

# 13 商標権侵害に係るインターネット・サービス・プロバイダの責任： 欧州・フランス・ドイツ・日本の比較法的見地から<sup>(\*)</sup>

招へい研究者 畑中 麻子<sup>(\*\*)</sup>

日本の警察当局が2011年に押収した高級ブランド製品模倣品の53.4%がインターネット上で販売されたものである。インターネット・サービス・プロバイダと高級ブランドの商標権者との間の紛争が法廷で争われている欧州における状況と異なり、日本では、この二者間は様々な方法で協調的パートナーシップを構築することに成功しているが、このような日本での運用については、成功モデルとして世界で十分な注意が払われていない。国際社会においてもこの問題は解決が待たれている。なぜなら、WIPOの常設委員会での議論や、模倣品海賊版拡散防止条約において、この点については国際的な合意は得られなかったためである。したがって、インターネットが国境を越えた性質を伴うものであるにもかかわらず、同問題の解決は国内法にゆだねられた。以上を踏まえ、この研究の主目的は、欧州と日本における比較法研究を通じて商標権侵害に係るインターネット・サービス・プロバイダの責任に関して適切な解決方法を見いだすことにある。そのためには、次の諸問題について究明することが課題となる。すなわち、インターネット・サービス・プロバイダはサイト上での商標の使用についてどの程度の監視義務を負うのか、またどのようにしてその注意義務を法的に担保するのか、ということである。

## 序論

インターネットの出現により、知的財産権の行使は、特に次の二つの側面においてますます複雑化した。第一の側面は、侵害行為に重要な役割を果たす者として中間業者が介在していることである。第二の側面は、インターネットのユビキタスな性質が起因し、各国内法の違いを超えた世界規模での何らかの統一的規則が必要とされていることである<sup>1</sup>。

本稿では、インターネット上における商標権侵害をインターネット・サービス・プロバイダの視点から取り上げ、その責任の範囲を比較法に基づき検討する。そのためには、インターネットのオークションサイト、ショッピングモール等のサービス上で使用される商標に関し、プロバイダがどの程度の監視義務を負うのか、またその責任をどのようにして法的に担保すべきかという二つの問題を解明する必要がある。

## I. プロバイダ、商標権者及び消費者： 不正商標商品による混乱

インターネットの広い普及と利便性により、インターネット上における商標権侵害は、オフラインの世界よりも複雑な当事者が関わりあっている。インターネット上の商標権侵害をめぐる当事者は、商標権者、販売者すなわち出店者（プロバイダの利用者）、プロバイダ及び消費者（オークシ

ョンサイトやショッピングモールでの購入者）などである。ここで問題となるのは、プロバイダをはじめとする中間業者の果たす役割は、知的財産権の法規範形成において当初は想定されていなかったという点である。その上、これらの当事者はそれぞれ侵害行為の結果に対する責務を肯定的、あるいは否定的に捉えるため、侵害をめぐる様々な利益の相反が存在する。

他方、商標権が侵害されており、特に高級な商品のブランドオーナーに多大な損害が生じていることは明白な事実である。このため、折り合いをつけがたいジレンマが存在するにもかかわらず、当事者の誰か（又は共同で）が侵害結果を代償しなければならないという結果を招いている。

### 1. インターネット上の不正商標商品をめぐる問題点

#### (1) インターネットにより歪められた商標と不正商標商品の相互関係

諸般の統計が明らかにするように、インターネットがオークションサイトやショッピングモール上における商標権侵害に及ぼした影響は甚大である。インターネットは商標を付した商品・サービスの流通を技術的にますます容易にし、地域範囲を拡大し、また、取引時間を短縮した。この結果、バーチャル空間が、国境の税関、実際の販売地といった従来の侵害発見場所にとって代わるようになり、把握が困難となっている。

#### (2) 職権による認定手続の欠如

オフラインの世界では、侵害の発見は空や陸地の警察、

(\*) これは特許庁委託平成23年度産業財産権研究推進事業(平成23～25年度)報告書の英文要約を和訳したものである。和訳文の表現、記載の誤りについては、すべて(一財)知的財産研究所の責任である。和訳文が不明確な場合は、原文が優先するものとする。

(\*\*) フランス・ストラスブール大学国際知的財産センター(CEIP)博士課程在籍

税関といった行政機関の任務であった。これらの当局は、職権に基づいて不正商標商品を押収する権能を与えられている<sup>2</sup>。しかしながら、オンラインの世界では不正商標商品の発見はほとんど目に見えない。インターネット上における当事者には職権による処分権はなく、このため、商標権侵害を前に伝統的手法はその意義を喪失している。

## 2. プロバイダと商標権者間のジレンマ

プロバイダ自体の事業に伴う責任の範囲に関する明確な指針がないため、前述した社会の変容は次のような問題を呈している。インターネットのオークションやショッピングモールにおける商標権侵害に対して法的責任を負う主体は誰なのか。プロバイダが責任を負わないと主張する一方、商標権者はプロバイダの責任を強く主張する。しかし、このように争っていても侵害の件数が減少したり、模倣品が根絶されたりするわけではなく、これらの当事者間では商標権侵害に係る対処方法についてジレンマを生じている。

### (1) プロバイダの役割:

インターネット上のオークションサイト及びショッピングモールを例として

プロバイダは、肯定的に評価される社会的役割と、潜在的な悪影響の狭間に立っている。このため、プロバイダの法的位置付けは単なる仲介人(プロバイダ)から知的財産権の侵害者となるという、予期しない結果に見舞われている。プロバイダは、個々の商標権者や消費者と比べて、保持している情報の性質、資金力、更には侵害行為の上流にあるという点において、侵害対処能力が高い。このため、不正商標商品に対処するのに最もふさわしい立場にあると言える<sup>3</sup>。

### (2) 権利行使における商標権者の過重負担

Hiltyは、「権利侵害」は侵害者の意図と、係争対象の商品の類似程度によって分類すべきだとする。「同一的使用」には「不正商標商品」(すなわち、商標権侵害)が含まれ、侵害者の側が知的財産権の保護に係る法規範を遵守する意思がないことを裏付けるものである。以上のことから、インターネットのオークションサイトやショッピングモール上で発生する商標権侵害は、商標の「同一的使用」に該当し、商標権者の立場からは害悪でしかない。

### (3) 協調と対立の二択

前述の状況において、プロバイダと商標権者は、相互に協力すべきか、それとも対立するのかというジレンマを抱えている。この点に関する見解は日本と欧州とは異なっており、そのため、インターネットのオークションサイトやショッピングモールの運営方法に関して異なった結果が生じている。欧州では、インターネットのオークションサイト運営者と高級ブランドの商標権者との紛争が法廷で争われているが、日

本では多くの面での協調的關係が確立しているようである。

#### (i) 日本の協調モデル

日本における友好的な状態の秘訣はプロバイダと商標権者間の協調体制にあり、両者の対立は訴訟という形では顕在化しない。いわゆる「日本式アプローチ」は、両者にとって共通目的である模倣品撲滅に向けた効果的な対処方法を協働して確立することを目指している。

実務上は、日本式アプローチの成功は実体法に伴うガイドラインの効率的活用により裏付けられている。法制定後ガイドラインによって実体法を補足するルールが導入され、商標権侵害にも適用されることとなった。

#### (ii) 欧州における対立構造

日本における一見協調的な状態とは異なり、欧州では日本と比べて多くの問題点に直面している。著名商標権者と、eBayをはじめとするプロバイダとの訴訟が数多く提起されている。このように、欧州では関係者が対立しており、その結果、プロバイダの責任範囲の確定は司法の場に委ねられている。

## 3. 消費者と不正商標商品

一方、消費者も、偽ブランド品を購入したいという欲求と罪悪感の狭間において「両面的な役割」を果たすようになった<sup>4</sup>。しかし、健全な消費者が経済的損失、健康上や安全上のリスクを被らないようにすること、また、商標の出所表示機能を保護することが商標法規範の根拠であることには変わりがない。

## II. 商標権侵害に係るプロバイダの責任をめぐる法制度の比較分析

当事者間の構造が異なるため、プロバイダの責任をより明確に理解するには日本よりも判例が豊富な欧州の状況を検討する必要がある。フランスの法廷では、そもそもプロバイダに責任を負わせるべきか否かの決定に躊躇する姿勢を見せているが、ドイツでは、プロバイダに対して当初から強硬な姿勢を取っており、責任範囲の明確化が焦点となった。

### 1. 責任の性質: 免責と特権

日本においては、プロバイダの免責の概念は、法利益の侵害に対してプロバイダに作為義務があるかどうか明らかでない点が根拠になっている。対照的に、ドイツでは、プロバイダの立場は特権として位置付けられている。プロバイダの責任(*Verantwortlichkeit*)について定めた当初の規定は「自己責任」という原則が前提となっている(*Einstehenmüssen*)<sup>5</sup>。両者に共通する理解は、プロバイダ

が、違法とみなされる情報を削除する義務、又はアクセス禁止とする義務は、技術的に可能な範囲に制限されているということである<sup>6</sup>。

## 2. 責任の範囲

欧州では、法律上明示的か黙示的かにかかわらず、プロバイダの責任の範囲は民事責任及び刑事責任の双方におよぶ。フランスのLCEN法(*loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*)は、民事上・刑事上の責任を免除するのに明示的な方法を採用している<sup>7</sup>。これとは異なり、ドイツのTMG法(*Telemediengesetz*)<sup>8</sup>及び電子商取引指令<sup>9</sup>は、この点に関して黙示的な定めをおくことを選択した。日本では、上記とは異なり、民事責任(損害賠償責任)のみが免責の対象となる。

## 3. 責任の基準及び注意義務の程度の明確化

各国の責任基準の判断方法を見ると、裁判所による判断は様々であることが分かる。欧州、フランス、ドイツ及び日本に共通する認識は、プロバイダがインターネットのオークションサイトやショッピングモールにおいて侵害される商標の利用主体ではないという点である。その一方で、商標権侵害との因果関係に係る判断が異なるため、プロバイダに課される責任及び義務の程度も異なる可能性がある。

### (1) インターネット上のオークションサイト及びショッピングモールにおける商標の使用主体

インターネットのオークションサイトやショッピングモールで標章を表示することは、国を問わず商標法上の商標の「使用」に該当するというのが共通認識である<sup>10</sup>。

### (2) 主体及び客体の問題

責任の判断基準については更に次のような問題が生じる。それは、侵害行為の主体と客体のどちらに着目して判断すべきか、という問題点である。インターネットのオークションサイトやショッピングモールにおいては、侵害行為の客体は情報がプロバイダから送られたものかどうかを問わず、情報を意味する。これに対して、侵害主体を問題とする場合は送信者の類型が問題となる。

#### (i) 客体が問題となる場合:ドイツのアプローチ

ドイツでは、情報の客体の性質に関して法律上の判断基準が設けられている。このため、法律上、プロバイダ自身の情報と第三者の情報は明確に区別されており、情報が第三者から送信された場合にはプロバイダの責任には特権が適用される。従って、情報が自己に固有でないことを明確に立証できる限り、プロバイダが提供するサービスの種類はあまり問題とならない。

#### (ii) 主体が問題となる場合:欧州、フランス及び日本の

### アプローチ

前述のドイツのアプローチとは異なり、フランスと日本は、判断の主たる基軸を情報の主体の性質に求めている。従って、問題となるのは情報ではなく、情報の発信者の類型である。このようなアプローチは、「送信者」の限定に関する客観的な判断を必要とする。

### (3) 不法行為責任と間接侵害

商標権侵害を直接行うのはプロバイダではないため、その関与程度の判定に適用される判断基準は、不法行為責任又は間接侵害に依拠する。前者では不法行為者による不法行為全般が問題となるのに対して、後者では実際に発生した侵害の範囲に限定される<sup>11</sup>。この違いが結果的に注意義務の程度の相違へとつながるのである。ドイツにおいては期待可能性という判断基準が間接侵害の責任範囲の上限を画する役割を果たしている。一方、フランスでは、不法行為責任に依拠した注意義務には上限がないため、裁判所がプロバイダに対して厳しい義務を課す余地がより多く残されることになる。下記に紹介する中国、欧州、フランス、ドイツ、日本及び英国の判例は、代表的なプロバイダであるeBayを被告とするものであり、様々なアプローチとその帰結を示している。

#### (i) 不法行為責任

フランスの裁判所は、不法行為責任をもとにプロバイダの責任について判断している。また、英国と中国でも、フランスに準じた共同不法行為責任の適用がみられる。

#### (a) フランスのアプローチ

フランスの裁判所は、インターネットのオークションサイト上で行われる商標権侵害に対するプロバイダの責任の有無を判断するに当たり、欧州連合司法裁判所と協調的な見解を採用している。プロバイダの役割が決定的判断要因とし、注意義務違反に基づく不法行為を問うものである。しかし、どのような行為を「積極的な役割」とみなすべきかについては流動的な姿勢をとっており、裁判所毎にプロバイダがホスティング・プロバイダ、ブローカー、エディターのうちどれであるかの判断について煮え切らない態度をとっている。

このようなフランス式アプローチには、次のような欠陥がある。プロバイダが果たした役割に係る判定は司法判断が事実認定に依拠したものとならざるを得ず、関係者にとって責任の帰結を予測することが困難であるという点である。プロバイダ側にこうした高い水準の注意義務を求めることは、不正商標商品による重大な損害のリスクとその対策に係る費用対効果の均衡がとれる場合のみのみ正当化されるはずである。

#### (b) 共同不法行為責任

英国では、eBayは第三者による侵害の防止義務を負う

と判示されたが、共同不法行為の成立については棄却された<sup>12</sup>。英国とは対照的に、中国では、関連法規の適用によって共同不法行為が成立する<sup>13</sup>。

#### (ii) 間接侵害

ドイツにおいてはプロバイダに対して間接侵害の適用は非常に具体的に限定されている。一連のドイツ連邦裁判所(BGH)判例による精度化はプロバイダに課される責任及び義務の範囲をより明確にするものである。一方、日本の判例はまだ初期段階にあるといえよう。

##### (a) ドイツにおける妨害者侵害法理

ドイツの裁判所は、プロバイダ責任の判断基準を寄与責任、不正競争防止法上の直接責任などの選択肢の中で、間接侵害(いわゆる「妨害者侵害法理(Störerhaftung)」)に求めている<sup>14</sup>。この点に関する判例は豊富であり、インターネット上の中間業者に対する姿勢が厳格であることは明白である。また、判例の展開は、プロバイダに課される注意義務の程度にまで及んでいる。

要約すると、BGHの判例によれば、権利者からの最初の通報さえあれば責任が発生し、また、また、市場の健全性(すなわち、商標権侵害の潜在的可能性や再発のない状況における新たなオークションサイトの開設)を担保する必要性を示唆するものである<sup>15</sup>。もっとも、後者については侵害の発生のおそれについて主観的な判断を必要とするため、プロバイダは念のため広範囲な注意義務を尽くす必要に迫られる。

##### (b) 日本における間接侵害の適用可能性

商標権の間接侵害に基づく責任については、日本では商標法第三十七条に明記されている<sup>16</sup>。最近になって商標権の間接侵害に係る論点を取り挙げたチュッパチャブス事件判決が下されたが、様々な見解が出されている<sup>17</sup>。知的財産高等裁判所によって明示された判断基準は、幫助行為を行うプロバイダに対して商標法第三十七条に基づく間接侵害及び差止めを適用するという新たな解釈論を示しており、商標権侵害に係る幫助行為の抑制という積極的効果をもたらすものとして評価されよう。もっとも、判例の文言には迷いが見受けられ、本事件を実際の間接侵害とみなすべきか、それとも「カラオケ法理」による直接侵害の拡張と考えるべきかは不明瞭である。

## 4. 責任の帰結

上述の責任に係る認定は、商標権侵害に対する差止め命令及び損害賠償を伴うものである。もっとも、責任論の根拠次第で責任の範囲及び様態は異なる。

### (1) 差止めの法的根拠

上記セクションII.2における考察においては問題が一つ残っている。すなわち、直接侵害行為を行わないプロバ

イダをはじめとする中間業者に対して差止めを命ずる正当化根拠はどこにあるのかという点である。比較分析は、この問いに対して複数の回答があることを示唆している。

### (2) 差止めの範囲

差止めの範囲に関しては、差し迫った侵害の阻止のみを目的とするのか、それとも将来における侵害に対する措置も含むのか、更に疑問が生じる。ドイツと日本では、法律上における明文規定により双方が含まれる。欧州では、欧州連合司法裁判所が大胆にもエンフォースメント指令第11条の解釈を予防措置に拡大することを容認した。

### (3) 義務付けが可能な措置の範囲: 一般的監視義務の可能性

プロバイダに課される責任に基づき求められる措置の範囲は、その根拠が不法行為責任であるか、それとも間接侵害であるかによって異なり得る。不法行為責任は、フランスのように侵害防止の目的で侵害従前に適切なフィルタリングをかける義務を課す根拠となる。ドイツの妨害者侵害法理においては、特に将来の侵害発生可能性が高い場合に従前・従後の二重の義務が生じる。このため、判断の基軸は、プロバイダを商標権侵害に係る行為様態について責めを帰すべきか(フランスのアプローチ)、それとも侵害結果を根拠とすべきか(ドイツ及び日本のアプローチ)という点にある。フランスでは、不法行為責任は過失により発生するが、ドイツ及び日本では知的財産権に本来備わっている絶対的性質が根拠となる。

問題は義務付けが可能な措置の範囲が広く、それ自体は禁止されていない高水準の注意義務<sup>18</sup>と、一定の制限を受ける一般的監視義務<sup>19</sup>との区別が困難であるという点である。

現状では、フィルタリングの仕組みが実行可能であるという要件が、一般的監視義務の一手手前で防波堤的役割を果たしている。こうした仕組みは業界水準に沿ったものとすべきである。そうでないとプロバイダがフィルタリング技術を向上させるインセンティブが必要となり、非営利団体や民間企業に対する義務付けが難しくなるためである。結果的に、欧州では権利者側に偏り断片的な帰結をもたらす危険を孕んだ傾向が続き、司法判断への依存度がより高まるであろう<sup>20</sup>。

## 5. 今後の展開

欧州における二つの潮流について言及するために、プロバイダに係る責任に関する注目すべき動向について触れる。プロバイダのサービスを種類別に区別し、しかるべき責任を割り当てるのはセンシティブな作業であり、あらかじめ政策方針を策定しておくことが必要となる。このような作業の実現可能性が低いことは、フランスとドイツで過去に提

案されたが採択に至らなかった法案が既に証明している。

欧州全土の動きとしては、プロバイダと商標権者の間で覚書(MoU)が締結され、欧州委員会によって肯定的に評価されている<sup>21</sup>。

## 結論

商標権侵害に関するプロバイダ責任をめぐる法制度の比較分析の結果、責任の範囲・程度あるいは注意義務の義務付けが可能な範囲が、インターネットの中立性に大きく影響を及ぼすことが明らかになった。権利保護を目的とする知的財産権法規範及びインターネットの社会的利益のバランスを図る必要があるが、適切な位置付けを確定する作業はまだ残された課題である。

インターネットのオークションサイトやショッピングモールにおける商標権侵害に関する法的諸問題については、知名度が余り高くない商標権の行使という問題を除いては、法制度及び解決へ向けた手段は尽くされ、小康状態にあるといえよう。法的観点からは、プロバイダが自由を確保する余地は余りないといえる。しかしながら、今後商標のデジタル化が進み、インターネット上のサービスが発展することにより、現行制度が機能するかどうか問題となる日が来るだろうし、商標使用の概念について新たな解釈が必要となるかもしれない。それは、今後の侵害の規模や、更には「ホスティング」やその他現在の実体法に定められたサービスを超えるようなサービスの性質に左右されるだろう。

<sup>18</sup> 電子商取引指令前文48。

<sup>19</sup> ヨーロッパに関しては、電子商取引指令15条(1)及び欧州司法裁判所判決C360/10(SABAM/Netlog NV)参照。この事件では、予防対策として、全ユーザーに無差別に適用されるフィルタリングシステムを無期限で設置することを求めるための差止請求について、EU法上は禁止されると判断された。日本では、プロバイダ責任制限法上、黙示的に一般的監視が禁止されることが指摘されている。

<sup>20</sup> Spindler G. et al. “Study on the liability of Internet intermediaries” (11.12.2007) at 22-23参照。

<sup>21</sup> European Commission “Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the functioning of the Memorandum of Understanding on the Sale of Counterfeit Goods via the Internet” (18.4.2013) COM(2013) 209 final, at 8 *et seq.*

<sup>1</sup> WIPO SCT/25/3 at para. 58を参照。

<sup>2</sup> 2003年7月22日付欧州理事会規則1383/2003第4条及び第9条、及び、日本の関税法(昭和29年4月2日法律第61号)第69条の3及び第69条の12。

<sup>3</sup> 例えば、Spindler G. et al. “TDG Kommentar” (CH Beck, 2004) 169頁参照。

<sup>4</sup> Vrin O. et al. (eds.) “Enforcement of intellectual property rights through border measures: Law and practice in the EU” (2nd ed., Oxford University Press, 2012) at 21.

<sup>5</sup> Cf. §5 of TDG (*Gesetz über die Nutzung von Telediensten*) and BT-Dr. 13/7385 at 19.

<sup>6</sup> 日本のプロバイダ責任制限法第3条1項、ドイツのTDG法第5条を比較せよ。

<sup>7</sup> フランスのLCEN(*loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*)第6-I-2条(民事責任に関して)及び第6-I-3条(刑事責任に関して)。

<sup>8</sup> ドイツTMG法(*Telemediengesetz* vom 26. Februar 2007, BGBl. I S. 179)の第10条では、プロバイダが「責任を負わない(*nicht verantwortlich*)」と定めるのみであるが、民事責任・刑事責任を意味することが意図されている(BT-Drs Nr. 14/6098 at 23参照)。

<sup>9</sup> 電子商取引指令第14条。

<sup>10</sup> 下記の関連判例参照。欧州連合司法裁判所(Case C324/09, L'Oréal et al. / eBay, at paras. 101 and 105)、ドイツ(BGH *Internet Versteigerung I*, GRUR 2004, 860 at 861)、フランス(Hermès International c. eBay France et al., TGI Troyes, civ., 4 juin 2008)、日本(東京地判平成22年8月31日(平成21年(ワ)第33872号)判時2127号87頁)。

<sup>11</sup> Ensthaler J. and Heinemann M. “Die Fortentwicklung der Providerhaftung durch die Rechtsprechung” GRUR 2012, 433 at 436.

<sup>12</sup> L'Oréal SA & Ors v eBay International AG & Ors [2009] EWHC 1094 (Ch) (22 May 2009) at paras. 373 and 382.

<sup>13</sup> 上海市第一中级人民法院2011年4月25日判決(2011)沪一中民五(知)終字第40号。

<sup>14</sup> Hoeren T. and Yankova S. “The Liability of Internet Intermediaries – The German Perspective” IIC 2012, 501 at 503-506.

<sup>15</sup> Lement C. “Störerhaftung eines Internetauktionshauses bei Fremdversteigerungen” GRUR 2007, 708 at 713.

<sup>16</sup> 日本の商標法(1959年4月13日法律第127号)

<sup>17</sup> 東京地判平成22年8月31日(平成21年(ワ)第33872号)判時2127号87頁、知財高判平成24年2月14日(平成22年(ネ)第10076号)判時2161号86頁、チュッパチャップス事件。