

IP and IT 時々刻々

弁護士法人内田・鯨島法律事務所

この度、新型コロナウイルス感染症に罹患された方とご家族、関係者の皆様に謹んでお見舞い申し上げます。また、感染のリスクを負いながらも予防や診療などに昼夜を問わず従事し最善を尽くされている医療関係従事者の皆様に心より感謝申し上げます。

弁護士法人 内田・鯨島法律事務所
所員一同

目次

- 最高裁第一小法廷令和4年1月20日判決（令和2年（あ）第457号不正指令電磁的記録保管被告事件）—Coinhive 事件最高裁判決— 1
- ハッシュタグにおける他者の登録商標の使用が商標権侵害にあたりと判断した事例
—大阪地判令和3年9月27日令和2年（ワ）第8061号— 7
- 活動 11

最高裁第一小法廷令和4年1月20日判決（令和2年（あ）第457号不正指令電磁的記録保管被告事件） —Coinhive 事件最高裁判決—

1. はじめに

本稿では、本年初頭に出され、一部のエンジニアの間で話題にもなった Coinhive 事件の最高裁判決（最高裁第一小法廷令和4年1月20日判決（令和2年（あ）第457号不正指令電磁的記録保管被告事件）、以下「本判決」という。）を取り上げる。

本件は、ウェブサイト「X」を運営する被告人が、X閲覧者のパソコンをして閲覧者の承諾なしに仮想通貨（暗号資産）のマイニングをさせるように指令するプログラムコードを、Xのサーバコンピュータに保管したこと¹が、刑法168条の3の不正指令電磁的記録保管罪に該当するとして起訴され、第一審の横浜地裁が無罪判決を言い渡したところ、控訴審の東京高裁では逆転で罰金10万円の有罪判決を言い渡され、被告人が控訴審判決を不服として上告した結果、最高裁で無罪判決が言い渡されたという事件である。



¹ 正確にいうと、マイニングを実行させるプログラムが蔵置されたサーバにアクセスさせた上で、同プログラムを読み込ませてマイニングを実行するよう指令するためのプログラムコード（JavaScript のコード）をウェブサイトXのサーバに保管したことである。

2. 不正指令電磁的記録に関する罪(刑法168条の2～168条の3)について

刑法168条の2は、いわゆる「ウイルス作成・提供罪」を規定する。これは、正当な理由がないのに、その使用者の意図とは無関係に勝手に実行されるようにする目的で、コンピュータ・ウイルスやコンピュータ・ウイルスのプログラム（ソースコード）を作成、提供する行為を対象とするもので、3年以下の懲役又は50万円以下の罰金が課される。また、本件で問題となった同168条の3は、いわゆる「ウイルス取得・保管罪」を規定する。これは、上記のようなプログラムを取得、保管する行為を対象とするもので、2年以下の懲役又は30万円以下の罰金が課される。

（不正指令電磁的記録作成等）

第168条の2 正当な理由がないのに、人の電子計算機における実行の用に供する目的で、次に掲げる電磁的記録その他の記録を作成し、又は提供した者は、3年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

一 人が電子計算機を使用するに際してその意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をさせるべき不正な指令を与える電磁的記録

二 前号に掲げるもののほか、同号の不正な指令を記述した電磁的記録その他の記録

2 正当な理由がないのに、前項第一号に掲げる電磁的記録を人の電子計算機における実行の用に供した者も、同項と同様とする。

3 前項の罪の未遂は、罰する。

（不正指令電磁的記録取得等）

第168条の3 正当な理由がないのに、前条第1項の目的で、同項各号に掲げる電磁的記録その他の記録を取得し、又は保管した者は、2年以下の懲役又は30万円以下の罰金に処する。

同罪が成立するためには、

①作成・提供されるプログラムが、パソコン等の使用者の「意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をさせるべき」ものであること（反意図性）、

②それが「不正な」ものであること（不正性）

の要件を充たす必要がある。

では、どのようなプログラムが不正指令電磁的記録に該当するかというと、例えばトロイの木馬などのマルウェア（malware）が典型的な例である。すなわち、マルウェアは、それをダウンロードしたパソコンやスマートフォンに保存されている個人情報等を流出させるといった不正な動作をさせるため、反意図性及び不正性を充たすとされる。

一方、ポップアップ広告のようなものは、社会的に許容されているものであるから、反意図性ないし不正性を充たさず、不正指令電磁的記録には該当しないとされる（第177回国会参議院法務委員会・法務大臣（江田五月）答弁²）。

このように、不正指令電磁的記録の該当・非該当の例を一応はいうことができるものの、上記①、②の充足、非充足の境界線は明確とは言えず、エンジニアの間では「何がセーフでアウトなのか分からない」という声が上がることが少なくなかった³。

今般、最高裁は、同罪の反意図性及び不正性の要件の判断基準について述べた上で、各要件について本件事例を具体的に当てはめて結論を出している。本判決がエンジニアの不安を解消するものとなるかどうかは今後の評価に委ねられるが、「何がセーフでアウトなのか」について、具体的な指針を示したものといえる。

² <https://kokkai.ndl.go.jp/#/detail?minId=117715206X01520110609&spkNum=102&single>

なお、上記江田発言は、「反意図性」に関する質問の過程でなされたものであるが、後述する本判決では、社会的に許容されるプログラムかどうかを「不正性」の要件の考慮要素としている。

³ 浅川直輝『「何がセーフか分からない」ウイルス剤で罰金刑を受けた技術者の嘆き』日経 XTEC (<https://xtech.nikkei.com/atcl/nxt/column/18/00722/042200002/>)

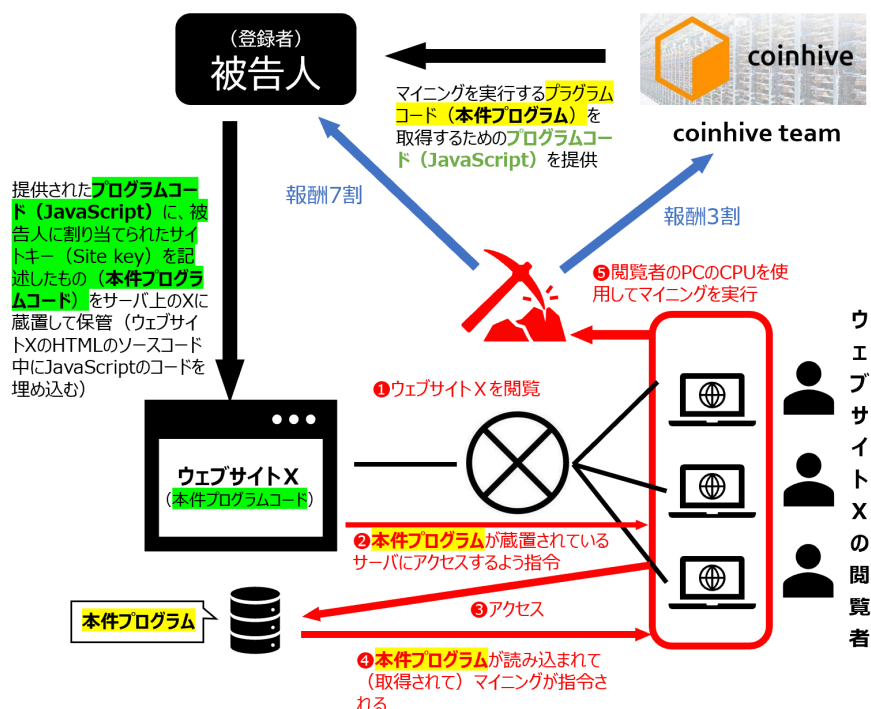
3. 事案の概要

被告人は、音声合成ソフトウェアを用いて作られた楽曲の情報を共有するウェブサイト「X」を運営していた。同ウェブサイトのHTMLファイルには、同ウェブサイト閲覧中の閲覧者の電子計算機（パソコン等）に、仮想通貨 Monero（モネロ）のマイニング⁴を実行させるプログラム（本件プログラム）が設置されているサーバにアクセスさせ、同プログラムを読み込ませてマイニングを実行させるための JavaScript のコード⁵が埋め込まれていた（閲覧が終了するとマイニングも終了する。）。この JavaScript のコードは、被告人が coinhive というウェブサービス⁶に登録することによって提供を受けたものであった（本判決では、この JavaScript のコードに被告人に割り当てられたサイトキー（Site key）を記述したものを「本件プログラムコード」と述べている。）。

本件プログラムによるマイニングが実行された場合、報酬の7割をサービス登録者が、3割を coinhive team が取得するという仕組みになっていた。

被告人がマイニングによる収益を目的に本件プログラムコードをウェブサイトX内に設置したのは平成29年9月21日であるが、この当時、一般の利用者に、ウェブサイトの収益方法として閲覧者の電子計算機にマイニングを行わせるという仕組みは認知されていなかったが、被告人は、Xに、閲覧中にマイニングが行われることについて同意を得る仕様を設けたり、マイニングに関する説明やマイニングが行われていることの表示をしたりすることはなかった。

以上の事案を図で示すと、以下のとおりであり、「本件プログラムコード」が刑法168条の3の「電磁的記録」に該当するかが問題となった。



被告人は、本件プログラムコードにおいて、閲覧者のパソコンのCPU使用率を調整する値を0.5と設定した。この数値の場合、マイニングを実行すると、閲覧者のパソコンの消費電力が若干増加したりCPUの処理速度が遅くなったりするが、極端に遅くはならず、これらの影響の程度は、閲覧者が気付くほどではなく、また、一般的なウェブサイトで広く実行されている広告を表示するプログラム（以下「広告表示プログラム」という。）と有意な差異はなかった。

⁴ 一般に、仮想通貨の取引台帳へ取引履歴を追記する承認作業等の演算を行うことをいう。マイニングをすると、その報酬として仮想通貨の取得が可能になる。

⁵ ウェブブラウザ上で実行できるプログラミング言語。

⁶ coinhive team により提供が開始されたサービス。

4. 最高裁の判断

(1) 不正指令電磁的記録に関する罪の保護法益について

最高裁は、まず、不正指令電磁的記録に関する罪の保護法益（刑法に規定する個別の犯罪が保護する法益のこと）について、以下のように述べた。

不正指令電磁的記録に関する罪は、電子計算機において使用者の意図に反して実行される不正プログラムが社会に被害を与え深刻な問題となっていることを受け、電子計算機による情報処理のためのプログラムが、「意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をさせるべき不正な指令」を与えるものではないという社会一般の信頼を保護し、ひいては電子計算機の社会的機能を保護するために、反意図性があり、社会的に許容し得ない不正性のある指令を与えるプログラムの作成、提供、保管等を、一定の要件の下に処罰するものである。

(2) 反意図性及び不正性の判断基準及び本件へのあてはめ

続いて最高裁は、上記で述べた保護法益から「反意図性」及び「不正性」の判断基準を、次のように示し、本件へのあてはめを行った。

ア 「反意図性」について

(ア) 判断基準

…反意図性は、当該プログラムについて一般の使用者が認識すべき動作と実際の動作が異なる場合に肯定されるものと解するのが相当であり、一般の使用者が認識すべき動作の認定に当たっては、当該プログラムの動作の内容に加え、プログラムに付された名称、動作に関する説明の内容、想定される当該プログラムの利用方法等を考慮する必要がある。

まず、「一般の使用者」を問題にしている点については、不正指令電磁的記録に関する罪が、「電子計算機の社会的機能を保護するため」のものであり、個人的法益⁷を保護するものではないからである。反意図性の判断については、「一般の使用者が認識すべき動作」を問題にしている。そして、「一般の使用者が認識すべき動作」の認定にあたっては、「プログラムの動作の内容」を中心に、他の要素も含めた総合考慮を行うことを示した。

この点、本判決以前に公表されている法務省の文書「いわゆるコンピュータ・ウィルスに関する罪について」⁸において、反意図性の判断に関し「当該プログラムの機能の内容…等を総合的に考慮して、一般に認識すべきと考えられるところを基準として判断することとなる」としており（同文書3頁～4頁）、総合考慮の手法は従前から指摘されていたところである。

(イ) あてはめ

最高裁は、以下のとおり、まずは本件プログラムコードの「動作」を認定してから、マイニングを行わせるという動作について、閲覧者の同意を得る仕組みにはなっていなかったこと、そのような仕組みは一般の使用者には認知されていなかったこと等の事情を認定して、本件プログラムコードの反意図性を肯定した。反意図性に関しては、第一審及び控訴審においても肯定しており、最高裁も同様の結論を示した。

本件プログラムコードの動作は、Xの閲覧中、閲覧者の電子計算機を使用してマイニングを行わせるというものである。

⁷ 具体的な個人の法益のこと。例えば、傷害罪（刑法204条）は、特定の個人の身体が保護法益となる。

⁸ <https://www.moj.go.jp/content/001267498.pdf>

一般的なウェブサイトにおいて、運営者が閲覧を通じて利益を得る仕組みとして広告表示プログラムが広く実行されている実情に照らせば、一般の利用者において、ウェブサイト閲覧中に、閲覧者の電子計算機を一定程度使用して運営者が利益を得るプログラムが実行され得ることは、想定範囲内であるといえる。

しかしながら、そのようなプログラムとして、本件プログラムコードの動作を一般の利用者が認識すべきといえるか否かについてみると、Xは、閲覧中にマイニングが行われることについて同意を得る仕様になっておらず、マイニングに関する説明やマイニングが行われていることの表示もなかったこと、ウェブサイトの収益方法として閲覧者の電子計算機にマイニングを行わせるという仕組みは一般の利用者に認知されていなかったことといった事情がある。これらの事情によれば、本件プログラムコードの動作を一般の利用者が認識すべきとはいえず、反意図性が認められる。

イ 「不正性」について

(ア) 判断基準

・不正性は、電子計算機による情報処理に対する社会一般の信頼を保護し、電子計算機の社会的機能を保護するという観点から、社会的に許容し得ないプログラムについて肯定されるものと解するのが相当であり、その判断に当たっては、当該プログラムの動作の内容に加え、その動作が電子計算機の機能や電子計算機による情報処理に与える影響の有無・程度、当該プログラムの利用方法等を考慮する必要がある。

上記法務省の文書では、「プログラムによる指令が『不正な』ものに当たるか否かは、その機能を踏まえ、社会的に許容し得るものであるか否かという観点から判断することとなる。」としていた。本判決も、「社会的に許容し得ないプログラム」であるかどうかを判断基準としている。そして、その判断⁹にあたっては、「反意図性」要件の際と同様に、「プログラムの動作の内容」を中心に、電子計算機（パソコン等）による情報処理に与える影響の有無・程度等の要素を考慮して行うことを示した。

(イ) あてはめ

最高裁は、「プログラムの利用方法等」に関し、本件プログラムコードがマイニングを行わせるためのものであり、閲覧者の電子計算機（パソコン等）に一定の負荷を与える一方、閲覧者はマイニングによる報酬を取得することができないのに、マイニングが行われることを知る機会等が保障されていなかったことを指摘して、「より適切な利用方法等が採り得た」と指摘した。

一方で、「電子計算機による情報処理に与える影響の程度」等に関し、大要、以下の点に言及して、本件プログラムコードが社会的に許容し得ないものではないとした。

- ・閲覧者のパソコンのCPUを一定程度使用することにとどまり、若干処理速度は遅くなるものの、閲覧者はそれに気付くほどのものではなかったこと
- ・広告表示プログラムも閲覧者の電子計算機に影響を与えてウェブサイトの運営者が収益を得る仕組みだが、それと比較しても本件プログラムコードは閲覧者の情報処理に与える影響において有意な差異は認められないこと
- ・マイニング自体は社会的に許容し得ないものではない

本件プログラムコードは、Xの運営者である被告人が、X閲覧を通じて利益を得るため、閲覧者の同意を得ることなく、その電子計算機においてマイニングを行わせるために保管したものである。

確かに、原判示のとおり、本件プログラムコードによるマイニングは、閲覧者の同意を得ることなくその電子計算機

⁹ なお、「反意図性」要件において、「一般の利用者が認識すべき動作」かどうかについては、「判断」ではなく「認定」という言葉を使っているが、上記動作の有無は事実「認定」の問題として扱っているものと考えられる。

に一定の負荷を与え、これに関する報酬を閲覧者が取得することができないものであるのに、閲覧者にマイニングの実行を知る機会やこれを拒絶する機会が保障されていないなど、プログラムに対する信頼という観点から、より適切な利用方法等が採り得たものである。

しかしながら、前記…の保護法益に照らして重要な事情である電子計算機の機能や電子計算機による情報処理に与える影響は、×閲覧中に閲覧者の電子計算機の中央処理装置を一定程度使用することにとどまり、その使用の程度も、閲覧者の電子計算機の消費電力が若干増加したり中央処理装置の処理速度が遅くなったりするが、閲覧者がその変化に気付くほどのものではなかったと認められる。

また、ウェブサイトの運営者が閲覧を通じて利益を得る仕組みは、ウェブサイトによる情報の流通にとって重要であるところ、被告人は、本件プログラムコードをそのような収益の仕組みとして利用したものである上、本件プログラムコードは、そのような仕組みとして社会的に受容されている広告表示プログラムと比較しても、閲覧者の電子計算機の機能や電子計算機による情報処理に与える影響において有意な差異は認められず、事前の同意を得ることなく実行され、閲覧中に閲覧者の電子計算機を一定程度使用するという利用方法等も同様であって、これらの点は社会的に許容し得る範囲内といえるものである。

さらに、本件プログラムコードの動作の内容であるマイニング自体は、仮想通貨の信頼性を確保するための仕組みであり、社会的に許容し得ないものとはいえない。

以上のような、本件プログラムコードの動作の内容、その動作が電子計算機の機能や電子計算機による情報処理に与える影響、その利用方法等を考慮すると、本件プログラムコードは、社会的に許容し得ないものとはいえず、不正性は認められない。

ウ 結論

最高裁は、以上のように認定判断し、「本件プログラムコードは、反意図性は認められるが、不正性は認められないため、不正指令電磁的記録とは認められない。」と結論付け、被告人を無罪とした。

5. 若干のコメント

本判決は、最高裁として、初めて、不正指令電磁的記録に関する罪における「反意図性」及び「不正性」の要件の判断基準及び具体的事実についてのあてはめを行ったものである。特に、不正性の判断について、「プログラムに対する信頼という観点から、より適切な利用方法等が採り得た」としつつも、「電子計算機による情報処理に与える影響の程度」等の要素を詳細に検討して、不正性の要件を充たさないとした判断は、「プログラムの動作が褒められた内容でないからアウト」といったような曖昧な検討を排除するものであり、ウェブサービスに携わる企業・エンジニアにとって参考になるものと考えられる。

(執筆) 弁護士 藤田 達郎

ハッシュタグにおける他者の登録商標の使用が商標権侵害にあたりと判断した事例 一大阪地判令和3年9月27日令和2年(ワ)第8061号

1. はじめに

(1) 本判決のポイント

本判決は、インターネット上のオンラインフリーマーケットサービス（以下「フリマサービス」という。）において、被告が、自身の出品する商品の紹介ページに他者の登録商標を含むハッシュタグ¹を表示させた事案において、当該ハッシュタグにおける当該登録商標の使用は、商標権侵害にあたりと判断したものである。



(2) 本稿で取り上げる論点等

他者の登録商標が含まれるハッシュタグは、当該ハッシュタグを付された特定の情報が当該登録商標に関連する情報であることを示すに過ぎず、商標登録に係る指定商品又は指定役務について当該登録商標を使用しておらず、商標の有する商品等の出所識別機能等を害していないとも考えられる。このため、ハッシュタグに他者の登録商標を表示する使用態様について、いわゆる商標的使用ないし「需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができる態様により使用」（商標法 26 条 1 項 6 号。以下同法は「法」という。）といえるのか問題となる。

本稿では、フリマサービスにて出品された商品の販売ページに、他者の登録商標を含むハッシュタグが付されていたという使用態様について、商標的使用に該当するかという点を主な論点として取り上げる。

2. 事案の概要

原告（X）は、指定商品をかばん類、袋物とする「シャルマントサック」の標準文字からなる商標について商標権（以下「本件商標権」という。）を有している。

被告（Y）は、フリマサービス「メルカリ」上に、Y がその製造に係る巾着型バッグ等の商品（以下「Y 商品」という。）を販売するために開設したウェブサイト（以下「被告サイト」という。）において、個別商品の紹介ページに「#シャルマントサック」等と表示したうえ、Y 商品を販売していた。

X は、Y に対し、Y が被告サイトにおいて表示した「#シャルマントサック」、「シャルマントサック」（以下それぞれ「被告標章 1」及び「被告標章 2」といい、併せて「被告標章」という。）が本件商標権に係る商標と同一ないし類似し、また、Y 商品が本件商標権の指定商品と同一であるとして、被告標章の表示行為の差止め（法 36 条 1 項。）を求めた（なお、損害賠償請求は行っていない）。

3. 判旨

まず、裁判所は、被告サイトにおける被告標章 1 の表示行為の目的や、需要者の当該表示に対する認識等について、以下のとおり述べた（下線は筆者）。

¹ 「ハッシュタグ」とは、ハッシュ記号（番号記号）「#」に続けて単語やフレーズ等のキーワードを記載した標識である。Twitter に代表されるウェブサービス等において、ユーザーの投稿コンテンツ（情報）にハッシュタグが付されると、ハッシュタグごとに当該情報が分類されるため、ユーザーが興味のあるトピックやトレンドを簡単に検索できるようになる機能である。

オンラインフリーマーケットサービスであるメルカリにおける具体的な取引状況をも考慮すると、記号部分「#」は、商品等に係る情報の検索の便に供する目的で、当該記号に引き続く文字列等に関する情報の所在場所であることを示す記号として理解される。このため、被告サイトにおける被告標章1の表示行為は、メルカリ利用者がメルカリに出品される商品等の中から「シャルmantサック」なる商品名ないしブランド名の商品等に係る情報を検索する便に供することにより、被告サイトへ当該利用者を誘導し、当該サイトに掲載された商品等の販売を促進する目的で行われるものといえる。このことは、メルカリにおけるハッシュタグの利用につき、「より広範囲なメルカリユーザーへ検索ヒットさせることができる」、「ハッシュタグ機能をメルカリ上で使うと使わないでは、商品閲覧数や売上げに大きく差が出ます」などとされていること……からもうかがわれる。

また、被告サイトにおける被告標章1の表示は、メルカリ利用者が検索等を通じて被告サイトの閲覧に至った段階で、当該利用者に認識されるものである。そうすると、当該利用者にとって、被告標章1の表示は、それが表示される被告サイト中に「シャルmantサック」なる商品名ないしブランド名の商品等に関する情報が所在することを認識することとなる。これには、「被告サイトに掲載されている商品が「シャルmantサック」なる商品名又はブランド名のものである」との認識も当然に含まれ得る。

また、「他方」として、被告サイトにおいて、商標的使用を否定する方向に働き得るその他の事情を考慮・検討しているが、当該事情を踏まえてもなお、商標的使用が認められると結論付けている。

他方、被告サイトにおいては、掲載商品がハンドメイド品であることが示されている。また、被告標章1が同じくハッシュタグによりタグ付けされた「ドットバッグ」等の文字列と並列的に上下に並べられ、かつ、一連のハッシュタグ付き表示の末尾に「好きの方にも…」などと付されて表示されている。これらの表示は、掲載商品が被告自ら製造するものであること、「シャルmantサック」、「ドットバッグ」等のタグ付けされた文字列により示される商品そのものではなくとも、これに関心を持つ利用者に推奨される商品であることを示すものとも理解し得る。しかし、これらの表示は、それ自体として被告標章1の表示により生じ得る「被告サイトに掲載されている商品が「シャルmantサック」なる商品名又はブランド名である」との認識を失わせるに足りるものではなく、これと両立し得る。

これらの事情を踏まえると、被告サイトにおける被告標章1の表示は、需要者にとって、出所識別標識及び自他商品識別標識としての機能を果たしているものと見られる。すなわち、被告標章1は、需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができる態様による使用すなわち商標的使用がされているものと認められる。

上記のとおり、被告サイトには、掲載商品がハンドメイド品であることのほか、被告標章のみならず、複数のハッシュタグが併記されており、当該一連のハッシュタグ付き表示の末尾に「好きの方にも…」などの表示があることから²、「これに関心を持つ利用者に推奨される商品であることを示すものとも理解し得る」としつつも、これらの表示では、「被告サイトに掲載されている商品が『シャルmantサック』なる商品名又はブランド名である」との認識を失わせるに足りるものではないと判断した。

² 被告サイトにおける表示の詳細については、裁判所ウェブサイトの本判決添付文書2 https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/606/090606_option2.pdf 参照。

4. 検討

(1) 従来の裁判例等

インターネット上においては、メタタグ³や検索連動型広告⁴等、様々な手段により需要者を自身のウェブサイトへ誘導する仕組みが存在するが、これらの仕組みにおいて他者の登録商標を使用した場合の商標権侵害が問題となった裁判例は複数存在する。

まず、メタタグの記述が問題となった裁判例では、検索結果表示画面において需要者が視認することを理由に商標権侵害を認める一方で⁵、キーワード・メタタグについては、需要者の知覚により認識されないことを理由に、商標権侵害を否定する裁判例がある（脚注5〔バイクシフター〕）。

なお、不正競争防止法2条1項1号に関する事例ではあるが、視認性のあるメタタグにおける表示であっても、商標が出所識別機能を果たしていないことから商標的使用を否定した裁判例も存在する⁶。

また、検索連動型広告に関する商標権侵害が問題となった裁判例では、商標の使用について詳細に判示した裁判例は見当たらないが、いずれも、検索連動型広告における他者の登録商標の使用が、商標的使用にあたることを前提とした判断を行っている⁷。

以上のとおり、裁判例の傾向からすれば、原則として需要者から見た視認性・認識可能性を基準として形式的に商標的使用を判断しつつ、視認可能な態様での使用であっても、出所識別機能を果たさない態様での使用は、商標的使用を否定される場合もあり得るということになる。

(2) 本判決について

本判決では、需要者の視認性、認識から出所識別機能を導き出しているという点で従来の裁判例と親和的であるが、ハッシュタグ特有の機能についても考慮している点に特徴がある。

また、一方で、被告から抗弁的に主張され、商標的使用を否定する方向に働き得る事情（前記3参照。）を検討し、上記に認められる被告標章1の表示に関する出所識別機能等を覆すものではないとしている。

ちなみに、本件では差止めの対象とされていないが、被告サイトには、「#シャルマントサック風」というハッシュタグも表示されていた。仮に、被告標章1の表示がなく、「#シャルマントサック風」のハッシュタグが「#ドットバッグ」等のハッシュタグや「好きの方に…」などといった表示とともに掲載されていた場合には、商標的使用が否定される可能性もあるのではないかと（脚注6〔タカギ〕、また、旧不正競争防止法1条1項1号（現在の2条1項1号）の事案であるが、東京高判昭和56.2.25

³ メタタグとは、ウェブサイトを構成するHTMLに記述される要素で、当該ウェブサイトを説明する様々な情報を記述するために用いられる。

メタタグのうち、タイトルタグやディスクリプション・メタタグに記述された情報は、検索エンジンの検索結果画面に表示されるため、利用者は当該情報を認識し得る。

他方で、キーワード・メタタグは、記述されたキーワードを検索エンジンに伝達するのみで、利用者があえて表示させる操作を行わない限り、検索結果画面には表示されない。

⁴ 検索連動型広告とは、検索エンジンの利用者が、予め広告主の設定したキーワードを検索した場合に、検索結果画面に表示される広告である。

⁵ 大阪地判平17.12.8判時1934号109頁〔クルマの110番〕、東京地判平27.1.29判時2249号86頁〔IKEA STORE〕、大阪地判平29.1.19判時2406号52頁〔バイクシフター〕等。

⁶ 東京地判平30・7・26平成29（ワ）第14637号〔タカギ〕。

本事案では、「タカギ」なる文字列の商標的使用が問題となり、ディスクリプション・メタタグにおいて「タカギに使用出来る取り付け互換性のある交換用カートリッジ（標準タイプ）」などとの表示があるものの、これは、「商品内容を説明する」文章であって、需要者は、当該「タカギ」との表示は、当該商品が対応する商品を示すものであると受け取り、当該商品自体の出所を表示するものであると受け取ることはないとして、商標的使用を否定した。

⁷ 検索連動型広告に関する裁判例につき、大阪地判平19.9.13平成18年（ワ）第7458号〔カリカセラビ〕、大阪高判平29.4.20判時2345号93頁〔石けん百貨〕等。

なお、石けん百貨事件の解説については、弊所ニュースレター Vol.20「IP/IT 時々刻々」
<https://www.uslf.jp/wp-content/uploads/2018/01/News-letter-Vol.20.pdf> 参照。

無体集 13 巻 1 号 134 頁〔香りのタイプ〕⁸も参照。ただし、単に「…風」や「…タイプ」とすれば商標法の規制を免れるのではなく、その他の事情も勘案して、出所識別機能を害さないことが重要である⁹。

5. おわりに

本件ではサービス運営者の責任は追及されなかったが、フリマサービスや EC モール等においては、脚注 7〔石けん百貨〕や知財高判平成 24.2.14 判時 2161 号 86 号〔Chupa Chups〕のように、利用者の行為について運営者の責任が問題となる可能性もあり、運営者としては、利用規約の整備、適切な削除対応等が求められる。

他方、本判決において、被告は、「パートタイム従業員としての勤務又は主婦業に従事しており、その余暇を利用して、趣味であるバッグを制作し販売していたにすぎず」と主張しているが、1 年以上にわたり複数の商品を継続して販売していたことから「業として」の商標的使用が認められている。

以上のとおり、本判決は、サービス運営者・利用者いずれの立場からも判断の拠り所となり得るため、注目される。

(執筆) 弁護士 根岸 秀羽

⁸ 自社製品の商品名と、「この香りのタイプは世界の名香で言えば……」との文言を記載し、自社製品のラインナップと著名な他者の商標とを比較する広告を用いた訪問販売が行われていた事案では、混同のおそれを否定した。

⁹ 東京地判平成 5.3.24 判時 1457 号 137 頁〔シャネル No.5〕では、脚注 8〔香りのタイプ〕と対照的に、自社製品に「シャネル No.5 タイプ」と記載されていた事案では、商標権侵害が肯定されており、事案ごとの個別検討が必要であると考えられる。

活動

【和田 祐造 弁護士】	日本弁理士会の倫理集合研修にて講師をいたしました。(3/5、3/26)
【永島 太郎 弁護士】	第18回日本獣医内科学アカデミー学術大会にて講演をいたしました。(2/18～3/21) 「獣医師が知っておくべき著作権法の基礎知識 ～他人の論文を無断でコピーできるのか?～」
【高橋 正憲 弁護士】	令和3年度鹿児島県次世代ベンチャー創出支援事業の一環として開催された、株式会社リバネス主催の「リアルテックスクール in 鹿児島」にて講師をいたしました。(3/20) 「スタートアップのための法務・知財戦略」
【鯨島 正洋 弁護士】	特許庁 IP BASE 主催の「IP ナレッジカンファレンス for Startup 2022」にて IP Base Award 審査委員長として授賞式及びパネルディスカッションに登壇いたしました。(3/18)
【鯨島・阿久津 弁護士】	特許ニュース令和4年3月号16日号・17日号（一般財団法人経済産業調査会）に、執筆記事が掲載されました。 「コーポレートガバナンス・コードに基づく知財戦略の戦略的開示 [上] [下]」
【永島 太郎 弁護士】	株式会社情報機構主催のオンラインセミナーにて講師をいたしました。(3/16) 「＜特許庁・経産省が公開している＞「モデル契約書 ver1.0（新素材編・AI編）」の要点整理とその活用方法・契約上の留意点」
【鯨島 正洋 弁護士】	鳥取大学主催の知財戦略セミナーにて講師をいたしました。(3/11) 「国立大学における特許及びその戦略の必要性（論文発表ではダメな理由）」
【高橋 正憲 弁護士】	とちぎ次世代産業創出・育成コンソーシアム主催の「リアルテックスクール in とちぎ」にて講師をいたしました。(3/10)
【藤田 達郎 弁護士】	東京圏雇用労働相談センター主催のセミナーにて、講師をいたしました。(3/10) 「Basic knowledge of Japanese labor law rules on harassment issues, including recent legal reform」
【鯨島 正洋 弁護士】	渋谷区主催の「Shibuya Foodloss Challenge」の最終ピッチにて審査委員を務めました。(3/5)
【鯨島 正洋 弁護士】	株式会社リバネス主催の「超異分野学会東京大会 2022」にて、パネリストとして登壇いたしました。(3/4) 「研究開発型ベンチャーの必修科目「攻めの知識戦略」
【鯨島 正洋 弁護士】	特許庁主催の「I-OPEN PROJECT 21 フォーラム」にて、専門家委員として登壇いたしました。(3/3)
【高橋 正憲 弁護士】	THE INDEPENDENTS 2022 年3月号に連載記事が掲載されました。(3/1) 「知的財産判例に学ぶ企業活動（44） 施術履歴の「秘密情報」該当性が否定された事例 知財高裁令和元年8月7日判決〔マツエクサロン事件〕その1」
【藤田 達郎 弁護士】	ジェトロ東京主催の海外展開支援ウェビナーにて司会兼モデレーターをいたしました。(2/21) 「中小企業の海外進出 一冒認商標・模倣品対策の観点から」
【篠田 淳郎 弁護士】	株式会社 R&D 支援センター主催の WEB セミナーにて講演いたしました。(2/21) 「共同研究契約等の契約実務の基礎とトラブル防止策【LIVE 配信】」
【鯨島・高橋・杉尾 弁護士】	一般財団法人 経済産業調査会主催のオンライン知的財産セミナーにて、講師をいたしました。(2/18) 「オープンイノベーションを成功に導く技術法務」

【藤田達郎 弁護士】	日本弁理士会関東会主催の研修会にて講師をいたしました。(2/8) 「大企業との取引時に技術ノウハウ等をいかに守るか。～中小企業やベンチャー企業を支援する弁理士に期待されること～」
【柳下彰彦 弁護士】	Asia Startup Office MONO 主催、江東区後援の創業支援セミナー第四回にて講師をいたしました。(2/5) 「事業を成功に導くために、押さえておきたい契約、知的財産権、法務の話」
【永島太郎 弁護士】	日本弁理士会関東会主催研修会にて講師をいたしました。(2/4) 「中小企業がB to B取引で留意すべき知財契約の落とし穴」
【鯨島正洋 弁護士】	かわさき新産業創造センター共同事業体主催の「新川崎ベンチャー大賞最終選考会」にて、審査委員長を務めました。(2/2)
【高瀬亜富 弁護士】	「意匠法コンメンタール〔新版〕」(発行元：勁草書房)に執筆いたしました。(共著) (2/1)
【藤田達郎 弁護士】	東京圏雇用労働相談センター主催のセミナーにて、講師をいたしました。(1/28) 「Points to keep in mind of hiring, changing conditions of employment, and resigning from permanent and fixed-term contract employment.」
【篠田淳郎 弁護士】	国立研究開発法人日本医療研究開発機構【AMED】主催の「医療分野の成果導出に向けた研修セミナー：成果導出・基礎コース」にて講師をいたしました。(1/21) 「企業への導出契約に係る基礎及び留意点」
【杉尾雄一 弁護士】	中部経済産業局主催の「ニッチトップ企業になるための知財戦略セミナー」にて講師をいたしました。(1/20) 「ニッチトップ企業になるための知財戦略」
【高橋正憲 弁護士】	大阪イノベーションハブ・大阪産業局主催のスタートアップ・イニシャルプログラム OSAKA にて、セミナー講師をいたしました。(1/19) 「スタートアップ企業の知財戦略」
【藤田達郎 弁護士】	東京弁護士会主催の「中小企業法律支援ゼネラリスト養成講座」にて講師をいたしました。(1/18) 「スタートアップ・中小企業における知財戦略」
【丸山真幸 弁護士】	東京都知的財産総合センター主催セミナーにて講師をいたしました。(12/24、1/12) 「知財係争事例セミナー」
【高橋正憲 弁護士】	日刊工業新聞にインタビュー記事が掲載されました。(1/4) 「展望 2022 スタートアップ 大企業と協業、どう生かす」

「技術法務で、日本の競争力に貢献する」

それが我々の存在意義です。

内田・鯨島法律事務所(USLF)は、知財法務を含む技術系企業のための企業法務の専門家グループです。IT、エレクトロニクス、材料工学などのテクノロジーに関する専門知識だけでなく、知財実務・IT実務・ファイナンス法務など多岐にわたる法務経験を兼ね備えた弁護士が、「技術」の本質的理解を基に法律論にとどまらないビジネス的な見地からのアドバイスをいたします。知財系、IT系の法律問題は、私たちにお任せください。

