

令和2年3月19日判決言渡

令和元年（ネ）第10049号 商標権侵害行為差止等請求控訴事件

（原審・東京地方裁判所平成28年（ワ）第23327号（第1事件），同第38566号（第2事件））

口頭弁論終結日 令和2年1月28日

判 決

控訴人兼被控訴人

F C 2 , I N C .

（以下「FC2」という。）

訴訟代理人弁護士

高 橋 淳

同

壇 俊 光

訴訟復代理人弁護士

宮 川 利 彰

控訴人兼被控訴人

株 式 会 社 ド ワ ン ゴ

（以下「ドワンゴ」という。）

訴訟代理人弁護士

宮 川 美 津 子

同

波 田 野 晴 朗

同

高 山 大 蔵

同

長 岡 征 斗

補佐人弁理士

右 馬 埜 大 地

主 文

- 1 ドワンゴの本件控訴に基づき，原判決の第2項（「第2事件について」）を次のとおり変更する。

- (1) F C 2 は、原判決別紙第 2 事件ウェブサイト目録記載の各ウェブサイト、原判決別紙第 2 事件標章目録記載の各標章を使用してはならない。
  - (2) F C 2 は、前項のウェブサイトから、前項の標章を削除せよ。
  - (3) F C 2 は、ドワンゴに対し、992万6250円及び別紙計算書の「年月」欄に対応する「損害額合計」欄記載の各金額に対する、これに対応する「支払起算日」欄記載の日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。
  - (4) ドワンゴのその余の請求をいずれも棄却する。
- 2 F C 2 の本件控訴を棄却する。
  - 3 訴訟費用（控訴費用を含む。）は、第 1 審及び第 2 審を通じてこれを8分し、その7をF C 2 の負担とし、その余をドワンゴの負担とする。
  - 4 この判決は、第 1 項(3)に限り、仮に執行することができる。
  - 5 F C 2 のために、この判決に対する上告及び上告受理申立てのための付加期間を30日と定める。

## 事 実 及 び 理 由

### 第 1 控訴の趣旨

#### 1 F C 2

原判決を次のとおり変更する。

- (1) ドワンゴは、原判決別紙第 1 事件ウェブサイト目録記載の各ウェブサイト、原判決別紙第 1 事件標章目録記載の標章を使用してはならない。
- (2) ドワンゴは、前項のウェブサイトを表示するための h t m l ファイルの <meta name=" Description" content=" >に前項の標章を記載してはならない。
- (3) ドワンゴは、F C 2 に対し、1 億円及びこれに対する平成 2 8 年 9 月 3 0

日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

## 2 ドワンゴ

原判決を次のとおり変更する。

- (1) F C 2は、原判決別紙第2事件ウェブサイト目録記載の各ウェブサイト、原判決別紙第2事件標章目録記載の各標章を使用してはならない。
- (2) F C 2は、前項のウェブサイトから、前項の標章を削除せよ。
- (3) F C 2は、ドワンゴに対し、2332万8000円及びこれに対する平成28年12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。

## 第2 事案の概要（略称は、特に断りのない限り、原判決の例による。）

### 1 事案の要旨

第1事件は、原判決別紙第1事件商標目録記載1の商標（甲商標）の商標権者であるF C 2が、ドワンゴによる原判決別紙第1事件標章目録記載の標章（乙標章）の使用が商標権侵害及び不正競争行為に当たると主張して、ドワンゴに対し、不正競争防止法3条1項に基づき、原判決別紙第1事件ウェブサイト目録記載の各ウェブサイト（乙ウェブサイト）及び乙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項及び不正競争防止法5条3項に基づき、1億円（一部請求）及びこれに対する損害賠償請求の対象である不法行為が終了した日である平成28年9月30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事案である。

第2事件は、原判決別紙第2事件商標目録記載の商標（乙商標）の商標権者であるドワンゴが、F C 2による原判決別紙第2事件標章目録記載の各標章（甲標章）の使用が商標権侵害に当たると主張して、F C 2に対し、商標法36条に基づき、原判決別紙第2事件ウェブサイト目録記載の各ウェブサイト（甲ウェブサイト）における甲標章の使用の差止め及び削除を求めるとともに、民法709条及び商標法38条2項、3項に基づき、2332万8000円（一部

請求)及びこれに対する不法行為の後の日(訴状送達の日翌日)である平成28年12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事案である。

なお、ドワンゴは、第2事件における損害賠償請求に関し、訴状では、平成25年10月1日から平成28年9月末日までのFC2によるブロマガの配信サービスの購読料に基づく損害として請求したが、平成31年2月7日の原審第20回弁論準備手続期日において、請求の原因を変更し、平成25年10月1日から平成30年6月末日までのFC2によるブロマガの配信サービスの購読料に基づく損害の一部として請求するものとした。

原判決は、第1事件について、損害賠償金656万5554円及び遅延損害金の支払の限度でFC2の請求を認容し、その余のFC2の請求を棄却し、第2事件について、甲ウェブサイトにおける甲標章の使用の差止め、甲ウェブサイトからの甲標章の削除、損害賠償金867万7823円及び遅延損害金の支払の限度でドワンゴの請求を認容し、その余のドワンゴの請求を棄却した。

FC2及びドワンゴは、それぞれ、敗訴部分を不服として本件控訴を提起した。

## 2 前提事実

原判決「事実及び理由」の第2の2(3頁25行目～6頁23行目)記載のとおりであるから、これを引用する。

## 3 争点

### (1) 第1事件

#### ア 商標法36条1項に基づく請求について

(ア) ドワンゴが提供する役務が甲商標の指定役務と同一又は類似であるか(争点1(1)-1)

(イ) ドワンゴ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か(争点1(1)-2)

(ウ) 先使用権の抗弁の成否 (争点 1 (1) - 3)

(エ) 甲商標の無効の抗弁の成否 (争点 1 (1) - 4)

(オ) 商標権の正当な権利行使の抗弁の成否 (争点 1 (1) - 5)

(カ) F C 2 の損害の発生及び損害額 (争点 1 (1) - 6)

イ 不正競争防止法 2 条 1 項 1 号に基づく請求について

(ア) ドワンゴによる乙標章の使用は不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の不正競争に該当するか (争点 1 (2) - 1)

(イ) 商標権の正当な権利行使の抗弁の成否 (争点 1 (2) - 2)

(ウ) F C 2 の損害の発生及び損害額 (争点 1 (2) - 3)

(2) 第 2 事件

ア F C 2 が提供する役務が乙商標の指定役務と同一又は類似であるか (争点 2 - 1)

イ 先使用権の抗弁の成否 (争点 2 - 2)

ウ 乙商標の無効の抗弁の成否 (争点 2 - 3)

エ 商標権の正当な権利行使の抗弁の成否 (争点 2 - 4)

オ ドワンゴの損害の発生及び損害額 (争点 2 - 5)

第 3 争点に関する当事者の主張

以下のとおり訂正するほか、原判決「事実及び理由」の第 2 の 4 (7 頁 2 2 行目～28 頁 1 8 行目) 記載のとおりであるから、これを引用する。

1 争点 1 (1) - 1 (ドワンゴが提供する役務が甲商標の指定役務と同一又は類似であるか) について

(1) 原判決 9 頁 3 行目末尾に行を改めて次のとおり加える。

「ウ ドワンゴは、後記のとおり、この点に関する原判決の判断に誤りがある旨主張する。

しかしながら、原判決は、「ユーザーブロマガ」サービスは、プレミアム会員がブログを開設することができるとともに、ブログ記事を配信で

きるサービスであること、ニコニコのウェブサイトには「ブロマガ」の項目があり、ユーザーに対して「ブログを開設」「ブログをはじめる」などの項目が表示されていること、ブログ記事を作成するとダウンゴサーバーに蓄積され、記事はメール配信しないことも可能であること、プレミアム会員の説明には特典として「ブログの開設」があることが掲載されていることなどから、ダウンゴサービスは「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」に類似する旨判断したものであって、同判断に誤りはない。」

(2) 原判決10頁24行目末尾に行を改めて次のとおり加える。

「エ この点に関し原判決は、一般的に、利用者がブログを開設、投稿して他人にそれを閲覧させるためのプラットフォームを提供するサービスは独立した役務といえるとして、ダウンゴの「ユーザーブロマガ」サービスにおけるブログ開設・作成・投稿機能は独立した役務（商標上の役務）として提供されており、かかる機能の提供は、甲商標の指定役務に含まれる「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」に類似する旨判断した。

しかしながら、原判決は、商標法上の役務の考え方やその判断基準、ユーザーブロマガにおけるブログ開設・配信・投稿機能を独立した役務と評価する具体的な判断基準に一切触れていない。

ブログの開設・投稿・閲覧が可能となるサービスは多種多様であり、純粋なサーバーのレンタルのようなサービスもあれば、ダウンゴ提供サービスのようにコンテンツ配信のためにブログの開設・投稿・閲覧の機能を持つサービスもある。これらの各種コンテンツサービスにおけるコンテンツの作成・閲覧機能を独立した役務と評価すべきであるかは、各サービスの内容等に応じて需要者の認識を基準に検討すべき問題である。」

2 争点1(1)－2(ドワンゴ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か) について

原判決13頁15行目末尾に行を改めて次のとおり加える。

「ウ 原判決の認定に関し

原判決は、ウェブ閲覧用ページの「投稿」や「ブログをはじめる」のリンクからブログ開設・作成・投稿が可能となるページへのリンクがされていることから、乙標章は、ブログ開設・作成・投稿の提供のために使用されている旨認定した。

しかしながら、リンクは「投稿」や「ブログをはじめる」のタブに設けられており、リンクには「ブロマガ」との標章は使用されていない。また、リンク先のブログ開設・作成・投稿機能が提供されているページでも「ブロマガ」の標章は使用されていない。リンクは、あくまでウェブサイトへの場所(URL)を分かりやすく示す機能に過ぎず、本件のリンクもブログ開設・作成・投稿機能を提供するウェブサイトへ誘導する機能を有するに過ぎない。

しかも、リンク先のブログ開設・作成・投稿機能を提供するウェブサイトでは、上部の「チャンネルを開設」のタブにハイライトがされ、これをクリックすると、ニコニコチャンネルの開設ページに到達する。一方、ブロマガの閲覧ページにおいては「ブロマガ」が黒くハイライトされており、「チャンネルを開設」部分はハイライトされていない。このことからしても、上記ウェブサイトは、「チャンネルを開設」のページの下位に位置付けられたページであり、「チャンネルを開設」がニコニコのサービスであるニコニコチャンネルについてのサイトである。つまり、仮にブログ開設・作成・投稿機能が独立した役務として提供されているとしても、これは、より上位の「ニコニコ」のサービスのひとつとして提供されているものであって、配信サービスである「ブロマガ」の標章の下で提供されているもの

とはいえない。」

3 争点1(1)－6（F C 2の損害の発生及び損害額）について

(1) 原判決17頁4行目末尾に行を改めて次のとおり加える。

「エ 原判決の認定に関し

(ア) 商標法38条2項に基づく損害

原判決は、ドワンゴのポータル事業全体の利益率を踏まえて、平成25年11月1日から平成28年9月末日までの期間を通じたニコニコの利益率を●●●と認定した上で、ドワンゴが同期間にニコニコの会員から得たプレミアム会員費に、上記利益率及びプレミアム会員のうちブログを開設した者の割合（平均●●●●●）を乗じ、更に●●●●●を乗じた金額がF C 2の損害額である旨認定した。

しかしながら、上記認定には、①ドワンゴのブロマガサービスによる売上げはプレミアム会員費だけではないにもかかわらず、計算の元となる売上げをプレミアム会員費に限定した点、②売上げをプレミアム会員費の合計としているにもかかわらず、利益率だけをポータル事業全体から計算して、一般の管理費や全社的な経費の配賦（甲88，89）まで控除した点、③ブロマガサービスは、プレミアム会員であれば、ブログを開設したければ開設できる状態で提供されているにもかかわらず、実際にブログを開設した者の割合に利益の範囲を限定し、また、ドワンゴの主張（乙226，230）を鵜呑みにして上記割合を認定した点、④プレミアム会員の中にブログを開設していない者がいることや、ブロマガがニコニコにおけるサービスの1つに過ぎないことは、実際にブログを開設した者の割合を乗じることで評価済みであるにもかかわらず、これらの事情を理由に、更に●●●●●を控除することによって、控除をダブルカウントした点、⑤具体的・客観的な根拠無しに●●●●●もの法外な控除をすることによって、商標法

38条2項の損害額推定規定を無意味なものとした点に誤りがある。

(イ) 商標法38条3項に基づく損害

原判決は、ニコニコのプレミアム会員費を支払った者のうちの極めて多くの者は、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などを考慮すれば、ダウンゴが乙標章を使用したことに対しFC2の受けるべき金銭の額が、原判決の認定に係る商標法38条2項に基づく損害額を超えるものとは認められない旨判断した。

しかしながら、役務を提供している以上、使用料は発生するのであるから、実際にブログを開設している者の割合が少ないことは、使用料相当額を減じる理由にならず、仮に控除するとしても、ブログを開設していない者の売上げを控除すれば足りる。

商標法38条2項の利益と同条3項の使用料相当額とは、全く別の計算方法で損害額を推定するものであるから、後者の金額を計算せしめず、前者の金額がこれを超えると判断することはできず、原判決には審理不盡の違法がある。」

(2) 原判決19頁17行目末尾に行を改めて次のとおり加える。

「エ 原判決の認定に関するFC2の主張に対し

以下のとおり、FC2の主張はいずれも当を得ないものである。

(ア) 商標法38条2項に基づく損害

まず、FC2の主張する前記①の点について、FC2が主張するダウンゴの売上げ、すなわち有料のブロマガ（CHブロマガ）の購読者から受領する収益及びニコニコ全体の売上げのうち、前者は記事コンテンツの購読者から受領する購読料の一部であって、配信サービスに係る対価であり、後者はニコニコアプリなど「ブロマガ」標章と無関係なサービスに係るダウンゴの売上げであって、いずれも「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」とは関係

がない。

前記②の点については、決算期によってばらつきはあるものの、F C 2 の請求に係る期間におけるドワンゴの利益率は●●●前後にとどまっているので、本件損害賠償請求の対象となる全期間を通じて、ドワンゴの利益率を●●●と認定すること自体は不合理でない。

前記③の点については、プレミアム会員費は多様なサービスの対価であり（乙 2 2 6）、その大多数はおよそブログとは関係ないサービス（動画視聴関連サービス等）であって、ブログを開設していないプレミアム会員は、ブログ開設・作成・投稿機能を全く利用していない。そのため、かかる会員から収受したプレミアム会員費について、甲商標権の侵害行為により得た利益と評価することはできない。

前記④の点については、原判決は、ドワンゴが得た利益について、ブログ開設者の割合を乗じた上で更に●●●●を乗じたものではなく、上記利益に対し、端的に●●●●を乗じたものに過ぎない。

前記⑤の点については、プレミアム会員のうちのブログ開設者においても、ブログサービス以外の多数のサービスを利用している。そして、入会後のファーストアクション（入会后、最初にブログ関連ページにアクセスした者の割合）、ユーザーブロマガにおいて記事コンテンツを投稿した者の割合等を考慮すれば、ブログ開設者においても、ブログサービス自体は重視されていないことが明らかである。また、乙標章はドワンゴ提供サービスを示すものとして周知であって、需要者は、ドワンゴによって提供されるニコニコのサービスとして上記サービスを認識していたものであるから、乙標章を付したことにより F C 2 が得たと認める利益は、ブログ開設会員の中においても 0. 0 5 % 程度にとどまるものといえる。」

#### 4 争点 2 - 4（商標権の正当な権利行使の抗弁の成否）について

(1) 原判決 25 頁 23 行目末尾に行を改めて次のとおり加える。

「なお、F C 2 が提供するブログサービスは、会員が自分でブログ等を作成して有償で配信することを可能とするシステムを提供するサービスであるところ、F C 2 が会員に提供しているのはブログ開設・公開の為のサーバースペースとブログ開設・記事作成・管理のためのプログラムであり、会員が作成した記事をサーバーに記録して希望するユーザーに配信するだけであって、ブログと独立して配信サービスが存在するわけではない。このように、F C 2 が提供するブログサービスは、「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」そのものであって、記事の配信の部分は当該役務が当然予定しているのであるから、商標権の正当な権利行使の抗弁が認められることは当然である。」

(2) 原判決 26 頁 9 行目末尾に行を改めて次のとおり加える。

「なお、仮に、F C 2 のブロマガサービスにより配信されるコンテンツ自体がブログの記事に類似又は由来するものであったとしても、ブログサービスとは区別された独自のサービスとして提供されている以上、同サービスは「電子出版物の提供」に該当するものであり、商標権の正当な権利行使となるものではない。」

5 争点 2-5 (ドワンゴの損害の発生及び損害額) について

原判決 26 頁 11 行目冒頭から 28 頁 18 行目末尾までを次のとおり改める。

「(ドワンゴの主張)

ア 損害の発生

ドワンゴは、乙商標をニコニコのブログサービスの表示として使用しており、高い顧客吸引力を有する。そして、F C 2 による甲標章の使用によって乙商標の出所表示機能が害され、市場においてドワンゴの売上げが減退する関係にあるから、商標法 38 条 2 項及び 3 項の適用がある。

イ 商標法 38 条 2 項に基づく損害 (主位的主張)



費は、上記サービスによる商標権侵害に直接必要な費用とはいえない。

したがって、商標法38条2項に基づく損害額を算定するに当たり、プロマガ負担保守運営費を経費として控除すべきではない。

また、同項による損害額の推定を覆滅する事由としてFC2が主張する事情は、いずれも覆滅事由とはならない。

(イ) 弁護士費用相当額の損害は、前記(ア) bの損害額の20%に相当する●●●●●●●●●●を下らない。

(ウ) 前記(ア)及び(イ)によれば、平成25年10月1日から平成30年6月末日までの期間に係る損害額は合計●●●●●●●●●●●●●●●●を下らない。

ドワンゴは、上記損害の一部として、2332万8000円及びこれに対する不法行為の後の日（訴状送達の日翌日）である平成28年12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。

ウ 商標法38条3項に基づく損害（予備的主張）

(ア) 前記イ(ア) aのとおり、平成25年10月1日から平成30年6月末日までに、FC2がFC2のブログの配信サービスの対価として受領したシステム使用料及びアフィリエイト手数料の合計額は、●●●●●●●●●●●●●●●●である。

そして、乙商標の周知・著名性、高い顧客吸引力及び広告宣伝機能を考慮すれば、乙商標の使用料相当額は使用対価の10%を下らない。

したがって、上記金額の10%に相当する●●●●●●●●●●●●●●●●（1円未満切上げ）がドワンゴの損害額である。

(イ) 弁護士費用相当額の損害は、前記(ア)の損害額の20%に相当する●●●●●●●●●●●●である。

(ウ) 前記(ア)及び(イ)によれば、平成25年10月1日から平成30年6月末日までの期間に係る損害額は合計●●●●●●●●●●を下らない。

ドワンゴは、上記損害の一部として、2332万8000円及びこれに対する不法行為の後の日（訴状送達の日翌日）である平成28年12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。

(F C 2の主張)

ア 損害の発生について

前記(10)（引用に係る原判決第2の4(10)）のF C 2の主張のとおり、乙商標の指定役務である「電子出版物の提供」の「電子出版物」とは、いわゆる電子書籍を意味するものであって、インターネット上のブログ記事は含まれないから、ドワンゴは、乙商標を使用していない。

したがって、F C 2による甲標章の使用によって乙商標の出所表示機能が害されて、市場において、ドワンゴの売上げが減退することにはなり得ず、損害は発生していないから、商標法38条2項及び3項の適用はない。

イ 商標法38条2項に基づく損害（主位的主張）について

(ア) 前記（ドワンゴの主張）イ(ア) a の事実は認める。

(イ) F C 2がブログサービスで得た利益（限界利益）を算定するに当たっては、前記（ドワンゴの主張）イ(ア) a のシステム使用料及びアフィリエイト使用料の合計額から、決済手数料及びブロマガ負担保守運営費を控除する必要がある。

乙231でも、一定の範囲まで売上げの増加によって保守費用やサーバーに関する費用が増加していることが示されている。変動費に当たるために、売上げと完全に正比例の関係に立つことまで要するわけではない。

そして、これらの経費を控除すると、平成25年10月1日から平成30年6月末日までの収支はマイナスである。

(ウ) また、損害額の算定に際しては、ドワンゴ及びFC2のブログサービスはいずれも「電子出版物の提供」に該当しないこと、甲標章は、主にFC2ブログのユーザー向けにFC2のブログサービスの説明をする態様で使用されており、ユーザーに対するブログ購入を誘引する形態での使用は少ないこと、甲標章はFC2のブログサービスの表示として高い顧客吸引力があり、他方、乙商標には顧客吸引力はないこと等から、FC2が得た利益のうち99.5%については商標法38条2項による損害額の推定が覆滅される。

ウ 商標法38条3項に基づく損害（予備的主張）について

前記イ(イ)及び(ウ)の事情に照らせば、乙商標の使用料率は0.1%を上回ることはない。」

#### 第4 当裁判所の判断

当裁判所は、①第1事件について、FC2の請求は、民法709条及び商標法38条2項に基づき、損害賠償金656万5554円及びこれに対する遅延損害金の支払を求める限度で理由がある、②第2事件について、ドワンゴの請求は、商標法36条に基づき、甲ウェブサイトにおける甲標章の使用の差止め及び削除、並びに民法709条及び商標法38条2項に基づき、損害賠償金992万6250円及びこれに対する遅延損害金の支払を求める限度で理由があるものと判断する。その理由は、以下のとおり訂正するほか、原判決「事実及び理由」の第3の1ないし14（28頁20行目～52頁14行目）記載のとおりであるから、これを引用する。

1 争点1(1)－1(ドワンゴが提供する役務が甲商標の指定役務と同一又は類似であるか)について

原判決35頁1行目末尾に行を改めて次のとおり加える。

「さらに、ドワンゴは、原判決は、商標法上の役務の考え方やその判断基準、ユーザーブロマガにおけるブログ開設・配信・投稿機能を独立した役務と評価する具体的な判断基準に一切触れていない点で不当であり、また、各種コンテンツサービスにおけるコンテンツの作成・閲覧機能を独立した役務と評価すべきであるかは、各サービスの内容等に応じて需要者の認識を基準に検討すべき問題である旨主張する。

しかしながら、本件の事実関係の下において、「ユーザーブロマガ」サービスにおけるブログの開設及びブログ記事の作成・投稿機能が、他のサービスなどに付随して提供される業務であって商標法上の役務に含まれないということできないことは、引用に係る原判決第3の1(2)及び(3)において、既に説示したとおりであるところ、その説示内容は、具体的な判断基準等を説示しなくとも、十分に了解可能なものといえることができる。また、本件の事実関係の下において、ドワンゴが提供する「ユーザーブロマガ」サービスについては、少なくとも「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」に類似した役務が提供されていることは、需要者の認識を基準にしても十分に了解可能であるといえる。

したがって、ドワンゴの上記主張は採用することができない。」

## 2 争点1(1)－2(ドワンゴ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か) について

原判決37頁3行目末尾に行を改めて次のとおり加える。

「(4) これに対しドワンゴは、リンクは「投稿」や「ブログをはじめる」のタブに設けられており、リンクには「ブロマガ」との標章は使用されていないこと、リンク先のブログ開設・作成・投稿機能が提供されているページでも「ブロマガ」の標章は使用されていないこと、リンク先のブログ開設・作成・投稿機能を提供するウェブサイトでは、上部の「チャンネルを開設」のタブにハイライトがされ、これをクリックすると、ニ

コニコチャンネルの開設ページに到達することなどを根拠として、乙標章はブログ開設・作成・投稿機能の提供のために使用されているものではない旨主張する。

しかしながら、原判決が指摘するウェブページ上の「ブロマガ」の表示等から、乙標章が役務の出所識別機能を果たす態様で使用されていることは優に肯定し得るのであり、ドワンゴの主張する事実は上記認定を左右するものではない。」

### 3 争点1(1)－6（FC2の損害の発生及び損害額）について

#### (1) 原判決43頁14行目末尾に行を改めて次のとおり加える。

「これに対しFC2は、原判決の認定には、①損害額の計算の元となる売上げをプレミアム会員費に限定した点、②利益率をポータル事業全体から計算した点、③プレミアム会員のうち、実際にブログを開設した者の割合に利益の範囲を限定し、また、ドワンゴの主張を鵜呑みにして上記ブログ開設者の割合を認定した点、④損害額を算定するに当たり、プレミアム会員中の実際にブログを開設した者の割合を乗じた上で、更に●●●●●を控除することによって、控除をダブルカウントした点、⑤具体的・客観的な根拠無しに●●●●●もの控除をした点に誤りがある旨主張する。

まず、上記①の点について、本件において、ドワンゴによる乙標章の使用が甲商標権の侵害となるのは、ドワンゴの提供するサービスのうち、ユーザーブロマガサービス、すなわち、ブログの開設及びブログ記事の作成、投稿機能を含むサービスに限られるものであって、かかるサービスはプレミアム会員に対する特典として提供されるものであるから、商標法38条2項の損害額の算定の元となる売上げについては、プレミアム会員の会員費とするのが相当である。

上記②の点については、前記（引用に係る原判決第3の6(2)イ）認定のとおり、プレミアム会員に提供されるサービスは、ユーザーブロマガサービス

のほかに、ニコニコにおいて提供される多種多様なサービスが含まれるものであって、プレミアム会員の会員費は、これらのサービス全体の対価と評価できるものである。そして、このように一体として提供されているサービスの中で、ユーザーブロマガサービスの利益率が、他のサービスとは異なること認定すべき特段の事情は認められない。したがって、商標法38条2項の損害額の算定の元となる利益を算定するに当たって、ニコニコのポータル事業全体の利益率を用いることは、合理性を有するものといえる。

上記③及び⑤の点については、プレミアム会員費のうち、ユーザーブロマガサービスに対する対価を算定する基礎となり得るのは、実際にブログを開設している者に対応する部分（全体の●●●●●）であり、しかも、実際にブログを開設している者の会員費には、他の数多くのサービスを利用する対価が含まれるから、ユーザーブロマガサービスの対価に相当する部分は、更に限定されることを考えれば、原判決が、その割合を●●●●としたことには、十分な合理性が認められる。

上記④の点については、原判決は、ダウンゴが得た利益について、ブログ開設者の割合を乗じた上で更に●●●●を乗じたものではなく、上記利益に対して単に●●●●を乗じたものであるから、FC2の主張はその前提を誤るものである。

したがって、FC2の上記主張は、いずれも理由がない。」

(2) 原判決43頁22行目末尾に行を改めて次のとおり加える。

「この点に関しFC2は、商標法38条3項に基づく損害額を計算せずに、同条2項に基づく損害額がこれを超えると判断することはできない旨主張する。

しかしながら、前述のとおり、ユーザーブロマガサービスの売上額は、プレミアム会員費の●●●●程度と認められるところ、これに乗すべき実施料率は、侵害プレミアムを考慮したとしても、●●●（2項損害を計算した際

の利益率)を上回ることはない認められるから、結局、商標法38条3項所定の「その登録商標の使用に対し受けるべき金銭の額に相当する額」は、前記(2)(引用に係る原判決第3の6(2))で認定した同条2項に係る損害額を上回るものではないと認められる。

したがって、FC2の上記主張は理由がない。」

4 争点1(2)-1(ドワンゴによる乙標章の使用は不正競争防止法2条1項1号の不正競争に該当するか)について

(1) 原判決44頁9行目の「(甲19~21)」を「(甲18,19,21,22)」に改める。

(2) 原判決44頁26行目から45頁1行目の「『ネット副業の王様』と題する書籍」を「『ネット副業の王道』と題する書籍」に改める。

5 争点2-3(乙商標の無効の抗弁の成否)について

原判決49頁19行目冒頭から21行目末尾までを次のとおり改める。

「前記10(引用に係る原判決第3の10)のとおり、甲標章が需要者の間で広く認識されていたとはいえないから、その余の点を判断するまでもなく、乙商標に商標法4条1項10号及び15号の無効事由があるとは認められず、また、ドワンゴが商標権侵害を主張することが権利の濫用に該当するものとも認められない。」

6 争点2-5(ドワンゴの損害の発生及び損害額)について

原判決51頁6行目冒頭から52頁7行目末尾までを次のとおり改める。

「(2) 商標法38条2項に基づく損害

ア 侵害行為によりFC2が受けた利益の額

(ア) 売上高

証拠(甲95,96)及び弁論の全趣旨によれば、平成25年10月1日から平成30年6月末日までの間に、FC2がブロマガの配信サービスの対価として受領したシステム使用料及びアフィリエイト



当たると解される。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）などの事情について、推定覆滅の事情として考慮することができるものと解される。

これを本件についてみると、ダウンゴが提供するブロマガの配信サービスとF C 2が提供するブロマガの配信サービスとは、いずれもブログ記事を配信するサービスであるという点で共通する。

一方、各サービスの具体的内容は、前記認定のとおりであり（引用に係る原判決第2の2(3)、(4)、同第3の1(1)、9(1))、例えば、F C 2におけるブロマガの配信サービスは、ユーザーが、作成したブログ記事に一定の設定をして投稿することで、購読料を支払ったユーザーのみがブログを閲覧することができる機能があり、ブログ記事の投稿者は、ブログ記事の年月ごとに価格を設定する方法又はブログ記事単体に価格を設定する方法を選択した上で、所定の範囲からその価格を設定するという特徴を有するなど（引用に係る原判決第3の9(1))、両者のサービス態様には少なからず相違が存在するものである。

また、前記のとおり、ニコニコのCHブロマガのサービス開始日（平成24年8月1日）において、F C 2が提供するF C 2ブログには400万人を超えるユーザーが存在したものであり、F C 2が「ブロマガ」の名称を付して提供するサービスは、F C 2ブログの機能の一つであって、「ブロマガ」を開設し記事を投稿しようとする者、その記事を購入しようとする者は、いずれもF C 2ブログのためのIDを有することが必要で、このIDにログインした上で、「ブロマガ」を利用するものである（引用に係る原判決第3の9(1)、乙139、148）。そ





原判決52頁9行目冒頭から14行目末尾までを次のとおり改める。

「以上述べたところによれば、第2事件について、ドワンゴはF C 2に対し、商標法36条に基づき、甲ウェブサイトにおける甲標章の使用の差止め、甲ウェブサイトからの甲標章の削除並びに民法709条及び商標法38条2項に基づき、損害賠償金992万6250円及び別紙計算書の「年月」欄に対応する「損害額合計」欄記載の各金額に対する、これに対応する「支払起算日」欄記載の日から支払済みまで年5分の割合による遅延損害金の支払を求めることができる。」

## 8 結論

以上によれば、①F C 2の差止請求、1億円及びこれに対する遅延損害金の請求は、656万5554円及びこれに対する平成28年9月30日から支払済みまで年5分の割合による遅延損害金の支払を求める限度において理由があるから認容し、その余は理由がないから棄却すべきであり、②ドワンゴの差止請求、2332万8000円及びこれに対する遅延損害金の請求は、甲ウェブサイトにおける甲標章の使用の差止め及び削除、992万6250円及び別紙計算書の「年月」欄に対応する「損害額合計」欄記載の各金額に対する、これに対応する「支払起算日」欄記載の日から支払済みまで年5分の割合による遅延損害金の支払を求める限度において理由があるから認容し、その余は理由がないから棄却すべきところ、これと異なる原判決は一部失当であって、ドワンゴの本件控訴の一部は理由があるから、原判決を上記のとおり変更し、F C 2の本件控訴は理由がないから棄却することとして、主文のとおり判決する。なお、甲標章の使用の差止め及び削除については、仮執行の宣言は相当ではないので、これを付さないこととする。

裁判長裁判官

---

鶴 岡 稔 彦

裁判官

---

上 田 卓 哉

裁判官

---

山 門 優

別紙省略