

## 商標・不正競争事件における 証拠としてのアンケート調査

青 木 博 通\*

**抄 録** 商標・不正競争事件の裁判において、アンケート調査の結果が、証拠（書証）として提出されるようになってきた。

要件事実との関係で、どのようなアンケートの質問が適切なのか、また、アンケート調査の結果をどのように評価したら良いのか、すでに公表されている秀逸な文献を参考に、日本の裁判例を素材として検討する。

アンケートの質問としては、「～から、何を想起しますか」（Top of Mind）との質問が、誘導性及び法的価値判断を排除し、需要者心理を端的に問うものとして現段階ではベストであり、また、アンケート調査の結果は、通常、間接証拠であり、証拠としては脇役であるというのが本稿の結論である。

### 目 次

1. はじめに
2. アンケート調査の位置付け
3. アンケート調査を扱った事件
4. 採用例の概要と解説
  4. 1 角瓶事件
  4. 2 キシリデント事件
  4. 3 SEVEN UP 事件
  4. 4 Polo Club 事件
  4. 5 クリスピー事件
  4. 6 UNITED COLLECTION 事件
  4. 7 Walkman 事件
  4. 8 Levi's 弓形ステッチ事件
5. 不採用例の概要と解説
  5. 1 ヤクルト立体商標事件
  5. 2 三共消毒事件
  5. 3 Budweiser 事件
  5. 4 Sake Cup 事件
  5. 5 ふりかけさまさま事件
6. アンケート調査のあるべき姿
  6. 1 事件事実の把握と実施時期
  6. 2 質問事項と選択肢
  6. 3 母集団
  6. 4 標本の抽出
  6. 5 評 価

### 7. おわりに

#### 1. はじめに

商標・不正競争事件の裁判において、アンケート調査の結果が、証拠（書証）として提出されるようになってきた。商標は、特許と異なり、現実の流通社会で機能している生物であり、実際の需要者の心理状態（state of mind）が、商標の法的評価に重要な役割を果たすものであるから、必然的な流れといえよう。これに伴い、「どのような質問事項を設定すればよいのか」、「アンケートの結果をどのように評価すればよいのか」といった質問を多く受けるようになった。

そこで、本稿では、商標法、不正競争防止法における要件事実との関係で、どのようにアンケートの質問を設定し、また、アンケートの結果をどのように評価すればよいかについて、すでに公表されている秀逸な文献<sup>1)</sup>を参考に、日本の裁判例を素材として検討してみた。

\* 弁理士・北海道大学大学院法学研究科客員教授  
Hiromichi AOKI

## 2. アンケート調査の位置付け

後述するように、法的価値判断を伴う質問事項は排除されるべきであるから、アンケート調査の結果は、通常、直接証拠ではなく、間接証拠となる。

すなわち、アンケート調査の結果が、規範的要件(不特定概念)<sup>2)</sup>である「商標の類似」、「混同」といった要件事実を直接証明することは通常あり得ない。許容されるアンケートの質問との関係で、アンケート調査の結果は、間接事実を証明する間接証拠となる。よって、他の間接証拠との積み重ねが重要であり、証拠としては、あくまでも脇役である。

裁判官は、自由心証主義(民事訴訟法247条)の下、アンケート調査の結果を、論理法則と経験則によって判断・評価し、心証を形成することになる。

なお、井上由里子教授は、アンケート調査は鑑定に近い性質をもつとされる<sup>3)</sup>。

## 3. アンケート調査を扱った事件

アンケート調査を扱った事件は、表1の通りである。アンケート調査の結果が採用されたものには○、不採用のものには×を付す。

理由については、注記に記載するか、又は、後述する。

## 4. 採用例の概要と解説

### 4.1 角瓶事件(表1の⑤, 商標法3条2項)

商標法3条2項は、「需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができるもの」については、商標法3条1項3号から5号に該当する商標であっても、登録できる旨を規定している。実際に商標を使用した結果、識別力を取得した場合には、例外的に登録を認めるものである。

表1 アンケート調査を扱った事件

参照条文等	No.	事件名	判決	調査結果の採否*
商標法3条2項	①	純	東京高判 H4.12.24 <sup>4)</sup>	×
	②	いかしゅうまい	東京高判 H12.4.13 <sup>5)</sup>	×
	③	Epi平面模様	東京高判 H12.8.10 <sup>6)</sup>	○
	④	ヤクルト立体商標	東京高判 H13.7.17 <sup>7)</sup>	×
	⑤	角瓶	東京高判 H14.1.30 <sup>8)</sup>	○
	⑥	角瓶立体商標	東京高判 H15.8.29 <sup>9)</sup>	×
商標法4条1項11号	⑦	キシリデント	東京高判 H14.1.30 <sup>10)</sup>	○
商標法4条1項15号	⑧	SEVEN UP	東京高判 S52.6.1 <sup>11)</sup>	○
	⑨	Polo Club	東京高判 H3.7.11 <sup>12)</sup>	○
	⑩	三共消毒	東京高判 H12.10.25 <sup>13)</sup>	×
商標法53条	⑪	Polo Club	東京高判 H11.12.21 <sup>14)</sup>	○
商標権侵害	⑫	クリスピー	大阪地判 H3.4.26 <sup>15)</sup>	○
	⑬	日経ギフト	東京高判 H3.11.12 <sup>16)</sup>	×
	⑭	UNITED COLLECTION	東京地判 H9.3.31 <sup>17)</sup>	○
	⑮	Budweiser	東京高判 H15.7.30 <sup>18)</sup>	×
商標法32条:先使用権	⑯	BATTUE CLOTH	東京高判 H5.3.31 <sup>19)</sup>	×
不正競争防止法2条1項1号	⑰	Walkman	千葉地判 H8.4.17 <sup>20)</sup>	○
	⑱	Sake Cup	大阪高判 H10.5.22 <sup>21)</sup>	×
	⑲	ふりかけさまさま	東京地判 H13.6.15 <sup>22)</sup>	×
	⑳	Levi's 弓形ステッチ	東京地判 H12.6.28 <sup>23)</sup>	○
不正競争防止法2条1項2号	㉑	Levi's 弓形ステッチ	東京地判 H12.6.28 <sup>24)</sup>	×
	㉒	呉青山学院	東京地判 H13.7.19 <sup>25)</sup>	○
不正競争防止法2条1項14号	㉓	BOSS CLUB	東京高判 H14.6.20 <sup>26)</sup>	○

\* 採用:○ 不採用:×

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

本要件事実は商標の認知度と深く関わるため、アンケート調査の結果が与える影響は、「商標の類似」、「混同」要件に比べると大きい。

### 【アンケート調査の概要】

本件は、文字商標「角瓶」33類（角型瓶入りのウイスキー）が、商標法3条2項の要件事実「需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができるもの」を満たすか否かが争われた事件であり、アンケート調査の結果が採用され、本件商標は登録されている。

アンケート調査の実施主体は、株式会社社会調査研究所（現、株式会社インテージ）である。「銘柄想起調査結果報告書」が特許庁審判部、裁判所に提出されている。

実施時期は、審判係属中である。

実施方法は、街頭面接調査である。

実施対象は、東京と大阪の20～50代の男性各100名、合計200名となっている。

質問事項(survey questions)は、以下の通りである。

- (1) 「角瓶」の文字から想起される商品
- (2) 「角瓶」の文字から想起されるメーカー  
これに対して、以下の回答があった。
  - (1) 想起する商品が、ウイスキーと回答したもの-87%
  - (2) 想起するメーカーが、サントリーと回答したもの-77%

### 【解 説】

アンケート調査の実施主体は、アンケート専門に扱う会社であり、③、⑥の事件も扱っている。

アンケート調査は、事件が審判係属中になされている。審決の当否を問うのが審決取消訴訟であるから、アンケート調査は、審判係属中になされるのが望ましい。①純事件では、アンケ

ートが審決後になされたことも不採用の理由となっている。

実施方法は、街頭でのインタビュー形式となっている。電話、郵便、インターネットで行う方法もあるが、この場合には、何かを参照して回答する可能性もあり、街頭インタビューの方が、信頼度が高くなると解する。但し、マンパワーが必要であり、コストも高くなる<sup>27)</sup>。

実施対象は、東京と大阪の男性各100名ずつとなっている。商標法3条2項は、商標法3条1項の例外として、全国的な権利を認めるのであるから、全国的な認知度が必要となる<sup>28)</sup>。よって、アンケート調査の母集団(universe/population)は、全国におけるウイスキーの取引者<sup>29)</sup>、需要者ということになる。しかしながら、母集団全員について調査すること（全数調査・悉皆調査）は不可能であるから、これらの母集団の縮図である標本を抽出して(sampling)アンケートを行うことになる(標本調査)。東京と大阪で100名ずつ適正に標本抽出して調査を行えば、統計学的には、母集団全員について行ったのとはかなり近い結果を得ることができる。

全国から東京と大阪を抽出して(第1段)、さらに、その中から200名を抽出している(第2段)、2段抽出の方法を用いたことになる。商標法3条2項のように全国区の認知度が必要な条項については、対象地域の抽出、対象者の抽出という2(多)段抽出の方法をとらざるを得ない。

標本には誤差(standard error)があるから、アンケート結果を評価する場合には、その誤差も考慮する必要がある。標本誤差は、標本調査の標本の大きさ(数)と標本調査から得られた結果の比率(選択肢に対する選択比率)の二つの要素で決まる。標本誤差の早見表によると、標本の大きさが200人で、結果の比率が80%の場合には、母集団の比率は、80%プラス・マイナス5.7%で、74.3%～85.7%となる<sup>30)</sup>。この早見

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

表の信頼度 (confidence level) は、95%であるから、上記数字に95%を乗じた数字が最終的に信頼できる数字となる。標本の大きさが1,000人になった場合で結果比率が80%の場合には、母集団の比率は、80%プラス・マイナス2.5%で、77.5%~82.5%となり、誤差が小さくなる。誤差の最も多いのが結果の比率が50%のときである。例えば、標本の大きさが200人の場合、プラス・マイナス7%となる。

本件の結果の比率は、77%であるから、標本誤差をプラス・マイナス6.5%としても (結果の比率が70%のときの誤差)、70%以上となり、かなりの認知率である。これだけの認知率があれば、本件商標を商標法3条2項に基づき登録することについては何ら問題ないと解する。

本件の質問(2)は、「角瓶」の文字から想起されるメーカーを漠然と聞いており (Company Identification)、誘導的な質問に該当せず、適正な質問である。米国でも、「Eveready 法」<sup>31)</sup> の質問として「混同」の調査でよく用いられる。回答に幾つかのメーカー名が記載され、それを選択する場合には、誘導的な質問に該当し、採用されない (④ヤクルト立体商標事件参照)。

本件では、アンケート調査の結果の外に、販売数量 (過去49年間に6,646万ケース (1ケース12本入り))、全国規模の新聞広告・テレビコマーシャルといった生々しい証拠も提出され、商標法3条2項の適用が認められている。アンケート調査は採用されているが、間接証拠としては、あくまでも脇役である。

#### 4. 2 キシリデント事件 (表1の⑦, 商標法4条1項11号)

商標法4条1項11号は、先行登録商標と類似する商標は登録できない旨規定する。ここでは、要件事実である「商標の類似」が問題となる。

登録審査段階における「商標の類似」については、氷山事件 (最判43年2月27日・判タ219)

判決があり、「商標の類否は、対比される両商標が同一又は類似の商品に使用された場合に、商品の出所につき誤認混同を生ずるおそれがあるか否かにより決すべきであるが、それには、そのような商品に使用された商標がその外観、観念、称呼等によって取引者に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的に考察すべく、しかもその商品の取引の実情を明らかにしうるかぎり、その具体的な取引状況に基づいて判断するのを相当とする。」と判示している。

このような高度な法的価値判断<sup>32)</sup>を伴う「商標の類似」について、「二つの商標は類似すると思いますか」と需要者に質問をしても、上記最高裁判決を理解した上で回答することは不可能であり、このような質問は、アンケート調査に馴染まないといえる。

上記最高裁判決の述べている商標の類否に関する基準の内、需要者が法的価値判断を経ることなく回答できる質問を作成する必要がある。例えば、「観念」について焦点を絞り、商標の英語の意味を知っているか否かを問う質問 (⑫クリスピー事件参照)、「商品の取引の実情」を捉え (周知・著名性のような恒常的な取引実情が含まれることには争いはない)、商標の市場における認知度を問う質問が考えられる。キシリデント事件は、後者に焦点を絞って、アンケート調査を行ったものである。

#### 【アンケート調査の概要】

本件は、商標「キシリデント」(3類-歯磨き等)が、引用商標「キシリデンタル」(3類-歯磨き)に類似するか否かが争われた事件であり、特許庁審判部、裁判所とも類似と判断している。先行登録商標の使用に係る商品の販売個数 (年間最大500万個)、広告宣伝費 (年間最大8億円)、アンケート調査の結果に基づき、引用商標の周知性を認定し、取引の一事情として、商標の類否判断において参酌している。

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

実施主体は不明である。

実施時期は、審決前と後である。

実施方法は、ブランド名を提示した上で、その名前が知られている割合を調査する助成想起知名度調査である。

審決前は77.6%、審決後は70.5%の認知率となっている。

#### 【解説】

本件では、商標法4条1項11号の要件事実である「商標の類似」について直接問う質問ではなく、「商標の類似」を判断する際の事情（認知度）を問う質問となっており、妥当なアンケート調査である。

そして、このアンケート結果に、引用商標の使用に係る商品の販売個数、広告宣伝費といった、その他の生々しい間接証拠を積み重ねて、周知性を立証している点も妥当な立証方法といえる。

### 4. 3 SEVEN UP事件（表1の⑧、商標法4条1項15号）

商標法4条1項15号は、他人の業務に係る商品又は役務と混同を生ずるおそれがある商標の登録を排除する規定である。ここでは、要件事実として、「混同を生ずるおそれ」が問題となる。

ルールデュタン事件（最判平成12年7月11日）で裁判所は、混同の意味については、広義の混同と狭義の混同が含まれ、混同の判断基準については、以下の基準を総合的に判断すべきであると判示している。

- 1) 出願商標と他人の表示の周知著名性の程度
- 2) 出願商標と他人の表示の独創性の程度
- 3) 出願商標と他人の商品等との間に性質、用途又は目的における関連性の程度
- 4) 商品等の取引者及び需要者の共通性

5) 取引の実情

6) 出願商標の指定商品等の取引者及び需要者において普通に払われる注意力

広義の混同と狭義の混同という高度な法的価値判断を伴う「混同」について、「商標AとBは混同すると思いますか」と直接質問しても、上記最高裁判決を理解した上で回答することは不可能であり、また、誘導的な質問にも該当するので、このような質問は、不相当である<sup>33)</sup>。

上記最高裁判決の述べている混同に関する基準の内、「1) 出願商標と他人の表示の周知著名性の程度」については、商標の認知度を問う質問を設定することにより、その程度を測ることができ、周知・著名性を推認できる。SEVEN UP事件もこの点に絞って、アンケートの質問が作成されたものと思われる。

#### 【アンケート調査の概要】

本件は、原告（THE SEVEN-UP COMPANY）が、被告登録第660675号商標「セブンアップ/SEVEN UP」（22類—アップシューズ）に対して、原告の引用商標「SEVEN UP」（清涼飲料）の著名性にに基づき、無効審判を請求した事案である。引用商標は周知・著名ではなかったため、混同を生ずるおそれはないとして、審判は請求不成立となり、裁判所も審決を維持した。

被告が実施した原告の商標「SEVEN UP」の認知度を問うアンケート調査の結果が採用されている。

実施主体は、関西統計調査センターである。

実施時期は、審決前である。

実施方法・実施対象は、東京、大阪、名古屋、京都、神戸、福岡、愛媛、高知、徳島、香川の各電話番号簿からその頁数に比例して無作為に抽出した3,000名に対するダイレクトメールのアンケート式による調査である。回答は、475通（回収率15%）あった。

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

質問事項は、判決からは明確でないが、被告商標の出願当時、「SEVEN UP」を知っていたものは、回答者の4%に過ぎなかった。

#### 【解説】

本件では、原告から東京・高松各商工会議所による原告商標の周知性を証明する証明書が提出されていたが、この証拠価値を否定する証拠としてアンケート調査が利用されている。アンケート調査 VS 証明書の事案である。

引用商標の周知・著名性が否定されたため、要件事実である「混同の生ずるおそれ」も否定されている。

#### 4. 4 Polo Club事件(表1の⑩, 商標法53条)

商標法53条は、ライセンシーが登録商標に類似する商標を使用することにより、他人の業務に係る商品と混同を生ずるものをしたときは、その登録を取り消す旨規定している。要件事実として、「混同を生ずるものをした」か否かが問題となる。

混同行為に着目した規定であるから、アンケート調査は、ライセンシーの需要者について行う必要がある。ホテルのように需要者が全国に存在する場合を除き、通常は、ライセンシーの使用地域で行えば足りるであろう。

#### 【アンケート調査の概要】

本件は、被告の登録第1617024号商標「Polo Club/ポロクラブ」(旧17類-被服等)のライセンシーが、商標「Polo/ポロ競技者と馬の図形/Club」(以下、「使用商標」という)の使用(被服)をした際に、原告(米国ポロ社)の著名商標「Polo」の名称及び「ポロ競技者と馬の図形」との関係で、原告の業務に係る商品との間に出所の混同が生じたか否かが争われた事件である。裁判所は、出所の混同が生じたと認定し、原告の請求を認容し、商標法53条を適用している。

本件では、被告が日本経済新聞社朝刊等掲載の広告企画への応募はがきを集計した結果(使用商標のメンズ・カジュアル部門で知名率69.3%)を、使用商標を使用する企業が原告等と関係ないことを一般の需要者が知っていたことを立証するために証拠として提出した。

これに対して、原告は、アンケート調査を行った。

実施主体は、株式会社博報堂である。

実施時期は、不明である。

実施方法は、不明である。

実施対象は、ファッションに興味・関心のある10代ないし40代の男女280名である。

質問事項は、以下の通りである。

- 1) 使用商標を見たことがあるか。
- 2) 使用商標の商品を購入したことがあるか。
- 3) 原告の著名商標と使用商標は、兄弟ブランドないしファミリーブランドと思うか。
- 4) 原告の著名商標と使用商標は無関係であることを知っていたか。

これに対する回答は、以下の通りである。

- 1) 見たことがある又は気がする(94.6%)。
- 2) 購入したことがある(34.3%)。
- 3) 兄弟ブランド等であると思う(68.2%)。
- 4) 無関係を知っていた(23.6%)。

博報堂の上記アンケート調査の結果は、使用商標が認知されていたとしても、それは、原告の業務に係る商品との間に出所の混同が生じ、それが解消されないまま継続していることを裏付ける証拠として採用されている。

#### 【解説】

被告が使用商標の認知度を示すことにより、混同要件を回避しようとしたのに対して、原告が、使用商標が認知されているものの、出所の混同が生じたまま認知されていることを、アンケート調査を実施することにより証明した。アンケート調査 VS アンケート調査の事案である。

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

#### 4. 5 クリスピー事件(表1の⑫, 商標権侵害)

他人の登録商標と同一又は類似する商標を指定商品等と同一又は類似の商品等に使用する行為は、商標権侵害を構成する(商標法37条)。

要件事実として、「商標の類似」が問題となる。

商標権侵害における商標の類否については、小僧寿し事件(最判平成9年3月11日)があり、裁判所は、「商標の類否は、同一又は類似の商品に使用された商標が外観、観念、称呼等によって取引者、需要者に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的に考察すべきであり、かつ、その商品の取引の実情を明らかにし得る限り、その具体的な取引状況に基づいて判断すべきものである。右の通り、商標の外観、観念又は称呼の類似は、その商標を使用した商品につき出所を誤認混同するおそれを推測させる一応の基準にすぎず、したがって、右三点のうち類似する点があるとしても、他の点において著しく相違するか、又は取引の実情等によって、何ら商品の出所を誤認混同するおそれが認められないものについては、これを類似商標と解することはできないというべきである(最高裁昭和39年(行ツ)第110号同43年2月27日第3小法廷判決・民集22巻2号399頁参照。)」と判示している。

##### 【アンケート調査の概要】

本件は、被告標章「チョコクリスピー」の使用(シリアル食品)が、原告の登録第524976号商標「KRISPIES」(シリアル食品)に類似するか否かが争われた事件であり、被告標章の「クリスピー」が要部(識別力のある部分)に該当するか否かが争点となった。

需要者が「クリスピー」から、記述語「CRISPY(パリパリする)」を想起すれば、要部ではないことになる。

実施主体は、不明である。

実施時期は、不明である。

実施方法は、街頭面接調査である。

実施の対象は、4歳乃至12歳の子供をもつ45歳未満の400名の女性である。

質問事項は、1)「クリスピー」の意味と2)「Crispy」という英単語の意味である。

回答は、1)に対しては、意味を知らないものが386名、2)に対しては、「パリパリした、カリカリした」を意味する形容詞であることを認識していたものは皆無で、「カリカリした食品」と回答したものが1名にすぎなかった。

このアンケート結果に基づき、裁判所は、被告標章の「クリスピー」の部分は、自他商品の識別標識として機能する要部と認められ、登録商標「KRISPIES」の称呼(クリスピーズ)と類似するとして、商標権侵害を認容している。

##### 【解説】

本件では、商標の類否を需要者に直接質問するのではなく、被告標章のどの部分が要部となるか否かを認定する方法としてアンケート調査を行っており、需要者の英語の認知度を問うかたちとなっている。

英語の認知度を問う質問は、法的価値判断が入らないので、質問としても妥当である。

「クリスピー(CRISPY)」の記述語としての認知率が上がれば、将来的には本件の場合、商標権侵害が否定される可能性もある。

#### 4. 6 UNITED COLLECTION 事件(表1の⑬, 商標権侵害)

##### 【アンケート調査の概要】

本件は、被告標章「UNITED COLLECTION」(「UNITED」と「COLLECTION」の間にスペースのある表示態様)の使用(被服)が、原告の登録第2053119号商標「UNITED/ユナイテッド」(被服等)に類似するか否かが争われた事件

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

である。

裁判所は、アンケート結果は、原告の登録商標と被告標章が類似するという判断を裏付けるものであるとしている。

実施主体は、株式会社流通情報センター及び中谷和夫専修大学教授である。

実施時期は、不明である。

実施方法は、不明である。

実施対象は、不明である。

質問事項は、以下の通りである。

- (1) 商標の類否について
- (2) 同じ会社のシリーズ商品か、何らかの関係がある商標か。

これに対して、以下の回答があった。

- (1) 類似とした者は、70%以上
- (2) シリーズ商品か、何らかの関係があった者は、60%以上

### 【解説】

本件では、高度な法的価値判断を伴う「商標の類似」について質問しており、質問としては不相当であると考ええる。よって、本件アンケート調査の結果を否定すべきであったと解する。

なお、本件では、被告からもアンケート調査の結果が提出されているが、被告のアンケート調査は、原告登録商標と被告登録商標「UNITEDCOLLECTION」(スペースのない態様)を対比させており、侵害事件で問題となっている原告登録商標と被告標章「UNITEDCOLLECTION」(スペースのある態様)を比較していないため採用されていない。

#### 4. 7 Walkman 事件 (表1の⑰, 不正競争防止法2条1項1号)

不正競争防止法2条1項1号は、④商品等表示性、⑤周知性、③使用、④混同等を要件事実としている。

商品等表示の認知度を問うアンケート調査は、

法的価値判断を伴うこともなく、⑤周知性を立証する間接証拠として有効である。

本号の「混同」は、被告の需要者を基準とするから、ホテルのように全国に需要者が存在する場合を除き<sup>34)</sup>、通常は被告の行為地周辺に居住する需要者が対象となる。よって、混同要件の前提要件である周知性に関するアンケートも、このような需要者を対象にすれば足りる。

### 【アンケート調査の概要】

本件は、被告標章「WALKMAN」の使用(靴の販売店の包装袋、看板)が、原告の周知・著名な商品表示「WALKMAN」(携帯用カセットテーププレーヤー)との関係で、不正競争防止法2条1項1号に該当するか否かが問題となった。裁判所は、アンケート調査の結果を採用し、他の証拠とも相俟って、原告の商品表示の周知・著名性を認め、本号を適用している。

実施主体は、電通である。

実施時期は、訴え提起後である。

実施方法は、電話調査である。

実施対象は、東京都、千葉県在住の高校生から40歳台までの合計500名である。

質問事項は、以下の通りである。

- (1) 「ウォークマン」という言葉からどのようなものを思い浮かべますか。
- (2) どこのメーカーの商品ですか。

回答では、「ウォークマン」という言葉からソニーを連想した人は東京居住者で83.3%、千葉居住者で76%に達した。

このアンケート結果も含め裁判所は、「以上の認定によれば、原告商標及びこれが持つ『ウォークマン』の表示及び称呼は、全国的に周知されているにとどまらず高度に著名な商品表示であるとともに、右名称により原告自体を連想する人が極めて多いことが明らかである」との絶大なる評価を商標「WALKMAN」に与えている。



※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

### 【解説】

本件のアンケート調査は、周知性を立証する間接証拠として、原告商品表示の認知度に焦点を絞って行っており、妥当である。

質問事項も、「何を想起するか」という、米国でも信用度の高い「EXXON法」を用いている<sup>35)</sup>。EXXON法は、自由回答方式であり、バイアスがかからないが、その分、回答者が商品の出所以外について回答するというリスクも伴う。本件では、そのリスクも考慮して、(2)の質問では、どこのメーカーかを問う「EVEREADY法」を用いている。

アンケート調査は、需要者が居住する被告の行為地である千葉県とその周辺地域である東京においてなされており妥当である。

## 4. 8 Levi's 弓形ステッチ事件 (表1の②①, 不正競争防止法2条1項1号・2号)

不正競争防止法2条1項1号では「周知性」、同法2号では「著名性」が要件事実となっており、いずれも、需要者の認知度が問題となるので、アンケート調査に馴染むといえる。

混同を要件としない2号の「著名性」の地域的範囲は1号に比べて広範囲なものとなる。

### 【アンケート調査の概要】

本件は、被告標章「弓形ステッチ図形」の使用(ジーンズ)が、原告であるLevi's社のジーンズのポケット部分に使用されている商品等表示「弓形ステッチ図形」との関係で、不正競争防止法2条1項1号又は2号に該当するか否かが問題となった事件である。

原告は、原告商品等表示の周知性、著名性を立証するために、アンケート調査を実施したが、認知率は周知性の域までは達していたものの、著名性の域までは達していなかったため、不正競争防止法2条1項1号は適用されたが、同法2号の適用は否定されている。

実施主体は、不明。

実施時期は、不明。

実施方法は、不明。

実施対象は、以下の通りである。

- (1) 過去6ヶ月間にジーンズを購入した者
- (2) 過去1年以内にいずれかのブランドのジーンズを自分で購入(購入してもらったものも含む)した15歳から34歳までの男女
- (3) ジーンズメーカー、アパレルメーカーに本人、家族が勤務している者を除いた一般消費者

質問事項は、弓形ステッチを見せて出所を確認するものである。

(1)~(3)の対象者の回答は以下の通りである。

- (1) 出所について、リーバイスと回答、46%(15歳から29歳)、31%(15歳から34歳までの男女)
- (2) 確かに見た又は見たような気がするとの回答が86%、その内リーバイスと回答したものが、37%。
- (3) リーバイスと回答したものが、18.3%。

なお、本件については、原告の商品等表示「501」についてもアンケートが行われている。こちらの認知率は、一般消費者で16.6%となっており、1号は適用されているが、2号は否定されている<sup>36)</sup>。

### 【解説】

一般消費者の認知率が、18.3%では、1号の周知性は認められるが、2号の著名性は認められないと判断し、1号と2号の違いを数値で示した判決である。混同を要件としない2号の著名性には、少なくとも50%前後の認知率が必要となろう。

1号の周知性について、田村善之教授は、「あえて一般論をいえば、10%を超える程度の認知度でも周知といってもよいのではなかろうか。

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

さもないと、例えば、ラーメン店でも、札幌市街全域で周知とされる店の数は10余りに限られてしまい、過度に混同行為が放置されることになりかねないようにおもわれる。」との見解をとられる<sup>37)</sup>。

## 5. 不採用例の概要と解説

### 5. 1 ヤクルト立体商標事件 (表1の④, 商標法3条2項)

商標法3条2項に関する立体商標の事件で、裁判で本項の適用が認められた事件は、筆者の知る限りでは1件もない<sup>38)</sup>。

出願される立体商標には文字商標が付されていないが、実際に市場に流通している商品には文字商標が付されているため、売上高、販売数量、広告宣伝費等の証拠を提出しても、文字商標の力を借りずに、立体商標のみで自他商品識別力を取得したことを認定することに裁判所は慎重である<sup>39)</sup>。

このような裁判実務においては、立体的形状のみからなる立体商標を提示したアンケート調査が必要となる。

#### 【アンケート調査の概要】

本件は、ヤクルト社の乳酸菌飲料の容器からなる立体商標について、指定商品「乳酸菌飲料」(29類)について商標法3条2項の適用を求めた事件である。

本件立体商標についてアンケート調査が実施されており、立体商標のみで自他商品識別力を獲得したことを証明する証拠として、他の証拠(証明書等)と共に審判部、裁判所に提出された。

実施主体は、不明である。

実施時期は、審判係属中である。

実施方法は、街頭面接調査である。

実施対象は、首都圏(男女各250名)、近畿圏

(男女各250名)の合計1,000名である。

質問事項は、不明である。

回答としては、立体商標を見て原告の業務に係る商品であることを認識した者が82.9%であった。

実施対象が1,000名という大掛かりなアンケート調査であったが、採用されていない。

不採用の理由は、(1)他社の類似の容器との比較がなされていないこと、(2)回答用紙に「ヤクルト」、「ヤクルト以外の商品」という項目があり、回答者が誘導された可能性があったためである。

#### 【解説】

世界で1日約2,500万本飲まれている人気商品(ヤクルト)の立体商標出願であったが、登録が認められなかった。

他社が類似の容器を使用している場合<sup>40)</sup>には、相対的に出所表示力が弱くなるので、他社の容器も並べて、実際の販売状況を作った上でアンケートを実施した方が裁判所も受け入れやすいということになる。

質問事項と回答用紙の記載が誘導尋問にならないように、注意する必要がある。

なお、ヤクルトの立体商標については、英国において異議事件があり(認容)、アンケート調査の結果(立体商標とヤクルトを関連づける者は14%に過ぎない)が異議申立人から証拠として提出されている<sup>41)</sup>。

### 5. 2 三共消毒事件(表1の⑩, 商標法4条1項15号)

#### 【アンケート調査の概要】

本件は、被告の登録第3330898号商標「三共消毒」(37類—衛生害虫の駆除等)が、三共株式会社(原告)の商標「三共」との関係で商標法4条1項15号に該当するか否かが問題となった事件であるが、裁判所は本号の適用を否定した。

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

アンケート調査も採用されていない。

実施主体は、株式会社ケイ・エフ・エスである。

「アンケート調査企画書」、「統計表」、「報告書」、「調査原票」が提出されている。

実施時期は、審決後である。

実施方法は、実施主体の契約調査員が対象者を訪問して直接面談する方法である。

実施対象は、首都圏(目黒区ほか9箇所)、大阪圏(大阪市ほか9箇所)の賃貸家屋を除く木造一戸建ての持ち家居住の主婦又は主人である。首都圏30km圏及び大阪20km圏に住む者各150名サンプル(合計300サンプル)を無作為抽出(ランダムサンプリング層化二段抽出)する方法により選出している。

質問事項は、次の通りである。

- 1) シロアリ駆除業者で(株)三共消毒はご存知ですか。
- 2) 新三共胃腸薬、かぜ薬のルル、リゲイン等を販売している三共(株) [くすりの三共] はご存知ですか。
- 3) (株)三共消毒と三共(株) [くすりの三共] とは、子会社等何らかの関連がある会社だと思われませんか。
- 4) (株)三共消毒の社名に『三共』の文字が入っていると、三共(株) [くすりの三共] と紛らわしいと思われませんか。

これに対する回答は、以下の通りである。

- 1) 被告を知っている (38.7%)。
- 2) 不明。
- 3) 原告と被告が関連会社 (55.7%)。
- 4) 被告社名に「三共」があると原告と紛らわしい (65.3%)。

2)の質問については、1)と対照とするために、「シロアリ駆除で三共(株)はご存知ですか。」とすべきであったと説示している。

3)及び4)の質問は、被告商標をその指定役務に使用した場合に、当該役務が、原告又は原告

と組織的、経済的に何らかの関係を有する者の業務に係る役務であるかのように、役務の出所の混同が生ずるかという観点から作成するものでないから採用することができないと説示している。

#### 【解 説】

被告の認知率が38.7%もあるので、本号の混同を立証するためには、2)の質問について、被告の領域における原告の認知率を測るような質問にする必要があった。

本号は、役務の出所の混同防止の規定であり、広義の混同を含むから、3)及び4)については、そのような観点から質問を作成すべきであったというのが、裁判所の考えであるが、誘導質問(Leading question)になるので、このような質問も避けるべきであろう<sup>42)</sup>。

### 5. 3 Budweiser事件(表1の⑮, 商標権侵害)

#### 【アンケート調査の概要】

本件は、被控訴人(チェコBB社: Budejovicky Budvar narodni podnik)による標章「BUDWEISER BUDVAR, NATIONAL CORPORATION」(ビール)の使用が、控訴人(米国AB社: Anheuser Bush Inc.)の登録商標「Budweiser」(ビール)との関係で商標権侵害を構成するか否か、また、不正競争行為に該当するか否かが問題となった事件であり、要件事実「類似」との関係でアンケート調査が実施されているが、採用されていない。また、上記商標については、商標権侵害も否定され、不正競争防止法も適用されていない。

実施主体は、マーケティングリサーチ会社である。

実施時期は、不明である。

実施方法は、不明である。

実施対象は、204人で、このうち海外のビールを月に1回以上飲用する者は106人であった。

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

質問事項は、被告標章が使用されているチェコ語標章ビールを見た後に、「今ご覧頂いたビールは、何のブランド（メーカー）のビールだと思いますか。」として、回答のための空欄を設けてある。

回答の3割は、被控訴人のビールを見て、控訴人のビールと誤認した。

裁判所は、海外ビールを飲む人が106人で、十分な人数とはいえないこと、回答者に対して、何らかのブランド（メーカー）を回答しなければならないとの一定の心理的圧力を及ぼしており、その結果、回答者が記憶している有名ブランドに似ているようなブランド名をあえて回答するような事態も想定されるとして、アンケート調査の結果を採用していない。

### 【解説】

商標「Budweiser」を巡る紛争は、世界各地で起きており、日本では一部侵害、一部非侵害となっている。英国では両社の使用・登録が認められ、ドイツでは、AB社の使用が禁止されている(2001年7月ミュンヘン高等裁判所)<sup>43)</sup>。米国では禁酒法の時代を経て、1939年にAB社が使用することで合意されている。

母集団を海外のビールを飲む人とし、標本数も200人ほどにして、「(被告標章を使用した)ビールを見て何を想起しますか」との質問をして、AB社を想起すると回答した者が、BB社を想起する者を圧倒的に上回れば、「商標の類似」、「混同」の要件事実を証明する間接証拠として採用された可能性がある。

### 5. 4 Sake Cup 事件 (表1の⑱, 不正競争防止法2条1項1号)

#### 【アンケート調査の概要】

本件は、被告標章「白鶴 SAKE CUP(青地に白抜き)」の使用(清酒)が、原告の商品等表示「OZEKI ONE CUP(青地に白抜き)」(清酒)と

の関係で、不正競争防止法2条1項1号の「不正競争」に該当するか否かが問題となった事件である。ここでは、要件事実「混同」の立証のために、アンケート調査が実施された。

神戸地裁でのアンケート調査が否定されたため、大阪高裁係属中に、実施主体を変更して再度アンケート調査を行ったが採用されていない。また、本号も適用されていない。

実施主体は、㈱サーベイネットワークである。実施時期は、大阪高裁係属中である。

実施方法は、街頭面接調査である。

実施対象は、月1回以上飲酒習慣のある20歳から59歳までの男女の通行人、関東圏157名、近畿圏155名の合計312名である。

質問は、以下の方法でなされた。

- 1) 被告商品を単品で凝視する方法
- 2) 被告商品と原告商品を店頭陳列と同様に並べて至近距離から観察する方法
- 3) 他社製品を含めたカップ酒を一行に配置し至近距離から観察する方法
- 4) 原告商品を購入した経験者に、購入時他の銘柄と誤認した、あるいは誤認しそうな経験を経験したかを質問

回答は、以下の通りである。

- 1) 原告商品と誤認混同したもの-8.3%
- 2) 原告表示と被告表示が類似としたもの-77.6%

その理由を文字の形・ロゴ・「CUP」の字体によるとしたもの-30.1%

- 3) 原告商品に類似するものとして被告商品を選択したもの-86.9%
- 4) 被告商品との誤認を経験したもの-7.1%  
誤認に気が付いた時を代金支払後とする者-誤認経験者の40.9%

これに対して、裁判所は、「被告製品を単品で凝視する方法でも原告商品と誤認混同した者が8.3%も含まれていることから明らかなように、原告表示中の「OZEKI」、被告表示中の「鶴」の

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

マークや「白鶴」の文字の意味を理解して銘柄を識別するだけの注意力をも欠いた対象者が一定数含まれていたといわざるを得ないうえ、通俗的な意味で「似ている」との回答は、ラベルの下地が青地に白抜きという点で共通していること（この点に本来自他識別力がないことは前記の通りである）に相当影響されていると窺われること、さらに、現実に原告商品と被告商品を誤認して購入したという経験者の割合（約7%）は、右の通常の注意力を欠いた対象者の割合より低く、そのうちに含まれる可能性があることからすると、右調査結果が、酒類の需要者として通常の注意力を有する対象者の意識を正確に反映したものとは直ちに言い難い。」と説示して、アンケート調査の結果を採用せず、むしろ、「原告商品と被告商品とを誤認しなかった者の割合は、逆に9割を超えることになるのであって、いわば10中8、9は混同していないこと、すなわち平均的な需要者においては混同を生じないといいうることのできる」と混同を否定する方向でアンケート調査の結果を解釈している。

#### 【解説】

注意力の低い需要者を標本として抽出しているとして、アンケート結果を採用しなかった。

逆に、9割が誤認しなかったとのアンケート調査結果が、原告の不利に働いてしまった事案である。

### 5.5 ふりかけさまざま事件（表1の⑬，不正競争防止法2条1項1号）

#### 【アンケート調査の概要】

本件は、被告包装の使用（ふりかけ）が、原告の包装（ふりかけ）との関係で、不正競争防止法2条1項1号の「不正競争」に該当するかが問題となった事件である。ここでは、要件事実「類似」の立証のために、アンケート調査を行ったが採用されていない。また、本号も

適用されていない。

実施主体は、日本インフォメーション㈱である。

実施時期は、不明。

実施方法は、不明。

質問事項は、以下の通りである。

- 1) 被告包装から被告の会社名を隠してメーカーを問う
- 2) 被告包装から御飯茶碗の写真以外を隠してメーカーを問う

回答は、以下の通りである。

- 1) 原告のふりかけ—28%
- 2) 原告のふりかけ—45%

裁判所は、「原告のふりかけの販売額は、被告のふりかけの販売額の10倍以上であると認められるから、上記のようなアンケートをした場合には、原告と答える者が多くいたとしても、そのことが、必ずしも両者の類似性を基礎づけるものということとはできない。したがって、この事実が上記認定を左右するものということとはできない。」と判示して、要件事実「類似」の証拠としてアンケート調査を採用していない。

#### 【解説】

不正競争防止法2条1項1号では、「類似」と「混同」は別個の要件となっているため、「類似」の要件<sup>44)</sup>は、「混同」の要件とは別個に立証する必要がある。

原告と被告の包装を比較すると、全体的な印象がかなり異なっているため、類似の要件を満たすのには無理があったといえる。アンケートの結果は、原告のシェアの大きさが原因とはいえ、包装の類似性には直結しない。

田村善之教授も、「原告が圧倒的シェアを有している場合（被告ふりかけの10倍の販売額）には、類似性を肯定することはできないとする判決がある。ふりかけというだけで、原告の名前を回答した者の割合が多いと推測されるという

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

ことだろう。」と解説されている<sup>45)</sup>。

## 6. アンケート調査のあるべき姿

アンケート調査は、社会調査<sup>46)</sup>の担当者と知的財産の担当者が協力してはじめて、完成度の高いものが実施できる。これは、社会調査の担当者には、商標法、不正競争防止法の知識がなく、知的財産の担当者には、社会調査の知識がないためである。

今まで、見てきた裁判例を基に、アンケート調査を行うにあたって、留意すべき点を以下にまとめる。

### 6. 1 要件事実の把握と実施時期

#### (1) 要件事実の把握

どの条文のどの要件事実との関係で、アンケート調査を実施するのか、しっかり認識する必要がある。また、その条項についての最高裁の解釈も十分理解しておく必要がある。

これが、質問事項の選択、母集団の選択等に影響を与える。

#### (2) 実施時期

実施時期については、各条項の判断基準日に近接していることが望ましい。

審決取消訴訟の案件については、審決前に実施するのが望ましい(①純事件は審決後、⑤角瓶事件は審決前)。

不正競争防止法2条1項1号及び同2号との関係では、被告の先使用権の抗弁(不正競争防止法12条3項及び同4項)との関係で、被告の使用時期に周知性又は著名性を獲得していたことを立証する必要がある。

### 6. 2 質問事項と選択肢

質問事項が適切でないために、採用されないアンケート調査が多い(⑩三共消毒事件)。特に、誘導尋問になるような質問事項・選択肢は

避ける必要がある(④ヤクルト事件、⑬日経ギフト事件)。

要件事実との関係で質問を考える必要があるが、アンケートの対象者は、法律のプロではないので、法的価値判断を伴う質問は避けなければならない。「商標の類似」、「混同」を直接問う質問は、法的価値判断を伴うので、不適格である。⑭UNITED COLLECTION事件のアンケート調査(商標の類否)の結果の採証には、この意味で疑問が残る。

商標の認知度を問う、「～から、何を想起しますか」(Top of Mind)が、法的価値判断も伴わず、かつ、誘導的でないので、適切な質問と言える。商標法3条2項、「周知性」、「著名性」の要件事実の立証にも資する質問である。「商標の類似」、「混同」については、直接的でないが、商標の認知度はこれらの要件を判断する場合の重要な証拠となるから、他の証拠と組み合わせることにより、これらの要件を立証することができる(⑦キシリデント事件、⑧SEVEN UP事件、⑩Polo Club事件)。

英語の意味の認知度を測ることにより、商標の要部がどこにあるかを判断する場合にもアンケート調査は利用できる(⑫クリスピー事件)。

米国では、混同惹起率を測定する方法として、すでに紹介したEVEREADY法(どこのメーカーか)、EXXON法(何を想起するか)以外に、Simonson法がある。例えば、被告標章「WANASONIC」の長所を挙げさせて、回答者が原告商標「PANASONIC」の長所を挙げれば、混同が生じていると判断する方法である<sup>47)</sup>。商標の認知度を問う調査より、一步踏み込んだ調査といえる。日本では、このような調査方法はまだとられていない。

### 6. 3 母集団

要件事実に合わせて、(1)需要者(年齢、女性、男性、相手方の商品・役務分野)、(2)市場(高級

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

品か否か)、(3)地域を考慮した母集団を決定する必要がある。

海外のビールについては海外のビールを飲む人を母集団とすべき(⑮Budweiser事件)、ウィスキーの場合に女性も母集団に含めるべき(⑥角瓶立体商標事件)、高級品市場の需要者を選定したか(⑯BATTUE CLOTH事件)との判決があるので、事案によっては、きめ細かな検討が必要である。

商標法3条2項、不正競争防止法2条1項2号の場合には、地域は全国となる(⑤角瓶事件、⑳呉青山学院事件)。これに対して、商標法4条1項10号<sup>48)</sup>、不正競争防止法2条1項1号の場合には、原則、特定地域ということになる(⑰Walkman事件)。

## 6.4 標本の抽出

母集団全員を調査することはできないので、標本の抽出が必要となる。

商標法3条2項、不正競争防止法2条1項2号のように母集団が全国の需要者となる場合には、1)地域の抽出(東京及び大阪)、2)地域からの人の抽出、といった2段階抽出が必要となる(⑤角瓶事件)。

不正競争防止法2条1項1号のように需要者の地域が特定される場合には、その特定地域から人を抽出すればよい(⑰Walkman事件)。

標本数が少なすぎる(106名)とアンケート調査の結果は採用されない(⑮Budweiser事件)。200名ほどの標本数が必要となろう(⑤角瓶事件)。表2を参照されたい。

注意力の低い需要者を標本として抽出しているとして、アンケート調査の結果を採用しなかった裁判例もある(⑱Sake Cup事件)。

## 6.5 評価

### (1) 評価対象

上述の1)質問事項、2)母集団、3)標本抽出の

ほかに、4)調査の方法(街頭面接調査、訪問調査、郵便調査、電話調査、インターネット調査、新聞広告調査)、5)調査会社の適格性、6)データの正確性の点も、評価の対象となる<sup>49)</sup>。例えば、インターネット調査の場合、2番目、3番目(だんだんとヒントが多くなる)の質問に回答した後に1番目の質問に回答できるようになっているか否かは重要なポイントとなる。後から最初の質問に戻れる場合には、最初の質問に対する回答は、採証することはできない。

### (2) 標本誤差

標本には誤差があるから、アンケート結果を評価する場合には、この誤差も考慮しなければならない。誤差は、標本の数が多く、かつ、その結果の比率が高い場合には、最も低くなる(⑤角瓶事件の解説参照)。本稿で紹介した街頭面接調査の中では、④ヤクルト立体商標事件が、標本数(sample size)1,000名と最大である(表2)。

### (3) 要件事実とアンケート調査の結果の比率

アンケート調査の結果の比率から、直接、各条文の要件事実を満たすか否かを判断することはできないが、適正なアンケート調査がなされた場合には、一つの目安となる。いままで見てきた裁判例によると以下のように整理される。

商標法3条2項では77%(⑤角瓶事件)、74.9%(③Epi事件)の認知率で適用が認められている。

商標法4条1項15号では、4%(⑧SEVEN UP事件)の認知率で著名性が否定され、47.1%(⑨Polo Club事件)の認知率で著名性が認定されている。

不正競争防止法2条1項1号では、83.3%、76%(⑰Walkman事件)、18.3%、16.6%(⑳Levi's弓形ステッチ事件)の認知率で、周知性の要件を満たすと判断されている。

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

表2 アンケート調査・標本数リスト

No.	事 件 名	標 本 の 数	方 法	結 果
1	②いかしゅうまい	合計100名 20歳以上の男女100人	街頭面接	×
2	④ヤクルト立体商標	合計1,000名 首都圏500名（男女各250名） 近畿圏500名（男女各250名）	街頭面接	×
3	⑤角瓶（文字）	合計200名 東京，大阪の男性各100名	街頭面接	○
4	⑥角瓶立体商標	合計200名 東京，大阪の男性各100名	街頭面接	×
5	⑧SEVEN UP	合計475通 3,000通中475通 （回収率15%）	郵送 （電話帳による 無作為抽出）	○
6	⑩三共消毒	合計300名 木造一戸建ての持ち家居住の主婦又 は主人 首都圏9ヶ所，大阪圏9ヶ所	訪問面接 （無作為抽出）	×
7	⑫クリスピー	合計400名 4歳乃至12歳の子供をもつ45歳未満 の女性	街頭面接	○
8	⑬日経ギフト	合計374通 1,600通中374通 （回収率23%）	郵送	×
9	⑮Budweiser	合計204名 内，海外ビールを月に1回以上飲用 する者は106名	不明	×
10	⑯BATTUE CLOTH	合計51名	不明	×
11	⑰Walkman	合計500名 東京・千葉在住の高校生から40歳代 まで	電話調査	○
12	⑱Sake Cup	合計312名 関東圏157名，近畿圏155名で月1回 以上の飲酒習慣のある20歳から59歳 までの男女の通行人	街頭面接	×
13	㉒呉青山学院	合計3,799名 青山学院大学への入学志願者	不明	○

不正競争防止法2条1項2号では、18.3%、16.6%（②Levi's弓形ステッチ事件）の認知率で、著名性の要件が否定されている。

諸外国の例をみると、米国の商標権侵害事件では、15%から20%の需要者が混同すれば、侵害が認められている<sup>50)</sup>。ドイツでは、80%以上<sup>51)</sup>の認知率で著名性（famous）が、40%以上の認

知率で周知性（well-known）が認められている。フランスでは、20%以上の認知率で周知性が認定されている。イタリアでは、71%の認知率で周知性が認定されている<sup>52)</sup>。

## 7. おわりに

日本の裁判例を素材にアンケート調査につい



## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

て検討してきた。

「～から、何を想起しますか」(Top of Mind)との質問が、誘導性及び法的価値判断を排除し、需要者心理を端的に問うものとして現段階ではベストである(ここで、活きのいい素材をそろえる)。あとは、この質問に対する結果を、要件事実との関係で、論理法則、経験則に基づき、どのように評価し、他の間接証拠(売上高、販売数量、広告費、PR活動)と共にどのように主張・立証していくかが重要である(どのように料理するか)。

アンケート調査の結果は、通常、間接証拠の一つに過ぎず、証拠としては、脇役であることを忘れてはならない。

### 注 記

- 1) 満田重昭『不正競争法の研究』発明協会(1989年)、田倉 整「アンケート調査の証拠価値—商標・不正競争防止法をめぐる争い—」発明91巻2号(1994年)、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』信山社(1995年)、山口朔生「アンケート調査の証拠価値」『知的財産をめぐる諸問題—田倉整先生古希記念—』発明協会(1996年)、三山峻司「不正競争防止法における著名表示と周知表示の関係」『パテント』51巻5号(1998年)、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—」中山信弘編集代表『知的財産法と現代社会—牧野利秋判事退官記念—』信山社(1999年)、小野昌延「日本の商標法におけるアンケート調査」原井龍一郎先生古稀祝賀『改革期の民事手続法』法律文化社(2000年)、松尾和子「使用による識別力を取得したとされた事例」判時1746号240頁、田村善之『不正競争法概説(第2版)』有斐閣(2003年)。外国の文献として(すべて、INTA(旧USTA)発行 Trademark Reporter), Lawrence E. Evans, Jr and David M. Gunn “Trademark Surveys”, Vol. 79(1989年), Page 1, Itamar Simonson “The effect of survey method on likelihood of confusion estimates: conceptual analysis and empirical test”, Vol.83(1993年), Page 364, Sandra Edelman “Failure to conduct a survey in trademark

infringement cases: a critique of the adverse inference”, Vol.90(2000年), 746, Vincent N. Palladino “Secondary meaning surveys in light of lund”, Vol.91(2001年) Page 573, Steven B. Polotilow and Stephen A. Fefferman “FTDA Survey evidence: does existing case law provide any guidance for constructing a survey?”, Vol.91(2001年), Page 1150, Richard J. Leightton “Using(and not using)the hearsay rules to admit and exclude surveys in lanham act false advertising and trademark cases”, Vol.92(2002年) Page 1305, Dr. John P. Liefeld “How surveys overestimate the likelihood of consumer confusion” Vol.93(2003年), Page 939.

- 2) 前田達郎「主張責任と立証責任について」民商法雑誌第129巻第6号(2004年)779頁。
- 3) 井上・前掲注1)36頁, 37頁。私鑑定を書証(証拠方法)としてよりも、当事者の専門的主張として位置付ける見解として、木川統一郎「訴訟原則と民事鑑定」判タ1057号48頁, 木川統一郎「争点整理過程で提出された私鑑定書の取り扱いについて」判タ1071号54頁がある。
- 4) 判時1471号143頁。アンケートが審決後になされたものであること、アンケート内容が称呼に関するものであることを理由に採用されていない。本件商標は最終的に登録されていない。ただし、再出願された商標「純」(33類:焼酎)は、商標法3条2項により登録された(登録第4567651号)。
- 5) 最高裁 WP。福岡県という狭い地域でなされたアンケート調査であるにもかかわらず、3割以上の人が原告以外の会社と本件商標を結び付けていたため、採用されていない。本件商標は最終的に登録されていない。
- 6) 最高裁 WP。審決のあった平成10年において行ったアンケート調査で、本件商標を使用したバッグを見た者の74.9%が原告(ルイ・ヴィトン)の商品であることを認識していた。また、訴訟提起後の平成12年5月13日から15日に(株)社会調査研究所(現、(株)インテージ)が行ったインターネットによるアンケート調査では、本件商標を付したバッグの写真から62.8%の回答者が原告の商品であることを認識し、本件商標のみから70%が原告の商品であることを認識していた。本件商標は最終的に登録されている。判例評釈として、松尾・前掲注1)240頁がある。

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

- 7) 最高裁 WP。詳細は、5.1参照。
- 8) 最高裁 WP。詳細は、4.1参照。
- 9) 最高裁 WP。㈱社会調査研究所（現、㈱イメージ）の行ったアンケートの対象者がすべて男性であるところ（200人）、商品「ウイスキー」の取引者、需要者は男性に限られないから、対象者の選定に適切性を欠くとして、不採用となっている。本件商標から、原告（サントリー）の商品であると回答しているものが、74%と高い数字になっていること、ウイスキーの需要者は男性の方が圧倒的に多い点より、本件アンケート調査は採用してもよかったと解する。本件商標は最終的に登録されていない。
- 10) 最高裁 WP。詳細は4.2参照。
- 11) 最高裁 WP。無体集9巻1号504頁。4.3参照。
- 12) 最高裁 WP。日経新聞に掲載されたフレーム・サングラス連合広告「I Love EYES.」の読者アンケートの結果報告について、「ポロラルフローレン」の地名率は回答者数769名中の47.1%で1位であることを斟酌して、米国ポロ者の使用する引用標章「Polo（ポロ）」の著名性を認定している。その結果、登録第1966815号商標「Polo Club」（眼鏡等）は、商標法4条1項15号に該当するとして無効となった。
- 13) 最高裁 WP。詳細は5.2参照。
- 14) 最高裁 WP。詳細は4.4参照。
- 15) 最高裁 WP、控訴審（大阪高判 H4.9.30）。詳細は4.5参照。
- 16) 最高裁 WP、原審（東京地判 H3.2.25）。1,600通のアンケート用紙を商標権者の発行している雑誌「月刊GIFT」の読者を対象に発送し、374通の回答（回収率23%）を得たものであるが、雑誌「月刊GIFT」と「日経ギフト」が紛らわしいか否か紛争中であることを前置きしていること、質問が混同をしたことがあるか否かを、「ある」、「ない」で回答させるもので、その混同の具体的状況、態様が明らかになっていないことを理由に採用されていない。使用商標「日経ギフト」は、登録商標「GIFT」の商標権を侵害しないと判断されている。
- 17) 最高裁 WP。詳細は4.6参照。
- 18) 最高裁 WP、原審（東京地判 H14.10.15）。詳細は5.3参照。
- 19) 最高裁 WP、原審（東京地判 H3.12.16）。控訴人のアンケート調査に応じた51名中、50名が「BATTUE CLOTH」を知らなかったと回答したが、回答者の選定が適切であったか疑問が残ること、ハンティング・ワールド社のバッグが高級品市場における需要者を対象としていることに照らして、周知性の判断を左右するものではないとして、アンケート調査は採用されていない。
- 20) 特許ニュース No.9353,9357,9359（平成8年6月）。詳細は3.7参照。
- 21) 判タ986号289頁、原審（神戸地判 H9.7.16・日本的財産協会判例集2348頁）。詳細は5.4参照。
- 22) 最高裁 WP。詳細は5.5参照。
- 23) 判時1713号115頁、控訴審（東京高判 H13.12.26・最高裁 WP）。詳細は4.8参照。
- 24) 判時1713号115頁、控訴審（東京高判 H13.12.26・最高裁 WP）。詳細は4.8参照。
- 25) 最高裁 WP。青山学院大学の入学者3,799名中2,089名が「当該大学の知名度が高い」と回答し、青山学院大学の学生が大学を選んだ理由として「社会的に有名であること」と回答した者が44.1%に上っている事実、全国的な広報活動をもとに、原告の商品等表示「青山学院」の著名性を認定している。
- 26) 最高裁 WP。本件は、被控訴人が、登録商標「BOSS」（ネクタイ等）に基づき、控訴人が商標「BOSS CLUB」を使用する商品「ネクタイ」を販売する行為が商標侵害を構成するとして、控訴人の取引先である西友に当該商品の取り扱いを中止するように求める行為が不正競争防止法2条1項14号（信用毀損行為）に該当するか否かが争われた事件である。控訴人は登録商標と商標「BOSS CLUB」が類似しない理由として、アンケート調査（無作為抽出）の結果「登録商標『BOSS』の知名度は、10.9%にすぎない」を提出したが、裁判所は、この結果を、「登録商標『BOSS』の知名度は相当程度存していたものと推認される。」と説示し、被控訴人に有利に解釈している。本件では、登録商標「BOSS」と商標「BOSS CLUB」は類似すると判断され、不正競争防止法2条1項14号に基づく請求は棄却されている。
- 27) 街頭面接調査の場合、200名の標本で、200万円から300万円の費用がかかる。インターネットの場合には、50万円ほどになる。郵送の場合、モニターの場合と一般需要者の場合で、コストが異なる。これは、回収率の違いによる。
- 28) 同旨、田村善之『商標法概説（第二版）』弘文堂

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

- (2000) 189頁, アマンド事件 (東京高判昭和59年 2月28日・判時1121号111頁)
- 29) 商標法3条1項3号の趣旨には, (1)独占適用性と (2)自他商品識別力の二つがあり (ワイキキ事件・最判昭和54年4月10日), 独占適用性は, 特に, 取引者についての問題であるから (EARL GREYS 事件・東京高判昭和56年5月28日), 母集団には, 取引者も含めるのが望ましい。
- 30) 標本誤差の早見表については, 内田治・醍醐朝美『実践アンケート調査入門』日本経済新聞社 (20001) 168頁参照。
- 31) 電球に使用する被告商標「EVER-READY」が電池について使用されている原告の商標「EVER-READY」と混同されるおそれがあるか否かが争われた EVERREADY 事件 (Union Carbide Corp. v. Ever-Ready, Inc., 531 F.2d 366, 188 USPQ623(7th Cir. 1976), cert. denied, 429 U.S. 830, 191 USPQ 416(1976)) では, (1)この商品はどこの (誰の) 商品だと思いますか?, (2)どうしてそう思うのですか?, (3)この商品を出しているのと同じ会社が出している製品名を挙げてください, との三つの質問がなされている (井上・前掲注1) 43頁)。
- 32) 三宅正雄元東京高裁裁判長も, 「わたしは, かねてから, 二つの商標が類似するか否かの判断は, 私を含む実務家にとって, スフィンクスの謎にも比すべき, 永遠の難題であり, それが容易に解きたい難問である所以は, 商標が現実の流通社会において機能している生き物だからである」と述べられている (「商標の対比に関する一考察—訴訟事件を視点として—」特許研究10号16頁 (1990年))。
- 33) 米国においても, 「『混同のおそれ』の判断は, 法的判断と事実判断とのハイブリッドとしての性格を持つから, 回答者に裸の判断を委ねることは妥当でない」とされている (井上・前掲注1) 39頁)。
- 34) 小野昌延博士は, 「ホテル名の混同調査では宿泊客の混同が問題であるから, 母集団は全国の見込み客であり, そのホテルの周辺の者を母集団にすることは適当でない。」と指摘される (小野・前掲注1) 原井古稀祝賀129頁)。
- 35) EXXON 事件 (Exxon Corp v. Texas Motor Exchange of Houston, Inc., 628 F.2d 500, 208 USPQ 384(5th Cir. 1980)) では, 被告の「TEXON」という表示を見せて, (1)この商標を見て最初に想起するのは何か, (2)どうしてそれを想起したと思うか, (3) (会社名が回答されなかった場合) この商標を見て最初に想起する会社はどこか, (4)どうしてその会社を想起したと思うかという質問の妥当性が認められたが, (2)及び(4)の質問の存在がその妥当性の根拠とされている (井上・前掲注1) 45頁)。
- 36) 田村善之『不正競争法概説 (第2版)』有斐閣 (2003年) 241頁は, 「少なくとも, 『501』という標章を示されて出所をリーバイスと答えた一般消費者が 16.6%という調査結果がある場合に, その著名性が否定されるのは当然であろう」との見解をとられる。筆者も同意見である。なお, 商標「501」は, 指定商品「ジーンズパンツ」について登録第2614101号商標として, 商標法3条2項に基づき登録されているが, 審判 (審判番号: 昭和62-12416号) で, 本件アンケート結果を提出していたならば, 登録を否定する方向に作用したと考える。
- 37) 田村・前掲注36) 241頁。
- 38) 審査段階で商標法3条2項が適用された例としては (早期審査対象出願), Addidas 社の3本ラインの靴の立体商標 (25類) がある (登録第4522864号)。
- 39) イタリアのフェラガモ社が出願した  $\Omega$  の2つの形状からなる立体商標 (14類, 18類) の商標法3条2項適用が問題となった事件において, 裁判所は, 「原告商品における自他商品の識別は, 上記の文字商標によりなされており, 需要者が, 婦人用バッグの部品の一部にすぎない留め金具に注意を払い, その形状のみを見て出所を識別し, 購入するとは認められない。」と判示している (東京高判平成14年7月18日)。実際の立体商標には, 「Ferragamo」の文字商標が使用されていた。
- 40) 本件では, 審査段階で, 提出者の名前を省略した「情報提供書 (刊行物等提出書)」が特許庁に提出されており, そこには, 他社の類似する容器の使用例が示されている。
- 41) 英国異議第50421号 (2004年3月10日決定), <http://www.patent.gov.uk/tm/legal/decisions/interpartes2004.htm> より入手可能。本件では, 出願番号第2179331号 (1998年10月12日出願) の立体商標が異議で識別力なしとの理由で拒絶されているが, その前に, 同じ立体商標について, 出願番号第1560018号 (1994年10月31日出願) が, 英国高

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

等法院 (High Court) に係属し、最終的に識別力なしで拒絶が確定している。英国高等法院では、アンケート調査 (38%の認知率) がヤクルト側から提出されているが、最初にコカ・コーラ社のボトルの写真を見せて商標名を質問し、その後ヤクルト社のボトルの写真を見せて商標名を質問する手法が、誘導的であると批判されている ([08/03/2001]RPC39)。質問内容は、次の通りである。最初に Coca-Cola 社のボトルの写真を見せて、「This is a photograph of a product which you may or may not have seen before. It comes in a bottle shaped like this, but of course it would have a brand name on it. Do you recognize this as a product that you have seen before? (Yes と回答した者に対して) What brand or product is it?」、次にヤクルト社のボトルの写真を見せて、「This time we have an actual pack to show you. This is a product which you may or may not have seen before. It comes in a pack this shape and size, but of course it would have a name description on it. Do you recognize this as a product that you have seen before? (Yes と回答した者に対して) What brand or product is it?」。

42) 米国においても、このような質問は誘導質問になるとの批判があるようである (井上・前掲注1), 41頁)。

43) 木元富夫「近代ドイツの特許と企業者活動」泉文堂192頁乃至194頁。

44) 最高裁は、「ある営業表示が(旧)不正競争防止法1条1項2号にいう他人の営業表示と類似のものにあたるか否かについては、取引の実情のもとにおいて、取引者又は需要者が両表示の外観、称呼又は観念に基づく印象、記憶、連想等から両者を

全体的に類似のものとして受け取るおそれがあるか否かを基準として判断するのが相当である。」と判示する (最判昭和58年10月7日, 最高裁 WP)。

- 45) 田村・前掲注36) 86頁。
- 46) 社会調査については、辻 新六・有馬昌宏『アンケート調査の方法—実線ノウハウとパソコン支援—』朝倉書店(1987年), 内田治・醍醐朝美『実線アンケート調査入門』日本経済社 (2001年) 参照。
- 47) 井上・前掲注1) 46頁。
- 48) コーヒーの商標が周知商標に該当するか否かが争われた事件で裁判所は、「全国にわたる主要商圏の同種商品取扱業者の間に相当程度認識されているか、あるいは、狭くとも1県の単位にとどまらず、その隣接数県の相当範囲の地域にわたって、少なくともその同種商品取扱業者の半ばに達する程度の層に認識されていることを要するものと解すべきである」と判示している (東京高判昭和58年6月16日)。
- 49) 井上・前掲注1) 36頁, 松尾・前掲注1) 244頁参照。
- 50) Jerome Gilson「米国商標法について」日本商標協会誌34号 (平成10年) 35頁。
- 51) 渋谷達紀「著名表示冒用行為に対する不正競争防止法上の規制」『現代企業立法の軌跡と展望』商事法務研究会 (平成7年) 800頁
- 52) ドイツ, フランス, イタリアの認知度については, Fredrick W. Mostert “WELL-KNOWN AND FAMOUS MARKS: IS HARMONY POSSIBLE IN THE GLOBAL VILLAGE?” Trade-mark Report Vol.86(1996年), 120頁。

(原稿受領日 2004年4月7日)