

商標・商品等表示に係る損害額の算定状況

—2014年～2024年の裁判例の動向を中心に—

明治大学法学部 教授 金子 敏哉

要 約

本稿では、2014年から2024年（正確には2025年2月）までの裁判例における、商標権侵害、不競法2条1項1号・2号に係る損害額（標識法における損害額）の算定状況について、法改正や特許法102条2項に係る大合議判決の影響等も含めて、分析を行った。

本稿の分析により、調査対象期間の裁判例につき、標識法における損害総額（事件単位で中央値が約300万であること等）、権利種別と損害項目・損害額の関係（標識法の中でも商標権侵害に係る算定事例が多いが、商標権侵害に係る損害総額の中央値（約240万）は不競法2条1項1号・2号に係る事例よりも低額であること等）、無形損害の算定状況、商標法38条・不競法5条1項1号・2項の算定（寄与度減額からの決別等）、商標法38条・不競法5条3項の損害額の算定状況（特に2020年以降、事後的な算定・侵害プレミアムの考え方の普及に伴い、相当使用料率の中央値・平均値が以前よりも増加していること等）や商標法38条5項による算定事例等を検討し、標識法における損害額の算定状況の現状を明らかにしたものである。

目 次

1. はじめに
2. 損害論に関する基本的動向（法改正・大合議判決）と本稿の問題関心
 - 2.1. 特許法を中心とした展開（令和元年・5年改正、4件の大合議判決）
 - (1) 令和元年改正・令和5年改正
 - (2) 4件の大合議判決
 - 2.2. 標識法固有の動向
 - 2.3. 本稿の問題関心
3. 商標・商品等表示に係る損害額算定事例の一覧
 - 3.1. 裁判例の調査方法・対象期間
 - 3.2. 裁判例の一覧
 - (1) 商標・商品等表示に係る損害額の算定事例（2014～2024）一覧
 - (2) 商標・商品等表示に係る損害額の算定事例（2014～2024）損害項目別一覧
 - 3.3. 一覧表に関する補足
 - (1) 損害額の集計上の取り扱い・「権利種別」欄について
 - (2) 一覧表のその他の用語法等について
4. 商標・商品等表示に係る損害額の算定状況の概観
 - 4.1. 標識法における損害総額の基本動向
 - 4.2. 商標法・不競法2条1項1号・2号と損害項目
 - (1) 権利種別ごとの集計
 - (2) 商標権侵害に係る損害算定事例
 - (3) 不競法2条1項1号に係る損害算定事例
 - (4) 不競法2条1項2号に係る損害算定事例
 - 4.3. 各損害項目とその算定状況
 - 4.4. 事案類型における近時の動向：商品形態事例の増加
 - 4.5. 第一審と控訴審の判断の異同

5. 商標法 38 条 1 項・不競法 5 条 1 項を巡る算定状況
 5. 1. 1 項を巡る判断事例一覧
 5. 2. 1 項を巡る判断事例の判断内容と動向
 - (1) 判断件数
 - (2) 1 項 1 号の適用要件
 - (3) 利益額に係る事実上の推定覆滅
 - (4) 寄与度減額からの決別
 - (5) 販売阻害事情に関する判断
 - (6) 1 項 2 号に関する判断
6. 商標法 38 条 2 項・不競法 5 条 2 項を巡る算定状況
 6. 1. 2 項を巡る判断事例一覧
 6. 2. 2 項を巡る判断事例の判断内容と動向
 - (1) 判断件数
 - (2) 2 項の適用要件
 - (3) 寄与度減額からの決別・推定覆滅に関する判断事例の増加
 - (4) 推定覆滅率の分布、特許等との比較
 - (5) 推定覆滅・寄与度減額の判断内容
 - (6) 2 項と 3 項の併用・重畳適用
7. 商標法 38 条 3 項・不競法 5 条 3 項、不当利得を巡る算定状況
 7. 1. 3 項・不当利得を巡る判断事例一覧
 7. 2. 3 項・不当利得を巡る判断件数・算定件数
 7. 3. 3 項・不当利得の算定における相当使用料率の動向
 - (1) 相当使用料率に関する一覧
 - (2) 相当使用料率の算定状況
 - (3) 時系列的な動向
 7. 4. 事後的な算定・侵害プレミアム（令和元年改正後の商標法 38 条 4 項）
 - (1) 表 14 の「侵プ」欄の説明
 - (2) 事後的な算定・侵害プレミアムを巡る裁判例の動向
 - (3) 事後的な算定・侵害プレミアムに関する判断内容
 - (4) 事後的な算定・侵害プレミアムの損害額算定への影響
8. 商標法 38 条 5 項による算定事例
9. おわりに

1. はじめに

本稿は、商標権の侵害・不正競争防止法（不競法）上の商品等表示に係る不正競争行為（不競法 2 条 1 項 1 号（周知表示に係る混同惹起）、2 号（著名表示の冒用）、19 号（ドメイン名の不正取得等））により生じた損害額（商標・商品等表示に係る損害の額）の算定について、2014 年から 2024 年（より正確には知財高判令和 7 年 2 月 6 日令和 6（ネ）10051〔にじいろクリニック（控）〕）までの裁判例の動向を中心にまとめ、分析を行うものである。

以下ではまず、損害論に関する近時の基本的な動向（令和元年（2019 年）の特許法・商標法等の法改正・大合議判決と標識法特有の展開）を踏まえ本稿の問題関心を明らかにした（2）上で、2014 年から 2024 年の裁判例による標識法における損害額に関する判断事例を一覧表にまとめ（3）、その動向について全体的な状況を概観する（4）。そして商標法 38 条・不正競争防止法 5 条の各項について若干の分析を行う（5～8）。

なお筆者による裁判例における商標・商品等表示に係る損害額の算定状況を検討した既存の論稿として、①金子敏哉『商標権に係るエンフォースメントの日米比較』（2020 年 3 月）⁽¹⁾と②金子敏哉「商標法 38 条 1 項 1 号・2 項による損害額の算定と商標権の保護法益」（2023 年 9 月）⁽²⁾がある。

このうち①では 2014 年から 2018 年のアメリカ・日本の標識法（商標権侵害、不競法 2 条 1 項 1 号・2 号）

分野の裁判例における損害額の算定動向についての比較と分析を行った。これに対して本稿は日本法に限った上で2019年以降の動向について2014年から2018年の動向との比較も含めた検討を行うものである。

また②（以下本文中では金子・特許研究として言及）では2012年から2023年5月までの裁判例における商標法38条1項1号、2項の算定動向について、大合議判決の影響や特許法との異同を中心に検討した。本稿は金子・特許研究の検討を踏まえつつ（それゆえ記述が重複する箇所（特に商標法38条1項・2項に関する裁判例の状況）については金子・特許研究を参照し本稿ではあまり詳しく記述していない）、3項・不当利得や無形損害等の損害、商品等表示に係る損害額の算定も検討対象とし、また2014年から2024年までを分析対象の時期とするものである。

本稿では裁判例による算定動向の分析のみを行い、学説等⁽³⁾の検討については別の機会に行いたい。

なお本稿では、裁判例に言及する際、後述の表1の一覧表記載の番号（[1] [2]）等而言及している箇所がある。

2. 損害論に関する基本的動向（法改正・大合議判決）と本稿の問題関心

2.1. 特許法を中心とした展開（令和元年・5年改正、4件の大合議判決）

商標権侵害・不正競争行為に係る損害額の推定・算定規定である商標法38条・不競法5条は、同内容の規定である特許法102条を巡る議論の影響を強く受けてきた。

そして特許法102条を巡る基本的な動向としては、(1) 令和元年（2019年）改正（商標法38条も同様の改正。不競法5条については令和5年改正で同様の改正がされた）と(2) 4件の大合議判決が挙げられる。

(1) 令和元年改正・令和5年改正

特許法・商標法等に係る令和元年改正（令和元年法律第3号。令和2年4月1日施行）により、特許法102条・商標法38条等に①1項2号（1項1号の控除数量分の実施料（使用料）相当額の加算）及び②新4項（3項・1項2号の事後的な算定の明文化）が新設された。

まず令和元年改正後の1項では、1号（改正前の1項に相当）による算定額に、1号の算定過程における控除数量（実施（使用）相応数量超過分、又は、販売阻害事情（権利者が権利者製品を侵害品と同数「販売することができないとする事情」）の存在を理由とする控除数量「特定数量」）につき、権利者が実施権・使用権を設定・許諾「し得たと認められない場合」（2号カッコ書き）を除いて1号による算定額に加算できることが規定された。

この改正により、知財高判平成18年9月25日裁判所HP（平成17（ネ）10047）〔椅子式マッサージ機〕以降の裁判例等を中心に有力であった改正前の1項と3項の併用に関する全面否定説は採用し得ないこととなった。しかし改正後⁽⁴⁾も2号カッコ書きの解釈を巡り、加算限定説（従前の折衷説に相当。実施能力の超過を理由とする控除については2号の加算を認めるが、販売阻害事情の存在を理由とする控除については各事情に照らして許諾し得たといえる場合に限り限定的に加算を認める）と加算非限定説（従前の全面肯定説に相当。控除数量分につき損害不発生の抗弁が成立する場合や特許権者が専用実施権を設定していた場合等、

-
- (1) 金子敏哉『特許庁委託平成31年度産業財産権制度調和に係る共同研究調査事業調査研究報告書 商標権に係るエンフォースメントの日米比較：損害賠償と刑事罰を中心に』（一般財団法人知的財産研究教育財団 知的財産研究所、2020年3月）https://www.jpo.go.jp/resources/report/takoku/document/sangyo_zaisan_houkoku/2019_03.pdf（2025年8月10日最終閲覧）。
- (2) 金子敏哉「商標法38条1項1号・2項による損害額の算定と商標権の保護法益：近時（平成24年以降）の裁判例の分析を中心に」特許研究76号（2023年）15頁以下。
- (3) 商標法38条1項・2項を巡る学説の議論動向については金子・前掲注(2)37頁注1及び38頁注2を参照。
- (4) 令和元年改正後の特許法102条1項2号カッコ書き及び2項と3項の併用を巡る議論状況及び筆者自身の理解については、金子敏哉「特許法102条1項2号と2項の覆滅分への3項の適用—椅子式マッサージ大合議判決を契機として—」清水節先生古稀記念『多様化する知的財産権訴訟の未来へ』（日本加除出版、2023年）541頁以下を参照。

2号カッコ書きの場合を極めて限定的に解し、原則的に加算を認める)に見解が大きく分かれている。また2項の推定覆減が1項1号の譲渡数量に係る控除と同様の形で行われた場合(権利者の逸失販売数量が侵害品の譲渡数量よりも少ないことを理由として覆減がされた場合)の覆減分への3項の適用(2項と3項の併用・重畳適用)についても、1項2号を巡る対立と同様、併用非限定説と併用限定説の対立が生じることとなった。後述の知財高判令和4年10月20日判時2588号26頁〔椅子式マッサージ機大合議〕はこの論点について併用限定説によることを明らかにしたものである。

また令和元年改正で新設された4項では、3項及び1項2号の実施料(使用料)相当額の損害の算定について、「侵害があつたことを前提として」算定すべきこと、すなわち、事後的な算定を行うべきことを明示した。もっともこの改正法の以前においても、事前に締結される約定実施料と事後的に算定される3項の損害額は異なるとする(それゆえに約定例よりも高い実施料率を3項の算定で用いる)裁判例は存在しており、特に改正法制定後施行前の後述の知財高判令和元年6月7日判時2430号34頁〔二酸化炭素含有粘性組成物大合議〕は、平成10年改正により3項から「通常」の文言が削除された趣旨に鑑み、特許法102条3「項に基づく損害の算定に当たっては、必ずしも当該特許権についての実施許諾契約における実施料率に基づかなければならない必然性はなく、特許権侵害をした者に対して事後的に定められるべき、実施に対し受けるべき料率は、むしろ、通常の実施料率に比べて自ずと高額になるであろうことを考慮すべきである。」との、いわゆる侵害プレミアムによる加算が基本的に認められるとの考え方を示している。

不正競争防止法5条では、不競法2条1項1号・2号の不正競争行為により営業上の利益を害された者の損害賠償請求(不競法4条)に係る損害額の算定につき(令和元年改正前の)特許法102条1項・2項・3項と同様の規定が設けられていたが、令和5年改正(令和5年法律第51号)により、特許法に係る令和元年改正と同様の改正(1項2号及び4項の新設)がなされた(令和6年(2024年)4月1日施行)。

(2) 4件の大合議判決

特許法102条の解釈に関しては、4件の大合議判決(このうち令和年間に3件)による判断が示されている⁽⁵⁾。

1件目の知財高判平成25年2月1日判時2179号36頁〔ごみ貯蔵機器大合議〕は、特許法102条2項の適用要件につき「侵害者による特許権侵害行為がなかったならば利益が得られたであろうという事情」が存在すれば適用要件を満たすとして日本国内では実施せず英国から日本向けに輸出していた特許権者による2項適用の主張を認めた。

2件目の知財高判令和元年6月7日判時2430号34頁〔二酸化炭素含有粘性組成物大合議〕は、特許法102条2項の利益額につきいわゆる侵害者の限界利益説を示すとともに、2項の利益額とは(特許発明の実施が寄与した利益(寄与利益)ではなく)侵害品の製造販売等による利益全額であることを判示した。また同判決は、2項の推定覆減事由につき「侵害者が得た利益と特許権者が受けた損害との相当因果関係を阻害する事情がこれに当たる」と述べた上で、例えば「①特許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)、②市場における競合品の存在、③侵害者の営業努力(ブランド力、宣伝広告)、④侵害品の性能(機能、デザイン等特許発明以外の特徴)などの事情」が旧1項但書の事情と同様に2項の推定覆減の事情として考慮できることを判示した。さらに本判決は、侵害品における部分実施についても、実施部分の侵害品における位置づけ・特許発明の顧客誘引力等の総合考慮によって覆減事情として考慮されうることを判示している。また同判決は、特許法102条3項の算定につき、原則的に侵害者の売上高に実施料率を乗じる手法によるべきことと前述の侵害プレミアムの考え方を示した上で、3項の実施料率につき「①当該特許発明の実際の実施許諾契約における実施料率や、それが明らかでない場合には業界における実施料の相

(5) これら大合議判決の動向につき詳しくは金子・前掲注(2)17頁以下を参照。

場等も考慮に入れつつ、②当該特許発明自体の価値すなわち特許発明の技術内容や重要性、他のものによる代替可能性、③当該特許発明を当該製品に用いた場合の売上げ及び利益への貢献や侵害の態様、④特許権者と侵害者との競業関係や特許権者の営業方針等訴訟に現れた諸事情を総合考慮して算定すべきとしている。

3件目の知財高判令和2年2月28日判時2464号61頁〔美容器大合議〕は、(令和元年改正前の)特許法102条1項(現1項1号)に関する判断事例である。同判決は、1項の趣旨(権利者製品の販売数量減少による逸失利益の算定規定であり、販売阻害事情に関する立証責任を侵害者に転換)、1項の権利者製品の要件(市場における競合関係があれば足りる)と利益の額(権利者側の限界利益説。事実上の推定覆滅について後述)、販売阻害事情(「侵害行為と特許権者等の製品の販売減少との相当因果関係を阻害する事情をいい、例えば、①特許権者と侵害者の業務態様や価格等に相違が存在すること(市場の非同一性)、②市場における競合品の存在、③侵害者の営業努力(ブランド力、宣伝広告)、④侵害品及び特許権者の製品の性能(機能、デザイン等特許発明以外の特徴)に相違が存在することなどの事情がこれに該当する」)について、多数説・多数裁判例の立場を踏襲した一般論を示している。

〔美容器大合議〕の判断で特に評価が分かれている点が、権利者製品の単位数量当たりの利益額(1項の利益額)に係る事実上の推定の覆滅が認められた点である⁽⁶⁾。〔美容器大合議〕は、特許発明の特徴部分が権利者製品の一部にのみ係る場合についても、1項の利益額は限界利益全額として事実上推定されるとしつつ、権利者製品の他の機能・特徴(ローリング部・微弱電流機構等)が大きな顧客吸引力を有することを総合考慮し、特許発明の特徴部分の貢献が部分的であることを理由として限界利益額の60%について事実上の推定の覆滅を認めた。さらに同判決は、価格差を理由に侵害品譲渡数量の50%分についての控除も認めた。

4件目の知財高判令和4年10月20日判時2588号26頁〔椅子式マッサージ機大合議〕は、特許法102条2項の適用要件につき、前掲〔ごみ貯蔵機器大合議〕を踏襲しつつ、さらに輸出先での競合についても2項の適用が認められること、権利者製品が非実施品でありかつ特許発明と同様の作用効果を奏しない場合にも侵害品との市場における競合関係があれば2項の適用が認められるとした。同判決は、推定覆滅事由については一般論を特に示していないが90%の覆滅を認めた上で、2項と3項の併用につき前述の併用限定説によること(「特許権者が実施許諾をすることができたとき」に限り3項が適用されるとし、実施能力超過を理由とする覆滅分については3項の適用が認められるが、販売阻害事情については個別に許諾し得たかを判断すべきとした)、市場の非同一性(侵害品の仕向国の一部に権利者製品が輸出されていない国があったこと)を理由とする覆滅分(侵害品の全輸出数量の7%)に限り3項の適用を認め、侵害品における部分実施(特許発明による侵害品の購買動機への貢献が部分的であることを理由とする覆滅分⁽⁷⁾)については3項の適用を認めなかった。

以上4件の大合議判決はいずれも特許法102条に関するものであるが、後述するように、商標法38条や不競法5条に関する裁判例にも影響を与えているところである。

とりわけ、権利者製品や侵害品における部分実施(特許発明が製品の一部にのみ係る場合(狭義の部分実施)の他、特許発明の特徴部分が製品の一部にのみ係る場合も含む)等の事情については、従前の裁判例では、条文との関係を明らかにせずに寄与率・寄与度を理由とする減額を経て最終的な損害額を算定する手法(寄与度減額)も有力であり、標識法に係る損害額の算定においても寄与度減額の手法がしばしば用いられ

(6) 議論状況につき詳しくは金子敏哉「美容器大合議における利益額に係る事実上の推定覆滅について—その後の学説・裁判例の展開を踏まえて—」*パテント* 76巻9号(2023年)25頁以下参照。

(7) 〔椅子式マッサージ機大合議〕における侵害品の部分実施を理由とする覆滅分が、権利者製品の逸失販売数量が侵害品譲渡数量よりも少ないことを理由とする覆滅ではなく、〔美容器大合議〕の利益額に係る事実上の推定覆滅と同様に、特許発明以外の機能・特徴の購買動機への貢献に鑑みて賠償範囲に含まれるべき利益額を限定したもの(利益額に係る覆滅)と解される(この場合、併用非限定説からも3項の併用を認めなかった結論は支持される)点につき、金子敏哉「特許法102条2項の推定覆滅と覆滅分への3項の適用(2項と3項の併用・重畳適用)」*Law & Technology*104号(2024年)90頁以下参照。

ていた。しかし〔二酸化炭素含有粘性組成物大合議〕では、侵害品における部分実施の事情について、寄与度の概念に言及することなく、特許法 102 条 2 項の推定覆滅事由として考慮されうることを示し、さらに〔美容器大合議〕では 1 項において条文上根拠のない寄与度減額の手法は採用できないことを明示し、利益額に係る事実上の推定覆滅の判断において考慮した（侵害品における部分実施を販売阻害事情として考慮することについては、利益額の判断で考慮済であることを理由に当該事案では考慮しないとしたが、一般論として否定したものではない）。この両判決に代表される、特許法 102 条 1 項・2 項における寄与度減額からの決別は、後述するように標識法に係る算定事例にも大きな影響を及ぼしている。

2.2. 標識法固有の動向

損害論における標識法固有の動向として近時注目される点としては、まず立法の点で、平成 28 年（2016 年）改正（環太平洋パートナーシップ協定の締結に伴う関係法律の整備に関する法律。平成 28 年法律第 108 号）による商標法 38 条 4 項（令和元年改正後は 5 項。以下令和元年改正前も含めて商標法 38 条 5 項として言及）の新設が挙げられる（2018 年末に TPP11 発効に伴い施行）。商標法 38 条 5 項は、TPP 協定上要求された商標の不正使用（偽造商標の使用）に係る法定損害賠償として導入されたものであり⁽⁸⁾、登録商標と（社会通念上）同一の標章を指定商品・役務に使用した行為による商標権の侵害について「その商標権の取得及び維持に通常要する費用に相当する額」を商標権者・専用使用権者が損害額とすることができるとするものである。

また裁判例では、不競法 2 条 1 項 1 号に係る不競法 5 条 1 項の適用につき、被告商品を購入した需要者が被告商品の出所を原告（及びその関連会社）ではないと正しく認識していたとの事情（現実の出所の混同の不存在）は販売阻害事情として考慮されない旨を明示した [95] 知財高判令和 5 年 3 月 23 日最高裁 HP（令和 4（ネ）10095 号）〔低压持続吸引器（控）〕が現れていることが注目される。この点については後述する。

2.3. 本稿の問題関心

以上の特許法 102 条を中心とする動向、標識法固有の動向を踏まえ、本稿では、①標識法（商標権侵害、不競法 2 条 1 項 1 号・2 号）における損害額の算定は現状どどのように行われているのか（1 項・2 項・3 項・無形損害・5 項等の算定件数、その中央値や事例ごとの特徴）、②商標権侵害による損害の算定と不競法 2 条 1 項 1 号・2 号に係る損害の算定で何か特徴はあるのか、③特許法 102 条を巡る大合議判決（特に令和年間の 3 件の大合議判決）は標識法分野にどのような影響を与えているか、④事後的な算定・侵害プレミアムの考え方は実際にどのような影響を与えているのか等の問題関心から、令和元年改正を間に挟む 2014 年から 2024 年の裁判例における、標識法分野での損害額の算定動向を明らかにしようとするものである。

3. 商標・商品等表示に係る損害額算定事例の一覧

3.1. 裁判例の調査方法・対象期間

裁判例の調査については、① 2014 年（平成 26 年）から 2018 年（平成 30 年）までの期間については前述の金子敏哉『商標権に係るエンフォースメントの日米比較』（2020 年 3 月）の調査結果を再確認の上で使用し、② 2019 年（平成 31 年・令和元年）から 2024 年（令和 6 年）までの期間については、TKC 法律情報データベース LEX/DB インターネットの「知的財産権判例検索」の「侵害訴訟等判例検索」において、判決全文・書誌情報を対象としてキーワードを「(商標権 OR 商品等表示) AND (損害賠償 OR 不当利得)」として

(8) 特許庁編『工業所有権法（産業財産権法）逐条解説〔第 22 版〕』（発明推進協会、2022 年）1689・1690 頁。導入の経緯と評価につき金子敏哉「TPP と著作権法・商標法における『法定損害賠償』」高林龍他編『年報知的財産法 2016-2017』31 頁以下参照。

当該期間を対象として2025年6月30日に検索を行った結果から、商標権侵害、不競法2条1項1号、2号、19号（ドメイン名）の不正競争行為による損害額・不当利得の算定につき具体的な判断が示されたものを抽出し、後述の一覧表に掲載した（商標権侵害や不競法2条1項1号・2号該当性が否定されたものや消滅時効の完成により損害賠償請求が棄却されたものは一覧表に掲載されていない）。

ただし期間外の2025年の判決として例外的に[113]知財高判令和7年2月6日裁判所HP（令和6（ネ）10051）〔にじいろクリニック（控）〕も含めている。その理由は[113]判決が調査対象期間に含まれる[110]東京地判令和6年5月22日裁判所HP（令和5（ワ）70130）〔にじいろクリニック（一）〕の算定額を大幅に増額した控訴審判決であるためである。上記の検索時点では、令和7年1月以降、[113]判決以前の裁判例で商標権・商品等表示に係る損害額の算定事例は見当たらなかったため（検索日以降に裁判例がデータベースに掲載される可能性もある点に留意）、調査対象期間については正確には2025年2月6日までということもできるが、わかりやすさの観点から基本的に2014年から2024年までを今回の調査対象期間として扱っている。

また裁判例のうち東京地判令和1年5月23日裁判所HP（平成28（ワ）23327・平成28（ワ）38566）・知財高判令和2年3月19日裁判所HP（令和1（ネ）10049）〔プロマガ〕については、FC2を原告（ダウンロードを被告）とする第1事件（[57] [66]）と、ダウンロードを原告（FC2を被告）とする第2事件（[58] [67]）をそれぞれ別のものとして集計している。

なお裁判例の調査・集計に当たっては、筆者の力不足により、見落としや誤解、誤入力等により不正確なデータが含まれている可能性がある。

3.2. 裁判例の一覧

(1) 商標・商品等表示に係る損害額の算定事例（2014～2024）一覧

以上の方法による調査結果をまとめたものが表1である。なお「損害項目（総額反映）」では、最終的に損害総額に含まれている損害項目のみを記載している。一覧表の各項目の用語については3.3.において解説する。

表1 商標・商品等表示に係る損害額の算定事例（2014～2024）一覧

番号	裁判	判決日	事件番号	事件名称	権利種別	損害総額	損害項目（総額反映）
[1]	大高	H26.1.17	H24（ネ）2044	He Λ rt nursing ①（控）	1号	¥26,985,200	1項 弁
[2]	東地	H26.1.31	H24（ワ）24872	Pierarejeunne	商標	¥84,707,677	3項 弁
[3]	大地	H26.3.27	H24（ワ）13709	PRIME SELECT	商標	¥1,970,457	2項
[4]	東地	H26.4.30	H24（ワ）964	遠山の金さん	商標	¥579,497,220	2項 弁
[5]	東地	H26.5.21	H25（ワ）31446	パーキン形状	商標1号2号	¥2,358,400	2項 無形 弁
[6]	知高	H26.7.14	H25（ネ）10114	鳶（控）	商標	¥863,544	1項 弁
[7]	東地	H26.12.4	H24（ワ）25506	極真①	商標	¥354,640	2項 3項
[8]	知高	H26.12.17	H26（ネ）10005	どくろの図形	1号	¥30,000,000	2項 弁
[9]	東地	H27.1.29	H24（ワ）21067	IKEA	商標1号		× × 2項
[10]	東地	H27.2.20	H25（ワ）12646	ラドン健康パレス・湯～とびあ	商標	¥12,349,069	3項 弁
[11]	東地	H27.2.27	H26（ワ）7132	Agile	商標	¥636,828	3項 弁
[12]	東地	H27.4.15	H27（ワ）906	TOTALREPAIR	商標	¥1,000,000	3項
[13]	東地	H27.9.10	H26（ワ）29617	TKD（一）	商標	¥11,152,767	2項
[14]	東地	H27.10.15	H26（ワ）27617	DAM	旧11号商標	¥2,402,494	2項 弁
[15]	東地	H27.12.22	H26（ワ）26819	ゴーゴーカレー	商標1号	¥9,710,463	2項

番号	裁判	判決日	事件番号	事件名称	権利種別	損害総額	損害項目 (総額反映)
[16]	東地	H28.1.29	H26 (ワ) 4627	Japan Poker Tour	商標	¥100,000	弁のみ
[17]	東地	H28.1.29	H27 (ワ) 27735	トラスティル	商標 1号	¥200,000	弁のみ
[18]	大地	H28.2.8	H26 (ワ) 6310	でき太くん	商標	¥300,000	弁のみ
[19]	東地	H28.2.9	H27 (ワ) 8132	なごみ	商標	¥3,300,000	3項 弁
[20]	知高	H28.2.18	H27 (ネ) 10103	Shapes	商標	¥50,000	3項
[21]	東地	H28.2.26	H26 (ワ) 11616	皇朝	商標		× × 3項
[22]	知高	H28.2.29	H27 (ネ) 10117	TKD (控)	商標	¥11,152,767	2項
[23]	大高	H28.4.8	H27 (ネ) 3285	中古車の110番	商標	¥650,000	3項 弁
[24]	東地	H28.6.23	H25 (ワ) 34654	ESPRINCESS	商標		× × 2項
[25]	大地	H28.10.13	H27 (ワ) 2504	ZENSHIN (一)	1号	¥7,325,413	2項 弁
[26]	大地	H28.11.17	H26 (ワ) 6203	HE Λ RT nursing ②	1号	¥3,029,124	1項 弁
[27]	東地	H28.12.7	H27 (ワ) 7051	ハイ・ベック (一)	1号	¥8,034,148	2項 弁
[28]	大地	H29.1.19	H27 (ワ) 547	BIKE LIFTER	商標	¥14,940,111	2項 弁
[29]	大地	H29.1.30	H28 (ワ) 7450	PJ's Surf	商標	¥4,177,735	3項 不利
[30]	大地	H29.1.31	H26 (ワ) 12570	KYOCERA	商標	¥58,590	3項 弁
[31]	東地	H29.3.23	H27 (ワ) 22521	極真②	商標	¥10,440,388	2項 3項
[32]	大高	H29.4.6	H28 (ネ) 2932	ZENSHIN (控)	1号	¥21,996,240	2項 弁
[33]	大地	H29.6.6	H29 (ワ) 2175	Heart Made Factory	商標	¥33,254	調査費用
[34]	東地	H29.6.28	H27 (ワ) 24688	不規則充填物 (一)	1号	¥25,374,095	2項
[35]	知高	H29.6.28	H29 (ネ) 10004	ハイ・ベック (控)	1号	¥8,034,148	2項 弁
[36]	長地	H29.8.10	H27 (ワ) 36	マイクロソフト (一)	商標	¥5,500,000	逸失 弁
[37]	東地	H29.9.13	H26 (ワ) 20955	海宝源	商標	¥43,759,014	2項 弁
[38]	東地	H29.11.8	H27 (ワ) 28491	ART	商標	¥21,567,943	不利
[39]	大地	H29.12.14	H28 (ワ) 8424	anello	商標	¥531,740	2項 弁
[40]	東地	H30.2.8	H28 (ワ) 38082	アロマグランデ	商標	¥950,000	3項 弁
[41]	東地	H30.2.27	H28 (ワ) 10736	折り畳み傘	1号	¥1,404,596	1項 弁
[42]	東地	H30.2.28	H29 (ワ) 39594	SHOEI	商標	¥100,000	弁のみ
[43]	知高	H30.2.28	H29 (ネ) 10068	不規則充填物 (控)	1号	¥37,841,791	2項 弁
[44]	東地	H30.3.26	H29 (ワ) 5423	LOUIS VUITTON モノグラム (一)	2号	¥1,731,490	2項 無形 弁
[45]	知高	H30.3.29	H29 (ネ) 10082	マイクロソフト (控)	商標	¥5,500,000	逸失 弁
[46]	大地	H30.4.17	H28 (ワ) 6074	堂島ロール	1号	¥34,260,600	2項
[47]	東地	H30.7.26	H29 (ワ) 14637	タカギ (一)	1号	¥284,386	2項 弁
[48]	大地	H30.8.28	H28 (ワ) 9753	LIGHTING SOLUTION (一)	商標	¥1,487,377	3項 不利
[49]	東地	H30.9.27	H29 (ワ) 6293	マリオカート (一)	1号ドメ	¥10,264,609	3項 弁
[50]	知高	H30.10.23	H30 (ネ) 10042	LOUIS VUITTON モノグラム (控)	2号	¥1,731,490	2項 無形 弁
[51]	東地	H30.12.27	H29 (ワ) 22543	ランプシェードの立 体的形状	商標	¥4,412,586	2項 弁
[52]	東地	H31.1.31	H29 (ワ) 4106	OGGETTI	商標	¥511,052	3項 弁
[53]	大高	H31.2.21	H30 (ネ) 2025	LIGHTING SOLUTION (控)	商標	¥3,111,970	3項 不利
[54]	東地	H31.2.22	H29 (ワ) 15776	moto (一)	商標	¥31,743	3項 弁
[55]	大地	H31.3.5	H28 (ワ) 7536	yuyama (一)	商標特許	¥6,175,082	2項 不利
[56]	大地	H31.3.28	H29 (ワ) 5011	爪切り	1号品誤		伏字 2項 弁
[57]	東地	R1.5.23	H28 (ワ) 23327	プロマガ (FC2原告) (一)	商標	¥6,565,554	2項 弁

番号	裁判	判決日	事件番号	事件名称	権利種別	損害総額	損害項目(総額反映)
[58]	東地	R1.5.23	H28 (ワ) 38566	プロマガ(ドワンゴ原告)(一)	商標	¥8,677,823	3項 弁
[59]	東地	R1.6.18	H29 (ワ) 31572	BAOBAO 形態	1号	¥71,068,000	1項 弁
[60]	大地	R1.10.3	H31 (ワ) 256	CoCo バレエ	商標	¥160,000	3項
[61]	知高	R1.10.10	H30 (ネ) 10064	タカギ(控)	1号	¥1,391,757	2項 弁
[62]	知高	R1.10.10	H31 (ネ) 10031	yuyama(控)	商標特許	¥6,175,082	2項(特許) 不利
[63]	東地	R1.12.18	H30 (ワ) 8414	ライトおもちゃ	1号	¥9,066,102	2項 弁
[64]	知高	R2.1.29	H30 (ネ) 10081	マリオカート(控)	2号ドメ	¥102,399,253	3項 弁
[65]	東地	R2.2.20	H30 (ワ) 15781	サクラホテル	商標	¥3,372,400	2項 弁
[66]	知高	R2.3.19	R1 (ネ) 10049	プロマガ(FC2原告)(控)	商標	¥6,565,554	2項 弁
[67]	知高	R2.3.19	R1 (ネ) 10049	プロマガ(ドワンゴ原告)(控)	商標	¥9,926,250	2項 弁
[68]	東地	R2.3.25	R1 (ワ) 32646	TOWER PRO	商標	¥10,208	3項
[69]	東地	R2.6.3	H31 (ワ) 9997	バーキン形態(一)	2号	¥2,898,468	2項 無形 弁
[70]	知高	R2.6.4	H31 (ネ) 10024	moto(控)	商標	¥31,743	3項 弁
[71]	東地	R2.7.29	H29 (ワ) 11462	X(一)	商標	¥4,664,168	2項
[72]	東地	R2.7.30	H30 (ワ) 19783	Shapes(再審後)	商標	¥74,426,732	不利
[73]	東地	R2.11.11	H30 (ワ) 29036	毛穴ローション包装	1号	¥3,094,066	1項 弁
[74]	知高	R2.12.17	R2 (ネ) 10040	バーキン形態(控)	2号	¥2,898,468	2項 無形 弁
[75]	大地	R3.1.12	H30 (ワ) 11672	Re 就活	商標	¥443,919	3項 弁
[76]	知高	R3.4.21	R2 (ネ) 10055	X(控)	商標	¥1,956,000	2項
[77]	東地	R3.4.23	H30 (ワ) 16422	舞豚	商標	¥951,779	2項
[78]	大地	R3.4.26	H31 (ワ) 784	たこ焼工房	商標	¥1,165,027	3項
[79]	東地	R3.5.21	R1 (ワ) 23033	EGYPTIAN MAGIC	商標	¥21,314,273	2項 弁
[80]	東地	R3.6.23	R1 (ワ) 11874	ベガスベガス	商標	¥102,881,588	3項 不利 弁
[81]	東地	R3.6.28	H31 (ワ) 8117	夢	商標	¥837,755	3項 弁
[82]	知高	R3.8.18	R3 (ネ) 10013	現代の理論①	商標	¥264,000	3項
[83]	金地	R3.12.3	R1 (ワ) 250	農口	商標 1号	¥2,459,873	3項 (1) 5項 (商) 弁
[84]	東地	R4.1.28	R2 (ワ) 31138	ライスパワー	1号	¥177,882	2項
[85]	東地	R4.3.18	R1 (ワ) 34096	ぼてぢゅう	商標	¥10,351,329	2項 =3項、弁
[86]	東地	R4.4.28	R1 (ワ) 26105	GODZILLA(一)	2号	¥10,795,148	3項 不利 弁
[87]	東地	R4.8.4	R2 (ワ) 17626	低圧持続吸引器(一)	1号	¥13,583,708	1項 弁
[88]	知高	R4.11.30	R2 (ネ) 10017	守半	商標	¥1,454,809	2項 3項併用 不利 弁
[89]	大地	R4.12.5	R2 (ワ) 4272	LEADERBIKES	商標	¥58,064,441	2項 弁
[90]	東地	R4.12.8	R2 (ワ) 23616	BOY LONDON	商標	¥3,221,388	3項 弁
[91]	知高	R5.1.26	R2 (ネ) 10009	2ちゃんねる	商標 2号	¥217,000,000	逸失利益
[92]	東地	R5.1.27	R4 (ワ) 9150	日本総合医学会	ドメ	¥200,000	弁のみ
[93]	東地	R5.1.31	R4 (ワ) 70046	MG996R	商標	¥45,144	5項 通知費用
[94]	東地	R5.3.9	R3 (ワ) 22287	バーキン形状・ケリー形状	商標	¥5,640,112	2項 無形 弁
[95]	知高	R5.3.23	R4 (ネ) 10095	低圧持続吸引器(控)	1号	¥22,522,848	1項 弁
[96]	東地	R5.4.27	R3 (ワ) 13895	WENGER 十字図形(一)	商標	¥13,802,425	3項 弁
[97]	東地	R5.4.27	R2 (ワ) 14155	PETCOATING	商標	¥8,222,869	2項 弁
[98]	東地	R5.6.21	R3 (ワ) 11398	地力の素	商標	¥6,802,375	1項 1号 弁
[99]	知高	R5.7.19	R4 (ネ) 10063	GODZILLA(控)	2号	¥10,795,148	3項 不利 弁

番号	裁判	判決日	事件番号	事件名称	権利種別	損害総額	損害項目 (総額反映)
[100]	東地	R5.8.24	R4 (ワ) 19876	現代の理論② (一)	商標	¥175,808	3 項
[101]	大地	R5.12.14	R2 (ワ) 7918	Robot Shop (一)	商標	¥15,192,324	2 項 不利 弁
[102]	知高	R5.12.20	R5 (ネ) 10070	WENGER 十字図形 (控)	商標	¥13,802,425	3 項 弁
[103]	東地	R6.1.17	R4 (ワ) 16062	仙脩	商標	¥1,094,744	1 項 1 号 2 号 弁
[104]	東地	R6.1.26	R3 (ワ) 16043	お年賀マスク	商標	¥948,681	2 項 3 項 併用
[105]	知高	R6.3.6	R5 (ネ) 10091	現代の理論② (控)	商標	¥248,570	3 項 弁
[106]	東地	R6.3.19	R3 (ワ) 11358	すしざんまい	商標	¥6,000,809	3 項 弁
[107]	知高	R6.4.10	R4 (ネ) 10117	東京芸術センター	商標	¥31,752,000	3 項
[108]	東地	R6.4.26	R5 (ワ) 70142	TIRNITY	商標	¥1,408,000	2 項 弁
[109]	大地	R6.5.16	R6 (ワ) 512	阪急さくら HD	1 号 2 号	¥5,500,000	2 項 弁
[110]	東地	R6.5.22	R5 (ワ) 70130	にじいろクリニック (一)	商標	¥7,556,659	3 項 5 項 弁
[111]	大地	R6.8.22	R4 (ワ) 7393	MICHEL JURDAIN	商標	¥758,462	1 項 1 号 弁
[112]	大高	R6.10.18	R6 (ネ) 185	Robot Shop (控)	商標	¥14,941,888	2 項 不利 弁
[113]	知高	R7.2.6	R6 (ネ) 10051	にじいろクリニック (控)	商標	¥19,592,137	3 項 5 項 弁

(2) 商標・商品等表示に係る損害額の算定事例 (2014 ~ 2024) 損害項目別一覧

表 2 は、表 1 掲載の裁判例について各損害項目の算定額・適用否定等をまとめたものである。ただし損害項目のうち弁護士費用相当額の損害については原則記載を省略し、弁護士費用相当額の賠償のみが認められた事例に限って「弁のみ」としてその他損害の箇所に掲載している。

表 2 商標・商品等表示に係る損害額の算定事例 (2014 ~ 2024) 損害項目別一覧

番号	裁判	判決日	事件名称	1 項損害額	2 項損害額	3 項・不利額	その他損害
[1]	大高	H26.1.17	Heart nursing ① (控)	¥24,485,200			
[2]	東地	H26.1.31	Pierarejeunne			¥80,707,677	
[3]	大地	H26.3.27	PRIME SELECT	¥1,645,252	¥1,970,457		× 値下げ
[4]	東地	H26.4.30	遠山の金さん		¥555,497,220		
[5]	東地	H26.5.21	バーキン形状		¥658,400		無形損害 150 万
[6]	知高	H26.7.14	鳶 (控)	¥783,544		1 項以下	
[7]	東地	H26.12.4	極真①		¥297,240	¥57,400	
[8]	知高	H26.12.17	どくろの図形		¥27,000,000		
[9]	東地	H27.1.29	IKEA		×		
[10]	東地	H27.2.20	ラドン健康パレス・湯〜と びあ			¥11,149,069	
[11]	東地	H27.2.27	Agile			¥579,828	
[12]	東地	H27.4.15	TOTALREPAIR			¥1,000,000	
[13]	東地	H27.9.10	TKD (一)		¥11,152,767		
[14]	東地	H27.10.15	DAM		¥2,184,086		
[15]	東地	H27.12.22	ゴーゴーカレー		¥9,710,463		
[16]	東地	H28.1.29	Japan Poker Tour		×		弁のみ 10 万
[17]	東地	H28.1.29	トラスティル				弁のみ 20 万
[18]	大地	H28.2.8	でき太くん		×		弁のみ 30 万
[19]	東地	H28.2.9	なごみ			¥3,000,000	

番号	裁判	判決日	事件名称	1項損害額	2項損害額	3項・不利額	その他損害
[20]	知高	H28.2.18	Shapes			¥50,000	
[21]	東地	H28.2.26	皇朝			×	
[22]	知高	H28.2.29	TKD (控)		¥11,152,767		
[23]	大高	H28.4.8	中古車の110番			¥590,000	
[24]	東地	H28.6.23	ESPRINCESS		利益なし		
[25]	大地	H28.10.13	ZENSHIN (一)		¥6,665,413	2項以下	
[26]	大地	H28.11.17	HE Λ RT nursing ②	¥2,729,124		伏字 (1項以下)	
[27]	東地	H28.12.7	ハイ・ベック (一)		¥7,234,148		
[28]	大地	H29.1.19	BIKE LIFTER		¥13,540,111		
[29]	大地	H29.1.30	PJ's Surf			¥4,177,735	
[30]	大地	H29.1.31	KYOCERA			伏字	
[31]	東地	H29.3.23	極真②		¥8,440,388	¥2,000,000	
[32]	大高	H29.4.6	ZENSHIN (控)		¥19,996,240	2項以下	× 2項併
[33]	大地	H29.6.6	Heart Made Factory				調査費用 3万3254
[34]	東地	H29.6.28	不規則充填物 (一)		¥25,374,095		
[35]	知高	H29.6.28	ハイ・ベック (控)		¥7,234,148		
[36]	長地	H29.8.10	マイクロソフト (一)	×			逸失利益 500万
[37]	東地	H29.9.13	海宝源	×	¥39,780,922	×	× 逸失利益 (2項以下)
[38]	東地	H29.11.8	ART			¥21,567,943	
[39]	大地	H29.12.14	anello		¥431,740		
[40]	東地	H30.2.8	アロマグランデ			¥850,000	
[41]	東地	H30.2.27	折り畳み傘	¥1,254,596			
[42]	東地	H30.2.28	SHOEI				弁のみ 10万
[43]	知高	H30.2.28	不規則充填物 (控)		¥34,541,791		
[44]	東地	H30.3.26	LOUIS VUITTON モノ グラム (一)		¥1,081,490		無形損害 50万
[45]	知高	H30.3.29	マイクロソフト (控)	×			逸失利益 500万
[46]	大地	H30.4.17	堂島ロール		¥34,260,600		
[47]	東地	H30.7.26	タカギ (一)		¥234,386		
[48]	大地	H30.8.28	LIGHTING SOLUTION (一)			¥1,487,377	
[49]	東地	H30.9.27	マリオカート (一)			¥9,334,609	
[50]	知高	H30.10.23	LOUIS VUITTON モノ グラム (控)		¥1,081,490		無形損害 50万
[51]	東地	H30.12.27	ランプシェードの立体的形 状		¥3,912,586		
[52]	東地	H31.1.31	OGGETTI			¥411,052	
[53]	大高	H31.2.21	LIGHTING SOLUTION (控)			¥3,111,970	
[54]	東地	H31.2.22	moto (一)			¥26,743	
[55]	大地	H31.3.5	yuyama (一)		¥4,873,022	¥1,302,060	
[56]	大地	H31.3.28	爪切り			伏字	
[57]	東地	R1.5.23	プロマガ (FC2原告) (一)		¥6,565,554	2項以下	
[58]	東地	R1.5.23	プロマガ (ドワンゴ原告) (一)		赤字	伏字	
[59]	東地	R1.6.18	BAOBAO 形態	¥65,068,000			

番号	裁判	判決日	事件名称	1項損害額	2項損害額	3項・不利額	その他損害
[60]	大地	R1.10.3	CoCo バレエ			¥160,000	
[61]	知高	R1.10.10	タカギ (控)		¥1,191,757		
[62]	知高	R1.10.10	yuyama (控)		特許以下	¥1,302,060	
[63]	東地	R1.12.18	ライトおもちゃ		¥8,242,102		
[64]	知高	R2.1.29	マリオカート (控)			¥92,399,253	
[65]	東地	R2.2.20	サクラホテル		¥3,072,400		× 法律家による 対応費用
[66]	知高	R2.3.19	ブロマガ (FC2 原告) (控)		¥6,565,554	2項以下	
[67]	知高	R2.3.19	ブロマガ (ドワンゴ原告) (控)			伏字 伏字 (2項以下)	
[68]	東地	R2.3.25	TOWER PRO			¥10,208	
[69]	東地	R2.6.3	バーキン形態 (一)		¥1,638,468		無形損害 100 万
[70]	知高	R2.6.4	moto (控)			¥26,743	
[71]	東地	R2.7.29	X (一)		¥4,664,168		
[72]	東地	R2.7.30	Shapes (再審後)			¥74,426,732	
[73]	東地	R2.11.11	毛穴ローション包装	¥2,812,788			
[74]	知高	R2.12.17	バーキン形態 (控)		¥1,638,468		無形損害 100 万
[75]	大地	R3.1.12	Re 就活		赤字	¥223,919	
[76]	知高	R3.4.21	X (控)		¥1,956,000		
[77]	東地	R3.4.23	舞豚		×	¥951,779	
[78]	大地	R3.4.26	たこ焼工房			¥1,165,027	
[79]	東地	R3.5.21	EGYPTIAN MAGIC		¥19,314,273		
[80]	東地	R3.6.23	ベガスベガス			¥97,881,588	
[81]	東地	R3.6.28	夢		×		
[82]	知高	R3.8.18	現代の理論①			¥264,000	
[83]	金地	R3.12.3	農口			¥2,118,673	5項 (117,200)
[84]	東地	R4.1.28	ライスパワー		¥177,882		
[85]	東地	R4.3.18	ほてちゅう		¥9,410,300	¥9,410,300	
[86]	東地	R4.4.28	GODZILLA (一)			¥10,368,320	
[87]	東地	R4.8.4	低圧持続吸引器 (一)	¥12,283,708	1項以下		
[88]	知高	R4.11.30	守半		¥1,175,763	¥1,304,809	2項併 39,682
[89]	大地	R4.12.5	LEADERBIKES		¥55,064,441	2項以下	
[90]	東地	R4.12.8	BOY LONDON		×	¥2,921,388	
[91]	知高	R5.1.26	2ちゃんねる				逸失広告収入 (2億 1700 万)
[92]	東地	R5.1.27	日本総合医学会				弁のみ 20 万
[93]	東地	R5.1.31	MG996R				5項 (44,900) 通知費用 (244)
[94]	東地	R5.3.9	バーキン形状・ケリー形状		¥4,120,112		無形損害 100 万
[95]	知高	R5.3.23	低圧持続吸引器 (控)	¥20,472,848	1項以下		
[96]	東地	R5.4.27	WENGER 十字図形 (一)			¥12,547,659	
[97]	東地	R5.4.27	PETCOATING		¥7,475,336		
[98]	東地	R5.6.21	地力の素	¥6,183,977			
[99]	知高	R5.7.19	GODZILLA (控)			¥10,368,320	
[100]	東地	R5.8.24	現代の理論② (一)			¥175,808	
[101]	大地	R5.12.14	Robot Shop (一)		¥11,306,847	¥2,504,357	
[102]	知高	R5.12.20	WENGER 十字図形 (控)			¥12,547,659	

番号	裁判	判決日	事件名称	1項損害額	2項損害額	3項・不利額	その他損害
[103]	東地	R6.1.17	仙脩	¥637,500		1項以下	1項2号 357,244
[104]	東地	R6.1.26	お年賀マスク		¥190,521	2項以下	2項併 758,160
[105]	知高	R6.3.6	現代の理論②(控)				¥228,570
[106]	東地	R6.3.19	すしざんまい		×		¥5,500,809
[107]	知高	R6.4.10	東京芸術センター				¥31,752,000
[108]	東地	R6.4.26	TIRNITY		¥1,836,520		
[109]	大地	R6.5.16	阪急さくらHD		¥5,000,000		
[110]	東地	R6.5.22	にじいろクリニック(一)			¥6,811,759	5項(44,900)
[111]	大地	R6.8.22	MICHEL JURDAIN	¥689,511	×		
[112]	大高	R6.10.18	Robot Shop(控)		¥11,306,847	¥2,504,357	
[113]	知高	R7.2.6	にじいろクリニック(控)			¥17,767,237	5項(44,900)

3.3. 一覧表に関する補足

(1) 損害額の集計上の取り扱い・「権利種別」欄について

表1・表2の一覧表記載の損害額の集計方法に関する留意点は以下のとおりである。

一部請求の取り扱い：原告（商標権者等）が一部請求をしている事案では、最終的な認容額ではなく、裁判所が認定した損害額を記載している。

複数の侵害行為：被告の複数の侵害行為（不正競争行為）について個別に損害額が算定されている場合にも、集計上はまとめて損害額を計上している。

複数権利者・複数被告の損害：重複分（連帯債権・連帯債務）を除き全て合算して計上している。共有商標権の侵害に係る [68] [TOWER PRO] については、3人の共有者（訴外共有者2人も含む）の3項の損害額の合計分 10208 円を一覧表に計上している（共有者の一人である原告についての実際の認容額は 3402 円）。

複数の権利侵害・不正競争行為の取り扱い：被告の行為が原告の複数の権利侵害（及び不正競争行為）に該当する場合、可能な限り、商標権侵害、不競法2条1項1号・2号・19号（ドメイン名の不正使用）に係る損害額の算定として特定できるものは当該特定部分のみを一覧表に掲載し、特許権侵害等に関する損害のみが算定されている事案は一覧表に掲載していない。商標権侵害・商品等表示に係る不正競争行為と他の権利（名誉権・特許権）侵害・不正競争行為に係る損害とがまとめて算定されているため特定しきれないものは一覧表に掲載し、次に述べる「権利種別」等に記載をしている。複数の商標権の侵害等についてはまとめて計上している。

表1の「権利種別」欄：損害総額に反映されている損害額の算定対象となった被侵害権利、不正競争行為を示し、それぞれ「商標」は商標権侵害、「1号」は不競法2条1項1号、「2号」は不競法2条1項2号、「ドメ」は不競法2条1項19号（ドメイン名の不正使用）、「特許」は特許権侵害、「品誤」は不競法2条1項21号（品質等誤認表示の使用）、「旧11号」([14] [DAM]⁽⁹⁾)は平成27年改正前の不競法2条1項11号（現18号に相当。技術的制限手段関係）を意味する。「商標1号」等の記載は、商標権侵害と不競法2条1項1号に係る損害額等がまとめて算定されたことを意味する。

(9) [14] [DAM] では、演奏ロック機能を妨げる改造をした原告通信カラオケ装置の被告による販売が不競法2条1項旧11号及び商標権侵害に該当する（当事者間に争いなし）とした上で、損害論の点では被告による改造は正規品の演奏ロック機能等を無効化し、原告が継続的に利用料を受け取ることをできなくするものであるため、損害の発生が認められると判断し、不競法5条2項と商標法38条2項の損害額をまとめて算定した。

(2) 一覧表のその他の用語法等について

表1の「一覧表」における用語法等は以下のとおりである。

「裁判」欄：判決を下した裁判所を意味する。それぞれ「東地」は東京地裁、「大地」は大阪地裁、「金地」は金沢地裁、「長地」は長野地裁、「知高」は知財高裁、「大高」は大阪高裁を意味する。

「事件番号」欄：複数の事件番号を有する判決についても「等」をつけず一件のみ記載をしている。

「事件名称」欄の(一)・(控)：同一事件の第一審と控訴審の双方で商標・商品等表示に係る損害額の算定が行われている場合、事件名にそれぞれ(一)・(控)を付している。第一審と控訴審の一方でのみ損害額の算定がされ、他方では商標権の侵害が否定される等して損害額の算定がされていない場合、前者の事件名には(一)や(控)は付されておらず、後者の事件名は一覧表に掲載されていない。

「損害総額」欄：(1)の集計上の留意点を参照。損害総額欄の×の記載は、商標権侵害・不正競争行為該当性が認められながら損害論における主張立証が失敗し損害賠償請求が全部棄却された事例を意味する。

「損害項目(総額反映)」欄：損害総額に反映されている損害項目、又は損害総額欄で「×」となっている事例(損害賠償全部棄却事例)については主張立証が認められなかった損害項目を示している。算定はされたが損害総額に含まれていない損害項目や、当該損害項目の立証は失敗したが他の損害項目に係る損害額が算定されたものは表1の「損害項目(総額反映)」には記載されていない。それぞれ「1項」は令和元年改正前の商標法38条1項、令和5年改正前の不競法5条1項、「1項1号」は改正後の各1項1号、「2号」は改正後の各1項2号、「2項」は商標法38条2項又は不競法5条2項、「3項」は商標法38条3項又は不競法5条3項、「不利」は不当利得、「5項」は商標法38条現5項(令和元年改正前の4項)、「無形」は無形損害、「逸失」は逸失利益、「調査費用」は侵害調査費用、「弁」は弁護士費用相当額(弁理士費用相当額も含む)、「弁のみ」は弁護士費用相当額の賠償のみが認められた事例、「2項3項併用」は2項の覆滅分への3項の適用(2項と3項の併用)、「2項=3項」は2項と3項の損害額が同額として損害総額に反映されているものを意味する。[55][62][yuyama(一)・(控)]では、特許法102条2項による損害額(商標法38条2項はこれ以下と算定)と特許権・商標権侵害をまとめて判断した不当利得の合計額(一覧表では「2項(特許)不利」と記載)が損害総額に記載され、[83][農口]では、不競法2条1項1号に係る不競法5条3項と商標法38条5項、そして弁護士費用相当額の合計額が損害総額に記載されている(一覧表では「3項(1)5項(商)弁」と記載)。

表2の各損害項目については、表1の損害総額に反映されていないものも記載されている。表2の各損害項目において「×」と記載されているものは、1項や2項の適用要件を満たさない等として主張が退けられたものを意味する。

4. 商標・商品等表示に係る損害額の算定状況の概観

4.1. 標識法における損害総額の基本動向

表3は、表1に掲載された裁判例の損害総額と損害総額に反映された損害項目の件数を集計した表である。

判決単位とは、表1で記載されている各判決(前述のとおり[プロマガ]については、FC2を原告(ドワンゴを被告)とする第1事件([57][66])と、ドワンゴを原告(FC2を被告)とする第2事件([58][67])を別判決として計上)を1件として集計したものであり、同一事件の第一審と控訴審が別判決として集計されている。

事件単位とは、表1掲載の各判決のうち同一事件の第一審と控訴審の双方が一覧表に記載されているものについては控訴審判決のみを集計対象としたものである(他の表についても「事件単位」という場合同様の集計を意味する)。

「認容された損害項目」は、表1の「損害項目(総額反映)」を集計したものであるが、特に留意すべき点として、「1項」は令和元年・5年改正後については1項1号を、「併」とは1項2号による加算又は2項と

3項の併用が認められた事例を、「3不」は3項及び不当利得による算定額を、「唯弁」とは弁護士費用相当額のみ賠償が認められた事例を意味し、それ以外の弁護士費用相当額の算定事例については表3では省略している。「他」はその他の損害（逸失利益、調査費用等）を意味する。

表3 標識法における損害総額と損害項目（2014～2024）

	件数	損害総額				認容された損害項目							
		最大値	平均値	中央値	最小値	1項	2項	併	3不	無形	5項	唯弁	他
全体（判決単位）	110	¥579,497,220	¥18,455,598	¥4,412,586	¥10,208	12	48	3	47	6	4	5	4
全体（事件単位）	89	¥579,497,220	¥21,027,125	¥3,166,679	¥10,208	11	37	3	37	4	3	5	3
以下事件単位													
全体（2014～2018）	39	¥579,497,220	¥25,214,310	¥3,029,124	¥33,254	5	18		13	2		4	2
全体（2019～2024）	50	¥217,000,000	¥17,694,467	¥3,221,388	¥10,208	6	19	3	24	2	3	1	1

表1に掲載された裁判例113件のうち、損害論を理由として損害賠償請求が全部棄却された3件（[9] [IKEA]（商標1号。2項適用否定）、[21] [皇朝]（商標。3項につき損害不発生の抗弁成立）、[24] [ESPRINCESS]（商標。2項利益なし））を除く110件（事件単位で89件）が、調査対象期間の標識法における（商標・商品等表示に係る）損害についての（一部）認容事例となる。

損害項目については、後程権利種別ごとの傾向と合わせて詳しく検討するが、標識法全体としてみると3項・不当利得の算定数と2項の算定数が同程度存在するのが一つの特徴である。

損害総額の中央値は、全期間につき判決単位で441万円、事件単位で317万円となっている。2018年以前と2019年以後で期間を区切ってみても、事件単位の中央値はそれぞれ303万円、322万円とあまり大きな違いはない。2019年以降2025年6月までの著作権法上の権利の侵害に係る損害総額（事件単位）⁽¹⁰⁾の中央値約31万円とは約10倍の差がある。

損害総額を平均値で見ると、全期間につき判決単位で1846万円、事件単位で2103万円（2014年～2018年は2521万円、2019年～2024年は1769万円）と中央値よりもかなり高額となっている。これは、表4でも示されているように、[4] [遠山の金さん]（5.8億円）・[91] [2ちゃんねる]（2.17億円）等の高額の算定事例の存在が平均値を押し上げていることを原因とする。なお2019年以降2025年6月までの著作権法上の権利の侵害に係る損害総額（事件単位）の平均値は、ファスト映画や海賊版等に関する高額認容事例（20億、17億）の影響により約6000万円と、中央値と対照的に標識法よりもはるかに多額となっている⁽¹¹⁾。このように平均値については高額の算定事例の影響が大きい点に特に留意するの必要があり、以下の分析でも中央値を中心に検討していく。

表4 標識法における損害総額の最大値と最小値

最大値5件

[4]	東京地判	平成26年4月30日	遠山の金さん	商標	¥579,497,220	2項 弁
[91]	知財高判	令和5年1月26日	2ちゃんねる	商標2号	¥217,000,000	逸失利益
[80]	東京地判	令和3年6月23日	ベガスベガス	商標	¥102,881,588	3項 不利 弁
[64]	知財高判	令和2年1月29日	マリオカート（控）	2号ドメ	¥102,399,253	3項 弁
[2]	東京地判	平成26年1月31日	Pierarejeunne	商標	¥84,707,677	3項 弁

(10) 金子敏哉「著作権侵害による損害額の算定を巡る裁判例の動向」コピライト2025年10月号16頁参照。著作権法上の権利侵害に関する事例については、写真の著作物の被告ウェブサイトでのイメージ的な小規模な使用に関する事案等が特に多いことが、損害総額の中央値がかなり低い金額となる一因となっている。

(11) 金子・前掲注(10)16頁参照。

最小値 5 件

[20]	知財高判	平成 28 年 2 月 18 日	Shapes	商標	¥50,000	3 項
[93]	東京地判	令和 5 年 1 月 31 日	MG996R	商標	¥45,144	5 項 通知費用
[33]	大阪地判	平成 29 年 6 月 6 日	Heart Made Factory	商標	¥33,254	調査費用
[70]	知財高判	令和 2 年 6 月 4 日	moto (控)	商標	¥31,743	3 項 弁
[68]	東京地判	令和 2 年 3 月 25 日	TOWER PRO	商標	¥10,208	3 項

損害総額の最小値の点では、表 4 掲載の 5 件の裁判例がいずれも商標権侵害の事例であることに加えて、商標法 38 条 5 項とわずかな通知費用による算定事例である [93] [MG996R] (45144 円。詳細は後掲 8) や侵害調査費用のみが算定された [33] [Heart Made Factory] (33254 円) よりも低額の 3 項に基づく算定事例 ([70] [moto (控)]) (弁護士費用と合わせて 31743 円)、[68] [TOWER PRO] (10208 円)) があることが注目される。

4.2. 商標法・不競法 2 条 1 項 1 号・2 号と損害項目

(1) 権利種別ごとの集計

表 5 は、表 1 のデータ (全期間、事件単位) を権利種別ごとに集計したものである。まず件数 (重複分も含む) としてみれば、商標権侵害に係る算定事例が最も多く (計 68 件)、次いで不競法 2 条 1 項 1 号 (計 21 件)、不競法 2 条 1 項 2 号 (計 7 件) となっている。

表 5 権利種別ごとの損害総額・損害項目 (事件単位)

事件単位	件数	損害総額				認容された損害項目							
		最大値	平均値	中央値	最小値	1 項	2 項	併	3 不	無形	5 項	唯弁	他
商標 (+ 特許・旧 11 号)	63	¥579,497,220	¥19,432,723	¥2,402,494	¥10,208	5	23	3	34	1	2	2	2
商標 1 号	3	¥9,710,463	¥4,123,445	¥2,459,873	¥200,000		1		1		1	1	
商標 1 号 2 号	1	¥2,358,400					1			1			
商標 2 号	1	¥217,000,000											1
1 号 (+ ドメ)	15	¥71,068,000	¥19,348,025	¥15,531,171	¥177,882	6	9						
2 号 (+ ドメ)	4	¥102,399,253	¥29,456,090	¥6,846,808	¥1,731,490		2		2	2			
1 号・2 号	1	¥5,500,000					1						
ドメ	1	¥200,000											1

(2) 商標権侵害に係る損害算定事例

商標権侵害に係る算定事例 (計 68 件) の損害総額の中央値は、商標権侵害単体 (及び特許権侵害・不正競争防止法旧 11 号とまとめて算定されたものも含む。表 5 の「商標 (+ 特許・旧 11 号)」) で 240 万円、不競法 2 条 1 項 1 号・2 号とまとめて算定されたものを含めても 243 万円と、不競法 2 条 1 項 1 号・2 号に係る算定事例と比較してやや低額となっている。侵害の規模がそれほど大きくない事例が多数含まれていることが要因と考えられる。

認容された損害項目 (不競法 2 条 1 項 1 号・2 号とまとめて算定されたものも含めて集計。以下同様) の点では、商標法 38 条 3 項・不当利得に係る算定事例 (35 件) が最も多く、次いで 2 項 (23 件) となり、1 項の適用事例は 5 件にとどまっている。

TPP 協定のために導入された商標法 38 条 5 項による算定事例は 3 件存在した (後掲 8 参照)。

1 項 2 号による加算、2 項の併用が認められた事例 (表 1・表 5 の「併」) は、全て商標権侵害に係る算定事例であり、またいずれも前掲 [椅子式マッサージ機大合議] 以降の裁判例 ([88] [守半]、[103] [仙脩]、

[104]〔お年賀マスク〕である。

(3) 不競法2条1項1号に係る損害算定事例

不競法2条1項1号に係る算定事例（計21件）の特徴は、その損害総額の中央値が特に高い（1号のみに係る算定事例で1553万円。商標権侵害や不競法2条1項2号とまとめて算定されている事例を含めても803万円）点である。

認容された損害項目の点でも、不競法5条2項（計12件）・不競法5条1項（1号）（計6件）の適用事例が多く、不競法5条3項による算定事例は1件のみ（[83]〔農口〕）と、商標権侵害に係る算定事例とは大きく異なる傾向を示している。

これら商標権侵害に係る算定事例との差異の理由としては、不競法2条1項1号については原告が商品等表示を使用し周知性を獲得した被告の行為により具体的な出所の混同のおそれが存在することが要件となっていること、またそれゆえに原告・被告間で市場において実際に競合している事案が多いこと（またそのために1項・2項の適用要件を満たすこと）、侵害（不正競争行為）の規模（期間・売上高等）が相応の規模の事例が多いことが考えられる。

(4) 不競法2条1項2号に係る損害算定事例

不競法2条1項2号に係る算定事例については、まず算定件数（計7件）が少ないことに留意する必要がある。

算定件数の少なさゆえに損害総額の中央値（2号のみ（不競法2条1項19号とまとめて算定された事例も含む）で685万円、商標権侵害・不競法2条1項1号とまとめて算定された事例を含めて550万）もあまり参考となるものではないが、1号に係る算定事例より低く商標権侵害に係る算定事例よりも高くなっている。1号に係る算定事例よりも中央値が少なくなっている理由は、今回の調査対象期間では侵害（不正競争行為）の規模がさほど大きくない事例（[5]〔パーキン形状〕（2項（66万円）、無形損害（150万円））、[50]〔LOUIS VUITTON モノグラム（控）〕（2項（108万円）、無形損害（50万円））、[74]〔パーキン形態（控）〕（2項（164万円）、無形損害（100万円）））が過半数を占めていたことによるものと推測される。

2号に係る損害総額の点で注目されるのはむしろ最小値の高さ（173万円）であろう。これは、上記のように侵害の規模自体はさほど大きくない上記[5][50][74]（2項の侵害者利益額が60～160万円）において、著名ブランドの希釈化につき相応の無形損害（50～150万円）が算定されていることが一因と考えられる。

損害項目については、無形損害の算定事例4件のうち3件が不競法2条1項2号に係る上記[5][50][74]であること（また残りの1件（[94]〔パーキン形状・ケリー形状〕）も商標権侵害の事案であるが著名ブランドのバッグの立体商標に係る侵害の事案であり、[5]及び[74]と同種の事案ともいえる）が特徴的である。

また3項・不当利得に関する算定事例2件のうち、[99]〔GODZILLA（控）〕（及び原審の[86]〔GODZILLA（一）〕）は不競法2条1項2号について不当利得の返還請求（時効消滅した3項と同額）を認容している点が注目される。

なお不競法2条1項2号に係る算定事例の最大値（2億1700万円）が算定された[91]〔2ちゃんねる〕は、商標権侵害を理由とする民法709条及び不競法2条1項2号に係る不競法4条により、原告が電子掲示板を運営できなかったことによる広告料収入の減少に係る逸失利益として月額500万円×侵害期間として算定されているため、損害項目としてはその他（「他」）に計上している。

4.3. 各損害項目とその算定状況

表6は、表2のデータをもとに、主要な損害項目（1項（1号）、2項、3項（2項と3項の併用分を含まず）、不当利得、3項又は不当利得）ごとの算定状況をまとめたものである。

「適用否定等（×）」は、1項や2項の適用要件を満たさないとされたもの、具体的な主張立証がなかったもの、赤字・利益なしとして2項の適用が否定されたもの、3項の損害不発生の抗弁の成立が認められたものを集計している。

表6 主要な損害項目ごとの算定状況一覧（事件単位）

事件単位	1項	2項	3項（併用含まず）	不当利得	3項・不利
適用否定等（×）	2	8	2	0	2
算定数	11	37	34	9	39
最大値	¥65,068,000	¥555,497,220	¥92,399,253	¥74,426,732	¥97,881,588
平均値	¥11,523,849	¥25,983,684	¥9,933,415	¥19,624,315	¥13,735,781
中央値	¥2,729,124	¥6,565,554	¥1,607,723	¥2,504,357	¥2,059,337
最小値	¥637,500	¥177,882	¥10,208	¥89,364	¥10,208

各損害項目の算定状況についての具体的な検討は後程行うが、中央値の点でみると、2項による算定事例（657万円）が最も高く、1項（改正前の1項、改正後の1項1号。273万円）と不当利得（250万円）が同程度、3項（161万円）が最も低いものとなっている。不当利得の中央値が3項の場合よりも高い理由は、不当利得による算定がされる主な事案は3項の損害賠償請求権が民法724条1項の3年の消滅時効の完成により時効が完成した事案であるため、3項一般の場合と比較して算定対象となる侵害期間が長い事例が多いことによるものと推測される。

4.4. 事案類型における近時の動向：商品形態事例の増加

商標・商品等表示に係る損害額の算定につき、事案類型の点で注目される動向としては、商品等表示・立体商標としての商品形態に関する算定事例が2017年（平成29年）以降に増加していることが挙げられる（ただし2013年以前の状況とは比較していない点に留意）。

また不競法2条1項1号に係る算定事例（事件単位で計21件）のうち商品形態に関する事例は計7件（事件単位）と3分の1を占めている。

損害項目の点では、今回の調査対象期間の商品形態に関する事例は1項（1号）又は2項（及び無形損害・弁護士費用相当額）による算定がされており、3項・不当利得による算定はされていないことも一つの特徴である。

表7 商品形態に関する算定事例

番号	判判所	判決年月日	事件名称	権利種別	損害総額	損害項目
[5]	東京地判	平成26年5月21日	パーキン形状	商標1号2号	¥2,358,400	2項無形弁
[34]	東京地判	平成29年6月28日	不規則充填物（一）	1号	¥25,374,095	2項
[41]	東京地判	平成30年2月27日	折り畳み傘	1号	¥1,404,596	1項弁
[43]	知財高判	平成30年2月28日	不規則充填物（控）	1号	¥37,841,791	2項弁
[51]	東京地判	平成30年12月27日	ランプシェードの立体的形状	商標	¥4,412,586	2項弁
[56]	大阪地判	平成31年3月28日	爪切り	1号品誤	伏字	2項弁
[59]	東京地判	令和1年6月18日	BAOBAO形態	1号	¥71,068,000	1項弁
[63]	東京地判	令和1年12月18日	ライトおもちゃ	1号	¥9,066,102	2項弁
[69]	東京地判	令和2年6月3日	パーキン形態（一）	2号	¥2,898,468	2項無形弁
[74]	知財高判	令和2年12月17日	パーキン形態（控）	2号	¥2,898,468	2項無形弁
[87]	東京地判	令和4年8月4日	低圧持続吸引器（一）	1号	¥13,583,708	1項弁
[94]	東京地判	令和5年3月9日	パーキン形状・ケリー形状	商標	¥5,640,112	2項無形弁
[95]	知財高判	令和5年3月23日	低圧持続吸引器（控）	1号	¥22,522,848	1項弁

4.5. 第一審と控訴審の判断の異同

表1に掲載された裁判例につき、第一審と控訴審の判断の異同をまとめると以下のようになる。

① 表1に掲載されていない第一審又は控訴審では侵害・不正競争否定

[82] [現代の理論①]：第一審（東京地判令和3年1月21日裁判所 HP（平成30（ワ）32478））では権利濫用肯定。

[91] [2ちゃんねる]：第一審（東京地判令和元年12月24日裁判所 HP（平成29（ワ）3428））では損害賠償請求対象期間については侵害等否定。差止請求は認容。

[106] [すしざんまい]：控訴審（知財高判令和6年10月30日金商1708号14頁）では侵害否定。

[107] [東京芸術センター]：第一審（東京地判令和4年10月25日裁判所 HP（平成31（ワ）2614））は権利濫用肯定。

② 第一審の算定額を維持（10件）

[22] [TKD（控）]、[35] [ハイ・ベック（控）]、[45] [マイクロソフト（控）]、[50] [LOUIS VUITTON モノグラム（控）]、[62] [yuyama（控）]、[66] [プロマガ（FC2原告）（控）]、[70] [moto（控）]、[74] [パーキン形態（控）]、[99] [GODZILLA（控）]、[102] [WENGER 十字図形（控）]。

③ 第一審の算定額を控訴審が変更

表8で示されているように、第一審よりも増額された事例が10件（②の維持した件数も10件）、減額された事例が3件となり、今回の調査対象期間では控訴審では算定額が減額された事例よりも、維持された事例・増額された事例が多いことが指摘できる。

表8 控訴審が第一審の算定額を変更した事例一覧

番号	事件名称	第一審と控訴審の異同（大幅は2倍以上・半額以下）
[1]	He Λ rt nursing ①（控）	大幅増額（50万⇒270万）1審弁のみ主張、控訴審で1項主張追加
[6]	鳶（控）	減額（100万⇒86万）旧1項無償譲渡分（6%相当）のみ控除⇒15%控除
[32]	ZENSHIN（控）	大幅増額（730万⇒2200万）2項推定覆減率99%⇒97%
[43]	不規則充填物（控）	増額（2500万⇒3800万）対象期間拡大、2項利益率が増加？
[53]	LIGHTING SOLUTION（控）	大幅増額（150万⇒310万）3項使用料率0.1%⇒0.2%
[61]	タカギ（控）	大幅増額（28万⇒140万）控訴審で不正競争態様追加
[64]	マリオカート（控）	大幅増額（1000万⇒1億）3項基礎売上・使用料率の増加？（1審伏字のため詳細不明）
[67]	プロマガ（ダウンゴ原告）（控）	増額（870万⇒1000万）3項適用（2項赤字ゆえ×）⇒利益有として2項適用
[76]	X（控）	大幅減額（470万⇒200万）2項利益額の計算で販売手数料等も控除
[95]	低圧持続吸引器（控）	増額（1400万⇒2300万）1項1号控除数量40%⇒控除なし
[105]	現代の理論②（控）	増額（180万⇒250万）対象期間・雑誌の拡大により基礎売上高増加
[112]	Robot Shop（控）	ほぼ原審を維持も、不当利得分の弁護士費用の賠償は認めず微減
[113]	にじいろクリニック（控）	大幅増額（750万⇒2000万）対象期間拡大・真実擬制（文提命令違反）で売上高認定

5. 商標法38条1項・不競法5条1項を巡る算定状況

5.1. 1項を巡る判断事例一覧

表9は、表2に掲載された商標法38条1項（1号）、不競法5条1項（1号）に係る判断事例につきその判断の詳細をまとめたものである。

表9 1項(1号)に関する判断

番号	裁判	判決日	事件名称	権利	1項	1項額	控除数量	控除・不控除理由
[1]	大高	H26.1.17	He Λ rt nursing ① (控)	1号	○	¥24,485,200		
[3]	大地	H26.3.27	PRIME SELECT	商標	○	¥1,645,252		* 寄与度減額 30% (被告別標章の貢献等を考慮)
[6]	知高	H26.7.14	鳶 (控)	商標	○	¥783,544	15%	○ (強い市場代替関係、原告標章も貢献、されど) 被告別標章・被告デザインの顧客吸引力・無償譲渡分
[26]	大地	H28.11.17	HE Λ RT nursing ②	1号	○	¥2,729,124	80%	両雑誌の販売数量の推移 (被告雑誌の創刊、名称変更での影響なし)、専門誌であることやその主な購読者 (看護師) の性質、少なくとも被告雑誌の定期購読者の購入分については誤認混同の結果とは考えにくい
[36]	長地	H29.8.10	マイクロソフト (一)	商標	×	商標権者自身が直接日本向けに販売せず		
[37]	東地	H29.9.13	海宝源	商標	×	具体的な主張立証なし		
[41]	東地	H30.2.27	折り畳み傘	1号	○	¥1,254,596		
[45]	知高	H30.3.29	マイクロソフト (控)	商標	×	商標権者自身が直接日本向けに販売せず		
[59]	東地	R1.6.18	BAOBAO 形態	1号	△	¥65,068,000	90%	価格差 (9倍~23倍) 適用要件につき、原告は同種のカテゴリの商品は1項に該当すると主張したが、裁判所は、商品等表示である形態を備えた同種商品のみが1項の物に該当すると認定 (△)
[73]	東地	R2.11.11	毛穴ローション包装	1号	○	¥2,812,788	×	(美容器大合議の一般論のもと、被告の各主張を退けている。特に競合品について、原告商品と混同するほど似ているのは被告商品だけとして退けている点が興味深い)
[87]	東地	R4.8.4	低圧持続吸引器 (一)	1号	○	¥12,283,708	40%	両製品が医療機器、その需要者は医療従事者、新規購入時には説明を受け一定期間試用し評価した上で行うことなどを考慮すると、被告商品の購入の全てが被告商品を原告商品と誤認混同したことによるものとはおよそ考え難い
[95]	知高	R5.3.23	低圧持続吸引器 (控)	1号	○	¥20,472,848	×	混同のおそれがないことは控除理由にならない
[98]	東地	R5.6.21	地力の素	商標	○	¥6,183,977	90%	他の競合品の存在、原告商標は著名ではなく被告別標章存在、原告商品 (土壌改良剤又は土壌改良剤・特殊肥料、被告商品) に代えて被告商品 (肥料) を購入した者は少ない (2倍~3倍の価格差、販売態様等の相違については上記事情とは別に考慮する事情とはならない)
[103]	東地	R6.1.17	仙脩	商標	○	¥637,500	98%	配置薬 (法律上の販売地域制限、置き薬としての販売形態の特質) 1項2号適用肯定 (+ 357,244)
[111]	大地	R6.8.22	MICHEL JURDAIN	商標	○	¥689,511	20% / 40%	被告商品の販売自体の侵害については20%覆減 (本件商標の顧客誘引力、商品 (安価な時計) 及びECサイトの市場を想定すると、本件商標のみで購入する需要者がほとんどとはいえない) / 包装箱への標章付与のみによる侵害については40%覆減 商標法38条1項による算定 (1号・2号への言及なし)

5.2. 1項を巡る判断事例の判断内容と動向

(1) 判断件数

1項に関する判断事例（判決単位）は15件、そのうち商標法38条1項に関する判断事例が8件（うち適用全部否定事例3件）、不競法2条1項1号に係る不競法5条1項に関する判断・算定事例が7件である。

(2) 1項1号の適用要件

特許法102条1項に係る前掲〔美容器大合議〕では、権利者製品が特許発明の非実施品である場合にも1項の適用対象となるとの判断が示されているところ、標識法における1項（1号）の適用についても、市場における原告商品と被告商品の競合関係の存在は当然必要となることを前提とした上で、さらに当該原告商品についての原告による登録商標の指定商品・役務についての使用（あるいは類似のものについての使用）や周知商品等表示の使用の要否等（1項1号の適用要件における商標等の使用の要否）が問題となりうる。

もっとも裁判例では、1項1号の適用要件における商標等の使用の要否は争点となっておらず（不競法2条1項1号については基本的に原告による周知商品等表示の使用が前提となり、商標権侵害についても判決で明示的に言及されていなくとも原告により商標が（同一か類似かはさておき）使用されていたであろうことが推測される）、裁判例の立場は明らかではない。商標法38条1項に関する適用否定事例は、[37]〔海宝源〕（具体的な主張立証がないとした）を除けば、[36] [45]〔マイクロソフト（一）（控）〕も商標権者自身が日本向けに直接販売していなかったことを理由に適用が否定された事例である（商標法38条1項の適用要件に関する裁判例の詳細については金子・特許研究⁽¹²⁾を参照）。

ただ特に注目される判断事例としてバッグ等に係る形態（本件形態）が周知商品等表示と認定された[59]〔BAOBAO形態〕がある。この事件では、原告側は本件形態を備えていないものも含め「被告商品と同種のカテゴリーに分類されるショルダーバッグ、携帯用化粧品入れ、リュックサック、トートバッグの全商品」が侵害品との競合関係の存在により不競法5条1項の適用対象となると主張した。しかし裁判所は、1項の適用要件につき一般論としては〔美容器大合議〕と同様に「侵害品と市場において競合関係に立つ被侵害者の製品であれば足りる」と述べつつ、本件形態を備えている原告商品に限り1項の適用を認め、それ以外の商品については「これらの商品のすべてが」本件形態「を備えていると認めるに足りる証拠はなく、同主張は採用できない」として退けている。この[59]〔BAOBAO形態〕の1項の適用要件を巡る判断については、あくまで本件形態を使用しているもののみが侵害品と競合関係にあると判断したものと理解と、周知商品等表示としての本件形態が権利者製品に使用されていることが1項の適用要件となるとの理解の双方がありえよう。

(3) 利益額に係る事実上の推定覆滅

前述のとおり、前掲〔美容器大合議〕の利益額に係る事実上の推定の覆滅の判断を巡っては議論があるところであるが、標識法において1項の権利者製品の単位数量当たりの利益額に係る事実上の推定覆滅に関する主張・判断がされた事例は今回の調査対象期間では見当たらなかった。

(4) 寄与度減額からの決別

寄与度減額による算定手法が用いられた事例は、2014年の[3]〔PRIME SELECT〕に限られており、他に寄与度減額の手法を用いたものは存在しない。後述の2項の動向と同様、前掲〔美容器大合議〕・前掲〔二酸化炭素含有粘性組成物大合議〕等と同じく、寄与度減額からの決別の傾向を示すものといえる。

(12) 金子・前掲注(2)24頁以下参照。

(5) 販売阻害事情に関する判断

まず注目されるのは、(2項と同様に) 裁判所が販売阻害事情についての判断を示す事例が増加している傾向である。2018年以前の算定事例5件では、裁判所による販売阻害事情に関する判断が示されていない事例が3件(寄与度減額がされた[3][PRIME SELECT]の他、[1][He A rt nursing ①(控)]、[41][折り畳み傘])があったが、2019年以降の算定事例7件では全て販売阻害事情に関する裁判所の判断が示されている。特許法102条1項に係る前掲[美容器大合議]等により販売阻害事情の例示等がなされたことで、被告側が販売阻害事情に関する主張をより積極的にするようになったことが推測される。なお使用能力を超過していると判断された事例は存在しない。

販売阻害事情に基づく控除率の分布は以下のとおりである(×は控除否定)。後述する2項の推定覆滅率(寄与度減額率)と同様、中間的な値(40%~60%)が少ない二分傾向(控訴審で覆された[87]を除くと[111]の包装箱への標章付与のみについての侵害分⁽¹³⁾について40%の控除を認めた判断事例があるのみである)がうかがわれる。

× [95] 15% [6] 20%・40% [111] 40% ([87] ⇒控訴審([95])で×) 80% [26] 90% [59] [98] 98% [103]

各裁判例の販売阻害事情を巡る判断については表9に記載のとおりである。販売阻害事情の判断の点で特に注目されるのが、現実の混同の不存在の取り扱いの点である。調査対象期間の裁判例(いずれも不競法2条1項1号に係る判断事例)では、現実の混同の不存在を販売阻害事情として考慮した事例として[26][HE A RT nursing ②](被告雑誌の創刊・題号の変更前後で両雑誌の販売数に大きな変動がないこと・両雑誌が専門誌で主な需要者が看護師であること等を総合考慮し80%控除)と[87][低圧持続吸引器(一)](40%控除)⁽¹⁴⁾がある。

[26]及び[87]は、不競法2条1項1号に係る不競法5条1項の販売阻害事情に関する判断は、被告商品が原告商品との誤認混同の結果として購入されたか否かを重要な考慮要素とすることを明示するものである([27]は「[本件で問題とすべき損害は、被告雑誌を原告雑誌と誤認混同して購入することによって受ける損害]であるが、そうであれば、少なくとも原告雑誌との誤認混同の結果とは考えにくい被告雑誌の定期購読者の購入分の関係では、原告雑誌を販売することが可能であったとする因果関係の推定の多くは覆滅しているとみるのが相当」と述べている)。

これに対して[87]の控訴審である前掲[95][低圧持続吸引器(控)]は、不競法2条1項1号が現実の出所の混同を要件としないことに加えて、需要者(医療機関の担当者)が現実原告商品と被告商品を混同しなかったとしても、両製品が「市場において強い競合関係にあり」、被告やその販売代理店が原告商品から被告商品への切り替えを促すという方法で販売していたことに照らし、被告商品の販売がなければ同数原告商品が販売できたと推認するのが相当と判断され、販売阻害事情の存在による控除を認めていない。

このように不競法5条1項・商標法38条1項において、被告商品が原告商品との現実の(出所の)混同によらずに購入されたとの事情をどう考慮するのかは、損害論における標識法の目的の考慮の点で重要な論点であるが、紙幅の都合上、詳細な検討は本稿では行わない⁽¹⁵⁾。

(13) [111][MICHEL JURDAIN]は、被告は、①当時独占的通常使用権者であったAから購入した商品の販売(侵害否定)、②Aから購入した商品(商標付)をYが販売する際に新たに包装箱に侵害商標を付して販売(侵害肯定。控除率は40%)、③Aから製造委託を受け納品したがAY間の売買契約の解除による返品分及び未納分(商標付)の販売(及び包装箱に侵害商標を付して販売。控除率は20%)を行っていた。

商品の販売自体が商標権の侵害となる③の販売分については本件商標の顧客吸引力に鑑み20%の控除を認めたが、包装箱に新たに侵害商標を付したことが侵害となる②の販売分については、「ブランド時計では、商標を付した包装箱それ自体にも商品価値があり、その有無で取引価格が大きく変わることがある」としつつ、「製品の価格帯や本件商標の知名度に鑑みれば、時計本体のデザインや価格も相当程度売上に貢献し」ているとして40%の控除を認めた。

(14) 前訴控訴審判決(差止請求。知財高判令和元年8月29日裁判所HP(平成31(ネ)10002))において、原告商品(携帯用ディスプレイ低圧持続吸引器)の商品形態が周知な商品等表示に当たり、被告商品の販売が不競法2条1項1号に該当すると認定し確定。販売停止までの被告商品の販売についての損害賠償請求事件である。

(15) 議論状況及び筆者の見解について金子敏哉「判批」新・判例解説 Watch35号(2024年)239頁以下参照。

(6) 1項2号に関する判断

令和元年改正前の商標法38条1項、令和5年改正前の不競法5条1項につき、1項の控除数量分への3項の適用が主張され判断された事例は調査対象期間では⁽¹⁶⁾見当たらない。改正後も判断事例は[103][仙脩]の1件のみである。

[103] 東京地判令和6年1月17日裁判所HP(令和4(ワ)16062)[仙脩]では、被告商品が全国にネット販売されている一方で、原告商品は法令により関東の1都4県に販売地域が限定されているとして、市場が異なること(前掲[椅子式マッサージ機大合議]で2項との併用が認められた市場の非同一性に相当)を理由に98%の控除が認められたが、この98%分の控除分(特定数量)については原告が使用許諾をし得たとして2号の加算が認められている。

6. 商標法38条2項・不競法5条2項を巡る算定状況

6.1. 2項を巡る判断事例一覧

表10は、表2に掲載された商標法38条1項、不競法5条1項に係る判断事例につきその判断内容をまとめたものである。

表10 2項に関する判断事例

番号	裁判	判決日	事件名称	権利種別	2項	2項損害額	覆減率	寄与度減額	併用
[3]	大地	H26.3.27	PRIME SELECT	商標	○	¥1,970,457		30%	
[4]	東地	H26.4.30	遠山の金さん	商標	○	¥555,497,220			伏字
[5]	東地	H26.5.21	パーキン形状	商標1号2号	○	¥658,400			
[7]	東地	H26.12.4	極真①	商標	○	¥297,240	95%		
[8]	知高	H26.12.17	どくろの図形	1号	○	¥27,000,000		70%	
[9]	東地	H27.1.29	IKEA	商標1号	×原告ネット販売せず、また被告の行為は購入代行				
[13]	東地	H27.9.10	TKD(一)	商標	○	¥11,152,767		85%	
[14]	東地	H27.10.15	DAM	旧11号商標	○	¥2,184,086			
[15]	東地	H27.12.22	ゴーゴーカレー	商標1号	○	¥9,710,463			
[16]	東地	H28.1.29	Japan Poker Tour	商標	×被告ポーカー大会と原告ポーカー講座・ポーカー大会は非競合				
[18]	大地	H28.2.8	でき太くん	商標	×商標権者自身は被告と競合する事業を行っていない				
[22]	知高	H28.2.29	TKD(控)	商標	○	¥11,152,767		85%	
[24]	東地	H28.6.23	ESPRINCESS	商標	利益なし				
[25]	大地	H28.10.13	ZENSHIN(一)	1号	○	¥6,665,413	99%		
[27]	東地	H28.12.7	ハイ・ベック(一)	1号	○	¥7,234,148			
[28]	大地	H29.1.19	BIKE LIFTER	商標	○	¥13,540,111			
[31]	東地	H29.3.23	極真②	商標	○	¥8,440,388	97%、98%		
[32]	大高	H29.4.6	ZENSHIN(控)	1号	○	¥19,996,240	97%		×
[34]	東地	H29.6.28	不規則充填物(一)	1号	○	¥25,374,095			
[35]	知高	H29.6.28	ハイ・ベック(控)	1号	○	¥7,234,148			
[37]	東地	H29.9.13	海宝源	商標	○	¥39,780,922	×		
[39]	大地	H29.12.14	anello	商標	○	¥431,740			
[43]	知高	H30.2.28	不規則充填物(控)	1号	○	¥34,541,791			
[44]	東地	H30.3.26	LOUIS VUITTON モノグラム(一)	2号	○	¥1,081,490			

(16) 特許法102条1項と3項の併用につき全面否定説を採用した前掲知財高判平成18年9月25日[椅子式マッサージ機大合議]以降、令和元年改正に至るまで裁判例では併用がほぼ認められなくなったが、数少ない併用肯定事例として、不競法2条1項1号に係る不競法5条1項についての東京地判平成19年12月26日裁判所HP(平成18(ワ)27454)があった。

番号	裁判	判決日	事件名称	権利種別	2項	2項損害額	覆減率	寄与度減額	併用
[46]	大地	H30.4.17	堂島ロール	1号	○	¥34,260,600	×		
[47]	東地	H30.7.26	タカギ (一)	1号	○	¥234,386			
[50]	知高	H30.10.23	LOUIS VUITTON モノグラム (控)	2号	○	¥1,081,490	×		
[51]	東地	H30.12.27	ランプシェードの立 体的形状	商標	○	¥3,912,586			
[55]	大地	H31.3.5	yuyama (一)	商標特許	○	¥4,873,022	×		
[56]	大地	H31.3.28	爪切り	1号品誤	○	伏字	×		
[57]	東地	R1.5.23	プロマガ(FC2原告) (一)	商標	○	¥6,565,554	伏字		
[58]	東地	R1.5.23	プロマガ(ドワンゴ 原告)(一)	商標	赤字				
[61]	知高	R1.10.10	タカギ(控)	1号	○	¥1,191,757	×。50%		
[62]	知高	R1.10.10	yuyama(控)	商標特許	特許以下				
[63]	東地	R1.12.18	ライトおもちゃ	1号	○	¥8,242,102	×		
[65]	東地	R2.2.20	サクラホテル	商標	○	¥3,072,400	90%		
[66]	知高	R2.3.19	プロマガ(FC2原告) (控)	商標	○	¥6,565,554	伏字		
[67]	知高	R2.3.19	プロマガ(ドワンゴ 原告)(控)	商標	○	伏字	96%		
[69]	東地	R2.6.3	パーキン形態(一)	2号	○	¥1,638,468			
[71]	東地	R2.7.29	X(一)	商標	○	¥4,664,168	20%		
[74]	知高	R2.12.17	パーキン形態(控)	2号	○	¥1,638,468			
[75]	大地	R3.1.12	Re就活	商標	赤字				
[76]	知高	R3.4.21	X(控)	商標	○	¥1,956,000	20%		
[77]	東地	R3.4.23	舞豚	商標	×非競合：地域(長崎と東京)・事業態様(自宅用と 飲食店)				
[79]	東地	R3.5.21	EGYPTIAN MAGIC	商標	○	¥19,314,273			
[81]	東地	R3.6.28	夢	商標	×許諾先にラベル等の印刷物を販売するのみ				
[84]	東地	R4.1.28	ライスパワー	1号	○	¥177,882			
[85]	東地	R4.3.18	ほてぢゅう	商標	○	¥9,410,300	90%		
[87]	東地	R4.8.4	低圧持続吸引器(一)	1号	1項以下				
[88]	知高	R4.11.30	守半	商標	○	¥1,175,763	90%		△
[89]	大地	R4.12.5	LEADERBIKES	商標	○	¥55,064,441	×		
[90]	東地	R4.12.8	BOY LONDON	商標	×独占的通常使用権者といえない/原告自身は日本で 販売せず				
[94]	東地	R5.3.9	パーキン形状・ケ リー形状	商標	○	¥4,120,112	20%		
[95]	知高	R5.3.23	低圧持続吸引器(控)	1号	1項以下				
[97]	東地	R5.4.27	PETCOATING	商標	○	¥7,475,336	95%		
[101]	大地	R5.12.14	Robot Shop(一)	商標	○	¥11,306,847	90%		
[104]	東地	R6.1.26	お年賀マスク	商標	○	¥190,521	95%		○
[106]	東地	R6.3.19	すしざんまい	商標	×原告すし店(日本)と被告輸出先すし店(マレーシ ア)は非競合				
[108]	東地	R6.4.26	TIRNITY	商標	○	¥1,836,520	×		
[109]	大地	R6.5.16	阪急さくらHD	1号2号	○	¥5,000,000			
[111]	大地	R6.8.22	MICHEL JURDAIN	商標	×適用対象は被告に返品され市場に出していない				
[112]	大高	R6.10.18	Robot Shop(控)	商標	○	¥11,306,847	90%		

6.2. 2項を巡る判断事例の判断内容と動向

(1) 判断件数

2項に関する判断事例（以下、判決単位）は全体で62件となり、その内訳は以下のとおりである。

- ・ 商標法38条2項に関する判断事例（権利種別が「商標」「旧11号商標」「商標特許」）：39件
（うち適用否定（×）7件、赤字・利益なし3件、特許法102条2項による算定額以下が1件）
 - ・ 不競法2条1項1号に係る不競法5条2項に関する判断事例（権利種別が「1号」「1号品誤」）：15件
（うち不競法5条1項による算定額以下が1件）
 - ・ 不競法2条1項2号に係る不競法5条2項に関する判断事例（権利種別が「2号」）：4件
- この他、「商標1号」2件（うち適用全部否定1件）、「1号2号」1件、「商標1号2号」1件となる。

(2) 2項の適用要件

2項の適用要件が否定された事例のうち、商標権侵害と不競法2条1項1号の双方に係る[9]〔IKEA〕以外の事案は、商標権侵害のみに関する事例（[9] [16] [18] [77] [81] [90] [106] [111]）である。

商標法38条2項の適用要件を巡る判断状況（登録商標等の使用の要否も含めて）については、適用肯定事例の判断も含め金子・特許研究⁽¹⁷⁾で詳細に検討しているため本稿では詳しく扱わない。金子・特許研究執筆後の裁判例で特に注目される判決として[106]〔すしざんまい〕では、マレーシアにおける本件すし店（「寿司三昧」「SushiZanmai」等の表示を使用）に係る被告ウェブサイトの記載が商標権の侵害に当たるとしつつ（控訴審では前述のとおり侵害が否定された）、被告からマレーシアのすし店への輸出分の売上に係る商標法38条2項適用の主張に対して「日本国内における原告すし店とマレーシアにおける本件すし店の市場が競合すると認めることはできない」として前掲〔ごみ貯蔵機器大合議〕で示された、侵害行為がなければ利益が得られたであろうとの事情が存在するとは認められないと判断されている。

(3) 寄与度減額からの決別・推定覆滅に関する判断事例の増加

2014年から2016年までの裁判例では、2項の適用肯定事例10件のうち、推定覆滅が認められた事例2件に対して寄与度減額の手法による減額事例5件（なお金子・特許研究掲載のとおり⁽¹⁸⁾、2012・2013年の2項適用事例5件のうち、推定覆滅の判断がされたものは見当たらず、寄与度減額の手法を用いたものが3件であった）となっており、従来、商標法38条2項・不競法5条2項においては推定覆滅よりも寄与度減額による判断事例が多い状況であった。

しかし2017年（平成29年）以降の裁判例では、寄与度減額の手法を用いるものは見当たらない。これは標識法分野においても2項につき寄与度減額の算定手法につきその不明確ゆえにこれを問題視する考え方が2017年前後から有力となり、さらに特許法102条2項については2019年（令和元年）の前掲〔二酸化炭素含有粘性組成物大合議〕・2020年の1項に係る前掲〔美容器大合議〕により寄与度減額との決別が明確に示されたことを背景としていると解される⁽¹⁹⁾。

寄与度減額からの決別とともに近年の動向として注目されるのが、推定覆滅に関する裁判所の判断が示される事例の増加傾向である。

(17) 金子・前掲注(2) 28頁以下参照。

(18) 金子・前掲注(2) 27頁。

(19) 金子・前掲注(2) 31頁以下、商標法38条2項に係る寄与度減額に否定的な考え方については同38頁注16参照。

表 11 2 項の寄与度減額・推定覆滅に関する判断件数

判決単位	2 項による算定件数	寄与度減額	推定覆滅の判断	判断なし
2014 年～2018 年	24	5 (減額)	7 (肯定 4、否定 3)	12
2019 年～2024 年	24	0	19 (肯定 14、否定 5)	5

表 11 が示すように、2014 年から 2018 年の裁判例では、寄与度減額・推定覆滅のいずれについても判断が示されなかった事例が 24 件中 12 件あったのに対して、2019 年から 2024 年の裁判例では推定覆滅に関する判断が示されなかった事例は 24 件中 5 件にとどまる（また結果として推定覆滅が認められた事例が 14 件ある）。

このように 2 項の推定覆滅の判断（及び結果としての推定覆滅）事例が増加した背景には、前述の寄与度減額からの決別に加えて、2019 年の前掲〔二酸化炭素含有粘性組成物大合議〕により、推定覆滅の判断枠組みと推定覆滅事由が例示され、被告側が推定覆滅に関する主張を積極的に行うようになったことが要因の一つであると推測されよう。

(4) 推定覆滅率の分布、特許等との比較

表 12 は、表 10 に記載された 2014 年から 2024 年の商標・商品等表示に係る 2 項に基づく算定事例の推定覆滅率（寄与度減額率も含む）をまとめたものと、前掲〔椅子式マッサージ機大合議〕に関する拙稿⁽²⁰⁾に掲載した 2020 年 1 月から 2023 年 5 月までの商標法 38 条 2 項、意匠法 39 条 2 項、著作権法 114 条 2 項、特許法 102 条 2 項及び実用新案法 29 条 2 項に関する推定覆滅率をまとめた表である。

表 12 の標識法部分の集計に当たっては、商標、1 号、2 号は、権利種別に含むものを全て集計（そのため「商標 1 号」の場合には下記の表では「商標」と「1 号」でそれぞれ集計）している。「標識」は商標、1 号、2 号のいずれかに関する算定事例をまとめたものである。

またある一つの判決において、侵害態様等について覆滅率や覆滅の可否について二つの判断がされている場合には、それぞれ 0.5 件として集計している。

表 12 標識法（2014～2024）と他法（2020 年 1 月～2023 年 5 月）における推定覆滅率

	判断なし	覆滅否定	5 %	10 %	15 %	20 %	30 %	40 %	50 %	60 %	65 %	70 %	80 %	85 %	90 %	95 %	96 %	97 % 98.5 %	99 %	99 % 超	不明	総計	
商標	7	4				3	1							2	5	3	1	1			3	30	
1 号	9	3.5							0.5			1							1	1			16
2 号	5	1																					6
標識法	17	8.5				3	1		0.5			1		2	5	3	1	2	1		3	48	
↑ 2014～2024 年の覆滅率（寄与度減額を含む） ↓ 2020 年 1 月から 2023 年 5 月の覆滅率																							
商標	1	1				3									3		1					1	10
意匠								0.5	0.5			2			1								4
著作権	2																						2
特許実	2	6	1	1	1	5	2	1	8	1	1	1	3	0.5	5.5	1.5		0.5	1	1	2	45	
総計	5	7	1	1	1	8	2	1.5	8	1.5	1	3	3	0.5	9.5	1.5	1	0.5	1	1	3	61	

(20) 調査対象とした裁判例の一覧、集計方法も含め金子・前掲注 (7) 87 頁以下を参照。

時期の違いに留意する必要があるが、2020年1月から2023年5月までの特許法（及び実用新案法）における覆滅率は、覆滅否定例や90%以上の覆滅事例も多い一方で、50%前後の覆滅率の判断事例も相当数（8件）あるのに対して、2014年から2024年までの商標・商品等表示に係る覆滅率は50%前後の覆滅率によるものは少数であり、90%以上の高い覆滅率（12件）か、覆滅なし（8.5件）・20%（3件）という低い覆滅率に二分化されている。

この標識法における覆滅率の二分傾向の原因については更なる検討が必要となるが、一つには、標識法分野では競合品の市場シェアを直接的に考慮する覆滅があまりなされていないことや、侵害品の売上等に対して侵害標章の貢献が他の要素（被告による別標章の使用、被告商品の機能・特徴等）と同程度に貢献していることと判断されることが少なく、侵害標章の使用による貢献が大きいか少ないかのどちらかで判断されることが多いことなどが推測される⁽²¹⁾。

また標識法内での特徴としては、まず、商標権侵害に係る商標法38条2項については、算定事例30件（判断事例は23件）中12件が90%以上の覆滅率となっている点が注目される。

これに対して不競法2条1項1号では、算定事例16件中覆滅について判断されていない事例が9件、覆滅否定事例3.5件に対して、90%以上の覆滅が認められた事例が2件と、商標権侵害と比較するとそれほどには覆滅が認められていないことが指摘できる。

さらに不競法2条1項2号では算定事例5件中、覆滅について判断された事例は覆滅が否定された1件にとどまっている。

このように標識法に係る2項の算定事例につき、特に商標権侵害について大きな覆滅が認められている事例が多いのは、不競法2条1項1号・2号と比較して商標権侵害の成否は（相対的には類似性要件により）形式的に判断され、具体的な混同のおそれや著名商標の冒用の判断を前提としていないことが一つの要因であると考えられよう。

(5) 推定覆滅・寄与度減額の判断内容

表13は、表10に記載された2014年から2024年の商標・商品等表示に係る2項の算定事例のうち、推定覆滅・寄与度減額についての判断がされたものについてその判断の概要をまとめたものである。

「覆滅率」は推定覆滅率、「寄与度減」は寄与度減額率を意味し、「覆滅率」欄の「×」印は、被告側の推定覆滅の主張が全て退けられた事例を意味する。

表13 推定覆滅・寄与度減額の判断の概要

番号	事件名称	権利種別	覆滅率	寄与度減	覆滅・寄与度減額の考慮要素（×は被告の主張が認められなかったもの）
[3]	PRIME SELECT	商標		30%	被告別標章の存在に照らし30%の寄与度減額
[4]	遠山の金さん	商標		伏字	侵害商標の寄与を考慮
[7]	極真①	商標	95%		被告道場の周辺に原告道場が存在しないこと、原告道場の周辺に競合道場が存在することから、侵害行為がなければ被告道場の受講者が原告道場を選択したとの推定を覆す事情が認められ、被告利益の5%が原告の損害と認められる。
[8]	どくろの図形	1号		70%	侵害標章はスカルフッションの愛好者に対して相当の顧客吸引力を有するので寄与度を30%とする。
[13]	TKD（一）	商標		85%	侵害商標と被告登録商標との併記、被告営業努力、侵害以前の既存顧客等との取引を考慮し、侵害商標の使用による寄与度を15%と算定。
[22]	TKD（控）	商標		85%	原審の判断を支持

(21) 商標法38条2項に関する検討として金子・前掲注 (2) 33頁以下参照。

番号	事件名称	権利種別	覆滅率	寄与度減	覆滅・寄与度減額の考慮要素（×は被告の主張が認められなかったもの）
[25]	ZENSHIN（一）	1号	99%		一定の誤認混同は認められるが、店舗売上への影響は極めて小さい
[31]	極真②	商標	97%、98%		「被告法人の利益額に対する本件商標1～3の寄与の割合（推定覆滅事情）」という見出しの下での判断。空手道場の選択には所在地・道場の雰囲気・指導者の指導方針等に対する信用の有無・程度が考慮されることからすれば、侵害商標の貢献は限定的。さらに、被告道場のある福島県に原告道場がない、被告ら法人も一定の信用を構築、原告らの活動への影響も極めて小さい
[32]	ZENSHIN（控）	1号	97%		一審の判示の多くを引用しつつ、初めて行くパチンコ店についてはグループ関係についての認識も入店に影響すること等を控訴審で考慮
[37]	海宝源	商標	×		×被告会社の営業努力・ノウハウについての具体的立証なし。被告商品は、原告商品と包装も酷似し元販売先の立場を利用した偽造品ともいうべきもの
[46]	堂島ロール	1号	×		×同価格帯で競合しており、しかも被告は混同させることを意図して使用
[50]	LOUIS VUITTON モノグラム（控）	2号	×		×原告標章の被告商品の売上に対する具体的な主張立証なし
[55]	yuyama（一）	商標特許	×		×非純正品も販売されているが原告芯管を用いているのは原告製品と被告製品のみ、被告製品がなければ価格に関わらず原告製品を購入
[56]	爪切り	1号品誤	×		×推定覆滅されるほどに特別顕著性が乏しい、周知性が低いとは認められない（侵害論で1号該当性を争わなかった事案）
[57]	プロマガ(FC2原告) (一)	商標	伏字		ニコニコのプレミアム会員費による利益額について、プレミアム会員の極めて多くの者はブログ開設せず、ブログ開設もニコニコのサービスの一つであることを理由に減額（裁判所の判断の箇所では明示されていないが、対応する当事者の主張については推定の覆滅として記載）
[61]	タカギ（控）	1号	×。 50%		×タイトルタグ・メタタグでの使用時期については覆滅否定。被告ウェブサイト内での使用のみの時期については、不正競争行為と無関係に被告商品を購入したのもも一定数存在するとして5割覆滅
[63]	ライトおもちゃ	1号	×		×原告商品と形態が同一だから被告商品を購入（×被告と卸売先の信頼関係）
[65]	サクラホテル	商標	90%		登録商標の顧客吸引力が強くない侵害商標の被告売上への寄与は限定的、原告ホテルと被告ホテルの価格帯の相違を考慮
[66]	プロマガ(FC2原告) (控)	商標	伏字		原審の判断を維持
[67]	プロマガ（ドワンゴ 原告）（控）	商標	96%		両サービスの相違・他の機能等に鑑み、侵害商標の使用が配信サービスの利益に全て貢献しているとはいえない
[71]	X（一）	商標	20%		被告商品（百貨店等で1万5000円から2万1000円で販売）が原告商品（3000円で量販店・インターネット上の通信販売サイトで販売）よりも被告商品が高額・それゆえ限界利益も相違、販売態様の相違 ×競合品、被告の営業努力等
[76]	X（控）	商標	20%		被告商品が原告商品よりも高額であることについて、性能等の購買動機への貢献に鑑み、商標の購買動機の形成への寄与を低く評価すべき事情として考慮（×両製品の利益額の差） ×被告営業努力・競合品
[85]	ぼてぢゅう	商標	90%		業務態様相違（被告はスーパーで商品を販売、原告は基本店舗で料理を提供）、通常の範囲を超える格別の被告営業努力
[88]	守半	商標	90%		市場の相違（原告は卸売り販売せず、被告は卸売りでも販売）、店舗数の相違ゆえの販売能力の相違、需要者の8割は固定客故に誤認混同のおそれなし

番号	事件名称	権利種別	覆滅率	寄与度減	覆滅・寄与度減額の考慮要素（×は被告の主張が認められなかったもの）
[89]	LEADERBIKES	商標	×		×営業努力、被告文字標章の存在（その影響が不明。また乗り心地などの実用性よりもブランドイメージが重要なので顧客吸引力は極めて高い）
[94]	バーキン形状・ケリー形状	商標	20%		非侵害の競合品の存在可能性、機能面の寄与（原告商品の内側におけるファスナーポケットの存在） ×被告の営業努力は通常の営業努力の範囲を超える特別なものとはいえない
[97]	PETCOATING	商標	95%		市場は同一か重なりあう、しかし商品の選択においては施工の内容等の方が重要、販売態様等も相違
[101]	Robot Shop（一）	商標	90%		一般的な語ゆえ識別力強いとはいえない、価格・商品等が重要で標章の貢献は限定的、同様の表示でロボット関連商品を販売する競合他社の存在
[104]	お年賀マスク	商標	95%		一般向けと法人向けノベルティ商品としての販売という市場の相違（被告標章の顧客吸引力の低さについては市場の相違による大きな覆滅とは別に覆滅させる理由はないとする）
[108]	TIRNITY	商標	×		×被告店舗の従前からの顧客であるため、被告ウェブサイトでの使用は売上に寄与していない（証拠なし）
[112]	Robot Shop（控）	商標	90%		原審の判断を維持

商標・商品等表示に係る推定覆滅の具体的な判断の基本的な傾向としては、原告商品・役務と被告商品・役務の競合関係等も考慮要素となるものの、寄与度減額からの決別がなされた後も、実際には、侵害標章・表示の使用が侵害品の売上（購買動機の形成）にどの程度貢献（寄与）したのか（寄与度減額と同様の事情）が推定覆滅の判断という枠組みにおいて主要な考慮要素となっていることがうかがわれる。このような傾向は標識法特有のものではなく、特許法 102 条 2 項の推定覆滅についてもみられる（特許発明の実施の侵害品の売上（購買動機の形成）への寄与の度合いが推定覆滅の判断で重要な考慮要素となっている⁽²²⁾）ところである。

なお 2 項の推定覆滅の判断における現実の混同の取り扱いについては、被告商品の多くの購入者について誤認混同が生じていないこと等を理由に大幅な推定覆滅が認められた事例として [88] [守半]（90% 覆滅）がある。またパチンコ店の性質上営業主体に関する誤認混同が被告店舗における継続的な営業による売上に大きな影響を及ぼすといえないとして被告店舗の営業利益に基づく推定につき 99% の覆滅を認めた [25] [ZENSHIN（一）]（[32] [ZENSHIN（控）]）では、原審の判示を基本的に引用しつつ、初めての店舗では営業主体のグループ関係等も入店の判断に影響する等として 97% 覆滅）もある。これらの裁判例は、出所の混同以外の要因で被告が得た利益については推定覆滅が認められるべきであるとの考え方を基礎としているといえる。他方、出所の混同の不存在があっても推定覆滅が認められないことを明示的に述べる裁判例は見当たらなかった。

(6) 2 項と 3 項の併用・重畳適用

2014 年から 2018 年までの標識法における 2 項の推定覆滅が認められた事例において、覆滅分への 3 項の適用（いわゆる 2 項と 3 項の併用、重畳適用）についての判断がされた事例は 3 件にとどまり、いずれも商標権侵害に係る事例である。

2017 年（平成 29 年）の [25] [ZENSHIN（一）] は当時特許法 102 条 2 項に係る裁判例⁽²³⁾でも支配的であった全面否定説による判断をした。しかし 2022 年（令和 4 年）11 月の [88] [守半] は、約 1 か月前の前掲 [椅

(22) 金子・前掲注 (7) 90 頁参照。

(23) 前掲注 (16) 参照。

子式マッサージ機大合議]を踏襲し、90%の覆滅分(前述のとおり固定客ゆえに誤認混同が生じていないものなどを考慮)のうち、卸売り販売についての市場の相違分(売上高の13.5%)につき許諾し得たとして3項の適用を認めた(使用料率0.5%)。また2024年(令和6年)1月の[104][お年賀マスク]は、一般向けと法人向けノベルティ商品という販売形態の相違による市場の非同一性を理由とする覆滅分95%全部に相当する被告売上高につき、許諾し得たとして3項の適用を認めた(使用料率5%)。

商標法38条2項・不競法5条2項についても推定覆滅が認められている事例は相当数存在するところ、今後は原告側が2項と3項の併用を主張する事例も増加することが想定される。ただし、特許発明が侵害品の購買動機に大きく寄与していないことを理由とする覆滅分には3項が適用できないとする前掲[椅子式マッサージ機大合議]を前提とすると、侵害標章の侵害品の売上への寄与が部分的である(あるいは([88][守半]のように)出所の混同によって当該売上が生じたものとはいえない)ことを理由とする覆滅分については3項の適用が認められないと判断される可能性も高いところである。

7. 商標法38条3項・不競法5条3項、不当利得を巡る算定状況

7.1. 3項・不当利得を巡る判断事例一覧

表14は、表2に掲載された商標法38条3項、不競法5条3項、不当利得に係る判断事例につきその判断内容をまとめたものである。「侵ブ」欄の記号については後述(7.4.)する。

1項2号による加算や2項の覆滅分への3項の適用が認められた事例についても、その使用料相当額に関する判断内容については下記の表にまとめている。

表14 3項・不当利得に関する判断事例(1項2号・2項との併用分も含む)

番号	裁判	判決日	事件名称	権利	3項損害額	不利額	使用料率	侵ブ	3項・不当利得考慮要素
[2]	東地	H26.1.31	Pierarejeunne	商標	¥80,707,677		1.50%		証拠に基づくが詳細不明
[6]	知高	H26.7.14	鳶(控)	商標	1項以下				
[7]	東地	H26.12.4	極真①	商標	¥57,400		2.00%		2項の覆滅の考慮事情、侵害標章は相応の顧客吸引力を有するがこの標章のみの実施料率であることを考慮
[10]	東地	H27.2.20	ラドン健康パレス・湯〜とびあ	商標	¥11,149,069		0.50%		類似の程度、原告標章が周知・著名ではない、地域的な非競合、被告施設の公的施設としての性格等に鑑み被告標章の被告施設の売上への貢献の程度は極めて小さい
[11]	東地	H27.2.27	Agile	商標	¥579,828		0.30%		履物についての不使用、被告標章は別称呼も、平成21年度の調査で被服・履物の最小値が0.5%
[12]	東地	H27.4.15	TOTALREPAIR	商標	¥1,000,000		金額		制作物1件につき100万(擬制自白)
[19]	東地	H28.2.9	なごみ	商標	¥3,000,000		総合 (0.75%相当)		原告商標の使用による相応の信用蓄積も生来的識別力弱、商品の用途・機能等の異なり、被告別標章の周知性ゆえ被告商品の4億との売上高には被告らの営業努力が起因
[20]	知高	H28.2.18	Shapes	商標	¥50,000		総合		1か月の侵害、過去のライセンス料等を総合考慮
[21]	東地	H28.2.26	皇朝	商標	×損害不発生				
[23]	大高	H28.4.8	中古車の110番	商標	¥590,000		月5千 (態様別)		原告商標が被告の商圏で顧客吸引力が乏しいこと・被告の使用態様も別標章等と合わせて使用していることを考慮し、各使用態様につき月額5000円([1]5000円×24か月、[2]5000円×40か月、[3]5000円×54か月)
[25]	大地	H28.10.13	ZENSHIN(一)	1号	2項以下				

番号	裁判	判決日	事件名称	権利	3項損害額	不利額	使用料率	侵ブ	3項・不当利得考慮要素
[26]	大地	H28.11.17	HE A RT nursing ②	1号	伏字(1項以下)		5.00%		被告雑誌創刊時に原告商品等表示は周知も、同一の題号ではなく2項の覆滅事情も考慮
[29]	大地	H29.1.30	PJ's Surf	商標	¥3,342,188	¥835,547	特殊		サブライセンシーから受領した使用料(5.5%)の80%(別途、不当利得で20%も返還)(擬制自白)
[30]	大地	H29.1.31	KYOCERA	商標	伏字		10.00%		著名な商標であり、リサイクル品であると認識されることを考慮しても10%
[31]	東地	H29.3.23	極真②	商標	¥2,000,000		総合 (0.88%相当)		被告標章を用いた道場の売上は2億2816万7569円。しかし、類似標章の多数の他道場での使用、被告による先使用、被告道場が出願日前から一定の信用構築、空手道場の選択における指導方針の信用等の重要性、地域的な非競争を考慮して被告法人の売上の大半が侵害標章以外の要素に起因するとし、また商標4・5の指定商品・役務が商標6と比較して限定されていること等に鑑み、4～6まとめて200万円と認定
[32]	大高	H29.4.6	ZENSHIN(控)	1号	2項以下				
[37]	東地	H29.9.13	海宝源	商標	×具体的主張無				
[38]	東地	H29.11.8	ART	商標		¥21,567,943	3.00%		第7類の平均値は1.8%だが原告各商標には相応の顧客吸引力
[40]	東地	H30.2.8	アロマグランデ	商標	¥850,000		月額5万		原告所有の別商標の約定例(月額15万)に基づく主張は認めず
[48]	大地	H30.8.28	LIGHTING SOLUTION(一)	商標	¥1,233,943	¥253,434	0.10%		カタログの表紙・裏表紙で使用。被告標章1が被告の取引に影響した程度はゼロに近い
[49]	東地	H30.9.27	マリオカート(一)	1号 ドメ	¥9,334,609		伏字		原告商品等表示の強い顧客吸引力
[52]	東地	H31.1.31	OGGETTI	商標	¥411,052		1.00%		原告商標の顧客吸引力の低さ、被告取扱商品のメーカーの顧客吸引力、原告商標登録以前からの営業努力による貢献が多いことを考慮し、区分(35類)平均値(3.9%)よりも低く算定
[53]	大高	H31.2.21	LIGHTING SOLUTION(控)	商標	¥2,508,139	¥603,831	0.20%		カタログの表紙・裏表紙で使用。被告標章1が被控訴人の取引に影響した程度は極めて低い
[54]	東地	H31.2.22	moto(一)	商標	¥26,743		5.00%		区分(14類)平均値7%に基づく主張を退け(基礎件数が2件にとどまる等)、被告店舗所在地で原告商標に大きな顧客吸引力がないことを考慮
[55]	大地	H31.3.5	yuyama(一)	商標 特許		¥1,302,060	0.5%, 1.0%		侵害標章は目立たず発注画面にも表示されていないこと等から侵害標章の顧客吸引力はそれほど高くないとして商標1件当たり0.5%(特許3%で合計3.5%(商標1件侵害)又は4%(商標2件侵害))
[57]	東地	R1.5.23	プロマガ(FC2原告)(一)	商標	2項以下				
[58]	東地	R1.5.23	プロマガ(ダウンロード原告)(一)	商標	伏字		3.00%		ブログの配信サービスの使用料・手数料の3%が相当
[60]	大地	R1.10.3	CoCoバレエ	商標	¥160,000		月額1万		
[62]	知高	R1.10.10	yuyama(控)	商標 特許		¥1,302,060	0.5%, 1.0%		第一審の判断引用

商標・商品等表示に係る損害額の算定状況

番号	裁判	判決日	事件名称	権利	3項損害額	不利額	使用料率	侵ブ	3項・不当利得考慮要素
[64]	知高	R2.1.29	マリオカート(控)	2号 ドメ	¥92,399,253		12% 15% (ドメ込み)	○	〔二酸化〜〕的一般論を展開。原告商品等表示の著名性、その高い顧客吸引力の不当な利用の意図に鑑み、類似表示の使用が売上に貢献した度合いは相当に大きい
[66]	知高	R2.3.19	ブロマガ(FC2原告)(控)	商標	2項以下			■	侵害プレミアムを考慮しても利益率を上回らない
[67]	知高	R2.3.19	ブロマガ(ダウンゴ原告)(控)	商標	伏字(2項以下)		3.00%	■	ブロマガ配信サービスの売上への被告別標章・ブログ記事の貢献に鑑みると、使用料率は侵害プレミアムを考慮しても利益率を上回らない
[68]	東地	R2.3.25	TOWER PRO	商標	¥10,208		10.00%		総合考慮。原告使用料規定(11万2000円以上)の主張については約定例がないことを理由に退けた
[70]	知高	R2.6.4	moto(控)	商標	¥26,743		5.00%		第一審引用
[72]	東地	R2.7.30	Shapes(再審後)	商標		¥74,426,732	2.00%		被告(元許諾先)との約定使用料(ノウハウ提供の対価等も含む。5~3%)のうち、商標の使用許諾に係る部分という形で認定
[75]	大地	R3.1.12	Re 就活	商標	¥223,919		10.00%	◎	本件商標(Re 就活)に係る役務(転職希望者向け)と被告役務(新卒向け)は非競合だが原告別標章(あさがくナビ)に係る役務(新卒向け)とは競合、本件商標は転職希望者にはある程度認知されているが新卒向けには顧客誘引力が高いといえない、35類のコーポレートブランド以外の非独占的許諾の平均値3.5%等に加え侵害行為後の事後的な算定であることを考慮
[77]	東地	R3.4.23	舞豚	商標	¥951,779		8.00%	◎	43類の平均値3.8%・最大値5.5%、舞豚の強い顧客吸引力、許諾契約解除後も使用を継続を考慮すると事後的な使用料率は8%
[78]	大地	R3.4.26	たこ焼工房	商標	¥1,165,027		0.10%	■	〔二酸化〜〕的一般論。被告標章あまり売上に貢献せず、活動地域・業態(移動販売と固定店舗)の相違等を考えると、事後的算定考慮しても0.1%
[80]	東地	R3.6.23	ベガスベガス	商標	¥28,692,590	¥69,188,998	0.15%		一般論(侵害プレミアム含まず)。相応の顧客吸引力あり、しかし地域非競合、店舗名称が店舗売上にそれほど貢献しているといえない
[81]	東地	R3.6.28	夢	商標	¥737,755		2.00%		一般論(侵害プレミアム含まず)。約定使用料に相当する料率(1.15%又は1.28%相当)を認定した上で、広告業のロイヤルティの相場(概ね3~6%だが、1%未満の例もあるもの)を考慮し、使用料率を2%と認定
[82]	知高	R3.6.29	現代の理論①	商標	¥264,000		3.00%		商標権の使用料平均値2.6%、被告商品がオピニオン誌であること、侵害態様等を総合考慮
[83]	金地	R3.12.3	農口	1号	¥2,118,673		5.00%		原告各表示に一定の顧客吸引力あり、被告登録標章(農口)も原告の姓に由来しているためその貢献は考慮しない
[85]	東地	R4.3.18	ほてちゅう	商標	¥9,410,300		3.00%	◎	一般論(あてはめで侵ブレ) 約定使用料率2%、コーポレートブランドの平均値1.9%、ほてちゅうの顧客吸引力と原告の使用、事後的な算定ゆえ必ずから高くなることを考慮して3%

番号	裁判	判決日	事件名称	権利	3項損害額	不利益額	使用料率	侵ブ	3項・不当利得考慮要素
[86]	東地	R4.4.28	GODZILLA (一)	2号	¥4,268,320	¥6,100,000	10% , 日額10万		一般論(侵害プレミアム含まず)。商品譲渡分につき、原告の多数の約定使用料例(料率伏字)・映画キャラクターの使用料率平均5.28%、原告表示の高い顧客吸引力を考慮し10%(3項のみ) / 展示分につき一日10万円(3項・不当利得)
[88]	知高	R4.11.30	守半	商標	¥293,940	¥89,364	0.50%		使用料率全体平均2.6%、30類平均1.5%、32類平均0.5%、本件の事情に鑑みて0.5%(2項覆減分の3項は¥39,682)
[89]	大地	R4.12.5	LEADERBIKES	商標	2項以下				
[90]	東地	R4.12.8	BOY LONDON	商標	¥2,921,388		10% , 20%	◎	一般的な被服の使用料率は平均4.9%、最大で7.5%だが、本件の事情に照らせば仮処分決定前の期間につき10%、仮処分決定後の期間につき侵害態様の悪質性に鑑み20%
[96]	東地	R5.4.27	WENGER 十字図形 (一)	商標	¥12,547,659		4.00%	◎	一般論(あてはめで侵ブ) ロイヤルティ平均値2.6%、原告ブランドの展開、原告・被告商品の競合、事後的ゆえ通常より自ずから高額を考慮
[99]	知高	R5.7.19	GODZILLA (控)	2号	¥4,268,320	¥6,100,000	10% , 日額10万	○	[二酸化~] 的一般論。商品譲渡分につき原告表示の高い顧客吸引力及び多数の約定例に鑑み10%(3項) / 展示分につき一日10万円(3項・不当利得)
[100]	東地	R5.8.24	現代の理論② (一)	商標	¥175,808		3.00%		商標権の使用料平均値2.6%、被告商品がオビニオン誌であること、侵害態様等を総合考慮
[101]	大地	R5.12.14	Robot Shop (一)	商標		¥2,504,357	2.00%		7類(平均値1.8%等)、9類(平均2.7%)、本件商標が被告関係会社の商号としても使用されているが貢献の程度は限定的、その他の事情を考慮し2%相当
[102]	知高	R5.12.20	WENGER 十字図形 (控)	商標	¥12,547,659		4.00%	◎	(一審の判断を引用した上で原告の補充主張(10%)につき)被告が原告の別ブランドのOEM製造を行ったことがあること・現実の出所の混同を考慮しても、4%が相当
[103]	東地	R6.1.17	仙脩	商標	¥357,244		2.00%		商標法38条1項2号。原告主張の使用料率2%を下回らない
[104]	東地	R6.1.26	お年賀マスク	商標	¥758,160		5.00%	④◎	2項覆減分の3項。10類の平均値3%、最大値5.5%、4項の事後的な算定も考慮すると平均値よりも高く少なくとも5%
[105]	知高	R6.3.6	現代の理論② (控)	商標	¥228,570		3.00%		商標権の使用料平均値2.6%、被告商品がオビニオン誌であること、侵害態様等を総合考慮
[106]	東地	R6.3.19	すしざんまい	商標	¥5,500,809		3.80%	◎	43類の平均値3.8%、原告すし店と被告輸出先は非競合・被告表示の被告売上への貢献は限定的、されど長期間掲載・事後的な算定については自ずから高額となることを考慮すると3.8%
[107]	知高	R6.4.10	東京芸術センター	商標	¥31,752,000		75万/月		約定使用料(商標3件で合計月額75万円)により算定
[110]	東地	R6.5.22	にじいろクリニック (一)	商標	¥6,811,759		4.00%	◎	44類は1件5.5%だが詳細不明、全体平均は2.6%、原告商標の知名度等は不明だが虹色はLGBTを対象とするクリニックに相当程度の価値あり、被告の使用態様は目立つ、競業関係で使用許諾例なしを総合考慮し事後的な使用料率を4%と算定。

番号	裁判	判決日	事件名称	権利	3項損害額	不利額	使用料率	侵ブ	3項・不当利得考慮要素
[112]	大高	R6.10.18	Robot Shop (控)	商標		¥2,504,357	2.00%		原審を支持
[113]	知高	R7.2.6	にじいろクリニック (控)	商標	¥17,767,237		4.00%	◎	基礎となる売上高は大幅増も使用料率については原審を支持し、事後的な使用料率が4%であるとの認定は維持。被告側の主張に対して、「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」と判示

7.2. 3項・不当利得を巡る判断件数・算定件数

表2掲載判例のうち、3項・不当利得に関する判断件数（以下判決単位）は60件（商標法38条1項2号の算定事例[103]〔仙脩〕と商標法38条2項の覆滅分についての3項の算定事例[104]〔お年賀マスク〕を含む）、そのうち3項に基づく主張が全面的に認められなかった事例として損害不発生抗弁の成立が認められた[21]〔皇朝〕と具体的な主張立証がないとされた[37]〔海宝源〕があり、1項の算定額（[6]〔鳶（控）〕）や2項の算定額（[25] [32]〔ZENSHIN（一）・（控）〕、[57] [66]〔プロマガ（FC2原告）（一）・（控）〕、[89]〔LEADERBIKES〕）を超えないとして具体的な算定がされなかった事例を除いて、具体的な算定が行われた事例（算定事例）は52件となる。

算定事例52件のうち、権利種別「商標」及び「商標特許」が46件、「1号」及び「1号ドメ」が5件、「2号」及び「2号ドメ」が3件となっている。

7.3. 3項・不当利得の算定における相当使用料率の動向

(1) 相当使用料率に関する一覧

表15は、表14掲載の3項・不当利得に係る算定事例のうち、被告の売上高に相当な使用料率を乗じる手法を用いているもの（のうち相当使用料率が伏字となっていないもの）、及び、総合考慮的に金額が定められているものについて3項・不当利得の金額を売上高で割って算出した使用料率に相当する値が算出できるもの（[19]〔なごみ〕、[31]〔極真②〕）の使用料率の判決年ごとの分布をまとめたものである。事件単位ではなく、判決単位での集計である。

侵害期間・侵害態様により異なる使用料率により算定されているものについてはそれぞれ0.5件として計上している（例えば[90]〔BOY LONODON〕は2020年の行の10%に0.5件、20%に0.5件として計上）。

[64]〔マリオカート（控）〕は、ドメイン名に係る不正競争行為分を含まない使用料率12%で集計している。一覧表中の太字斜体（*I*）は不競法2条1項1号、太字下線（I）は2号についての算定事例である。

表 15 3 項・不当利得の算定における相当使用料率の分布（2014 年～ 2024 年）

使用料率	0.1%	0.15%	0.2%	0.3%	0.5%	0.75%	0.88%	1%	1.5%	2%	3%	3.8%	4%	5%	8%	10%	12%	20%
2014 年									1	1								
2015 年				1	1													
2016 年						1								1				
2017 年							1				1					1		
2018 年	1																	
2019 年			1		1			2			1			1				
2020 年										1	1			1		1	1	
2021 年	1	1								1	1			1	1	1		
2022 年					1						1					1+0.5		0.5
2023 年										1	1		2			1		
2024 年										2	1	1	2	1				
総計	2	1	1	1	3	1	1	2	1	6	7	1	4	5	1	5.5	1	0.5

表 16 は、表 14 掲載の 3 項・不当利得に係る算定事例の相当使用料率の算定動向をまとめたものである。

特殊な扱いとして、侵害期間等に応じて複数の使用料率が算定されている事例（[55] [62] [yuyama (一)・(控)] (0.5%、1%)、[90] [BOY LONDON] (10%、20%)）については、「件数」はそれぞれ 1 件として計上し、「平均値」の算定においては当該判決における使用料率の平均値を用い（例えば [90] は 15%）、「中央値」の算定においては別個の算定事例（[90] については [90] ① (10%)、[90] ② (20%)）としているとして集計している。

表 16 の算定事例の中に第一審と控訴審の判断の双方が含まれているものについては、判決単位ではそれぞれ別個の判決として集計し、事件単位では控訴審による算定のみを集計の対象とした。

「全体」は、商標権侵害・不競法 2 条 1 項 1 号・不競法 2 条 1 項 2 号のいずれか（他の権利侵害等との組み合わせも含む）の算定事例を意味し、「商標・商標特許のみ」は表 14 の権利種別が「商標」又は「商標特許」であることを意味する。

表 16 相当使用料率の算定動向

	判決単位						事件単位					
	全体			商標・商標特許のみ			全体			商標・商標特許のみ		
	件数	平均値	中央値	件数	平均値	中央値	件数	平均値	中央値	件数	平均値	中央値
2014～2019	16	2.17%	1.00%	15	1.98%	1.00%	12	2.16%	1.00%	11	1.90%	0.94%
2020～2024	28	4.84%	4.00%	24	4.11%	3.00%	23	4.89%	3.90%	20	4.28%	3.00%
全期間	44	3.87%	3.00%	39	3.29%	2.50%	35	3.96%	3.00%	31	3.43%	2.00%

以下、表 14、表 15、表 16 に基づき、相当使用料率を巡る判断の動向について若干の分析を行う。

(2) 相当使用料率の算定状況

今回の調査対象期間（2014 年から 2024 年。厳密には 2025 年 2 月）の全期間・全判例の相当使用料率は、平均値で 3.87%、中央値で 3%となっている（以下、特に注記がない限り判決単位）。

算定事例 44 件のうち、不競法 2 条 1 項 1 号に係る算定事例（[26] [HE A RT nursing ②] (5%)、[83] [農口] (5%)）。なお [49] [マリオカート (一)] は使用料率伏字のため集計対象外となっている点に留意）は、同 2 号に係る算定事例（[64] [マリオカート (控)] (12%)、[86] [99] [GODZILLA (一)・(控)] (10%)）は、（商標権侵害事件と異なり、混同のおそれや著名性が算定の前提となっていることからすれば予想され

るところであるが) 全体の平均値・中央値よりも高い使用料率となっている。

商標権侵害に係る相当使用料率(表16の「商標・商標特許のみ」)については、全期間で平均値3.29%、中央値2.5%、最頻値は3%(表15参照)となり、裁判例でしばしば参照される経済産業省知的財産政策室編『ロイヤルティ料率データハンドブック』(経済産業調査会、2010年)(以下、経産省ハンドブックとして参照)記載の全分野の商標権に係る使用料の平均値2.6%に近い(平均値・最頻値ではこれを上回る)数字となっている。

なお今回の調査対象裁判例では、3項と不当利得、侵害行為全体についての3項と1項2号(2項の覆減分に限っての3項)とで異なる相当使用料率により算定されたものは見当たらなかった。

(3) 時系列的な動向

時系列的な動向の点で注目されるのが、相当使用料率の平均値・中央値の増加である。

表16のとおり2014年から2019年までの期間と比較して、2020年以降の相当使用料率の平均値・中央値はいずれも大きく増加している。例えば事件単位で「商標・商標特許のみ」では、平均値が1.9%から4.28%に、中央値が0.94%から3%となり、経産省ハンドブックの商標権の使用料平均値2.6%を大きく上回っている。

損害額の算定は当該事案の事実関係及び当事者の主張立証に大きく依存する点に留意をする必要があり、また増加「傾向」を指摘するためには本来2013年以前の裁判例との比較も行う必要がある。ただこれらの点に留意しつつも今回の2020年以降の相当使用料率の平均値・中央値の増加の一つの大きな要因としては、次に検討するように、令和元年(2019年)の法改正(特許法102条4項・商標法38条4項)と前掲〔二酸化炭素含有粘性組成物大合議〕(2019年6月)による侵害プレミアムの考え方の普及の影響が考えられる。

7.4. 事後的な算定・侵害プレミアム(令和元年改正後の商標法38条4項)

(1) 表14の「侵プ」欄の説明

前掲表14の3項・不当利得の算定事例の一覧の「侵プ」欄は、相当使用料率の算定過程において一般論やあてはめの判断で、侵害があることを前提とした事後的な算定であること、またそれゆえに通常の使用料率よりも自ずから高くなることなどに言及しているものを示すものである。

◎は、事後的な算定・侵害プレミアムに関する事情(侵害行為の悪質性等も含む)を具体的なあてはめの判断で使用料率を(業界相場等よりも)増額する方向で考慮しているといえるものを意味する。

④◎は、令和元年改正後の商標法38条4項に基づく算定であることを明示して事後的な算定を行っているものである。今回の対象期間で判決文上明示的に4項に言及しているものは[104][お年賀マスク]のみであった。

○は、判示上事後的な算定であること等を明示しているが、実際に事後的な算定であることが増額要因として考慮されているか否かは必ずしも明らかではないものを意味する。

■は、侵害プレミアムや事後的な算定であることを考慮してもなお3項の損害額が2項の損害額を上回らないとするもの([66][プロマガ(FC2原告)(控)]・[67][プロマガ(ドワンゴ原告)(控)])、また使用料率が低い(0.1%)ものにとどまるとしたもの([78][たこ焼工房])である。

(2) 事後的な算定・侵害プレミアムを巡る裁判例の動向

表14の「侵プ」欄において示されているとおり、今回の調査対象期間(2014年から2024年)のうち、2014年から2019年までの3項・不当利得に係る具体的な算定が行われた事例(判決単位で商標・不当利得合わせて23件)では、事後的な算定や侵害プレミアムの考え方に言及したものは見当たらなかった。

これに対して2020年以降については、算定事例30件(判決単位。3項の算定事例に限ると27件)のうち、

◎ 10 件（うち 4 項に明示的に言及するもの 1 件）、○ 2 件、■ 3 件と半数（以上）の事件で事後的な算定・侵害プレミアムの考え方に裁判所が言及をしている状況となっている。

2020 年以降の事後的な算定への言及の背景としては、令和元年改正後の商標法 38 条 4 項の施行（2020 年 4 月 1 日。令和 5 年改正後の不正競争防止法 5 条 4 項の施行は 2024 年 4 月 1 日）の影響とともに、2019 年 6 月の特許法 102 条 3 項に係る前掲〔二酸化炭素含有粘性組成物大合議〕を踏まえて原告が（法改正前についても）事後的な算定であることを主張することが増えたことによるものと推測される。

これら事後的な算定への言及事例 15 件（◎○■）はいずれも 3 項の損害額の算定について言及したものであり、不当利得に係る使用料率の算定について言及したものは今回の調査対象判例では見当たらない。[99]〔GODZILLA（控）〕は展示 1 日当たりの使用料については 3 項と不当利得の双方について算定されているが、事後的な算定は商品譲渡に係る 3 項の使用料率の算定について言及したものである。

また言及事例 15 件のうち、不競法 2 条 1 項 2 号に係る不競法 5 条 3 項に関する算定事例が [64]〔マリオカート（控）〕と [99]〔GODZILLA（控）〕の 2 件、不競法 2 条 1 項 1 号に係る算定事例はなく、残り 13 件は商標法 38 条 3 項に係る算定事例である。

（3）事後的な算定・侵害プレミアムに関する判断内容

時期的には最も早い [64] 知財高判令和 2 年 1 月 29 日平成 30（ネ）10081 等〔マリオカート（控）〕（不競法 2 条 1 項 2 号）は、〔二酸化炭素含有粘性組成物大合議〕と同様の一般論を判示し、「不正競争行為をした者に対して事後的に定められるべき、実施に対し受けるべき料率は、むしろ、通常の料率に比べて自ずと高額になるというべき」との侵害プレミアムの考え方を示すとともに、使用料率の算定に当たっては「①当該商品等表示の実際の許諾契約における料率や、それが明らかでない場合には業界における料率の相場等も考慮に入れつつ、②当該商品等表示の持つ顧客吸引力の高さ、③不正競争行為の態様並びに当該商品等表示又はそれに類似する表示の不正競争行為を行った者の売上げ及び利益への貢献の度合い、④当該商品等表示の主体と不正競争行為を行った者との関係など訴訟に現れた諸事情を総合考慮」すべきとし、あてはめにおいては、①約定例（伏字）や②原告商品等表示の高い顧客吸引力とともに、③被告の不正競争行為は原告商品等表示の顧客吸引力を不当に利用する意図をもって行われ、表示の使用が被告の売上に大きく貢献していることが考慮され使用料率を 12%（ドメイン名の不正使用も含む場合には 15%）と算定している。このように [64]〔マリオカート（控）〕は一般論として侵害プレミアムの考え方を明示的に示すものの、④の事情が具体的に考慮されたものではなく、約定例における料率も伏字となっているため、増額要因として侵害プレミアムが考慮された可能性はあるものの明らかではないとして記号は「○」として掲載している。

[99]〔GODZILLA（控）〕（10%）も同様の一般論が判示されているが、具体的な考慮要素の点では事後的な算定が増額要因として考慮されているか否かは明らかではないため「○」として掲載している。

商標法 38 条 3 項について〔二酸化炭素含有粘性組成物大合議〕・[64]〔マリオカート（控）〕と同様の一般論を判示したものとしては [78]〔たこ焼工房〕があり、3 項の損害額については「通常の使用料率に比べて自ずと高額になるであろうものといえ、より具体的には、当該商標の実際の使用許諾契約における使用料率や、それが明らかでない場合には業界における使用料の相場等も考慮に入れつつ、当該商標自体の価値、当該商標を当該商品ないし役務に用いた場合の売上及び利益への貢献や侵害の態様、商標権者と侵害者との競業関係や商標権者の営業方針等訴訟に現れた諸事情を総合的に考慮して、合理的な使用料率を定めるべきである」と判示している。ただし具体的な判断としては、事後的な算定であることを考慮しても被告標章が売上にほとんど貢献していないことなどから使用料率は 0.1%にとどまると判断されており、一覧表では■として記載している。

これらに対し一覧表で◎で記載しているもののうち、侵害があったことを前提とする事後的な 3 項の使用料については通常の使用料率よりも自ずから高額となること（侵害プレミアム）に言及し、実際にも約定例

や業界相場よりも高い使用料率で算定した事例として、[85]〔ほてちゅう〕（約定例 2%、平均値 1.9% に対して 3%）、[96] [102]〔WENGER 十字図形（一）（控）〕（全分野平均値 2.6% に対して 4%）がある。[106]〔すしざんまい〕では、侵害標章の被告売上への影響が限定的である・原告と被告が直接競合していないことを考慮しつつ、（約定使用料としてであれば平均値未満となりうるような事案について）侵害プレミアムを考慮し 43 類の平均値と同じ 3.8% と算定した。

侵害プレミアムに明示的に言及するものではないが、事後的な算定であることを増額要因の一つとして考慮し、業界相場の平均値以上の使用料率により算定されたと評価できる事例（判断内容については表 14 参照）として [75]〔Re 就活〕（10%）、[77]〔舞豚〕（8%）、[104]〔お年賀マスク〕（2 項覆減分の 3 項の使用料率 5%）がある。[110] [113]〔にじいろクリニック（一）（控）〕では、経産省ハンドブックの 44 類の使用料率 5.5%（1 件のみ）に基づく原告の主張は退けられたものの、原告・被告の競業関係が考慮されて全分野平均値（2.6%）を上回る事後的な使用料率 4% が算定されている点、控訴審が「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」と判示していることから、◎として記載している。

[90]〔BOY LONDON〕については事後的な算定であることを明示するものではないが、侵害行為の悪質性（仮処分命令後も行為を継続）が重要な考慮要素となり、業界相場の平均値・最大値を大きく超える使用料率（特に仮処分命令後について 20%）が算定されているため、一覧表では◎として記載をしている。

（4）事後的な算定・侵害プレミアムの損害額算定への影響

以上のように、事後的な算定・侵害プレミアムを増額要因として考慮した裁判例についても、約定使用料率を数倍するという形で算定したものはなく、総合考慮の一つの要因として考慮しているものであり、実際にどの程度増額要因として考慮されているかは必ずしも明らかではない。

ただし法改正及び裁判例による事後的な算定・侵害プレミアムの考え方の普及は、裁判官が、当該事案個別の事情（とりわけ侵害者の悪質性）に鑑みて高めの使用料率により 3 項の損害額を算定すべきと考える際に、業界相場等よりも高めの算定をすることについての裁判官のためらいを軽減する（高めの算定をしやすくしている）という効果は少なくともあるものと推測される。

また事後的な算定・侵害プレミアムに言及した裁判例（◎○■）の使用料率は（[78]〔たこ焼工房〕の 0.1% と具体的な算定がされていない [66]〔プロマガ（FC2 原告）（控）〕を除き）、いずれも、経産省ハンドブック掲載の全分野の商標の使用料率の平均値 2.6% を超える使用料率となっている。この点からも、事後的な算定・侵害プレミアムの考え方の普及は、前述の 2020 年以降の使用料率の平均値・中央値の増加傾向の一因となっていることが推測されよう。

もっとも、2020 年以降も半数の事例では事後的な算定等への言及が特になされていない点も含め、事後的な算定・侵害プレミアムの考え方の影響の評価については、相関関係ではなく因果関係が本当に認められるか（事後的な算定だから高額な使用料となっているのか、高額な使用料として 3 項の損害を算定すべきと考える際に事後的な算定・侵害プレミアムが理由とされているのか）や更なる事例の分析等、今後の継続的な検討が必要となる。

8. 商標法 38 条 5 項による算定事例

商標法 38 条 5 項（以下 5 項の「商標権の取得及び維持に通常要する費用」を「5 項の取得維持費用」と呼ぶ）による算定事例は事件単位で 3 件・判決単位で 4 件となる。各事件の判断内容は以下のとおりである。

① [83]〔農口〕

原告は杜氏であり、自己の氏名「X」と同じ漢字 4 文字（標準文字）につき商標権 1（指定商品は 33 類「清

酒])と商標権2(指定商品は30類「甘酒、食用酒かす、茶…」等、33類「清酒、焼酎、合成清酒…」等)を有する。

被告が、「杜氏 X」(被告各標章。Xは原告の氏名である漢字四文字。原告はその氏名につき登録商標を有するとともに、「X」又は「杜氏 X」は原告の周知な商品等表示であると認定)を日本酒及び酒かす(被告各商品。原告登録商標の指定商品に含まれる)に使用して販売した行為につき、被告在職中の原告により製造された被告商品については許諾があったと認定しつつも、それ以外の商品の販売につき商標権の侵害及び不競法2条1項1号該当が認められた事案である。

裁判所は、被告各標章は原告登録商標と社会通念上同一であるとして、商標法38条5項の適用を認めた。原告は5項の取得維持費用として出願手数料等も含めて45万2200円を主張した。しかし裁判所は、「区分数に応じて必要となる出願料及び登録料が、商標登録に当たって典型的に発生する費用として取得維持費用に該当し、商標権侵害と相当因果関係のある損害に当たると認めるのが相当」として、商標権1(区分数1。4万200円)と原告商標権2(区分数2。7万7000円)を合計して5項の取得維持費用相当額の損害として11万7200円を認定した(なお本件では被告商品に日本酒(33類)と酒かす(30類)がそれぞれあった事案である)。この他、不競法2条1項1号に係る不競法5条3項による損害(211万8673円)、弁護士費用22万4000円の賠償が命じられている。

② [93] [MG996R]

原告は、「MG996R」の文字(標準文字)からなる商標(指定商品は28類「モーターを組み込んだ小型模型、モーターを組み込んだ小型模型の部品及び付属品」等)の商標権者である。

被告は「Yahoo!ショッピング」上に設けた模型用サーボモーターの販売用ウェブページにおいて商品名として「MG996R」の文字を記載し、遅くとも令和4年6月10日までに公開していた(原告は令和4年7月7日に被告に対して支払督促(4万4900円+侵害行為差止のための通知費用(郵便費用)244円、遅延損害金、申立手続費用)の申立てをしている)。

裁判所は被告による原告商標権の侵害を認め、原告登録商標と被告標章は社会通念上同一であるとして商標法38条5項による損害額として原告の主張どおり4万4900円(取得に通常要する費用1万2000円、維持に通常要する費用3万2900円)と通知費用244円の合計額の支払いを命じた。

本件において裁判所は5項につき「商標権が侵害された場合には、商標権者に少なくともその商標に係る使用料相当額の損害が生ずるところ、これは当該商標権の取得及び維持のための投下資本を回収する機会が妨げられたことによる損害とも評価できる。このような観点から、商標法38条5項は、商標権者の権利保護を図るため、特に同項所定の商標の不正使用行為によって商標権が侵害された場合に、当該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、商標権者が受けた損害額として請求できるとして、法定損害賠償制度を導入したものと解される」との一般論を示している。

また被告側は、損害不発生の抗弁⁽²⁴⁾的な主張(上記ウェブページに記載された被告商品の販売数量は0であり、被告標章の使用は被告商品の売上に全く寄与しておらず、原告に損害が生じていないとの主張)をしていたが、裁判所は「このような事情により、前記…のとおり法定損害賠償が認められた商標権の取得及び維持に通常要する費用に相当する損害が当然に生じないとはいえないし、そもそも本件において被告による本件商品の販売数量が0個であることを認めるに足りる証拠はない」として退けている。

(24) 商標法38条5項の損害についても損害不発生の抗弁を援用可能とする見解として松田誠司「TPP協定締結に伴う産業財産権法の改正について(下)」NBL1096号(2017年)55頁参照。

③ [110] [113] [にじいろクリニック (一)・(控)]

原告は、性病専門の医療クリニックである原告クリニック（「あおぞらクリニック」）を運営する医療法人の理事長であり、「にじいろクリニック」（標準文字）からなる商標（指定役務は44類「医業」等）について商標権（令和3年5月出願）を有する。

被告は、かつて原告クリニックの勤務医であったが令和3年6月に原告クリニックを退職し、性病専門の医療クリニックである被告クリニック（「にじいろクリニック新橋」）を同年7月に開院した。

第一審・控訴審とも、被告クリニックに係る被告による「にじいろクリニック」等の標章（被告各標章）の使用が商標権侵害に該当するとして、商標法38条3項（第一審は681万、控訴審は1777万。大幅増額の理由につき前掲表8参照）、5項（第一審も控訴審も4万4900円（取得に通常1万2000円、維持に通常3万2900円））、弁護士費用相当額の賠償が命じられた。

控訴審において原告側は、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含めるべきとの主張をしたが、裁判所は「法律上、商標登録出願を弁理士が代理することは必要ではなく、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」として退けている。

9. おわりに

以上、本稿では、2014年から2024年（正確には2025年2月）までの裁判例における、商標権侵害、不競法2条1項1号・2号に係る損害額（標識法における損害額）の算定状況について、法改正や特許法102条2項に係る大合議判決の影響等も含めて、分析を行った。

本稿の分析により明らかになった主要な事項としては、あくまで今回の調査対象期間に限ってのものとなるが、①標識法における損害総額の中央値が事件単位で約300万であること（表3）、②標識法の中でも商標権侵害に係る算定事例が多いが、商標権侵害に係る損害総額の中央値（約240万円）は不競法2条1項1号・2号に係る事例よりも低額であり、不競法2条1項1号に係る事例では不競法5条1項・2項による算定事例が多く中央値も特に高いこと（表6）、③無形損害については不競法2条1項2号に係る算定事例又は著名ブランドのバッグの立体商標に係る侵害の事例についての算定事例であること、④商標法38条・不競法5条1項1号・2項については特許法と同様に寄与度減額からの決別の傾向とともに、販売阻害事情・推定覆滅事情に関する判断事例が増加していること（5. 2. (4)(5)、6. 2. (3)）、⑤不競法5条1項1号の販売阻害事情については現実の出所の混同の取り扱いが特に問題となっていること（5. 2. (6)）、⑥特許法102条2項と異なり推定覆滅率が高い覆滅率と低い覆滅率・覆滅なしに二分される傾向があること（6. 2. (4)）、⑦商標法38条・不競法5条3項の損害額の算定については、2020年以降、事後的な算定・侵害プレミアムの考え方の普及に伴い、相当使用料率の中央値・平均値が以前よりも増加していることが挙げられる。

もっともこれらの動向については、今回の調査対象期間以前の時期との比較や個々の裁判例のより詳細な分析によってさらに検証される必要がある。また本稿では検討の対象外とした学説の動向等についても検討を行う必要がある。標識法における損害額の算定については、これらも含め検討すべき課題は多数あるが、損害算定の現状の分析の一つとして本稿の検討が今後の検討の一助となれば幸いである。

本稿はJSPS 科研費19K01431による研究成果の一部である。