

令和7年2月6日判決言渡

令和6年（ネ）第10051号 商標権侵害損害賠償等請求控訴事件

（原審・東京地方裁判所令和5年（ワ）第70130号）

口頭弁論終結日 令和6年12月23日

5

判 決

控訴人兼被控訴人

X

（以下「原告」という。）

同訴訟代理人弁護士

西 本 強

10

同

井 上 拓

同

後 藤 充

被控訴人兼控訴人

Y

（以下「被告」という。）

同訴訟代理人弁護士

井 上 裕 貴

15

主 文

- 1 被告の控訴を棄却する。
- 2 原告の控訴に基づき、原判決を次のとおり変更する。
- 3 被告は、原告に対し、1959万2137円並びに内1776万7  
20 237円の内金である別表中の「当審（控訴審）認定」項の「認定損害額」欄記載の各金員に対する「遅延損害金起算日」欄記載の各日から、内182万4900円に対する令和5年4月9日から、各支払済みまで年3%の割合による金員を支払え。
- 4 被告は、医業及び医療情報の提供に当たり、ウェブサイト、チラシ、  
25 掲示物及び看板等の広告に原判決別紙「被告標章目録」記載の各標章を使用してはならない。

5 被告は、前項の各標章が付されたチラシ、掲示物及び看板等を廃棄せよ。

6 被告は、原判決別紙「被告ウェブサイト目録」記載の各ウェブサイトから、第4項の各標章を削除せよ。

5 7 原告のその余の請求をいずれも棄却する。

8 訴訟費用は1、2審を通じてこれを20分し、その1を原告の、その余を被告の各負担とする。

9 この判決は、3項、4項、6項に限り仮に執行することができる。

## 事 実 及 び 理 由

### 10 第1 控訴の趣旨

#### 1 原告の控訴の趣旨

(1) 原判決中、原告敗訴部分を取り消す。

15 (2) 被告は、原告に対し、1444万3341円及びその内金である別表中「令和6.11.28付け原告の訴えの変更申立書」項の「原審敗訴分」欄記載の各金員に対する「遅延損害金起算日」欄記載の各日から支払済みまで年3%の割合による金員並びに「原審勝訴分」欄記載の各金員に対する「遅延損害金起算日」欄記載の各日から令和5年8月16日まで年3%の割合による金員を支払え。

20 (3) 被告は、原判決別紙「謝罪広告目録」記載1の内容の謝罪広告を、同目録記載2の要領で掲載せよ。

(4) 仮執行宣言

(なお、(2)の遅延損害金請求のうち、遅延損害金起算日が令和5年4月9日より前である部分は当審において請求を追加したものである。)

#### 2 被告の控訴の趣旨

25 (1) 原判決中、被告敗訴部分を取り消す。

(2) 前記取消部分に係る原告の請求をいずれも棄却する。

## 第2 事案の概要

括弧内の略語は、特段の記載をしない限り、原判決によるものである。

### 1 事案の要旨

(1) 原告は、性病専門の医療クリニックである「あおぞらクリニック」（平成  
5 25年に新橋院を開設。原告クリニック）を、被告は、性病専門の医療クリ  
ニックである「にじいろクリニック新橋」（令和3年7月に新橋院を開設。  
被告クリニック）を、それぞれ運営する医師である。

原告は、原判決別紙「商標権目録」記載の登録商標（原告商標。令和3年  
10 5月21日出願、同年10月18日設定登録〔指定役務は医業及び医療情報の  
提供〕）に係る商標権（原告商標権）を有するところ、被告は遅くとも令  
和3年7月以降、原判決別紙「被告ウェブサイト目録」記載の各ウェブサイ  
ト（本件ウェブサイト）、チラシ、掲示物、看板等に原判決別紙「被告標章  
目録」記載の各標章（被告標章1～4、被告各標章）を使用するようになっ  
た。

15 原告は、被告に対し、被告各標章が原告商標と同一又は類似する標章であ  
ると警告して交渉し、令和4年8月30日には、被告との間で、被告におい  
ては、原告商標と同一又は類似する標章が付されたインターネット上のコン  
텐츠、看板、ビラ、備品その他一切から当該標章を削除又は撤去し、また、  
今後、原告商標と同一又は類似する標章を使用しないなどの合意（本件合意）  
20 をした。しかし、被告は、その後も被告各標章の使用を継続した。

(2) 本件は、原告が、被告に対し、被告において、医業及び医療情報の提供に  
当たり、ウェブサイト、チラシ、掲示物、看板等の広告に被告各標章を使用  
する行為は、原告商標権を侵害するものであるなどと主張して、当初、以下  
の各請求をした事案である。

25 ア 令和3年10月18日以降（原審段階では令和5年8月17日まで）の  
被告各標章の使用による商標権侵害の不法行為に基づく損害賠償請求の一

部請求として、2200万円（商標法38条3項に基づく相当使用料2200万円、同条5項に基づく商標権の取得・維持費用等5万円、弁護士費用相当額600万円の合計額2805万円の内金）及びこれに対する令和5年4月9日（訴状訂正申立書送達日の翌日）から支払済みまで民法所定の年3%の割合による遅延損害金の支払請求

イ 医業及び医療情報の提供に当たり、ウェブサイト、チラシ、掲示物及び看板等の広告並びに本件ウェブサイトにおける被告各標章の使用の差止請求（商標法36条1項又は本件合意に基づくもの）と、前記広告に係る被告各標章の付されたチラシ、掲示物及び看板等の廃棄請求並びに本件ウェブサイトからの被告各標章の削除請求（商標法36条2項又は本件合意に基づくもの）

ウ 信用回復措置として、原判決別紙「謝罪広告目録」記載2の要領による同目録記載1の内容の謝罪広告の掲載請求（商標法39条において準用する特許法106条）

(3) 原審は、被告各標章は原告商標と類似すると認め、被告標章1及び被告標章2は商標法26条1項6号に該当せず、被告の「The N にじいろクリニック新橋」との商標について商標法32条1項による先使用权は認められず、原告商標について商標法4条1項10号、19号の無効理由や権利濫用の抗弁も認められないとして、損害賠償請求については、755万6569円及び令和5年8月17日を起算日とする遅延損害金の支払を求める限度で一部認容し、被告各標章の使用の差止請求並びに被告各標章を付したチラシ、掲示物及び看板等の広告の廃棄と本件ウェブサイトからの被告各標章の削除を求める廃棄請求については、これを認容したが、謝罪広告の掲載請求については、原告の業務上の信用が害されたとまでは認めることはできないとして棄却した。

(4) これに対し、原告及び被告が、各敗訴部分を不服としてそれぞれ控訴を提

起した。当審において、原告は損害の主張を整理し、遅延損害金の請求を拡張するとともに、令和3年10月18日から事実審の口頭弁論終結時（当審の口頭弁論終結日は令和6年12月23日である。）までの被告各標章の使用による商標権侵害（不法行為）に基づく損害賠償請求（その内訳は、次の①から③までのとおり。）の一部請求として、元本2200万円及び各遅延損害金の支払を求めた。：① 商標法38条3項に基づく各月の使用料相当額及びその毎翌月1日から支払済みまで民法所定の年3%の割合による遅延損害金、② 同条5項に基づく商標権の取得・維持費用として6万円及びこれに対する訴状訂正申立書送達日の翌日である令和5年4月9日から支払済みまで民法所定の年3%の割合による遅延損害金、③ 弁護士費用として600万円及びこれに対する同日から支払済みまで民法所定の年3%の割合による遅延損害金。なお、損害賠償請求以外の原告の請求は、原審から変更はない。

## 2 前提事実

前提事実は、原判決「事実及び理由」第2の2(3)（原判決4頁5行目から9行目まで）を、以下のとおり補正するほかは、原判決「事実及び理由」第2の2（原判決3頁12行目から4頁25行目まで）記載のとおりであるから、これを引用する。

### 「(3) 被告各標章の使用等

被告は、遅くとも令和3年7月以降、本件ウェブサイト内のウェブページに被告標章1を、被告クリニックのチラシや掲示物に被告標章2を、被告クリニックの扉や屋外に設置された看板に被告標章3を、被告クリニックの受付に設けられた看板に被告標章4を、それぞれ付して使用している。

被告は、令和6年4月3日には「THE N にじいろクリニック新橋」の商標登録を受け（乙8）、同年10月4日頃までには、本件ウェブサイト内のウェブページの数箇所において「THE N にじいろクリニック新橋」

との標章を付してこれを使用するようになった（乙12）。しかし、同月10日時点で、同ウェブページの複数箇所においては、被告標章1が付されて使用されているほか、被告クリニックの扉に被告標章3が、受付の壁面において被告標章4が、それぞれ付されて使用されている写真が掲載されていることが認められ、同月16日時点でも、被告クリニックの所在する建物の掲示や郵便ポストにおいて、被告標章2が付されて使用されたり、被告クリニックの扉や屋外に設置された看板において、被告標章3が付されて使用されたりしていることが認められる（甲39、40の1から4まで及び6。なお枝番がある書証で、枝番を付記していないものはすべての枝番を含む趣旨である。以下同じ。）。」

### 3 争点

- (1) 原告商標と被告各標章が同一又は類似であるか（争点1）
- (2) 被告標章1及び2の商標法26条1項6号該当性（争点2）
- (3) 先使用権の抗弁の成否（争点3）
- (4) 無効の抗弁の成否（争点4）
  - ア 商標法4条1項10号所定の無効理由の有無（争点4-1）
  - イ 商標法4条1項19号所定の無効理由の有無（争点4-2）
- (5) 権利の濫用の抗弁の成否（争点5）
- (6) 損害の有無及びその額（争点6）
- (7) 商標法36条1項及び2項に基づく差止め及び廃棄の必要性（争点7）
- (8) 謝罪広告の必要性（争点8）

### 4 争点に関する当事者の主張

争点に関する当事者の主張は、後記5に当審における当事者の補充主張を付加するほかは、原判決「事実及び理由」第2の4（原判決5頁11行目から19頁7行目まで）に記載のとおりであるから、これを引用する。

### 5 当審における当事者の補充主張

(1) 被告各標章の使用による原告商標権に対する侵害の成否について（争点1から争点5まで、争点7）

（被告の主張）

被告は、令和6年4月3日に「THE N にじいろクリニック新橋」の商標の設定登録を受け、同名称でクリニックを営業しているから、遅くとも同日以降、原告商標権に対する侵害はない。被告は、看板やウェブサイトの表記を変更している。

（原告の主張）

被告が取得した前記商標は、本件訴訟とは無関係であり、被告は、看板やウェブページにおいて、被告クリニックを「にじいろクリニック」「にじいろクリニック新橋」と称し、被告各標章を使用している。

被告が取得した前記商標と原告商標（文字商標）は、近似する印象を与え、称呼、観念を共通にするから、総合的に観察して類似の商標といえる。よって、被告が取得した前記商標は、被告各標章と実質的に同一の標章として原告商標と類似しており、原告商標権の侵害は終了しない。

(2) 損害の有無及びその額について（争点6）

（原告の主張）

ア 被告は、令和3年12月以降、原告から警告書等を送付され（甲12）、令和4年8月30日には、弁護士の関与の下、原告との間で本件合意に係る合意書（甲5）を締結したにもかかわらず、これを反故にし、本件訴訟係属後も、審理を遅延させており、過失の推定（商標法39条において準用する特許法103条）が覆らないだけでなく、積極的害意が認められる。

イ 被告クリニックの売上高の月平均は、開院当初の令和3年下期が380万4616円、令和4年上期が674万5050円、下期が941万5833円と着実に増加し、半期ごとに少なくとも200万円程度増加しているから、その後の売上高の月平均は、令和5年上期は1100万円、下期

は1300万円、令和6年上期は1500万円、下期は1700万円をそれぞれ下回らないといえる。また、被告は、裁判所の文書提出命令にかかわらず令和5年分の確定申告書等を任意に提出しないから、被告クリニックにおける令和5年以降の売上高の月平均は、前記の2倍相当額である令和5年上期は2200万円、下期は2600万円、令和6年上期は3000万円、下期は3400万円をそれぞれ下回らないといえる。

そして、原告の主張する損害の算定期間は、令和3年10月18日から口頭弁論終結時までであるから、仮に令和6年11月末日までの売上の合計額を算定すると7億5056万8045円である。

ウ 本件における相当使用料率は10%を下らない。すなわち、性病クリニック業界における使用料率の相場は5.5%を下らない上、原告商標の価値は、原告クリニックの名称と相まって、共通の経営母体による医療サービスの名称として所在地域では知名度を獲得していること、虹色の意味合いから原告商標を用いた場合の売上げ・利益への貢献度が極めて大きいこと、原告と被告が厳しい競業関係にあり営業方針が対立していること等の諸要素を考慮すると、被告による商標権侵害を前提としない原告商標の通常の使用料率は7.5%を下らない。そして、本件の商標権侵害が悪質であり、長期にわたって継続していることを考慮すれば、侵害を前提とする料率としては15%を下らず、10%を優に超えることは明らかである。

エ 弁護士費用について、本件では、本件合意に係る合意書を締結するために要した弁護士費用300万円のほか、侵害者が予見し得た損害として、訴訟のために要した弁護士費用として最低300万円の合計600万円を優に上回る額が損害として認められるべきである。

オ 商標権の取得・維持費用には、弁理士費用最低2万円も含まれるから、損害額は6万円を下らない。

カ 遅延損害金について、本件の損害は、訴状訂正申立書送達日の翌日であ



る令和5年4月9日時点で発生又は発生することが確実に見込まれるものである。また、損害は月単位の売上げで把握することができるから、遅延損害金は、各月末日の翌日（毎翌月1日）から発生する。

(被告の主張)

5           ア 被告の前記商標は、拒絶査定異議申立ての結果登録されており、被告は原告商標権を侵害していないという理解を前提に、また、仮に侵害していたとしても特許庁が審査結果を変遷させるようなものなのであるから、被告には、原告商標権を侵害したことへの過失がない。

10           イ 売上高については、医療クリニックの半期ごとの売上傾向が永続する経験則はなく、被告クリニックの診療科の性質や開業以降期間が短いことからすると、令和3年7月から令和4年12月までの売上の平均額665万5167円を採用すべきである。

15           ウ 医療業界においても、商標権の使用料率の平均2.6%を相場とすべきである。また、原告商標は、ありふれた名称であり、原告はクリニックの名称に使用せず、特定の外来診療をウェブサイト上で称して使用するにすぎないから、需要者間における周知度や知名度はなく、虹色の意味合い自体が原告の営業上の信用に結び付くものでもないから、原告商標に価値はなく、顧客吸引力もない。被告について、前記商標が認められた事情も総合考慮すれば、使用に対し受けるべき使用料率は1%程度が相当である。

20           エ 被告は、特許庁が認めた前記商標に基づき営業活動を行っているから、原告に損害は発生していない。また、被告標章1、3、4は原告商標と同一ではないから、損害は限定的である。

(3) 謝罪広告の必要性について（争点8）

(原告の主張)

25           謝罪広告について、被告の悪質で継続的な商標権侵害により、原告は、原告商標の大々的な使用が不可能となっており、謝罪広告を出さなければ、被

告クリニックの名称が原告商標権を侵害するものであることが認識されない。  
よって、原告の業務上の信用を回復するためには、謝罪広告が必要である。

(被告の主張)

争う。被告クリニックの営業により、原告の業務上の信用が害された具体的  
5 的事实は存在しない。

### 第3 当裁判所の判断

1 当裁判所も、被告の被告各標章の使用による原告商標権の侵害を認めるのが  
相当であり、原告の請求のうち、被告による被告各標章の使用の差止請求及び  
被告各標章を付した広告の廃棄請求は、いずれも理由があるから認容し、損害  
10 賠償請求は、当審における拡張部分を含め主文3項の限度で理由があるから一  
部認容し、信用回復措置請求は理由がないから棄却すべきものと判断する。そ  
の理由は、以下のとおりである。

2 被告各標章の使用による原告商標権に対する侵害の成否について（争点1か  
ら争点5まで）について

15 被告各標章がいずれも原告商標と類似すること、被告の被告各標章の使用に  
よる原告商標権の侵害が認められることは、原判決「事実及び理由」第3の1  
から6まで（原判決19頁9行目から27頁21行目まで）に記載のとおりで  
あるから、これを引用する。

20 被告は、令和6年4月3日に「THE N にじいろクリニック新橋」の商  
標権を取得して看板やウェブサイトの表記を変更し、同名称でクリニックを営  
業しているから、遅くとも同日以降、原告商標権に対する侵害はないなどと主  
張する。しかしながら、前記第2の2（前提事実）で補正の上引用した原判決  
記載のとおり、被告クリニックの看板や本件ウェブサイトのウェブページ等  
25 においては、引き続き被告各標章が付されて使用されていることが認められるか  
ら、被告の指摘する数か所において「THE N にじいろクリニック新橋」  
の標章が付されている事実があるとしても、被告各標章の使用による原告商標

権に対する侵害の事実是否定されないというべきである。よって、被告の主張を採用することはできない。

### 3 損害の有無及びその額（争点6）について

#### (1) 商標法38条3項により算定される損害額について

5           ア 判断基準は、原判決「事実及び理由」第3の7(1)ア（原判決27頁24  
行目から28頁6行目まで）に記載のとおりであるから、これを引用する。  
イ 本件では、被告各標章の使用により原告商標権が侵害されているものと  
認められるから、被告については過失が推定される（商標法39条、  
特許法103条）、被告は、前記「THE N にじいろクリニック新橋」  
10 の商標権を取得し、原告商標権を侵害していないという理解であることな  
どから、被告には過失がないなどと主張する。

しかしながら、前記第2の2（前提事実）で補正の上引用した原判決記  
載のとおり、被告は、被告各標章の使用に関し、原告から令和3年12月  
24日付けで警告書の送付を受け、令和4年1月以降、交渉を継続した結  
15 果、同年8月30日には原告との間で本件合意に係る合意書を締結し、被  
告各標章が原告商標と同一又は類似することを前提に、当該標章が付され  
たインターネット上のコンテンツ、看板、ビラ、備品その他一切からこれ  
を削除又は撤去し、以後は、原告商標と同一又は類似する標章を使用しな  
いことを約している。本件合意が無効であることを認めるに足りる主張立  
20 証はない。それにもかかわらず、被告は、その後も被告各標章の使用を継  
続した上、令和6年4月に前記の商標権を取得した後も、被告クリニック  
の看板や本件ウェブサイトのウェブページ等において引き続き被告各標章  
を使用していることが認められることは前記のとおりである。したがって、  
本件において、被告の過失を否定することは困難というべきである。よっ  
25 て、被告の主張を採用することはできない。

ウ 被告クリニックの売上高

被告クリニックにおける令和3年10月18日から令和4年12月末日までの間の医業収入に係る売上高は、別表中「当審（控訴審）認定」項の同期間の各年月に対応する「売上高」欄に記載のとおりと認められる（乙6）。

5 また、被告クリニックにおける令和5年1月1日から令和6年12月23日（口頭弁論終結日）までの間の医業収入に係る売上高については、原告が、令和6年8月26日付けで、証明すべき事実を「被告クリニックにおける令和5年の月平均売上は、上期が1100万円、下期が1300万円をそれぞれ下回らず、令和6年の月平均売上は、上期が1500万円、  
10 下期が1700万円をそれぞれ下回らないこと」とし、対象文書を「被告の所得税及び復興特別所得税の確定申告書並びにその添付書類の写し一式（令和5年分）」とする商標法39条において準用する特許法105条1項の規定に基づく文書提出命令の申立てをしたところ、当裁判所は、令和6年11月5日付けでこれを認める決定をしたが、被告は、これに従わず、  
15 同月11日付け書面により、対象文書を提出する意向がないことを表明したことが認められる。被告において、対象文書の提出を拒むことについて同項ただし書の「正当な理由」があるとは認められない。しかるところ、被告の令和3年及び令和4年の各所得税確定申告書・決算報告書（乙6）中の「月別売上（収入）金額」欄の記載に従って、被告クリニックにおけ  
20 る令和3年下期（令和3年7月から12月まで）から令和4年下期（令和4年7月から12月まで）までの間の医業収入に係る各月の売上高を平均すると、令和3年下期が380万4616円、令和4年上期が674万5050円、下期が941万5833円（いずれも円未満切捨て）と推移していることが認められるから、原告の主張する前記「証明すべき事実」は  
25 不合理な内容のものではない。他方、原告においては、前記対象文書の性質に照らし、その記載内容につき具体的な主張をすること及び前記証明す

べき事実を他の証拠により証明することは著しく困難であると考えられる。したがって、本件においては、民事訴訟法 224 条 3 項の規定（商標法 39 条において準用する特許法 105 条 1 項の規定に基づく文書提出命令は、民事訴訟法 220 条の特則であり、文書提出命令に従わない場合の効果については、同法 224 条の規定によるものと解される。）に基づき、前記  
5 対象文書により証明すべき事実に関する原告の主張、すなわち「被告クリニックにおける令和 5 年の月平均売上は、上期が 1100 万円、下期が 1300 万円をそれぞれ下回らないこと」が真実であると認めることができるというべきである。そうすると、被告クリニックにおける令和 5 年 1 月  
10 1 日から同年 12 月末日までの間の医業収入に係る各月の売上高は、別表中「当審（控訴審）認定」項の同期間の各年月に対応する「売上高」欄に記載のとおりであると認められる。さらに、前記の被告クリニックにおける医業収入に係る売上高の推移に照らすと、令和 6 年 1 月 1 日から同年 12 月 23 日までの間の医業収入に係る各月の売上高は、別表中「当審（控  
15 訴審）認定」項の同期間の各年月に対応する「売上高」欄に記載のとおりであると推認することができるというべきであり、これを覆すに足りる証拠はない。なお、原告は、文書提出命令に係る前記の経緯等から、月平均売上高を、それぞれ令和 5 年上期 2200 万円、下期 2600 万円、令和 6 年上期 3000 万円、下期 3400 万円とすべきであると主張し、被告  
20 は、被告クリニックの診療科の性質や開業後の期間が短いことなどから、令和 3 年 7 月から令和 4 年 12 月までの月平均売上額 665 万 5167 円を採用すべきであると主張するが、いずれも合理的な根拠に基づくものとはいえず、採用することはできない。

以上によれば、令和 3 年 10 月 18 日から令和 6 年 12 月 23 日までの  
25 間の被告クリニックの医業収入に係る各月の売上高は、別表中「当審（控訴審）認定」項の同期間の各年月に対応する「売上高」欄に記載のとおり

であり、その合計は4億4418万0948円と認められる。

エ 使用に対し受けるべき料率

(ア) 本件において、原告商標権の侵害につき、事後的に定められる原告商標の使用に対し受けるべき使用料率を4%と認めるのが相当であることは、原判決第3の7(1)ウ(ウ)の第一文(原判決29頁19行目から24行目「認められる。」まで)を以下のとおり補正するほかは、原判決「事実及び理由」の第3の7(1)ウ(原判決28頁23行目から39頁9行目まで)に記載のとおりであるから、これを引用する。

「(ウ) そして、前提事実(3)及び後掲の各証拠によれば、令和5年8月17日時点で、被告標章1は、被告クリニックの本件ウェブサイト内のウェブページに、被告標章3は、被告クリニックの扉や屋外に設置された看板に、被告標章4は、被告クリニックの壁面に(甲4、7)、それぞれ付されて使用され、その後も、令和6年10月10日時点において、被告標章1は、被告クリニックの本件ウェブサイトのウェブページの複数箇所に使用されていたほか、同ウェブページには、被告クリニックの扉や受付の壁面に被告標章3や被告標章4が付されて使用されている写真が掲載されており(甲40の1及び4)、同月16日時点において、被告標章2は、被告クリニックの所在する建物の掲示や郵便ポストに、被告標章3は、引き続き被告クリニックの扉や屋外に設置された看板に、それぞれ付されて使用されており(甲39)、いずれも顧客に認識され易い態様・方法により継続的に使用されていると認められる(なお、同日時点において、看板によっては、小さく「THE N」などの表示が貼付されていることが認められるが〔甲39の5及び6〕、被告の使用する標章の一部を成すものと認めることはできないし、同月4日時点で、本件ウェブサイトには「THE N にじいろクリニック新橋」との表現が使用されている部分がある

ことが認められる（乙12）が、前記のとおり、他方で被告が同日以降も被告各標章を継続的に使用していたことが認められる以上、これらの点は、商標法38条3項に基づく被告の賠償責任の内容を左右するに足りるものではない。）。」

- 5 (イ) 原告は、性病クリニック業界の相当使用料率の相場は5.5%を下  
らず、原告商標の価値は、原告クリニックの名称と相まって、共通の経  
営母体による医療サービスの名称として所在地域では知名度を獲得して  
いること、虹色の意味合いから原告商標の利益への貢献度が極めて大き  
いこと、原告と被告が厳しい競業関係にあり、被告による商標権侵害が  
10 悪質で長期間継続していることなどを考慮すれば、相当使用料率は10  
%を下らないと主張する。しかしながら、第44類に係る登録商標の使  
用料率の相場が5.5%であることについては、甲17（乙10）58  
頁の記載によっても、第44類の実例は1件しかなく、当該1件の使用  
料率が5.5%であったというだけでは、第44類に係る登録商標の使  
15 用料率の相場が5.5%であることを認めるに足りず、他にこれを認め  
るに足りる証拠はない。原告商標は、一般的に「にじいろ」という色彩  
的意味より連想されるLGBTのイメージから原告の営業において一定  
層の顧客を吸引する力を有するものと考えられるが、原告は、もともと  
「あおぞらクリニック」の名称でウェブサイトを開設しており、その中  
20 において特定の外来診療を称するために「にじいろクリニック外来」と  
いう名称を使用していたこと（甲2）などに照らせば、原告商標自体が、  
相当程度の周知性や知名度を獲得しているものとまでは認めることはで  
きない。したがって、原告と被告の競業状況や本件の経緯を考慮しても、  
商標権全体の使用料率の平均値2.6%を大幅に超える料率を認めるに  
25 足りる立証があるとはいえないから、原告の主張を採用することはでき  
ない。他方、被告は、前記平均値を相場とし、被告が令和6年4月に前

記の商標権を取得したことなどを考慮して、相当使用料率は1%程度が相当であると主張する。しかしながら、被告による原告商標権の侵害態様や原告との交渉の経緯等を考慮すれば、前記平均値よりも低い料率を認めることは相当とはいえないから、被告の主張も採用することはできない。当裁判所は、本件に顕れたすべての事情を考慮し、商標法38条3項に基づく損害賠償の額を算定する前提となる使用料率としては、4%をもって相当と認める。

オ なお、被告は、被告においては、特許庁が認めた前記商標に基づき営業活動を行っているから、原告に損害は発生しておらず、仮に損害が発生しているとしても、被告標章1、3、4は原告商標と同一でないから損害は限定的であるなどと主張する。しかしながら、被告は、原告商標と同一又は類似の被告各標章を使用することによって原告商標権を侵害しているものであるから、被告の主張する各事情によって原告の損害が限定されるものとはいえない。

カ 以上によれば、商標法38条3項により算定される原告の損害は、別表中「当審（控訴審）認定」項の「認定損害額」欄記載の各金員のとおり合計1776万7237円となる。

(2) 商標法38条5項により算定される損害額

ア 原告が、被告による原告商標権の侵害行為について、商標法38条5項に基づき、原告商標権の取得及び維持に通常要する費用に相当する額を、原告が受けた損害の額とすることができ、その額が合計4万4900円とするのが相当であることは、原判決「事実及び理由」第3の7(2)（原判決31頁11行目から24行目まで）に記載のとおりであるから、これを引用する。

イ 原告は、原告商標権の取得に通常要する費用として弁理士費用をも主張するが、法律上、商標登録出願を弁理士が代理することは必要的ではなく、



本件全証拠によっても、当該弁理士費用が、商標権の取得及び維持に「通常」要する費用であったことを認めるに足りないから、原告の主張を採用することはできない。

(3) 弁護士費用相当額

5 被告による原告商標権の侵害行為と相当因果関係のある弁護士費用に係る損害額は178万円と認められる。

(4) 小括

以上によれば、被告による原告商標権に対する侵害行為により原告に生じた損害額は、1959万2137円（相当使用料1776万7237円、商標権取得維持費用4万4900円、弁護士費用178万円）となる。

そして、被告による原告商標権に対する侵害行為は継続的にされているから、遅延損害金の起算日は、相当使用料の損害においては、別表中「当審（控訴審）認定」項の「認定損害額」欄記載の各金員につき「遅延損害金起算日」欄記載の各日とするのが相当である。また、商標権取得維持費用4万4900円及び弁護士費用178万円の合計182万4900円の遅延損害金の起算日については、商標権侵害の最初の不法行為日の後であり訴状（訴状訂正申立書）送達日の翌日である令和5年4月9日をもって相当と認める。

4 差止及び廃棄の必要性（争点7）について

本件において、商標法36条1項及び2項に基づく差止及び廃棄の必要性が認められることは、原判決「事実及び理由」第3の8（原判決32頁10行目から22行目まで）に記載のとおりであるから、これを引用する。なお、前記補正の上引用した原判決の前提事実(5)のとおり、原被告間に本件合意が成立していることが認められる以上、いずれにせよ、原告は、被告に対し、本件合意に基づき、被告各標章の使用の差止めを求め、かつ、被告各標章を付したチラシ、掲示物及び看板等の広告の廃棄を求めることができるというべきである。

5 謝罪広告の必要性（争点8）について

本件において、謝罪広告の必要性が認められないことは、原判決「事実及び理由」第3の9（原判決32頁23行目から33頁4行目まで）に記載のとおりであるから、これを引用する。

原告は、謝罪広告の必要性を主張するが、原告による原告商標権の使用状況及び態様に照らすと、被告による商標権侵害行為が継続していることなどを考慮しても、謝罪広告を必要とする程度に原告の業務上の信用が害されたと認めることはできず、原告の主張を採用することはできない。

6 そして、当事者の主張に鑑み、本件記録を検討しても、前記認定判断を左右するに足りる的確な主張立証はない。

10 第4 結論

よって、原判決は一部相当でないから、原告の控訴及び当審における請求の拡張に基づいてこれを変更することとし、被告の控訴は理由がないから棄却することとし、民訴法310条により仮執行宣言を付すこととして、主文のとおり判決する。

15 知的財産高等裁判所第2部

裁判長裁判官

20 清 水 響

裁判官

25 菊 池 絵 理

裁判官

5

---

賴

晉

一

項	原審認定				原告の主張（控訴審）					令和6.11.28付け原告の訴えの変更申立書			当審（控訴審）認定							
	年月	売上高（円）	使用料率	損害額	遅延損害金起算日	年月	売上高（円）	使用料率	損害額	遅延損害金起算日	原審敗訴分	原審勝訴分	遅延損害金起算日	年月	売上高（円）	使用料率	認定損害額	遅延損害金起算日		
	令和3年10月	1,765,445	0.04	売上高合計から計算	令和5年8月17日	令和3年10月	1,765,445	0.1	176,544	令和3年11月1日	176,544		㊦令和3年11月1日	令和3年10月	1,765,445	0.04	70,617	令和3年11月1日		
	令和3年11月	5,473,100				令和3年11月	5,473,100	0.1	547,310	令和3年12月1日	547,310			㊦令和3年12月1日	令和3年11月	5,473,100	0.04	218,924	令和3年12月1日	
	令和3年12月	8,364,200				令和3年12月	8,364,200	0.1	836,420	令和4年1月1日	836,420			㊦令和4年1月1日	令和3年12月	8,364,200	0.04	334,568	令和4年1月1日	
	令和4年1月	6,801,800				令和4年1月	6,801,800	0.1	680,180	令和4年2月1日	680,180			㊦令和4年2月1日	令和4年1月	6,801,800	0.04	272,072	令和4年2月1日	
	令和4年2月	4,800,300				令和4年2月	4,800,300	0.1	480,030	令和4年3月1日	480,030			㊦令和4年3月1日	令和4年2月	4,800,300	0.04	192,012	令和4年3月1日	
	令和4年3月	5,835,100				令和4年3月	5,835,100	0.1	583,510	令和4年4月1日	583,510			㊦令和4年4月1日	令和4年3月	5,835,100	0.04	233,404	令和4年4月1日	
	令和4年4月	6,677,700				令和4年4月	6,677,700	0.1	667,770	令和4年5月1日	667,770			㊦令和4年5月1日	令和4年4月	6,677,700	0.04	267,108	令和4年5月1日	
	令和4年5月	8,505,700				令和4年5月	8,505,700	0.1	850,570	令和4年6月1日	850,570			㊦令和4年6月1日	令和4年5月	8,505,700	0.04	340,228	令和4年6月1日	
	令和4年6月	7,849,700				令和4年6月	7,849,700	0.1	784,970	令和4年7月1日	784,970			㊦令和4年7月1日	令和4年6月	7,849,700	0.04	313,988	令和4年7月1日	
	令和4年7月	8,426,700				令和4年7月	8,426,700	0.1	842,670	令和4年8月1日	842,670			㊦令和4年8月1日	令和4年7月	8,426,700	0.04	337,068	令和4年8月1日	
	令和4年8月	9,552,400				令和4年8月	9,552,400	0.1	955,240	令和4年9月1日	955,240			㊦令和4年9月1日	令和4年8月	9,552,400	0.04	382,096	令和4年9月1日	
	令和4年9月	9,853,000				令和4年9月	9,853,000	0.1	985,300	令和4年10月1日	985,300			㊦令和4年10月1日	令和4年9月	9,853,000	0.04	394,120	令和4年10月1日	
	令和4年10月	8,029,900				令和4年10月	8,029,900	0.1	802,990	令和4年11月1日	802,990			㊦令和4年11月1日	令和4年10月	8,029,900	0.04	321,196	令和4年11月1日	
	令和4年11月	8,566,000				令和4年11月	8,566,000	0.1	856,600	令和4年12月1日	856,600			㊦令和4年12月1日	令和4年11月	8,566,000	0.04	342,640	令和4年12月1日	
	令和4年12月	12,067,000				令和4年12月	12,067,000	0.1	1,206,700	令和5年1月1日	1,206,700			㊦令和5年1月1日	令和4年12月	12,067,000	0.04	482,680	令和5年1月1日	
小計①	112,568,045								112,568,045	0.1	11,256,804						112,568,045	0.04	4,502,721	
	年月	売上高（円）	使用料率	損害額	遅延損害金起算日	年月	売上高（円）	使用料率	損害額	遅延損害金起算日	↓			年月	売上高（円）	使用料率	認定損害額	遅延損害金起算日		
	令和5年1月	7,647,453	0.04	売上高合計から計算	令和5年8月17日	令和5年1月	22,000,000	0.1	2,200,000	令和5年2月1日	2,200,000		㊦令和5年2月1日	令和5年1月	11,000,000	0.04	440,000	令和5年2月1日		
	令和5年2月	7,647,453				令和5年2月	22,000,000	0.1	2,200,000	令和5年3月1日	986,537	1,213,463	㊦令和5年3月1日	令和5年2月	11,000,000	0.04	440,000	令和5年3月1日		
	令和5年3月	7,647,453				令和5年3月	22,000,000	0.1	2,200,000	令和5年4月1日	0	2,200,000	㊦令和5年4月1日	令和5年3月	11,000,000	0.04	440,000	令和5年4月1日		
	令和5年4月	7,647,453				令和5年4月	22,000,000	0.1	2,200,000	令和5年5月1日	0	4,143,196	㊦令和5年4月9日	令和5年4月	11,000,000	0.04	440,000	令和5年5月1日		
	令和5年5月	7,647,453				令和5年5月	22,000,000	0.1	2,200,000	令和5年6月1日	14,443,341	7,556,659	← 小計	令和5年5月	11,000,000	0.04	440,000	令和5年6月1日		
	令和5年6月	7,647,453				令和5年6月	22,000,000	0.1	2,200,000	令和5年7月1日			原告は、当審において、原審における一部請求2200万円中の敗訴部分1444万3341円の取消及び同額の支払を求めるとともに、使用料相当損害金に係る遅延損害金部分の請求を拡張し、当該損害について令和3年10月から毎翌月1日を起算日とする遅延損害金の支払を求めた（実施料率を0.1%としたときは、令和5年2月分の途中で使用料相当損害額元本は1444万3341円となる。）。また、原告は、原審における勝訴部分755万6659円（使用料相当損害金、取得維持費用、弁護士費用が含まれる。）についても、遅延損害金の起算日を上記遅延損害金起算日欄のとおり整理した。本件は、一部請求であり、原告の主張（控訴審）に照らし、原告は令和3年10月から令和6年12月（口頭弁論終結時）までの使用料相当損害金及び毎翌月1日からの遅延損害金並びに取得維持費用及び弁護士費用の合計額のうち元本につき2200万円分を請求していることは明らかであり、訴え変更後の原告の請求には、実施料率が0.1%に満たないときは、取得維持費用及び弁護士費用と併せて元本が2200万円に達するまで令和5年2月以降の使用料相当損害金及びその遅延損害金の支払を求める趣旨が含まれているものと解される。	令和5年6月	11,000,000	0.04	440,000	令和5年7月1日		
	令和5年7月	7,647,453				令和5年7月	26,000,000	0.1	2,600,000	令和5年8月1日				令和5年7月	13,000,000	0.04	520,000	令和5年8月1日		
	令和5年8月	4,193,765				令和5年8月	26,000,000	0.1	2,600,000	令和5年9月1日				令和5年8月	13,000,000	0.04	520,000	令和5年9月1日		
	令和5年9月		令和5年9月	26,000,000	0.1	2,600,000	令和5年10月1日			令和5年9月	13,000,000	0.04		520,000	令和5年10月1日					
	令和5年10月		令和5年10月	26,000,000	0.1	2,600,000	令和5年11月1日			令和5年10月	13,000,000	0.04		520,000	令和5年11月1日					
	令和5年11月		令和5年11月	26,000,000	0.1	2,600,000	令和5年12月1日			令和5年11月	13,000,000	0.04		520,000	令和5年12月1日					
	令和5年12月		令和5年12月	26,000,000	0.1	2,600,000	令和6年1月1日			令和5年12月	13,000,000	0.04		520,000	令和6年1月1日					
	令和6年1月		令和6年1月	30,000,000	0.1	3,000,000	令和6年2月1日			令和6年1月	15,000,000	0.04		600,000	令和6年2月1日					
	令和6年2月		令和6年2月	30,000,000	0.1	3,000,000	令和6年3月1日			令和6年2月	15,000,000	0.04	600,000	令和6年3月1日						
	令和6年3月		令和6年3月	30,000,000	0.1	3,000,000	令和6年4月1日			令和6年3月	15,000,000	0.04	600,000	令和6年4月1日						
	令和6年4月		令和6年4月	30,000,000	0.1	3,000,000	令和6年5月1日			令和6年4月	15,000,000	0.04	600,000	令和6年5月1日						
	令和6年5月		令和6年5月	30,000,000	0.1	3,000,000	令和6年6月1日			令和6年5月	15,000,000	0.04	600,000	令和6年6月1日						
	令和6年6月		令和6年6月	30,000,000	0.1	3,000,000	令和6年7月1日			令和6年6月	15,000,000	0.04	600,000	令和6年7月1日						
	令和6年7月		令和6年7月	34,000,000	0.1	3,400,000	令和6年8月1日			令和6年7月	17,000,000	0.04	680,000	令和6年8月1日						
	令和6年8月		令和6年8月	34,000,000	0.1	3,400,000	令和6年9月1日			令和6年8月	17,000,000	0.04	680,000	令和6年9月1日						
	令和6年9月		令和6年9月	34,000,000	0.1	3,400,000	令和6年10月1日			令和6年9月	17,000,000	0.04	680,000	令和6年10月1日						
	令和6年10月		令和6年10月	34,000,000	0.1	3,400,000	令和6年11月1日			令和6年10月	17,000,000	0.04	680,000	令和6年11月1日						
	令和6年11月		令和6年11月	34,000,000	0.1	3,400,000	令和6年12月1日			令和6年11月	17,000,000	0.04	680,000	令和6年12月1日						
	令和6年12月		令和6年12月				弁論終結時まで	令和6年12月23日			令和6年12月	12,612,903	0.04	504,516	令和6年12月23日					
小計②	57,725,936					638,000,000	0.1	63,800,000	㊦各翌月1日					331,612,903	0.04	13,264,516	各翌月1日（但し、令6.12分は当審口頭弁論終結日）			
合計額（①+②）	170,293,981	0.04	6,811,759	令和5年8月17日		750,568,045	0.1	75,056,804	㊦各翌月1日					444,180,948	0.04	17,767,237				

原審	認定額	遅延損害金起算日
①使用料	6,811,759	令和5年8月17日
②取得維持費用	44,900	
③弁護士費用	700,000	
合計	7,556,659	令和5年8月17日

原告	損害主張額	請求額	遅延損害金起算日
①使用料	75,056,804	22,000,000	㊦各翌月1日
②取得維持費用	60,000		
③弁護士費用	6,000,000		
合計	81,116,804	22,000,000	㊦令和5年4月9日

当審	認定額	遅延損害金起算日
①使用料	17,767,237	令和5年4月9日
②取得維持費用	44,900	
③弁護士費用	1,780,000	
合計	19,592,137	

①は、さらに令和6年12月1日～弁論終結時までの分も主張、同月分の遅延損害金の起算日は同月23日

※原審令和3年10月分の売上高は14日分の日割り計算  
 ※原審令和5年8月分の売上高は17日分の日割り計算