

検索連動型広告における商標の使用

【文 献 種 別】 判決／大阪高等裁判所
【裁判年月日】 平成 29 年 4 月 20 日
【事 件 番 号】 平成 28 年（ネ）第 1737 号
【事 件 名】 不正競争行為差止等請求控訴事件
【裁 判 結 果】 棄却
【参 照 法 令】 商標法 2 条 3 項 8 号
【掲 載 誌】 判時 2345 号 93 頁、裁判所ウェブサイト
◆ LEX/DB 文献番号 25448713

立命館大学教授 宮脇正晴

事実の概要**1 問題となった表示**

Xは、日用品雑貨、洋品雑貨、石けんの販売等を業とする株式会社である。Xは、「石けん百科」「石けん百貨」および「石鹸百科」の各文字列から構成される商標につき、それぞれ商標権を有している。

Yは、「楽天市場」というインターネット上のショッピングモールを運営している。Yは、少なくとも、平成 24 年 8 月から平成 26 年 9 月 12 日までの間、アドワーズ広告（現在の google 広告）等を用いて、「石けん百貨」、「石けん百科」、「石鹸百貨」をキーワードとして、Google 等の検索結果表示画面に広告を掲載した（以下、これらの広告を「本件広告」といい、本件広告における「石けん百貨」等の標章の表示を「本件表示」という。）。そこでは、検索結果表示画面において、「【楽天】石けん百貨大特集」、「石けん 百貨は楽天市場」などといった表示がされた。

本件広告には、楽天市場のショッピングサイトへのハイパーリンクが施されており、本件広告が「【楽天】石けん百貨大特集」と表示されていた場合であれば、本件広告のハイパーリンクをクリックすると、楽天市場のサイトにおいて「石けん百貨」をキーワードとした検索結果が表示された画面（以下、ハイパーリンク先の楽天市場の画面を「楽天市場リスト表示画面」という。）へ移動する。そして、少なくとも平成 26 年 6 月頃の時点では、楽天市場リスト表示画面には、訴外 A が販売する複数の石けん商品が商品として陳列表示された。

2 Yの対応等

Yは、「楽天市場出店規約」において、加盟店に対して、第三者の知的財産権等の権利の侵害等を禁止し、これに対する違反を解除事由として定めている。また、Yは、ガイドラインにおいて、「背景色と同じ文字色の文字記載……等、ユーザーが認識することができない文字記載を行うこと」（いわゆる隠れ文字）を禁止している。

Yが本件の訴状を受領して調査したところ、前記 A の出店ページには、「石けん百貨」等が隠れ文字として使用されていた。そこで、Yは、同日、同店の商品ページをサーチ非表示にするとともに、同店に対し、上記隠れ文字の削除を求めた。

3 Xの請求・原審判決

Xは、本件表示を表示する行為が本件各商標権の侵害に当たるなどとして、Yに対し、本件表示を表示することの差止や損害賠償を求める訴訟を提起した。原判決（大阪地判平 28・5・9 平成 26 年（ワ）8187）は、Xの請求をいずれも棄却した。Xは控訴した。ただし、原判決のうち、差止請求を棄却した部分についてはXは不服を申し立てておらず、控訴審の審理対象となっていない。

判決の要旨

1 「……ユーザーから見れば、本件広告は、……楽天市場リスト表示画面と一体となって、……『石けん百貨』をキーワードとして検索をしたユーザーを、Yの開設するウェブサイト内にある、『石けん百貨』の指定商品である石けん商品が陳列表示された石けん商品販売業者のウェブページに誘導するための広告であると認識される。そして、本件広告の広告主がYであることか

らすれば、Yは、Xの登録商標……の指定商品である石けん商品に関する広告を内容とする情報に『石けん百貨』という標章を付して電磁的方法により提供したといえるかのようである。」

「……『石けん百貨』をキーワードとして楽天市場内を検索した結果である楽天市場リスト表示画面に表示される内容……は、専らYが制作に関与していない加盟店の出店ページ中の記述によって決まり、加盟店が同記述を変更すれば表示される内容もそれに従って変動するが、Yは判断も関与も認識もしていないと認められる。」

「……加盟店が、出店ページのコンテンツを制作することにより、Yの広告と検索の仕組みを利用して、当該石けん商品に『石けん百貨』という標章を付したといえる場合があることはともかくとして、それについて判断も認識もしていないYが、当該石けん商品に『石けん百貨』という標章を付したと直ちにいうことはできないため、Yの行為は、商標法2条3項8号所定の要件の一部を欠くことになるから、当然にYがXの商標権を侵害しているとはいえないのである。」

2 「もっとも、上記の仕組みは、……Y自身が構築したものであるから、Yは、これによって惹起される事態は、Yが広告主である検索連動型広告に『石けん百貨』という表示がされ、かつ、そのハイパーリンク先である楽天市場リスト表示画面に石けん商品が陳列表示されたことを含めて、あらかじめ包括的に認容していて、『石けん百貨』という標章が付されたことも自己の行為として認容しており、Xの商標権を侵害しているといえないかが問題となる。」

「Yは隠れ文字の使用を禁止し、Aの出店ページの隠れ文字を認識した際には、同店の商品ページをサーチ非表示にし、隠れ文字の削除を求める等の対応をとっているのであって、Yが加盟店の隠れ文字使用による結果を包括的に認容していたとは認められない。また、隠れ文字の設定ができないシステムの作成をしていなかったことについても、同システムが通常の仕様として普及しているのにこれを採用しなかった場合はともかく、そのような事情の認められない本件において、同システムの採用が可能であったとの一事をもって、Yが加盟店の隠れ文字使用による結果を包括的に認容していたということもできない。楽天市場が

加盟店4万店超、取扱商品1億5000万点超という膨大な規模であり、出店ページのコンテンツは各加盟店により次々と変更されていくことに照らせば、隠れ文字禁止の規約違反を常時監視することは非現実的であり、これをしていなかったことをもって、加盟店の隠れ文字使用による結果を包括的に認容していたとすることもできない。」

3 「他方、Yが広告主である、『石けん百貨』との表示を含む検索連動型広告のハイパーリンク先の楽天市場リスト表示画面において、登録商標である『石けん百貨』の指定商品である石けん商品の情報が表示された場合には、……Yが当該状態及びこれが商標の出所表示機能害することにつき具体的に認識するか、又はそれが可能になったといえるに至ったときは、その時点から合理的期間が経過するまでの間にNGワードリストによる管理等を行って、『石けん百貨』との表示を含む検索連動型広告のハイパーリンク先の楽天市場リスト表示画面において、登録商標である『石けん百貨』の指定商品である石けん商品の情報が表示されるという状態を解消しない限り、Yは、『石けん百貨』という標章が付されたことについても自らの行為として認容したものととして、商標法2条3項8号所定の要件が充足され、Yについて商標権侵害が成立すると解すべきである。」

「Yは、……商標の出所表示機能害する状態であることにつき具体的に認識してから合理的期間が経過するまでの間に……、上記の状態を解消したというべきであり、Yは、石けん商品に『石けん百貨』という標章が付されていることについて自らの行為として認容していたと認めるには至らない。」

判例の解説

一 はじめに

本件においては、検索連動型広告における商標の使用及びその主体性が問題となっている。検索連動型広告が問題となった事例は本件の前にもあったが(大阪地判平19・9・13平成18(ワ)7458[カリカセラビ])、その事件においては上記の論点につき具体的な判断はなされていないため、本判決の原判決(以下、単に「原判決」という。)がこの論点につき判断した実質的に初めての事例とい

え、様々な議論を喚起することとなった。本判決は、おそらくはそのような議論を踏まえて、上記論点につき高裁レベルで初めて判断を示したものとして注目される。

二 検索連動型広告における商標の使用

1 メタタグ及び検索連動型広告における商標的使用

検索連動型広告における商標の使用については、これまでにディスクリプション・メタタグ（google等の検索サービスの検索結果表示画面に表示されることを目的とした、HTML文書の記述）を巡って議論されてきたことが妥当する。ディスクリプション・メタタグに関しては、メタタグに記述された文字列が、問題となるページの説明文として検索結果表示画面に表示され、当該文字列がリンク先のページの内容と関連付けて理解されることとなるのが通常であるため、原則として商標の使用を認めるという見解が有力である。そのような見解においては、商標の使用を否定するためにはリンク先のサイトが指定商品・役務と同一または類似の商品・役務と登録商標とを結び付けるおそれがないといえるだけの積極的な事情が必要とされている¹⁾。

裁判例においても、検索結果表示画面の説明文については原則としてそのリンク先のページの内容に関する広告であると理解されており、当該説明文に存在する登録商標に類似する文字列（ディスクリプション・メタタグとして記述された文字列）がリンク先のページに存在しないといった事情（大阪地判平17・12・8判時1934号109頁〔クルマの110番〕）や、リンク先のページの最下部に打消し表示が付されているといった事情（東京地判平27・1・29判時2249号86頁〔IKEA通販〕）のみでは、商標の使用は否定されないとされている。商標的使用を否定した例である大阪地判令4・9・12令和3（ワ）6974〔セレモニートーリン〕（商標法26条1項6号の適用例）においては、リンク先のページの構成から、同ページが葬儀希望者と葬儀社等とのマッチング支援を行うサービスであることが看取できることや、同ページにおける原告の運営する葬儀場の紹介の態様からして当該葬儀場において提供される商品ないし役務の出所が被告であると認識されないこと等の事情が考慮されている。これらの裁判例はいずれも、上記有力

説と同様の立場に立っているものと評しうる。本件のような検索連動型広告のケースにおいても、同様に解すべきものといえよう。

2 原判決及び本判決の立場

原判決は、上記のディスクリプション・メタタグに関する従来の学説や裁判例とは異なり、検索結果表示画面における表示単体を、リンク先の楽天市場リスト表示画面と一体的に捉えることを原則として否定し、例外的に一体的に捉えることが許容されるために「移動後の楽天市場リスト表示画面で石けん商品が陳列表示されることを予定し、利用していると評価し得ること」を求め、結論として商標法2条3項8号の「使用」該当性を否定している。このような手法に対しては、需要者の通常の行動と認識に基づく判断とはいえないことなどを理由とする批判²⁾がなされていた。

これに対し本判決は、本件広告をクリックした先に表示される楽天市場リスト表示画面に石けん商品に関する表示がなされる場合には、ユーザーから見て商標の使用行為に該当することは認めている。しかし、Yの使用主体性については、次に述べるような基準で否定することで、原判決と実質的に同様の結論に至っている。

三 商標の使用主体

1 侵害行為の認識時より前

本判決は、本件で「ユーザーから見れば」Yが使用主体であるかのような外観を呈していることは認めつつも、法的にYを使用主体と評価できるためには、本件表示のクリック先に問題の出店ページの情報が表示されるように当該ページの記述をした行為（具体的には、隠し文字の使用）をYが「自己の行為として認容」しているといえる必要がある旨判示している。

この、「自己の行為として認容」しているといえるか否かにつき、本判決は、「Yが商標の出所表示機能が害されることにつき具体的に認識するか、それが可能な状態になった時点」（以下、この時点を「侵害行為の認識時」とする。）より前かそれ以後かで基準を分けている。侵害行為の認識時より前については、出店ページの記述により商標の出所表示機能の侵害が惹起される状態を包括的に認容しているか否かというものを本判決は基準として示している。そして、この基準によりY

の使用主体性を否定するに当たり、本判決は、① Yが規約やガイドラインによって規制していること、②事前の対策によってもれなく侵害を防ぐということが楽天市場の規模に鑑みて著しく困難であること、及び③同市場が膨大な加盟店及び取扱商品を擁していることが供給者及び需要者の双方にとって有用であること、を考慮している（紙幅の関係上、判決の要旨で関連部分の引用は省略した）。この①と②については、Yが可能な範囲で予防策を講じていることに関するものであり、このことを考慮することについては理解できるものの、③の要素が含まれている点については、次に述べる通り、疑問である。

③の要素は、楽天市場の規模の大きさそれ自体の有用性に関するものである。インターネットショッピングモールの運営者がそこでの取扱商品等について膨大な量のキーワードについて検索連動型広告を出稿することが、同ショッピングモールの運営にとって必須のものなのであれば、同モールの規模が拡大するに従って困難になる侵害の事前防止を厳格に求めるのは、同モールの発展を阻害するものであり、社会的にも不利益が大きいであろう。しかし、Yによる検索連動型広告の利用がそこまで必要性の高いものといえるかは疑わしい³⁾。

確かに、楽天市場の各出店者が同じキーワードについて検索連動型広告に出稿するよりも、Yが出稿して、楽天市場リスト表示画面で関連する出店者が一括表示される方が、出店者にとってもユーザーにとっても効率的とはいえよう。しかし、このような効率性に一定の社会的意義があるのだとしても、このような行為を法的リスクを全く負わずに行わせることを許容すべきとまではいいがたいように思われる。

2 侵害行為の認識時以後

侵害行為の認識時以後においては、本判決は、合理的期間内にリンク先の楽天市場リスト表示画面における侵害状態を解消しない限り、Yが使用主体となると述べている。判旨のこの部分は、Chupa Chups 事件控訴審判決（知財高判平 24・2・14 判時 2161 号 86 頁）を彷彿とさせるものである。同判決は、出店者の行為が単独で侵害を構成するものである場合に、そのことを認識すべき時点から合理的期間内に侵害を構成しているウェブペー

ジの削除をモール運営者に求めている。

ただし、同判決の事案では、出店ページの削除が侵害状態を解消するためにモール運営者の採れる唯一の手段であったのに対し、本件では侵害状態の解消手段は複数あり得る。そこで、本判決においては、検索連動型広告への出稿の中止そのものではなく、リンク先の画面における侵害状態の解消をモール運営者に求めており、出稿の中止（「NG ワードリスト等による管理」は出稿の中止を指すものと思われる）はその侵害状態の解消の一手段として位置づけている。

本判決の判旨のこの部分にも、Yが検索連動型広告に出稿すること自体は原則として認められるべきであるという価値判断が反映されているように思われる。たしかに、多くの楽天市場の出店者はYの規約やガイドラインを遵守しているであろうから、問題のある出店者のページの方を非表示にすること等によってリスト表示画面における侵害状態を解消する方が通常は効率的であろう。しかし、どのように侵害状態を排除するのが効率的かという問題は、具体的に差止が問題になっている場合に、その適否の問題として扱うべきであるように思われる。

3 本判決の評価

以上の通り、本判決の使用主体性の判断には疑問がある。出所表示機能が害される状態が実現した場合、需要者から見ればYが広告行為を行っているのであるから、本件においては、そのことをもってYの行為主体性を肯定し、Yが楽天市場でどのような予防策を採っていたかにかかわらず、侵害自体は肯定すべきであったと思われる。Yが講じていた予防策等については、損害賠償請求の場面で、過失の推定（商標法 39 条の準用する特許法 103 条）を覆す事情として考慮すべきであろう。一般にこの推定を覆すのは困難とされているが、本件のような事案においては、推定が覆滅するとの判断もあり得たように思われる。

●—注

- 1) 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（別冊 1 号）（2009 年）186 頁など。
- 2) 小嶋崇弘「原判決判批」ジュリ 1505 号（2017 年）285 頁、宮脇正晴「原判決判批」L&T76 号（2017 年）61 頁。
- 3) 末宗達行「本判決判批」判時 2415 号（判評 728 号 34 頁）（2019 年）164 頁。