

平成12年(ワ)第8929号 商標権侵害差止等請求事件
口頭弁論終結日 平成13年3月2日

判決

原告	被告	株式会社 城澤			
代表者代表取締役		【A】			
訴訟代理人弁護士		松谷	本村	好慎	史哉
同		谷	村	慎	哉
被告	被告	株式会社 杉本商店			
代表者代表取締役		【B】			
訴訟代理人弁護士		倉岡	榮	一	
主	文				

1 被告は、カレンダーに別紙被告商標目録記載の標章を付し、又は同標章を付したカレンダーを譲渡し、引き渡し、譲渡又は引渡しのために展示してはならない。

2 被告は、前項記載の標章を付したカレンダーを廃棄せよ。

3 被告は、原告に対し、金723万0665円及び内金697万8665円については平成12年8月26日から、内金25万2000円については同年12月8日から、各支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

4 原告のその余の請求を棄却する。

5 訴訟費用はこれを5分し、その1を原告の、その余を被告の各負担とする。

6 この判決の第1ないし3項は、仮に執行することができる。

事実及び理由

※ 以下、書証の掲記は甲1などと略称し、枝番のすべてを含む場合にはその記載を省略する。

第1 請求

1 主文1、2項に同旨。

2 被告は、原告に対し、金968万8864円万円及び内金943万6864円に対する平成12年8月26日(本件訴状到達の日の翌日)から、内金25万2000円に対する平成12年11月30日から、各支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

第2 事案の概要

1 基礎となる事実(いずれも争いがないか弁論の全趣旨により認められる。)

(1) 原告の商標権

原告は、次の商標権(以下「本件商標権」といい、その登録商標を「本件商標」という。)を有しており、昭和41年ころから、本件商標をカレンダーに使用して販売している。

1 登録番号 第3084482号

2 登録商標 別紙商標目録記載のとおり

3 出願日 平成4年11月26日

4 登録日 平成7年10月31日

5 商品の区分 16類

6 指定商品 カレンダー、日記帳、ポスター、その他の印刷物、手帳、

その他の紙製文房具

(2) 被告の行為

被告は、別紙被告商標目録記載の標章(以下「被告商標」という。)を付した平成12年版及び同13年版カレンダー(以下「被告カレンダー」という。)を製造、販売した。

2 本件の請求

本件は、原告が、被告に対し、被告商標は本件商標に類似し、被告商標をカレンダーに付して譲渡等することは、本件商標権を侵害するとして、①商標法36条に基づき被告商標の使用の差止め及び被告カレンダーの廃棄、②不法行為に基づく損害賠償を請求した事案である。

3 争点

(1) 被告商標は本件商標と類似するか。

(2) 権利濫用の抗弁(本件商標権についての明白な登録無効理由の有無)。

(3) 損害額。

第3 争点に関する当事者の主張

1 争点(1)(類似性)について

【原告の主張】

(1) 被告商標は、「行」の文字と、これより小さい「夢想」の文字との結合商標であるところ、「行」の文字が「夢」及び「想」の文字と比較して極端に大きいことからすれば、本件商標の中で、中心的な識別力を有する部分が「行」の文字であることは明らかである。

(2) 被告商標の要部は、本件商標と同じく、行書体で墨書きされた「行」の文字であり、各カレンダーサイズにおける「行」の文字の大きさもほぼ同じで、細部を対比的に観察しても墨のかすれ具合や跳ね方がわずかに異なるのみであって、一般的取引者の注意力をもって離隔的、全体的に観察した場合、被告商標の要部の外観は、本件商標の外観と同一であるといえる。

被告商標の要部が、本件商標と同じ「行」という文字である以上、その称呼及び觀念が被告商標と同一であることはいうまでもない。すなわち、被告商標の要部の称呼は、「ぎょう」又は「こう」であり、本件商標の称呼と同じである。また、被告商標の要部の觀念は、「ぎょう」について「①ゆくこと。すすむこと。・・・②おこなうこと。おこない。ふるまい。・・・⑥修行。・・・⑧[哲]実践。行為。人間的な働き。・・・」(広辞苑[第4版])、「こう」について「①ゆくこと。すすむこと。ゆかせること。・・・②旅。旅ゆく道。持ちあるき。・・・③おこなうこと。すること。ふるまい。・・・」(同)であり、いずれも本件商標の觀念と同じである。

(3) したがって、被告商標は、本件商標と類似する。

【被告の主張】

(1) 被告カレンダーは格言カレンダーの一種であり、「行」は、原告のいう修行の「行」ではなく、人間の「行い」を意味し、かつ格言、標語のとおりには「行かない」の意味をも兼ね、そのような時「夢」なり「想」の中で人それぞれに合った意味づけをすれば心が安らかになるとの思いが、被告商標の作成思想である。したがって、「行夢想」は3文字一体の標章として作成したものである。

(2) このように、被告商標は、客観的には、3文字一体の「行夢想」なる意味のない造語であって、本件商標と外観、觀念、称呼を異にする。

すなわち、被告商標は、外観上、「行夢想」と記されたものであることは一見して明らかである。

また、「行夢想」という文字は、通常人の慣用的用語になじまず、客観的にはその意味は不明というべきで、3文字一体の造語であるとの印象を需要者、取引者に与える。仮に「行」と「夢想」に分けて考察しても両者の意味上の関連は理解し難い。よって、觀念上から被告商標を「行」と「夢想」に分離して観察する理由はない。

原告は、「夢想」の字が「行」に比べ小さいことから、「行」と「夢想」の結合標章であるとし、中心的な自他商品識別力が「行」にあり、「行」を被告商標の要部と考え、本件商標と比較して論じている。しかし、被告商標中の「夢想」の字は小さいが明らかに読み取ることができ、見る者をして「行夢想」とはいかなる意味かを考えさせるし、決して「行」に対し単に付加した文言との印象は与えない。また、被告商標における字体の大小の組合せは、見る者の注意を喚起し、印象づけたり、美的なイメージを形成するために通常使われる手法を採用したにすぎない。したがって、被告商標においては、字体の大小から標章の一部を取り出して要部となし、外観、觀念、称呼を比較論じるのは妥当でない。

このように、被告商標は、3文字一体の標章であって、「行」のみが自他商品識別力を発揮することではなく、外観、称呼、觀念のいずれにおいても本件商標と類似するものではない。

(4) さらに取引先は、原告の「行」カレンダーと被告の「行夢想」カレンダーの両方を取り扱い、取扱いにおいて全く別異の物として意識しており、被告への発注は「SM84行夢想」と明記した書類で行っている。

2 争点(2)(権利濫用)について

【被告の主張】

本件商標の称呼は、原告も認めるように「ぎょう」、「こう」であるところ、本件商標の商標登録出願の日前に商標登録出願された他人の登録商標(商標登録第2586245号、以下「先願商標」という。)に、「こう」との称呼が生じる漢字「公」を要部とするものが存在する。

また、この先願商標の指定商品は印刷物を含み、これは本件商標の指定商品であるところのカレンダー、日記帳、ポスターその他の印刷物に一致する。

したがって、本件商標は、他人の先願商標と称呼において同一又は類似であることから、その商標登録は、商標法46条1項1号、4条1項11号の無効理由を有することが明らかである。よって、本件商標権の行使は権利の濫用である。

【原告の主張】

(1) 本件商標の称呼は、単なる音声学的観点からは「ぎょう」又は「こう」であるが、本件商標は、昭和41年以来、原告の発行するカレンダーに付され、人間の暮らしは日々修行であるとの基本理念に基づき「修行」の一文字である「行」を表示したものであり、カレンダー本文に記載された格言と相まって、取引関係者及び需要者層に、本件商標が「ぎょう」と称され、かつ、カレンダー全体が「ぎょうかれんだー」と称されることが広く浸透定着している。そして、本件商標を付したカレンダーは、格言カレンダーの元祖として位置づけられるとともに、昭和63年版以降は毎年20万部以上の売上を確保してきたものである。

このような取引の実情からみた場合、本件商標の称呼は「ぎょう」であって、被告の引用する先願商標と称呼において類似せず、また、外観及び観念も異なるので、先願商標と類似せず登録無効事由は存しない。

(2) 仮に、本件商標の称呼が先願商標の称呼と同一又は類似であるとしても、先願商標は、外観及び観念が明らかに異なり、商品の出所を誤認混同するおそれがないので、類似商標ではなく、本件商標には登録無効事由は存しない。すなわち、本件商標の外観は、行書体で墨書された「行」の文字であり、先願商標の外観は、活字体の「公」の文字及び5本の角を有する円弧の縁取りから構成されたものであり、明らかに異なる。

また、本件商標の観念は、「ゆくこと。すすむこと。・・・修行」等であるが、先願商標の観念は、「かたよりのないこと。おおやけ。・・・社会。世間または衆人。・・・」(広辞苑〔第4版〕)であり、全く異なる。

しかも、本件商標についての取引の実情は前述のとおりであるが、先願商標はこれまでカレンダーに用いられたことがなく、混同のおそれは全くない。

したがって、本件商標と先願商標は、外観及び観念において著しく相違し、かつ、取引の実情からみても、何ら商品の出所を誤認混同するおそれがないことは明らかであり、本件商標は、先願商標の類似商標に当たらない。

(3) 以上のとおり、本件商標権には登録無効理由はない。

3 争点(3)(損害額)について

【原告の主張】

(1) 原告カレンダーの販売利益の減少について

ア 被告が被告商標を付した被告カレンダーの販売によって得た利益の額が原告の被った損害の額と推定される(商標法38条2項)ところ、平成12年版の被告カレンダーの販売によって被告が得た利益の額は、別紙平成12年版損害額計算表(原告)記載のとおりであり、平成13年版の被告カレンダーの販売によって被告が得た利益の額は、別紙「平成13年版損害額計算表(原告)」記載のとおりである。

これらの合計822万5809円が原告の被った損害(逸失利益)の額と推定される。

イ 運賃について

運賃は販売数に比例するのではなく、大きさや重さに比例するから、各被告カレンダーの運賃の計算に当たっては、各カレンダーの販売数量のみならず、その大きさや重さをも勘案すべきところ、これを厳密に算定し得る資料はない現状では、これとほぼ比例するカレンダーの販売価格をもとに算出すべきである。

よって、被告カレンダーの販売に要した運賃の額は、総売上金額に占める各被告カレンダーの売上金額の割合を按分係数として被告全体の運賃額に乗じることによって計算し、前記別紙の「運賃」記載欄のとおりとすべきである。

ウ 販管費(その他)及び支払利息等について

商標法38条2項の「利益の額」とは、侵害者が侵害行為により受けている利益、すなわち、侵害行為と因果関係のある利益を意味している。

したがって、侵害者が侵害行為により受けている利益を算定するに当たっては、侵害品の売上高から侵害行為のために要した費用のみを差し引くべきである。そして、侵害行為のために要した費用とは、いわゆる売上原価がそれに当たることは明らかであるが、販管費や支払利息・割引料などにあつては、当該侵害行為をしたことによって増加したと認められる部分に限って、侵害行為のために要した費用と認めるのが相当である。

本件において原告が主張する販管費は、給料手当、賃借料、法定福利費、旅費交通費、通勤費、租税公課、リース料、顧問料等であるが、これらはいずれも本件侵害行為を行わなかったとしても必要であった費用に該当するから、本件侵害行為をしたことによって増加した費用とは認められない。また、支払利息及び割引料についても、同様に本件侵害行為を行わなかったとしても必要であった費用に該当するから、控除すべきではない。

エ 平成13年版被告カレンダーの販売金額について

被告は、平成13年版被告カレンダーの既販売分のうち、未請求の見込みや返品予定分については、被告カレンダーの販売金額に計上していないが、かかる未請求の見込みや返品予定品といった不確定な事実をもって、被告カレンダーの販売金額からそれら相当額を控除することは認められない。

仮に被告が被告カレンダーの販売代金請求権を放棄したとしても、販売した商品が現実に返品回収されるなどして廃棄されない限り、被告カレンダーの販売の危険は存するのであり、これに対応する原告の逸失利益相当損害はなお発生しているものといえるのであるから、被告主張のような不確実・不明確な事情をもって、それらを被告カレンダーの販売金額から控除することは許されない。

したがって、平成13年版被告カレンダーの販売金額は、前記別紙の「販売金額」欄記載のとおりとなる。

オ 平成13年版被告カレンダーの製造原価について

被告は、製造原価について、製造数量全体を基に計上している。しかし、商標法38条2項は、商標権者が商標権侵害者の侵害行為により受けた消極損害（逸失利益相当損害額）の推定規定であるところ、商標権者の逸失利益相当損害は侵害者が侵害品を「製造」することによって発生するものではなく、侵害者が侵害品を「販売」することによって発生するものであるから、同条項によって商標権者の逸失利益相当損害額と推定される侵害者の「利益」も、侵害者が侵害品の販売行為によって得た利益と解すべきであり、したがって控除されるべき経費も、現実に販売された侵害品の製造・販売に要した費用に限定されるべきである。

よって、それら各費目について、平成13年版被告カレンダーの製造・販売に要した費用として認められる金額は、現実に販売した数量に対応する部分、すなわち、現実の販売数量が製造数量全体に占める割合を按分係数とし、これを製造費用全体に乗じた金額（前記別紙の「販売量対応額」欄記載のとおり）に限定されるべきである。

(2) 執行費用

ア 原告は、被告に対し、平成12年7月7日、当庁に平成13年版被告カレンダーの販売等の禁止及び被告カレンダーの執行官保管を求める仮処分命令を申し立て（当庁平成12年（ヨ）第20058号）、同月28日原告の申し立てを認める決定を受け、さらに執行官保管の仮処分の執行を申し立て（平成12年（執八）第294号）、同年8月8日に執行が行われたが、その執行により、原告は次の費用の支出を余儀なくされた。

(ア) 執行費用 24万6250円

(内訳)

予納金	3万円
作業員労賃	8万円
トラック費用	6万6250円
執行立会費等	7万円

(イ) 執行対象物保管費用 33万6000円

ただし、平成12年8月8日から同年12月7日までの4か月分（月額8万4000円）

イ これらは、本件商標権者である原告が、被告の侵害行為による損害発生の除去及び防止に要した費用であり、被告の侵害行為と相当因果関係を有するものであることは明らかである。

(3) 弁護士費用 88万0805円

原告が、本件訴訟提起について原告代理人らに支払うべき弁護士費用のうち、少なくとも(1)及び(2)を合算した880万8059円の一割に相当する金額は、被告の本件侵害行為と相当因果関係を有する損害である。

【被告の主張】

(1) 原告カレンダーの販売利益の減少について

ア 平成12年版の被告カレンダーの販売によって被告が得た利益の額は、

別紙平成12年版損害額計算表（被告）記載のとおりであり、平成13年版の被告カレンダーの販売によって被告が得た利益の額は、別紙「平成13年版損害額計算表（被告）」記載のとおりである。

これらによれば、被告が得た利益はない。

イ 運賃について

原告の指摘に従い、重量按分によって運賃額を計算すると、前記別紙のとおりとなる。

ウ 販管費（その他）について

商標法上権利者に賠償される額は、民法709条に基づくものであり、商標法38条2項は、立証責任軽減のための損害額の推定規定である。したがって、商標法上も侵害がなければ得られた権利者の利益を超過して、懲罰的に賠償させる理論は誤りである。民法709条の損害は、必要経費を控除した純利益が原則であり、仮に、権利者が侵害された販売量を販売するにしても、得られる利益は、製造原価というまでもなく、販管費等の費用をも控除したものである。そうであれば、権利者へ賠償すべき損害の算定のための商標法38条2項の侵害者の「利益」も同じ手法で算定されるべきである。

また、侵害者が権利者に支払う賠償額は、権利者において労なくして（費用なくして）得られる利益であることに鑑みれば、販管費等を控除するのは自明の理である。

したがって、運賃以外の販管費についても、販売額に基づく按分により、費用として控除すべきである。

エ 支払利息及び手形割引料について

被告（他のカレンダー業者でも同じ）は、毎年9月から2年後のカレンダーのデザイン、生産販売の企画を行い、それと同時に借入金の手当を行い、翌年1月から10月まで生産を反覆し、この間販売を並行して行い、11月末で終了する。12月から翌年（企画から2年目）2月にかけて販売代金を回収するが、この中にはもちろん最高5か月サイトの手形も含まれる。被告の経費支出はカレンダーの回収代金のみに依存するので、早期回収のために手形割引の必要がある。このように、資金繰りのために支払利息、割引料の発生は避けられない。

したがって、支払利息及び手形割引料についても、販売額に基づく按分により、費用として控除すべきである。

オ 平成13年版被告カレンダーの売上額について

平成13年版被告カレンダーの既販売分のうち、未請求や返品が確実なものについては、被告カレンダーの売上金額から控除されるべきである。

カ 平成13年版被告カレンダーの製造原価について

（ア）カレンダーの業界では、受注生産では需要に対応することができないため、見込生産をするのが通常であり、本件でも同様である。業態として見れば、全体が製造され、その一部が販売された関係にあり、見込製造費用の全部を原価と考えるべきである。事実、見込製造費に比べ、現実の販売量が少ないことがあり、この場合、原価を現実の販売量に縮減して計上することはしない。

（イ）商標法37条2号は、「譲渡又は引渡しのために所持する行為」を「当該商標権…を侵害するものとみなす。」と定めている。したがって、同法38条2項の「その侵害の行為」とは、文理上侵害者に利益をもたらす侵害行為に限定されたものとはいえず、販売行為のみならず、所持の段階にとどまっている行為等をも含むすべての侵害行為を意味すると解すべきである。また、同条項の利益は、侵害行為により得た侵害者の利益であり、侵害行為は販売に至らぬ行為を含むすべての侵害行為を意味し、その行為に要した費用は、侵害者にとって損失である。このような費用の控除を認めてこそ侵害者の得た利益を権利者に還元するとの公平の理論にも合致するし、これは侵害者の利益に基づく推定規定の限界ともいえる。販売に至らなかったのが原告の仮処分執行に原因すること及び原告は原価の支出なくして被告の利益を取得することに鑑みれば、なおさらである。したがって、所持にとどまっている商品を含めた製造原価の全額を、被告が得た利益の額を算出するに当たって控除すべきである。

（ウ）企画製版費は性質上、数量いかに関係なく必要な費用であるから、全額を控除すべきである。

（2）執行費用について

被告は、執行がなされた平成12年8月8日に初めて仮処分決定が出たことを知った（なお、仮処分決定の受領は8月10日である。）。そして、執行日

以降本件カレンダーの販売をしていない。原告は、執行後の被告による販売の有無は当然知り得べき地位にあり、仮処分を解放する合理的時期があったというべきである。その時期を越えた仮処分の続行は、原告の被告に対する過剰な不信感といった心因的要素によるもので、そのために要した保管費用を被告に請求することはできない。その合理的時期は9月末とみるべきである。

また平成13年版カレンダーの販売は11月末で終了し、そのためには製本が10月末までに完了していなければならないのが実情で、これは同業者である原告の知悉するところで、遅くとも11月以降の仮処分の必要性はない。被告への損害賠償請求できる保管費用額には、自ずから限度がある。

第4 争点に対する当裁判所の判断

1 争点(1)(類似性)について

本件商標は、別紙商標目録記載のとおり、行書体で墨書きされた「行」の文字からなるものである。

他方、被告商標は、別紙被告商標目録記載のとおり、行書体で墨書きされた「行」の文字(字形は本件商標とや若干異なる部分もある)が太く大きく記された下に、同じく行書体で細く小さく「夢想」と記された外観を有するものであると認められるが、①外観上、「夢想」の文字に比べて「行」の文字が太くかつ大きいこと、②「行」も「夢想」もそれぞれ一般に使用される語句であるのに対し、「行夢想」は一般に一連のものとして使用される語とは認められないことからすれば、被告商標に接した取引者、需要者は、「行」と「夢想」を分けて認識し、そのうち特に大きく記された「行」の文字に注意を引かれるものと認められる。

したがって、被告商標においては、「行」の部分が出所識別性を有する要部であるというべきであり、被告商標はその要部において本件商標と実質的に同一であるといえる。

この点について被告は、種々の理由を挙げて被告標章においては、「行夢想」は3文字一体のものであるとの印象を需要者に与えると主張するが、先に述べたところからすると、被告の主張は採用できない。

以上よりすれば、被告商標は、本件商標と類似し、被告商標が被告カレンダーに使用される具体的態様(検甲1ないし3)からしても、原告カレンダーとの間に出所の誤認混同を生じるおそれがあると認められるから、被告商標は本件商標と類似するというべきである。

なお、被告は、被告の取引先は原告のカレンダーと被告カレンダーを共に扱っていないながら、別商品として意識し、被告カレンダーの注文も「SM84行夢想」と明記した書類で行っていると主張するが、被告カレンダーを実際に購入する消費者を考えてみれば、出所の混同が生じるおそれを認めることができる。

2 争点(2)(権利濫用の抗弁)について

商標の類否は、同一又は類似の商品に使用された商標が外観、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きであるが、商標の外観、観念又は称呼の類似は、その商標を使用した商品につき出所を誤認混同するおそれを推測させる一応の基準にすぎず、したがって、それら3点のうちに類似する点があるとしても、取引の実情や他の点において著しく相違するなどの事情によって、何ら商品の出所を誤認混同するおそれが認められないものについては、これを類似商標と解することはできないというべきである。

本件商標は、前記のとおり行書体の「行」の字からなるものであり、「ぎょう」ないし「こう」の称呼が生じるものと認められるが、他方、乙2によれば、先願商標は「公」の字を要部とするものであって、そこから「こう」又は「おおやけ」の称呼が生じると認められるから、両者の称呼には一部重なる部分があるといえる。

しかし、「行」の文字のみが1文字のみ記載されている場合には、「ぎょう」の称呼が生じることが一般的であると考えられ、本件商標から「こう」の称呼が生じること自体は認められるとしても、「ぎょう」の称呼に比べれば例外的なものであるといえる。

また、本件商標は「行」の漢字を、先願商標は「公」の漢字をそれぞれ要部とするものであるが、我が国における取引者、需要者の一般的な漢字に対する認識からすれば、本件商標から「こう」の称呼が生じることを前提としても、「行」と「公」は外観及び観念において明らかに異なっており、混同されるおそれはないというべきである。

そうすると、先願商標と本件商標とは出所混同のおそれがあるとはいえない

から、両商標は類似しないというべきであり、被告の権利濫用の主張は理由がない。

3 争点(3) (損害額) について

(1) 平成12年版被告カレンダーの販売によって被告の得た利益の額について

ア 売上額及び製造原価について

平成12年版被告カレンダーの販売数、販売金額及び製造原価が、別紙「平成12年版損害額計算表(裁判所の認定)」の「販売数」、「販売金額」及び「製造原価」欄記載のとおりであることは、当事者間に争いがない。また、平成11年度の被告の全カレンダーの販売数及び販売金額が、同別紙の「被告全体」の「販売数」及び「販売金額」欄記載のとおりであることも当事者間に争いがない。

イ 販管費について

(ア) 運賃について

弁論の全趣旨によれば、被告が被告カレンダーを販売するに当たっては、販売先に被告カレンダーを送付することが必要であり、そのために運賃(送料)の支出を要したことが認められ、平成11年度(平成11年2月～平成12年1月)において被告が支出した運賃総額が、前記別紙の「運賃」の「被告全体」欄記載のとおりであることは当事者間に争いがない。

ところで、運賃に影響を与える主要な要素としては、距離と重量があるところ、このうち距離については不明であるが、乙9、14及び15によれば、被告が販売した平成12年版被告カレンダーの総重量の、被告が販売した全平成12年版カレンダーに対する割合は、B3版が $22,046/564,959$ (約3.9%)、B6版が $28,211/564,959$ (約5.0%)であると認められるから、各被告カレンダーのために要した運賃額は、被告が支出した全運賃額をこれら割合によって按分した額であるとするのが相当である。そして、それによれば、費用として控除すべき運賃額は、前記別紙の「運賃」欄記載のとおりであると認められる。

これに対し原告は、乙9では各カレンダーごとの販売数量が厳密に開示されていないから、信用できないと主張するが、乙9の内容は、乙15に照らして信用できるというべきであるし、かえって、原告主張のように、各被告カレンダーの販売額の割合で按分比例する方が、運賃との結びつきがより間接的なものとなり、相当でない。

(イ) その他の販管費について

商標法38条2項の「利益の額」とは、侵害者が侵害行為により受けている利益、すなわち侵害行為と因果関係がある利益を意味している。したがって、侵害者が侵害行為により受けている利益を算定するに当たっては、侵害品の売上高から侵害行為のために要した費用のみを差し引くべきである。そして、侵害行為のために要した費用とは、いわゆる製造原価がそれに当たることは明らかであるが、販管費にあっては、当該侵害行為をしたことによって増加したと認められる部分に限って、侵害行為のために要した費用と認めるのが相当である。なぜなら、一般に販管費には、製造原価と異なり、当該侵害行為を行わなかったとしても必要であった費用が多く含まれており、そのような費用については、侵害行為を行うために要した費用とは認められないからである。

しかるところ、本件においては、販管費のうち、被告カレンダーの販売に直接必要となった費用は(ア)の運賃以外には存しないと認められ(弁論の全趣旨)、被告カレンダーの売上げが全カレンダーの売上げに占める割合は、前記別紙の「販売数量」、「販売金額」欄記載のとおり、販売数量ベースで15.0%、販売額ベースで5.6%にとどまることからすれば、被告において、被告カレンダーを販売することによって追加的に必要となった販管費は、(ア)の運賃以上には存しないと推認され、これを覆すに足る証拠はない。

したがって、その他の販管費については、控除すべき費用はないというべきである。

ウ 支払利息及び手形割引料について

支払利息や手形割引料は、企業活動上の一般の資金繰りのために必要となる費用であるから、侵害行為を行うに当たって特に追加的に必要となったと認められる特段の事情のない限り、利益額の算定に当たって費用として控除することはできないとするのが相当である。

しかるところ、乙4によれば、被告全体の平成11年度(平成11年2月から平成12年1月)の支払利息等が別紙「平成12年版損害額計算表(被告)」の「被告全体」の「支払利息」欄記載のとおりであったことが認められる。

また、乙16によれば、その内訳としては、①平成10年6月に発生した2億8000万円の借入れ、②同年10月に発生した2000万円の借入れ、③同年11月に発生した5000万円の借入れ、④同年11月に発生した3000万円の借入れ、⑤平成11年度中に発生した額面合計約2億4400万円の手形割引によって生じたものであると認められる。

これらのうち、①の借入れは、借入期間が1年（継続）とされ、借入から1年7か月後の平成12年1月31日の時点でも元本が減少していないことからすると、この借入れは、以前から継続して行われているものと推認され、平成12年版被告カレンダーの製造、販売のために特に必要となったものとは認められない。

次に、②ないし④の借入れは、いずれも平成12年版カレンダーの企画が開始される平成10年10ないし11月に行われているが、当時の資金繰り状況との関係で、平成12年版被告カレンダーの製造、販売のために、その借入れが具体的に必要であったものであるか否かは必ずしも明らかではなく、この点は⑤の手形割引も同様である。

したがって、支払利息及び手形割引料については、被告カレンダーの製造、販売との関係が具体的に明らかではないから、控除の対象とすることはできない。

エ まとめ

以上より、被告が平成12年版被告カレンダーによって得た利益の額は、前記別紙のとおり、459万1372円であると認められる。

(2) 平成13年版被告カレンダーの販売によって被告の得た利益の額について

ア 売上額について

乙12によれば、平成13年版被告カレンダーの売上げは被告主張の額に上ることが認められる（別紙「平成13年版損害額計算表（裁判所の認定）」の「販売金額」欄のとおり）。

もっとも、乙12において「訂正」とある売上額欄に「¥0」と示された取引のうち、「選抜」と記載されている取引（見本の提供であり無償の譲渡である。）を除くものについては、被告カレンダーが販売されたにもかかわらず（ただし、「選1/2」と記載されている取引は、乙6によれば、受注数欄記載の受注数の1/2が販売されたものと認められる。）、それによる販売額が計上されていないものであり、これは前記被告主張の売上額に含まれていないものである。そして、原告は、これらの取引による売上額も、被告の得た利益の額を算定するに当たって含めるべきであると主張する。

しかし、乙11及び17によれば、被告は、それらの取引に係る取引先との間で、既に販売した平成13年版被告カレンダーの販売代金を請求しない旨の合意をしたことが認められる。したがって、この分については、販売収入を得ないことが現在の時点で確実であるといえるから、被告の得た利益の額を算定するに当たって、販売額に算入することはできない。

この点について原告は、これらの販売に係るカレンダーの帰趨が明らかでないから、販売額から控除すべきではないと主張するが、商標法38条2項の被告の得た利益の額を算定するに当たって基礎とする侵害品の販売額は、現実の販売額によるべきであり、原告の主張するような商品の帰趨いかんによって左右されるべきものではない。仮に被告が代金請求をしないこととした上記取引に係る被告カレンダーが廃棄されず、被告の売先から更に他に譲渡された場合に原告に生じる損害は、被告に対する商標法38条1項又は3項による損害額の請求や、当該売先に対する損害賠償請求によって賠償されるほかはないというべきである。

イ 控除すべき製造原価について

(ア) 商標法38条2項の規定は、商標権者の販売利益の減少による損害の額を推定する規定であるから、そこにいう「侵害行為」というのは、それによって商標権者の販売利益の減少をもたらす行為に限られると解され、被告が得た利益の額を算定するに当たって控除すべき経費も、そのような行為にとって必要であったものに限られると解するのが相当である。そして、侵害品は、単に製造されるだけでは商標権者の販売利益の減少は生じず、譲渡や貸渡し等がなされることによって初めて販売利益の減少が生じることになるものであるから、単に製造したにすぎない侵害品についての製造経費は、同項にいう侵害者の得た利益の額を算定するに当たっては、控除することはできないと解される。

したがって、本件では、控除すべき製造原価としては、現実に販売な

いし譲渡された平成13年版カレンダーのために必要となった製造原価に限定されるというべきであるが、他方、現実に販売ないし譲渡されたものである限り、後に代金請求を放棄したものや無償で提供したものであっても、原告の販売利益の減少をもたらすものであるというべきであるから、その製造に要した製造原価は控除の対象とすべきである。なお、選抜商品のうち、商品として販売されなかったものについては、その実質は販売促進費というべきであるが、そうであっても、その製造原価が、前記アで認定した被告カレンダーの売上によって増加した費用であることに変わりはない。

もっとも、本件において被告がカレンダー販売業者に販売したものの中には、単に代金請求が放棄されるにとどまらず、当該業者において廃棄されたものもある（乙17によればB2版が200冊、B6版が5041冊であると認められる。）。これらの取引は、実質的には販売契約が合意解約されたものであると見ることができ、これら被告カレンダーの販売は、結局において原告の販売利益の減少をもたらすものでなかったというべきであるから、その製造に要した製造原価は控除の対象としないのが相当である。

これに対し被告は、現実に製造したものの製造原価をすべて控除の対象としなければ、被告に損失が生じると主張するが、商標法36条2項が侵害の行為を組成した物の廃棄請求を認めているのは、侵害者にそのような損失が生じることとを是認する趣旨であると解すべきであるから、被告の主張は採用できない。

（イ）しかるところ、控除すべき製造原価を算定するに当たって基礎となる「販売数」は、乙12記載の受注数（B2版が1万7100冊、B3版が2万9845冊、B6版が9万7920冊）から、前記乙17記載のもの（B2版が200冊、B6版が5041冊）を控除した、前記別紙の「販売数」欄記載のとおりと認められ、また平成13年版被告カレンダーの製造数及びそれらの製造に要した製造原価が、前記別紙の「製造原価」欄記載のとおりであることには争いがない。

そして、製造原価のうち、紙代、印刷費及び製品費については、部数に比例して費用が発生する性質の経費であるから、これらについては、製造原価全体のうち、実際に販売ないし譲渡された部数に相当する割合の額を控除の対象とすべきである。

他方、製造原価のうち、企画製版費とカタログ・見本代については、数量に関係なく一定額が必要となるものであるから、これらについては、被告主張の額を控除の対象とすべきである。

（ウ）以上によれば、経費として控除すべき製造原価は、前記別紙の「製造原価」欄のとおりとなる。

ウ 運賃、その他の販管費及び支払利息等について

これらについては、平成12年版被告カレンダーについて述べたのと同様であるが、上記イ同様、運賃を算定するに当たり基礎となる販売相当重量は、前記別紙の「販売数」欄記載の販売数相当重量とすべきであり、それは前記別紙の「（販売数量重量）」欄記載のとおりとなる（乙10、14、15）。したがって、経費として控除すべき運賃は、前記別紙の「運賃」欄記載のとおりとなる。

他方、その他の販管費及び支払利息等については、控除の対象としないのが相当である。

エ まとめ

以上より、被告が平成13年版被告カレンダーによって得た利益の額は、前記別紙のとおり、140万7043円であると認められる。

（3） 執行費用について

ア 被告カレンダーについては、本件商標権侵害を被保全権利として、平成12年7月28日付けで執行官保管の仮処分命令（当庁平成12年（ヨ）第20058号）が発令されたことは当裁判所に顕著な事実であるところ、甲26及び27によれば、同年8月8日にその執行が行われたこと、その執行のために原告は合計24万6250円（予納金が3万円、作業員労賃が8万円、トラック費用が6万6250円、執行立会費等が7万円）を支払ったこと（弁論の全趣旨によれば、甲27の4が同金額に満たないのは、振込手数料を控除しているからであると認められる。）が認められる。

イ また、甲27ないし30によれば、平成12年8月8日から同年12月7日までの間に生じた、執行官保管に係る被告カレンダーについて生じた保管費用は、合計33万6000円（うち、平成12年9月8日から同年12月7日までの分は25万2000円）であることが認められる。

被告は、平成12年10月以降の保管は不必要であったと主張するが、被告が保管に係るカレンダーの廃棄を原告に申し出たような事情は窺われないから、10月以降であっても、被告カレンダーを被告に返還した場合には、販売されるおそれが存したものであるべきである。したがって、少なくとも12月7日までの保管については、その必要性を肯定することができるから、被告の主張は採用できず、原告主張の前記保管費用の全額について、損害と認めるのが相当である。

(4) 弁護士費用について

本件の全事情を考慮すると、本件における被告の侵害行為と相当因果関係を有する弁護士費用は、65万円とするのが相当である。

(5) まとめ

以上によれば、原告が被告に対して請求し得る損害額は、723万0665円となる。

なお、遅延損害金については、①前記損害のうち、平成12年9月8日から同年12月7日までの保管費用を除く697万8665円については、本件訴状送達の日翌日である平成12年8月26日以前に生じたものであるから、同日から、②平成12年9月8日から同年12月7日までの保管費用25万2000円については、同期間経過後の同月8日から、支払済みまで年5分の割合による支払を求める限度で理由がある。

なお、請求1項及び2項について付言すると、一般にある年のカレンダーは当該年が明けて後も廉価で販売されることがあるものであるから、本件でも、被告が平成13年版被告カレンダーを本件の判決言渡し後もなお販売するおそれは否定できない。また、平成14年版カレンダーについて、被告が被告商標を付するおそれがあるというべきである。したがって、請求1項及び2項に係る請求についても、理由があるというべきである。

4 以上によれば、原告の請求は、主文掲記の限度で理由がある。

大阪地方裁判所第21民事部

裁判長裁判官 小 松 一 雄

裁判官 高 松 宏 之

裁判官 安 永 武 央

別紙 被告商標目録
別紙 商標目録
別紙 平成12年版損害額計算表（原告）
別紙 平成12年版損害額計算表（被告）
別紙 平成12年版損害額計算表（裁判所の認定）
別紙 平成13年版損害額計算表（原告）
別紙 平成13年版損害額計算表（被告）
別紙 平成13年版損害額計算表（裁判所の認定）