

令和5年1月26日判決言渡

令和2年（ネ）第10009号、同年（ネ）第10037号 商標権侵害差止等請求控訴事件、同附帯控訴事件（原審・東京地方裁判所平成29年（ワ）第3428号）

口頭弁論終結日 令和4年11月28日

判 決

控訴人兼附帯被控訴人（以下「控訴人」という。）

X

同訴訟代理人弁護士

牧 野 和 夫

工 藤 英 知

被控訴人兼附帯控訴人（以下「被控訴人」という。）

レース クイーン（R Q I）インク

同訴訟代理人弁護士

原 田 學 植

主 文

- 1 控訴人の本件控訴に基づき、原判決主文3項を次のとおり変更する。
  - (1) 被控訴人は、控訴人に対し、2億1700万円を支払え。
  - (2) 控訴人の損害賠償請求のうち令和元年11月1日までに生ずべき損害賠償金の支払を求める部分のその余の請求及び「2ch.net」のドメイン名の使用の差止めを求める控訴人の請求をいずれも棄却する。
- 2 被控訴人の附帯控訴に基づき、原判決主文2項を取り消し、同項に係る控訴人の請求を棄却する。

- 3 訴訟費用（控訴費用、附帯控訴費用を含む。）は、第1、2審を通じてこれを10分し、その6を被控訴人の負担とし、その余を控訴人の負担とする。
- 4 この判決は、1項(1)に限り、仮に執行することができる。
- 5 被控訴人のために、この判決に対する上告及び上告受理申立てのための付加期間を30日と定める。

### 事 実 及 び 理 由

用語の略称及び略称の意味は、本判決で定義するもの及び改めるもののほかは、原判決に従うものとする。

#### 第1 当事者の求めた裁判

##### 1 控訴人の控訴の趣旨

- (1) 原判決中、控訴人敗訴部分を取り消す。
- (2) 被控訴人は、その営業に関し、「2ch.net」のドメイン名を使用してはならない。
- (3) 被控訴人は、控訴人に対し、1億7500万円及び平成29年1月19日から1か月500万円の割合による金員を支払え。
- (4) 訴訟費用は第1、2審とも被控訴人の負担とする。

##### 2 被控訴人の附帯控訴の趣旨

- (1) 原判決中、被控訴人敗訴部分を取り消す。
- (2) 上記(1)の部分に係る控訴人の請求を棄却する。
- (3) 訴訟費用は、第1、2審とも控訴人の負担とする。

#### 第2 事案の概要等

##### 1 事案の概要

(1) 控訴人は、かつて「2ちゃんねる」という名称のインターネット上の電子掲示板（以下「本件電子掲示板」という。）を運営していた者であり、被控訴人は、少なくとも平成26年2月19日から平成29年9月30日までの間（以下「本件

関与期間」ということがある。）、本件電子掲示板の運営に関与していた外国法人である。

(2) 本件は、原判決別紙商標目録記載1の商標（原告商標1）及び同記載2の商標（原告商標2）の商標権者である控訴人が、被控訴人がその運営する電子掲示板に原判決別紙被告標章目録記載1の「2ちゃんねる」の標章（被告標章1）及び同記載2の「2ch.net」の標章（被告標章2）を使用することは原告商標1及び2に係る商標権（以下、併せて「原告商標権」という。）を侵害し、被控訴人が被告標章1及び2並びに「2ch.net」というドメイン名（以下「本件ドメイン名」といい、これに係るドメインを「本件ドメイン」という。）を使用することは不正競争防止法（不競法）2条1項1号、2号及び19号所定の不正競争行為に該当すると主張して、被控訴人に対し、次の各請求をする事案である。

ア 商標法36条1項又は不競法3条1項に基づく被告標章1及び2の使用の差止めの請求（以下「被告標章差止請求」という。）

イ 不競法3条1項に基づく本件ドメイン名の使用の差止めの請求（以下「本件ドメイン差止請求」という。）

ウ 商標権侵害について民法709条に基づき、不正競争行為について不競法4条に基づき、損害賠償金1億7500万円（平成26年2月19日から35か月にわたり1か月当たり500万円の金額）並びに平成29年1月19日から被告標章1及び2並びに本件ドメイン名の使用終了まで1か月当たり500万円の割合による損害賠償金の支払を求める請求（以下「本件損害賠償請求」という。）

(3) 原審は、概要、次のとおり判断して、本件訴えのうち令和元年11月2日以降に生ずべき損害賠償金の支払を求める部分に係る訴えを却下した上で、商標法36条1項に基づく被告標章差止請求の限度で控訴人の請求を認容し、控訴人のその余の請求をいずれも棄却した。

ア 本件損害賠償請求のうち将来請求の部分に係る請求権については将来給付の訴えを提起することができる請求権としての適格を有しないから、本件訴えのうち

原審の口頭弁論終結後に生ずべき損害賠償金の支払を求める部分に係る訴えは不適法である。

イ 本件関与期間及びその後における被控訴人の被告標章1及び2の使用は先使用権に基づくものとして原告商標権を侵害せず、その後平成30年3月までに本件電子掲示板における被告標章1及び2の表示が削除されて以降の被控訴人による被告標章1及び2の使用の事実は認められない。また、被控訴人は、本件電子掲示板に係る役務を自己の役務として提供していたN. T. テクノロジーインク（NTテクノロジー社）から本件電子掲示板に係る事業の譲渡等を受けるなどしてその地位を承継したと認められることに照らすと、平成26年2月19日以降の被控訴人による被告標章1及び2の使用は控訴人との関係で不正競争行為にはならない。

ウ 控訴人は原告商標権を有するところ、平成30年4月以降に被控訴人が被告標章1及び2を使用した事実を認めるに足りないから、原審の口頭弁論終結時点では被控訴人は被告標章1及び2について先使用権を有しておらず、他方で被告標章1及び2の使用の差止めの必要性がないとはいえない。

(4) 原判決を不服として、控訴人が控訴を、被控訴人が附帯控訴をそれぞれ提起した。

2 前提事実（括弧内に掲記する証拠及び弁論の全趣旨により容易に認めることができる事実）

(1) 当事者

ア 控訴人は、本件電子掲示板を開設し、運営していた者である。

イ 被控訴人は、フィリピン共和国の法に従って設立された法人である。

(2) 本件電子掲示板

ア 本件電子掲示板は、平成11年頃、本件ドメイン名を使用して開設された。

それ以降、平成29年9月30日まで、本件電子掲示板のトップページには、「2ちゃんねる掲示板へようこそ」、「2ちゃんねる http//以下省略」などと記載されていた。また、本件電子掲示板を構成する各掲示板（「板（いた）」とも呼ばれる。）

の全ての表題が掲載されたページの冒頭にも「2ちゃんねる http//以下省略」と、メニューページやスレッド（スレ。同じ話題に関する一連の流れをいう。）が表示されるページの冒頭部分にも「2ちゃんねる」とそれぞれ記載されていた（甲4、5、14）。なお、本件電子掲示板のトップページやメニューページ、各スレッド等は、いずれも基本的に日本語で記載されていた（甲5）。

イ 本件電子掲示板については、平成29年10月1日、名称が「5ちゃんねる」に、ドメイン名が「https://以下省略」にそれぞれ変更され、「2ちゃんねる」という名称の本件電子掲示板としてのサービスを終了した（甲3）。

ウ 本件電子掲示板は、最盛期においては、提携サイトまで含めると800を超える多種の掲示板から構成された巨大掲示板サイトであり、基本的には誰でも匿名で投稿することができた（甲4、乙1、19）。

エ 本件電子掲示板のサーバ（以下、時期及び個数にかかわらず総括して「本件サーバ」という。）のうち、本件ドメインが置かれたサーバは、本件電子掲示板の開設後、比較的間もない時期から、アメリカ合衆国の法に従って設立されたNTテクノロジー社によって管理されていた（以下、本件サーバのうちNTテクノロジー社が管理していたサーバを「本件サーバ（NT）」という。）。なお、NTテクノロジー社の設立当時の代表者は、Aである。

### (3) 控訴人の商標権（原告商標権）

ア 控訴人は、平成25年1月25日に原告商標1を出願し、同商標は、平成28年5月20日に登録された（甲1）。

イ 控訴人は、平成26年3月27日に原告商標2を出願し、同商標は、平成28年4月22日に登録された（甲2）。

ウ 本件電子掲示板において提供されていた役務は、原告商標1及び2の指定役務の一つである「電子掲示板による通信及びこれに関する情報の提供」に含まれるものである（甲1、2）。

### (4) 本件電子掲示板への被控訴人の関与及び標章の使用

被控訴人は、少なくとも平成26年2月19日から平成29年9月30日まで(本件関与期間)の間、本件電子掲示板の運営に関与し、前記(2)アのとおり、本件電子掲示板のトップページ等に、被告標章1及び2を表示させて使用していた(なお、本件関与期間の前後の本件電子掲示板の運営への被控訴人の関与の態様については、当事者間に争いがある。)

(5) NTテクノロジー社によるアクセス拒絶

NTテクノロジー社は、平成26年2月19日、控訴人からの本件サーバ(NT)に対するアクセスの制限をし、以後、控訴人は本件サーバ(NT)にアクセスすることができなくなった。

3 争点及び争点に係る当事者の主張は、次のとおり改め、後記4のとおり当審における当事者の補充主張を加えるほかは、原判決の「事実及び理由」中の「第2事案の概要」の3及び4に記載するとおりであるから、これを引用する。

(1) 原判決4頁9行目の「原告商標1」から同頁10行目末尾までを「原告商標1及び2と被告標章1及び2の類否並びに被控訴人による被告標章1及び2の使用の有無(争点1-1)」に、同頁11行目の「被告は」から同頁12行目末尾までを「被告は被告標章1及び2について先使用权を有するか(争点1-2)」に、同頁14行目の「争点1-2」を「争点1-3」にそれぞれ改める。

(2) 原判決4頁23行目の「原告商標1」から「類否」までを「原告商標1及び2と被告標章1及び2の類否並びに被控訴人による被告標章1及び2の使用の有無」に、同4頁26行目の「被告が運営する」を「本件関与期間に被控訴人がその運営に関与していた」に、同5頁2行目の「使用する」を「本件関与期間において使用していた」に、同5頁6行目の「類似している」を「類似しており、被控訴人はそのような被告標章1及び2を本件関与期間はもちろん、それ以降も現在に至るまで使用している」にそれぞれ改める。

(3) 原判決5頁24行目の「主張は」の次に「、後記争点2-1に係る控訴人の主張のとおり」を加える。

(4) 原判決7頁14行目の「しかし」の次に「、原審における主張の経過として」を加え、同7頁15行目及び16行目の各「日付」をいずれも「日付け」に、同7頁21行目の「運営する本件電子掲示板の名称」を「本件関与期間において本件電子掲示板の名称として使用し、その後も使用する」に、同7頁22行目の「被告の使用する」を「、被控訴人が本件関与期間において使用し、その後も使用する」に、同7頁25行目の「乗っ取った」を「乗っ取り、そのまま本件関与期間において本件電子掲示板を運営した」にそれぞれ改め、同8頁4行目の「おそれ」の次に「並びに平成29年10月1日以降の被告標章1及び2の使用」、同8頁6行目の「以降」の次に「、本件関与期間の末日に至るまで」をそれぞれ加える。

(5) 原判決8頁10行目の「争点3-1」を「争点2-2」に改め、同頁14行目の「本件ドメイン名を」の次に「本件関与期間において使用し、その後も」を、同頁21行目の「以降」の次に「、本件関与期間の末日に至るまで」をそれぞれ加える。

(6) 原判決8頁25行目の「争点3-2」を「争点3」に、同9頁1行目の「本件電子掲示板の名称は」を「本件電子掲示板については、その名称が」に、同頁10行目～11行目の「本件電子掲示板は」を「本件電子掲示板については、その名称の変更等がされ、」にそれぞれ改める。

#### 4 当審における当事者の補充主張

(1) 争点1-1（原告商標1及び2と被告標章1及び2の類否並びに被控訴人による被告標章1及び2の使用の有無）について

（控訴人の主張）

ア(ア) 令和4年6月14日時点でも、「2ch.net」でGoogle検索をすると、「2ch.net」というドメイン名及び「5ちゃんねる」という検索結果が表示され（甲61の1）、「2ちゃんねる」でGoogle検索をすると、「5ch.net」というドメイン名及び「5ちゃんねる」という検索結果が表示される（甲61の2）。

(イ) 現在は、犬らしき動物が「2」を蹴って「5ch」に変化する動画（甲3）

が映し出されてはいないが、前記(ア)について、検索結果として表示される説明は5ちゃんねるの広告であり、当該広告を表示すべくドメイン名に標章を用いることは、電磁的方法によって役務に関する広告を提供し、もってドメイン名に対応する内容をユーザーの目に入れることによって、サイトへ誘引しているものであるから、ドメイン名の使用は商標的使用である。被控訴人が被告標章1及び2を使用していないならば、前記(ア)のような検索結果は表示されない。

イ 令和4年7月13日時点で、ブラウザのアドレスバーに「2ch.net」や「http://以下省略」と入力すると、「https://以下省略」の5ちゃんねるに自動転送されるのであり、このことからすると、被控訴人は、本件ドメイン名及び被告標章2を使用しているといえる。

ウ 前記ア及びイによると、5ちゃんねるは、被告標章1及び2の宣伝力・集客力を利用して事業を行っているといえ、前記ア及びイの事情は、現在も被控訴人が被告標章1及び2を使用していることをまさに示すものである。

(被控訴人の主張)

ア 全体として、否認し、争う。

イ Google検索に係る甲61の1及び2についての控訴人の主張は、どのような技術的理解に基づくものかも不明である。甲61の1及び2における検索結果表示画面は、Googleアルゴリズムの結果として表示されるものであり、被控訴人が広告を表示すべくドメイン名に標章を用いることによって表示されるものではない。5ちゃんねるのディスクリプションタグが「2ch」、「2ちゃんねる」等の文字列を含んでいるわけでもない(乙61)。また、そもそも被控訴人は、5ちゃんねるの運営者ですらない。

ウ URLの自動転送に係る控訴人の主張について、自動転送は、旧ドメインへのアクセスを自動で新ドメイン等の別URLに転送させる処理(設定)であり、あくまでドメインに係る処理にすぎず、商標権の利用とは関係しない。被控訴人は、本件ドメインを法的正当性をもって所有しているところである。



(2) 争点1－2（被控訴人は被告標章1及び2について先使用権を有するか）について

（被控訴人の主張）

ア 次のとおり、本件関与期間の前において、本件電子掲示板の管理運営についての控訴人の貢献等が大きかった旨をいう控訴人の主張は誤りであり、2000年代半ば以降は正式に被控訴人側（被控訴人に加え、NTテクノロジー社やその関係者等を包括的にいう。以下同じ。）が本件電子掲示板を管理運営していたもので、本件電子掲示板のビューア等の機能を有する「●」（呼称は「まる」。）やアダルト専用電子掲示板であるPINKちゃんねる（BBSPINK）の開発、本件ドメインに係るWhois情報も、被控訴人が本件電子掲示板の運営に関与して被告標章1及び2を使用していたことを裏付けている。なお、控訴人の主張するような本件電子掲示板の乗っ取りなどもなかった。詳細は、次のとおりである。

（ア）本件電子掲示板の開設に当たっての控訴人の貢献等をいう控訴人の主張について

a 話題ごとに掲示板を分類していくこと自体は、平成10年時点で電子掲示板「あめぞう」でも行われており、世界中で行われていた。また、いわゆる「マルチスレッドフロート型」仕様も、やはり「あめぞう」や世界中の多くの電子掲示板で採用されていた。したがって、平成11年当時、それらが独自で創作的であったものではない。

b また、電子掲示板全体のうち、どのような話題、どのような「板」にアクセスがどの程度集中しているか等の統計が適切に採取されてこそ、管理運営者として、「板」を分類、分割等してアクセスを分散させ、サーバへの負担を減らす判断を下すことができるところ、この役割を担っていたのは、本件電子掲示板のいわゆる「静脈系システム」のうち統計関係システム（通称「STATS」）であって、これは、NTテクノロジー社の共同経営者であり、株式会社ゼロ（以下「ゼロ社」という。）の代表者であったB（以下「B」という。）が掲示板管理運営者として統計データを

採取することの重要性を認識していたからこそ作成されたものである。したがって、控訴人が主張する本件電子掲示板の分類に係る特質は、被控訴人側によって加えられたものである。

c 本件電子掲示板の基本的な設計は、しばしば改変されてきた。

本件電子掲示板のいわゆる「動脈系システム」(投稿系プログラムである「bbs.cgi」、閲覧表示系プログラムである「read.cgi」、初期設定・投稿データ精査系プログラムである「bbs-entry.cgi」及び投稿保存系プログラムである「bbs-main.cgi」)に係る甲24のプログラムは、全て、平成12年以降、Bを始めとするゼロ社及びNTテクノロジー社によって書かれたものである(後記(イ)b)。

この点、本件電子掲示板の基本構造と処理が大幅に変更された一例として、処理高速化とコスト削減のために、Perlで書かれたread.cgiが、平成12年頃にBによってC言語に書き直されたことがある。

また、bbs.cgiをbbs-main.cgiとbbs-entry.cgiに分割することによる機能分化は、本件電子掲示板の処理速度を上げるため、平成16年頃に、SpeedyCGI開発を行う際に被控訴人側がしたものである。そして、被控訴人側は、bbs-entry.cgiによってスパム投稿をはじくといった機能を日々改良していたもので、その結果、revive.cgiは、平成16年頃には既に用を果たさなくなっていた。

これに対し、w-ad.cgiは、広告に係るプログラムであり、本件電子掲示板とは別のシステム・サービスといえるものである。

d ログが残り続ける大規模な電子掲示板を初めて控訴人が作成・開設したというのは、虚偽である。ログは、削除されなければ延々と残り続けるもので、単にログを残すというだけであれば、それはシステム開発ではなく設定にすぎない。平成11年当時の本件電子掲示板は、過去ログが残り続けるシステムではなかったところ、BやNTテクノロジー社が本件電子掲示板に参画し、「●」のサービスが事業化されることによって、安定的に、ログが残り続けるシステムが確保されたものである。

控訴人が独自に作成・開設したと主張する本件電子掲示板の基本設計と仕組みは、次のとおり、取り立てて、本件電子掲示板の特色や本質と呼べるものではない。後記（控訴人の主張）ア(ア) d の控訴人主張に係る①ないし⑦については、まず、①のファイルロックを使わない構造について、ファイルロックは、平成11年当時において、電子掲示板への投稿に一般的に利用される手法ではなく、電子掲示板への投稿には、ファイルの内容を全く書き換えずに追記される構造が一般的であったもので、また、電子掲示板においてファイルではなくデータベースを利用する理由も特になかった。②及び⑦のスレッドごとに別のデータファイルにしたことについて、電子掲示板の規模が大きくなる中で、必然として、トピック単位でデータを別ファイルに保存していく手法は、当時としても一般的であった。③のサーバ間で機能を独立させることについて、各々のサーバが独立して機能する構造は、単純に、フォーラムのクローンを横に増やして（板名等の設定を少し変えて）それらへのリンク集を設けるというだけのもので、一番楽に水平展開できる方法であり、システムの安定性を考えれば当然の設計であった。④及び⑤のhtml化及び仮htmlについて、htmlは、「あめぞう」も実装していた機能であり、また、書込みごとにhtmlを更新しなければならないためサーバの負荷を際立って軽くするものではなく、そのみで利用者数の増加に耐えるものではなかった。⑥の個人特定用の符号について、利用者の匿名性を保持しつつ個別にサービスを提供する試みは、「忍法帖」等、本件電子掲示板の管理運営について、常々模索されていたものである。

この点、本件電子掲示板の特色・本質とは、日々の開発改善・管理運営に関する作業とユーザーシップに尽きるもので、それを実現させ維持してきたのは、NTテクノロジー社及びAを含む被控訴人側であった。

(イ) 本件関与期間までの本件電子掲示板の運営等

a 控訴人の関与について

(a) 控訴人は、本件電子掲示板の開設当初においては、プログラミングを提供していたが、遅くとも平成12年頃以降は、被控訴人側が主導して、本件電子掲示板

の管理に直接関わるソフトウェアのプログラミング等の業務を行ってきたもので、控訴人は、広告事業やいわゆる削除事業(掲示板に投稿された特定の記事について、金銭的対価と引換えに、利用者からの削除要請に応じるというもの。)をする関係でプログラミングに関与していたにすぎない。

この点、平成13年6月時点で既に、「X'」の略称を用いていた控訴人は、主に広告に関する作業しかしていなかったことがうかがわれ(甲24の7)、平成19年3月から平成23年2月までの時期には、いよいよ控訴人の貢献はわずかとなっていた。控訴人が本件サーバ(NT)にアクセスできなくなった平成26年2月19日以降、本件電子掲示板が問題なく動き続け、控訴人を必要とすることなく広告事業も展開し得たことは、控訴人が本件電子掲示板の運営に貢献していなかったことを裏付けている。

控訴人は、本件電子掲示板のシステムの運用や開発・改善のために、大した貢献をしておらず、管理運営者としての役割も果たしていなかったものである。

(b) ウェブサイトの管理運営権を基礎づけるのは、金員の出捐いかんではなく、金員の出捐も含めた管理運営の実態であり、控訴人及び東京プラス社(東京プラス株式会社)からNTテクノロジー社への送金をもって控訴人が本件電子掲示板の管理運営者であった根拠の一つとする旨の控訴人の主張には理由がない。当該送金は、控訴人又は東京プラス社がNTテクノロジー社に広告事業収益の分配調整金を支払っていたことに係るものにすぎず、控訴人が本件電子掲示板の管理運営者であったことを示すものではない。

上記に関し、2000年代半ば以降は、被控訴人側が正式に本件電子掲示板の管理運営者となったもので、控訴人側(控訴人及び東京プラス社)と被控訴人側との間には、控訴人が本件電子掲示板から広告収益を上げること等が了承されている一方で、控訴人側から被控訴人側に対して広告や削除等の収益の分配金が一定額支払われるという内容の「共同事業」が成立していたところである。

(c) 控訴人自身が認めるとおり、パケットモンスター社は、控訴人が租税回避の

ために設立したペーパーカンパニーにすぎない。事業実態のない会社が、本件電子掲示板の管理会社として掲示されていたとしても、本件電子掲示板についての控訴人の管理運営権の根拠となるものではない。

(d) 控訴人は、5ちゃんねるには本件電子掲示板に含まれていた幾つかの機能が含まれていないとし、このことは、本件電子掲示板の管理運営者が控訴人であったことを示すものであると主張するが、控訴人が主張する IPv6 を利用し得るか否かは、電子掲示板のグレードには関係しない。また、検索機能、メール機能、画像機能、アイコン機能やポイントサービス追加等については、細部の違いはあるが、いずれも5ちゃんねるにも存在する。控訴人が指摘する各機能は、基幹機能ではなく、周辺的なものにすぎない。

b 被控訴人側の関与について

(a) NTテクノロジー社は、平成12年に本件電子掲示板に参画して以降、本件電子掲示板の根本を支えるプログラミングを開発提供し、本件電子掲示板の管理運営を行っていた。また、被控訴人は、平成16年頃より、本件電子掲示板の管理に直接携わるソフトウェアのプログラミング等の業務を担うようになり、本件電子掲示板を管理運営していた。この点、サーバの管理について、サーバのシステムの管理を含むものとした点を含め、原判決の認定に誤りはない。

(b) 平成11年、開設当時の本件電子掲示板（巷間多数あった「あめぞう型掲示板」を模したものであった。）において、Bが一利用者として控訴人や他の利用者らと交流していたところ、本件サーバが不安定になる事態が頻発していた。

そこで、Bは、平成12年1月頃、控訴人にメールを送り、サーバ環境を整えるべきである、NTテクノロジー社が提供するサーバを使えばいいなどという申入れをし、控訴人がこれを受け入れたことで、NTテクノロジー社が本件サーバ（NT）と本件ドメインを管理し、本件電子掲示板に参画することになった。

平成12年以降、本件電子掲示板の利用者は、飛躍的に増え続け、「板」と呼ばれる話題カテゴリーの種類もますます増え、サーバの負担も増大し続けたが、控訴

人の開発技術によってはこの困難に対処することができなかつたため、NTテクノロジー社の仕事は、本件サーバ（NT）の保守管理にとどまらず、できる限りサーバに負担をかけず、利用者のニーズに合った使い勝手の良いサイトの設計を考案し、開発し、実装するというものになった。本件電子掲示板は、平成12年以降の利用者増大に対応するべく、根本的にその設計を書き換えられるなどしたところ、この書換え等をしたのも、被控訴人、NTテクノロジー社のB、ゼロ社の面々であった。被控訴人は、Bらと共に、本件電子掲示板のためにプログラムを書き、コードを提供して、本件電子掲示板の運営に貢献していたものである。

なお、Bは、NTテクノロジー社の共同経営者であり（なお、NTテクノロジー社の「NT」は、Bと、Aの当時の妻の名からとられたものである。）、NTテクノロジー社のプログラミング部門の責任者として活動していた。また、ゼロ社は、Bが平成3年に設立して代表を務めていたコンピュータ・テクノロジー事業会社であり、NTテクノロジー社について、その出資割合の2%をゼロ社が保有するとの取決めがされていた。

(c) A又はNTテクノロジー社については、本件電子掲示板の技術管理者であることが平成12年の時点で公言されており、2000年代半ばからは管理運営責任者であることも公言されていた。

(d) 控訴人自身、AによるPINKちゃんねるの運営を認めていることや、平成26年2月19日以降、被控訴人側が本件電子掲示板の管理運営をしていたことからして、Aの日本語運用能力等は、本件電子掲示板の運営に当たって問題となるものではなかった。

(e) NTテクノロジー社は、PINKちゃんねるを作り、静脈系のシステムを追加し、個人を識別していわゆる「荒らし」に対応するための忍法帖を導入し、動脈系のプログラミングコードを変更し、「●」という本件電子掲示板の基本的、根本的機能を追加したもので、新機能の追加が本件電子掲示板の管理運営者を裏付けるという旨の控訴人の主張を前提としても、NTテクノロジー社は本件電子掲示板の

管理運営者であったといえる。

c 控訴人が主張するボランティア（ネット上の有志の技術者）の関与について

(a) Bは、被控訴人の委託を受け、「B'」、「B''」、「B'''」及び「B''''」といった略称を用いて、平成26年頃まで、本件電子掲示板に様々なプログラムを提供していた。Bは、無償で本件電子掲示板に協力したものではない。その他、「d」、「K」、「J」等の略称を用いて関与していた者も、Bや被控訴人の関係者（Bのサポートとして、ゼロ社の従業員等が入ることがあった。）や、ボランティアの人々であった。

(b) 具体的なシステムの開発・改善は、ほとんど、Bやゼロ社によって行われた。本件電子掲示板の維持管理に必要なプログラムで、Bが作成したものは無数にある。本件電子掲示板について、実質上、開発設計を統括していたのはBであった。Bは、NTテクノロジー社の業務として本件サーバ(NT)の運営管理も行っていたため、NTテクノロジー社が提供した本件サーバ(NT)のroot権限を持っていた。そして、Bは、本件サーバ(NT)に入るためのID及びパスワードを保有し、ゼロ社の従業員らにも原則として本件サーバ(NT)には入らせることなく、従業員らの作成したプログラムをチェックし、適切なプログラムを設計に組み込んでいた。例えば、平成13年8月25日にも、Bは、「C」というプログラマーと思しき匿名の人物と read.cgi に関するやり取りをし、同人にボランティアとしての助力を依頼し(乙58)、その後もやり取りを交わした。この点、控訴人の定義によると、同人も「技術的ボランティア」に該当するはずであるが、控訴人は同人と面識はなく、連絡先も知らないと思われる。Bは、ボランティアとして開発改善の技術的作業をしてくれる技術者を指名し、その案を採用し、実装する権限を有していたものである。

D（以下「D」という。略称は「d」。）やE（以下「E」という。）、Jは、ゼロ社の従業員として、本件電子掲示板に携わった。

この点、NTテクノロジー社やゼロ社の関係者、すなわち、AやBらプログラマ

一たちは、控訴人に起用されたボランティアではなかったところである。

(c) フリーのエンジニアであるF（以下「F」という。）も、ゼロ社が起用したボランティアであり、被控訴人からの委託を受け、平成16年から平成26年にかけて、本件電子掲示板の管理に直接携わるソフトウェアのプログラミング等の業務、特に削除ボランティアが利用する規制に関するプログラムの開発や運用に携わったものである。Fは、荒らし行為をする利用者が書込みできないようにするシステム（Rock54）を開発したところ、同システムを本件電子掲示板の機能として組み込むためには bbs.cgi にスクリプトとして記述をする必要があったため、本件サーバ（NT）上の bbs.cgi へのアクセス権限をNTテクノロジー社から与えられ、Bと協働して作業した。控訴人からIDやパスワードを割り当ててもらったとの事実はない。

Fを含むボランティアは、自発的に志願して本件電子掲示板に関わっていたもので、控訴人の指揮命令に服し得べき者でも、控訴人が採用するなどした者でもない。

#### d 本件サーバについて

(a) 平成25年当時における本件サーバの構成は、乙55のとおりである。乙55は、Fの管理に係るウェブページであり、規制管理システム開発に当たっていたFが、作業上の必要性により本件電子掲示板の基幹機能を担うサーバの構成を熟知していたからこそ作成し得たものである。

(b) 乙55によると、掲示板そのものである「板」の収容、板の一覧表示、規制管理、Bの開発に係る荒らし対策の「忍法帖」に係るサーバは、いずれも本件サーバ（NT）にある maido3.com から管理されており、本件サーバ（NT）上で上記各機能が果たされていたのであって、本件電子掲示板のサービスの基幹となるプログラムは、全て本件サーバ（NT）上で稼働していた。

そして、NTテクノロジー社は、本件サーバ（NT）全ての root 権限を当然に持っていた。

(c) これに対し、甲51記載の「掲示板サーバ」（掲示板機能のために用いられるサーバをいう。以下同じ。）は、本件サーバ（NT）を除き、初期の頃に本件電



子掲示板において利用されていたサーバであり、継続的安定的な利用はされなかった。初期のサーバ事業者らにおいては、ことあるごとに攻撃対象となる等の事情から特殊な対処が必要となる本件電子掲示板の継続的安定的な提供が困難であり、そのため、平成15年頃には掲示板機能の全てを本件サーバ（NT）が担うこととなったもので、本件電子掲示板の掲示板サーバの提供は、NTテクノロジー社しか担うことができないものであった。

また、甲51記載の「メールサーバ」以下のサーバは、いずれも基幹機能を担う掲示板サーバに比して周辺的な役割を担うものにすぎなかった。

さらに、甲51は、本件サーバの特定を尽くしたものとはいえず、その全体像を把握し得るものではない。この点、例えば、甲53の4に出てくるサーバとの関連性も不明である。

(d) 控訴人が提出するAのメールに関する証拠（甲52の1～8）については、原メール記録ではなく、訳文（甲53の1～8）も恣意的であって、証拠としての価値を有しないというべきである。また、広告事業及び削除事業は控訴人が所掌し、Aがこれに関与していなかったことを踏まえると、上記証拠は、控訴人の主張を裏付けるものではない。

e 「●」について

(a) 「●」の機能は、単に過去のテキストの販売（過去ログの閲覧）に尽きるものではなく、「●」は、本件電子掲示板の利用に際して、管理者が特別な権限（様々な規制を解除して掲示板へ投稿する権限、dat 落ちした過去の記事を閲覧する権限等）を利用者に付与するサービスに係るソフトウェアである。「●」の利用者は、規制に妨げられることなく本件電子掲示板について閲覧、投稿する権限を、本件電子掲示板の管理運営者から付与されるもので、「●」は、本件電子掲示板と一体化したシステム・サービスで、投稿・閲覧という本件電子掲示板の根幹をなす機能に係るサービスである。

プログラムの構成等からしても、本件電子掲示板本体のプログラムの中で、「●」

についてのプログラムが記述され、「●」に関する処理も常に行われていたもので、「●」は、本件電子掲示板本体のシステムそのものであった。

「●」を本件サーバ上で機能させることができたのは、被控訴人やNTテクノロジー社が本件電子掲示板全体のプログラムを適時把握し、管理していたからであり、「●」は、本件サーバに直接アクセスし、当該サーバに対して「●」の機能を働かせるプログラムを対価と引換えに随時提供し得る権限者、すなわち本件電子掲示板の管理運営者でなければ、提供し得ないものであった。NTテクノロジー社が、「●」を、控訴人の許可を必要とすることなく、管理し、販売していたことは、被控訴人側が本件電子掲示板を運営していたことを裏付けている。

(b) 「●」は、本件電子掲示板の運営のための資金確保を企図して、NTテクノロジー社が主体となり開発運営されたものである。当初、被控訴人側は、NTテクノロジー社の別事業の売上げで本件サーバ（NT）の維持管理を図ろうとしたが、利用者の増大が爆発的で資金繰りが追いつかなくなったため、平成13年頃、NTテクノロジー社によって、本件電子掲示板の利用をより楽しくし、より効率化するための有料会員サービスである「●」が開発された。

「●」の開発企画協議は、北海道所在のゼロ社と米国所在のNTテクノロジー社との間で行われ、そこには、AやBが加わっていたもので、「●」の開発は、NTテクノロジー社とBの主導で行われた。Bの貢献が大きかったことは、NTテクノロジー社が「●」事業を展開していたことやその収益によって本件電子掲示板の事業を支えていたことと、相反するものではない。

(c) なお、「●」の収益分配に関し、NTテクノロジー社が取得するとされた16米ドルは、本件サーバ（NT）の維持管理・システム管理費用の原資でもあった（それゆえ、平成25年に「●」に係る流出事件によって「●」の収益が絶たれることで、本件サーバ（NT）の維持は危機に瀕した。）。また、収益分配の内容は、Bの陳述（乙28）のとおりであり、控訴人が8米ドルの分配を受けるという内容のG（以下「G」という。）の陳述（甲39）は、伝聞でしかなく、信用できない。

f P I N Kちゃんねるについて

(a) P I N Kちゃんねるは、平成12年頃にAと控訴人とが協議して開設された、本件電子掲示板内のアダルト専用電子掲示板であり、本件電子掲示板のトップページにURLリンクが貼られていた。主にAが主導して管理運営することになっていたが、主なソースコードは本件電子掲示板と同じものであったため、本件電子掲示板と連動する形で発展していった。

この点、アダルト用と一般用でサイトを分けるという判断をしたのは、控訴人ではない。また、2ちゃんねると同じ構造のプログラムであるとはいえ、書き上げたのは被控訴人側である。

(b) AがP I N Kちゃんねるのリンクを本件電子掲示板本体に貼ることができたのは、P I N Kちゃんねるが本件電子掲示板のアダルトバージョンであることが周知の事項であり、かつ、A自身が本件電子掲示板を管理運営する会社の代表者であったことによる。なお、P I N Kちゃんねるについては、違法行為が行われないよう利用規約等を設け、投稿規制等がされていた。

g Whois 情報について

(a) 少なくとも平成17年5月以降、本件ドメインに係るWhois情報において、NTテクノロジー社（Aを含む。）は、単に技術面に関する連絡先としてだけでなく、継続して、運営面に関する連絡先や登録サービス提供者として登録されていたもので、被控訴人は、平成24年5月3日に本件ドメイン名を取得して本件ドメインの登録者となった。これらは、NTテクノロジー社や被控訴人が本件電子掲示板の運営に携わっていたことを裏付けている。

この点、控訴人の主張するような名義貸しは、IT・ネット社会や上場取引市場の本質的な信頼を崩壊させるもので、許容されるものではない。

(b) 世界知的所有権機関（W I P O）において、被控訴人が本件ドメインの正当な所有者であると公的に認められていることも、被控訴人が本件電子掲示板を管理運営していたことを裏付けている。W I P Oの仲裁裁定手続は、ドメイン名紛争に

際して各当事者に手続保障も与えた上で公権的判断を下すものであり、サイバースクワッティング（ドメイン名を、不正な目的で登録・使用すること。）の有無も含めた実質的な審理がされる。

(c) 刑事捜査を受けたことは、本件電子掲示板の管理運営者であることを示すものではない。Bも刑事捜査を受けている。なお、捜査過程における供述等についての控訴人の主張は、その後、控訴人が取締役を務める有限会社未来検索ブラジル（ブラジル社）が提起した国家賠償請求訴訟の訴状における控訴人が既に本件電子掲示板の管理人を退いていたとの主張（乙21）とも矛盾している。

(ウ) 控訴人が主張する乗っ取りについて

a 平成26年2月19日、Aにおいて、本件サーバ（NT）のパスワードを変更し、控訴人は本件サーバ（NT）に立ち入れない事態となったものであるが、被控訴人側においては、本件電子掲示板の管理運営事業において、控訴人が何の役割も果たしていないことも踏まえ、アクセス権限者を整理したにすぎず、乗っ取りなどはない。控訴人は、平成16年以降は、本件電子掲示板の管理運営、開発改善に当たって技術者・開発者として貢献することはなく、管理運営者としての実質はなく、外面があるだけであった。

b 平成24年頃、日本の捜査機関が、本件電子掲示板上の違法行為をとがめて、Bや関係者らに対し、多数回の聴取や搜索等の捜査を行うという事態が生じていたが、控訴人は、管理運営者として意見や意思を表明することもなく、自身が本件電子掲示板とはもはや関係ない人物であること、本件ドメインについてはA（被控訴人）、本件サーバやシステムについてはBが管理責任者である旨を、繰り返し、捜査当局や社会に対して公言し続けていた。

そのような経緯を踏まえ、Aは、サーバ管理権限者としての権限整理を行ったにすぎない。

c ある時点以降に、被控訴人が、本件電子掲示板の管理運営者として広告事業を展開して収益を得るようになったとしても、法的にも、倫理的・道徳的にも、何

ら問題はない。

d 上記に関し、A等がかねて資金繰りに窮していたなどといった控訴人の供述に信用性はない。なお、甲25（NTテクノロジー社と他社との取引関係に関して第三者によって記載された書面）は、NTテクノロジー社による乗っ取りの有無が問題となった事例ではなく、本件との関連もない。

イ 本件ドメイン名と被告標章1及び2とは同一又は類似しているところ、被控訴人は平成24年に本件ドメインについてドメイン管理登録をしており、NTテクノロジー社においては、本件ドメインについて平成12年以降技術管理責任者として、平成17年には本件電子掲示板の管理運営者としてドメイン管理登録がされていた。このことと、前記アの事実を踏まえると、被控訴人は、被告標章1及び2について先使用权を有するというべきである。

ウ その上で、先使用权の法的性質は、使用継続権であり、ある時点で使用が継続されていないことを理由として、その効果が消滅したり、権利が消滅したりする類のものではない。したがって、被控訴人は、原審口頭弁論終結時においても現在においても、被告標章1及び2について先使用权を有している。

（控訴人の主張）

ア 本件関与期間より前に本件電子掲示板を運営して被告標章1及び2を使用していたのは控訴人であり、被控訴人やNTテクノロジー社は、本件サーバ（NT）の管理者にすぎなかった。しかるに、NTテクノロジー社や被控訴人は、平成29年2月19日、控訴人に無断で本件サーバ（NT）への控訴人のアクセスを制限して本件電子掲示板を乗っ取り、同日以後、本件電子掲示板の運営に関与するに至ったにすぎない。具体的には、次のとおりである。

（ア）本件電子掲示板の開設に当たっての控訴人の貢献等

a 本件電子掲示板の開設者、プログラムの作成者は、控訴人である。控訴人は、平成10年に合資会社東京アクセスを設立して、ウェブサイトの制作、システム開発等の仕事を始め、システムエンジニアとしての経験や素養により、一人で本件電

子掲示板のシステムを構築し、平成11年5月、これを開設した。

b 本件電子掲示板の創設時、控訴人は、ユーザーに利用しやすいように、独自に創作的にテーマを分けて、掲示板を分類し、約300個の掲示板とした。初心者でも、話をしたい話題について、どの掲示板で話すべきなのか理解しやすいように、また、小さな話題が埋もれてしまわないよう、一つの掲示板で多くの話題を扱いつぎないように、適切に分けたりした。このように、控訴人において、ユーザー目線で、独自に創作的に分類を行ったことが、当時の他の掲示板にはみられない本件電子掲示板の特質の一つとなり、これが日本最大の掲示板に発展する大きな要因の一つとなった。現在も、名称を変更するなどしつつ本件電子掲示板を継承する形で運用されている電子掲示板サービスにおいて、いまだにユーザーインターフェイスはそれが使用されている。

c また、控訴人は、上記bのような分類に従って、プログラムを作成した。本件電子掲示板のプログラム・システムは、控訴人が作成したものであり、控訴人が設計・開発・運用を行っていた。そして、基本的な設計は、控訴人が開発したときから変わっていない。

この点、本件電子掲示板の稼働に必須のプログラム（「bbs.cgi」、「read.cgi」、「revive.cgi」、「w-ad.cgi」及び「bbs-main.cgi」）は、全て控訴人が製作したもので、その後、他のボランティアが手を入れたものである。初期設定プログラム（「bbs-entry.cgi」）も、控訴人が製作した（控訴人は、もともと「bbs.cgi」のみであったプログラムの負荷を少なく分散するために、「bbs-main.cgi」と「bbs-entry.cgi」に分割した。）。なお、「bbs-yakin.cgi」は、「●」のサービスであり、本件電子掲示板とは別のサービスである。

d 控訴人は、本件電子掲示板の基本設計と仕組み作りを行なったもので、これは、現在も、5ちゃんねるのほか、Yahoo!など主要掲示板で使用されている。

本件電子掲示板の開設当時、大規模な掲示板で、ログが残り続けるシステムはなく、控訴人が、ログが残り続ける大規模な掲示板を初めて作成・開設したのである。

当時、延々とログを残し続けるのは不可能で、当時の LINUX の設定では、一つのフォルダに 1 万個以上のログファイルが入るとファイル閲覧速度が急激に遅くなり、利用不能になるため、控訴人による上記の作成・開設がされた。

この点、控訴人が独自に作成・開設した本件電子掲示板の基本設計と仕組み（主な特色・本質）は、①ファイルロックを使わない構造（ファイルロックを使わずに、多量のアクセスがあっても、ファイルの内容をまったく書き換えずに、追記するというアルゴリズムで「bbs.cgi」を書き、データベースも使わない構造とした。）、②スレッドごとに別のデータファイル（1000個以上のスレッドを全て別ファイルにすることで、システム不全のサーバ再起動時でも、一つのファイルが壊れるだけで他のファイルが壊れない構造で、システム設計をした。）、③サーバ間で機能を独立させること（各々のサーバが独立して機能するようシステム設計をした。）、④html 化（掲示板のトップページを html としてファイル出力し、ユーザーは実は静的な html ページを表示しているという構造にして、サーバの負荷を下げ、大量のアクセスを低コストで可能にした。）、⑤仮 html（最新の書込み 10 件分をデザインを含めた形で事前に生成しておき、書込みがあったデータファイルのスレッド表示分だけを生成して 9 個の事前に生成したファイルを結合することにより掲示板のトップページを生成することで、データファイルの読み込み数と処理を劇的に減らした。）、⑥個人特定用の符号（名前欄に「#任意の文字列」を入力することで、「別の文字列」に変換されて表示されるようにし、他人が偽装することを防ぐ仕組みを、個人認証サーバを使わないで低コストで実現した。）、⑦スレッドごとに別のデータファイルにしたこと（データファイル [dat] を公開し、スレッドごとに別のデータファイルとすることによって、様々なアプリから本件電子掲示板のデータに直接アクセスすることを可能とした。）である。これらは、控訴人が独自に開発・作成・開設したもので、現在も変わっていない。

(イ) 本件関与期間に至るまでの本件電子掲示板の運営等

a 控訴人の関与について

(a) 本件関与期間に至るまで、控訴人が、掲示板システムの運営、プログラム・システムの設計・開発・改善等（具体的には、新たな掲示板や機能の導入、それらのプログラミング・システムの開発、掲示板が壊れたときに治すスクリプトの作成や起動など掲示板の維持・改善等の運営、削除するボランティアの任命など）を行っていた。例えば、本件電子掲示板において、①個人を識別してアイコンを表示する機能、②本件電子掲示板内の仮想通貨「モリタポ」、③beポイント（利用者が機能スレッドを立てるのに投稿時の利用者取得ポイントが必要となる仕組み）などは、基本的、根本的な機能であるが、これら新機能全てについて、プログラムのコーディングをして追加したのは、控訴人であり、本件電子掲示板に新機能を追加できたのは、控訴人のみであった。

そもそも、書込みと表示だけでは掲示板の運営は不可能であり、SPAM投稿や不適切な発言を削除したり、ユーザーに対して正しい利用法を啓蒙する管理側のスタッフを採用して管理したりするシステム等が必要である。そこで、控訴人は、ウェブページが広告・宣伝だけになって見づらくなってしまわないように、ボランティアで構成される削除チームを指名してかわるがわる担当させたりする管理をしていた。300人を超えるボランティアスタッフの管理と削除・規制のシステムなしには、大規模掲示板の運営はできないところ、これは控訴人が行っていたものである（後記c）。そして、一定の信用のおけるユーザーの投稿が目立つようにする「記者システム」（迷惑アクセスを防ぐために、運営側が認証したアカウントしかスレッドを立てることができないシステム）の設計や運用も、控訴人が行っていた。

(b) 控訴人及び控訴人が代表者を務める東京プラス社は、本件電子掲示板の維持のために、NTテクノロジー社に対し、本件サーバ（NT）のサーバ管理に係る前払費用として、平成23年から平成26年2月までに、合計85万米ドルの送金をした。

なお、東京プラス社がNTテクノロジー社を被告として提起した訴えに係る訴訟（東京地方裁判所平成26年（ワ）第31166号。以下、同訴訟を、異なる審級



を通じて「別件訴訟」という。)において、NTテクノロジー社は、本件電子掲示板について、東京プラス社とNTテクノロジー社とによる共同事業であったと主張し、上記送金について、共同事業の分配金であった旨主張したが(甲23)、共同事業に係る契約の具体的な交渉経緯・成立時期・契約内容などは明らかにしなかった。特に、共同事業であれば収益分配・損失負担の具体的な合意がなければならぬが、その主張すらなく、立証もなかった。この点、Aは、売上げの報告すら受けていなかったことを認めていた(ただし、Aの証言や陳述には、齟齬や矛盾があり、全体的には信用性を欠く。)

(c) 平成24年3月2日時点の本件電子掲示板における記載(甲34)からも、控訴人が本件電子掲示板の管理人であったことが分かる。

また、平成26年1月25日時点において、本件電子掲示板の「2ちゃんねるの使い方&注意」において、控訴人が所有するペーパーカンパニーである、シンガポール共和国の法に従って設立されたパケットモンスター社が本件電子掲示板を運営している旨の記載があったこと(甲31)も、控訴人が本件電子掲示板を管理していたことを示している。この点、同国で設立された有限責任会社は、会計企業規制庁(ACRA: Accounting and Corporate Regulatory Authority)への登記が義務付けられ、その登記情報は、ACRAが提供するオンラインサービス「bizFILE」にて取得できるBusiness Profileにより確認することができる。パケットモンスター社のBusiness Profileには、控訴人が全ての株式を保有していることが示されている。また、パケットモンスター社が所有する銀行口座の取引明細書(Statement of Account)の送付先の住所は、控訴人の住所と一致し、かつ、当該送付先の住所には、会計部(THE ACCOUNTS DEPARTMENT)と付記されており、パケットモンスター社の企業活動に関わる資金について、全て控訴人が管理していたことが確認できる。これらの事実から、パケットモンスター社が控訴人の所有に係るものであることが理解できる。

(d) 電子掲示板において、検索システムは、最も重要な機能の一つであるところ、

本件電子掲示板では検索システムが利用できたのに対し、現在の5ちゃんねるには、掲示板テキスト（本文）の検索システムがない。これは、本件電子掲示板の検索システムのサーバが本件サーバ（NT）に含まれず、控訴人が取締役を務めるブラジル社のサーバに含まれるものであったことによるものである。同様に、掲示板機能について次世代バージョンのIPv6が利用できないこと、メール機能、画像機能がないこと、新規サービスの開発（アイコン機能を追加、ポイントサービス追加）の機能が使えないことなど、平成26年2月19日の本件サーバ（NT）の乗っ取り後には、グレードの低い機能しか提供できていない。これらの事情も、本件電子掲示板の管理運営者が控訴人であったことを示すものといえる。

なお、平成26年2月19日当時、本件電子掲示板は、既に巨大掲示板として動いており、特段のプログラミングがなくともそのまま動くものであった。また、多くのボランティアが参加するという特質から、それらボランティアがプログラミングすれば、動き続けるものであった。したがって、同日に控訴人の本件サーバ（NT）へのアクセスが制限されて以降も本件電子掲示板がその名称及びドメイン名を変えて稼働し続けたことは、本件電子掲示板の管理運営者の判断に影響しない。むしろ、同日まで、控訴人が本件電子掲示板のプログラムへのアクセス権を有していたことは、控訴人が本件電子掲示板の管理運営者であったことを裏付けている。

(e) さらに、控訴人は、本件電子掲示板の対外的な対応をしていた。すなわち、控訴人は、本件電子掲示板における犯罪に係る投稿について、警察からの削除要請に対応していた。また、名誉棄損に当たる投稿について、損害賠償請求の被告となっていたほか、発信者情報開示・削除要求などの対応も、全て控訴人が行っていた。これらの事情も、控訴人が本件電子掲示板の管理運営者であったことを示すものである。

#### b 被控訴人の関与について

(a) 控訴人が被控訴人側に依頼していたのは、サーバのレンタル・ホスティングであり、被控訴人側は、平成26年2月まで、レンタルサーバ業者として、本件サ

サーバ（NT）の提供とその管理（電源・ネットワークケーブル・ハードウェアの管理をいい、システムの管理を含まない。）を行っていたにすぎない。控訴人が被控訴人側に対し、それ以外の業務を委託した事実はない。

なお、控訴人は、当初、被控訴人側による本件サーバ（NT）の提供の対価として、本件電子掲示板に被控訴人らの広告を無料で掲載することを認めた。

(b) 日本語の分からない被控訴人やNTテクノロジー社及びAにおいて、日本語で運営される本件電子掲示板を運営することなどできなかった。

(c) Aに本件電子掲示板のコンテンツを管理する権限やこれにアクセスする権限がなかったことは、Aのメール（甲52の1～8、甲53の1～8）からも認められる。

c 無報酬で参加するボランティア（ネット上の有志の技術者）の関与について

(a) 本件電子掲示板は、控訴人が中心となり、控訴人や控訴人の指名した無報酬で参加するボランティアによって、プログラミングされ、運営されていた。すなわち、本件電子掲示板の保守には、大きく、①プログラムの追加・改変の部分と、②掲示板の設定を変えたり、投稿を削除したりする運営の部分があったところ、両者ともに、控訴人が中心となって、控訴人及び控訴人が指名した300名超の多数のボランティアにより運営がされていた。ボランティアには、プログラムの補修など技術的なサポートをしてくれた者（以下「技術的ボランティア」という。）と削除作業をサポートしてくれた者（以下「削除ボランティア」という。）がおり、前者は数名の少数であったが、後者は300名超おり、何名かの削除リーダーがまとめていた。ボランティアは、全て控訴人が指名した人物であり、平成26年2月19日の乗っ取りまで、被控訴人の指名したボランティアは一人もいなかった。

(b) 技術的ボランティアは、当人からの手伝いの申し出を受けて、控訴人が直接に許可したものであった。誰でも自由にソースコードを追加したりできるわけではなく、本件電子掲示板への参加を希望して、控訴人が許可した者のみが、本件電子掲示板のプログラムの機能追加などを行える仕組みとなっていた。技術的ボランテ

ィアは、具体的には、G（ハンドルネームは「G'」）、D（ハンドルネームは「D'」）、H（ハンドルネームは「H'」、「H' '」）、I（ハンドルネームは「I'」）、J（ハンドルネーム）及びB（ハンドルネームは「B'」、「B' ' '」など）の6名であった。技術的ボランティアの関与は、前記(ア) cの本件電子掲示板の特色・本質を変えることなく、控訴人が作成した基本のプログラムを追加・改変するものにすぎず、それにより本件電子掲示板の管理運営者が控訴人から変わるものではない。控訴人がプログラムの改変を許可したことだけで、本件電子掲示板の共同事業をすることを認めたことにはならない。

この点、控訴人は、本件サーバ内のプログラムを全て改変できる権限（root 権限）を有するとともに、本件電子掲示板のプログラムの一部のみ改変できる本件サーバ（NT）の管理ユーザーの権限を技術的ボランティアに付与していたもので、本件電子掲示板のプログラムを統括する立場にあった。そして、本件電子掲示板のプログラムを追加・改変する場合、控訴人が、技術的ボランティアのうち適任と思われる者に声をかけてこれを行っていた（例えば、トラブルがあった場合、追加・改変するプログラムに応じて、控訴人が特定の技術的ボランティアを指名して、「こうやったらよいんじゃないか」と方針・方向性を指示・指揮し、その方針・方向性に応じて、技術的ボランティアがプログラムを追加・改変していた。）。

これに対し、技術的ボランティアの役割は、メンテナンスなど補助的なものであった。なお、技術的ボランティアは、基本的に他の技術的ボランティアの連絡先すら知らず、また基本的に互いに面識がなく、控訴人だけが、技術的ボランティア全員の連絡先を知り、全ての技術的ボランティアと面識があった。

他方、削除ボランティアについては、控訴人が直接数人のリーダーを指名して、そのリーダーたちがそれぞれ何人かの削除人を指名していた。そして、控訴人は、削除ボランティアには、本件サーバにログイン（アクセス）してプログラムを改変する権限を与えず、規制するプログラムにアクセスして使用するID及びパスワードのみを与えていた。

(c) Bからは、当初、広告を載せる対価としてサーバの提供の話があったが、上記(a)①に係るプログラミングについては、Bも、控訴人が指名したボランティアの一人として行っていた。控訴人は、Bからの手伝いの申し出を許容したにすぎない。

すなわち、Bは、控訴人に対し、本件電子掲示板にNTテクノロジー社の広告を掲載する代わりに、本件電子掲示板のためにサーバをホスティング・レンタルするという提案をし、控訴人は、これに同意した。他方で、控訴人は、Bについて、本件電子掲示板のボランティアとして認めたことはあっても、本件電子掲示板への参画・共同事業を認めたことは一切ない。これはB自身が本件電子掲示板内で自認するところである(甲40の1)。この点、Bは、本件サーバ(NT)その他の重要なサーバ(①2ちゃんねる検索サーバ、②番組表サーバ、③チャット・サーバ、④FAQを掲載し、2ちゃんねるwikiサーバに所在していたinfo.2chサーバ、⑤新規サービス開発用サーバであるbe.2ch.net、⑥掲示板のアイコン・ロゴ等画像が入っていたサーバであるimg.2ch.net)を含め、本件サーバへアクセスするroot権限は持っていなかった。

なお、平成12年以降の利用者増大に対応すべく、本件電子掲示板の設計を補正したのは、複数のボランティアであって、Bではない。Bが本件電子掲示板のプログラムに関与していたとしても、あくまで現状維持すなわち保守のための関与にすぎず、Bは、元々あったスクリプトを改変して、名前を変えるなどしただけであった。

Bが運営するゼロ社も、同様に、本件電子掲示板に係る事業には、NTテクノロジー社の代理店としてサーバのレンタルに関わっていたにすぎない。Bを含め、ゼロ社の関係者が本件電子掲示板に係る事業に関わっていたとしても、それはあくまでボランティアの立場であった。

(d) Fも、控訴人が指名したボランティアの一人(技術的ボランティアではない。)であった。控訴人からFに対し、迷惑投稿などを規制するツールを提供して、それを使って本件サーバがサイバー攻撃を受けたときにプロバイダ規制をかけてもらう

作業（掲示板が荒らされたときにネット上の表記を設定・解除する作業などのスクリプトの運用作業）をしてもらっていたもので、プログラムを追加・改変をする権限は持っていなかった（なお、平成26年2月19日の被控訴人側による本件サーバ（NT）の乗っ取り以降、Fは、被控訴人側から金員を得て本件電子掲示板の規制作業をしていたのではないかと推測される。）。

(e) Dは、当時、日本レジストリサービスの従業員であり、Bが運営するゼロ社の従業員ではなかったもので、平成12年頃から平成26年頃まで、あくまでボランティアとして本件電子掲示板に関与した（甲42）。

(f) なお、Eは、プログラマーではなくデザイナーであり、ブラジル社のオフィスに来たことはあったが、単に、エンジニアのいる会社を見てプログラムを勉強したいということであった。本件電子掲示板のプログラムには、ボランティアとしても関わっていない。

#### d 本件サーバについて

(a) 本件サーバとして、本件電子掲示板のサービス開始時には、無料のvirtualave.net が用いられていたが、その後、HYPERMART、tytek.net、xoom.com や2ch.ohayou.com や aisnet などの無料サーバへ移行した。控訴人は、どのようなサーバでも動かせるように本件電子掲示板のシステムを開発したものである。

本件電子掲示板は、8つのサーバ事業者（PROX、ATLINK、PRO-G、さくらインターネット、ライブドア、aisnet.ne.jp、server.ne.jp、KITANET）でも動くようにされたが、いずれの時期においても、NTテクノロジー社の独自の技術が必要であったことはない。

(b) 本件サーバの分類と会社名、各サーバの種類（機能）、各サーバについて2chサーバ管理ユーザーの権限及びroot権限を有する者の概要は、甲51（控訴人作成のサーバの種類、管理権限の整理に係る書面）記載のとおりである。

この点、掲示板サーバについては、本件サーバ（NT）の利用開始前に、全部で12個を使用していた。特に特定の 카테고리 や機能によって分けていた訳ではな

く、アクセス数が増えてサーバを増設しなければならなかったために増やしてきたものであった。甲51記載の「掲示板サーバ」のうち、本件サーバ（NT）（最後の「Nttec」と記載されているもの）以外の12のサーバは、控訴人が管理していたため、平成26年2月19日の乗っ取り以降は使用されていない。なお、「ライブドア」（次世代規格のIPv6でしか書けない掲示板に係るもの。）は前記a(d)のIPv6が利用できないことに、「さくらインターネット」は同(d)の新規サービスの開発の機能が使えないことに、それぞれ関連する。

また、甲51記載の「メールサーバ」以下の各サーバも、平成26年2月19日の乗っ取り以降は使用されていない。

なお、AもBも、本件サーバのroot権限に係るIDやパスワードを知らなかったものである（甲52の1～8、甲53の1～8）。

(c) これに対し、被控訴人が平成25年当時における本件サーバの構成を示すものとして提出する乙55は、そもそも本件サーバ全てを示すものではない。乙55には、本件電子掲示板のメールサーバ、チャット・サーバ、ログイン情報を管理するサーバ、検索エンジンのサーバ、新規機能開発用サーバ、情報公開用のwikiサーバ（使い方、FAQ、削除時基準などまとめたサーバ）、番組表サーバ、広告管理サーバ、携帯電話表示用のサーバ（いわゆるガラ携用のサーバ）、URLジャンプ用のサーバ（本件電子掲示板内のURLへ飛ぶ時にワンステップ置くもので、広告表示とトラブル防止を目的とする。）は記載されていない。乙55は、被控訴人が本件サーバの全体像を把握していなかったことを示すものである。

また、乙55記載のサーバは、全て控訴人がレンタルしていたものにすぎない。乙55記載のサーバのうち、find.2ch.net、p2.2ch.net、w3.p2.2ch.net、w4.p2.2ch.net及びw2.p2.2ch.netは、ブラジル社のサーバであり、be.2ch.netは、さくらインターネット社のサーバであって、いずれも控訴人が管理するサーバであった。これに対し、末尾をmaido3.comとするサーバ（以下、単に「maido3.com」という。）のほか、m2.2ch.net、sv2ch.bailla6.jp及びula.ccのサーバーは、控訴

人が有料で借りていたNTテクノロジー社のサーバであり、控訴人ないし東京プラスがサーバレンタル料を支払っていた。

e 「●」について

(a) 「●」は、本件電子掲示板とは別のシステム・サービスであり、掲示板ではなく、書き込むこともできないから、本件電子掲示板の管理運営者が誰かということとは無関係である。「●」を一切使うことなく本件電子掲示板を利用することが可能であったもので、「●」は、単なる有料オプションとして提供されていただけである。「●」が本件電子掲示板と別システムであったことは、ドメインが別であることや、「●」がクレジットカード個人情報流出により運営できなくなってもそれと無関係に本件電子掲示板が運営できたことから明らかである。

(b) また、「●」は、次のような経緯で作成されたもので、被控訴人はこれに関与していない。

平成13年8月25日、サーバのホスティングサービスを行っていたBが、転送量の超過を理由に、本件サーバ（NT）を次々にシャットダウンさせ、本件電子掲示板の閉鎖の危機（「2チャンネル閉鎖危機（8月危機）」）が生じた。そこで、控訴人並びに控訴人が指名していたボランティアであるG、B及び日本人数名において、サーバ費用を確保し、本件電子掲示板を安定的に運用するために、収益を得るシステムを作る協議をした（この協議には、NTテクノロジー社や被控訴人やAは、加わっていない。）。その協議の結果、Gがシステム開発、Bの会社がユーザーサポートをし、クレジットカード決済はNTテクノロジー社の決済システムを使おうという話になり、「●」の開発が決定された。そして、Gにおいて、過去ログが読めるスクリプト（簡易なプログラム）を開発し、控訴人の指名したボランティアが規制のツールを開発して、「●」が作成された（この開発にも、NTテクノロジー社や被控訴人やAは、関与していない。）。

しかるに、「●」のサービスが開始されると、決済システムをコントロールできるNTテクノロジー社、被控訴人及びAにおいて、「●」の収入を得るようになっ



てしまったものである。なお、平成25年8月、「●」の個人情報漏洩事件が起きて社会問題となった結果、「●」の運営はできなくなり、Aらの収入は激減したと思われる。

f PINKちゃんねるについて

(a) NTテクノロジー社、被控訴人及びAは、本件サーバ（NT）を管理していたという立場を利用して、本件電子掲示板の外殻掲示板として、本件電子掲示板の скрипт を利用したアダルトを内容とする掲示板であるPINKちゃんねるを運営するに至った。

この点、控訴人は、アダルト系の掲示板を運営する意向を有していなかったのに、AがPINKちゃんねるを運営することを黙認したが、アダルトの要素が多いものは年齢制限すべきであることから、アダルト用と一般用でサイトを分けるとの判断をした。控訴人は、本件電子掲示板内からアダルトの話題をなくすことで、年齢制限の必要のないサイトにするのを目指して、それを実現したものである。

他方で、控訴人は、AからNTテクノロジー社の経営が厳しいと聞き、助けを求められたことから、好意で、Aに対し、本件電子掲示板と同じ構造の скрипт（簡易なプログラム）を提供し、本件電子掲示板のシステムをそのまま流用することを認め、デザインだけを変更したPINKちゃんねるの運営を任せ、また、本件電子掲示板上で、ボランティアの募集まで行ってあげた。Aは、PINKちゃんねるから広告収入を得ていたようである。

(b) PINKちゃんねるは、本件電子掲示板とは別システムである。Aは、本件電子掲示板についてレンタルサーバ（ホスティング）をしていたために、本件電子掲示板にPINKちゃんねるのリンクを貼ることができたにすぎない（控訴人は、Aが同リンクを貼ること自体は認めていた。）。

g Whois 情報について

控訴人は、本件ドメイン名の名義について、NTテクノロジー社、パケットモンスター社又は被控訴人などに変更したことがあるが、これらは、一時的にサーバの

貸与者であるNTテクノロジー社の名義に移転したり、上場企業である株式会社ドワンゴの子会社の取締役である控訴人が本件電子掲示板の管理運営者であるのは外聞が悪かったために、控訴人が所有するペーパーカンパニーの名義に移転したり、被控訴人の名義を借りるなどしたものにはすぎず、本件電子掲示板の管理運営権の譲渡を伴うものではなかった。

この点、ドメインの所有者とは異なる者の名称や連絡先等を Whois に掲載することは広く行われており、むしろ、個人情報開示に起因する紛争を未然に防止する必要性が高まっている近年では、所有者と異なる者が掲載されている場合の方が多い（現在の名義人も、本件ドメインの所有者ではない。）。

上記に関し、WIPOの仲裁裁定手続は、サイバースクワッティングを対象とし、ビジネス紛争によるドメイン名の取得は判断の範囲外であるとされ、その裁定できる権限の範囲が限定されているのであり（甲47）、当該裁定により被控訴人が本件ドメインの正当な所有者であると公的に認められたものとはいえない。

(ウ) 平成29年2月19日の乗っ取りについて

a NTテクノロジー社と被控訴人は、資金繰りに窮していたことから、平成26年2月19日、本件サーバ（NT）に係るID及びパスワードを突然変更し、控訴人が本件サーバ（NT）にアクセスできないようにして本件電子掲示板を運営できないようにするとともに、本件電子掲示板の名称及びドメインを変更してその運営を自ら開始し、その広告収入を奪取するに至った（この点、甲25は、NTテクノロジー社による他の乗っ取りの例である。）。

その後、Aは、控訴人に対し、本件サーバ（NT）へのアクセス再開のために5万米ドルの支払を要求し、その支払を受けた（甲26の1・2）が、本件サーバ（NT）のアクセスを回復させることなく、広告費用月額15万米ドルを不法に領得し続けている。

b 被控訴人やA、NTテクノロジー社は、本件サーバ（NT）を管理しているという立場を利用して、本件電子掲示板のスクリプトを利用したPINKちゃんね

るを運営し、控訴人（東京プラス社）から多額のサーバ費用の支払を受け、「●」の利益も独占していたところ、そのような状況で、また、他の事業に失敗したこともあり、日本で違法ポルノ規制の隙間を見つけた先駆者で遵法精神が全くないAは、控訴人に対して更に多額の金銭を要求するようになり、支払をしなければ本件サーバ（NT）を止めると脅迫するようになり、結局、本件電子掲示板本体を乗っ取ったものである。

c 百歩譲って、本件関与期間の前において、本件電子掲示板に関し、被控訴人の主張するような共同事業が認められるとしても、本件電子掲示板からの利益が独占されてよいはずがない。

d なお、本件電子掲示板について、控訴人は、麻薬密売の書込みを放置したということで警察の捜査を受けたところ、捜査において、控訴人は本件電子掲示板の管理権限を持っていると供述した。これに対し、Bは、本件電子掲示板とは関わっていないと供述し、その旨の上申書を提出した。その上で、控訴人が不起訴処分となったのに対し、BやAは、被疑者にすらならなかった。これも、本件電子掲示板の管理運営者が、控訴人であったことを示している。

イ 前記アの事実にもかかわらず、原判決は、電子掲示板の管理運営者又はシステムの設計・開発・改善者とサーバの管理者を混同し、又は誤解したものである。また、本件電子掲示板については事業の乗っ取りがされたもので、事業の承継などはなかった。したがって、被控訴人の主張する先使用权は認められない。

(3) 争点2-1（被控訴人による被告標章1及び2の使用が不競法2条1項1号又は2号の不正競争行為に該当するか）について

（控訴人の主張）

前記(2)（控訴人の主張）、特に同ア(ウ)の平成29年2月19日の乗っ取りの事実からすると、被控訴人による被告標章1及び2の使用は不競法2条1項1号又は2号の不正競争行為に該当する。

（被控訴人の主張）

前記(2) (被控訴人の主張) のとおり被控訴人に認められる被告標章1及び2の先使用権は、商標法32条の趣旨から保護される法的権利であるから、被控訴人によるそれらの使用が不正競争行為に該当する余地はない。

なお、本件ドメインを有する被控訴人が被告標章2を用いて平成29年9月まで事業を営んでいたものであるから、「混同」(不競法2条1項1号)は生じない。また、被控訴人にとって、被告標章1及び2は「他人の著名な商品等表示」(同項2号)ではない。そして、本件電子掲示板の周知性は、被控訴人側による管理運営作業とユーザーシップによって獲得されてきたもので、控訴人によって維持・獲得されたものではない。

(4) 争点2-2 (被控訴人による本件ドメイン名の使用が不競法2条1項19号の不正競争行為に該当するか) について

(控訴人の主張)

前記(1) (控訴人の主張) によると、現在も被控訴人は本件ドメイン名を使用しているといえる。そして、前記(2) (控訴人の主張)、特に同ア(ウ)の平成29年2月19日の乗っ取りの事実からすると、被控訴人による本件ドメイン名の使用は不競法2条1項19号の不正競争行為に該当する。

(被控訴人の主張)

前記(2) (被控訴人の主張) のとおり被控訴人に認められる被告標章1及び2の先使用権は、商標法32条の趣旨から保護される法的権利であるから、被控訴人によるそれらの使用が不正競争行為に該当する余地はない。

なお、従前から技術管理責任者として本件ドメインについて登録されていた被控訴人側のNTテクノロジー社が平成17年から管理運営責任者として登録され、本件電子掲示板の管理運営業務をしてきたことについて、ドメイン名不正使用等行為(不競法2条1項12号)に該当するわけもない。そして、本件電子掲示板の著名性は、被控訴人側による管理運営作業とユーザーシップによって獲得されてきたもので、控訴人によって維持・獲得されたものではない。

(5) 争点3 (差止めの必要性) について

(控訴人の主張)

前記(1)、(3)及び(4)の各(控訴人の主張)からすると、被告標章1及び2の使用並びに本件ドメイン名の使用の差止めの各必要性が認められるべきである。

(被控訴人の主張)

ア 被控訴人が現在においても被告標章1及び2について先使用权を有していることは、前記(2)(被控訴人の主張)のとおりである。

イ 被控訴人は、平成29年10月、本件電子掲示板の管理運営権を Loki Technology, Inc. (以下「Loki社」ということがある。)に譲渡した。そして、Loki社は、権利関係に関する無用な紛争を生じさせず、また、利用者に継続的に安全かつ快適に利用いただけるようにという理由で、本件電子掲示板について、名称等を変更した(甲3)。これらの経緯に不明な点はない。

ウ したがって、差止めの必要性に関する原判決の判断には、誤りがある。

なお、仮に、前記(1)に関し、URLの自動転送処理が被控訴人による被告標章1及び2の利用であると評価できるとするならば、被控訴人による被告標章1及び2の利用は継続していることとなり、原判決の誤りが裏付けられることとなる。

(6) 争点4 (損害論) について

(控訴人の主張)

ア 控訴人は、控訴人の損害として、控訴人の逸失利益と、被控訴人が得た利益の額による損害の推定(商標法38条2項等)を選択的に主張する。

イ(ア) 平成26年2月19日以前、控訴人は、本件電子掲示板の広告収入として、月額平均623万円の所得を得ていた。

イ(イ) 上記(ア)からすると、被控訴人が本件電子掲示板を乗っ取った後に得ていた広告収入も、同額であると推認される。

(被控訴人の主張)

否認し、争う。原告が提出する証拠(甲20の1~5)や、陳述書(甲56)で

述べられている東京プラス社の売上推移は、本件電子掲示板による広告収益とひもづけられておらず、広告収入額を示す資料とも、損害額を推定する資料ともなり得ない。

### 第3 当裁判所の判断

当裁判所は、控訴人の本件訴えのうち当審の口頭弁論終結の日の翌日である令和4年11月29日以降に生ずべき損害賠償金の支払を求める部分は不適法であるが、その余の本件損害賠償請求の一部については理由があり、また、控訴人の被告標章差止請求及び本件ドメイン差止請求はいずれも理由がないと判断する。その理由は、前記第2の4の当審における当事者の補充主張に対する判断を含め、次のとおりである。

#### 1 訴えの適法性について

次のとおり改めるほかは、原判決の「事実及び理由」中の「第3 当裁判所の判断」（以下、単に「原判決の第3」という。）の1に記載するとおりであるから、これを引用する。

(1) 原判決10頁5行目の「本件口頭弁論終結後の期間」を「当審における口頭弁論終結後の令和4年11月29日以降」と改める。

(2) 原判決10頁21行目の「原告は」から同頁23行目の「下らないとする」までを「控訴人は、逸失利益額又は商標法38条2項若しくは不競法5条2項に基づくものとしての本件電子掲示板の広告収入額を原告が受けた損害の額であると主張し、その額は1か月当たり500万円を下らないとする」と改める。

(3) 原判決11頁2行目の「後記4(5)、7」を「前記第2の2(2)イ」と改める。

(4) 原判決11頁2～3行目の「上記損害賠償請求権」を「本件口頭弁論終結の翌日である令和4年11月29日以降の損害賠償請求権」と改める。

#### 2 認定事実

次のとおり改めるほかは、原判決の第3の2に記載するとおりであるから、これを引用する。

(1) 原判決 11 頁 10 行目の「掲記の証拠」を「括弧内に掲記する証拠（なお、当裁判所の認定に反する部分を除く。一部証拠について特に参照すべき頁数を参考として [ ] 内に記載することがあるが、甲 22 及び乙 12 の頁数は、速記録部分（各証拠の 3 枚目以降）の下部に記載された頁数を示す。）及び弁論の全趣旨」に改める。

(2) 原判決 11 頁 16 行目冒頭から 17 行目末尾までを次のとおり改める。

「イ 被控訴人は、平成 16 年（2004 年）頃に設立され、平成 17 年（2005 年）1 月 27 日にフィリピン共和国において会社として登記された法人であり、その設立に当たっては A が一定額の出資をした（乙 12 [5、14 頁]）。」

(3) 原判決 11 頁 21 行目の「31 日」を「13 日」に、同頁 22 行目の「全株式」を「全株式（ただし、発行済の普通株式数は 1 であり、資本の額は 1 シンガポールドルである。）」に、同頁 24 行目の「ない（」を「ない。（甲 31 の 1・2、」にそれぞれ改め、同行目末尾の「。」を削除する。

(4) 原判決 12 頁 1 行目末尾の次に改行して次のとおり加える。

「カ ゼロ社は、コンピューターソフトウェアの開発、設計及び製作、コンピューター周辺機器の設計、製造及び販売等を目的として、平成 3 年 3 月 29 日に設立された会社である（甲 27 の 6、甲 64）。」

(5) 原判決 12 頁 3 行目冒頭から同 13 頁 11 行目末尾までを次のとおり改める。

「ア 控訴人は、平成 11 年 5 月頃、自らプログラムやレンタルサーバを準備した上で、本件電子掲示板を開設した（甲 10、21、22 [1 頁]、38、56 [1 頁]、乙 10、12 [16 頁]）。

イ(ア) 控訴人は、その後、本件電子掲示板へのアクセス数の増加等を受けて、サーバの数を増やすなどしていたところ、平成 12 年頃、ゼロ社の当時の代表取締役であった B から、サーバの安定化のために NT テクノロジー社のサーバを使えばいいという旨の申出を受けて、これを了承し、間もなく、本件電子掲示板については、NT テクノロジー社が提供する本件サーバ（NT）が主要なものとして使用される

ようになった（甲21、22〔3～4・9～10頁〕、38、51、56〔1・10・16～17頁〕、乙28〔2～3頁〕、54、55、57）。なお、BがAとともにNTテクノロジー社の設立に関与し、その経営にも関与していたことから、控訴人は、その頃、Bを通じて、Aとも知り合った（甲22〔3～4・10頁〕、56〔1頁〕、乙28〔2～3頁〕。ただし、BのNTテクノロジー社の設立への関与は、その妻の名義をもってされたものであることがうかがわれる一方、BがNTテクノロジー社の役員や従業員であったことを認めるに足りる証拠はなく、本件全証拠によってもNTテクノロジー社の経営へのBの関与形態は不明である。）。

(イ) 本件電子掲示板は、平成12年にいわゆる西鉄バスジャック事件の犯人とされる少年が同掲示板に犯行予告を書き込んでいたことなどから社会的に注目を集めるようになり、平成14年頃には利用者が急激に増加し、それに伴い、データ通信量やサーバ管理の業務負担も増加していった（甲22〔1～2頁〕、乙10、12〔6～7頁〕）。

(ウ) 本件電子掲示板については、利用者の増加に伴い、プログラムの修正や追加、あるいは不要なデータの削除等の作業を控訴人が一人で行うことが事実上不可能となっていた一方で、その維持や機能向上等に協力すべく、インターネット上で、プログラムの修正等の作業や、不要又は不適切な投稿の削除等の作業に参加を申し出る有志の技術者（ボランティア）が現れ、それらの者の協力を得ながら、巨大な電子掲示板群として運営されるようになっていった。もっとも、そのようなボランティアの中で、本件電子掲示板のプログラムの修正等に参加する技術的ボランティアは、少数であり、B（ハンドルネームは「B'」、「B' '」など）、G（ハンドルネームは「G'」など）、D（ハンドルネームは「D'」など）、H（ハンドルネームは「H'」、「H' '」など）、I（ハンドルネームは「I'」など）及びJ（ハンドルネーム）の6名がその中心となっていたもので、控訴人は、上記6名に対して技術的ボランティアとして参加することを、自ら又はBを通じて、明示的又は黙示的に許諾し、その作業に必要な本件サーバへのアクセス権限は、控訴



人又はBから、他の技術ボランティアに与えられていた。そのようにして、控訴人は、プログラムの修正等の作業はそれら技術的ボランティアに委ねる一方、自らは不要なデータの削除作業等を行うようになっていった。なお、平成26年1月25日当時の本件電子掲示板の「使い方&注意」の「★や◆のついてる名前はなに？」という項目には、「★はキャップ機能とあって、本物にしかつかない証拠です。運営関係やボランティアさんなど、本物の証明が必要な人だけに発行してます」、「◆はトリップ(一人でキャップ)で、名前欄に「#好きな文字列」をいれるだけです。」、「無償で手伝ってくださっている運営ボランティアの皆さんです。」、「運営ボランティアの方々には、一切の義務と責任はありません。削除をしたことに対する責任は、管理者にあります。」、「誰がどんな仕事をしているか、おいらと一部の人はしか知りません。」などという記載があり、「運営ボランティア」の項目には、「中には、掲示板の設定や変更をしたり、スレッドを直したり、いろんなことができる人もいます」などという記載が、「どうしたらボランティアになれるの？」の項目には、「削除屋さんや復帰屋さんになりたい人は、運営系の板をたまに読みましょう。資格は特に必要ありませんが、すこしだけ2ちゃんねるの仕組みをわかっているといいかも」、「削除屋さん・削除人さん・復帰屋さんじゃなくても、活躍してくれてる人がいっぱいいます」、「直接運営には関わってなくても、2ちゃんねる関係のツールやサイトを作ってくれるとか、ボランティアな人は大勢います。そういうボランティアに関することは、管理者までメールをお願いします。」などという記載があった。(甲10、24の1~23、甲31、36~39、40の1、甲41、42、51、56、57、乙25、28、29の1・2、乙30の1・2、乙31~34の各1・2、乙36・37の各1・2、乙38の1~4、乙40、54、57、58。なお、上記の技術ボランティア6名のうち、Bのほか、Jもゼロ社の関係者であったことがうかがわれるが、その他4名が、ゼロ社又はNTテクノロジー社若しくは被控訴人の従業員その他の関係者であったと認めるに足りる証拠はない。)

ウ NTテクノロジー社は、平成13年に、本件電子掲示板のアダルト版（成人向けの話題を扱う掲示板）ということができるPINKちゃんねるを開設し、平成14年頃以降、本件電子掲示板の古いスレッドを閲覧できるといった利点を有するビューアソフトとして同年頃に開発された「●」（以下「2ちゃんねるビューア」ということがある。）の販売及び運営を行うようになり、その売上げを取得するようになった（甲43、乙10、11、12、15、18、43）。

エ(ア) 平成14年当時、本件電子掲示板に広告を掲載することによって生じる広告料収入等の売上げは東京プラス社が受領していたところ、控訴人とNTテクノロジー社のAは、この頃、東京プラス社が受領した同売上げについて、NTテクノロジー社に対し、少なくとも当面は月額2万米ドルを支払うことを合意した（甲21、22〔4～5頁〕、乙10、12〔3・24・31頁〕。ただし、上記金員の支払の趣旨については当事者間に争いがある。）。その後、控訴人又は東京プラス社名義で、NTテクノロジー社に対し、平成26年2月頃までの間、上記合意を踏まえた送金が行われたが、実際の送金額は変動していたもので、平成25年7月10日から平成26年2月21日までの7か月余りの間に、東京プラス社からNTテクノロジー社に送金された額は33万米ドルに上っていた（甲21、22〔6・16頁〕、26の2、甲45の1の1～3、甲45の2の2、甲45の4の1～17の各1・2、乙10、12〔20～22頁〕）。

(イ) 平成14年頃以降の本件電子掲示板の利用者の増加に伴い、本件サーバ（NT）の維持管理コストも増加していったが、NTテクノロジー社は、控訴人又は東京プラス社からの前記(ア)の送金に加え、2ちゃんねるビューアの売上げを月額10万ドル程度取得していたことなどから、利益を得ていた（乙11、12〔3～7・31頁〕）。

オ 被控訴人は、その設立後間もない頃より、NTテクノロジー社が本件電子掲示板に関連して行っていた業務をNTテクノロジー社に代わって担うようになり、これに伴い、NTテクノロジー社は、本件電子掲示板については、本件サーバ（N

T)に係る業務に特化することになった。もともと、2ちゃんねるビューアの売上げはNTテクノロジー社が取得し、そこから被控訴人に対して一定額の支払がされる形となっていた。(乙11、12[5～7・27頁])」

(6) 原判決13頁12行目の「平成16年12月に月刊誌が主催する」を「月刊誌「Yahoo! Internet Guide」で実施された選考において、平成16年12月に」に、同頁19～20行目の「出席した」を「出席し、そのことがネットニュースで報道された」にそれぞれ改める。

(7) 原判決14頁12行目の「平成21年1月4日」を「平成25年1月16日及び平成26年1月25日」に、同頁16行目の「乙5」を「甲31、乙5の1」にそれぞれ改める。

(8) 原判決14頁17行目の「原告は、著書である」を「控訴人が著者となっている」に、同頁18行目の「おいて」を「おいては、「“元”「2ちゃんねる」管理人のXこと、X’です。」」に、同頁24行目の「と記載した(乙9の1、9の2)。」を「、「モンスター社は、4、5年前に作った会社でして、映画「モンスターズ・インク」に登場する「モンスターズ・インク」という会社を実在させたくて作っただけの会社で、特に何かしようと思って作ったわけではありませんでした。そこで、モンスターズ社が所有しているドメインの所有権と、僕が持っている2ちゃんねるの営業権を、パケットモンスター社にまとめてしまおうと考えたのです。」「ちょっと前から2ちゃんねるの運営に関して僕のやることがほとんどなかった」、「記事の削除やIPアドレスの制限、苦情が入ったり殺人予告が行われたときにアクセスログを提出する、といったものはすでにシステム化されていて、ほとんど関与していなかったのです。」などと記載されている(乙3)。」にそれぞれ改める。

(9) 原判決14頁25行目冒頭から同15頁7行目末尾までを次のとおり改める。

「サ(ア) 警視庁は、平成23年11月及び平成24年3月、本件電子掲示板においてされた覚せい剤取引の広告を目的とする書込みを削除しなかったことが覚せい剤売買のほう助に当たるとして、ブラジル社の事務所及び控訴人の自宅等の搜索差

押えを行った（甲15～17、22〔12頁〕、乙16、21）。

(イ) また、本件電子掲示板においてイベントの参加者を殺害するなどの予告がされた事件について、警視庁及び大阪府警は、平成24年12月、ブラジル社の事務所及び控訴人の自宅等の搜索差押えを行った（乙21。なお、後にウイルス感染による遠隔操作によって犯罪予告の書き込み動作がされたことが判明したことがうかがわれる。）。

(ウ) 前記(ア)に関し、平成24年12月21日付けのスポーツ報知の記事には、同月20日に警視庁サイバー犯罪対策課が「2ちゃんねる開設者で元管理人の」控訴人を書類送検したこと、控訴人は「2009年に2ちゃんねるの事業を海外の企業に譲渡し、管理人を退いたとされる」が、「警視庁は、その後も2ちゃんねるの広告収入を得るなど同サイトの運営に関与していたと判断した」こと、「削除要請を受けた書き込みの扱いをめぐり、運営幹部からメールで相談を受けていたことも確認され、掲示板を実質的に管理する立場にあったとみて捜査していた」ことなどのほか、本件電子掲示板について、控訴人が「1999年に開設したインターネットの掲示板サイト」であり、控訴人が「通称「X」」として管理に当たっていた」ことなどが記載されていた（甲15）。」

(10) 原判決15頁9行目の「12月の」から同頁11行目の「搜索差押え」までを「平成24年3月の警視庁による搜索差押え並びに平成24年12月の警視庁及び大阪府警による搜索差押え」に改める。

(11) 原判決15頁17行目の「3月」を「6月」に、同頁20行目の「閲覧数が29億」を「PVが27億（参考値）」にそれぞれ改める。

(12) 原判決16頁2行目の「受けた旨の記事」を「受けた旨や、そうした資金の流れは警視庁の捜査の過程で把握され、権利の譲渡が無償であったことも判明した旨、警視庁もパケットモンスター社をペーパーカンパニーとみている旨などを記載した記事」に改める。

(13) 原判決16頁3行目の「個人情報」を「利用者の個人情報」に、同頁6行目

の「追い込まれた（乙12 [19頁]）」を「追い込まれ、その頃以降、Aと控訴人との間で、本件電子掲示板の広告収入から東京プラス社がNTテクノロジー社に送金する額について交渉がされた。（甲43、乙11、12 [11～13・19・29～30頁]、18、43）」に改め、その次に改行して次のとおり加える。

「タ NTテクノロジー社（A）は、平成26年2月19日、控訴人に無断で、本件サーバ（NT）のパスワード等を変更し、控訴人が本件サーバ（NT）にアクセスできないようにした。これにより、東京プラス社及び控訴人は、同日以降、本件電子掲示板の広告収入を取得できなくなり、NTテクノロジー社が広告収入を取得するようになった。NTテクノロジー社が同年3月頃に得た広告収入は、月額15万米ドル程度であった。なお、上記の間に、NTテクノロジー社は、東京プラス社に対し、同年2月19日付けで、「Internet Services」名目で5万米ドルを請求し、東京プラス社は、同月21日、NTテクノロジー社に同額を送金した。（甲21、22 [6～7頁]、26の1・2、甲45の2の1・2、乙12 [11・16・18～19・32～33頁]）」

(14) 原判決16頁7行目の「タ」を「チ」に改め、同頁14行目冒頭から18行目末尾までを削除する。

(15) 原判決16頁19行目の「4月」を「3月ないし4月」に改め、同頁25行目の「『5ちゃんねる』」の次に「及び」を加える。

(16) 原判決17頁12行目及び15行目並びに同18頁3行目の各「ドル」をいずれも「米ドル」に改め、同17頁15行目末尾に「（甲23）」を加え、同18頁10行目末尾の次に改行して次のとおり加える。

「ト なお、平成23年（2011年）版の「現代用語の基礎知識」では、「2ちゃんねる／2ちゃん／2ch」の項目について、「2ちゃんねる自体はニワンゴの取締役にも名前を連ねるX（X'）が開設し、管理人として公開していたが、2009年に「PACKET MONSTER INC.」という会社に管理が譲渡された。」と記載されている（甲4、乙1）。」

(17) 原判決18頁13行目の「9の2」の次に「、51の1・2」を、同19頁3行目の「2日」の次に「及び平成24年4月26日」を、同19頁6行目の「2の2」の次に「、44及び45の各1・2」をそれぞれ加え、同19頁7行目の「3日」を「3日までに」に、同19頁16行目の「原告は」を「控訴人においては」にそれぞれ改め、同19頁17行目の「持たないことを」の次に「証明すべきところ、これを」を加える。

3 争点1-1 (原告商標1及び2と被告標章1及び2の類否並びに被控訴人による被告標章1及び2の使用の有無) について

次のとおり改めるほかは、原判決の第3の3に記載するとおりであるから、これを引用する。

(1) 原判決19頁23行目の「原告商標1」から「類否」までを「原告商標1及び2と被告標章1及び2の類否並びに被控訴人による被告標章1及び2の使用の有無」に改める。

(2) 原判決20頁12行目冒頭から13行目末尾までを次のとおり改める。

「(3) 被告標章1及び2の使用について

ア 前記第2の2(4)のとおり、被控訴人は、本件関与期間において、被告標章1及び2を使用していた。

イ これに対し、前記第2の2(2)イのとおり、平成29年10月1日に本件電子掲示板について名称が変更されるなどして以降、被控訴人が被告標章1及び2を使用したことを認めるに足りる証拠はない。

この点、控訴人は、①被告標章1及び2を用いた Google 検索の結果 (甲61の1・2) 並びに②ブラウザのアドレスバーに被告標章2を入力すると5ちゃんねるに自動転送されることを指摘して、それらは被控訴人が被告標章1及び2を使用していることを示すものである旨を主張する。しかし、上記①は Google 検索のシステムに係る事情が関係している可能性がある一方で、これに被控訴人が何らかの関与をしていることを認めるに足りる証拠は存在せず、上記①をもって被控訴人による

被告標章1及び2の使用と評価することはできず、上記①から被控訴人によって被告標章1及び2が使用されているという事実を推認することもできず、他に同事実を認めるべき証拠もない。また、上記②についても、アドレスバーで使用される検索エンジンのシステムに係る事情や本件ドメインに係る設定等が関係している可能性がある一方で、これらに被控訴人が何らかの関与をしていることを認めるに足りる証拠は存在せず、上記②をもって被控訴人による被告標章1及び2の使用と評価することはできず、上記②から被控訴人によって被告標章1及び2が使用されているという事実を推認することもできず、他に同事実を認めるべき証拠もない。

したがって、控訴人の上記主張は採用することができない。

ウ 以上より、控訴人が被控訴人による被告標章1及び2の使用があると主張する期間のうち、本件関与期間に限って、被控訴人は被告標章1及び2を使用していたものと認められる。」

4 争点1-2（被控訴人は被告標章1及び2について先使用权を有するか）について

(1) 「2ちゃんねる」の標章及び「2ch.net」の標章の周知性について

次のとおり改めるほかは、原判決の第3の4(3)に記載するとおりであるから、これを引用する。

ア 原判決20頁23行目の「前記認定事実」を「原判決の第3の2を訂正の上で引用した前記2の認定事実（以下、同認定事実の一部を指す場合、訂正後の項目名に従って「前記2(1)ア」などという。）」に、同20頁26行目の「前記2(2)ア、ウ、エ」を「前記2(2)ア・イ(イ)」に、同21頁7行目の「（前記2(2)キ）」を「ものとみられる（前記2(2)キ参照）」にそれぞれ改める。

イ 原判決21頁8～9行目の「被告標章1及び2」を「「2ちゃんねる」の標章及び「2ch.net」の標章（前記第2の2(2)）」に、同頁11～12行目の「閲覧数が29億」を「PVが27億（参考値）」にそれぞれ改める。

(2) 「2ちゃんねる」の標章及び「2ch.net」の標章が被控訴人について「自己の

業務に係る商品又は役務を表示するものとして」(商標法32条1項)周知であったといえるかについて

ア 控訴人が平成11年5月頃に自らプログラムやレンタルサーバを準備した上で本件電子掲示板を開設したこと(前記2(2)ア)、その後、利用者の増加に伴い、ボランティアの協力によって本件電子掲示板の維持や機能向上等が図られるようになり、控訴人は不要なデータの削除作業等を行うようになっていったものの、本件電子掲示板のプログラムの修正等に参加する技術的ボランティアは、控訴人から、又は、NTテクノロジー社のサーバの使用を控訴人に申し出て控訴人の了承を得るなどして平成12年頃から本件電子掲示板の運営に関与していたBから、技術的ボランティアとして参加することの承諾を得るなどしていたこと(同(2)イ(ア)・(ウ))、平成14年頃から平成26年2月に至るまで、本件電子掲示板の広告料収入は控訴人が代表取締役を務める東京プラス社が取得し、その中から控訴人名義でNTテクノロジー社に送金がされるなどしていたこと(同(1)ウ、(2)エ(ア))、平成16年及び平成17年に控訴人が対外的にも本件電子掲示板の管理人として活動し、平成18年5月12日発行の「2ちゃんねる公式ガイド2006」にも控訴人が本件電子掲示板の生みの親であることなどが記載されていたこと(同(2)カ、キ)のほか、その後も控訴人が平成18年当時本件電子掲示板の管理人であったことに沿う事実が認められること(同(2)ク～シ・セ・ト)を考慮すると、前記(1)で原判決の第3の4(3)を訂正の上で引用して認定したように「2ちゃんねる」の標章及び「2ch.net」の標章が周知性を獲得したというべき平成18年の時点において、その役務の提供の主体は、控訴人であったというべきである。

イ(ア) 他方で、本件全証拠をもってしても、平成18年の時点及びそれ以降平成26年3月27日(原告商標2の出願日)までのいずれかの時点において、「2ちゃんねる」の標章及び「2ch.net」の標章が、NTテクノロジー社又は被控訴人の業務に係る役務を表示するものとなったとみるべき事情は認められない。

(イ) この点、NTテクノロジー社については、本件電子掲示板のサーバを提供し



たこと（前記2(2)イ(ア)）や、PINKちゃんねるを開設し、2ちゃんねるビューアの販売及び運営を行うようになったこと（同(2)ウ）、平成14年頃以降、本件電子掲示板の広告料の売上げからの送金を受けていたほか、2ちゃんねるビューア「●」の売上げを取得していたこと（同(2)ウ・エ）、本件ドメイン名について平成17年5月10日時点でAが運営面に関する連絡先として登録されたりNTテクノロジー社が登録サービス提供者として登録されたりしていたこと（同(3)イ～カ）が認められる。

しかし、サーバの提供者が直ちに当該サーバを用いた事業の運営者となるものではないことは明らかである。また、PINKちゃんねるは、あくまで本件電子掲示板とは別個のアダルト版の掲示板として運営されていたことがうかがわれるから（弁論の全趣旨）、それを開設等したことからNTテクノロジー社が本件電子掲示板の運営者となったということはできない。2ちゃんねるビューアの販売及び運営についても、本件電子掲示板の古いスレッドを閲覧できるなどといったその利点からして、2ちゃんねるビューアは、掲示板の中核的な機能というべき文書等の掲示、すなわち、本件電子掲示板における書込みや直近の掲示板の閲覧という機能と比べると補足的な機能に係るものにすぎないといえ、その販売及び運営が直ちに本件電子掲示板本体の運営者であることを基礎付けるものとはいえない（この点、被控訴人は、NTテクノロジー社が2ちゃんねるビューアを開発したと主張するが、当該事実を認めるに足る証拠もない。）。本件電子掲示板の広告料の売上げからの送金についても、NTテクノロジー社が本件サーバ（NT）を本件電子掲示板のために提供していたことからすると、控訴人が主張するように同提供の対価とみることもでき、本件電子掲示板の運営者であることを基礎付けない（なお、平成26年2月の段階でも、NTテクノロジー社は、東京プラス社に対し、「Internet Services」名目で金員を請求していたところである（前記2(2)タ）。）。本件ドメイン名の登録に係る前記事情についても、そもそもドメイン名の登録名義と当該ドメインを用いた事業の主体が同一であるという経験則が確固として存在するとは解し難いこと

に加え、NTテクノロジー社が本件サーバ（NT）の提供者であったことや、本件電子掲示板の事業形態等に変動があったことが他の証拠から特段うかがわれない時期においても本件ドメイン名の登録情報が頻繁に変更され、かつ、それには単に名義のみの変更であったことがうかがわれる複数の会社が含まれていること（同(1)エ、同(2)コ・サ(ウ)・セ、同(3)ア～カ）を踏まえると、NTテクノロジー社が本件電子掲示板の運営者であったことを裏付けるものとはいえない。

上記に関し、Aの陳述報告書（乙10、11）及び尋問調書の写し（乙12）には、NTテクノロジー社が本件電子掲示板のプログラミング等に関与していた旨の陳述ないし供述の記載があるが、そのような関与をするに至る経緯や具体的な関与態様について何ら触れるものでなく、上記記載からそのような関与の事実を認めるには足りず、他に当該事実を認めるに足りる証拠はない。

また、被控訴人は、B及びその他のゼロ社の関係者が本件電子掲示板のプログラムの修正等に深く関わっていたことを主張するが、BがNTテクノロジー社の代理人等として当該修正等を行っていたと認めるに足りる証拠はなく、また、ゼロ社とNTテクノロジー社を一体的なものとするべき事情等も認められないから、被控訴人の上記主張は、NTテクノロジー社が本件電子掲示板の運営者であったことを根拠付けるものとはいえない（なお、一般に、ウェブサイトのプログラムの作成や修正等は、当該ウェブサイトに係る事業の運営者によって行われる場合もあれば、当該運営者から委託を受けた第三者によって行われる場合等もあるのであって、単に本件電子掲示板のプログラムの修正等に深く関与したという事実から、本件電子掲示板の運営者であることが直ちに基礎付けられるものでもない。この点、本件電子掲示板のボランティアについては、その関与態様のほか、少なくとも平成26年1月25日当時、ボランティアには一切の義務も責任もない旨が本件電子掲示板に明記されていたこと（前記2(2)イ(ウ)）も考慮すると、ボランティアにおいて、自らが控訴人とともに本件電子掲示板の運営者の一人であるとして本件電子掲示板のプログラムの修正等の作業に参加していたものとは解し難く、Bにおいては特に本件

電子掲示板への関与が深かったことがうかがわれることを考慮しても、なお、Bについても他のボランティアと異なるものとは直ちに認め難いところである。))。

付言するに、東京プラス社がNTテクノロジー社を被告として提起した訴訟の控訴審判決において、NTテクノロジー社が共同事業と称するのも理解できる旨などが述べられているが(前記2(2)テ)、それは、2ちゃんねるビューアの販売収益等も含めた評価であって、本件電子掲示板の運営に限らず、より広く本件電子掲示板及びそれに関連する事業における東京プラス社とNTテクノロジー社の関係性についていうものとみることができ、NTテクノロジー社が本件電子掲示板の運営者であったとは認められないとの前記判断と矛盾するものではない。

(ウ) 被控訴人については、NTテクノロジー社が本件電子掲示板に関連して行っていた業務を引き継いだこと(前記2(2)オ)や、平成24年5月3日までに本件ドメイン名の登録者となったこと(同(3)カ)、世界知的所有機関の調停仲裁センターにより被控訴人による本件ドメイン名の使用が正当なものと認められたこと(同(3)キ)が認められるが、前記(イ)のとおりNTテクノロジー社が本件電子掲示板の運営者であったとは認められない以上、被控訴人が引き継いだ業務(その内容は明確ではないが、少なくとも本件関与期間の開始時点前日である平成26年2月18日までは、PINKちゃんねるに関する業務や、2ちゃんねるビューアに関する業務であったとみられる。)をもって、被控訴人が本件電子掲示板の運営者であることを基礎付けるものとはいえず(なお、Bやゼロ社の作業ないし業務をもって被控訴人によるものとみるべき事情も見当たらない。)、本件ドメイン名の登録者となったことについても、前記(イ)で指摘した点に照らし、被控訴人が本件電子掲示板の運営者であったことを裏付けるものではない。また、上記調停仲裁センターの判断についても、あくまで当該事件について適用されるべき手続規則に基づく立証責任と当該事件において提出された証拠に基づく判断であると解され、本件の判断を左右するものではない。

### (3) まとめ

以上によると、その余の点について判断するまでもなく、被控訴人が被告標章1及び2について先使用权を有するものとは認められない。

5 争点1-3（商標法4条1項10号に該当することを理由とする無効の抗弁の成否）について

(1) 被控訴人は、平成25年1月25日時点では、原告商標1及び2がパケットモンスター社の業務に係る役務を表示するものとして需要者の間に広く認識されていたと主張する。

(2) しかし、前記4(2)アで認定判断したように、「2ちゃんねる」の標章及び「2ch.net」の標章が周知性を獲得したというべき平成18年の時点において、その役務の提供の主体は、控訴人であったというべきところ、控訴人においてその後に行ったと述べるなどしていた平成21年のパケットモンスター社への本件電子掲示板の管理運営権の譲渡（前記2(2)ク～コ、同(3)オ）については、当該譲渡を裏付ける十分な証拠がなく、むしろ、それが名目的なものであったことをうかがわせる事情があるのであって（前記2(1)エ、同(2)コ・サ(ウ)・セ）、原告商標1及び2の各出願日時点で、本件電子掲示板の運営者が専らパケットモンスター社であって控訴人はもはや運営者ではないと需要者が広く認識していたものとは認められない。

また、証拠（乙9の1・2）によると、被控訴人は、原告商標1及び2について、それぞれ無効審判請求をし（無効2017-890013号及び無効2017-890014号）、その際、無効理由の一つとして、「他人」であるパケットモンスター社が平成21年1月以降の本件電子掲示板の役務を提供していたことが周知である旨（商標法4条1項10号）を主張したが、特許庁は、平成29年10月25日、いずれの請求についても上記主張を排斥して審判請求不成立の審決をしたこと、これに対して、被控訴人は、それぞれ審決取消の訴えを提起し（知財高裁平成30年（行ケ）第10028号、同第10029号）、そこでも審決取消事由として上記と同様の主張をしたが、知財高裁は、平成30年7月19日、いずれの訴えについても当該主張を排斥して請求棄却の判決をしたことが認められる。したがって、

争点1-3についての被控訴人の主張は、信義誠実の原則の観点からも、認められないというべきである。

(3) 以上によると、原告商標1及び2が商標法4条1項10号に該当するものとして無効であるとは認められない。

6 争点2-1（被控訴人による被告標章1及び2の使用が不競法2条1項1号又は2号の不正競争行為に該当するか）について

前記4で指摘した点に加え、平成19年以降の事情（前記2(2)コ・サ・ス・セ・ト）を考慮すると、本件関与期間に至るまでの間において、「2ちゃんねる」の商品等表示及び「2ch.net」の商品等表示（これと類似する「2ch」の商品等表示を含む。以下同じ。）は、控訴人の商品等表示として需要者に著名であったと認められる。

そして、本件関与期間において、被控訴人は、上記商品等表示と同一又は類似の被告標章1及び2を使用したものである（前記第2の2(4)）ところ、平成26年2月19日にNTテクノロジー社（A）によって控訴人に無断で控訴人の本件サーバ（NT）へのアクセスが遮断されたこと（前記2(2)タ）、被控訴人は、NTテクノロジー社のために本件電子掲示板に関連するプログラミングなどを行う会社として、Aも出資して設立された会社であり、NTテクノロジー社と密接な関係にあり（乙12〔5、14頁〕、弁論の全趣旨。被控訴人も、NTテクノロジー社と被控訴人を併せて「被控訴人側」などと主張している。）、NTテクノロジー社と被控訴人との間では被控訴人が本件電子掲示板に関連する業務を分担することが合意されていたことがうかがわれること（同オ）、同日当時、本件ドメイン名の登録名義も被控訴人であったとみられること（同(3)カ）からすると、本件関与期間において、被控訴人は、控訴人に無断で、著名な控訴人の商品等表示が使用された本件電子掲示板の運営から控訴人を排除して自らがその運営者となり、当該商品等表示と同一又は類似の被告標章1及び2を使用したもので、被控訴人による上記の被告標章1及び2の使用は、被控訴人の商品等表示としての、他人である控訴人の著名な商品等

表示の使用であり、また、その使用について、被控訴人には少なくとも過失があったとみるのが相当である。

したがって、本件関与期間における被控訴人による被告標章1及び2の使用は、不競法2条1項2号の不正競争行為に当たり、控訴人は被控訴人に対して損害賠償請求をすることができるというべきである。

上記に関し、被控訴人の主張する先使用权が認められないことは、前記4で認定判断したとおりであって、それにもかかわらず、被控訴人による被告標章1及び2の使用が上記不正競争行為に当たらないとみるべき事情は認められない。

7 争点2-2（被控訴人による本件ドメイン名の使用が不競法2条1項19号の不正競争行為に該当するか）について

(1) 控訴人は、①被告標章1及び2を用いた Google 検索の結果（甲61の1・2）及び②ブラウザのアドレスバーに被告標章2を入力すると5ちゃんねるに自動転送されることを指摘して、それらは本件ドメイン名を使用していることを示すものである旨を主張する。

しかし、上記①は Google 検索のシステムに係る事情が関係している可能性がある一方で、これに被控訴人が何らかの関与をしていることを認めるに足りる証拠は存在せず、上記①をもって被控訴人による本件ドメイン名の使用と評価することはできず、上記①から被控訴人によって本件ドメイン名が使用されているという事実を推認することもできず、他に同事実を認めるべき証拠もない。

また、上記②については、アドレスバーで使用される検索エンジンのシステムに係る事情や本件ドメインに係る設定等による可能性がある（被控訴人もそのこと自体は認めるものと解される。）一方で、被控訴人が当該設定等を行ったことやそれに現在も関与していることを認めるに足りる証拠は存在せず（なお、平成30年時点の自動転送の状況として控訴人が提出する甲3は、「5ちゃんねる」のウェブサイトに係るものであるが、同サイトで本件ドメイン名が使用されていることは認められず（なお、乙61参照）、また、同サイトにはLoki社が被控訴人から本件電子

掲示板の管理運営権を譲り受けた旨の記載がある。他方、令和2年2月5日時点の本件ドメイン名の登録者は、「Anonymize, Inc.」となっている（甲29、弁論の全趣旨）。）、上記②の事実から本件関与期間の後における被控訴人による本件ドメイン名の使用を認めるには足りない。

(2) したがって、被控訴人が本件ドメイン名を本件関与期間の後も使用しているとは認められない。

(3) なお、本件において、控訴人は、本件損害賠償請求について、商標権侵害を根拠とする場合も不正競争行為を根拠とする場合も同様の損害の主張をしており、不正競争行為の態様によって損害の主張を区別していないところ、不競法2条1項1号又は同項19号の不正競争行為を根拠とする場合の損害額が同項2号の不正競争行為又は商標権侵害を根拠とする場合の損害額を超えるものとは解されないから、前記3～6によって、原告商標権の侵害及び同項2号の不正競争行為が認められる以上、争点2-1のその余の部分及び争点2-2のその余の部分については判断を要しないというべきである。

#### 8 争点3（差止めの必要性）について

被控訴人が被告標章1及び2並びに本件ドメイン名を現在使用していると認められないことは、前記3及び7で判断したとおりであるところ、それにもかかわらず、被控訴人に対して被告標章1及び2並びに本件ドメイン名の使用の差止めを命じるべき事情は、本件全証拠をもってしても認められない。

#### 9 争点4（損害論）について

(1) 前記3～6の認定判断及び前記第2の2(3)の事実によると、控訴人は、被控訴人に対し、本件関与期間における被控訴人の被告標章1及び2の使用について、①平成26年2月19日から平成28年4月21日までは不競法2条1項2号の不正競争行為について不競法4条に基づき、②同月22日から同年5月19日までは上記不正競争行為について不競法4条に基づくとともに原告商標2に係る原告商標権の侵害について民法709条に基づき、③同月20日から平成29年9月30日

までは上記不正競争行為について不競法4条に基づくとともに原告商標1及び2に係る原告商標権の侵害について民法709条に基づき、損害賠償を請求することができるというべきである。

この点、本件関与期間における被控訴人による被告標章1及び2の使用の態様に照らすと、損害額の検討に当たり、上記①～③の期間を特に区別する必要はないというべきである。

(2) その上で、損害額について検討するに、NTテクノロジー社(A)が控訴人に無断で本件サーバ(NT)へ控訴人がアクセスできないようにして控訴人が本件電子掲示板に係る広告収入を得られなくなった日であり本件関与期間の初日である平成26年2月19日から間近の同年3月頃、NTテクノロジー社が受領した広告収入は、月額15万米ドル程度に上った(前記2(2)タ)。

また、平成25年7月10日から平成26年2月17日までの7か月余りの間に、東京プラス社がNTテクノロジー社に対し、本件電子掲示板の広告収入から送金した金額は33万米ドルに上っていた(同エ(ア)。乙19によると、同額は日本円に換算して3361万2100円(月額にして約480万円)であったことがうかがわれる。)。なお、それより前、平成23年5月9日から平成24年10月30日までの約1年6か月の間に、東京プラス社がNTテクノロジー社に対し、本件電子掲示板の広告収入から送金した金額は、少なくとも52万米ドル(日本円に換算すると4166万1200円(月額にして約231万円))であったことがうかがわれる(甲21、22、乙19)。

そして、Aの尋問調書の写し(乙12)には、本件電子掲示板の平成27年の広告に係る売上げは、大体毎月15万米ドルほどであった旨の供述記載がある(同18頁)。

なお、控訴人の課税証明書(甲20の1～5)によると、年によってかなり変動があるものの、平成22年から平成25年の収入を合計して月数で除すると、月額624万0929円となる。また、控訴人は、陳述書(甲56)で、ほとんどが本



件電子掲示板からの広告収入であった旨を述べている。さらに、控訴人の尋問調書の写し（甲22）には、本件電子掲示板からの収入が月額1000万円くらいであった旨の供述記載がある（同3頁）。

(3) 前記(2)で指摘した諸事情を踏まえると、平成26年ないし平成27年当時、控訴人の本件サーバ（NT）へのアクセスを遮断することによってNTテクノロジー社が得た広告収入は月額15万米ドル程度に上っていたものとみられるところである。そのことと、①本件関与期間の初日である平成26年2月19日から末日である平成29年9月30日までの間に本件電子掲示板の広告収入が大きく変動した（特に減少した）ことを示すような事情はうかがわれないことや、②東京プラス社がNTテクノロジー社に対して本件電子掲示板の広告収入の全額を送金していたとは考え難く、広告収入の額は送金額よりも大きかったとみられることのほか、③平成26年2月時点において、本件電子掲示板の運営について、控訴人が、NTテクノロジー社に控訴人ないし東京プラス社名義で送金していた額以外に多額の経費を支出していたことがうかがわれる事情も見当たらないこと（なお、前記(2)イ(ウ)のとおり、本件電子掲示板の維持や機能向上等には、ボランティアが広く関与していたところである。）なども考慮すると、前記(2)で指摘した諸事情から、本件関与期間において被告標章1及び2を使用した本件電子掲示板を運営することができなかったことによって控訴人が受けた損害の額は、控訴人が主張する月額500万円を下らないものと推認することができ、この推認を覆す事情は見当たらない。そして、上記の損害が専ら本件電子掲示板の広告収入の喪失に係るものであって、「2ちゃんねる」及び「2ch.net」の商品等表示並びに原告商標1及び2の使用により本件電子掲示板を訪問した者の数に応じてその額が定まるものというべきこと(甲5参照)からすると、当該損害は、被控訴人の不競法2条1項2号の不正競争行為並びに本件電子掲示板における被告標章1及び2の使用による原告商標権の侵害により生じた損害と評価すべきである。

(4) したがって、控訴人は、被控訴人に対し、本件関与期間（平成26年2月1

9日から平成29年9月30日まで)の43か月と12日間について月額500万円の損害である2億1700万円(500万円×(43か月+12日÷30日))の損害を請求することができる。

#### 第4 結論

以上によると、控訴人の本件訴えのうち当審の口頭弁論終結日の翌日である令和4年11月29日以降に生ずべき損害賠償金の支払を求める部分に係る訴えは不適法であるから却下すべきであり、その余の本件損害賠償請求につき、2億1700万円の支払を求める限度で理由があるから認容し、その余は理由がないから棄却すべきであり、また、控訴人の被告標章差止請求及び本件ドメイン差止請求には理由がないから棄却すべきところ、これと異なり、控訴人の被告標章差止請求を認容し、本件ドメイン差止請求を棄却し、控訴人の本件訴えのうち令和元年11月2日以降に生ずべき損害賠償金の支払を求める部分に係る訴えを却下し、その余の本件損害賠償請求を棄却した原判決は一部失当であって、控訴人の控訴は一部理由があり、被控訴人の附帯控訴は理由があることから、控訴人の控訴に基づき、原判決主文3項を上記のとおり変更し(なお、原判決主文1項については、被控訴人がその変更を求めている本件において原判決を控訴人の不利益に変更することは許されないことから、原判決が令和元年11月2日から令和4年11月28日までに生ずべき損害賠償金の支払を求める部分に係る訴えを却下したところについては変更しない。)、また、被控訴人の附帯控訴に基づき、原判決主文2項を上記のとおり変更することとして、主文のとおり判決する。

知的財産高等裁判所第2部

裁判長裁判官

---

本 多 知 成

裁判官

---

中 島 朋 宏

裁判官

---

勝 又 来 未 子