断しており、このような裁判例の変化は正にこのことを証明しているといえよう[207]。

また、実際に事前審査を行うには、モールに対して監視し続ける必要が生じ、コストが発生する。このコストは、事後救済義務について述べたところと同様に、自らの権利を実現しようとする商標権者だけでなく、営利目的でモールという取引の「場」を運営し、かつネットショップ等の侵害行為を直ちに阻止できる立場にあるモール等運営者にも負担させる方が公平であろう[208]。また、取引に係る情報の量が膨大ということは事実であるが、

---

204 兪一之ほか「網絡服務提供者商標幇助侵権的主観過錯認定標準」科技創新与知識産権2011年20号83頁。
205 第2章第3節参照。
206 司暁＝費蘭芳前掲注（171）・38頁。
207 第2章第3節正東レコード対ヤフー（中国）音楽ファイル検索ダウンロード事件参照。
208 林広海＝張学軍「P-P網絡服務提供者侵権責任的認定」人民司法2009年22号49頁。

その情報はモール等運営者が開発し構築したシステム上にあり、少なくともその情報を収集したり、ネットショップ等に説明を求めたりすることに困難があるとはいえない。さらに、システム上に行われる取引は、モール等運営者の収入源でもあり、情報が多い分、収入も増えるわけであるから、審査義務を軽減する理由にはならない。従って、モール等運営者には、その利益に相応する責任として、商標権者の権利を侵害し、社会的にも非難されるべき商標権侵害行為をできるだけ防止するという義務を負わせるべきといえよう。

(2)　モール等運営者の事前審査義務の内容

日本のヤフーオークション事件が示唆するように、モール等運営者の注意義務は、その時々のネット上の侵害事件を含む社会情勢、技術水準、市場の規模とモール等運営者の利益等を総合考慮して判断されるべきである。また、楽天市場事件控訴審判決が日本のインターネット・モール上の商標権侵害物品の販売が少ないことを指摘し、これを前提に商標権侵害行為に対するモール運営者の一般的な予見可能性を否定し、さらにはモール運営者の事前審査義務を否定している。実際、同事件が日本で商標権の侵害に関連してモール等運営者の責任が問われた初めてのケースである。このように、日本ではこの種の民事紛争が少ないが、その原因として、国民の法意識が比較的に高いこともさることながら、効率的な刑事摘発によるところも多いと思われる。実際、日本ではインターネット上の商標権侵害事犯の摘発が少なくなく[209]、刑事摘発によって民事紛争の発生を未然に防いだといえる一面もあろう。いずれにしても、電子モール上の商標権侵害が効果的に抑制されているという社会情勢があるとすれば、一般論として商標権侵害行為に対するモール等運営者の事前審査義務が幾分軽減してもよいと思われ、その意味において楽天市場事件控訴審判決の判旨に賛成することができる。

これに対して、ここで取り上げた中国裁判例、とりわけ権利者が10万件以上の権利侵害通知を行った「衣念社対淘宝社判決」が示しているように、中国では電子モール上において偽ブランド品販売などの商標権侵害行為がかなり広範に行われており、中国のモール等運営者の事前審査義務を論じる際に、このような社会的状況と切り離して考えるべきでは

209 警察庁生活安全局生活経済対策管理官「平成23年中における生活経済事犯の検挙状況等について」（http://www.npa.go.jp/safetylife/seikan25/h23_seikeijihan.pdf 最終アクセス：2012年11月26日）によれば、平成23年のインターネットを利用した商標権侵害事犯の検挙事件数が141件であり、そのうち126件がインターネット・オークションを利用したものである。

ないと思われる。

中国においてインターネット上の偽ブランドの販売などの商標権侵害行為が多発することは、モール等運営者などの専門業者でなくても、一般的に広く知られており、侵害事実に対する一般的、抽象的な予見可能性は十分あるといえる。さらに、個々の侵害事実に対する具体的な予見可能性については、確かに、中国の「宇宙星社対易趣社判決」において裁判所が指摘したように、ネットショップの商品価格の低さのみを根拠に、モール等運営者がこれらの商品が偽造品であることを知るべきであると推定することはできないが、例えば「衣念社対淘宝社判決」のように、幾度も商標権者から侵害の通知を受けていた場合には、商標権侵害の商品の存在に関する具体的な予見可能性も高いといえ、少なくともこのような状況において、モール等運営者は当該ネットショップへのサービス提供を停止するか、商標権者からの新たな通知を待たなくても、当該ネットショップによる商標権侵害行為がなされていないかを審査すべきであると考えられる。要するに、侵害の発生率が高ければ、モール等運営者がより高い注意を払うことが求められるし、明らかに商標権侵害と分かるケースや、そのような疑いが非常に高いケースのように、商標権侵害行為が顕著である場合において、モール等運営者が商標権侵害かどうかを自ら審査せず、その結果侵害の発生を防止できなかったときに、過失による不法行為責任ないし商標権侵害責任を負うべきであると考えられる。中国の「衣念社対淘宝社判決」の立場はこの意味において賛同することができる。

また、具体的な審査義務の内容の一例として、自身が提供するモール上の取引情報を監視し、商標権侵害行為を識別する体制を整えることが考えられよう。特に商標権侵害行為として偽ブランド品の販売が多いと思われるが、その時々の商標権侵害事件の動向に応じて、著名商標を中心に監視体制を強化することや、商標権者とあらかじめ連携できる体制を整えることもあり得よう。このような措置を取ってもすべての侵害を防止することは不可能であろうが、侵害の発生率を含む社会情勢や技術水準、さらには商標権侵害行為の顕著性などの要素を総合判断して、客観的に見て妥当とされる程度の審査体制を整備しない場合には、合理的な注意義務を果たしていないとして責任を問われても仕方がないと思われる。

第6章　キーワード検索における商標の保護と間接関与者の責任

前章では、電子商取引における商標権侵害紛争に焦点をあてて、日中両国の裁判例と学説等を比較検討し、現行法の下における法解釈のあり方を考察した。そこで取り上げた商標権侵害は、基本的に他人の商標を無許諾に商品、役務ないし広告に使用することに由来するものであり、いわばリアル空間における従来型の商標権侵害を、ネットワークのサイバー空間に移したに過ぎない、と捉えることも不可能ではない。

これに対して、インターネットのビジネス利用とIT技術の更なる発展によって、一見すると従来型の商標権侵害紛争の範疇を越えて、ネットワーク環境の特質を強く有する新たな類型の商標権侵害紛争も見られるようになった。たとえば、第4章で取り上げたドメイン名と商標権との抵触問題はその例であり、すでに日中両国において法整備等によってほぼ解決されているといえる。

しかし、ドメイン名以外にも、近時では、検索エンジンサービスを提供するISPが考案した検索連動型広告サービスなどを利用し、他人の商標を自身のサイトと関連付ける検索キーワードとして登録使用することから発生するキーワード検索等と商標権との抵触問題が生じており、日中両国において裁判に発展している。この種の紛争において、そもそも他人の商標を検索キーワードとして登録使用するという、直接行為者であるサービス利用者の行為が商標権侵害行為ないし不正競争行為となるか、またサービスを提供する間接関与者であるISPがいかなる責任を負うことになるか、といった法的問題を提起しており、現行法の下における解釈を検討する必要がある。

そこで、本章では、このようなインターネット上のキーワード検索における商標保護の問題について、直接行為者であるサービス利用者の行為の性質と、間接関与者である検索サービスを提供するISPの責任の双方に着目して、日中両国の現行法を基礎にその規律の在り方を比較検討したい。その際に、中国においてこの種の裁判例が多く報告されていることから、まずこれら中国の裁判例を取り上げ、各判決において提起された法的問題について検討した後、日本の裁判例と学説上の議論にも言及しながら、キーワード検索等と商標権との抵触及び間接関与者の責任を考察する。

第１節　キーワード検索等に関連する中国裁判例の検討

一　直接侵害行為に対するドメイン名司法解釈の類推適用―通用ネットアドレス事件

1　「通用ネットアドレス」サービスの概要

「通用ネットアドレス」（中国語原文では「通用網址」）とは、中国の政府系インターネット情報提供機関である中国インターネット情報センター（CNNIC）が2003年5月25日に開始した、中国語キーワードの入力によって特定のウェブページにアクセスするサービスである。利用者があらかじめ企業名称、製品名称、サービス名称など、自身のウェブページのURLと対応する中国語キーワードを通用ネットアドレスとして登録すれば、インターネット・ユーザはブラウザのアドレス欄に当該通用ネットワークアドレスを入力したときに、「www」や「.com」などを入力する必要がなく、直接に対応するウェブページにアクセスできるものである。

2　2005年【雅致社対園芸社判決】[210]

2001年1月に南京雅致珠宝有限公司（以下では「雅致社」という。）は訴外南京石頭記ギフト包装製品工場（以下では「石頭記工場」という。）と契約を締結し、雅致社は、石頭記工場の独占代理人として、石頭記工場の商号、ドメイン名などの無形的な財産を保護し、インターネット上の宣伝を含む宣伝することになっている。一方、広州園芸珠宝有限公司（以下では「園芸社」という。）は「石頭記」につき商標権登録を受けている。同年12月に、雅致社は中国インターネット情報センターに「石頭記」という通用ネットアドレスを申請登録した。2002年2月に、園芸社は、雅致社に対し、雅致社が「石頭記」の通用ネットアドレスを登録使用することは「園芸社」が有する「石頭記」の商標権及び中国語ドメイン名を侵害したという苦情申立書を送付したところ、雅致社は「石頭記」通用ネットアドレスの登録は合法であることの確認を求めて訴訟を起こした。これに対して、園芸社は、雅致社がかつて園芸社と長期にわたって業務関係があり、「石頭記」は園芸社が持つ商標であることを知りながら通用ネットアドレスとして登録使用することは悪意による登録であると主張し、雅致社による通用ネットアドレス登録によって、インターネット・ユーザが「石頭記」を入力すると雅致社のホームページにリンクされ、両社の業務内容が同一又は類似

---

[210] 広東省広州市中級人民法院2004年9月22日判決（2002）穂中法民四初字第189号（一審）、広東省高級人民法院2005年9月5日判決（2004）粤高法民三終字第323号（控訴審）。

であるため、誤認と混同を招き、商標権が侵害されたとして反訴を提起した。

広東省高級裁判所は、まず、あらかじめ登録したキーワードを利用して迅速にホームページを検索できる通用ネットアドレスサービスはドメイン名と技術上において差異があるものの、同じくインターネットアクセス技術であり、法律上において本質的な区別がないものとして、ドメイン名司法解釈を類推適用できるとした一審裁判所の判断を支持した。そして、石頭記工場の商号を雅致社の合法的な権利として認めることができず、雅致社は「石頭記」が園芸社の登録商標であることを知りながら商業目的で「石頭記」と同一又は類似の通用ネットアドレスを登録又は使用する行為は、意図的に園芸社の製品との誤認を招き、自社のホームページへのアクセス数を高める目的であるのは明らかであり、主観的に悪意があるとして、ドメイン名司法解釈5条2号を適用して、雅致社が園芸社の商標権を侵害したと結論付けた。

3　小括

本件の特徴は、裁判所が、判決の根拠として、ドメイン名司法解釈を参照し、そして同司法解釈 5 条 2 号の「故意」と「誤認」を基準に商標権侵害を判断した点を挙げることができる。通用ネットアドレスとして登録されたキーワードと、特定のウェブページとをリンクさせる本件のような CINIC が提供するサービスは、捜索エンジンを用いたキーワードによるウェブサイト検索に類似するサービスとして性質付けるべきか、ドメイン名に類似するサービスとして性質付けるべきか、裁判所内部においても議論があったようであるが、最終的には後者の性質であると判断され、ドメイン名司法解釈が類推適用された[211]。

二　直接侵害行為に対する商標法と不競法の適用と ISP の責任肯定―ネット実名事件

1　「ネット実名」サービスの概要

「ネット実名」（中国語原文では「網絡実名」）サービスとは、北京3721科学技術有限会社（以下では「3721社」という。）が提供する検索サービスであるが、サービス利用者が事前に自身のホームページとリンクするキーワード（例えば、自社の商標、製品、企業の名称など）を「ネット実名」として登録すれば、インターネット・ユーザが3721社のアドオンをインストールしたブラウザにある3721社の検索欄に当該キーワードを入力したときに、サービス利用者のホームページへのリンクが表示されるというものである。

---

211 唐善新＝林広海編『最新知識産権典型疑難案例判解』132頁（法律出版社2008年）参照。

2　2006年【雅潔社対3721社判決】[212]

広東雅潔五金有限公司（以下では「雅潔社」という。）は文字「雅潔」と「朗高」（以下、合わせて「本件商標」という。）の登録商標権者である。2005年に雅潔社は、3721社のアドオンがインストールされているブラウザにある3721社の検索欄に「雅潔」と「朗高」の文字をそれぞれ入力して検索すると、同文字が検索結果画面上に表示され、その文字に続いて競争相手である深圳市雅飾達五金有限公司（以下では「雅飾達社」という。）のホームページへのリンクが表示されることを発見した。雅潔社は、雅飾達社が3721社の「ネット実名」サービスに本件商標をキーワードとして登録使用する行為は商標権の侵害と不正競争行為であるとして、雅飾達社と3721社に対し、「ネット実名」サービスにおける本件商標使用行為の差止め、損害賠償と影響の除去を求めて訴えを提起した。

一審裁判所は、「ネット実名」サービスは、キーワードによるホームページを検索するサービスであるが、事前に個々のドメイン名と直結するキーワードを登録することができ、ドメイン名の性質と最も類似し、両者は技術上において差異があるものの法律上において本質的な区別がないと認定した上、商標法以外に、ドメイン名司法解釈等を類推適用できるとした。

そして、商標法52条1号に規定される商標権の侵害を判断する際に、同一又は類似する商品において商標として使用され、関連する公衆の誤認混同を生じさせたことが要件とされるところ、「ネット実名」サービスの利用者が「ネット実名」を登録する意図は、インターネット・ユーザがより容易に登録者のサイトのアクセスできるようにすることによって、サイト上の商品・サービスの情報をユーザに広く知ってもらうことであり、登録者は高いアクセス数を獲得すると同時により高い商標価値も獲得することができるため、「ネット実名」はすでにインターネット上における企業の重要な標識となっており、商業的な標識として識別機能を有するようになったと判断した。これを前提に、本件において問題となる「ネット実名」は雅潔社の登録商標と同一であるのに、そのリンク先は雅潔社と同種類の商品を提供する雅飾達社のサイトであるため、関連する公衆の誤認混同を必然的に生じさせるとして、同号にいう商標権の侵害を認定した。さらに、本件商標が著名商標であるとの雅潔社の主張に対して、これを認めなかったが、雅飾達社は、本件商標を「ネット実名」

---

[212] 広東省仏山市禅城区人民法院2006年2月22日判決（2005）仏禅法民四知字第3号（一審）、広東省仏山市中級人民法院2006年11月22日判決（2006）仏中法民三終字第5号（控訴審）。

として登録使用し、直接自社のホームページにリンクしたため、関連するユーザに両社の製品又はサービスについて誤認を生じさせたものであるとして、ドメイン名司法解釈4条の規定によっても、商標権の侵害であると認定した。

一方、共同被告として訴えられた3721社については、同社が「ネット実名」サービスを提供する際に、登録されたキーワードとサービス利用者との間の合理的な関連性を形式的に審査する義務を負うべきと判断し、同社がこのような義務を果たしたことにつき立証できなかったとして、審査義務を果たしていないとみなし3721社の連帯責任を認めた。

なお、一審裁判所は、不正競争防止法に基づく原告の主張は予備的なものであるとし、商標権の侵害が認められた以上、これを判断する必要はないとした。

これに対して控訴審は、まず普通商標の場合、商標権を侵害したかどうかは商品出所の混同をもたらしたかによって判断されるが、著名商標の場合は、商品出所の混同を侵害の判断前提とする必要はなく、著名商標を希釈化させれば、商標権の侵害行為であると判断できるとした。その上で、本件「雅潔」商標を著名商標と認定し、雅飾達社は雅潔社の同業者として「雅潔」商標が業界において高い知名度を有することを知り得るべきであるにもかかわらず、これを「ネット実名」として登録し使用する行為は「雅潔」商標の顕著性を低下させ、著名商標を希釈化させるものであり、また、雅飾達社は「雅潔」について先使用権その他登録する正当な理由がないとして、商標法52条5号の包括条項を適用して商標権の侵害であると認定した。

これに対して、本件「朗高」商標は、一定の知名度を有するものの、普通商標であり、「朗高」商標を「ネット実名」として使用されてリンクした雅飾達社のホームページでは商品の電子商取引が行われておらず、取引する場合には雅飾達社と直接交渉する必要があるため、商品出所の混同を招くことがなく、商標権の侵害を否定した。

また、3721社は、雅飾達社が著名商標である本件「雅潔」商標について合法的な権利を有することを証明できるものを提出していないにもかかわらず「ネット実名」の登録を許し、客観的に雅飾達社の侵害行為を幇助したため、その行為自体が「雅潔」商標権の侵害行為を構成するが、雅飾達社との主観的共同が立証できないとして、3721社が雅飾達社と連帯責任を負うものではなく、単独で不法行為による損害賠償責任を負うべきと判断した。

一方、一審判決と違って、控訴審は、商標法に基づき主張と不正競争防止法に基づく主張が両立し得るとして、被告らの行為の不正競争行為の該当性についても判断した。そして、雅飾達社については、正当な理由がなく本件商標をネット実名として登録使用し、そ

の行為は本件商標のグットウィルにただ乗りして雅潔社のサイトにアクセスしようとするユーザを自社サイトに誘導し、不正な利益を得ようとするものであり、不正競争防止法2条1項に規定する信義誠実の原則に反し、不正競争行為を構成すると判断した。これに対して、3721社については、雅潔社の競争相手ではなく、雅飾達社と共同意思も有しないとして、本件商標をネット実名として登録を受理した行為は不正競争行為に該当しないと判断した。

3　小括

本件は、多くの点において興味深いものであるといえる。まず、控訴審では、原告雅潔社の商標を著名商標である「雅潔」商標とそうでない普通の商標である「朗高」商標とに区別し、それぞれ異なる判断を下している点は、注目に値する。著名商標について、「ネット実名」としての登録使用がこれを希釈化したとして登録者の商標権侵害責任を認め、普通の登録商標については、雅飾達社のサイトでは電子商取引を行っておらず、誤認混同が生じていないとして商標権侵害責任を否定した。一方、正当な理由なく「ネット実名」を登録し、ユーザのアクセスを間違って誘導することを理由に、著名商標と普通の登録商標双方について不正競争行為を認定した。このような判断手法は、控訴審裁判所が明言こそしていないが、ドメイン名司法解釈及び「商標事件司法解釈」1条3号を参考にしたことは明らかであろう。

次に、本件は、直接の侵害者以外に、「ネット実名」サービスを提供するISPである3721社の責任も問われた点で特徴的である。ISPの責任について、一審では「キーワードとサービス利用者との間の合理的な関連性を形式的に審査する義務」を果たしていないとして、過失による幇助の共同不法行為責任を認めたのに対して、控訴審では、ISPが著名商標のキーワード登録について何らの審査を行わなかったことが過失であるとしながら、共同不法行為の成立については、主観説[213]を採用し、ISP と直接の侵害者の間に意思の共同がないとして、連帯責任を否定した。

三　ランキング競売事件とISPの事前審査義務の肯定

1　「ランキング競売」サービスの概要

ランキング競売とは、中国の検索エンジン最大手百度社が提供するキーワード検索関連サービスである。サービス利用者は、自身のサイトとそれを記述する文字列と、これに関

213 日本法にいう主観的関連共同説。詳しくは、本稿第2章第3節参照。

連するキーワードをあらかじめ選択し登録する。インターネット・ユーザが百度社の検索エンジンに当該キーワードを入力して検索する際に、サービス利用者のサイトへのリンクとその文字列が検索結果リストの上位に表示され、そのリンクの最後に小文字でプロモーションを意味する漢字「推広」が表示される。実際にユーザがそのリンクをクリックした際に、サービス利用者が百度社にクリック単価料金をクリック数に応じて支払うことになる。そしてクリック単価料金は百度社が決定するのではなく、サービス利用者が自らその価格を指定するのであり、複数のサービス利用者が同じキーワードを選択して登録した際に、競売のようにより高い価格を指定するサービス利用者の順でそのサイトへのリンクが検索結果リストの上位に表示されるという仕組みである。

2　2007年【北京全脳研究院対精英特社と百度社判決】[214]

北京全脳研究院（以下では「全脳研究院」という。）は「全脳」と「全脳速読QNSD」（以下では「本件商標」という。）の商標権者である。精英特社は、全脳研究院の使用許可を得ずに、文字標識「全脳」と「全脳速読」を自らのサイト（以下では「精英特サイト」という。）に使用し、サイトを「精英特全脳速読記憶網」と名づけて、速読教育などのサービスを提供していた。さらに、精英特社は、百度社が提供している「ランキング競売」サービスに「全脳速読」を精英特サイトへリンクする検索キーワードとして登録し使用した。これに対して、全脳研究院は、精英特社の行為が商標権の侵害と不正競争行為に該当すると主張し、そして百度社が全脳研究院の同業者である精英特社に「全脳速読」の検索キーワード登録を認め、「ランキング競売」サービスを提供することによって、同社による侵害結果を拡大させたと主張して、両社を相手に本件商標についての使用行為の差止め、影響の除去及び連帯責任による損害賠償を求めて提訴した。

これに対して、精英特社は、「全脳」が商品の一般名称であり、精英特社がこれを記述的に使用したのみであり、商標法実施条例49条にいう商標の合理的な使用に該当するとして商標権侵害の責任を否認した。一方、百度社は、「ランキング競売」サービスにおける検索キーワードとしての使用は技術面の使用であり、商標として使用しているとはいえず、全脳研究院と精英特社との間の誤認を招くことはないと主張し、さらに、「ランキング競売」サービスは広告サービスではないとして、広告審査義務を否定した。

裁判所は、「全脳」と「全脳速読」の意味、精英特社の本件商標についての使用性質、及

---

214 北京市海淀区人民法院2007年12月7日判決（2007）海民初字第7134号。

び全脳研究院の使用状況という3つの点に分けて分析した。

まず、「全脳」と「全脳速読」の記述及び概念は、全脳研究院の独創的なものではなく、全脳研究院によって商標登録される前に、既に特定な意味を持ち、一般的に認識又は使用されている。全脳研究院が商標として登録しても、「全脳」と「全脳速読」が持つ本来の意味が失われることはなく、したがって、他人が自らの商品やサービスについて説明又は描写としての正当使用を排除することができないとした。

次に、「全脳」と「全脳速読」に対する精英特社サイト上の使用は、単独又は顕著な方法による使用ではなく、これらの文字列自体の意味を利用して自らのサイト、商品又はサービスの内容及び特徴を説明又は描写したにすぎず、商品又はサービス提供者を区別する機能を有しないため、関連ユーザに混同または誤認をもたらすことはなく、当該文字列に含まれる本来の意味範囲内での正当な使用であると判断した。また、精英特社が「全脳速読」を検索キーワードとして使用することは、自社のサイト、商品及びサービスに説明を加える描写的な使用といえ、精英特サイトには「精英特」という文字が表示されており、全脳研究院との出所混同又は誤認のおそれを回避することができるため、精英特社が「全脳速読」を検索キーワードとして使用することは、同じく「全脳速読」に含まれる本来の意味範囲内での正当使用といえるとして、商標権の侵害を否定した。

そして、全脳研究院は、商標を登録したにもかかわらず、本件商標についていかなる宣伝又はキャンペン活動を行わず、自社の経営努力と使用によって、一般公衆が本件商標を見たときに直ちに全脳研究院の商品及びサービスを想起させるほどの顕著性を獲得していないため、精英特社の上記使用行為は出所の混同と誤認を招く結果につながらないとして、法律によって禁止すべき行為ではないとした

不正競争行為について、裁判所は、全脳研究院と精英特社とは同類の商品又はサービスを提供しているため、競争関係にあると認めたものの、前述したとおり、精英特社による「全脳」と「全脳速読」についての使用は、自社商品又はサービスを説明するための描写的な使用であり、これらは企業名称又は企業名称と類似する名称として使用されたことがなく、かつ、精英特社サイト又は販売したソフトに自社の名称を顕著な位置で表示し、ユーザが両社の商品又はサービスの出所を明確に判断ができ、誤認を招く可能性がないとして不正競争行為も否定した。

また、百度社について、裁判所は、まず、百度社が「ランキング競売」サービスを提供

する際に、検索キーワードと企業の関連性について一定の審査基準を設けており[215]、また、精英特社が本件商標を検索キーワードとして使用する行為は法律に違反していないため、百度社が「ランキング競売」サービスを精英特社に提供することも違法行為ではないとして、商標権侵害及び不正競争行為の責任を否定した。

3　2008年【上海大衆搬場物流対百度社判決】[216]

原告大衆交通社は文字商標「大衆」の商標権者であり、原告上海大衆搬場物流有限公司（以下では「大衆搬場社」という。）は当該商標の使用許諾を受けた被許諾者である。2007年、両原告は、百度サイトの検索エンジンに「上海大衆搬場物流有限公司」、「上海大衆」等のキーワード（以下では「本件キーワード」という。）を入力すると、画面上に多くの「大衆搬場」と表示されるリンクが現れ、これらはいずれもランキング競売サービスを利用し、さらに、リンク先のサイトはいずれも大衆搬場と無関係の同業者のホームページであることを発見した。そこで、両原告は、「ランキング競売」サービスはインターネット上の広告サービスであり、百度社が無断で原告の登録商標をこのような広告サービスで使用する行為は、商標法52条1号にいう商標権侵害行為、及び不正競争防止法9条[217]にいう虚偽広告の不正競争行為に該当するとして、使用の差止め、影響の除去と損害賠償を求めて、百度本社と上海地域において「ランキング競売」サービスを提供する百度上海子会社を相手に訴訟を提起した。これに対して、百度社は、「ランキング競売」サービスが本質的に検索エンジンサービスであり、直接にいかなる情報も提供せず、リンクされた第三者サイトの内容を審査ないしコントロールすることはできないし、キーワードの入力及びキーワードが対応するサイトを制限することもできないこと、同サービスと従来の検索エンジンサービスとの区別は、単にサービス利用者のサイトを検索結果において優先的に表示したにすぎないことを主張した。さらに、本件キーワードが原告らの登録商標に抵触することを事前に知り得ず、事後的には訴状を受けて既に本件キーワードと第三者サイトとのリンクを切断したため、検索エンジンISPとしての義務を果たしたと主張した。

---

215 百度の「ランキング競売」サービス登録サイトでは、キーワードと登録者のサイト、商品あるいはサービスとの間に直接的な関係が存在すること、すなわち、当該サイトにおいて当該キーワードを記述的に使用すること、さらに、検索キーワードとして同業者の商標を使用する場合には当該キーワードの登録が拒絶される可能性があることを明記していた。

216 上海市第二中級人民法院2008年6月24日判決（2007）二中民五（知）沪初字第147号。

217 前出注（110）参照。

裁判所は、まず、商標権の侵害について、「ランキング競売」サービスに本件キーワードを登録使用した第三者らは、本件キーワードの文字を自身のサイトにおいても顕著な方法で表示し、顧客に誤認を生じさせたとして、商標事件司法解釈1条1号にいう商標権侵害行為であると認定した。一方、百度社が提供する検索結果に本件キーワードが表示されるが、これは検索エンジンの機能を実現する際に当然必要なことであり、商標の使用行為に該当せず、また「ランキング競売」サービスは確かに検索結果の表示順序を改変しているが、百度社が故意に第三者らの侵害行為に便利を提供していることを立証できないとして、商標法実施条例50条2号にいう商標権侵害行為に該当しないとして、百度社が直接的に商標権を侵害していないと判断した。

しかし、裁判所は続いて、従来の検索エンジンを利用して自動に生成した検索結果と比べて、「ランキング競売」サービスは有料であり、「ランキング競売」サービスを受けようとする利用者はあらかじめ選定したキーワードを提出することになっており、サービス提供者として百度社は「ランキング競売」に使用されたキーワードの合法性を審査する義務と能力があり、利用者が選定したキーワードが他人の権利を侵害するおそれが明らかに存在する場合には、さらに会社登録などの証明資料を提出させるなどして審査しなければ百度社に過失があると推定されると判示した。

そして、大衆搬場社が上海において著名な企業であり、被告の一人である百度上海子会社はこの事実を知り得るべきであり、複数の第三者がこれをキーワードとして登録している事実からすれば、権利侵害のおそれが明らかであるといえるところ、百度社は社会公益にかかわる最小限のキーワード・フィルタリングしか行っておらず、それ以外の審査措置を一切取らず、合理的な審査義務を果たしていないとして、過失があるというべきであり、客観的に第三者らによる商標権の侵害を幇助する共同不法行為が成立し、第三者らと連帯責任を負うものと判断した。

また、裁判所は、不正競争行為の該当性に関して、検索結果の順序を改変する「ランキング競売」サービスは、利用者サイト上の情報を直接に提供しておらず、検索結果画面上も利用者の商品ないし役務を紹介していないため、広告とは認められないとして、百度社のサービス提供行為自体が虚偽な広告という不正競争行為に該当しないと判断した。しかし、商標権侵害を幇助したと同じ論理で、合理的な注意を怠った過失により第三者の不正競争行為を客観的に幇助した共同不法行為の成立を認め、第三者らと連帯責任を負うものと判断した。

結論として、百度社が既にリンクを切断したため差止めは認めず、謝罪声明の掲載と損害賠償の支払を命じた。

4　2011年【美麗漂漂対百度社判決】[218]

美麗漂漂電子商取引有限公司（以下では「美麗漂漂社」という。）は、「美麗漂漂.com」（以下では「本件商標」という。）の商標権者である訴外Aから独占的使用権の許諾を受けた者である。2011年に美麗漂漂社は、百度サイトの検索エンジンに「美麗漂漂」を入力して検索すると、検索結果リストのトップに「美麗漂漂－薄荷トレンドオフィシャルサイト」の中国語表記によるリンク名称が表示され、またそのサイトを紹介する文字列にも「美麗漂漂」というキーワードが使用されていることを発見した。同リンクをクリックすると、同業者である薄荷トレンド電子商取引有限公司（以下では「薄荷社」という。）のホームページが開かれることになっている。なお、同サイトには「美麗漂漂」というキーワードが使用されていない。

そこで、美麗漂漂社は「美麗漂漂」を百度社の「ランキング競売」サービスのキーワードとして登録し使用する薄荷社の行為を、商標権侵害行為および不正競争行為に該当するとして、また同キーワードを「ランキング競売」サービスの検索キーワードとして提供する百度社の行為は共同不法行為であるとして、使用の差止め、影響の除去と損害賠償を求めて、薄荷社と百度社を相手に訴訟を提起した。

裁判所はまず、美麗漂漂社と競争関係にある薄荷社が、美麗漂漂社の存在を知りながら「美麗漂漂」を「ランキング競売」サービスのキーワードとして登録使用し、かつリンク名称とリンク紹介文に「美麗漂漂」を使用する行為は、検索結果を見た関連公衆にリンク先の薄荷社サイトと美麗漂漂社との間に特定の関連があると誤認させ、両社の経営活動に関して混同と誤認を生じさせ、美麗漂漂社に帰属すべき市場注目度と取引の機会を奪うものであり、「登録商標権者の許諾を受けずに、同一又は類似の商品に登録商標と同一又は類似する商標を使用する」という商標法52条1号の商標権侵害行為に該当すると判断した。

つぎに、百度社の行為については、「ランキング競売」サービスを提供すること以外に、薄荷社のためにキーワードを選択、推薦することや、薄荷社を教唆、幇助する行為はしていないと判断した。また、ISPが負担すべき注意義務について、高い知名度を有する商標等のキーワードについて自発的に審査して排除することを除き、サービス利用者が選択使用

[218] 北京市海淀区人民法院2011年9月20日判決（2011）海民初字第10473号。

するキーワードを全面的かつ自発的に事前審査する義務はないという一般論を述べたうえ、本件商標は設定登録を受けてから薄荷社によるキーワード登録まで約1年しか経過しておらず、その時点において同商標は高い知名度を有するとは認められないとして、百度社には事前に権利者以外の利用者に対し当該キーワードの登録使用を禁止する義務がなく、かつ百度社は薄荷社による侵害行為を知りながら「ランキング競売」サービスを提供し続ける事実はないため、百度社の故意過失を否定し、薄荷社との共同不法行為責任が成立しないと判断した。

結論として、裁判所は薄荷社がすでに「美麗漂漂」というキーワードの使用を中止したとして、差止請求は認めず、薄荷社に対して謝罪広告という方法での影響の除去と損害賠償を認めた。

5　小括

ここで取り上げた百度社の「ランキング競売」サービスをめぐる3件の訴訟では、正反対の判決が出された。

まず、「北京全脳研究院対精英特社と百度社判決」では、裁判所は、原告商標における「全脳」と「全脳速読」という表現は、それ自体意味を有し、一般的にも使われ、そして直接のサービス利用者の行為が、その具体的な態様を見れば、これらの一般名称を正当に使用したにすぎず、混同誤認を回避する措置も取ったとして商標の正当な使用に該当すると判断し、商標権侵害ないし不正競争行為を否定した。

これに対して、「上海大衆搬場物流対百度社判決」と【美麗漂漂対百度社判決】はいずれも、直接のサービス利用者の行為が商標権侵害行為であると判断した。3件の中で唯一ISPである百度社が直接に商標権を侵害しているか否かが争われた「上海大衆搬場物流対百度社判決」では、裁判所はこの点を否定し、リンク先のサービス利用者のサイト上において原告商標が顕著な方法で表示されたことが誤認を招いたとして、あくまで商標権の侵害行為を行ったのはサービス利用者であると判断した。また、リンク先のサービス利用者のサイト上において原告商標が表示されていなかった「美麗漂漂対百度社判決」では、検索結果にあるリンク名称とリンク紹介文に原告商標を使用する行為が混同誤認を招いたとして、商標権侵害を認めた。

つぎに、百度社の共同不法行為責任について、「北京全脳研究院対精英特社と百度社判決」では、裁判所は利用者のキーワード登録に関する百度社自身の審査基準に言及し、審査義

務を有することを示唆しながら、その具体的な義務内容に触れず、結局、直接の侵害がないとして、百度社の共同不法行為責任も否定した。これに対して、「上海大衆搬場物流対百度社判決」において、裁判所は「ランキング競売」サービスが広告には該当しないと判断したが、検索結果の順序を有料で操作改変しているとして、同サービスと通常の検索サービスと区別し、サービスを提供する百度社には検索キーワードの使用上の合法性を事前に審査することを内容とする合理的な審査義務があり、著名商標を複数の利用者がキーワード登録するなど明らかに他人の権利を侵害するおそれがある場合にはさらに審査義務が加重されると判示した。「美麗漂漂対百度社判決」は「上海大衆搬場物流対百度社判決」ほど踏み込んでいないが、高い知名度を有する商標等のキーワードについて、ISPには自発的に審査して排除することを内容とする注意義務があるとした点は同様である。このように著名商標・知名度の高い商標と普通の商標と区別して、前者のキーワード登録に関してISPに事前審査義務といえる高い注意義務を課す方法は、ドメイン名関連の中国法規定[219]と発想を共通にしているといえよう。

なお、「雅潔社対 3721 社判決」では、裁判所は共同不法行為の成立について主観説を採用したのに対して、「上海大衆搬場物流対百度社判決」では客観説[220]が採用され、より広く共同不法行為の成立を認めていることがいえる[221]。

四　AdWords 事件と ISP の事前審査義務の肯定

1　「AdWords」サービスの概要

AdWordsとは、Google社が提供している検索連動型広告サービスである。サービス利用者は、掲載したい広告と、その広告に関連のあるキーワードとクリック単価をあらかじめ選択登録し、インターネット・ユーザがそのキーワードで検索すると、検索結果画面の右側のスポンサー欄に広告主のサイトへのリンクとWeb広告が掲載され、ユーザのクリック回数に応じて課金額が決定される仕組みである。検索結果画面における掲載位置以外に、百度社の「ランキング競売」サービスとの違いは、サイトでの掲載順位は、広告主によって設定されたクリック単価だけではなく、広告ページとキーワードの関連性など「広告の品

219 第 4 章第 1 節二参照。
220 日本法にいう客観的関連共同説に相当する。第2章第3節参照。
221 新しい「権利侵害責任法」36 条の下において、ISP が連帯責任を負うこととなるために、直接の侵害者の行為との共同性が特に要求されていないことについて、第 2 章第 3 節五参照。

質」を含めて総合的に決定されるとされている点である。

2　2009年【台山港益電器対Google判決】[222]

広州台山港益電器有限公司（以下では「港益社」という。）は「緑島風」（以下では「本件商標」という。）の商標権者である訴外奥達公司から独占的使用権の許諾を受けた者である。2007年に港益社は、Google（中国）（以下では「Google中国」という。）の検索エンジンに「緑島風」というキーワードを入力すると、検索結果の右上のスポンサー・リンク欄に「緑島風—第三電器工場」というリンクが現れ、これをクリックすれば競争相手である第三電器工場（以下では「第三電器社」という。）のホームページが開かれることを発見した。なお、第三電器のホームページには「緑島風」という文字が表示されていなかった。そこで、港益社は、第三電器社がGoogleの「AdWords」サービスに緑島風をキーワードとして使用する行為は商標権の侵害行為であるとして、第三電器社とGoogle中国に対し「AdWords」サービスにおける本件商標の使用行為の差止め、影響の除去と損害賠償を求めて訴えを提起した。

一審裁判所はまず、第三電器社が「緑島風」を検索キーワードとして選定し、「緑島風—第三電器工場」という形式で検索結果に表示させる行為の性質について判断した。裁判所は、Google中国が提供した「AdWords」サービスは、伝統的な形式の広告とは異なるものの、サービス利用者のサイトへのリンクをインターネット・ユーザに提供しその情報を広く知らしめる効果があるため、広告法2条にいう特定の媒体を介した広告行為であると認定した。そのうえ、他人の商標を広告宣伝に使用することも商標の使用行為に含まれると定めた商標法実施条例3条[223]を根拠に、第三電器社の上記行為が商標の使用行為に該当すると判断した。

そして、第三電器社が「緑島風」を検索キーワードとして使用することには「ただ乗り」の目的があることは明らかであり、検索結果に「緑島風—第三電器工場」という両者を結び付けるような広告を表示させる狙いは、インターネット・ユーザに「緑島風」という商標の出所を誤認混同させることであり、商標を広告に使用する行為に該当するとして、商

222 広州市百雲区人民法院2008年5月24日判決（2008）雲法民三初字第3号（一審）、広州市中級人民法院2009年11月判決（2008）穂中法民三終字第119号（控訴審）。

223 3条：「商標法及び本条例にいう商標の使用とは、商標を商品、商品の包装又は容器及び商品取引書に用い、若しくは商標を広告宣伝、展示及びその他の商業活動に用いることをいう。」（筆者試訳）

標法52条5号の包括条項を適用して第三電器社による商標権の侵害を認めた。

一方、Google中国については、第三電器社が「AdWords」サービスに登録した情報を編集管理する能力はなく、当該情報の合法性について監督義務を有しないと判示した。さらに、Google中国は訴訟中において既に第三電器社へのキーワード広告サービス提供を停止したため、Google中国の共同不法行為責任を否定した。

これに対して、控訴審は同じく「AdWords」を広告サービスと認定したが、Google中国に審査義務があるか否かという争点について、原審と異なる判断を行った。裁判所は、まず、広告経営者に審査義務を課した広告法27条に基づき、Google中国に審査義務があると判断し、審査義務を課すことによってIT技術とサービスの発展が阻害されるというGoogle中国の主張が法規定を逸脱する理由にならないとしてこれを退けた。結果的に、第三電器社とGoogle中国の共同不法行為責任を認め、両者が原告港益社に連帯して損害賠償を支払うべきとして原審判決を変更した。

3　小括

本件も、サービス利用者だけでなく、サービス提供者であるISP（Google）も被告として訴えられている。「上海大衆搬場物流対百度社判決」と「美麗漂漂対百度社判決」と同様に、裁判所はサービス利用者の行為が商標権侵害行為であると認定したが、サービス利用者のキーワード使用形態がそれぞれ異なり、裁判所が商標権侵害と認めるために適用した根拠条文が異なる。

まず、「上海大衆搬場物流対百度社判決」において、百度社のサービスが広告サービスであるとの原告の主張に対して、裁判所はあくまで検索サービスであると判断したが、本件においては、裁判所はGoogleのサービスは広告サービスであると認定した[224]。そして、「上海大衆搬場物流対百度社判決」ではリンク先のサイトに原告の商標が表示されており、裁判所はその行為を商標事件司法解釈1条1号にいう「他人の登録商標と同一又は類似する文字を企業名称とし、関係公衆に誤認を生じさせる可能性があるもの」に該当すると判断した。これに対して、「美麗漂漂対百度社判決」と本件では、サービス利用者のサイトに原告の商標が表示されておらず、「美麗漂漂対百度社判決」は「美麗漂漂－薄荷トレンドオフィシャルサイト」というリンク名称と同リンクの紹介文に他人の商標を使用する行為が、リ

224 これには、Google自身がこのサービスが広告サービスと認めている点も関係していると考えられる。

ンク先のサイトと商標権者等と誤認混同を招くものであるとして、商標法52条1号にいう「登録商標権者の許諾を受けずに、同一又は類似の商品に登録商標と同一又は類似する商標を使用すること」に該当すると判断した。本件では、広告における使用も商標の使用行為に含まれるとした上、「緑島風—第三電器工場」という他人の商標と自社を関連付けるような広告の表示方式が誤認混同を招くものであるとして、「他人の登録商標専用権にその他の損害を与えること」を商標権の侵害と定めた商標法52条5号の包括条項を適用した。

ISPとして侵害に間接的に関与する百度社及びGoogleの責任について、「上海大衆搬場物流対百度社判決」と「美麗漂漂対百度社判決」では、裁判所は百度社に不法行為法上の事前審査義務を課しているのに対して、本件控訴審ではより端的に広告経営者であるGoogleに広告法上の審査義務を課したのである。

五　中国裁判例の整理と検討

1　他人の商標を検索キーワードとして自社と関連付ける行為の性質

(1)　ISPが提供するサービスの性質と裁判例における法の適用

検索エンジンなどを運営するISPは、より高い付加価値をもたらすビジネスモデルを開発し続けてきた。以上で取り上げた中国の裁判例における各ISPが提供するこれらのサービスはいずれも、インターネット上における膨大な量の情報から、自社の商品・役務に関する情報ないし自社のサイトを突出させ、特定キーワードに関心を持つインターネット・ユーザに優先的に提示しようとする事業者たちの需要に着目したものであり、本質的に大差が無いように思われる。過去のビジネスモデルである「通用ネットアドレス」と「ネット実名」は、キーワードと情報ないしリンクを一対一の関係に置き、その意味で従来のドメイン名に近似するものであるように考えられるが、より最近のサービスである「ランキング競売」と「Adwords」は、キーワードと情報ないしリンクを一対多数の関係に置くものであり、ビジネスモデルという意味においては、従来のサービスよりも高度で洗練されたものといえる。しかし、技術的には、これらのサービスはいずれもサービス利用者による事前の検索キーワード登録に基づくものであり、技術自体が飛躍的に進歩したようには思われない。

これらのサービスに関連する各裁判例は、正当使用が認められた「北京全脳研究院対精英特社と百度社判決」を除けば、具体的な条文の適用に関して差異が見られるものの、すべてサービス利用者の行為を商標権侵害ないし不正競争行為と判断した。「通用ネットアド

レス」と「ネット実名」については、ドメイン名司法解釈を類推適用ないし参考にしながら、利用者の行為について、前者ではドメイン名司法解釈5条2号を、後者では商標法の包括条項と不正競争防止法の一般条項をそれぞれ適用した。また、「ランキング競売」と「Adwords」については、当該サービスを広告と見るかどうかに関する裁判所の判断が分かれたが、広告と見ない「上海大衆搬場物流対百度社判決」と「美麗漂漂対百度社判決」では、商標事件司法解釈1条1号と商標法52条1号を、広告と見る「台山港益電器対Google判決」では商標法の包括条項をそれぞれ適用した。

(2) 「商標的使用」をめぐる学説上の議論

裁判例の立場に対して、過去のビジネスモデルである「通用ネットアドレス」と「ネット実名」はともかく、学説は、とりわけ現在も利用されている「ランキング競売」と「Adwords」に関して、商標を検索キーワードとして購入し使用することが商標権侵害行為といえるかについて議論が分かれている。議論の核心は、検索キーワードとして使用することが果たして「商標的使用」に該当するか、という点にある。

第4章第1節にも触れたように、中国法では9つの侵害行為を具体的に列挙し、そのいずれかの類型に該当する行為であれば、ほぼ機械的に侵害と判断される。これらの類型は従来型の商標権侵害を念頭に置いたため、これまでの紛争では「商標的使用」が当然の前提として、特に判断する必要が余りなかった。しかし、本章で取り上げたインターネット上の新型の商標権侵害紛争に関する中国の裁判例は、最初の「雅致社対園芸社判決」を除き、いずれも何らかの形で「商標的使用」が検討されており、これまでの列挙規定をもって新型の紛争に当てはめていくことは、必ずしも容易ではなくなったことを示している。

学説では、他人の商標を検索キーワードとして使用するとしても「商標的使用」に該当し得ないとする立場[225]と、商品に直接利用しないとしても商標を宣伝する媒介に使用した以上、「商標的使用」と見るべきとする立場[226]がある。しかし、こういった議論はこれまでの裁判例に直結するものではないと考えられる。というのは、「上海大衆搬場物流対百度社判決」では、リンク先のサービス利用者のサイト上でも商標を使用しており、「美麗漂漂対百度社判決」と「台山港益電器対Google判決」では、「商標－サービス利用者の社名」という形でリンク名称ないし広告が表示されているため、「商標的使用」が認められることにさ

225 鄧宏光＝易健雄「競価排名的関鍵詞何以侵害商標権」電子知識産権2008年8号57頁。
226 黄武双「捜索引擎服務商商標侵害責任的法理基礎」知識産権18巻5号55頁。

ほど困難ではなく、商標権侵害行為であると判断した結論はいずれも賛同できると考えられるからである。

問題は、仮に商標をサービス利用者のサイト上やリンクを紹介する文字列若しくは広告に全く使用せず、単にサービス利用者のサイトへのリンクを、検索結果リストの上位（ランキング競売の場合）若しくは検索結果画面のスポンサー欄（Adwordsの場合）に表示するようなケースでは、果たして「商標的使用」といえるか、さらには商標権侵害行為ないし不正競争行為と判断できるか、である。中国において、このような形態の行為が問題になった裁判例は未だ見当たらないが、学説では否定説と肯定説がそれぞれ主張されている。

他人の商標を単純に検索キーワードとして利用しても、「商標的使用」に該当せず、よって商標権を侵害しえないとする否定説は、その根拠として、このような利用は単に商標を一種の社会的コミュニケーションの道具として使用しているに過ぎず[227]、またサービス利用者のサイトへのリンクは、ほかの多数のリンクとともに検索結果に表示されるため、商標の機能を損ねることはないと主張する[228]。

これに対して、サービス利用者のサイトへのリンクが検索結果の上部に表示されるだけで、ユーザの誤認混同を引き起こす可能性があるとして「商標的使用」を認める肯定説[229]があるほか、米国法における「initial interest confusion」法理[230]を参考に、商標に対する保護範囲を商品・商標権者の信用に拡大すべきと唱え、誤認混同がなく、商標の出所表示機能を損ねないとしても、商標に蓄積された商品・商標権者の信用を侵害する行為は、「商標的使用」であり、商標権を侵害する行為であると主張する見解もある[231]。

(3) 私見

このような「商標的使用」の該当性をめぐる学説の議論は、理論的には有益かもしれないが、否定説に対して著名商標の希釈化を商標権の侵害行為と定める中国商標法制度の特徴を見落としていると批判することができ、また肯定説に対して実態と離れてあまりに広

227 鄧宏光＝易健雄「競価排名的関鍵詞何以侵害商標権」電子知識産権2008年8号57頁参照。
228 林婉琼「関鍵詞広告商標侵権問題初探」科技与法律 88 巻 6 号 83 頁参照。
229 楊安進＝安微「網絡捜索関鍵詞的商標合理使用問題研究」科技創新与知識産権 2011 年 15 号 60 頁。
230 同法理に関して、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」(財)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) 21頁以下が詳しい。
231 黄武双＝李進付「従售中『混淆』到『初始利益』」中華商標2007年10号46頁、黄武双前掲注 (226)・55頁。

く誤認混同を捉えているか、現行法の解釈の域を超えて外国法の法理を持ち込むものであると批判することができる。

私見としては、他人の商標をキーワード検索に関してISPが提供するサービスのキーワードとして登録使用する行為について、立法上具体的な商標権侵害行為と不正競争行為の類型化がかなり進んだ現行中国法の解釈を以下のように敷衍すれば、必ずしも「商標的使用」の概念を用いる必要はないように思われる。

まず、商標法上の解釈に関して、中国法は、商標事件司法解釈1条2号において、著名商標に対する侵害行為に関する列挙規定を定め、普通商標に対する侵害行為に関して同条1号に定める要件である「関係公衆（需要者）の誤認」ではなく、より広い概念である「一般公衆の誤解」を要件に、非類似商品における同一又は類似する商標の使用を商標権侵害行為としている[232]。また、商標法並びに著名商標の保護に関する別の最高裁司法解釈においても、著名商標を希釈化、汚染、ただ乗りするような商標の使用行為を禁止すると規定している[233]。つまり、著名商標の保護について、中国商標法は誤認混同要件を課さず、著名商標の希釈化、汚染、ただ乗りする行為を商標の侵害として禁止しているのである。

中国のインターネット・ユーザのネット使用習慣に関するあるアンケートによれば、65%～70%のユーザは、検索結果リストの上位10位までのリンクを選択し、また順位がより上位に位置するリンクにアクセスする傾向があるとされている[234]。これは上位のリンクであるほど、そのリンク先のサイトと検索キーワードとの関連性が高いとユーザが捉えたからであろう。そうすると、他人の著名商標を検索キーワードとして登録し使用する場合に、サービス利用者のサイト、サイトを紹介する文字列若しくは広告に当該商標が表示されないとしても、その使用はユーザにサービス利用者のサイトと著名商標と何らかの関係があると誤解させ、著名商標をただ乗りする行為として、商標権を侵害すると判断することができるといえよう[235]。これに対して、普通商標の保護については、「需要者の誤認」が要件とされるところ、当該商標が表示されないケースにおいては、通常誤認までは生じにくいと思われるので、商標権侵害行為とすべきではないだろう。

次に、不正競争防止法上の解釈について考える。百度社の「ランキング競売」サービス

---

232 第4章第1節、第3節参照。
233 第4章第3節参照。
234 林華「商標遭遇関鍵詞劫持」中華商標2005年3号14頁参照。
235 魯敏「網絡関鍵字広告商標侵権之探討」中華商標2005年4号49頁、姚芳「網絡上的捜索引擎商標侵権」科技経済市場2007年3号46頁参照。

の性質について、「上海大衆搬場物流対百度社判決」では、裁判所は百度社がサービス利用者のサイト上の情報を直接に提供しておらず、検索結果画面上にも利用者の商品ないし役務を紹介していないとして、広告に該当しないと判断した。しかし、同サービスは、日本では検索連動型広告と呼ばれるサービスの部類に属すると思われ、また、中国広告法2条によれば、広告とは、費用を負担して一定の媒介と形式を通じて直接的あるいは間接的に自らの商品又はサービスを紹介することを指すものであり、これを参考にして検討すれば、ランキング競売サービスは、検索結果を操作する有料サービスであり、キーワードに関心を持つインターネット・ユーザ層にサービス利用者のサイトを宣伝し、サイトを紹介する文字列も検索結果画面に表示される以上、百度社自身の定義とは関係なく、客観的にこれを広告と判断すべきであろう[236]。

つまり、「ランキング競売」も「Adwords」も広告と性質決定すべきであるところ、中国不正競争防止法9条は、広告又はその他の方法を用いて「取引の相手方の誤解」を招く虚偽の宣伝を、不正競争行為と定めており、同条にいう虚偽の宣伝とは、経営者が市場取引において広告又は他の方法を通じて、商品又は役務の品質、性能、用途、生産者、有効期限、産地等の事実と不一致な情報を公開し、取引の相手方に誤解を生じさせ又は生じさせる可能性がある行為を指すものと解されている[237]。そうすると、他人の商標を「ランキング競売」や「Adwords」のような検索連動型広告サービスの検索キーワードとして購入し使用する行為が、たとえ商標が検索結果画面上に表示されないとしても、その具体的なサービス形態から見て、「出所の誤認」がなくても、より広い意味での「取引の相手方の誤解」を招く虚偽の宣伝と判断し得る場合には、不正競争行為と解する余地があろう。

上述したネット使用習慣に関するアンケートの結果を前提に考えれば、「Adwords」のように広告を、検索結果リストとは別に、画面の右側に設けられたスポンサー欄に表示する場合には、広告内容に商標が表示されないのであれば、潜在的な取引の相手方であるインターネット・ユーザの誤解を招く可能性が低いといえるかもしれない。しかし、「ランキング競売」のように広告を検索結果リストの最上位に表示し、しかもこれを広告と示すのは、リンク末尾の「推広（プロモーション）」という小文字表記のみであるというサービス形態は、一般的なインターネット・ユーザにとって、商標が標識する商品又は役務の生産者（役

---

236 林婉琼前掲注（228）85頁、張安琪「競価排名基本問題研究」科技創新与知識産権2011年13号26頁参照。
237 第4章第1節一参照。

務の提供者）が広告主と何らかの関係があるという誤解を招くおそれがあると考えられ[238]、また、実質的にも商標のグッドウィルに便乗する行為であるといえるから、虚偽宣伝の不正競争行為に該当する可能性が高いというべきではないだろうか。

2　検索キーワード関連サービスを提供するISPの行為の性質と責任

取り上げた中国の裁判例において、検索キーワード関連サービスを提供し、他人の商標を検索キーワードとして販売するISPの行為を、直接の商標権侵害行為ないし不正競争行為と判断するものはなく、また、学説においてもそのような立場はほとんど見られない。裁判例は、ISPの責任に関して、サービス利用者の商標権侵害ないし不正競争行為に対する過失による幇助の共同不法行為責任の成否問題としてとらえる立場を採用している。ISPは、商標権者の競争相手ではなく、商標のグッドウィルにただ乗りすることは通常考えられず、また、検索キーワードの販売行為のみをもって、著名商標を希釈化することも断言できないので、無理に商標権侵害行為ないし不正競争行為として構成するよりも、過失による幇助の成否問題、すなわちサービス利用者による検索キーワードの購入と使用に対する合理的な注意義務に違反したかどうかとしてとらえる方が、自然というべきであろう[239]。このような立場は、インターネット上の著作権侵害に関するISPの責任[240]や、ネットショップ等の商標権侵害に関するモール等運営者の責任に関する一連の裁判例[241]にも一致するのであり、学説もこれを支持している[242]。

---

238 張安琪前掲注（236）・24頁。

239 なお、Google Adwords サービスに関連して、フランス破棄院から先行判決を求められた商標権者と Google フランス社との事件で、欧州司法裁判所 2010 年 3 月 23 日判決は、Google による Adwords サービスの提供自体が、欧州商標指令上の商標権侵害を構成するものではないと判断したが、Google がサービス利用者の商標権侵害行為に寄与した場合に、その責任は各加盟国の国内法によって判断されるべきとも述べている。
（http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=EN&Submit=rechercher&numaff=C-236/08、最終アクセス：2012 年 11 月 26 日）。

240 第 2 章第 3 節参照。

241 第 5 章第 1 節参照。

242 黄武双前掲注（226）・55頁。

第２節　日本法上の議論と検討

第4章第2節で述べたように、日本商標法上、インターネット上のある行為が商標権侵害行為とされるためには、2条3項2号、7号、8号に定義された商標の使用行為のいずれかに形式的に該当するだけではなく、当該行為が出所識別機能を有する「商標的使用」であって、出所混同をもたらす行為でなければならない。

そこで、学説は、個々のインターネット上における商標の具体的な使用形態を取り上げ、それぞれが、商標法2条3項2号、7号、8号を適用する上で必要な「視認性」要件を満たし、かつ「商標的使用」といえるか、について議論してきた。以下では、まず学説と裁判例の状況を整理した上、若干の私見を述べたい。

一　他人の商標をメタタグに使用する行為

メタタグにおける商標の使用に関する従来の議論は、基本的に、メタタグに他人の商標をキーワードとして書き込むことによって、当該キーワードを用いた検索エンジンでの検索結果リストに、自分のサイトへのリンクをより上位に表示させる場面を想定していた（いわゆるキーワード・メタタグ）[243]。そこでは、ユーザが通常の方法ではメタタグにあるキーワードを視認できないとして、「商標の使用」の定義に該当しないという見解[244]と、メタタグは目的のサイトにおいて「表示」、「ソース」の順にクリックすると視認でき、検索エンジンを通じて視認できているといえなくもないとして、視認性を問題視しないという見解が示されていた[245]。

その後、メタタグにおいて他人の商標を記述する行為が、商標権を侵害すると判示した裁判例（「中古車の110番」事件[246]）が現れた。しかし、この事件は、原告商標権者と競争関係にある被告は、原告商標と類似する文字列を、メタタグに記載し、この記載により、検索サイトmsnサーチにおいて、上記文字列を被告サイトのトップページの説明として表示されたケースである（いわゆる記述メタタグ）。裁判所も、インターネットの検索サイトに

---

243 佐藤恵太【判批】中央ロー・ジャーナル4巻1号117頁注1参照。

244 特許庁総務部総務課制度改正審議室編『平成14年改正産業財産権法の解説』前掲注（129）・53－54頁、青木博通「商標の使用とネット上の商標権侵害」パテント54巻11号26頁参照。

245 土肥一史「ネットワーク社会と商標」ジュリスト1227号30頁参照。

246 大阪地裁平成17年12月8日判決平成16年(ワ)12032号判時1934号109頁参照。

おいて表示される事業者のサイトの説明は、役務に関する広告であり、これが表示されるようにhtmlファイルにメタタグを記載することは、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当たるとして、商標法二条三項八号にいう商標の広告的使用行為に該当すると判断した。したがって、本件は明らかに視認性が認められる事件であり、その射程はキーワード・メタタグの場面に及ばないと解する見解が有力である[247]。

検索結果において表示されないキーワード・メタタグの場合について、近時の学説は、視認性の有無にこだわるのではなく、端的にメタタグの記述によって出所混同が生じるかどうかを検討すべきであるとしており[248]、これはすなわち「商標的使用」の該当性に判断の重点を置くという立場と解される。そして、多数説は、少なくとも原則的に「商標的使用」を否定するが[249]、その理由として、ユーザが出所を識別する標識としてメタタグを認識することがないこと[250]、検索結果に多数のサイトが表示されるからユーザが通常混同しないこと[251]などが挙げられている。

二　他人の商標を検索連動型広告に使用する行為

検索連動型広告における商標の使用に関する議論の多くは、Google「Adwords」サービスを念頭に、検索キーワードに関連する広告が検索結果画面の区別された場所に表示される場面を想定しているようであるが[252]、広告や事業者のサイトへのリンクが検索リストのトップに来るような場面を「キーワード・バイ」と呼んで認識する議論もある[253]。後者は、中国における百度社の「ランキング競売」サービスに類似するものと考えられるが、いずれにしても、本質的な差がないと考えられることから、以下では統一して検索連動型広告での使用として捉えたい。

事業者の広告に商標が表示されている場合には、商標法2条3項8号にいう商標の広告的使

247 佐藤前掲注（243）116頁、上沼紫野【判批】Lexis判例速報2006年10号124頁。
248 青江＝茶園前掲注(131)・314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、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、佐藤前掲注（243）・118頁注9。なお、井奈波明子「検索連動型広告における商標権侵害に関するフランスの裁判例」AIPPI53巻12号772頁は、あくまで視認性を要求する立場である。
249 肯定説として、島並前掲注（248）・373頁がある。
250 宮脇前掲注（248）・182－183頁、佐藤前掲注（243）・116頁。
251 青江＝茶園前掲注（131）・314－315頁。
252 青江＝茶園前掲注（131）・316頁、外川英明「サイバー空間における商標の使用」パテント62巻4号197－198頁参照。
253 土肥前掲注（245）・30頁、同「不正競争防止法の現状と課題」ジュリスト1326号112頁。

用行為に該当し、商標権侵害行為とされ得ることは問題ないだろう[254]。また、検索結果画面において、事業者のサイトの説明文に商標が表示される場合には、前記「中古車の110番」事件と同様に、やはり商標法2条3項8号が適用されるだろう。問題は、その商標がユーザによって入力された検索キーワード欄以外に、検索結果画面のどの場所にも表示されない場合、つまりいわゆる視認できない場合について、現行法の下ではどのように解釈すべきか。

この点について争われたパパイア醗酵食品事件[255]において、裁判所は、「原告商品の名称及び原告商標をキーワードとして検索した検索結果ページに被告が広告を掲載することがなぜ原告商標の使用に該当するのか、原告は明らかにしない。のみならず、上記の被告の行為は、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がたいから、本件における商標法に基づく原告の主張は失当である」として、商標権侵害を否定した。なお、この事件では不正競争防止法2条1項1号の適用も争われたが、裁判所は、そもそも原告標章と被告標章との類似性を否定したため、不正競争該当性の判断に立ち入らなかった。

学説は、このような使用形態について、視認性と商標的使用の両方を否定する見解[256]と、メタタグ同様に視認性の有無にこだわらないが、出所混同が生じないとして商標的使用を否定する見解[257]が主張されている。

三　検討

以上で見たように、キーワード・メタタグと検索連動型広告のいずれについても、学説裁判例は商標権侵害を否定する傾向にある。視認性に関しては、ユーザが検索エンジンに検索キーワードを入力し、瞬時に検索結果リストと広告欄が表示されるから、画面上に検索キーワードとなる商標が表示されていないとしても、ユーザの立場からすれば、検索キーワードと画面上の内容に何らかの関連があると認識しているだろうし、そのような認識は商標をキーワードとして使用する事業者が正に期待していることである点を考えれば、視認性にこだわるべきではないという説に賛同する。そうすると、問題はやはり商標的使用の点にあるといえるが、検索結果リストの上位に表示されても、あるいは広告欄に広告が掲示されても、それのみをもって、出所表示機能を有するような態様で当該商標を使用

254 青江＝茶園前掲注（131）・317頁。
255 大阪地裁平成19年9月13日判決平成13年(ワ)7458号。
256 井奈波前掲注（248）・772頁。
257 青江＝茶園前掲注（131）・317頁。

しているとまではいえないと考えられ、一般的に商標権侵害と解することは難しいと考えられる。

他方、このような直接行為者である事業者の行為は往々にして、他人の商標の希釈化やただ乗りなどを目的とするものであり、商標法のアプローチではなく、行為者の行為規制という観点から不正競争防止法を活用することも考えられる[258]。しかし、形式的には、行為者の行為を不正競争防止法2条1項2号の著名表示冒用行為ないし1号の周知表示混同惹起行為と解することが可能であろうが[259]、商標法の議論と同様に、出所表示機能を有するような態様の使用とは言えず、「商品等表示としての使用」に該当するとは認められにくいため、不正競争行為と解することも難しいと考えられる。

次に、商標をキーワードとして販売するISPの責任に関しては、これを直接の商標権侵害や不正競争行為と考えることは、キーワードとして使用する直接行為者以上に困難で、やはり中国法と同様に、幇助による共同不法行為の成否問題として考えるべきであろう。特に、著名商標をキーワードとして無関係な者に販売し、結果的に商標権侵害ないし不正競争行為を幇助した場合には、注意義務違反として損害賠償責任を肯定することができよう[260]。

---

258 土肥前掲注（245）・31頁。

259 土肥前掲注（245）・31頁、同前掲注（253）・112頁。

260 土肥前掲注（245）・30頁。これに対し、井奈波前掲注（248）・772頁は、不正競争防止法違反と不法行為の成立の双方について否定的である。

第３節　日中の比較と若干の考察

以上で述べた内容を踏まえて、キーワード検索等と商標権との抵触について、直接行為者であるサービス利用者の行為の性質と、間接関与者であるサービスを提供するISPの責任に分けて、日中両国法の比較を行い、若干の考察を加えたい。

一　直接行為者の行為の性質

比較的に過去の技術ないしビジネスモデルといえる「ネット実名」、「メタタグ」についても、また現在も利用されている検索連動型広告についても、他人の商標を検索キーワードとして利用し、しかも当該キーワードが利用者のサイトないし検索結果画面上の広告内容に表示され、いわゆる視認できるケースに関しては、日中両国のいずれにおいても、当該商標が著名商標か普通商標かを問わず、商標権侵害行為ないし不正競争行為と判断されるだろう。そこに何かの差があるとすれば、著名商標を希釈化、ただ乗りする行為などの規制について、中国法であれば商標法を適用し、日本法であれば不正競争防止法を適用する点であろう。

これに対して、キーワードが視認できない場合について、中国では裁判例が未だ見当たらない。しかし、中国法では商標法13条、商標事件司法解釈1条2号および著名商標の保護に関する司法解釈において、著名商標の保護について誤認混同を要件とせず、著名商標を希釈化、ただ乗りする行為も侵害行為として禁止されているため、私見としては、当該商標が著名商標である場合に、検索キーワードとして登録使用することがその著名商標をただ乗りするものと考えられ、商標権侵害行為と判断できる。これに対して、当該商標が普通商標である場合に、普通商標の侵害要件である出所の誤認混同までは生じにくいと考えられるため、商標権侵害とすることは困難であるが、中国不正競争防止法9条は、広告又はその他の方法を用いて「取引の相手方の誤解」を招く虚偽の宣伝を不正競争行為と定めており、検索結果画面上における直接行為者のサイトへのリンクないし広告の具体的な表示場所などを勘案して、出所の誤認混同よりも広く解釈できるインターネット・ユーザなど潜在的な「取引の相手方」の「誤解」を招く虚偽の宣伝と判断し得る場合には、不正競争行為と解する余地があると考える。

これに対して日本では、検索連動型広告サービスに関するパパイア事件では商標権侵害を否定している。現行法の解釈として、「商標的使用」ないし「商品等表示としての使用」

がハードルになり、直接行為者の行為を商標権侵害ないし不正競争行為と認めることが困難である。

二　ISP の責任

中国では、サービスを提供するISPが共同不法行為責任を負うことは裁判例において既に明確に示されている。日本では、裁判例はまだ見られないが、前述のように学説上では共同不法行為責任が問われる可能性を提起している。

ここでハードルとなり得るのは、ISPの共同不法行為責任を問う場合に、ISPに合理的な注意義務として事前審査義務を要求することは、果たして過大な負担となるのか、技術の進歩を阻害してしまうのか、である。

思うに、ISPは、営利目的で検索連動型広告サービスを含むビジネスモデルを開発し、検索結果の順番を操作したり、キーワード購入者の広告を掲示したりしている。また、ISPは、サービス利用者のキーワード購入に際して、その身元やキーワードを使用する目的などの関連情報を収集し得る立場にあり、人気の高いキーワードについても、容易に知り得る立場にある。このように、ISPが提供するサービスの性質と、ISPの情報収集能力を考えれば、ISPに合理的注意義務の内容として一定の審査義務を課しても、必ずしも酷とはいえないのではなかろうか。

また、検索エンジン自体は高度で複雑な技術の開発を要することは認めるが、検索連動型広告サービスは、結局、広告主のサイトへのリンクないし広告を、あるキーワードを検索した検索結果画面の特定の場所に表示するサービスであり、前述したように、ビジネスモデルとして従来の「ネット実名」サービスよりも洗練されているが、技術面では決して進歩した複雑なものではないと考えられるため、審査義務を課すことによって技術の進歩が阻害されるという主張は成り立たないように思われる。そもそも、中国のAdwords事件の控訴審判決において裁判所が指摘したように、このような主張は、法規定を逸脱する理由にならないといわざるを得ない。

問題はむしろISPに対して具体的にどのような事前審査義務を課すべきか、である。この点に関して、中国の裁判例「北京全脳研究院対精英特社と百度社判決」、「上海大衆搬場物流対百度社判決」と「美麗漂漂対百度社判決」における判示が参考になろう。これらの裁判例は共通して、著名商標か普通の商標かによって、ISPの審査義務のレベルを区別する立場を採っており、前者の登録使用についてISPに事前審査義務を課し、特に「上海大衆搬場

物流対百度社判決」が指摘するように、著名商標を複数の利用者がキーワードとして購入する場合は、明らかに他人の商標権を侵害するおそれがあるケースに該当し、ISPの審査義務が加重されると判示している。実際、他人の商標を検索キーワードとして購入する動機は、大抵、当該商標の知名度に便乗したいことと考えられるから、著名商標を中心に審査し、商標権侵害行為ないし不正競争行為を監視する措置を取れば、侵害を効率良く抑制できるだろう。したがって、著名商標かどうかを一つの指標としてISPの審査義務を論じることは有益であると考える。逆に、当該商標が通常の用語としても利用されるような場合には、審査義務を軽減すべきという学説の立場も示されており[262]、参考になると思われる。例えば、「北京全脳研究院対精英特社と百度社判決」のようなケースにおいて、もし当該キーワードの使用が商標の正当使用に該当する可能性がある場合には、ISPに過度な審査義務を課して商標法上の難しい判断を強いるべきではなかろう。

いずれにしても、審査義務の中身を明確に線引きすることは容易ではなく、具体的な紛争におけるキーワードの使用状況に応じて判断しなければならない。その意味で、たとえ審査体制を整えても、ISPが自身のサービス利用者による商標権関連の侵害行為をすべて見分けて防止することは不可能である。しかし、ISPが営利目的で新たなビジネスモデルを開発し運用する際に、単に利益の最大化を追求するだけでなく、そのモデルに存在する悪用の危険性を認識し、実際のユーザによる利用状況も勘案して、審査体制の整備を含めて常に改善の努力を払うべきであると考えられる。サービスを提供するISPが、社会情勢、技術水準、侵害の顕著性などを考慮して、客観的に見て妥当とされる程度の審査体制を整備しない場合には、合理的な注意義務を果たしていないとして、過失責任を問われて当然であろう。

---

261 王遷前掲注（78）・24頁。
262 黄武双前掲注（226）・56頁。

終章

本稿ではここまで、ネットワーク環境における著作物と商標の保護をめぐって、著作権法、商標法、不正競争防止法、さらには不法行為法を活用した様々な法的アプローチについて、日中の比較研究を通じて検討した。

ネットワーク環境における著作物の保護に関する第1部では、日中両国の裁判例と学説を比較分析して、ネットワークを利用した著作物の利用行為ないし侵害行為に関する間接関与者の責任を中心に考察した。その結論として、著作物の直接利用行為が著作権侵害である場合に、日本法のようにカラオケ法理によるか、それとも中国法のように共同不法行為の構成を採るかという具体的な手法において差異が見られるものの、いずれの国も著作権者に実効的な救済を与えるために、侵害コンテンツへのリンクの提供、侵害コンテンツの検索、P2Pソフト・投稿サイトによる侵害コンテンツの共有などのサービスを提供することによって直接の侵害行為に関与する間接関与者に対し、差止と損害賠償を認めるための法的手段を適切に確保していると評価した。また、損害賠償を認める際に必要となる間接関与者の過失の認定について、間接関与者の具体的な関与の態様、直接侵害行為の顕著性などの要素をもとに、総合的に注意義務の程度を判断すべきであると主張した。

これに対して、著作物の直接利用行為が著作権侵害ではない場合に、日本法のようにカラオケ法理を用いて差止まで認めることには反対し、むしろ補償金制度を参考に、経済的利益の調整とりわけ事前課金制度の導入が望ましいと提唱した。

ネットワーク環境における商標の保護に関する第2部では、まず第4章において、商標法と不正競争防止法を中心に、インターネット上における商標関連紛争に対する日中両国の法整備の状況にも目配りしながら、商標の保護に関する両国の現行法を整理し比較した。

そして、第5章ではBtoC型の電子商取引において、ネットショップ等による商標権侵害行為に関与する間接関与者であるモール等運営者の責任について、日中の裁判例と学説、さらには日本における行政と実務のガイドラインなどを素材に検討した。その結論として、モール等運営者が商標権者からの通知によって侵害行為の存在を認識した後に、侵害情報を削除するなどの事後救済義務を肯定すべきであることはもちろん、商標権者からの通知を受ける前に自発的にモール上の情報を審査し侵害を予防する事前審査義務についても、モール等運営者がモール上の商標権侵害行為を識別することが困難であるとしても、事前審査義務を当然に否定するのではなく、ネット上の侵害事件の発生率を含む社会情勢、技

術水準、商標権侵害行為の顕著性などの要素をもとに総合判断して、客観的に妥当とされる程度の審査体制を整備しモール上の商標権侵害行為を監視するという事前審査義務があると主張した。

最後に第6章では、インターネット上のキーワード検索における商標保護の問題について、直接行為者であるサービス利用者の行為の性質と、間接関与者である検索サービスを提供するISPの責任の双方に着目して、中国の裁判例と学説を主な素材にしながら、日本の学説なども参考に考察した。その結論として、直接行為者の行為の形態が、他人の商標を検索キーワードとして登録使用し、しかも当該キーワードを直接行為者のサイトないし検索結果画面上の広告内容などにおいても表示するような場合、つまり商標が視認できる場合には、日本法においても中国法においても商標権侵害ないし不正競争行為と判断される。しかし、商標が検索結果画面のどこにも視認できない場合には、日本の現行法の下において、「商標的使用」および「商品等表示としての使用」がハードルになり、直接行為者の行為を商標権侵害ないし不正競争行為と認めることが困難である。これに対して、中国商標法上、当該商標が著名商標であれば、検索キーワードとして登録使用することがその著名商標をただ乗りするものと考えられ、商標権侵害行為と判断できると指摘した。

また、検索サービスを提供するISPの責任について、ISPが提供するサービスの性質と、ISPの情報収集能力を考慮すれば、商標権者を保護するために、ISPに合理的な注意義務として、検索キーワードの登録使用状況を審査し商標権の侵害を予防する一定の事前審査義務を課しても酷とはいえないと主張し、さらに、事前審査義務の具体的な内容について、著名商標を中心に商標権侵害行為ないし不正競争行為を監視する体制の整備を提唱した。

本稿は全体を通して、著作権者と商標権者に実効的に救済を与えるために、ネットワーク環境における著作権、商標権の侵害行為に関与する間接関与者について、その具体的な関与の態様ないし提供するサービスの性質、サービスを利用した侵害行為の発生率を含む社会情勢、技術水準、さらには直接侵害行為の顕著性などの要素をもとに、総合的に間接関与者の注意義務の内容と程度を判断すべきであると提唱する点において一貫している。これは本稿の最大の主張であるといえる。