The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	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
Author(s)	陳, 思勤
Citation	阪大法学. 2010, 60(3), p. 209-235
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55094
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

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――

陳　思　勤

はじめに

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。情報の流通が著しく容易になっただけでなく、インターネットを利用した経済活動も活発に行われるようになった。その一例として、ネットショッピングとネットオークションなどの電子商取引を挙げることができよう。このような電子商取引は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。しかし一方では、インターネットという新しい技術を背景にした電子商取引から生じる法的紛争は、従来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る問題を生じている。

そこで、本稿では電子商取引における商標権侵害紛争、とりわけネットショップ又はオークション出品者（以下「ネットショップ等」という）の商標権侵害行為に着目して、インターネット上の商標権保護のあり方を検討したい。といっても、インターネット上の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行為、ある

いは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行為は、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（中国商標法五二条一号又は二号、[1] 日本商標法二条三項二号又は八号）、差止め及び損害賠償等の請求の対象となる。しかし、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、ネットショップ等だけではなく、これらの者による商標権侵害となる販売・広告行為に直接関与していないが、侵害情報の流通にかかわる形で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「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るが、それが可能かどうかは明らかではない。

つまり、ネットショップ等によって行われた商標権侵害行為について、インターネット上に取引の「場」を提供し、侵害情報を伝達したモール等運営者が責任を負うかどうか、どのような場合に責任を負うのか、について検討する必要があり、本稿の問題意識は、むしろこの点に向いている。

この比較的新しい問題は、法の整備ないし裁判例の蓄積によって解決されていくだろうが、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。そこで本稿では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たい。

第一章　中国法におけるモール等運営者の責任

第一節　裁判例

中国では、二〇〇五年ごろから、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。以下はその典型例を取り上げるが、これらの裁判例において、商標権者は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（裁判例二）と、ネットショップ等との共同不法行為を主張し、双方を訴えるケース（裁判例一と三）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五〇条二号[2]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、「二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」と定めた民法通則一三〇条[3]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。

1　裁判例一――二〇〇五年【宇宙星社対易趣社判決[4]】

宇宙星社は「T. B 2」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、「Yショップ」と略する）である。宇宙星社は、Yショップが易趣網において商標「T. B 2」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　裁判例二――二〇〇六年【一一月二一日社対易趣社判決[5]】

デンマーク法人 AKTIESELSKABET AF 21. NOVEMBER 2001 社（以下「一一月二一日社」）は登録商標「ONLY」、「VERO MODA」、「JACK & JONES」（以下「本件商標」）の商標権者である。一一月二一日社は、中国国内で直営店又は代理店を通じた販売方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、一一月二

一日社は、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、一一月二一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、易趣社は一一月二一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一一月二一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五〇条二号に定める「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一一月二一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、一一月二一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、商標法実施条例五〇条二号に基づく一一月二一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、一一月二一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、易趣社は一一月二一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。

3　裁判例三――二〇〇六年【PUMA 対淘宝社判決[6]】

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、「本件商標」）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、「淘宝社」）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・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四万軒以上見付け、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三〇〇元以上に設定しているため、ネットショップで三〇〇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一〇〇万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　裁判例のまとめ

以上取り上げた三つの事件において、モール等運営者の商標法実施条例五〇条二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、商標法実施条例五〇条二号の適用について、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、裁判例二は、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、裁判例二以外に、健康食品・化粧品会社の宝健社対淘宝社事件[7]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裁判例一と三では、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、裁判例三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[8]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、中国の裁判例は、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。

第二節　リアル空間における商店街運営者の責任との比較

1　二〇〇六年「秀水街判決」

中国では、上記三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[9]である。

CHANEL など有名ブランド会社五社（以下、「ブランド五社」）は、二〇〇四年四月から一〇月の間に、三回に分けて北京秀水街市場でブランド五社の著名商標が付された商品を購入した。そのうち一回目の購入後、ブランド五社は、販売者、店舗情報、及びこれらの商品がブランド五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、「秀水街」）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、ブランド五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に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、ブランド五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う義務も有するのであり、ブランド五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、秀水街はブランド五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　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三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[10]）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[11]）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。

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」[12]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。

第三節　インターネット上の著作権侵害における ISP の責任との比較

ところで、モール等運営者は広い意味ではインターネット上で情報サービスを提供するプロバイダ（ISP）といえるが、中国ではインターネット上の著作権保護に関する「情報ネットワーク伝達権保護条例」があり、同条例における著作権侵害行為に関連する ISP の責任などについて定めた規定が、商標権侵害行為に関連するモール等運営者の責任を論じる際にも参考になると考える。

「情報ネットワーク伝達権保護条例」一三条は、検索やリンクサービスを提供する ISP は、著作権者の通知を受けた後に、著作権侵害となるコンテンツなどへのリンクを解除した場合には、原則的に賠償責任を負わないとしながら、リンクしているコンテンツなどが著作権を侵害することを知り又は知り得るべきであった場合には、著作権侵害の責任を直接の侵害者と共同で負わなければならない、と定めている。[13] つまり同条例は、ISP が著作権侵害

行為を知りながらリンクを削除しない場合だけでなく、「知り得るべき」場合にも責任を認めることから、ISP に積極的な注意義務を課しているといえる。実際、同条例施行後の裁判例においては、ISP の音楽サイトとしての専門性を根拠に高い予見能力を有すると判断し、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し、過失による共同不法行為責任を負うべきと判断したものが見られるようになってきた。[14] 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責任について、事前審査義務を一切認めない前記の三つの裁判例とは対照的である。

第四節　まとめと若干の検討

上記のリアル空間における商店街運営者の責任、インターネット上の著作権侵害における ISP の責任との比較を念頭に、中国内の学説も参照しながら、とりわけ事前審査義務と事後救済義務を中心に、モール等運営者の責任を検討してみたい。

1　モール等運営者の事前審査義務について

裁判例は、ネットモールで取引される商品の量が膨大であるなどの理由で、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や、[15] 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がある。[16] その理由として、ネットショップ等の数は多く、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考えられよう。

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ものと主張する。(17)

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。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。完璧な実質審査ができないということは、全くそれをしなくて済むという結論には直結しないからである。

ここで取り上げた三つの裁判例が示しているように、中国ではネット上の偽ブランド品販売など商標権侵害行為がかなり広範に行われているといえ、モール等運営者の事前審査義務もこのような社会的状況と切り離して考えるべきではないと思われる。確かに、裁判例一において裁判所が指摘したように、「ネットショップの低い商品価格のみを根拠に、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ができない」が、商標権侵害の商品が存在する疑いが高い場合には、商標権者からの通知を待たなくても、モール等運営者は、事前に合理的な注意義務を果たし、商標権を侵害しないかを審査すべきであると考えられる。

実際に事前審査を行うには、モールに対する監視を続ける必要が生じ、コストが発生する。その審査コストは、

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。[18]

もちろん、合理的な注意義務としての事前審査義務の範囲を明確に画することは非常に困難である。それは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考えられる。[19] 限界事例の判断は難しいだろうが、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において、事前審査義務を果たさないモール等運営者は、過失による共同不法行為責任を負担すべきと考える。

2　モール等運営者の事後救済義務について

裁判例は、モール等運営者の事後救済義務について、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責任は生じないとしている。これに対して、侵害に関する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して、裁判例の立場に賛成する学説も見られる。[20]

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、モール等運営者の事前審査義務について述べたように、商標権者だけでなく、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、同様にコストが課されて当然というべきであろう。したがって、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及び商標権を有することが明らかであれば、商標権侵害の疑いがあることは十分明確であり、それ以上の証拠に関しては、モール等運営者は直ちに自ら調査して証拠を収集する義務があるというべきであり、証拠を伴わない通知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ると思われる。

第二章　日本法におけるモール等運営者の責任

第一節　モール等運営者の不法行為責任

商標権の侵害に基づく損害賠償責任は、他の財産権の侵害と同様に、不法行為責任の問題となるため、商標権者がモール等運営者に対して損害賠償責任を追及する場合にも、その法的根拠となるのは不法行為法である。具体的には、中国法と同様に、モール等運営者に対して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（民法七一九条）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、端的にモール等運営者に対して過失による不法行為責任を主張する方法が考えられる。

そして、いずれの方法を採る場合においても、モール等運営者の不法行為責任が認められる前提として、故意過失があることが必要であろう。つまり、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」があるかが問われることになる。

第二節　プロバイダ責任制限法とモール等運営者の故意過失の判断

平成一三年に成立した「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、「プロバイダ責任制限法」）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、サーバの管理・運営者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（一条）。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二点が含まれるが（三条）、本稿の目的上、前者の問題のみを取り上げる。

同法三条は、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（三条一項一号）、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（同二号）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、三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。

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、モール等運営者が、情報の送信防止など可能な措置を採らず、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、故意による不法行為責任を負うことになろう。問題はどのようにモール等運営者の過失を認定すべきか、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。[21] 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。[22]

また、プロバイダ責任制限法三条は、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、三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。[23]

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三条の趣旨を踏まえ、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、二〇〇五年に「プロバイダ責任制限法商標権関係ガイドライン（以下、「商標権関係ガイドライン」）」[24]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。[25] つまり、商標権者等の申出について証拠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[26]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。

中国法の状況を議論した前章第一節における用語を使用すれば、商標権関係ガイドラインは、中国の裁判例と違って、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ということができる。

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、[27] 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。

第三節　関連裁判例における注意義務の検討

日本では現在のところ、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責任が問われる裁判例はまだ見当たらないが、ネットオークションサービスを利用して詐欺被害に遭った数百名に上る利用者らが、同オークションサイト運営会社に対し、詐欺被害を生じさせないシステムを構築すべき契約又は不法行為法上の注意義務を怠ったとして、債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償を求めた事件がある。[28]

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「準則」）を策定・公表し、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。平成二〇年版

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り、つまり、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。[29] 本件は、まさに後者にいうシステムの構築・管理に関する事業者の義務が問われたケースである。

一審判決は、利用者らとサイト運営会社の間のオークション利用契約における信義則上、サイト運営会社には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、具体的な義務内容については、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し、サイト運営会社には、サービスを用いた詐欺が発生していた状況の下では、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した。もっとも、義務違反の有無に関しては、サイト運営会社が、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・拡充してきたため、上記義務違反を認めることができないとして、結論的にサイト運営会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、裁判所は踏み込んで当該義務の具体的な内容を論じ、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した点は、システムを構築し提供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おけるネットショップ等の商標権侵害行為に対する事前審

査義務の検討にとって参考になろう。

第四節　まとめ

前述したように、日本の不法行為法上、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え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、前記ネットオークション詐欺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。この点に関する議論の詳細は、次章に譲りたい。

第三章　日中の比較と若干の考察

既に述べたように、中国ではネットショップ等の商標権侵害行為に関するモール等運営者の責任に関する裁判例は、モール等運営者の事前審査義務を認めず、事後救済義務についてもかなり限定したものしか認めていないため、モール等運営者の過失による共同不法行為責任を追及することは困難である。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が、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[30]に似ている。

しかし、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かろう。インターネット上の著作権保護に関するその後の中国における法整備と裁判例の変化は正にこのことを証明しているといえる[31]。これに比べて、日本は、平成一三年という早い段階からプロバイダ責任制限法を制定し、著作権か商標権かに限定せず、モール等運営者を含むプロバイダの不法行為法上の損害賠償責任に関して、故意過失について一定の判断基準を明確にした点は、迅速性と先見性に勝るものと評価することができよう。

また、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、この点においても、日本における民間団体によって制定された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。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[32]、実際にも紛争予防の効果を十分にもたらしているとは言い難い。

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、侵害事実に対する抽象的な予見可能性は十分あるといえる。取引に係る情報の量が膨大ということは事実であるが、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収集に困難があるとはいえない。また、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。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。

これに対して、日本では、ネット上の商標権侵害に関するモール等運営者の責任が問われる裁判例がないことからも分かるように、この種の民事紛争がまだ少ないが、この事実は、モール等運営者が上記のような努力を払わなくてよいということを意味しない。紛争が少ないことは、国民の法意識もさることながら、効率的な刑事摘発によるところも多い。実際、日本でもネット上の商標権侵害事犯の摘発が少なくなく[33]、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。このような公共のコストによる努力を否定するつもりはないが、本来そのコストを負担すべきはモール等運営者であると思われる。したがって、侵害状況が少ない状況下では、モール等における商標権侵害行為に対する審査義務が幾分軽減することがあるかもしれないが、審査義務が全くないということにはならないだろう。

具体的な審査義務の内容としては、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、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も仕方がないと思われる。

むすびにかえて

本稿では、ネットショップ、オークション出品者による商標権侵害行為に対するモール、オークション等運営者の間接関与責任について、中国の裁判例を素材として、この分野に関する日中両国の立法さらには日本における行政・実務のガイドラインなどを比較分析した。その際に、モール等運営者が過失による不法行為責任を負うかどうか、負うとすれば注意義務の内容としての事前審査義務と事後救済義務はいかなるものかを中心に議論をした。

結論として、電子モール等運営者は合理的な注意義務を怠った場合に、過失によって不法行為責任を負うべきであり、この場合の注意義務の内容として、ネットショップ等による商標権侵害行為につき、商標権者等から合理的な根拠を伴った通知を受ければ、モール等運営者には送信停止措置を含む必要な措置をとるという事後救済義務があるだけでなく、そのような通知がなくても、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、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考える。

なお、中国では二〇〇九年一二月二六日に新たに権利侵害責任法（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。同法三六条はISPの責任を定めた規定であり、同条二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。[34] 二項は本稿でいう事後救済義務に関する規定であると考えられ、権利者の通知に証拠を伴うことを要求していない点を考えれば、本稿で取り上げた従来の裁判例よりも一歩踏み込んだといえる。しかし、三項はISPの「知り得るべき」場合に責任を負うことを規定していないことから、ISPの事前審査義務を一般的に否定しているように読める。[35] もっとも、三項にいう「知りながら」を現実に侵害行為を知っているというISPの主観的認識に限定して理解すれば、権利者にとってその立証は通常極めて難しいと考えられ、同項の存在意義を失いかねない。さらに、ネットワーク上の著作権侵害行為を知り又は知り得るべきであった場合に、ISPが連帯責任を負うと規定する前記「情報ネットワーク伝達権保護条例」二三条は、権利侵害責任法が制定施行された現在においても、引き続き有効であることを考えれば、権利侵害責任法三六条三項の「知りながら」に、「知り得るべき」が含まれると解することは不可能ではない。仮に「情報ネットワーク伝達権保護条例」二三条を権利侵害責任法三六条の特別法と位置づけて、三六条三項に「知り得るべき」ことは含まれず、同項はISPの責任を制限的に規定していると解しても、商標権侵害行為は著作権侵害行為に準じて扱うべきであり、三六条三項は名誉毀損など言論の自由とのバランスが問われる事件に限定して適用することが望ましい。いずれにしても、新「権利侵害責任法」三六条の解釈を含むこれらの問題について、今後の中国における学説と裁判例の展開に注目したい。

(1)　中国法は、商標権侵害行為を具体的に列挙する方式を採っている。商標法五二条は五つの行為を、登録商標を侵害する行為として規定している。その一号によれば、「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」、二号によれば、「登録商標専用権を侵害する商品を販売すること」は、それぞれ商標権侵害行為である。なお、同条五号はいわゆる包括条項であり、「他人の登録商標専用権にその他の損害を与えること」を商標権侵害行為と定めているが、商標法よりも下位の裁判規範である商標法実施条例五〇条などにおいて、上記商標法

五二条五号に含まれる具体的な商標権侵害行為が定められている。

(2) 商標法実施条例五〇条について、前掲注(1)参照。

(3) 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。

(4) 山東省青島市中級人民法院二〇〇五年六月一三日判決(二〇〇五)青民三初字第四〇四号。

(5) 上海市第一中級人民法院二〇〇六年八月二一日判決(二〇〇五)沪一中民五(知)初第三七一号。

(6) 広東省広州市中級人民法院二〇〇六年一〇月八日判決(二〇〇六)穂中法民三初字第一七九号。

(7) 浙江省杭州市西湖区人民法院二〇〇九年三月二日判決(二〇〇九)杭西知初字第一一号。

(8) 浙江省杭州市中級人民法院二〇〇六年四月三日判決(二〇〇五)杭民三初字第三六七号。

(9) 北京市第二中級人民法院二〇〇五年一二月一九日判決(二〇〇五)二中民初字第一三五九六号等(一審)、北京市高級人民法院二〇〇六年四月一八日判決(二〇〇六)高民終字第三三三号、三三四号、三三五号、三三六号、三三七号(控訴審)。

(10) 上海市第一中級人民法院二〇〇九年一〇月二六日判決(二〇〇九)沪一中民五(知)初字第二一一号。

(11) 広州市中級人民法院二〇〇五年一一月二六日判決(二〇〇五)穂中法民三知初字第九七号。

(12) http://service.taobao.com/support/knowledge-1104783.htm(二〇一〇年七月二五日)

(13) 本条例について、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——」阪大法学五八巻六号一一二頁参照。

(14) 同上一一三—一一四頁参照。

(15) 王洪海「電子モールの法的地位——ある商標権侵害事件を素材に」電子知識産権二〇〇五年一〇号五七頁。

(16) 沈吉利「電子モール運営者の法的位置づけについての分析」広東商学院学報二〇〇三年三号九〇頁。

(17) 応振芳「判決と文章構成——二つの淘宝事件からの思考」電子知識産権二〇〇八年六号五二—五三頁。

(18) 林広海=張学軍「P-Pネットサービス提供者の不法行為責任の認定」人民司法二〇〇九年二二号四九頁参照。

(19) 同上四八頁参照。

(20) 銭華兵「電子商取引において電子モール運営者が商標権侵害責任についての研究——淘宝網が商標権侵害を問われた

件から」法学と実践二〇〇七年五号六三―六四頁。

(21) 総務省「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――逐条解説――」（平成一四年五月）一二頁。

(22) 同上。

(23) 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」民商法雑誌一三三巻四・五号、六七一―六七三頁参照。

(24) http://www.telesa.or.jp/consortium/provider/pdf/trademark_guideline_050721.pdf 上で入手可能（二〇一〇年九月五日）。

(25) 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六頁。

(26) 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一〇―一一頁。

(27) 商標権関係ガイドライン六頁。

(28) 名古屋地裁平成二〇年三月二八日判決判時二〇二九号八九頁、名古屋高裁平成二〇年一一月一一日判決平成二〇年（ネ）四二四号（控訴審）。

(29) 経済産業省「電子商取引及び情報財取引等に関する準則」（平成二〇年八月）五六―五九頁以下参照。

(30) 拙稿・前掲注(13)(二)一〇二―一〇五頁。

(31) 拙稿・前掲注(13)(二)一一一―一一五頁。

(32) 二〇〇五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、その二四条は、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。

(33) 警察庁生活安全局生活経済対策管理官「平成二一年中における生活経済事犯の検挙状況について」参照、次のサイトより入手可能（二〇一〇年九月五日）http://www.npa.go.jp/safetylife/seikan25/h21_seikejihan.pdf

(34) 二項　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。

三項　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、『現行中華人民共和国六法』を参照した。）

(35) このように解する見解として、楊立新「権利侵害責任法におけるネットワーク上の権利侵害責任を如何に理解すべきか」検察日報二〇一〇年三月三一日三面。