



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	標識法におけるサーチコスト理論 : Landes & Posnerの業績とその評価を中心に
Author(s)	宮脇, 正晴
Citation	知的財産法政策学研究, 37, 195-213
Issue Date	2012-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/49033
Type	departmental bulletin paper
File Information	IPLPJ37_007.pdf



標識法におけるサーチコスト理論 —Landes & Posnerの業績とその評価を中心に—

宮 脇 正 晴

1 はじめに

商標をはじめとする、営業上の標識（以下、単に「標識」とする）は、需要者がその欲する製品（本稿では、商品及び役務のいずれをも指すものとして「製品」という語を用いることとする）を探索するためにかかるコスト（サーチコスト）を劇的に削減する。「サーチコスト理論」とは、標識による需要者のサーチコストの削減が法的保護の対象であることを前提とする理論一般を（本稿においては）指す。

サーチコスト理論は、Landes & Posnerの1987年の業績¹に端を発するものであり²、米国商標法学においては、商標法の制度趣旨を説明する際にしばしば言及されており³、近時では米国商標法の具体的な解釈論に取り入れようとする業績も登場している⁴。伝統的には、標識を規制する根拠は混同のおそれの防止であり、標識法における理論の多くは、このような

¹ William M. Landes & Richard A. Posner, *Trademark Law: An Economic Perspective*, 30 J.L. & Econ. 265 (1987).

² もっとも、標識が製品に関する情報を取得するコストを削減する効果を持つものであることについては、Landes & Posner以前から認識されてきている。例えば、A. Alchian & W.R. Allen, *Exchange and Production: Competition, Coordination, and Control* 238 (2d ed.1983) 参照。

³ 1 McCarthy on Trademarks and Unfair Competition § 2:5 (4th ed. 2011) など参照。

⁴ 例えば、Stacey L. Dogan & Mark A. Lemley, *A Search-costs Theory of Limiting Doctrines in Trademark Law*, 97 TMR 1223 (2007).

前提に立脚しているといえる（このような理論を総じて「混同理論」とする）が、サーチコスト理論は混同理論とどのように異なり、またどのような意義を持ちうるものなのであろうか。筆者は数年来、この問題に関心を持ち続けてきた。

わが国において、サーチコスト理論に言及する業績自体はあるものの⁵、これを標識法における具体的な解釈論に積極的に反映しようとするものはほとんど見られないのが現状である⁶。そこで本稿では、オリジナルのサーチコスト理論といえる Landes & Posner の業績とその問題点について指摘した上で、この業績をどのように受け止めるのかということについての筆者の態度を明らかにすることを試みたい（したがって本稿は、筆者が今後サーチコスト理論に立脚した標識法の具体的な解釈論を展開するための準備作業として位置づけられる）。その上で、サーチコスト理論がわが国標識法の解釈論にどのような影響をもたらしているのかについて、いくつかの例を示すこととしたい。

2 Landes & Posner⁷による経済分析

2.1. 基本的な仮定

以下では、Landes & Posner による経済分析の概要について紹介することとしたい。既に述べたとおり、彼らがサーチコストに関する論文を最初に発表したのは1987年であるが、ここでは現時点で最新のものである、2003年に発表された著書でなされている経済分析を紹介する（ただし、基本的な内容は1987年発表のものと大差ない）。

Landes & Posner は、需要者のサーチコストの削減が標識の本質的機能で

あるとし、このことを前提にモデルを構築して分析を行っている。そのモデルの基本的な仮定は次のとおりである。まず、製品1単位の価格（“P”）と消費者がその製品の購入までに要するサーチコスト（“H”）とを足した総額（full price）を“ π ”とする。各企業は（同種の製品を供給する企業が多数存在するため）“ π ”を所与として利潤最大化を行うが、各企業は“H”の値については動かすことが可能であり、“H”を削減できれば“P”の値がその分大きくなる（すなわち、製品一単位当たりの収入を増やすことができる）。このことは、消費者がよりサーチコストのかからない製品をより高い価格で購入することを示唆している⁸。

そして、標識（“T”）は、関数“H”のパラメータとして定義されており、“T”の値が大きくなれば、“H”の値が小さくなるという関係となっている。ここでいう「“T”の値」とは、具体的には標識により提供される情報の質を示すものであり、識別力の強さや製品の質を直接示す情報（記述的標識の場合）などが含まれる。サーチコストに影響する要素は標識だけではなく、当然他の要素も考えられるところであるが、このモデルにおいては、そのような要素（“T”以外の関数“H”のパラメータ）は、後述する“W”や“Z”を除き、まとめてパラメータ“ γ ”として表されている。“ γ ”には例えば広告⁹の量や市場における競業者の数が含まれるとされるが、結局のと

⁸ サーチコストが削減されたとしても、その削減されたコストに相当する額がそのまま製品価格の上昇分になるのであれば、消費者が支払う総額は“ π ”の値なのであるから、このモデルではサーチコストの削減が消費者に恩恵をもたらすことはないのではないか、との疑念を抱く読者がいるかもしれない。この点につき補足しておく、このモデルで仮定されているのは各企業及び消費者が“ π ”の値を所与として行動する（すなわち、各企業及び消費者は自分の力で“ π ”の値を動かすことはできない）ということであって、“ π ”の値自体が一定であるということではない。Landes & Posner のモデルでは、標識によるサーチコストの削減効果が大きければ大きいほど、企業の生産量が増加する（すなわち、より多くの製品が市場に供給される）こととなり、その結果“ π ”の値がより小さくなることになるから、サーチコストの削減により、「支払う総額が減る」という影響を消費者は受けうることとなる。

⁹ 広告がサーチコストの削減という便益をもたらすものであることは、Landes & Posner の1987年論文以前から指摘されてきており、同論文に見られるような“full price”モデルを用いて広告について経済分析をした先行業績（Issac Ehrlich & Law-

⁵ 例えば、宮脇正晴「商標機能論の再検討」日本工業所有権法学会年報30号8頁（2007年）。

⁶ おそらく唯一の例外が、小嶋崇弘「判批」本誌21号313-314頁（2008年）であると思われる。同論文は、商標の使用の成否の判断においてサーチコストが考慮されるべきであることを説く。

⁷ William M. Landes & Richard A. Posner, The Economic Structure of Intellectual Property Law 166-209 (2003).

ころこのパラメータ“ γ ”は分析に当たっては無視されている。

2.2. 分析の例（混同の規制と識別力の保護）

上記のような仮定の下で、Landes & Posner は、(米国) 商標法上の様々な制度について経済分析による正当化を試みている。その対象は、権利の発生、移転、識別力、機能性 (functionality)、混同 (狭義の混同)、稀釈化など多岐にわたるが、このうち、例えば、混同については、次のような説明がなされている。

事業者 A がある商品に標識を使用しているところに、類似する標識を同種の商品に使用する他の事業者 B が登場したとする。需要者が B の商品を A の商品であると誤信するならば、B の商品の価格は A の商品のそれと同じになる。A の標識が高いサーチコスト削減効果を発揮していれば、A の商品自体の価格は高価格になる (需要者が A の商品を手に入れるために支払う総額からサーチコストを引いた値が大きくなるため) が、B は混同を生じさせることで、少ないコストで自らの商品を高価格にすることができる。このような状況を放置すると、A は十分な利益を得ることができなくなるから A の商品の生産量が減少することとなり、また、“T”を大きくするために A がかけるコストも小さくなるから、A の商品のサーチコストは増大することとなる¹⁰。要するに、混同行為の (負の) 効果は、先行標識の付された商品の生産性の減退と、当該商品のサーチコストの増大である。

上記の例で、A と B の商品間に混同がなく、それぞれの標識が正しい情報を伝達するものであれば、A と B の競争によって、消費者余剰と生産者余剰 (利潤) の総和 (総余剰) が最大化される、と Landes & Posner は説明しており¹¹、彼らによれば混同を規制することの意義はこの点に求められ

rence Fisher, *The Derived Demand for Advertising: A Theoretical and Empirical Investigation*, 72 Am. Econ. Rev. 366 (1982)) も存在する (この点は Landes & Posner 自身が指摘するところである。Landes & Posner 前掲注(7)174頁)。したがって、Landes & Posner の功績は、広告について既に存在していた考え方を標識に応用し、標識制度について分析を行ったことに求められることとなる。

¹⁰ 以上につき、Landes & Posner 前掲注(7)202-203頁。

¹¹ Landes & Posner 前掲注(7)201頁。

ることになる。

また、識別力に関しては、次のような説明がなされている。サーチコスト“H”は、先述の“T”と“ γ ”以外にも、“W”及び“Z”の値に依存するものとされている。“W”及び“Z”はいずれも製品識別のために利用可能な語を示すものであるが、これらのうち、“Z”は製品識別のために必要な語 (故にその数は限定されている) を、“W”はそれ以外の語を、それぞれ表している。Z は商品の容器包装等において当該商品の属性を記述するために用いられ、標識それ自体のもたらす情報“T”と共に、サーチコストを削減する (“H”の値を小さくする)。

普通名称 (generic name) は Z に属する語といえ、しかもその使用が禁止された場合に事業者は自身の製品の属性を記述するのに回りくどい表現を使わざるを得なくなってしまうので、普通名称をある事業者が独占すると、他の事業者の製品のサーチコストが上昇し、製品の生産量が減少する結果、産業全体での同種の製品の総生産量も減少し、製品の価格は上昇することとなる。

記述的標章の独占を認めた場合も、ある製品の特長的な属性を記述する語は限られているので、その点で普通名称の独占と同様の問題が生じうる。米国法上、このような標章を保護するためには、当該標章が二次の意味 (secondary meaning) を獲得していることが求められるのは、このためである。すなわち、二次の意味を獲得した記述的標章は、出所識別表示として (直接的に製品属性を伝える機能とは別に) サーチコストを削減する効果を発揮することを意味するので、そのような標章を保護することは、それによる競業者のコストの増加を上回る社会的な利益がもたらされる。したがって、二次の意味を獲得した場合に限って、記述的表示に商標権が認められることとなるのである¹²。以上から、本来的な識別力を有している標章か、二次の意味を獲得した標章のみが、商標法の保護を受けることとなる。

¹² 以上につき、Landes & Posner 前掲注(7)187-189頁参照。なお、普通名称については二次の意味に関する記述は見当たらないが、そもそも二次の意味を獲得したものについてはもはや普通名称とはいえないと考えられているためであろう。

3 Landes & Posner の評価

3.1. サーチコストを用いた説明の限界

(1) 機能性

以上が Landes & Posner による分析の例であるが、この業績を評価するに当たっては、いくつか踏まえておくべき点があると思われる。第一に、Landes & Posner による説明の中には、サーチコストの増減に直接関係しないものも含まれている、という点である。例えば、Landes & Posner は、機能性 (functionality)¹³ に関する説明において、機能的形態に商標権による保護を与えることが否定されるべき理由として、機能的形態には (通常の標識と異なり) 代替性が乏しい点を挙げているが、このこと自体はサーチコストとは無関係である¹⁴。

Landes & Posner は、機能性につき経済モデルを用いた説明をしており、そのモデルにはサーチコストを表す関数“H”も登場するが、このモデルで重要であるのは機能的形態の独占が他事業者の生産コストを増大させるという相関関係であり、関数“H”はそれとの関係を有していない¹⁵。また、後述のとおり、Landes & Posner は、機能性のうち美的機能性 (aesthetic functionality) については保護が否定されるべきではないと説いているが、そのことの根拠もサーチコストとは無関係なものであると思われる。

(2) 希釈化

Landes & Posner は、標識の希釈化の規制についても説明している¹⁶。米

国法上、規制の対象となる「希釈化 (dilution)」は、「不鮮明化による希釈化 (dilution by blurring)」と「汚染による希釈化 (dilution by tarnishment)」の二つに分けられる¹⁷。前者は、例えば「ソニーチョコレート」など、先行標識のイメージを不鮮明にすることであり、後者は後発標識がポルノ関連の商品などに使用されることによって、先行標識のイメージが積極的に害されることを指す。

これらのうち、汚染に関する説明については、サーチコストとは無関係である。すなわち、汚染により著名標識に好ましくない連想が伴うようになることにより、当該標識の使用側の側に不利益がもたらされる、としか述べられておらず¹⁸、汚染によって総余剰がどのように変化するかについての分析はなされていない。

他方、不鮮明化については、サーチコスト理論によって説明されている (ただし、こちらについても具体的なモデルを用いた論証はされていない)。すなわち、不鮮明化によって、需要者が先行標識を想起することが (問題の後発標識の存在を知る前に比して) 困難になり (「イマジネーション・コスト (imagination cost)」の増大)、需要者のサーチコストを上昇させる帰結をもたらす、というのである¹⁹。しかし、このような主張に対しては、

Posner 前掲注 (1) 306-309 頁)、2003 年の著書においては、不鮮明化と汚染については規制に肯定的な立場のようであり、これら 2 類型に当てはまらないような希釈化 (“pure dilution” として言及されている) の規制には反対する態度を示している。

Landes & Posner 前掲注 (7) 206-209 頁。

¹⁷ 連邦商標法 43 条 (c) (2) (B) において、「汚染による希釈化」は、「標章又はトレードネームと著名標章との類似により惹起される連想であって、その著名標章の識別力を損なうもの」であると定義されており、また、同 (C) において、「汚染による希釈化」は、「標章又はトレードネームと著名標章との類似により惹起される連想であって、その著名標章の名声を害するもの」であると定義されている。

¹⁸ Landes & Posner 前掲注 (7) 207 頁。

¹⁹ Landes & Posner 前掲注 (7) 207 頁。希釈化の規制をサーチコスト理論による説明を試みるその他の業績として、M.A. O'Rourke, *Defining the Limits of Free-Riding in Cyberspace: Trademark Liability for Metatagging*, 33 Gonz. L. Rev. 277, 306-07 & n.114 (1998)、Dogan & Lemley 前掲注 (4) 1229-1230 頁、R. Tushnet, *Trademark Law and Cognitive Science*, 86 Tex. L. Rev. 507, 519-520 (2008) など。

¹³ 米国商標法における “functionality” 概念につき解説する最近の業績として、青木博通「立体商標制度の基本構造とその解釈ー日米欧の比較法的考察ー」本誌 26 号 14 頁以下 (2010 年) がある。

¹⁴ Dogan & Lemley 前掲注 (4) 1247 頁も、機能性の問題については、サーチコスト理論ではなく、より根源的な、競争が成立する前提の問題として正当化している (なお、このような主張は、田村善之『不正競争法概説 [第 2 版]』(有斐閣、2000 年) 126-130 頁の主張する、「競争上似ざるを得ない形態除外説」とその趣旨を同じくするものであろう)。

¹⁵ 以上につき、Landes & Posner 前掲注 (7) 197-199 頁。

¹⁶ Landes & Posner は、1987 年当初は希釈化の規制に懐疑的であったが (Landes &

次のような疑問がある。

第一に、製品と標識についての需要者による「想起」には、特定の製品カテゴリから標識を想起する場合（下図1）と、特定の標識から関連する製品群を想起する場合（下図2）の二つが考えられる。

図1：特定の製品カテゴリから標識を想起

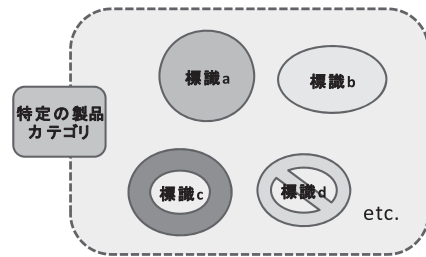
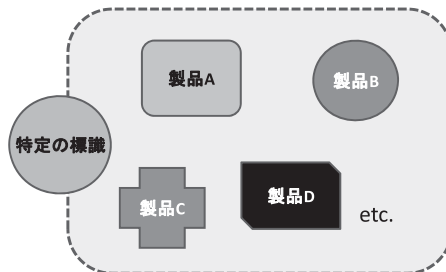


図2：特定の標識から関連する製品群を想起



通常、製品を探索するプロセスにおいては、需要者は特定の製品カテゴリに属する複数の製品から一つに絞っていくものであると考えられるが、そのような場合、特定の製品カテゴリから（多くの場合は複数の）標識を想起するというのが自然であると思われる。出所の混同で問題となるのはこのような想起パターンであり、図1で例えば標識aと標識bが類似していれば混同が生じる。これに対し、希釈化（不鮮明化）が問題となる典型例は、先行標識が付されている製品とは無関係な製品に後発標識が使用されるようなケースであるが、この場合に問題となるのは、特定の標識（先

行標識）から関連する製品群を想起するというパターンであろう。例えば図2で、製品AからCまでが先行標識が実際に使用されている製品であったとして、後発標識がこれらの製品とは無関係な製品Dに使用されているのに接した需要者は、それ以降、先行標識から想起される製品群に製品Dが加わることとなり、このような想起パターンこそが、希釈化理論が典型的に問題としているものであったのではないと思われる²⁰。

上記の例で、図2においては需要者が先行標識に関連する製品だけを想起するには「イメージーション・コスト」がかかるものといえるだろうが、だからといって、当該需要者が製品Aの属するカテゴリから製品Aを探索するという通常のプロセスにおいて、当該カテゴリやそれに類似するカテゴリに製品Dが属していないような場合に、サーチコストの増加が生ずるのかは疑問である。例えば、食品に“iPod”という標識が使用されているのに接した需要者は、それ以降、“iPod”という標識からデジタル音楽プレイヤーやApple社の他の製品やブランドイメージを連想するのに加えて、その食品も連想するようになるであろう。しかしそのことが、当該消費者がデジタル音楽プレイヤーを探索する場合に、何らかの障害となりうるものであろうか²¹。

第二に、先行（著名）標識と同一ないし類似の標識がその先行標識が従来使用されていたのとはかけ離れた製品に使用されたような場合、そのような後発標識は需要者にとって覚えやすいであろうから、当該後発標識は大きなサーチコスト削減効果を発揮するものであることが考えられる（しかも、混同が存在しないのであれば、後発標識が発している情報に誤りはない）。先行標識の使用されている市場におけるサーチコストの増大による不利益が、後発標識が使用されている市場におけるサーチコスト削減に

²⁰ 宮脇正晴「著名商標の保護」日本工業所有権法学会年報31号102-104頁（2007年）参照。

²¹ 例えば、「“iPod”ブランドの製品が何か欲しい」と考えて、ブランドから製品カテゴリを絞っていくような需要者にとっては、“iPod”標識に伴う連想が不鮮明化されると、イメージーション・コストの増大によってサーチコストの増大がもたらされることになるのかもしれないが、そのような購買行動をする需要者が（一般的に不鮮明化を規制することを肯定せしめるほど）多数いるとは考えがたい。

よる利益を常に上回るといえるかという点についても疑問である。

これら2点について、Landes & Posnerは特に言及しておらず、したがって、不鮮明化の典型例について、サーチコスト理論で説得的な説明がなされているものとはいえない²²。

3.2. 余剰分析の当否

Landes & Posnerによる経済分析を評価するに当たり留意すべき、しかも非常に重要な、第二点目は、彼らの分析において、サーチコストの削減(ないし増大)は経済厚生を評価する直接的な指標ではないという点である。すなわち、Landes & Posnerは単純にサーチコストが削減される状態を良とし、増加する状態を悪としているわけではない。彼らの経済モデルにおいて、経済厚生は総余剰の多寡によって評価される。「総余剰の最大化」という意味での効率性を追求するシカゴ学派の手法については、それ自体に批判があるところである²³、このような評価方法(余剰分析)を前提としても、Landes & Posnerの分析には次のような問題を指摘できる。

既に述べたとおり、Landes & Posnerは、美的機能性については保護すべきとしており、経済モデルでそれを説明しているが、そのモデルとは以下のようなものである。このモデルでは標識の魅力が“A”として表現され、品質を表す“Q”及び標識を生み出すコストを表す“R”がそれぞれ“A”の関数となっており、“A”が増加すれば“Q”、“R”ともに増加するという関係となっている。他方、“A”の増減は製品の製造コスト“C”には(実用的機能性(utitarian functionality)とは異なり)影響を与えないため、ある企業に“A”の独占を認めることは当該企業がより魅力的な標識を生み出すことのインセンティブとなる一方で、他の企業の生産コスト“C”には影

²² なお、本稿が述べているのは、稀釈化についての Landes & Posner の説明に疑問があるということのみであって、サーチコスト理論によって稀釈化の規制が正当化される可能性自体を否定するものではない。

²³ Jonathan Aldred, *The Economics Rationale of Trade Marks: An Economist's Critique, in Trade Marks and Brands: An Interdisciplinary Critique* 266 (Lionel Bently et al. eds., 2008) など参照。同業績は、経済学者の立場から、サーチコスト理論についても批判するものである。後注(29)も参照。

響を与えない(なお、各企業の“A”は当該企業の“R”にしか影響を与えない)。その結果、“A”の保護は産業全体での生産量を増加させる(経済厚生を改善する)結果をもたらしうるとされている²⁴。

上記の主張は、商品形態を念頭になされているものであるが、上記“A”のような性質を有している「標識の魅力」が商品形態に関するものに限定されるとは述べられていない。むしろ、通常の標識のデザイン自体の好ましさや標識に伴う好ましい連想等の属性は、それが増大することで製品全体の魅力(すなわち上記モデルの“Q”²⁵)が増大する関係にあるといえ、かつそのような属性を持つ標識を生み出すためにはコスト(すなわち“R”)がかかるといえるのであるから、通常の標識の「魅力」が“A”に包含されないと考えることは困難である。そして、通常の標識の独占により“C”が影響を受けることはないから、通常の標識に伴う魅力については、それ自体保護されるべきであると Landes & Posner は主張していることとなる。このような主張は、標識はそれ自体が価値ある情報を提供する「財」であるが故に保護されるべきであるということを示唆するものであり、このことは「サーチコストの削減」という便益が標識保護を根拠づけるものであるという Landes & Posner の基本的な主張とは異質なものであろう。

「標識は需要者のサーチコスト削減に資するから保護すべきである」という主張と「標識はそれ自体が価値ある情報を提供する『財』であるから保護すべきである」という主張とは矛盾するものではない。標識がサーチコストを削減するという側面を持つ一方で、財としての価値を有しているという側面を持つということは、むしろ一般的に受け容れられやすい主張とすらいえよう。問題なのは後者の側面を保護することで前者の側面の保護がほとんど意味をなさなくなるのではないかと考えられることである。つまり、上述の美的機能性に関するモデルからは、商標権者がその標識の財産的価値(“A”)に投資をするインセンティブを減退させるかどうかで

²⁴ Landes & Posner 前掲注(7)199頁。

²⁵ Landes & Posner は“Q”を単に製品の質(quality)であるとしか述べておらず、しかも“Q”は標識の魅力(“A”)の増加に伴って増加することになっているから、“Q”が単に製品の物理的な機能に関するもののみならず、消費者が価値を認めるような有形無形のあらゆる属性を包含するものであると考えられる。

標識の保護範囲が画定されるべきであるということとなるはずであり、サーチコストの上昇がない場合であっても当該標識の“A”を減殺しその結果“Q”を減殺するような(第三者による)標識の使用は原則として禁止されるべきということとなる。そのような使用が許されるのは、機能的形態の独占による他業者の生産コスト上昇や、識別力を欠く標識の独占による他業者の製品のサーチコストの上昇などにより、産業全体の生産量が減退するような場合に限られるということとなろう。要するに、「他業者が回避するコストが十分小さい標識については独占を認めるべきである」という主張が上記モデル(及び普通名称に関するモデル)から導出できることとなり、現に稀釈化の規制などはこのような説明になじむようにも思われる。

しかしながら、既に見たとおり、Landes & Posnerは稀釈化の規制について、(おそらくは意図的に)上記のような説明を採用していない²⁶。その理由については、次のように考えられる。既に述べたとおり、Landes & Posner

²⁶ Landes & Posner は、著作権の保護期間について論じる文脈で、排他権によってコントロールされない知的財産の価値が多種多様な利用により低下するため、排他権によるコントロールがある場合よりも経済厚生が悪化する場合がありうる(排他権によるコントロールがある場合とない場合とで需要曲線が変化するため、コントロールがある場合の独占価格における総余剰が、コントロールがない場合の市場価格における総余剰を上回るということがある)ことを指摘している。Landes & Posner 前掲注(7)222-228頁。そして、重要なことに、このような混雑外部性(congestion externalities)に基づく説明は、標識の稀釈化防止にも適用しうるものであることを示唆しているものの、(著名)標識の広範囲な分野での使用は混同のおそれを必然的に伴うであろうから、混雑外部性による経済厚生が悪化の対策のために稀釈化を規制する必要はないと述べている。同227頁。このような議論は肝心の標識において議論する個所では紹介されていないが、その理由は、この混雑外部性の議論が標識それ自体を財と考えることが前提となっているものであるためではないかと推測される。

なお、著作権保護の文脈での混雑外部性に関する Landes & Posner の主張及びそれへの批判については、ポール・J・ヒールド著=今村哲也訳「財産権と著作権保護のある作品の効率的利用—パブリックドメインおよび著作権保護のあるベストセラー小説に関する実証研究」知財年報2007(別冊 NBL 120号) 266-269頁を参照されたい。

はサーチコスト理論を余剰分析によって経済厚生を評価することで正当化している。そうすると、仮に財として標識を保護することによっても総余剰が増加するのであれば、そのような保護についても正当化せざるを得ないと思われる。その場合、標識のサーチコスト削減効果を保護すべきとする主張が実質上意義あるものとなるためには、①財として標識を保護することによっては総余剰が増加しないことを示すか(もともとこのことはモデル自体の誤りを認めるに等しい)、②財として標識が保護される範囲とサーチコスト削減効果が保護される範囲とが異なっており、少なくとも後者が前者に完全に包含されるものではないことを示す必要がある(もし後者が前者に完全に包含される(他業者が回避するコストが十分小さい標識を保護してさえいれば、サーチコスト削減効果の保護も結果的に達成される)のであれば、混同のおそれを侵害のメルクマールとすることは不適切であるということになる)。しかし、このいずれかを示すことが難しかったのではないかと推測される。

以上要するに、標識を財として保護すべきことを主張すれば、サーチコストに関する説明が実質上意義を失うこととなることを危惧して、そのような主張を明示的にすることを控えたのではないかと推測される²⁷。おそらく Landes & Posner の目指したのは、コモンローに根差した伝統的な米国の商標規整について正当化根拠を与えることではなかったかと思われるが、皮肉なことに、彼らの示した経済モデルは、上記のとおり、標識を財として保護することの正当性も示唆するものとなってしまっているように思われる。

²⁷ Landes & Posner は、広告を財として扱う業績(Gary S. Becker & Kevin M. Murphy, *A Simple Theory of Advertising as a Good or Bad*, 108 Quarterly Journal of Economics 941 (1993))の存在を指摘しているものの、この業績は広告について扱うものであって、標識についてではなく、標識についてはサーチコスト理論によって最もうまく説明することができると「信じている」という理由で、この業績について深く論じることはしていない。Landes & Posner 前掲注(7)174頁。既に述べたとおり、Landes & Posner の業績自体、もともと広告に関する研究でなされていたことを応用したものである。サーチコスト理論については広告の研究を参照しつつ、広告を財と捉える研究については標識と広告とは異なるとして受け容れないという態度を合理的に説明することは難しいと思われる。

3.3. 積極的評価

Landes & Posner のサーチコスト理論には、以上のような疑問ないし批判が考えられる。しかしながら、それでもなお、彼らの業績については高く評価されるべきであると考ええる。標識がサーチコストを削減する機能を有すること自体は疑いようがなく（標識のない世界で、需要者がその望む製品を入手するまでにどれほどのコストがかかるかを想像してみるとよい）、彼らの示した、サーチコストの増減がプレイヤーである需要者及び事業者（標識を保護される事業者と、その競業者である事業者）の行動に与える影響や、そのことによる市場の状況の変化といった、諸要素間の相関関係についての説明の多くは、十分に説得的なものであると考えられるためである。

上述のとおり、サーチコスト理論には限界があり、標識法におけるあらゆる個別の規整ないし法理について説得的な説明を与えるというものではない。しかし、このこと自体は伝統的な混同理論にも当てはまることであり（そもそも、複雑な制度を単一の理論ですべて無理なく説明できるケース自体が皆無といえよう）、一部にサーチコスト理論では説明できない規整・法理があるからといって、それ以外の（標識法上の）規整・法理をサーチコスト理論で説明することが不適切であるとはいえないであろう。

余剰分析に関して上で指摘した問題について述べておくと、確かに「標識の保護は総余剰を増加させるという意味で、経済厚生を改善するものである」という主張を受け容れるのであれば、上で指摘したとおり、「標識を財として保護しておきさえすれば、サーチコストを問題とせずとも総余剰の最大化は達成される」という主張が成立する可能性を（認識しつつ）無視して、標識のサーチコストの削減効果を保護することが総余剰を最大化させる（故に保護すべきである）との主張をしても説得的ではないと思われる。しかし、筆者は、余剰分析の帰結を受け容れるが故にサーチコスト理論を評価するのではなく、上述のように、サーチコストの削減が標識の本質的機能であると考えられること、及び Landes & Posner の示したサーチコストと他の諸要素の相関関係の多くが説得力を持っていること、という2点故に同理論を評価したいと考えている。換言すれば、余剰分析という帰結にかかわらず、彼らの分析の前提としてなされた問題の整理や、分析のプロセスにおいて示された相関関係に説得力があるが故に、彼らの

業績を高く評価したいのである²⁸。

サーチコスト理論自体は米国商標法学に受け容れられているものといえるが、その理由も、Landes & Posner の経済分析がそのまま受け容れられたからではなく、その分析過程で示された一定の相関関係や問題の整理等が説得的であると考えられているからなのではないかと推測される^{29 30}。

4 サーチコスト理論の可能性—混同理論の抱える問題点の、サーチコスト理論による克服の例

4.1. 打消し表示問題とサーチコスト理論

以上述べたように、Landes & Posner の分析における、標識がサーチコストを削減するという前提や、サーチコストと企業の生産性との諸要素の相

²⁸ 常木淳『法理学と経済学』（勁草書房、2008年）65頁は、「…経済学における理論分析には、ただ実証的なモデルを作るというだけでなく、議論の整理をするという重要な役割がある…。すなわち、議論をモデル化することによって、その前提条件、そして前提と結論との間の論理的関係を明確化し、単純な現象の観察、記述では把握できないような因果関係の発見、あるいは議論の矛盾点、無内容性などを見出すことができる」と述べる。Landes & Posner は、少なくともこのような議論の整理には成功していると思われる。

²⁹ Aldred 前掲注(23)281頁は、(Landes & Posner のような) シカゴ学派の見解が商標法学において影響力を有していることに驚きを示しているが（シカゴ学派が現在の経済学界において優勢とはいえないため）、商標法学において Landes & Posner が受け容れられている理由は、本文で述べたように、シカゴ学派の分析手法そのものが是とされているからではなく、その問題の整理等が説得力を有していたからであろう。

³⁰ なお、本稿は「標識を財として保護すべき」という言説の正当性について無視してよいと主張するものではない。本文でも述べたように、稀釈化の規制については、標識自体が財であるという前提に立脚するものと捉えるのが、最も自然であるように思われる。問題は、そのような前提が適切といえるかということである。これについては、山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(5)」本誌33号216頁以下(2011年)が、情報コモنزの悲劇論(Landes & Posner の混雑外部性論もこれに分類される)を批判的に検討する文脈で取り上げているので、参照されたい。筆者としてこの問題を検討することについては、他日を期したい。

関関係には説得力があるように思われる。そして、このこと自体は法域を問わず妥当しうることであることから、サーチコスト理論はわが国の標識法の解釈論にも応用することが可能であると考えられる。以下では、どのような可能性があるのかについて、私見をいくつか紹介しておきたい。

最も重要なのは、サーチコスト理論は、混同理論に代替する理論となりうるという点であろう。Landes & Posner も述べているように、混同を生じさせる行為はサーチコストを増大させる行為といえる。しかし、それ以外にもサーチコストを増大させる行為は考えられるから、混同理論はサーチコスト理論に包含されることになる。このことが示唆するのは、混同理論ではうまく扱えなかった問題も、サーチコスト理論であればうまく扱えるようになる可能性である。

例えば、打消し表示に関する問題について考えてみよう。わが国商標法上、商標権侵害は商標及び商品・役務の類似の範囲内で成立するが、この類似要件が設けられている趣旨は出所の混同の防止であると考えられている³¹。その趣旨からすると、登録商標の指定商品と同一の商品に当該商標に酷似する商標が付されている、打消し表示が同時に付されていることで混同のおそれが解消されているような場合には、類似を肯定することは困難であるように思われる。つまり、混同理論で類似要件を正当化すると、被疑侵害者側の具体的な行為態様に着目すれば混同が解消されているといわざるを得ないような場合に、侵害を肯定することが困難となるが、一般的に、打消し表示によって混同が解消されているに過ぎないようなケースで被疑侵害者側を保護すべき理由は見出しがたく、専門家の多くは侵害を否定することに躊躇を覚えるのではないだろうか。

サーチコスト理論によれば、このようなケースで、次のように考えることによって、無理なく侵害を肯定することができる。打消し表示によって登録商標と同一の商標や近似する商標が、指定商品と同一の商品に付されているような状態を放置すると、需要者はそのような商標の登場以前には(登録)商標だけで出所識別できていたものが、それ以降は打消し表示を確認しなければ出所の識別ができなくなってしまうおそれがある。また、打消し表示などによって混同は解消されているものの、登録商標に近似す

³¹ 小野昌延＝三山峻司『新・商標法概説』(青林書院、2009年) 217頁など参照。

る商標を指定商品と同一の商品に使用する事業者がさらに複数登場したような場合には、需要者は近似する商標の付された製品群から商品選択をする必要があることとなる。この場合、問題の商品カテゴリから想起される商標が互いに似通っていることにより、これら後発商標の登場以前に比して出所の識別が容易ではなくなっている。換言すれば、この例では、後発商標に起因するイメージーション・コストによって、登録商標が付されている製品のサーチコストが増加しているといえる。この場合のイメージーション・コストは、Landes & Posner が稀釈化で問題としたものよりもはるかに深刻なものであるように思われる³²。

すなわち、サーチコストの観点からは、「識別は可能であるが識別が容易ではない」状態と「識別が容易である」という状態は等価ではなく、後者の方がより望ましい状態なのである。商標法の「類似」要件は、混同が生じている場合のみならず、識別を困難にせしめることでサーチコストを増大させる行為を禁圧する趣旨のものであると解するのであれば、打消し表示によって混同が解消されているに過ぎないようなケースでは、侵害を肯定すべきこととなる³³。

4.2. サーチコスト理論における「混同のおそれ」の位置づけ

ただし、上記のような考えによっても、サーチコストの増大を招くおそれのある行為一般が「類似」概念に包含されて、登録阻却や侵害を肯定することは適切ではない。「サーチコスト」とは、需要者がその望む製品を発見するまでのあらゆる有形無形のコスト(不利益)を包含しうる広範な概念である。個別の事案において、それが登録場面であれ侵害場面で

³² したがって、Landes & Posner のいうイメージーション・コストは、典型的な稀釈化の規制ではなく、むしろ抽象的な混同のおそれの規制の説明にとって有益であるように思われる。

³³ 田村善之『商標法概説 [第2版]』(弘文堂、2000年) 155頁は、「打ち消し表示が付されているという一事をもって、ただちに混同のおそれの有無を吟味しなければならない」として、抽象的に権利範囲を設定した商標法の趣旨が達成されなくなる」と述べている。本稿は、この「抽象的に権利範囲を設定した商標法の趣旨」をサーチコストの増大の防止であると主張するものである。

あれ、このようなサーチコストの増減そのものを類否判断の直接の基準にすることは、恣意的にいかようにも判断できるおそれがあり、およそ基準としての意味をなさないであろう。またそもそも、サーチコストの増大という不利益は、いついかなる場合でも規制されるべきというのではなく、他人の商標選択の自由（営業の自由）等の他の重要な価値との衡量の下に適切な保護範囲が決められるべきであろう³⁴。

以上から、類似要件の趣旨をサーチコスト増大の防止と理解したとしても、法で規制すべきサーチコストの増大の範囲を画するための基準が必要であるということとなる。そして、現在商標の類否判断基準として採用されている「混同のおそれ」³⁵は、上記のような、法で規制すべきサーチコストの増大の範囲を画する基準であると理解できる。つまり、本稿の主張するサーチコスト理論の下では、「混同のおそれ」は規制の対象そのものではなく、規制の対象を適切に限定するためのメルクマールであるということである。

このメルクマールとしての「混同のおそれ」は、サーチコストの増大の防止という趣旨に合致するのであれば、必ずしも個別具体的な「混同のおそれ」である必要はなく、一定の具体的事情を捨象した抽象的な「混同のおそれ」であっても許されるように思われる。これに対し、「混同のおそれ」がメルクマールではなく、規制の対象そのものなのであれば、上述の打消し表示の例からもわかるように、現に存在する事情を捨象して具体的な混同のおそれを追求しないことを正当化しにくいのではないだろうか。つまり、サーチコスト理論は、商標の類否判断等において抽象的な混同のおそれを問題とすることに、より説得的な理由づけを与えることができる

³⁴ 例えば、上述の機能性に関する Lande & Posner の議論は、標識の保護によってサーチコストの増大を防止することの利益よりも、市場における競争が滅殺されることの不利益の方が大きい（故に機能的形態を保護すべきでない）ことを示唆しており、このことは、「サーチコストの増大の防止」という標識規制の目的が絶対的なものではなく、他の利益との衡量の下に実現されるべきであることを示すものといえよう。

³⁵ 登録場面における商標の類否判断基準を示した判例として、最判昭43・2・27民集22巻2号399頁〔氷山印〕、侵害場面における商標の類否判断基準を示した判例として、最判平9・3・11民集51巻3号1055頁〔小僧寿し〕。

ように思われる³⁶。

5 おわりに

以上見たように、Landes & Posner の経済分析には疑問点があり、これをそのまま受け容れるのは困難であるものの、サーチコスト理論自体は、混同理論の抱えている問題を克服する可能性を秘めた、魅力的な理論である。今後、サーチコスト理論が混同理論に代わって主流になるかはともかく、サーチコスト理論を紹介し、その適用例を示すことは、わが国の標識法学の発展にとって有意義であると考えている。

もちろん、サーチコスト理論は万能ではない。例えば、サーチコスト理論は混同理論に比して自由度が高い故に、その外延が不明確であるという問題が考えられよう（数式を使用しない場合には特にそのような問題が顕著であるように思われる）。また、上述のとおり、個別の事案において、サーチコストの増減そのものを問題とするような解釈論を採用することは、法的安定性や予測可能性の点で著しく不適切な帰結をもたらす危険もあろう。このような問題を意識しつつ、その内容の明確化、充実化をいかに図っていくかということが、サーチコスト理論を採用する論者に今後課される課題であろう。

³⁶ 従来、商標の類否判断において抽象的な混同のおそれを問題とすることは、法的安定性や予測可能性の点から正当化されてきた。渋谷達紀『商標法の理論』（東京大学出版会、1973年）341頁など参照。