HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	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
Author(s)	井上, 由里子
Citation	知的財産法政策学研究, 20, 235-263
Issue Date	2008-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43559
Type	departmental bulletin paper
File Information	20_235-263.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

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―

井　上　由里子

はじめに

商標法及び不正競争防止法において、普通名称は標識としての法的保護を受けることができないものとされている。たとえば、商標法では、普通名称の登録適格性が否定され（3条1項1号）、権利行使の場面でも、普通名称を普通に用いる方法で用いる場合には侵害とならないとされている（26条1項2号・3号）。不正競争防止法においても、普通名称を普通に用いる場合には適用除外とされる（19条1項1号）。

制度上多少の違いはあるとはいえ、普通名称を保護しないという点は、アメリカも日本と同様である[1]。そのアメリカでは、普通名称（generics、generic terms）であるか否かの立証に際して、エンドユーザである消費者ないし一般需要者[2]を対象としたアンケート調査がしばしば行われている[3]。調査手法のあり方についても相応の議論の蓄積があり、定型的なフォーマットとしてThermos調査とTeflon調査と呼ばれる手法がある程度定着

---

[1] McCarthy, §12:1. 略記して引用する英語参考文献の出典は文末参照（以下、同じ）。

[2] 本稿では以下、エンドユーザが消費者である商品について、その商品のエンドユーザを指して「一般需要者」という言葉を用いる。

[3] McCarthy, §12:14. 普通名称性の立証以外にも、アメリカでは商標関連事件についてアンケート調査が実施されることは多い。1960年代のアメリカでマーケティングと消費者心理学が発達したことによるものであろう。Swann, 96 TMR 943 (2006), at 945参照。混同調査の手法については、井上由里子「『混同のおそれ』の立証とアンケート調査」『知的財産の潮流』知的財産研究所5周年（信山社、1995年）38頁参照。

している。日本でも、ごく最近、正露丸事件の控訴審[4]において、「正露丸」は普通名称でないと主張する当事者がTeflon調査を実施した例があるが、一般的には、普通名称性に関するアンケート調査が行われることはあまりないようである。

本稿では、これまで日本ではあまり議論されていない、普通名称性に関するアンケート調査の具体的手法を紹介し、その理論的位置づけを検討する。

なお、わが国の商標法では、「普通名称」と「慣用商標」とは区別して規定されているが[5]、裁判例や学説では、普通名称と慣用商標の区別は必ずしも明確でないようである[6]。また、本稿で素材とするアメリカでは、普通名称と慣用商標という概念の区別はなされていないので、本稿では、慣用商標も含めて普通名称という語を用いることとする。

論述の順序としては、まず、議論の前提として、普通名称性の判断主体について検討する（１.）。次いで、アメリカで代表的な調査手法とされているThermos調査とTeflon調査の概要を紹介した上で（２.、３.）、二つの手法の数値結果の乖離に着目し、この二つの手法が普通名称性判断のどのようなファクターと密接な関連を有するのかを検討し、それぞれの手法の活用される場面の違いを明らかにする（４.）。むすびでは今後の検討課題を示す。

１．普通名称性の判断主体――一般需要者を対象とした調査の意義――

(1) 判断主体は取引業者（競業者）であるとする二つの判決

普通名称性の判断主体は取引者ないしは競業者であって、一般需要者の認識は関係ないという議論がある。たとえば、「セロテープ」の普通名称性を否定したセロテープ事件判決[7]では、「商標の普通名称化ということについては、種々の見解が存しうるところであらうが、当裁判所としては、この事柄は矢張り取引市場、詳言すると、その企業の分野における業者間において、その商標が普通名称として使用されるに至り、そのような状態が一般化して、商標が商標権所持者の製造、販売にかかる商品としての出所を指標する機能を喪失するに至った時において、初めて、かかる現象を生じたものであると解すべきものであって、一般需要者の認識は必ずしもこれを左右するものではないという考え方が妥当である」（下線は筆者による）とされており、こうした考え方が示唆されている。また、商標法３条１項３号の記述的表示についての事案であるが、紅茶の「Earl Grey」が品質表示に該当するか否かが争われ、品質表示に当たるとしたアールグレー事件[8]では、「ある商標が商品の品質を示すものであることにつき、当該商品のわが国における取引業者にその認識があるとすれば、一般消費者の認識を問題とすることなく」記述的表示であるとの判断をなすべきであるとされている（下線は筆者による）。

仮に一般需要者の認識が全く関係ないのであれば、普通名称性について一般需要者を対象にアンケート調査を行うことはおよそ無意味な試みということになる。ところがアメリカでは、「ASPIRIN」を普通名称であるとした、ハンド判事の手になるASPIRIN事件判決[9]以降、普通名称性の判断は一般需要者ないし公衆（public）を基準に行われており、1984年改正で条文上も「関連需要者（公衆）（relevant public）」にとっての「主要な意義（primary significance）」を基準に判断すべきことが明文化されている[10]。こうしたこともあり、普通名称性の立証のために、一般需要者を対象とした

[4] 大阪高判平成19年10月11日最高裁HP参照。

[5] 普通名称については商標法3条１項１号、26条２号及び３号、慣用商標については、３条１項２号、26条４号と書き分けられている。

[6] **小野**昌延・商標法概説〔第２版〕（有斐閣、1999年）107頁、**田村**善之・商標法概説〔第２版〕（弘文堂、2000年）173頁参照。

[7] 神戸地裁尼崎支判昭和36年１月25日（下民集12巻１号62頁）。

[8] 東京高判昭和56年５月28日（無体裁集13巻１号471頁）。

[9] Bayer Co. Inc. v. United Drug Co. Inc., 272 F. 505 (S.D.N.Y. 1921).

[10] Anti-Monopoly 事件判決(Anti-Monopoly Inc. v. General Mills Fun Group, Inc., 684 F. 2d 1316, 216 USPQ 588 (CA 9 1982)で採用されたいわゆる「動機づけテスト」を排除するために、The Trademark Clarification Act of 1984, Public Law 98-620, §102, 98 Stat 3335 (1984)によって、ラナム法14条(c)が改正された経緯がある。動機づけテストを巡る議論については、Oddi, 31 Vill. L. Rev. 1 (1986) 参照。

アンケート調査の手法が開発され活用されてきたのであるが、はたして普通名称概念と一般需要者の認識との間には理論的にどのような関係があるのだろうか。

(2) 普通名称の法的保護を否定する理由

普通名称について、商標としての保護を否定する根拠は、ごく単純化していえば、次のように説明される。商品の一般名称を特定人が商標として独占すると、需要者は、他の業者の商品にアクセスするのに余分なコストをかけるか、さもなければ高い商標品を買わざるをえなくなる。競業者は、商品の一般名称という最も重要な商品情報を需要者に伝達できないことになり、その市場への参入が困難になる。商標法制は多様な出所の商品が市場に存在すること、そして需要者が商標を手がかりに自由に商品を選べることを前提に、品質競争を促進することを目的としているが、商品の一般名称の独占を許すと、こうした前提が揺らぐことになりかねない。そこで、商品の一般名称は「普通名称」にあたるとして、保護を否定すべきだ、ということになる[11]。

一般需要者層がある商品の一般名称として現に認識し、使用している言葉について商標としての保護を認めた場合、上記のような弊害の生ずるおそれがあることはまちがいない。そうした言葉は「普通名称」に該当するとして、原則として、商標法上の保護を否定すべきであろう。この意味で、一般需要者層の認識・使用のあり方は、普通名称性の判断に重要な意義を有するのであり[12]、無関係であるということはいうことはできない[13]。

[11] Restatement, §15, comment c.; McCarthy, §12:2; Landes & Posner, The Economic Structure (2003), at 193-194.

[12] 前掲・小野104頁は、普通名称化の認定において、取引者の認識に商標としての意義が残存しているか否かという要素を重視しつつ、一般消費者の認識も無視できないとする。前掲・田村193頁も、慣用商標につき、需要者の認識が基準となると説くが、一般需要者もこれに含まれることになろう。

[13] だからこそ、普通名称化防止策が企業によって講じられ、また、辞書等で普通名称的に商標が掲載されることに対して商標権者が異議を申し立てられるような制度を整備すべきだという声が上がることになる。**青木**博通・知的財産権としてのブランドとデザイン（有斐閣、2007年）34頁。

もっとも、逆はまた真ならず、であり、一般需要者が商品に付されているある言葉を現時点ではその商品の一般名称とは認識しておらず、むしろ商標ないしブランド名と認識するであろうと考えられる場合でも、その一事をもって、普通名称性を否定することは妥当でない。たとえば、一般需要者には知られていない成分を用いた新種商品について、その成分名と商品カテゴリーを組み合わせた名称が商品パッケージに用いられている場合、当該成分名を知らない一般需要者がその見慣れぬ言葉を商標と認識することはありうる。しかし、だからといって、その言葉を商標として保護してよいということにはならない。競業者の立場からみると、その成分名とカテゴリー名を組み合わせた言葉を用いることが禁じられれば、当該市場への参入にあたり制約が課されることになり、競業上不利な立場に置かれる[14]。また、一般需要者の立場からみても、将来、その成分名を知るに至ったとき、成分名を手がかりとして様々な出所の商品にアクセスする道が狭められるおそれがある[15]。したがって、このような場合には、たとえ現時点の一般需要者がその言葉を商標と認識しているとしても、「普通名称」として扱い、商標としての保護は否定すべきである。外国で特定の商品の一般名称として知られているが、日本の市場にはまだ入っていない商品の名称なども同様である。

以上をまとめると、Ⓐ一般需要者がある言葉を商品の一般名称であると現時点で認識・使用している場合には、「普通名称」に当たるとして商標の保護を否定すべきであるが、Ⓑ一般需要者がブランド名として認識・使用しうる場合でも、規範的な観点から普通名称性を認め商標保護を否定する場合がある、ということになりそうである。

(3) 二つの判決の異なる意味合い

先に紹介した二つの裁判例をあらためて検討すると、アールグレイ事件判決は、上記のⒷのタイプに該当する。英国の紅茶のブレンド名として定着している「Earl Grey」の語は、現在の一般需要者の認識がいかなるもの

[14] 記述的表示について、玉井克哉「商標登録阻止事由としての『自由使用の必要』」前掲・知的財産研究所5周年199頁、226頁。

[15] 記述的表示についてであるが、前掲・田村180頁。

であれ、規範的な観点から商標としての保護を否定したと解することができる[16]。

注意を要するのは、セロテープ事件判決である。普通名称性の判断に一般需要者の認識は関係ないとする議論は、Earl Grey 事件とは正反対の結論――商標としての保護を肯定する結論――を導くためのロジックとして用いられているからである。すなわち、上記セロテープ事件判決は、その含意として、一般需要者は「セロテープ」を商品の一般名称として認識しているかもしれないが、そうだとしても、競業者ないし取引業者がなお商標として認識し使用していれば、商標としての保護はなお維持されるべきであるとしている。セロテープが一般需要者にとって商品の一般名称として認識され使用されているとすると、本来なら、上記Ⓐのタイプに場合分けされて商標保護が否定されてもよさそうなのに、判決では普通名称性が否定されて商標保護が認められている。

一般に、有名商標の権利者には、一般需要者に認知され、有名になればなるほど、つまり、信用蓄積のための努力をすればするほど、かえって普通名称化の危殆に瀕するという深刻なジレンマがある[17]。セロテープ事件判決の結論には異論もあるところだが[18]、この判決は、取引者という一部の需要者層に商標としての認識が存在することをもって、こうした苦境に立たされる有名商標の権利者の保護を図ろうとしたものとみることができる[19]。アメリカの判例学説の中にも、普通名称性の判断において、信用蓄積の努力をしてきた商標権者の利益に配慮しようとする傾向がみられる。この点については後で論ずることになる。

[16] 前掲・田村191頁注１参照。

[17] 前掲・青木１、22頁。

[18] 前掲・田村174頁は、たとえ一般需要者が商標として認識していたとしても、Ⓑのタイプの議論で、規範的観点から普通名称性を認め商標による保護を否定すべきであったとする。

[19] 同じ考え方は、「ある商標がきわめて有名となって、それが一般人の意識ではその商品の普通名称だと認識され、通常の小売段階での商品購入にその商品の一般名称として使われても、それだけではその商標は普通名称化したとはいえないのである」とする特許庁編・工業所有権法逐条解説〔第16版〕（発明協会、2001年）1052頁の記述にもあらわれている。

(4) 一般需要者を対象としたアンケート調査が効を奏しうるのはどんな場合か

以上を前提に、いかなる場合に一般需要者を対象としたアンケート調査が効を奏しうるかを整理しておこう。まず、新成分を含む名称や日本にまだ輸入されていない商品の名称が関わる例のように、競業者の利益や将来の一般需要者の利益を考慮することが必要になる事例では、現時点の一般需要者の認識にかかわらず規範的な観点から結論が導かれるから（Ⓑ）、このような事例で一般需要者を対象としたアンケート調査を実施しても意味がないだろう。それ以外の事例では、先に述べたように具体的な信用を蓄積してきた商標権者の利益に一定の配慮をしようという考え方もありうるところだが、一般需要者が現時点である言葉を商品の一般名称として認識し使用しているという事実は、普通名称性判断の重要な基礎となりうることはたしかであり（Ⓐ）、その意味で、一般需要者を対象としたアンケート調査は、訴訟において積極的な役割を果たす可能性がある。

わざわざアンケート調査などしなくとも、言語本来の確定的な意味内容から自明なものもあるだろう。だが、たとえば有名になりすぎた商標の普通名称化の事例のように、一般需要者にとって従前の意味内容は「商標」であった語の普通名称性の有無を判断する際には、現時点での一般需要者の認識や使用の状況を測定するアンケート調査が有用たりうる。アメリカでも、そのような場合にアンケート調査の結果が重視されている[20]。

では、具体的にどのような手法がありうるのか。以下では、アメリカで標準的な手法とされている Thermos 調査と Teflon 調査について紹介する。

２．Thermos 調査の概要と特徴

(1) Thermos 調査の概要

Thermos 調査（Thermos survey）がはじめて用いられたのは、その名の由来となった、1962年の Thermos 事件[21]である。いわゆる魔法瓶に用いら

[20] McCarthy, § 12:14.

[21] American Thermos Products Co. v. Aladdin Industries, Inc., 207 F. Supp. 9, 14 USPQ 98 (D. Conn. 1962), aff'd, 321 F.2d 577, 138 USPQ 349 (2d Cir. 1963).

れる「Thermos」[22]という語が、普通名称かどうかが争われた事案で、「Thermos」は普通名称であると主張した競業者側が開発し、一般需要者を対象に実施したのがThermos調査である[23]。

この調査で用いられた質問票は次のようなものであった。

問①　*スープやコーヒー・紅茶、レモネードなどの液体を保温しておくことのできる容器の類をご存知ですか？*
問②　*あなたが明日そうした容器を店に買いに行くとしたら、どういう店に行きますか？*
問③　*店員に自分の買おうとしている商品の名を挙げるとしたら、何と表現しますか？*

この質問票は、問①で問題となっている商品を文章で説明して意識化させ、問②で購買場面を一般需要者が想起するように仕向けた上で、問③で、一般需要者が購買場面でその商品の一般的名称としてどのようなものを用いるのかを確かめようとするものである。問③に対する口頭での回答が“thermos”であれば、その回答者はこの言葉を「商品の一般名称として使用している」とカウントされ、“魔法瓶（vacuum flask）”など別の言葉で注文すると答えれば、「一般名称としての使用」にはカウントされない。Thermos事件では、魔法瓶という商品を知っている回答者のうち、75％が問③に“thermos”と回答した。

裁判所は、大文字で始まる「Thermos」を競業者が用いると、この言葉をブランド名として認識している一部の需要者[24]に混同の生ずるおそれがあることに配慮し、小文字の「thermos」は普通名称であるが、大文字で始まる「Thermos」は商標であるとする大岡裁き的な判断を下している[25][26]。そして、競業者である被告に対して、「thermos」とすべて小文字で表示せねばならないこと、被告のブランド名も併記することを求めたのである[27]。この判決は一般的には普通名称性を認めた判決として知られているが、このような調整的な解決策によって、需要者の混同防止を図るとともに、具体的な信用蓄積をしてきた商標権者の利益も部分的に保護されていることは忘れてはならない。

(2) Thermos調査の設計上の特徴

Thermos調査は、問題となる商品を具体的に文章で説明するという形で回答者に刺激を与え、「Thermos」という語が一般名称として使用されているのか否かを、回答者の行動を観察することにより解明しようというものであり、「行動観察型」の調査であるということができる。

ただし、Thermos調査で想定されている主たる購買場面は、店頭カウンターなどで口頭で商品名を告げて注文するスタイルであり、スーパーやデパート、コンビニエンス・ストアなどで商品棚に陳列されている商品を自分で選び取るという購買場面に対応したものではないことに注意を要する[28]。

---

[22] 魔法瓶が最初に商業用に製造・販売されたのは、1903年ドイツの「Thermos GmbH社」によってであるが、アメリカをはじめいくつかの国では「Thermos」は普通名称化したものとして扱われている。ギリシャ語の熱を示すthermoに由来する命名。

[23] 概要は、McCarthy, §12:15.

[24] Thermos調査では、問①から問③までの質問のほか、後述のように補助質問も設けられていたが、その分析から、約12パーセントが「Thermos」を商標として認識しているとの結果が得られている(207 F. Supp. 9, at 22)。

[25] 207 F. Supp. 9, at 14.

[26] Thermos調査では、口頭で何と注文するかを尋ねているだけだから、小文字の「thermos」が商品の一般名称として認識されているのに対し、大文字ではじまる「Thermos」は商標として認識されているという結果がアンケート調査から直接導かれたわけではないことに留意されたい。

[27] 207 F. Supp. 9, at 14-15. なお、競業者に課された条件の内容をめぐって、その後また法廷で争われた経緯がある。King-Seeley Thermos Co. v. Aladdin Industries, Inc., 418 F.2d 31, 163 USPQ 65 (2d. Cir. 1969), on remand, 320 F. Supp. 1156, 166 USPQ 381, 169 USPQ 85 (D.Conn. 1970); King-Seeley Thermos Co. v. Aladdin Industries, Inc., 320 F. Supp. 1156, 166 USPQ 381, 169. USPQ 85 (D.Conn. 1970).

[28] Swann, 89TMR639 (1999)は、普通名称性の調査は商品棚からセルフ・サービスで商品を選ぶという今日的な購買場面や、経験財（experience goods）が関係する事案に関しては、Thermos調査では対応できないと指摘する。もっとも、問題となって

(3) Thermos調査に対する批判と補助質問

この調査手法には、次のような欠点が指摘されている[29]。

普通名称化が争われる事案の多くは、市場シェアが大きい有名商標を巡るものである。現にThermos事件の事案もそうであった。そうした場合、原告の「Thermos」ブランドの製品を普段から愛用し、高く評価している需要者は、「Thermos」ブランドの商品を指名買いする意図で、問③に“thermos”と答えることがありうる（前述のように、口頭での反応を調査しているので、回答では大文字か小文字かの区別がなされることはない）。つまりブランド・ロイヤリティー（brand loyalty）によるバイアスがかかるおそれがある。そうだとすると、問③で“thermos”と答えたからといって、この言葉を一般名称として用いていると直ちに結論づけることは妥当でないということになる。

実際、Thermos事件でも、こうした批判を意識して、問③に“thermos”と回答した者が、商品の一般名称としてこの言葉を用いたのか、それとも、ブランドを指定して注文する趣旨で用いたのかを峻別するための補助的な質問が設けられている。具体的には、以下のような質問である。

問④　*前記のような保温容器を欲しいと店員に頼むとき、何かほかの言葉を思いつきますか？*

問⑤　*前記のような保温容器のメーカーで知っている企業はありますか？*

問⑥　*前記のような保温容器のブランドで知っているものはありますか？*

たとえば、問③で“thermos”と回答していても、問⑥で、“thermos”と答えると、③の回答は指名買いの意図であった可能性があるとされ、「一般名称としての使用」の側にはカウントしないということになりうる。もっとも、他社製品でもかまわないのだが、有名ブランドの商標で店員に注文した方が欲しいものが相手が伝わりやすいと考え、いわば、その商品一般を指す「代名詞」として、「Thermos」ブランドの名前を使用したという者もいるであろう。そのような者は、厳密にはブランド名として「Thermos」を使用しているとはいえないから、ことはそう単純ではない。

補助的な質問で、商品の一般的名称としての使用なのかブランド名としての使用なのかを区別せねばならないとすると、個々の回答を精査していく作業が必要となる。後のTeflon事件判決でも指摘されているように、その判断は必ずしも容易ではなく、集計・数値化の際に、アンケート調査を実施した当事者の利益に偏した恣意的な解釈が入り込む余地があるし[30]、補助質問の個々の回答について一件ずつ精査していくことになれば、コストがかさむという問題もある[31]。

３．Teflon調査の概要と特徴

(1) Teflon調査の概要

Thermos調査がはじめて用いられてから10年あまり後、1975年のTeflon事件[32]において、新しい調査手法が登場する。争点となったのは、焦げ付きを防ぐためのフッ素樹脂で加工された調理器具等にDu Pont社が使用してきた「TEFLON」[33]という語の普通名称性である。競業者側は、先に紹介したThermos調査を実施し、75％が問③で“teflon”と回答したことをもって、「TEFLON」は普通名称であると主張した。これに対して、Du Pont社側は、Thermosの調査を独自に再度実施し、Thermos調査の補助的質問の回答を分析すると、多くの回答者はこの言葉をブランド名として使用して

いる商品によって取引の実情は異なるであろうし、また、従来型の販売形態もなくなったわけではないから、事案によってThermos調査の活用可能性は異なるだろう。

[29] McCarthy, § 12:15.

[30] 後掲・Teflon事件判決 185 USPQ 597, at 616参照。

[31] McCarthy, § 12:15, § 12:16.

[32] Teflon事件（E.I. Du Pont de Nemours & Co. v. Yoshida International, Inc., 393 F. Supp. 502, 185 USPQ 597 (E.D.N.Y. 1975)）.

[33] フッ素樹脂は1936年にアメリカのDu Pont社で発明され、1946年から、Teflon商標を使用して一般向けの製品が製造販売されてきた。商標登録は1945年。フッ素加工樹脂の正式名称Poly-tetra-fluoroe-thyleneからの命名。スキャンダルを寄せ付けないという意味の口語で用いられる形容詞として辞書（たとえばOxford Dictionary of English）にも掲載されている。

いると反論した。さらにDu Pont社は、「TEFLON」が普通名称でないことを立証するために、新たな調査手法を開発した。それがTeflon調査（Teflon survey）である[34]。質問票は次のような構成をとる。

> *これから8つの語を読み上げます。あなたが「ブランド名（brand name）」と思うものと「商品の一般名称（common name）」と思うものとを分類してください。ここでいう「ブランド名」とは、特定の自動車メーカーによって製造されている「Chevrolet」[35]のような語を指し、「商品の一般名称」とは、複数のメーカーによって製造される「乗用車（automobile）」のような語を指します。さて、「Chevrolet」はブランド名か、それとも商品の一般名称かと質問されたら、どう答えますか？*

前半の説明で、回答者に、「ブランド名」という概念と「商品の一般名称」の概念の違いを理解させ、続く問いで、たしかにこれらの概念を理解したかを確認する[36]。その上で、問題となっている「TEFLON」を含む8つの語について、それぞれ「ブランド名」か、それとも「商品の一般名称」か否かを答えさせる。具体的には、次のような問いかけがなされた。

> *それでは、□□□は、「ブランド名」でしょうか、それとも、「商品の一般名称」でしょうか？*

「『ブランド名』か『商品の一般名称』のいずれかわからない」という選

[34] 概要は、McCarthy, § 12:16.

[35]「Chevrolet（シボレー）」は、1920年代から用いられており、現在はGM社が所有する乗用車についての著名なブランド名。20世紀初頭に活躍したスイス生まれのレースカー・ドライバーの名前を冠した命名。

[36]「Chevrolet」がブランド名だと直前に説明しておいて、それがブランド名か商品の一般名称か尋ねるのは若干奇異である。後に取り上げるSimonson教授の論文では、同じく乗用車のブランド名である「Pontiac」を用いて、「『Pontiac』はブランド名でしょうか、それとも商品の一般名称でしょうか」と修正されているが、こちらの方がずっと自然であろう。

択肢も設けられている[37]。Teflon事件で実際に用いられたのは、「TEFLON」のほか、「THERMOS」,「STP」,「MARGARINE」,「JELL-O」,「REFRIGERATOR」,「ASPIRIN」,「COKE」の計8つの語で、この順番で問②の質問が次々になされた。調査結果は**表1**の通りである。

表1〔Teflon事件におけるTeflon調査の実施結果〕

	ブランド名（%）	商品の一般名称（%）	わからない（%）
STP	90	5	5
THERMOS	51	46	3
MARGARINE	9	91	1
TEFLON	68	31	2
JELL-O	75	25	1
REFRIGERATOR	6	94	—
ASPIRIN	13	86	—
COKE	76	24	—

採用された語は、語の本来の意味内容から普通名称であることが明らかな「MAGARINE」（マーガリン）、「REFRIGERATOR」（冷蔵庫）のほか、もともと有名商標だったが普通名称化したとの判断の下された[38]語として「ASPIRIN」[39]（消炎鎮痛剤）、「THERMOS」、さらに、アメリカで非常に有名

[37] ただし、両方の意味がある、という選択肢は設けられていない。

[38] 普通名称化したとの判断が下されたといっても、Thermos事件判決では、調整的解決策により商標権者の利益が一定程度守られたことは先にみたとおりであるし、また、Aspirin事件でも、Hand判事は、需要者を「一般消費者」と「医師や薬剤師」に分け、一般消費者にとっては普通名称であるが、医師にとってはacetyl salicylic acidが一般名称で、「ASPIRIN」はブランド名として認識されているとして、専門家に販売する際には競業者はASPIRINという語を使用してはならないという判断を下しているので（272 F. 505, at 510）、やはり商標権者の利益は一定の限度で保護されたといえる。

[39] acetyl salicylic acidを成分とする、非ステロイド性の消炎鎮痛剤の代表的なもので、19世紀末にドイツのBayer社によって開発され、1899年からAspirinの語が商標とし

な商標[40]として「STP」[41]（自動車用燃料添加剤）、「JELL-O」[42]（パッケージ入りの粉末状インスタント・ゼリー）、「COKE」[43]（炭酸入り清涼飲料水）が選ばれている。

意味内容から普通名称性に疑いのない語については、アンケート調査の結果でも、「商品の一般名称」と回答した者の割合が90％以上と極めて高い。やや数値は下がるものの、「ASPIRIN」も同様に「商品の一般名称」との回答率の高かった。

「ブランド名」と答えた者の割合をみると、トップは「STP」で90％と突出しており、「COKE」と「JELL-O」は70％代半ばとこれに続く。「STP」

て使用されはじめた。原料の植物の属名 Spiraea をアセチル化（acetylate）して作られることに由来する造語。当初は同社の商標として各国で保護されていた。アメリカでは、第一次大戦中、敵国ドイツの企業の財産権であるため同社の商標権は政府に接収され民間企業に譲渡されていたが、1920年代に「ASPIRIN」は非ステロイド性消炎鎮痛剤の普通名称に転じたとの判断が出された（前掲・Bayer Co. v. United Drug Co., 272 F. 505 (S.D.N.Y. 1921)）。

40 もちろん著名であるがゆえ、普通名称化する危険を抱えているといえるのだろうが、今のところは登録が維持され普通名称化の判断が下されたことはないという意味である。

41 アメリカではそのロゴとともに非常に有名な自動車用燃料添加剤についての商標。1953年に設立された Scientifically Treated Petroleum という企業の商号の略称で、この企業の販売する添加剤の商標としても用いられてきた。現在は企業買収を経て、Clorox 社の所有。

42 アメリカでは誰もが知っているインスタント・ゼリーのブランド名で、Jell-O というブランド名が最初に使われたのは、1902年。現在は Kraft 社の商標。1915年にセオドア・ルーズベルト大統領がパナマ運河に関してコロンビアと交渉することがいかに困難かを表現するため、「Jell-Oを壁に釘で打ちつけようとする（try to nail Jell-O to the wall）のと同じくらい難しい」と述べ、それがイディオムとなっているほどよく知られている（Collin's COBUILD Dictionary of Idioms）。日常的には、一般名称的に使用されることも多いという。Jelly（ゼリー）に由来するので、生来的には弱いマークといえるだろう。

43 1885年に Coca-Cola の名で最初に販売された炭酸入り清涼飲料水で、Coca-Cola の短縮形。もともとコカイン（cocaine）とコーラ・ナッツ（kola nut）から抽出されたカフェインを含んでいたことから命名された（コカインは、1905年以降は入っていないという）。

を「ブランド名」と答えた者の割合が、「Coke」や「Jell-O」に比べて多いのは、「STP」のようなアルファベットの頭文字の組み合わせでは語の構成として一般名称化しづらいのに対して、「Coke」や「Jell-O」は生来的にマークとして弱い要素をもっており（注42、43参照）、また、一般名称となっても語感として不自然でないことが影響したものであろうか。「THERMOS」は、商標権者の利益は一定程度確保されたものの普通名称であるとの法的判断が下された語であるが、Teflon 調査の結果をみると、「ブランド名」と答えた者と「商品の一般名称」と答えた者はそれぞれ50％前後で、一般需要者の間でも判断が分かれていることがわかる。

では、本件で問題となっている「TEFLON」についてはどうか。「ブランド名」と答えた者は70％近くに達しており、普通名称であるとされた「THERMOS」の50％台と比べるとその割合は高く、むしろ、商標として保護がなされているはずの「COKE」や「JELL-O」の数値に近い。他方、「商品の一般名称」と答えた者の割合は約30％であり、これも「COKE」や「JELL-O」に近い数値である。以上のようなアンケート調査の結果を踏まえ、裁判所は、「TEFLON」は普通名称とはいえない、という結論を導いている。

(2) Teflon 調査の設計上の特徴

Thermos 調査と比較すると、Teflon 調査には次のような特徴が認められる。

まず、Thermos 調査が購買場面での使用の実態を解明しようとする「行動観察型」の調査であるのに対して、Teflon 調査は、回答者に商品の一般名称とブランドとを分類させるという点で、設計の仕方が全く異なる。Teflon 調査は、回答者の意見を尋ねる「世論調査型」の調査ともいえそうである。そうだとすれば、規範的な要素を含む法概念である「普通名称」に関して素人の意見を集めてなにほどの意味があるのかという批判のありうるところである[44]。

しかし、Teflon 調査は、法律上の概念である「普通名称（generics）」であるか否かを問うているのではなく、商品の「一般名称（common names）」であるか否かを尋ねている。回答者（一般需要者）も市場を構成する一員

---

44 前掲・井上38頁参照。

である以上、商品の「一般名称」と「ブランド名」というカテゴリーの区別は当然分かっているはずである。一般需要者が日常生活で自然と両者を判別しているからこそ、商標というシステムが機能しているのであって、両概念の区別を一般需要者がなしえないとすれば、商標システムは存立しえない。Teflon調査は、法的保護に値するか否かという意味での規範的な判断を回答者に求めているのではなく、市場の構成員たる一般需要者としての認識を尋ねているだけだ、というのが先の批判に対する反論となろう[45]。意見を問う世論調査というよりは、事実としての認識を問う「認識調査」ということがいえようか。

もっともだからといって問題がないというわけではなく、Teflon調査のようなカテゴリーの分けを求められると、回答者は、対象となっている言葉が元来ブランド名であったのではないかと推察し、その知識を問われていると感じて、つい「ブランド名」と答えてしまうといったバイアスがかかる可能性のあることが指摘されている[46]。

Teflon調査の設計上の特徴としては、Thermos調査が回答者の「使用(use)」に焦点を当てているのに対し、回答者の「認識(knowledge, understanding)」に争点を当てていることも挙げられる[47]。ブランド名と商品の一般名称のいずれに該当するかという点についての認識ないし知識は、一般需要者の現実の購買場面での行動の基礎にあるはずであり[48]、Teflon調査はこの点に着目して設計されたものであるとみることができる[49]。

(3) Teflon調査のメリット

Teflon調査のメリットを挙げるとすれば、次のようなことがいえる。

[45] 一般需要者は両カテゴリーの違いをよくわかっているので、Teflon調査のように最初に説明をする必要に乏しく、かえって説明によりバイアスを生ずるおそれがあると指摘するものもある。Simonson, at 215.

[46] Simonson, at 204, 205. なお、被験者が調査実施者の要求に沿った回答をしようとして調査結果にバイアスが生ずることを、心理学では「要求特性（demand characteristics)」によるバイアスと呼ぶ。

[47] Simonson, at 201.

[48] Restatement §15, comment c; Simonson, at 200; Oddi, 78 TMR 560 (1988), at 575.

[49] Simonson, at 200.

まず、実務的にいうと、手順をみればわかるように、Teflon調査は非常に簡便な手法である。Thermos調査のように補助質問の個々の回答の分析が必要とならないので、結果の分析の段階で恣意的な判断が入りづらく、コストも低く抑えることができる。単純に分類させるだけなので、インターネットでの調査などにも適している。こうした点で、使い勝手がいいということがいえるだろう。

さらに、Teflon調査のメリットといいうるのは、本来の語の意味内容から普通名称であることが明らかなもの、かつて有名商標であったが普通名称化の判断が下されたもの、現在も有名商標であり商標として保護を受ける適格性を有していると評価しうるものなど、様々なタイプの語をとりまぜることによって、回答者（一般需要者）の判別能力が信頼に値するものなのかという点について、おおよそのところを裁判官がチェックできるよう工夫されていることである。Teflon事件の裁判官は、「公衆は、『ブランド名』と『商品の一般名称』とを実に正確に峻別する能力を有している」と述べており[50]、一般需要者の判別能力に一定の信頼を置くことができたからこそ、問題とされたTeflon調査の結果を尊重しえたことを明言している[51]。

裏を返せば、裁判官にとって、対象となった「TEFLON」以外の語が判断の際の参照枠として機能したことを示唆している。問題とされている語について単独で調査し、商品の一般名称であるとする回答の結果が、たとえば、60%、45%といった絶対値として出てきたとき、その数値の評価は難しい。Teflon調査では、適切に導入された複数の語についての調査結果が参照枠として機能し、問題の語に関する測定値の相対的な位置付けが可能になっているのである[52]。もちろん、参照枠として利用される個々の語

[50] 393 F. Supp. 502, at 527.

[51] もっとも、前掲・正露丸事件控訴審判決は、それほど楽観的ではない。明らかにブランド名である語と明らかに商品の一般名称である語についての判別は正しくなしうるとしても、中間に位置するものについていずれに分類するかは容易ではなく、回答者がどのような意味で分類を行ったかはわからないと指摘する。後に述べる両義性ある語に係る議論とも関わる重要な指摘であろうと思う。

[52] 先に述べた、なるべく調査実施者の意図に沿った回答をしようとする被験者の

は、たとえば、言語として生来的に強いマークか否か、商標としての地位の強弱や、これまでの経緯など、異なる事情を背景にしているであろうから、単純に数値だけを比較することは危険である。したがって、参照枠として用いられた個々の語の個別事情も参酌した分析を行うことが必要ではあるが[53]、少なくとも対象となる語を単独で調査する場合に比較すれば結果の分析評価が容易となることはたしかであろう。

４．普通名称の判断要素――「一般名称としての使用」vs「ブランド名（出所表示）としての認識」――

(1) 測定結果の数値の乖離

以上がThermos調査とTeflon調査の概要であり、すでに両手法を比較しながら紹介を進めてきたが、もう一歩踏み込んで、両手法を比較してみよう。

Thermos調査とTeflon調査の調査結果を比較すると、「商品の一般名称」の側にカウントされる数値に大きな差が生ずることが多い。実際、Teflon事件においては、先に紹介したように両方の手法が実施されたが、一般名称の側にカウントされた割合は、Thermos調査では75%、Teflon調査では31%と、大きな差が開いていた。

この点に関する興味深い研究を紹介しておこう。スタンフォード大学の経営学の教授で、商標関連事件のアンケート調査の手法について数々の影響力のある論文を著してきたSimonson教授による研究で、Thermos調査、Teflon調査、及びその応用型の手法の測定結果の比較を行ったものである[54]。Thermos調査及びTeflon調査の基本型の結果のみを引用すると**表2**のようになっている[55]。

「要求特性」により生ずる誤差などは、他の語にも生ずるはずである。そのため、相対評価が可能なTeflon調査では、バイアスがかかっても、徒らに数字に振り回されるのを一定程度回避することができる。

[53] 前掲・正露丸事件控訴審判決でも、参照枠となった個々の商標の背景の相違について吟味することの重要性が指摘されている。

[54] Simonson. Thermos調査、Teflon調査に加え、その応用型４種の調査を実施している。その詳細は、at 203-209.

表２〔Thermos調査とTeflon調査の実施結果〕

	Thermos調査		Teflon調査	
	当該表示を一般名称として使用	他の語を一般名称として使用	当該表示を一般名称に分類	当該表示をブランド名に分類
THERMOS	78	18	33	62
TEFLON	73	70	43	53
SUPER GLUE	56	33	31	66
BAND-AID	90	56	19	81
JELL-O	96	54	14	86
KLEENEX	88	82	5	95
MONOPOLY	93	7	10	81
WALKMAN	89	47	32	68
平均	83	46	23	74

値はいずれも％（Simonson, 84 TMR 199, at 210,211より抜粋）

上記表の８つの語は、本来非常に有名な商標で、有名であるがゆえに普通名称化が問題となってもおかしくないものばかりであり、実際に法廷で争われたものもある[56]。

[55]「THERMOS」及び「TEFLON」について、1994年に実施されたSimonson教授の実験結果とTeflon訴訟で1975年に実施された調査結果を比較すると、皮肉なことに、Simonson教授の実験では、裁判で商標であると判断された「TEFLON」よりも普通名称とされた「THERMOS」の方が商標として識別機能を備えているとの結果が出ている。Teflon事件の裁判とSimonson教授の調査の間に20年の月日が経過しており、調査時点が異なることが影響しているだろう。

[56] McCarthy, § 12:18, § 12:19参照。本節の焦点は、Thermos調査とTeflon調査の測定結果の相違を論ずることにあるので、個々の商標の背景の説明等は省略する。なお、この８つの語の他、「MAGNAVOX」、「TOAESTER」、「MARGARINE」、「REFRIGERATER」及び「ASPIRIN」の５つの語も参照枠として用いられているが、論文ではその測定

(2) 数値に乖離が生ずる主たる要因―「両義性(dual function)」―

Thermos調査とTeflon調査とでこれだけ大きな数値の乖離が生ずるのはなぜだろうか。Simonson教授も指摘するように、その主たる要因は、対象とされた語が「両義性」を有していることにある[57]。需要者一人一人の心理を覗いてみると、特定の商品市場でシェアの非常に大きな企業の有名商標は、ブランド名として認識されているのと同時に、その商品の代名詞という意味で一般名称として認識されていることも多いだろう。当たり前といえば当たり前なのだが、ここで重要なのは、需要者個人にとって、商品の一般名称か、それともブランド名かという問題が二者択一ではなく、「両義性」を備えうるということである[58]。

では、両義性を帯びた語の場合、なぜThermos調査とTeflon調査とで数値が大きく異なるのだろうか。Thermos調査では、その言葉がブランド名であるとわかっていても、その商品の「代名詞」として有名ブランド名を告げた方が店員にすぐ理解してもらえると考えて、より効率よくコミュニケーションを図るために、その語を一般名称的に使用することはおおいに考えられる。そのため、両義性を有する語は「一般名称としての使用」にカウントされる傾向がある。逆に、Teflon調査の回答者は、普段、商品を注文する際、一般名称的に使用することがあるとしても、それはコミュニケーションの便宜上のルーズな使用にすぎないと認識しているため、「ブランド名」と答える傾向がみられる[59]。

このように、個々の需要者（回答者）にとってその語が両義的である場合、Thermos調査では「商品の一般名称」の側に、Teflon調査では「ブランド名」の側に回答が流れる。これこそが数値に大きな乖離が生ずる主たる要因であると考えることができる。

(3) Thermos調査とTeflon調査の目的の相違

こうしたことを意識しつつ、Thermos調査とTeflon調査の活用される場面に目を向けると、両調査はいずれも普通名称性の調査のための手法とされていながら、その目的において微妙なずれのあることがわかる。

Thermos調査の方は、普通名称性調査の名に違わず、購買場面での「商品の一般名称」としての機能に焦点を合わせたものである。両義性のある言葉は、一般需要者が商品を注文する場面において、「商品の一般名称」として使用されることがある。商品の一般名称として現実に使用されているにもかかわらず、競業者の使用が禁止されると、競業者は市場で不利な立場に置かれることになる。注文を受けた店員がそのブランドの商品のみを客に提示し、他の出所の商品は見せないということも考えられるからである[60]。したがって、一般需要者がその語を一般名称として使用する度合いが大きいことを立証できれば、普通名称性を肯定する方向に参酌されうるはずである。Thermos調査の目的はこの点を立証することにある。こう

結果は明らかにされていない。

[57] Simonson, at 213-214. そのほか、両義性について論ずる文献として、Swann, 69 TMR 357(1979), at 369; Folsom & Teply, 70 TMR 202 (1980); Folsom & Teply, 78 TMR 1 (1988), at 8; Oddi, 78 TMR 560 (1988), at 574.

[58] ここでいう両義性は、個々の回答者の心理のうちにある、商標と一般名称との二重性であるが、商標と一般名称との両義性という言葉は、様々な意味で用いられる(dual status, dual usage, dual significanceなどと称されることもある)。McCarthy, § 12:51参照。たとえば、ASPIRIN事件判決のように、異なる特性を持つ需要者層で認識が異なり、一般消費者にとっては普通名称であるが、医師にとっては商標であるとするような場合に、その語には両義性があるという説明をすることもある。また、Thermos事件で、一般名称として使用は75%、商標としての認識は12%、“魔法瓶(vacuum bottle)”という語で注文する者の割合は11%というように、一般消費者という同質の需要者の中で認識や語の使用法が異なる者が混じりあっていることを指して、dual significanceということもある。

[59] さらに、要求特性によるバイアスで「ブランド名」のカウントが過大になるおそれがあるが、Teflon調査では相対評価でそのマイナスを減じようとしていることはすでに述べたとおりである。

[60] 注文の受け手である店員は、顧客の言わんとするところを忖度するであろうし、回答者（一般需要者）自身も、店員に誤解が生じているようなら、他の一般名称で言い換えるなどの柔軟に対応することが可能であるから、当初誤解があったとしても最終的には解消されそれほど問題は生じないとも考えられる（Simonson, at 202-203; McCarthy, § 12:8参照)。しかし、そのような複雑なコミュニケーション・プロセスを必要とするので、一般需要者は面倒になって当該ブランドの商品を購入してしまうということもあるだろう。したがって、競業者にとってはやはり不利となる。

したことから、Thermos調査は、競業上当該語の利用が必要であることを立証しようとする、競業者の側によって実施されることが多いようである[61]。

Teflon調査も、商品の一般名称とブランド名とを分類させ、一般名称と分類された割合を調べていると考えれば、Thermos調査と同様に、「商品の一般名称としての役割」の程度を調べようとしているとみることもできそうである。だが、前述のように、両義性が想定される事案では、ある需要者にとって「商品の一般名称」としても認識されているにもかかわらず、「ブランド名」の側にカウントされることが多くなる[62]。もしTeflon調査が一般需要者の「一般名称としての認識」の調査を目的としたものであるとすれば、大幅な誤差を生ぜしめる構造的な問題を抱えた手法ということになってしまう。

思うに、Teflon調査で焦点が当てられているのは、一般需要者の「一般名称としての認識」ではなく、「ブランド名としての認識」なのではなかろうか[63]。たとえ「商品の一般名称としての認識」があるとしても、特定の出所を示す商標としての認識がたしかに一般需要者の心理に根づいていることを示すことができれば、裁判所は、当該商標に信用を蓄積してきた商標権者の権利を維持する方向でこうした材料を勘案する可能性があるからである[64]。実際、Teflon事件においても、一般需要者が当該語を一般名称として認識している割合よりも、ブランド名として認識している割合の多寡に、裁判所は注目していたようにみえる[65]。こうしたこともあって、Teflon調査は、信用蓄積の実績を強調し、商標としての保護の継続を訴える商標権者の側が実施することが多い。そして、Teflon調査の目的がこのようなものであるとすれば、個々の需要者（回答者）にとって両義性の存する場合、「ブランド名」の側にカウントされることはむしろ妥当だということになる。

以上をまとめると、Thermos調査は「一般名称としての使用」、Teflon調査は「ブランド名としての認識」を測定するもので、異なる目的のために活用されていると考えることができる。

(4) 普通名称性の判断ファクターとしての「ブランド名（出所表示）としての認識」――Teflon調査が有効たりうるのはどのような場合か――

アメリカでTeflon調査が有効なアンケート調査の一手法として定着しているということは、一般需要者の心理に存する「ブランド名（出所表示）としての認識」の多寡も、普通名称性の判断の一要素となっていることを示唆するものである[66]。一般需要者がブランド名として認識しているということは、その語に具体的な信用が蓄積されているということであるから、商標権者の具体的な信用蓄積の程度が、普通名称性の判断に考慮される余地があるということになる。

では、この要素は、どのような場合に、どの程度考慮されうるのであろうか。この点については学説上議論がある。一方には、競業者の利用の自由をより重視する立場がある。両義性ある語の事案で、需要者に「ブランド（出所表示）としての認識」があったとしても、一般名称として使用されていれば、競業者への競争制限的な影響を回避するために、その語の普通名称化を認めるべきだという考え方である[67]。

---

[61] もっとも、Thermos調査でも、補助質問をつけて、その綿密な分析をすれば「ブランド名としての認識」も調査できる。

[62] Simonson, at 213-214参照。

[63] Simonson, at 201.

[64] 具体的な信用が蓄積されている程度を問題にするという意味では、記述的表示の「セカンダリー・ミーニング」の概念と共通するところがあり、記述的表示の「セカンダリー・ミーニング」の測定をするための調査手法（Palladino, 84 TMR 155 (1994)参照）を借用できるようにも思えるが、本来の意味が記述的な性質を有している語が出所識別力を獲得するという場面と、本稿で扱っているような、従前商標としての意義が定着していたのに、有名になりすぎて普通名称化が問題になっているという場面とではかなりの違いがあることには留意する必要がある。

[65] 393 F. Supp. 502, at 527.

[66] この点、ラナム法14条(c)は、条文上は、「一般名称としての意義」のみに焦点を当てるべきであるように読める。そのため、解釈論上の様々な議論が生ずることになる。Swann & Palladino, 78 TMR 179 (1988), at 188参照。

[67] Folsom & Teplyによる、70 TMR 206 (1980)、78 TMR 1 (1988)、78 TMR 197 (1988)の一連の論文参照。もっとも、その主張は硬直的なものではなく、需要者に混同が生ずるおそれのある場合などには、Thermos型の調整的解決をとるなど、市場の状況を分析して柔軟な解決策を模索することを提案している。たとえば、Folsom &

他方、一般需要者に「出所表示としての認識」があるときには、代替的な一般名称が存在しない場合は別として、いかに普通名称的に使用されているとしても、安易に普通名称化を認めるべきでないとする立場もある。信用を蓄積のために努力すればするほど、かえって、普通名称化の危機に晒されるのでは、商標に信用を蓄積していこうという意欲が商標権者から失われ、品質競争の促進という商標制度の目的が実現できなくなる上、今日の市場における競争の実態をみると、競業者にその語の使用を認めなくとも競争制限的な効果はそれほど大きくないというのである[68]。

このように学説上、競業者の自由をより重視すべきか、商標権者の信用蓄積へのインセンティヴを重視すべきか、という対立があるが[69]、需要者の「ブランド名（出所表示）としての認識」を考慮に入れる程度は、事案類型によっても異なっている。

まず、たとえば特許権の存続期間中、一社独占の状態が続いており、存続期間が満了した時点で商品の一般名称とブランド名とが完全に一体化

Teply, 78 TMR 1 (1988), at 21-22.

ただし、需要者個人の心理のうちに一般名称としての認識とブランド名としての認識が共存しているという、本稿が論じてきた意味での「両義性」が問題となる場面では、需要者に混同の生ずるおそれはそれほど大きくない。需要者自身が両義性のあることを認識しているので、いずれの意味で用いられているのか注意深く判断しうるからである。

[68] Swann, 89 TMR 639 (1999)参照。さらにSwannは、アメリカ法の実務において、普通名称性の土俵で議論されるべき語か否かということが、現実の市場の分析なしに形式的な類概念（genus）で画されていること（Restatement, § 15 comment a.）にそもそもの問題があると指摘する。そして、商品形態に関する「機能性理論（functionality theory）」や、色についての「枯渇理論（depletion theory）」といった問題状況を同じくする論点に係る判例・学説の動向に着目し、これらの論点で商標保護を緩やかに認める傾向が近時顕著であることに鑑みると、普通名称の問題に関しても、安易に商標としての保護を否定するのは妥当でないとする(at 650)。また普通名称化を認めるべき場合でも、混同防止のための調整的な解決をとることを提唱する(at 655)。

[69] 両陣営ともに、市場分析を重視していること、柔軟な解決策を志向していることからすると、みかけほど対立は厳しくないとする見方もある(Oddi, 78 TMR 560 (1988), at 566)。

している、いわゆる「唯一の出所（single source）」[70]の類型については、代替的な一般名称が存在しないときには、たとえ需要者がその語を「ブランド名」をしても認識しているとしても、普通名称とされる[71]。こうした語に独占を認めると、競業者の市場参入が著しく困難になるからである。

また、いったん普通名称化した語の権利の再取得についても、「ブランド名（出所表示）としての認識」を斟酌することには慎重な態度がとられる傾向がある[72]。はじめは商標であったが、有名になりすぎて普通名称化が争われ、最高裁で普通名称であるとの判断が過去に下されたことのある語で、権利の再取得が認められた事例は、これまでにミシンの「SINGER」[73]とタイヤ等ゴム製品の「GOODYEAR」[74]の２例しか報告されていない。一

[70] McCarthy, § 12:17, § 12:49参照。特許権のような法律上の独占権による場合にかぎらず、たまたま他に競合者が存在せず独占状態が一定期間継続した場合も同様であろう。

[71] たとえば、1920年代の特許保護期間中に特許権者であるDu Pont社が商標として用いていた「Cellophane」について、1928年の特許権の存続期間満了後、競業者が「Cellophane」という語を用いることができるか否かが争われた事例で、他に呼び名がないことを理由に普通名称化したとの判断が下されている(Dupont Cellophane Co. v. Waxed Product Co., 85 F.2d 75, 30 USPQ 332 (C.C.A.2d Cir. 1936)。しかし、競業者は、この語を商標として認識している需要者の混同を防ぐために、「Cellophane」を用いる際には自己の商標も付記しなければならないとしており、この判決でも調整型の判断がなされている。「唯一の出所」に関する扱いについては、Palladino, 92 TMR 857, at 867 (2002)も参照のこと。

[72] 権利の再取得を一切認めないとする非常に厳格な立場もある。McCarthy, § 12:30参照。

[73]「SINGER」商標は、1896年に最高裁判決で普通名称化したとの判断が下された(Singer Mfg.Co. v. June Mfg. Co., 163 US 169, (1896)). しかし、その後集中的な広告戦略がとられ、1953年に権利の再取得が認められた (Singer Mfg. Co. v. Brilley, 207 F. 2d 519, 99 USPQ 303 (5th Cir. 1953).「SINGER」商標のこれまでの歴史について詳細には、McCarthy, § 12:31参照。

[74]「GOOD YEAR RUBBER」商標は、1888年の最高裁判決で、商標としての保護を認めないとする判断が下された（Goodyear's India Rubber Glove Mfg. Co. v. Goodyear Rubber Co., 128 US 598、9 S. Ct. 166 (1888))。もっとも、この語が普通名称であることを理由に商標保護を否定する結論が導かれたのか、それとも記述的表示の一種

旦普通名称であるとの法的判断が下された語について、その権利の再取得の可能性に賭けて、企業が識別力強化のために莫大な広告コストをかけるのは社会的に無駄であること、競業者にとっても需要者にとっても、後から権利が再取得される可能性が残されていると不安定な状態が続いてよくないことなどから、たとえ現時点で一般需要者が「ブランド名としての認識」を有するとしても、権利の再取得を認めることに慎重な態度がとられるのであろう[75]。もっとも、権利の再取得の余地を残すべきだとする見解もある[76] [77]。

としてこの結論が導かれたのかは必ずしもはっきりしない。その後、1965年の裁判例で、権利の再取得が認められているが（Goodyear Tire & Tire Co. v. H. Rosenthal Co., 246 F. Supp. 724, 147 USPQ 92 (D.Mass. 1935)）、この判決では、1888年の最高裁判決を、記述的表示に関する判断を示したものと位置づけており、普通名称化の判断が下された商標の再取得を認めた例といってよいかは微妙である。「GOODYEAR」に関する経緯の詳細は、McCarthy, § 12:32参照。

[75] 前掲・正露丸事件控訴審判決では、「普通名称の商品等出所表示への転換を認めるに当たっては、例えば、同業他社が消滅し、当該特定の者のみが当該名称を使用して当該商品ないしはサービスを提供するような事態が継続し、あるいは、何らかの事情により当該商品ないしはサービスが一旦、全く提供されなくなり、一時、人々の脳裏から当該名称が消え去った後、当該特定の者が当該名称を自己の商品等表示（商標）として当該商品ないしサービスの提供を再開するなどの事態が生じ、当該名称が当該特定の者の商品等表示（商標）と認識されるようになったこと等を要するというべきである」と、普通名称から商標への転換に非常に高いハードルを課している。また、他の代替的な一般名称もなかなか見当たらない事案であった。

[76] 普通名称化したという法的判断が過去に下されたといってもその際の状況は様々であるから、一律に厳格な扱いをするのは妥当でなく、過去の経緯に加え、現時点の市場の状況も考慮しうることを示唆する裁判例もある。傍論だが、たとえそのような示唆をする裁判例として、Opryland USA Inc. v. Great American Music Show, Inc., 970 F.2d 847, 23 USPQ2d, 1471 (Fed.Cir. 1992), Gaylord Entertainment Co. v. Gilmore Entertainment Group, 187 F. Supp.2d 926, 61 USPQ2d 1799 (M.D.Tenn. 2001)。しかし、権利の再取得を認める立場でも、「商品の一般名称としての認識」が消滅していないかぎりは、権利の再取得を認めないとするなど、やはりハードルが高く設定される場合が多いようである。McCarthy, § 12:30, § 12:47参照。

[77]「唯一の出所（single source）」と「普通名称化した権利の再取得」の事案類型などで、出所識別力があっても商標としての保護を否定するという結論を導く際、「事

以上にみたように、一般需要者の「ブランド名（出所表示）としての認識」の程度―商標権者の具体的な信用蓄積の程度―は、普通名称化の争われる事例で判断ファクターのひとつとして斟酌される可能性はあるが、学説上の対立や事案類型ごとの相違もある。したがって、「ブランド名としての認識」を調査するTeflon調査が効を奏しうるか否かは、普通名称に関する理論的な枠組みの捉え方や事案類型によって影響を受けることになる。

むすびにかえて

本稿では、普通名称性の判断に際して一般需要者を対象としたアンケート調査を活用することができるかどうかを検討するために、アメリカで普通名称に関する代表的なアンケート調査の手法として定着しているThermos調査とTeflon調査を紹介し、比較検討してきた。

そして、特に有名商標の普通名称化の有無が争われるような事例では、需要者個人の心理において、「一般名称として認識(使用)」と「ブランド名（出所表示）としての認識」が併存する「両義性」が認められること、Thermo調査は前者を、Teflon調査は後者を測定するために活用されていることを明らかにした。

普通名称性の判断において、「ブランド名（出所表示）としての認識」、すなわち商標権者の具体的な信用の蓄積の度合いをどの程度斟酌するべきなのかという点については、アメリカで様々な議論があり、事案類型によっても相違があることがわかった。商標制度に関するアメリカでの議論は、時代の推移に伴い、権利保護（信用蓄積についての商標権者のインセ

実上のセカンダリー・ミーニング（de facto secondary meaning）」という用語が用いられることがある（商品形態の出所表示性に関する「機能性（functionality）」の理論から借用されたネーミングであるが、必ずしも同義で用いられているわけではないという（McCarthy, § 12:47参照））。一般需要者がブランド名（として認識していることについての立証をいくら重ねても、それは「事実上の」セカンダリー・ミーニングにすぎず、「法的な」考慮には値しないと説明されるのである。「事実上のセカンダリー・ミーニング」という用語は、裁判所や論者によって多義的に用いられているので注意を要する（McCarthy, § 12:47, § 12:49, § 12:30）。Levy, 95 TMR 1197 (2005)も参照のこと。

ンティヴ確保）を重視するか、それとも競業者の市場参入の自由を重視するかという両極の間で揺れる傾向があり、需要者の保護についての考え方も時期によって微妙に異なるので、本稿で扱った普通名称の問題についても、時間的なパースペクティブを視野に入れ、商標制度全体の見取り図の上でさらに研究を深める必要があると考えている[78]。

アンケート調査の訴訟での活用可能性という観点からいえば、アンケート調査の設計の際には、普通名称性に関する理論的な枠組みを整理し、当該事案で考慮されうるファクターを明確にした上で、アンケート調査でどのファクターを測定しようとしているのかを意識化することが重要であるように思われる。アメリカでは、こうした視点から、Thermos 調査と Teflon 調査をベースとして様々な応用型が提案され、実際にも用いられている[79]。アンケート調査の結果の評価・分析にあたっても、用いられた手法の測定目的を意識することが大切である。Thermos 調査と Teflon 調査の数値結果の比較でみたように、手法によって、測定目的もバイアスのかかり方も違うのであるから、絶対値として得られた数値の大小に振り回されないようにする必要がある。完璧なアンケート調査というものはおよそ存在しえないので、調査手法に内在する欠点を踏まえた上で証拠力を評価すべきことになる。

本稿では、普通名称（および慣用商標）関する日本法を前提とした検討まで行うことができなかったが、有名になりすぎて普通名称化の争われる事例で長年信用を蓄積してきた商標権者の利益に配慮しようという考え方は、一般需要者の間で一般名称となっていたとしても、取引者に商標としての認識が残っているうちは普通名称化を否定するとしたセロテープ事件判決にみられるように、日本にも存在する。両義性ある語に関するアメリカでの議論は、日本法の解釈論の際にも手がかりになる可能性があるのではないかと考えている。今後の課題としたい。

以上

[78] McClure, 69 TMR 305 (1979); Swann, 89 TMR 639 (1999), at 640参照。

[79] Simonson, at 205; Folsom & Teply, 78 TMR 1 (1988), at 15等参照。

〔参考文献〕

- Restatement (Third) of Unfair Competition (1995)
- Ralph H. Folsom & Larry L. Teply, Trademarked Generic Words, 89 Yale L.J. 1323 (1980), 70 TMR 206 (1980)
- Ralph H. Folsom & Larry L. Teply, Surveying “Genericness” in Trademark Litigation, 78 TMR 1 (1988)
- Ralph H. Folsom & Larry L. Teply, A Reply to Swann and Palladino’s Critique of Folsom and Teply’s Model Survey, 78 TMR 197(1988)
- William M. Landes & Richard A. Posner, The Economics of Trademark Law, 78 TMR 267 (1988)
- William M. Landes & Richard A. Posner, The Economic Structure of Intellectual Property Law (2003)
- Marc C. Levy, From Genericism to Trademark Significance: Deconstructing the De Facto Secondary Meaning Doctrine, 95 TMR 1197 (2005)
- J. Thomas McCarthy, Trademarks and Unfair Competition (4th ed., 2005)
- Daniel M. McClure, Trademarks and Unfair Competition: A Critical History of Legal Thought, 69 TMR 305 (1979)
- A. Samuel Oddi, Consumer Motivation in Trademark and Unfair Competition Law, On the Importance of Source, 31 Vill. L. Rev. 1 (1986)
- A. Samuel Oddi, Assessing “Genericness”: Another View, 78 TMR 560 (1988)
- Vincent N. Palladino, Surveying Secondary Meaning, 84 TMR 155 (1994)
- Vincent N. Palladino, Assessing Trademark Significance: Genericness, Secondary Meaning and Surveys, 92 TMR 857 (2002)
- Itamar Simonson, An Empirical Investigation of the Meaning and Measurement of “Genericness”, 84 TMR 199 (1994)
- Jerre B. Swann, The Validity of Dual Functioning Trademarks: Genericism Tested by Consumer Understanding Rather than by Consumer Use, 69 TMR 357 (1979)
- Jerre B. Swann, The Economic Approach to Genericism: A Reply to Folsom and Teply, 70 TMR 243 (1980)
- Jerre B. Swann, Genericism Rationalized, 89 TMR 639 (1999)
- Jerre B. Swann, An Interdisciplinary Approach to Brand Strength, 96 TMR 943 (2006)
- Jerre B. Swann & Vincent N. Palladino, Surveying “Genericness”: A Critique of Folsom and Teply, 78 TMR 179 (1988)