

Title	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
Author(s)	陳, 思勤
Citation	阪大法学. 2012, 61(5), p. 47-87
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54972
rights	
Note	

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

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

Osaka University

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——

陳 思 勤

はじめに

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、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、日中両国において裁判にまで発展している。

本稿では、インターネット上における商標の保護に関連する日中両国の現行法を整理比較したうえで、インターネット上のキーワード検索と商標との抵触問題について、直接の行為者の責任と間接関与者としてのISP (Internet Service Provider) の責任の両方に着目して、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

第一章 日中両国におけるインターネット上の商標保護法制の整理と比較

本章では、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、とりわけインターネット上の商標保護に対応する両国の法規定ないしそのアプローチを比較し、それぞれの長所と短所を考察する。

第一節 中国法の状況

一 商標法における保護と救済

中国商標法五二条は登録商標を侵害する五つの行為を規定している。そのうち一号ないし四号は具体的な行為を列挙しているが、「他人の登録商標専用権にその他の損害を与えること」を定めた五号は立法時に想定されていない状況にも対応できるいわゆる包括条項である。このように、商標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ように設計されているといえるが、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、商標法实施条例^①及び司法解释^②において上記五二条五号の包括条項に該当する侵害行為の具体化がなされてきた。

つまり、まず、二〇〇二年商標法实施条例五〇条は二つの具体的な行為を「その他の損害を与える」行為として規定し、さらにその後の最高裁の司法解釈である二〇〇二年「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」(以下「商標事件司法解釈」という)^③ 一条は三つの具体的な行為を追加したため、商標法五二条一号～四号に規定される侵害行為と合わせれば、合計九つの具体的な侵害行為が列挙されている。す

なわち、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商標を使用すること（商標法五二条一号）、②登録商標専用権を侵害する商品を販売すること（同二号）、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（同三号）、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（同四号）、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（商標法実施条例五〇条一号）、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（同二号）、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（商標事件司法解釈一条一号）、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（同二号）、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（同三号）、の九つである。

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、例示列举であるため、これらの侵害行為に該当しない行為であっても、商標法五二条五号の包括規定をもって対応することが可能である。ただ、商標権侵害行為に関し、既に詳細な列举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举規定に該当するか否かが争われることが多い。

商標権の侵害に対する救済について、商標事件司法解釈二二条一項は、侵害の停止、妨害の排除、危険の除去、損害の賠償、影響の除去等を定めている。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。⁽⁴⁾

二 不正競争防止法における保護と救済

中国不正競争防止法は、五条から一五条において一一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、他人の登録商標を冒用する行為を不正競争行為と定めた五条一項である。具体的にどのような行為が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を生じさせ又は生じさせるおそれがある行為をいうとしており、学説もおおむねこれを支持している。⁽⁵⁾⁽⁶⁾

このほか、ネットワーク上の行為が虚偽な広告行為とされれば、このような行為を規制する不正競争防止法九条が適用されることになろう。同条にいう虚偽な広告行為とは、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。⁽⁸⁾

さらに、五条から一五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、一般条項である二条一項に基づき不正競争行為を認定することが可能であり、裁判例も数多く存在し、商標権が侵害される場面においてもこの一般条項が適用される例がある。⁽¹⁰⁾

不正競争行為に対する救済について、不正競争防止法二〇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について、二一条はさらに商標法の規定に従うと規定している。

三 ドメイン名関連法制の整備

中国最高人民法院は二〇〇一年七月に、それまでの裁判例等を踏まえて、「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「ドメイン名司法解釈」という）を公布した。

同司法解釈は、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、⁽¹¹⁾ 四条と五条に規定を設けたが、その特徴は、著名商標かそうでないかによって、保護の要件を区別する点である。四条と五条を総合すれば、以下のようなことになる。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しようとする事、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。このうち、著名商標に関して、無断にドメイン名として登録するのみで悪意が認定され、ドメイン名の実際の使用を要件としない。これに対して、普通の登録商標の場合における悪意の認定については、高額でドメイン名を譲渡しようとするれば明らかに悪意があるといえ、また、ドメイン名を登録したにもかかわらず長期

間に使用しなければ、商標権者の登録を阻止する悪意があると認められ¹³⁾。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、アクセスを間違つ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、ドメイン名の使用が伴う場合に、不正競争行為の認定がより困難である。

これに対して、その後の二〇〇二年の「商標事件司法解釈」一条三号（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、商標権侵害行為に該当すると規定した。ここでは、凶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。

第二節 日本法の状況

一 商標法における保護と救済

日本商標法は二五条において、商標権者が指定商品又は指定役務について登録商標を使用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。さらに、三七条一号は商標の保護範囲を類似範囲の使用にまで広げ、商標権の保護を一層確実なものとしている。

一方、商標法二条三項は、具体的に八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」（二一条一項参照）登録商標と同一又は類似する標章をこの八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。しかし、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、自己識別機能を有する態様で使用されている、いわゆる「商標の使用」でない場合には、二条三項に列挙された八つの使用行為に該当するとしても、商標権の侵害を構成しないと解している。¹⁴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。

インターネット上における標章の使用行為との関係では、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（三項二号）。さらに、平成一四年に二条三項が改正され、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（三項七号）、ネットワークを通じて大広告、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（三項八号）が、明確に定められるようになった。¹⁵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、上記三項七号、八号にいう標章の使用行為に該当すると解される。もともと、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。¹⁶

商標権の侵害に対する救済は、差止請求（商標三六条）、損害賠償請求（民七〇九条）と信用回復措置請求（商標三九条）によって特一〇六条の準用）である。

二 不正競争防止法における保護と救済

不正競争防止法は不正競争行為について二条において具体的に列挙している。インターネット上の商標権侵害問題との関係で、主に問題となるのは、二条一項一号の混同惹起行為、一号の著名表示冒用行為、一二号のドメイン名に係る不正行為及び一三号の誤認惹起行為である。

まず、一号と二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が、一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、一号は「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、混同のおそれなくと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¹⁷⁾。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、一号と二号にいう不正競争行為に該当しないと解されている¹⁸⁾。

そして、平成二三年の法改正で新設された二条一項二二号は、ドメイン名に係る不正競争行為を定める規定であり、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」、いわゆる凶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なく、取得又は保有も規制の対象に含めている。

最後に、同項二三号は商品・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る。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が、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ぬ。

不正競争行為に対する救済として、差止請求（不競三条）、損害賠償請求（不競四条、民七〇九条）、信用回復措置請求（不競一四條）などがある。

第三節 日中の比較と若干の考察

一 現行法の比較

日中両国の商標法、不正競争防止法、とりわけインターネット上の商標権保護に関する内容を比較すれば、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

まず、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、商標法五二条五号に包括条項を置くという形を取っている。基本的に、これら九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ている。そもそも「商標を使用する」とは何かについて規定がないわけではないが、裁判において「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、商標法二条三項に商標の「使用」に該当する行為を具体的に列挙してはいるが、侵害とされるためには、さらにいわゆる「商標的使用」でなければならぬとされており、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、外形上二条三項にいう商標の使用に該当する行為であっても、侵害とは認められない。

そして、不正競争行為について、中国法は、商標法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、一般条項である二条一項をもって対処している。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。

さらに、著名商標に特に与えられる保護について、日本法は、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（不競二条一項二号）、同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だと見える。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。すなわち、商標事件司法解釈一条二号において、著名商標の保護に関する規定が設けられ、同条一号に定める普通商標の保護要件である「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。

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司法解釈において設けた以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。

二 若干の考察

中国法では、日本法と違って、「商標的使用」や「商品等表示としての使用」などの判断基準を設けず、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が用いられることによつて、一般的にいえば、その判断が比較的容易であり、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つた点、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、「商標の使用」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つ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。

第二章 キーワード検索等と商標権との抵触及びISPの責任

本章では、中国における検索エンジン等を用いたキーワード検索による商標権侵害関係の裁判例を取り上げ、これらの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ISPの責任を考察したい。

第一節 キーワード検索等に関連する中国裁判例の検討

一 ネット実名事件

「ネット実名」(中国語原文では「網絡実名」) サービスとは、北京三七二二科学技術有限公司(以下「三七二二社」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・ユーザが三七二二社のアドオンをインストールしたブラウザにある三七二二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ふものである。

裁判例1 二〇〇六年【雅潔社対三七二二社判決】²⁰⁾

広東雅潔五金有限公司(以下、「雅潔社」)は文字「雅潔」と「朗高」(以下、「本件商標」)の登録商標権者である。二〇〇五年に雅潔社は、三七二二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三七二二社の検索欄に「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「雅飾達社」)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、雅飾達社が三七二二社の「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、雅飾達社と三七二二社に対し、「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。

裁判所は、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だ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、さらに、雅飾達社は「雅潔」について先使用権その他登録に係る正当な理由もないとして、商標法五二条五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、「朗高」商標は普通商標であり、これを「ネット実名」として使用し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はないとして、商標権の侵害を否定した。

また、三七二社は、雅飾達社が著名商標である本件「雅潔」商標について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幫助したため、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、三七二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。

さらに、裁判所は商標法に基づく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、不正競争防止法二条一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、三七二社については、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。

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、裁判所は原告雅潔社の商標を著名商標とそうでない普通の商標とに区別し、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つ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、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」一条二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の責任も問われた点で特徴的である。ISPの責任について、裁判所は、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⁽²⁾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。

二 ランキング競売事件

ランキング競売とは、中国の検索エンジン最大手「百度 (Baidu)」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「推奨（プロモーション）」と表示される。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。

裁判例2 二〇〇七年【北京全脳研究院対精英特社と百度判決】²²⁾

北京全脳研究院（以下、「全脳研究院」）は「全脳」と「全脳速読QNSD」（以下、「本件商標」）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、「精英特サイト」）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、百度が提供している「ランキング競売」サービスに「全脳速読」を検索キーワードとして登録して使用した。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、そして百度が精英特社に「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、両社を相手方として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。

裁判所は、「全脳」と「全脳速読」に対する精英特社サイト上の使用は、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、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」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、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。

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、百度について、裁判所は、まず、百度が「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、⁽²³⁾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。

裁判例 3 二〇〇八年【上海大衆搬場物流対百度判決】⁽²⁴⁾

原告大衆交通社（以下、「大衆」）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、「大衆搬場」）は当該商標の使用許諾を受けた被許諾者である。二〇〇七年、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、「本件キーワード」）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、商標法五二条一号にいう商標権侵害行為、及び不正競争防止法九条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。

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、商標事件司法解釈一条一号にいう商標権侵害行為であると認定した。一方、百度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、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、百度が故意に第三者らの侵害行為に利便を提供している

ことを立証できないとして、商標法実施条例五〇条二号にいう商標権侵害行為に該当しないとして、百度が直接的に商標権を侵害していないと判断した。

しかし、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に過失があると推定されると判示した。

そして、大衆搬場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、過失があるといべきであり、客観的に第三者らによる商標権の侵害を補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、商標権侵害を補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補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。

ここで取り上げた百度の「ランキング競売」サービスをめぐる二件の訴訟では、正反対の判決が出された。まず、サービス利用者の行為について、裁判例²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、裁判例³では、裁判所は、リンク先のサービス利用者のサイト上においても原告商標を含むキーワードが顕著な方法で表示され、誤認を招いたとして商標権侵害ないし不正競争行為を認定した。

つぎに、百度の幫助による共同不法行為責任について、裁判例²では、裁判所は利用者のキーワード登録に関する百度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、百度の共同不法行為責任も否定した。これに対して、裁判例³では、裁判所は、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を百度に課し、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。このように著名商標かどうかによってISPに課される注意義務を区別する方法は、ドメイン名関連の中国法規定と発想を共通にしているといえよう。

最後に、雅潔社対三七二一社判決⁽²⁵⁾では、共同不法行為の成立について主観説を採用するのに対して、上海大衆搬場物流対百度判決では客観説を採用し、より広く共同不法行為の成立を認めている。

三 AdWords 事件

論

AdWords 及び 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なく、広告ページとキーワードの関連性など「広告の品質」を含めて総合的に決定されるとされている点である。

裁判例 4 二〇〇九年【台山港益電器対 Google 判決】⁽²⁶⁾

広州台山港益電器有限公司（以下「港益」）は「緑島風」（以下、「本件商標」）の商標権者である訴外奥達公司から独占使用権の許諾を受けた者である。二〇〇七年に港益は、Google（中国）（以下 Google 中国）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―第二電器工場」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二電器工場（以下「第二電器」）のホームページにたどり着くことを発見した。なお、第二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、港益は、第二電器が 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、第二電器と 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²⁷二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。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三条を根拠に、第三電器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るとして、商標法五二条五号の包括条項を適用して第三電器による商標権の侵害を認定した。

一方、Google 中国は「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。やむを得ず、Google 中国は訴訟中において既に第三電器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二七条に基づき、Google 中国に審査義務があると判断し、審査義務を課すことよってIT技術とサービスの発展が阻害されると言う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、第三電器とGoogle 中国の共同不法行為責任を認め、両者が原告港益に連帯して損害賠償を支払うべきとして原審判決を

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。

裁判例3と同様に、裁判所はサービス利用者の責任を認定したが、捉えた行為の性質と用いた根拠条文は異なる。

まず、サービス利用者のサイトに原告の商標が表示されている裁判例3では、商標事件司法解釈一条一号にいう「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」に該当するとして、商標権の侵害行為と認定され、百度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。一方、サービス利用者のサイトに原告の商標が表示されていない本件においては、裁判所はGoogleのサービスは広告サービスであると認定し、²⁸⁾ 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五二条五号の包括条項に基づき、サービス利用者の行為を商標権の侵害行為と認定した。

ISPとして侵害に間接的に関与する百度及びGoogleの責任について、裁判例3では、裁判所は条理に基づき百度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といえる。

四 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

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「ネット実名」は、キーワードと情報ないしリンクを一对一の関係に置き、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对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

第一、第三章第三節にも述べたように、中国法では九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。取り上げた各裁判例は、正当使用が認められた裁判例2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。裁判例1の「ネット実名」については、ドメイン名司法解釈を参考にしながら、利用者の行為について、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、広告と見ない裁判

例3では、商標事件司法解釈一条一号、広告と見る裁判例4では商標法の包括条項をそれぞれ適用した。これらの判断は、結論においていずれも賛同できると考える。なぜなら、裁判例3では、リンク先のサービス利用者のサイト上でも他人の商標を使用しており、また裁判例4では、「商標—サービス利用者の社名」という形で広告が表示されるため、サービス利用者の行為が商標権を侵害していることは明らかといえるからである。

問題は、仮に商標をサービス利用者のサイト及びサイト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、果たして商標権侵害行為ないし不正競争行為と判断できるか、である。

この点について学説は否定説と肯定説に分かれるが、議論の核心は、具体的な侵害行為の類型に当てはめていくという裁判例の一般的な手法ではなく、他人の商標を単純に検索キーワードとして利用するサービス利用者の行為が、そもそも「商標法意義上の使用」ないし「商標意義上の使用」に該当するかという点にある。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己識別機能を強調するものであり、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。

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、³⁰⁾ 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。³¹⁾

これに対して、肯定説は、米国法における「initial interest confusion」法理³²⁾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。⁽³³⁾

このような「商標的使用」の概念をめぐる学説の議論は、理論的には有益かもしれないが、立法上、具体的な侵害行為の類型化がかなり進んだ現行中国法の解釈としては、以下のように、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、第一章第三節において指摘したように、中国法は、商標事件司法解释一条二号において、著名商標の保護に関する規定を定め、保護を受ける要件として、普通商標の保護要件である「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。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、著名商標の希釈化をもたらすような行為も侵害とするものと解される。したがって、他人の著名商標を検索キーワードとして購入し使用する場合に、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、その使用に商業的目的があつて、しかも裁判例2のように正当使用と解されない場合には、著名商標を希釈化する行為として、商標権を侵害すると判断されるべきであろう。⁽³⁴⁾ 一方、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、通常誤認が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。百度の「ランキング競売」サービスの性質について、裁判例3では、裁判所は百度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、中国広告法二条によれば、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。⁽³⁵⁾

そうすると、「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九条は、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いる。⁽³⁶⁾したがって、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るであろう。

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、六五％～七〇％のユーザは、検索結果リストの上位一〇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をアクセスする傾向があるとされている。⁽³⁷⁾これを前提に考えれば、「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「プロモーション

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、商標と広告との間に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、³⁸⁾ 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ふ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余り見られない。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幫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、過失による幫助の成否問題、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するかどうかとしてとらえる方が、自然といふべきであろう。³⁹⁾ 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⁴⁰⁾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にも一致するのであり、学説もこれを支持している。⁴²⁾

また、中国では、二〇〇九年二月二十六日に新しい侵權責任法（不法行為法）が制定され、二〇一〇年七月一日より施行されたが、同法三六条は、ネットワーク上の不法行為責任に関する規定である。三六条三項は、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らなければ、連帯責任を負うと規定している。ここにいう「知りながら」を現実に侵害行為を知っているという主観的認識に限定して理解し、ISPの事前審査義

務を否定する見解もあるが、多数説と裁判実務は、「知り得べき」も含むものと解釈し、つまりISPは過失責任主義の下で、直接侵害行為者と連帯責任を負うという立場である。⁽⁴⁴⁾

第二節 日本法上の議論と検討

第一章で述べたように、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、二条三項二号、七号、八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、商標法二条三項二号、七号、八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⁽⁴⁵⁾）。ここでは、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。⁽⁴⁷⁾

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（中古車の一一

○番」事件⁽⁴⁸⁾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EBS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⁽⁴⁹⁾。

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、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⁽⁵¹⁾、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⁽⁵²⁾、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⁽⁵³⁾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⁽⁵⁴⁾、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⁽⁵⁵⁾。後者は、中国における百度の「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とらえたい。

事業者の広告に商標が表示されている場合には、商標法二条三項八号にいう商標の広告的使用行為に該当し、商標権侵害行為とされ得ることは問題ないだろう。⁽⁵⁶⁾ 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「中古車の一一〇番」事件と同様に、やはり商標法二条三項八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イア醸酵食品事件⁽⁵⁷⁾では、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、商標法二条三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二条一項一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つた。

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⁽⁵⁹⁾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、そののみをもって、出所表示機能を有するような態様で当該商標を使用しているとはまではない、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⁽⁶⁰⁾。しかし、形式的には、行為者の行為を不正競争防止法二条一項二号の著名表示冒用行為ないし一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、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、「商標等表示としての使用」に該当するとは認められにくい⁽⁶¹⁾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、幫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幫助した場合には、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⁽⁶²⁾。

第三節 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及びISPの責任に関する日中両国法の比較を行い、若干の考察を加えたい。

一 直接行為者の責任

比較的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、著名商標を希釈化する行為の規制について、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、中国では裁判例がないが、私見としては、当該商標が著名商標であって、著名商標を希釈化若しくはただ乗りする場合には、中国法では商標事件司法解釈一条二号において、著名商標の保護について誤認混同を要件とせず、希釈化をもたらす行為も侵害とするため、商標権侵害行為と判断できる。また、当該商標が普通商標である場合に、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、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「誤解」を招く場合には、不正競争行為と解する余地があると考ええる。

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、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、合理的な注意義務としての審査義務を要求することは、ISPにとって過大な負担となるのか、又は技術の進歩を阻害するのか、である。

しかし、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、検索結果の排列を操作したり、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、どのようなキーワードがよく売られているかについても、容易に知り得る立場にある。これらのことを考えれば、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らうか。

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、中国裁判例3における判示が参考にならう。つまり、裁判所は、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おり、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、参考になると思われる。例えば、裁判例2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べきではなからう。

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。ただ、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へ、社会情勢や技術水準などから客観的に見て、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と考へる。

おわりに

本稿では、検索連動型広告などのサービスにおけるキーワード検索等と商標権との抵触問題について、キーワードを設定し使用する直接行為者の行為自体の性質を論じた上、当該サービスを提供する間接関与者であるISPの責任を検討した。

他人の商標を、検索連動型広告などインターネット上の新しいサービスにおいて、自身のサイトなどと関連付ける検索キーワードとして設定し使用する直接行為者の行為は、新たな類型の商標保護の問題を提起している。しかし、従来の紛争から重ねられてきた学説裁判例は、新しい技術を利用した新しいサービスから生まれた新たな類型の問題について、必ずしも機能できないというわけではない。本稿では、この種の問題の対処方法として、新たな立法措置の提言ではなく、日中両国の現行商標法及び不正競争防止法の解釈によるアプローチを検討した。

そして本稿では間接関与者であるISPの責任についても検討し、ISPが審査義務を内容とする合理的な注意義務を怠った場合に、直接行為者による商標権侵害行為ないし不正競争行為を過失によって幫助した共同不法行為責任を負うべきであるという立場を示した。商標権侵害行為と不正競争行為は当然ながら、インターネット上においても規制すべきであり、商標権者の努力によって作り出した信用と、消費者の利益などを保護する観点から考えても、秩序あるインターネット社会を作り出す必要がある。本稿で取り上げた裁判例に登場した間接関与者は、Google、百度などを含め、今日ではもはや弱小なベンチャー企業ではなく、既にそれぞれの業界において大きく発展し、世界的に有名な企業と呼ばれるように至っている。いわばインターネット業界のリーダーでもある。そのため、インターネットの利便性を向上させる新たなサービスを考案し、自身のビジネス拡大に努力しているISP

には、商標権者の正当な利益と消費者の利益にも目を向けて、今まで以上に努力を払うように期待したい。

- (1) 中国中央政府（国務院）が商標法に基づいて制定した行政法規であり、中国では法源の一つである。
 - (2) 司法解釈は、中国最高裁が裁判活動における一定の問題に関する法解釈を統一するために制定したものであり、法源の一つである。
 - (3) 法釈（二〇〇二）三三号。
 - (4) 郭禾編『商標法教程』（知識産権出版社二〇〇四年）一六四頁―一七〇頁参照。
 - (5) 法律出版社法規中心編『中華人民共和國反不正競争法注釈本』（法律出版社二〇〇七年）六頁参照。
 - (6) 邵建東・方小敏編『案説反不正競争法』（知識産権出版社二〇〇八年）九八頁参照。
 - (7) 不正競争防止法九条一項 経営者は、広告又はその他の方法を用いて、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誤解させる虚偽の宣伝をしてはならない。二項 広告の経営者は、明らかに知っている又は知るべきである状況において、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。
 - (8) 前掲注(5)「中華人民共和國反不正競争法注釈本」一一頁参照。
 - (9) 二条一項 事業者は市場取引の中で自由意思、平等、公正、誠実信用の原則を遵守し、公認の商業道德を遵守しなければならない。二項 本法において不正競争とは、事業者が本法に違反してその他の事業者の合法的な權益を損害し社会経済秩序を攪乱する行為をいう。
 - (10) 北京市第二中级人民法院二〇〇〇年六月判決（二九九九二中民初字第八六号（*Wang* 事件）、北京市第一中级人民法院二〇〇〇年十一月判決（二〇〇〇）一中民初字第四九号（*Wang* 事件）等がある。胡鴻高・趙麗梅編『網絡典型事例与法律法规匯編（国内部分）』（法律出版社二〇〇三年）一二五頁、一五一頁参照。
 - (11) 四条 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。
- (一) 原告が保護を請求する民事権が合法で有効であること。
 - (二) 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。

(三) 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を登録、使用する正当な理由がないこと。

(四) 被告の当該ドメイン名の登録、使用に悪意がある場合。

(12) 五条 被告の行為が以下に掲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ぬ。

(一) 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。

(二) 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。

(三) 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。

(四) ドメイン名を登録した後で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。

(五) その他の悪意を有するとき。

紛争発生前に、被告が拳証して、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。

(13) 『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——』(日本機械輸出組合二〇〇九年) 四六〇頁参照。

(14) 字井正一「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』(青林書院一九八五年) 四三〇頁、土肥一史「知的財産法入門(一一版)」(中央経済社二〇〇九年) 五九頁参照。

(15) 特許庁総務部総務課制度改正審議室編『平成一四年度改正産業財産権法の解説』(発明協会二〇二二年) 五一頁―五八

頁参照。

- (16) 前掲注(15)『平成一四年改正産業財産権法の解説』六一頁参照。
- (17) 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(第四版)』(有斐閣二〇一〇年)三〇九頁参照。
- (18) 東京地裁平成二二年六月二九日判決時一七二八号一〇一頁①事件。
- (19) 商標法実施条例三条は、「商標法及び本条例にいう商標の使用とは、商標を商品、商品の包装もしくは容器及び商品の取引文書上に用い又は商標を広告宣伝、展示及びその他の商業活動に用いることを含む」という定義規定を置いている。
- (20) 広東省仏山市中級人民法院二〇〇六年一月二二日判決(二〇〇六)仏中法民三終字第五号。
- (21) 日本法にいう主観的関連共同説。詳しくは、拙稿「ネットワーク環境における著作権保護の日中比較(二・完)——間接関与者の責任を中心に——」(阪大法字五八卷六号一〇四頁参照)。
- (22) 北京市海淀区人民法院二〇〇七年二月七日判決(二〇〇七)海民初字第七二三四号。
- (23) 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。
- (24) 上海市第二中級人民法院二〇〇八年六月二四日判決(二〇〇七)二中民五(知)滬初字第一四七号。
- (25) 日本法にいう客観的関連共同説。拙稿・前掲注(21)一〇四頁参照。
- (26) 広州市百雲区人民法院二〇〇八年五月二四日判決(二〇〇八)雲法民三初字第三号(二審)、広州市中級人民法院二〇〇九年一月判決(二〇〇八)穗中法民三終字第一一九号(控訴審)。
- (27) 注(19)参照。
- (28) 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。
- (29) 孔祥俊『商標与不正当竞争法原理和判例』(法律出版社二〇〇九)一七九頁参照。

- (30) 鄧宏光・易健雄「競備排名的關鍵詞何以侵害商標權」電子知識產權二〇〇八年八月五七頁參照。
- (31) 林婉琮「關鍵詞廣告商標侵權問題初探」科技與法律八八卷六号八三頁參照。
- (32) 同法理に關して、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』(二〇〇二年)二二頁以下が詳しい。
- (33) 黃武双・李進付「從售中『混淆』到『初始利益』」中華商標二〇〇七年一〇号四六頁、黃武双「搜索引擎服務商商標侵害責任的法理基礎」一八卷五号五五頁參照。
- (34) 魯敏「網絡關鍵字廣告商標侵權之探討」中華商標二〇〇五年四号四八頁、姚芳「網絡上的搜索引擎商標侵權權利」科技經濟市場二〇〇七年二号四六頁。
- (35) 張安琪「競備排名基本問題研究」科技創新與知識產權二〇一一年一三号二六頁參照。
- (36) 前出第一章第一節二參照。
- (37) 林華「商標遭遇關鍵詞劫持」中華商標二〇〇五年三号一四頁參照。
- (38) 張安琪・前掲注(35)二四頁參照。
- (39) なお、Google Adwords サービスに關連して、フランス破棄院から先行判決を求められた商標權者とGoogle フランス社との事件で、二〇一〇年三月三日に出された判決において欧州司法裁判所は、ISPによるサービスの提供が、「商標的使用」に該當しないと判断したが、ISPが責任を問われないのは、廣告主の直接的な商標侵權行為に對して積極的な役割を果たせず、かつ、侵權を知った後に速やかにデータの消去やリンクの切断などの救済措置を取った場合のみであるという立場を採った(<http://curia.europa.eu/juris/cgi-bin/form.pl?lang=EN&Submit=recherche&numaff=C-236/08>)。
- (40) 拙稿「ネットワーク環境における著作權保護の日中比較」(一)、(二・完)——間接關与者の責任を中心に——(阪大法学五八卷五号二四一頁、六号一〇一頁以下參照)。
- (41) 拙稿「電子商取引における商標權の保護と間接關与者の責任」(阪大法学六〇卷三号、二〇九頁以下參照)。
- (42) 黃武双・前掲注(33)「搜索引擎服務商商標侵權責任的法理基礎」一五五頁參照。

- (43) 楊立新「如何理解侵權責任法中網絡侵權責任」檢察日報二〇一〇年三月二二日三頁。
- (44) 全国人大法工委民法室『中華人民共和國侵權責任法』条文解釈与立法背景（人民法院出版社二〇一〇年）一五四—一五六頁、陳錦川「網絡服務提供者過錯認定的研究」知識產權二〇一一年二號五七頁參照。また、拙稿前掲注(41)二三頁以下も參照。
- (45) 佐藤恵太【**判批**】中央ロー・ジャーナル四卷二号一七頁注(一)。
- (46) 前掲注(15)『平成一四年改正産業財産権法の解説』五三—五四頁、青木博通「商標の使用とネット上の商標権侵害」**パテント**五四卷二一—二六頁參照。
- (47) 土肥一史「ネットワーク社会と商標」ジュリスト一二二七号三〇頁參照。
- (48) 大阪地裁平成一七年二月八日判決平成一六年(ワ)二〇三三三判時一九三四号一〇九頁。
- (49) 佐藤・前掲注(45)一六頁、上沼紫野【**判批**】**IPJ**判例速報二〇〇六年一〇号二四頁參照。
- (50) 青江「茶園・前掲注(17)三四頁、島並良【**判批**】小松陽一郎先生還暦記念『最新判例知財法』三七三頁（青林書院二〇〇八年）、宮脇正晴「メタタグと『商標としての使用』」**パテント**六二卷四号一八一頁、佐藤・前掲注(45)一八頁注(9)參照。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」**A I P P I**五三卷一—二二(二〇〇八)七七—八二頁は、あくまで視認性を要求する立場である。
- (51) 肯定説として、島並・前掲注(50)三七三頁がある。
- (52) 宮脇・前掲注(50)一八一—一八三頁、佐藤・前掲注(45)一六頁參照。
- (53) 青江「茶園・前掲注(17)三四—三二五頁參照。
- (54) 青江「茶園・前掲注(17)三二六頁、外川英明「サイバー空間における商標の使用」**パテント**六二卷四号一九七—一九八頁參照。
- (55) 土肥・前掲注(47)三〇頁、同「不正競争防止法の現状と課題」ジュリスト一三三六号一一二頁參照。
- (56) 青江「茶園・前掲注(17)三七頁參照。
- (57) 大阪地裁平成一九年九月二三日判決平成一三年(ワ)七四五八号。
- (58) 井奈波・前掲注(50)七七—八二頁參照。

- (59) 青江「茶園・前掲注(17)三二七頁参照。
- (60) 土肥・前掲注(47)三一頁参照。
- (61) 土肥・前掲注(47)三一頁、同前掲注(55)「不正競争防止法の現状と課題」一一二頁参照。
- (62) 土肥・前掲注(47)三〇頁参照。これに対し、井奈波・前掲注(50)七七二頁は、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。
- (63) 黄武双・前掲注(33)「搜索引擎服務商商標侵害責任的法理基礎」五六頁参照。