



Title	標識関係訴訟における《需要者アンケート》(1) : 「混同のおそれ」に関する実証研究
Author(s)	井上, 由里子; 佐々木, 通孝; 五所, 万実 他
Citation	知的財産法政策学研究, 63, 1-66
Issue Date	2022-05
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/85964
Type	departmental bulletin paper
File Information	63_01_Inoue.pdf



標識関係訴訟における《需要者アンケート》(1) —「混同のおそれ」に関する実証研究—

井 上 由里子・佐々木 通 孝
五 所 万 実・吉岡(小林) 徹

1. はじめに

1.1. 問題の所在

標識法上の「混同のおそれ (likelihood of confusion)」¹、「使用による識別力 (secondary meaning)」²、「普通名称性 (genericness)」³といった要件は、市場における需要者（消費者）の認識ないしは心理状態と深い関わりをもつ要件である。侵害訴訟や登録審査のプロセスでこれらの要件の充足性が争点となった場合、需要者の認識を客観的に測定しうる「需要者アンケート (consumer surveys)」は、裁判官・審判官・審査官など（以下、「裁判官等」）の判断権者の心証形成に有用な役割を果たす可能性がある⁴。

¹ 関連条文として、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号、商標法 4 条 1 項 15 号等。

² 関連条文として、商標法 3 条 2 項、3 条 1 項 6 号、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号等。

³ 関連条文として、商標法 3 条 1 項 1 号、商標法 26 条 1 項 1 号、不正競争防止法 19 条 1 項 1 号等。

⁴ これらの要件を充足するか否かの判断は、事実としての需要者（消費者）の認識のみで決まるわけではなく、個別の事案によって様々な要素も考慮される規範的判断なので、実証的に需要者の認識を測定する需要者アンケートが常に立証の決め手になるとはかぎらないことに留意が必要である。

不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の「混同のおそれ」に係る需要者アンケートについてこの点を指摘するものとして、田村善之「裁判例にみる不正競争防止法 2 条 1 項 1 号における規範的判断の浸食」中山信弘選暦『知的財産法の理論と現代的課題』402頁（弘文堂、2005）。

実際、米国では、標識関係訴訟において需要者アンケートは必須といわれるほど広く利用されている⁵。消費者行動論や心理学、経営学などに関わるマーケティング分野の専門家と法学分野の研究者・実務家の協働により、立証の用に供する需要者アンケートの標準的手法が開発され、方法論の議論の蓄積もある⁶。

⁵ 本格的な活用が始まったのは、科学的証拠の訴訟法上の位置づけに関する *Daubert* 連邦最高裁判決 (*Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals* (92-102), 509 U.S. 579 (1993)) を受けて連邦証拠法規則が改正されるなど、科学的証拠一般の証拠法上の位置づけも明確になった前後からである。

米国の商標関係訴訟における需要者アンケートの利用状況に関する法社会学的研究については、Shari Seidman Diamond & David J. Franklyn, *Trademark Surveys: An Undulating Path*, 92 TEX. L. REV. 2029 (2014) に詳しい。そのほか、Jacob Jacoby & Maureen Morrin, “Not Manufactured or Authorized by...”: *Recent Federal Cases Involving Trademark Disclaimers*, 17 J. PUB POL’Y & MKTG. 97 (1998); Graeme W. Austin, *Trademarks and the Burdened Imagination*, 69 BROOK. L. REV. 827 (2004); Barton Beebe, *An Empirical Study of the Multifactor Tests for Trademark Infringement*, 95 CAL. L. REV. 1581 (2006); Dan Sarel & Howard Marmorstein, *The Effect of Consumer Surveys and Actual Confusion Evidence in Trademark Litigation: An Empirical Assessment*, 99 TRADEMARK REP. 1416 (2009); Kevin Blum, Ariel Fox, Christina J. Hayes & James (Hanjun) Xu, *Consistency or Confusion?: A Fifteen-Year Revisiting of Barton Beebe’s Empirical Analysis of Multifactor Tests for Trademark Infringement*, 2010 STAN. TECH. L. REV. 3 (2010); Robert C. Bird & Joel H. Steckel, *The Role of Consumer Surveys in Trademark Infringement: Empirical Evidence from the Federal Courts*, 14 U. PA. J. BUS. L. 1013 (2012).

⁶ 連邦政府司法部門の法学研究教育センターの Federal Judicial Center の発行した以下の2冊のマニュアルが実務家に広く利用されている。FEDERAL JUDICIAL CTR., THE REFERENCE MANUAL ON SCIENTIFIC EVIDENCE (3d ed. 2011) (需要者アンケートを含む社会調査に関しては、Shari Seidman Diamond による Reference Guide on Survey Research の章)、FEDERAL JUDICIAL CTR., COMPLEX LITIGATION (4th ed. 2004) (Expert Scientific Evidence に関する23章に 関連の記述がある)。

代表的書籍として、SHARI SEIDMAN DIAMOND & JERRE B. SWANN EDs., TRADEMARK AND DECEPTIVE ADVERTISING SURVEYS: LAW, SCIENCE, AND DESIGN (2012) [hereinafter TRADEMARK AND ADVERTISING SURVEYS]; JACOB JACOBY, TRADEMARK SURVEYS, Vol. I: DESIGNING, IMPLEMENTING AND EVALUATING SURVEY (2013); PHYLLIS WELTER, TRADEMARK SURVEYS (1999); J. THOMAS MCCARTHY, MCCARTHY ON TRADEMARK AND UNFAIR COMPETITION, §32 (5th ed. 2021).

ところが、日本の裁判実務では需要者アンケートが立証手段として用いられることはそれほど多くない⁷。需要者アンケートが活用されない要因として、需要者アンケートを含む科学的証拠に対する法律家の慎重な態度や懐疑心、証拠評価のために必要とされる社会的調査に関する知識不足が挙げられる。そもそも費用の嵩む需要者アンケートは中小企業にとって不利という公平性の問題や、ほかの証拠で事足りる事案での濫用による紛争解決コストの増大という懸念も影響している可能性がある⁹。さらに、需要

⁷ 商標関係訴訟における需要者アンケートの利用の実態について日米比較を行う法社会学的研究として、井上由里子「標識法関係紛争における需要者アンケートー法社会学的分析」日本工業所有権法学会年報42号162頁(2019)。

なお、諸外国の状況についての2013年の調査によれば(INTA Courts and Tribunals Sub-Committee, *Report on Best Practices in Conducting Surveys in Trademark Matters* (2013))、米国の裁判実務で需要者アンケートが受容されているのに対し、イギリス、ニュージーランド、カナダ、インドなどと並んで、日本の裁判所は需要者アンケートの活用可能性に消極的であると整理されている。

⁸ 需要者アンケートが証拠提出された日本の裁判例を整理・分析したものとして、青木博通『新しい商標と商標権侵害』147頁(青林書院、2015)、小野昌延「商標事件におけるアンケート調査ー混同のおそれの調査を中心として」牧野利秋退官『知的財産法と現代社会』419頁(信山社、1999)、同「日本の商標法におけるアンケート調査」原井龍三郎古稀『改革期の民事手続法』122頁(法律文化社、2000)、同編著『新・注解・不正競争防止法[第3版]・上巻』310頁、428頁[芹田幸子・三山峻司](青林書院、2012)。

⁹ 井上・前掲注(7)。法学と科学の微妙な関係や訴訟における科学的証拠の位置づけについて検討する邦語文献として、中村多美子「法と科学の協働に向けて」科学80巻6号621頁以下(2010)、渡辺千原「訴訟と専門知ー科学技術時代における裁判の役割とその変容ー」(日本評論社、2018)、平田光司「法と科学」藤垣裕子 責任編集『科学技術社会論の挑戦2ー科学技術と社会ー具体的課題群』第4章(東京大学出版会、2020)。

なお、実証的証拠が訴訟において受け入れられづらいことは、日本にかぎった現象ではない。Kimberlee Weatherall, *The Consumer as the Empirical Measure of Trade Mark Law*, 80 MOD. L. REV. 1, 57 (2017) は、英法系の商標法制において、需要者アンケートを含め、消費者行動論やマーケティング研究の科学的知見が法実務に容易に受け入れられない実態や背景を論じている。

者アンケートの方法論が確立されていないこと¹⁰も大きな要因の1つとして挙げられる。標識法は企業のマーケティングを通じて消費者の心理に形成されるグッドウィルを保護するための制度であるから消費者行動論、心理学、経営学などの隣接社会科学との交流がもっとあってもよいが、日本ではそうした学際研究が低調であることも背景にあるように思われる。

1.2. 本研究全体の目的と方法

本研究は、「需要者の認識」に関する要件の立証手段としての需要者アンケートについて研究するものである。具体的には、「混同のおそれ」、「普通名称性」および「セカンダリー・ミーニング」の3つの要件について実証分析を通じた検討を行い、日本の法制度に適合する手法の構築を目指す。

本稿の構成は次のとおりである。第2章では「混同のおそれ」、第3章では「普通名称性」、第4章では「セカンダリー・ミーニング」を取り上げ、第5章で全体をまとめる。第2章から第4章はそれぞれ完全に独立した内容になっているので、関心のある章だけ読んでいただいてもかまわない。

いずれの論点についても、まず米国でどんな技法が用いられているか標準的プロトタイプを確認した上で、日本法に整合するよう調整して実査を行い、実用化に向けた各技法の特徴や課題の洗い出しを行う。

「混同のおそれ」と「普通名称性」については、先行研究として、消費者行動研究を専門とする Stanford 大学の Itamar Simonson による実証研究があ

¹⁰ 需要者アンケートの方法論に関する邦語文献としては、井上由里子『「混同のおそれ」の立証とアンケート調査』知的財産研究所編『知的財産の潮流』34頁（信山社、1995）[以下、井上・『「混同のおそれ」の立証とアンケート調査』]、同「普通名称性の立証とアンケート調査：アメリカでの議論を素材に」知的財産法政策学研究20号235頁（2008）[以下、井上・「普通名称性の立証とアンケート調査』]、同『「混同のおそれ」の立証とアンケート調査』小野昌延＝山上和則＝松村信夫編『不正競争の法律相談Ⅰ』249頁（青林書院、2016）、山口朔生「アンケート調査の証拠価値」田倉整古稀『知的財産をめぐる諸問題』649頁（発明協会、1996）、三山峻司「表示法の係争事件における需要者アンケートの実践的な利用方法の検討」産大法学50巻3・4号743頁（2017）、金子直也「知財紛争におけるアンケート調査の利用と証拠価値の評価」特許ニュース14690号2018年5月18日、佐々木通孝「商標の使用による識別力の獲得と需要者アンケート：塔色不動産情報ウェブサイト事件を題材に」IPジャーナル17号90頁（2021）などがある。

る¹¹。Simonsonは、様々なタイプの商標や語を対象とし、複数の技法について横断的に調査を実施し、技法の比較検討を行っている。本研究では、Simonsonの先行研究の方法論をなぞり、先行研究で得られた示唆や残された課題を踏まえながら実証調査を行い各技法間の比較考察を行った。「混同のおそれ」では購買場面の再現性を高める手法について、「普通名称性」では普通名称性の判断基準となる対象表示の独占適応性や信用蓄積の測定手法について、特に注目して検討を行った。

「セカンダリー・ミーニング」については、最近商標登録がなされたオムロンヘルスケア社（オムロン社）の電子体温計「けんおんくん」の商品デザイン¹²について実査を行った。調査では、諸々のバイアスを排除し正味の「セカンダリー・ミーニング」のレベルを把握するため、ランダム化比較試験の手法を参照し複数のコントロール・グループを導入した。コントロール・グループを導入した需要者アンケートは、日本の裁判実務ではあまり使われていない。コントロール・グループの導入によるバイアスの統制の重要性¹³を示すことがこの調査の主たる目的である。

2. 「混同のおそれ」に関する実証研究

本章は「混同のおそれ」の立証として用いられる需要者アンケートの方法論について検討する。Simonsonにより1993年に発表された実証研究を先行研究として位置づけ、同論文と同様に複数の技法で需要者アンケートを

¹¹ Itamar Simonson, *Trademark Infringement from the Buyer Perspective: Conceptual Analysis and Measurement Implications*, 13 J. PUB. POL'Y & MKTG. 181 (1994) [hereinafter Simonson, *Buyer Perspective*]. 同論文の実証研究を別途、論点ごとにまとめた論文として、Itamar Simonson, *The Effect of Survey Method on Likelihood of Confusion Estimates: Conceptual Analysis and Empirical Test*, 83 TRADEMARK REP. 364 (1993) [hereinafter Simonson, *Likelihood of Confusion*]; Itamar Simonson, *An Empirical Investigation of the Meaning and Measurement of Genericness*, 84 TRADEMARK REP. 199 (1994) [hereinafter Simonson, *Genericness*].

¹² 商品の立体的形状のみで登録された立体商標（登録6197317号）。

¹³ See Shari Seidman Diamond, *Control Foundations: Rationales and Approaches*, in TRADEMARK AND ADVERTISING SURVEYS, *supra* note 6, at 201; Mike Rappeport, *Design Issues for Controls*, *Id.* at 217.

実施し技法間の比較検討を行うとともに、購買場面の再現性を高め取引の実情に応じた混同の蓋然性を測定できる技法の開発を行う。

本章の構成は次のとおりである。まず、法律上の「混同のおそれ」概念を概観し需要者アンケートの立証手段としての役割を確認してから(2.1.)、需要者アンケートの活用をめぐる課題点を示す(2.2.)。その後、本章に関連する消費者行動論における専門用語についてのごく簡単な説明をする(2.3.)。ここまでの予備的な説明を踏まえ、本論に移る。

本論では、「混同のおそれ」を立証するための需要者アンケートの複数の技法について紹介した上で(2.4.)、Simonsonの実証研究の概要を紹介する(2.5.)。これを先行研究として、日本法の文脈に置き換え行った今回の実証調査の概要を説明し(2.6.)、調査結果の分析を行う(2.7.)。分析結果から得られる示唆(2.8.)や残された課題(2.9.)を考察し、本章を結ぶ(2.10.)。

2.1. 「混同のおそれ」要件とその立証手段

2.1.1. 法律上の「混同のおそれ」

はじめに、本稿は学際研究であり、法律を専門としない読者のために、本章で対象とする「混同のおそれ」について簡単にまとめておく。

商標法や不正競争防止法には、「混同のおそれ」を要件とする条文が複数存在する。たとえば、不正競争防止法2条1項1号では、登録の有無にかかわらず周知商標の混同的使用を規制する。先行して商品等表示を使用する者(以下、「先行者」)の表示として周知となった商標(以下、「先行商標」)と同一または類似する商標(以下、「後行商標」)を第三者(以下、「後行者」)が無断で使用し、先行者の出所と混同を生じさせる行為は不正競争に該当するとされており、後行商標の使用は差止めや損害賠償の対象となる。商標法4条1項15号では、周知な先行商標との間で混同の生じるおそれのある商標は、商標登録することができないとされている。

先行商標と混同を生じるおそれがある後行商標の使用や登録が規制されるのは、先行者の顧客が奪取される上、後行者の商品(以下、「後行商品」)の品質が劣悪であるか先行者の商品(以下、「先行商品」)の品質と異なる場合には商標に化体された先行者の信用が損なわれるおそれもあり、結果として信用蓄積に向けて努力する事業者のインセンティブが損なわ

れるからである¹⁴。

では、「混同のおそれ」とはどのような概念なのだろうか。法解釈論上の考え方を以下に整理しておく。

「混同のおそれ」の判断主体は「需要者」である。問題の核心は、後行商標に接する者が先行者を出所と誤認するか否かであるから、混同の判断主体は後行商品市場の需要者である¹⁵。商標法4条1項15号では、出願人(後行者)の指定商品の需要者が判断主体となる¹⁶。

混同の判断基準時は、不正競争防止法2条1項1号の差止請求については口頭弁論終結時、損害賠償請求については請求の対象となった使用のなされた時である¹⁷。商標法4条1項15号では出願時および査定時の双方で要件を充足する必要がある¹⁸。

「混同のおそれ」で問われるのは、購買判断における出所混同の蓋然性であり、その判断にあたっては取引の実情が考慮される。たとえば、店舗では先行商品と後行商品が並べて陳列されるとはかぎらないから、需要者は先行商標と後行商標を見比べて(対比的観察)出所の判断をするわけではない。そこで混同判断では、需要者が後行商品のみを見て(離隔的観察)先行者の出所と混同するおそれがあるか否かが検討される¹⁹。

需要者は、どこか特定の出所を指し示す表示として認識していても、具体的企業名を知らないこともある(匿名の出所)。こうした匿名の出所にも信用は蓄積されているので、匿名出所との「混同のおそれ」であっても

¹⁴ 田村善之『不正競争法概説[第2版]』35頁(有斐閣、2003)(以下、「田村・不正競争法」)、同『商標法概説[第2版]』59頁(有斐閣、2000)(以下、「田村・商標法」)参照。

¹⁵ 不正競争防止法2条1項1号の周知性要件に関して、田村・前掲注(14)不正競争法39頁、43頁参照。

¹⁶ 田村・前掲注(14)商標法62頁参照。

¹⁷ 田村・前掲注(14)不正競争法55頁参照。

¹⁸ 商標法4条3項。田村・前掲注(14)商標法62頁参照。したがって、判断基準時から長期間経過している場合、商標の登録要件に係る「混同のおそれ」の立証に需要者アンケートを活用するのは難しくなる。

¹⁹ 田村・前掲注(14)不正競争法84頁。同77頁も参照のこと。

保護される²⁰。

先行者自身が後行商品を製造販売しているという誤認 (source confusion) だけでなく、先行者の子会社や系列企業など関係企業が製造販売しているという誤認 (confusion on sponsorship or affiliation) も「混同のおそれ」に含まれる。講学上、前者は「狭義の混同」、後者は「広義の混同」と呼ばれている²¹。「広義の混同」概念により、先行者と後行者の間に競業関係がない場合 (商品カテゴリーが異なる場合) でも、ブランド拡張に係る先行者の利益が保護される²²。

2.1.2. 「混同のおそれ」の立証手段としての需要者アンケート

「混同のおそれ」を立証する際には、出所を混同した顧客による先行者への問い合わせや、SNS 上の投稿など、具体的な混同の実例が証拠として提出されることがある²³。しかし、こうした手法では需要者層全体でどの程度の混同が生じているのかを推し測ることはできない。そこで、対象となる需要者層の全般的傾向を把握するためには、需要者を母集団として適切に抽出されたサンプル (標本) を対象とした需要者アンケートが有効な手段となりうる。

もっとも、あらゆる事案で需要者アンケートが有用であるとはいえない。たとえば、後行者が先行者と同一の商標を同一の商品に同じような態様で使用している場合など、経験則によって「混同のおそれ」の有無が容易に判断できる場合には、費用をかけて需要者アンケートを実施する意味はない。他方、先行商品と後行商品のカテゴリーが異なり「広義の混同」が問題となる事案などでは、経験則だけで需要者の認識を推認することは困難な場合もあろう。そうした場合に、裁判官等の心証形成を助ける手立てとして需要者アンケートは有用となる²⁴。

なお、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号に関して、著名商標に係る事案では、

²⁰ 不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の周知性要件に関する田村・前掲注(14)不正競争法 70頁の記述参照。

²¹ 田村・前掲注(14)不正競争法86頁、同・前掲注(14)商標法62頁参照。

²² 田村・前掲注(14)不正競争法87頁、同・前掲注(14)商標法60頁参照。

²³ 田村・前掲注(14)不正競争法83頁、同・前掲注(14)商標法63頁参照。

²⁴ 田村・前掲注(4)405頁。

事実としての需要者の混同の生じるおそれがあるか否かにかかわらず著名商標の保護が図られるのが裁判実務であるので、需要者アンケートにより混同がないことを後行者が立証しようとしても空振りに終わるとの指摘もある²⁵。裁判実務の実態はそのとおりであろう。ただ、需要者の混同防止を要件とする不正競争防止法2条1項1号の解釈において、事実としての需要者の混同の有無を吟味することなく規範的判断を優先させることは、解釈論上の限界を超えている²⁶。解釈論の限界を超える「規範的判断の浸食」は是正されるべきであり、著名商標の事案だからといって需要者アンケートが有効な立証手段となりえないというわけではない。

以上のように、経験則によって需要者の認識を推認することが容易でな

²⁵ 田村・前掲注(4)413頁。

同論文が例に挙げるスナックシャネル事件最高裁判決(最判平成6年9月29日知裁集26巻3号1132頁)は、松戸の飲食店密集地にある10坪足らずの小さなスナックの商号「シャネル」について、世界的に著名なフランスの高級ファッション・ブランド「シャネル」との「広義の混同」を認めている。

スナックの「シャネル」表示を見た需要者がフランスの高級ブランド「シャネル」と何らかの関連のある店だろうと誤認するおそれは現実にはない。にもかかわらず混同を認めたのは、需要者の混同の有無という事実問題から離れて、「シャネル」という著名表示を保護すべきだという規範的な判断によるものだろう。

この最高裁の姿勢を前提にすると、先行商標が著名な場合、需要者にほとんど混同がないことを示す需要者アンケートの調査結果を後行者が証拠提出したとしても、後行者には勝ち目がない。田村論文は、こうした点を踏まえ、先行商標が著名な場合に需要者アンケートを行っても意味がないだろうとする。

²⁶ スナックシャネル事件で最高裁が「広義の混同」を認めた背景には特殊事情があった。かつて、「シャネル」のような著名商標について出所の混同がなくとも無断利用を禁ずる規定は不正競争防止法に存在しなかった。下級審裁判例においては、混同の実態がないと考えられる事案でも、著名表示について「広義の混同」を無理に認定するものが散見された。混同の有無にかかわらず著名表示の冒用行為を不正競争とする2条1項2号に設けられたのは、平成5年改正である。

スナックシャネル事件の訴訟が提起されたのはこの規定が新設された後ではあったが、経過措置との関係で同事件には2号の適用ができなかった。最高裁は、平成5年改正前の下級審裁判例と同様に、窮余の策として常識を逸脱した「混同」を肯定したと解される。したがって、同最高裁判決の先例としての価値は必ずしも高いものとはいえない。

い事案においては、需要者アンケートは「混同のおそれ」の立証手段として活用されうるといえるだろう。

2.2. 需要者アンケートの活用をめぐる課題点と本章の目的

「混同のおそれ」を立証するための需要者アンケートの日本の実務における活用にあたっては、以下のような課題が挙げられる。

第一に、日本の実務では混同を調査するための定型的な需要者アンケートの技法は存在せず、どのような種類の技法があるのか実務の関係者に十分に知られていないことである。かぎられたコストと時間の中で、実務家がゼロから調査設計をするのは容易でないだろう。米国では、Exxon法、Eveready法、Squirt法など複数の技法があり、豊富な実践例と文献の蓄積があるので²⁷、本章では、実証研究の紹介に先立って米国で用いられている標準的な技法の概要とその特徴について紹介する(2.4.)。

第二に、技法が知られていないのであるから当然のことではあるが、複数の技法の間で調査結果にどのような相違が生じうるか認識されていないことである。この点、Simonsonによる先行研究では、複数の技法を用いた調査によって、技法間における混同率(出所の混同が推認される者の割合)の相違が実証的に明らかにされている²⁸。日本では、井上が1995年に公表した論文などにおいて、米国で用いられる複数の調査技法が紹介され、各技法により測定される混同率が技法間で大きく異なる可能性が指摘されている²⁹。

だが、こうした内外の知見が日本の実務で十分に生かされているとはいいがたく、証拠評価の際に、技法の特徴にあまり注意を払わずに過去の裁判例で行われた調査の混同率のパーセンテージを過度に重視する傾向がときに見られる³⁰。証拠評価の場面での合理的根拠のないアンカリング

²⁷ *Supra* note 6.

²⁸ Simonson, *Likelihood of Confusion*, *supra* note 11.

²⁹ 井上・前掲注(10)『「混同のおそれ」の立証とアンケート調査』参照。

³⁰ 混同率は、技法によって異なるばかりでなく、バイアスの統制がどの程度なされているかによって同じ技法でも大きな相違が生じる可能性がある。したがって、過去の調査で得られた混同率の絶対値をベンチマークとすることには慎重であるべきである。

効果を抑制するには、異なる技法によって導かれる測定結果がどのように異なるのかを実証を通じて示すことが有用であろう。そこで本章では、米国でのSimonsonの先行研究と、日本で実施した本実証研究を紹介し、各技法の特徴や課題を検討する(2.5.以下)。

第三に、混同調査では、購買場面の再現性を高めることが課題とされている。需要者アンケートによって測定したいのは購買場で需要者が出所を混同する蓋然性である。「混同のおそれ」の判断で考慮すべき取引の実情は事案により異なるが、現在米国で主流となっているEveready法は購買場面の再現性に乏しく、取引の実情を反映した混同率の測定を行うことが難しいと指摘されている。この点に関して、Simonsonの実証研究は、心理学の実験でしばしば用いられる場面想定法(シナリオ実験法)³¹を用いて購買場面の条件の操作を試みている。本章では、Simonsonの実証研究と本実証研究の調査結果をもとに、購買場面の再現性を向上するための手法を検討する。

2.3. 本研究に関わる消費者行動論の諸概念

本題に入る前に、法学分野でなじみのない消費者行動研究における諸概念について、ごく簡単に紹介しておく。

2.3.1. 「関与度」と「消費者知識」

個人の心理における出所の混同の発生にどのような個人差要因が関わっているのであろうか。混同発生に影響する個人差要因を明らかにすることは、法律上の概念である「混同のおそれ」の理解にも有用であると考えられる。

混同発生への関与が考えられる個人差要因として、年齢・性別・学歴・居住地などの人口統計的な属性のほか、「関与度」や「消費者知識」がある。消費者行動研究において、消費者行動に影響を与える個人差要因として重視されるのは、動機づけと能力の2点である。動機づけは製品やブラ

³¹ 場面想定法については、安藤清志=村田光二=沼崎誠編『社会心理学研究入門 [補訂新版]』157頁(東京大学出版会、2017)、村田光二=山田一成=佐久間勲編著『社会心理学研究法』112頁(福村出版、2007)等参照。

ンドへの興味関心の程度などの「関与度 (involvement)」、能力は「消費者知識 (consumer knowledge)」で表わされる。「消費者知識」は、一般に、「精通性 (familiarity)」と「専門的知識力 (expertise)」に分けられる。「精通性」は、商品カテゴリーの購買経験や使用経験など経験を通じて形成される知識の量的側面であり、「専門的知識力」は消費者が購買や使用を円滑に遂行する能力を知識の側面から捉えたものといわれており³²、精通性が高まると専門的知識力も高まるとされている^{33 34}。

2.3.2. 「ブランド知識」と「連想ネットワーク」

混同調査の技法には、後行商標を呈示し出所に関連する情報を自由記述で回答させ、その回答から混同の有無を判断するものがある(後述のExxon法、Eveready法、場面想定法)。こうした調査技法では、出所の混同が生じていても、先行商標に関わる情報が記載されていなければ混同を把握できない。先行商標に関する情報を思い起こして回答に記述できるかどうかは、消費者のブランドに関わる知識構造やブランド連想のありようにかかっている。したがって、ブランドに関する知識や連想は、混同調査の方法論を検討する上でも重要である。

「ブランド連想」はブランド・イメージの構成要素で、消費者が有するブランド知識の構成要素でもあるとされている³⁵。消費者の心理においては、商品の機能・属性といった客観的事項や商品に関わる自らの経験などが、まとまりをもった「認知の構造」として貯蔵されている。それが「ブランド知識」である。ブランド知識の構造を理解するモデルの1つが「連想ネ

³² Joseph W. Alba & J. Wesley Hutchinson, *Dimensions of Consumer Expertise*, 13 J. CONSUM. RES. 411 (1987).

³³ Joseph W. Alba & J. Wesley Hutchinson, *Knowledge Calibration: What Consumers Know and What They Think They Know*, 27 J. CONSUM. RES. 123 (2000).

³⁴ 消費者行動研究の分野では、「消費者知識」の一面を示す商品カテゴリーに関する「精通性」を独立変数として、消費者行動について実証分析がなされることが多い。たとえば、勝又壮太郎=西本章宏『競争を味方につけるマーケティング-脱コモディティ化のための新発想』83頁(有斐閣、2016)。

³⁵ Kevin Lane Keller, *Conceptualizing, Measuring, and Managing Customer-Based Brand Equity*, 57 J. MKTG. 1 (1993).

ネットワーク」である。連想ネットワークのモデルでは、あるブランドを中心に、個別の情報がネットワーク状に位置づけられているとされている³⁶。

2.3.3. 「ブランドの混乱 (consumer confusion)」

消費者行動研究には、「消費者の混乱 (consumer confusion)」という概念がある。このうち、「情報の類似性による混乱 (similarity confusion)」の一種である「ブランドの混乱 (brand confusion)」が、法律上の混同概念と一定の関係をもっていると思われる³⁷。「ブランドの混乱」については、消費者行動論の分野で多くの実証研究があるが³⁸、状況の類似性がブランドの混同を生じさせる要因になることが指摘されている。

2.4. 「混同のおそれ」を立証するための需要者アンケートの技法

本研究に関わる予備知識を踏まえたところで、いよいよ本論に入る。

「混同のおそれ」を立証するために実施される需要者アンケートの技法として、米国の裁判実務では3つが知られている。それぞれの技法が最初に用いられた訴訟で争われた商標を名に冠して、Exxon法、Eveready法、Squirt法と呼ばれている。

以下では、SimonsonがEveready法を発展させ考案した場面想定法³⁹も含め、4つの技法を紹介する。混同調査の設計思想は、後行商標を刺激として呈示し回答者の心理に混同が生じるかどうかを観察する「実験」型の技

³⁶ たとえば、ブランドに関する連想ネットワークについては、上田雅夫「連想ネットワークのブランド管理への活用—個人のブランド連想ネットワークの収集とその活用」早稲田大学博士論文(2016)参照。

³⁷ 「消費者の混乱」に関する文献については、永井竜之介「消費者の混乱に対するアプローチ」マーケティングジャーナル34巻4号185頁(2015)参照。

³⁸ Jean-Nöel Kapferer, *Brand Confusion: Empirical Study of a Legal Concept*, 12 PSY. & MKTG. 551 (1995); Maureen Morrin, Jonathan Lee & Greg M. Allenby, *Determinants of Trademark Dilution*, 33 J. CONSUM. RES. 248 (2006); Takuya Satomura, Michel Wedel & Rik Peters, *Copy Alert: A Method and Metric to Detect Visual Copycat Brands*, 51 J. MKTG. RES. 1 (2014); Gianfranco Walsh, Thorsten Henning-Thurau & Vincent-Wayne Mitchell, *Consumer Confusion Proneness: Scale Development, Validation, and Application*, 23 J. MKTG MGMT. 697 (2007).

³⁹ Simonson, *Likelihood of Confusion*, *supra* note 11, at 371.

法と、先行商標と後行商標を並べて回答者に呈示し、両者が同一の出所を示すものと思うかどうかを問う「世論調査」型の技法に大別されるので、それらの違いに注意を払って説明する。

2. 4. 1. Exxon法：第一想起企業（top of mind）を問う

Exxon法は、回答者に後行商標を呈示し最初に想起される企業（第一想起企業）を自由記述式で回答させるもので、先行者の企業名が記載されている場合に「混同のおそれ」があると判定される⁴⁰。

この技法が用いられたのは、エンジンオイルについての被告Texas Motor Exchange of Houston社の商標「Texon」と原告Exxon社の商標「Exxon」との間に混同を生ずるおそれがあるか否かが争われた訴訟である⁴¹。原告側の実施した需要者アンケートでは、回答者に「『Texon』を見て何が思い浮かびますか」と尋ね、続けて「『Texon』を見て思い浮かぶ企業名は何ですか」と尋ねる。「Exxon」や「Exxon Corp.」と答えれば、混同（連想）が生じていると判定される。後行商標を刺激として呈示し回答者の心理に生じる反応を観察するという意味で、Exxon法は「実験」型の手法ということができる。

この技法の致命的な欠陥は、先行商標の企業名を出所として想起したのではなく、それ以外の理由で先行者企業を想起した場合でも、混同が生じていると判定されてしまう点である⁴²。たとえば、後行商標「WANASONIC」を見て、単なる類似性に基づく語の連想から先行商標「PANASONIC」を第

⁴⁰ *Id.*, at 367.

⁴¹ Exxon Corp. v. Texas Motor Exchange of Houston, Inc., 628 F.2d 500, 504, 208 USPQ 384, 391 (CA 5 1980).

⁴² Exxon事件の実際の需要者アンケートでは、補助質問で「どうしてそう回答したのですか」と理由を問い、出所の認識とは無関係に原告の企業名を回答している場合は「混同がある」とするカウントから除外していた。そのため、裁判所は、この調査結果を「混同のおそれ」を肯定する方向で斟酌した。もっとも、このような補助質問では出所と関わりなく想起された回答を排除しきれないという批判もある。Jerre B. Swann, *Likelihood of Confusion*, in TRADEMARK AND ADVERTISING SURVEYS, *supra* note 6, at 53, 74.

一想起した場合も、両商標の間で出所の混同が生じていると判定される⁴³。もつとも、連想すらされない先行商標について出所の混同が生じるとは考えられないので、それを逆手にとり「混同のおそれ」を否定するためにExxon法を用いることはありうる⁴⁴。

なお、Exxon法では、回答者が調査目的を付度して調査者の期待に添う回答をしようとする傾向(「要求特性(demand characteristics)」⁴⁵)が働くことも指摘されている⁴⁶。

2.4.2. Eveready法：出所情報を問う

Eveready法は、後行商標だけを呈示して、企業名など出所を特定できる情報を自由記述式で回答させるもので、その記述から出所を先行者と誤認しているかが判定される⁴⁷。

この技法が最初に用いられたEveready事件では、電球に付された被告商標「Ever-Ready」について、原告Union Carbide社の電球の「Eveready」商標との混同の有無が争われた⁴⁸。原告側の実施した需要者アンケートでは、被告商標「Ever-Ready」の付された電球を見せて、「『Ever-Ready』はどのメ

⁴³ Exxon法で導かれる回答には単なる連想も含まれるため、本章ではExxon法の測定値を適宜、「混同(連想)率」と表記する。

⁴⁴ Swann, *supra* note 42, at 74.

⁴⁵ 心理学実験等の参加者(回答者)は、実験の目的や実験実施者が望む回答を付度し、それに沿った行動(回答)をすることがある。参加者のこうした推測・行動を生む調査設計上の特徴全般を、「要求特性(demand characteristics)」という。Martin T. Orne, *On the Social Psychology of the Psychological Experiment: With Particular Reference to Demand Characteristics and their Implications*, 17 AM. PSYCH. 776, 779 (1962).

⁴⁶ Simonson, *Buyer Perspective*, *supra* note 11, at 183.

⁴⁷ Simonson, *Likelihood of Confusion*, *supra* note 11, at 368.

米国の裁判実務で実際に使われているEveready法の質問票には様々なバリエーションがある。質問票の文言のわずかな相違で測定結果に大きな差異が生じることを実証実験によって示した上で、よりバイアスの小さな標準的な質問票を提案するものとして、Eric D. DeRosia, *Fixing Ever-Ready: Repairing and Standardizing the Traditional Survey Measure of Consumer Confusion*, 53 GA. L. REV. 613 (2019).

⁴⁸ Union Carbide Corp. v. Ever-Ready, Inc, 531 F.3d 366, 381-82, 188 USPQ 623, 640-41 (CA 7 1976), cert denied 429 US 830, 191 USPQ 416 (1976).

「メーカーが販売していると思いますか」、「なぜそう思ったのですか」、「『Ever-Ready』のメーカーの商品でほかに知っているものがあれば教えてください」という一連の質問がなされた。地裁はこの技法による調査には信用性がないとして証拠価値を認めなかったが、第3巡回区連邦控訴裁判所は回答者の55%が原告を出所として想起しているという調査結果の妥当性を認め、「混同のおそれ」を認めるのに十分であるとした。

この技法も回答者の心理において出所の混同が生じているかを観察する「実験」型の技法であるが、Exxon法とは異なり、出所の混同に焦点を当てた質問設計となっている。今日の米国の裁判実務上、Eveready法は周知性の高い商標に関する混同調査の標準的な手法で、最もよく用いられている⁴⁹。なお、先行商標が第一想起するほど記憶に定着しているブランドでなければ、自由記述で回答を引き出すのは困難なため、Eveready法による混同の測定には限界があるという指摘もある⁵⁰。

しばしばいわれるEveready法の課題は、購買場面の再現性が十分でないという点である⁵¹。実際の購買判断における消費者の注意水準は、商品カテゴリーの属性、商品の価格、同じ棚にいっしょに陳列される競合商品や店舗の種別などの取引の実情に依存し、消費者個人の当該商品カテゴリー

⁴⁹ Swann, *supra* note 42, at 54.

⁵⁰ *Id.*, at 57.

なお、WELTER, *supra* note 6, § 24.03[1][c] は、先行商標がその商品カテゴリーの第一想起ブランド (top-of-mind awareness) でなければ Eveready 法で混同の蓋然性を測定することは難しいと指摘するが、Hal Poret, *An Empirical Assessment of the Eveready Survey's Ability to Detect Significant Confusion in Cases of Senior Marks That Are Not Top-of-Mind*, 109 TRADEMARK REP. 935 (2019) は、実証研究に基づき、第一想起ブランドでなくとも Eveready 法による混同の測定は可能であると反論している。

Eveready 法が適応となる事案類型に関しては、Jerre B. Swann, *Eveready and Squirt: Cognitively Updated*, 106 TRADEMARK REP. 727 (2016); Jerre B. Swann & R. Charles Henn Jr., *Likelihood of Confusion Surveys: The Ever-Constant Eveready Format: The Ever-Evolving Squirt Format*, 109 TRADEMARK REP. 671 (2019); Bruce Isaacson & Keith A. Bother, *When to Conduct an Eveready Survey: The Importance of Aided Awareness*, 111 TRADEMARK REP. 693 (2021) も参照のこと。

⁵¹ Itamar Simonson & Ran Kivets, *Demand Effects in Likelihood of Marketplace Condition*, in TRADEMARK AND ADVERTISING SURVEYS, *supra* note 6, at 243.

に対する関与度(興味関心)や消費者知識などによっても左右されると考えられる。ところがEveready法では、商標を呈示し企業名を思い出すよう促すことで強制的に出所に意識を向けさせており、購買場面の心理状態からは乖離しているために混同率の正確な測定が難しい。

そのほか、種々のバイアスの影響を統制することの重要性も指摘されている⁵²。たとえば、先行商品の市場シェアの大きい事例において、要求特性に基づく推測バイアスにより「混同のおそれ」があると判定された回答が40%にも上った例も報告されている⁵³。

2.4.3. Squirt法：同一出所の商品と思うか意見を問う

Squirt法は、商品概要とともに先行商標と後行商標の両方を同時に呈示し、両者が同一企業または関連企業の商品であると思うかどうかを選択式で回答者に尋ねるもので⁵⁴、回答者が肯定すれば、混同が生じていると判定される。

Squirt法が用いられたのは、原告Squirt社の清涼飲料水についての「Squirt」商標と被告Seven-up社の「Quirst」商標の間の紛争事案である⁵⁵。原告側の実施した需要者アンケートは、「『Squirt』の清涼飲料水と『Quirst』の清涼飲料水は同じ会社が販売していると思いますか、違う会社が販売していると思いますか」と尋ね、その理由を問うというものであった。調査の結果、全回答者の45%が同じ会社の商品だと思うと回答していた。裁判所はこの調査結果を考慮し「混同のおそれ」を認めた。

「混同のおそれ」の判断で問われるのは、購買場で後行商標の付された商品を見て先行商品だと誤認するおそれがあるかどうかである。Exxon法、Eveready法や後述の場面想定法は、後行商品に接した回答者が出所を先行者と誤認しているか否かを様々な質問に対する自由記述式の回答を通じて観察する「実験」型の技法であるが、Squirt法の設計思想はこれとは全く異なる。Squirt法は、先行商標と後行商標を並べて

⁵² Swann, *supra* note 42.

⁵³ Simonson & Kivets, *supra* note 51, at 243.

⁵⁴ Simonson, *Likelihood of Confusion*, *supra* note 11, at 370.

⁵⁵ Squirt Co. v. Seven-Up Co., 207 USPQ 12, 20-21 (ED Mo 1979), *aff'd* 628 F.2d 1086, 207 USPQ 897 (CA 8 1980).

呈示し、両者が同一の出所を示すものと思うかどうか、直接需要者の見解を訊こうとする一種の「世論調査」といえるだろう。

Squirt法の利点は、選択式であるため集計が容易で、調査者の恣意が入り込む余地がないことである。一方弱点は、その設計思想からして当然のことであるが、回答者が購買場面で混同する蓋然性について測定するものではないという点である。その意味で、混同のおそれを判断するのに妥当な情報となるかについては疑問が残る。また、実際の購買場面では、後行商品は常に先行商品と並んで陳列されているとはかぎらないが、Squirt法では併置されており両商標の違いをつぶさに確認できるので、「同一出所と思わない」という回答が増え、事案によっては混同率がほかの技法より低くなりうる^{56 57}。

2.4.4. 場面想定法 (Simulated Choice) : 商品レビューを求める

Simonsonによって考案された場面想定法 (simulated choice)⁵⁸は、Eveready法の課題であった購買場面の再現性を向上させるために考案された「実験」型の技法である。実際の購買場面で混同が生じるかを確認する方法として、実店舗での実験例も見られるが⁵⁹、費用が嵩み手間暇もかかる上、条件を

⁵⁶ Simonson, *Likelihood of Confusion*, *supra* note 11, at 370-71.

⁵⁷ こうした問題に対応するため、今日ではSquirt法の改良版が用いられることが多い。たとえば、(1) 先行商標と後行商標に加えて多数の商標を同時に呈示して、同一または関連出所に由来すると思う商標を選び出させる手法、(2) 最初の部屋で先行商標だけを呈示した後、次の部屋で後行商標とともに同じ商品カテゴリーの複数の商標のラインアップを呈示して、最初の部屋で見た先行商標と同一または関連する出所の商品を選ばせる手法 (two-room line-up study) などである。Swann, *supra* note 42, at 65-66.

⁵⁸ Simonson, *Likelihood of Confusion*, *supra* note 11, at 376. Simulated Choice法の直訳は「模擬選択法」であるが、回答者の「購買選択」が調査の目的であるかのような印象を与えかねないため、本研究では「場面想定法」という用語を用いる。場面想定法による心理実験は「シナリオ実験」とも呼ばれ、ある状況 (シナリオ) を経験したとしたら、どのように行動・反応するかを想像させ、それを回答させる実験手法を指す。詳しくは、前掲注 (31) の文献参照。

⁵⁹ *ConAgra, Inc. v. Geo. A. Hormel & Co.*, 784 F. Supp. 700 (D. Neb. 1992). 実店舗で回

統制して混同率を測定するのが容易でない。場面想定法はそうした点も克服する、より簡便な「質問紙実験」である。

具体的には、後行商品とともに実在する競合他社の商標（以下、「第三者商標」）が付された商品（以下、「第三者商品」）を同時に呈示し、それぞれの商品概要や価格なども表示する。その上で、各商品についての評価や選択理由（商品レビュー）をできるだけ詳しく記載させ、どちらの商品を購入したいかも選択させる。後行商品の商品レビューに先行者を出所と混同していると推認される記述がある場合、「混同のおそれ」があると判定される⁶⁰。

商品レビューでは、メーカー名やブランドにかぎらず、商品の品質や製造地、目にしたことのある広告など、購買場面で想起するであろう様々な要素を自由に記載できる。このため、Eveready法のように出所だけに注意が向けられることなく、購買場面の自然な心理状態に近づけることができる。

商品レビューを求める調査はマーケティング・リサーチではよく行われる手法であり、回答者に調査の真の目的が商標の混同調査であるとは気づかれにくい。したがって、場面想定法は、調査の目的を付度し調査実施者に迎合しようとする要求特性によるバイアスも抑制できる。

さらに、どちらを購入したいか問う質問への回答から、混同に起因する先行商標の売上減少の程度を知ることも可能となる⁶¹。

他方で、場面想定法では、必ずしも先行商標との出所混同が生じているか否かを判断するに足る情報を商品レビューから得られるとはかぎらない。出所に関わる情報を含む回答を得られるよう個別事案に応じて質問文を工夫する必要がある⁶²。

2.4.5. 小括

本節では、米国で裁判実務上用いられている技法である Exxon 法、

答者に商品購買選択をさせた上で、後行商品を購入したいと回答した者が先行商品と混同しているかどうかを調査した。

⁶⁰ Simonson, *Likelihood of Confusion*, *supra* note 11, at 378. 詳細は、2.5.3.4. 参照。

⁶¹ 詳細は、2.5.3.4. を参照。

⁶² Simonson, *Likelihood of Confusion*, *supra* note 11, at 388.

Eveready法、Squirt法の3つとSimonsonの考案した場面想定法を紹介した。

設計思想で分類すると、後行商標を刺激として呈示した際の回答者の反応を観察する「実験」型の技法（Exxon法、Eveready法および場面想定法）と、先行商標と後行商標の両方を見比べさせて同一の出所と思うか意見を問う「世論調査」型の手法（Squirt法）に大別される。各技法の概要は表1に整理した。

「実験」型の手法のうち、後行商標からの連想を問うExxon法は、出所と関わりのない単なる連想による回答も含まれるため、出所混同の有無を測定するものとはいいがたい。Eveready法は出所に焦点を当てたもので、米国では混同調査の標準的技法として用いられているが、出所に強制的に意識を向けさせるため購買場面の心理状態と乖離している点で課題が残る。Simonsonによる場面想定法は、購買場面に近い場面を設定し、後行商品に関する商品レビューの記述から混同の有無を判定するもので、Eveready法より購買場面の再現性を高めた手法である。ただ、商品レビューで混同判定に足る出所情報を引き出すための工夫が必要となる。

先行商標と後行商標を並べて呈示し同一の出所と思うか否かを選択させるSquirt法は、需要者に意見を表明させる「世論調査」型の手法である。選択式のため結果の集計は容易であるが、回答者の心理に混同が生じているかどうかを測定することを目的とした手法ではない。

表1 混同調査に関する技法の整理

技法名	設計思想	概要（回答形式）	課題・留意点
Exxon法	実験型	第一想起企業を問う（自由記述）	・出所と関係のない連想による回答も含む
Eveready法	実験型	出所情報を問う（自由記述）	・購買場面の再現性に乏しい ・推測バイアスが大きい ・具体的な出所関連情報が言語化されなければ混同を捕捉できない
Squirt法	世論調査型	同一出所の商品と思うか意見を問う（選択式）	・回答者の心理に混同が生じているかどうかを測定するものではない
場面想定法 (Simulated Choice)	実験型	仮想購買場面での商品レビューを求める（自由記述）	・商品レビューに先行商標の出所関連情報が記載されなければ混同を捕捉できない

2. 5. 先行研究：Simonsonによる実証研究

本研究が下敷きとする Simonson の実証研究⁶³について、以下で詳述する。

2. 5. 1. 研究の目的

Simonson は、「混同のおそれ」を測るための技法を複数比較し、それぞれの特徴を捉えるとともに、購買場面の再現性の高い技法を開発することを目的として実証研究を行っている。対象とする技法は、Exxon 法、Eveready 法、Squirt 法、および場面想定法の 4 つである。Simonson の研究では、人口統計学的属性や、商品カテゴリーに関する関与度や消費者知識などの個人差要因が混同発生に与える影響についても分析されている。

2. 5. 2. 調査の概要⁶⁴

2. 5. 2. 1. 対象商標セット

調査の対象は、表 2 に示された 12 の商標セットである。

表 2 対象商標セット

【後行商標】(後行商品カテゴリー)	【先行商標】(先行商品カテゴリー)
Holiday Out (キャンプ場)	Holiday Inn (ホテルチェーン)
Reo (クッキー)	Oreo (クッキー)
RC-CAM (ビデオカメラ)	RCA (ビデオカメラ)
New Spice (デオドラント)	Old Spice (デオドラント、ポマード等)
Plasticmaid (食品保存容器)	Rubbermaid (食品保存容器)
Danfree (低乳脂肪ヨーグルト)	Dannon (ヨーグルト)
Texon (エンジンオイル)	Exxon (エンジンオイル)
Packard (PC)	Hewlett Packard (PC)
Oral Z (歯磨き用ペースト)	Oral B (歯磨き用ペースト)
Tuna of the Sea (マグロ缶)	Chicken of the Sea (マグロ缶)
Wanasonic (ビデオデッキ)	Panasonic (ビデオデッキ等家電)
Ronex (腕時計)	Rolex (腕時計)

⁶³ Simonson, *Likelihood of Confusion*, *supra* note 11; Simonson, *Buyer Perspective*, *supra* note 11.

⁶⁴ Simonson, *Likelihood of Confusion*, *supra* note 11, at 373-80.

商標セットの候補は、先行商標と後行商標が構成上紛らわしいもの、商標の構成上の区別は容易につくが出所の混同が生じやすいと考えられるものなど種々のタイプが選択されている。実際に訴訟で争われた商標セットも含まれている。

2.5.2.2. 調査対象者

対象商標セットの後行商品の需要者はいずれも一般消費者である。スーパーなどの店舗来店者や美術館来訪者、宗教団体、PTAなどの会員から集められた一般消費者992人が調査対象者とされた。年代は20代から70代までで、男女の比率は半々である。調査対象者には2ドルの報酬が支払われた。

2.5.2.3. 調査の手順

Simonsonの実証調査は、会場に調査対象者を集めて実施する会場調査（CLT：Central Location Test）である。

各回答者に調査技法の1つをランダムに割り当て、12の商標セットすべてについて当該技法により回答させた。

後行商標を見て不審に感じないように、質問票の冒頭で、調査対象の商標はすべて実在のものであるが、一部の商標は地域限定のものでなじみのないものもありうると説明された。

質問票の最後に、年齢、学歴、性別、居住地など人口統計学的な属性を尋ねるフェイスシートが設けられている。また、混同に影響を与える個人差要因を探るため、各商標セットの後行商品の商品カテゴリー（以下、「後行商品カテゴリー」）の購買・使用経験など「精通性」を3件法で測定する質問も置かれている。

2.5.3. 質問票

各技法に係る質問票と結果の集計方法について、ここでは「PANASONIC」と「WANASONIC」の商標セットを例に説明する。

2.5.3.1. Exxon 法

Exxon 法では以下のような質問票が用いられた。

【商品説明】

商品カテゴリー：ビデオデッキ

商品概要：4ヘッド、4番組/月の予約録画、操作画面、リモコン

価格：259ドル

【呈示ブランド】

「WANASONIC」

【質問】

問1：この商標を見て最初に何を思いつきますか。

What is the first thing that comes to mind when looking at this brand name?

問2：どうして、そう思いましたか。

What was that about the brand name that made you say that?

問3：この商標を見て最初に思いつく会社はどこですか。

What is the first company that comes to mind when looking at this brand name?

問4：どうして、そう思いましたか。

What was that about the brand name that made you say that?

問3で「PANASONIC」と答えた者は「混同（連想）あり」とカウントされる。判定にあたっては、言語プロトコル分析の標準的手法に従い、調査目的を知らない2名の判定者により独立に判断された。判断が分かれた場合は協議により判定された。

なお、12の対象商標（後行商標）に加え、一般消費者の間で知名度の高い3つの実在の商標（鎮痛剤の「Tylenol」、野菜ジュースの「V-8」および清涼飲料水の「Sprite」）についても同じ質問票で回答させている。一般によく行われるマーケティング調査であると受け止められるようにして、混同の有無の測定という真の目的に気づかれにくくするためである。なお、対象商標の呈示順による順序バイアスを統制するために、表2とは呈示順

を反対にしたバージョンも用意され、ランダムに割り当てられた⁶⁵。

2.5.3.2. Eveready法

Eveready法では、以下の2種類の質問票が用いられた。

(1) [同一出所の他商品に係る追加質問版]

【商品説明】

商品カテゴリー：ビデオデッキ

商品概要：4ヘッド、4番組/月の予約録画、操作画面、リモコン

価格：259ドル

【呈示ブランド】

「WANASONIC」

【質問】

問1：この商標の商品は、どの会社が提供していると思いますか。

Which company do you think puts out this brand?

問2：どうして、そう思いましたか。

What makes you think so?

問3：この商品の会社が提供している他の製品を挙げてください。

Name other products, if any, put out by the same company.

(2) [回答確信度に関する追加質問版]

【商品説明】

商品カテゴリー：ビデオデッキ

商品概要：4ヘッド、4番組/月の予約録画、操作画面、リモコン

価格：259ドル

【呈示ブランド】

「WANASONIC」

⁶⁵ Simonson の実証研究は紙ベースの質問票を用いた調査であったため、インターネット調査のように呈示順を完全にランダム化することは容易でない。呈示順を逆にしたバージョンを設けて順序バイアスについて一定程度の抑制を図ったものと思われる。

【質問】

問 1 : このブランド名の商品は、どの会社が提供していると思いますか。

Which company do you think puts out this brand?

問 2 : 問 1 の回答に、あなたはどの程度自信がありますか? 0 ~ 100%の間で教えてください。

How confident are you about the company? 0-100

問 3 : 問 1 の回答のように答えたのはなぜでしょうか。

What makes you think so?

いずれのバージョンでも、呈示されたブランドから商品の出所を尋ね、回答理由を問う部分は共通しているが、(1) の [同一出所の他商品に係る追加質問版] (Eveready format with other products question) では、対象商品の企業が提供するほかの商品について尋ね(問 3)、(2) の [回答確信度追加質問版] (Eveready format with confidence question) では、出所を問う質問(問 1) の回答に対する確信度を問う(問 2) 点で異なる。自由記述式回答のコーディングは言語プロトコル分析の標準的手法に従い、調査目的を知らない 2 名の判定者により独立に判断され、判断が分かれた場合には協議により判定された。

いずれも、商品の出所を問う問 1 で「PANASONIC」などと答えた者(理由を問う補助質問の回答で出所の混同が生じていないことが明らかなのは除く)が、「混同のおそれ」があると推認され、「混同あり」にカウントされる。また、Eveready法 [同一出所の他商品に係る追加質問版] で同一出所の他種商品を問う問 3 において「PANASONIC」が提供するほかの商品名を回答し「PANASONIC」との混同が推認される場合も「混同あり」にカウントされた。

対象商標の呈示順による順序バイアスを統制するために、表 2 とは呈示順を反対にしたバージョンも用意され、ランダムに割り当てられている。

2.5.3.3. Squirt 法

Squirt 法では、以下の質問票が用いられた。

【商品説明】

商品カテゴリー：ビデオデッキ

商品概要：4ヘッド、4番組/月の予約録画、操作画面、リモコン

価格：259ドル

【質問】

問1：あなたは、「WANASONIC」のビデオデッキと「PANASONIC」のビデオデッキは同じ会社が製造していると思いますか、それとも違う会社が製造していると思いますか。

同じ 違う

Do you think “WANASONIC” VCRs and “PANASONIC” VCRs are made by the same or different companies?

Same Different

問2：どうして、そう思うのですか。

What makes you think so?

問1で「同じ会社が製造していると思う」と答えた者が「混同あり」にカウントされる（回答理由を問う問2の回答で、出所の混同が生じていないことが明らかなものは除く）。

対象商標の呈示順による順序バイアスを統制するために、表2とは呈示順を反対にしたバージョンも用意され、ランダムに割り当てられている。

2.5.3.4. 場面想定法 (Simulated Choice)

Simonsonによる場面想定法では、以下の質問票が用いられた。

【商品説明】

・以下の商品を購入することを想像してください。

Imagine that you would like to buy a 4-head VCT, with on-screen programming, 1 month/4 event timer, and remote control.

商品カテゴリー：ビデオデッキ

商品概要：4ヘッド、4番組/月の予約録画、操作画面、リモコン

価格：259ドル

- ・店舗で以下の2つのブランドから選ぶことができます。

At the store you have a choice between the following two brands:

WANASONIC (価格: 259ドル)

GOLDSTAR (価格: 259ドル)

【質問】

問1: 「WANASONIC」の優れている点は何ですか。

Advantages of “WANASONIC”: _____

問2: 「GOLDSTAR」の優れている点は何ですか。

Advantages of “GOLDSTAR”: _____

問3: あなたは、どちらのブランドを購入しますか。

Which of these brands would you buy?

後行商標「WANASONIC」と第三者商標「GOLDSTAR」が付された2つの商品候補を回答者に呈示した後に配された「WANASONIC」についての商品レビューを求める質問(問1)で、先行商標「PANASONIC」の商品を以前に買ったときの経験や、先行者の別の家電製品、印象に残っているコマーシャルなどに言及し、「PANASONIC」と出所を混同していると推認される場合には、「混同あり」と判定される。自由記述式回答のコーディングは、言語プロトコル分析の標準的手法に従い、調査目的を知らない2名の判定者により独立に判断され、判断が分かれた場合には協議により判定された。

対象商標の呈示順による順序バイアスを統制するために、表2とは呈示順を反対にしたバージョンが用意され、ランダムに割り当てられている。

この技法で特徴的なのは、後行商標のみを回答者に呈示するのではなく、第三者商標(実在する競業者の商標)を並べて、購買選択をさせていることである。

なお、Simonsonは、同時に呈示する商標の組み合わせを3パターン(パターン①: 後行商標・第三者商標、パターン②: 後行商標・先行商標・第三者商標、パターン③: 先行商標・第三者商標)用意している。先行商標を呈示しないパターン①(離隔的観察)と先行商標と後行商標が同時に呈示されるパターン②(対比的観察)の比較により、離隔的観察では対比的観察と比べて混同が生じやすいという仮説を検証することができる。価格

設定についてもパターンごとに2水準（第三者商品と比較して高価格または同一価格）が設けられた⁶⁶。後行商品の価格に先行商標の価格プレミアムが上乗せされていない場合（たとえば後行商標 Ronex の腕時計の価格が先行商標 Rolex の腕時計よりもずっと安価である場合）は混同が生じづらいという仮説を検証するためである。先行商標と第三者商標のパターン③は、先行商標の認知度を測定し、先行商標認知者推計ベースでの混同率を割り出すためのものである⁶⁷。

以上のとおり、商標の組み合わせパターン3種類と価格設定2水準を掛け合わせた計6グループの想定場面が用意され、被験者間実験計画に基づき、1人の回答者に1つの想定場面がランダムに割り当てられた⁶⁸。

Simonsonの実験では商品レビューをさせた後に、想定場面で示されたどの商品を購入したいか、回答者に購買選択を求めている⁶⁹。出所を混同している回答者グループでの後行商品選択率が、そうでない回答者グループよりも高い場合、混同が購買選択に影響を与えたことを示唆する。両グループの間での後行商品選択率の差から、混同に起因する先行者商品の売上減少の程度を推し測ることも可能になる。購買選択を求めているのはこうした趣旨によるものである。

2.5.4. 調査結果

調査結果は、表3のとおり報告されている。先行商標認知者推計ベースの結果を示している（g欄を除いては、回答者全数ベースの結果が表示されている。つまり、需要者層全体での混同率を示す値ということになる。

各技法を横断的に見ると混同率は技法によって大きく異なっていることがわかる。技法間での混同率の相関は低く、商標セットによって各技法

⁶⁶ パターン①とパターン②では、後行商品の価格について第三者商品より高価格または同一価格、パターン③では先行商標の価格について第三者商品より高価格または同一価格の2種類の価格設定がなされた。Simonson, *Likelihood of Confusion*, *supra* note 11, at 377.

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ *Id.* 被験者（参加者）間実験計画については、たとえば、安藤ほか・前掲注(31)99頁参照。

⁶⁹ Simonson, *Likelihood of Confusion*, *supra* note 11, at 377.

の混同率の現れ方も様々であったと報告されている。以下では、Simonson による各技法の調査結果のまとめと考察を簡単に紹介しておく⁷⁰。

表3 Simonsonの実証研究の集計結果⁷¹

Junior (infringing) Brand	Senior Brand	Exxon format (a)	Eveready format with other products question (b)	Eveready format with confidence question (c)	Squirt format (d)	Simulated choice (e)	Simulated choice with senior & junior brands side-by-side (f)	Simulated choice as % of senior brand awareness (g)
Holiday Out (campgrounds)	Holiday Inn	73%	20%	24%	12%	6%	3%	8%
Reo (cookies)	Oreo	80%	48%	37%	12%	21%	3%	22%
RC-CAM (camcorder)	RCA	42%	23%	33%	32%	20%	4%	24%
New Spice (deodorant)	Old Spice	73%	28%	23%	31%	33%	17%	37%
Plasticmaid (food container)	Rubbermaid	52%	47%	38%	24%	23%	5%	26%
Danfree (light yogurt)	Dannon	66%	70%	55%	60%	19%	5%	22%
Texon (motor oil)	Exxon	40%	17%	15%	14%			
packard (PC)	Hewlett Packard	47%	44%	53%	49%	61%	13%	65%
Oral Z (tooth paste)	Oral B	55%	22%	16%	37%	14%	6%	23%
Tuna of the Sea (tuna)	Chicken of the Sea	47%	28%	16%	37%	52%	18%	65%
Wanasonic (VCR)	Panasonic	83%	53%	24%	7%	7%	3%	7%
Ronex (watch)	Rolex	71%	26%	16%	3%	10%	1%	10%
AVERAGE		61%	36%	29%	26%	24%	6%	28%

- (a) 欄：Exxon法による混同（連想）率
- (b) 欄：Eveready法 [同一出所の他商品に係る追加質問版] による混同率
- (c) 欄：Eveready法 [回答確信度追加質問版] による混同率
- (d) 欄：Squirt法による混同率
- (e) 欄：場面想定法 (Simulated Choice) の商標セットのうち、先行商標を後行商標と並べて呈示しない離隔的観察 (パターン①) における混同率
- (f) 欄：場面想定法の商標セットのうち、先行商標を後行商標と並べて呈示する対比的観察 (パターン②) における混同率
- (g) 欄：場面想定法で、先行商標認知者推計をベースとする混同率

2.5.4.1. Exxon法

4つの技法の中で、概して最も高い混同（連想）率となったのがExxon法である。個人差要因を見ると、被告商品カテゴリについての精通性(購

⁷⁰ *Id.*, at 380-84.

⁷¹ *Id.*, at 392. Appendix BのTableをもとに作成した。

買・使用経験)が高いほど、そして高学歴なほど混同(連想)率は高い数値となっている。

先行者の企業名やブランドを回答した理由は、「商標が似ているから」が最も多く、次いで「模倣品だと思って先行企業を想起した」という回答も多かった。

2.5.4.2. Eveready法

Eveready法は、概してExxon法よりもかなり低く、そのほかの技法よりはやや高い混同率であった。個人差要因については、被告商品カテゴリについての精通性(購買・使用経験)が高いほど、Eveready法による混同率は高い(精通性が高い回答者はそれ以外の回答者に比べて15%混同率が高かった)。人口統計学的属性に関しては、若年層ほど混同率が高い値となった。

先行者の企業名やブランドを回答した理由は「商標が似ているから」とするものが多く、また、その企業が提供する対象商品以外のほかの商品を挙げる回答で「混同あり」と判定されたものも多かった。

Eveready法の2つのバージョンのうち[同一出所他商品に係る追加質問版]では、問1で先行者の企業名を回答していなくとも、同一出所のほかの商品に関する補助質問(問3)で先行者の企業名を回答した場合には、「混同あり」とカウントされる。そのため、出所に関する問1の回答の確信度を問う質問を挿入した[回答確信度追加質問版]に比べて、混同率がやや高い。

[回答確信度追加質問版]では、出所として想起する会社についての問1の回答に「自信がない」とする回答者が多かった(12商標中9つは確信度50%以下)。Simonsonは、Eveready法で出所を先行者とする回答の多くは推測にすぎず、実際の購買場面で混同が生じるものではないと指摘する。また、商品カテゴリに精通している者ほど混同率が高いという結果も得られていることから、消費者知識のある者が、自身の知識を示そうともっともらしい推測により回答している可能性があると考えしている⁷²。

⁷² *Id.*, at 386.

2.5.4.3. Squirt法

Squirt法における混同率の平均は、Exxon法とEveready法よりも低かった。設計思想の相違にもかかわらず、Squirt法の結果は、概して場面想定法の結果と近い値になったが、対象商標によっては大きな乖離が見られる。購買・使用経験などの商品カテゴリーについての精通性や人口統計学的属性などの個人差要因の混同率への影響は認められなかった。

「混同あり」にカウントされた回答の理由は、「商標が似ている」、「先行商標から後行商標のような拡張がなされておかしくない」、「後行商標の使用は商標法で許されないはずだ」などというものであった。一方、「混同あり」にカウントされなかった回答の理由は、「商標が似ていない」、「先行商品のまがい物、模倣品だ」、「先行者が後行商標のような商標を使うはずはない」というものである。

Squirt法では、その原理上、先行商標を知らず本来混同するはずのない者が同一出所だと思いと回答した場合でも「混同あり」にカウントされる。[Oral Z]のSquirt法での混同率が、Eveready法や場面想定法よりも高いことについて、Simonsonは、質問の中で初めて先行商標[Oral B]を知った者が「同一または関連企業の商品だと思う」と自らの見解を表明した回答も含まれていることによるものだろうと述べている⁷³。

2.5.4.4. 場面想定法

場面想定法による混同率はほかの技法と比較して相対的に低く、平均ではSquirt法と同程度であった。個人差要因による傾向を見ると、購買・使用経験などの商品カテゴリーについての精通性も、人口統計学的属性も、混同率への影響は認められなかった。

場面想定法については、回答者全数ベースの混同率(表3(e)欄)と先行商標認知者推計ベースの混同率(同(g)欄)が示されている。先行商標認知者推計をベースとする混同率は回答者全数ベースでの混同率よりも当然のことながら高くなる。特に、たとえば[Oral Z]のように先行商標[Oral B]の認知度が比較的低い場合(62%の認知度)、回答者全数ベースの混同率(14%)と先行商標認知者推計ベースの混同率(23%)の差が、ほかの

⁷³ *Id.*, at 387.

商標セットに比較して大きくなっている。

離隔的観察のパターン①での混同率（同(e)欄）は、対比的観察のパターン②での混同率（同(f)欄）よりも顕著に高くなった。たとえば、「Ronex」を第三者商標だけと並べて呈示したパターン①の混同率は10%だったが、「Ronex」と「Rolex」を並べて呈示して対比的観察をさせたパターン②の混同率は1%にすぎなかった。現実の購買場面では、先行商品と後行商品が同じ陳列棚に並んでいるとはかぎらないので、一般には、第三者商標と比較させる離隔的観察のパターン①が購買場面の再現性に優れている。価格水準に関しては、後行商品の価格が第三者商品よりも高い場合、第三者商品と同じ価格である場合に比べて、混同率はわずかに高かったが、統計的に有意な差ではなかった⁷⁴。

場面想定法の質問票では、問3で呈示された商品のいずれを購入したいかを尋ねている。これは、出所の混同がどの程度先行商品の売上を減少させるのかを調べるための質問である。購買選択の結果と混同率との相関を見ると、先行商標と混同をしていない回答者が後行商品を選択する割合は9%であるのに対して、先行商標との混同が生じている回答者で後行商品を選択する者は56%にも上っており、混同が先行者の売上減少に繋がりうることが示された⁷⁵。なお、商品カテゴリーについて精通性が高い回答者は、購買選択で後行商品を選択する率が低くなる（10%程度）という結果が得られている。

Simonsonが場面想定法の実務上の課題として挙げるのは、回答の判定の困難性である。商品レビューの自由回答から混同の有無を判定するのは必ずしも容易でなく、パイロットテストでは15%もの回答について判定者間の判断が分かれたという。Simonsonは、場面想定法が成功するかどうかは、個別の事案に応じて、先行商標と混同をしている回答者を適切に拾い上げることができるような質問文を作成できるかどうかにかかっていると述べている⁷⁶。

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ *Id.*, at 384.

⁷⁶ *Id.*, at 388.

2.5.5. 小括

以上のとおり、Simonsonの実証研究では、混同を測定するための4つの技法(Exxon法、Eveready法、Squirt法および場面想定法)について、複数の商標セットを対象にして横断的に調査し、各技法による混同率の差異やその要因について分析している。消費者行動研究の著名な研究者の手による、「混同のおそれ」の測定技法に関する実証研究の先駆けである。

その成果は、以下の2点にある。

第一に、同一の商標セットに係る事案であっても採用する技法によって得られる混同率に大きな相違があることを実証研究により明らかにし、各技法の特徴を描き出したことである。

第二に、心理学の実験で用いられる場面想定法を援用し、購買場面における取引の実情を反映した混同率の測定方法を提案したことである。Simonsonの提案した場面想定法は、実用化に課題はあるものの、購買場面の条件(離隔的観察と対比的観察の別、後行商品の価格水準など)の操作による現実に近似した混同率測定の可能性が示唆された。購買選択の判断を尋ねることで、混同が先行商品の売上に与える影響を把握しうることも注目に値する。

2.6. 本研究における「混同のおそれ」調査

2.6.1. 本研究の目的と先行研究からの主な変更点

本研究では、前節で紹介したSimonsonの研究を下敷きに、Exxon法、Eveready法、Squirt法および場面想定法について実証調査を行い、その調査結果をもとに、各技法の特徴を明らかにする。加えて、Simonsonの場面想定法に関する研究を発展させ、新たな状況設定を取り入れながら、取引の実情を反映した混同調査の技法の開発を目指す。

各技法の質問票や調査設計・内容は、基本的にはSimonsonによる先行研究の質問票に準拠したが、本研究の目的に則して一部変更を加えた。主要な変更点は、以下の5点である。

第一に、本研究では、日本の先行商標を対象に、日本の消費者を対象として調査を行い、質問票も日本語に翻訳し調整した。米国で用いられている先行商標について、米国の消費者を調査対象者に英語の質問票によるSimonsonの研究で得られた示唆は、必ずしも日本の文脈でも当てはまると

はかぎらない。Simonsonの実証研究を日本の法制度に適合する形で追試することにより、日本の裁判実務において参照しやすい知見や、方法論の検討を行う際の有用なデータを提供できる可能性がある。

第二に、Simonsonの研究は、会場調査（CLT）によるものだが、本研究ではインターネット調査を採用した。近時、低廉なコストや集計・統計処理の簡便さから、消費者行動研究でも、インターネット調査が行われることが増えており、一定の信頼性・妥当性があるとの評価を受けている。需要者アンケートにおいてもそうした信頼性・妥当性について実証的に検証していくことが求められる。

第三に、本研究では場面想定法で操作する購買場面の条件を変更した。Simonsonによる実証研究は、場面想定法において、商品陳列の状況（離隔的観察か対比的観察か）と後行商品の価格水準を操作して、取引の実情を反映した測定が可能であるか否かを検証するものであった。本研究では、後行商品と並べて呈示する第三者商品のタイプ、後行商品の価格水準・販売場所の条件を操作し、混同率に変化が見られるかを調査した⁷⁷。具体的には、先行商標を「フランク・ミュラー」とするパロディ商品の「フランク三浦」を素材として、後行商標「フランク三浦」と並列する第三者商標のタイプ（高級ブランド「ロレックス」か、リーズナブルなブランド「スウォッチ」か）、後行商品の価格（60万円か、5,000円か）・販売場所（百貨店か、雑貨店の時計売り場か）を操作した。また、パロディ商品であることが一見して明らかな日本語表記の「フランク三浦」のほかに、先行商品と外観が紛らわしい欧文字表記の「FRANCK MIURA」についても同じ調査を行った。

経験則上、高級ブランド品である先行商品の価格と比して著しく安い後行商品が高級ブランド品と並べて陳列されていれば、対比効果が働き混同は生じづらいと考えられる。一方、百貨店において、高級ブランド品と同じ価格帯で後行商品が並べて陳列販売されている場合、最終的な購買判断時点で混同が解消されうるとしても、後行商品に接した初期の時点では混

⁷⁷ なお、Simonsonによる実証研究では、場面想定法の先行商標と第三者商標を並べて表示するパターン③で先行商標認知度（「先行商標認知者推計」）を測定していたが、本研究では、質問票の後半に先行商標の認知の有無を問う質問を独立して設け、それをもとに先行商標認知者ベースでの混同率の割り出しを行った（2.6.2.3）。

同が生じやすいことが想定される。後行商品の価格水準や販売場所が先行商品に類似していることで、出所の混同を招きやすくなるということである⁷⁸。また、欧文字表記の「FRANCK MIURA」は同文字種による先行商標「FRANCK MULLER」との間で外観および観念の相違が目立ちにくいので、先行商標の日本語表記「フランク・ミュラー」と外観および観念の相違が際立つ異文字種による「フランク三浦」より混同が生じやすいであろう。こうした経験則に基づく仮説に整合する調査結果が得られれば、場面想定法が現実の取引の実情を反映し、購買場面の心理状態を再現しうることを実証的に示すことができる。特に、具体的な取引の実情を反映した判断が求められる不正競争防止法2条1項1号の「混同のおそれ」の要件の立証にあたっては、考慮されるべき取引の実情を適切に反映できる技法であることが望ましい。

第四に、個人差要因について分析するため、「関与度」に関する質問を置いた。Simonsonの実証研究では、年齢、性別、学歴などの人口統計学的要因のほか、「消費者知識」の一要素とされる「精通性」（商品カテゴリーについての購買・使用経験の程度）が混同率に与える影響を分析していた。消費者行動研究においては、「消費者知識」に加え、商品カテゴリーに対する「関与度」（興味・関心）も購買判断に影響を与える重要な個人差要因とされていることから、本研究では、「関与度」についても測定した。なお、個人差要因の影響に関する分析結果の報告は別稿で行う予定である。

第五に、各技法の質問に続けて、後行商標と先行商標を見て同一の出所であると思うか0から100までのスケールで蓋然性を問うSquirt法を応用した質問を配した。この分析結果の報告も別稿で行う予定である。

2.6.2. 調査の概要

以下では、今回の実証調査で対象とした商標セット、母集団と調査対象者、調査の手順について説明する。

⁷⁸ 消費者行動研究の「ブランドの混乱」に関する実証研究でも、状況の類似性がブランドの混同を生じさせる要因になることが指摘されている。前掲注(38)参照。

2.6.2.1. 対象商標セット

調査対象の商標セットを、先行商標と後行商標の順に示すと、**[Moyet]** (「Moët」(シャンパン)と「Moyet」(ブランデー))、**[ヨイチュー]** (「ハイチュウ」(ソフトキャンディ)と「ヨイチュー」(ソフトキャンディ))、**[girls walker]** (「Tokyo Walker」(タウン情報誌)と「girls walker」(女性ファッション誌))、**[MEN'S CLUB]** (「MEN'S CLUB」(男性ファッション誌)と「MEN'S CLUB」(男性洗顔料))、**[フランク三浦]** (「フランク・ミュラー」(高級腕時計)と「フランク三浦」(「フランク・ミュラー」のパロディ商品の腕時計)) の計5つである。なお、[フランク三浦]の後行商標については、「フランク三浦」を欧文字で表記した「FRANCK MIURA」を新たに作成し加えた(表8)。

対象商標セットはいずれも、実際に侵害訴訟や商標登録の審判・審決取消訴訟において「混同のおそれ」の有無が争点となった経緯がある。

表4は、対象商標セットと審判決での混同判断をまとめたものである。各商標セットの基本情報は、2.6.3.で説明する。なお、実査で画面に表示させる対象商標の書体は標準化されており(標準文字)、実際の表記と厳密には異なる場合がある。

表4 対象商標セットと審判決での混同判断

商標セット	先行商標 (先行商品カテゴリ)	後行商標 (後行商品カテゴリ)	審判決での判断
[Moyet]	Moët (シャンパン)	Moyet (ブランデー)	混同なし
[ヨイチュー]	ハイチュウ (ソフトキャンディ)	ヨイチュー (ソフトキャンディ)	混同あり
[girls walker]	Tokyo Walker (タウン情報誌)	girls walker (女性ファッション誌)	混同なし
[MEN'S CLUB]	MEN'S CLUB (男性ファッション誌)	MEN'S CLUB (男性洗顔料)	混同あり
[フランク三浦]	フランク・ミュラー (高級腕時計)	フランク三浦 (パロディ商品)	混同なし

商標セットの選択に際しては、商標が同一のもの([MEN'S CLUB])と異なるもの、先行商品カテゴリと後行商品カテゴリが同一のもの([ヨ

イチュー]、[フランク三浦])と異なるもの([Moyet]、[girls walker]、[MEN'S CLUB])、先行商品が高価格のブランド品であるもの([Moyet]と[フランク三浦])、常識的に考えて先行者が後行商標を自ら採用するとは考えづらいもの([フランク三浦]、[ヨイチュー])など、様々なタイプのものを選択した。

2.6.2.2. 調査対象者

調査対象者は、マーケティング・リサーチを専門とする株式会社インテージのパネルを通じて集めた。

母集団である後行者の商品カテゴリーの「需要者」を抽出するため、以下のようなスクリーニングを行った。表5に示したとおり、後行商品の需要者層を考慮し、商標セットごとに年代・性別でスクリーニングするとともに、後行商品の商品カテゴリーに対する関心について、「とても関心がある」、「少し関心がある」、「どちらともいえない」、「あまり関心はない」、「全く関心はない」の5件法にて尋ね、「全く関心はない」を選択した者を除外した。スクリーニング後の調査対象者の合計は10,718人である。

表5 調査対象者のスクリーニング基準

商標セット	年代	性別	商品カテゴリーへの関心
[Moyet]	20歳以上	限定なし	私は洋酒(ワイン、ウイスキー等)に関心がある
[ヨイチュー]	限定なし	限定なし	私はお菓子に関心がある
[girls walker]	20代~30代	女性	私はファッションに関心がある
[MEN'S CLUB]	限定なし	男性	私は清潔感を保つ商品に関心がある
[フランク三浦]	限定なし	男性	私はファッション小物(時計、カバン、靴等)に関心がある

各回答者には、1つの商標セットについて1つの技法により回答させた⁷⁹。技法4種について商標セットが5つあるので20の回答者グループができあがり、そのうち場面想定法の「フランク三浦」の回答者グループにおいては、後述(2.6.4.4.2.)のとおり条件を変えた6つの商標セットを作成したので、6つのグループに分かれる。したがって、最終的に回答者グループ数は計25となり、それぞれ約400人の回答者がランダムに割り当てられた。

2.6.2.3. 調査の手順

調査手法はインターネット調査である。インターネット調査の画面上で質問票のページは推移していくが、前ページの質問に戻り後から回答を変更できぬよう前ページには戻れない仕様になっている。ただし、混同の有無を調査する技法ごとの複数からなる主質問(2.6.4.)は同一ページ上にあり、順序にとらわれず回答をすることができる。

質問票では、まず、年齢、学歴、性別、居住地など人口統計学的属性を尋ねた。回答に用いる機器(PC、スマートフォン、タブレットなど)についても確認した。見慣れない後行商標を見て回答者が調査目的に疑問をもたないよう、質問票の冒頭で、調査対象の商標はすべて実在のものであるが一部の商標は地域限定で使用されているためなじみのないものもありうると説明した。

各技法の主質問を行うに際して、商品の詳細、価格および商品名(商標)などを記載した商品概要を呈示した(Exxon法とEveready法の各商標セットの商品概要は表6、Squirt法は表7、場面想定法は表8)。混同の有無を調べる主質問を含むExxon法、Eveready法、Squirt法および場面想定法の質問票の詳細と判定基準は2.6.4.で説明する。

各技法の主質問に続けて、後行商標の商品は先行商標と同一または関連会社による商品だと思うか0から100までのスケールで蓋然性を問う質問を設けた。この質問に係る分析は別稿に譲るので、以下では省略する。

⁷⁹ Simonson の先行研究では、各回答者は1つの技法について対象商標セットのすべてについて回答させていたが、本研究では回答者の回答負担を考慮し、1つの商標セットについてのみ回答させた。

主質問の後で、各商標セットについて、i) 精通性(商品カテゴリーの使用・購買経験)、主観的知識(商品カテゴリーに係る知識レベルに関する回答者自身の認識)、関与度(後行商品カテゴリーに対する興味関心)、ii) 先行商標の認知の有無や先行商品の購買経験、iii) 商標に係る紛争について回答前から知っていたかどうかも尋ねた。ii) については先行商標認知者ベースの混同率を割り出すため、iii) については紛争について知った上で、ii) の回答を統制するための質問である。

たとえば、「Moyet」では、i) 後行商品のカテゴリーのブランデーに関する精通性・主観的知識、関与度について、

- ・ 私は、ブランデーを、普通の人より、よく飲んでいる(使用経験)
- ・ 私は、ブランデーを、普通の人より、よく購入している(購買経験)
- ・ 私は、ブランデーについて、普通の人より、知識がある(主観的知識)
- ・ 私は、ブランデーについて、普通の人より、興味・関心がある(興味関心)

のそれぞれについて、「当てはまる」、「やや当てはまる」、「どちらともいえない」、「あまり当てはまらない」、「当てはまらない」の5件法で回答させた。後行商品と先行商品のカテゴリーが違う場合には、先行商品のカテゴリーについても([Moyet]の例では、先行商品カテゴリーのシャンパンについて)同じ質問を行った。

ii) の先行商標の認知の有無や、iii) の紛争に関する知識に関しては、

- ・ 私は、このアンケートに回答をはじめの前から、シャンパンの「Moët & Chandon」のことを、知っていた(先行商標の認知の有無)
- ・ 私は、シャンパンの「Moët & Chandon」を、購入したことがある(先行商品の購入経験)
- ・ (ブランデーの「Moyet」と、シャンパンの「Moët & Chandon」について、商標をめぐる紛争が生じたことがあります。) 私は、その紛争のことを知った上で、このアンケートに回答した(商標紛争に関する認知の有無)

のそれぞれについて、「はい」と「いいえ」の二択で回答させた。

2.6.3. 各商標セットの基本情報

以下では、各商標セットについて、先行商標、後行商標のそれぞれの基本情報と関連審判決における混同判断について説明する。

2.6.3.1. [Moyet]

先行商標「Moët (モエ)」は、Moët & Chandon (モエ・エ・シャンドン)として世界的に知られる高級シャンパンのブランドで、同種の表示が複数、商標登録されている。同ブランドのシャンパンを管理するモエ・ヘネシー社は、高級ブランドのコングロマリットであるLVMH (モエ・ヘネシー・ルイ・ヴィトン) グループ⁸⁰に属しており、ワイン・スピリッツ事業を担っている。同社が管理する商品には、コニャックとして有名な「Hennessy (ヘネシー)」もある。なお、日本には、モエ・ヘネシー社とスピリットを中心とする多数の洋酒ブランドを擁するDiagio (ディアジオ)社との合併企業MHD (モエ・ヘネシー・ディアジオ)⁸¹がある。

後行商標「Moyet」は、1864年創業のMoyet社のコニャックの商標である。小規模生産のメゾンで、カラメルやシロップ添加を行わないなど品質重視にこだわりをもっている⁸²。

無効審判に係る審決取消訴訟においては、先行商標との「混同のおそれ」は認められなかった⁸³。

2.6.3.2. [ヨイチュー]

先行商標「ハイチュウ」は、森永製菓株式会社の製造販売するソフトキ

⁸⁰ <https://www.lvmh.com/group/> (2022年1月18日最終閲覧)。

⁸¹ <https://www.mhdkk.com/> (2022年1月18日最終閲覧)。

⁸² <https://www.cognac-expert.com/cognac-brands/moyet-cognac> (2022年1月18日最終閲覧)。

⁸³ 知財高判平成15年10月29日(平成14年(行ケ)504号)[Moyet]。第33類「洋酒、果実酒」を指定商品とする「Moyet」(登録4304518号)について、昭和2年の設定登録以降、商標権存続期間の更新登録により現に有効に存続している旧第39類「シャンペン」を指定商品とする「MOËT」の商標権(登録第193711号)を有するChampagne Moët & Chandon社が無効審判を請求した事案において、「混同のおそれ」(商標法4条1項15号)は認められなかった。

ヤンディで、1975年発売以来、消費者に永く愛されてきた。様々なフレーバーのものが販売されており、パッケージにもバラエティがある。同社は、「すっパイチュウ」、「うまいチュウ」といったネーミングの企画商品を販売することもある。販売価格は100円程度。最近のCMではジャニーズ事務所に関ジャニ∞が出演している。

後行商標「ヨイチュー」は韓国産のソフトキャンディで、100円ショップなどにおいて、ハイチュウと酷似したパッケージで販売されていた。

無効審判請求においては、先行商標と「混同のおそれ」があると判断された⁸⁴。

2.6.3.3. [girls walker]

先行商標「Tokyo Walker」は、KADOKAWAが毎月発行していたタウン情報誌で、地方別に「関西ウォーカー」「東海ウォーカー」などご当地版が存在したが、いずれも2020年に休刊となり、現在はウェブによる「ウォーカープラス」による情報発信に切り替えられている⁸⁵。なお、「東京ウォーカー」の責任編集で、「特許ウォーカー」というタイトルの特許庁の広報誌も発行されたことがある。

後行商標「girls walker」は、「東京ガールズ・コレクション」を企画・制作する会社の運営するトレンドメディアである⁸⁶。指定商品を印刷物とする「girls walker」についての商標登録無効審判請求に係る審決取消訴訟においては、先行商標との「混同のおそれ」は認められなかった⁸⁷。

⁸⁴ 特許庁平成21年10月23日審決(無効 2009-890005号)[ヨイチュー]。第30類「菓子及びパン」を指定商品とする「ヨイチュー」商標(登録5151550号)について、第30類「菓子、パン」を指定商品とする「ハイチュウ」の商標権(登録1327395号)を有し、昭和50年から先行商標を途切れることなく継続してソフトキャンディに使用してきた森永製菓株式会社が無効審判請求した事案において、「ソフトキャンディ」について両商標の間に「混同のおそれ」(商標法4条1項15号)があると判断された。

⁸⁵ <https://www.walkerplus.com/info/concept.html> (2022年1月18日最終閲覧)。

⁸⁶ <https://girlswalker.com/> (2022年1月18日最終閲覧)。

⁸⁷ 知財高判平成21年4月8日判時1310号261頁(平成20年(行ケ)10361号)[girls walker]。第16類「印刷物」等を指定商品とする「girls walker」の商標登録(登録4539127号)について、「Tokyo Walker」をはじめとするタウン雑誌を長年出版してきた出版

2.6.3.4. [MEN'S CLUB]

先行商標「MEN'S CLUB」⁸⁸は、現在はハースト婦人画報社が発行する月刊の男性ファッション誌で、1963年から「メンズクラブ」の名称で発行されている。30代～40代の男性を読者層とし、トラディショナルなファッションを紹介している。

男性化粧品を指定商品とする後行商標「MEN'S CLUB」は、明治時代に「クラブ」の商標で粉おしろいを発売した大阪の化粧品会社⁸⁹の関連会社によって昭和50年代に商標登録されていた。この商標は使用実績がないまま不使用取消審判で取り消されたが、同一人により同じ指定商品で同一の商標が登録された経緯がある。無効審判請求に係る審決取消訴訟では、先行商標との「混同のおそれ」が認められている⁹⁰。

2.6.3.5. [フランク三浦]

先行商標「フランク・ミュラー」は、天才的な時計技師として知られたフランク・ミュラー氏により1992年にスイスで創業された高級時計メーカ

社 KADOKAWA が無効審判を請求したところ、特許庁で無効審判請求は成り立たない旨の審決が下されたため、同社は審決取消訴訟を提起した。

裁判所は、「混同のおそれ」（商標法4条1項15号）は認められないと判断した。なお、審決取消訴訟段階で、原告側から Squirt 法による需要者アンケートの調査結果が証拠提出されている。

⁸⁸ <https://www.hearst.co.jp/brands/mensclub> (2022年1月18日最終閲覧)。

⁸⁹ https://www.clubcosmetics.co.jp/company_history.html (2022年1月18日最終閲覧)。

⁹⁰ 知財高判平成29年11月14日（平成29年（行ケ）101109号）[MEN'S CLUB]。第3類「男性化粧品」を指定商品とする「MEN'S CLUB」が商標登録されたため（登録5858891号）、男性ファッション誌「MEN'S CLUB」を発行するハースト婦人画報社が無効審判請求を行ったところ請求は成立しない旨の審決が下されたため、同社は審決取消訴訟を提起した。

裁判所は、「本件商標を指定商品に使用した場合、これに接した需要者に対し、引用商標を連想させて、当該商品が原告あるいは原告との間に緊密な営業上の関係又は同一の表示による商品化事業を営むグループに属する関係にある営業主の業務に係る商品であると誤信され、商品の出所につき誤認を生じさせるおそれがある」として「混同のおそれ」（商標法4条1項15号）を肯定している。

一の商標である⁹¹。複数の複雑機構を採用した卓越した技術で有名であるばかりでなく、「トノウ・カーベックス」シリーズのビザン数字を用いた文字盤や、曲線を帯びた樽型の独創的なデザインも知られている。現在は複数のブランドを保有するフランク・ミュラー・ウォッチランド・グループにより運営されている。

後行商標「フランク三浦」の腕時計は、大阪の時計製造販売会社「ディンクス」社の企画による「フランク・ミュラー」のパロディ商品で、腕時計は5,000円程度の価格で雑貨店のドン・キホーテなどで販売されている。2010年に販売が開始され、現在では「フランク三浦」の商標の下で腕時計外の商品も展開している⁹²。

無効審判請求に係る審決取消訴訟では、先行商標と「混同のおそれ」があるとはいえないとされた⁹³。なお、この裁判は世間で耳目を集め⁹⁴、「フ

⁹¹ <https://franckmuller-japan.com/> (2022年1月18日最終閲覧)。

⁹² <https://tensaitokeishi.jp/> (2022年1月18日最終閲覧)。

⁹³ 知財高判平成28年4月12日判時2315号100頁(平成27年(行ケ)10219号)[フランク三浦]。スイスの高級腕時計ブランド「フランク・ミュラー」の管理会社 FMTM Distribution 社は、第14類「貴金属(「貴金属の合金」を含む。)、宝飾品、身飾品(「カフスボタン」を含む。)、宝玉及びその模造品、宝玉の原石、宝石、時計(「計時用具」を含む。)」を指定商品とする「フランク・ミュラー」商標(登録4978655号)の商標権者であり、100万円を超える高級腕時計を販売している。

大阪の時計メーカー、ディンクス社は、第14類「時計、宝玉及びその原石並びに宝玉の模造品、キーホルダー、身飾品」を指定商品とする「フランク三浦」商標の登録(登録5517482号)を有しており、「フランク三浦」商標を付した腕時計を4,000円から6,000円程度で販売していた。FMTM Distribution 社が「フランク三浦」商標の登録について無効審判を請求したところ請求は成り立たない旨の審決が下されたため、同社は審決取消訴訟を提起した。

裁判所は、「高級ブランド商品を製造販売する被告のグループ会社が、原告商品のような商品を製造販売することはおよそ考え難いこと」などを理由に「混同のおそれ」(商標法4条1項15号)は認められないとした。

⁹⁴ たとえば、「フランク三浦の勝訴確定、フランク・ミュラーと訴訟、商標巡り最高裁決定」(日経新聞朝刊東京本社版2017年3月7日、42面)がある。なお、3月7日の記事は、その週の読まれた記事ランキングで3位となるほど注目を集めた。「NIKKEI 日経電子版(読まれた記事ランキング)」(日経新聞朝刊東京本社版2017年3月11日、2面)。

ランク三浦」の知名度を高めることになった。

2.6.4. 質問票

各技法の質問票について、本章で分析する質問文に絞り、混同の判定基準とともに説明する。

2.6.4.1. Exxon法

2.6.4.1.1. 質問文

Exxon法の主質問について、[フランク三浦]を例に説明する。図1のような商品概要を見せながら、以下のとおり自由記述式の質問をした。

図1 Exxon法：【フランク三浦】の商品概要表示

商品の詳細	腕時計（針表示式）
価格	5,000円
商品名（商標）	フランク三浦

【質問】

- 問1：この商品名（商標）を見て、最初に思い浮かぶことは何ですか。どんなことでもかまわないので、具体的に教えてください。
- 問2：どうして、それが思い浮かんだのだと思いますか。どんなことでもよいので、なるべく詳しく、具体的に説明してください。
- 問3：この商品名（商標）を見て、最初に思い浮かぶのは、どの会社ですか。会社名などをお答えください。会社名がわからなければ、どんなことでもかまわないので、その会社を特定できるような具体的な情報を、なるべくたくさん書いてください。
- 問4：どうして、その会社が思い浮かんだのだと思いますか。どんなことでもよいので、なるべく詳しく、具体的に説明してください。

2.6.4.1.2. 画面上に表示される商品概要

問1から問4の質問に回答する間、同一画面上に表示される商標セットの商品概要は、それぞれ表6のとおりである。

表6 Exxon法およびEveready法：各商標セットの商品概要

商標セット	商品の詳細	価格	商品名(商標)
[Moyet]	ブランデー (容量750mlのボトル)	10,000円	Moyet
[ヨイチュー]	ソフトキャンディ (10粒)	100円	ヨイチュー
[girls walker]	女性向けファッション誌 (月刊)	800円	girls walker
[MEN'S CLUB]	男性用洗顔料 (容量130gのチューブ)	500円	MEN'S CLUB
[フランク三浦]	腕時計 (針表示式)	5,000円	フランク三浦

2.6.4.1.3. 判定基準

Exxon法は、後行商標から先行者を連想するか否かを問うものである。判定においては、問1から問4の回答全体の回答に基づき、先行商標を連想しているといえる場合に「混同(連想)あり」と判断したが、出所の混同がないことが明らかな場合にはカウントしなかった。たとえば、[フランク三浦]においては、問3で「フランク・ミュラー」、「超高級ブランド」、「スイスの高級時計」などと回答した場合、先行者を想起していると推認されるので、「混同(連想)あり」と判定される。ただし、問2や問4で「フランク・ミュラーのパクリ」などと回答した場合、「フランク・ミュラー」と「フランク三浦」は出所が異なることを認識していると解されることから、「混同(連想)あり」にカウントしなかった。

なお、[Moyet]は、先行商標「Moët(モエ)」や「シャンドン」のほか、当該ブランドの関連企業やグループ名「モエ・ヘネシー」、「LVMH」、そのグループの保有する有名ブランド「ルイヴィトン」、「ヘネシー」などを回答していた場合は、「混同(連想)あり」と判定した。

[ヨイチュー]では、「ハイチュウ」、「ハイチュウの姉妹品」、「森永」、「関ジャニ∞のCM」などの回答を「混同(連想)あり」と判定し、「ハイチュウの偽物」や「ハイチュウのパクリ」は「混同(連想)あり」にカウントしなかった。

[girls walker]では、「東京ウォーカー」、「〇〇ウォーカー」、「タウン雑誌」などを「混同(連想)あり」と判定した。

[MEN'S CLUB] では、「ファッション雑誌」、「昔愛読していた雑誌」などを「混同（連想）あり」と判定した。

2.6.4.2. Eveready 法

2.6.4.2.1. 質問文

Eveready 法の主質問について、[フランク三浦] を例に説明する。Exxon 法と同様の商品概要を見せながら、以下のとおり自由記述式の質問をした。

【質問】

- 問1：腕時計の「フランク三浦」は、どこの会社が製造・販売していると思いますか。会社名などをお答えください。その関連会社の名前でもかまいません。
- 問2：どうして、そう思いましたか。どんなことでもよいので、なるべく詳しく、具体的に説明してください。
- 問3：腕時計の「フランク三浦」を製造・販売している会社（関連会社を含む）についてどんなことでもかまわないので、その会社を特定できるような具体的な情報を、なるべくたくさん書いてください。

なお、Simonson の実証調査では対象商品の企業が提供するほかの商品を尋ねていたが、本実証調査では他商品にかぎらず会社を特定できる幅広い情報を聞き出している。

2.6.4.2.2. 画面上に表示される商品概要

問1 から問3 の質問に回答する間、同一画面上に表示される商標セットの商品概要は、表6 のとおりである。

2.6.4.2.3. 判定基準

Eveready 法での混同の判定は問1 から問3 の回答に基づいて行った。たとえば、[フランク三浦] において、問1 や問3 で「フランク・ミュラー」、「世界的に有名な会社」、「スイスの高級時計」などと回答していた場合、原告を出所として認識していると推認されるので、「混同あり」と判定したが、問2 や問3 で「バクリ」、「パロディ商品」、「ニュースで訴訟が紹介されていた」などと回答した場合は、混同がないことが明らかなため「混同

あり」にカウントしなかった。

なお、[Moyet] は、先行商標「Moët (モエ)」や「シャンドン」のほか、当該ブランドの関連企業やグループ名「モエ・ヘネシー」、「LVMH」、そのグループの保有する有名ブランド「ルイヴィトン」、「ヘネシー」などを回答していた場合、「混同あり」と判定した。

[ヨイチュー] では、「森永」や「ハイチュウ」を「混同あり」と判定し、問1で「森永」、「ハイチュウ」などと答えていても、問2で「ハイチュウのパクリ」と回答した場合にはカウントしなかった。「明治」と企業名が間違っても、「ハイチュウの会社だから」などの回答があった場合、「混同あり」と判定した。

[girls walker] では、「東京 Walker」、「関西ウォーカーの会社」などを「混同あり」と判定した。「集英社」や「講談社」などと企業名が間違っても、「東京ウォーカーを発行している」などと理由を書いているならば「混同あり」と判定した。

[MEN'S CLUB] では、「ファッション雑誌関連」、「愛読していた」を「混同あり」と判定した。

2.6.4.3. Squirt法

2.6.4.3.1. 質問文

Squirt法の主質問について、[フランク三浦] を例に説明する。図2のような商品概要を見せながら、以下のとおり質問した。

図2 Squirt法：[フランク三浦] の商品概要表示

商品の詳細	：腕時計（針表示式）
商品名（商標）	：フランク三浦

商品の詳細	：腕時計（針表示式）
商品名（商標）	：フランク・ミュラー

【質問】

問1：あなたは腕時計の「フランク三浦」を製造・販売する会社と、腕時計「フランク・ミュラー」を製造・販売する会社は、同じ会社またはその関連会社だと思いますか、それとも無関係の会社だと思いますか。

「同じ会社または関連会社」 「無関係の会社」

問2：どうして、そう思いましたか。どんなことでもよいので、なるべく詳しく、具体的に説明してください。

問1は選択式、問2は自由記述式で回答させた。

2.6.4.3.2. 画面上に表示される商品概要

問1と問2の質問に回答する間、同一画面上に表示される商標セットの商品概要は、それぞれ表7のとおりである。

なお、先行商標と後行商標の呈示順はランダム化した。

表7 Squirt法：各商標セットの商品概要

商標セット	後行商標		先行商標	
	商品の詳細	商品名(商標)	商品・雑誌の詳細	商品名(商標)
[Moyet]	ブランデー (容量750mlのボトル)	Moyet	シャンパン (容量750mlのボトル)	Moët
[ヨイチュー]	ソフトキャンディ (10粒)	ヨイチュー	ソフトキャンディ (10粒)	ハイチュウ
[girls walker]	女性向け ファッション誌 (月刊)	girls walker	タウン情報誌 (月刊)	Tokyo walker
[MEN'S CLUB]	男性用洗顔料 (容量130gの チューブ)	MEN'S CLUB	男性向け ファッション誌 (月刊)	MEN'S CLUB
[フランク三浦]	腕時計 (針表示式)	フランク三浦	腕時計 (針表示式)	フランク・ ミュラー

2.6.4.3.3. 判定基準

Squirt法における混同の判定は問1および問2の回答に基づき行った。問1の選択式の回答で、「同じ会社または関連会社」を選択した場合「混同あり」と判定し、「無関係の会社」を選択した場合「混同あり」にカウントしなかった。また、問1で「同じ会社または関連会社」と答えていても、選択の理由を問う問2で「ぱくり」などと回答し、混同がないことが明らか

かな場合はカウントしなかった。

2.6.4.4. 場面想定法

2.6.4.4.1. 質問文

場面想定法の主質問について、[フランク三浦]を例に説明する。図3のように、購買場面の状況説明と後行商品と第三者商品の商品概要を見せながら、以下のとおり質問した。

図3 場面想定法：[フランク三浦]の状況設定と商品概要

あなたは、腕時計（針表示式）を買おうと考えています。
雑貨店の時計売り場で以下二つの商品の、どちらを買おうか迷っています。

商品名（商標）：フランク三浦 価 格 : 5,000円
商品名（商標）：スウォッチ 価 格 : 5,000円

【質問】

問1：「フランク三浦」を買うとしたら、その理由は何ですか。あまり難しく考えなくてかまいません。どんなことでもよいので、思い浮かんだことを、なるべくたくさん、具体的に書いてください。

問2：「スウォッチ」を買うとしたら、その理由は何ですか。あまり難しく考えなくてかまいません。どんなことでもよいので、思い浮かんだことを、なるべくたくさん、具体的に書いてください。

問3：あなたは、どちらの商品を購入しますか。
(1つ選択)「フランク三浦」「スウォッチ」「決められない」

問1と問2は自由記述式、問3は選択式にて回答させた。

2.6.4.4.2. 画面上に表示される商品概要

問1から問3までの質問に回答する間、同一画面上に表示される商標セットの商品概要は、それぞれ表8のとおりである。なお、[フランク三浦]については、文字種（日本語表記と欧文字表記）、価格（5,000円と600,000円）・販売場所（雑貨店の時計売り場と百貨店）、第三者商品のブランド（「ス

ウォッチ」と「ロレックス」) について、6通りの商標セット ([フランク三浦①～⑥]) を作成して調査を行った。

表8 場面想定法：各商標セットの状況設定と商品概要

商標セット	後行商標	第三者商標	商品の詳細	場所
	(価格)	(価格)		
[Moyet]	Moyet	CAMUS	ブランドー (容量750mlのボトル)	百貨店
	(10,000円)	(10,000円)		
[ヨイチュー]	ヨイチュー	ぶっちょ	ソフトキャンディ (10粒)	コンビニエンスストア
	(100円)	(100円)		
[girls walker]	girls walker	Cancam	女性向けファッション誌 (月刊)	書店
	(800円)	(800円)		
[MEN'S CLUB]	MEN'S CLUB	MEN'S Biore	男性用洗顔料 (容量130gのチューブ)	ドラッグストア
	(500円)	(500円)		
[フランク三浦①]	フランク三浦	スウォッチ	腕時計 (針表示式)	雑貨店の 時計売り場
	(5,000円)	(5,000円)		
[フランク三浦②]	フランク三浦	ロレックス	腕時計 (針表示式)	雑貨店の 時計売り場
	(5,000円)	(600,000円)		
[フランク三浦③]	フランク三浦	ロレックス	腕時計 (針表示式)	百貨店
	(600,000円)	(600,000円)		
[フランク三浦④]	FRANCK MIURA	swatch	腕時計 (針表示式)	雑貨店の 時計売り場
	(5,000円)	(5,000円)		
[フランク三浦⑤]	FRANCK MIURA	ROLEX	腕時計 (針表示式)	雑貨店の 時計売り場
	(5,000円)	(600,000円)		
[フランク三浦⑥]	FRANCK MIURA	ROLEX	腕時計 (針表示式)	百貨店
	(600,000円)	(600,000円)		

2.6.4.4.3. 判定基準

場面想定法における混同の判定は、基本的には後行商品のレビューを書かせる問1の回答に基づき行った。たとえば、後行商品 [フランク三浦] のレビューにおいて、「あこがれのブランドだから」や「高級感とデザイン」、「見栄」などと回答した場合、先行商品と認識していると推認されるため「混同あり」と判定した。第三者商品について問う問2の回答に後行商品に関する記載があった場合には、問2の回答内容も考慮して判定した。

なお、[Moyet] は、「シャンパンで有名」、「F1のシャンパンファイトで使われていたから」や「モエ・エ・シャンドンがクイーンの歌に登場するから」などを「混同あり」と判定した。

[ヨイチュー] では、「ハイチュウの親戚」などを「混同あり」と判定した。

[girls walker]では、「東京walkerと似たような情報誌」、「女子旅」や「旅行に行く計画を立てるとき」、「お出かけスポットを探す」を「混同あり」と判定した。

[MEN'S CLUB]では、「雑誌のMen's CLUBを知っているので、その出版社とのコラボ商品であることを連想した」、「雑誌の名称」や「現在のファッション情報で有名」などを「混同あり」と判定した。

2.6.5. 自由記述式の回答に係る混同者数の算定方法

本実証調査の結果と分析に移る前に、自由記述式の回答に係る混同者数の算定方法について説明する。

Exxon法、Eveready法、場面想定法の自由記述式回答およびSquirt法における自由記述式の補充質問の混同判定は、共同研究者間の綿密な打ち合わせにより作成した前記判定基準に従って、2人の判定者が個別に判断した。両者が「混同あり」と判定した場合を集計し、混同率を算出した。

なお、2人の判定の不一致率を求めたところ、Exxon法は10.57%、Eveready法は4.74%、場面想定法は7.70%、Squirt法は0.43%であった。

2.7. 本研究の「混同のおそれ」調査の結果と分析

2.7.1. 概括集計結果

Exxon法とEveready法、Squirt法、場面想定法の集計結果を概括的に比較するため、先行商標認知者をベースとする集計結果を表9に、回答者全数ベースの集計結果を表10に示している。各技法の先行商標認知者ベースの混同率を比較できるようグラフにまとめたのが図4である。

表9 概括集計結果 [先行商標認知者ベース]

商標セット	対象商標 (後行商標)	備考 (先行商標)	先行商標 認知率	Exxon法	Eveready 法	Squirt法	場面 想定法
[Moyet]	Moyet (ブランデー)	Moët (シャンパン)	20.44	9 9.78	5 6.49	34 33.33	3 2.91
[ヨイチュー]	ヨイチュー (ソフトキャンディ)	ハイチュウ (ソフトキャンディ)	87.57	159 42.97	89 25.87	69 17.56	3 0.79
[girls walker]	girls walker (女性ファッション誌)	Tokyo Walker (タウン情報誌)	44.52	55 27.36	29 15.43	107 62.57	7 3.57
[MEN'S LUB]	MEN'S CLUB (男性洗顔料)	MEN'S CLUB (男性ファッション誌)	37.35	9 6.12	3 2.19	50 27.47	2 1.25
[フランク三浦①]	フランク三浦 (針表示式腕時計)	フランク・ミュラー (針表示式腕時計)	60.05	19 7.92	4 1.78	26 9.52	9 3.27
平均			49.55	23.90	13.39	25.51	2.16

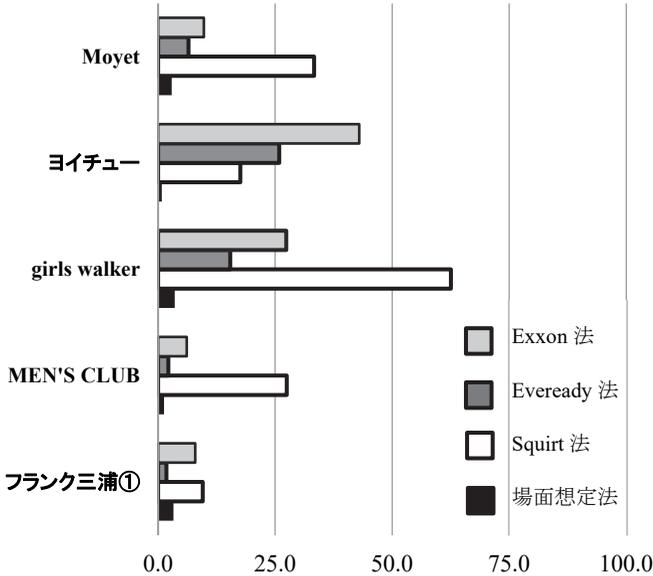
- ・先行商標認知率(単位:%)は、各商標セットにおける全技法の回答者総数をベースに先行商標認知者の割合を算出したものである。
- ・各技法の欄の上段は、先行商標認知者のうち「混同あり」(Exxon法では「混同(連想)あり」と判定された回答者数(単位:人)、下段はその割合を示した混同率(単位:%)を示している。
- ・[フランク三浦]については、日本語表記の[フランク三浦①]の結果のみ示している。[フランク三浦②~⑥]の結果については表11を参照。

表10 概括集計結果 [回答者全数ベース]

商標セット	対象商標 (後行商標)	先行商標	Exxon法	Eveready 法	Squirt法	場面 想定法
[Moyet]	Moyet (ブランデー)	Moët (シャンパン)	9 1.88	5 1.08	34 7.91	3 0.65
[ヨイチュー]	ヨイチュー (ソフトキャンディ)	ハイチュウ (ソフトキャンディ)	159 37.41	89 21.39	69 16.05	3 0.70
[girls walker]	girls walker (女性ファッション誌)	Tokyo Walker (タウン情報誌)	55 12.73	29 6.67	107 26.29	7 1.65
[MEN'S CLUB]	MEN'S CLUB (男性洗顔料)	MEN'S CLUB (男性ファッション誌)	9 2.17	3 0.72	50 11.74	2 0.48
[フランク三浦①]	フランク三浦 (針表示式腕時計)	フランク・ミュラー (針表示式腕時計)	19 4.58	4 0.95	26 6.10	9 2.13
平均			11.58	6.04	13.50	1.12

- ・各技法の欄の上段は、全回答者数のうち「混同あり」(Exxon法では「混同(連想)あり」と判定された回答者数(単位:人)、下段は混同率(単位:%)を示している。
- ・[フランク三浦]については、日本語表記の[フランク三浦①]の結果のみ示している。[フランク三浦②~⑥]の結果については表11を参照。

図4 概括集計結果グラフ [先行商標認知者ベース]



- ・ 場面想定法では、[フランク三浦①]の結果を表示。(混同率:%)
- ・ Exxonは混同(連想)率(単位:%)。

2.7.2. 先行商標認知者ベースと回答者全数ベースの混同率

検討に先立って、先行商標認知者ベースの混同率と回答者全数ベースの混同率の算定方法を示し、それぞれが法律上の混同判断においてどのような意味をもつのかを確認しておく。

先行商標を知らない者が後行商標と出所を混同することはありえない。よって、Exxon法、Eveready法、場面想定法などの「実験」型の技法では、先行商標認知者(主質問の後に先行商標を知っていたかを問う質問で「知っていた」と回答した者)だけを対象に混同しているか否かを判定する。先行商標認知者ベースの混同率は、先行商標認知者数を分母にしたときの「混同あり」の割合で、回答者全数ベースの混同率は、先行商標を知らない者も含めた全回答者数を分母にしたときの「混同あり」の割合を指す。

法律上の「混同のおそれ」の判断において一義的に重要なのは、需要者層全体(先行商標認知者のみならず非認知者も含めた回答者全数ベース)

における混同の蓋然性である。もっとも、先行商標認知者をベースにした混同率も、場合によっては混同判断の参考になるかもしれない。先行商標認知率が低いために全回答者ベースでの混同率がさほど高くない場合でも、先行商標認知者をベースとした混同率が高いことは、「混同のおそれ」を肯定する方向で考慮される可能性はある。

本研究では、複数の商標セットを対象に同一の実証調査を実施しており、先行商標認知率の影響を除いて各商標の調査結果を比較することで、様々な示唆が得られる可能性がある。そこで、先行商標認知率によって左右される回答者全数ベースの混同率ではなく、先行商標認知者をベースとする混同率に絞り分析することにした。

なお、先行商標を知らない者が後行商標と出所を混同することはありえないから、「実験」型の技法では、「混同のおそれ」があると判定された者の数が先行商標認知者数を上回ることはない。したがって、回答者全数ベースの混同率が先行商標認知率を超えることはない。これに対して「世論調査」型のSquirt法は、先行商標を知らない者であっても、取引の実情に通じている需要者は、購買場面における消費者知識や対比された商標間の類似性などに基づき同一出所かどうかを判断することができる。したがって、回答者全数ベースの混同率が先行商標認知率を超えることはありうる。この点で、実験型の技法とは異なることも言い添えておく。

2.7.3. 結果の分析

2.7.3.1. 概括的な分析

概括的な結果について先行商標認知者ベース（表9、図4）で見ると、[ヨイチュー]を除いては、「実験」型のExxon法、Eveready法、場面想定法の混同率は、Squirt法より低い結果となった。実験型のExxon法、Eveready法および場面想定法の三者を比べると、傾向としては、Exxon法、Eveready法、場面想定法の順に混同率が低くなっていく。

場面想定法については、概括集計結果（表9）では全般的に低い混同率（4%以下）であるが、[フランク三浦]の6つのバリエーションの結果を見ると（表11）、欧文字表記「FRANCK MIURA」を用いたグループのうち、[フランク三浦④]の混同率は27.41%、[フランク三浦⑥]では35.18%であり、場面想定法の混同率が常に低い値になるとはかぎらないことがわかる。ただ、欧文字表記の「FRANCK MIURA」に係る[フランク三浦④～

⑥]については場面想定法以外の技法で調査していないため、ほかの技法との比較はできない。

以下では、米国で標準的手法とされている Eveready 法を中心に、それとの比較で各技法の特徴を考察する。

2.7.3.1.1. Eveready 法と Squirt 法の比較

対比的観察により同一出所か否かを問う「世論調査」型の Squirt 法は、後行商標だけを呈示して回答者に混同が生じるかを観察する「実験」型の Eveready 法とは設計思想が異なる。以下では、Eveready 法と Squirt 法を例に両者の混同率の傾向の違いを確認しておこう。

Eveready 法の混同率は、Squirt 法よりも全般的に混同率が低くなっている。選択式の Squirt 法では「同じ会社または関連会社」と「無関係の会社」の二択であるため、たとえ自力で企業名を思い出せなくても該当の選択肢を選ぶだけで「混同あり」にカウントされる。それに対して Eveready 法では、後行商標を見てヒントなしに先行商標の企業名など出所を特定できる情報を回答できなければカウントされない。Eveready 法の混同率が低めになったのはそのことが影響していると思われる⁹⁵。

もっとも、Eveready 法の混同率は Squirt 法より常により低くなるわけではない。[ヨイチュー]に関しては、Squirt 法より Eveready 法の方が高い混同率となった。これは、先行商標「ハイチュウ」の認知度の高さ(87.57%)に由来すると考えられる。知名度の高いブランドについては、消費者の心理に形成された連想ネットワークに出所に関する具体的な情報が豊富に

⁹⁵ なお、Squirt 法で先行商標と後行商標を呈示する順番はランダム化した。呈示順序による違いを見ると、[Moyet]を除いたほかの4つの場合、後行商標を先に表示した場合は、後に表示した場合に比べて混同率が低くなった。

後行商標が先に刺激として与えられる場合、フリーライドといえる「ヨイチュー」やパロディ商品の「フランク三浦」は直感的に違和感を覚えさせ、注意深い検討を促したのかもしれない。他方で、「広義の混同」の事案といえる[girls walker]や[MEN'S CLUB]では、先行商標である「Tokyo Walker」(タウン情報誌)と「MEN'S CLUB」(男性ファッション誌)を先に呈示した方が、ブランド拡張により新たな商品カテゴリーに進出したという推測を促したのかもしれない。

本研究の調査結果だけでは、確証的なことを述べることはできないが、可能性としては考えられる。

含まれている。[ヨイチュー]で後行商標からの連想を問うExxon法の混同(連想)率がほかの商標セットに比べ突出して高かった(42.97%)ことは、そのことの証左であろう。そのため、Eveready法においても、混同の生じている回答者にとって、先行商標「ハイチュウ」、企業名の「森永」やCM出演タレントである「関ジャニ∞」といった出所を特定する情報を回答することは難しくなかったのだろう。それが、Eveready法による[ヨイチュー]の混同率を引き上げることに繋がったのかもしれない。

2.7.3.1.2. Eveready法とExxon法の比較

Eveready法と同じく「実験」型のExxon法の測定値は、総じてみてEveready法と近似する値となったが、比較するとどの商標セットでもEveready法の混同率より高いものになっている(表9、図4)。

Exxon法は、混同調査といっても、実際には「連想率」を測定する技法である。本実証調査のExxon法の判定においては、先行商標を連想していても「バクリ商品」などと記載し出所の混同がないことが明らかな場合は「混同あり」のカウントから除外したが、実際は出所の混同はないにもかかわらず、回答の記載からそのことが明らかとならない場合(たとえば、連想理由を問う補充質問で「わからない」と回答するなど)もあるため、出所と無関係な連想を測定値から完全に取り除くことはできない。そうした事情から、出所に焦点を当て混同有無の判断が明確化しやすいEveready法よりも高い混同率になるということだろう。

2.7.3.1.3. Eveready法と場面想定法の比較

同じ「実験」型技法に属するEveready法と場面想定法を、概括的集計表(表9、図4)で比較してみると、場面想定法での混同率は、[フランク三浦]を別として、Eveready法に比べて顕著に低い。たとえば、先行商標認知者ベースで、[Moyet]でEveready法の混同率は6.49%であるのに対して場面想定法は2.91%、[ヨイチュー]ではそれぞれ25.87%と0.79%、[girls walker]ではそれぞれ15.43%と3.57%である。なぜこのような相違が生じたのであろうか。

第一に考えられるのは、Eveready法の要求特性に基づく推測バイアスである。Eveready法では出所に意識を向けさせた上で、後行商品の企業名な

ど出所が特定できる情報を尋ねる。出所についての知識を試されていると感じる回答者の中には、調査目的や実験者の意図を付度し、推測により回答する者が相当程度存在すると考えられる。他方、場面想定法は、購買場面の心理状態の再現性を高めた技法であるため、要求特性の働きが抑制されEveready法よりも推測バイアスは抑えられる可能性がある。

第二に、場面想定法のタスクの負担に起因する問題である。購買判断に関わる様々な要素について幅広く考慮の求められる商品レビューは、出所情報のみを記載させるEveready法のタスクと比べて回答者の負担感が大きい。そのため、回答を面倒に感じて詳細を記載しない者もいた可能性がある。

第三に、購買判断の考慮要素として出所やブランドが意識化されない、あるいは優先順位が低い場合には、商品レビューで出所やブランドに関する記載は少なくなるという点である。たとえば、100円のソフトキャンディに関する「ヨイチュー」ではEveready法の混同率は25.87%であったのに対して、場面想定法の混同率は1%以下である。意思決定に時間をかけず日常繰り返し購入する安価な商品については、購買判断においてその商品の出所やブランドに注意が向きにくいいため、自ずと商品レビューへの記載も少なくなる。対照的に、場面想定法で「フランク三浦」の欧文字表記「FRANCK MIURA」が高い混同率となったのは(表11)、高価格のブランド品の時計の購買判断の考慮要素では出所の優先順位が高いために、先行商標「FRANCK MULLER」と混同している回答者は、商品レビューにおいて先行商標に関連する情報を真っ先に記載したからであろう。

2.7.3.2. 場面想定法の購買場面の再現性—6種の「フランク三浦」

場面想定法の6種のバリエーション「フランク三浦①～⑥」における先行商標認知者ベースの混同率(回答者全数ベースの混同率は省略)をまとめたのが表11である。

表11 場面想定法：混同率 [先行商標認知者ベース]

商標セット	先行商標 認知者	混同率 (先行商標 認知者ベース)	備考1 (購買場面の状況設定と商品概要表示)		
[Moyet]	103	3	Moyet	10,000円	百貨店
	22.44	2.91	CAMUS	10,000円	
[ヨイチュー]	379	3	ヨイチュー	100円	コンビニエンス ストア
	88.97	0.79	ぶっちよ	100円	
[girls walker]	196	7	girls walker	800円	書店
	46.23	3.57	Cancam	800円	
[MEN'S CLUB]	160	2	MEN'S CLUB	500円	ドラッグストア
	38.19	1.25	MEN'S Biore	500円	
[フランク三浦①]	275	9	フランク三浦	5,000円	雑貨店の 時計売り場
	65.01	3.27	スウォッチ	5,000円	
[フランク三浦②]	270	0	フランク三浦	5,000円	雑貨店の 時計売り場
	63.98	0.00	ロレックス	600,000円	
[フランク三浦③]	277	9	フランク三浦	600,000円	百貨店
	64.12	3.25	ロレックス	600,000円	
[フランク三浦④]	270	74	FRANCK MIURA	5,000円	雑貨店の 時計売り場
	63.53	27.41	swatch	5,000円	
[フランク三浦⑤]	286	20	FRANCK MIURA	5,000円	雑貨店の 時計売り場
	66.67	6.99	ROLEX	600,000円	
[フランク三浦⑥]	253	89	FRANCK MIURA	600,000円	百貨店
	59.95	35.18	ROLEX	600,000円	

- ・「先行商標認知者数」の欄の上段は先行商標認知者数（単位：人）、下段は回答者全数ベースでの先行商標認知率（単位：%）を示している。
- ・「混同率」の欄の上段は、先行商標認知者のうち「混同あり」と判定された回答者数（単位：人）、下段は先行商標認知者ベースでの混同率（単位：%）を示している。

この結果から次のような2つの示唆が得られる。

第一に、外観と観念の影響である。日本語表記の[フランク三浦①～③]の混同率（①は3.27%、②は0.00%、③は3.25%）は、欧文字表記の[フランク三浦④～⑥]の混同率（④は27.41%、⑤は6.99%、⑥は35.18%）よりも顕著に低い。欧文字表記の「FRANCK MULLER」と「FRANCK MIURA」とでは外観が紛らわしいのに比して、日本語表記の「フランク・ミュラー」と「フランク三浦」とでは文字種の違いにより外観上の印象は大きく異なる。また、「フランク・ミュラー」からは欧米人の氏名であるとの観念が生じるのに対して、「フランク三浦」は欧米人の名と日本人の氏からなるとの観念が生じるが、この観念の相違は日本語表記にした場合に際立つ。日本語表記の[フランク三浦①～③]では、こうした外観と観念における対比効果により混同率が低くなったと考えられる。商標の称呼が

類似していても、外観や観念の相違が大きければ混同は生じにくいことを示すものといえる。

第二に、後行商品と並べて呈示する第三者商品および後行商品の価格水準・販売場所による影響である。

まず、[フランク三浦①、②、④および⑤]の4グループでは、後行商品「フランク三浦」(「FRANCK MIURA」)の価格を実際に近い5,000円とし、販売場所も現実に後行商品の販売されている雑貨店の時計売り場に行っている。このうち、商品比較に用いる第三者商品をラグジュアリー・ブランドで60万円の「ロレックス」(「ROLEX」)にした[フランク三浦②および⑤]と、5,000円と低価格帯の「スウォッチ」(「swatch」)にした[フランク三浦①および④]とを比べると、前者の混同率は後者よりも低くなった(日本語表記については、②の0.00% < ①の3.27%、欧文字表記では、⑤の6.99% < ④の27.41%)。高価格のラグジュアリー・ブランド「ロレックス」(「ROLEX」)との対比効果で低価格の後行商標がパロディ品であるとの認識が生じやすくなり、混同率が低くなったものと推察される。

後行商品と並べて呈示するのがラグジュアリー・ブランドの「ROLEX」である場合、後行商品の価格水準や販売場所は混同率にどう影響をもたらすのか。60万円の「ロレックス」(「ROLEX」)を第三者商品として並べて呈示しているのは、[フランク三浦②、③、⑤および⑥]である。後行商標「フランク三浦」(「FRANCK MIURA」)の価格帯をラグジュアリー・ブランドと同価格帯の60万円、販売場所は百貨店とした[フランク三浦③および⑥]の混同率は、低価格帯の5,000円で雑貨店を販売場所にした[フランク三浦②および⑤]の混同率よりも高い(日本語表記については、③の3.25% > ②の0.00%、欧文字表記では、⑥の35.18% > ⑤の6.99%)。後行商品の価格水準や販売場所が先行商品に類似していることで、出所の混同を招きやすくなったと考えられる。特に、欧文字表記「FRANCK MIURA」で価格を60万円、販売場所を百貨店とした[フランク三浦⑥]の混同率は35.18%にも達した。百貨店でパロディ品をラグジュアリー・ブランド品と同等の価格で販売するとは想定しがたいという先入観が働いた上、同じ欧文字表記で外観が紛らわしいため、「FRANCK MIURA」を「FRANCK MULLER」と取り違え混同が生じたということだろう。高額商品では購買判断における需要者の注意水準は高いので購買時点までに混同が解消さ

れないことはないと思われるが、少なくとも購入に至るまでの初期段階で混同⁹⁶が生じることが示唆されている。

以上のように、商標セット〔フランク三浦〕の6つのバリエーションで検証しようとした仮説(2.6.1.)に概ね整合する結果が得られた。場面想定法では、購買場面の状況に応じて起こる需要者の心理状態を一定程度反映する混同率が示されたといえるだろう。

なお、パロディ商品の「フランク三浦」を「フランク・ミュラー」の商標権者である先行者が訴えた事件は、当時、広く報道されていた。本研究の〔フランク三浦①〕では、先行商標認知者のうち、33.82%が商標紛争について知っていた。紛争を知っていた回答者の混同率は1.08%にとどまるが、知らなかった回答者の混同率は4.40%とより高い値となっている。

2.8. 考察

本研究では、「混同のおそれ」の立証のための需要者アンケートについて、Exxon法、Eveready法、Squirt法および場面想定法の技法を比較し、複数の商標を対象に横断的な調査を実施した。本実証調査では、技法によって混同率の測定値は相当程度異なることが明らかになった。以下では、本調査結果から得られる実務上の示唆をまとめる。

2.8.1. 「実験」型と「世論調査」型の特徴と活用にあたっての留意点

後行商標のみを刺激として呈示し回答者の心理に生じる現象を捉えようとする「実験」型のEveready法と場面想定法は、一種の実験により混同の実例を収集しようとするものである。訴訟等においては、現実の混同の実例が立証に用いられることがあるが、偶々発見された実例を集めても需要者層全体の傾向を把握することはできない。母集団である需要者から適切に抽出された標本(回答者)を対象とした実験型の技法による調査は、需要者層全体で生じる混同率を推し測るための有用な情報を提供しうる。

ただ、本章で紹介した実験型の技法は、いずれも自由記述式の回答から

⁹⁶「购买前混同(pre-sale confusion)」あるいは「初期混同(initial interest confusion)」については、McCARTHY, *supra* note 6, §23:6; Jennifer E. Rothman, *Initial Interest Confusion: Standing at the Crossroads of Trademark Law*, 27 CARDOZO L. REV. 105 (2005)を参照のこと。

混同の有無を判定せねばならないため、判定に手間がかかり、解釈のずれが生じる可能性がある。よって、事案に応じて綿密な判定基準を準備することが必要となる。

先行商標と後行商標の両方を呈示して、同一の出所に係る商品であると思うか否かを選択式で答えさせる「世論調査」型の Squirt 法については、従来、先行商標と後行商標だけを対比的に観察して判断させることに問題があるとされてきた。もっとも、米国の実務ではこのマイナス面を克服する応用的な方法が用いられるようになっている⁹⁷。

後行商標のみならず先行商標を呈示する Squirt 法で回答者が両商標は同一出所だと思つたと答えたとしても、購買場面で後行商標を見て先行商標の出所と混同するとはかぎらない。Squirt 法が、混同判断においてどのような役割を果たしうるのかということは、あらためて考察する必要があるだろう。米国の学説では、後行商標のみを呈示する Eveready 法が購買場面の混同の蓋然性の測定を目的とするのに対し、先行商標と対比的に観察できる Squirt 法は両商標の構成の「類似性」を測定できる点に強みがあるとし、混同概念の異なる側面を測定する両技法を補完的に用いることができるといふ指摘もなされている⁹⁸。いずれにせよ、Squirt 法については、実験型と異なる思想で設計されていることに留意して証拠評価する必要がある。

2.8.2. Exxon 法の活用方法

連想率を測定する Exxon 法は「実験」型の技法の中でも種が少し異なる。単に連想があるだけでは法律上の「混同のおそれ」を認めることはできないため、「混同のおそれ」が存在することを立証するために使うには難がある。もっとも、先行商標について連想のあることは出所混同の前提であるから、Exxon 法で連想率が低い場合、「混同のおそれ」のないことを推認させる証拠にはなる(2.4.1.)。

また、Exxon 法はブランドに関する連想ネットワークの様相を明らかにするのに適しており、不正競争防止法 2 条 1 項 2 号における著名表示との

⁹⁷ 前掲注(57)参照。

⁹⁸ Swann, *supra* note 42, at 72.

類似性を測定する手段となりうる⁹⁹。

2.8.3. Eveready法と場面想定法の利用の難しい事案

Eveready法や場面想定法のような「実験」型の技法は、どんな事案にも利用可能とはいええない。自由記述式の回答から混同の有無を判断するこれらの技法では、回答者の心理に混同が生じていても、先行商標に関する具体的知識の記載がない場合には判定不可能となる。混同を把握できるのは、回答者の心理において形成された先行商標に関する連想ネットワークから、具体的な出所関連情報が引き出され言語化された場合にかぎられる。そのため、先行商標の企業名など出所を特定できる情報が広く知られていない事案では、Eveready法や場面想定法の混同率は過小評価される傾向がある。自由記述式の質問の後に選択式の補充質問を配し、自由記述式の回答の解釈を助けるといった方法も一考に値する。

2.8.4. Eveready法の水増し効果

後行商標のみを回答者に呈示し、その企業名など出所を特定できる情報を回答させるEveready法では、推測バイアスを生じさせる要求特性が強く働く可能性がある(2.7.3.1.3.)。つまり、調査者の意向に沿った回答をしようとして、確信度が低くとも想起した企業名を出所として回答する傾向がある。Eveready法で得られた混同率を評価する場合には、こうした水増し効果を割り引いて評価する必要がある。

この点、Simonsonは、Eveready法の回答への確信度も併せて調査した結果、「回答に自信がない」とする者が多かったことに言及し、Eveready法で「混同あり」と判定された者でも、実際の購買場面では混同しない可能性があると指摘している¹⁰⁰。不確かな心理状態での推測バイアスの影響を確認するためには、Simonsonの実証調査のように出所たる企業名の回答の確信度を問う質問を設けることは有用であると思われる。なお、後述(2.9.)のように、推測バイアスをコントロールするための統制計画も必要となろう。

⁹⁹ 東京地判平成20年12月26日判時2032号11頁(平成19年(ワ)11899号)[黒烏龍茶事件]では、傍論ながら、「容易に著名な商品等表示を想起させるほど類似しているような表示か否かを検討すべきものと解するのが相当である」とされている。

¹⁰⁰ Simonson, *Likelihood of Confusion*, *supra* note 11, at 386.

2.8.5. 場面想定法の利点と活用方法

商品レビューを行わせる場面想定法は、出所に強制的に意識を向けさせる Eveready 法と異なり、より購買場面に近い心理状態を作り出すことができ、購買場面の条件の操作でより具体的な取引の実情を反映できる可能性があることが示された¹⁰¹。Simonson の実証調査では、対比的観察よりも離隔的観察の条件下で混同が生じやすいという経験則に沿う結果が得られたが、本実証調査では、同時に呈示する第三者商品のタイプ、後行商品の価格水準・販売場所の条件操作をした場合の測定結果も経験則に整合することが確認できた。

具体的な取引の実情を考慮した判断の求められる不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の「混同のおそれ」の立証においては、購買場面の具体的な状況を再現できる場面想定法は特に親和性が高いといえよう。とりわけ商標が商品選択の重要な要素となる高級ブランド品においては、商品レビューに出所情報が記載されやすいので、場面想定法は実用可能性がある。他方で、前述 (2.7.3.1.3.) のとおり、安価な日用品など、購買判断に際して出所やブランドに強い注意が向かない商品カテゴリーでは、商品レビューに出所情報が記載されにくいいため、混同の把握が難しい。出所に不自然に注意を向けさせないことは場面想定法の利点ではあるが、裏を返せばそれが短所にもなりうるということである。商品レビューを求める際、商品の品質・機能、価格などと並べてブランド・イメージ、過去の購買経験での評価などを考慮事項として例示して、出所関連情報の記載を誘導することも一案だろう。

2.9. 残された課題

本研究において、さらなる分析が必要な事項がいくつか残されている。

¹⁰¹ 場面想定法が購買場面の再現性に優れているといっても、Eveready 法と比較した場合の相対的な評価にすぎず、現実の購買場面と同じ心理状態を再現できるわけではない。マーケティング分野では、マーケティング・リサーチの結果と現実の購買判断と現実のギャップをさらに縮小する調査手法についての実証研究もある。竹内真登＝星野崇宏「解釈レベルの操作を伴うコンジョイント測定法の開発：マーケティングリサーチに生じるバイアスの排除に関する実証分析」マーケティング・サイエンス 23 巻 1 号 15 頁 (2015) 参照。

第一に、個人差要因による影響の分析である。今回の実証調査では、年齢や性別、学歴といった人口統計学的属性に加え、商品カテゴリーへの「関与度」や「消費者知識」に関する質問を設けている。これらの個人差要因と混同率との関わりに関する分析はこれからである。

第二に、「実験」型と「世論調査」型の調査技法の関係についてのマイクロ（個人）レベルでの分析である。Simonsonの実証研究では、技法間の関係についてマクロ（集団）レベルで検討されていた。本実証調査では、Squirt法を応用し、後行商標と先行商標を見て同一の出所であると思うか1から100までのスケールで蓋然性を問う質問を全技法の最後に配している。これにより、実験型と世論調査型の技法間の関係性をマイクロレベルで分析することができる。この点についても今後検討していく予定である。

方法論上の限界を踏まえた課題としては、以下の5つが挙げられる。

第一に、本実証調査では、各商標セットに係る個別の事情を反映させた質問票のカスタマイズを最小限にとどめ、商標や商品カテゴリーの部分だけを入れ替えて利用できる、全商標セットで統一された質問票を用いた。これは予算の制約という事情に加え、技法の特徴を一般化し比較できるように標準化するという目的があった。実務において混同調査を行う際には、事案に応じた質問票のカスタマイズが必要となろう^{102 103}。

第二に、本研究では、種々のバイアスの統制がなされていない。Eveready法などでは、要求特性に基づく推測バイアスが大きく働く(2.7.3.1.3.)。こうしたバイアスをコントロールするためには、事案に応じてバイアスを

¹⁰² たとえば、本研究では、[MEN'S CLUB]のようにブランド拡張による「広義の混同」が問題となりうる商標セットも用意したが、広義の混同を測定するのに適した表現になるよう質問票がカスタマイズされていないため、踏み込んだ分析を行うに足るデータを収集できなかった。

なお、広義の混同に関する実証研究として、Thomas R. Lee, Eric D. DeRosia & Glenn L. Christensen, *Sophistication, Bridging the Gap, and the Likelihood of Confusion: An Empirical and Theoretical Analysis*, 96 TRADEMARK REP. 913 (2008) などがある。今後、こうした先行研究を参照した実証調査を行っていきたい。

¹⁰³ なお、本研究では商品商標のペットマークを対象としており、ハウスマークやサービスマーク、パッケージ・デザインや商品デザインについては扱っていない。基本的には本研究の調査設計と共通するものになるが、想定される混同のパターンに合わせたカスタマイズが必要になる。

抑制する質問の追加や、コントロール・グループの導入などによる統制が必須となる¹⁰⁴。

第三に、本実証調査の場面想定法では、商標セット〔フランク三浦〕について、6つのバリエーションを用意して実査を行ったが、実験計画法は採用していない。同時に呈示する第三者商標のタイプ、後行商品の価格、販売所の各要因が混同率にどう影響を与えるのかより厳密に調査するためには、実験計画法による調査設計が求められる。

第四に、本実証調査では、Squirt法について、Simonsonの先行研究をなぞり、商品概要とともに先行商標と後行商標のみを同時に呈示し、両者が同一出所と思うか否かを尋ねる質問票を用いたが、前述(2.8.1.)のとおり、両商標を併置しない状態で尋ねるなど、呈示方法については改良の余地がある。その際、消費者行動研究における「ブランドの混乱」(2.3.3.)に関わる知見も参照すれば¹⁰⁵、認知心理学に基礎を置く商標間の「類似性」を測定する技法へとSquirt法を発展させていくことができるかもしれない。

第五に、本研究は、調査会社のモニターを対象にインターネット調査を行っている。会場調査(CLT)や郵送調査との回答の傾向の相違を確認することも課題として挙げられる¹⁰⁶。

2.10. 本章の結び

本章では、混同調査の技法のプロトタイプを紹介した上で(2.4.)、Simonsonの実証研究(2.5.)とそれを踏まえた本実証研究についての調査結果をまとめ(2.6.および2.7.)、これらの実証研究から得られた実務上の示唆(2.8.)と残された課題を示した(2.9.)。

訴訟において「混同のおそれ」の立証のために実施される調査は、当事者一方の立場で設計されているため中立性に欠け、個別の事案ごとにカスタマイズされており比較可能性も低い。それに対して、本研究のように、

¹⁰⁴ 需要者アンケートにおける統制計画全般については、Diamond, *supra* note 13; Rappeport, *supra* note 13. 混同調査に関する統制の手法については、JACOBY, *supra* note 6, at 704; Swann, *supra* note 42, at 62, 68.

¹⁰⁵ See *supra* note 37, note 38.

¹⁰⁶ 守口剛＝上田雅夫＝奥瀬善之＝鶴見裕之『消費者行動の実証研究』10頁(中央経済社、2019)。

具体的紛争から離れて学術的見地から行われた調査は、需要者アンケートの方法論について検討する際の基礎的なデータを提供することができる。こうしたデータが実務家と研究者の間で検証可能な形で共有されれば、需要者アンケートの方法論や調査結果の証拠評価のあり方についての議論を深めることができるだろう。

実証研究により、法律上の「混同のおそれ」概念を精緻化し、これまで特段の根拠なく当然視されてきた経験則に実証的な支えを与えるとともに、経験則の当てはまる条件を明らかにすることにも繋がる。また、今回の実証調査をもとに、混同に影響を与える諸要因について探求することも可能となる。消費者行動論や心理学、経営学との融合を図ることでより豊かな学術的な研究成果が得られることだろう。

※ 本稿は、吉田秀雄記念事業財団より研究助成を受けた研究プロジェクト「商標訴訟の証拠としての消費者アンケートの設計手法の研究—マーケティング研究と法学の融合によるアプローチ」(2019年度～2020年度)の報告書(同財団の運営するアドミューリアム東京ライブラリーに所蔵)に改訂を加えたものである。同プロジェクトの成果は2020年度に準吉田秀雄賞[第一席](常勤研究者の部)を受賞している。

同プロジェクトの遂行を担った研究者は、知的財産法を専門とする研究代表者・井上由里子(一橋大学 大学院法学研究科 教授)、知的財産法の実証分析を専門とする佐々木通孝(鳥取大学 研究推進機構 准教授)、イノベーション研究を専門とする吉岡(小林)徹(一橋大学 イノベーション研究センター 講師)、および言語学的観点から商標を研究する五所万実(目白大学 外国語学部英米語学科 専任講師)である。研究の過程で、マーケティング、法心理学の研究者、商標弁理士、社会調査を専門とするコンサルタントにも適宜アドバイスを得た。アドバイスを頂いたのは首藤明敏氏(明治大学 大学院グローバル・ビジネス研究科 教授)、堀田秀吾氏(明治大学 法学部 専任教授)、宮脇正晴氏(立命館大学 法学部 教授)、西村雅子氏(大島・西村・宮永商標特許事務所 パートナー弁理士、国際ファッション専門職大学 国際ファッション学部 教授)、青木博通氏(ユアサハラ法律特許事務所 パートナー弁理士)、吉澤和希子氏(ビーエルエム弁理士事務所 弁理士)、齊藤範香氏(ライオン株式会社知的財産部/主任部員・弁理士)、金子直也氏(NERA エコノミックコンサルティング アソシエートディレクター)である。加えて、勝又壮太郎氏(大阪大学 大学院経済学研究科 准教授)には、マーケティング・サイエンスの観点から、随所での確かなアドバイスを頂いた。記して感謝の意を申し上げる。

本稿の内容のうち、需要者アンケートの利用実態および需要者アンケートの技法に関する米国の文献レビューなどは、科研費[挑戦的萌芽](16K13332)「標識法における実証と規範—《需要者の認識》に関する理論的・実践的・学際的研究」(2016年度～2019年度)の成果である。普通名称の理論分析に関する部分は、科研費[挑戦的研究(萌芽)](18K18513)「商標の枯渇問題をめぐる適正な調査・分析方法の開発—言語学からの提言」(2018年度～2021年度)の成果の一部である。