



No.193

ティークレイク

Tea Break

商標類似は脳科学で裏付けられるか

会員・東京都立大学大学院 非常勤講師 浅野 勝美

1. 商標の類似は、称呼メインで判断すべきか、それとも外観メインで判断すべきか。弁理士の多くは未だに称呼をメインに商標の類似を判断しているように思いますが、特許庁は既に10年以上前（筆者が知る限り12年位前）から外観をメインに商標の類似を判断しているようです。前者は称呼類似となると概ね商標類似と判断するものであり（これを仮に「称呼反応論」と呼ぶ）、後者は外観類似となると概ね商標類似と判断します（これを仮に「外観反応論」と呼ぶ）。称呼反応論は松田治躬弁理士が提唱し、電話取引の多かった当時の時代風潮に良く合い、商標類似の判断に一世を風靡しました。

2. しかしながら、昭和43年の最高裁判決を嚆矢とする一連の判例により称呼類似の絶対性が後退し、3点観察法が「一応の基準」に格下げとなり、印象、記憶、連想等の全体判断となった現在において、外観の類否が商標類似の極めて重要な要素となってきました。筆者は2007年（平成19年）に上梓した「特許権侵害の公式／商標権侵害の公式」（株式会社産業科学システムズ）で、このことを指摘しておきました。

外観反応論は、当初の頃、称呼類似であっても、外観の相違が称呼の共通性を凌駕する位大きければ商標類似とはならず、商標非類似にするというように、称呼反応論の例外として運用されていました。しかしながら、最近の審決例の中には、「称呼の共通性が外観における差異を凌駕する」か否かにより判断しているものがでており（取消2018-3312）、外観反応論はいよいよ先鋭化しているように見えます。これによると、外観類似であれば商標類似であると解するかのようです。ちなみに、現在の運用は概ね称呼類似であっても、外観非類似であってかつ觀念非類似乃至対比不能な場合、商標非類似と判断しています。未だ外観非類似イコール商標非類

似とまでは判断していないようです（上記審決例もそこまでの判断はしていません）。

3. 何故このように外観反応論が勢い付いているのでしょうか。その根拠につき、ネット取引が活発になってきたからだと言う人がいますが、ネット取引においても商標は記憶に止まる際何らかの称呼や觀念を伴うことが多いから根拠にならないという反論があります。

筆者は、以前から行き過ぎた称呼反応論、即ち、外観や觀念が非類似であっても称呼類似であれば商標類似にするという運用に疑問を呈してきましたので、特許庁の運用（外観反応論）に違和感はありません。ただ、その根拠とするところは、電話取引やネット取引といった取引形態ではなく、もっと人間の認識システムの深いところに根ざすと考えています。

4. 最近の脳科学、認知科学は目ざましく発展しており、次のようなことが判ってきました。

（1）前頭葉（新皮質）は意識的な情報処理、扁桃体は恐怖や喜びなどの情動に関する情報処理、中隔・海馬は記憶と情動の抑制に関係することが明らかとなってきました。つまり脳の構造を考えるなら、人には二つの心があります。一つは意識的な判断可能な心、それは新しい（進化した）脳である前頭葉を中心として存在し、もう一つは意識に上らない情動のこころであり、それは古い（原始的な）脳である扁桃体を中心として存在します。

顕在意識と一部の潜在意識に関しては、人間の主観的な意識を含めて知覚や行動の決定が前頭葉（新皮質）でなされていることがわかっています。それに対して情動（扁桃体の反応）は直接的には意識に上らない、深部に存在する古い脳である扁桃体が、直感的、自動的に反応して、偏りを避ける行動をするとされます。

（2）前頭葉（新皮質）は、大人と子供で、発達の度合

が異なります。つまり子供の場合、前頭葉（新皮質）による反応は少ないと考えられています。実際には、情動が体に表出された結果を意識が感じとって、過去の経験と比較して自分の情動を認知し、これを感情として表現します。また、習慣のように意識はしないが、反射的に行ってしまう行動もある、と言われていました。

(3) 大脳皮質の1/3は視覚に関わっており、視覚の刺激即ち視覚情報に対しては、認知処理をするといわれる新皮質よりも先に、感情脳といわれ感情をコントロールする扁桃体の方が早く反応します。刺激に対する扁桃体の反応は受刺激後100msであり、受刺激後200msに起こる新皮質の反応より100ms先行します。

5. このような脳科学、認知科学的知見を商標の類似に適用してみますと、商標の外観は、視覚（つまり目）で認識されると同時に、古い脳に属する扁桃体をも刺激します。この扁桃体の刺激は前頭葉への刺激、つまり称呼や観念の認識に先行するのです。このような認識の時間差は潜在意識にも影響を与えます。よって視覚情報即ち外観の相違は長く記憶に止まるものと思われます。過日放送されたNHK「偉人たちの健康診断」によれば、視覚情報による認識率は87%であるのに対し、聴覚情報による認識率は僅か7%であり、また記憶に残る率は絵と文字の場合65%であるのに対し、文字のみの場合僅か10%であるのだそうです（照明学会）。まさに、人間の感覚のうち視覚は五感の王様なのです。そう言えば、名前は思い出せないが顔は思い出すということが良くあるし、（多分皆様も同じと思いますが）人間関係とくに男女間などは容姿から入ることが多いです。

筆者は、現在のところ、商標の類似に関する脳処理を次のように考えています。即ち、人間の脳は五感の王様である視覚情報が扁桃体を刺激することにより、まず、好き嫌いの情動に関する情報処理をし、次いで新皮質による意識的な情報処理をしますから、どうしても視覚情報即ち外観の相違がファーストインプレッションとして記憶に止まります。換言すれば、100ms早く到達した視覚情報が感情脳である扁桃体により処理される結果、好みが植え付けられる。その外観記憶が良品で好きな場合は、後の新皮質による意識的な情報処理の過程で固定され、反対に悪品で嫌いな場合は、後の新皮質による意識的な情報処理の過程で排斥され、悪玉印象として記憶されます。いずれにしても、現在の特許庁の外観反応論は脳科学、認知科学的知見に合致していると考えています。今後の識者の研究に待つところです。

6. このような筆者の知見は、斯界の先輩も支持しています。牧野利秋弁護士（元東京高裁裁判長）は以前にパテント誌で次のように述べています。

「商標というものは、標章すなわち「文字、図形、記号若しくは立体的形状若しくはこれらの結合又はこれらと色彩の結合」という視覚的要素に基づいて構成され、この構成を願書に「商標登録を受けようとする商標」として記載して、これによって審査を受けて登録されるのですから、先ずこの外形的要素である外観が基礎的要素としてあることとなります。そして、この外観に基づいて意味的要素である観念、音声的要素である称呼が生ずるという関係になっています。

そうしますと、商標の類似性を根拠付けるためには、対比される両商標の各外観・観念・称呼、これを認定して各要素が類似である、あるいは一つ又は二つの要素においては類似していることを主張する必要があります。ただ当初の判例のように、称呼だけの類似というものを非常に重要視している時代がございましたけれども、やはり外観というのは基礎的要素として常にあるわけですから、これを無視してしまうというのは妥当でないだろうと思います。」（牧野利秋「商標の類否判断の要件事実」パテント Vol.62 No.13（2009年））

参考：最近の脳科学、認知科学の文献

<1>心理学的な要求と意思決定の度合からの進展モデルについて

・ Psychological demand/decision latitude model : Karasek and Theorell (1990)

<2>ストレスの観察について

・ Stress Viewer (model) : by Johanna Paula Monique Fikkert, Haike Jacobs - Language Arts & Disciplines - 2003 - 463 pages

・ 1995 Metrical Stress Theory: Principles and case studies. ... Hogg, Richard 1992

・ A Grammar of Old English, volume I: Phonology, Oxford: Basil Blackwall. ...

<3>エッジ効果について

・ Edge effect and job stress (theory) : Cross-Functional Project Groups in Research and New Product Development; Diversity, Communications, Job Stress, and Outcomes

・ Robert T. Keller The Academy of Management Journal, Vol. 44, No. 3 (Jun., 2001), pp. 547-555

<4>モアレ現象について

・ Stress moire (theory) : A Water-Bonded, Floating Element Shear-Stress Sensor Using a Geometric Moire

Optical Transduction Technique

- ・ Stephen Horowitz, Tai-An Chen, Venkataraman Chandrasekaran, Ken Tedjojuwono, Louis Cattafesta, Toshikazu Nishida, and Mark Sheplak
- ・ Interdisciplinary Microsystems Group, PO Box 116250, University of Florida, Gainesville, Florida 32611-6250

< 5 > 人のパフォーマンスについて

- ・ Human Performance (model) : Enhancing Human Performance : Background Papers, Stress Management
- ・ Authors: Committee on Techniques for the Enhancement of Human Performance, National Research Council

< 6 > ストレス理論

- ・ Stress theory and phonology in Old and Middle English
上梨恵子 (1994)
- ・ Managing Stress : Principles and strategies for Health and Wellbeing by Brian Luke Seaward - Self-Help - 2005 - 590 pages
- ・ Lazarus, RS, and Folkman, S. Stress, Appraisal, and Coping. Springer, New York, 1984. Matheny, K., et al.

Stress Coping: A Qualitative and Quantitative ...

< 7 > 感情についての心理学的および生理学的アプローチ

- ・ Psychological and Biological Approaches to Emotion : by Nancy L. Stein, Bennett Leventhal, Tom Trabasso - Psychology - 1990
- ・ Stress, appraisal, and coping. New York: Springer, Lazarus, RS, Kanner, AD, & Folkman, S. (1980).
- ・ Emotions: A cognitive-phenomenological analysis. ...

< 8 > 汎適応症候群 (general adaptation syndrome) (GAS) 理論

- ・ Stress without Distress (1974), Stress of Life (1956) by Hans Hugo Bruno Selye CC

< 9 > 脳科学, 認知科学, 神経科学からの情報

- ・ 2017年10月30日応用脳科学コンソーシアム, NICT 脳情報通信融合センター春野雅彦氏

特許庁見解については審決例をみていますので、関心のある方はトレースして下さい。