

知的財産権侵害の媒介者の責任に関する 国際私法上の問題

Private International Law on the liability of intermediary in Intellectual Property Rights infringement

潮海久雄*
Hisao SHIOMI

抄録 インターネット上の知的財産権侵害のプラットフォームの責任について、CLIP 原則は保護国法の原則を修正する提案をした。その適用範囲、ユビキタス侵害との関係、中立性や De minimis rule 等の実質法判断との関係を検討する。

1. 問題の所在

(1) 本稿の目的

本稿は、欧米の議論を参照しつつ、知的財産権侵害の媒介者 (intermediary) の責任について、国際私法上の問題を検討する。近時、実質法レベルで、知的財産権の直接侵害者以外の第三者である媒介者の責任が、問題となっている。特許権の間接侵害以外の、インターネットにおける商標権侵害 (eBay などのオークションサイト¹、検索キーワード広告²)、著作権の侵害主体の事例 (P2P ソフトの事例³、テレビ視聴サービス⁴、プロバイダ⁵、検索エンジンなど⁶) が、世界中で急増している。

(なお、本稿では、知的財産権を保有する者 (商標権者等) を X、媒介者を Y、直接侵害者を A とする)。

そのような媒介者の中でも、とりわけ、サービス・プロバイダなどのプラットフォームの事例では、A による大量の侵害行為がなされており、X (商標権者) の立場からは、A を個別に訴えたり

執行することが困難なため、Y に、A による侵害の監督責任を負わせたいという要請が強い⁷。その反面、Y は商品を含めた情報を仲介し、世界中に伝達する役割を担うものとして、情報化社会において重要な役割を果たしている。とくに、Y においては、技術とビジネスモデルが相互に働きあいながら発達し⁸、Y に過度の責任を負わせると、これらの発展に弊害が生じる⁹。

本稿が、その国際私法上の問題を検討する理由は次のとおりである。

第 1 に、近時欧州のマックスプランク研究所により提案された CLIP 原則¹⁰および、アメリカ法律協会 (American Law Institute) により提案された ALI 原則¹¹が、多数国における侵害行為がなされる場合の媒介者の事例、特にユビキタス侵害、プラットフォームの事例で、属地主義の原則ないし

* 筑波大学大学院ビジネスサイエンス系教授
Professor of Law, Graduate School of Business Sciences,
University of Tsukuba

保護国法の原則の修正を提案しているからである。

ユビキタス侵害では、多数国で侵害行為が行われ、属地主義の原則を厳格に解すると、多くの国の法律がモザイクのように適用される。かといってどこか一つの国の法を適用すると、その差止判決は世界中に域外的効果をもたらす、属地主義の原則に反しうる。そこで、この属地主義や保護国法の原則を修正すべきか、その許容性は何かが問題となる。

第2に、インターネットにおける媒介者Yの行為は、単なる直接侵害の一プロセスへの関与や幫助ではなく、プラットフォームを提供し、それに伴い、大量の複製がなされ情報を世界中に伝達・拡散する役割を果たし、Aによる直接侵害と異なる独立の侵害として理解されうる。現に、Yの行為は通常、直接侵害者Aと異なる国でなされ、プロバイダ責任制限規定など、直接侵害とは独立の責任制限規定がY国に存在し、Y国法が準拠法となりうる¹²。

他方で、プロバイダYにおける侵害行為の結果発生地は直接侵害行為地とも考えられ、また、直接侵害の制限など直接侵害地の利益も関係するため、媒介者の責任についても直接侵害の保護国の準拠法を適用すべきとも考えられる。媒介者の責任をどのようにとらえるかにより、国際私法上も考え方が先鋭に対立しうる。

第3に、国際私法概念は各国実質法概念と異なることが大原則である。しかしながら、このユビキタス侵害およびプラットフォームに関する責任に関する問題は、インターネット出現以前から、欧州やWIPOで実質法上の解決を試みてきた。上述の属地主義を一部修正する提案をしたCLIP原則も、できる限り保護国法の原則を維持すべく、抵触法の案の中に、実質法上の限定概念（主観的要件、De minimis rule）を提案している。このよ

うに、実質法上の法政策や法律構成が国際私法上の利益考量に影響を与えている面があり、実質法上と国際私法の境界領域が問題となってくる。

本稿は、基本的にALI原則、CLIP原則などの欧米の議論を中心に叙述し、わが国の議論は比較の対象として補足的に論じる¹³。欧米においてなぜこのような属地主義や保護国法の原則を修正する提案がなされたのか（想定事例や背景）、その正当化根拠、問題点を検討する。

(2) 基本事例

本稿が念頭におく基本事例は、オークションサイトにおける商標権侵害に関するプロバイダの責任の事例である¹⁴。オークションサイトの事例では、直接侵害者Aは、海賊品である中古品の売主にあたる。商標権者の所在地をX国、媒介者の所在地をY国、直接侵害者の所在地をA国とする。オークションサイトなどのプロバイダの事例では、直接侵害者のA国と異なったY国の利益を国際私法上も考慮すべきかが問題となる。

上記の事例で、X国（フランス）の管轄だと、X国裁判所はX国の商標法を適用する。この場合、海賊品の販売だけでなくX国の国外で最初に売られた真正品も、お断り（disclaimer）がない中古品も禁止する旨の判決がだされた¹⁵。これに対して、Y国の管轄裁判所は、Y国の商標法を適用し、技術発達と取引の自由を強調し、Yについてユーザーの出品を監視するプログラムを設定する義務のみで足りるとして、Yを免責した（アメリカのTiffany v eBay, 600 F.3d 93 (2nd Cir. 2010)）。このように適用される法によって結論が異なりうる。

さらに、媒介者の責任が問題となる事例は、これ以外にもキーワード広告などのほか、インターネット上の著作権のユビキタス侵害、P2Pのファイルシェアリング、特許権の譲渡の申出など、多

様なものがある。また、同時にユビキタス侵害になる場合も多く、ユビキタス侵害の規制の上にさらに、媒介者の責任に関する準拠法の規定を設ける意義を探求する必要がでてこよう。

(3) 考察の順序

そこで、属地主義や保護国法の原則のもとで生じうる問題点(2)をまず検討し、ユビキタス侵害(3)、インターネット上のプラットフォームの責任(4)に関する提案について考察する。その上で、独立の不法行為法の性質決定の問題点(5)、実質法と抵触法の限界領域の問題(De minimis rule ほか)(6)の順序で検討する。

2. 属地主義の原則

(1) 属地主義の問題点

属地主義の原則により知的財産権という私権の効力は特定の領域内に限定される。その結果、主張の根拠となる行為と効果が生じる国における保護国法の下で、国境を越える紛争は判断される。また、パリ条約4条の2、ベルヌ条約が、実質法上および抵触法上の属地主義を定めているかについては学説上争いがある¹⁶。

しかし、現実には、多数国にまたがる紛争のうち特定の類型について、属地主義の原則や保護国法の原則をできる限り維持しつつ、最密接関連性を有する単一の法を適用する方策が模索されている¹⁷。

基本事例において、X国裁判所やY国裁判所のように、自国法を適用した各判決に域外的な効果があったとしても、自国の裁判所で判断することは十分ありうる。特に、インターネット上での行為を禁止する判決は、当該地域のみを対象としたものでも、多くの場合世界的効果(global effect)をもつ(たとえば、トップレベルのドメインネー

ムの使用禁止、ウェブサイトの閉鎖命令について Playboy Enters. Inc. Chukleberry Corp., 939 F.Supp. 1032 (S.D.N.Y. 1996))。一国が全世界の争いの管轄を有したとしても、各国法による具体的な主張の評価を必要とする。

しかし、逆に各国裁判所が外国での商標権侵害についての判断をきらい、属地主義の原則を貫徹すると、商標権者は各国で訴える必要がある。この場合、Yは市場を分割して、各国国内法にしたがって、オークションサイトを監視する必要がある。そうすると、全世界の売主と買主を集める、というインターネット上のオークションサイトのメリットが減少し、真正品の販売も限定される。Yが全世界で営業するとしても、一番厳しい国の基準で監視する必要があり、消費者に監視に伴うコストが転嫁されうる。また、Yは各国の市場を分離するだろうが、どの国も豊富な中古品市場を失うことになる。

また、EUやアメリカにおけるオークションサイトの商標権侵害に関する寄与侵害の裁判例(Inwood Laboratories vs Ives Laboratories 456 US 844, 854¹⁸; Tiffany v eBay, 600 F.3d 93 (2nd Cir. 2010)¹⁹)からすると、サービスプロバイダは、違法なコンテンツを故意に伝達する危険性もあるが、善意のプロバイダに不当に高額な賠償や一般的な監視義務を課さないようにして、その運営の安全性を保障することが、情報化社会において重要である。しかし、各国国内法ではセーフハーバーの内容が異なり(著作物のみか名誉棄損も含めた一般的な内容か、悪意の時期、セーフハーバーを越えた場合のサンクションの効果)²⁰、多くの直接侵害に関する国内法が適用されると、プロバイダの円滑なサービスが阻害される。

さらに、寄与侵害行為が主たる侵害の従たる行為として責任を負わせることが正当化されるのは、

主観的な要件が必要であり、プロバイダの場合には個々の具体的な侵害行為についての認識が欠けている以上、個々の侵害の法ではなく、当該サービスに最も関連する国の法（Y 国法）を適用すべきではないかという問題意識が生じる²¹。

このように、多くの法域で、紛争の実態や法的救済が域外効果を有する場合でも、侵害行為を広げて解釈したり、紛争は法廷地国のみ関わると事実認定し、保護国法の名のもとで、他国でなされる行為にも自国の実質法を適用している。このような域外的効果を有する判決の根拠は、外国での行為が自国の市場にも影響を与えるのを防ぐ目的か、または、自国の法を適用することにより権利者または被疑侵害者を保護する目的である。又、権利者にとっては、被告が侵害天国（コピライトヘブン）に逃げるのを防ぐことができる。このように、国境を越えた情報の取引と伝達がなされているにもかかわらず、多くの異なる法が存在するため、域外的効果を有する判決がなされうる²²。

(2) 属地主義を維持すべき理由

しかし、このように域外的効果を有する判決の要請があるとしても、属地主義の原則をできる限り維持すべき理由はいくつか考えられる。まず、財産権の立法は重要な法政策の決定であり、特に知識と情報に関する利用を排他的に規制する知的財産権は公共の利益に関わる。また、知的財産権の効力は属地的に限定されているという実質法の属地主義から、他国の法秩序へ介入することはベルヌ条約やパリ条約上不可能とする考え方がある。その趣旨は外国の行為について、当該外国では不法でない可能性があるにもかかわらずこれを考慮せずに、自国の法を適用し他国の法秩序に影響を及ぼすことは属地主義の原則に反する。たとえば、他国では裁定実施権やライセンスにより実施しう

る発明が、自国法を域外適用することにより差止められると法の抵触が生じる²³。恣意的な域外適用もありうるし、国境を越えて活動する私人の行動を阻害し、知的財産権の過大保護に結びつきやすい。

(3) 属地主義の修正の許容性

もっとも、CLIP 原則が保護国法主義の修正を議論しているユビキタス侵害は、保護国法や属地主義を貫徹すると、世界中からアクセスし、世界中に効果が及ぶサーバーに対して世界中から異なる法で訴えられる事例において、準拠法を一つにして Y を保護する趣旨も含む。また、プラットフォームの規整は、名誉棄損等の不法行為と異なり、世界中の商標権者から繰り返し訴えられる事例について、直接侵害による保護国法とは異なる保護法益である単一の準拠法（Y 国法）を適用して Y を保護しようとする趣旨であり、必ずしも知的財産権保護の拡大の文脈では把握されない。むしろ、教唆行為について直接侵害行為と別個の不法行為と性質決定することは、事案の事実関係との密接関連性を有する法を探究する伝統的な抵触法の考え方に適合すると考えられる。

また、抵触法ではデプサージュなど事案を分断して多くの準拠法を適用することを防ぐよう性質決定の段階で考慮している以上、これらの事例でも多くの異なる準拠法の適用を限定すべきと考えられる。

3. ユビキタス侵害

(1) 解決の方向性

ユビキタス侵害において、グローバルな侵害で保護国の数が無数に多い場合で、どの国での侵害も無視できない場合には、全ての保護国法を適用することになる。この場合 **2 (1)** でとりあげた問

題が生じ、商標権者 X の保護が困難となる。そこで、学説では、以下の 3 つの方向が考えられた。第 1 の方向性として、侵害行為全体について、侵害行為が開始された国の法や発信国法に服せしめる考え方が提示された²⁴。しかし、侵害者がコピーライトヘブンをないし著作権保護の弱い国へ移動するおそれがあると批判されている。

第 2 の方向性として、コピーライトヘブンからの発信の危険を回避するために、インターネットでの商慣習法 (lex mercatoria) を形成させる目的で、各国の裁判所の自由な判断にゆだねる手法がある²⁵。しかし、法的安定性に欠け、憲法違反のおそれがある。

第 3 に、このような各国裁判所の判決による法的不安定を避けるために、ICANN が、統一ドメインネーム紛争処理ポリシー (Uniform dispute Resolution Policy of the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) を定め、国際機関による紛争解決が提案された²⁶。しかし、このトップレベルドメインの申請と異なり、ユビキタス侵害でこのような解決手続は形成されなかった。

したがって、これら三つの方策が考えられた後も、属地主義の原則に基づいてモザイクのように多数国の法が適用されるべきとする理論と、実務において現実に執行できないこととの乖離は続いていた。それでも裁判所は法を適用しなければならないため、少数の法を適用して、事実上域外的効果を生じる判決をくださざるをえなかった。

(2) 実質法による解決の試み

欧州では、国際私法に関する統一法はなかったが、異なる国内法と通信技術の国家を越えた性質の齟齬をどのようにうめるかについて、インターネット以前から多くの試みがなされた。

衛星放送とケーブル送信指令²⁷では、「衛星によ

る公衆への送信」(1 条 2 項(b)) を、「信号がアップロードされた国においてのみ行われた行為」として定義することにより解決した。立法趣旨は、放送という一つの行為に、受信国の全ての国の法が重畳適用されるのを避ける目的であり (前文 14)、抵触法のルールと結果において類似するが、実質法の規定である。つまり、保護が受信国について主張された場合、保護を求める国の法が適用されるが、侵害行為は定義上アップロードされた国でのみ生じるためこの主張は棄却される。

電子商取引指令²⁸ 3 条 2 項の発信国の原則は、情報化社会のサービスは、その発信国の実質的指揮監督に従い、他国の国内法により制限されない。この規定は国際私法や管轄のルールとは無関係である (1 条 4 項, 前文 23)。属地主義の原則に反しないように、知的財産は、3 条 2 項から除外されている²⁹。

ローマ規則 II 6 条 3 項 b) は、多くの国の独占禁止法違反行為から生じる損害の算定につき一国の法の適用を認めている³⁰。

基本事例では、本来、伝統的な属地主義の原則によれば、侵害が起こった各国で各国の商標法で訴える必要があり、権利帰属、使用、混同のおそれを立証する必要がある。WIPO の共同勧告 (Joint Recommendation Concerning The Protection of Marks, and Other Industrial Property Rights In Signs, On the Internet) は、実質法上のレベルで、「使用」について事実上のハーモナイゼーションをおこなっている。すなわち、オンラインでの「使用」は、全ての国の「使用」にあたらぬ。共同勧告 2 条は、インターネット上の標識の「使用」が、3 条の加盟国での商業的効果を有する場合に限り、加盟国における「使用」にあたるとしている。したがって、各裁判所は、各国の「使用」について各国の請求により差止請求を判断できる。また、共

同勧告の15条で、他国で使用する権利を有する者に対して、一国の差止命令を世界中での差止内容にすることによる過大な救済義務から保護している。

(3) ALI 原則, CLIP 原則での解決の試み

基本事例で、属地主義を貫徹すると、商標権者 X は各国で訴える必要があり、Y も世界市場という利益を失うおそれがある (2 (1) 参照)。そこで、ALI 原則と CLIP 原則は、WIPO の共同勧告からヒントを得て、以下の工夫により商標権者の処遇を改善している。第1に、ユビキタス侵害について併合規定(管轄)を認めている³¹。基本事例で、XY 間の訴えを、XA 間の訴え(直接侵害者である売主 A)に併合が可能である。ALI 原則と CLIP 原則は、双方とも、直接侵害者に対する個別の主張を一つの訴訟に併合することにより訴訟コストを節約している。併合された裁判所は一つの法を適用するだろう³²。一国にとって最も重要であるが、他国にとって関連性のない行為に多くの国内法を適用することは、非効率的であるだけでなく規範的に正当化されない³³。

第2に、CLIP 原則は、実質法レベルで *De minimis rule* (CLIP 原則 3:602) を採用し、保護を求める国の各法は同じように解釈され、影響が小さい国の法は適用されても侵害は認定されない³⁴。

第3に、ユビキタス侵害の場合には、属地主義からの逸脱を認め、争い全体について、最密接関連地として単一の法の適用を認め、世界中の効果をもつ差止を基礎づける (CLIP 原則 2:604(2))。この単一の準拠法を判断する際、以下の多くの連結点を考慮する。

ALI 原則 321 条は、侵害がユビキタスで、多数国の法が主張された場合、裁判所は、密接関連地の法の適用を選択できると規定する。ALI 原則 321

条は、(a) 当事者の住居地、(b) 当事者の関係に入った地、(c) 当事者の行動と投資の範囲、(d) 当事者が行動を向けた主要な市場を考慮する。

CLIP 原則 3:603 は、侵害がネット上でなされ、シグナルを受信する全ての国で侵害がなされた場合、最密接関連地の法が適用される。CLIP 原則 3:603 の2項は、侵害の最密接関連地を決定する際、裁判所はあらゆる関連する要素、特に、(a) 侵害者の住所地、(b) 侵害者の主たる営業所、(c) 侵害全体を促進する実質的活動がなされた場所、(d) 侵害によって生じた損害が、侵害全体に関して実質的な場所、を考慮する。

この ALI 原則と CLIP 原則の基準を基本事例にあてはめると、直接侵害者(売主) (A 国) と商標権者の住居地 (X 国) が連結点として考えられるが、売主 (A 国) は全世界に向けて中古品を販売するという行動をおこしており、買主は売主の住所を知らず、売主は世界中に存在するため、最密接関連地は商標権者の地 (X 国) であろう。準拠法は事実上訴訟原因により形成されるが、それをコントロールできるのは商標権者である。CLIP 原則の方が ALI 原則よりも侵害者の地を重視するが、それでも、商標権者の国の法 (X 国法) が適用されやすい。

(4) ユビキタス侵害の規則の範囲

ALI 原則と CLIP 原則で、ユビキタス侵害の規制の範囲が異なる。これは、属地主義の原則をどこまで厳密に解釈するかによる。

ALI 原則 321 条1項は、ユビキタス侵害について、侵害が多くの国に関わっていることが主張された場合には、単一の法が広く適用されうる。

これに対して、CLIP 原則は、属地主義の例外としての単一の法の適用を、純粋にインターネット上のユビキタスな侵害の場合のみに限定している。

手続の効率性が各国法の独立を凌駕して単一の法が適用されるのは、保護国法の原則を貫徹すると正義が達成されない例外事例に限定し、ALI 原則のように権利者に管轄と法選択が集中して他国の法律を考慮しない状態に陥らないようにしている。つまり、侵害がいくつかの国でなされているが、世界中で侵害がなされるわけではない場合や世界的効果を持たない場合にはユビキタス侵害とはされず、原則どおり保護国法の原則が妥当する³⁵。特許権（ないし商標権）の限定された登録国で侵害がなされている場合、当該国々で各国の保護権の侵害を証明すれば足りる。ユビキタス侵害にいたらない多国間の侵害の場合にも手続の効率性から単一の密接関連国法を適用しない理由は、「多国間」の定義が困難で不安定で拡大解釈される可能性があり、保護国法の原則を骨抜きにしかねないからである。また、多国で侵害されても海賊品の事例では解決は明快で、侵害の成否が各国で分かれる類似品の事例では単一の法よりも各国ごとに判断すべきである³⁶。

敷衍すると、第1に、侵害自体がインターネットなどのユビキタスメディアによってなされる必要がある³⁷。このユビキタスメディアは新しいメディアも含むように制限のない定義である。第2に、コンテンツの通信が、信号が受信される全ての国での侵害につながる必要がある。実際には、登録を効力発生要件とする商標権、特許権の場合には、保護が要求される国は通常、登録国であり登録国法が適用される。このユビキタス侵害は、登録を効力発生要件としない著作権侵害が主で、例外的に商標権が登録されていない場合でも保護されることが国際的に認められている著名標識（パリ条約 6bis）を念頭においている³⁸。

もともと、特許権のユビキタス侵害も今後問題となりうる。海外のウェブで特許侵害製品を日本

国内へ宣伝することが「譲渡の申出」にあたる事例が考えられる³⁹。世界的企業が全世界へ宣伝し、譲渡の申出の受信が多数の国でなされる場合には、特許権侵害においても多数の法が適用されうる。この場合、準拠法は本件特許権の各登録国法と考えられる。もっとも、「譲渡の申出」は、各国でなされる譲渡行為と独立の実施行為と考えると譲渡の申出がなされた国の単一の法が適用されうる。

ALI 原則も CLIP 原則も属地主義を原則としているため、ユビキタス侵害の規整の修正規定を有している。ALI 原則 321(1)は、複数国でも十分な関連性があれば、複数国の法を適用し、当該事案の部分に各法を適用する。その上で、特定の管轄の当事者による選択を認めて準拠法と異なるという主張を認め、商標権のない国について救済を修正できる（ALI 原則 321(2)）⁴⁰。CLIP 原則も、世界的効果を有する主張に単一の法を適用することによって、ある特定の法による解決が、他の法ではちがって評価される行為に対して、押しつけられる面があるという理由から、他の準拠法によれば判決の重要部分で異なる結論になることを当事者が立証する余地を認めている（CLIP 原則 3:603(3)）。WIPO の共同勧告 15 条による、インターネットでの標識の将来の使用の禁止の制限（特に他国法で使用権限を有する場合）と類似する。これらの規定は結果の不当性を改善でき、最密接関連国以外の国の利益を考慮できるが、複雑で世界的解決に支障が生じる。

4. インターネット上のプラットフォームの責任

(1) 教唆・幫助における原則

特許権・商標権などの登録を要する権利については、直接侵害については通常、登録国法ないし直接侵害地法が適用される。また、Y による教唆・

幫助行為は直接侵害行為の前段階の準備行為であり密接関連性を有するため、直接侵害行為の準拠法によるのが原則（CLIP 原則 3:604(1)）であり、登録国法になることも多いであろう⁴¹。Y の行為が A の行為の準備行為の場合、不法行為法の準拠法の原則によっても、結果発生地は通常、直接侵害行為地である（通則法 17 条本文）。

ALI 原則や CLIP 原則も、保護国法を原則として、X が多くの直接侵害者 A（売主）を訴えなければならぬことを前提とする。商標権者 X は寄与侵害により Y への訴えを好むが、通常寄与侵害の法は直接侵害行為に適用される法である（ALI 原則§301 cmt.h, CLIP 原則 3:604(1)）。ALI 原則も CLIP 原則もこの点を争わず、ユビキタス侵害として ALI 原則 321 条が適用される。寄与侵害も直接侵害の法が適用される上に、直接侵害者 A（売主）も買主も世界中ゆえ、Y 国の裁判所でも通常、X 国法ないし直接侵害地法が適用される。

ローマ II 規則 8 条 1 項, 15 条(a)(g)によっても、知的財産権侵害から生じる非契約債務の準拠法は、自身が行った行為の責任を負う者と他人の行為の責任をも決定する。よって、保護を要求する国の法が直接侵害と間接侵害の両方にとって適用され、Y の免責に関しても適用されうる。

(2) 統一実質法の試み

しかし、寄与侵害の準拠法を、直接侵害の準拠法によるとすると（X 国法か A 国法）Y の地位が不安定となったり、Y にとって厳しい X 国法等が適用されうる。そこで、プラットフォームに関する媒介者の責任に対する実質法を統一することが望ましい。このうち、インターネット上のコンテンツが拡散するユビキタス侵害と重なる部分については、実質法の統一（衛星放送とケーブル送信指令 1 条 2 項(b)は、公衆送信をアップロードされ

た国でのみ行われる行為と定義した例（3(2)参照）や、ソフトローによる実質的な国際規範形成（WIPO の共同勧告（3(2)参照））、さらに、ソフトローにより、明らかに国際的な商標規範に違反する場合には世界中のエンフォースメントを認めるなどの試みがなされてきた（ICANN の UDRP（3(1)参照）⁴²。

このような試みによって、潜在的に形成されてきた、二次的責任の実質法に関する国際規範として、(a)海賊品を積極的に誘引する場合、または、(b)海賊品を知っていながらすばやく除去しない場合⁴³、または、(c)特定の侵害物を取り除く裁判所命令に Y が対応しない場合が考えられる。(a) は notice and takedown をさすと考えられる。(b) は、将来技術的に監視する技術が発達したならば、Y にそれらの手段をそなえるよう要求するだろう。

(c) については、直接侵害に対する裁判所命令を Y に対しても執行できるだろう。同時に Y は国際規範に明らかに反するような行為を促進した場合のみ責任を負う。これは海賊品の直接侵害に関する二次的責任を前提としている点で整合する。

このような考慮は、実質法上最低限の要請として、CLIP 原則 3:604(3)に規定されている。その趣旨は、Y が責任を免れるために行為の重点となる国を選ぶのを防ぐために、(a) 主要な侵害を現実に行っている場合かまたは明らかな侵害のあるにも関わらず対応しない場合、または (b) 積極的誘引に関する責任を負う場合には、3:604(2)は適用されない。その結果、3:604(1)の原則に戻り多くの直接侵害の国が適用される可能性があるが、多くの場合ユビキタス侵害にあたるため（CLIP 原則 3:603 参照）、単一の法が適用されうる。

この認識の要求レベルや実効可能な監視手段について、X 国と Y 国の裁判所で判断が異なると思われるが、それは各国の実質法に委ね、判事の交

流や WIPO の共同勧告に事実上適合するような救済がなされることに期待されている⁴⁴。

(3) ユビキタス侵害との異同

ユビキタス侵害での解決提案が、インターネット上のプラットフォームの事例にも適用される。両者は、類似している部分がある。理論的に、保護国法の原則によれば、各国法の適用が不可避であるが、主要な直接侵害による国の知的財産権を考慮し、その際関連する利益を公平に考慮しなければならない点では、同じである。

しかし、ユビキタス侵害とインターネット上のプラットフォームの責任の場合は以下の2点で、利益状況が相違する。

第1に、ユビキタス侵害と異なり、Y への個々の侵害で少数の国の法のみが適用された場合でも、Y は A の異なる使用態様による侵害について何度も X から訴えられる可能性がある。判決の事実上の拘束力によって Y は守られるという考え方もあるが、商標権者に有利な国 (X 国) で判決がなされる場合もあり、必ずしも Y の準拠法選択の点で守られるわけではない。単一の法が適用されたとしても、Y の利益は必ずしも守られない。Y の中心問題は効率的に侵害を監視できないことであるため、多くの商標権者から異なる法秩序と状況が関わる請求権で何度も訴えられ、かつ、抵触法の判断が多くの要素を考慮して柔軟であることから、準拠法がわからず Y にとって不安定な地位にある。したがって、世界中で侵害が生じずユビキタス侵害でない場合も直接侵害者 A への訴えがなされる前に Y に対する準拠法が確定することが要請される。

第2に、XY 間の寄与侵害の訴えで問題となる利益は、直接侵害の当事者である商標権者 (X) と売主 (A) の関係だけではとらえられない利益

がある。たとえば、新しい技術やサービスによる市場への参入者を奨励する利益は、訴訟当事者 (Y) の競争者 (Y') の利益であることが多く、このような利益を考慮すれば Y 国法を適用する余地を認めるべきというのである。

ALI 原則と CLIP 原則の問題点は、寄与侵害を直接侵害の派生物とみるので、寄与侵害の法を直接侵害の法に従属させてしまう。このような知的財産法中心の見方は、新しく発達する技術市場などの利益を考慮せず、また、不法行為のように XY 間の責任と XA 間の責任という二つの責任が異なる法で決定されることを考慮しない。たとえば、抵触法リステイトメント 174 条 comment の a と c は、代位責任で、行為地と損害地以外の国の法を適用することを認めている。Tkaczewski v. Rider Truck Rental, Inc., 22 F.Supp. 2d 169, 173 (S.D.N.Y. 1998) は、寄与侵害が直接侵害と異なる国の利益を含んでいることを認めている。

一つの解決方法は、ALI 原則 321 条の連結要素に、関連技術の発達や仲介者 (Y) の所在の国の利益を含めることだが、XA 間における直接侵害で決定的な要素を希釈化してしまう。たとえば、XA 間の商標権の保護範囲の準拠法を選択する際に、Y における技術・サービスの保護や世界中への侵害の拡散等の事情を考慮することになる。

(4) 独立の不法行為のアプローチ⁴⁵

このように、プラットフォームの責任は、商標権者からくりかえし訴えられるおそれがある継続的な不法行為責任である。インターネット上のプラットフォームとしてのビジネスモデルを確立するために、実質法上責任制限規定があるが、それを準拠法においても考慮すべきとするのが、CLIP 原則 3:604(2)の問題意識である。

敷衍すると、XA 間の直接侵害訴訟では、単一

の法を適用する利益は X にあり、被告の A にとっては判決の効果や執行に修正がなされれば十分である。これに対して、XY 間訴訟では、被告の Y にとっては、現実の訴訟でどのような執行がなされ免責がなされるかだけでは不十分である。つまり、Y にとってのビジネスモデルの確立のためには、A による直接侵害の準拠法に関わりなく、Y の準拠法を予測できる法的安定性が必要である。事前に準拠法が定まるように、制度レベルで準拠法選択を規律することが要請される。

以上の問題意識を背景に、CLIP 原則 3:604(2)は、寄与侵害を独立の不法行為と性質決定し、寄与侵害を直接侵害としての知的財産権侵害と異なる社会目的に資する不法行為と見ている。その上で、Y のサービスに関連する活動の重点地 (center of gravity) の法を準拠法としている。したがって、ユビキタス侵害における ALI 原則と CLIP 原則と同様に、単一の法を適用できる。

重要なことは、寄与侵害の準拠法は直接侵害の準拠法によらないため、世界での販売の促進、新しいビジネスモデルの発達、技術イノベーションの奨励の利益など、あらゆる政策要素を考慮できる。たとえば、わが国のテレビ視聴サービスの著作権の侵害主体の事例は、XA 間の私的複製が XY 間の訴訟にも影響すると理解されているが、XY 間の紛争の実態は、テレビとインターネットという新旧両メディアの対立であり⁴⁶、テレビ局 (X) がインターネットを介した放送に関する将来の市場において新メディア (Y) を著作権によって排除しようとしたとみることもできる。

わが国の実質法の研究も、XY 間の問題を、XA 間の紛争と独立のものとする見方を提示している。XY 間の著作権の侵害主体の問題は、XA 間の私的複製も関連するが、基本的に XY 間の不法行為の問題としてとらえうる⁴⁷。特許の間接侵害も、も

とも共同不法行為から発展してきたものであり、物権と不法行為の境界領域である⁴⁸。プロバイダなどのプラットフォームに関するわが国の裁判例では、プロバイダ等 Y は、一定期間侵害を知らずながら放置していた場合には削除義務を負うとして、不法行為に近い判示をしている⁴⁹。また、わが国やドイツ法の裁判例も、法形式上は XY 間の直接侵害の構成を採用している⁵⁰。諸外国の裁判例も、準拠法選択のレベルではないが、実質法のレベルで独立の不法行為とみる類型がある⁵¹。寄与侵害の責任ルールは、行為規制とは異なり損失分担のルールとして性格づけられる⁵²。実際、寄与侵害の根拠と直接侵害の根拠は異なり、寄与侵害の際の政策的配慮 (技術発達制限の可能性) は直接侵害決定の考慮を越えている⁵³。国境を越えた間接侵害は急増しており、そのためにアメリカ特許法は、域外適用のための 271 条(f), (g)を立法している。

基本事例における利益状況を分析すると、ALI 原則 321 条によれば、分析の対象は直接侵害行為 (XA 間) ではなく、商標権者と Y (XY 間) で、考慮要素も拡大すべきである (当事者の住所、当事者の関係、当事者の行動と投資の範囲、行動が向けられた主要な市場、直接侵害の地、直接侵害行為の性質、技術的イノベーションがなされる地)。これらの要素は Restatement (Second) of Conflicts of Laws §145 (不法行為の準拠法) の要素に類似する (ローマ規則 II 4 条も参照)。

(5) 独立の不法行為のアプローチのメリット

このアプローチは他のメリットも有する。第 1 に、単一の法を適用できるので、ユビキタス侵害かどうか、複数の法を適用すべきか、特定の管轄を切り出す必要があるかどうかなどを検討する必要がない。第 2 に、直接侵害訴訟なしに寄与侵害の訴訟ができる。第 3 に、Y の責任は、技術発達

や新しいビジネスモデルを考慮する法によって判断されうる。第4に、媒介者 Y の責任は限定されるので、XA 間の直接侵害訴訟が増え、そこで商標の価値が考慮されうる。第5に、XY 間の訴訟は、XA 間の訴訟とは独立の不法行為と性質決定されるため、XA 間の訴訟において制約となる属地主義の原則には反しない。第6に、伝統的な準拠法選択に比べて、Y から救済を得ようとする商標権者 (X) にとっても、当該責任を評価する法の決定が明らかになり、Y に対する訴訟遂行を効率的にすすめることができる⁵⁴。

また、寄与侵害を直接侵害にかからしめず両者を区別することによって、流通市場の利益を無視しなくてすむ。つまり、XY 間では、海賊品と新製品を区別する商標権者の利益は軽視され、ウェブ上の Y の全ての行為を全体として評価できる。他方で、XA 間では商標権の直接侵害について綿密な分析をすることができ、海賊品と真正品を区別できる。

(6) 保護国主義の修正に関する諸提案

このように、インターネット上のプラットフォーム Y の寄与は、直接侵害者 A の寄与と異なる面がある。

ALI 原則 301 条は、侵害の促進は主たる直接侵害の法と同じ法が適用されるとし (Comment h to §301 ALI)⁵⁵、Y 独自の寄与を考慮していない。

これに対して、CLIP 原則 3:604(2)は、インターネット上の媒介者に関する責任について、Y 独自の寄与を考慮して特別に規制しており、他の諸提案にはみられないものである。

CLIP 原則 3:604 の二次的侵害 (Secondary infringement) は以下のように規定している。

1 項「2 項にしたがって、侵害を誘引し、侵害に寄与し促進する行為による責任への準拠法は、当

該侵害行為の準拠法と同じである」。

2 項「侵害にいたる個々の行為と関連して、設備またはサービスを提供する者の関与なしに、多くのユーザーによって侵害用途と非侵害用途のために用いられうる設備又はサービスの場合、その者の責任に関する準拠法は、その者の活動の重点 (center of gravity) が存在する国の法である。」

3 項「2 項による法は、少なくとも以下の実質的基準をもたらす場合のみ適用される：(a) 主要な侵害を現実に行っている場合かまたは明らかな侵害のある場合に対応しないことに対する責任で、かつ (b) 積極的誘引に関する責任」

4 項「2 項は、主要な侵害者の身元と活動についての情報に関する主張には適用されない」。

寄与侵害は実質法上のレベルでは客観的な要件として、サービスの中立性や受動性が要求され、主観的要件として Y の認識が要求される。以前の案では、準拠法のところでも主観的要件が定められていたが、それだと準拠法決定の基準が不必要に曖昧になり、また、プロバイダ Y が具体的侵害を知った前後で準拠法が異なることになる。このような時間におけるデプサージュをさけ、法的安定性を確保するために、準拠法に関する CLIP 原則 3:604(2)では、主観的要件を削除し、客観的・技術的な基準によることになった。主観的要件については、CLIP 原則 3:604(3)で、実質法の要件として規定している。

抵触法の原則を定める CLIP 原則 3:604(2)は、実質法上のプロバイダ責任制限法のセーフハーバーと同じく、媒介者の責任を明確化し安定させる趣旨である。しかし、実質法は特定の救済 (損害賠償責任等) に関してプロバイダの責任を免責するのに対して、CLIP 原則 3:604(2)は準拠法の内容がプロバイダに有利か否かに関わらず、適用する準拠法の数を制限するだけである⁵⁶。

5. 独立の不法行為への批判と応答

(1) 批判 1—範囲の不明確性

独立の不法行為のアプローチの特色は、教唆・幫助類型の中でも、インターネット上のプラットフォームなど継続的に不法行為として訴えられる行為類型については、Y についてサービスや技術の発展の利益を準拠法選択においても考慮して、Y の行為の重点地（CLIP 原則 3:604(2)）を準拠法とする点にある。

この点、特許権の間接侵害の想定する侵害物品に重要な部品の提供と、プラットフォームの事例は、部品がソフトウェアでない限りは区別しうる。

しかし、独立の不法行為の構成は、多くの政策的要素を考慮するため、その要件が不明確となりうる。第 1 に、適用対象が不明確である。CLIP 原則 3:604(2)の、「施設ないしサービス」には P2P ファイルシェアリングもこれに含まれるとされている⁵⁷。しかし、各国で分散する技術の場合は、裁判所が自由に準拠法を決めることができ、事実上、CLIP 原則は、サービスプロバイダなど、組織化してトレースしやすい Y にのみ適用される⁵⁸。分散型の技術として、BitTorrent や Grokster など念頭においていると思われるが、集中型 P2P を対象にして、分散型 P2P を対象にしないという、分散型の技術に不利な準拠法選択は、技術に中立的という抵触法の原則からみて問題がないとはいえない⁵⁹。また、E-commerce Directive 12 条から 14 条の特定の活動のみ免責されるが、CLIP 原則の「施設ないしサービス」に、それ以外の新しいサービス、たとえば、サーチエンジン、ハイパーリンクやクラウドサービスが含まれるのか不明確である。特に、CLIP 原則で要求されている、当該サービスが組織化されているか、中立か否か（5 (3) 参照）という要件を満たすか不明である

第 2 に、特に、著作権法において、わが国や EU

が、WIPO 条約に基づいて送信可能化権等の包括的な支分権を導入したことから、インターネットやデジタルでの教唆・幫助行為と直接侵害行為の区別がつきにくくなっているため⁶⁰、性質決定の場面で準拠法が異なりうる。商標権侵害では、その区別はより不明確となり、商標の「使用」にあたるかが主たる問題となる⁶¹。たとえば、P2P ファイルシェアリングを、わが国の東京高判平成 17・3・31（平成 16 年（ネ）405 号、平成 16 年（ネ）446 号）〔ファイルログ控訴審〕のように送信可能化権の直接侵害行為（X 国法）、ないしプラットフォームなどの媒介者の責任（CLIP 原則 3:604(2)）と性質決定するか（Y 国法）、教唆行為（Grokster）と性質決定するか（X 国法又は A 国法）で準拠法が異なりうる。

(2) 批判 2—直接侵害の権利制限等の迂回

また、Y の行為を独自の不法行為として準拠法を決定する考え方に対しては、直接侵害に対する制限（属地主義、私的複製の制限など）を迂回する可能性があるという批判があろう⁶²。また、XA 間の商標権侵害で、フェアユースや表現の自由に基づく抗弁⁶³が認められている場合、Y の不法行為地を準拠法とする考え方を採用すると、Y の「使用」行為に対して、XA 間のフェアユースや表現の自由の抗弁が考慮されなくなる。さらに、近年、欧州のインターネットアクセスプロバイダに関する Scaret Extended (C-70/10)⁶⁴および、ソーシャルネットワークワーキングサービス（SNS）に関する SABAM vs Netlog NV⁶⁵ (C-360/10)で、フィルタリング導入の差止命令で問題となった、顧客 A の個人データの保護、情報の受信や発信の自由等の利益を考慮できないという批判もあろう。

この点、欧米で批判の対象とされる事例は、国内で元（root）となる侵害行為があれば、海外で

の後続の侵害行為についても、海外の法によれば違法か適法かを問うことなしに、損害賠償の範囲に含めている事例である (root theory)。アメリカの Subafilms 判決は、侵害ビデオカセットの海外配信のために、米国内でなされた許諾行為のみでは著作権侵害とならず、著作権法は域外適用されないと判示した。ところが、その後の判例は、実質上直接侵害を前提としないような迂回路をとった。その後の LA Service vs Reuters, 149 F.3d 987 (9th Cir.1998) 判決は、域外適用はゆるされず、著作権法が適用となるには、「少なくとも米国内で一つの違反行為と目される行為が完結する必要がある」という前提を維持しながら、米国内での複製行為を認定した上で、米国での元のコピー行為が後続の外国での侵害行為を基礎づけるとして、外国の行為が当該外国法で侵害にあたるかについて証明を要しないと法律構成した⁶⁶。これは root copy の法理と呼ばれ、域外適用であると批判されている。

同様に、アメリカの 1998 年の Digital Millennium Copyright Act は、A が非侵害用途に用いる場合も、Y による技術的回避手段の販売を禁止している (米国著作権法 1201 条)。

たしかに、root copy は、先行する直接侵害行為が国内で行われていれば足り、直接侵害行為 (国内) 後の二次的行為について当該外国法により侵害かを判断せず、間接侵害の問題も、独立説をとると、後に行われる直接侵害行為および権利制限を無視することになる。

しかし、root copy の法理と、独立の不法行為法と性質決定することによる準拠法選択では以下の相違がある。root copy の法理では、主要な侵害行為 (頒布等) が行われた外国での当該外国法によって侵害か否かを考慮せず、したがって、当該外国での利益を考慮していない。これに対して、実

質法の間接侵害規定の適用にあたっては直接侵害行為および直接侵害の制限を考慮しているのと同様に、独立の不法行為の準拠法選択では、A の直接侵害の地を連結点の要素の一つとして考慮し抵触法上の利益考量をおこなっている⁶⁷。

また、寄与侵害の成立にはふつう A の直接侵害を考慮し、また、Y により促進される侵害用途以上に非侵害用途が促進されるかを考慮する。つまり、不法行為地法のアプローチは、直接侵害における権利制限の趣旨を一定程度考慮できるメリットを有している。

また、Y の独立の不法行為責任は、Y と A の共同不法行為責任とも異なる。Y を、XA 間の直接侵害と独立の不法行為と性質決定すれば、XA 間の属地主義の原則に反しない。これに対して、Y に対して A の直接侵害の共同不法行為責任として損害賠償責任を問うことは、属地主義の原則に反しないだろうか。

この点、外国でおこなわれた教唆・幫助行為について、日本法を適用して損害賠償を認めることは、外国における行為を日本の特許権侵害とするのではなく、日本で生じた直接侵害に基づく責任を認めるにすぎないから属地主義の原則に反しないとする考え方もある⁶⁸。しかし、外国での教唆・幫助行為について、当該外国法によれば違法か否かを判断せずに共同不法行為責任を負わせるとすれば、root theory に対するのと同様の批判がなされうる。つまり、Y に共同不法行為責任を負わせると、教唆・幫助行為などの間接侵害行為が、その行為地法において違法であるかを判断せずに、直接侵害における属地主義の制限を迂回するという批判がありうる。歴史的にも、積極的誘引は不法行為が、間接侵害規定や二次的侵害の法理は共同不法行為が淵源であり、属地主義の原則を迂回すると批判されよう⁶⁹。

(3) 批判 3—Y の法的地位の不安定

寄与侵害の準拠法を、直接侵害の準拠法による考え方に比べて、独立の不法行為法の準拠法は、Y 国の利益を考慮できるが、各国裁判所に X 国の利益と Y 国の利益という地域の利益を考慮する裁量を与えるため、各国裁判所により準拠法が異なりやはり Y の地位は法的に不安定である。

また、Y が中立か否かという各国で異なる実質法の判断は、準拠法決定の段階でなしうほど明確でないおそれがある。媒介者 Y の著作権制限や免責の程度には各国で差が存在し、大量の違法複製を目的とする媒介者と基本事例でのオークションサイトでは基準が異なってくるからである。CLIP 原則 3:406(2)の媒介者の責任に関する抵触法の規定は、Y と A が共謀せずに Y が中立であり、特別の場合以外 Y は責任をおわないことが前提である⁷⁰。つまり、Y が自動的な技術プロセスで、具体的侵害を知らない場合を念頭においている。

たしかに、CLIP 原則は、客観的要件のみで準拠法を決定し (CLIP 原則 3:604(2))、悪意か否かは実質法の要件であり (CLIP 原則 3:604(3))、侵害を知っていれば二次的侵害の規定は適用されないし、Y が中立か否かは客観的に決定する。また、Y がオークションサイトのように中立か、それとも、大量の違法複製を目的とし、A を幫助する Active な役割を果たしているか (Newzbin2⁷¹など) は事実判断として容易に区別できるかもしれない。

しかし、CLIP 原則で Y が中立であることが準拠法選択の客観的要件として、単一国法を適用するか複数国法を適用するかの基準としているが、中立かは各国の実質法でも異なっており、法廷地国際私法の要件としても不明確である。たとえば、実質法上、媒介者であるホスティング・プロバイダが、電子商取引指令 14 条の免責 (セーフハーバー) を享受するためには、プロバイダが、その行

為が蓄積されたデータについて知らずコントロールできず、技術的、自動的、受動的であるという意味で中立であることが必要であり、積極的な役割を果たしている場合には免責とはならず、その判断は各国国内裁判所の判断にゆだねられている⁷²

(SNS に関する, SABAM vs Netlog NV (C-360/10), キーワード広告について, Google France SALR v. Louis Vuitton, C-236/08, C-237/08, C-238/08⁷³ paras.113,114,119 ; L’Oreal v. eBay (C-324/09)⁷⁴)。将来なされる新しいサービスについては判断が微妙となる。基本事例のオークションサイトの場合は、私人間で売買が行われているにすぎないため、Y は中立かもしれない。しかし、キーワード広告の事例では Y 自身が第三者 A にキーワードを販売しているため、Y の中立性に疑いがある。XA 間の訴訟でも Y 国の要素が大きく、また、XY 間の訴訟でも、Y の中立性が問題となりうる。したがって、XA 間の訴訟でも Y 国法が適用される可能性があるし、XY 間の訴訟では Y 国法ではなく、直接侵害の国の法 (X 国法ないし A 国法) が適用される可能性がある。キーワード広告や大量違法複製の幫助の事例では、個々の XA 間の訴訟に先だって XY 間の準拠法を決定しておくべきという規制の根拠は弱い。

商標権者 X にとっても、海賊品以外の事例の場合には Y に対して二次的責任を問えない (並行輸入の否定や消尽否定など)。この場合は直接侵害を問い、ユビキタス侵害とされれば、直接侵害の国内法が適用され、新しい技術発達等は問題にされない。

6. 抵触法と実質法の境界領域

(1) De minimis rule

ALI 原則 301(1)は De minimis rule を規定しない。これに対して、欧州では実質法の解決の試みが

功を奏しなかった部分があったという経験から(3(2), 4(2)参照), CLIP 原則は, 属地主義の原則をできる限り維持しつつ, 抵触法の規定に, 実質法の要件の規定を組み入れている。たとえば, CLIP 原則 3:604(2)は, インターネットのプラットフォームの責任に関する抵触法上の規定を, 通常の間接侵害規定にある主観的要件を省略し, 客観的要件のみで記述している。他方で, これと区別して, CLIP 原則 3:604(3)は, 不作為または故意かつ積極的誘引という要件を定めているが, これは実質法の要件と解されている。

とりわけ, 世界中に効果を及ぼすユビキタス侵害では, 多くの国の法の適用が可能性として生じるため, De minimis rule を規定している。CLIP 原則 3:602 は次のように定める。

「3:601 によって決定される法を適用する裁判所は, 以下の場合のみ侵害を認定する: (a) 被告が保護を求める国の中で侵害を始めるか促進するために活動した場合, または, (b) 権利が侵害されていると主張される活動が, 保護を求める国の中で実質的效果を有するかまたは保護を求める国に向けられている場合。」

(a) は積極的な行為によって侵害がなされた場合で, (b) は活動の効果が実質的か, 活動が保護国に向けられている場合である。

この規定の趣旨は, 保護国法の原則を (CLIP 原則 3:601) を前提とした上で, この原則によって決定された法の適用から侵害が認定されない場合を認める, 一種のセーフカードである。この発想は, WIPO の共同勧告において, 加盟国におけるインターネット上の標識の使用は, 加盟国で商業的效果を有する場合に限り当該加盟国における使用とし (2 条), その商業的效果の要素を包括的に掲げている (3 条) 規定から示唆を得ている⁷⁵。

De minimis rule は, 抵触法上の概念ではなく,

実質法上の概念とされている。ドイツでは, 不正競争防止法の準拠法選択の際に, 国内の法秩序に関与するには行為態様を感じ取れる場合 (Spürbarkeitsschwelle) のみという法理がある⁷⁶。これにかわり, 実質法の解釈の際に法政策的に, De minimis rule が設定されている。

CLIP 原則 3:602(1)は, 実質的に最大限の基準を設定している。つまり, De minimis rule は, 国内法による裁量を制限するよう機能する。また, この De minimis rule は, 保護国法の原則下で法が適用された事件における侵害の認定を制限しており, 属地主義を形式的には無視しているように見える。しかし, その正当化根拠は, 当該領域に影響の小さい外国の行為に, 当該領域の国の司法が干渉することを防止する点にある。したがって, De minimis rule は, ユビキタスメディアで, コンテンツの流通を地域的に限定することが技術的に困難で, 周囲に影響が溢出 (spillover) する場合に主に機能する。

特許間接侵害行為 (日本の特許法 101 条) や商標権の間接侵害行為 (日本の商標法 37 条 2 号-8 号) は直接侵害行為の従たる行為とともに独立の法違反行為でもあるため, 過剰に損害賠償請求がなされるという文脈で欧州では問題となった。

典型例は, インターネットにおける商標権侵害である。BGH v.13.10. 2004, GRUR, 2005, 431-Hotel Maritime⁷⁷は, 知的財産権は地域的なもので, 使用がドイツ国内でなされる場合のみ侵害であり, 国内市場で商品・サービスが提供される場合のみであるという原則を述べた上で, インターネットでの商標的な申出の場合は, この原則は, 商標権が不当に拡張し, サービスの自由が妨害されないように機能すると判示した。BGH はドイツ法を適用したが, X の経済的活動への影響が小さく国内での商標権の著しい侵害でなく, ドイツとの内国牽

連性がないとして訴えを棄却した。

これに対して、著作権侵害では、De minimis rule は機能しない傾向にある。Legardère *Active Broadcast v SPRE and GVL (C-192/04)*は、フランス国境近くのドイツで中継し、フランスへ著作権を有する信号を送っていたが、ドイツでは暗号化され数少ない者しか受信できなかった場合普通の人は受信できないため、衛星放送とケーブル送信指令 (Directive 98/83) にいう「衛星による公衆への送信」に該当せず、発信国法 (フランス法のみ) ではなく、ドイツ法も保護国法として適用されると判示した。CLIP 原則 3:602 によっても、ドイツでは実質的行為をおこない、フランスへは実質的な効果を有するため、ドイツとフランスの双方で侵害行為をおこなったことになる。しかし、保護国としてのドイツでは侵害行為は著しくないため、De minimis rule によりドイツの侵害行為を否定すべきとする意見も強い。

当初の CLIP 原則案では、効果を中心に規定していたが、それでは、侵害を開始ないし促進する行為を含めていた管轄に関する CLIP 原則 2:202 と整合しない。また、実質法上の侵害の認定に際して特定の要件を設けることによって、保護国で侵害物品を証明できなかった場合に特許権者が救済されないおそれがあったため、管轄規定 (CLIP 原則 2:202) と整合させた。

管轄については minimum contact rule がコンモノーのイギリス、アメリカでは認められてきたが⁷⁸、それを成文化したのが、管轄における CLIP2:202 第2文である。CLIP 原則 3:602 はこれと同趣旨である。これは、管轄は極めて緩く認められたり、被告の住所地に訴えられる場合も多いため、インターネット上に置かれたコンテンツが保護を要求する国に向けられたか疑わしい場合も管轄が認められるため、実質法上の原則である、De minimis

rule によって主張が棄却される形で機能する⁷⁹。

(2) 譲渡の申出

ウェブで特許侵害品を宣伝することが、「譲渡の申出」にあたるため、将来、ユビキタス侵害として問題となりうる (3(4)参照)。

7. 結語

属地主義の原則および保護国法の原則の修正が議論されている、ユビキタス侵害、および、インターネット上のプラットフォームの責任に関する準拠法の必要性と根拠を検討した。

ユビキタス侵害に関する規整は属地主義の例外であり、単一の法を適用する範囲は例外的であるべきである。しかし、インターネットメディアで情報が拡散 (spill over) する場合以外にも、世界中に効果を有するプラットフォームの責任、「譲渡の申出」の特許権侵害など、その適用範囲は拡大しうる。

インターネット上のプラットフォームでは、継続的に A による侵害がおこなわれ、Y の技術発展やビジネスモデルの確立、という XA 間の訴訟とは異質の利益を考慮すべきとして、直接侵害と別個独立の不法行為と性質決定して単一法を適用するアプローチは保護国法の原則に反しないと考えられる。

もっとも、ユビキタス侵害の準拠法ルール以外にプラットフォームに関する別個の準拠法ルールが必要か、また、適用範囲として P2P などの分散型の技術やクラウドが含まれるのか、XA 間の抗弁 (表現の自由やプライバシー) を準拠法選択の際どのように考慮するか、Y の中立性という各国実質法で異なる基準で準拠法選択を判断する必要がある等の問題がある。

さらに、保護国法の原則を維持しつつ、多国間

の法の適用による不都合を回避する、実質法上の De minimis rule などが、ユビキタス侵害以外にどの範囲で適用されるのかが問題となってこよう。

注)

- ¹ 知財高判平成 24-2-14 判時 2161 号 86 頁 [チュパチャップス控訴審]。Tiffany v eBay, 600 F.3d 93 (2nd Cir. 2010).
- ² Interflora (C-323/09); LV v. Google (C-236/08, 237-08, 238/08) [Adwords, 2010]
- ³ 東京高判平成 17 年 3 月 31 日平成 16 年 (ネ) 第 405 号 [ファイルログ]。Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster Ltd., 545 U.S. 913 (2005). 拙稿「著作権侵害の責任主体についての比較法的考察—P2P の問題を中心として—」筑波大学法科大学院創設記念・企業法学専攻創設 15 周年記念論集『融合する法律学 (下)』(2006 年・信山社) 705 頁
- ⁴ 最判平成 23 年 1 月 18 日民集 65 卷 1 号 121 頁 [まねき TV 最判], 最判平成 23 年 1 月 20 日民集 65 卷 1 号 399 頁 [ロクラク II 最判]。
- ⁵ Tiffany v eBay, 600 F.3d 93(2nd Cir. 2010); L'Oreal v. eBay (C-324/09). 作花文雄「ISP の『facility』提供と著作権侵害防止責任の均衡性・相応性」コピーライト 600 号 26 頁 (2011 年), 駒田泰士「Active か Neutral か—知的財産権の侵害に係るプロバイダの責任をめぐる近時の動向」『年報知的財産法 2012』42 頁。
- ⁶ LV v. Google (C-236/08, 237-08, 238/08) [Adwords, 2010]; Viacom International, Inc. vs. YouTube, Inc., 95 U.S.P.Q.2d, 1766 (S.D.N.Y.2010). 田村善之「検索サイトをめぐる著作権法の諸問題 (1) (2) (3・完) 一寄与侵害, 間接侵害, フェアユース, 引用等—」知的財産法政策学研究 16 号 73 頁, 17 号 79 頁, 18 号 31 頁 (2007)。拙稿「サーチエンジンにおける著作権侵害主体・フェアユースの法理の変容」筑波法政 46 号 21 頁 (2009 年)。奥邨弘司「動画共有サイトの民事責任に関する日米裁判例の比較」知的財産法政策学研究 33 号 105 頁 (2011 年)
- ⁷ Tiffany Inc. v. eBay, Inc., 576 F.Supp. 2d 463,484 (S.D.N.Y. 2008) (28 万個侵害物品がある)
- ⁸ 課金システム, 侵害の監視システム。Twitter, Facebook などの SNS による新しいサービスなど。
- ⁹ Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S.417 (1984), 431; MGM v. Grokster Ltd., 545 U.S. 913 (2005), 928.
- ¹⁰ Principles on Conflict of Laws in Intellectual Property, prepared by the European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP), Final text, 1 December 2011.
- ¹¹ The American Law Institute, Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes (2007).
- ¹² わが国では Y が教唆・帮助行為をしている場合として議論されているが, その想定事例は, Y と A が親子会社であったり, Y が侵害製品の部品を提供する事例で, Y がプラットフォームや場を提供する事例を想定していない。

- ¹³ わが国の日本法の透明化案について, 河野俊行編『知的財産権と涉外民事訴訟』(2010 年・弘文堂)。早稲田大学の日韓共同提案について, 木棚照一編著『知的財産の国際私法原則研究—東アジアからの日韓共同提案』(2012 年・成文堂)。それ以前の論稿として, 小泉直樹「いわゆる属地主義について—知的財産法と国際私法の間」上智法学論集 45 卷 1 号 (2001 年), 出口耕自「競争法・知的財産法」国際法学会編『日本と国際法の 100 年 VII 国際取引』(2001 年) 129 頁, 石黒一憲『国境を越える知的財産』(信山社・2005) 128 頁以下, 金彦叔『国際知的財産権保護と法の抵触』(信山社・2011) 参照。
- ¹⁴ Dinwoodie, Dreyfuss, Kur, The Law applicable to secondary liability in intellectual property cases, 42 N.Y.U.J.Int'l L.& Pol.201 (2009); Annette Kur, Haftung für Rechtsverletzungen Dritter: Reformbedarf im europäischen IPR?, WRP 971 (2011).
- ¹⁵ LVMH v. eBay, Tribunal de commerce [T.C.P.] [court of trade] Paris, 30 June, 2008, 40 IIC 611 (2009).
- ¹⁶ JJ Fawcett and P Torremans, Intellectual Property and Private International Law (2nd ed. 2011), paras.12.01-12.68; E.Ulmer, Intellectual Property Rights and the Conflict of Laws (1978), pp.9-12. 石黒・前掲書注 (13) 128 頁以下。駒田泰士「属地主義の原則の再考」工業所有権法学会年報 1 頁 (2003)。
- ¹⁷ 特に多数国にまたがる紛争の場合, 契約事項と違い, 当事者で準拠法を選択できない。
- ¹⁸ 特許期間満了後ジェネリック薬品の製造業者が同じ色のカプセルでジェネリック薬品を提供した事例で, 誤ったラベルを薬剤師が貼った商標権侵害行為に, 製造会社が寄与したかが問題となった。実際にラベルをはった者以外でも, 他人に侵害するよう故意に誘引する場合や, 知って侵害用途の製品を供給する場合には責任を負うと判示した。
- ¹⁹ 商標権者が, eBay の運営するオンラインマーケットが, 偽物の宝石が販売されているのを促進しているとして, 商標権の直接侵害, 寄与侵害を主張した事例で, 単に海賊品がウェブサイトで売られていることを知っているだけでは Inwood 判決の基準を満たさない。また, eBay は海賊品に対してわざと無視しているわけではなく, X が海賊品を探知し除去できるメカニズムを提供している以上, 責任を負わないと判示した。
- ²⁰ LJ Oswald, International Issues in Secondary Liability for Intellectual Property Rights Infringement, 45 American Business Law Journal (2008), 247-282, 248-249.
- ²¹ JJ Fawcett and P Torremans, supra note16, para.17.36.
- ²² Alexander Peukert, Territoriality and Extraterritoriality in Intellectual Property Law, in Günther Handl, Joachim Zerkoll & Peer Zumbansen (eds), Beyond Territoriality (2012), pp.189, 227. この防止策として, 国際的な最低限の保護水準を多国間協定での設定があげられる (3 (1) (2), 4 (2) 参照)。
- ²³ 元永和彦「特許権の国際的な保護についての一考察」筑波大学大学院企業法学専攻十周年記念論集・現代企業法学の研究 (2001年) 575頁, 石黒前掲書注 (13), 金・前掲書注 (13) 212頁参照。ただし事例を修正した。root theoryへの批判 (後述5(2)) も参照。
- ²⁴ J. Ginsburg, Private international law aspects of the protec-

- tion of works and objects of related rights transmitted through digital networks, WIPO, CGPIC/3, November 30, 1998, pp.39-41.
- ²⁵ Dinwoodie, A new Copyright Order: Why National Courts Should Create Global Norms, 149 U.Pa. L. Rev. 469 (2000).
- ²⁶ 松尾和子・佐藤恵太「ドメインネーム紛争」(2001年・弘文堂)。
- ²⁷ Council Directive 93/83/EEC of 27 September 1993 on the Coordination of Certain Rules Concerning Copyright and Rights Related to Copyright Applicable to Satellite Broadcasting and Cable Retransmission [1993] OJ L248/15.
- ²⁸ Directive 2000/31/#C of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce')[2000] OJ L178/1.
- ²⁹ E-Commerce Directive, Annex.
- ³⁰ 訴えが被告の住所地でなされ、法廷地法が適用され、かつ法廷地国の市場が影響を受ける場合、または、複数被告を同じ裁判所で訴えた場合は、各被告の反競争的行為が法廷地国の市場に影響を与える場合である。
- ³¹ ALI 原則では、§§212, 221-223 で規定されている。ただし、多くの異なる当事者の訴訟の併合を ALI 原則は想定しない。基本的に同一当事者間での多数の商品に関する訴訟の併合を念頭においている (Boosey & Hawkes Music Publishers, Ltd. v. Walt Disney Co., 145 F.3d 481, 484 (2d Cir. 1998)参照)。CLIP 原則では、CLIP2:101 (一般管轄), 2:202 (侵害の特別管轄), 2:203 (管轄の範囲), 2:206 (多数被告) を規定している。
- ³² Dinwoodie, Remarks, 30 Brook.J.Int'l L. 885, 894 (2005).
- ³³ Dinwoodie, A new Copyright Order: Why National Courts Should Create Global Norms, 149 U.Pa. L. Rev. 469 (2000).
- ³⁴ JJ Fawcett and P Torremans, supra note 16, para. 17.25.
- ³⁵ 早稲田の日韓共同提案 306 条 1 項は「知的財産権の侵害が不特定かつ多数の国で生じ又は生じた場合には、裁判所はその侵害につき全体として最も密接な関連を有する国の法を適用するものとする」と規定し、ユビキタス侵害を De minimis rule 同様に制限的に解する (6 (1) 参照)。日本法の透明化案 302 条 1 項は、「知的財産権侵害訴訟において、被疑侵害行為が『ユビキタス』の場合における準拠法は、知的財産の利用行為の結果が最大か最大となるべき国の法とする」と規定するが、ユビキタス侵害を制限的に解するかは不明である。
- ³⁶ Conflict of Laws in intellectual property-The CLIP Principles and Commentary (OUP・2013) (以後'CLIP Commentary'として引用する), prara. 3:603.N12.
- ³⁷ これに対して、ユビキタス侵害の管轄 (CLIP 原則 2:203(2)) は世界中で受信できるいかなる通信も含む。
- ³⁸ CLIP Commentary, para.3:603.C09.
- ³⁹ 知財高判平成 22 年 9 月 15 日判タ 1340 号 265 頁 [モータ控訴審] は、サムソングループの韓国法人がウェブサイトに侵害物品および日本向けにその購入問い合わせ等を掲載していた事例で、民事訴訟法 5 条 9 号の不法行為地として、申出の発信行為または受領という結果がわが国で生じたとして、わが国の裁判管轄を肯定した。
- ⁴⁰ Playboy Enters., Inc. v. Chukleberry Corp., 939 F.Supp. 1032, 1040 (S.D.N.Y. 1996) (商標権のない国 (イタリア) でのサイトを禁止できないが、アメリカ人がイタリアのウェブにアクセスすることを制限しうる)。
- ⁴¹ わが国の裁判例は、特許権の差止請求を特許権の効力と性質決定して登録国法、損害賠償請求を不法行為地法と分けて論じている。その上で、教唆・幫助について、損害賠償請求については不法行為地法 (結果発生地) とし、日本の特許権を日本で侵害する行為を外国で教唆・幫助する場合には、日本が原因事実発生地として、日本法が適用されるとしている (最判平成 14 年 9 月 26 日民集 56 卷 7 号 1551 頁 [FM 信号])。その理由として、第 1 に、日本法を準拠法としても、日本における直接侵害行為を認識している限り、適法に関する予測可能性を害しないこと、第 2 に、教唆・幫助行為に関する準拠法を日本法とすることにより、日本での直接侵害行為と同じ準拠法で紛争を解決できる点をあげている (高部真規子・実務詳説 特許関係訴訟法 [2 版] 297 頁)。
- ⁴² ICANN's UDRP, P 4(b) は、ドメイン名の占拠 (cybersquatting) にあたるかを決定するいくつかの要素を設定している。UDRP は国内法の準拠法選択を述べているが、実際には、UDRP は多くの国で、事実上の国際標準となっている。その根拠はドメイン名の占拠する行為が、パリ条約 10 条 bis の不正競争の国際法規範に明らかに反すると、WIPO の加盟国が同意しているからである。
- ⁴³ MGM. v. Grokster Ltd., 545 U.S. 913 (2005), 934-936; Tiffany v eBay, 600 F.3d 93(2nd Cir. 2010), 106-109.
- ⁴⁴ Playboy Enters., Inc. v. Chukleberry Corp., 939 F.Supp. 1032 (S.D.N.Y. 1996), 1036-1037.
- ⁴⁵ Dinwoodie, Dreyfuss, Kur, supra note 14.
- ⁴⁶ 寺本振透ほか編集『解説改正著作権法』(2010年・弘文堂) 9-11 頁。
- ⁴⁷ 著作権侵害の責任主体の実態は、物権の侵害ではなく XY 間の不法行為であるとする主張として、拙稿「著作権侵害の責任主体—不法行為法および私的複製・公衆送信権の視点から」『現代社会と著作権』(齊藤博先生御退官記念論文集・2008年・弘文堂) 197 頁。Menell, Nimmer, Legal Realism in Action: Indirect copyright liability's continuing tort framework and Sony's de facto demise, 55 UCLA L. Rev. 143 (2007).
- ⁴⁸ 拙稿「間接侵害」『特許訴訟』(専門訴訟講座 6) (民事法研究会・2012年) 265 頁。
- ⁴⁹ 東京高判平成 17・3・3 判時 1893 号 126 頁 [2 ちゃんねる小学館事件控訴審] (電子掲示板の運営者に違法な書き込みの訂正義務を認めたらうえで不作為の著作権侵害に基づく削除請求を認めた)。知財高判平成 24 年 2 月 14 日判時 2161 号 86 頁 [チュパチャップス控訴審] (商標権者等から指摘を受けた場合は、ウェブページの運営者は侵害の有無を調査すべきで、侵害の放置を一定期間継続した場合には、商標権侵害と評価される)。
- ⁵⁰ [まねき TV 最判], [ロクラク II 最判]。ドイツ法について、拙稿「著作権侵害の責任主体に関するわが国判例法理の比較法上の位置づけ—テレビ視聴サービスの事例を中心に—」知財管理 57 卷 3 号 357 頁 (2007 年)、横山久芳「ドイツ著作権法における『間接侵害』の規律のあり方」現代知的財産法講座 III (2012 年・日本評論社) 135 頁。なお、集中型の P2P については、連結点の候補として、集中型のサーバーが置かれている国の

法とアクセスしうる国の法があげられる。[ファイルローグ]が、Yの公衆送信権違反という直接侵害の構成を採用し、Yのサーバーがカナダにあるにもかかわらず、日本著作権法を適用したのは、利用するユーザーAもYも日本人がほとんどであったからであろう。

- ⁵¹ MGM v. Grokster Ltd., 545 U.S. 913 (2005), 934-935 も Y への過失責任を否定していない。オーストラリアの authorisation は独立の訴訟原因である。Universal Music Australia Pty Ltd v. Sharman License Holdings Ltd, [2005] FCA 1242 (ファイル交換ソフト KaZaA の大部分が侵害用途に使われ、Y のユーザー A に対する音楽ソフトの交換の違法性の警告では侵害拡大防止に不十分であり、Y は A の侵害を authorize したとして侵害を認定)。ALI §301, Reporters' note6 参照。
- ⁵² Tkaczewski v. Rider Truck Rental, Inc., 22 F.Supp. 2d 169, 173 (S.D.N.Y. 1998)
- ⁵³ MGM v. Grokster Ltd., 545 U.S. 913 (2005), 929-930; Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S.417 (1984), 430.
- ⁵⁴ CLIP Commentary, para.3:604.C17.
- ⁵⁵ 早稲田の日韓共同提案 305 条は「保護国法を適用して知的財産権の侵害を認定する裁判所は、直接侵害行為を教唆又は幫助し、及びそれらを実質的に準備する行為については、その行為の全部又は一部が保護国の領域外で行われた場合であっても、その行為が保護国に向けられており、かつ、保護国において直接的で実質的な損害を及ぼすおそれがあるときは、その範囲内において侵害を認定できるものとする」と規定する。De minimis の法理 (CLIP 原則 3:602) と同じく、一定の要件で、保護国法を教唆・幫助行為にも適用できる場合を認める実質法適用の際の解釈規定とされ (木棚編著・前掲書注 (13) 33 頁), ALI 原則と同じく直接侵害の国の法が適用するのである。
- ⁵⁶ CLIP Commentary, para.3:604.C17.
- ⁵⁷ CLIP Commentary, para.3:604.C11.
- ⁵⁸ CLIP Commentary, para.3:604.C16.
- ⁵⁹ もっとも、インターネット上の分散化された技術は世界中に効果を生じるとして、ユビキタス侵害により単一の法を適用することが多いため、さほど違いはないのかもしれない。
- ⁶⁰ 拙稿・前掲注 (47)「著作権侵害の責任主体—不法行為法および私的複製・公衆送信権の視点から」218 頁。
- ⁶¹ Inwood Labs., Inc. v. Ives Labs., Inc., 456 U.S.844, 853-54 (1982).
- ⁶² これは、実質法レベルでも、特許権の間接侵害の独立説に対してなされる批判であり、独立説を採用すると、A が特許権の試験・研究をおこなう場合や、A が国外での実施をなす場合でも、Y が間接侵害責任を負うとして批判される。拙稿「間接侵害」前掲注 (48) 269-279 頁。
- ⁶³ 河野編著・前掲書注 (13) 299・300 頁 [小島立執筆]。
- ⁶⁴ Scarlet Extended SA v Societe Belge des Auteurs, Compositeurs et Editeurs SCRL (SABAM) (C-70/10) November 24, 2011 (ECJ). インターネット・アクセス・プロバイダの Scarlet 社に対して P2P による違法なファイルを特定しブロックするフィルタリングソフトのインストールを命じたベルギー裁判所の差止命令は、電子商取引指令 15 条 1 項が禁止する一般的監視義務と整合せず、また、

プロバイダの営業の自由や顧客の個人データの基本権を害するおそれがあると判示した。

- ⁶⁵ SNS プラットフォーム提供会社の Netlog に対して、ユーザーの全てのデータを監視するための無期限のフィルターをインストールするよう要求することは、一般監視義務を課すことにつながるとして、Scarlet Extended 判決と同様にホスティングサービスプロバイダに対する差止請求が否定された。判旨は、フィルターシステムにつき、著作権者とサービスプロバイダ間の公正な利益考量だけでなく、ユーザーの個人データの保護や情報を享受する自由との間の利益考量もおこなっている。
- ⁶⁶ また、Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp., 106 F.2d 45, 52 (2nd Cir.1939)で、Learned Hand 判事は、擬制信託の構成を採用し、原告は、米国内で侵害コピーがなされた場合に、海外での映画の展示から得られる利益を回復し得ると判示した。
- ⁶⁷ Dinwoodie, Dreyfuss, Kur, supra note14 at 222-23.
- ⁶⁸ 茶園成樹「特許権侵害に関連する外国における行為」NBL679 号 13 頁。
- ⁶⁹ 石黒・前掲書注 (13) 242-43 頁
- ⁷⁰ CLIP Commentary, para.3:604.C07.
- ⁷¹ Twentieth Century Fox v British Telecommunications Plc (NewzBin2), [2012] 1 All E.R. 806 (Usenet を活用することにより、海賊版の映画テレビ番組が掲載された NewzBin2 の URL へのリンク情報を容易に取得できる場合に、アクセスをブロックする技術的措置をサービスプロバイダ (British Telecom) に命じた)
- ⁷² 駒田・前掲注 (5) 42 頁。
- ⁷³ Y は広告主 A にキーワードを売り、X の商標を入れて検索するとスポンサーリンクの欄に X の競争者の A のサイトへのリンクが表示される事例。Y の顧客 A がキーワードを選ぶことは商標の「使用」にあたるが、Y が A のキーワード選択を認め情報を蓄積することは、Y 自身が商標を「使用」することにあたらないと判示した。
- ⁷⁴ 媒介者が蓄積されたデータを知ったりコントロールすることを認めて積極的な役割を果たす場合には、電子商取引指令 14 条の「hosting」(サービスの受け手から提供された情報の蓄積からなる)による免責にあたらないとする。積極的な役割とは、売られた商品の提供を最適化し促進することをさすと判示した。
- ⁷⁵ CLIP Commentary, para.3:603.N08. 共同被告自体は侵害訴訟の構造において中立で、管轄、準拠法、実質法上のレベルでの制限等を決定する要素として考慮される。
- ⁷⁶ BGH v.23.10.1970, GRUR 1971, 153-Tampax;p
- ⁷⁷ ドイツのホテルチェーンと類似の名前を有するコペンハーゲンのホテルが、インターネットで、ドイツ語を含むいくつかの言語で広告した事例で、ドイツの登録商標権者が訴えた事例。
- ⁷⁸ 石黒一憲『国際民事訴訟法』(1996・新世社) 138-141 頁。
- ⁷⁹ BGH v.13.10.2004, GRUR 1989, 431-Hotel Maritime.