

不正競争防止法上の諸要件立証のための 需要者アンケート

—セカンダリー・ミーニング、混同のおそれ、普通名称化—

一橋大学大学院法学研究科 教授 井上 由里子

要 約

不正競争防止法のうち標識の保護に係る諸規定の要件該当性判断において、需要者の認識が考慮される場合がある。需要者の認識を直接的に測定する需要者アンケートは裁判官の心証形成を助ける有力な手段となりうる。

需要者アンケートが妥当なものと認められるために特に重要なのは、各要件の判断に資する需要者の認識とはどのようなものを明確化し、それを踏まえて質問票を設計することである。その点についての十分な分析のないままに作成された質問票を用いた調査の証拠価値は乏しいものにならざるをえない。

本稿では、不正競争防止法2条1項1号の①「周知性」、「特別顕著性（セカンダリー・ミーニング）」、②「混同のおそれ」、③「普通名称化」の3つの論点について、実務的・学術的知見の蓄積のある米国を参照し、また調査技法の検証のために筆者らが実施した実証研究の結果にも触れつつ、質問票の設計を中心に需要者アンケートの方法論を検討する。

目 次

1. はじめに
2. 需要者アンケートにおける調査設計
3. 周知性、特別顕著性（セカンダリー・ミーニング）
 - 3.1. 法的概念
 - 3.2. 需要者アンケートの適応事案
 - 3.3. 調査技法
 - (1) 単一出所調査
 - (2) 企業名調査
 - 3.4. 小括
4. 混同のおそれ
 - 4.1. 法的概念
 - 4.2. 需要者アンケートの適応事案
 - 4.3. 調査技法
 - (1) Eveready 法
 - (2) 場面想定法
 - (3) Squirt 法
 - 4.4. 小括
5. 普通名称化
 - 5.1. 法的概念
 - 5.2. 需要者アンケートの適応事案
 - 5.3. 調査技法
 - (1) Thermos 法
 - (2) Teflon 法
 - 5.4. 小括
6. むすびにかえて

1. はじめに⁽¹⁾

標識に化体する信用は、需要者の心理に形成される。不正競争防止法のうち標識の保護に係る諸規定の多くの要件の判断において、需要者がどのような認識をもっているかが考慮要素となる。たとえば、不正競争防止法2条1項1号の周知性や混同のおそれといった要件は、その文言上、需要者の認識を問うものであることは明らかであろう。普通名称化の判断においても、需要者の認識や語の使用実態という事実的側面が手がかりになる可能性がある。

需要者の認識は間接的証拠に基づき経験則により判断できることもあるが、事案によっては、特定の商品・営業の需要者の認識を裁判官が客観的に把握することに困難を伴う。そのような場合、需要者の認識をより直接的に測定する需要者アンケートは裁判官の心証形成を助ける有力な手段となりうる。

需要者アンケートは、質問票を用いて大量の回答データを収集し社会の現実の全体像を把握することを目的とする社会調査の一種である⁽²⁾。社会調査は心理学や社会学や経営学などの社会科学の諸分野で広く用いられている手法であり、学術的な研究手法として確立されている。多くの企業が費用をかけて消費者を対象とするマーケティングのための社会調査を行うのも、消費者の認識を把握し行動を予測するのに一定の有用性があるからであろう。

標識関係訴訟においても需要者の認識を立証するために、需要者アンケートが用いられることがある⁽³⁾。しかし、その方法論の十分な蓄積があるとはいえない⁽⁴⁾。本稿では、需要者アンケートの調査設計における一般的留意事項を確認した上で(2.)、不正競争関係紛争における需要者アンケートの方法論に関する実務的・学術的知見の蓄積のある米国も参照しつつ⁽⁵⁾、不正競争防止法2条1項1号の①「周知性」、②「特別顕著性(セカンダリー・ミーニング)」(3.)、③「混同のおそれ」(4.)、④「普通名称化」(5.)の3つの論点

(1) 本稿で紹介する一連の実証研究は、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)で実施したものである(2020年度に準吉田秀雄賞[第一席](常勤研究者の部)受賞)。同プロジェクトの共同研究者は、筆者のほか、知的財産法の実証分析を専門とする佐々木通孝(武蔵野大学 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 専任講師)、言語学的観点から商標法を研究する五所万実(目白大学 専任講師)である。その成果をまとめたものとして、井上由里子=佐々木通孝=五所万実=吉岡(小林)徹「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」知的財産法政策学研究63号1頁(2022)、井上由里子=五所万実「標識関係訴訟における《需要者アンケート》(2)—『普通名称化』に関する実証研究」知的財産法政策学研究64号197頁(2022)、井上由里子=佐々木通孝「標識関係訴訟における《需要者アンケート》(3・完)—『セカンダリー・ミーニング』に関する実証研究」知的財産法政策学研究69号(2023)(公表予定)。

(2) 島崎哲彦編著『社会調査の実際—統計調査の方法とデータの分析[第9版]』(学文社、2011)1頁参照。

(3) 商標法に関するものを含め、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)、同「新しいタイプの商標等と需要者アンケート」発明119巻5号、6号、7号62頁、8号58頁、9号36頁、11号28頁、12号36頁(以上、2022)、120巻2号26頁、3号20頁、4号58頁、5号28頁(以上、2023)、小野昌延「商標事件におけるアンケート調査—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)。

標識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—法社会学的分析」日本工業所有権法学会年報42号162頁(2019)。

(4) 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)、井上由里子「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(2008)235頁、井上由里子「『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アンケート調査の実践的な利用法についての検討」産大法学50巻3・4号(2017)743頁、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)、NERAエコノミックコンサルティング編『知財紛争の経済分析—米国先進事例に学ぶ損害賠償額の算定原則』131頁～148頁(中央経済社、2007)などがある。

(5) 需要者アンケートの証拠としての活用が一般化している米国では、30年以上前から需要者アンケートの方法論に関する理論的・実践的研究が蓄積されている。証拠法や実体法上の要件の相違はあるものの、社会調査の法実践での応用という点では日米で異なることはなく、その成果は日本でも参考になると考えられる。米国の実務家に広く用いられている信頼できる文献として、FEDERAL JUDICIAL CENTER, MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, FOURTH (2004) (<https://public.resource.org/scribd/8763868.pdf>)、Shari Seidman Diamond, *Reference Guide on Survey Research*, in FEDERAL JUDICIAL CENTER, THE REFERENCE MANUAL ON SCIENTIFIC EVIDENCE (3rd ed. 2011) (<https://nap.nationalacademies.org/read/13163/chapter/9>)、SHARI DIAMOND & JERRE SWANN EDS. TRADEMARK AND DECEPTIVE ADVERTISING SURVEYS: LAW, SCIENCE, AND DESIGN (2012)、JACOB JACOBY, TRADEMARK SURVEYS, VOL. I: DESIGNING, IMPLEMENTING AND EVALUATING SURVEYS (2013) などがある。

について、質問票の設計を中心に調査技法を検討する。

2. 需要者アンケートにおける調査設計

まず、需要者アンケートの調査設計における一般的留意事項を確認しておこう。

米国では、訴訟で用いられる需要者アンケートについて、以下のような条件を満たすことが必要であるとされている⁽⁶⁾。①母集団として適切な需要者層が設定されていること、②標本抽出法が適切で、母集団の代表性が確保されていること、③質問票の質問内容が明確であり、かつ誘導的でないこと、④社会調査の専門家によって、適切な手順で調査が実施されていること、⑤収集されたデータが正確に報告されていること、⑥統計学上認められる原則に従ってデータの分析がなされていること、⑦調査全体の客観性を担保するための配慮がなされていること、の7点である。

このうち、①と②は、適切な需要者層を母集団として設定し、母集団の代表性のある標本（回答者グループ）を抽出することを求めている。各要件の判断主体は被告商品の需要者なのかそれとも原告商品の需要者なのか、一地域での需要者でよいのか全国の需要者なのか。不正競争防止法の解釈論を踏まえ関連需要者層を母集団として適切に設定し、統計的な見地から母集団の代表性が確保された標本に対する需要者アンケートを行うことで、需要者層の全数に悉皆調査することなく、需要者層全体の認識の傾向を把握することができる⁽⁷⁾。なお、関連需要者層全体の代表性ある標本に対する調査でなければ証拠価値が一切否定されるということはない。たとえば、需要者は取引者と最終需要者という異なる属性の需要者からなるとされるが、取引者のみ、あるいは最終需要者のみを母集団として設計された調査であっても、各要件該当性の心証形成に役立つ可能性は十分にある。

③は質問票の設計に関する事項である。より詳細には、以下が留意事項とされている⁽⁸⁾。①質問文がわかりやすく正確でバイアスのないものとなっていること、②「わからない」、「知らない」の選択肢を設けるなど推測による回答を抑制する措置が講じられていること、③自由記述式や選択式といった回答形式が適切に選択されていること、④曖昧・不完全な回答の意味を明確にするための補助質問の内容が適切で誘導的でないこと、⑤順序効果や文脈効果を抑制するための手段が講じられていること、⑥ある要因と結果の因果関係を解明する目的の調査については、他の要因の影響をコントロールする手段が講じられていること、⑦電話調査やインターネット調査など調査手法に特有の課題への配慮がなされていること、の7点である。

以上の一般的な留意事項に加えて強調しておきたいのは、調査しようとしている事項にフォーカスを当てた質問票であることが何より重要だということである。社会調査の評価基準には「信頼性」と「妥当性」の2つがある⁽⁹⁾。信頼性は測定の一貫性に係る概念であり、同じ条件の下で繰り返し実施しても誤差が小さく一貫した測定値が得られる場合、信頼性が高いという。これに対して、妥当性とは、調査目的が質問内容に正しく反映されているかを問うものである。いかに信頼性のある調査でも妥当性を欠く外れな調査では全く意味がない。需要者アンケートで測定したいのは、不正競争防止法上の各要件に関連する需要者の認識である。周知性や混同のおそれなどの要件で問われている需要者の認識とはどのようなものかを明確化し、それを的確に反映した質問票を設計する必要がある。その点についての十分な分析のないままに設計された調査の証拠価値は乏しいものといわざるをえない。

(6) FEDERAL JUDICIAL CENTER, MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, *supra* note 5, § 11.493.

(7) 島崎・前掲注2) 64頁。

(8) Diamond, *Reference Guide on Survey Research*, *supra* note 5, at 387-409.

(9) 山田一成『聞き方の技術—リサーチのための調査票作成ガイド』138頁（日経BPマーケティング、2010）。

3. 周知性、特別顕著性（セカンダリー・ミーニング）

3.1. 法的概念

不正競争防止法2条1項1号は、「周知な」商品等表示の混同行為を規制する⁽¹⁰⁾。同号は、商品等表示を保護するものであるから、「商品等表示」すなわち出所標識として周知であることが必要である。単に対象表示の知名度が高いというだけでは足りず、その知名度が出所標識としての認識に基づくものであることが大前提になる。

出所である企業の具体的な名称まで認識していなくとも、どこかの企業の出所標識として需要者が認識していれば、周知性を肯定することができる⁽¹¹⁾。特定の出所に由来する商品等であると需要者が認識しているということはその企業の信用が形成されていることを意味するからである。具体的な企業名やその企業のブランド名を出所と結びつけて認識している心理状態を「顕名出所」の認識と呼び、企業名やブランド名までは知らないがどこか特定の企業が出所であると認識している心理状態を「匿名出所」の認識と呼ぶとすれば、周知性の基礎になるのは、顕名出所の認識と匿名出所の認識の両者を合わせたものである。

記述的表示や商品形態など本来的な識別力が弱い表示を特定人に独占させることは競争上の弊害を生じさせるおそれがある。競争上その形態を採用しなければ当該商品市場への参入ができなくなる商品形態は、独占適応性が完全に欠如しており、たとえ需要者の多くが出所標識として認識していても保護が否定される⁽¹²⁾。独占適応性が完全に欠如しているとはまではいえない場合、保護を受けるためには、特別顕著性（セカンダリー・ミーニング）を獲得していることが必要である⁽¹³⁾。本来の識別力の弱い表示が保護を受けるためのハードルは、同種商品市場で競争に与える影響の程度を考慮した相関的な判断になりうる。飲料の容器の形態のように消費者の飲みやすさや配送の効率性等の観点から形態選択の自由度が低いものは特別顕著性を肯定するためのハードルは高くなり、装飾性を優先させることのできる香水の瓶の形態であればハードルは低くなるだろう。

1号で規制されるのは被告表示に接して混同を生じさせる行為であるから、その前提となる周知性や特別顕著性の判断主体は、原告商品分野や営業地域の需要者ではなく、被告商品分野や営業地域の需要者である⁽¹⁴⁾。

3.2. 需要者アンケートの適応事案

周知性や特別顕著性（セカンダリー・ミーニング）の立証においては、実務上、商品の販売実績や宣伝実績が証拠として提出されることが多いが⁽¹⁵⁾、これらは需要者の認識を推し量るための間接的な証拠である。需要者の認識をより直接的に測定する需要者アンケートが立証上有用なのはどのような事案類型か。田村教授によるこの問題に関する先駆的論文⁽¹⁶⁾では、2つの観点から整理されている。

第一に、原告と被告の顧客層の重なりという観点である。原被告の営業地域や業種が重なっている場合は、経験則上、原告商品の販売実績や宣伝実績により周知性を判断できるので、費用をかけてまで需要者アンケートを行う必要性に乏しいとする⁽¹⁷⁾。他方で、原告と被告の営業地域や業種が異なっている場合、原告商品についての販売実績や宣伝実績がいかに大きくとも被告の需要者層において原告表示が周知・著名であると

(10) 周知性については、小野昌延編著『新・注解不正競争防止法 [第3版] (上)』204頁以下 [芹田幸子] (青林書院、2012)、田村善之『不正競争法概説 [第2版]』36頁以下 (有斐閣、2003)。

(11) 田村・前掲注10) 70頁。

(12) 田村・前掲注10) 126頁。なお、裁判例については、田村善之「普通名称と記述的表示—独占適応性欠如型アプローチと出所識別力欠如型アプローチの相剋—」知的財産法政策学研究37号(2012)151頁参照。

(13) 商品形態の商品表示該当性については、小野・前掲注10) 204頁以下、田村・前掲注10) 119頁以下参照。なお、本来の識別力の弱い表示についての不正競争防止法2条1項1号の周知性・特別顕著性の概念は、商標法3条2項の使用による識別力と共通するところがあるので、本稿では、商標法3条2項に関する裁判例についても適宜参考しながら検討を進める。

(14) 田村・前掲注10) 39頁、43頁。

(15) 小野・前掲注10) 306頁 [三山峻司]。

(16) 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」中山信弘選集『知的財産法の理論と現代的課題』402頁 (弘文堂、2005年)。

(17) 田村・前掲注16) 404頁。

はかぎらないから、直接的に被告の需要者層の認識を測定できるアンケートが有効打になりうるという⁽¹⁸⁾。たとえば、神奈川県横浜市のとんかつ料理店の商号「勝烈庵」⁽¹⁹⁾が、被告営業地域の、鎌倉市大船周辺、また、静岡県富士市付近で周知といえるかは、横浜市内での営業実績を示すだけでは直接立証できない。距離的近接性や生活圏としての密接性・一体性、口コミでの伝播性などの実情も考慮した間接的な推論ができるにとどまる。需要者アンケートであれば、大船周辺の需要者層、富士市付近の需要者層を対象とした調査を行うことで周知性についての直接的なデータを得ることができるだろう。

第二に、表示の本来の識別力の観点である。まず、独占適応性が完全に欠如している表示については、需要者アンケートを行っても意味はないとする⁽²⁰⁾。たとえば、変形自在な水切りぎるの形態上の特徴⁽²¹⁾は、需要者の認識という事実的側面がどうであろうとも、当該商品の実質的な機能を達成するための構成に由来するものとして規範的観点から保護が否定されるので、需要者の認識に関する需要者アンケートで周知性や特別顕著性を立証しようと試みても徒労に終わるだろう。一方、記述的表示や商品形態など本来の識別力が弱い表示について保護を受けるには特別顕著性（セカンダリー・ミーニング）を立証する必要がある。販売実績や宣伝実績に係る証拠だけではこの点について心証を得ることが難しい場合、需要者アンケートが有用であるとする⁽²²⁾。たとえば、ユニットシェルフの形態は、長期にわたって独占的に使用されていれば必ず出所標識として認識されるようになるというわけではない。こうした事案では、需要者が単に馴染みのある形態として見知っているだけなのか、出所を識別する手がかりとして認識するに至っているのかを調べることでできる需要者アンケートが立証の有効打となる可能性がある⁽²³⁾。

なお、商品の販売や宣伝の際、識別力の強い文字商標や図形商標が商品に付記されているのが通例である。販売開始当初、文字商標を手がかりに商品の出所を識別していた需要者が、学習効果により次第に商品形態だけで出所を識別するようになることもある。他方で、時を経ても需要者は相変わらず文字商標で出所を識別し続け、当該形態が出所標識と認識されるに至らないこともありうる。需要者が商品形態だけで出所を識別できるようになっているか否かの判断では、文字商標等の外観、大きさ、付されていた位置、周知・著名性の程度等の点が考慮されるが⁽²⁴⁾、その判断が難しいこともある。需要者アンケートでは、文字商標を付

(18) 田村・前掲注16) 405頁。

(19) 横浜地判昭和58(1983)年12月9日無体裁集15巻3号802頁、判タ514頁259頁〔勝烈庵〕参照。

(20) 田村・前掲注16) 408頁。

(21) 大阪地判平成23(2011)年10月3日判タ1380号212頁〔水切りぎる〕参照。

(22) 田村・前掲注16) 406～407頁。

(23) もっとも、知財高判平成30(2018)年3月29日(平成29年(ネ)10083号)判例集未搭載〔ユニットシェルフ〕では、周知性を否定するために控訴人(被告)側が提出した需要者アンケートの調査設計について、母集団の代表性と質問文の妥当性に問題があると指摘した。

裁判所は、「控訴人は、識別力調査の結果によれば、約98%の一般消費者が被控訴人商品形態を見ても被控訴人商品であると識別でき……なかったとして、被控訴人商品形態は、一般消費者の間で……出所識別力を有していないなどと主張する。そこで検討するに、不正競争防止法2条1項1号は、周知性の要件につき、『需要者の間に広く認識されているもの』と規定するところ、上記にいう『需要者』とは、当該商品等の取引の相手方をいうものと解するのが相当である。これを……識別力調査についてみると、当該調査の対象者は、控訴人の主張によっても単に二十代から四十代の一般消費者であるというにとどまること、控訴人商品及び被控訴人商品が金属製のユニットシェルフの家具であって、一般消費者が卒然と購入に至るような性質の商品でないことを考慮すると、少なくともこれらの商品を含む家具一般について何らかの関心を有する者を、上記にいう需要者と解すべきものである。また、調査における質問内容についても、控訴人商品又は被控訴人商品に関してどの販売店の商品か分かるかを尋ねるなど、具体的な出所の認識を直接の問題とする点で、必ずしも適切なものとはいえない。そうすると、上記識別力調査は、周知性を否定する証拠として適格ではない」とした。

(24) 商品形態の商標法3条2項該当性が争われた知財高判平成19(2007)年6月27日判時1984号3頁〔MAGLITE〕は、「商品等は、その販売等に当たって、その出所たる企業等の名称や記号・文字等からなる標章などが付されるのが通常であることに照らせば、使用に係る立体形状に、これらが付されていたという事情のみによって直ちに使用による識別力の獲得を否定することは適切ではなく、使用に係る商標ないし商品等の形状に付されていた名称・標章について、その外観、大きさ、付されていた位置、周知・著名性の程度等の点を考慮し、当該名称・標章が付されていたとしてもなお、立体形状が需要者の目につき易く、強い印象を与えるものであったか等を勘案した上で、立体形状が独立して自他商品識別機能を獲得するに至っているか否かを判断すべきである。……本件商品に『MINI MAGLITE』及び『MAG INSTRUMENT』の英文字が付されていることは、……本願商標に係る形状が自他商品識別機能を獲得していると認める上での妨げとなるものとはいえない」と判示する。

さずに商品形態のみを呈示して、需要者が当該商品形態を出所標識として認識しているか否かを直接的に確認できる。これは、本来的に識別力の弱い表示の特別顕著性（セカンダリー・ミーニング）立証における需要者アンケートの大きなメリットである⁽²⁵⁾。

3.3. 調査技法

周知性要件には、概念上、出所標識としての認識の判断が含まれているから、周知性調査は、特別顕著性（セカンダリー・ミーニング）の調査と重なるところがある。以下では、本来的識別力の弱い商品形態のセカンダリー・ミーニング立証のためのアンケート調査を中心に検討する⁽²⁶⁾。なお、本章で紹介する調査技法は、不正競争防止法2条1項1号の「特別顕著性」要件だけでなく商標法3条2項の「使用による識別力」要件の立証でも用いられるものなので、以下では、便宜上、両要件を総称して「セカンダリー・ミーニング」という語を用い、その調査を「セカンダリー・ミーニング調査」と呼ぶ。

(1) 単一出所調査

(i) 技法の概要

技法のひとつは、対象表示を単一出所と関連付けて認識しているかを問うタイプの質問票である。商品形態や記述的表示など本来的識別力の弱い表示についてのセカンダリー・ミーニングを立証するために、米国で標準的に用いられている手法である⁽²⁷⁾。

商品形態の例でいえば、対象となる原告の商品形態の画像を呈示し、「あなたは、この形態の商品を見たとき、どこか1つのメーカーが思い浮かびますか。それとも、複数のメーカーが思い浮かびますか」などと質問する。回答形式は選択式である。推測で答えることのないよう、「わからない」、「知らない」などの選択肢も用意する。

単一出所調査の集計では、「どこか1つのメーカーが思い浮かぶ」を選択した者は出所標識としての認識があると判定される。セカンダリー・ミーニングの判断の指標になるのは、被告需要者層を母集団として標本抽出された全回答者数を分母、出所標識として認識した人数を分子として算出される出所標識認識率である。

(ii) 検討

単一出所調査は、商品形態や記述的表示など本来的識別力の弱い表示についてのセカンダリー・ミーニングを立証するために用いられる技法である。

単一出所調査はセカンダリー・ミーニングの概念を忠実に反映したものであり、匿名出所の認識も含めた出所標識としての認識の把握を試みるものである。だが、事案によっては、尋ねたいことが回答者に正確に伝わる自然な質問文を作成するのは容易ではない。

単一出所調査の実用可能性を検証する目的で筆者らが行った実証研究の結果を紹介しよう⁽²⁸⁾。オムロン社の電子体温計「けんおんくん」のぼったりと丸みを帯びた特徴あるデザインは、立体商標登録がなされて

(25) 井上 = 佐々木・前掲注1) 参照。ちなみに、裁判例では、商品陳列デザインの営業表示性が争われた大阪地判平成22(2010)年12月16日(平成21年(ワ)6755号)[西松屋]では、被告店舗の商品陳列方法を見て原告の店舗と誤認した回答者が相当数存在していたが、呈示された画像には原告主張の「商品陳列デザイン」以外の要素が含まれており、それが回答に影響を与えている可能性があるとして指摘し、このアンケート結果に基づいて営業表示性を取得していると判断することはできないとした。判断対象とされるデザインや形態のみを示した調査でなければ、需要者アンケートの強みを活かすことはできないということである。

(26) 井上 = 佐々木・前掲注1) 参照。

(27) Vincent N. Palladino, *Secondary Meaning Surveys*, in DIAMOND & SWANN EDS., *supra* note 5, at 85.

(28) 井上 = 佐々木・前掲注1) 参照。

いる⁽²⁹⁾。実証研究では、この事例を素材とし、「けんおんくん」の立体商標の画像を呈示する回答者グループ（実験群）と、これとは別に、複数のメーカーが採用しているペンシル型の汎用的な電子体温計の形態の画像を呈示する回答者グループ（コントロール群）を設け⁽³⁰⁾、それぞれのグループに対して、全く同一の単一出所調査の質問票を用いた調査を実施した⁽³¹⁾。実験群で「1つのメーカーが思い浮かぶ」と回答した割合は4割強であった。コントロール群の結果をみると、5割に近い割合が「1つのメーカーが思い浮かぶ」と回答している。複数のメーカーが用いている汎用的な形態が出所標識として認識されることはないから、質問の文意を正しく理解していれば回答者は「複数のメーカーが思い浮かぶ」と回答するはずである。にもかかわらず、コントロール群の出所標識認識率が実験群より高い結果となったことは、質問文の趣旨が正しく理解されなかったことを示唆するものといえる。

単一出所調査を使う場合、質問の趣旨が正しく伝わるよう、本質問の前に、「1つのメーカーが思い浮かぶ」と「複数のメーカーが思い浮かぶ」とはどのような意味なのか、事例を交え質問の趣旨をわかりやすく説明し、理解度を確認する練習問題に答えさせるといった手順を踏むことも考えられる。また、本質問の後に、なぜ「1つのメーカー」が思い浮かんだのか理由を答えさせ、質問の趣旨を理解していない回答を排除するという手段も検討してよい。

(2) 企業名調査

(i) 技法の概要

もうひとつの技法は、出所である企業名やその企業を特定する手がかりとなる具体的情報を尋ねる質問票である。

商品形態の例でいえば、原告の商品形態を呈示して、「この形態の商品をどこのメーカーが販売しているかご存知ですか。メーカーがわからない場合には、[そのメーカーのCMのタレントや、ヒット商品など]何でもかまいませんから、そのメーカーを特定する手がかりをお答えください。複数のメーカーが思い浮かぶ場合にはそのすべてをお答えください」といった質問をして、自由記述で回答させる。

関連情報でもよいとするのは、具体的な企業名までは知らない匿名出所の認識を有する者や、企業名を知っているが思い出せない者をできるかぎり拾い上げるためである。質問文では、個別の事案によって、その企業のCMタレント、ヒット商品など、その企業に関連して回答者が想起しやすい項目を例示しておくもよい。

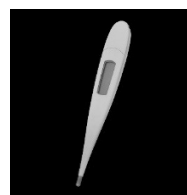
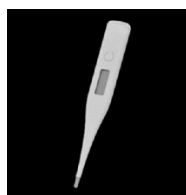
選択式の回答形式は誘導質問的な要素があるので、回答形式は自由記述とするのが原則である。自由記述式であっても、シェアの高い有名企業名を推測で答えるといったことが考えられるため、わからない場合や思い出せない場合にはその旨記載するよう明示的な指示を行うか、自由記述欄のほかに「わからない」、「思い出せない」という選択肢を設けて、推測回答をできるかぎり抑制する。

1社でなく複数メーカーの回答も可能であることを明記するのは、その商品形態を原告のみならず複数の企

(29) 登録6197317号。

(30) ある特定の要因と結果の間の因果関係を調査する際、その要因を含む条件で行うグループ（実験群）とは別に、その要因以外の条件は実験群とすべて等しいグループを設ける。これをコントロール群という。コントロール群と実験群の測定値が統計上有意に異なれば、その要因と結果の間に因果関係があると推論される。村田光二＝山田一成＝佐久間勲編著『社会心理学研究法』（福村出版、2007）99頁参照。なお、セカンダリー・ミーニング調査は因果関係検証の調査とはいえないため、上記の厳密な意味での「コントロール群」とはいえないが、本稿では、便宜上この語を用いる。

(31) 実験群 [けんおんくん立体商標] コントロール群Ⅰ コントロール群Ⅱ コントロール群Ⅲ



業と結び付けて認識している場合には原告の企業の出所標識として機能しているとはいえないからである⁽³²⁾。

企業名調査の集計では、原告企業の企業名やその関連情報だけを自由記述の回答に記載していれば、出所標識としての認識があると判定される。被告需要者層を母集団として標本抽出された全回答者数を分母、出所標識として認識していると判定された回答者数を分子として算出される出所標識認識率が、セカンダリー・ミーニングの判断の指標となる。

(ii) 検討

企業名調査の質問文は一般の回答者にとっても理解しやすいものであり、日本で実施される周知性や特別顕著性の調査の多くでこの技法が採用されている⁽³³⁾。

企業名調査は、本来的識別力の弱い表示ばかりでなく、本来的識別力が強い表示の周知性の立証にも用いることができる。特に、原告と被告の商品や営業地域に重なりがない事案で、原告商品の販売や宣伝の実績だけでは被告市場での原告表示の周知性の有無の判断がつきにくい場合には、企業名調査の結果が判断の助けになりうる。周知性立証のための企業名調査で呈示するのは原告表示であるが、原告表示と被告表示が同一である場合には、実質的には、後述の Eveready 法により混同のおそれを調査していることにもなる。

本来的識別力が弱い表示について、原告以外に複数の企業がその表示を使用している実態がある事案で単一出所調査によりセカンダリー・ミーニングの立証を試みる場合には、原告とは別の企業を出所として思い浮かべて「1つのメーカー」と答えた回答を除外するために企業名調査を併用することが必須になる。

企業名調査の限界は、出所である企業名等を知っているが思い出せない者や、どこか特定の出所の識別標識であると認識しているが具体的な企業名は知らない者（匿名出所の認識）を十分に捕捉できないことである。ユニットシェルフ事件判決⁽³⁴⁾では、周知性・特別顕著性のないことを示すために被告側が提出した企業名調査の結果について、どの販売店の商品かわかるかを尋ねるなど具体的な出所の認識を直接問題とする点で必ずしも適切なものとはいえず、周知性・特別顕著性を否定する証拠として適格ではないとされた。

企業名等を自力では思い出せない者をできるかぎり拾い上げるために、選択式の質問が併用されることもある⁽³⁵⁾。具体的には、「思い出せない」と回答した者に対して、自由記述式の質問の後に複数の企業名・ブランド名を選択肢とする選択式の補充質問に答えさせる。回答者が出所である企業名やブランド名を正しく選択できた場合には、原告を出所と認識しているものと評価して、自由記述で得られた集計結果に加算する。もっとも、前述のとおり、選択回答形式には誘導的な傾向があるので、そのことも考慮した証拠価値評価がなされるべきである。

(32) 油圧ショベルの色彩（オレンジ）について商標法3条2項該当性が争われた知財高判令和2（2020）年8月19日（令和元年（行ケ）10146号）[日立建機Ⅱ]では、「以下の画像の色彩を見て、どのメーカーの油圧ショベルかをお答えください」という質問票を用いて実施された需要者アンケートについて、「『回答するメーカー名』は複数であってもよいことの明記はない。他方で、……原告以外の複数の事業者が本願商標の色彩と同系色であるオレンジ色をその車体の一部に使用した油圧ショベルを販売していたことに照らすならば、『回答するメーカー名』は複数であってもよいことが明記されていないことは、本願商標に係るアンケートの調査結果……にも、影響を及ぼすものといえる。そうすると、本件アンケートの調査結果から認定できる需要者における本願商標の認知度は限定的であるものといわざるを得ない」（下線は筆者による）と判示されている。

(33) 青木・前掲注3) 参照。

(34) 前掲注23)。被告側が原告形態に周知性・特別顕著性がないことを主張立証するためには、顕名出所の認識率が低いことを示すだけでは十分ではなく、匿名出所の認識も合わせた出所標識認識率が低いことを示す必要があるということだろう。理論的にはそのとおりであるが、同事件の原告のブランドである「無印良品」は知名度が高く、当該ユニットシェルフの形態がどこか特定の出所を示すものであると認識しているが「無印良品」というブランド名は思い出せない、又は知らないということは想定しづらい。その意味では、当該企業名調査の結果は、周知性・特別顕著性を否定する有力な証拠たりえたのでないかと思われる。

(35) 商標法3条2項該当性立証のために実施された企業名調査で、こうした手法が用いられた例がいくつかある。一例を挙げると、缶チューハイの飲料缶の立体形状に関する事案の需要者アンケート調査で、自由記述式に加えて選択式質問が補充的に用いられている（平成31（2019）年1月13日不服2017-13391[水結]）。

どこか特定の出所の識別標識だと認識しているが企業名は知らない者を把握するにはどうすればよいか。ヒュンメル事件のように本来的識別力のある表示の周知性に関する事案では、その表示を「見たことがあるか」を尋ね、「見たことがある」との回答を周知性判断の基礎にすることも考えられる⁽³⁶⁾。

企業名調査では、推測バイアスによる水増し効果にも注意を払う必要がある。セカンダリー・ミーニングが問われる事案で、対象商品市場での原告のシェアが高く原告企業の知名度が高い場合、回答者は、たとえ対象となる表示を原告の出所標識として認識していなくとも、よく知っている原告の企業名を推測で回答する可能性がある⁽³⁷⁾。

ここでも、筆者らが行った実証調査の結果を紹介しておこう⁽³⁸⁾。「けんおんくん」の立体形状の画像を呈示する実験群を対象とした企業名調査では、「オムロン」や「けんおんくん」と回答した者の割合は全回答者数ベースで4割強であった。他方、ペンシル型の汎用的形状の電子体温計の画像を呈示した複数のコントロール群に対して、同じ質問票を用いて調査を行ったところ、いずれも4割前後が「オムロン」と回答した。このコントロール群の結果から、確たる答えが思い浮かばない場合に推測で出所を回答する傾向のある者が4割強存在することがわかる。標本抽出が適切になされていれば、確たる答えが思い浮かばない場合に推測で出所を回答する傾向のある者は実験群にもコントロール群と同程度含まれているはずである。実験群の推測回答傾向のある者の中には、「けんおんくん」の形状がオムロン社を出所とするものだという「正解」を知っていて推測に頼ることなく「オムロン」と回答した者もいるだろう。したがって、実験群で推測により回答した割合が4割であると言い切ることはできないが、この実証研究の結果は、推測バイアスが最大で4割に及びうる可能性を示す結果と解される。

以上に鑑みると、原告の市場シェアが高い事案における調査設計では、「わからない」あるいは「思い出

(36) 大阪地判平成20(2008)年1月24日(平成18年(ワ)11437号)[ヒュンメル]では、原告「ヒュンメル」ブランドのスニーカーに付された2本の「く」の字の図柄の周知性を否定するために被告が需要者アンケートを実施した。

その調査結果について、裁判所は以下のように判示している。「商品の認識度について原告商品1及び2の場合には、そのスニーカー又はそのスニーカーと同じブランドと思われるスニーカーを『確かに見た』と回答した人が1%又は3.5%(見たような『気がする』と回答した人を併せると17%又は26.5%)であったのに対し、アディダス及びナイキの場合には、それぞれ45.5%と54%(『見たような気がする』と回答した人を併せるとそれぞれ83.5%と90.5%)であり、同じ高級スニーカーのブランドでありながら、一般の消費者における原告商品等表示の図柄自体に対する認識・記憶度に極めて大きな差があることが認められる。また、商品のブランドについて、原告商品1及び2の場合には『知っている』と回答した人が3%又は6%であり、しかもブランド名がヒュンメルであると正確に認識していた人はそのうちの3分の1又は6分の1にすぎないのに対し、アディダス及びナイキの場合には、ブランド名を『知っている』と回答した人が、それぞれ59%、83%であり、そのうちブランド名を正確に回答した人はそのうちのいずれも95%以上であり、図柄とブランド名の結びつきの認識度にも極めて大きな差があることが認められる。さらに、ヒュンメルというブランドを見聞いたことのある人は、全体のわずか8.5%にすぎず、……人気23ブランドと調査対象が重複しているもの……の中でも極端に低いのであって、ヒュンメルブランドは、そもそも一般消費者の間におけるブランドとしての認識度が低いことが認められる」。

なお、この調査では、原告スニーカーに付された図柄を呈示する実験群とは別に、周知性があることに疑いのない「アディダス」と「ナイキ」のスニーカーに付された図柄を呈示する比較群を設けられていた。原告表示の出所標識認識率が上記ベンチマーク表示にはるかに及ばないことを示す調査結果が、周知性を否定する裁判所の判断に繋がった。このようにベンチマークとなる比較群を設け調査結果を相対評価できるようにすることは、需要者アンケートの立証において効果的な戦略となりうる。

(37) 大阪地判平成18(2006)年7月27日(平成17年(ワ)11663号)[正露丸I]では、「『正露丸』は下痢止め薬ですが、あなたはこの「正露丸」は特定の会社の商品名であると思われませんか。それとも下痢止め薬全般の一般名称であると思われませんか」という質問に対し、『正露丸』を特定の会社の商品名として認識していると回答した者が約86%、一般名称と認識している者が約14%であった。また、同質問に対して特定の会社の商品名であると回答した者に対してさらに『あなたは「正露丸」を製造・販売している会社名をご存じですか』との質問をしたところ、427名中54.6%の者が知っていると回答し、さらに『正露丸』について思いつくことを自由に筆記させたところ、497名中、51.5%の者が想起することとして原告の名称あるいは『ラッパのマーク』を挙げたとの結果が出たことが認められる」としつつ、「一般消費者が『正露丸』について思いつくことを自由に筆記させれば、その大量の宣伝広告活動やシェアの大きさ等から、まず原告の社名や『ラッパのマーク』を想起するのは当然というべきであり、そのことから直ちに一般消費者が『正露丸』をもって原告製品の識別表示として認識していると速断することはできず、かえって、一般消費者による上記連想からすれば、原告の社名やラッパの図柄をもって原告製品の識別表示として認識しているとの評価もできるのである」とした(下線は筆者による)。

(38) 井上 = 佐々木・前掲注1) 参照。

せない」場合にその旨の回答を求める明示的な指示をして推測回答を抑制したり、本質問の後に回答理由を尋ねる質問を配して推測で企業名を答えたと思われる回答を集計から除外するなど、推測バイアスの影響を低減する手段を講じることが重要である。推測バイアスの上限値を把握するために、上述のようなコントロール群を置くことも検討されてよい⁽³⁹⁾。

本来的識別力が顕著に弱い色彩や商品形態は、複数の企業により用いられることが想定される。その色彩等が原告の出所識別標識として認識されているのか、それとも原告がその色彩等を使用する企業のひとつであると認識されているのにすぎないのかを判別する必要がある⁽⁴⁰⁾。そのためには、単一出所調査を併用するか、企業名調査の質問文に複数の企業を想起する場合にはその旨記載するよう指示することが必要になろう。

3.4. 小括

セカンダリー・ミーニングの立証に用いられる質問票のプロトタイプには、単一出所調査と企業名調査がある。

対象表示を1つの企業と関連付けるか複数企業と関連付けるかを尋ねる単一出所調査は、本来的識別力の弱い表示のセカンダリー・ミーニングの立証に用いられる。セカンダリー・ミーニングの法的概念に忠実な質問票であるが、正確かつわかりやすく伝える質問文の作成は容易でないことがある。この技法を用いるのであれば、質問の趣旨を回答者に理解させるための工夫が必要である。

対象表示の商品を製造販売するメーカー名やブランド名等を尋ねる企業名調査は、本来的識別力の弱い表示のセカンダリー・ミーニングの立証ばかりでなく、本来的識別力の強い表示の周知性の立証にも用いられる。質問文の意味は明確であるものの、匿名出所の認識を取りこぼしてしまうという問題がある。また、原告の知名度が高い事案では、推測バイアスが強く働く可能性があることに留意が必要である。

なお、周知性を認めるための認知度の閾値は10%程度であろうとされることがある⁽⁴¹⁾。観念的にはこうした絶対値による水準設定が適切であるとしても、需要者アンケートで得られた出所標識認識率の数字をそのままこの基準にあてはめることはできない。匿名の出所認識の取りこぼしや、推測バイアスなどによる水増し効果など、需要者アンケートには測定誤差が生じる様々な要因がある。同じ表示についての調査でも調査技法が違えば調査結果の数字は大きく異なるものになるし、同種の技法を用いた調査でも、質問文の表現が少し異なるだけでも結果の数字は相当な違いが生じうる。需要者アンケートの調査結果の評価にあたっては、上記のような数値はおおまかな水準感を示すものにとどまるものと考えべきだろう。

4. 混同のおそれ

4.1. 法的概念

「混同のおそれ」の要件では、需要者が出所を混同する蓋然性が問われる⁽⁴²⁾。その判断にあたっては具体

(39) 田村・前掲注16) 408頁の注16参照。

(40) 油圧ショベルに関して色彩(オレンジ)の商標法3条2項該当性が争われたもう1件の知財高裁判決(知財高判令和2(2020)年6月23日(令和元年(行ケ)10147号)[日立建機I])では、「本件アンケートの調査対象は、全国の油圧ショベルの取引者及び需要者とされるものの、ホイールローダ、ダンプトラック、道路機械、環境機械等の需要者や、農業や酪農など土木建設業者以外の業種の者が除かれている上、油圧ショベルを10台以上保有している者のみに絞られているから、対象者は油圧ショベルの需要者の一部に限定されている。また、対象者数は、……需要者のうちの502件であり、有効回答数はその38.6%である193件にとどまる。そして、認知率95.9%という高い数字は、有効回答数193件に対する数字であり、対象者数502件に対しては36.8%にとどまる。……本件アンケートの質問方法は、本願商標の色彩の画像を見せた上で、『どのメーカーの油圧ショベルかをお答えください』と尋ねるものであるところ、かかる質問は、本願商標が出所識別標識と認識されることを前提とするものであるから、その回答によって、本願商標が原告のみの出所識別標識と認識されていることを示しているのか、単に原告の油圧ショベルの車体色と認識することと区別することはできない」とし、「以上によれば、本件アンケートの結果のみから直ちに、本願商標の色彩が出所識別標識として認識され、本願商標が付された油圧ショベルの出所が原告のみであることが広く認知されていたものと認めることはできない」(下線は筆者による)とした。

(41) 田村・前掲注10) 46頁。

(42) 田村・前掲注10) 86頁。

的な取引の実情が考慮される⁽⁴³⁾。一般的な取引の実情の下では、店舗において原告商品と被告商品が必ず並べて陳列されるとはかぎらないから、対比的観察でなく離隔的観察のなされる状況で混同するおそれがあるか否かを検討するのが原則である。

匿名の出所認識でも周知性の基礎となるので、匿名出所との混同であっても混同のおそれを認めるのに支障はない。原告自身が製造販売していると誤認される「狭義の混同」だけでなく、原告と被告との間に競業関係がない事案で、原告の子会社や系列企業など関係企業が被告商品を製造販売していると誤認される「広義の混同」も混同概念に含まれる⁽⁴⁴⁾。

不正競争防止法2条1項1号の核心は、被告表示に接する者が原告を出所と誤認するか否かであるから、混同の判断主体は被告商品市場の需要者である。

4.2. 需要者アンケートの適応事案

需要者アンケートが立証上有効なのはどのような場合か。前掲田村論文は、原告と被告の業種や営業地域が重なる狭義の混同の事案類型では、原告表示と被告表示の類似性が認められれば経験則によって混同が肯定されるので費用をかけて需要者アンケートを実施する意味はないとする⁽⁴⁵⁾。

原告と被告で業種が異なり広義の混同が問題となる事案類型ではどうか。取引の実情は業種によって異なるから、表示が同一・類似であるというだけで混同のおそれが認められるとはいえない。仮想設例として、掃除機や扇風機をはじめとする革新的なデザインの電器製品で知られる原告「DYSON」表示と同一の表示を被告が無断でスニーカーに使用している事例を考えると、家庭用電器製品の市場で原告表示がいかにも有名であるとしても、スニーカーに「DYSON」表示が使用された場合に原告が出所であるという混同が生じるとはかぎらない。このように広義の混同の有無が問われる事案では、需要者アンケートが奏功する可能性がある。

前掲田村論文では、著名表示についておよそ混同が生じそうにないにもかかわらず広義の混同を肯定したスナックチャンネル事件最高裁判決⁽⁴⁶⁾を前提にすると、需要者アンケートにより混同のおそれのないことを立証しようとしても空振りに終わる可能性が高いと指摘する⁽⁴⁷⁾。だが、同判決は新設された著名表示保護規定（不正競争防止法2条1項2号）が経過規定の関係で適用されないという事情の下で著名表示保護のために緩やかに混同を認定した特殊な事例である⁽⁴⁸⁾。「チャンネル」ほどの著名表示の事案はともかく、広義の混同が問題となる事案一般については、需要者アンケートが有効な立証手段となるといえるだろう。

なお、不正競争防止法2条1項1号では、原告表示と被告表示の「類似性」が要件となる。類似性要件は記述的表示や商品形態など識別力の弱い表示の保護範囲を絞りこむために用いられることがある⁽⁴⁹⁾。原告表示と被告表示の共通部分の独占適応性が低い事案において、ほぼ同一の表示については差止めを認めつつ、原被告表示が見分けのつく程度の相違がある場合に差止めを否定する手段として類似性要件が用いられる。このような事案で類似性が否定される場合には、現実に需要者に混同のおそれがあるとしても原告の請求は棄却されるから、需要者アンケートは有効打にならない⁽⁵⁰⁾。

(43) 田村・前掲注10) 84頁。類似性に関する同77頁も参照のこと。

(44) 田村・前掲注10) 87頁。

(45) 田村・前掲注16) 410頁。

(46) 最判平成10(1998)年9月10日判時1655号160頁[スナックチャンネル]。

(47) 田村・前掲注16) 413頁。

(48) 田村・前掲注16) 416頁。

(49) 田村・前掲注10) 81頁～82頁。比良友佳理「類似性要件の保護範囲限定機能—SAKE CUP事件」商標・意匠・不正競争判例百選[第2版](2020)144頁参照。

(50) 田村・前掲注16) 410頁。

4. 3. 調査技法

「混同のおそれ」を測定するための調査の技法は、被告商標を呈示し回答者の心理に混同が生じるか否かを観察する実験型と、原告表示と被告表示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否かを問う世論調査型に大別される⁽⁵¹⁾。

以下では、米国の裁判実務や学術研究を参照して、実験型の Eveready 法とその応用形の場面想定法、世論調査型の Squirt 法を紹介する⁽⁵²⁾。

(1) Eveready 法

(i) 技法の概要

Eveready 法は、被告表示だけを呈示して、「どこのメーカーが販売しているかご存知ですか」などと尋ね、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ある。呈示するのが被告表示であるという点は異なるが、セカンダリー・ミーニングを立証するための企業名調査と基本的には同じである。今日の米国の裁判実務上、Eveready 法は混同調査の標準的な手法で、最もよく用いられている⁽⁵³⁾。

米国で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⁽⁵⁴⁾。原告側の実施した需要者アンケートは、被告商標「Ever-Ready」を見せて、「『Ever-Ready』の電球はどの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」、「このメーカーの販売する商品ではかに知っているものがあれば教えてください」と質問するというものだった。最後の質問は原告の企業名までは知らないが原告と混同している者を拾い上げるためのものであり、事案に応じて、「[CM タレントやブランド名など] このメーカーについて知っていることがあればどんなことでも記載してください」などとするようになる。

Eveready 法の集計では、一連の質問に対する自由記述の回答から原告を出所と誤認しているか否かが判定される。原告の企業名等を回答していても、補助質問で混同があるとは思われない回答理由を記載している場合には混同のカウントから外される。混同要件の判断主体は被告商品の需要者であるから、被告商品の需要者集団を母集団として標本抽出された全回答者数を分母とし、混同回答者数を分子として算出される混同率が、混同判断の指標となる。

(ii) 検討

Eveready 法は被告表示を呈示して実際に回答者が混同するか否かを調べようとする実験型の調査技法である。実験型の調査では、購買場面をできるだけ再現し回答者の心理状態を購買場面に近づけることが望ましいが⁽⁵⁵⁾、Eveready 法の質問票は企業名を尋ねる質問で強制的に出所に意識を向けさせており、購買場面

(51) 井上・前掲注 4)『知的財産の潮流』38 頁、40 頁。

(52) 井上 = 佐々木 = 五所 = 吉岡・前掲注 1) 参照。cf. Jerre B. Swann, *Likelihood of Confusion*, in DIAMOND & SWANN, *supra* note 5, at 53.

(53) Swann, *supra* note 52, at 56.

(54) Union Carbide Corp. v. Ever-Ready, Inc, 531 F.2d 366, 381-82, 188 USPQ 623, 640-41 (CA 7 1976), cert denied 429 US 830, 191 USPQ 416 (1976).

(55) 現実の購買場面との乖離を理由に調査結果の信用性を否定した裁判例もある。Eveready 法ではないが、実験型といえる調査設計で実施されたパッケージ混同調査について、大阪高判平成 19 (2007) 年 10 月 11 日 (平成 18 年 (ネ) 2387 号) [正露丸 II] は、以下のように判示している。

「パッケージ調査は、……設問 1 でドラッグストアや薬局等に行く頻度を尋ねた後、設問 2 で被控訴人商品 (B) を含む商品群 (A ~ E) の写真をしばらくの間見せ、購入経験の有無を問うた後、設問 4 で控訴人商品 (イ) を含む商品群 (ア ~ オ) をしばらく見せながら、『二番目に提示された商品群の中に、最初の商品群と同じものがありましたか』と問うたものである。……回答者は各商品群の中にいずれも左から 2 番目の位置に置かれたほぼ同色の正露丸の包装箱を順に見せられたのであるから、控訴人製品と被控訴人製品について同一のパッケージの商品があった旨の回答をすることは自然であり、誘導的な質問態様であることは否めないし、また、回答者は各商品群を順に見せられるのであるから、実際の購入場面のように、控訴人製品と被控訴人製品ほかの他社製品がそれぞれ相当の価格差がある価格表示がされて並列

の心理状態から乖離しているという問題がある⁽⁵⁶⁾。

原告と混同していても原告の企業名までは知らない、あるいは思い出せない者の把握が難しいという問題もある。匿名出所の認識の把握が難しいセカンダリー・ミーニング調査の企業名調査と共通する課題である。企業名調査の検討で述べたのと同様に、自由記述式の回答を選択式質問で補充するなどの工夫が必要であろう。

加えて、原告の市場シェアが高い事案では、推測バイアスが強く働く可能性がある。セカンダリー・ミーニング調査での企業名調査と同様に、わからない、思い出せない場合はその旨回答するよう指示したり、「なぜそう思ったのですか」といった補助的な質問を置いて混同が生じていないと解される回答を集計から除外するといった手段を講じ、推測バイアスによる影響を低減することが重要になる。

(2) 場面想定法

(i) 技法の概要

実験型の調査で購買場面の再現性を高めるには、実際の店舗で消費者を対象に実験を行うという手段もあるが、費用が嵩む上、条件の統制が容易でない。ここで紹介する場面想定法 (simulated choice) は、消費者行動論の研究者であり標識法関連事案における需要者アンケートに関する実証研究も行っている Simonson 教授が、購買場面の再現性を向上させるために Eveready 法をベースに考案した、一種の質問紙実験である⁽⁵⁷⁾。

たとえば、前述の「DYSON」の仮説事例では、スニーカーについての商品調査として、被告表示「DYSON」を、原告とも被告とも無関係な第三者企業のスニーカーの商品と並べて呈示し、それぞれのスニーカーの仕様・価格を提示する。次いで、購買判断に際して、両商品についてどのように評価するかできるだけ詳しく記載するよう求め、いずれの商品を選択するかも答えさせる。Eveready 法と異なるのは、被告表示とともに実在する第三者企業の表示を呈示する点、そして購買判断を前提に出所にかぎらず両商品についての評価・コメントを自由に記載させる点である。

場面想定法の集計では、被告商品の評価・コメントに係る自由記述の回答に、原告が出所であると誤認していると推定される記述がある場合に混同ありと判定される。「DYSON」の例でいえば、被告商品についての「掃除機や扇風機が高機能だから機能重視だろう」、「デザインが革新的」などという回答は、原告と出所の混同があると判定される。混同率は、分母に被告需要者層から標本抽出された全回答者数、分子に混同ありと判定された回答者数を置いて算出される。

(ii) 検討

場面想定法では、被告商品と第三者商品の購買選択を行うという場面想定の下、メーカー名やブランド名にかぎらず、商品の品質や属性その他、購買判断の際に考慮されるであろう様々な要素を自由に記載させる。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。この類いの消費者調査はマーケティング・リサーチではよく行われており、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⁽⁵⁸⁾。

場面想定法の課題は、混同が生じているか否かを判断するに足る情報が自由記述の記載から得られるとは

して陳列されている陳列棚の前に観察するのは相当に観察状況が異なるから、控訴人製品と被控訴人製品が実際の購入場面で混同されやすいか否かを検討するに当たって参考とするには、その信用性に限界があるというべきである」(下線は筆者による)。

(56) Itamar Simonson & Ran Kivets, *Demand Effects in Likelihood of Marketplace Condition*, in DIAMOND & JERRE, *supra* note 5, at 243.

(57) Itamar Simonson, *The Effect of Survey Method on Likelihood of Confusion Estimates: Conceptual Analysis and Empirical Test*, 83 TRADEMARK REP. 364 (1993), at 376.

(58) 場面想定法の質問票には、被告商品と第三者商品のどちらを購入したいか問う質問が置かれている。Simonson, *supra* note 57, at 377 は、被告商品を選択する回答率により混同に起因する原告商品の損害の程度を推し測ることもできるとされている。

かぎらないことである。購買判断で考慮する要素を幅広く記載することが求められるので、まじめに回答しようとするれば回答者の負担は大きい。原告表示が高級ブランドで、消費者が確固たるブランドイメージを有している事案や、品質・仕様を念入りに検討して購買判断をする PC や自動車などの高額商品が問題となっている事案ではある程度充実した回答が期待できるだろう。他方、安価な日用品については、時間をかけて商品比較を行うことなしに購買判断がされることが多く、評価やコメントを書き込むほどの詳細情報を回答者が持ち合わせていないこともある。そのため、こうした事案では場面想定法では十分な回答が得られない可能性が高い。いずれにせよ、場面想定法を用いる場合には、本調査を行うに先立ちパイロット調査を実施し、当該事案におけるフィージビリティを確認することが必要だろう。

場面想定法では、自由回答に出所に関する記述がなければ混同の有無を判定することはできない。したがって、回答者からできるかぎり出所に関する評価やコメントを引き出したいのであるが、出所だけに注意を向けさせるのでは購買場面の心理の再現性が損なわれてしまう。そこで、たとえば、被告表示と第三者表示の商品概要を示した後で、「両商品のうちどちらかを購入することを想定してください。どちらを選びますか」、「どうしてそれを選びましたか。機能、価格、ブランド、デザインなどの観点から、両商品についての評価やコメントをできるだけ詳しく記載してください」など、質問文に複数の評価項目を例示し、出所以外の評価項目にも注意を分散させつつ、「ブランド」のように出所に関する項目を明示することで、出所に関するコメントを促すといったことが考えられる。

筆者らの実証研究では、場面想定法での自由回答の情報量が乏しく、その混同率は、Eveready 法に比べて顕著に低くなった⁽⁵⁹⁾。筆者らの研究は WEB 調査によるものであったが、前述の Simonson 教授の実証研究では会場に回答者を集めてインタビューで回答させる CLT (Central Location Test) が用いられている。思い浮かんだことをインタビュアーに口頭で答える CLT 方式の調査の方が、情報量の豊富な回答を得やすい。場面想定法の実施にあたっては、できるかぎり出所関連の情報を得やすい調査方式を検討する必要がある。

(3) Squirt 法

(i) 技法の概要

Squirt 法は、商品概要とともに原告表示と被告表示の両方を同時に呈示し、両商品が同一企業又は関連企業の商品であると思うか否かを選択式で回答者に尋ねるものである⁽⁶⁰⁾。

米国で Squirt 法が最初に用いられたのは、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⁽⁶¹⁾。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。この事案は原告と被告の商品が同じで狭義の混同が問題となったが、広義の混同が問題となる事案では、「同じ会社あるいは関連会社が販売していると思いますか」などと尋ねることになる。

Squirt 法の集計では、回答者が同一企業又は関連企業の商品であるとした回答が混同ありと判定される。混同率は、分母に被告需要者層を母集団として標本抽出された全回答者数、分子に混同ありと判定された回答者数を置いて算出される。

(ii) 検討

Squirt 法は、原理上、原告商品と被告商品が同一で、原告表示と被告表示が同一の場合には使えない。原告表示と被告表示に相違がある事案や、原告商品と被告商品が異なる場合に用いられる。

混同判断で問われるのは、購買場面で被告表示の付された商品を見て原告の商品だと誤認するおそれがある

(59) 井上 = 佐々木 = 五所 = 吉岡・前掲注 1) 56 頁。

(60) Swann, *supra* note 52, at 64.

(61) 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).

か否かである。Eveready 法や場面想定法は、被告表示に接した回答者が原告を出所と誤認するか否かを観察する実験型の技法であるのに対して、Squirt 法は、原告表示と被告表示を並べて呈示し、両者が同一の出所を示すものと思うか否か、需要者の意見を聴取する世論調査型の技法である。Squirt 法は実験型の調査とは全く異なる設計思想に基づく調査技法であり、実験型と世論調査型の調査結果の間には比較可能性がない。同じ表示を対象とする Eveready 法による 10% の混同率と Squirt 法による 10% の混同率の意味するところは異なる。筆者らが行った前記実証研究でも、実験型の Eveready 法よりも世論調査型の Squirt 法が高い混同率を示す商標もあればその逆の商標もあって、両者の調査結果に何らの系統的な関係性は見いだせなかった⁽⁶²⁾。

Squirt 法は、結局のところ、混同の有無の法的判断を回答者に行わせるものである。回答者は、混同の概念をよく理解できないまま答えてしまうことも考えられるし、「パクリは許せない」、「多少の模倣は許されてよい」などといった回答者個々人の倫理やモラルを反映した回答になることも考えられる。そのため、Squirt 法で得られた結果が裁判官の心証形成にどれほど有用なのか疑問も呈される場所である⁽⁶³⁾。もっとも、被告需要者層を母集団として標本抽出された回答者は当該商品市場の取引の実情に通じているので、担当裁判官が被告需要者層に属していない事案では、Squirt 法の調査結果が参考情報として役立つ可能性はあるかもしれない。仮に Squirt 法を用いるのであれば、回答者に混同の法的意味をできるだけ正確に理解させなければならない。本質問の前に、混同概念を平易に説明し、その理解を確認する練習問題を設けるなど工夫する必要があるだろう。

4. 4. 小括

混同調査の技法は、被告表示を呈示し回答者の心理に混同が生じるか否かを観察する実験型と、原告表示と被告表示を並べて呈示し同一の出所を示すものと思うか否かを問う世論調査型に大別される。

実験型で出所企業名を尋ねる Eveready 法は、匿名出所の認識の把握がむずかしく、また、原告の知名度が高い場合に推測バイアスが強く働く可能性がある。第三者商品と並べて商品の評価やコメントを求める場面想定法は購買場面の再現性に優れているが、適応事案は限られる。情報量の豊富な回答を得るために、口頭で回答できるインタビュー形式の実施も検討されてよい。

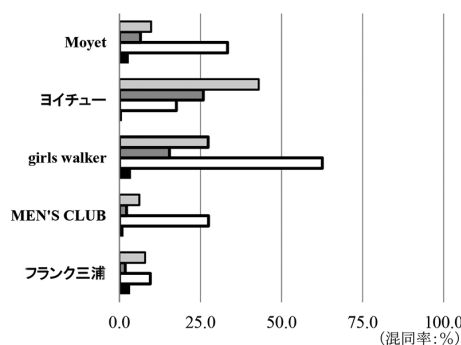
世論調査型の Squirt 法は、実験型の調査技法とは設計思想が異なる。規範性のある混同要件の法的判断を回答者に求めるに等しいものであり、回答者の倫理やモラルの影響を受けた回答になりがちであることから、混同要件立証の手段としての有用性は限定的なものにとどまる。

なお、筆者らの実証研究では、同じ表示でも技法によって結果に大きな違いが生じることが確認された⁽⁶⁴⁾。異なる技法の調査結果には比較可能性がないことに留意する必要がある。

(62) 井上 = 佐々木 = 五所 = 吉岡・前掲注 1) 55 頁。

(63) 井上・前掲注 4) 『知的財産の潮流』 38 ~ 40 頁。

(64) 下記グラフ (井上 = 佐々木 = 五所 = 吉岡・前掲注 1) 53 頁図 4) は、「Moyet」(ブランド) と「Moet」(シャンパン)、「ヨイチュー」(ソフトキャンディ) と「ハイチュー」(ソフトキャンディ)、「girls walker」(ファッション雑誌) と「Tokyo walker」(タウン雑誌)、「MEN'S CLUB」(男性用洗顔料) と「MEN'S CLUB」(男性ファッション誌)、「フランク三浦」(パロディ時計) と「フランク・ミュラー」(高級腕時計) の 5 組の表示を対象に、複数の混同調査技法の調査結果を示したものである。棒グラフは、上から順に Exxon 法 (本稿では紹介していない)、Eveready 法、Squirt 法、場面想定法の混同率を示している。



5. 普通名称化

5.1. 法的概念

不正競争防止法上、普通名称は商品等表示ではなく、保護を受けることができない（2条1項1号、19条1項1号）。普通名称は、言語構成上、一般名称として用いられることに必然性がある普通名称と、元来商標であった語が一般名称として認識・使用されるようになり普通名称化したものの2つに分けられる。

言語構成上一般名称とする必然性のある語に独占を認めることは競業者に競争上不当に不利益を与えるので、たとえ需要者が出所標識として認識し使用しているとしても、規範的観点から保護が否定される⁽⁶⁵⁾。たとえば、「黒酢」という語は、言語構成上「黒みを帯びた食酢」の一般名称とするのが自然であり、現に一般需要者に一般名称として認識されているか否かにかかわらず普通名称と判断される⁽⁶⁶⁾。現時点で需要者に全く知られていない専門用語や外来語で、辞書的な意味に照らして将来的に商品の一般名称として定着していくことが望ましいと評価される場合も同様である⁽⁶⁷⁾。

一方、普通名称化は、その商品の代表的なブランドにまでなったことで元来は商標であった語に意味変化が生じ一般名称に転ずるという現象で、商標としての保護が失われる⁽⁶⁸⁾。当該商標に信用を蓄積すべく努力してきた事業者（表示使用者）にとって酷な事態であり、信用蓄積へのインセンティブに悪影響が生じないよう、普通名称化の判断には慎重な判断が求められるだろう。反面、いったん普通名称化しパブリックドメインになった語について、再び商品等表示としての保護を回復するためのハードルは高いとされている。普通名称化したという司法判断が下され、その後の訴訟での商標の保護の回復が認められなかった例として、「クレオソートを主剤とする胃腸用丸薬」についての「正露丸」がある⁽⁶⁹⁾。

普通名称化の判断主体は取引者・競業者であって一般需要者は含まれないとする見解⁽⁷⁰⁾と、一般需要者も含まれるとする見解に分かれている⁽⁷¹⁾。前者の見解には、市場で成功しすぎたがゆえに商標としての保護が失われるのは酷であるとの価値判断の下、一般需要者が一般名称として使うようになっても商標としての取扱いを維持するであろう取引者や競業者を判断主体とすることにより普通名称化を認めるためのハードルを上げようという発想が窺われる。信用蓄積へのインセンティブを確保するためには商標の安易な普通名称化を認めるべきでないのはたしかである。だが、後述のように一般需要者の対象語の使用実態から法的保護の継続による独占の弊害の程度を推し測ることができる。また、表示使用者の信用は一般需要者を含めた需要者の心理に蓄積されるので、商標に蓄積された信用の程度を測るためにも一般需要者の認識は参考になる。こうした点に鑑みると、普通名称化の判断においては、一般需要者の用法や認識も考慮されるべきであろう。

5.2. 需要者アンケートの適応事案

言語構成上一般名称とする必然性のある語については規範的観点から普通名称とされるので、需要者の認識は考慮要素にならない。このような場合には、需要者アンケートを行うことには意味がない⁽⁷²⁾。

これに対して、普通名称化が問題となる語は、いったんは商標として機能し法的保護が受けられていた語

(65) 田村・前掲注10) 97頁。裁判例の整理は、詳細には田村・前掲注12) 参照。

(66) 鹿児島地判昭和61(1986)年10月14日無体裁集18巻3号334頁〔黒酢〕。

(67) 田村・前掲注10) 98頁。

(68) 田村・前掲注10) 102頁、井上＝五所・前掲注1) 198頁。

(69) 正露丸I事件（前掲注36）、正露丸II事件（前掲注55）。

(70) 小野昌延編著『新・注解不正競争防止法〔第3版〕（下）』1251頁〔木村修治〕（青林書院、2012）。

(71) 志賀典之「普通名称とアンケート調査—正露丸事件」商標・意匠・不正競争判例百選〔第2版〕（2020）153頁の指摘も参照。

(72) 商品形態等に関する記述であるが、独占適応性の完全に欠如した表示について需要者アンケートは有効な立証手段とならないとする田村・前掲注16) 408頁参照。

であるから、言語構成上は独占適応性が完全に欠如しているとはいえない⁽⁷³⁾。商標の普通名称化が争点となる事案では、需要者アンケートが有効な立証手段となる可能性がある。

そこで、以下では、普通名称化に絞って、需要者アンケートの技法について検討を進める。

5.3. 調査技法

具体的な調査技法の検討に入る前に、需要者の認識等に係るどのような情報が普通名称化の判断に役立つのかを検討しておこう⁽⁷⁴⁾。

第一に、対象語の一般名称としての使用実態である。あくまで仮想的な設例であるが、「食品用ラップフィルム」を求める一般需要者の圧倒的多数が、その代表的ブランドである旭化成の「サランラップ」という商標を一般名称と認識し、その語を用いて店で注文している状況を想定する⁽⁷⁵⁾。注文を受けた店員は、「食品用ラップフィルム」が欲しいという客の意図を読み取り、他社商品も含め複数の選択肢を提示するかもしれない。だが、「サランラップ」は法的に保護されている商標であるから、注文の言葉も商標として理解するのが正しいと考え、商標品の「サランラップ」のみを提示することも十分ありうる。こうした状況で商標としての法的保護が継続されると、一般需要者は当該商標品以外の商品へのアクセスが阻害され、取引の便宜が損われる。その結果、競業者は競業上不当に不利な立場に置かれる。したがって、一般需要者が購買場面で商品カテゴリーの一般名称として使用している語については、司法が普通名称化を宣言することが望ましいといえる。

第二に、対象語が商標であるという認識・知識があるか否かである。対象語に蓄積された信用が大きい場合、普通名称化を安易に認めると表示使用者の信用蓄積へのインセンティブを減ずることになりかねないので、普通名称化を認めることには慎重な判断が求められる。対象語が商標であるという認識や知識の度合いは、対象語に蓄積された信用の程度を推し測るために有用な情報となる。

ところで、普通名称化が問題となる事案では「両義的使用」という現象がしばしばみられる。たとえば、一般需要者は「サランラップ」という語が商標であると知りながら「食品用ラップフィルム」を指す一般名称として注文に用いることもあるだろう。このように知識として本来は商標であるとわかっていても、便宜的に一般名称として用いることを両義的使用という⁽⁷⁶⁾。両義的使用がなされている場合、注文場面で一般名称として用いられているので、取引の便宜の確保という観点では普通名称化を肯定する方向に傾く。他方で、両義的使用はその語に表示使用者の信用が蓄積されていることを意味し、信用保護という観点からは普通名称化を否定する方向で考慮される。このように両義的使用では、逆のベクトルの事情が同時に働くため、普通名称化の判断は悩ましいものになる。もっとも、両義的使用者はあくまで便法として一般名称的に対象語を使用しているにすぎないから、一般消費者は注文の場面での店員の反応を見て真意が伝わっていないと感じれば説明を補うことができる。したがって商標であるとは認識せずに一般名称として使用する者に比べれば、商標保護の継続が取引の便宜に与える影響は限定的であると思われる。

普通名称化の判断を行うために有用な情報の第三は、代替的な一般名称（以下、「代替名称」）の有無である。需要者が「サランラップ」という語を一般名称として注文に使用していても、それとは別に「食品用ラップフィルム」などという代替名称を知っているのであれば、取引上の便宜が阻害される度合いは小さくなる。

(73) 志賀・前掲注71) 153頁。田村・前掲注12) 169頁も、独占適応性に問題のない造語の普通名称化に関しては、需要者が一般名称として認識していることが必要であるとする。なお、田村教授は、概念整理の問題として、言語構成上の独占適応性が完全に欠如しているもののみを「普通名称」とし、普通名称化が問題となる語については「慣用商標」と位置付けている。この点については、田村・前掲注10) 193頁以下参照。

(74) 井上 = 五所・前掲注1) 213頁以下参照。

(75) 本稿では実店舗での購買を想定して説明しているが、eコマースでの購入等、取引に関連して対象語が用いられる場面についても別途検討する必要がある。

(76) 井上・前掲注4) 「普通名称性の立証とアンケート調査」、首藤佐智子「商標の普通名称化問題における言語学的論点—ウォークマン事件を題材に」社会言語科学7巻2号14頁(2005)17頁参照。

代替名称があれば、普通名称化を否定し、商標保護の継続を正当化しやすい。

以上の検討を踏まえ、次項では、米国で普通名称化の調査に用いられている Thermos 法と Teflon 法の 2 つを紹介し⁽⁷⁷⁾、これらの調査で得られた情報が普通名称化の判断にどのように活用できるかを検討する⁽⁷⁸⁾。

(1) Thermos 法

(i) 技法の概要

Thermos 法は、購買場面で商品を注文するとき、どのような言葉を用いるかを自由記述式で答えさせるものである。購買場面を想起させ、対象語についての一般需要者の用法を調査する質問紙実験である。

この技法は、「真空断熱保温容器」の商標として有名な「Thermos」の普通名称化が争われた米国の Thermos 事件で最初に用いられた⁽⁷⁹⁾。「あなたは、『液体用の保温容器』を知っていますか。それを買いたいときにどんな店に行きますか」と尋ね、回答者に対象商品の購買場面を想起させる。その上で、第1問で「あなたは、その商品を店員に注文するときどのような言葉を使いますか」と尋ね、第2問で「そのほかに、注文のときに使う言葉を何か思い浮かべますか」と自由記述式で回答させた。

上記 Thermos 法の質問票では、第1問で注文に用いる語を尋ねる質問で一般名称としての使用実態、第2問で代替名称の有無を調べることができる。

第1問の集計では、対象語を注文で使うという回答が「一般名称としての使用」と判定される。対象となる商品市場の需要者を母集団として適切に標本抽出された全回答者数を分母とし、一般名称としての使用と判定された回答者数を分子として導かれる値が、一般名称としての使用実態の指標となる。

続く第2問の代替名称に関する質問については、第1問で対象語を一般名称として使用していると判定された者を対象に集計を行う。商標としての保護が継続されることで競業他社の商品へのアクセスが制約される可能性があるのは対象語を一般名称として使用している者だからである。対象語以外の一般名称を答えられた場合に代替名称があると判定される。

Simonson 教授の実証研究では、対象語が商標として認識されているか否かを調査するための質問が上記 Thermos 法のオリジナルの質問票に追加されている⁽⁸⁰⁾。「商標（ブランド）を指定して注文するとしたら、どの商標（ブランド）の商品が欲しいと伝えますか」、「その商品の商標（ブランド）で思いつくものを全て答えてください」などと尋ね自由記述で回答させるというものである。この追加質問の集計では、上記いずれかの質問で、原告表示の商標（ブランド）の意味で対象語を用いて回答した場合に、商標としての認識があると判定される。

(ii) 検討

Thermos 法の質問票に Simonson 教授の追加質問を加えた一連の質問からなる質問票（ブランド質問追加版）を用いた調査結果は、以下の4つのパターンに分けると、普通名称化の判断がしやすくなる。対象語が一般名称として使用されており、商標としては認識されていない状況（パターン①）、一般名称として使用され、かつ商標としても認識されている状況（両義的使用）（パターン②）、一般名称として使用されておらず、商標として認識されている状況（パターン③）、一般名称としても使用されておらず、商標としても

(77) Cf. E. Deborah Jay, *Genericness Surveys in Trademark disputes: Under the Gavel*, in Diamond & Swann eds., *supra* note 5, at 101.

(78) 井上 = 五所・前掲注1) 215頁以下、218頁参照。

(79) *American Thermos Products Co. v. Aladdin Industries, Inc.* (1962), 207 F. Supp. 9, at 21-22 (D. Conn. 1962).

(80) Itamar Simonson, *An Empirical Investigation of the Meaning and Measurement of Genericness*, 84 TRADEMARK REP. 199 (1994).

表1 Thermos法（ブランド質問追加版）の回答の4パターンの分析

		一般名称としての使用	
		あり	なし
商標としての認識	なし	[パターン①] 普通名称化○	[パターン④] 普通名称化×
	あり	[パターン②（両義的使用）] 普通名称化△（代替名称の有無考慮）	[パターン③] 普通名称化×

認識されていない状況（パターン④）の4つである⁽⁸¹⁾（表1参照）。

それぞれのパターンでの普通名称化に係る判断方法を説明すると以下ようになる。

対象語が一般名称として使用されており商標としては認識されていないパターン①では、商標保護の継続により一般需要者の他社商品へのアクセスが妨げられ競業者に不利益が生じる一方、対象語には商標としての信用が蓄積されておらず普通名称化を認めても表示使用者の不利益は小さい。したがって、このパターンでは普通名称化を認めるべきである。

対象語が一般名称として使用されていないパターン③とパターン④では、対象語の独占を認めることによる弊害がなく、普通名称化を認める必要性がない。したがって、これらのパターンでは普通名称化は否定される。

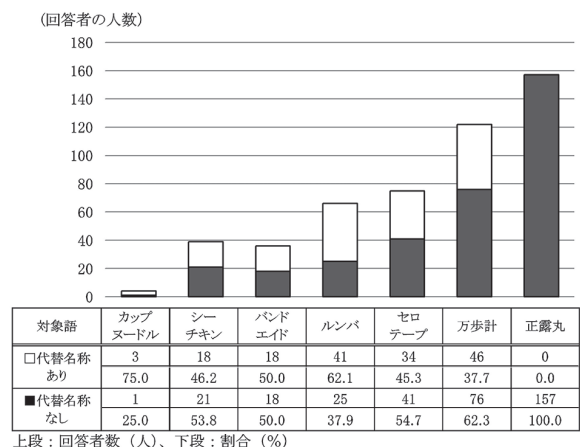
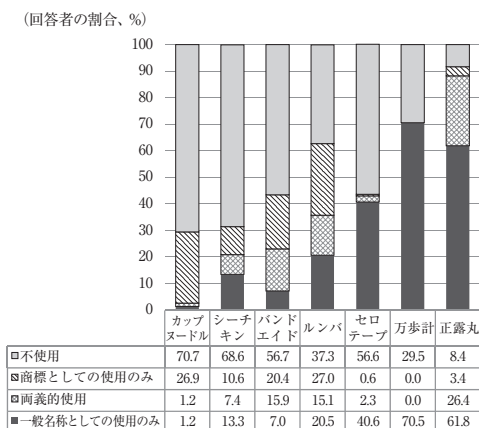
両義的使用のパターン②はどうか。便法による一般名称的使用にすぎないパターン②ではパターン①と比べて取引の便宜への影響は相対的に小さいものの、注文場面で一般名称として使用されていることは、一応普通名称化を認める方向性で考慮される事情といえそうである。だが、両義的使用がなされているということは対象語に商標としての信用が蓄積されていることを意味するため安易に普通名称化を認めることもできない。この場合、代替名称が存在するか否かが重要な考慮要素となるだろう。たとえ一般名称として使用されていても代替名称が知られていれば取引の便宜を損なう程度は限定的だといえるので、信用保護の要請を優先して商標保護を継続することも許容されやすいだろう。

以上のように、取引の便宜に与える影響と信用保護の要請の程度は、パターンによって異なる。したがって、パターン別の回答の分布を把握することは、普通名称化の判断に有用な情報となる。

ちなみに、普通名称化が問題となりうる複数の語を対象に筆者らが実施した実証研究では、対象語によってバラエティのあるパターンの分布が観察された⁽⁸²⁾。「正露丸」は両義的使用（パターン②）の割合が大きく、

(81) 井上 = 五所・前掲注1) 215頁以下参照。

(82) 井上 = 五所・前掲注1) 229頁以下参照。同実証研究では、「カップヌードル」、「シーチキン」、「バンドエイド」、「ルンバ」、「セロテープ」、「万歩計」、「正露丸」を対象に、普通名称化に関する調査を行った。下記左のグラフは、本稿で説明した各パターンの回答分布を示したものである（パターン①は、「一般名称としての使用のみ」、パターン②は「両義的使用」、パターン③は「商標としての使用のみ」、パターン④は「不使用」に対応する）。下記右のグラフは、一般名称として使用する者（パターン①とパターン②）を対象に、代替名称の有無を調査した結果である。



一般名称的使用者の中で代替名称を答えられた者は皆無であった。「正露丸」が普通名称化したとする裁判所の判断と整合する結果といえる。

(2) Teflon 法

(i) 技法の概要

Teflon 法は、回答者に対象語を呈示し「一般名称」と「商標」のどちらであるかを選択式で答えさせるものである。

この技法は、「フッ素樹脂コーティングされた調理器具」についての「Teflon」商標の普通名称化が争われた Teflon 事件で最初に用いられた⁽⁸³⁾。まず、回答者に「一般名称」と「商標」の概念を説明した上で理解度を確認する練習問題に答えさせる。続けて、対象語である「Teflon」を含む複数の語について「一般名称」と「商標」に分類する作業を行わせる。「Teflon」が一般名称に近いのか商標に近いのかを相対評価するために、対象語の「Teflon」以外に、一般名称であることに疑いのない語、商標であることに疑いの余地のない語、それらの中間にある語がベンチマークとして置いていた。

Teflon 法の集計では、「一般名称」に分類された回答は、一般名称として認識しているものと判定され、「商標」に分類された回答は商標として認識しているものと判定される。ベンチマークを用いて、対象語が一般名称に近いか、商標に近いか、相対評価が行われる。

(ii) 検討

Teflon 法は簡便な集計が可能であり、ベンチマークの結果を参照することで相対評価もできる。

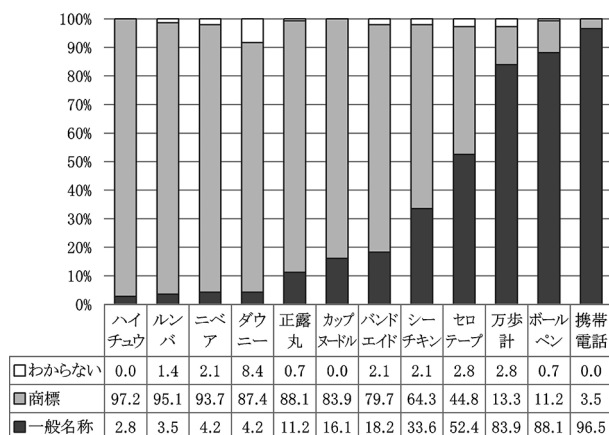
一般名称か商標かという二分法は一見すると対称性のある判断をさせているように見えるが、実際には、商標に分類するか否かの判断が優位になり、一般名称でも商標でもあると認識している場合には「商標」と回答する傾向があるといわれている。また、現在商標としての意味が失われていると認識していても元来は商標であったという過去の事実についての辞書的知識があれば「商標」と回答する傾向があるとされる⁽⁸⁴⁾。筆者らが実施した実証研究での Teflon 法の調査でもこうした傾向が確認されている⁽⁸⁵⁾。以上を踏まえると、Teflon 法は、過去も含めて、対象語について商標としての認識や知識を測定するものと考えべきだろう。

Teflon 法を用いる場合、「一般名称」や「商標」の概念を回答者が正しく理解していることが前提になる。正露丸 II 事件では、Teflon 法を用いた需要者アンケートの結果が普通名称化を否定するための証拠として

(83) *E.I. du Pont de Nemours & Co., Inc. v. Yoshida Int'l Inc.*, 393 F. Supp. 502, 525-527 (E.D.N.Y. 1975).

(84) Simonson, *supra* note 80, at 204.

(85) 井上 = 五所・前掲注 1) 235 頁参照。下記のグラフは、前述の実証研究での Teflon 法の調査結果を示したものである。「ハイチュウ」、「ニベア」、「ダウニー」は商標であることに疑いのない語、「ボールペン」と「携帯電話」は一般名称であることに疑いのない語のベンチマークである。



原告から提出されたが、裁判所は、一般論として Teflon 法による立証はありうるとしつつ、当該調査では質問内容についての回答者の理解が十分とはいえないこと等を理由に普通名称化の判断の参考にするには限界があるとした⁽⁸⁶⁾。

5.4. 小括

普通名称化の判断では、一般名称の独占による弊害と信用の保護のいずれを優先すべきか規範的な判断が求められる。本章で紹介した Thermos 法をベースとし商標の認識に関する質問を追加した調査では、一般名称としての使用実態、代替名称の有無に関する情報、商標としての認識を収集することにより、普通名称化の判断に資する多面的な情報を得ることができる。

「一般名称」と「商標」の分類をさせる Teflon 法では、対象語についての商標としての認識・知識の度合いを把握することができる。普通名称化の判断では対象語への信用蓄積の程度も考慮されるから、その意味で Teflon 法も普通名称化のための調査技法のひとつに数えられる。

6. むすびにかえて

社会調査の実施には、サイエンス、アート、そしてクラフトの3つの能力が必要であるといわれている⁽⁸⁷⁾。社会調査の分野で共有された了解事項に従って良質なデータを収集し、論理的に首尾一貫したやり方で分析を行う「サイエンス」（論理性）、鋭い洞察力と直感によって適切な問いと仮説を設定し、データを深く読み込んだ上で的確な答えを導き出す「アート」（創造性・感性）、調査対象に関する広く深い知識を有し、調査技法にも習熟した「クラフト」（熟練・経験値）である。

(86) 正露丸Ⅱ事件（前掲注55）では、提出された Teflon 法の調査の結果について以下のように判示されている。「一般的には、ある名称の普通名称化を検討するのに、いわゆるテフロン調査の結果を認定に供することは可能と考えられるが、本件において、上記調査結果及びこれに基づく鑑定意見を採用することには、以下のとおり問題があるというべきである」。「まず、上記調査の質問は、二者択一であり、『ブランド』か『一般名称』かを問うものであり、ここでいう『ブランド』とは『クラウン』『カローラ』というような、ある特定の会社で作られているその会社独自の製品名を指し、また、『一般名称』とは『自動車』で、特定の会社に限定されない製品そのものの呼称を指すとの説明が付されている。その適否について検討すると、『自動車』は、『クラウン』『カローラ』と比べれば）かなり抽象度の高い普通名詞であり、正露丸のような家庭用医薬品についていえば、『胃腸薬』『吐瀉薬』がこれに相当すると考えられる。「他方、『ラッパのマーク』が控訴人の商標であり、識別力を有することは争いがなく、『ラッパのマークの正露丸』であればこれをブランドとして回答することに誤りはない。「そうすると、上記調査の質問に回答するに当たり、回答者は、『深く考えずに感じたとおりの答え下さい』と指示されているから、上記広告宣伝の影響の下に、『正露丸』を『自動車』のようなカテゴリーに属する名詞ではなく、ブランドであると回答することも十分想定でき、その場合、単なる『正露丸』がブランドであるか否かについて回答したものは即断できないと考えられる。「もちろん、回答者が質問に付された説明をよく読んで考えれば、『ラッパのマークの正露丸』との広告宣伝の影響を排して判断することが可能であるが、インターネットを介して質問し、回答を求めたものであるから、回答者の質問に対する理解が十分に得られているといえるかは、必ずしも保証されていないというべきである」。「また、テフロン調査の特徴は、(1) 普通名称であって法的保護が受けられないことが明らかな標章、(2) 商標として法律上保護されることが明らかな標章、(3) 両者の中間に位置する標章の3種の標章を複数とりまぜ、問題の標章についてなされるのと同一の質問に答えさせることによって、識別力の有無についての回答者の判別能力が信頼に値するものかをチェックできるところに特徴がある。「上記調査結果において、我が国において現在も普通名称ではなく、商標として認識されている『セロテープ』『シーチキン』『クレパス』『宅急便』等の商標を一般名称とする回答が50%以上にのぼり、ブランドとする回答が20%～30%にとどまっていることが認められる。これらについて、上記(3)に該当し、相応する結果が得られたものとみることも可能であるが、……『宅急便』を例にとれば、宅配便業者がいかなる表示の下にサービスを提供しているか（業者により『宅急便』のほか、『ペリカン便』、『飛脚宅配便』、『カンガルー便』等の異なった表示が使用されていることが当裁判所に顕著である。）を意識させた上で、判断を求めれば異なった結果となつたとも思われ、一般大衆に対し、現実の使用状況を意識させず、単に質問に対する回答を求めたために精度の高い回答が得られなかったとも評価できる。これを『正露丸』についていえば、回答者が、少なからぬ薬局・薬店・ドラッグストア等において、他社製品が控訴人製品と並べて陳列され、それぞれ相当の価格差のある価格表示がなされていて、一般消費者に対して控訴人製品とはそれぞれが別個の商品であることを明示して販売されているような状況をどれだけ認識の上、回答したか不明であり、上記調査は、明らかに商標あるいは普通名称とされている標章を基に一般大衆の判断能力の有無、程度について調査するには有意義だとしても、普通名称性を判断するのに回答結果を参考とするには限界があるというべきである」（下線は筆者による）。

(87) 佐藤郁哉『社会調査の考え方（上）』41頁以下（東京大学出版会、2015）。

本稿では、不正競争関係訴訟で用いられる需要者アンケートの標準的な調査技法について検討してきたが、どの事案にもそのまま使える質問票のひな形があるわけではない。個別の事案の特徴をふまえて調査目的に適合的な調査の設計が必要である。需要者アンケートの調査設計には、法律分野の知見と社会調査の知見の両方が求められる。法的概念と裁判実務を熟知した法律家と社会調査の設計と分析に関する知見を有する調査専門家との協働によってはじめて、これら3つの点でバランスのとれた質の高い調査が実現されるといえるだろう。

需要者アンケートを用いることで、需要者の認識に関して、他の手段では得られない価値ある情報が得られる可能性がある。社会調査の基本に則って誠実に実施された需要者アンケートの調査結果が訴訟において提出された場合には、できるかぎり有効に活用することが社会的に望ましい。証拠価値の評価においても、サイエンス、アート、クラフトの視点をもって、調査結果を活かしていくことが期待される⁽⁸⁸⁾ところである。

※本稿は、科研費〔基盤（C）〕（22K01276）「標識法と消費者行動：《需要者の認識》の関わる諸概念への実証的アプローチ」（2022年度～2024年度）の成果の一部である

(88) ヒュンメル事件判決（前掲注40）では、調査専門会社の実施した調査の信用性について、「この調査結果をもって直ちに全体の調査結果と同視することは統計理論的に許されない」としつつも、「需要者層の選定条件としては適切で、……調査方法としての誠実さも認められること」、「このような調査をしようとした場合、厳密な統計学的正確性を確保することは困難であると考えられること」などを衡量し、「上記調査は、おおよその傾向を示す補足的な資料としては、斟酌し得るものと認めるのが相当である」とされている。