

平成23年7月7日

日本電気株式会社 曾根 泰斗
スクワイヤ・サンダース・三木・吉田外国法共同事業法律特許事務所 弁護士 武田勝弘

第二部 発表者の疑問点

第1 事前質問おさらい

- (1) 裁判所は、出店者による被告システム利用料が売上高の2～4%であることから、被告は商品販売により出店者と同様の利益を受けていないと判断しています。しかし、平成10年に経済産業省が公表した資料(<http://www.meti.go.jp/statistics/tyo/syokozi/result-2/h2c6klaj.html#menu3>)によると、小売企業における売上高営業利益率は、小売業平均で2.1%とされています。被告は商品販売により出店者と同様の利益を受けていないのでしょうか？
- (2) 被告のウェブサイト(<http://www.rakuten.co.jp/ec/payment/>)によると、被告のインターネットショッピングモールの売り上げの6割以上がクレジットカード決済であり、またクレジットカード決済に必要な手続を被告が代行することで出店者が顧客のクレジットカード番号に触れずに決済することができるシステムになっています。また出店者が希望する場合は、配送等の手続も被告が代行することも可能です。裁判所は、被告の関与が出店者の幫助行為にあたることは否定しなかったものの、譲渡行為そのものとは認めませんでした。被告がどの程度関与していれば、商標権侵害の責任を負うことになったのでしょうか？
- (3) 本件訴訟提起前に原告は被告に対し、侵害商品を出品する別の出店者のページから侵害商品の掲載を削除するよう要請し、要請から20日未満で当該ページは削除されました。原告としては、被告相手に差止請求訴訟を提起するまでもなく、訴訟外で削除を要請すれば、侵害商品を販売する他の出店者のページ掲載も削除させることができたのではないのでしょうか。また、原告は損害賠償請求の内容として弁護士費用100万円を要求しているに過ぎません。原告の真意はどこにあるのでしょうか？
- (4) 本判決の評釈(山内貴博・菅礼子、「インターネットショッピングモールの運営者の商標権侵害等の責任」、『知財研フォーラム』Vol. 84, 2011年)には、本判決のことを商標の使用につきカラオケ法理を適用した事例と評価しているものがあります。しかし、当事者の主張や裁判所の判断中に、カラオケ法理についての明示的な言及はないように思われます。本判決は商標の使用につきカラオケ法理を適用した事例と言えるのでしょうか。また、商標法の事例にカラオケ法理を適用することの是非についてどのように考えますか？

第2 議論の背景

1 差止請求権について

- ・民法の不法行為(民709)では、原則として行為者に対して差止請求は認められない。
- ・知財法では、行為者に対する差止請求が認められる。Ex. 商標36

2 損害賠償について

- ・民法の不法行為では、損害額の立証が大変な負担である。

- ・知財法では、損害額の推定規定が用意されている。Ex. 商標 38

3 行為主体について

- ・民法の不法行為では、責任を追及できる行為者の類型について特に制限はない（共同不法行為）（民 719）。
- ・特許法・商標法では、侵害行為を直接行った者、及び間接侵害行為（一定の補助的・予備的行為）（ex. 商標 37）に対してのみ責任を追及することができる。
- ・著作権法の分野では、物理的には直接的な侵害行為を行っていない者を規範的に侵害主体として捉えるカラオケ法理と呼ばれる一連の判例理論が存在する¹。
- ・著作権法の分野では、侵害行為を直接行っておらず、かつ間接侵害行為を行っていない補助者に対しても差止め請求を認めるべきか議論されている²。

4 カラオケ法理のメリット

- ・侵害行為を直接行っていない者、及び間接侵害行為を行っていない関与者に対し、知財法上の責任を追及できる。
- ・必要とされる直接行為者と関与者の結合関係が他の類型に比べて比較的緩やかである。
- ・知財法上の責任を追及できるので、相手方に侵害行為の差止めを請求できる。
- ・知財法上の責任を追及できるので、損害額の推定規定が使える。
- ・適法行為を違法行為に転換できる（直接行為者にとっては適法な行為であっても、関与者にとって違法な行為であれば、関与者に責任を追及できる）。

5 小括

知財法と民法（不法行為法）を比べた場合、差止め請求が可能であることと、賠償額の推定規定がある点で知財法は有利だが、知財法は責任を追及できる行為者に制限がある。一方、カラオケ法理は全ての長所を備えた理論である。そこで、権利者側としては、著作権法以外の知財法分野にもカラオケ法理を適用したいという背景がある。

第3 疑問点の検討

1 原告の訴え提起に対する疑問（事前質問（3））

- (1) 侵害商品の掲載を削除することは訴訟外でも可能だったのではないかと
*プロバイダ責任制限法³ガイドライン⁴による削除の申出
- (2) 賠償を求めた損害額が弁護士費用100万円のみなのはなぜ？
*明示的一部請求の試験訴訟だった？

【参考】プロバイダ責任制限法

(1) プロバイダ等の責任を制限(3)

- ① 情報流通により権利侵害された被害者に対する損害賠償責任の制限(3i)
 - a 情報送信を防止する措置を講ずることが技術的に可能であって、かつ
 - b1 情報流通により権利侵害されたことについて悪意がある場合、または、
 - b2 情報流通につき悪意で、かつ権利侵害を知ることができた場合でない限り、権利侵害により生じた損害について責任を負わない。

¹ 昨年度 Y ゼミ 第 8 回を参照。 http://www.softic.or.jp/Ysemi/2010/8_110304/index.html

² 肯定する判例としてヒットワン事件判決（大阪地判平 15. 2. 13）（原告が引用したもの）があり、否定する判例として 2ちゃんねる小学館事件判決（東京地判平 16. 3. 11）がある。

³ 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

⁴ プロバイダ責任制限法商標権関係ガイドライン（2005 年 7 月）

http://www.telesa.or.jp/consortium/provider/pdf/trademark_guideline_050721.pdf

- ② 権利侵害情報を削除した場合の発信者に対する損害賠償責任の制限(3ii)
 - ※ 被害者はプロバイダ等に対し権利侵害情報を削除するよう申出が可能
→申出方法につき同法商標権関係ガイドラインが規定
- (2) 被害者による発信者情報の開示請求権を規定(4)
 - ※ 被害者のプロバイダ等に対する情報流通の差止請求権の規定なし

2 裁判所の判断に対する疑問

- (1) 裁判所は管理関係を検討する箇所、「被告が本件各出店者を手足として利用するような支配関係は勿論のこと、これに匹敵するような強度の管理関係が存するものと認めることはできない」と判示している(48頁8行目)。
 - ア 当該判示によると、被告が各出店者の間に、手足として利用するような支配関係に匹敵する強度の管理関係が存在すれば、被告を譲渡主体と認める可能性があるように読める。しかし、カラオケ法理で要求される管理性は「手足」という程の密接な支配関係がなくてもよいとされている⁵。当該判決はカラオケ法理を適用したものといえるのか(事前質問(4))。
 - イ 各出店者による侵害商品譲渡に対する被告の関与は、カラオケ法理において必要とされる管理支配関係としては不十分なのか。不十分だとすれば、インターネットショッピングモールの場合、どのような関与があると管理支配関係が認められるのか(事前質問(2))。
- (2) 裁判所は「被告が本件各商品の販売の主体として直接的利益を得ているものと評価することはできない」と判示している(48頁下から7行目)。
 - ア しかし、被告の得ている利益は、出店者に匹敵する程度ではないのか(事前質問(1))。
 - イ また、カラオケ法理によると、利益の帰属は、行為主体性を認めるための一要件であるはずだが、裁判所の検討だと要件の中に結論が入っているようにも思える。当該判決はカラオケ法理を適用したものといえるのか(事前質問(4))。

- (3) 裁判所は「『譲渡』…の主体は、出店者であって、被告は、その主体に当たらないといふべきであり、これと同様に、『譲渡のために展示』する主体は、出店者であって、被告はこれに当たらない」と判示している(49頁ウ)。
 - 当該判示によると、「譲渡」の主体でなければ「譲渡のための展示」をなしえないようにも読めるが、両者は論理必然的に一致するものではないはずである。
 - そして、被告のインターネットショッピングモール上に、侵害商品を掲載する行為が「譲渡のための展示」だとすると、掲載行為を組成する商品情報のアップロード行為とかかる商品情報を送信可能化する行為につきカラオケ法理を検討すべきではないか。
 - この点、録画したテレビ番組をインターネット経由でパソコンに送信する一連のサービスに関する事件(録画ネット事件、まねきTV事件の事実審)⁶においては、①送信元となる機器の所有権の帰属、②送信元となる機器の設置場所、③送信元となる機器の調達者、④送信元となる機器への専用ソフトの導入、⑤送信元となる機器へアクセスするための認証方法、⑥送信元となる機器から送信するための手順などの事情を元に、送信行為の管理支配性を検討している⁷。
 - これら考慮要素を本件にあてはめると、カラオケ法理により、被告が「譲渡のための展示」を行った規範的な主体とされる可能性もあるのではないかと。

3 原告の主張に対する疑問

(1) 商標権侵害に基づく主張について

⁵ 上野達弘「著作権における『間接侵害』」ジュリスト1326号80頁

⁶ 知財高決平17.11.15, 知財高決平20.12.15, 詳しくは昨年度のSOFTIC Yゼミ第8回を参照。

⁷ 田村善之「著作権の間接侵害」知的財産法政策学研究26号56頁を参照。

原告の主張（16頁）を要約してみると、①被告は各出店者を介してはいるが譲渡主体そのものである、②①が認められないとしても被告は各出店者と共同して譲渡行為を行ったので譲渡主体としての責任を負う、③①及び②が認められないとしても被告は各出店者の譲渡行為を幫助したことにより譲渡主体としての責任を負う、との三段構えの主張をしているものと思われる。

- ① 譲渡とは有償・無償を問わず所有権を他人に移転すること（p46(3)アを参照）と一般的に定義される以上、被告を直接的な譲渡行為の主体とするのは困難ではないか。

直接的な譲渡行為の主体とする主張に加え、原告の主張は、各出店者を道具または手足のように使って被告が譲渡行為を行った（刑法でいう間接正犯的な主張）とする趣旨も含むと思われる。しかし、被告と各出店者の関係に照らし、当該主張が認められるのは困難ではないか。

- ② 刑法でいう共謀共同正犯的な関係にあるとして商標権侵害の共同不法行為責任を商標法上追及する趣旨ならば、譲渡行為につき被告と出店者が共謀関係にあったことを立証する必要があったと思われる。しかし、一般的に、被告と各出店者に共謀関係があったとは思われない。

また、商標法上の行為主体判断においてもカラオケ法理を適用して被告を規範的な意味での「譲渡」者としたいのならば、著作権侵害主体での先例であるクラブキャッツアイ事件を引用していないのはなぜか（幫助については著作権での先例であるヒットワン事件を引用しているのに）。

- ③ 原告は著作権侵害を幫助した者に対する差止め請求を認めた判例（ヒットワン事件判決）を引用して根拠の一つとしている。しかし、原告は、被告を幫助者とした上で差止め請求の対象になると主張しているのではなく、幫助行為を行ったことで譲渡主体そのものになるという技巧的な主張をしている。

また、商標法37条間接侵害規定の反対解釈として、間接侵害規定の各類型に該当しない幫助行為等を行った者に対しては、商標法上の責任を問うのは難しいと考えられている⁸。

原告としては、被告は出店者に被告システムを利用させることで、出店者による商標権侵害行為（侵害商品の譲渡行為）を容易にしたとして、幫助による民法上の共同不法行為責任を追及すべきだったのではないか。

（2）不正競争防止法に基づく主張について

原告は、不正競争防止法2条1項1号及び2号についても主張しているが、周知性や著名性についての証拠を提出していない。

また、原告の主張は、被告が幫助行為を行ったことで譲渡主体そのものになったと構成しているのであり、被告を幫助者として責任追及しているのではない点で、商標法における構成と同様である。

しかし、不正競争防止法には間接侵害規定がないので、商標法に比べて幫助者に対する責任を追及しやすいと思われる。原告としては、被告を出店者による不正競争行為に対する幫助者として不正競争防止法上の共同不法行為責任を追及することも可能だったのではないか。

カラオケ法理が不正競争行為にも適用されるのかは、商標法と同じく、未だ検討されていない論点であって検討が必要である。

（3）著作権法に基づく主張の可能性について

原告は本件訴訟において著作権法に基づく主張はしていない。

⁸ 田村善之「商標法概説 [第2版]」150頁

確かに、本件商標が著作物にあたるかは議論の余地がありうるし、商標権者である原告が著作権者とは限らない。

しかし、著作権侵害と構成すれば、カラオケ法理を援用して被告を規範的な行為者と主張することも、また被告を幫助者とした上で差止め請求の対象となると主張することも比較的容易だったと思われる。

また、著作権法には商標法のような過失推定こそないものの、損害額の推定規定により原告の立証負担は不法行為法に比べて格段に軽い。

商標法ではなく著作権法を主要な根拠として主張を展開すれば本件訴訟の結論は変わった可能性もあるのではないか。

(4) 会社法上の名板貸責任に基づく主張の可能性について

当事者は、出店ページの商品掲載ページに被告のロゴや URL が表示されること等、被告が販売主であるような外観があることについて攻防している。しかし、裁判所は、出店者が売買契約の当事者であり譲渡主体であるとするだけで、当該主張に対して言及していない。これは、原告の法的構成では、当該事実は判断要素にならないことを意味している。これらは、名板貸責任の判断要素ではないか。

近年、名板貸責任（会社法9条、商法14条）の理論が拡大して適用されており、名板借人の取引的不法行為について名板貸人は相当広範な責任を負うようになっている⁹。しかし、現段階では少なくとも、名板借人と何らかの取引行為をしなければ名板貸人の責任は追及できない。本件の場合、原告と被告には取引関係がなかったため、原告が被告の名板貸責任を追及するのは困難だと思われる。もっとも、本件侵害商品の購買者が被告に責任追及する場合の根拠にはなりうると思われる。

第4 その他周辺の問題点（時間に余裕があれば）

- ・ 特許侵害品が販売されていた場合
- ・ リアル店舗における販売の場合
- ・ インターネットオークションの場合

第二部以上

⁹ 野上誠一「名板貸をめぐる裁判例と問題点」判例タイムズ 1177号 95頁