

研究ノート

## 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

三 山 峻 司

### 1. はじめに

市場における需要者の周知性の認識や程度あるいは識別力の有無や誤認混同のおそれは、需要者の認識を基準とする法的評価の前提となる事実問題である。需要者の心理的状況だけに、裁判官が認定するのにも困難が伴う。アンケート調査は、これを助ける有用な手段となりうる。

筆者は、商標権侵害事件や不正競争防止法違反事件等において、アンケート調査の結果を証拠として提出する機会が多少ともあった。それらの機会にアンケート設計の手法や実施の打合せの有り方等について得がたい体験をしてきた。また、それらの証拠提出後に得た判決の判示内容や他の同種事件での事例から、証拠としての利用のあり方について考えさせられる点が多い。

今般、商標と不正競争防止法の周知著名表示（以下、商標法と不正競争防止法をあわせて表示法という）に関する立証活動としてのアンケート調査の実践的な利用法についてまとめる機会を得た。アンケートの証拠価値を高める工夫の議論に少しでも役立つことがあればと願う次第である。

まず、前提となる知見を整理し（本稿2乃至4）、若干の分析と検討を述べた後に（本稿5）、日本における具体的な利用法（本稿6）を紹介したい。

### 2. 訴訟における証拠という場面でのアンケート調査であることによる留意点

マーケティングリサーチ（市場調査）を含む社会調査について、アン

ケート調査に関する優れた文献は多い。

その手法や問題点は訴訟上で利用する場合の調査一般の基本となる<sup>(1)</sup>。

ここでは社会事象を認識するための社会調査ではなく訴訟において証拠として使用する調査ということから意識すべき点を指摘したい。

## 2-1. 一般的な留意事項

### (1) 証拠としての使用目的を意識すること

訴訟の証拠として使用するという実践的な目的があり、その利用価値が念頭に置かれる。この点で社会調査と明確に異なる。

調査の実施時期や証拠提出のタイミングあるいはコストとの見合いの検討は勿論、証拠提出後に徹底的な相手方からの批判に晒されることを前もって覚悟しなければならない。

### (2) 関係者の打合せの重要性

法律家とリサーチ実施者（専門家）との十分な打合せが極めて重要である<sup>(3)</sup>。実施者はアンケート自体の知識はあるが、法的な意味と証拠については詳しくない。また、法律家はアンケートそのものには理解がない。双方の十分な協議の上で実施する必要がある。

---

(1) そこで指摘される問題点は、訴訟の場において相手方からケースに即した反論としてしばしば持ち出される。どのような反論があるかを予測して証拠化を心掛ける必要がある。各調査手法における基本的問題点をスクリーニングしないような作為的で公正を疑われる内容や場当たりの不十分な調査を証拠として提出するのは避けなければならない。

(2) 調査の実施時期は、商品の新発売や店舗の新装開店時期の前後により、競業者間で、どのような広告宣伝がなされているかによって調査結果にも影響を与える（小野昌延「新・注解不正競争防止法〔第3版〕（上巻）」312頁〔三山峻司執筆部分〕）。調査の実施時期は、法的な「混同のおそれ」の法的判断基準時にできかぎり近接した時点で実施することが望ましい（井上由里子「『混同のおそれ』の立証とアンケート調査」不正競争の法律相談 I 249頁）。しかし、上場企業の場合、IR活動としてプレスリリースなど積極的に提訴事実などを情報提供することがある。提訴事実が報道され耳目を集め、その後に行うアンケートは、バイアスのかかった調査との批判を受ける。その点を視野に入れて提訴前にアンケートを実施するか否かを検討しておく必要がある。

(3) 打ち合わせを通し法律家はこの種の実践的な手段に慣れ、調査会社はこの種領域の業務拡大がはかれる。この点につき小野昌延「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——」牧野利秋判事退官記念・知的財産法と現代社会 423頁、436頁。前掲・井上相談 I 248頁も、アメリカで証拠能力が否定されないための6つの基本的留意事項に関係して調査専門家への十分な説明の重要性を指摘する。

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

例えば、a. どのような調査手法がマッチングするか b. 「需要者層の的確な把握」はどのようにするか（一般消費者に焦点をあてるか、取引者に焦点をあてるか、地域的範囲をどう絞るか、サンプル〔標本〕の抽出はどのように行いその数はどの程度とするか等）c. 「適切な質問票の作成」をどうするか（各調査の種別に応じたどのような質問票を用い、誘導質問を避ける質問文をどのようにワーディングするか）等々が協議事項となる。

以下が意識して打合せするポイントである。

#### ア 法律の側面

- ① アンケート調査によって何を測定しようとしているのか？
- ② 「出所識別機能」や「周知著名性」「混同のおそれ」あるいは「普通名称」の法的概念の理解
- ③ 民事訴訟や行政訴訟における証拠の位置付けと提出方法の理解

#### イ リサーチの側面

- ① 社会調査の方法（技法や統計的処理）の知識
- ② 調査のスケジュール
- ③ サンプル（標本）数と調査にかかる時間及び調査費用（予算）

## 2-2. 利用する場面

次の2つの場面に一応分けることができる。

### (1) 侵害訴訟ルートでの利用

このルートでの利用は、後記の「周知・著名性の認知度、浸透度調査」と「誤認混同調査」が比較的多いと思われる。

口頭弁論終結時までの事実が基礎となるが、計画審理下では侵害論での提出を念頭に置かなければならない。

### (2) 特許庁／審決取消訴訟ルートでの利用

このルートでの利用は、審査基準でも挙げられている後記の「周知・著名性の認知度、浸透度調査」と「セカンダリーミーニング調査（Secondary Meaning Surveys）」が多いと思われる。

審決時までの事実に基づく結果かという時点で留意を払う必要がある。

なお、無効審判での利用は、侵害事件における無効の抗弁の主張におけ

る立証と共通する（除斥期間経過後の無効主張、無効事由が生じたとする時点などの別途の問題は生じる）。

(3) 上記の2つの場面で基本的な違いはないこと

(2) の審査の場面では、審査基準においてアンケート結果が考慮される証拠方法として積極的に明示されている点、<sup>(4)</sup> 査定系の審査・審判と審決取消訴訟は、当事者対立の構造はないので、微に入り細を穿つ徹底した批判に晒されるという感覚は少ないという点が違いといえれば違いといえる程度である。

## 2-3. 主張・立証責任との関係

アンケート調査結果を本証として提出するのか反証として提出するのかという場合分けである。

(1) 本証として利用する場合

識別力を有していること、周知性を獲得していること、誤認混同のおそれのあること等の主張立証責任は権利者側にある。したがって、これらの主張事実について裁判官に積極的な確信を抱かせる心証形成に資するように調査手法は可能な限り事案に即した客観性と公正を保ったものでなければならず、サンプル（標本）数も事件に相応しいものである必要がある。

(2) 反証として利用する場合

本証に基づき生じる確信を妨害動揺させ、相手方の主張を真偽不明の状態に持ち込めば足りる。そこで、相手方の証明度をみながらそれに合わせて設計する。本証として提出されたアンケートと同じ手法を使用したアンケートを反証として提出する方法もある。相手方の調査手法と同じ手法を使った反証のアンケートに対する批判は、そのまま本証として提出したアンケート調査に対する批判となる。<sup>(5)</sup>

---

(4) 商標審査基準 [改訂第12版] の第2の2の(2)及び(3)、第3の三の4の(1)及び(2)、第7の一の8の(4)。

(5) 筆者の経験例がある。全く同じ手法と同じ質問形式で相手方が提出した枚数と同枚数の証拠を提出した。アンケートの実施者は誰で、回答者の抽出はどのようになされたかの客観的資料はなかった。実施回収されたアンケート結果がすべてそのまま提出されているという裏付けもなかった。相手方アンケートが方法においても内容においても適切でないことが却って明らかに示される結果となった。

### 3. アンケートにおける商標調査の種類と利用ツール

#### 3-1. 商標調査の種類

(1) 表示法の条文との関係から一応次の①乃至④に整理できる。

- ① 周知・著名性の認知度、浸透度調査  
→不競法2条1項1号・2号／商標法4条1項10号・19号／同7条の2第1項／同32条1項／同64条1項・2項
- ② 普通名称化調査 (Genericism Surveys)  
→不競法19条1項1号、商標法3条1項1号・2号／同26条1項2号・3号
- ③ セカンダリーミーニング調査 (Secondary Meaning Surveys)  
→商品表示性 (識別力調査) ／商標法3条2項
- ④ 誤認混同調査 (Likelihood of Confusion Surveys)  
→不競法2条1項1号・2号／商標の類似性 (商標法37条)、同法4条1項15号

事案によっては、これらの調査目的や種類を意識せず、例えば、セカンダリーミーニングとしての識別力が生じているかに対し誤認混同の反論を行うなどの例も見受けられる。<sup>(6)</sup>

(2) 識別力の調査として、②普通名称化調査と③セカンダリーミーニング調査は、「コインの裏表」といえる。従って、②③は同じカテゴリの調査に属するとして、大きく分けて調査の種類には、①の周知・著名性の認知度調査と②及び③の識別力調査と④の誤認混同調査の3つのカテゴリーがある。

---

(6) 知財高判 H22・11・16 ヤクルト容器立体商標事件における容器形状のセカンダリーミーニング調査に対し特許庁からの他と選別できるかという誤認混同に関する反論 (同知財高裁判決15頁のエの部分及び29頁の「エ 被告の主張に対する判断」の(イ)の部分)。なお、同事件では、容器の立体形状のみを提示して「ヤクルト」を想起すると回答したアンケートも行っている (後述の「誤認混同調査」の中の「連想調査」)。この場合には想起する回答の評価が問題となり、シェアが大きな影響を与える (「乳酸菌飲料」の圧倒的なシェアを占めるヤクルトを想起し、容器形状とヤクルトがどのように関係しているかという評価の問題の解明が不十分である)。この点の特許庁の反論 (同知財高裁判決15頁のエの部分及び29頁の「エ 被告の主張に対する判断」の(イ)の部分) は的を射ている。

## 3-2. 利用ツール

### (1) 従前から使用されている伝統的なツール

ア ハガキ・手紙 郵送調査法 (mail survey) で自記式調査 (self-administration) となる。費用と作業量などから返信用封筒は使用せず、往復ハガキによることも検討される<sup>(7)</sup>。FAX 配布 FAX 回収法も利用される。

イ 電話 電話調査法 (telephone survey) で、調査員が調査対象者宅に電話をかけ、質問を読み上げ、対象者の口頭による回答を調査員が調査票に記入する他記式 (interviewer administration) である。面識のない者からの突然の電話で回答時間の限界との関係から質問量 (5~10 分程度) を考えて設計する必要がある。

ウ インタビュー 次の面接調査法 (face-to-face interview) で他記式となる。

(7) 街頭面接聴取法 (一般通行人より調査員の観察によるランダムサンプリング)

(4) セントラル・ロケーション・テスト (CLT 面接聴取法による会場テスト)<sup>(8)</sup>

上記のア乃至ウの資料集計を整理した上で、実施後に分析と共に意見書や見解書を付けることが多い。

### (2) インターネット (ウェブ) 調査

活用すべき有力な調査手法の 1 つである。調査会社が募集するモニターに対して行う「クローズド型」と不特定の閲覧者に調査協力を求める

---

(7) ハガキは、スペースとの関係から質問量は多くなく、「問い」も簡単なものに限られる。「周知・著名性の認知度調査」か、「誤認混同調査」の中の後記「連想調査」か「Eveready 調査」に類する方法に実際には限られてくる。

(8) これら (7) (4) の調査には、不適格な利害関係が入り込まないなど調査地点によるバイアスのない立地の会場の確保、集中的な実査期間の確保と調査員の手配など相当な費用がかかる。低廉に提出したい実務の関心事からは、この調査法は、ケースを選びクライアントの理解が不可欠である。(7) の調査によったものに例えば神戸地判 H9・7・16 / 同控訴審大阪高判 H10・5・22 Sake Cup 事件があり、(4) の調査によったものに前掲ヤクルト容器立体商標事件がある。

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「オープン型」がある。「オープン型」は母集団が不特定多数者を対象とするのでサンプル（標本）の代表性が保障されるかが問題となる。「クローズド型」を念頭に、実務の実感を含め利点と留意点を指摘する。

#### ア 利点

- a. 予備調査（特定した需要者層で調査目的に合致するかの妥当性のチェック）やプリテスト（調査票の出来具合や商品群写真の並べ方などのチェック）で当りをつけやすい。
- b. 母集団の人数や層あるいは地域別などの絞り込みが容易である（調査対象層をモニター基本属性の中から抽出できる）。
- c. 調査対象層の身元の確認がとれる（対象が調査協力の依頼に応諾したモニターで属性が調査会社に判明している<sup>(9)</sup>）。
- d. 回収率が高く、ある特定層に限定した調査では、サンプル（標本）調査の結果から母集団の傾向を推計するのに有効である<sup>(10)</sup>。
- e. 調査の実施が迅速で計画化し易い（在宅率を気にせず調査対象者が深夜・早朝など都合のよい時間に回答できる。データ送受信がオンラインで一定期間留め置きによる調査期間が短縮でき、証拠提出のタイミングが計画化できる）。
- f. 視覚提示が可能である。
- g. 調査費用が比較的安価で済む。

#### イ 留意点

- a. それなりの業者を選ぶ必要がある（東京圏と大阪圏でも 2-1(2)で

---

(9) 調査対象のサンプル（標本）がどこの誰かが明確に判明していることが証拠の信用性を高める。もっともモニターが商品の購入者や懸賞等の応募者あるいは公募によったものは避けるべきであろう。

(10) 回収率を加味してサンプル（標本）数を設定するが、悉皆調査でないサンプル（標本）調査では、調査票が回収されたサンプル（標本）の特性と、回収不能となったサンプル（標本）の特性の間に差がなければ、回収サンプル（標本）が少なくともデータから母集団の傾向は推認できる。回収サンプル（標本）と未回収サンプル（標本）とが内容にどんな差があるか問題となるが、調査に一般には協力的なモニターでは内容的な差は大きくないのではないか。その意味で回収率の高さ自体に固執せず需要者層の適切な選定の方に重点を置くべきである。なお、回収した調査票は、恣意的な選択を加えずに回収した全部をそのまま提出したことがわかるようにすべきである。

指摘した打合せができる業者は限られてくる)。

- b. この種調査自体が業者にとって安定した業務領域となっておらず、コミュニケーションと互いの指導にそれなりに手間がかかる。
- c. インターネット利用者に限定されるのでインターネット利用環境にある人のみが対象となり商標の需要者層に幼者・高齢者を含む調査にはバイアスがかかる。情報機器に無関心な層は反映されないという問題も指摘されている。
- d. 調査謝礼の獲得だけを目的にした「調査プロ」がモニターに含まれてしまうと「モニター管理の困難さ」も指摘されている。

#### 4. 調査手法について

上記 3-1(1) で挙げた商標調査の中で、①の「周知・著名性の認知度、浸透度調査」は、商標の使用数量（生産数量・販売数量等）・使用期間・広告宣伝などにより相当程度に立証が可能なので、ここでは、②及び③の「普通名称化調査／セカンダリーミーニング調査」と④の「誤認混同調査」に絞ってアンケート調査の手法と利用を考える。

##### 4-1. 普通名称化・セカンダリーミーニング（識別力）調査

###### (1) 2つの調査手法

アメリカである程度これまでに定型化して使用されている次の2つの調査手法が日本でも参考にして利用できる。

- ① Thermos 調査
- ② Teflon 調査

両調査の概要と特徴及び理論的位置付けについて検討された邦文の論考が既に<sup>(11)</sup>ある。同論文を参照願いたい。

###### (2) Teflon 調査の調査手法と特徴

日本での Teflon 調査の実践例を後に説明するために同調査の設計手法と特徴を簡潔に指摘しておきたい。

---

(11) 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」知財政策学研究 20 号 235 頁（2008 年）



## ア 調査方法

これから8つの語を読み上げます。あなたが「商標 (brand name)」と思うものと「商品の一般名 (common name)」と思うものを分類してください。ここでいう「商標」とは、車の特定の企業によって製造されている「Chevrolet」のような語を指し、「商品の一般名」とは、複数の会社によって製造されている「乗用車 (automobile)」のような語を指します。さて、「Chevrolet」は商標か、それとも商品の一般名かと質問されたら、どう答えますか？

それでは、□□□は、「商標」でしょうか、それとも、「商品の一般名」でしょうか？

(7) 18才以上の男女に電話調査の方法で、マーケティング・リサーチ会社によって20の都市で514人の男性と517人の女性に質問して行われた。

(イ) 「シボレー (Chevrolet)」が「商標 (ブランド brand name)」で、「自動車 (automobile)」が「普通名称 (一般名称 common name)」であることを理解させた上で、次の8つのベンチマーク (benchmark) 標章で回答を求めた (上記の□□□に下記STPなどの名称が入る)。

## イ 調査結果

名 称	商標 (%)	一般名 (%)	わからない (%)
STP	90	5	5
THERMOS	51	46	3
MARGARINE	9	91	1
<b>TEFLON</b>	<b>68</b>	<b>31</b>	<b>2</b>
JELLO	75	25	1
REFRIGERATOR	6	94	—
ASPIRIN	13	86	—
COKE	75	24	—

(7) ここで調査したいのは、「TEFLON (テフロン)」が識別力を有しているブランドか普通名称化した一般名称かという点である。

(イ) 被験者の68%が「テフロン」を商標 (BRAND) であると答え、

31%が一般名称であると答え、2%の者が知らないと答えた。この結果に基づき、裁判所はテフロンを商標（BRAND）であると認定した。

(ウ) それは、商標と普通名称の差異区別を、次に説明するような3つのグループの仕訳けの中で示されるような数値で正しく示し、裁判所は<sup>(12)</sup>大衆の出した結果の正確性に強い印象を受けたといわれる。

ウ 8つのベンチマーク（benchmark）標章の中味

Teflon 調査の8つのベンチマーク（benchmark）標章の中味

- ① 普通名称（generics）として法的保護が否定される語  
MARGARINE（マーガリン）  
REFRIGERATOR（冷蔵庫）  
ASPIRIN（消炎鎮痛剤）
- ②（米国で）商標として保護されることが明らかな表示  
STP（自動車用燃料添加物）  
JELLO（パッケージ入りのインスタントゼリー）  
COKE（清涼飲料水）
- ③ 普通名称と商標の狭間にあり微妙な語  
THERMOS  
TEFLON

① グループ

「MARGARINE」（9・91・1）は明白な普通名称、「REFRIGERATOR」（6・94・一）は、明白に普通名称化しているもの、「ASPIRIN」（13・86・一）はやや多少普通名称化したもの（「ASPIRIN」は、もとバイエル社の商標だが、現在、米国では非ステロイド性消炎鎮痛剤の普通名称）。

このグループでは、90%前後と「商品の一般名称」と回答した者の割合が高い。

② グループ

「STP」（90・5・5）、「JELLO」（75・25・1）、「COKE」（75・24・一）は、いずれも商標であり、米国では非常に有名なもの。

(12) McCarthy, Trademarks and Unfair Competition § 12.02 [B] Teflon Surveys

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

「STP」は突出し、他のものも70%以上で「商標（ブランド brand name）」と回答した者の割合が高い。

③ グループ

「THERMOS」（51・46・3）は10年前の訴訟で争いのあった普通名称化した標章（「Thermos 調査」により争われた標章）。

「TEFLON」（68・31・2）は、当該調査対象標章になる。

エ 特徴

Teflon 調査の特徴

特徴 1

→ 回答者（需要者）の判別能力をチェックできる。

特徴 2

→ 問題となっている標章の調査結果が、いずれのグループの調査結果に近似するかの相対的評価が可能である。

(7) 特徴 1 は、3種の標章に同一質問をすることで、識別力の有無について回答者（需要者）の判別能力が信頼に値するかどうかを裁判官がチェックできるという点である。

Teflon 事件の裁判官は、同事件で需要者は、「商標」と「商品の一般名」とを正確に峻別する能力を有していると述べている。<sup>(13)</sup>

(イ) 特徴 2 は、①グループに近ければ、普通名称と評価。②グループに近ければ商標と評価でき、単独調査に比して比較参照するベンチマークがあるという点が指摘されている。

(ウ) 「TEFLON」についてはどうか。「商標」と答えた者は70%近くに達しており、普通名称であるとして商標としての保護が否定された「THERMOS」の50%台と比べると相当の高い割合に上っている。商標としている保護されている「COKE」や「JELLO」の数値に近い。他方、「商品の一般名」と答えた者の割合は約30%であり、これも「COKE」や「JELLO」のような商標に近い数値であった。以

(13) McCarthy, 注 12 の § 12.16

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。

#### 4-2. 誤認混同調査

(1) 次のように一応分けて整理できる<sup>(14)</sup>。

(A) 連想調査

(a) Exxon (エクソン) 調査

(b) Squirt (スクワート) 調査

(B) Eveready (エヴァレディー) 調査

(C) Line-up 調査

(D) Simulated Choice (模擬選択) 調査

(2) 「連想調査」は、簡潔に言えば、「甲表示商品と甲' 類似表示商品を見せ」、その上で「両者は何らかの関係があると思いますか」と質問する方法である。当然に出てくる批判は、① 両表示商品を同時に提示するのは離隔的観察に反し購買場面を再現していない、② 連想を尋ねるのは、需要者の意見・見解を調査するだけで、実際に誤認混同して購買する需要者がどの程度の割合いるのかという情報と懸け離れている(心に思い浮かぶ連想と混同とは同じではない) 等々というものである。そこで、購買場面を想定し、需要者に混同を生じるかどうかを調べる「実験」型の Eveready 調査や Line-up 調査あるいは Simulated Choice (模擬選択) 調査などが案出される。Eveready 調査と Squirt 調査については、質問票の作成方法・設計思想につき、検討された論考がある<sup>(15)</sup>。同論考を参照されたい。

ここでは、日本での「Line-up 調査」と「Simulated Choice (模擬選択) 調査」の実践例を説明するために同調査の設計手法と特徴について述べる。

---

(14) アメリカにおける誤認混同調査の方法論につき、井上由里子「『混同のおそれ』の立証とアンケート調査」知的財産研究所設立5周年記念・知的財産の潮流 34～65頁(1995年)

(15) 前掲・井上相談 I 252頁乃至255頁

(3) Line-up 調査

<p>I Line-up の画面提示のその 1 の方法</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1 C 表示商品を見せる</li><li>2 A C' D E F 各商品の陳列を見せる</li><li>3 2 番目に見た個々の商品につき、「これは、最初（1 番目）に見た商品と同じ会社によって製造されたものか」と質問</li></ol> <p>II Line-up の画面提示のその 2 の方法</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1 A B C D E 各商品の陳列を見せる</li><li>2 A C' D E F 各商品の陳列を見せる</li><li>3 2 番目に見た商品群に 1 番目と同じ商品があったかと ABCDE の個別の各商品を提示して質問</li></ol>
---

ア ここで調査したいのは、C 表示商品と C' 類似表示商品（被疑侵害商品）の間に誤認混同のおそれがあるかという点である。I と II は、単独であるいは組合せて使用する。インターネットの画面の利用を想定している。

イ この調査は、C' 商品を単独で提示せず、C 商品または C' 商品のいずれか一方を含む、複数の商品群を被験者に見せ、C 商品を見せられたのに C' 商品と勘違いしたり、C' 商品を見せられたのに C 商品と勘違いしている率を測定するものである。

ウ この調査は、① 購買の際の状況に近付けることができる、② 権利者商品・被疑侵害商品以外の商品についても同じ質問を投げかけ、不必要に問題の両表示に意識を集中することを避けることができる、という長所があげられる。

(4) Simulated Choice (模擬選択) 調査<sup>(16)</sup>

甲表示商品	
甲' 類似表示商品	— 選択の理由（主質問） → 補助質問
乙表示商品（同種競合商品）	

(16) Itamar Simonson, The Effect of Survey Method on Likelihood of Confusion Estimates: Conceptual Analysis and Empirical Test. The Trademark Reporter (1993), 83 (3), 364-393.

- ア この調査の目的も甲表示商品と甲´類似表示商品（被疑侵害商品）の間に誤認混同のおそれがあるかという点にある。
- イ 現実の商品購入選択場面における誤認混同調査手法として、被験者に調査目的を知られずに（すなわち調査目的による誘導・暗示を排除して）、現実の購入判断と同様の判断を模擬的に行わせる方法である。
- ウ 被疑侵害商品甲´（例えば、WANASONIC や RONEX）とこれと競合する権利者商品甲（例えば、PANASONIC や ROLEX）とは別の同種の商品乙を被験者に対し提示し、「この種の商品を甲´と乙で買うとしたらどちらの商品を買うか」と商品の選択に関する質問をし、その選択又は不選択の理由から、被験者が甲´商品を甲商品と間違っているか否かを判定する。被験者が、例えば、「古くから製品の故障が少ないので気に入っている」とか「子供の頃からいつも食べていたから選んだ」と甲´商品の選択理由を答えた場合、被験者は、最近発売された甲´商品を昔から販売されている甲商品と間違っていると判断する。
- エ この方法では被験者の応答理由をどのように調査員が混同の判定に結びつけるかという評価の正当性の確保がポイントになる。<sup>(17)</sup>
- オ 1対1のインタビュー形式で、調査員が被験者の発言内容を書きとめる面接調査法が想定される（対面調査となるのでインターネット調査は限界がある）。インタビューにあたっては調査員のトレーニング<sup>(18)</sup>を行う必要がある。

## 5. 分析と検討

「アンケート調査」の現況に関する若干の分析と検討について述べる。<sup>(19)</sup>

---

(17) Simonson、注 16 の 388 頁で応答者の選択の評価の分析から混同が間接的に推論できるという点が、この手法の強さ（strength）であるが、主要な潜在的限界（main potential limitation）でもであると述べている。

(18) 例えば、800 サンプルの調査を 2 日で仕上げるとして 1 人が 20 サンプルを担当すると 20 人の調査員がフルタイムで必要となる。フルタイムの専門調査員で調査するのが理想であるが、パートタイマーに依存することもあり、調査員の監督とトレーニングが調査の信頼度を高めるのに不可欠である。

(19) わが国における表示法に関するアンケート調査については、小野昌延「日本の商標法に

## 5-1. 分析

### (1) アンケート調査を利用する当事者の動機

似ていると言えば似ている。間違い易いといえれば間違い易い。しかし、市場における需要者層の状態を示す証拠に乏しい事案において、当事者はアンケート利用に強い動機が働く。

例えば、商品のパッケージ上の表示・デザインと不競法の周知表示（2条1項1号）が問題となる場面で指摘すると、商品のパッケージ上の表示・デザインに創作的な表現要素がある場合（A）は、著作権法違反を問える。また、ストロングマークが含まれていたり〔目立って埋没して<sup>(20)</sup>いない〕、パッケージ上の表示・デザイン全体が商標登録<sup>(21)</sup>されている場合（B）は商標法や不競法違反が視野明瞭な状況で問えるし、意匠登録され意匠の要部が類似といえる場合（C）は、意匠法違反を問える。

したがって、上記の（A）（B）（C）のいずれでもない事案で、「不競法」が問題になると、取引実情と観察法を踏えた類似点と相違点の主張の応酬となり、事実と評価を巡る主張の空中戦となる。そこで、誤認混同の「おそれ」についてアンケートによる事実状態の裏付けを示したいとの思いが強く働く。商品のパッケージ上の表示・デザインの不競法違反事例からそのことがうかがえる。<sup>(22)</sup>

### (2) アンケート調査の証拠価値に対する評価

これまでアンケート調査の結果は重要な間接証拠の1つとなってきたかというに、勝敗を決する決定的な証拠ではないが、補充的な証拠にはなる、

---

ㄨ おけるアンケート調査」原井龍三先生古稀祝賀・改革期の民事手続法。前掲・小野牧野判事退官記念。青木博通「知的財産権としてのブランドとデザイン」250頁以下、同「新しい商標と商標権侵害——色彩、音からキャッチフレーズまで」147乃至165頁

(20) 例えば、大阪地判H19・1・30 ROYAL MILK TEA 事件は、「meito」と付されていたが目立つものではなかった。

(21) 大阪地判H12・7・11 スーパーバンド事件は、パッケージ上の表示・デザイン全体を商標登録していた事案である。

(22) 前掲 Sake Cup 事件、大阪高判H19・10・11 正露丸（甲）事件、東京地判H13・6・15 ふりかけさまさま事件、大阪高判H25・9・26 正露丸（乙）事件、知財高判H27・7・16 ビタバ事件、知財高判H25・8・28 ほっとレモン事件などは、アンケート調査の結果を証拠提出しているが、原告の請求は棄却されている。

しかし、極く例外的に心証を大きく左右する場合がないとはいえない、<sup>(23)</sup> というのが実感である。

アンケート調査は、裁判官が市場の特定の商品分野における需要者層の認識や心理状態を認定する手助けをする有用な手段となるはずである。しかし、その判定の前提となる基礎知識が十全でなく、実戦的な蓄積に基づく分析も形になりつつあるとはいえアンケートのデータの示す事実の蓋然性判断から識別力の有無や誤認混同のおそれの有無という法的な価値判断（独占と自由競争の間の境界の線引き）を下す過程で、どうしても評価に控え目の厳しい見方になっているのではないか。結論があり、「認容」ならアンケート結果はそれを補充するために引用され、「棄却」ならアンケートの結果は信用できず採用しないというパターンになっている。<sup>(24)</sup> 勿論ケースによるが、アンケート結果が心証の分岐点となることはほとんどないというのが実感である。

## 5-2. 検討

### (1) 具体的な利用法の工夫と利用結果の検証

アンケート調査は、日本でも有用な手段の一つと認識されつつある。しかし、長く関心をもたれたテーマであるにも拘らず活用されるまでには至っていない。他方、アメリカでは不正競争法及び商標法の分野でアンケート調査（survey evidence）は極めて重要な立証手段と考えられてい

(23) 前掲ヤクルト容器立体商標事件は、遡る9年前の乳酸菌容器事件（東京高判平成13年7月17日）に再トライした事案である。原告以外の類似商品の市場での出回り状況やこれら商品に対する対応措置についての事実関係は乳酸菌容器事件の登録査定時とヤクルト容器立体商標事件の登録査定時の9年前後で基礎となる事実状態に大きな変化はなかったようである。ヤクルト容器立体商標事件では、アンケート調査が3条2項の根拠付け資料として提出され、同調査結果が大きく結論を左右し決め手となったという見方も出来る。しかし、背景に立体商標に関し、使用による特別顕著性の有無〔商標法3条2項〕の判断について、登録可能性の認定が従前の裁判例（東京高判H12・12・21筆記具事件、東京高判H13・12・28釣竿専用導糸環事件、東京高判H15・8・29ウイスキー瓶事件など）から緩やかになった点（知高判平19・6・27マグライト事件、知高判平20・5・29コココーラボトル事件）が大きく影響したことを見逃すべきではない。

(24) 前掲・井上相談I 256頁は、完璧な調査というものはない得ず調査手法に欠点があることを理由に証拠価値を全否定するのは賢明ではない、「混同のおそれ」の判断の助けとなる適切な内容を含んだ調査であれば、当該調査の欠点や限界を踏まえつつ、証拠として有効に活用されるべきとする。



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<sup>(25)</sup>。米国の消費者は識別能力を有しているが日本の消費者は識別能力を有しないというような両者の認識や心理状況に大きな差異があるとは考えられない。日本流に適合させれば、Teflon 調査など適切な手法として有益である。

課題の1つは、利用法を具体的に工夫しつつ現実に証拠として利用し、その結果(判決)<sup>(26)</sup>を丁寧に検証することである。

## (2) アンケートの結果の客観性の担保

公正で客観的な調査に近付けるには、どのようなことが可能か。

### ア 商標法・不競法分野での専門委員の活用

アンケート調査に精通している人を専門委員として活用し、裁判所のアンケートの専門的知見の理解に資する運用<sup>(27)</sup>をはかる。

### イ ケースにおけるアンケート調査手法と関係する基本知識についての技術説明会の開催

### ウ 積極的な人証調べの運用と関連書証の提出

提出したアンケート結果の設計思想や調査経緯を実施者や研究者の人証(鑑定証人)を通じて明らかにする(陳述書や専門学者の報告書と共に人証による尋問の機会を経ることで理解が深められる)。

また、アンケートに関する関係書証も煩瑣にわたらず要点をとらえて積極的に提出する。アンケートの数値の結果がどのようにして評価を含む事実認定と結びつくかを丁寧に社会調査の方法を踏まえて主張する必要がある<sup>(28)</sup>。

---

(25) 1960年代に研究が進んだ。実務家が著したものに単行本としてJames T. Berger & R. Mark Halligan, TRADEMARK SURVEYS 2015: A Litigator's Guide. Lexis Nexis / 加除式としてPhyllis J. Welter, Trademark Surveys CBC等がある。

(26) 前掲・小野牧野判事退官記念435頁、438頁は、証拠評価をする場合、アンケートの調査の意義を正確に理解し、調査方法の妥当性を評価することが裁判官に要求されると指摘する。

(27) 「裁判所と日弁連知的財産センターとの意見交換会(平成22年度)」判タ1348号17頁の意見交換において、裁判所側からその可能性が示唆されている。

(28) 大阪地方裁判所第21・26民事部と大阪弁護士会知的財産委員会との協議会(2010年度)判タ1347号15頁乃至18頁において、裁判官の発言として、大要、アンケート結果の数値の意味合いの十分な説明、母集団としての需要者の認識が社会調査の方法等を踏ま

エ アンケートの実施にあたり裁判所の関与の下で当事者双方が加わり  
できるだけ公正かつ客観的な手法と納得できる調査を実施する。

当事者双方が裁判所の関与のもとで、調査手法や問題点を出し  
合った上で調査を実施する。アンケート実施後に出される疑点や批  
判を前倒して織り込んで設計するのである。<sup>(29)</sup>

オ 当事者双方の申立てによる公平な中立的第三者的アンケート専門機  
関（市場調査機関・大学・研究機関など）の利用

鑑定申立になる。しかし、現実には、このような鑑定人（機関）  
候補者のリストは整えられていない。

### (3) 需要者の認識層及び母集団とサンプル（標本）

どの需要者層に周知との認識が浸透しているか（周知性の認識主体）、  
あるいはどの需要者層に誤認混同のおそれがあるかという問題がある。

3-1(1) の各調査において、どの層を対象としてアンケートを実施する  
かに関係する。

「需要者」とは、最終需要者に至るまでの各段階の者で取引業者もこれ  
に含まれる。混同による不正競争は、取引者又は最終消費者のいずれに生  
じても、これを禁圧しなければならない。したがって、周知性認定又は誤  
認混同のおそれの対象は、原則として取引者又は消費者のいずれであつて  
もよい。即ち、階層別に判断されてよい。表示についての信用が、上記の  
いずれにおいて形成されていても、保護する必要がある。これは当該表示  
の作用する実態において、その基礎が取引者又は最終消費者のいずれにお  
かれているかによって判断すればよい。<sup>(30)</sup>

例外的に、医薬品や物質の名称・略称（ピタバなど）、あるいは外国で  
は一般名称であるが日本で知られていない名称（ENOTECA など）など

---

ㄨ えてどのような形で認定できるか、なぜアンケート結果に基づいて主張するような事実認  
定ができるという判断になるかを主張する必要があると指摘されている。

(29) 前掲・井上相談 I 248 頁も同趣旨を述べる。もっとも、微妙な事案ではアンケートを  
証拠として提出される相手側からは、協力も了解も得にくい。また、裁判所からするとア  
ンケート調査の専門家の関与なく主権するのはむづかしいのが現状のように思われる。

(30) 前掲・小野注解 277、278 頁（三山執筆部分）

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は、最終消費者のみならず取引者の双方の認識を必要とする<sup>(31)</sup>。普通名称化した商標が識別力を回復する再商標化の場合には考え方が分かれよう。

いずれにしてもどの需要者層について判断すべきか、どの取引者層において判断すべきか（「階層別判断」）を曖昧にしたのではアンケート調査の対象者を適切に抽出できない<sup>(32)</sup>。

なお、取引者が調査対象の場合、利害関係を有していることがあり、サンプル（標本）の選定が難しいことがある。

#### (4) 小括

いかなる手法にも限界・欠点があることを認識した上で、問題点を低減させ、いかに証拠を精度の高いものとするか。そのために時期をずらした複数調査や同一の対象者を抽出せず手法の異なる複数のアンケートの組合せを使用することも考えられる<sup>(33)</sup>。同時に、アンケートに対する研究知見を裁判所を含む関係当事者が共有し、アンケートの結果に対する証拠評価を積極的に行える素地を醸成していくことが大切である。

## 6. わが国の実務上での具体的な利用のあり方

### 6-1. 日本における「Teflon 調査」の実践例

#### (1) Thermos 調査と Teflon 調査のいずれを採用すべきか。

問題となる標章の商品のシェアが大きいときは、Thermos 調査より Teflon 調査の方が客観性を保つことができる。例えば、「うま味調味料を買いに店に行ったとき、店員に何と言って頼むか」という質問に「味の素」と多くは答えるとしても、「味の素」をブランドとして認識したのか、商品の一般名と思ったのかは、Thermos 調査では、補助質問を行い、そ

(31) 前掲ビタバ事件は医師から処方された高脂血症治療薬を3ヶ月以上服用している患者700名を対象に行ったアンケートに対し、医師などの医療従事者には触れず、患者が被控訴人各商品を処方され、これを服用する際の実情を踏まえたものではないとした。大阪高判 H19・10・11 正露丸（甲）事件では一般消費者に対し行われたアンケートについて、「正露丸」に関し、社会全体の人々の認識に転換が起ったというためには、「正露丸」の製造販売に携る取引業者を含めて認識の転換があったといえなければならない、製造販売に携る「取引業者」の認識が調査されていないとした。

(32) 前掲・井上知財研 236 頁。

(33) 例えば、同一目的の調査に複数のアンケートを行ったものに前掲ヤクルト容器立体商標事件、前掲ココロラボトル事件など。

の評価の解釈で恣意的な判断の入る余地がある<sup>(34)</sup>。

また、訴える権利者側は、出所識別力ある表示との立論での類似・混同のおそれの立証になるので Teflon 調査が利用し易い<sup>(35)</sup>。

さらに、Teflon 調査では混同誤認率の近似値を明らかにし、看過できない程度の混同か、些少な程度かを裁判官の評価の際に役立てることが出来る。

## (2) 導入質問

導入質問は、日本ではどのようにすればよいか<sup>(36)</sup>。

例えば、「クラウン」「カローラ」は商標で「自動車」は一般名称です、あるいは「ウインドズ」「アップル」は商標で「パソコン」は一般名称です等、と対比して説明する。

## (3) 日本でのベンチマーク (benchmark) 標章

3つのグループのベンチマーク (benchmark) 標章にどのような語を用いればよいか？

次のような語が候補に挙げられる。例示は最寄品である食品名が多いが同種商品群の名称にこだわる必要はない。異なる商品群の名称の方がベンチマーク (benchmark) 標章として適切といえることもある。

### ① 普通名称として法的保護が否定される語の候補例

→ 例えば、マーガリン・チューハイ・うどんすき・ういろう・瓦そば・更科そば・ビスケット・ドロップ・サイダー・リンス・エスカレーター・セロファンなど（「うどんすき」「ういろう」「瓦そば」は訴訟で結果的に普通名称となったもの）。

---

(34) この点の評価問題につき、注6のヤクルト容器立体商標事件を参照。

(35) 前掲・井上知財研252頁乃至275頁は、「両義性」の要因を指摘し、Thermos調査は、競争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争者の側によって実施されることが多く、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者側が実施することが多いと指摘する。

(36) 被験者にブランドと普通名称を区別して意識させることが目的である。一般名称は抽象度の高い普通名称より限定した名称も考えられる（例えば、医薬品よりも胃腸薬や止瀉薬）。しかし、上記目的から抽象度を下げればよいというものではない。前掲大阪高判正露丸（甲）事件。

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

- ② 商標として保護されることが明らかな表示の候補例  
→ 例えば、味の素・カルピス・マクドナルド・シーチキン・宅急便・クレパス・セロテープ（「シーチキン」「クレパス」「宅急便」「セロテープ」等は代表的なブランドであるが、記述的要素も含まれ一般名称と考えられがちなもの<sup>(37)</sup>）。
- ③ 普通名称と商標の狭間にあり微妙な語  
このグループに調査のターゲットとなる対象商標が入る。
- (4) インターネット（ウェブ）調査による  
以上は、インターネットの端末画面の利用を想定している。<sup>(38)</sup>

## 6-2. 日本における「Line-up 調査」の実践例

4-2(3) の Line-up 調査のⅡの画面について述べる。

### (1) 第1の画面での提示と質問

A B C D E の各商品を提示

この商品群提示の際に、「この中で購入したことのある商品はありますか」と問い、個々の商品を注意して見るように働きかける。

なお、ライン・アップは、現実の店の陳列棚に近いものとする。<sup>(39)</sup>

### (2) 第2の画面での提示と質問

次に A D E C' F の各商品を提示

第1の画面と第2の画面の商品群に両方含まれている商品と片方だけに

---

(37) 前掲の大阪高判の正露丸（甲）事件は、「宅急便」をベンチマーク（benchmark）標章に使用した点に関し、「宅配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ったとも思われ、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。」としている。しかし、被験者にどのようにしてそのようなことを知らせることができるのか。知らせることは却って誤りであると思われる。

(38) 質問文や質問の順序あるいは質問間のインターバルなど社会調査の基本的な要請を踏まえる必要がある。しかし、インターネットを介しての質問の回答が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保証されないという理由（前掲大阪高判正露丸（甲）事件）はインターネット調査の否定に等しい。

(39) 実際の購入場面は、価格表示も付され陳列される状況での観察という点での違いもある。Line-up 調査は、価格が廉価で比較的短時間で購入する日用品や食料品などの最寄品に向いている。

含まれる商品を適宜とりまぜる。不自然に C と C' に意識が集中しないようにする為である。また、C と C' の全体の中での並ぶ順番の位置も変える。同じ位置では誘導的な質問態様との批判を避ける為である。

### (3) 第3の画面での提示と質問

次の画面で「同じ商品がありましたか」と問う。

「同じ」と答えた人には、「同じ」と答えた理由を問う。

「同じ」とする理由が、例えば「同じ乳酸菌製品である」などの内容物の種類概念などで「同じ」と答えた人を排除するためである。<sup>(40)</sup>

### (4) その他の画面と質問例

自然な購買時の心理状態を確保するために第1から第3の画面の間に次のような質問を挿入する等の工夫も行う。

- ① 当該商品の取扱い店舗やコンビニに行く頻度を尋ねる。
- ② コンビニで最近の1~2か月以内に購入した商品の種類を尋ねる。
- ③ コンビニを利用する際に重視することや期待することなどを尋ねる。

## 6-3. 日本における模擬選択調査の実践例

### (1) 模擬選択場面の設定

2つのスナック食品のブランド甲と甲'の間の混同の有無を調べるため、他の競合ブランド乙と丙を加えた3つのブランドにつき、テストを2つのグループに分けて行う。「甲'と乙」「甲'と丙」をそれぞれ被験者に見せ、購入するとすればいずれを選択するかを問い、その選択理由から混同の有無を調べる。

甲'：甲ブランドの被疑侵害商品（甲ブランドは権利者商品）

乙/丙：甲ブランドの競合他者商品

(40) C と C' 商品の表示をパッケージ全体と特定して法律上の立論をする場合には、「パッケージ自体が同一である。」という回答は、混同にカウントされる。しかし、C と C' 商品の表示の特定表記や一部のデザイン部分を特定して法律上の立論をする場合には、単に「パッケージの形や大きさが似ている」や「色やデザイン（柄）が似ている」だけでは、識別力ある部分が似ているからか、識別力のない部分が似ているかにつき、混同・非混同の判定が不能になるので注意が必要である。この点に関連して被告ら側からの提出証拠につき東京地判 H9・3・31UNITED COLLECTION 事件。

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

テストグループ1：甲´ 乙から選択      ○○○名

テストグループ2：甲´ 丙から選択      ○○○名

計      ○○○名

あなたがお店でスナック食品を買いたいとします。お店で上記の2つの商標「甲´ と乙´」あるいは「甲´ と丙´」を選択することになります。どちらの商標のものを買いますか？

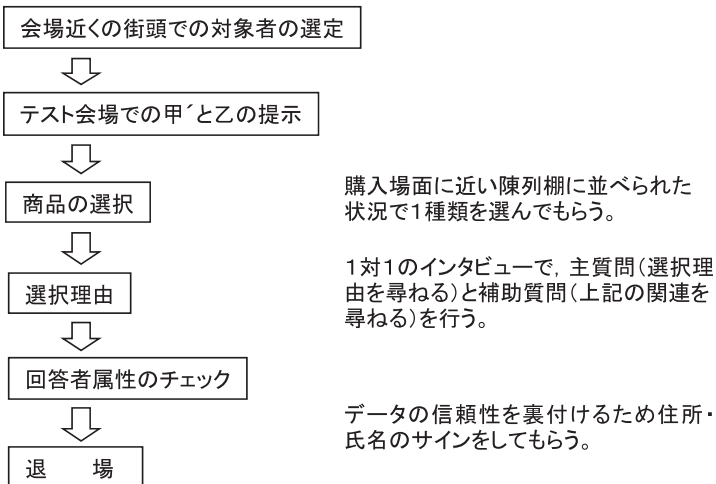
## (2) 実施要領とテスト手順

テストグループ1は、次のように行われる。

ア 会場テスト法＝被験者に会場（適切に選定される複数箇所）にきてもらい、会場内にセッティングされた商品群から選択するテストを受けてもらう。

イ 抽出法＝モールインターセプト（テスト会場近くで通行人から無作為に選ぶ。但し、対象者となる需要者の男女は年齢層が偏らないよう国勢調査に基づく日本の人口構成比に近似させてサンプル（標本）を割付ける）。

ウ テスト手順（フロー）



### (3) 調査員による補助質問における留意点

混同のおそれの有無を明らかにする補助質問では、次の点に配慮する。

- ア ブランド名は、調査員は一切発言しない。物を特定する場合には、現物を示し商品名は発言しない。
- イ 補助質問は、被験者の主質問の回答内容を明確化する質問とする。例えば、スナック食品の選択理由が、「前に食べたことがある」といった場合、「いつ頃食べたのか」をたずねる。また、「コマーシャルで見たから」といった場合は、「いつ頃見たか」「どんなコマーシャルだったのか」とたずねる。
- ウ 被験者の触れない事項は調査員から質問しない。誘導的文言にならないよう「その他にはありませんか」という補助質問のみを行う。

### (4) 選択理由による混同・非混同の判断基準の設定と判定

- ア 甲表示ブランドの商品に特有の長所・短所及びその評価、その広告内容と広告時期及びその印象、甲表示ブランドの認知による発言、当該ブランドや商品の利用経験による発言などの項目による判定識別の為の適切な項目の作成を行う。
- イ 甲表示と甲<sup>イ</sup>表示を混同しているか否かの判定を行う。<sup>(41)</sup>

### (5) 証拠提出の際の留意点

商品の選択理由と補助質問の回答内容を記載した質問票は、調査員名・調査日を明らかにしナンバリングを付してそのまますべてを提出できるようにする。<sup>(42)(43)</sup>

以上

---

(41) 当事者の関与による判定にならざるを得ないのが現況である。しかし、当事者に利害関係のない2人以上の独立した審査員による分析評価が望ましい。判定不一致は合議によりカテゴリ分類を行い、判定不明は不明として残すことになる。

(42) サンプル（標本）に人為的操作を加えないようにする。この点、前掲 Sake Cup 事件。

(43) 提出されたものから補助質問の回答を再分析し、被験者の応答のカテゴリライジングを「網羅性」と「相互排他性」をもって処理できているかを相手方はチェックすることになる。