

平成29年4月20日判決言渡 同日原本領収 裁判所書記官

平成28年(ネ)第1737号 不正競争行為差止等請求控訴事件 (原審・大阪地方
裁判所平成26年(ワ)第8187号)

口頭弁論終結日 平成29年1月19日

判 決

大阪府茨木市郡4丁目4番19号

控 訴 人	株 式 会 社 生 活 と 科 学 社
同 代 表 者 代 表 取 締 役	
同 訴 訟 代 理 人 弁 護 士	帛 田 喜 代 隆
同	西 念 京 祐
同	西 田 敦

東京都世田谷区玉川1丁目14番1号

被 控 訴 人	楽 天 株 式 会 社
同 代 表 者 代 表 取 締 役	
同 訴 訟 代 理 人 弁 護 士	大 月 雅 博
同	中 村 閑
同 補 佐 人 弁 理 士	鈴 木 康 仁

主 文

- 1 本件控訴を棄却する。
- 2 控訴費用は、控訴人の負担とする。

事 実 及 び 理 由

第1 控訴の趣旨

- 1 原判決を取り消す。
- 2 被控訴人は、控訴人に対し、1593万6386円及びこれに対する平成26年9月13日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。
- 3 訴訟費用は、第1, 2審とも被控訴人の負担とする。

第2 事案の概要

1 事案の要旨

本件は、原判決別紙原告商標目録記載の各商標権を有し、その各登録商標を自己の商品等表示として使用する控訴人が、被控訴人は、インターネット上の検索エンジンにおける検索結果表示画面の広告スペースに、原判決別紙表示目録記載の文言に自社サイトへのハイパーリンクを施す方式による広告を表示して、控訴人の上記各商標権を侵害するとともに、不正競争防止法2条1項1号の不正競争行為をしたと主張して、民法709条又は不正競争防止法4条（いずれも共同不法行為である場合の民法719条を含む。）に基づく損害賠償請求として、1593万6386円及びこれに対する訴状送達の日翌日である平成26年9月13日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求める（商標権侵害に基づく請求と不正競争防止法に基づく請求は、選択的併合の関係にある。）事案である。

原審は、控訴人の請求をいずれも棄却したため、控訴人がこれを不服として控訴を申し立てた。

なお、控訴人は、原審において、商標法36条1項又は不正競争防止法3条1項に基づいて、上記の表示の差止めをも請求していたが、原審は、これを棄却した。当該部分については、控訴人が不服を申し立てておらず、当審における審判の対象外である。

以下における略称は、原判決の例による。

2 前提事実等

前提事実、争点及び争点に関する当事者の主張は、次のとおり改め、当審における当事者の補充主張を後記3に付加するほかは、原判決「事実及び理由」中の第2の1及び2並びに第3（原判決2頁23行目から17頁19行目まで）に記載のとおりであるから、専ら当審の審判の対象外である差止請求に係る部分である原判決「事実及び理由」中の第3の3（原判決15頁21行目から1

6頁10行目まで)を除き、これを引用する。

- (1) 原判決3頁24行目の「契約を締結した上で、」の次に「被控訴人が関与することなく、」を加える。
- (2) 原判決9頁17行目の「楽天市場リスト表示画面」を「本件広告のリンク先のショッピングページ」に改める。

3 当審における当事者の補充主張

- (1) 争点1 (被控訴人による本件各商標権侵害の有無) について

(控訴人)

ア 本件広告について責任を負うのは、広告の主体である被控訴人である。

(ア) 本件広告は有料で掲載するのであるから、どのような内容の広告が表示されるかを広告主が指定することは当然である。広告主が指定しない内容の広告が表示されることはない。

(イ) Googleアドワーズ広告利用ガイドによれば、アドワーズ広告として掲載される広告タイトル、広告テキスト及びハイパーリンク先URLは広告主が自ら指定する必要があるから、被控訴人がアドワーズ広告を出すのに当たり、●(省略)●とは認められない。

(ウ) 被控訴人は、加盟店の売上高に一定の料率を乗じた額の手数料を得ているから、加盟店の売上げの増加は、被控訴人の利益に直結する。また、その結果、加盟店が増加すれば、被控訴人が得る出店料の増加にもつながる。したがって、被控訴人は、自らの利益のために本件広告を出している。

(エ) 被控訴人は、「石けん百貨」等のキーワードが石けん商品の販売のために顧客誘引力を有していることを認識しており、当該顧客誘引力を利用して、ハイパーリンク先の画面に「石けん百貨」等のキーワード検索により表示された石けん商品を購入させることにより、被控訴人の売上げを増加させようとしたと考えるのが合理的である。

「石けん 百貨」等のスペース表示ありの本件表示を含む本件広告についても、被控訴人の出している検索連動型広告では、半角スペースを空けることで、ハイパーリンク先の楽天市場内リスト表示画面に陳列表示される商品数が飛躍的に多くなることからすると、半角スペースを空ける設定は、被控訴人にとって広告の効果を大きく高める利益のある行為であるから、被控訴人自身の判断で行ったものとするのが合理的である。

(オ) ● (省略) ● そのようなキーワード設定方法がよいと判断し、設定している広告主は被控訴人であるから、被控訴人の意思を離れて広告が出されるかのように捉えるのは誤りである。

● (省略) ● としても、本件広告を出したのは被控訴人自身であり、加盟店ではない。加盟店が隠れ文字を使用したことについて削除を求めたことによって、自らが本件広告を出していたことが是正されることはない。

イ 本件広告とそのハイパーリンク先の画面は当然に一体のものと考えべきである。

(ア) 現在のウェブ閲覧においては、ハイパーリンク先とリンク元を容易に行き来して閲覧できる状況にあるから、両画面は当然に一体と捉えるべきである。

(イ) 本件広告のハイパーリンク先の楽天市場リスト表示画面に商品が陳列表示されたのは、隠れ文字の使用等の規約又はガイドラインに違反する行為によるものとは限らず、部分一致等による可能性は否定できない。

(ウ) 被控訴人は、本件広告のハイパーリンク先の楽天市場リスト表示画面が楽天市場内で「石けん百貨」等で検索した場合に商品等が一覧表示される画面であることは認識しているし、その画面を通じて一定の売上げがあることを想定している。したがって、石けん商品が陳列表示される

ことは当然に予定していたといえる。

- (エ) 仮に本件広告のハイパーリンク先の楽天市場リスト表示画面に商品が陳列表示されたのは、隠れ文字の使用等の規約又はガイドラインに違反する行為によるものであるとしても、隠れ文字の使用等を行う加盟店が存在するからこそ規約等を設けて取締りを行っているのであるから、想定外の事態とはいえない。
- (オ) 検索連動型広告において、検索されたキーワードをそのまま広告に表示させることは本来必要とされていない。「石けん百貨」等をキーワードとした検索連動型広告における広告表示を「【石けん】は楽天」等とすれば誤認混同の大きな危険はない。●（省略）●を利用して、「【石けん】は楽天」等との広告を出すことは容易であって、これにより、利便性を妨げることなく、公正な競争秩序を保つことが可能である。
- (カ) 加盟店の出店ページにおける規約等の違反を常時監視できないのなら●（省略）●それによって商標権侵害等が行われ得るものである以上、被控訴人は、そのような侵害が行われないようなシステムを構築すべき義務を負う。
- （省略）●
- (キ) 本件においては、被控訴人は、平成17年9月30日には、控訴人からの通知を受け、「石けん百貨」等の表示が控訴人の運営するウェブサイト名、控訴人の商標等と類似するものであり、本件広告を作成すれば、リンク先の出店ページの石けんや洗剤等の商品を一般消費者が控訴人の商品と誤認混同して購入する危険性があることを認識していた。そして、被控訴人は、上記通知を受けた後、一旦「石けん百貨」やこれに類似する文言を使用した検索連動型広告を削除している。
- 被控訴人は、商標権侵害等について禁止する規約を作り、●（省略）●他社の商標権等を侵害するキーワードを利用して商品を販売する業者

の存在を想定しているはずである。そうすると、●（省略）●ことも想定できたはずである。したがって、被控訴人は、平成17年9月30日以降、被控訴人は、本件広告によって控訴人に損害が生じる危険性を認識していた。それにもかかわらず、被控訴人は、●（省略）●

(ク) 被控訴人と同様にインターネットショッピングモールを運営しているAmazonは、出店ページに隠れ文字の設定ができない仕様になっている。

このように、隠れ文字の設定ができないシステムの作成も可能であった。

(被控訴人)

ア 被控訴人は、本件訴状を受領して初めて「石けん百貨」等がキーワードとして登録されているのを知った。これらは、●（省略）●ものであり、被控訴人がこれらを価値のあるキーワードとして選び抜いたのではない。

イ 本件広告とそのハイパーリンク先の楽天市場リスト表示画面とは物理的に見て別の画面であり、楽天市場リスト表示画面は、ユーザーが本件広告のハイパーリンクをクリックして初めて表示されるものであるから、両画面は当然に一体と捉えられるべきものとはいえない。

ウ 被控訴人は、ユーザーが入力した「石けん百貨」等のキーワードをそのまま用いて、例えば「石けん百貨は楽天」等と表示することにより、被控訴人が運営するインターネットショッピングモールの名称である「楽天市場」を宣伝しているにすぎないのであって、控訴人の登録商標に係る指定商品である「せっけん類等」の商品について広告しているものではない。

エ 本件表示がなされた当時、被控訴人の規約やガイドラインに違反して隠れ文字等を使用している加盟店がない限り、本件広告のハイパーリンク先の楽天市場リスト表示画面に商品が陳列表示されることはなかった。

●（省略）●

オ 4万1718店舗が加盟し、1億5000万点を超える膨大な商品を取り扱う楽天市場において、これらの加盟店が独自に制作し、しかもその内

容が日々刻々と変化し得る出店ページの内容や取扱商品を常に監視し、かつ、日々変化するあらゆる登録商標と出店ページや取扱商品との関係を精査して商標権侵害の有無を判定するようなシステムを構築することは不可能である。そのような調査・選別をしなければならないとすれば、被控訴人のような事業規模の大きい事業者が検索連動型広告を利用することは不可能となり、ひいてはインターネットショッピングモールを利用するユーザーに著しい不便を強いる結果となる。

カ 被控訴人においては、平成17年当時は、●（省略）●という現在の体制がまだ構築されていなかったが、●（省略）●したがって、被控訴人が、本件のような場合に●（省略）●ことについて当初思い至らなかったのはいたしかたないところである。

また、商標権侵害が一切生じないように●（省略）●には、多数の加盟店の、日々刻々と変化する取扱商品を常に監視し、あらゆる登録商標等について精査しなければならないことになる。しかも、正規品を正式な販売経路を介して取得した販売業者が、楽天市場の加盟店として当該商品を楽天市場で販売する場合に商標権侵害等の問題はないのに対し、非正規品を入手した販売業者が販売する商品については商標権侵害等の問題が生じ得ることになるため、●（省略）●が、加盟店の販売する商品が正規の手続を経たものであるか否かについて被控訴人が全て把握することは不可能である。したがって、●（省略）●とはいえない。

キ Amazonの出店ページにおいて隠れ文字が使用できないシステムとされている理由や、そのシステムの詳細、それが被控訴人の採用しているシステムやビジネスモデルにおいても導入可能なものかは不明である。

(2) 争点2（被控訴人による不正競争行為の成否）について

（控訴人）

本件広告は、需要者たる一般消費者が控訴人の商品を購入できるウェブサ

イトと、本件広告のハイパーリンク先の被控訴人の運営するウェブサイトをも誤認混同するおそれを生じさせるものである。

ア 本件広告は、控訴人のウェブサイトの具体的店舗名であり、商標である「石けん百貨」等をキーワードとして検索した結果として表示される検索結果画面中の目立つ箇所に表示される。そして、その広告の見出しには、「石けん百貨」等の商標そのものや、これと極めて類似した表記が用いられている。

イ 本件広告には小さなフォントで「広告」とは表示されているが、これを見落として、最も上位に表示された信頼性の高いウェブサイトであると誤認する者があることは容易に想像される。また、広告であると認識したとしても、周知の具体的店舗名たる商標やこれに類似した表記がなされていれば、その広告を当該店舗の広告であると受け止める者が大多数であると考えられる。

ウ とりわけ、「石鹸 百貨 楽天が格安」との表現には、顧客の誤認混同を招くだけでなく、控訴人自身が出品するAmazon上のウェブサイトや、控訴人自身の運営する石けん百貨のウェブサイトと比べて、被控訴人のウェブサイトを利用するのが最も優良（格安）であるとの誤認が生じる危険が極めて高い。

エ 本件広告のハイパーリンク先は楽天市場のウェブサイトではあるが、本件広告に「楽天」との表示があっても、ショッピングモールである楽天市場には被控訴人以外の企業が出店することが一般的であるから、ユーザーは、本件広告のハイパーリンク先の楽天市場リスト表示画面に表示された商品を被控訴人の商品であると認識するとは考え難く、むしろ、控訴人が商品を販売していると考えるのが通常である。

(被控訴人)

本件広告には、広告であることが表示され、かつ、「楽天」というインタ

ーネットショッピングモールの場の提供サービス又はその提供者として著名な標章が表示されていること、本件広告のハイパーリンク先の楽天市場リスト表示画面には、商品の画像及び説明と共に控訴人以外の店舗名が表記されており、当該商品をクリックすると、当該店舗のウェブサイトに移行することからすると、本件広告、楽天市場リスト表示画面及び当該店舗のウェブサイトにおける表示に接したユーザーは、本件広告がインターネットショッピングモールとしての楽天市場の広告であり、楽天市場リスト表示画面に表示された商品は、楽天市場の加盟店が販売する、「石けん百貨」ブランドとは無関係の商品であることを正しく理解する。

したがって、本件広告は、「石けん百貨」で石けん商品を購入しようとして検索エンジンを利用したユーザーに、控訴人のウェブサイトと楽天市場との誤認混同を生じさせることはないし、また、本件広告のハイパーリンク先の楽天市場リスト表示画面に表示されている石けん商品が控訴人の販売する商品であるとの誤認混同を生じさせることもない。

第3 当裁判所の判断

1 認定事実

前記前提事実のほか、後掲証拠及び弁論の全趣旨によれば、以下の事実が認められる。

(1) アドワーズ広告等における被控訴人によるキーワードの登録の仕組み（乙17、19、20）

●（省略）●

これらの点に関し、控訴人は、●（省略）●とは認められない旨主張するところ、確かに、アドワーズ広告等の利用方法等について解説する「Googleアドワーズご利用ガイド」（甲19）や「スポンサードサーチのはじめ方」（甲20）には、広告主がキーワードを指定して登録する旨の記載があり、●（省略）●に関する記載は見当たらない。しかし、被控訴人のような大規

模なインターネットショッピングモールを運営する事業者においては、Google等から一般の広告主とは異なる内容のサービスの提供を受けているとしても不自然ではない。かえって、被控訴人からGoogle等に対して登録しようとするキーワードは大量で、かつ、時々刻々変化させる必要があると考えられる。そうすると、●（省略）●ことは合理的であるといえるから、甲第19号証及び甲第20号証は、上記認定を左右するものではない。

また、控訴人は、本件広告は、被控訴人が「石けん百貨」等のキーワードの顧客誘引力を利用して、被控訴人の売上げを増加させようとしたもので、「石けん 百貨」等のスペース表示ありの本件表示を含む本件広告についても、半角スペースを空けることで、広告の効果を大きく高めるためにした設定である旨主張する。

しかし、被控訴人が「石けん百貨」、「石けん 百貨」等のキーワードを意図的にGoogle等に登録したことを認めるに足りる証拠はなく、加盟店4万店超、取扱商品1億5000万点超という規模のインターネットショッピングモールの検索連動型広告を出すに当たり、Google等に登録するキーワードにつき、それを表示した場合の宣伝効果を個別に検討・判断して登録しているとはにわかに考え難いところでもあるから、控訴人の上記主張は採用できない。

●（省略）●

(3) 楽天市場リスト表示画面での表示の仕組み

前記前提事実(6)記載のとおり、ユーザーが、検索結果表示画面に表示されたアドワーズ広告等のハイパーリンクをクリックした場合、楽天市場リスト表示画面に移動する。

この楽天市場リスト表示画面は、楽天市場のウェブサイトにおいて、アドワーズ広告等に使用された登録キーワードで直接検索した場合に表示される画面と同じものである。その場合、楽天市場の加盟店の出店ページに当該キ

ワードが含まれていれば、当該出店ページにおいて販売されている商品のリストが自動的に陳列表示される。そして、ユーザーが表示された商品の欄をクリックすると、当該商品を販売している店舗の出店ページに移動し、当該商品を購入することができる。

この点に関し、控訴人は、アドワーズ広告等のハイパーリンク先の楽天市場リスト表示画面に商品が陳列表示されるのは、楽天市場の加盟店の出店ページにアドワーズ広告等に使用された登録キーワード自体が含まれている場合だけではなく、部分一致等による可能性も否定できない旨主張し、平成28年10月25日に楽天市場のウェブサイトにおいて「時計百貨」をキーワードとして検索した場合、加盟店の出店ページに「時計百貨」という記述がなくても、「時計」という記述及び「百貨」という記述があれば、楽天市場リスト表示画面に商品が陳列表示されたとして、当該画面のプリントアウト（甲59の1，59の2）を提出する。これに対し、被控訴人は、●（省略）●旨主張し、証拠（乙21ないし24）によれば、そのように認められる。そうすると、平成28年5月以前において、アドワーズ広告等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、楽天市場の加盟店の出店ページにアドワーズ広告等に使用された登録キーワード自体が含まれていなくても、部分一致によって商品が陳列表示されることがあったと認めるには至らない。

(4) 本件での検索結果表示画面及び楽天市場リスト表示画面（甲21，22，51の1ないし51の3，甲52）

ア 前記前提事実(6)記載のとおり、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、ユーザーがGoogle等において「石けん百貨」、 「石けん百科」及び「石鹸百科」をキーワードとして検索を行うと、本件広告が表示された。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」，「楽天／石けん百貨大特集」のように、「石けん」等と「百貨」等の間に半角のスペースがない本件表示（スペースなし表示）

や、「石けん 百貨は楽天市場」，「石けん 百貨は楽天」，「石けん 百貨大特集」，「石鹸 百貨 楽天が格安」，「お探しの石鹸 百貨 楽天」，「石鹸 百貨 楽天大特集」，「石けん 百科大特集」のように，「石けん」と「百貨」等との間に半角のスペースがある本件表示（スペースあり表示）が表示された。

その上下には，「日本最大級通販サイト楽天」，「出店数 3 万店舗以上！」，「日本最大級の通販ショッピングモール“公式”」，「買えば貯まる 貯めて使える！ 楽天はポイントがついてとってもお得」，「プチプラアイテムから人気ブランドまで楽天で最旬モテコーデ完成」，「今売れているのはコレ 楽天なら 石けん 百貨もsale価格で」，「石鹸 百貨 楽天からレアものまで 上手にGETしよう 楽天」，「最大ポイント10倍や無料配送で石鹸 百貨 楽天も手に入る 楽天」，「今売れているのはコレ！ 楽天なら石鹸 百貨 楽天もSALE価格で」，「今売れているのはコレ！ 楽天なら石けん 百科もSALE価格で」，「楽天スーパーSALE実施中！石けん百貨を探すなら，日本最大級通販ショップ楽天」等の文言が表示され，さらに，楽天市場のURL（www.rakuten.co.jp/）がハイパーリンクとして表示された。

イ 少なくとも平成26年6月頃，本件広告中のハイパーリンクが施された楽天市場のURLをクリックして，楽天市場リスト表示画面へ移行すると，「P1」が販売する「サンソリット スキンピールバーティートゥリー（赤）」等の複数の石けん商品及び「P2」が販売する「柚子石けん」が商品として陳列表示された。

ウ 平成27年11月26日，楽天市場のウェブサイトにおいて「石けん 百貨」（スペースあり表示）をキーワードとして検索すると，楽天市場リスト表示画面には，出店ページにおいて「石けん」又はその類似語と「百貨」又はその類似語が使用された加盟店の商品（例えば「P3」の「柿渋

石鹸」) が陳列表示された。

(5) 被控訴人の規約等 (乙 2, 6)

ア 被控訴人は、「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や第三者に不利益を与える行為を禁止し (第 18 条 1 項 (5))、これに対する違反を契約解除事由として定めている (第 26 条 1 項 (1))。

また、被控訴人は、ガイドラインにおいて、「背景色と同じ文字色の文字記載、通常より小さなフォントでの文字記載、HTML への文字記載等、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「お客様へ混乱、誤解や迷惑を与える行為」として禁止している。

イ 被控訴人が平成 26 年 9 月 12 日に本件の訴状を受領して調査したところ、前記(4)イの「P 1」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、被控訴人は、同日、同店の商品ページをサーチ非表示にする措置を講じるとともに、同店に対し、上記隠れ文字の削除を求めた。

他方、前記(4)イの「P 2」については、被控訴人が本件の訴状を受領する前に退店していたことから、隠れ文字の使用等を確認することはできなかった。

(6) 被控訴人による NG ワードの管理状況 (乙 17, 19)

● (省略) ●

2 争点 1 (被控訴人による本件各商標権侵害の有無) について

(1) 単独の不法行為としての本件各商標権侵害の成否について

ア 控訴人は、「石けん百貨」等の標章を表示した本件広告に楽天市場リスト表示画面をハイパーリンク先として設定する行為が、商品に関する広告を内容とする情報に「石けん百貨」等という標章を付して電磁的方法により提供するものであり (商標法 2 条 3 項 8 号)、本件各商標権を侵害する

との趣旨の主張をする。

イ そこで、まず、「石けん百貨」等の本件表示（スペースなし表示）を含む本件広告のハイパーリンク先の楽天市場リスト表示画面に何の商品も陳列表示されなかった場合（被控訴人の原審における「被告準備書面(2)」8頁に掲載の画面）について検討する。

(ア) この場合、本件広告とそのハイパーリンク先である楽天市場リスト表示画面とを一体のものとして見ても、どの商品が「石けん百貨」等と関連するののかについて何ら表示されていないから、本件広告は、本件各登録商標に係る指定商品又は指定役務と同一又は類似の商品に関する広告であるとは認められない。したがって、本件各商標権の侵害は認められない。

(イ) 控訴人は、本件広告は、本件各登録商標の顧客吸引力を利用してユーザーを楽天市場のウェブサイトへと導くものであるから、本件各登録商標の出所識別機能や広告機能を害すると主張する。

被控訴人が運営する楽天市場が多数の加盟店から成るインターネットショッピングモールであることは、ユーザーの間に広く知られている事実であり、また、「石けん百貨」等の語は、普通名称ではなく、造語として理解される語である。そうすると、楽天市場の広告において、造語である「石けん百貨」等を用いて、「【楽天】石けん百貨大特集」等と表示されている場合には、その広告に接したユーザーは、「石けん百貨」に関連する商品が楽天市場内で提供されている旨が表示されていると理解するのが通常であるとは考えられる。しかし、本件広告とそのハイパーリンク先である楽天市場リスト表示画面とを一体のものとして見ても、上記のとおり、具体的な商品について「石けん百貨」等が使用されているといえない以上、商標法2条3項8号にいう「商品若しくは役務に関する広告」とはいえないから、前記(ア)の判断は左右されない。

ウ 次に、前記認定事実(4)イのとおり、少なくとも平成26年6月頃、「石けん百貨」という表示（スペースなし表示）を含む本件広告のハイパーリンク先の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場合があったことが認められるから、この場合について検討する。

(ア) 「石けん百貨」は造語であるから、ユーザーがGoogle等で「石けん百貨」をキーワードとして検索をする動機は、典型的には、「石けん百貨」ブランドの石けん商品を買いたい、その販売店や販売価格を知りたい、当該商品の特徴等の情報を知りたいなどといったものであると考えられる。そのような動機に基づきGoogle等で「石けん百貨」をキーワードとして検索をしたユーザーが、検索結果表示画面に表示された「【楽天】石けん百貨大特集」等と記載のある本件広告を見て、これに関心を持ってハイパーリンクをクリックして移動した画面には、楽天市場内を「石けん百貨」をキーワードとして検索した結果として、石けん商品の紹介がその販売店等の情報と共に表示されたのである。

このことをユーザーから見れば、本件広告は、そのハイパーリンク先である楽天市場リスト表示画面と一体となって、「石けん百貨」ブランドの石けん商品を買いたいなどの動機によりGoogle等で「石けん百貨」をキーワードとして検索をしたユーザーを、被控訴人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被控訴人であることからすれば、被控訴人は、控訴人の登録商標である「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。

(イ) しかしながら、「石けん百貨」をキーワードとする検索連動型広告である本件広告がGoogle等で表示されるに至ったのは、前記認定事実(1)

のとおり，●（省略）●

また，楽天市場内には「石けん百貨」ブランドの控訴人の商品を取り扱う店舗はないにもかかわらず，楽天市場内を「石けん百貨」をキーワードとして検索した結果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のは，前記認定事実(3)のとおり，楽天市場内の加盟店の出店ページにキーワードとして「石けん百貨」が含まれていたからであると認められる。そして，前記前提事実(4)のとおり，加盟店の出店ページは各加盟店が自らの責任でコンテンツを制作しており，被控訴人は制作に関与していない。このように，「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（何も表示されないか，「石けん百貨」の指定商品が表示されるか，同指定商品ではないものが表示されるか）は，専ら被控訴人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，被控訴人は判断も関与も認識もしていないと認められる。

以上のとおり，●（省略）●各加盟店が自らの責任で制作した出店ページを検索する仕組みを通じて，被控訴人が広告主である検索連動型広告に「石けん百貨」という具体的な表示がされ，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が直ちに被控訴人の意思に基づくものとはいえない。すなわち，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，被控訴人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被控訴人が，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，被控訴人の行為は，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，当然に被

控訴人が控訴人の商標権を侵害しているとはいえないのである。

- (ウ) もっとも、上記の仕組みは、控訴人が指摘するとおり、被控訴人自身が構築したものであるから、被控訴人は、これによって惹起される事態は、被控訴人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、控訴人の商標権を侵害しているとはいえないかが問題となる。

しかし、本件の全証拠によっても、上記のような検索連動型広告及び●（省略）●は、被控訴人が商標権の侵害又はその助長を意図して構築したものであるとも、客観的に見て専ら商標権侵害を惹起するものであるとも認めることはできない。

控訴人は、検索連動型広告において、検索されたキーワードをそのまま広告に表示させることは本来必要とされていない旨主張するが、上記のような検索連動型広告が商標権保護の観点から許されないと直ちにいえるものでもない。また、控訴人は、被控訴人が自らの利益のために本件広告を出していることを指摘するが、そのことをもって直ちに商標権侵害行為を惹起することも辞さない意図であると認めることもできない。

かえって、被控訴人は、加盟店に対しては、前記認定事実(5)のとおり、知的財産権侵害を禁止する規約や、隠れ文字の使用を禁止するガイドラインにより、被控訴人の運営するインターネットショッピングモールである楽天市場に関連して商標権侵害行為が惹起されないよう規制をしている。

被控訴人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るというような商標権侵害の事態が生じないようにするためには、被控訴人が行っている上記のような規制から更に進んで、一定のキーワードの取得を制限する管理を行うことが考えられる。実際、被控訴人は、検索連動型広告に係るキーワードの管理においては、加盟店の規約違反等が判明した場合には、●（省略）●などの運用を行っている。しかし、これを事前に漏れなく網羅的に行おうとすれば、あらゆる登録商標について、楽天市場の出店ページの内容と取扱商品との関係を調査して、それが商標権侵害となるか否か（正規品を販売している場合、指定商品役務が異なる場合や商標的使用でない場合もあり得る。）といった調査が必要になると考えられる。楽天市場の規模からするとその調査対象は膨大なものとなる上、ユーザーの検索行動も、加盟店の出店ページも、常に変化するものであるから、上記調査は著しく困難といえる。そして、楽天市場は、上記調査が著しく困難である主な原因となっている、膨大な加盟店及び取扱商品を擁していること自体によって、商品の供給者及び需要者の双方にとって有用な存在となっているといえる。

以上の事情に照らすと、被控訴人が検索連動型広告及び●（省略）●を構築していることから、被控訴人がこれによって惹起される事態を包括的に認容しており、被控訴人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についても、被控訴人は、「石けん百貨」という標章が付されたことを自己の行為として認容していたとまでいうことはできない。

- (エ) 控訴人は、本件広告のハイパーリンク先の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のが加盟店の隠れ文字使用によるものであっても、それは、被控訴人にとって想定外の事態とはいえないこと、規

約等の違反を常時監視できないのなら、●（省略）●をやめるべきであること、被控訴人と同業のAmazonにおいては、出店ページに隠れ文字の設定ができない仕様になっており、隠れ文字の設定ができないシステムの作成も可能であったことを主張する。

しかし、前記認定事実(5)のとおり、被控訴人は隠れ文字の使用を禁止し、「P 1」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もあって、被控訴人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、被控訴人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。

したがって、控訴人の上記各主張は、被控訴人が「石けん百貨」という標章が付されたことを自己の行為として認容していたとはいえないとの判断を覆すものではない。

(オ) 他方、被控訴人が広告主である、「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、これをユーザーから見れば、前記ウ(ア)のとおり、両

画面が一体となって、「石けん百貨」ブランドの石けん商品を買いたいなどの動機によりGoogle等で「石けん百貨」をキーワードとして検索をしたユーザーを、被控訴人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のであるから、被控訴人が当該状態及びこれが商標の出所表示機能を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、被控訴人は、「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して、商標法2条3項8号所定の要件が充足され、被控訴人について商標権侵害が成立すると解すべきである。

- (カ) 被控訴人は、前記認定事実(5)イ及び(6)のとおり、本件の訴状によって本件広告の存在を認識するや、直ちに「P1」の出店ページを調査してサーチ非表示にするとともに隠れ文字の削除を求める一方、●(省略)●そうすると、被控訴人は、被控訴人が広告主である、「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、商標の出所表示機能を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●(省略)●等を行って、上記の状態を解消したというべきであり、被控訴人は、石けん商品に「石けん百貨」という標章を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。

控訴人は、被控訴人が控訴人から前記前提事実(6)の平成17年9月30日付けの通知を受けた後は、●(省略)●しかし、前記前提事実(6)のとおり、控訴人は、同年7月頃までは楽天市場に出店しており、それに伴って「石けん百貨」等を用いたアドワーズ広告等も正当にされていたことからすると、退店の約3か月後の上記通知で指摘された広告は、控訴人が出店していた当時のキーワード登録が残存していたことにより生じたものである可能性が高く、それ以外の原因によって生じたことを具体的に示す証拠はない。そうすると、被控訴人は、上記通知に対応してキーワード登録を削除したことで、「石けん百貨」という標章が付されたことについて自らの行為として認容したと認められるまでに当該状態は解消されたというべきであり、控訴人の上記主張は採用できない。

また、控訴人は、平成17年に控訴人から警告を受けたにもかかわらず、●(省略)●

しかし、既に述べたとおり、被控訴人が構築している検索連動型広告及び●(省略)●は、商標権の侵害又はその助長を意図したものであるとも、客観的に見て専ら商標権侵害を惹起するものであるとも認められない。これに対し、登録商標と同一の名称が表示されていても、それが当該登録商標の指定商品又は指定役務について使用されているとは限らない(別の商品役務について使用されている場合、商標的使用でない場合などもあり得る。)上、正規品販売や使用許諾の有無等も一定の調査を行うことなく直ちに判断できるものではなく、商標権侵害を惹起していることは必ずしも容易に判明することではない。

もっとも、本件において問題とされている「石けん百貨」等に限って言えば、造語であることから、これと同一の名称が表示されていて、それが指定商品又は指定役務について使用されているものでないという事

態はあまり想定されるものではない。しかし、それでも、正規品を販売している場合や、商標的使用とはいえない場合（「石けん百貨」を通信販売の注文・受付・発注・配送に関する事務処理の代行について使用するときは、単に「石けんに関するいろいろの商品を（専門に）取り揃えている通信販売の注文・受付・発注・配送に関する事務処理の代行」であることを認識させるにとどまり、需要者が何人かの業務に係る役務であることを認識することができないと述べる拒絶査定がされたこともある（乙11，丙27）。）等もあり得るから、やはり商標権侵害を惹起するものであるか否かは必ずしも容易に判明することではない。

そうすると、控訴人の上記主張のとおり解することは正当な営業活動を過度に萎縮させることになりかねず、採用することができない。

(キ) したがって、「石けん百貨」という表示を含む本件広告のハイパーリンク先の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場合があったことを踏まえても、「石けん百貨」等の標章を表示した本件広告に楽天市場リスト表示画面をハイパーリンク先として設定する行為が、商品に関する広告を内容とする情報に「石けん百貨」等という標章を付して電磁的方法により提供するものとして本件各商標権を侵害するとはいえない。

エ 次に、本件広告で使用された本件表示が「石けん 百貨は楽天市場」のように半角のスペースが挿入されているもの（スペースあり表示）であった場合について検討する。

(ア) この場合に、本件広告のハイパーリンク先の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場合があったことを認めることのできる直接の証拠はない。しかし、前記認定事実(4)ウのとおり、平成27年11月26日の時点で、楽天市場のウェブサイトにおいて「石けん 百貨」（スペースあり表示）をキーワードとして検索すると、楽天市場リ

スト表示画面には、出店ページにおいて「石けん」又はその類似語と「百貨」又はその類似語が使用された加盟店の商品（例えば「P3」の「柿渋石鹸」）が陳列表示されたことが認められることからすると、スペースあり表示の本件表示を含む本件広告のハイパーリンク先の楽天市場リスト表示画面には、石けん商品が陳列表示されたことがあったと推認することができる。

前記認定事実(4)アのとおり、ユーザーがGoogle等で「石けん百貨」等とスペースを挿入せずにキーワードを入力して検索を行ったのに対し、その検索結果表示画面に「石けん 百貨は楽天市場」等の表示を含む本件広告が表示されたのである。「石けん百貨」等が造語であることからすると、そのユーザーは、まさに「石けん百貨」等を検索しようとしたものと考えられるから、スペースが半角分しかないことも寄与して、「石けん百貨」等に関連する商品が楽天市場内で提供されている旨が表示されていると理解する可能性が高い。そして、これに関心を持ってハイパーリンクをクリックして移動した画面には、楽天市場内を「石けん 百貨」をキーワードとして検索した結果として、石けん商品の紹介がその販売店等の情報と共に表示されたことがあったと推認されるのであるから、当該ユーザーには、陳列表示された石けん商品が「石けん百貨」等に関連するものであるとの認識が生じ得るといえる。

このことをユーザーから見れば、本件広告は、そのハイパーリンク先である楽天市場リスト表示画面と一体となって、「石けん百貨」ブランドの石けん商品を買いたいなどの動機によりGoogle等で「石けん百貨」をキーワードとして検索をしたユーザーを、被控訴人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被控訴人であることから

すれば、被控訴人は、控訴人の登録商標である「石けん百貨」の指定商品である石けん商品に関する広告を内容とする情報に「石けん 百貨」という「石けん百貨」に類似した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。

- (イ) しかしながら、スペースあり表示の本件表示を含む本件広告についても、被控訴人が「石けん 百貨」という標章を付したといえるかどうかという点については、前記ウにおいてスペースなし表示の本件表示を含む本件広告について述べたところと変わるところがない。

すなわち、検索連動型広告及び楽天市場内における検索結果表示に係るキーワードは●（省略）●各加盟店が自らの責任で制作した出店ページが検索される仕組みになっていることからすれば、被控訴人が「石けん 百貨」という標章を付したとは直ちに認められず、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、当然に被控訴人が控訴人の商標権を侵害したとはいえず、かつ、被控訴人が、「石けん 百貨」という標章が付されて商標「石けん百貨」の出所表示機能を害す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も至らないというべきである。

オ 以上のとおり、被控訴人による本件広告における本件表示の使用行為が、本件各商標権を侵害する単独の不法行為を構成するとは認められない。

- (2) 共同不法行為としての本件各商標権侵害の成否について

ア 控訴人は、被控訴人は、本件広告のハイパーリンク先に楽天市場リスト表示画面を設定しており、本件広告のリンク先のショッピングページにおいて商品を販売していた販売業者は、「石けん百貨」等の文言で検索する一般検索者に、「石けん百貨」等の販売商品であると誤認混同させて購入させようとしたから、被控訴人と当該販売業者には本件各商標権侵害の共同不法行為が成立するとの趣旨の主張をする。

控訴人の上記主張は、被控訴人の行為と販売業者の行為が相まって初めて不法行為が成立しているという意味での共同不法行為の主張であり（原審第7回弁論準備手続調書）、本件広告と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加えて更にそのリンク先である販売業者のショッピングページの表示が商標法2条3項8号に該当し、被控訴人と販売業者が共同して本件各商標権を侵害するものである旨主張しているものと解される。このような場合に共同不法行為が成立するには、被控訴人と販売業者に、それぞれ自己の行為でない部分について、他方の行為を利用する意思がなければならないというべきである。

イ ところが、本件の証拠上、「石けん百貨」等という表示を含む本件広告のハイパーリンク先の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が認められる具体的場合において、当該表示を実現させるために被控訴人とその陳列表示された石けん商品の販売業者との間に何らかの意思の連絡があったことを認めるに足りる証拠はない。

ウ したがって、共同不法行為の成立をいう控訴人の上記主張は採用できない。

(3) 小括

以上のとおり、被控訴人が、本件広告での本件表示の使用行為によって、本件各商標権を侵害し、損害賠償責任を負うとは認められないから、本件各商標権侵害に基づく損害賠償請求は理由がない。

3 争点2（被控訴人による不正競争行為の成否）について

(1) まず、控訴人は、ユーザーが、本件広告をもって、控訴人店舗のウェブサイトの広告であると誤認混同するおそれがあると主張する。

しかし、証拠（甲21、22）及び弁論の全趣旨によれば、本件広告には広告である旨が明記されていたことが認められる上、「【楽天】石けん百貨大特集」などと、必ず「楽天」の語が使用されており、楽天がインターネッ

トショッピングモールとして周知であることからすると、控訴人の主張する誤認混同のおそれは認められない。

- (2) また、控訴人は、ユーザーは、本件広告のハイパーリンク先の楽天市場リスト表示画面をもって、それらの商品を控訴人が販売していると誤認混同するおそれがあると主張する。

しかし、先に本件各商標権侵害について説示したとおり、本件広告のハイパーリンク先の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としても、そのことをもって、被控訴人が、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し、また、本件広告のハイパーリンク先の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いたとすることもできないから、同標章を使用したとすることができない。それと同様に、不正競争防止法2条1項1号に関しても、被控訴人が「石けん百貨」という商品等表示を使用したということとはできない。

- (3) したがって、その余の点については判断するまでもなく、被控訴人が不正競争行為（不正競争防止法2条1項1号）による損害賠償責任を負うとは認められないから、不正競争防止法に基づく損害賠償請求は理由がない。

4 結論

以上の次第で、控訴人の請求は、いずれも理由がない。

よって、当裁判所の上記判断と同旨の原判決は相当であり、本件控訴は理由がないから、これを棄却することとし、主文のとおり判決する。

大阪高等裁判所第8民事部

裁判長裁判官 山 田 知 司

裁判官 中 尾 彰

裁判官寺本佳子は，転補のため署名押印することができない。

裁判長裁判官 山 田 知 司