

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～

[継続研究]

常勤研究者の部



代表研究者 井 上 由 里 子
一橋大学大学院
法学研究科
教授



共同研究者 佐々木 通 孝
鳥取大学
研究推進機構
准教授



五 所 万 実
慶應義塾大学大学院
文学研究科
博士課程



吉岡（小林） 徹
一橋大学
イノベーション研究センター
講師

1. はじめに

商標はブランドを識別・差別化するためのブランド要素であり、商標法や不正競争防止法によって保護されている。保護を受けるために重要な要件として以下の3つがある。

出所の混同を生じさせる商標の無断利用や商標登録は許されない（「混同のおそれ」要件）。商品のデザインは原則として保護対象とならないが、デザインについてブランド認知がなされるに至っている場合には商標として保護される（「セカンダリー・ミーニング」要件）。商品カテゴリーを指す一般的な名称は法的保護を受けられない（「普通名称性」要件）。

これらの要件は、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。侵害訴訟や商標登録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する社会調査（商標法の領域では「需要者アンケート」と呼ばれることが多い）が裁判官等の心証形成に有用な役割を果たす可能性があるが、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。その要因のひとつとして、需要者アンケートの方法論が確立されていないことが挙げられる。

そこで、本研究は、「需要者の認識」に関する3要件の立証手段としての需要者アンケートの方法論について研究し、実践的な手法の確立を目指した。

2. 混同のおそれ

2.1. 目的と方法

「混同のおそれ」の立証のための複数の技法の特徴と課題・限界を明らかにすることを目的として、Simonson (1994)¹を参照しつつ実査を行った。

2.2. 「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

米国の裁判実務で用いられているExxon法、Eveready法、Squirt法、そしてSimonson (1994)の提案する模擬選択法の4つの技法の内容と設計思想を紹介する。

Exxon法は回答者に後行商標（先行商標との混同の疑われる商標）のみを呈

¹ Simonson, I. (1994). Trademark infringement from the buyer perspective: Conceptual analysis and measurement implications. *Journal of Public Policy & Marketing*, 13(2), 181-199.

示し純粋想起する企業名を尋ねるものである。Eveready 法は、後行商標のみを呈示しその商標の付された商品を販売する企業名やその関連情報を自由記述式で回答させ、先行者を出所と誤認して回答しているかを調べるものである。模擬選択法は、Eveready 法よりも購買場面の再現性を高めた質問紙実験である。商品概要、価格や販売場所などの説明を行った上で後行商標品と実在の第三者商標品の間で購買選択を行わせるタスクに際して、後行商標品の評価を自由回答させ、その回答欄の記述から先行者の商品だと誤認しているかを確認する。Squirt 法は、先行商標と後行商標の両方を同時に呈示し、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、肯定回答が混同にカウントされる。

「混同のおそれ」の要件で問われるのは、購買場面で後行商標の付された商品を見た需要者が先行者を出所だと誤認するおそれがあるかどうかである。Exxon 法、Eveready 法や模擬選択法は購買場面を再現し後行商標に接した回答者が実際に混同するかどうかを観察する「実験」型の技法であるのに対して、Squirt 法は回答者の意見や認識を聴取する「世論調査」型の技法である。

2.3. 本プロジェクトにおける「混同のおそれ」調査

本プロジェクトで検証対象とした技法は、Simonson (1994) と同じく、Exxon 法、Eveready 法、Squirt 法及び模擬選択法の4つである。調査対象の商標セットは表1のとおりである。いずれも、実際に侵害訴訟や審判・審決取消訴訟において争われた経緯がある。

表 1 「混同のおそれ」調査の対象商標セットと審判決での混同判断

後行商標 (後行者商品カテゴリー)	先行商標 (先行者商品カテゴリー)	審判決での混同判断
Moyet (ブランデー)	Moët & Chandon (シャンパン)	混同なし
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)	混同あり
girls walker (女性ファッション誌)	Tokyo Walker (タウン情報誌)	混同なし
MEN'S CLUB (男性洗顔料)	MEN'S CLUB (男性ファッション誌)	混同あり
フランク三浦 (FMのパロディ商品)	フランク・ミュラー (高級腕時計)	混同なし

2.4. 「混同のおそれ」調査の結果と考察

混同の法的判断で重要な指標になるのは回答者全数ベースでの「混同率」であるが、以下では、各技法の比較を行うため、先行商標認知者（先行商標を知っていると答えた者）を母数とした「混同率」（表2）を用いて検討する。

表2 「混同のおそれ」調査の集計結果 [先行商標認知者ベース]

後行商標	先行商標	Exxon	Eveready	Squirt	模擬選択法
Moyet (ブランデー)	Moët & Chandon (シャンパン)	3	8	34	4
		3.26	10.39	33.33	3.88
ヨイチュー (ソフトキャンディ)	ハイチュー (ソフトキャンディ)	145	93	69	4
		39.19	27.03	17.56	1.06
girls walker (女性ファッション誌)	Tokyo Walker (タウン情報誌)	45	28	107	7
		22.39	14.89	62.57	3.57
MEN'S CLUB (男性洗顔料)	MEN'S CLUB (男性ファッション誌)	2	3	50	7
		1.36	2.19	27.47	4.38
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)	18	9	26	14
		7.50	4.00	9.52	5.09
平均		20.29	14.52	25.51	3.23

上段が回答者数(単位:人)、下段が割合(単位:%)である

技法間の比較をすると、ほとんどの商標でExxon法、Eveready法、模擬選択法の混同率は、Squirt法よりも混同率が低くなっている。Exxon法、Eveready法、模擬選択法では、純粋想起が求められるのに対して、選択式のSquirt法ではたとえ企業名を再生できなくとも選択肢を選ぶだけで「混同あり」にカウントされるためだと思われる。

Eveready法と模擬選択法の結果を比較すると、模擬選択法ではEveready法に比べて概して低い混同率となっている。この相違には2つの要因が関わっていると考えられる。第1に、Eveready法の要求特性である。Eveready法では出所に意識を向けさせた上で出所企業名（や具体的関連情報）を答えさせるので、推測による回答を増加させる可能性がある。第2に、Eveready法の回答の確信度の影響である。Eveready法で先行者の企業名を回答してもその回答に自信がない場合、実際の購買場面で混同するとはかぎらない。そのため、購買場面の再現性を高めた模擬選択法では混同率が低くなったと考えられる。

なお、「フランク三浦」については、購買時の消費者の注意水準に影響を与える3つの条件（第三者商標品、価格及び販売場所）を変えて模擬選択法による調査をしたところ、混同率は大きく異なる結果となった。模擬選択法を用いることで、購買時の需要者の心理状態を操作できることが実証されたといえる。

本プロジェクトの調査結果から、技法により混同率の数値に大きな相違が生じることを理解した上で、絶対値の大小に徒に拘泥することなく証拠評価を行う必要のあることが確認された。また、購買場面での再現性を高める手法として状況設定により需要者の心理状態を操作できる模擬選択法が有望であることもわかった。模擬選択法を洗練させていくことが今後の課題である。

3. 普通名称性

3.1. 目的と方法

Simonson (1994) を先行研究として、米国で標準的に用いられている Thermos 法と Teflon 法を用いて実査を行い、法律上普通名称の保護を認めないとされている趣旨を踏まえ、普通名称性について多面的な分析を行った。

3.2. 「普通名称性」を立証するための需要者アンケートの技法

Thermos 法は、購買場面で対象となる商品カテゴリーの商品を注文する際、どのような語を使うかを自由記述式で答えさせるもので、語の「用法」に焦点を当てた「実験」型の技法である。商標であることを認識しつつも便宜的に対象語を一般名称として使用する場合（「便法的使用」）もあるため、Thermos 法では普通名称性が過大評価される傾向がある。

Teflon 法は、回答者に対象語を呈示し、対象となる商品カテゴリーの「一般名称」か「商標」のいずれかに分類させるもので、語の「知識」を問う「世論調査」型の技法である。商標であることが明らかな語と普通名称であることが明らかな語をベンチマークとして、普通名称性のレベルを評価する際の助けとする。この技法では、たとえ現時点で一般名称としてしか使用していなくても、辞書的定義に基づき商標である（であった）という規範的知識から商標に分類されることがあるため、普通名称性が過小評価される傾向があるといわれている。

いずれの技法でも対象となる商品カテゴリーは文章で説明し、当該商品カテゴリーを知っている者（商品認知者）を対象に調査を行う（なお、需要者におよそ知られていない新規な商品カテゴリーに関する事案では、需要者アンケートは有効な立証手段となりえない）。

3.3. 本プロジェクトにおける「普通名称性」調査

検証対象とした技法は Thermos 法と Teflon 法であるが、Thermos 法では、Simonson (1994) に倣い、対象となる商品カテゴリーの商標（ブランド）について問う質問と代替的な一般名称についての質問も追加した。

本プロジェクトでは、商標の普通名称化が問題となりうる7つの対象語（「ルンバ」、「カップヌードル」、「バンドエイド」、「シーチキン」、「セロテープ」、「万歩計」、「正露丸」）について実査を行った。対象語は、様々な観点（代替名称の想起可能性、言語構造、係争の有無）からバランスよく選択した。Teflon 法では、普通名称のベンチマークとして「ボールペン」及び「携帯電話」、商標のベンチマークとして「ニベア」、「ハイチュウ」及び「ダウニー」を用いた。

3.4. 「普通名称性」調査の結果と考察

3.4.1. Thermos 法

考察の見通しをよくするために、商品認知者の回答を4つのグループに分類し集計した（図1）。

- (1) 普通名称的使用のみ：対象語を普通名称としてのみ使用している者
- (2) 両義的使用：対象語を普通名称としても商標としても使用している者
（商標と認識しつつも便宜的に一般名称として使用する「便法的使用者」）
- (3) 商標としての使用のみ：対象語を商標としてのみ使用している者
- (4) 不使用：対象語を使用することがない者

図1 Thermos法の集計結果〔商品認知者ベース〕

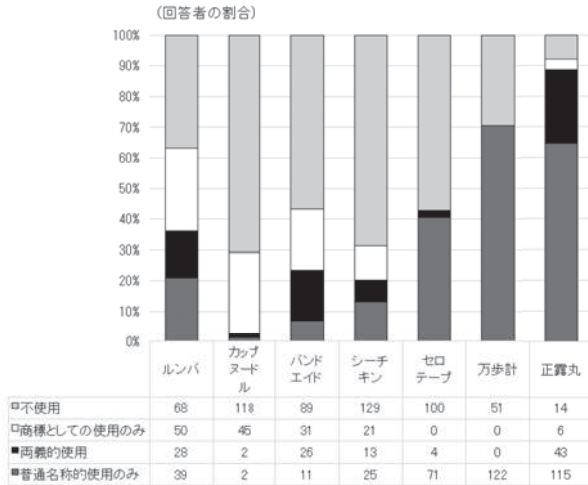
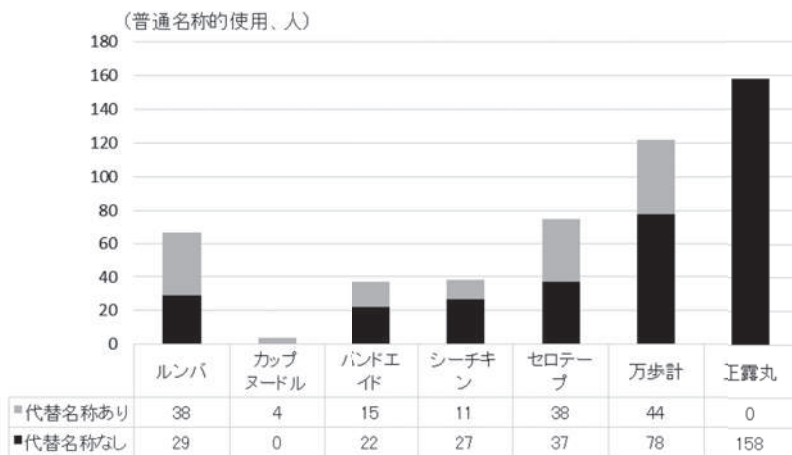


図1をみてわかるとおり、「シーチキン」、「セロテープ」、「万歩計」、「正露丸」の4つの語については、「普通名称的使用のみ」の占める割合が「商標としての使用のみ」を上回っており、「セロテープ」、「万歩計」に至っては、「商標としての使用のみ」は皆無であった。このように「普通名称的使用のみ」が優勢な場合、商標としての独占を継続させると競業者が競争上不利な立場に置かれるおそれがあるため、普通名称化を肯定する方向で考慮されるべきこととなる。もっとも、「シーチキン」については、回答者全体の7割ほどは購買場面で対象語以外の語を注文に用いている（「不使用」）ので独占の弊害は相対的に小さく、商標としての使用も1割ほどあるので商標保護を継続すべきといえる。

次に、普通名称的使用者（「普通名称的使用のみ」及び「両義的使用」）を対象に、対象語以外の代替的な一般名称を知っているか否かを調査した結果を図2に示す。購買場面で対象語しか注文に用いる語がない場合、当該語について独占を継続させることは競争上望ましくない。「正露丸」については、便宜上普通名称的に使用しつつも商標であると認識している両義的使用が2割に達するとはいえ、9割を占める普通名称的使用者のうち代替名称を想起できた者は皆無であるため、普通名称化を認めるべき必要性は高い。実際の裁判例で「正露丸」は普通名称化したという判断がなされたことは、こうしたことから首肯できる。

図2 「代替名称なし」の割合〔普通名称的使用者ベース〕



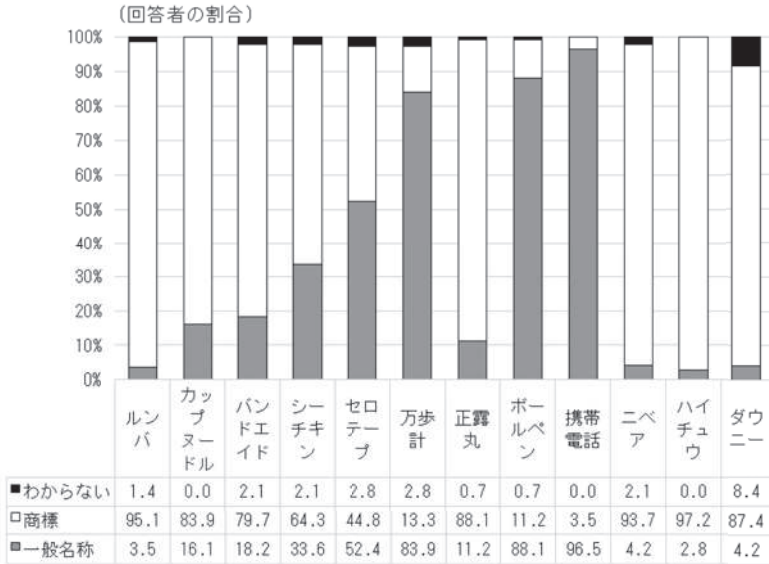
「カップヌードル」については、注文する際に普通名称的に使用する者（「普通名称的使用のみ」と「両義的使用」）の割合は2%にすぎず、代替名称を想起できない者も皆無であるため、独占を認めても弊害はほとんどない。また、商標としての使用（「商標としての使用のみ」と「両義的使用」）も約3割を占めていることから商標として保護すべきであろう（図1）。「ルンパ」も、注文のために使用する者の割合は3割程度にすぎず（図1）、代替名称を想起できるの方が優勢であるため、独占を認めても弊害はさほど大きくない。商標としての使用も4割程度に達していることから、商標としての保護が認められるべきであろう。

以上のように、Thermos 法の回答を4つのグループに分類して分析することにより、商標としての独占を継続することによる弊害の程度、商標に蓄積された信用の程度を多面的に評価することができ、普通名称性の判断に有益な情報が得られることがわかった。

3.4.2. Teflon 法

回答者に対象語を提示して「一般名称」と「商標」のいずれかに分類させた Teflon 法の集計結果は、図3のとおりである。

図3 Teflon法の集計結果 [商品認知者ベース]



Thermos法の集計結果(図1)とTeflon法の集計結果(図3)とを照合すると、総じてみれば両技法で普通名称性の測定結果に大きな矛盾はみられない。

唯一の例外は「正露丸」である。Thermos法では「普通名称的使用のみ」が優勢であったが、Teflon法では商標と分類された割合が約9割で、商標であることが明白なベンチマーク(「ニベア」、「ハイチュウ」、「ダウニー」)に匹敵する高い割合になっている。「正露丸」は元来商標であったという回答者の規範的知識が、Teflon法の結果に反映されたものと解される。法的には、普通名称的使用が優勢な事案において、過去に形成され今なお維持されている商標としての認識を普通名称性の判断でどの程度考慮すべきかを検討する必要がある。

以上のとおり、両技法により普通名称性の判断に有用な様々な情報を収集できることが明らかになった。「普通名称性」調査の今後の課題をひとつ挙げるとすれば、文章で説明しづらい商品カテゴリーを回答者に的確に理解させる手法の開発である。

4. セカンダリー・ミーニング

4.1. 目的と方法

立体商標として最近登録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」の事例を素材として、商品デザインの「セカンダリー・ミーニング」の測定手法のあり方について実証的に検討を行った。

4.2. 「セカンダリー・ミーニング」を立証するための需要者アンケートの技法

「セカンダリー・ミーニング」は、需要者が商品デザインを出所表示として認識しているかどうかを問う要件であるが、出所である企業の名称やブランドの具体的情報までは知らない・思い出せない場合でもブランド再認さえあれば「セカンダリー・ミーニング」は認められる（匿名の出所）。この考え方に忠実な技法は、対象となる商品デザインの画像を呈示し、「あなたは、この商品のデザインからどこか1つの会社を出所として連想しますか」などと問う「単一出所連想テスト」である。「1社を連想する」と回答すれば、「セカンダリー・ミーニングあり」にカウントされる。この「単一出所連想テスト」については自然な質問文を作成するのが難しいという課題が指摘されている。

実務上しばしば用いられるのが、商品の出所である企業名やその企業やブランドを特定する手がかりとなる具体的情報を自由記述で回答させる「企業名再生テスト」である。商品デザインの画像を見て出所企業の名称や関連情報の正しい情報を回答（再生）できれば、「セカンダリー・ミーニングあり」にカウントされる。「企業名再生テスト」ではブランド認知があっても企業名等の再生まではできない者を取りこぼしてしまうという問題がある。

4.3. 本プロジェクトにおける「セカンダリー・ミーニング」調査

4.3.1. 事例紹介

オムロン社の「けんおんくん」は、体温計の固定観念を覆す丸みを帯びた形状の電子体温計である。オムロン社は、文字商標「OMRON」の付されていない「けんおんくん」のデザイン（図4）について立体商標として出願した。特許庁の審決では、「けんおんくん」がグッドデザイン賞など国内外のデザイン賞を多数受賞しデザイン性を専門家に高く評価されているロングセラー商品であること、オムロン社が証拠として提出した企業名再生テストによる需要者アンケー

トで文字商標の付されていない「けんおんくん」のデザインを見て「オムロン」と回答した者の割合が6割近くに及んでいることなどが考慮され、「セカンダリー・ミーニング」が認められ、商標登録に至った。なお、電子体温計の市場でオムロン社のシェアは1位である。

図4 トリートメント
「けんおんくん」(文字商標なし)
(オムロン)



4.3.2. コントロール・グループを導入した調査設計

トリートメント・グループでは、文字商標のない「けんおんくん」のデザインの画像を呈示し、回答者に単一出所連想テストと企業名再生テストの順に回答させた。また、体温計メーカーとして第一想起するメーカーについても尋ねた。

コントロール・グループでは、汎用的なデザインのペンシル型の3つの体温計(図5)を用いて同じ調査を実施した。また、文字商標「OMRON」の付された「けんおんくん」(図6)、「けんおんくん」と同じく表示部が大きく丸みを帯びたデザインの体温計(図7)についても同じ調査を行った。

図5

コントロール①
ペンシル型
(オムロン)



コントロール②
ペンシル型
(シチズンシステムズ)



コントロール③
ペンシル型
(テルモ)



図 6
 コントロール④
 「けんおんくん」(文字商標つき)
 (オムロン)



図 7
 コントロール⑤
 非ペンシル型
 (タニタ)

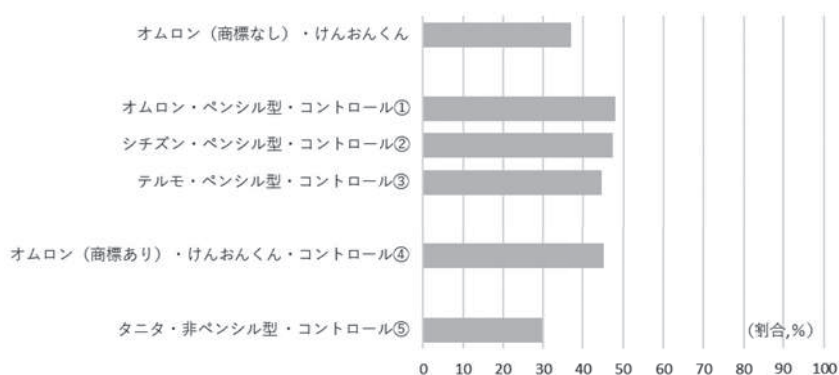


4. 4. セカンダリー・ミーニング調査の結果と考察

4. 4. 1. 単一出所連想テスト

「セカンダリー・ミーニング」の法的判断で重要な指標になるのは回答者全数ベースでの結果であるが、コントロール・グループとの比較分析のため、以下では「けんおんくん」を見たことがある者(商品デザイン認知者)をベースとする結果を紹介する。単一出所連想テストの結果(図 8)を見ると、トリートメント・グループでは4割強の回答者が「出所として1社を連想する」と回答しているが、出所表示として認識されるはずのない汎用デザインのコントロール・グループ(①~③)でより高い数値となっており、質問文が正しく理解されていないことが推認される。

図 8 単一出所連想テストの集計結果 [商品デザイン認知者ベース]

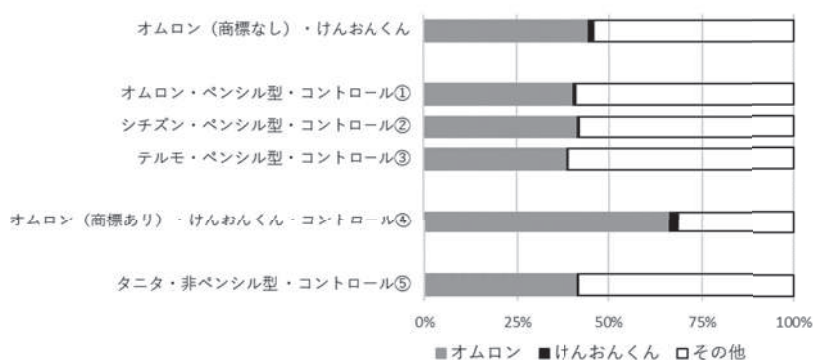


4.4.2. 企業名再生テスト

文字商標のない「けんおんくん」を対象としたトリートメント・グループでは、「けんおんくん」を見たことがある者のうち45%が「オムロン」または「けんおんくん」を出所として記載した。だが、汎用的ペンシル型のコントロール・グループ(①～③)でも「オムロン」と回答した者が4割程度にのぼり、トリートメント・グループとの差はわずかである(図9)。一方、「オムロン」を体温計メーカーとして第一想起した者は、どのグループでも65%程度で他社を圧倒していた。よって、「けんおんくん」のデザインを見て「オムロン」と回答した者の多くは推測で答えていたと考えられる。

商標登録を認めた特許庁の審決では、コントロールを置かない需要者アンケートで「オムロン」または「けんおんくん」との回答が6割程度に達していることを「セカンダリー・ミーニング」を肯定する理由の1つに挙げている。審決は「6割」という絶対値を重視しているように思われるが、本プロジェクトの調査で、正味の「セカンダリー・ミーニング」のレベルを測定するためにはコントロール・グループの導入が極めて重要であることが明らかになった。

図9 企業名再生テストの集計結果 [商品デザイン認知者ベース]



なお、企業名再生テストで、「思い出せない」、「わからない」などと書き込んだ者は4割近くに及んだ。電子体温計のような低関与製品は、何らかのブランド認知はあっても具体的な知識やブランド・イメージのないことも多いであろう。企業名再生テストで企業名を答えられなかった者のうち「セカンダリー・ミーニング」があると評価できる者を拾い上げる手法については今後の課題と

して残された。

5. むすびにかえて

近時、日本の実務でも、商標関連事案での立証手段としての需要者アンケートへの関心は高まりつつあるが、調査の方法論についても、調査結果の証拠価値評価のあり方についても、十分な議論がなされてこなかった。管見の限り、日本の法制度を前提とした需要者アンケートの方法論に関する実証研究は存在せず、本プロジェクトの研究の成果は、実務に大きな貢献をなしうるものと考ええる。今後、法領域の専門家とマーケティング領域の専門家との協働により信頼性・妥当性のある方法論の研究が一層進められ、実務において需要者アンケートが適切な形で活用されていくことを期待したい。