

検索連動型広告に関する欧州司法裁判所 2010年3月23日判決¹⁾

井奈波 朋子*

1. 検索連動型広告の問題点

Googleが提供する検索連動型広告サービスであるAdWordsは、広告主が特定のキーワードを登録し、検索サービスのユーザーが当該キーワードで検索を行った場合、検索結果の表示とは別に、検索結果の上部や右側に表示されるスポンサーリンクの欄に当該広告主のホームページに誘導するリンクと数行の広告が表示されるという広告手法である。

このサービスを利用するにあたって、広告主は、商標権者とは無関係であったとしても、その登録商標から生じる称呼と同じ言葉を検索キーワードとして登録することができる。この場合、検索サービスのユーザーが当該検索キーワードで検索を行うと、商標権者とは無関係である広告主のサイトに誘導するリンクが、スポンサーリンクの箇所に表示される。

問題となるのは、検索キーワードとして他人の登録商標から生じる称呼と同じ言葉を検索キーワードとして登録している広告主およびこのような広告手法を提供するGoogleが、商標権を侵害しているかどうかである。例えば、Googleで「MIRAIO」を検索キーワードとして検索すると、法律事務所MIRAIOとは無関係の法律事務所がスポンサーリンクの欄に表示される。これは、「MIRAIO」と無関係の当該法律事務所が、AdWords広告を利用するにあたって、検索キーワードとして「MIRAIO」を登録していることによる。これによって、一般ユーザーが行う検索に連動して、「MIRAIO」とは無関係の当該法律事務所がスポンサーリンクの欄に表示されるのであ

る。「MIRAIO」が商標登録されていると仮定した場合、広告主である「MIRAIO」と無関係の法律事務所について商標権侵害が成立するか、また、このような広告手法を提供するGoogleについて商標権侵害が成立するか、という問題が生じる。

2. 欧州司法裁判所 2010年3月23日判決に至る経過

ヨーロッパにおいて、上記の広告手法に関して、Googleと広告主の商標権侵害に基づく責任を問う訴訟が盛んに提起され、フランスにおいては、下級審段階で商標権侵害を肯定するものと否定するものに判断がわかれた²⁾。フランスの最高裁判所にあたる破毀院は、Googleが被告となった3件、つまりGoogle France対Louis Vuitton Malletier事件(C-236/08 以下「ヴィトン事件」という)、Google France対Viaticum, Luteciel事件(C-237/08 以下「ヴィアティカム事件」という)、Google France対CNRRH事件(C-238/08 以下「CNRRH事件」という)について、欧州司法裁判所に対して先決問題の判断を求めた。なお、ヴィトン事件における広告主は偽ブランド品を販売している業者であり、ヴィアティカム事件とCNRRH事件における広告主は商標権者の競争者であった。欧州司法裁判所は、これら争点を共通とする事件を併合の上、審理した。欧州司法裁判所は、2010年3月23日、広告主については商標権侵害の成立の可能性を肯定したが、Googleについては商標権侵害の成立を否定する判決(以下

* 弁護士、インフォテック法律事務所

「本判決」という)を下した。

3. 争点1—広告主とGoogleについての商標権侵害の成否

欧州司法裁判所において問題とされた第1の争点は、広告主とGoogleについての商標権侵害の成否であり、商標に関する欧州指令89/104第5条第1項a) b)³⁾ および第2項ならびに共同体商標に関する欧州規則40/94第9条第1項a) b) c)⁴⁾ の適用が問題となる。

なお、同指令同条項a)および同規則40/94同項a)は、第三者が、登録商標の指定商品または指定役務と同一の商品またはサービスに登録商標と同一の標章を用いる行為を商標権者が禁止することができる旨の規定であり、同指令同条項b)および同規則同条項b)は、第三者が、登録商標の指定商品または指定役務と同一または類似の商品またはサービスに登録商標と同一または類似の標章を用いる場合であって、そのために公衆に混同を生じるおそれがある場合に当該標章を用いる行為を商標権者が禁止することができる旨の規定である。

(1) 本判決における争点の指摘

商標権侵害について問題となる具体的争点は、①検索連動型広告を提供するGoogleについての商標権侵害の成否(ヴィトン事件の第1問題、ヴィアティカム事件の第1問題、CNRRH事件の第2問題)、②検索連動型広告における広告主についての商標権侵害の成否(CNRRH事件の第1問題)、③著名商標についてはどうか(ヴィトン事件の第2問題)という3点である。判決は、次のように争点を指摘している。なお、冒頭の【】内の数字は、本判決に付されたパラグラフ番号である。

①②に関し、「【43】送致裁判所(筆者注:フランス破毀院)が、ヴィトン事件の第1問題、ヴィアティカム事件の第1問題、CNRRH事件の第2問題において、判断を求めるのは、要するに、指令89/104第5条第1項a) b)および規則40/94第9条第1項a) b)を次のように解釈できるかであり、これらはともに検討するのが適している。すなわ

ち、商標権者は、これらの規定に基づき、第三者に対し、インターネット上における検索サービスにおいて、商標権者の同意を得ず選択または蓄積した商標と同一または類似のキーワードによって、登録商標の指定商品または指定役務と同一または類似の商品またはサービスの広告を表示しまたは表示させる行為を禁止することができるか。

【44】ヴィトン事件の第1問題、ヴィアティカム事件の第1問題、CNRRH事件の第2問題は、検索サービスの提供者が、商標と同一の標章をキーワードとして蓄積すること、および当該キーワードにより顧客の広告を表示する事業を運営することである。他方、CNRRH事件の第1問題は、広告主によるキーワードとしての標章の選択および検索機能による選択の結果としての広告の表示である。」

「【47】そこで、本裁判所は、主として指令89/104第5条第1項a)および規則40/94第9条第1項a)の観点から、そして、単に付随なものとしてこれら各条第1項b)の観点から、本判決43項の問題を検討することとする。指令89/104第5条第1項および規則40/94第9条第1項の各b)は、第三者の商品またはサービスが、登録商標の指定商品または指定役務と単に類似する場合において、商標と同一の標章を問題とするものだからである。」

③に関し、「【100】送致裁判所が、ヴィトン事件の第2問題において判断を求めるのは、次の事項である。著名商標と一致する標章をキーワードとして蓄積し、これによって広告表示を運営するインターネット上における検索サービスの提供者は、当該商標の商標権者が、指令89/104第5条第2項により、または、当該標章が著名な共同体商標と同一である場合には規則40/94第9条第1項c)により、使用を禁止することができる標章の使用を行っているか。」

(2) 争点1に関する欧州司法裁判所の判断

(a) 商標指令89/104第5条第1項a)および共同体商標規則40/94第9条第1項a)の解釈・適用について⁵⁾

本判決は、次のように、商標指令89/104第5条

第1項a)および共同体商標規則40/94第9条第1項の適用の要件として、①取引上の使用であること、②登録商標の指定商品または指定役務と同一の商品またはサービスのための使用であること、③その使用が、商標の機能を害するかまたは害するおそれがあること、④当該商標と同一の標章を権利者の同意を得ず使用することという4つの要件を掲げている。

「【49】指令89/104第5条第1項a)および共同体商標については規則40/94第9条第1項の適用により、商標権者は、使用が、取引上、登録商標の指定商品または指定役務と同一の商品またはサービスについてなされ、かつ当該商標の機能を害するかまたは害するおそれがあるときに、第三者による当該商標と同一の標章の同意のない使用を禁止することができる。」

その上で、本判決は、①②③の各要件について検討している。

a) 取引上の使用

取引上の使用は、経済的利益を目的とした商業活動において行われ、私的事項として行われるものではないことをいう(判決50項)。この問題について、本判決は、広告主の場合と検索サービス提供者の場合を分けて検討している。

まず、本判決は、広告主について、取引上の使用であることを認めている(判決51項)。判決の理由は次のとおりである。

「【52】広告主の観点からは、商標と同一のキーワードの選択は、広告主がその商品またはサービスを販売するサイトへのスポンサーリンクを表示する目的および効果を有する。キーワードとして選択された標章はこの広告表示を行う方法として用いられるのであるから、広告主は、その商業活動においてその使用を行うものであり私的事項として行うものではないということは、異論がないところである。」

次に、本判決は、検索サービスの提供者について、取引上の使用であることを否定する。判決の理由は次のとおりである。

「【53】検索サービスの提供者が、その顧客のた

めに、キーワードとして商標と同一の標章を蓄積し、これらによって広告表示を運営する場合、商業活動を営むものであり、経済的利益を目的としているといえる。

【54】また、当該サービスは、当該商標権者またはその商品またはサービスを販売する経済主体に提供されるだけでなく、少なくとも本件においては、商標権者の同意なく行われ、商標権者の競争者や模造品提供者に対しても提供されるものであるといえる。

【55】これらの要素から、検索サービスの提供者は、広告主に対しキーワードとして商標と同一の標章を選択できるようにし、これらの標識を蓄積し、これらのキーワードからその顧客の広告を表示している場合に、取引上に行っているといえるにしても、指令89/104第5条および規則40/94第9条の意味で、当該提供者がこれらの標識を自分で使用しているとはいえない。

【56】この点で、第三者が権利者の商標と同一または類似の標識を使用することは、少なくとも、第三者がその商業上の伝達の枠内で標識の使用をしているといえる。検索サービスの提供者の場合においては、当該提供者が、その顧客に商標と同一または類似の標識を使用させているのであり、当該標識の使用を自分で行っているのではない。」

b) 「商品またはサービスに関する」使用であること

上記のとおり、本判決は、検索サービスの提供者については、既に取り引上の使用に該当しないとの判断を行っている。そこで、本判決は、もっぱら広告主の商品またはサービスに関する使用を論じている。ただし、ヴィトン事件については、商標と同一の標章がスポンサーリンク内に表示されているのに対して、他の2事件については、スポンサーリンク内に表示されないという違いがある(判決62, 63項)。

本判決は、まず、商標指令第5条第3項および規則第9条第2項には、第1項により禁止される商標の使用の例として、商品や包装に標章を付す、その標章のもとで商品やサービスを販売する、当該標章のもとで輸出入を行う、取引書類や広告に

商標を用いるといった使用形態が列挙されているが、これは限定列挙ではないと述べる（判決61項）。その上で、本判決は、次のように判断する。

「【65】 第三者により広告目的で使用された標章が広告自体の中に現れていなかったという事実は、その事実自体によって、当該使用が指令89/104第5条における商品またはサービスに関する使用の概念に入らないということを意味するものではない。」

「【66】 さらに、当該列挙の中に言及されている使用のみが問題となるという解釈は、当該列挙が電子商取引や電子商取引における広告が発現する前に起草されたという状況を考慮していない。ところで、情報処理技術によって、特に指令89/104第5条第3項および規則40/94第9条第2項に列挙された使用と異なる使用を生み出すものが、電子形式による商取引や広告である。

【67】 検索サービスの場合、他人の商標と同一の標章をキーワードとして選択した広告主は、インターネットユーザーが、検索キーワードとしてこの言葉を入力し、当該商標権者に由来するリンクだけでなく、当該広告主のスポンサーリンクをもクリックすることを狙いとしている。

【68】 また、ほとんどの場合において、検索キーワードとして商標名を入力するインターネットユーザーは、当該商標の商品またはサービスの提供や情報を見つけることを目的としている。したがって、検索結果の横または上部に、当該商標権者の競争者の商品またはサービスを提示するサイトに導くスポンサーリンクが表示された場合、インターネットユーザーは、これらのリンクは無関係との理由で当該リンクを直ちに無視せず、それを商標権者のリンクと混同しなかったとしても、商標権者の商品またはサービスとの関係において別の提案を行うスポンサーリンクであると受け取る可能性がある。

【69】 商標と同一の標章が、インターネットユーザーに対して商標権者の商品およびサービスとの関係で別の提案を提示する目的で、商標権者の競争者によってキーワードとして選択されるといふ事実に特徴を有する当該状況において、競争

者による商品またはサービスのための使用が存在する。」

「【73】 上記の考察の結論として、インターネット上の検索サービスの枠内でキーワードとして商標と同一の標識を広告主が用いることは、指令89/104第5条第1項a)における商品またはサービスに関する使用の概念に該当する。」

このように、本判決は、検索サービスにおいて広告主が商標と同一の標識を検索キーワードとして用いることは、商品またはサービスに関する使用に該当すると判断している。

c) 商標の機能を害するおそれのある使用

本判決は、さらに、商標の機能を害するおそれのある使用の要件に該当するか否かを検討している。

「【75】 指令89/104第5条第1項a)および規則40/94第9条第1項a)によって商標権者に排他的な権利が与えられているのは、商標権者が、商標権者としての固有の利益を守ることができるようにするためである。すなわち、商標がその固有の機能を発揮できるようにするためである。そうであれば、当該権利の行使は、第三者による標章の使用が商標の機能を害するかまたは害するおそれのある場合に限られるというべきである。

【76】 判例に従えば、使用が商標の機能を全く害する可能性のない場合には、商標権者は商標と同一の標識の使用に対抗することはできない。

【77】 これらの機能には、商品またはサービスの出所を消費者に対して保証するという商標の本質的な機能（以下「出所表示機能」という）のみならず、商標のその他の機能、特にその商品またはサービスの品質を保証する機能、伝達、資本投下、広告機能もある。」

そこで、本判決は、商標権者は、当該使用が商標の機能の一つ、すなわち、出所表示機能または他の機能の一つを害するおそれがある場合には、その使用を禁止することができるとし（判決79項）、出所表示機能および広告機能を害するおそれについて検討している。

i) 出所表示機能を害するおそれのある使用

〔82〕商標の本質的機能は、消費者またはエンドユーザーに対し、商標の付された商品またはサービスの出所の同一性を保証することであり、これにより、消費者またはエンドユーザーは、その商品またはサービスを別の出所の商品またはサービスと区別することが可能となる。

〔83〕当該商標権者の競争者のような第三者の広告が、商標と同一のキーワードからインターネットユーザーに表示される場合、商標のこの機能を害するかどうかは、特に、この広告が表示される方法いかんによる。

〔84〕広告が、通常に情報を与えられ合理的な注意を有するインターネットユーザーに対し、広告の目的となった商品またはサービスが商標権者に由来するものか、商標権者と経済的に関係のある事業主体に由来するものか、反対に、第三者に由来するものかを知ることができないか、知ること困難を伴う場合には、商標の出所表示機能を害する。

〔85〕結局のところ、関係するインターネットユーザーによって検索キーワードとして商標が入力された直後に問題の広告が表示され、かつ、当該商標が検索キーワードとして画面上に表示されるときに現れる状況に特徴がある場合においては、インターネットユーザーは、問題の商品またはサービスの出所を誤解する可能性がある。当該状況において、当該広告を掲載するひきがねとなるキーワードとして第三者が商標と同一の標識を用いることは、関係する商品またはサービスと商標権者との間に、事業活動における実体的関係があるとの印象を生じさせる。

〔86〕出所表示機能を害することに関して、電子商取引に関する共同体法制においては、インターネット上の広告の透明性ある表示の必要が強調されていることを示すべきである。指令第6条は、取引の誠実と消費者の保護の利益を斟酌し、指令2000/31前文29項に示されるとおり、次の規則を打ち立てている。すなわち、情報社会サービスに関係する商業的伝達を行う私人または法人は明確に同一性が識別されるものでなければなら

ない。

〔87〕インターネットにおける広告主の責任に対して、場合によっては、不正競争のような他の法領域の規制を適用できることが明らかであるとしても、商標と同一または類似の標章のインターネットにおける不正な使用と主張されるものは、商標権の観点から検証することが適切である。電子商取引において、とりわけ、特定の商標による検索に応じて表示される広告を一瞥するインターネットユーザーが、その商標権者の商品またはサービスと別の出所である商品またはサービスを区別できることに、商標の本質的機能があることを斟酌して、当該権利者は、インターネットユーザーが当該商標権者を出所とするかのように誤って受け取る可能性のある第三者の広告掲載を禁止することができるというべきである。

〔88〕国内裁判所に係属した訴訟の事実が、ケースによって、本判決84項に述べたように出所表示機能を害するか害するおそれのあるものであるかどうかを評価するのは、国内裁判所の責任である。

〔89〕第三者の広告が、当該第三者と商標権者との間の経済的関係の存在を示唆するとき、出所表示機能を害するものであると結論づけることができる。

〔90〕経済的関係の存在を示唆しない広告については、通常に情報を与えられ合理的な注意を有するインターネットユーザーが、スポンサーリンクとそれに伴う広告メッセージを基礎として、広告主が、商標権者との関係で第三者に該当するか、反対に商標権者と関係があるものかどうかを知ることができないというように、問題の商品またはサービスの出所に関する不明確さがある場合、商標の当該機能を害すると結論づけるべきである。]

ii) 広告機能を害するおそれのある使用

〔91〕事業活動は、商品とサービスの提供によるものであるから、商標権者は、当該商標によってその商品またはサービスの出所を表示する目的を有するだけでなく、消費者に対し情報を与え納得させる広告のためにその商標を使うことも目的

としている。

【92】そこで、当該使用が、その権利者による売上の販売促進または営業戦略の手段としての商標権者の商標の使用に悪影響を及ぼす場合に、商標権者は、当該登録商標の指定商品または指定役務と同じ商品またはサービスのために当該商標と同一の標識をその同意なく使用することを禁止することができる。

【93】広告主が、広告メッセージの掲載を目的とする検索キーワードとして他人の商標と同一の標識をインターネット上で用いることにより、当該使用が、権利者による当該商標の広告としての用法および権利者による営業戦略に対して何らかの影響をもちうるのは明らかである。

【94】インターネット上の広告が事業活動に占める重要性を考慮すれば、商標権者が、《スポンサーリンク》の欄に広告を表示させる目的で、検索サービスの提供者のもとで、キーワードとして自己の商標を登録することはありうることである。商標権者は、当該商標をキーワードとして選択した他の事業者の広告よりも自分の広告を前に表示させたい場合、他の事業者よりも高いクリック当たり料金を支払うことを受忍しなければならない。その上、たとえ商標権者が、当該商標を選択した第三者の提示価格よりも高いクリック当たり料金を支払う用意があるとしても、広告表示の順序を決定するために他の要素も考慮されるので、当該第三者の広告よりも前に商標権者の広告が表示されるとは限らない。

【95】しかし、第三者による商標と同一の標識の使用の影響は、それ自体商標の広告機能を害するものではない。

【96】送致裁判所が確認したところによれば、先決問題の目的とされているのは、キーワードとして選択された商標と同一の検索ワードをインターネットユーザーが入力することに引き続いて、スポンサーリンクが表示される状況である。これらの事件においては、スポンサーリンクは、検索結果の横または上部に表示されるのが常である。通常の見出しの順序は、インターネットユーザーによって入力された検索キーワードとそ

れぞれのサイトの関連性に由来するものであり、かつ、検索エンジンの事業者は、これらの検索結果の表示に何らの対価も要求していないことは争いが無い。

【97】以上により、インターネットユーザーが、検索キーワードとして商標名を入力したとき、当該商標権者のホームページや広告ページは、通常の見出しの結果の中に、そして通常は、リストの第一候補の一つとして表示される。無償提供されるこの表示は、商標権者が、スポンサーリンクの欄に広告を表示させているかどうかにかかわらず、第一候補の一つとして、商標権者の商品またはサービスをインターネットユーザーのために検出することを保証している。

【98】これらの状況を斟酌して、本件において問題となっているような検索サービスの範囲において、他人の商標と同一の標章を使用することは、商標の広告機能を害することはないとの結論が正当である。」

d) 結論

【99】以上に検討したところにより、ヴィトン事件における第1問題、ヴィアティカム事件における第1問題、CNRRH事件における第1および第2問題に関して、次のように回答するのが正当である。

指令 89/104 第5条第1項 a) および規則 40/94 第9条第1項 a) は、次のように解釈される。すなわち、商標権者は、広告主が行う次の行為を禁止することができる。広告によって示される商品またはサービスが、通常の見出しのインターネットユーザーにとって、商標権者または商標権者と経済的に関係のある事業主体に由来するのか、反対に第三者に由来するのかを知ることができず、または知ることが困難な場合、インターネット上における検索サービスにおいて、広告主が、商標権者の同意なく、選択した商標と同一のキーワードに従って、登録商標の指定商品または指定役務と同一の商品またはサービスのために広告を行う行為。

商標と同一の標章をキーワードとして蓄積し、インターネット上における検索サービスによって

広告を表示する事業を運営する検索サービスの提供者は、指令89/104第5条第1項および規則40/94第9条第1項a) b)における標章を使用する者ではない。」

このように、本判決は、広告主については、商標権侵害の可能性を肯定したが、検索連動型広告の提供者については、標章の使用に該当しないという理由により、商標権侵害の可能性を否定した。

(b) 商標指令89/104第5条第2項⁶⁾ および共同体商標規則40/94第9条第1項c)⁷⁾ について

判決は、著名商標についても、検索連動型広告の提供者は使用を行っていないとして、商標権侵害を否定する。

「【104】しかし、検索サービスの提供者自身が、キーワードとして、イミテーションやコピーという言葉とともに、これらの標章を蓄積し、これによって広告を表示させるときに、当該商標権者が禁止できるかどうかという問題については、本判決55項ないし57項の判示と同様、その行為は、指令89/104第5条および規則40/94第9条にいう使用を構成しない。

【105】したがって、ヴィトン事件において提起された第2問題には次のとおり解答する。著名商標と一致する標章をキーワードとして蓄積し、これによる広告表示を運営するインターネット上における検索サービスの提供者は、指令89/104第5条第2項または規則40/94第9条第1項c)における使用を行うものではない。」

4. 争点2－Googleに関するプロバイダとしての責任

欧州司法裁判所において問題とされた、第2の争点は、Googleについてのプロバイダとしての責任であり、電子商取引指令2000/31第14条⁸⁾の適用が問題となる。判決は、次のように、争点を指摘した上で、判断している。

「【106】送致裁判所が、ヴィトン事件における第3問題、ヴィアティカム事件における第2問題、CNRRH事件における第3問題において判断を求

めるのは、要するに、指令2000/31第14条を次のように解釈できるかである。すなわち、インターネット上における検索サービスは、広告主によって提供される情報を蓄積することからなる情報社会サービスを構成し、その結果、これらのデータは、当該条文におけるホスティングの目的となり、故に、検索サービスの提供者は、当該広告主の違法行為を知らされる前に、責任を問われることはないか。」

「【120】したがって、ヴィトン事件における第3問題、ヴィアティカム事件における第2問題、CNRRH事件における第3問題については、次のように回答するのが相当である。電子商取引指令2000/31第14条は、インターネット上における検索サービスの提供者が、蓄積されたデータを知り管理しているという積極的な役割を演じているときに、当該提供者に適用される。当該役割を演じていないとき、当該提供者は、広告主のデータまたは行為の違法性を知りつつ、当該データを速やかに撤去するかまたはアクセス不能にしなかった場合を除き、広告主の求めに応じて蓄積したデータに対する責任を負わない。」

5. 検 討

(1) 本判決の特色

本判決は、Googleについて、商標の使用に該当しないとの理由により商標権侵害の成立を否定したものの、広告主について、取引上の、商品またはサービスに関する使用であって、商標の機能を害するおそれがあるとして、商標権侵害が成立する可能性を認めた。その結果、本判決は、商標と同一の標章をキーワードとして使用しただけであって、スポンサーリンク内に商標と同一の標章が表示されていなくても、商品またはサービスへの使用に該当すると判断したことになる。

さらに、本判決は、商標権侵害が成立するための要件として、商標の機能を害するおそれがあることという要件を加え、商標の機能として、商品またはサービスの出所を消費者に対して明確にするという出所表示機能を商標の本質的な機能とし

て捉えつつ、他に商品またはサービスの品質保証機能、伝達機能、資本投下機能、広告機能があると判断する(判決77項)。

加えて、本判決は、出所表示機能を害する場合は、商品またはサービスが商標権者に由来するものか、商標権者と経済的関係のある事業主体に由来するものか、反対に、第三者に由来するものかを、知ることができないかまたは知ること困難を伴う場合であるとするが(判決84項)、広告機能を害する場合としてどのような場合を想定しているのか判然としない(判決91ないし98項)。

(2) 検索連動型広告における広告主の責任

検索連動型広告における広告主の責任に関し、我が国の裁判例⁹⁾で、次のように判断したものがある。「原告は、被告が広告を表示しているインターネット検索結果ページの広告スペースは、原告商品の名称及び原告商標をキーワードとして表示されるスペースであり、原告商品の名称及び原告商標と同一である。したがって、原告商品の名称及び原告商標を構成する文字を入力した結果表示されるインターネット上の検索エンジンの検索結果ページ内の広告スペースに被告が自社の広告を掲載することは、商標法37条1号に該当すると主張する。しかしながら、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2条3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難いから、本件における商標法に基づく原告の主張は失当である。」

このように、我が国では、検索連動型広告における広告主について、商標的使用であるかどうか検討する以前に、商標法2条3項各号所定のいずれの「使用」にも該当しないという理由により、その責任を否定する。これに対し、本判決は、商標指令第5条第3項各号および規則第9条第2項各号に掲げる「使用」が例示列挙であることおよびインターネットユーザーに混同を生じさせないための社会的必要性の観点から、検索連動型広告に

において、広告主が他人の商標と同一の標章をキーワードとして選択する行為についてまで、使用に該当すると判断している。しかし、商標指令第5条第3項各号および規則第9条第2項各号に掲げる例示以外のどのような態様による使用が商標の「使用」に該当するのか、その外延は明確ではない。そもそも商標指令第5条第3項各号および規則第9条第2項各号に掲げる「使用」の例示からは、商品またはサービスもしくは広告そのものに標章を付すことが予定されていると考えられるのであって、本判決の結論は、商標指令第5条第3項各号および規則第9条第2項各号によって想定されている「使用」の範囲をあまりにも逸脱しているのではないかという疑問がある。

さらに、本判決は、広告主が検索キーワードとして商標と同一の言葉を用いる行為について、商品またはサービスへの使用に該当すると判断している。しかし、広告主は、Googleが提供するAdWords広告サービスのサイト上で検索キーワードを指定するだけであり、検索キーワードとして指定された言葉は、スポンサーリンクや広告主のサイト上にはまったく表示されない。しかし、判決は、このように取引者または消費者が標章を視認できないような態様による使用であっても、商標の「使用」に該当すると判断した。ただし、標章の視認性の要否に関しては、本判決において何ら議論されていない。そのため、欧州司法裁判所が商標の視認性を一般的に不要と解しているか否かは不明である。

(3) 商標の機能を害するおそれのある使用

本判決は、商標の機能を害するおそれのある使用であることを商標権侵害の要件とする。これと同様の考えを採用する欧州司法裁判所の判例は、本判決以前にも存在する。

欧州司法裁判所2007年9月11日判決(C-17/16)セリーヌ事件は、株式会社であるセリーヌが、有限会社であるセリーヌに対し、商標権に基づき商号としての「セリーヌ」の使用を差し止めようとした事件である。本件では、商標指令第5条第1項は商標権者にこのような差止請求を認めている

と解釈できるか、という問題が先決問題として提起された。判決は、同条項a)に基づく差止めの要件の一つとして、商標の機能を害するかまたは害しうることを挙げ、特に、その本質的機能として、商品またはサービスの出所を消費者に保証する機能を挙げる¹⁰⁾。その上で、欧州司法裁判所は、シリーズの商号が当該機能を害しうるかどうかを、国内裁判所の判断に委ねている。

また、欧州司法裁判所2009年6月18日判決(C-487/07)ロレアル事件は、商標指令第5条第1項a)またはb)により、登録商標権者が、比較広告において、登録商標の指定商品または指定役務と同一の商品またはサービスに登録商標と同じ標識の第三者による使用を禁止することができるかを問題とした事件である。本件では、模造香水の比較表においてロレアル社ほかの商標が使用されていた。判決は、同条項a)に基づく権利の行使は、第三者による標章の使用が、商標の機能を害するかまたは害しうることがある場合に限られると判断し、その上で、商標の機能について、商品またはサービスの出所表示機能だけでなく、当該商品またはサービスの品質保証機能、伝達機能、資本投下機能または広告機能をも有すると判断している。ただし、欧州司法裁判所は、最終的に当該使用が当該機能を害しうるかどうかの判断を、国内裁判所に委ねた。¹¹⁾

ところで、我が国では、商標権侵害の成否を考慮するにあたって、商標的使用に該当するか否かを検討する。すなわち、形式的には商標の使用に該当するよう見える場合であっても、出所識別のために使用されているとはいえない場合には、商標的使用に該当しないと理由で商標権侵害が否定される。我が国の裁判例では、商標的使用に該当するか否かを検討するにあたって、商標の機能を考慮するものがある^{12), 13)}。

このようにみると、我が国における商標的使用に該当するか否かを検討するアプローチは、欧州司法裁判所の商標の機能を害するか否かを検討するアプローチと重なる部分がある。しかし、欧州司法裁判所のアプローチと我が国のアプローチとは、若干の違いがある。商標的使用に該当するか

否かを検討する我が国のアプローチでは、商標が出所識別のために用いられているという使用態様によって絞りをかける。これに対して、欧州司法裁判所の考えは、商標が出所識別のために用いられているか否かという使用態様からは絞りをかけず、使用の結果として出所表示機能その他の機能が害されるかどうかという観点から検討する。

欧州司法裁判所は、本件の事案において、出所表示機能を害するおそれがあるかどうかに関する評価を、国内裁判所の判断に委ねた。したがって、国内裁判所の判断次第では、広告主については、商標権侵害が成立する可能性がある。しかし、検索連動型広告において、リンクと簡単な広告が表示される場合、一般には、商標権者のそれと明確に区別することが可能であり、出所表示機能を害するおそれがあると評価される場合は想定しがたいように思われる。

(4) 広告機能を害する場合

本判決は、商標的使用ないし商標の機能を害するかどうかという問題を検討するにあたり、品質保証機能、伝達機能、資本投下機能、広告機能のうち、広告機能を害するかどうかも考慮する。しかし、本判決は、広告機能を害する場合としてどのような場合を想定しているのかが明確ではない。欧州司法裁判所は、広告主が検索キーワードとして他人の商標権と同じ言葉を登録していたとしても、インターネットユーザーがその言葉で検索をした場合に、通常の検索結果の中に、商標権者のホームページや広告ページが表示されていることを理由として、広告機能を害することはないとの結論に至っている(判決97項)。したがって、欧州司法裁判所の考え方によれば、広告機能を害する場合は、広告の出所識別ができないかまたは困難な場合を意味するのではないかと考えられる。

これに対し、我が国における広告機能とは、需要者が商標自体に愛着を持つようになり、その結果、その商標が付されているからという理由で商品やサービスに価値を見出すようになる機能を意味する。したがって、我が国の広告機能の捉え方

と本判決の広告機能の捉え方はまったく異なっている。

(5) まとめ

本判決により、検索連動型広告の提供者および検索連動型広告を利用する広告主に商標権侵害が成立するかどうかという問題については、一応の終止符が打たれると考えられる。しかし、本判決は、新たに、商標権侵害の成立要件として商標の視認性は不要と考えられるか、商標の広告機能を害する場合はどのような場合か、との問題を提起することにもなった。これらの点に関しては、今後の欧州司法裁判所の裁判例が注目される。

(注)

- 1) <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=EN&Submit=rechercher&numaff=C-236/08> (判決)
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008C0236:EN:HTML> (意見書)
- 2) AdWords 広告に関して破毀院が先決問題の判断を求めるに至った経緯およびこれらのフランスの下級審裁判所の判決については、井奈波朋子「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」AIPPI2008 年 Vol.53No.12 参照。
- 3) Article 5 Rights conferred by a trade mark
 1. The registered trade mark shall confer on the proprietor exclusive rights therein. The proprietor shall be entitled to prevent all third parties not having his consent from using in the course of trade:
 - (a) any sign which is identical with the trade mark in relation to goods or services which are identical with those for which the trade mark is registered;
 - (b) any sign where, because of its identity with, or similarity to, the trade mark and the identity or similarity of the goods or services covered by the trade mark and the sign, there exists a likelihood of confusion on the part of the public, which includes the likelihood of association between the sign and the trade mark.
 2. Any Member State may also provide that the proprietor shall be entitled to prevent all third parties not having his consent from using in the course of trade any sign which is identical with, or

similar to, the trade mark in relation to goods or services which are not similar to those for which the trade mark is registered, where the latter has a reputation in the Member State and where use of that sign without due cause takes unfair advantage of, or is detrimental to, the distinctive character or the repute of the trade mark.

3. The following, inter alia, may be prohibited under paragraphs 1 and 2:

(a) affixing the sign to the goods or to the packaging thereof;

(b) offering the goods, or putting them on the market or stocking them for these purposes under that sign, or offering or supplying services thereunder;

(c) importing or exporting the goods under the sign;

(d) using the sign on business papers and in advertising.

商標指令第 5 条 (商標により与えられる権利) 第 1 項仮訳「登録商標は、その所有者にその商標についての排他的権利を与える。所有者は、自己の同意を得ないですべての第三者が、次の標識を取引上を使用することを阻止する権利を有する。(a) 登録商標の指定商品または指定役務と同一の商品またはサービスについて登録商標と同一の標識。(b) 商標と当該標識との同一性または類似性ならびに商標およびその標識に包含される商品またはサービスの同一性または類似性のために公衆に混同のおそれがある場合、その標識。」

第 2 項仮訳「すべての構成国は、また、次のことを規定することができる。登録商標が構成国において著名性を得ている場合であって、かつ当該標識を正当な理由のない使用が商標の識別性または著名性を不正に利用しまたはそれらを害する場合には、権利者は、その同意なく、登録商標と同一または類似の標章をその商品またはサービスと類似しない商品またはサービスに取引上を使用することを阻止することができる。」

4) Article 9 Rights conferred by a Community trade mark

1. A Community trade mark shall confer on the proprietor exclusive rights therein. The proprietor shall be entitled to prevent all third parties not having his consent from using in the course of trade:

(a) any sign which is identical with the Community trade mark in relation to goods or

services which are identical with those for which the Community trade mark is registered;

(b) any sign where, because of its identity with or similarity to the Community trade mark and the identity or similarity of the goods or services covered by the Community trade mark and the sign, there exists a likelihood of confusion on the part of the public; the likelihood of confusion includes the likelihood of association between the sign and the trade mark;

(c) any sign which is identical with or similar to the Community trade mark in relation to goods or services which are not similar to those for which the Community trade mark is registered, where the latter has a reputation in the Community and where use of that sign without due cause takes unfair advantage of, or is detrimental to, the distinctive character or the repute of the Community trade mark.

2. The following, inter alia, may be prohibited under paragraph 1:

(a) affixing the sign to the goods or to the packaging thereof;

(b) offering the goods, putting them on the market or stocking them for these purposes under that sign, or offering or supplying services thereunder;

(c) importing or exporting the goods under that sign;

(d) using the sign on business papers and in advertising.

共同体商標規則第9条第1項「共同体商標は、その所有者にその商標についての排他的権利を与える。所有者は、自己の同意を得ないで全ての第三者が次に掲げる標識を取引上を使用することを阻止する権利を有する。(a) 共同体商標が登録されている商品又はサービスと同一の商品又はサービスについて共同体商標と同一の標識 (b) 共同体商標と当該標識との同一性又は類似性並びに共同体商標及びその標識に包含される商品又はサービスの同一性又は類似性のために、公衆の側に混同を生じる虞がある場合は、その標識。この場合の混同の虞には、その標識と商標との間に関連の虞があるときを含む。(c) 共同体商標が共同体において名声を得ている場合であって、当該標識の正当な理由のない使用が共同体商標の識別性若しくは名声を不正に利用し又は害するときは、共同体商標が登録されている商品又はサービスと類似しない商品

又はサービスに関する共同体商標と同一又は類似の標識。」(特許庁HPの翻訳より引用)

5) 以下は、本判決が商標に関する問題について先例として掲げるものである。2008年4月10日判決 adidas 事件 C-102/07, 2007年9月11日判決 Céline 事件 C-17/06, 2009年2月19日命令 UDV North America 事件 C-62/08, 2009年6月18日判決 L'Oréal C-487/07, 2002年11月12日 Arsenal Football Club 事件 C-206/01, 2007年1月25日判決 Adam Opel 事件 C-48/05, 2008年6月12日 O2 Holdings 事件 C-533/06, 2005年3月17日判決 Gillette 事件 C-228/03, 2003年1月9日判決 Davidoff 事件 C-292/00, 1998年9月29日判決 Canon 事件 C-39/97, 2005年10月6日 Medion 事件 C-120/04, 2004年11月16日判決 Anheuser-Busch 事件 C-245/02。

6) 注3) 参照

7) 注4) 参照

8) Article 14 - Hosting

1. Where an information society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that:

(a) the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent; or

(b) the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.

2. Paragraph 1 shall not apply when the recipient of the service is acting under the authority or the control of the provider.

3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement, nor does it affect the possibility for Member States of establishing procedures governing the removal or disabling of access to information.

9) 大阪地裁平成19年9月13日判決 (最高裁ホームページ)

10) 同旨の基準を掲げるものとして、2008年6月12日 O2 Holdings 事件。比較広告における類似の商標

の使用について、同意のない取引上の使用であって、商品またはサービスに使用されたものであるという要件は充足しているが、公衆に混同のおそれを生じさせないとして、消費者に出所を保証する機能を害しているという要件の充足性を否定した。

- 11) 我が国の裁判例における類似の事案（香りのタイプを表現するために著名な香水の商品名を挙げた）として、不正競争防止法違反に関するものではあるが、東京高裁昭和56年2月26日判決スイートラバー事件がある。本件では出所の誤認混同がないことを理由として不正競争防止法2条1項1号の適用を否定している。
- 12) 大阪地裁平成17年12月8日判決判時1934号109頁くるまの110番事件は、次のように、商標的使用に該当するかどうかを検討するにあたり、出所表示機能が害されるかどうかを判断要素とする。「さらに、被告会社は、「クルマの110番」という表示を見て、被告サイトを閲覧した者がいたとしても、被告サイトにはどこにも「クルマの110番」という表示はないのであるから、被告サイトが原告のものとは異なることはすぐに分かるのであって、出所識別機能は害されず、注文時には誤認混

同が生じないとも主張する。しかしながら、ある事業者が、複数の標章を並行して用いることはしばしばあることであるから、インターネットの検索サイトにおけるページの説明文の内容と、そこからリンクされたページの内容が全く異なるものであるような場合はともかく、ページの説明文に存在する標章が、リンクされたページに表示されなかったとしても、それだけで、出所識別機能が害されないということはできない。」

- 13) 東京高裁平成16年8月31日判時1883号87頁リソグラフ事件「被控訴人らが、本件登録商標が付された空インクボトルに被控訴人インクを充填して販売する行為を行っていることは、当事者間に争いがないところ、かかる行為が形式的には「商品の包装に標章を付したものを譲渡し、引き渡(す)行為」(商標法2条3項2号)に該当することは明らかである。しかしながら、商標の本質は、自他商品の出所を識別するための標識として機能することにあると解されるから、被控訴人らの行為が、本件登録商標の「使用」に該当し、本件商標権を侵害するというためには、当該商標が商品の取引において出所識別機能を果たしていることが必要となるというべきである。」

(原稿受領日 平成22年6月4日)