

17 インターネット上における商標権の保護

— 日中比較を中心として — (*)

特別研究員 陳思勤

インターネット技術の更なる発展は、サイバースペース上の新たな形態の商標権保護の問題を提起している。例えば、いわゆる「検索連動型広告」と呼ばれるサービスにおける検索キーワードと商標権の抵触をめぐる紛争はその一例である。サービスの利用者が、他人の商標もしくはその一部を自社の検索キーワードとして登録したことに対して、商標権者から商標権の侵害として訴えられる紛争であるが、特徴的なのは、サービスを利用する直接の行為者だけでなく、サービスを提供している間接関与者としてのISPの責任も問われる点である。中国では、Google(中国)社、中国の検索エンジン最大手の百度社が相次いでこのような訴訟に巻き込まれているが、法律の明文規定を欠くことから、裁判例にばらつきが見られるところである。これは、法的安定性や予見可能性の観点からみれば問題であり、権利の保護や紛争の予防に大きな困難をもたらしている。日本においても、同種問題の存在を指摘する文献はあるが、詳細な研究はなお十分になされていないように思われる。

本研究では、上記のような新種の事例などに代表されるインターネット環境における商標権保護の問題について、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した。

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権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的な存在として、ドメイン名と商標権の抵触問題については、日中両国において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、新たなタイプのインターネット上の商標権侵害に関する紛争が生じている。こういった紛争は、日中両国において裁判にまで発展しているが、とりわけ中国における裁判例は数と種類共に豊富である。

本研究では、このような中国における裁判例を取り上げ、さらに日本の状況と照らし合わせて、日中両国におけるインターネット上の商標権保護の現状を比較して問題点を明らかにした上、その在り方を検討したい。

I. インターネット上における商標保護関連法規及びこれまでの主な紛争類型と法の整備

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、商標法及

び商標法实施条例、並びに商標事件司法解釈において具体的に九つの侵害行為の類型を列挙すると同時に、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多くない。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。

そして、不正競争行為について、中国不正競争防止法は、商標法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。

さらに、著名商標に与える保護は、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。つまり、著名商標が特に受ける保護について、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

(*) これは特許庁委託平成20年度産業財産権研究推進事業(平成20~22年度)報告書の要約である。

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。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いえるが、これに対して、中国法における類似の規定は、不正競争防止法ではなく、商標法関係規定に定められている。すなわち、商標事件司法解釈1条2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1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。

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。

II. 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間接関与責任

1. 中国におけるモール等運営者の責任

中国においてネットショップ等による偽ブランドの販売に関する商標権侵害の裁判例では、商標権者は、ネットショップに電子商取引を提供するモール等運営者に対して、商標権者の通知を受ける前に自発的に取引される商品を審査する義務(事前審査義務)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(事後救済義務)を果たさなかったこと等を理由に、直接侵害者であるショップの行為を幫助したとして、共同不法行為責任を主張するケースが少なくないが、裁判所はおおむね否定的な立場を取っている。

各判決は、ほぼ共通して、モール等運営者が商標権侵害商品であることを知りながら取引関連情報の伝達をすれば責任が生ずることを認めているが、モール等運営者の事前審査義務について、商品の量がばくばくで審査が現実的ではないなどの理由でこれを否定し、事後救済義務についても、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。つまり、これらの裁判例では、モール等運営者の合理的な注意義務について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は情報を削除する義務がないといっているのに等しく、事前的に審査する義務はおろか、通知を受けた後にもモール等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る。

2. 日本におけるモール等運営者の責任

日本の不法行為法及びプロバイダ責任制限法上、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、モール等運営者が共同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は、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、直接商標権侵害に関連する事件ではないが、ネットオークション詐欺事件において、裁判所は、ネットオークション運営者の注意義務として、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されるべきとした点は、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、さらには前述した共同不法行為責任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る。

3. 日中の比較及び結論

ネットショップ等による商標権侵害行為に関するモール等運営者の責任について共同不法行為責任が問われる可能性がある点では日中が共通している。

中国では、ネットショップ等による商標権侵害行為に関するモール等運営者の責任について、直接に規律する法規定を欠き、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が困難である。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うかがえるが、この状況は、「情報ネットワーク伝達権保護条例」が制定されるまで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に似ている。

しかし、事前審査が困難であっても、特別な立法があれば別だが、過失の認定に際して考慮すべき要素の一つにはなっても、過失責任主義の原則を曲げる根拠にはなり得ない。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。これに比べて、日本は、平成13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責任について、過失責任主義が妥当するという姿勢を明らかにした点は、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する。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、実際にも紛争予防の効果をもたらしていないといわなければならない。

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。モール等運営者がネットショップ等の商標権侵害となる取引からも実質的に利益を得ている

ことなどから考えても、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、日本では中国のような、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分かるように、この種の民事紛争はまだ少ないが、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ことも多い。実際、日本でもネット上の商標権侵害事犯の摘発が後を絶たない。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、侵害状況が少ない事実は、モール等における商標権侵害行為に対する審査義務を軽減することができるとしても、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、次章と併せて考えたい。

Ⅲ. キーワード検索等と商標権との抵触及びISPの責任

1. キーワード検索等に関連する中国裁判例の検討 (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。中国の裁判例における各種ISPが提供するサービスは、結局のところ、インターネット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点においては、大差が無いように思われる。「通用ネットアドレス」と「ネット実名」サービスは、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」サービスは、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ようが、技術自体に関しては、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裁判例以外は、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。

中国法では九つの侵害行為を具体的に列挙し、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、インターネット上の新型の商標権侵害紛争に関する裁判例において、何らかの形で「商標的使用」が検討されたものも見られるようになった。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ということを物語っている。

学説では、他人の商標を検索キーワードとして使用しても「商標的使用」に該当し得ないとする立場と、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、ランキング競売事件では、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、Adwords事件では、「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ことから、明らかに「商標的使用」であり、商標権侵害行為であると判断することにつき疑問はなからう。

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。

これについて、米国法における「initial interest confusion」法理を参考にすべきとする立法論的な立場も見られるが、現行中国法の解釈という角度でこの問題を検討すれば、およそ以下のようなになるだろう。

まず、商標法上の解釈に関して、第I章において指摘したように、中国法は、商標事件司法解释1条2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、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。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。「ランキング競売」事件では、裁判所はランキング競売サービスの性質が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。

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9条は、広告又はその他の方法を用いて「誤解」を招く虚偽の宣伝を、不正競争行為と定めている。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「誤解」を招く虚偽の宣伝と判断し得る場合には、不正競争行為とする余地があろう。

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、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をアクセスする傾向があるとされている。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、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が、「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場合には、ユーザの誤解を招く可能性が高く、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

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ではなく、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を違反するかどうかとしてとらえる方が、自然というべきであろう。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。

なお、Google Adwordsサービスに関連して、欧州司法裁判所が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、既に示された法務官意見においても、Googleが、商標に対応するキーワードの選択を広告主に許し、広告主の広告に表示する行為は、それ自身が商標権侵害にならず、禁止されるべきではないと述べる一方、Googleが広告主による商標権侵害行為に加担したことによる損害賠償責任を負う可能性があるとして示唆している。

2. 日本法上の議論と検討

日本では、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、問題はやはり出所混同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、ユーザが商標から想定する出所と、キーワードとして使用する事業者とを混同す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。

もっとも、前節で中国法について論じたように、このような行為を全く放任してよいとは考えていない。そうすると、日本法の下における可能な解釈を探求しなければならない。

まず、直接行為者の責任について、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べきと考える。つまり、キーワードとして使用されたのが他人の著名商標である場合に、その具体的な使用の態様から希釈化やただ乗りなどの不正競争性が認められれば、不正競争防止法2条2号の他人の著名な商品等表示を冒用する行為と解することが可能であろう。また、キーワードとして使用された商標が周知表示といえる場合には、混同概念を使用者と商標権者の商品・営業の間に何らかの関係が存在するという「広義の混同」と解釈すれば、キーワード・メタタグや検索連動型広告を利用して自社サイトを検索リストの上位に表示させる行為について、2条1号を適用する余地もあるといえるかもしれない。

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。

3. 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、とりわけISPの責任について若干の考察を加えたい。

(1) 直接行為者の責任

比較的に過去の技術ないしビジネスモデルといえる「通用ネットアドレス」、「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使用し、しかも当該キーワードが使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。そこで何か差があるとすれば、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く、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。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

積化若しくはただ乗りする場合には、中国法では上述のように、商標事件司法解釈1条2号にいう商標権侵害行為と判断でき、日本法では不正競争防止法2条1項2号にいう不正競争行為と判断することができる。この差も、結局は中国法が著名商標の希釈化に関する規定を商標法に定めたことに起因するものであり、日本法との本質的な差異とはいえない。

一方、普通商標であるキーワードが視認できない場合には、出所の誤認混同までは生じにくいと考えられ、中国法と日本法のいずれにおいても、おそらく商標権侵害とすることが困難であり、むしろ不正競争防止法を利用すべきであると考える。すなわち、普通商標を検索キーワードとして使用した直接行為者のサイトへのリンクないし広告は、検索結果画面上における具体的な表示場所などを勘案して、より広い意義での誤認混同(中国法では公衆の誤解)を招く場合には、不正競争行為に該当する余地があると考えられる。

(2)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、又は技術の進歩に障害をもたらすのか、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「通用ネットアドレス」や「ネット実名」サービスよりも洗練しているが、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、ランキング競売事件における判示が参考になる。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る。逆に、当該商標が通常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、参考になるとと思われる。

いずれにしても、前章と同じ問題として、具体的にモール等運営者又は検索エンジン会社等のISPがどの程度の審査義務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、具体的な紛争に応じて判断しなければならない。通常、ネット上の商標権侵害事件は著名商標絡みのものが多いと考えられるから、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などで、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ことが考えられる。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だろうが、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当然であろうと考える。

おわりに

この研究の報告書では、電子モール、ネットオークション等におけるネットショップ、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、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、さらには当該サービスを提供するISPの責任を論じてきた。前者の問題では、直接行為者の行為が商標権侵害であるという前提の下で、「取引の場」を提供する間接関与者の責任を考察し、後者の問題では、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、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、比較的に豊富な中国の裁判例を用いながら、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、サービスを提供する間接関係者の責任について、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。その責任の一翼を、Google、百度、eBayなど、この研究の報告書で取り上げた裁判例に登場した間接関係者であり、業界のリーダーでもある企業に、担ってもらわなければならない。