

「シルバーヴィラ」商標権侵害差止等請求事件：東京地裁平成20(ワ)19774・平成22年7月16日（民29部）判決〈認容〉〔特許ニュースNo.12815〕

### 【キーワード】

商標法36条，同37条1項，同38条3項，不競法2条1項1号，同3条，選択的併合，商標の類否判断，結合商標，先使用権の抗弁，権利濫用の抗弁，過失の推定，損害額（使用料相当額）

### 【主 文】

- 1 被告は，介護保険に係る役務を提供するに当たり，その営業上の施設又は活動に「シルバーヴィラ揖保川」又は「シルバーヴィラ」と当該施設若しくは活動の種別を示す名称とを組み合わせた標章を付してはならない。
- 2 被告は，原告に対し，金576万7557円及びこれに対する平成20年8月23日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。
- 3 原告のその余の請求をいずれも棄却する。
- 4 訴訟費用は，これを5分し，その1を原告の負担とし，その余を被告の負担とする。
- 5 この判決は，第2項に限り，仮に執行することができる。

### 【事案の概要】

本件は，登録商標を「シルバーヴィラ」とする商標権を有し，かつ，「シルバーヴィラ向山」との名称の老人ホームを運営する原告（株式会社さんわ）が，「シルバーヴィラ揖保川」及び「シルバーヴィラ居宅介護支援事業所」（以下，これらを併せて「被告各標章」という。）の名称で介護保険に係る施設を開設・運営する被告（医療法人古橋会）に対し，①被告各標章の使用は，原告の商標権を侵害し，又は侵害するとみなされる（商標法37条1号）として，商標法36条に基づく「シルバーヴィラ」の標章の使用の差止め並びに民法709条及び商標法38条3項に基づく損害賠償金1160万3280円及びこれに対する訴状送達の日翌日である平成20年8月23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，②被告各標章の使用は，不正競争防止法（以下「不競法」という。）2条1項1号に該当するとして，不競法3条に基づく「シルバーヴィラ」の標章の使用差止め（商標権に基づく「シルバーヴィラ」の標章の使用差止めと選択的併合）を求める事案である。

#### 1 争いのない事実等

##### (1) 当事者

ア 原告は，有料老人ホームの経営等を目的とする株式会社である（弁論の

全趣旨)。

イ 被告は、病院、介護老人保健施設、老人訪問介護ステーション及び居宅介護支援事業所等を開設し、これらを経営する医療法人である。

(2) 原告の商標等

ア 原告は、次の商標権（以下「原告商標権」といい、その登録商標を「原告登録商標」という。）を有している。

(ア) 登録番号 商標登録第4921381号

(イ) 出願日 平成12年11月1日

(ウ) 登録日 平成18年1月13日

(エ) 商品及び役務の区分 第42類

(オ) 指定役務 老人の養護、宿泊施設の提供、宿泊施設の提供の契約の媒介又は取次ぎ、飲食物の提供、美容、理容、入浴施設の提供、あん摩・マッサージ及び指圧、きゅう、はり、医療情報の提供、健康診断、栄養の指導、衣服の貸与、カーテンの貸与、家具の貸与、タオルの貸与、布団の貸与

(カ) 登録商標 シルバーヴィラ（標準文字）

イ 原告は、昭和56年4月から、東京都練馬区（以下略）において、「シルバーヴィラ向山」（以下「原告標章」という。）との名称の有料老人ホーム（以下「原告施設」という。）を営業している（甲3、5、弁論の全趣旨）。

(3) 被告各標章の使用

被告は、兵庫県たつの市（以下略）において、「シルバーヴィラ揖保川」との名称の介護老人保健施設を平成9年4月に、「シルバーヴィラ居宅介護支援事業所」との名称の居宅介護支援事業所を平成12年4月にそれぞれ開設し、これらを運営している（乙6、弁論の全趣旨。以下、これらの被告の各施設を「被告各施設」と、被告各施設の名称を「被告各標章」と総称する。）。被告は、シルバーヴィラ揖保川の開設時から、「シルバーヴィラ揖保川」の標章を介護老人保健施設の名称として使用するとともに、その看板、広告、ホームページ及び入所パンフレットに当該標章を表示し、介護老人保健施設の役務に関する広告に「シルバーヴィラ揖保川」を使用している（甲8、97ないし101、105ないし107、乙7ないし9、12ないし14（枝番を含む。）、27の1ないし5、28、弁論の全趣旨）。また、被告は、「シルバーヴィラ居宅介護支援事業所」を商標として使用していることを明示的に争っておらず、同事業所等の紹介文書（乙23、24）の記載に照らしても、被告は、同事業所の開設時から、同事業所の役務に関する広告に「シルバーヴィラ居宅介護支援事業所」を使用しているものと認められる。

## 2 争点

- (1) 商標権侵害に基づく請求について
  - ア 原告登録商標と被告各標章の類否
  - イ 指定役務と被告が提供する役務との類似性
  - ウ 被告の過失
  - エ 先使用（商標法32条）の成否
  - オ 原告登録商標が慣用商標といえるか否か
  - カ 損害の有無及び額
- (2) 不競法違反に基づく請求について
  - ア 原告標章の周知性
  - イ 原告標章と被告各標章との類否
  - ウ 誤認混同のおそれの有無
  - エ 営業上の利益の侵害の有無
  - オ 先使用（不競法19条1項3号）の成否
  - カ 原告標章が慣用商標といえるか否か
- (3) 原告の請求が権利の濫用に当たるか否か（商標権侵害及び不競法違反の主張に共通する抗弁）

### 【判 断】

#### 1 争点(1)ア（商標権侵害：原告登録商標と被告各標章の類否）について

- (1) 商標と標章の類否は、対比される標章が同一又は類似の商品・役務に使用された場合に、商品・役務の出所につき誤認混同を生ずるおそれがあるか否かによって決すべきであるが、それには、そのような商品・役務に使用された標章がその外観、観念、称呼等によって取引者、需要者に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的に考察すべく、しかもその商品・役務の取引の実情を明らかにし得る限り、その具体的な取引状況に基づいて判断すべきものである。そして、商標と標章の外観、観念又は称呼の類似は、その商標を使用した商品・役務につき出所の誤認混同のおそれを推測させる一応の基準にすぎず、したがって、これら3点のうち類似する点があるとしても、他の点において著しく相違することその他取引の実情等によって、何ら商品・役務の出所の誤認混同をきたすおそれの認め難いものについては、これを類似の標章と解することはできないというべきである（最高裁昭和39年（行ツ）第110号同43年2月27日第三小法廷判決・民集22巻2号399頁、最高裁平成9年判決参照）。

また、複数の構成部分を組み合わせた結合商標と解されるものについては、商標の構成部分の一部を抽出し、この部分だけを他人の商標と比較して商標

そのものの類否を判断することは、原則として許されない。他方で、商標の構成部分の一部が、取引者、需要者に対し商品又は役務の出所識別標識として強く支配的な印象を与えるものと認められる場合や、それ以外の部分から出所識別標識としての称呼、観念が生じないと認められる場合等においては、商標の構成部分の一部だけを他人の商標と比較して商標そのものの類否を判断することも、許されるものである（最高裁昭和37年（オ）第953号同38年12月5日第一小法廷判決・民集17巻12号1621頁，最高裁平成3年（行ツ）第103号同5年9月10日第二小法廷判決・民集47巻7号5009頁，最高裁平成19年（行ヒ）第223号同20年9月8日第二小法廷判決・裁判集民事228号561頁参照）。

そこで、以下、このような観点から検討を加える。

(2) 原告登録商標について

ア 原告登録商標の外観、称呼及び観念

原告登録商標は、片仮名の標準文字で「シルバーヴィラ」と表記するものであり、「しるばうゝいら」の称呼が生じる。そして、「シルバーヴィラ」自体は、銀色を意味する「シルバー」と、邸宅・別荘を意味する英語「ヴィラ」又は町を意味するフランス語である「ヴィル」を変形させて「ヴィラ」としたものを組み合わせた造語であると認められ、「シルバー」が銀色のほかに老人を意味することがあることからすれば、全体で「銀の邸宅・別荘・町」、「老人の邸宅・別荘・町」等の観念が生じるものと認められる（甲5，弁論の全趣旨）。

イ 原告登録商標に関する取引の実情

原告は、東京都練馬区において、「シルバーヴィラ向山」の名称で有料老人ホームを運営しており、その開設当初から全国紙を含む新聞や雑誌等に原告施設が取り上げられ（甲21，25，28，29，32ないし38），また，原告施設を舞台とした久田恵著「母のいる場所／シルバーヴィラ向山物語」（株式会社文藝春秋発行）が出版され（甲73，75），それが映画化され，全国で上映される（甲76ないし78，121）等，原告登録商標をその中に含む原告標章は，全国的に周知であると認められる（詳細は，後記7のとおり）。

(3) 被告各標章について

ア 「シルバーヴィラ揖保川」について

(ア) 証拠（甲8，97ないし101（枝番を含む。），105ないし107，乙7ないし9，12ないし14（枝番を含む。），27の1ないし5，28）及び弁論の全趣旨によれば、「シルバーヴィラ揖保川」は，当該施設及び駅における看板，被告のホームページや揖保川病院及びシルバー

ヴィラ揖保川のパンフレット等においてゴシック体様又は明朝体様等の書体で横書きに記載されており、「シルバーヴィラ」部分は片仮名、「揖保川」部分は漢字によってそれぞれ表記され、片仮名部分と漢字部分とで、文字の大きさ、書体、色等についての差異はないものと認められる。

(イ) 前記の態様で表示された「シルバーヴィラ揖保川」の標章を見た取引者・需用者は、「シルバーヴィラ」の部分が外国語に由来する造語であって印象的であることから同部分に着目し、「揖保川」の部分は地名であることから同部分に着目することはないものと認められる。

そして、被告が運営する介護老人保健施設であるシルバーヴィラ揖保川は、兵庫県たつの市（以下略）に所在しており（争いのない事実等（3））、同施設の利用者は、主として兵庫県たつの市及びその近郊に居住する者であること（乙10、21の1ないし3）、介護付き有料老人ホーム等においては、例えば、「ベストライフ昭島」、「ベストライフ小岩」等のように、その施設（又は関連施設）固有の名称に、施設の所在地の地名を付加することも稀ではないこと（甲6、16ないし19）からも、「揖保川」の部分に着目することがないことが裏付けられる。

(ウ) 加えて、前記のとおり、「シルバーヴィラ揖保川」は、片仮名部分と漢字部分とから構成され、各構成部分がそれを分離して観察することが取引上不自然であると思われるほど不可分的に結合しているとまでいうことはできないし、「シルバーヴィラ」と「揖保川」との間に観念上の結び付きがあるとも認められない。また、「シルバーヴィラ揖保川」の称呼が「しるばーうゝ いらいぼがわ」と長いことからすれば、その利用者の間では、「しるばーうゝ いら」との称呼も生じ得るものと推認される。

(エ) したがって、「シルバーヴィラ揖保川」の要部は、「シルバーヴィラ」の部分であると認められる。

イ 「シルバーヴィラ居宅介護支援事業所」について

(ア) 「シルバーヴィラ居宅介護支援事業所」は、「シルバーヴィラ」の部分は片仮名、「居宅介護支援事業所」の部分は漢字によってそれぞれ表記され、片仮名部分と漢字部分が、文字の大きさ、書体、色等において異なって表示されていることは証拠上認められない。

(イ) 前記の態様で表示された「シルバーヴィラ居宅介護支援事業所」の標章を見た取引者・需用者は、「シルバーヴィラ」の部分が外国語に由来する造語であって印象的であることから同部分に着目し、「居宅介護支援事業所」の部分は単に事業所とその業務の内容を表すにすぎず、それ自体出所識別標識としての機能を有するものではないことから、同部分

に着目することはないものと認められる。

(ウ) 加えて、「シルバーヴィラ居宅介護支援事業所」は、片仮名部分と漢字部分とから構成され、各構成部分がそれを分離して観察することが取引上不自然であると思われるほど不可分的に結合しているとまでいうことはできないし、「シルバーヴィラ」と「居宅介護支援事業所」との間に観念上の結び付きがあるとも認められない。また、「シルバーヴィラ居宅介護支援事業所」の称呼は、「しるばうゝいらきょたくかいごしえんじぎょうしょ」と長いものであることからすれば、「しるばうゝいら」との称呼も生じるものと推認される。

(エ) したがって、「シルバーヴィラ居宅介護支援事業所」の要部は、「シルバーヴィラ」の部分であると認められる。

ウ 被告の主張について

(ア) 被告は、「シルバーヴィラ揖保川」の各文字は一体不可分のものであって、「シルバーヴィラ」の部分の要部とすることはできないと主張する。

しかしながら、前記アで述べたところに照らして、「シルバーヴィラ揖保川」の各文字を不可分一体のものとみることはできないから、被告の主張は採用することができない。

(イ) また、被告は、原告登録商標の自他役務識別標識としての機能は希釈化しており、これに地名を付加することは、自他識別力を発揮させる上で重要なことであるから、「シルバーヴィラ揖保川」と一体不可分のものとして把握すべきであると主張する。

しかしながら、被告の主張によっても、「シルバーヴィラ」が使用された例は、わずかに7件にすぎず、他方で、原告は、「シルバーヴィラ」の標章を用いている介護老人保健施設等に対して、その使用の中止を求める等していること（甲13、弁論の全趣旨）からすれば、原告登録商標の自他役務識別標識としての機能が希釈化していると認めることはできない。

したがって、被告の主張は、採用することができない。

(4) 原告登録商標と被告各標章との対比

前記(3)のとおり、被告各標章の要部は、いずれも「シルバーヴィラ」であって、原告登録商標とは外観、称呼及び観念において一致しているものと認められることからすれば、被告各施設の利用者が、主として兵庫県たつの市及びその近郊に居住する者であること（乙10、21の1ないし3）を考慮してもなお、役務の出所につき誤認混同を生ずるおそれがあると認められ、原告登録商標と被告各標章とは、全体として類似していると認められる。

## 2 争点(1)イ(商標権侵害：指定役務との類似性)について

### (1) 原告商標権の指定役務の意義

原告商標権の指定役務には、「老人の養護」、「医療情報の提供」が含まれている(前記争いのない事実等(2)ア参照)。

このうち、「養護」とは、①危険がないように保護し育てること、②学校教育で、児童・生徒の健康の保持・増進に努めること、③心身障害又は社会的な理由で、特に手当を必要とする者を保護し助けることをいうものと認められる(新村出編「広辞苑第6版」)。

したがって、「老人の養護」とは、老齢又はこれに伴う心身障害により、特に手当を必要とする者を保護し、助けることを意味すると認められる。

### (2) 被告が被告各施設において提供する役務及びその指定役務との類否

ア シルバーヴィラ揖保川は、介護保険法上の介護老人保健施設であるところ(前記争いのない事実等(3)参照)、介護保険法上、「介護老人保健施設」とは、「要介護者…に対し、施設サービス計画に基づいて、看護、医学的管理の下における介護及び機能訓練その他必要な医療並びに日常生活上の世話をを行うことを目的とする施設として、…都道府県知事の許可を受けたもの」をいうと定義されている(同法8条25項)。そして、同法上、この定義中の「要介護者」といえるためには、要介護状態にあることが必要であり(同法7条3項)、「要介護状態」とは、「身体上又は精神上的の障害があるために、入浴、排せつ、食事等の日常生活における基本的な動作の全部又は一部について、厚生労働省令で定める期間にわたり継続して、常時介護を要すると見込まれる状態であって、その介護の必要の程度に応じて厚生労働省令で定める区分(以下「要介護状態区分」という。)のいずれかに該当するもの(要支援状態に該当するものを除く。)をいう。」と定義されている(同法7条1項)。また、「介護」とは、高齢者・病人等を介抱し、日常生活を助けることをいうものと認められる(前掲広辞苑第6版)。

そして、シルバーヴィラ揖保川のパンフレット(乙7ないし9)においても、その入所対象者は、「要介護認定で要介護1～5と判定された方。」とされ、更に「慢性疾患はあるが病状が安定期にある、入院治療の必要のない方。」及び「看護・介護・リハビリテーションをすすめていく必要のある方。」と記載され、また、入所サービスの内容として、①日常動作を可能にするための機能訓練、②理学療法、作業療法のリハビリテーション、③健康状態に応じた食事、入浴、清拭等の看護、介護、④介護者への介護指導、相談指導及び食事指導などが記載されていることからすれば、シルバーヴィラ揖保川においては、パンフレット記載のような者を対象として、

同記載のような役務を提供しているものと認められる。

以上のような介護保険法の規定及び介護の意義に照らして、被告がシルバーヴィラ揖保川において提供する役務は、前記(1)の「老人の養護」の意義（老齢又はこれに伴う心身障害により、特に手当を必要とする者を保護し助けること）に該当し、少なくともこれに類似するものと認められる。

イ シルバーヴィラ居宅介護支援事業所は、介護保険法上の居宅介護支援を行う事業所であるところ（前記争いのない事実等(3)参照）、介護保険法上、「居宅介護支援」とは、居宅要介護者が介護保険法上の指定居宅サービス等の適切な利用等を行うことができるよう、当該居宅要介護者の依頼を受けて、居宅サービス計画を作成し、当該計画に基づく指定居宅サービス等の提供が確保されるよう、指定居宅サービス事業者等との連絡調整その他の便宜の提供を行い、並びに当該居宅要介護者が介護保険施設等に入所を要する場合には、施設への紹介その他の便宜の提供を行うことをいい、「居宅介護支援事業」とは、居宅介護支援を行う事業をいうと定義されている（同法8条21項）。そして、同法上、「居宅要介護者」とは、要介護者であって、居宅において介護を受けるものをいい（同条2項）、「居宅サービス」とは、訪問介護、訪問入浴介護、訪問看護、訪問リハビリテーション、居宅療養管理指導、通所介護、通所リハビリテーション、短期入所生活介護、短期入所療養介護、特定施設入居者生活介護、福祉用具貸与及び特定福祉用具販売をいう（同法8条1項）と定義されている。

したがって、居宅介護支援事業所は、介護そのものを役務として提供するものではないが、介護を要する者に対し、適切な介護サービスの提供が確保されるための役務を提供するものであることから、前記(1)の「老人の養護」の意義（老齢又はこれに伴う心身障害により、特に手当を必要とする者を保護し助けること）に含まれ、少なくともこれに類似する役務といえることができる。

ウ したがって、被告が、被告各施設において提供する役務は、原告商標権の指定役務に含まれ、又はこれに類似するものと認められる。

### (3) 被告の主張について

被告は、原告商標権の指定役務である「養護」には、医学的管理下における介護、機能訓練その他必要な「医療」を行うという意味は含まれていないと主張する。

しかしながら、そのように解すべき根拠はなく、「養護」に含まれ、又はこれに類似すると認められる「介護」に「医学的管理下」という要件を付加したからといって、それが「介護」に含まれることに変わりはなく、なお「養護」に含まれ、又はこれに類似すると認められるから、被告の前記主張

を採用することはできない。そして、このことは、特定非営利活動法人全国介護者支援協会が発行する「介護サービスガイド帳」(乙29)において、高齢者施設として、介護老人保健施設、高齢者グループホーム、有料老人ホーム等が併記されて紹介されていることから、裏付けられる。

### 3 争点(1)エ(商標権侵害：先使用(商標法32条)の成否)について

商標権侵害に基づく損害賠償に関する争点である被告の過失の有無及び損害の額について判断する前に、被告の抗弁である先使用の成否及び原告登録商標が慣用商標といえるか否かについて、検討する。

#### (1) 被告各標章の使用の開始時期について

前記争いのない事実等(3)のとおり、被告が、シルバーヴィラ揖保川を開設し、役務に関する広告を開始した時期は、平成9年4月であり、シルバーヴィラ居宅介護支援事業所を開設し、役務に関する広告を開始した時期は、平成12年4月である。

この点について、被告は、「シルバーヴィラ揖保川」の使用開始時期は、被告が社員総会において「シルバーヴィラ揖保川」の名称で老人保健施設を開設することを決定した時である平成8年7月であると主張する。しかしながら、そもそも商標法上、「使用」といえるためには、「役務の提供に当たり」又は「役務の提供のために」標章を用いたり、「役務に関する広告、価格表若しくは取引書類に標章を付」すことが必要である(商標法2条3項)ところ、被告が、シルバーヴィラ揖保川を開設するより前に、このような意味で、当該標章を「使用」していたと認めるに足る証拠はない。

したがって、被告の主張は理由がない。

#### (2) 周知性

不正競争の目的の有無の検討に先立ち、原告商標権の出願時である平成12年11月1日より前に、「シルバーヴィラ揖保川」が「需要者の間に広く認識されていた」といえるか否かについて、検討する。

ア 商標法32条1項は、先使用が認められた者に「その商品又は役務についてその商標を使用する権利」を認めるにすぎず、無限定にその商標を使用することができるわけではないこと、同条2項の規定により、商標権者は、誤認混同防止措置を付すことを請求することができること、同条1項の周知性が同法4条1項10号における周知性と同じ意味であれば、当該商標権は無効とされるべきものとなり、そもそも商標権者は商標権を行使することができず(同法39条、特許法104条の3)、先使用権を認める必要はないことからすれば、商標法32条1項にいう「需要者の間に広く認識されている」地理的な範囲は、同法4条1項10号より狭いものであってもよいと解すべきである。

そして、本件においては、兵庫県老人保健施設協会機関誌である「老健ひょうご」(乙22)、介護保険制度研究会が発行する「病院・療養型介護保険事業所要覧(姫路・西播磨)」(乙23)、西播磨県民局・龍野健康福祉事務所が発行する「介護サービスマップ」(乙24)等においては、被告各施設が所在する地域である兵庫県西播磨圏域に所在する老人保健施設等がまとめて紹介されていることからすれば、被告各施設の需要者は、主として当該圏域に居住する者と認められるから、当該圏域の需要者の間に広く認識されていれば足りるとするのが相当である。

イ 証拠(乙12ないし18, 22ないし29(枝番を含む。))及び弁論の全趣旨によれば、①被告は、兵庫県西播磨地区のタウンページや揖保川町及び龍野市の電話帳に、多くは「医療法人古橋会」の施設として「揖保川病院」とともに「シルバーヴィラ揖保川」を掲載していること、②被告は、兵庫県立龍野高等学校同窓会名簿(1件)や神戸新聞の西播磨地区版における広告(2件)、駅(6駅)及びバスの営業所(1か所)等の看板広告において、いずれも「医療法人古橋会」の施設として「揖保川病院」と併記して「シルバーヴィラ揖保川」を記載していること、③被告は、「シルバーヴィラ揖保川」の名称のみを記載した看板を、道路脇の電柱(3箇所)に掲げていること、④揖保川町や揖保川町社会福祉協議会の広報誌(合計4件)、前記「老健ひょうご」、「病院・療養型介護保険事業所要覧(姫路・西播磨)」、「介護サービスマップ」及び「介護サービスガイド帳」に「シルバーヴィラ揖保川」の名称が記載されていることが認められる。

しかしながら、揖保川町や揖保川町社会福祉協議会の広報誌、「老健ひょうご」(掲載施設数は70を超える。),「病院・療養型介護保険事業所要覧(姫路・西播磨)」(掲載施設数の全体は不明であるが、シルバーヴィラ揖保川は95頁に掲載されている。),「介護サービスマップ」(掲載施設数の全体は不明であるが、シルバーヴィラ揖保川は12頁に掲載されている。)及び「介護サービスガイド帳」(掲載施設数は500を超える。)の記載は、揖保川町社会福祉協議会の広報誌中の2件(乙17及び18)を除き、多数の介護施設の紹介又は多数の施設名等の記載がされている中の1つとして掲載されているにすぎず、これをもって、「シルバーヴィラ揖保川」の名称が周知であったということとはできない。

また、電話帳の記載や広告・看板も、その件数や広告・看板の態様に照らして、これをもって、兵庫県西播磨地区の需要者に、「シルバーヴィラ揖保川」の名称が広く認識されていると認めることはできない。

さらに、標章「シルバーヴィラ居宅介護支援事業所」については、前記

「病院・療養型介護保険事業所要覧（姫路・西播磨）」（乙23）及び「介護サービスマップ」（乙24）にその名称が記載されているほか、広告、看板等がされたことを示す具体的な証拠は提出されていない。

したがって、被告各標章が、原告商標権の出願より前に、需要者の間に広く認識されていたと認めることはできない。

(4) 小括

したがって、被告各標章につき、先使用権は成立しない。

**4 争点(1)オ（商標権侵害：原告登録商標が慣用商標といえるか否か）について**

被告は、「シルバーヴィラ」の自他役務識別標識としての機能は希釈化され、慣用商標化しており、商標法26条1項4号により原告商標権の効力は及ばないと主張する。

しかしながら、被告の主張によっても、「シルバーヴィラ」が使用された例は、全国でわずかに7件にすぎず、他方で、原告は、「シルバーヴィラ」の標章を用いている介護老人保健施設等に対して、その使用の中止を求める等していること（甲13、弁論の全趣旨）からすれば、「シルバーヴィラ」の自他役務識別標識としての機能が希釈化して、慣用商標化していると認めることはできない。そして、他に、「シルバーヴィラ」が慣用商標化していると認めるに足る証拠もない。

よって、被告の主張は、理由がない。

**5 争点(1)ウ（商標権侵害：被告の過失）について**

(1) 前記1ないし4のとおり、被告は、原告商標権の指定役務又はこれに類似する役務について、原告登録商標に類似する商標を使用したと認められるから、原告商標権を侵害したものとみなされる（商標法37条1号）。

そして、商標権を侵害した者については、侵害行為につき過失があったものと推定される（商標法39条、特許法103条）。

被告は、被告各標章の命名の経緯を主張するが、命名の経緯は、被告各標章の使用開始当初の事情をいうにすぎず、被告による被告各標章使用開始後に原告商標権の登録がされた本件においては、このような事情が、過失の推定を覆す事情となるとは認められない。また、被告は、営利目的ではなく、広告も制限されていることが、過失がないことを基礎付ける事情であるとも主張するが、これらの事情は、過失の有無とは無関係な事情であると認められる。そして、本件各証拠に照らしても、他に過失の推定を覆すに足る事情があるとは認められない。

したがって、被告は、原告商標権の侵害につき、過失があると認められる。

(2) もっとも、侵害者の過失が推定される趣旨は、商標公報や商標登録原簿に

よって商標権が公示され、かつ、商標の使用人は、業としてこれを使用する者である（商標法2条1項参照）ことから、商標の使用人に商標権を調査する義務があるものとして、過失についての証明責任を転換したものであると解される。このような過失が推定される趣旨からすれば、商標公報が発行されるまでは、侵害者の過失を推定する基礎を欠き、侵害者の過失は推定されないと解するのが相当である（大阪高裁平成17年7月14日判決・最高裁ホームページ参照）。

したがって、本件において被告の過失が推定され、過失があると認められるのは、原告商標権に係る商標公報発行日である平成18年2月14日（甲2）以降であると認められる。

## 6 争点(2)ア（不競法違反：原告標章の周知性）について

(1) 原告は、東京都練馬区において、原告施設を運営しており、他に「シルバーヴィラ」との標章を付した施設は運営していない（前記争いのない事実等(2)イ、弁論の全趣旨）。

(2) 証拠（甲21ないし23，25ないし38，40ないし44，46ないし49，51ないし53，55，57ないし61，66，70，73ないし82，84ないし94，121（いずれも枝番を含む。））及び弁論の全趣旨によれば、原告施設を紹介する記事等が新聞、雑誌等に掲載されたものであって、このうち原告標章が記載されているもの（原告施設名が掲載されているだけで、その紹介はされていないものや、原告施設の需要者である高齢者及びその家族が目にする機会が少ないと推測される、ある特定の業界向けのもの、原則として、除外する。）は、次のとおりであると認められる。

ア 「シルバーヴィラ揖保川」が開設された平成9年4月より前に原告施設が掲載された記事等で、原告標章等が記載されているもの

① 昭和56年2月4日付け日本経済新聞・首都圏経済欄（甲21）

原告施設が開設される前に、「ホテル並み？新型老人ホーム」と題して、専ら原告施設が開設されることを紹介する記事が掲載され、原告施設の名称として原告標章が記載されている。

② 昭和56年9月13日付け毎日新聞・東京欄（甲23）

「手作りおもちゃを子供たちに」との表題で、原告施設が行うバザーを紹介する記事が掲載されている。当該記事中、バザーを行う施設として、原告施設の名称として原告標章が記載されている。

③ 昭和56年12月23日付け読売新聞夕刊（甲25）

「熟年日本・序幕」と題する記事において、日本初の老人専用ホテルとして、専ら原告施設が紹介されており、原告施設の名称として原告標章が記載されている。

- ④ 昭和57年4月26日付けサンケイ新聞及び同日付け朝日新聞（甲26, 27）  
歌手としてデビューした郵便局員を紹介する記事の中で、原告施設を慰問したことや、慰問の経緯が記載されており、原告施設の名称として原告標章が記載されている。
- ⑤ 昭和57年8月9日付け日経流通新聞（甲28）  
「ホテル気分老人専用マンション」と題する記事において、専ら原告施設が紹介されており、原告施設の名称として原告標章が記載されている。
- ⑥ 昭和57年11月19日付け日本経済新聞・首都圏経済欄（甲29）  
「老人ホテル”満員御礼”」と題する記事において、専ら原告施設が紹介されており、原告施設の名称として原告標章が記載されている。
- ⑦ 昭和58年1月22日付け日本経済新聞（甲30）  
「職業と奉仕の間」と題する記事において、原告施設におけるヘルパーが紹介されており、原告施設の名称として原告標章が記載されている。
- ⑧ 昭和58年2月14日付け東京タイムズ新聞（甲31）  
「街の片隅から」と題するエッセイ風の記事の中で、原告施設及び原告施設内での出来事が紹介されており、原告施設の名称として原告標章が記載されている。
- ⑨ 昭和58年5月20日付け東京新聞（甲32）  
老人滞在ホテルとして、専ら原告施設を紹介する記事が掲載されており、原告施設の名称として原告登録商標と同一の「シルバーヴィラ」が縦書きで記載されている。
- ⑩ 昭和58年6月18日付け週刊時事（甲40）  
「老人専用の長期滞在ホテル料金は高いが、家庭的雰囲気と医療体制備える」と題する記事において、専ら原告施設が紹介されており、原告施設の名称として原告標章が記載されている。
- ⑪ 昭和58年9月2日付け朝日新聞（甲33）  
「老人滞在ホテル満員盛況」と題する記事において、専ら原告施設が紹介されており、原告施設の名称として原告標章が記事の見出し等に記載されている。
- ⑫ 昭和58年8月6日付け秋田さきがけ新聞、同月7日付け神奈川新聞、同月9日付け南日本新聞及び同月12日付けゆうかんえひめ（甲34ないし37）  
「老人専用ホテル大盛況」等と題する記事（いずれも内容は同一である。）において、全国初の老人専用ホテルである原告施設が人気を呼ん

でいることが紹介されており、原告施設の名称として原告標章が記載されている。

⑬ 昭和59年1月9日付け東京新聞（甲38）

「老人専用ホテル正月も満室になる事情」と題する記事において、専ら原告施設が紹介されており、原告施設の名称として原告標章が記事の見出しに記載されている。

⑭ 昭和59年3月9日付け週刊宝石（甲41）

「東京・大阪の隙間産業20例」の一つとして、原告施設が挙げられており、原告施設の名称として原告標章が記載されている。

⑮ 昭和62年2月20日付け朝日新聞（甲46）

「夢を与えた犬」と題する記事において、原告施設での出来事が紹介されており、原告施設の名称として原告標章が記載されている。

⑯ 「群居」平成4年1月号（甲42）

「時が経ても変わらない「穴の空いた風船」と題する記事において、原告施設が取り上げられており、原告施設の名称として原告標章が記載されている。

⑰ 平成4年3月20日発行「これで安心！老後の暮らし老人ホーム，老人病院，在宅介護全ガイド」（甲43）及び平成8年7月10日発行「こんなにふえた安くはいれる有料老人ホーム」（甲44）

多数の老人向け施設を紹介する書籍中に、その一つとして原告施設が掲載されており、原告施設の名称として原告標章が記載されている。

⑱ 平成4年6月16日付け日経産業新聞（甲47）

「挑戦成長への道」と題する記事において原告を取り上げる中で、原告施設が紹介されている。同記事において、「老人ホーム事業に参入するにあたって、さんわ（本社東京）の事業を“教科書”とした会社も多い。」、原告は「都市型有料老人ホームを早くから手がけた草分け的な存在」、「『都市型有料老人ホーム』の先駆け」等と記載されている。

⑲ 平成7年4月10日発売「文藝春秋平成7年5月号」（甲48）

「居心地のいい老人ホーム」との題名のエッセイ風の文章において、「シルバーヴィラ・長期滞在高齢者向けホテル」との名称で原告施設が紹介されている。

イ 平成9年3月までに原告施設の創業者（当時の原告代表取締役）であるAが、原告の社長としてマスコミに取り上げられたもので、原告標章が記載されているもの

① 昭和56年6月22日付け日経流通新聞（甲22）

「ホテル並みの施設を誇る新型老人ホームを開設」したことについて

のインタビュー記事が掲載されており、記事の冒頭に、「シルバーヴィラ向山社長A氏」として、原告標章が記載されている。

② 平成6年9月7日付け日本経済新聞（甲49）

「この人」と題する記事において、東京都内とカナダ・ケベック州の老人ホームとの入居者の派遣交流事業を推進する者として、Aが紹介されており、同人が原告施設を経営していることが記載されている。

ウ 平成9年4月以後のもの

① 平成10年1月10日付け東京新聞（甲59）

「こころの小径」と題する記事において、A及び原告施設のことが取り上げられており、原告施設名として原告標章が記載されている。

② 「週刊女性」平成10年9月15日号ないし平成11年9月21日号（甲51の1ないし52）

Aが、「シルバーヴィラ向山代表」の肩書を付して、「だから老人ホームはおもしろい！」との題名で女性週刊誌「週刊女性」に連載を行い、その中で、原告施設や原告施設における出来事等を紹介している。

③ 平成11年5月1日株式会社主婦の友社発行「介護でへこたれない」（甲70）

原告施設の訪問記事が掲載されており、原告施設名として原告標章が記載されている。

④ 「FRIDAY」平成11年5月28日号（甲60）

写真週刊誌「FRIDAY」において、原告施設及びその入居者を取り上げた記事が掲載されており、原告施設名として原告標章が記載されている。

⑤ 平成11年10月10日付け朝日新聞（甲58）、平成11年10月31日発行週刊読売（甲61）

原告施設が行った催し「平均年齢85歳の学芸会」に関する記事が掲載されており、原告施設名として原告標章が記載されている。

⑥ 「シルバーウェルビジネス」平成12年1月号ないし10月号（甲52の1ないし10）

シルバービジネスの経営情報誌「シルバーウェルビジネス」に、「ビッグママの花エプロン」との題名で、Aを紹介する連載がされ、同人が「シルバーヴィラ向山」の経営者であることが記載されている。

⑦ 平成12年3月28日発行関東通商産業局監修「伸びるサービスもうかるサービス」（甲57）

民間初の有料老人ホームを開設した会社として原告が紹介されており、原告施設の名称として原告標章が記載されている。

⑧ 「財界」平成12年3月30日号（甲55）

「自立心のすすめ」と題する記事の中で、原告施設が紹介されており、原告施設名として原告標章が記載されている。

⑨ 「エピックワールド」平成12年夏号（甲53）

『シルバーヴィラ向山』のロマンほんわか」という表題のAの原稿が掲載されており、原告施設名として原告標章が記載されている。

⑩ 平成13年10月15日発行「母のいる場所シルバーヴィラ向山物語」（甲73）

原告施設を舞台にしたノンフィクション「母のいる場所シルバーヴィラ向山物語」が発行され、同年12月ころ、同書についての書評が、読売新聞、文藝春秋、毎日新聞に掲載される等した（甲79ないし81, 94）。また、同書は、平成16年9月10日、文庫本化された（甲75）。

さらに、同作品を原作とした映画「母のいる場所」が製作され、平成15年11月以降、日本国内各地で上映されるとともに、同映画が読売新聞や朝日新聞といった全国紙でも取り上げられた（甲76ないし78, 82, 84ないし93, 121）。なお、同映画は、近時においても上映されているとともに、平成20年12月5日には、NHK-BS2においてテレビ放映された（甲121）。

⑪ 平成15年6月24日発行「経済界」（甲66）

「介護ビジネス最前線」と題する記事において、原告が取り上げられており、原告施設が紹介されている。

(3) 以上のおり、原告施設は、開設当初から継続的に全国紙を含む新聞、雑誌等に取り上げられ、都市型老人ホームの草分け的存在等として紹介されていること等の記事の内容及びその回数等に照らして、原告標章は、被告が、「シルバーヴィラ揖保川」を開設して同標章の使用を開始した平成9年4月（前記3参照）より前のみならず、被告がシルバーヴィラ揖保川の名称で老人保健施設を開設することを決定した平成8年7月（乙1）よりも前に、全国の需要者の間に広く認識されていたと認められる。

そして、平成9年4月以降も、原告施設を舞台とした書籍「母のいる場所シルバーヴィラ向山物語」が発行され、これが映画化もされ、日本国内各地で上映されていること等に照らして、その状態が現在も継続していると認められる。

## 7 争点(2)イ（不競法違反：原告標章と被告標章との類否）について

(1) ある商品等表示が不競法2条1項1号にいう他人の商品等表示と類似するか否かについては、取引の実情のもとにおいて、取引者又は需要者が両表

示の外観、称呼又は観念に基づく印象、記憶、連想等から両表示を全体的に類似のものとして受け取るおそれがあるか否かを基準として判断するのが相当である（最高裁昭和57年（オ）第658号同58年10月7日第二小法廷判決・民集37巻8号1082頁参照）。

(2) 原告標章について

ア 原告標章「シルバーヴィラ向山」は、「シルバーヴィラ」部分は片仮名で、「向山」部分は漢字で表記されているところ、「シルバーヴィラ」の部分は外国語に由来する造語であって印象的であることから同部分に着目し、「向山」の部分は原告施設の所在地を表示しており、その地名自体が全国的に周知であるとは認められず、強い識別力があるとは認められない。

イ 加えて、原告標章は、外観上も片仮名である「シルバーヴィラ」と漢字である「向山」とで構成され、各構成部分を分離して観察することが取引上不自然であると思われるほど不可分的に結合しているということはないし、「シルバーヴィラ」と「向山」との間に、観念上の結び付きがあるとも認められない。また、「シルバーヴィラ向山」の称呼は「しるばーう`いらこうやま」と長いことからすれば、その需要者において「しるばーう`いら」との称呼も生じ得る。

ウ したがって、「シルバーヴィラ向山」の要部は、「シルバーヴィラ」の部分であると認められる。

(3) 被告各標章及び原告標章との対比

前記1(3)のとおり、被告各標章の要部は、いずれも「シルバーヴィラ」であると認められるから、原告標章の要部とは、外観、称呼及び観念において一致しており、原告標章と被告各標章とは、全体として類似していると認められる。

(4) 被告の主張について

被告は、医療・介護の現場において、「シルバーヴィラ揖保川」は、揖保川病院の関連施設として設置運営される介護老人保健施設であると観念され、長期滞在用ホテルを標榜する民間の老人ホームである「シルバーヴィラ向山」との間で同一性又は類似性はないと主張する。

しかしながら、医療・介護の現場において、「シルバーヴィラ揖保川」に被告が主張するような観念が生じると認めるに足る証拠はない。また、原告施設が提供する役務と被告各施設が提供する役務が類似していることは、後記8のとおりであるから、被告の主張は、理由がない。

(5) 小括

以上のとおりであるから、原告標章と被告各標章とは、類似していると認められる。

## 8 争点(2)ウ（不競法違反：誤認混同のおそれの有無）について

(1) 不競法2条1項1号の「他人の…営業と混同を生じさせる」とは、自己と他人とを同一の営業主体と誤信させる行為のみならず、両者の間に親会社・子会社の関係や、系列関係等の密接な営業上の関係が存するものと誤信させる行為をも包含すると解される（前記最高裁昭和58年10月7日判決）。

(2) 本件においては、原告標章は、老人の身の回りの世話や食事の世話、リハビリテーション、看護等の役務を提供する有料老人ホーム（甲3）の名称として使用されている。そして、これらの原告施設において提供される役務は、前記2の原告商標権の指定役務である「老人の養護」の意義に照らして、「老人の養護」に含まれるものと認められる。

他方で、被告各標章は、介護老人保健施設及び居宅介護支援事業所の名称として使用されており、被告各施設が提供する役務は、前記2のとおり、「老人の養護」に含まれ、又はこれに類似していると認められるから、同じく「老人の養護」に含まれる原告施設が提供する役務と類似していると認められる。さらに、原告施設とシルバーヴィラ揖保川については、老人が入所して生活する施設であるという点で共通すると認められる。

以上のことからすれば、被告が医療法人であって、かつ、被告各施設が被告が運営する揖保川病院と併記して広告等がされることが多いこと（前記3参照）を考慮してもなお、被告が原告標章と類似する被告各標章を使用して被告各施設を運営すれば、少なくとも被告各施設が原告施設の関連施設であって、両施設の運営主体に営業上の関係が存するものと誤信させるものと認められる。

(3) 被告の主張について

被告は、原告施設と被告各施設の所在地の違いや、被告各施設が介護保険法上の施設であって、有料老人ホームである原告施設とは、規制法、設置基準、役務内容、入所対象者等において異なることから、その需要者において、混同のおそれはなく、また、事業主体が営利を目的としているか否かの点で差異があるから、営業上の関係があると誤信させることもないと主張する。

しかしながら、前記6のとおり、原告標章は、全国的に周知であると認められることからすれば、原告施設と被告各施設の所在地が異なるからといって、混同を生じさせないということとはできない。また、前記(2)のとおり、原告施設と被告各施設が提供する役務は類似していること、原告施設においても要介護認定を受けている者が入居しており（甲112）、被告各施設とその需要者を共通にしていることから、原告施設と被告各施設の役務内容や入所対象者にも大きな差異はないと認められる。さらに、規制法や設置基準

の違いは、一般の需要者に十分に認識されているものとは認められないことから、その差異によって、需要者に混同を生じさせないこととなるとは認められない。加えて、事業主体が営利を目的としているか否かの差異についても、被告が医療法人として経済的対価を得て事業を行っているとは認められる（乙36）以上、被告の運営する各事業は不競法2条1項1号の「営業」に該当するし（なお、医療法40条の2参照）、一般の需要者が、運営主体が医療法人であるか、株式会社であるかという差異を認識したとしても、そのことによって原告施設と被告各施設との間に何らの関連性がなく、両施設の運営主体に営業上の関係がないとまで認識するものとは認められない。

したがって、被告の主張は、いずれも理由がない。

#### (4) 小括

以上のとおり、被告が被告各施設の名称として被告各標章を使用することは、原告の営業と混同を生じさせるものと認められる。

したがって、被告が被告各施設の名称として被告各商標を使用する行為は、不競法2条1項1号に該当するものと認められる。

### 9 争点(2)エ（不競法違反：営業上の利益の侵害の有無）について

(1) 不競法に基づき差止請求をする場合には、不正競争によって営業上の利益が侵害され、又は侵害されるおそれがあることが必要である（不競法3条1項）ところ、他人の営業と混同を生じさせる行為を行った場合には、特段の事情がない限り、営業上の利益を侵害するおそれがあるものと認められる（最高裁昭和54年（オ）第145号同56年10月13日第三小法廷判決・民集35巻7号1129頁参照）。

(2) 被告は、原告の営業上の利益を侵害しない理由として、原告施設と被告各施設の地域性及び業務内容の違い、「シルバーヴィラ揖保川」の入所者の大部分は、揖保川病院に入院又は通院して治療を受けた者であり、また、その入所者は、要介護認定を受けた者に限られること、入所者の居住地の違いを挙げる。

しかしながら、原告施設と被告各施設がそれぞれ提供する役務の内容が類似していると認められることは、前記8のとおりである。

そして、シルバーヴィラ揖保川の入所者が、揖保川病院に入院又は通院して治療を受けた者が大部分であって、かつ、要介護認定を受けた者に限られることについては、原告施設においても、要介護認定を受けた者が入居することは可能であり、現に入居していること（甲112）、揖保川病院に入院又は通院した者以外の者がシルバーヴィラ揖保川に入所を申し込むこともあり得ることから、このようなシルバーヴィラ揖保川の入所者に関する事情が、原告の営業上の利益を侵害しないことになるものとは認められない。

また、原告施設と被告各施設との地域性の違いや入所者の居住区域の差異についても、原告施設は全国的に周知と認められ（前記6参照）、かつ、老人の子供その他の親族等が自己の居住地の近くの施設に入所させることもあり得ることからすれば、原告施設の入居者が東京都近郊に居住する者に限られるということとはできないから、これらの事情によって原告の営業上の利益を侵害しないことになるものとは認められない。

したがって、被告の主張は、いずれも理由がなく、被告の行為は、原告の営業上の利益を侵害するものと認められる。もっとも、被告が主張するこれらの事情が、原告の損害額を認定するに当たっての考慮要素となることは、後記14のとおりである。

### (3) 小括

以上のことから、被告の不正競争行為によって、原告の営業上の利益を侵害され、少なくともそのおそれがあるものと認められる。

## 10 争点(2)オ（不競法違反：先使用（不競法19条1項3号）の成否）について

### (1) 原告標章が周知となる前からの使用について

#### ア 被告各標章の使用開始時期について

不競法19条1項3号が、他人の商品等表示が周知となる前からその商品等表示と同一又は類似の商品等表示を使用する者等による当該商品等表示の使用につき、不競法3条等を適用しないこととしたのは、他人の商品等表示が周知表示となる前からこれと同一又は類似の商品等表示を使用してきた者を保護する趣旨に基づくものと解されることからすれば、先使用を主張する者は、現実にその商品等表示を営業等において使用していることが必要であると解される。そして、このことは、現実にその商品等表示を使用し初めて、当該商品等表示を付した商品又は営業の混同が生じ得ることからも、裏付けられる。

したがって、内部的に当該商品等表示を使用することを意思決定したり、行政機関に対する許認可手続の書類にこれを記載するのみでは、商品等表示を「使用」したことにはならないと認められる。

そして、本件において、被告が、被告各標章を営業等において「使用」したのは、被告が被告各施設を開設した時（シルバーヴィラ揖保川にあっては平成9年4月、シルバーヴィラ居宅介護支援事業所にあっては平成12年4月）以降であると認められ（乙6ないし9、22）、それ以前に、被告が、被告各標章をその営業等において使用したと認めるに足る証拠はない。

#### イ 原告標章が周知となった時期

前記6のとおり、原告標章は、被告が最初に「シルバーヴィラ」を含む標章の使用を開始した時期である平成9年4月より前に周知であり、また、仮に、被告が「シルバーヴィラ揖保川」の名称で老人保健施設を開設することを決定した平成8年7月をもって不競法19条1項3号の「使用」に該当するとしたとしても、それより前に原告標章が周知であったと認められる。

- (2) したがって、その余の点について判断するまでもなく、被告による被告各標章の使用が不競法19条1項3号の先使用に該当するとは認められないから、被告の主張は、理由がない。

#### 1 1 争点(2)カ（不競法違反：原告標章が慣用商標といえるか否か）について

標章「シルバーヴィラ」が慣用商標と認められないことは、前記4のとおりである。

したがって、被告の主張は、理由がない。

#### 1 2 争点(3)（商標権侵害及び不競法違反：原告の請求が権利の濫用に当たるか否か）について

- (1) 被告は、被告が民間の営利企業ではなく、医療法人として医療及び介護事業を行っていること、被告の当該事業によって何ら原告の営業に影響を与えることはないことを十分に認識している原告が、被告に対して、被告各標章の使用の差止め及び損害賠償を請求する行為は、権利の濫用というべきであると主張する。

このような被告の主張は、要するに、商標権侵害及び不競法違反ではないとして被告が縷々主張することと同一の主張を権利濫用として構成するにすぎないと認められるところ、被告による被告各標章の使用が、原告商標権を侵害し、また、不競法2条1項1号に該当することは、1ないし11で述べたとおりであるから、被告の主張は、失当である。また、本件においては、被告が民間の営利企業ではなく、医療法人として医療及び介護事業を行っていることは、何ら、権利の濫用を基礎付ける事情とはなり得ないことは明らかであって、被告の独自の見解にすぎない。

したがって、被告の前記主張は、理由がない。

- (2) また、被告は、原告が商品等表示として「シルバーヴィラ向山」を使用し、「シルバーヴィラ」を使用していないから、このような不使用の登録商標により商標権の行使を行うことは、権利の濫用であると主張する。

しかしながら、商標法51条にいう登録商標の使用とは、社会通念上同一と認められる商標の使用を含むところ、前記7のとおり、原告標章である「シルバーヴィラ向山」の要部は「シルバーヴィラ」の部分であって、「向

山」の部分は地名であり、介護付き有料老人ホーム等においては、当該施設固有の名称に施設所在地の地名を付加することも稀ではないと認められること（甲6，16ないし19）からすれば、原告が使用する標章「シルバーヴィラ向山」（原告がこれを使用していることは、被告も認めている。）は、原告登録商標である「シルバーヴィラ」と社会通念上同一の商標であると認められる。

したがって、原告は、原告登録商標を使用していると認められるから、その余の点について判断するまでもなく、原告の主張は理由がない。

### 13 差止請求について

(1) 以上のとおり、被告が被告各施設に係る役務に関する広告に被告各標章を使用することは、原告商標権を侵害し、また、被告が被告各施設の営業表示として、また、その役務に係る広告等の営業活動に被告各標章を使用することは、不競法2条1項1号に該当するものであって、原告の営業上の利益を侵害するものと認められる。

したがって、原告は、被告に対し、商標法36条1項に基づき、被告各標章の使用（被告各施設の看板、被告各施設の入所パンフレット、電話帳その他の広告媒体に被告各標章を付して展示し、若しくは頒布し、又は、被告のホームページに被告各標章を付して提供する行為）の差止めを求めることができるとともに、不競法3条1項に基づき、被告各施設（介護老人保健施設又は居宅介護支援事業所）に係る役務を提供するに当たり、その営業上の施設又は活動に被告各標章を付すことの差止めを求めることができる。

また、被告は、いぼがわ訪問看護ステーションをシルバーヴィラ揖保川に併設して、在宅療養中の者の看護、療養指導、介護サービス等を提供しており（乙5，7ないし9，30）、その役務は、介護保険法8条1項に規定する「居宅サービス」に含まれるものであって、これも「老人の養護」に係る役務を提供する施設と認められる。

そして、本件における被告各施設における標章の使用態様並びに被告の業務内容及び目的（乙30）に照らせば、被告は、介護保険に係る役務について、「シルバーヴィラ」と施設又は事業の種別を示す名称とを組み合わせた標章を、その提供する役務に関する広告や、その営業上の施設又は活動に付して、これを使用するおそれがあるものと認められる。

そして、前記の使用されるおそれのある標章は、前記判断に照らせば、原告登録商標及び原告標章と類似するものであって、それらが使用されれば、原告標章と誤認混同するおそれがあり、原告の営業上の利益を侵害するものと認められる。

したがって、原告は、商標法36条1項に基づいて、被告各施設以外の、

介護保険に係る役務に関する広告に「シルバーヴィラ」と施設又は事業の種別を示す名称とを組み合わせた標章を付すことの差止め、及び、不競法3条1項に基づいて、当該役務を提供するに当たり、その営業上の施設又は活動について、当該標章を付すことの差止めも求めることができる。

(2)ア 原告は、より広く、老人の養護一般の役務を提供するに当たって「シルバーヴィラ」という標章を付すことの差止めを請求する。

しかしながら、被告が被告各施設に現在使用している標章は被告各標章であり、また、被告が被告各施設のほかに開設する施設は、訪問看護ステーションであって、その提供する役務は、介護保険に係るものに限定されていることからすれば、その役務の範囲を超えて、被告が「シルバーヴィラ」を含む標章を使用するおそれがあるとは認められない。

イ また、原告は、標章「シルバーヴィラ」を付した施設による役務の提供の差止めを請求する。この「施設」の意味は、必ずしも明らかではないが、役務を提供する場である建物又は部屋自体を意味するものと解される。

しかしながら、建物又は部屋自体は、役務を提供する場であって、「役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供する物」（商標法2条4号参照）ではないことから、商標権に基づき、登録商標と同一又はこれに類似する標章を付した施設の使用自体を差し止めることはできない。また、当該標章を付した施設を使用することは、不競法2条1項1号が不正競争行為とするいずれの行為にも該当せず、また、被告各標章の使用の差止めのほかに、被告各標章を付した施設の使用の差止めを求める必要性もない。

したがって、原告の請求中、標章「シルバーヴィラ」を付した施設による役務の提供の差止めを求める部分は、理由がないと認められる。

(3) そして、原告の請求内容及び本件においては、商標36条1項に基づいて認められる差止めの範囲が、不競法3条1項に基づく差止めの範囲に包含されると解されること（前記(1)参照）に照らして、原告の標章「シルバーヴィラ」の使用の差止めに係る請求は、不競法3条1項に基づき、被告各施設（介護老人保健施設、居宅介護支援事業所）に係る役務を含む介護保険に係る役務を提供するに当たり、その営業上の施設又は活動に前記(1)で述べた各標章を付すことの差止めを求める範囲で、これを認めるのが相当である。

#### 14 損害賠償請求（争点(1)カ（商標権侵害：損害の有無及び額））について

(1) 前記13のとおり、被告各標章の使用は、原告商標権を侵害し、また、不競法2条1項1号に該当するものと認められるところ、原告は、商標権侵害に限って、商標法38条3項の規定による使用料相当額についての損害賠償を請求することから、以下、これについて、検討する。

(2) 原告の損害の発生について

ア 商標法38条3項は、商標権者は、故意又は過失により自己の商標権を侵害した者に対し、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の金銭を、自己が受けた損害の額としてその賠償を請求することができる旨を規定するところ、同規定によれば、商標権者は、損害の発生について主張立証する必要はなく、侵害者は、損害の発生があり得ないことを抗弁として主張立証して、損害賠償の責めを免れることができるものと解するのが相当である（最高裁平成9年判決参照）。

イ 被告は、この最高裁平成9年判決に基づき、原告登録商標には、顧客吸引力がなく、被告各標章を使用することは被告の売上げに寄与しておらず、原告に使用料相当額の損害は生じていないと主張し、その根拠として、原告登録商標が一般の需要者の間に知名度がないこと、被告による被告各施設の利用者及びその家族へのアンケート結果によれば、原告登録商標を知っていた者は皆無であること、被告各施設は、介護保険に係る施設であって、その利用者も揖保川病院や医療福祉関連機関からの紹介によるものであり、入所者や利用者を募るに当たって、標章「シルバーヴィラ」に依存している事情はないことを挙げる。

しかしながら、原告登録商標を要部とする原告標章（前記7参照）が全国的に周知であることは前記認定のとおりであり（前記6参照）、原告登録商標には、全国的に相当程度の顧客誘引力があると認められる。また、原告は、「シルバーヴィラ」の標章を用いている介護老人保健施設等に対して、その使用の中止を求める等して（甲13、弁論の全趣旨）、その希釈化の防止等に努めていることも考慮すれば、被告が、原告の許諾を得ずに原告登録商標に類似する被告各標章を被告各施設の広告に使用している以上、原告に損害が生じなかったということとはできない。

そして、被告が、周知表示である原告登録商標に類似する被告各標章を使用している以上、被告によるアンケート結果や、被告各施設の現実の利用者が揖保川病院や医療福祉関連機関からの紹介による者であるか否かにかかわらず、原告登録商標に類似する被告各標章の使用が、被告各施設における売上げに全く寄与しなかったということもできない。

また、被告が行ったアンケートにおいては、被告各施設を利用した理由という質問項目に対し、「揖保川病院の関連施設であるから」等の回答と併記して、「シルバーヴィラと言う名前にひかれて」という回答が設けられているところ、アンケートの回答中には、いったんは、これに「○」を付けておきながら、後で訂正しているものも散見されること（乙33の58及び59、35の16）、「当施設以外の「シルバーヴィラ」と言う名称の施設をご存知ですか？」という質問項目に対し、いったんは「はい」と

回答した者が複数あり（乙33の12, 46, 47, 57及び58, 乙34の1及び47, 乙35の33及び38）, 「はい」と回答した者に対しては, 被告担当者が個別に連絡した上で, その趣旨を確認し, 「いいえ」と訂正されたものもあること（乙33の46, 47, 34の1, 35の33）からすれば, 被告各施設を利用した理由として「シルバーヴィラと言う名前にひかれて」という項目に回答した者や被告各施設以外に「シルバーヴィラ」という名称の施設を知っていると回答した者はいなかったとするアンケートの結果自体, 直ちに信用することはできない。また, 「最近テレビで, 同じ名前の老人施設を, 耳にした記憶が有ります。」と回答している者もいること（乙34の50）からすれば, 当該アンケートの結果をもって, 原告登録商標と類似する被告各標章の使用が, 実際の被告各施設の利用者に対して, 顧客吸引力を有していなかったということとはできない。

また, 被告各施設の利用者は揖保川病院や医療福祉関連機関からの紹介による者がほとんどであるからといって, 直ちに標章「シルバーヴィラ」が被告各施設の売上げに寄与していないということとはできず, 揖保川病院や医療福祉関連機関からの紹介による者以外の利用希望者もあり得ることからすれば, このことをもって, 被告各標章の使用が, 被告各施設の売上げに全く寄与しなかったと認めることはできない。

ウ 以上のことから, 被告が被告各標章を使用したことにより, 原告の損害の発生があり得ないと認めることはできず, 被告の前記主張は, 採用することができない。

### (3) 被告各施設の売上額

前記5のとおり, 本件において被告に過失があると認められるのは, 原告商標権に係る商標公報発行日である平成18年2月14日以降であると認められるところ, 同日から原告が請求の対象期間とする平成20年7月30日までの間の被告各施設の売上額は, 証拠（乙36）及び弁論の全趣旨によれば, 次のとおり, 合計11億5351万1363円であると認められる。

ア 平成18年2月14日～同年3月31日5923万2877円

被告各施設における平成17年度（「年度」とは, 4月1日から翌年3月31日までをいう。以下同じ。）の売上額は, 後記イないしエの平成18年度から同20年度までの3年間の売上額に照らして, 少なくとも4億7000万円を下回らないと認められる（下記計算式①参照）。

そして, 平成18年2月14日から同年3月31日までの期間（46日間）に相当する売上額を日割り計算によって算定すれば, 5923万2877円となる（下記計算式②参照）。

(計算式)

① (4億 6850 万 6197 円 (平成 18 年度分) + 4億 6776 万 8767 円 (平成 19 年度分) + 4億 7662 万 2195 円 (平成 20 年度分)) ÷ 3 = 4億 7096 万 5720 円 (1 円未満四捨五入。以下同じ。)

② 4億 7000 万円 × 46 日 / 365 日 = 5923 万 2877 円

イ 平成 18 年度 4億 6850 万 6197 円

(計算式) 施設療養費 3億 6289 万 7484 円 + 入所利用料 1億 0560 万 8713 円  
= 4億 6850 万 6197 円

ウ 平成 19 年度 4億 6776 万 8767 円

(計算式) 施設療養費 3億 5488 万 1160 円 + 入所利用料 1億 1288 万 7607 円  
= 4億 6776 万 8767 円

エ 平成 20 年 4 月 1 日 ~ 同年 7 月 30 日 1億 5800 万 3522 円 平成 20 年度の被告各施設の売上額 4億 7662 万 2195 円 (下記計算式①参照) に基づき、被告の請求期間である平成 20 年 4 月 1 日から同年 7 月 30 日までの期間 (121 日) に相当する売上額を日割り計算 (平成 20 年度には閏月である 2 月を含まないため 1 年を 365 日として計算する。) で算定すれば、1億 5800 万 3522 円となる (下記計算式②参照)。

なお、原告は、月割り計算を行っているが、原告の請求期間の末日は 7 月 30 日であって同月末日 (31 日) ではないから、4 月から 7 月までの 4 か月の期間の月割り計算を行うのは相当ではない。

(計算式)

① 施設療養費 3億 4670 万 4892 円 + 入所利用料 1億 2191 万 2978 円 + 居宅介護収益 800 万 4325 円 = 4億 7662 万 2195 円

② 4億 7662 万 2195 円 × 121 日 / 365 日 = 1億 5800 万 3522 円

オ 以上合計額 1 億 5351 万 1363 円

(4) 使用料相当額について

ア 前記 6 及び 7 のとおり、原告登録商標を要部とする原告標章が全国的に周知であること、他方で、①原告施設の所在地は東京都練馬区であるのに対し、被告各施設の所在地は兵庫県たつの市であること、②原告施設への入所者は、東京都及びその近郊に居住していた者が多い (甲 4) のに対し、被告各施設の主な利用者は、兵庫県たつの市及びその近郊に居住する者であって (乙 10, 21 の 1 ないし 3)、また、揖保川病院に入院又は通院していた者や近隣の福祉関係機関の紹介による者が多いこと (乙 33 ないし 35 (枝番を含む。), 弁論の全趣旨)、③シルバーヴィラ揖保川は、介護老人保健施設であって、要介護認定を受けていることが入所の要件である (乙 8, 9) のに対し、原告施設は、有料老人ホームであって、そのよ

うな入所の要件はないこと、④被告は、医療法39条に定める医療法人であって(乙1ないし5, 30),「国民の健康の保持に寄与することを目的とする」(同法1条)という同法の目的に沿った活動をするのが期待され、かつ、その運営する被告各施設はいずれも介護保険法に基づく施設であって、「国民の保健医療の向上及び福祉の増進を図る」(同法1条)という同法の目的に沿った施設であることが期待されているのに対し、原告は株式会社ではあるものの、原告登録商標を含む原告標章を付した原告施設は老人福祉法29条に定める有料老人ホームであって(甲116),「老人の福祉を図る」(同法1条)という同法の目的に従った活動をするのが期待されており、被告、被告各施設及び原告施設は、いずれも、営利を主目的とするものではないこと等を考慮すれば、原告登録商標の使用料相当額は、被告各施設の売上額の0.5%とするのが相当である。

イ したがって、前記(3)の被告各施設の売上額11億5351万1363円に対する使用料相当額は、576万7557円となる。

(計算式) 11億5351万1363円×0.5%=576万7557円

(5) 小括

したがって、原告の損害額は、576万7557円と認められる。

## 15 結論

よって、原告の請求は、被告が、介護保険に係る役務を提供するに当たり、その営業上の施設又は活動に「シルバーヴィラ揖保川」又は「シルバーヴィラ」と当該施設又は活動の種別を示す名称とを組み合わせた標章を付することの差止め並びに損害賠償金576万7557円及びこれに対する訴状送達の日  
の翌日である平成20年8月23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範囲で理由があるから、その限度でこれを認容し、その余の請求はいずれも理由がないからこれを棄却することとして、主文のとおり判決する。

### 【論 説】

1. この事件は、原告が有する商標権に専ら基づいて被告の商標権侵害に対する不法行為を追及したのかと思いきや、不競法2条1項1号に対する不正競争行為をも併合して追及した事案であった。そのため、原告の攻撃は多岐にわたっていたが、共通の争点もあったことから、比較的わかり易い事案であったといえる。

## 2. 商標権侵害について(争点1)

2.1 本件商標の出願から登録までの経過を見ると、その商標公報から明らか

なように、出願では拒絶査定となったが、審判請求によって登録査定となったことがわかる。そして、その指定役務は、第42類に属するものである。

- 2.2 この地裁判決も、商標権侵害判決の常套手段として、商標の一般的類否判断法について、最高裁昭和43年2月27日<三小>判決を引用し、「商標と標章の外観、観念又は称呼のうち類似する点があるとしても、他の点において著しく相違することその他取引の実情等によって、何ら商品・役務の出所の誤認混同をきたすおそれの認め難いものについては、これを類似の標章と解することはできない」と説示しているが、本件はこれに該当するような困難な事案ではない。

また、地裁判決は、結合商標について、商標の構成部分の一部を抽出し、この部分だけを他人の商標と比較して類否を判断することは、原則として許されないとしながら、商標の構成部分の一部が取引者、需要者に商品、役務の出所識別標識として強く支配的な印象を与えると認められる場合や、それ以外の部分から出所識別標識としての称呼、観念が生じないと認められる場合等には、商標の構成部分の一部だけを他人の商標と比較して商標の類否を判断することは許されると説示し、最高裁昭和38年12月5日<一小>判決、同平成5年9月10日<二小>判決、同平成20年9月8日<二小>判決を引用している。

しかしながら、登録商標「シルバーヴィラ」をめぐる類否問題は、被告が地名を付加して使用している事案であり、また原告商標が結合商標といわれるものではないことを考えれば、本件は、総論に最高裁判決を判例として引用するほどの事件ではないから、やや大袈裟すぎる感をまぬがれない。いずれ地裁としては、もっと複雑かつ難解な事案に直面した時のための予行演習とみればよいだろうか。

- 2.3 もう一つの類否判断の要素である「役務」の類似性について判決は、被告が「シルバーヴィラ揖保川」において提供する役務は、「老人の養護」の定義に該当するから、少なくともこれに類似すると認定した。また、「シルバーヴィラ居宅介護支援事業所」は、介護を要する者に適切な介護サービスの提供が確保されるための役務を提供するものであることから、やはり「老後の養護」の定義に含まれるから、類似する役務と認定した。

- 2.4 ところで、被告は、抗弁として先使用权（商標法32条）を主張した。その抗弁とは、被告は「シルバーヴィラ揖保川」に関する広告を開始したのは平成9年4月で、「シルバーヴィラ居宅介護支援事業所」に関する広告を開始したのは平成12年4月である、ということであった。

これに対し判決は、商標法上の「使用」（同法2条3項）に該当する行為を、被告がしていたと認められる証拠はないと認定した。ということは、結

局、被告の抗弁は、広告をしたという証拠の不存在のために否認されたことになる。

また、「周知性」についても、本件商標の出願日より前に「シルバーヴィラ揖保川」が需要者間に広く認識されていたことは、証拠によって認定することができないと判示した。

以上2つの理由によって、地裁は、商標法32条に規定する先使用権を被告に与えることを否認したが、この規定の適用について注目すべき説示をしている。それは、「同条1項の周知性が同法4条1項10号における周知性と同じ意味であれば、当該商標権は無効とされるべきものとなり、そもそも商標権者は商標権を行使することができず（同法39条、特許法104条の3）、先使用権を認める必要はないことからすれば、商標法32条1項にいう『需要者の間に広く認識されている』地理的な範囲は、同法4条1項10号より狭いものであってもよいと解すべきである。」と説示した点である。

しかし、商標権侵害差止等請求事件は民事訴訟であってみれば、当事者である被告が、商標法39条で準用する特許法104条の3の適用を主張しない以上、たとえ同法4条1項10号に該当する事実を被告が有していたとしても、裁判所は審理することができないところ、本件で被告が主張していたのは同法32条1項の適用のことだけであった。ただ、周知性の地理的範囲については、この2つの規定では異なると解していることは注目される。

- 2.5 商標権侵害が成立するためには、まず原告の商標権の存在が客観的に明らかになった時であるから、商標権の設定登録が完了するとともにその旨の商標公報が発行された日をもって、侵害行為についての過失が推定されることになる（商標法39条準用の特許法103条）。

ここでも、同判決は大阪高裁平成17年7月14日判決を引用するが、同旨の判決は古くから存在するから、拙著「意匠法の研究（四訂版）」300頁（発明協会）を参照されたい。

### 3. 不競法違反について（争点2）

商標権侵害事件は、原告に商標権が存在することを証明する商標公報と登録原簿とを提出すれば、あとは被告の不法行為を証明するだけでよいのに対し、不競法2条1項1号事件にあっては、原告はまず自らの立場を確立するために、同条項号が要求している成立要件の一である当該標章の周知性を多くの証拠によって固めなければならないし、次に被告による類似の標章の使用によって混同を引き起こしている事実を証明しなければならない。

ということは、商標権侵害訴訟に比すれば、不競法違反訴訟は原告にとって非常にエネルギーを要する事件なのである。にもかかわらず、両者を併合的に

主張立証して訴訟を遂行したのは、被告が先使用権を主張したり、慣用標章化を主張した事情があり、これらをくつがえすために、原告は、本件商標の出願前の事実関係を立証して、不競法2条1項1号の規定との併合で訴訟を遂行する必要に迫られていたといえる。

3.1 原告は、まず原告標章の周知性の立証のために、昭和56年以降に発行された全国紙上の紹介記事や週刊誌などの記事を提出し、開設当初から本件商標が長年にわたり使用されていた事実は、被告の老人保健施設の開設（平成8年7月）以前から、全国の需要者間に広く認識されていたことを証明し、これを判決は認定した。

3.2 原告標章の要部は「シルバーヴィラ」であったところ、被告使用の「シルバーヴィラ揖保川」や「シルバーヴィラ向山」は、その外観、称呼及び觀念において一致するから、両標章は全体として類似していると認定された。

3.3 問題は、混同のおそれについてであったが、判決は、被告が原告標章と類似する被告各標章を使用して各施設を運営すれば、少なくともそれらが原告施設の関連施設であって、両施設の運営全体に営業上の関係が存するものと誤信させるものと認定した。

混同の事実については、あえてその事実の発生を立証しなくても、誤信させるおそれがあることが理論上明らかであることを主張するだけで十分のようである。

3.4 営業上の利益の侵害について判決は、被告が、他人の営業と混同を生じさせる行為を行ったときは、特段の事情がない限り、営業上の利益を侵害するおそれがあるものと認定した（最高裁昭和56年10月13日<三小>判決）。

3.5 不競法2条1項1号の適用による同法3条の差止請求権が行使されようとするときに、適用除外として、被告による先使用権の主張の場合がある。それが、同法19条1項3号の規定であり、これは商標法32条1項に酷似している被告有利の規定である。そして、この規定により先使用権を主張する者は、現実にその商品等表示を営業等において使用していることが必要であり、これは現実に使用して初めて当該商品等表示を付した商品又は営業の混同が生じ得ることからも裏付けられる、と判決は説示した。

したがって、被告が内部的に使用することを意思決定したり、行政機関に提出する許認可手続の書類にこれを記載するのみでは、商品等表示を「使用」したことにはならないと認定したから、本件で被告が被告各標章を営業等において「使用」したのは、「シルバーヴィラ揖保川」にあつては平成9年4月、「シルバーヴィラ居宅介護支援事業所」にあつては平成12年4月以降であると認定された。

すると、原告標章は、被告の各標章の使用前から周知であったから、被告各標章の使用については不競法19条1項3号の先使用権の適用は認められないと認定された。

- 3.6 被告は、民間の営利企業ではなく、医療法人として医療及び介護事業を行っているのだから、原告の営業に何ら影響を与えることはないことを認識している原告が、被告に対して被告の各標章の使用の差止めと損害賠償を請求する行為は、権利の濫用であると主張したことに対し、判決は、被告が医療法人として医療や介護事業を行っていることは、何ら権利の濫用を基礎付ける事情とはなり得ないと断じた。

ただ、被告が、原告は「シルバーヴィラ向山」を使用し、「シルバーヴィラ」を使用していないから、不使用の登録商標によって商標権を行使することは権利の濫用だと主張したことに対し、判決の説示はわかりにくい。即ち、判決は、「商標法51条にいう登録商標の使用とは、社会通念上同一と認められる商標の使用を含むところ」と説示するが、登録商標の不使用取消しの審判請求をすることができる規定は商標法50条1項であり、社会通念上同一の商標と認められるか否かを規定するのも同条項であってみれば、この説示は判決の誤りであろう。

しかし、被告は登録商標の不使用の主張をすることによって、商標法39条で準用する特許法104条の3の適用を予想していたのだろうが、この規定は「無効審判により無効にされるべき」場合であるから、適用されることはあり得ない以上、判決としては、このような説示は一切不要というべきである。

- 3.7 そこで、判決は、被告の行為に対し、原告は、商標法36条1項に基づき差止めを求めるとともに、不競法3条1項に基づき差止めを求めると判示した。

そして、商標法36条1項に基づいて認められる差止めの範囲は、不競法3条1項に基づく差止めの範囲に包含されると解し、原告の標章「シルバーヴィラ」の使用の差止め請求は、不競法3条1項に基づき、被告各施設に係る役務を含む介護保険に係る役務を提供するに当たり、その営業上の施設又は活動に各標章を付すことの差止めを求めると認容したのである。

ここに判決は、原告が有する差止請求権の行使に関し、商標法と不競法との該当条項が実質的に同一内容を規定していることから、商標法の差止めの範囲は不競法の差止めの範囲に包含されるという解釈をとったが、これは、商標法は広義の不正競争法に属するという見地からの考え方に由来すると言いたいのか、よくわからない。

#### 4. 損害賠償請求について

損害賠償請求の問題について、判決はすでに見たとおり、被告各標章の使用は、商標法36条、37条に基く商標権の侵害と不競法2条1項1号の不正競争行為に該当する侵害の両者の成立を認定したが、原告は、商標権侵害に限り法38条3項の規定による使用料相当額についての損害賠償請求をしたことから、地裁はこれについての検討をしたのである。

判決はまず、商標法38条3項の規定の適用のためには、商標権者は損害の発生について主張立証をする必要がなく、また侵害者は損害の発生があり得ないことを抗弁として主張立証し損害賠償の責めを免れることができると解すると説示した。しかし判決は、原告の登録商標を要部とする原告標章は全国的に周知であることが証明され、全国的に相当程度の顧客誘引力（吸引力）があると認定されるし、また原告は標章の希釈化防止に努めていることを考慮すれば、被告が原告の許諾を得ずに被告各標章を被告各施設の広告に使用している以上、原告に損害が生じなかったということはできないと判示した。

そこで、被告の各施設の売上額を計算したところ、合計額11億5351万1363円となった。

この金額計算は、被告に過失が認められた平成18年2月14日以降、平成20年7月30日までの2年半の期間内のものであるが、これは不競法4条の規定に基づく損害賠償請求権の行使ではなく、商標法38条3項の規定に基づくものであるから、売上額もこの程度のもとなったといえる。

さらに驚くべきは、使用料相当額については、売上額の0.5%（5%ではなく）とされたことである。その理由を判決は、被告の各施設や原告の施設は、いずれも営利を主目的とするものではないことを考慮したというが、これはおかしいのではないか。わが国の商標法によって登録される商標は、必ずしも営利を目的としているものとは限らず、「広く業務上の信用の維持を図」ることを目的としているものであるから、使用料相当額の計算に当たって掛率を特に低くする必要はないと思う。（商標法38条1項・2項の規定との違いを比較されたい。）

商標法38条3項が予定している使用料相当額とは、通常、売上額の3～5%というのが裁判上の相場とされているところ、その10分の1という一方的な使用料では、合理性も説得力もないといわねばならないだろう。

〔牛木 理一〕