

検索キーワード広告と商標権に関する ドイツの近年の裁判例

志賀典之*

1. はじめに

無料で利用者にサービスを提供しているインターネット検索サービスにおいて、広告収入は運営のための重要な要素とされる。広告収入を得る方法として、利用者により検索された語の検索結果に合わせて「スポンサーリンク」を表示するという広告方法が盛んであり、また、広告主の側にとっても、広告主が事前に検索エンジンに登録した特定の語を検索したインターネット利用者だけに広告が表示されることにより、ターゲットを絞った効果的な広告が行えるという魅力があることから多くの企業に利用されているが、このように広告欄に表示される文字列が商標登録されている場合や、周知著名である場合に、商標権者や、周知著名な商品等表示を有する者が、第三者による商標又は商品等表示と同一又は類似の表示を排除するなどの救済を得ることが可能かという標識法上の問題が生じる。

この検索キーワード広告問題は、特に欧州において、1988年の欧州商標第一指令¹以後、欧州統一的な判断が要請される各国裁判所の判決で、商標的（識別標識的）使用に関する商標法の基本問題と関連づけられ盛んに議論されている²。EU構成国の判例は、フランスに主にみられる検索連動広告における登録商標の利用につき商標権侵害を認める立場と、英国を中心とする非侵害とする立場との顕著な見解の対立をもたらし、

これまでにEU指令の解釈に関して、5カ国（フランス³、オーストリア⁴、オランダ⁵、ドイツ、英国）の上告審から提出された先決問題⁶が、欧州司法裁判所に付託されている。フランスからの質問に対する先決判決が直近に予定されている現状ではあるが、本稿では、連邦通常裁判所BGHにて2009年1月17日に3つの判決が出され、そのうちの一つがEU商標指令の解釈に関して欧州司法裁判所に先決問題を付託され、判断が待たれているドイツにおける現状の概観を試みる。

2. 検索キーワード広告

検索連動広告の仕組みは、Googleを例にとると、以下のようなものであるとされる⁷。

GoogleがAdwords広告を提供するサイト（Google Adwords）において、Google「スポンサーリンク」欄に広告を行いたいものは、広告の申し込みを行う。広告を設定する際には、広告主は自らキーワードを設定することができる。広告主は、一般インターネット利用者によりその広告がクリックされた数または広告の表示回数に応じて、Googleに広告料を支払う。

Googleの場合には、広告主が選択した検索ワードと広告主のサイトとの関連性が問われず、他人の登録商標も、キーワードとして登録することができる。インターネット利用者が、広告主により登録されたキーワードを入力して検索すると、検索結果の右隣の「スポンサーリンク」

* 早稲田大学大学院法学研究科博士後期課程・研究助手

欄に、広告主のサイトへのリンクを伴う広告が表示される。また、WebメールシステムであるGmailにおいては、メールに登場する語句に関連性のある広告が「スポンサーリンク」欄に表示される。「スポンサーリンク」欄には、検索語句に関する文字商標の商標権者やそのライセンス・販売業者とは関係のない者の広告が羅列される状況も多々見受けられる。

3. ドイツにおける裁判例

3.1 概要と前提

欧州においては、特にフランスでGoogle Ad Wordsにおける登録商標の利用につき「商標の使用」であるとして混同の虞から商標権侵害を認める見解が強い⁸のに対し、英国では、かかる利用は商標の機能を発揮している態様ではなされておらず、「商標的使用」がなされてないとして非侵害とする傾向が強い⁸。ドイツ・オーストリア・オランダは中間的な立場である。ドイツでは下級審において商標権侵害を認める立場⁹と認めない立場¹⁰が分かれ、学説においても「昨年商標法に関する議論の中で、もっとも激しく議論が行われたテーマ」¹¹であったが、2009年1月最高裁において3つの判決が出された。

ドイツ商標法は14条1項で、商標権者が商標について排他的権利を有するとし、14条2項で商標権者に無断で一定の標章を取引上使用することを禁じている¹²。

この一定の商標とは、

- ◎登録商標と同一の標章を登録商標の指定商品又は役務と同一のものに使用すること（14条2項1号）、
- ◎登録商標との同一性または類似性及び指定商品若しくは役務との同一性または類似のために混同を生じさせるおそれがある使用（14条2項2号）、
- ◎登録商標の指定商品又は役務と類似しないものであっても、著名な登録商標と同一または類似する標章を、その著名な登録商標の識別性又は名声を不正に利用し又は害するかたち

で正当な理由なく使用すること（14条2項3号）である。

これら14条2項1号～3号は、以下の欧州商標第一指令5条1項及び2項（商標により与えられる権利）を1998年改正法において国内法化したものであるとされる。

「欧州商標第一指令5条〔商標により与えられる権利〕

登録商標は所有者〔proprietier/Inhaber〕にその登録商標に係る排他的権利を与えるものとする。所有者は、以下の標識をすべての第三者が同意を得ず取引上使用することを阻止する権利を有する¹³。

- a) 当該商標の登録されている指定商品またはサービスと同一の商品又はサービスに関する商標と同一の標識
- b) 商標と同一又は類似であり、かつ、商標に係る商品またはサービスと同一又は類似であるがゆえに、公衆において、混同の恐れが存在する標識。この混同の恐れには、当該商標と標識との連想の恐れも含まれる。

2. すべての加盟国は、商標が加盟国において名声を得ており、標識の使用が正当な理由なくして当該商標を不正に利用又は害する場合には、商標の所有者に、あらゆる第三者が所有者の同意なく、商品またはサービスと関連する商標と同一又は類似の標識、または商標が登録されている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関する商標をも取引上用いることを阻止する権利を与えるものとする。」

なお、商標第一指令における制限に関する規定である指令6条（商標権の効力に対する制限）及び7条（権利の消尽）を受けて、ドイツ商標法は記述的表示に関する制限を23条に、消尽に関する制限を24条に規定している。

3.2 Bananabay事件¹⁴

まず、3つのBGH判決のうちで、ドイツ国内法の解釈に際して商標第一指令の解釈との統一が要請され、商標第一指令の不明点の解釈につ

き欧州裁判所に先決判決（先決裁定）が求められたBananabay事件を以下でとりあげる。

3.2.1 事実

原告は、化粧品・貴金属・被服・広告等13分類にわたって指定商品役務とするドイツ国内商標である文字商標「Bananabay」の商標権者であり、www.bananabay.deというアドレスで、成人向け商品を販売している。被告はwww.eis.de/erotikshopというアドレスでインターネットショップを運営し、原告と同種の商品を販売している。被告は、Googleの検索結果に表示される広告部分（Adword広告）に表示されることを目的として、キーワードとして「bananabay」という文字列を登録した。「bananabay」とGoogleの検索フォームに入力すると、検索結果の右隣の「広告」Anzeige（日本における「スポンサーリンク」に相当）欄に、2006年7月26日まで次のように表示されるようになっていた。「bananabay」という語は、検索結果の右隣に表示されるスポンサーリンクの中には存在しなかった。この広告中でリンクが設けられているアドレスをクリックすると、被告のホームページに飛ぶようになっていた。

原告は、被告が成人向け商品の販売に関して「bananabay」という文字列を、Googleの「Anzeige」欄においてAdWordsとして使用し、又は使用させることの差止及び損害賠償を求めてBraunschweig地裁に提訴した。地裁及び控訴審Brawnschweig上級地方裁判所は原告請求を認容¹⁵し、被告は連邦通常裁判所（以下BGH）に上告した。

3.2.2 先決問題

BGHは、ドイツ商標法14条2項1号に対応する商標第一指令5条1項2号aの解釈は、先決問題として欧州司法裁判所へ付託するものとした。欧州司法裁判所への質問事項は次のようなものである。

「EC指令5条1項2号a標と同一の標識を商標権者の許諾なく、以下の目的で、検索エンジンにキーワードとして登録した場合、行われ

たといえるか。

商標と同一の標識を検索ワードとして検索エンジンに入力した際に、当該第三者のウェブサイトへのリンクを、同一の商品又は役務を広告するものとして、検索結果とは位置的に離れた広告ブロックに表示する目的。その際、当該リンクは広告であると明記されており、広告文自体には当該標識も、商標権者又は商標権者によって提供される商品に関するその他の表示も含まれない」

なお、同じ質問が、フランス破棄院、及びオーストリア最高裁、オランダ最高裁によって提出されている。

3.2.3 理由

かかる先決質問を提起するに至った理由としてBGHは、以下のように述べている。

「控訴審は、地裁と同様に、原告登録商標と同一の標章の使用がなされたことに基づき、原告の14条2項1号に基づく差止請求を認めた。上告においては、被告によって、原告登録商標と同一の標章が、原告指定の商品役務と同一の商品役務について使用されたこと、及び、原告商標権の有効性については、争いがなかった。」¹⁶

「商標指令5条1項2号及びドイツ商標法14条2項1号における商標権侵害は、保護される表示が商標的に使用されており、商品の販売の際にその表示が、少なくともある営業の商品又は役務を他の営業の商品又は役務と識別するために用いられることを前提とする¹⁷。商標権者の権利は、商標がその機能を発揮しうることを保証するものというべきである。それゆえ、商標権の範囲は、商標の第三者による使用が商標の機能、特に主たる機能である需要者に対する商品の出所の保証の機能を害するまたは害する虞がある場合に限られる。」¹⁸

「控訴審は、被告が「bananabay」をGoogleにおけるスポンサーリンク表示のためのキーワードとして利用したことをもって、商標的使用を認めたが、ドイツ商標法に関する学説及び判例では、GoogleのAdWord広告の目的でのキーワードの利用が商標的使用に該当するかには争いが

あり、この問題につき欧州司法裁判所の判例に基づいて一義的に回答することはできない。」¹⁹とすうえで、現状の議論を次のように整理した。

商標的使用に関する議論は、メタタグに関する最高裁判決の文脈上で、次のように分かれている。まず、「メタタグに関する最高裁判決によれば、標章の商標的使用は、次の場合に成立する。検索プロセスに影響を与えることによって、インターネット利用者を、広告する営業およびその提供する商品を表示するインターネットサイトに誘導するために、標章が検索ワードとして検索エンジンへの入力によって使用される場合。(BGHZ 168, 28 Rn.17- Impuls²⁰ BGH GRUR 2007, 784 Rn.18- AIDOL²¹)。これらの事例においては、識別標識の使用 kennzeichenmässige Verwendung 及び商標的使用は、検索ワードが平均的インターネット利用者にとって知覚不可能 nicht wahrnehmbar であるという理由によっては否定されない。

標章的及び商標的使用は、当該標章が、商品役務を区別する手段として、広告を行っている事業者及びその提供物を示し、そのように宣伝される商品の出所を示すために設置されているかどうかによる。」

このようなメタタグに関する最高裁の考え方が、Adwords広告にも直接妥当するかどうかについては、下級審及び学説において、次のように見解が分かれていた。

「a) Adwordにおけるキーワードの利用は商標的使用にはならないとする説。

文字列は、AdWordのキーワードとして利用される際には、他人の商品と供給者の商品との識別のために入力されるのではない。インターネット利用者の多くにとって、AdWordスポンサーリンクが、メタタグによって生成される検索結果とは異なり、スポンサーリンクという欄のもとで画面に表示される広告であることは周知であるため、メタタグの利用はAdWord広告におけるキーワードの入力とは性格を異にする。インターネット利用者が検索ワードとの関連を

期待するのは、検索結果リストに表示された検索結果についてのみである。」²²

「b) キーワードの利用を商標的使用とする説。

広告主がAdWordsのキーワードを利用することは、メタタグを用いることと区別されない。検索結果がメタタグの利用の際に検索結果リストにおいてリストアップされているのに対して、AdWord広告では位置的に離れた『スポンサーリンク』欄にのみ表示されるという事情だけでは、両事例を区別して扱う根拠にはならない。メタタグの場合と同様に、検索プロセスの影響のもとでキーワードの商標としての機能は存在することが認められる。」

本事件で問題となる、当該標章の機能を発揮して、検索エンジンの検索結果のコントロールのために、キーワードを設定することにおいて使用がなされたかどうかについては、3つの可能性が想定される²³。

第一に、出所機能以外の商標の機能を認め、独立した広告機能を承認するという選択肢が挙げられる。

「商標には、主たる機能である出所機能と並んで、その法秩序によって保護される諸機能が存在する。商標の諸機能を一つでも害するか、害する虞のある標章のあらゆる利用が、EC指令5条1項2号aにおける商標としての使用であるという立場に基づけば、本事例において、広告機能が害されたことを理由として、商標的使用が認められる可能性がある。また、商標には、情報伝達(コミュニケーション)及び広告の手段として用いられる機能が認められる(商標指令5条3項d²⁴参照)。

商標の保護は商標指令5条2項に見られるように、出所機能に限られるものではないとされる(ECJ GRUR Int 1998, 140 Rn.39ff. Dior/Evo-ra)²⁵。

商標の広告機能に、出所機能と並存し独立した意義が認められ、たとえ出所機能が害されずとも、広告機能が害された場合に商標の使用が認められるとすれば、本事例においては、かかる広告機能が害され、それにより商標的使用が

認められることとなる。なぜなら、同一のキーワードによって、競業者（ここでは被告）の広告が、検索プロセスを経て表示される検索結果画面に表示された結果、原告標章により生じる広告力が弱められるからである。」

第二の選択肢として、「これに対して、少なくとも商標の出所機能が害されることを要するならば、検討されるべきは、出所機能の害が、自身のサイトを表示するために検索キーワードが用いられた際に生じるかどうかということになる。この場合、広告主が第三者の商標をキーワードとして登録することによって、自身の商品役務の提供の促進を目標とすることが、商標指令5条1項2号の意味での使用が認められるに十分であるかどうかという問題が生じる。」²⁶

第三に「商標の主たる機能である出所機能が害されていなければならないという要件について、出所機能が害されるのは、商標の使用によって問題となる商品役務と商標権者との間に営業上の関係が存在するという印象が喚起される場合においてのみである」という考え方が挙げられる²⁷。

「本事例のように、インターネット利用者によって検索語としてキーワードとして登録された概念が入力されたあと、広告主の営業に関する広告が、『広告Anzeige』という語とともに、明確に区切られた広告ブロックに何ら登録商標に関する記述もなく表示されるのであれば、利用者が、登録された検索ワードとスポンサーリンクの間に関連を見出し、検索語句と一致した標章を、宣伝された商品の出所を示すものと理解するとは当然認められないであろう。」

以上の可能性を示したうえで、BGHは欧州司法裁判所に先決質問を付託した。

3.3 Beta Layout事件²⁸

3.3.1 事実

被告はBeta Layout GmbHという企業の経営者であり、原告被告とも基盤端子台printed circuit boardをインターネットで製造販売していた。原告はBeta Layoutという語をGoogleに

キーワードとして登録した。この語句を入力すると、検索結果の右に表示されるAdword広告欄の「広告」という表示の下方に広告が表示される。広告にはBeta Layoutという文字列は用いられておらず、PCB-Leiterplatten-PWBという原告の商品提供に関する記述とともに、www.microtec.deというアドレスにリンクがなされていた。

被告が原告にBeta Layoutという自身の標識と同一の営業上の表示の要素の使用に関して警告を行ったところ、原告はこれに関し商標法15条（企業名表示）・不正競争法に基づく差止請求権不存在確認の訴えを提起し、第一審は被告に以下の請求権は認められないとした——営業上の取引においてBeta Layoutという取引上の表示を用い、かつ／またはこれにより混同の恐れのある類似のBeta-Layout及び/又はBetayoutのような記述を検索ワードとして用い、インターネット検索エンジンへの入力により基盤端子台の製造に関する原告のインターネット上の提供手段が表示されるようにすることの差止、及び警告に係る弁護士費用に関する請求である。

地裁はこのように原告請求を認容したため、被告は控訴した。控訴審OLG Düsseldorfは、インターネット利用者は「スポンサーリンク欄に表示された広告がBeta Layout GmbHによるものであるとは認識しない」ことから、混同の恐れがなく企業名が害されていないとして、被告の控訴を棄却した²⁹。

3.3.2 判示

BGHは、「第三者の取引上の表示と同一の概念がインターネット検索エンジンにキーワードとして登録された場合には、インターネット利用者により概念が入力され、表示されるサイトにおいて、検索結果一覧の右隣に、『広告』と付された欄のもとで、キーワードの登録者の広告が表示され、保護される標識自体がそこに用いられていない場合には、保護される識別標識との間の混同の恐れが否定される。」と判示している。

本事例はドイツ商標法特有の規定である15条

2項・4項の企業名の保護が問題となっていたことから、欧州司法裁判所には付託されなかった³⁰。

3.4 pcb事件³¹

3.4.1 事実

原告は基盤端子台の製造販売を行っており、「基盤端子台製造における技術的作業過程の最適化のためのレイアウトプログラムの技術的加工及び更新」等を役務として登録された文字商標「PCB-POOL」の商標権者であった。原被告ともインターネットで基盤端子台を販売していた。被告はグーグルのAdWord用キーワードとして「pcb」を登録していた。原告は、pcb-poolという検索ワードを入力すると、原告サイトに関する記述とともに、被告のインターネット上での販売広告が、検索結果にではなく、その右隣の「広告Anzeigen」欄に表示されることを確認した。当該欄における被告の広告には、「pcb-pool」という語は含まれていなかった。第一審では原告の請求は棄却されたが、控訴審では原告請求が認容されている³²。

3.4.2判示

「商品の性質や特徴に関する記述的な表示であると取引の範囲において理解される表示（本事例ではprinted circuit boardの略称としてのpcb）が、インターネット検索エンジンにおいていわゆるキーワードとして登録された場合には、商標として保護される表示（pcb-pool）をインターネットユーザーが入力すると、表示されるインターネットサイトにおいて、検索結果リストの右隣に「広告」という記載とともに欄の下にキーワード登録者の広告が表示され、その広告中に保護される表示が用いられていない場合、標章的使用は否定されるべきである。」³³

Pcbという概念自体の使用に関しては、記述的表示であり、一般的見解によれば、商標の使用は原則として認められないため、判決及び学説において争いのある、記述的でなく保護される商標と同一又は類似の概念とキーワードとして利用することは商標的使用であるかという問

題は生じないとされたため、欧州司法裁判所への付託は行われなかった。

3.5 評価

まず、Bananabay事件先決質問から生じる問題はAdWordsの商標的使用と機能に関する問題である。欧州商標指令における広告宣伝機能の保護については、欧州司法裁判所Dior事件³⁴において認められたとされる見解も提示されている一方で³⁵、これは、商標第一指令5条2項における著名商標に限定されるものであり、以後これを直接に維持する判決はなく、欧州においても出所表示機能を基礎とする傾向が強いと指摘されており、わが国の文献でも、例えば著名商標保護を商標法上認めていないわが国法制との直接比較は不可能であるとの指摘がなされていた³⁶。また、ドイツ法においても議論が展開し、指令5条1項並びにその国内法ドイツ商標法14条1項2項の侵害要件は商標の出所機能が発揮される商標の使用行為のみを規定しているという考え方³⁷と、欧州司法裁判所は商標第一指令5条1項の使用概念を商標機能的に解釈しているが、商標の出所機能のみを法的に重要なものと見ているわけではなく、これと並んで商標の経済的な機能をも保護適格のあるものとして考慮しているという見解が対立している^{38,39}。

そのような中、以下の欧州司法裁判所2009年6月18日L'Oreal/Bellure判決においては、商標第1指令5条1項a、すなわち同一標章が同一商品役務に用いられた事例において、商標の出所表示機能以外の機能を害するが、出所表示機能を害しない場合にも商標の使用が成立すると判示されたため、検索連動広告問題に関しても新たな波紋を投げかけている。以下、これを簡潔に紹介する。

4. L'Oreal/Bellure判決以後の商標の機能と検索キーワード広告

4.1 L'Oreal/Bellure事件

被告MaraikaとStarion社は、両社の製品とロレアル社製品との間の香りの類似性や価格差などの比較リストを小売業者に提供しており、そこにはロレアル社の文字商標が表示されている⁴⁰。

原告L'Orealほか数社は、比較広告における原告登録商標である文字商標 Trésor, Miracle, Anaïs-Anaïs and Noaの使用は英国商標法10条1項により禁止されるとして、英国高等法院に提訴した⁴¹。原被両者が控訴し英国控訴院は、欧州司法裁判所に次のような先行問題を提出した。

先行問題（5条1項関連のみ）

- (1) 自身の商品または役務に関する広告において、競業他社が有する登録商標を、自身が販売する製品と、競業他社が登録商標の元で販売する製品との性質の比較のために、混同や出所を示すという商標の本質的機能を害することなく用いる場合、その使用は商標指令5条1項 a 又は b における使用に該当するか。
- (2) 取引における使用（特に比較リスト）の中で、取引者が著名な登録商標を、自身の製品の特徴（特に香り）を示す目的で使用する場合で、
 - a) 混同の虞を生じず、
 - b) 著名な登録商標のもとでの製品の販売に影響を与えず
 - c) 登録商標の出所の保証という本質的機能を害することなく、イメージの汚損や希釈化その他の方法で名声を害することなく、
 - d) 取引者の製品の販売促進において、重要な役割を果たす場合に、5条1項 a における使用に該当するか。
- (3) (省略)

L'Oreal/Bellure事件における判示事項のうち、商標の機能に関する部分は以下のものであった⁴²。

1. 1988年12月21日のEC商標第一指令5条2項は、以下のように解釈されねばならない。

本規定中の識別性または名声を不正に利用することは、混同の虞も識別性又は名声を害する虞も、より一般的に、商標権者に対する損害の虞も必要としない。

次のような場合には、名声を有する商標に類似した標章を、第三者が使用することから生じる利益は、商標の識別性又は名声を不正に利用している。第三者がこの利用によって、この商標の顧客吸引力の範囲で、その顧客吸引力、名声、声望から利益を得るために、金銭的な反対給付なしに、その商標のイメージの創造や維持のための経済的な商標権者の努力を、不正に利用しようとする場合。

2. 商標第一指令5条1項 a は、以下のように解釈されねばならない。

登録商標の商標権者は、比較広告（1997年10月6日の欧州議会および委員会の97/55/ECによって改正された、1984年9月10日の誤認を招来する比較広告に関する構成国の法規及び行政規則の調整のためのEC指令3条 a 項1号の規定によって言及された許容条件を完全には満たさない広告）において、第三者がその商標と同一の標章を、登録商標の指定する商品又は役務と同一の商品又は役務に使用することを禁止することができる。これは、たとえ、当該使用が、商品又は役務の出所を示すという商標の主たる機能を害しえない場合であっても、当該使用が商標の他の諸機能のうちの一つを害するか、害する虞があるときにも可能である。

3. (省略)

4.2 評価

本事例では、原告商標と同一の標章が同一の商品に使用されているため、欧州司法裁判所は原則として第一指令5条1項 a の保護範囲の規定に関してのみ判断する必要があった。

欧州司法裁判所は、5条1項 a に基づく同一性保護においては商標第一指令前文第10文における同一標章の絶対的保護を根拠として⁴³他の

商標の機能を承認すると同時に、これらの諸機能は、5条1項bの混同の虞の枠内では、認められないとしている。5条1項bの適用は、混同の虞の存在及びこれにより、商標の出所機能が害される虞を前提としているためである。したがって、商標の同一性保護の適用領域においては、商標のあらゆる機能が保護されるが、これに対して商標の混同保護の適用領域においては、出所機能のみが商標の主たる機能として保護される⁴⁴。商標指令5条1項aにおける商標の同一性保護に関しては、比較広告のみならず、検索キーワード広告、模型上の商標の再現に対する商標権侵害の成否⁴⁵等、今後様々な分野に影響を与える問題であると考えられる。ドイツBGHが提示した検索エンジンに関する先決質問に対する回答が、被告広告の事例であるL'Oreal/Bellureの判示に対し直接同一の結果をもたらすとは言えないが、欧州司法裁判所がいかなる対応を取ることになるのか、今後の検索キーワード広告に関する判決動向が注目される。

5. 小括

本稿では、近年のドイツの3つの最高裁判決を紹介し、特に欧州司法裁判所に先決問題が付託されているBananabay事件に関して記述したうえで、多くの構成国による検索エンジンに関する先決問題において中心的論点となっている商標の機能に関する近年の動きとして、商標保護に関して出所機能以外の保護を認めた欧州司法裁判所のL'Oreal/Bellure事件を概観した。L'Oreal/Bellure事件に関しては以前の判例に関する詳細な検討が必要であり、また、キーワード広告については、2010年3月下旬に、最初の欧州司法裁判所による判断となるフランスからの先行問題に対する先決判決が予定されており、大勢が決する見込みである。なお、今回は商標法に絞って紹介を行ったが、これをわが国法制と実質的に比較するためには、不正競争法に関する検討を交えて標識法制の包括的な検討を行うことが必須となるであろう。(2010.3.5)

注

- 1 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade Marks; Official Journal L040, 11/02/1989 P.0001-0007.
- 2 フランスの状況及びわが国との比較については、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」A.I.P.P.I Vol.53 No.12 2頁(2008年)。米国及びドイツ(2008年までの下級審の状況)については、外川英明「サイバー空間における商標の使用－検索連動型広告問題とディスプレイマに焦点を合わせて－」中央知的財産研究所研究報告25号(別冊パテント)197頁(2009年4月)。また、SJ Bewin LLP, Ray Black, Baul Cox「検索エンジンに使用されるキーワードと商標——その解答を模索する欧州」CIPICジャーナル186号42頁(2008年10月)は、各国状況の概説を行う。
- 3 ECJ C. 236/08 - Google/Louis Vitton, C. 237/08-Google/Viticum, C. 238/08 - Google/CNRRH これら3事例に関しては、すでに2009年9月22日に、原則として検索サービス提供会社・広告主ともに非侵害とすべきであるとするPoiars Maduro欧州司法裁判所法務官(Advocate General)による意見が出されている。判決は2010年3月下旬の予定である。France's eBay ruling is a distraction - it's next month's AdWords decision that counts (<http://www.out-law.com/page-10762>) 2010年3月5日最終アクセス。
- 4 ÖstOGH, GRUR 2009, Int 446-Bergspechte, ECJ C. C-278/08.
- 5 ECJ.C-558/08- Portcabin/Primakabin.
- 6 EU条約234条(2009年12月1日のリスボン条約発効後の267条)は、各構成国の裁判所に、EU指令の解釈が問題となる場合には、問題点に関し、欧州司法裁判所への先決判決を求めることを義務付けている。
- 7 Google「アドワーズご利用ガイド」http://www.google.co.jp/adwords/adwords_handbook.pdf (2009年12月8日最終アクセス)、井奈波・前掲注2)3頁。
- 8 SJ Bewin LLP, Ray Black, Baul Cox, 前掲注2, Ansgar Ohly, Keyword-Advertising auf dem Weg von Karlsruhe nach Luxemburg GRUR 2009, 709.
- 9 OLG Braunschweig, NJOZ 2007, 1561 - weit-

- gehend passende Keywords.など
- 10 OLG Düsseldorf, MMR 2007, 247.など
- 11 Ansgar Ohly, GRUR 2009, 709
- 12 国内文献としては、上野達弘「商標パロディ——ドイツ法及びアメリカ法からの示唆——」中央知的財産研究所研究報告25号（パテント62巻4号別冊No.1）187頁など参照。
- 13 <http://eur-lex.europa.eu/>、邦訳としては大島厚監修「指令」中央知的財産研究所研究報告25号（パテント62巻4号）242頁。
- 14 BGH, Vorlagebeschluss vom 22. 1. 2009 - I ZR 125/07 (OLG Braunschweig) GRUR 2009, 498 (Bananabay) ECJ C - 91/09 - Eis. de/BBY
- 15 OLG Braunschweig, GRUR-RR 2007, 392 L - Adword bananabay
- 16 GRUR 2009, 498 Rnr.9
- 17 ECJ GRUR 2003, 55 Arsenal FC, Rnr.51ff
- 18 BGH, GRUR 2009, 498 Rnr.11, BGH GRUR 2005 427(428)Lila-Schokolade, ECJ GRUR 2003, 55 Rn.51f. Arsenal FC
- 19 BGH, GRUR 2009, 498 Rnr.12
- 20 判示は次の通り。
「1. 営業上の取引において第三者識別標識を隠しキーワード（メタタグ）を使用することは、識別標識的な使用である。ユーザーを標識使用者のインターネットサイトに誘導するために第三者の標章がメタタグに入力されると、たとえインターネット利用者にとって知覚不可能であっても、そこで広告を行う営業及びその提供を指示する。
2. 混同の虞はこの事例においては、第三者標章が検索語句として検索エンジンに入力され標識使用者のインターネットサイトへの表示が検索結果に表示されたことから生じている。」
また、Impuls事件第17段落は次のように述べている。「被告はImpulsという語をそのサービスの識別標識として、したがって自身の提供するサービスを他の営業と識別するために使用していた。商標の使用は、平均的インターネット利用者がメタタグを知覚不可能であるという理由によって否定されるものではない。インターネット利用者がImpulsという語を検索エンジンに入力すれば、彼は技術的装置を自由に利用することができる。その装置によって彼は短時間で無数のインターネットサイトを入力した語に基づいて検索でき、その語句を含む自分の興味のあるサイトに到達することができる。検索エンジンは通常利用者にとって視認不能なソースコードを含めて検索するので検索結果として、検索語句がソースコードにのみ含まれているサイトまで、検索結果に含んでしまう。ここでは、検索語句がインターネット利用者にとって対応するサイト上に視認可能であることは重要ではない。むしろ決定的に重要なのは、検索語句によって選択プロセスの結果が影響され、インターネット利用者がこの方法により対応するサイトに誘導されることである。ここでは、検索語句は、インターネット利用者によって広告を行う営業及びその提供物を指示することによって供せられている」
- 21 判示は次の通り。「営業者が広告目的で第三者の商標をメタタグとしてHTMLコード又は白画面に白抜き文字で用いることは、広告が具体的なオリジナル製品に関連している場合にのみ、商標に基づく権利の消尽を生じうる」
- 22 BGH, GRUR 2009, 498 Rnr.13
- 23 BGH, GRUR 2009, 498 Rnr.16
- 24 指令5条3項「特に以下の行為は1項及び2項に基づき禁止することができる」
「(d) 当該標識を取引上の文書及び広告に使用すること」
- 25 BGH, GRUR 2009, 498 Rnr.17
- 26 ECJ GRUR2008 698, Rn. 35 O2
- 27 (ECJ GRUR 2007.318 Rd.24 Opel/Autec; ECJ GRUR 2002, 692 Holterhoff/Freisleben; ECJ GRUR 2003, 55 Rd.56 Arsenal FC)
- 28 BGH GRUR 2009, 500
- 29 Urteil vom 23.01.2007, Az.: 20 U 79/06 GRUR 2007, 247 = WRP 2007, 440
- 30 BGH GRUR 2009, 500, Rn.25
- 31 BGH GRUR 2009, 502
- 32 OLG Stuttgart GRUR-RR 2007.399 次のような理由による。「1. 商標法上保護される表示（ここではPCB-POOL）の利用は、それがいわゆるキーワードとしてGoogle-Adwords広告に登録された場合、識別標識的に行われたものである（メタタグからの類推による判断である。BGH, Urteil vom 18. Mai 2006, I ZR 183/03, BGHZ 168, 28ff. - Impuls）。2. 商標権侵害に関して、キーワードの入力が「広範に適用しうる」キーワードを選択することによってのみ達せられた結果、混同の虞ある語の組み合わせが表示される場合には、行為者性又は関与に基づく責任がなくとも、妨害責任に基づく行為が成立する余地がある。」
- 33 前掲注32) の原審の理由づけを以下のように

否定している。

「pcbというつづりをGoogleにキーワードとして表示することは、単にそのpcbという表示の使用であるが、控訴審は、この使用をpcb-poolの使用であるとみなした。検索エンジンは、pcbという表示単体のみならず、pcb-poolという結合語をキーワードとして利用するので、被告は「広範に適用可能なキーワード」を選択することによって、その原因をもたらしたと判断した」としたうえで、BGHは、控訴審が、Pcb-poolという表示の利用ではなく、キーワードの記憶の際に、pcb-poolと入力されることで、表示されるインターネットサイトにおいて被告広告を表示させることにより達せられた作用を問題としたことは明白である。

しかし、それがpcb-poolという標章の使用とみなされるのは、pcb-poolという検索ワード及び被告の広告が、いずれも視認可能なインターネットサイトで表示される場合か、その検索ワードの入力が、pcb-poolという標章の使用とみられる場合にのみ限られる。例えば取引者にとって知覚不可能な検索語句として、検索エンジンによってのみ解釈されるテキストや、その他の取引者にとって知覚され得ない検索エンジンへの指示のような、pcb-pool標章の利用は、『広範に適用可能なキーワード』の機能方法に関する両者の主張によれば、考慮されていない。検索エンジンはpcbのみを入力されたそれぞれの集合概念のうちで、構成要素として認識している。それ自体が集合概念と結合しているとは認められない」とし、原審の理由づけを全面的に否定している。また、妨害責任についても、「被告が、インターネットユーザーによる『pcb-pool』という検索語句の入力が予想されるという考えに基づいて、pcb-poolと同一の標章を使用したことによる14条2項2号および5項に基づく原告の不作为請求は、拒絶される。」として、否定している。

- 34 Dior/Evora(C-337/95 1997 ECR I-6013)は、原告DiorがDiorの商標が有する高級で一流であるイメージに一致しないため、消尽に関するEU指令7条2項（商標により付与される権利の消尽——「所有者がその商品の再販売に対し異議を述べる法律上正当な理由がある場合、特に、商品が市場におかれた後、商品の状態が変更又は毀損される場合には、」商標権は消尽しない）の正当な理由に該当するとして、商標権侵害を主張した。被告は、原告製品をオランダに輸

入・販売していた薬局チェーンであり、広告カタログに原告商標を掲載、原告商品のボトルと包装を掲載した。裁判所は、「一般論として、商品の転々流通において広告において公衆の注目を集めるための商標の使用が認められないならば、そうした商品を販売することが事実上不可能になり、指令7条（消尽）の趣旨が没却されるが、広告の態様が当該商標の名声を毀損する態様である場合には、指令7条2項の「正当な理由」を認定しうる」とし、消尽法理の適用は、利益の調整（商標権者の利益である名声の維持・その取引分野で慣習的な広告を行うことによって再販売を行う取引業者の利益）問題であるとしつつ、商標権侵害を認めた。広告は再販売業者が行ったことが需要者に明らかであることから、出所表示機能は害されていないと思われるが、その場合にも権利行使が許容されたという点において、権利範囲が拡大していると指摘される。蘆立順美「商標権の保護範囲と商標の機能」工業所有権法学会年報32号19頁（2009年6月）参照。

- 35 イラーナ・サイモン「商標機能及びその侵害事件における役割－EUと日本は相互の経験から何を学ぶことができるのか？－」（知財研紀要2007）など。
- 36 蘆立順美「商標権の保護範囲と商標の機能」工業所有権法学会年報32号19頁（2009年6月）
- 37 Hacker, in: Strobele/Hacker, Kommentar zum MarkenG, 9. Aufl(2009)
- 38 Fezer, Kommentar zum MarkenG, 4. Aufl. (2009)Einl. D MarkenG, Rdnrn. 18ff.
- 39 従来、「権利の行使は、第三者による標章の使用が商標の諸機能、特にその主たる機能、すなわち商品の出所を消費者に対する保証を害する、または害する虞のある場合」になしうる、というArsenal事件判決に、欧州司法裁判所の判断の不明確さが見られた。（ECJ 12.11.2002 C-206/01 Arsenal Football Club, ECJ, 25.1.2007 C-48/05 Adam Opel)
- 40 L'Oreal/Bellure, C-487/07 (21)
- 41 L'Oreal/Bellure, C-487/07 (23)
- 42 L'Oreal/Bellure C-487/07.
邦語記事として、CIPIC事務局「欧州情報 欧州裁判所がイミテーション商品の比較広告の使用は違法と判決」CIPICジャーナル191号84頁（2009年8月）
- 43 LO'real/Bellure C/487/07 (59)
- 44 Anmerkung: Wojciech Kreft, in: EuGH: Mar-

kenverletzung durch vergleichende Werbung,
EuZW 2009, 573

- 45 Annette Kur, Merchandising im Spielzeug-Markt – wie weit reicht die „Eigentums -Logik“? Perspektiven des geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts : Festschrift für Gerhard Schricker 2005 S. 835-844など。わが国で紹介された文献として、小島立「商標の使用と適用除外(1)——ミニチュア模型と商標（商品等表示）の使用——」中央知的財産研究所報告書第25号103頁（日本弁理士会，2009年3月）がある。