



7. アンケート調査の証拠価値

山口 朔 生

1 判断者は消費者

商標の成立要件、類似性、周知性の判断、あるいは誤認性の判断は、本来は審査官や裁判官の机上で行われるものではない。実際にその商品、サービスを利用する消費者の反応、判断が基準となるべきであろう。

しかし現実にはすべての案件ごとに消費者に質問することは、作業量、費用の点から不可能だ。そこで経験則、音声学などを取り入れ、過去の判断の積み重ねから踏み外さない範囲で判断を行うことになる。その結果、審査官や裁判官の判断の基準が現実の取り引き状態、消費者の間隔からだんだん離れてしまう。

例えば建設資材を指定商品として『フリーフレーム』という商標を出願した。するとこんな拒絶理由通知を受けた。『フリー』は自由、『フレーム』は型枠を意味する、だからこれは『自由な枠』を示す効能表示であり、商標として成立しない、と。

しかしこの分野の消費者、すなわち建設業界の人々には『自由な枠』なんていう概念はない。そんな概念がないのだから『フリーフレーム』と聞いて効能表示だとは考えない。出願人はだからちゃんと識別機能は存在するはずだと考える。しかし審査官は商標見本から逆引きして机上でそんな概念をすでに作りあげているのだから、出願人の反論はきわめて困難である。

このようなケースの場合に、出願人と審査官が敵対関係になって『効能表示か否か』を争っても意味がない。本来は判断者として消費者が参加すべきなのである。だが現実には、その分野の全消費者を呼び寄せる分けには行かない。

そこで消費者の参加に代わる有効な方法、これが『アンケート証拠』である。アンケート調査の結果を反映させれば、出願人や原告、被告の思い込みも、あ

るいは審査官、裁判官の机上の空論も、反省の機会に接して、その信頼性は毎回高いものになるだろう。

ところが日本の裁判ではアンケートの結果が証拠としての価値をほとんど認められていないという^{*1}。

認められていない原因のひとつは、公正なアンケート証拠を作る基準が、当事者も裁判所も明確に理解していないからだろう。

アンケート証拠を扱う場合にもう一つ問題がある。判断基準である。

アンケート証拠の作成過程が公正だったとして、その結果をどのように判断するかの積み重ねが不足しているからだ。過半数を越える同意回答が必要なのか、10%程度でもこれを重要視していいのか、の判断基準が不明である。

この点の積み重ねがないと、せっかくの公正なアンケート証拠もどちらにでも解釈、判断できてしまう。

そこでアンケート証拠の利用では先進国のアメリカの判例から、公正なアンケート証拠の作り方、その結果の判断の基準、さらには反論の組み立て方を検討してみたい。

2 公正なアンケートの基準

公正なアンケート証拠とはどのような要件を備えているべきか、ボーデン対クラフト事件^{*2}から説明しよう。

[背景]

被告のクラフト社は食品メーカーであり、その高品質の食品、乳製品はよく知られており、スライスチーズの分野では市場の32%を占めていた。

原告のボーデン社は食料品、化学薬品のメーカーで、チーズも製造していたが、クラフト社よりは弱小だった。

1983年、マーケットリーダーであるクラフトはチーズの宣伝キャンペーンを開始した。テーマは、チーズに『5オンスのミルク』を含んでいる点を強調するものと決まった。

[キャンペーンの内容]

この広告では男性客がスーパーの乳製品コーナーで迷うところから始まる。その隣で主婦が迷いもなくクラフトのチーズを選ぶ。『なぜクラフトを?』『だってクラフトのチーズには5オンスのミルクが含まれているんですもの』

そこで場面はテスト風景に。一つのグラスには2オンスの位置まで牛乳が注がれてストップ。そしてこういう。『どこかのチーズのミルクはたったこれだけ』ここでは比較されたチーズのメーカー名、ブランドは出てこない、無指名の比較広告である。

一方、隣のグラスには5オンスの位置までミルクが注がれる。そして『クラフトのチーズではたっぷりと5オンスのミルク』と。

最後の画面では5オンスのグラスとクラフト商標の包装をグロースアップしてこういう。『クラフトです。スライスごとに5オンスのミルクです』

この『お父さんの買い物』と名付けられたコマーシャルは、NBC、CBSさらにABCの三大ネットワークで放映された。

このコマーシャルの放映に先だってクラフトは自社のものはもちろん、コマーシャルで名前は出さないが、ボーデン社の3種類のチーズのミルク含有量の分析も行っていた。そしてすべてが2オンス以下であることを確認していた。

[ボーデン社の訴え]

このコマーシャルが始まって5か月後に、ボーデン社はクラフトを訴えた。消費者をミスリードするという根拠だった。

この場合のミスリードとは、コマーシャルを見た消費者が、クラフトの5オンスに対してボーデン社のチーズが劣っていると信じることである。当社のチーズは植物油である。だから5オンス対2オンスといった、対等な比較はできないというのがボーデン社の理由だった。

しかしこのコマーシャルではボーデン社の名称は出てこない。そこでボーデン社はまずアンケート調査を行って原告としての立場を明らかにしようと考えた。

[公正なアンケートの基準]

裁判所は、原告の提出したアンケート証拠の手法、経過が証拠として採用する価値があるか否か、すなわち公正であったか否かを検討した。検討するための基準として次のような要件を通してチェックを行った。

①公正なサンプル

判断するために適当な領域がアンケート調査の対象となっていたか、その中で代表的なサンプルが選ばれていたか否か。

②設問の客観性

調査を行った者が専門家であったか。素人の思い付きで質問を行ったのではないか。

③データの回収

データは適切に回収されたか、データの結果によって取捨選択を行うようなことがなく、完全に正確に回収でき、報告されたか。

④統計的手法

アンケート調査の対象とする回答者の所在する地域、年齢、性別、その総量などの設定が、調査の目的と統計的な手法に合致していたか。

⑤予断の有無

質問項目やインタビューの手法が、そこから回答者に予断を与えたり、回答を引き寄せるような作り方、となっていなかったか。

⑥調査の独立

調査はその争いに関与する関係者から独立した第三者によって行われたか。

⑦目的への関与

インタビュアーやサンプルの設定者は専門教育を受けており、その調査の目的を知らされていなかったか。

アンケート調査の回答者もまたその目的を知らない状態で回答に臨んだか。

[アンケート調査の手法]

以上の基準を尺度としてボーデン社のアンケート調査を検討した。すると多

くの問題を含んでいることが分かった。

①まずこのアンケート調査は、ボーデン社の社員も参加してインタビューにより行われた。これは、客観的な第三者による調査とはいえない。(調査の独立性の欠如)

②そしてインタビューでは回答者にアンケートの目的が次のように告げられた。『このテストの目的はクラフトのコマーシャルを見た消費者が、クラフトの5オンスに対してボーデン社のチーズはたった2オンスのミルクしか含んでいないと信じるのではないかどうかを判断するものです。』と。これでは決まった結果を得るための調査であることが回答者に明かとなってしまふ。(目的への関与)

③さらにアンケートの手法は『強制押し付け方法』だった。質問される事項に関連してクラフトのコマーシャルを2回も見せたのだ。しかし一般人はチーズのブランドに対してそんなに注意深く見てはいない。だから2回も同じものを見せられれば、回答者は『ここに何かあるな』と予想するし身構えさせ、準備させてしまふ。(設問の客観性の欠如)

④またある質問は、被告クラフトと他のブランドとを比較した質問に続いて行われた。これでは前の質問で被告のブランドの印象が強く残っているはずである。さらに他の質問では回答者がクラフトのチーズとボーデン社とを関連できるような形式で与えられた。(予断を与えている)

[アンケート証拠は採用できない]

ボーデン社は上記のようなアンケート調査を行ったのだが、どんな結果がでたか?

無指名比較広告の相手はボーデン社であると推測した回答者は全体の5%に過ぎなかった。しかしボーデン社はたとえ5%であってもその数値を重要視し

た。少なくともそれだけの消費者が当社を想像したのである。そしてそれだけの消費者に、植物油を使っている当社のチーズの品質が、被告のものよりも劣るような印象を与えたと主張した。

だが、裁判所はこのアンケート証拠の数値、5%の価値については、これが消費者を代表している数値か否か、とくに評価はしなかった。

それ以前に上記したような基準に立ってボーデン社の提出したアンケート証拠は公正と言えるか、を検討した。

その結果、前記したようにこのアンケート証拠は、調査の独立性、予断性、設問の客観性の基準に外れていることが分かってきた。したがってこのアンケート証拠は公正なアンケート証拠作成の基準から外れていると判断した。

こうして、公正でないアンケート調査を採用することなく、裁判所は原告の求める予備的差止めの請求を却下したのだった。

3 日本でのアンケート証拠の公正性

以上が米国で広く採用されている公正なアンケート証拠の基準である。それでは日本の裁判に提出されたいくつかのアンケート証拠の内容を、『公正なアンケートの基準』と比較してみよう^{*3}。

① BUTTRE CLOTH事件（東京地裁：平成元年ワ第4610号）

この事件ではアンケート調査のサンプル数がたった51名だった。

事件の内容は、商標『BUTTRE CLOTH』の侵害で訴えられた被告が先使用権を主張した。その先使用権における周知性を主張する根拠として被告はアンケート証拠を提出した。このアンケート証拠のサンプルがたった51名だった。

前記した『公正なアンケートの基準』によれば、アンケート調査の対象とする回答者の所在する地域、年齢、性別、その総量などの設定が、調査の目的と統計的な手法に合致していたか、が基準のひとつとなっている。するとたった51名では、到底この基準を達成しているということはできないだろう。

②ヤマハ事件（静岡地裁浜松支部：昭和27年ワ第256号）

この事件ではアンケート調査のサンプルがたった1か所の保育園だけだった。アンケート証拠は、購買者が原告の商品と誤認混同したことを示す証拠として提出されたものだったが、1か所の保育園で収集したアンケート証拠を提出したに過ぎなかった。結果として、裁判所は例え1例に過ぎないとしても、その事実から原告の利害が害せられた証拠と認める、と判断した。

しかし、これはアンケート証拠をもとに行った判断ではなく、その他の状況から結論が出ていた事件をアンケート証拠がおぎなったに過ぎないだろう。1か所の保育園の回答だけでは、回答者の所在する地域、年齢、性別、その総量などの設定が統計的手法に適合していたとは到底言うことはできないからだ。

③マックバーガー事件（東京高裁：昭和51年ネ第1839号）

この事件では原告は商品の混同を立証するためにアンケート証拠を提出した。ところがアンケート調査は従業員が街頭に出て行ったものだった。

前記の公正なアンケート証拠の基準では、『調査はその争いに関与する関係者から独立した第三者によって行われたか』が基準の一つとして採用されている。

本件のように、事件の当事者が行ったアンケート調査はあきらかに『調査の独立性』に欠けるものである。

④日経ギフト事件（東京高裁：平成3年ネ第738号）

これは『ギフト』と『日経ギフト』との類否が争われた事件である。

両商標が類似すると主張したい原告がアンケート調査を行った。ところが、回答者には両商標の類否が現在争われていることを前置きした上で回答を求めたものだった。

公正なアンケート証拠の基準には『目的への不関与』の項目がある。そこでは『インタビュアーやサンプルの設定者は専門教育を受けており、その調査の目的を知らされていなかったか。アンケート調査の回答者もまたその目的を知

らない状態で回答に望んだか。』が求められている。『係争中である』ことを知らせて質問するのではインタビュアーが調査の目的を知らされていない、どころではない。

さらに回答者も、予断を持たされた状態で回答を導かれたことになる。

以上の通り、日本ではおよそ公正なアンケート証拠とは言えないものが平気で裁判所に提出されている。これではいくらでも本人に都合のいいものを造り上げることができるから、裁判所も採用できないに違いない。

4 アンケート証拠の戦い方

争いの当事者の一方が提出したアンケート証拠は、実際にはどのように議論されるのか、その戦い方を、アップジョン 対 アメリカンホームプロダクト 事件⁴⁴から検討してみよう。

【争いの背景】

アメリカでは薬品を簡単に薬局で売ることにはできない。FDAの許可を得たものだけが薬屋に並べてOTC (over the counter) として販売することができる。

いったんOTCの許可を受ければ薬屋にきたお客に直接販売できるのだから、医師の処方箋がないと買えない処方箋薬と比べるとその売り上げの差は大きい。したがって同じ成分の薬であって、一方がOTC、他方が処方箋薬ならばOTC側は是非その事実を消費者に知らせたい。この事件はそんな背景のもとに生じたものである。

アップジョンは長年イブプロフェンを主成分とした処方箋薬『モトリン』を販売していたが、OTC扱いを求めてFDAに許可を申請していた。しかし同じことを考えるのはアップジョンだけではない。アメリカンも同様に申請しており、84年5月には両社に許可がおりた。

そこでアップジョンは『ナプリン』を、アメリカンは『アドビル』の発売を

開始したが、共にOTCでは特徴がでない。しかしアメリカンは違いを打ち出したい。そこでアメリカンはアップジョンの『ナプリン』を無視して、それ以前の処方箋薬である『モトリン』を引き合いに出して次のような広告をテレビで流すことにした。

『アドビル』は処方箋薬『モトリン』と同じ成分、イブプロフェンを含んでいます。

しかも『アドビル』ならば処方箋なしで買えるのです。

なお『モトリン』はよその会社の製品です。

[アップジョンの訴え]

アップジョンだって自由にお買えるOTC薬を販売している。それなのに処方箋薬の方を引き合いにだして広告するとけしからん、と憤慨した。しかしアメリカンはウソは言っていない。アップジョンは処方箋薬『モトリン』を現在でも販売しているからアメリカンの比較広告はウソではない。

そこで不正な競争行為だ、と主張するために『消費者が混同する』という理由を主張することにした。消費者が両者の薬品名を混同するから、アメリカンはその広告を中止すべきだし、ポスターなどの販売促進用の材料の使用を禁止されるべきである、という命令を求めた訴えである。

消費者の混同の証拠といえばアンケート調査である。そこでアトランタ、ボストン、ワシントン、ニューヨークなど10か所の商店街で330名の成人の消費者をつかまえた。そして問題のアメリカンのテレビコマーシャルを見せて、質問を行った。この内容はマーケットリサーチ会社の産業心理学博士らによって設計されたものであり、例えば次のような質問だった。

『アドビル』に含まれている成分はなんですか？

コマーシャルに出てきた薬品名をできるだけ思い出してください。

そこでは『モトリン』という名前がでてきましたか？

『アドビル』と『モトリン』のメーカーは同じですか、ちがいますか？
今はだれでも『アドビル』を買えますか？

このアンケート調査の結果をアップジョンは裁判所に提出した。アメリカンのコマーシャルで消費者はこんなに混同している、という証拠である。

そこでアンケートの結果を次のように証拠として利用した。

『アドビルに含まれている成分はなんですか？』と聞いたら約2割の人が『モトリン』と答えていた。『イブプロフェン』が正解なのに、2割の人が当社の商標『モトリン』を成分名だと答えている。これは消費者の混同を示している、と。

次に、『アドビルとモトリンのメーカーは同じですか、ちがいますか？』という質問に、約6割が『知らない』と答えた。『別のメーカー』という正解はたった5%だった。

これは消費者がメーカーを混同している事実を示している。

『モトリンに代わってだれでもアドビルを買えますか？』という質問には『モトリン』の名称を思い出した人々の7割が『買える』と正解している。これは当社がお客を奪われ損害が発生している証拠になる、とアップジョンは主張した。

【アメリカンの反論】

こうしたアンケート証拠を提出された側はどう反論するか。アメリカンは質問事項と回答者をクロスチェックして反論根拠を探した。

すると多くの回答者が『モトリン』を商標と認識していなかったという事実が分かってきた。『モトリン』（アップジョンの処方箋薬）を商標だと認識せず、薬局で売っているある種のカゼ薬の普通名称だ、と認識していたことがアンケートの回答の分析から読み取ることができたのである。

そうなると、商標であるはずの『モトリン』を、普通名称だ、と認識している消費者にあれこれ質問してももはや意味がない、ということになる。しかも

『モトリン』を普通名称だ、と認識していたはずの人が他の質問では『アドビルと同じ成分が含まれていると』回答したり、あるいは普通名称だと答えながら、他の質問では『モトリンはアドビルの主成分だ』とも回答している。実際にぼんやりとテレビを見ている我々の注意力はそんな程度なのである。

このようなアメリカンの分析が認められ、せっかくのアップジョンのアンケートは証拠価値を認められず、この広告は消費者を混同させていない、という結論がだされたのであった。

この事件の攻防で分かるように、アンケート証拠はその設計の段階で十分に検討しておかないと、せっかくの証拠が無に帰してしまう場合もあるのである。

5 15%は有効な数字か？

アンケート証拠が公正に行われたとしてそれではその結果をどうみるか、が次の問題となる。15%という数字が繰り返し議論されたコカコーラ対トロピカーナ事件⁶を検討してみよう。

[トロピカーナのコマーシャル]

1982年の2月からトロピカーナは、そのプレミアムパックのコマーシャルを開始した。

トロピカーナはオリンピックの金メダリストである、ブルースジェンナを起用した。彼はオレンジをギュッと絞った汁をトロピカーナの容器に注ぐ。そして『これは純粋なオレンジから作った、冷凍殺菌されたジュース』。『濃縮されたり水で薄められていない唯一のリーディングブランド』と言わせる。

[コカコーラの訴え]

このコマーシャルが始まるとすぐに、ミニッツメイドのメーカーであるコカコーラは、トロピカーナをランハム法43(a)違反であるとして訴えた。トロピカーナが消費者をミスリードする広告を制作、放映した、として。

その理由は、実際にはプレミアムパックは、華氏200度で熱処理され、包装に先だって冷凍されていたからだ。

それなのにオレンジを絞って直接注ぎ込む映像を流してる。

これは虚偽表示である。消費者にあたかもトロピカーナのジュースが新鮮な絞りたての、手を加えないものを売っているように信じさせミスリードをしている。

〔アンケート調査の必要〕

このコマーシャルに対する争いで原告はミスリードの実態を証明するために、第三者に依頼してアンケート調査を行った。しかしなぜアンケート調査が必要だったのだろうか。もし完全に虚偽のコマーシャルならばアンケート調査は不要のはずだ。

問題はこのコマーシャルが、映像ではオレンジを絞った汁を容器に受けて『絞りたて』の印象を与え、しかし一方音声では加熱処理や低温殺菌を説明していた点である。

そこで原告は、言葉の上では嘘でなくとも、映像や全体のストーリー、雰囲気からミスリードしたり消費者に混同を起こさせる可能性があることを立証する必要があったのである。原告はまず調査会社にテレビのコマーシャルがどんな印象を与えたか?の調査を依頼した。

〔質問事項〕

インタビュー要員は、ニューヨーク、ボルチモア、マイアミの3か所のショッピングモールに出かけ、18から65才の女性に接近して『過去3か月間にオレンジジュースを買ったか?』を尋ねた。

この質問をクリアした女性は個室に案内され、コマーシャルフィルムを見せられた。その数は合計500人に達した。フィルムを見た彼女らは、その直後に次のような質問をされた。

『いま見たフィルムではオレンジジュースについて何を示していましたか?』

ところがオレンジを絞っていたという正確な回答がたった31%。その他の70%近い人々はたった今見たコマーシャルの内容も忘れていたのだった。

次にオレンジを絞っていた映像を正確に思い出した人達だけに次の質問をした。『その映像はなにを暗示していましたか?』

この質問に『フレッシュな印象』『絞りたて』と回答した人は44%だった。31%の中の44%だから、15%の人々が、ジュースを絞っていた映像を音声での解説以上に強く思い出し、『新鮮なジュース』という印象を受けた、という結論になった。

[地裁では拒否された]

この15%の数字をどのように判断するか。まず地裁では次のようにとらえた。

あるコマーシャルによって消費者がミスリードされる傾向にあるか否かの判断は、パーセンテージによって決まるものではない。量的な問題ではなく、本当は質的な問題だということは分かっている。

しかしそうはいってもこのアンケート調査によれば量的にミスリードされそうな消費者は15%程度とのこと。ランダム法によって要求されるミスリードされた消費者の数値、割合の程度については確立された計算基準、判断基準は存在しないし、25%以上の混同があれば差止めを認めた事件が過去にある。⁶⁷⁸

当地裁はこの数字にこだわるわけではない、がしかし15%程度では予備的な救済を与えるまでに至ったとはいえない。

したがって地裁ではコマーシャルの放映を禁止してほしいとする予備的差し止めの原告の訴えを却下するものである、と結論をだした。

[控訴裁判所では評価された]

このアンケート調査の結果の15%は、今度は控訴裁判所において再度検討された。⁹ 控訴裁判所は、このアンケート調査が完全なものでないとしても(被告はアンケート証拠の公正さについても攻撃していた)、回答者の中に少な

くとも多少のだまされた人達がいたという点を重要視した。

この調査によれば、『無視できない数』の消費者があきらかに被告の商業によってミスリードされたことは事実である。そうであるならば原告には予備的差止めの救済を与えるべきである。もしこの差止めが認められないと、回復不可能な損害を被ることになる可能性があるからと。

こうして地裁においては『無視できる数』とされた15%は、控訴裁判所では『無視できない数』と判断されたのであった。

以上

- * 1 田倉整『アンケート調査の証拠価値』：『発明』平成6年2月号
- * 2 Borden, Inc. v. Kraft, Inc. (No. 84C 5295 Sept. 28, 1984)
- * 3 田倉整『アンケート調査の証拠価値』：『発明』平成6年2月号
- * 4 The Upjohn Company v. American Home Products Corporation et al, (No. 84 Civ. 4711 Nov. 7, 1984 225 USPQ 109)
- * 5 Coca-Cola Company v. Tropicana Products, Inc. (S.D.N.Y. May 13, 1982 214 USPQ 927)
- * 6 R.J. Reynolds Tobacco Company v. Loews Theatres Inc., (S.D.N.Y. 1980 210 USPQ 291) 25~33%
- * 7 Mc Neilab Inc., (S.D.N.Y. 1980 207 USPQ 573) 39.5%
- * 8 American Home Products Corporation v. Johnson & Johnson (S.D. N.Y. 1977 198 USPQ 132) 31%
- * 9 Coca-Cola Company v. Tropicana Products, Inc. (2d Cir. Sept. 29, 1982 690 F.2d 312)