タグの記載が商標使用に該当することおよび商標法38条２項の推定を覆滅する事由について判示した事例

―ブロマガ事件―

知財高判令和２年３月19日令和元年（ネ）第10049号（金商1597号８頁）

西南学院大学法学部法律学科 教授　原 謙一

◆事案の概要

１　第１事件原告（第２事件被告）

Ｘはインターネット上でのブログや動画配信サイトの運営等を主な業務とする米国法人であり、インターネットにおけるブログのためのサーバー記憶領域の貸与を含む多数の役務を指定役務とする「ブロマガ／ BlogMaga」（２段書きのもの）等の甲商標に係る商標権を有する。

Ｘは平成16年４月に「Ｘブログ」との名称で、ユーザーがウェブサイト上にブログを開設し、ウェブページの入力フォームを使用してブログ記事を作成、ウェブサイト上に投稿するためのプラットフォームを提供するとともに、他のユーザーもその記事を閲覧することができるサービスを開始した。

その後、Ｘは平成21年１月20日に「ブロマガ」との名称で、ユーザーがＸブログで作成したブログ記事に一定の設定をすることで、当該記事に対する購読料を支払った者が当該ブログ記事を閲覧できる機能の提供を開始し、同日以降、ウェブサイト等において、同機能の表示として「ブロマガ」なる甲標章を使用している（商標出願は平成24年９月13日、登録は平成25年10月11日）。

２　第２事件原告（第１事件被告）

対して、Ｙはコンテンツの企画・製作等を目的とする株式会社であり、電子出版物の提供等を指定役務とする「ブロマガ」（標準文字）という乙商標に係る商標権を有し（商標出願は平成24年９月27日、登録は平成25年９月20日）、「niconico」との名称で、インターネット上で動画等のコンテンツ配信等のサービスを提供している（以下、Ｙが提供する上記サービスを併せて「ニコニコ」とする）。

Ｙは平成24年８月21日、企業・著名人等がＹと契約してチャンネルを開設し動画等のコンテンツを配信するサービスである「ニコニコチャンネル」において、この契約者がメールマガジンまたは電子書籍形式の記事コンテンツの投稿・配信を行い、ユーザーが記事コンテンツをウェブサイトで閲覧したり、配信を受けたりすることができる「CHブロマガ」サービスを提供し、サイトにおける同サービスの表示として、「ブロマガ」なる乙標章を使用している。

また、Ｙは、平成25年１月23日よりニコニコに対して会費を支払った会員（以下、プレミアム会員）がウェブサイト上にブログを開設し、ウェブの入力フォームを使用してブログ記事を作成して、ウェブサイト上に記事を投稿するプラットフォームを提供開始した。このブログ記事はメールマガジンまたは電子書籍形式の記事コンテンツとして投稿・配信することができる。これは、ユーザーが記事コンテンツをウェブサイトで閲覧したり、その配信を受けたりすることも可能であり、「ユーザーブロマガ」サービスと呼ばれ、同サイトにおける同サービスの表示として、Ｙは乙標章を使用した。

なお、Ｙは平成24年８月21日以降、サイトのHTMLファイルへ記載された記述メタタグ※1にも乙標章を使用している。

３　当事者の請求および原審の判断

第１事件では、ＸがＹによる乙標章の使用が商標権侵害および不正競争行為に当たると主張して、Ｙに対し不正競争防止法３条１項に基づき、ＹのウェブサイトおよびＹウェブサイトのメタタグにおける乙標章の使用の差止めを求めるとともに、民法709条、商標法38条２項、３項および不正競争防止法５条３項に基づき、損害賠償および遅延損害金の請求を

行った。対して、第２事件では、乙商標の商標権者であるＹが、Ｘによる甲標章の使用が商標権侵害に当たると主張して、Ｘに対し商標法36条に基づき、Ｘウェブサイトにおける甲標章の使用の差止めおよび削除を求めるとともに、民法709条および商標法38条２項、３項に基づき、損害賠償および遅延損害金を請求した。なお、第１・第２事件を通じて、乙標章が甲商標と類似することおよび甲標章が乙商標と類似することは、当事者間に争いがない。

原審である東京地判令和元年５月23日（金商1597号23頁）は、第１事件で商標権侵害による損害賠償請求を一部認め、第２事件で甲標章の使用差止め・削除のほか、損害賠償請求を一部認めたので、ＸＹが敗訴部分につき控訴した。

◆判旨－第１事件：控訴棄却、第２事件：原判決変更控訴一部認容・一部棄却－※2

【第１事件】

１　商標権の侵害について

知財高裁は、Ｙのユーザーブロマガにつき、ユーザーの記事作成およびアップロードの際、Ｙのサーバーにおける記憶領域にデータを保存すると評価し、同ブログサービスが甲商標の指定役務であるインターネットにおけるブログのためのサーバーの記憶領域の貸与に類似すると述べた。

また、Ｙによる商標法２条３項７号に該当する乙標章の使用について判断を示したほか、同項８号の使用の問題として、以下を述べる。すなわち、まず検索エンジンの検索結果に表示されるウェブの説明は広告に該当し、「その説明が表示されるようにHTMLファイルにメタタグを記載することは役務に関する広告を内容とする情報を電磁的方法により提供する行為」であると述べた。そのうえで、「Ｙは、乙標章を、ニコニコのウェブサイトのトップページのHTMLソースコードの記述メタタグに記載していることは当事者間に争いがなく、乙標章は、ニコニコのHTMLファイルにメタタグとして記載された結果、検索エンジンの検索結果において、ウェブサイトの内容の説明文ないし概要やホームページタイトルとして表示され、これらがニコニコのウェブサイトにおける、ブログ開設及びブログ記事作成、投稿機能を含む各種サービスの出所等を表示し、インターネットユーザーの目に触れることにより、顧客がニコニコのウェブサイトにアクセスするよう誘引するのであるから、Ｙによる乙標章のメタタグとしての使用は役務の出所識別機能を果たす態様で使用されているといえる」と判断している。

以上から、「Ｙによる乙標章の使用は甲商標の商標権を侵害する態様での使用である」とされた。なお、Ｙから先使用権の抗弁が出されたが、乙標章は「商標法32条１項にいう需要者の間に広く認識されていた標章であったと認めるに足りない」と否定され、また同様の理由で商標法４条１項10号の該当性も否定されて無効の抗弁も認められなかった（なお、Ｙによる正当な権利行使の抗弁も否定されている）。

２　損害について

次に、Ｙの商標権侵害による損害の発生を前提に、その額の算定に商標法38条２項を適用するにあたり「平成25年11月１日から平成28年９月末日までに、ニコニコの会員から得た会員費（プレミアム会員費）……を支払った者のうち極めて多くの者は、そもそもブログの開設に関する役務を利用していないことに照らせば、Ｙが得た上記利益のうち、上記役務に関して乙標章を付したことによる利益といえる部分は相当に限られる」などと述べ、乙標章を付したことにより得た利益は相当程度限定されたものと判断され、Ｙが乙標章を使用したことによって生じたＸの損害額は、656万5554円と算定された（商標法38条３項に基づく損害は、以上の額を超えるものとは認められないとして否定された）。

３　結論

以上より、ＸはＹに対する民法709条および商標法38条２項に基づく損害賠償および遅延損害金の請求を認められた。なお、Ｘは不正競争防止法５条３項に基づく請求も行っているが、「甲標章がＸのブログサービスを表示するものとして、需要者の間で広く認識されている」（同法２条１項１号）とはいえないとして否定された。

【第２事件】

１　商標権の侵害について

Ｘのブロマガは、有料で記事閲覧・配信を行い、電子出版物の提供または通信ネットワークを利用した電子書籍および電子定期刊行物の提供（Ｙの指定役務）に類似した役務を提供し、電子記事販売の際に甲標章を使用した以上、「電磁的方法により行う映像面を介したこの役務の提供に当たり、映像面に乙商標と類似する甲標章が付されていた」と判断され、Ｘによる商標的使用が認められている。

以上に対してXから主張された先使用権の抗弁については、「甲標章が需要者の間で広く認識されていると認めることはできない」という理由で否定された（同じ論理で乙商標に商標法４条１項10号および15号の無効事由があるとは認められず、Xからの無効の抗弁もYの権利濫用も否定された）。

２　損害について

次に、Xの商標権侵害による損害額の算定に商標法38条２項を適用する際、「侵害者が得た利益と商標権者が受けた損害との相当因果関係を阻害する事情が」推定の覆滅事由であるとし、「例えば、商標権者と侵害者の業務態様等に相違が存在すること（市場の非同一性）、市場における競合品・競合サービスの存在、侵害者の営業努力（ブランド力、宣伝広告）、侵害品･侵害サービスの性能（機能、デザイン、サービス内容等商標以外の特徴）などの事情」を覆滅の事情として考慮できると述べた。

そして、XYのサービスはブログ記事を配信する点で共通するが、具体的内容には少なからず相違があり、Xが提供するXブログには400万人を超えるユーザーが存在し、その配信機能ゆえに当該サービスを利用したユーザーも多いと認められ、Xにおけるブロマガの配信サービスの売り上げは、ブログ投稿者の知名度や記事内容の貢献度も高いと判断された。

これらの事情から、甲標章がXにおける配信サービスの利益すべてに貢献しているとはいえず、同サービスによる「利益の全額をYの逸失利益と認めるのは相当でなく、同サービスにおいては、商標法38条２項における事実上の推定が一部覆滅される」と判断され、覆滅の程度は全体の約96％とされた（なお、商標法38条３項の損害額は同条２項の損害額を上回らないとされた）。

３　結論

以上から、YはXに対する商標法36条に基づく甲サイトにおける甲標章の使用の差止め・削除および民法709条・商標法38条２項に基づく損害賠償等の額の変更を認められた。

◆評釈－結論賛成（ただし課題あり）－

１　タグの記載と商標権侵害

（１）問題の所在と本判決の意義

本判決では、乙標章がYのウェブサイトのソースコードに含まれるタグに記載され、検索サイトの結果として、あるいは、Yサイトの名称として表示された。そこで、標章がタグに用いられた場合、それが「人の知覚によって認識することができる」はずの「標章」（商標法２条１項）を「使用」（同条３項８号）したといえ、侵害となるかが問題となった。

タグとは、注１で述べたように、HTMLファイルの情報をウェブサイトに反映するコードである。そのうち、タイトルタグおよびディスクリプションメタタグを対象とする本判決は、これらのタグ内部に標章が記載され、サイト等に表示されることで人の目に触れたならば、標章の使用に該当するとの判断を示し、商標権侵害を認めている。これは、従来の下級審裁判例および一部学説も結論を共有する「視認性」を前提とする判断であり、従来の裁判例が示した基準を強固に定着させる意義を有する（ただし、一定の課題は残るので後述）。

（２）関連する裁判例

ｉ）大阪地判平成17年12月８日（判時1934号109頁）【判例①】　本判決に関連する裁判例として、Xが「中古車（くるま）の110番（ヒャクトーバン）」の登録商標につき商標権者であり、Yが自社のウェブサイトのディスクリプションメタタグに「クルマの110番」との記載を行い、同サイトを検索サイトの結果一覧に表示する際、「クルマの110番」との標章をも表示させた事案がある。Xが商標権の侵害を主張してYに損害賠償を請求したところ、判例①では、Yがタグを通じて検索サイトに「クルマの110番」を表示したことは、Yの役務に関する広告を内容とする情報に標章を付して電磁的方法で提供したもので、標章の商標的使用に該当すると判断され、Xの請求が認められた。これは、標章の「表示」を前提としており、商標的使用を判断する際、実質的に視認を考慮したものと評価できる※3。

ただ、Yが用いたものはディスクリプションメタタグであり、「クルマの110番」はYのサイトではなく検索サイトの結果にのみ表示される。これは出所識別機能を害するものでなく、Yサイトでの注文時の誤認混同はないと指摘するYの主張につき、判例①は「インターネットの検索サイトにおけるページの説明文の内容と、そこからリンクされたページの内容が全く異なるものであるような場合はともかく、ページの説明文に存在する標章が、リンクされたページに表示されなかったとしても、それだけで、出所識別機能が害されない」とはいえないと判断した。つまり、判例①は検索結果とそのリンク先ページの内容に共通項があることを前提に、検索結果でのみ標章が表示されても出所識別機能が害される余地を

認め、注文時に誤認混同が生じないとのＹ主張を否定し、最終的な購買時の混同を問題とする判断といえる[※4]。

ⅱ）東京地判平成27年１月29日（判時2249号86頁）【判例②】 次に、「IKEA」および「イケア」の商標を有するＸが、Ｙのウェブサイトのタイトルタグおよびディスクリプションメタタグ内で「【IKEA STORE】」「イケア通販」などの標章を用いられたことで、検索サイトにおいて「IKEA」「イケア」と検索されると、Ｙサイトのタイトルタグおよびディスクリプションメタタグどおりの内容が表示されることを商標権の侵害と主張し、Ｙに対してタグの使用差止めおよび除去等を請求した事案がある。

判例②では、Ｙサイトの広告を表示するため、タグに標章を用いて検索サイトの結果に表示させることはＹの役務に関する広告情報を電磁的方法で提供する行為であり、かつ、Ｙの出所等を表示してユーザーの目に触れさせることでＹのサイトに誘引するものと判断され、このようなタグの使用は商標的使用であるとして、Ｘの請求が認められた。

これは標章の「表示」を商標的使用の前提とする点で判例①を確認する類似判断といえる[※5]。しかし、判例②の表現を見ると、標章がユーザーの目に触れることで誘引が起こると述べており（なお、この表現は本判決も用いている）、視認に関する判断がより具体的となり、また、タイトルタグをも対象とする事案という点で、判例①と違いを生じる。

ⅲ）大阪地判平成29年１月19日（判時2406号52頁）【判例③】 以上を前提に視認性を明言するものとして、判例③がある。これは「バイクリフター」および「BIKE LIFTER」の文字列による商標権を有するＸが、「バイクシフター」および「bike shifter」の文字列からなる標章を自己のウェブサイト上の商品説明やショッピングサイト上で商品写真と共に表示するＹを被告とした事案である。ＹはHTMLファイルのタイトルタグ、ディスクリプションメタタグおよびキーワードメタタグに前記標章を用いており、これに対し、Ｘが商標法36条２項等に基づき、ウェブサイト上の説明やタグの削除等を請求している。

判例③は、ディスクリプションメタタグないしタイトルタグとしての標章の使用は「それにより当該サイトで取り扱われているＹ商品の出所を表示するものであるから、Ｙ商品についての商標的使用に当たる」とし、また「ディスクリプションメタタグないしタイトルタグの記載は、それと同一の記載内容が自動的に検索結果画面上に表示され、広告の内容として需要者に視認されるに至るのであるから」、これらのタグに「標章を記載する行為は、それを需要者に視認させる行為と同視することができる」と述べ、判例①・②を踏襲した。

しかし、判例③は「キーワードメタタグは、Ｙのウェブサイトを検索結果としてヒットさせる機能を有するにすぎず、ブラウザの表示からソース機能をクリックするなど、需要者が意識的に所定の操作をして初めて視認されるものであり、これら操作がない場合には、検索結果の表示画面のＹウェブサイトの欄にそのキーワードが表示され」ないと述べ、「キーワードメタタグにおけるＸ商標の使用は、表示される検索結果たるＹのウェブサイトの広告の内容自体において、Ｘ商標が知覚により認識される態様で使用されているものではないから、商標法２条３項８号所定の使用行為に当たらない」と判断した。

こうして判例③はＹの商標権侵害を一部のみ認容したが、これは、ディスクリプションメタタグやタイトルタグがサイト上に表示され、商標的に使用されていることを認める点で判例①・②と類似する。しかし、キーワードメタタグは他のタグと異なり、検索結果または当該サイトに表示されず、その視認性が低いとして、商標法２条３項８号所定の使用がないと述べる点で、判例①・②との違いがある。

ⅳ）判例③に至り、ア）視認性を有するタグにおける標章の記載は商標的使用となる可能性があり、逆に、イ）視認性が乏しいタグへの標章の記載は商標的使用につながらないとの区別が極めて明確になった。本判決はディスクリプションメタタグやタイトルタグの商標的使用を肯定した事例であり、判例③が踏襲する判例①・②と同種の論理（特に判例②の表現）を採用するため、下級審レベルで前記ア）の判断枠組みが定着していることを示す一事例を追加したといえる。

（３）学説の対立

ⅰ）視認性を前提とする見解　前記判例①～③と同様に、学説では、標章の視認性を欠く場合、商標との関係が希薄になり、商標法の適用に困難が伴うとする見解がある[※6]。この立場からは、視認性のないキーワードメタタグとして標章を用いることは商標的使用にならないように思われる。ただ、完成品に組み込まれた部品に付された標章が流通過程で視認可能性があると評価されて識別機能を保持すると述べた最決平成12年２月24日（刑集54巻２号67頁、SHARP事件）に沿って考えると、ウェブサイトのソースから閲覧可能なキー

ワードメタタグへの標章記載は視認可能と評価する見解もある[※7]。対して、HTMLのソースを開かなければ視認できない（非日常の行為等に至らない限り表示されない）のであり、視認性はないと評価すべきだとの指摘もある[※8]。

ⅱ）視認性以外の視点から判断する見解　前記ⅰ）からわかるように、視認性という観点からでさえキーワードメタタグに対する評価は多様であり、この問題をむしろ他の視点から分析しようとする見解も登場する。例えばタグ自体が出所表示機能を果たし、指定商品・役務と同一あるいは類似ならば侵害となる可能性があるとし、その前提として、需要者の最初の関心を引く混同があれば、実際の販売に至らなくても侵害を認めるとの米国の判例法理（購買前の混同の法理）に言及する見解がある[※9]。

しかし、同法理は日本と異なる混同概念（真に求めるサイトと異なるサイトにアクセスしたという意味での混同）を前提とするものである。そのため、この法理は日本で定着しているとはいえない[※10]。また、購買前に誤ったサイトであると気づけば、ユーザーはただちにサイトを探し直すことができるため、購買前の混同を持ち出す必要性は低い[※11]。こうして、視認性の有無に拘泥せず、ユーザーが検索した際に表示されるサイト内容なども考慮し、出所の混同や使用の有無を判断する見解も登場している[※12]。

そのほかにも、視認性のみによる判断をしないとの見解は多く[※13]、なかでもメタタグによりどのような出所の混同が惹起（じゃっき）されるのかを見るべきであり、その過程で先述の購買前の混同の法理を限定的に用いる（これをあらゆる場面で用いることはできない）と述べる見解も登場している[※14]。

ⅲ）もっとも、現実的に視認性があるディスクリプションメタタグについては、視認される表示に即して商標的使用を検討すればよく、学説でも商標的使用を認める見解が有力であるといわれている[※15]。問題は全く視認性がない事案であって、このような事案について判断が分かれる[※16]。

（4）若干の検討

前記のように、裁判例は視認性の存在を考慮要素としている。そして、前記学説のうち、視認性以外を考慮する見解も、タグにおける標章が視認可能なケースでは、商標的使用を肯定するものが有力であった。そうであれば、学説もタグに視認性があるケースで商標的使用を認める裁判例と一定の重なり合いを有する。よって、タグの記載における商標権侵害の問題は、実務上本判決も採用する枠組み〈前記（2）－ⅳ〉で解決される可能性は高く、そこに一定の合理性はあろう。

ただ、近時、検索者を引き寄せるメタタグの効果に疑問が呈されるなか[※17]、むしろ、NFT（非代替性トークン[※18]）の利用やメタバース（仮想空間）での取引において、視認できない情報（ネットワーク上のプログラムコード）の商標使用が活発化した場合、これらをタグと同じコード内の問題として下級審の醸成した前記枠組みで判断するか、学説が指摘する視認性以外の視点〈前記（3）－ⅱ〉で判断すべきか、本判決の射程外だが、同種問題を視野に入れた枠組みの設定が課題となる。

2　損害の推定と覆滅

（1）本判決の意義

本判決の第２事件では、Ｙからの損害賠償請求に対して商標法38条２項を適用し、その際、特許法102条２項に関する知財高判令和元年６月７日（判時2430号34頁）と同様の事情を考慮し、推定の覆滅を認めた。この判断は商標法38条２項に関してこれまで実質的に指摘されてきたところではあるものの、本判決は特許法に関する裁判例にならって、商標法38条２項の推定に対する覆滅の判断枠組みを従来よりも精緻化・明確化した点で、一定の意義がある。

（2）本判決の判断

商標法38条２項は商標権者の逸失利益を推定する規定である以上、侵害者の側で自己の利益が商標の顧客吸引力によらないことを主張・立証すれば推定を覆す余地があると指摘されてきた[※19]。ただ、推定の覆滅事由に明文規定は存在せず、本判決は【第２事件・判旨】の２で①市場の非同一性、②競合サービスの存在、③侵害者の営業努力および④侵害サービスの機能・内容等で商標以外の特徴などを覆滅事由と述べる。

もっとも、本判決以前も商標法に関する学説において、代替品の市中への普及や侵害者の営業努力のほか、侵害品の品質や価格等の事情が覆滅事由といわれ[※20]、本判決の述べる覆滅事由②～④に対応する指摘がなされてきた。

また、東京地判平成29年３月23日（裁判所ウェブサイト、極真事件）は、被告らの道場で原告の商標出願より前から標章を継続使用しており、また、被告らの道場以外にも当該商標を含む名称の空手道場が多数存在するなかで、道場選択は、場所、指導者・門下生の実績や雰囲気および指導者等の情報

が考慮されるとして、被告らの道場の指導者や門下生がマスメディアにしばしば登場し、被告らが県内で信用を築いていたことに鑑み、９割以上の覆滅を認めている。これは実質的に本判決が述べる覆滅事由②～④に対応する判断といえる。

なお、本判決が述べた前記①の市場の非同一性から覆滅を認める東京地判平成14年２月14日（判タ1126号268頁、AZTECA事件）も存在する。

さらに、前記令和元年判決が特許法102条２項等に関して本判決の述べる前記①～④と同様の覆滅事由を提示しているところ、商標法38条が特許法改正に伴って修正を受けてきた経緯に鑑みれば[※21]、令和元年判決を38条２項との関係で参照することは妥当といえる。

以上より本判決の判断枠組み[※22]は、従来から商標法分野で実質的に指摘されてきた覆滅事由を、特許法分野における裁判例の影響を受けて精緻化・明確化したといえ、今後の実務でも正当性を有するものとして利用されると思われる。

（本研究はJSPS科研費 JP 19K13583の助成を受けた研究成果の一部である）

（はら けんいち）

※１）タグとは自己のウェブサイト情報を構成するHTMLファイルに記載し、そのファイル情報を同サイトや検索エンジンに反映するソースコードをなすものである。その種類は①タイトルタグ（検索エンジンの検索結果や自己のサイトにサイトのタイトルとして表示される）、②ディスクリプションメタタグ（記述メタタグとも呼ばれ、検索エンジンの検索結果に自己のサイトの説明文として表示される）および③キーワードメタタグ（検索結果にも自己のサイトにも表示されず、当該サイトのソースコードを見た場合にのみ閲覧できる）があり、明示はないが、本件は①も含む。

※２）紙幅の関係で適宜判旨を要約し、判旨の表題は筆者が付した。また、評釈は商標法の主たる問題点に絞った。

※３）判例①が視認性を前提として商標的使用を肯定できた事案と述べるものとして、上沼紫野「判批」Lexis判例速報10号（2006年）124頁を参照。

※４）この評価を示すものとして、島並良「htmlファイルのメタタグへの記述と商標としての使用」『最新判例知財法：小松陽一郎先生還暦記念論文集』（青林書院、2008年）372頁および田村善之『ライブ講義 知的財産法』（弘文堂、2012年）187頁を参照。

※５）諏訪野大「判研」法学研究88巻12号（2015年）138頁、泉克幸「判批」重判平成27年度ジュリ臨時増刊1492号（2016年）271頁および小林十四雄ほか編集代表『商標の法律実務』（中央経済社、2023年）300頁［大谷寛］を参照。

※６）青木博通「『商標の使用』とネット上の商標権侵害」パテント54巻11号（2001年）26頁を参照。

※７）土肥一史「ネットワーク社会と商標」ジュリスト1227号（2002年）30頁を参照。

※８）板倉集一「判批」判評577号（2007年）38頁を参照。

※９）川崎信夫「新しい時代における知的財産保護のための不正競争防止法のあり方に関する調査研究」知財研紀要11巻（2002年）50～51頁を参照。

※10）なお、判例①は、購買前の混同の法理を採用するものというより購買時まで混同行為が残存していた事例であり、この法理が日本に定着する土壌を欠くと述べるものとして、前掲注４・田村186～187頁を参照。同種の結論を示すものとして、小嶋崇弘「判研」知的財産法政策学研究21巻（2008年）310～311頁も参照。

※11）青江秀史＝茶園成樹「インターネットと知的財産法」高橋和之ほか編『インターネットと法［第４版］』（有斐閣、2010年）316頁を参照。

※12）前掲注11・青江＝茶園314～315頁を参照。同種の結論を採用するものとして、安田和史「他人の商標をメタタグや検索連動広告で使用する行為」日本大学知財ジャーナル10巻（2017年）74頁を参照。

※13）佐藤恵太「判研」中央ロー・ジャーナル４巻１号（2007年）117～118頁の注７、前掲注４・島並373頁、外川英明「インターネット上における商標的使用―商標の使用と権利侵害―」日本工業所有権法学会年報37号（2013年）122頁および小野昌延ほか『新・商標法概説［第３版］』（青林書院、2021年）33頁を参照。

※14）宮脇正晴「メタタグと『商標としての使用』」パテント62巻４号（2009年）181～182頁を参照。

※15）宮脇正晴「インターネット上の著名商標保護―商標的使用の問題を中心に―」パテント72巻４号（2019年）162頁を参照。

※16）例えば、前掲注４・島並373頁、前掲注11・青江＝茶園314～315頁および前掲注13・外川122頁は、視認性がない事案でも商標的使用を肯定し、逆に、前掲注14・宮脇183頁、潮海久雄「判批」茶園成樹ほか編『商標・意匠・不正競争判例百選［第２版］』（有斐閣、2020年）59頁および前掲注５・小林ほか編集代表76頁［矢倉雄太］は否定的である。なお、視認性を前提としながら、リンク先の事情等も加味し、視認性のないタグの利用につき（一定の例外を除いて）否定的な結論を示すものとして、金子敏哉「メタタグ・検索連動型広告における商標の使用」『知的財産に関する日中共同研究報告書』（知的財産研究教育財団、2021年）225頁および田村善之編『知財とパブリック・ドメイン 第３巻：不正競争防止法・商標法篇』（勁草書房、2023年）［金子敏哉］307～308頁を参照。

※17）駒田泰土「インターネットと知的財産法」松井茂記ほか編『インターネット法』（有斐閣、2015年）267頁を参照。

※18）NFTに関しては、原謙一「日本及びフランスにおけるNFT（非代替性トークン）の法的性質」横浜法学31巻１号（2022年）251～263頁を参照。

※19）小野昌延ほか編『新・注解　商標法【下巻】』（青林書院、2016年）1177頁［松村信夫］および金井重彦ほか編『商標法コンメンタール』（レクシスネクシス・ジャパン、2015年）601頁［江幡奈歩・中村閑］を参照。

※20）前掲注19・小野ほか編1178頁［松村］および前掲注19・金井ほか編601頁［江幡・中村］を参照。

※21）金井重彦ほか編『商標法コンメンタール［新版］』（勁草書房、2022年）654頁［江幡奈歩・中村閑］を参照。

※22）この枠組みが示す要素に加え、最判平成９年３月11日（民集51巻3号1055頁、小僧寿し事件）から識別力等も考慮する前掲注５・小林ほか編集代表71頁［井上周一］もある。