

商標制度の枠組みの在り方について

- 相対的拒絶理由と使用状態の判断の在り方を中心に -

・ 前回の議論のまとめと今回の検討の焦点

前回は、小売業商標のサービスマークとしての取扱い及び団体商標制度の拡充について検討を行った。小売業商標のサービスマークとしての取扱いについては、小売業商標をサービスマークとして登録するという基本的な方向性については異論がなかったが、具体的な実施に当たっては、その影響に配慮し慎重な検討が必要であることが確認された。また、団体商標制度の拡充については、国際的な制度調和や主体要件の緩和の観点から制度拡充についての検討が必要である、とする意見がある一方で、識別力ある商標を保護する商標法の目的や他の法令による保護との関係上慎重な検討が必要との意見もあった。これらの問題については、上記意見等を踏まえて、今後引き続き検討していくことが適当ではないか。

第3回小委員会で、「混同のおそれ」の有無について商標の具体的な使用状態や実際上の取引事情等を踏まえつつ判断する観点から、いわゆる相対的拒絶理由について、先行商標権者等からの異議を受けて行政庁で判断する制度を導入することの妥当性について議論を行った。今回はこれを踏まえ、再度、我が国商標制度の枠組みについて他の国・地域の制度と比較しつつ、変更の必要性があるか、改めて検討してはどうか。

1. 前回の議論のまとめ

前回は、小売業商標のサービスマークとしての取扱い及び団体商標制度の拡充について検討を行った。小売業商標のサービスマークとしての取扱いについては、小売業商標をサービスマークとして登録するという基本的な方向性については異論がなかったが、具体的な実施に当たっては、どの範囲までの小売業商標をサービスマークとして認めるか、小売業商標と他の商品商標又は役務商標との類似や混同のおそれをどのように審査するのか、小売業商標をサービスマークとして導入するためには法改正することも必要ではないか、などの点についてはさらに検討が必要であることが確認された。

また、団体商標制度の拡充については、主体要件としては、法人に限定せず代表者や定款が定められているものにも拡大すべきであるという意見に加えて、産地表示からなる商標については、現行商標法第3条第2項の識別性に関する運用を改善することで対応可能とする意見や制度の国際調和を目指すべきとする意見がある一方で、識別力を有する商標を保護するという商標法の目的や不正競争防止法等他法令による保護との関係を鑑みれば、慎重な検討が必要であるとする意見もあった。

指摘された課題には運用の在り方に関わるものもあるため、制度改正と運用のどちらで対応すべきものかも含め、引き続き検討することが必要ではないか。

2. 今回の検討の焦点 - 制度全体の枠組みの検討の必要性 -

前回までの審議で、当初、本小委員会で検討することとされた課題については防護標章制度の見直しを除き、一通り問題の所在とその解消のために取りうる選択肢について検討した。それぞれの課題については、さらに検討を深め、具体的な方向性を提示していくことが望まれる。一方、小委員会開始当初に委員から指摘があったとおり、今回、商標制度について検討するに当たっては、「商標の使用をする者の業務上の信用の維持を図る」(商標法第1条)という商標制度の目的を適正に実現するための全体の制度的枠組みの在り方についても検討する必要があると考えられる。その中で、商標制度の保護の対象である商標に化体した信用が実際の個別市場における使用状況に応じて柔軟に変化するという特徴を踏まえてどのような保護の在り方が適切か検討する必要性が指摘されている。

商標の制度的枠組みについては、第3回小委員会(平成15年9月11日)において、「混同のおそれ」の有無について商標の具体的な使用状態や実際上の取引事情等を踏まえつつ判断することとすべきかどうかを論じた際に、欧州共同体商標規則やドイツ商標法のように、いわゆる相対的拒絶理由について、これを行政庁が一次的には審査することとせず、先行商標権者等からの異議を受けてから判断する制度を導入することの妥当性についても議論を行った。その際には、混同のおそれの判断の在り方のみから相対的拒絶理由を判断する制度的枠組みについて検討することには限界があり、こうした制度の導入は制度の枠組み全体を大きく変えるものであるから、混同のおそれの判断の在り方のみならず、商標制度の目的に照らした我が国制度の長所・課題を、国際的な制度比較を含めてより広く検証した上で結論を出すべきであるとの指摘がなされた。

そこで、今回は、我が国商標制度の枠組みを他の国・地域の制度と比較し、その長所・課題を踏まえた上で、制度的枠組みの在り方について、改めて検討することとしてはどうか。

今回の商標制度の見直しにおいて検討が求められている多くの事項、具体的にはコンセント制度の導入、小売業商標のサービスマークとしての取扱い、防護標章制度の在り方等は、この制度的枠組みの在り方と大きく関連する事項である。その点からも、今回の検討は、他の論点にも大きな影響があると考えられる。

・商標制度の枠組みを検討する上での留意点

商標制度の枠組みの検討に当たっては、制度の保護対象である商標に化体した信用の特徴を十分に踏まえた上で、どのような判断事項についてどのような手続において判断するかという判断事項と手続の組合せの在り方について、制度の目的である「商標の使用をする者の業務上の信用の維持」に最も適した枠組みがどのようなものか検討する必要があるのではないか。

特に、相対的拒絶理由の判断の在り方と商標の使用状態の判断の在り方については、この目的の達成の大きな要素となり、かつ各国・地域の制度の間で多様性が見られるため、我が国制度の特徴・課題を検証する上で留意する必要があるのではないか。

1．商標法が保護すべき信用

商標制度の保護対象は、商標に化体した「信用」である。この信用は、個別具体的な市場において実際の取引者・需要者の認知が積み重なって形成・蓄積される。事業者は、市場における活動を通じて自らの商品・サービスの信用を能動的に形成するとともに、ある商標の使用を通じて当該商標に信用を定着させるべく活動する。すなわち、商標に化体される信用は、静的なものではなく、極めて動的なものである。商標制度がこのような性質を有する「信用」を保護するものである以上、商標の保護について検討するに当たっては、当該商標の現実の市場における使用の状態が考慮されるべきこと、ある時点における抽象的・形式的・画一的な判断を行うだけではその在り方として本来完全とはいえないこと、が基本的前提とされるべきではないか。

商標制度の意義をこのように捉えるならば、次の二点が重要と考えられる。第一に、商標は、信用を能動的に形成していく重要な手段として機能するものであり、事業戦略を支えるものであるから、商標選択の自由は最大限配慮されなければならないということである。第二に、商標制度が保護する信用が「動態的」なものであることから、それに伴って、いったん取得された商標権についても、その使用の状況が不断に問われるべきであるということである。また、商標権は強力な独占権であるので、使用の実態がないものを放置することは、商標選択の自由を損なうことにもつながることにも留意が必要である。

もとより、商標制度が信用の保護のために適切に機能するためには、信用により得られるべき利益を害するような別の商標が存在する場合に、そうした別の商標の登録や使用が適切に排除される仕組みを備えているべきことは当然である。こうした本質的な機能については、各国の制度においても大きな差異があるわけではない。TRIPS 協定第 16 条で「登録された商標の権利者は、その承諾を得ていないすべての第三者が、当該登録された商標に係る商品又はサービスと同一又は類似の商品又はサービスについて同一又は類似の標識を商業上使用することの結

果として混同を生じさせるおそれがある場合には、その使用を防止する排他的権利を有する。」と規定されているとおりである。このため、商標制度は、後願の出願人の商標選択の自由を制限するという側面を本質的に有することはいうまでもない。しかし、商標制度はブランド戦略のため積極的に活用される手段であるとする、こうした制度利用者の利益を保護するという観点からは、後願の出願人の商標選択の自由が不当に制約されることがあってはならない。

したがって、このような商標制度が保護する信用の動態的な特徴を踏まえた上で、これをよりよく保護するために機能し、かつ、商標選択の自由にも十分目配りのできるような制度的枠組みの確立を目指していく必要があるのではないか。

2．他人の商標の排除の手続の在り方

商標に化体される信用を能動的に形成する活動を支える上で、商標制度が、当該信用にただ乗りしたり、汚染するような他人の商標が存在する場合に、その登録や使用を適切に排除する機能を備えるべきことはいうまでもない。それとともに、商標制度は、不特定多数の需要者に対して、信用を保護するという公益的、予防的な機能を果たすべきものとしての位置付けを有しており、混同のおそれがある商標等が適切に排除されることは公益的な重要性も帯びている。

ただし、商標に化体した信用が市場において変化するものであるという特質に着目すると、こうした機能が、どのような段階において発揮されるべきか、という点については、様々な在り方が考えられる。すなわち、商標制度には、出願の後に行われる職権での審査、異議申立て、無効審判、不使用取消審判、侵害訴訟といった様々な手続があり、究極的にはこれらの手続は、商標の使用をする者の業務上の信用の維持を図るという目的を達成するために何らかの機能を果たしているのであるが、それぞれの手続において、具体的に何を、どのような形で判断するかについては、各国制度の間でも相違が見られるとおり、いくつかの在り方が考えられる。特に、いわゆる相対的拒絶理由を判断する手続の在り方については、各国間における差異が大きい。

商標制度においてはどのような商標に登録を認めるかの指標としていくつかの要件が設けられる。我が国の商標法では第3条及び第4条にこれらが列挙されており、これらの要件を満たせば出願商標について登録が認められる。これらについては、欧州の多くの国の商標制度が商標の登録要件を大きく二つに分けていることを参考にして、以下のように二つに分けることができる。

まず第一は、識別性の有無や、国旗等と同一でないかなどを問うものであり、「絶対的拒絶理由」と呼ばれる。これらの要件は、他の商標の存在と関係なく、全ての商標について問われるものであるため、「絶対的」な拒絶理由とされる。絶対的拒絶理由については、相対的拒絶理由と異なり、その登録の排除を求める先

行商標権者が存在しない。したがって、そうした登録の排除は政府が公益を代表して行うとの観点から、我が国のみならず、およそ全ての国・地域の商標制度において、職権審査によりその存否が判断されている。

第二は、既に登録されている商標と同一又は類似であること、他人の業務に係る商品・役務と混同を生ずるおそれがあるものであること等であって、「相対的拒絶理由」と呼ばれる¹。他人の登録商標等の存在の有無により左右されるため「相対的」な理由とされる。相対的拒絶理由とされている事実の有無は、実際には、市場における出願商標及び先行登録商標の具体的な使用状況によって決定されるものであり、また時間とともに変化するものである。そのような意味で、相対的拒絶理由を判断するために必要となる考慮要素は、絶対的拒絶理由のそれに比べると多様で複雑であり、そうであるが故に制度上どのような形で判断していくかについて、考え方が分かれることとなる。

後に紹介するとおり、絶対的拒絶理由を判断する手続が、登録の際の職権での審査である点で各国制度はほぼ同じである一方、相対的拒絶理由については、行政庁が職権審査において判断する場合、異議申立てを待って行政庁が判断する場合、裁判所が訴訟において判断する場合、と様々に分かれている。したがって、我が国における相対的拒絶理由の判断枠組みについて、国際的な比較を交えながら、その長所・課題を改めて検証してみることが有益なのではないか。

3．不使用登録商標の判断の在り方

信用は商標の実際の使用状態によって柔軟に変化するものであること、また、強力な独占権である商標権が与えられた以上、使用せずに放置することによって、新規に商標を使用する者の商標選択の自由を不当に制約すべきではないことから、いずれかの段階において、商標の実際の使用状態が考慮されるべきである。

不使用登録商標による弊害を排除する仕組みとしては、第一に、使用主義を採用することが考えられる。米国の連邦商標法（1946年ランハム法）のように商標の登録の要件としてその商標を既に実際に使用していることを問う制度も存在する。一方、第二に、出願時には将来使用することが想定されていたにもかかわらず、登録後に一定期間以上使用がされなかった商標については引き続き登録を認めるべきでないことについては、登録主義を採用する国も含め各国の商標制度は一致している。TRIPS 協定第 19 条においても「登録を維持するために使用が要件とされる場合には、登録は、少なくとも 3 年間継続して使用しなかった後においてのみ、取り消すことができる。」と規定されており、各国の商標制度には不使

1 欧州主要国の法令上の整理を参考にみると、我が国の商標法においては、第 3 条第 1 項各号、第 4 条第 1 項第 1 号～第 7 号、第 9 号、第 16 号から第 18 号までが絶対的拒絶理由、第 4 条第 1 項第 8 号、第 10 号から第 15 号まで、第 19 号が相対的拒絶理由と考えることができる【参考資料 1】。

用商標の登録を第三者が取り消すことを求めることができる制度が準備されている。我が国商標法では、第 50 条において、「継続して 3 年以上日本国内において...登録商標の使用をしていないときは、何人も、その...商標登録を取り消すことについて審判を請求することができる。」とされ、不使用取消審判制度が設けられている。

しかしながら、第三に、登録主義を前提として、このような不使用取消審判の制度に加えて、さらに実際の使用状態を確認する手続を設ける考え方もある。これについては、各国制度には差異が見られる。したがって、市場において流動する信用を保護する制度であるという商標制度の特質に照らし、また、後願の出願人の商標選択の自由を可能な限り広くするという観点も踏まえて、我が国において現行制度で問題がないか、他国制度に参考にすべき点がないか検証することが有意義なのではないか。

・制度的枠組みの現状と課題

相対的拒絶理由の判断の在り方、及び、使用状態の判断の在り方については、各国間において制度的枠組みに差異が認められる。そこで、我が国商標制度の枠組みに起因する特徴と課題を挙げた上で、課題を解消する上で他の国・地域の制度的枠組みに参考とすべき点がないか検証すべきではないか。

1．我が国商標制度の概要

(1) 審査

我が国の商標制度では、商標登録出願は、いわゆる絶対的拒絶理由及び相対的拒絶理由のいずれについても全て行政庁において職権で審査(第15条)され、所定の期間内に拒絶の理由が発見されなかった場合には登録査定(第16条)される。職権において審査官と出願人の意見のやりとりは基本的に書面を通じて行われる。一方、出願人以外の第三者が審査に参加する手続は特に置かれていない。ただし、審査に参考となる情報を審査官に提供することは可能である。

最近の数字で見ると、2002年に審査官が処理した件数は、登録査定されたものが約11万4千件(処理件数の約75%)、拒絶査定されたものが約3万7千件(同約25%)である。審査官が処理した内訳については正確なデータがないため、サンプル調査を行ったところ、審査官が処理した件数のうち約50%に何らかの拒絶理由が存在するものであり、その後、出願人より指定商品・役務の補正書、意見書等の提出により最終的に登録査定されるものと最終的に拒絶査定されるものの比率はおおよそ半々あり、拒絶されるものの内訳は、絶対的拒絶理由により拒絶されたものが約44%、相対的拒絶理由により拒絶されたものが約56%であった。なお、相対的拒絶理由の対象となる先行登録商標のうち、既登録商標は約182万件である。

(2) 拒絶査定不服審判

拒絶に対して出願人に不服がある場合、拒絶査定不服審判を請求することができる。拒絶査定不服審判の請求件数は2,850件(2002年)である。その理由としては、2002年に審決された拒絶査定不服審判におけるデータを基に分析を行うと、絶対的拒絶理由によるものが約43%、相対的拒絶理由によるものが約55%、その他(却下等)が約2%である。拒絶査定不服審判の審決に不服がある場合は、東京高等裁判所に審決取消訴訟を提起することができる。拒絶査定不服審判の審決に対する審決取消訴訟は29件(2002年)である。

(3) 異議申立て・無効審判

商標出願が登録された場合に、第三者が不服がある場合、絶対的拒絶理由、相対的拒絶理由のいずれについても、異議申立て(第43条の2)と無効審判(第46条)を提起することができる。異議申立ては、商標掲載公報の発行の日から2月以内に限り行うことができる。一方、無効審判は(不正競争の目的で登録を受けた場合等を除き、)商標権の設定の登録の日から5年以内に請求することができる。異議申立ては原則書面審理で行われる。審判官が必要に応じて商標権者に意見を聴くことがあるが、原則として、異議申立人には弁論の機会はない。また、無効審判は当事者系の審理構造を採用しており、商標権者と請求人双方の主張を聞いた上で審判官が判断をする。異議申立て及び無効審判において審判官が当事者が主張していない事由について職権調査を行うことも許されている。異議申立ては967件(2002年)が請求されており、2002年に処理された異議申立件数の19%程度が登録取消となっている。また、無効審判は214件(2002年)請求されており、同年に処理された無効審判件数の51%程度が登録無効となっている。異議申立ての決定において登録が取り消されたことに商標権者に不服がある場合、又は無効審判の審決について当事者が不服がある場合は、それぞれ決定取消訴訟又は審決取消訴訟を東京高等裁判所に提起することができる。その件数は、それぞれ3件(2002年)と86件(2002年)である。

(4) 不使用取消審判

登録商標が連続して3年間使用されていない場合は何人も不使用取消審判を請求することができる。審判官は権利者に使用の実態があるか証拠の提出を求めた上で判断し、不使用であると認めた場合には登録を取り消すことができる。不使用取消審判は1,500件(2002年)請求されており、2002年に処理された不使用取消審判件数の76%程度が登録取消となっている。

(5) 商標権侵害訴訟

商標権を侵害する商標が存在するとき、商標権者は商標権侵害訴訟を提起し、侵害商標の使用差し止めや損害賠償を請求することができる。商標権侵害訴訟は2002年で93件提起されている。

(6) 手数料・料金

出願・審判等の費用は【参考資料2】に掲げるとおりである。

(7) 特徴

我が国商標制度は、登録主義を採用し、また、相対的拒絶理由については審査

において審査官が職権で審査をする点に特徴がある。審査の結果に対して出願人は拒絶査定不服審判請求、第三者は異議申立て・無効審判請求を行うことができる。ただし、これらの不服に基づく請求や申立てが行われる比率は低い（拒絶査定不服審判：約 8%，異議申立：約 0.9%，無効審判：約 0.2%程度）。また、使用状態の確認に関しては、何人も登録商標が 3 年間使用されていないことを理由として不使用取消審判を請求することができるが、既登録件数に対してその件数は少ないものにとどまっている。一方、異議申立て、無効審判、侵害訴訟において、欧州において広く認められているいわゆる「不使用の抗弁」は制度化されていない。

2．欧州共同体商標規則（C T M）の概要

（1）審査

1996 年から出願受付を開始した欧州共同体商標規則（1994 年）においては、商標登録出願は、絶対的拒絶理由についてのみ職権で審査され（第 38 条）、拒絶理由が発見されないものについては、OHIM（Office for Harmonization in the Internal Market）での共同体商標のサーチ結果及び各国商標庁での国内商標のサーチ結果を OHIM より出願人に送付する（第 39 条）²。サーチレポートを受領した後も出願人から出願取下げのなかったものは出願公告（第 40 条）される。なお、現在、上記サーチレポートの廃止等を内容とする規則改正案が欧州閣僚理事会の審議に付されているところである³。

（2）異議申立て

相対的拒絶理由に関しては、出願公告やその旨の通知により、自己の登録商標と抵触するおそれのある後願商標の出願を知った先行商標権者等が、異議申立て（付与前異議、第 42 条）をした場合に初めて OHIM において審査される。出願公告後に異議申立てがない場合、又は異議申立てについて理由なしとの決定があった場合は登録される。相対的拒絶理由に関する異議審査は、当事者によって準備された事実・証拠及び主張並びに求められた救済についての審査に制限される（第 74 条第 1 項）。また、異議審査の手續において、異議を申し立てられた出願人が要求する場合は、異議申立人である先行商標権者は、自己の商標が所定の期間及び地域において誠実に使用されていることについての証拠を提出しなければならない（「不使用の抗弁」、第 43 条第 2 項）。

² サーチレポートの送付は、拒絶理由通知としての性質を有するものではなく、その趣旨は、レポート送付から出願公告まで約 1 ヶ月の猶予期間を置くことにより、出願人に自発的な出願取下げ、商品補正、先行権利者との調整などを促すものである。

³ 2002 年 12 月 27 日欧州委員会「Report on the operation of the system of searches resulting from Article 39 of the Community Trademark Regulation」（COM(2002) 754）

（３）無効審判

商標登録の無効については、絶対的拒絶理由、相対的拒絶理由のいずれについても、無効審判を請求することができる（第 51 条及び第 52 条）。相対的拒絶理由に関する無効審判においては、上記異議審査と同様に、当事者によって準備された事実・証拠及び主張並びに求められた救済についての審理に制限される（第 74 条第 1 項）。また、無効審判の手續において、無効を主張された商標権者が要求する場合は、請求人である先行商標権者は、自己の登録商標が所定の期間及び地域において誠実に使用されていることについての証拠を提出しなければならない（「不使用の抗弁」、第 56 条第 2 項）。

（４）侵害訴訟

共同体登録商標の侵害の訴訟において、共同体商標裁判所は、共同体商標の効力が取消し又は無効の宣言の反訴（第 50 条～第 52 条）とともに被告によって争われない限り、共同体商標を有効なものとして扱うこととされる（第 95 条第 1 項）。また、反訴以外の方法で提出された共同体商標の効力の取消しに関する抗弁は、共同体登録商標が不使用により取り消されるべき旨又は共同体登録商標が被告の先行権利のために無効を宣言されるべき旨を被告が主張する限りにおいて受理される（第 95 条第 3 項）。

（５）欧州共同体各国における調和の動き

最近、欧州共同体加盟国の国内制度を共同体規則に調和させる取組が行われている。例えば、スペイン、ベネルクス各国等においては、相対的拒絶理由について異議待ち審査とする制度改正がなされている。なお、英国では、国内法における相対的拒絶理由の判断に関する仕組みについて自国利用者に諮問した結果、2006 年までは、現行の職権審査制度を維持する旨公表している⁴。

⁴ 英国における諮問において、制度改正（異議待ち審査への移行）を求める理由としては、1）欧州共同体商標制度との制度的不公平感（英国出願に対し、相対的拒絶理由について職権審査を経ない欧州登録商標が職権で引用されること、その逆の仕組みはなく、英国権利者は欧州商標出願に対して自ら異議申立てしなくてはならないこと。）、2）商標が広い商品・役務範囲で登録される傾向にあるため、それを引用して「机上の抵触問題（paper conflicts）」について審査官は審査しなければならないこと（これらの抵触問題は、実際の市場において当事者が問題にすることはなく、また、仮に異議待ち審査に付されたとしたら、異議申立てされないものである。）、3）権利者自身が自己の権利を守るために行動を起こすべきこと、であり、現行制度維持の理由としては、1）職権審査を経た商標登録は高い有効性を有すること、2）中小企業のコスト負担への配慮、などであった。結論として、英国特許庁は、2006 年までは現行制度を維持することとしたが、そもそもこれは現行英国商標法制定時より、折り込み済みのこと（第 8 条）であり、反対に、2006 年以降は、職権審査から異議待ち審査への移行が再度検討される可能性もあることが示唆されている。

（６）特徴

このように、欧州共同体商標規則においては、相対的拒絶理由について職権審査を行わず、先行商標権者の異議申立てに基づき審査を行うという、いわゆる「異議待ち審査制度」を採用している。

相対的拒絶理由を審査しないことに関しては、先行商標権者からの異議申立てがないと後願商標は登録が認められてしまうこととなり、類似する登録商標が併存するといういわゆる二重登録の発生を招くおそれがある。無効審判や侵害訴訟における反訴によりこれを取り消すことは可能であるが、登録された権利の安定性という観点からは懸念がある。

一方、商標間の権利範囲（混同のおそれの範囲）については、主に当事者間の自発的な調整により画されることとなる。例えば、欧州共同体商標規則においては、出願公告に対する異議申立率は約 20%であるが、そのうち、実際に異議審査に付されるのは異議申立てをされたうちの 20%程度であり、それ以外のものは、当事者間の調整（出願の補正や和解等）の結果、取り下げられている。

行政庁の判断においても、異議申立手続においては当事者双方の主張・立証に基づき、より実態に即した権利範囲の画定ができると評価されている。

また、「不使用の抗弁」制度は、3．においても述べたとおり、ドイツにおいては古くより導入されている制度であり、相応の評価を受けている。一方、欧州共同体商標規則においては、1996 年の最初の出願受付開始より 7 年目を迎えるに過ぎない段階であり、未だ当該制度の評価を判断できる状況にはない。

3．ドイツ商標制度の概要

（１）審査

ドイツ商標法（1994 年）では、行政庁は、絶対的拒絶理由（パリ条約第 6 条の 2 に規定する他人の周知商標との抵触に基づく拒絶理由を含む。）について職権審査し（第 37 条）、拒絶の理由が発見されない場合は、登録・公告される（第 41 条）。

（２）付与後異議申立て

登録に対し、相対的拒絶理由及び周知商標に関する拒絶理由に基づく異議理由を有する先行商標権者は異議申立てをすることができる（付与後異議申立て、第 42 条）。異議申立手続において、異議を申し立てられた後願商標権者が要求する場合は、異議申立人である先行商標権者は、自己の商標が所定の期間において誠

実に使用されていることについての証拠を提出しなければならない（「不使用の抗弁」，第 43 条）。

（ 3 ）取消請求制度

商標登録の取消しを求める手段としては，絶対的拒絶理由に基づく無効を理由とする取消請求（行政庁に対する請求，第 50 条，第 54 条），相対的拒絶理由又は周知商標の存在を理由とする取消訴訟（裁判所に提起，第 51 条）がある。また，上記（ 2 ）と同様に，取消訴訟の手続において，無効を主張された商標権者が要求する場合は，請求人である商標権者は，自己の登録商標が所定の期間において誠実に使用されていることについての証拠を提出しなければならない（「不使用の抗弁」，第 55 条第 3 項）。

（ 4 ）侵害訴訟

商標権者は，侵害訴訟における請求の根拠となる登録商標が誠実に使用されていない場合は，いかなる請求も行うことができない（第 25 条第 1 項）とされる。登録商標の侵害を理由とする請求を原告が訴訟により主張した場合に，被告が要求するときは，原告である商標権者は，自己の登録商標が所定の期間において誠実に使用されていることについての証拠を提出しなければならない（「不使用の抗弁」，第 25 条第 1 項）。

（ 5 ）特徴

現行のドイツ商標制度の仕組みについて，ドイツ国内における評価としては，高い異議率，後願の類似商標に関する監視負担，登録された権利の法的不安定性についての批判が存在し，また，旧来の職権による先願サーチの復活を望む意見もあるようであるが，一般には現行制度はうまく機能していると理解されている模様である。その理由として挙げられるのは，行政庁の業務負担軽減，優秀な調査会社の存在による利用者の監視負担の軽減，相対的拒絶理由の問題は商標権者自身の権利管理の領域に属するものであるという一般通念などである。また，ドイツにおいては，上述のとおり，異議を申し立てられた者，無効訴訟を訴えられた者，商標権侵害で訴えられた者に，それぞれ「不使用の抗弁」を認めているが，当該制度導入の 1968 年移行，異議申立件数が大幅に減少したことに示されるように⁵，この制度が不使用登録商標に基づく異議申立て，無効審判請求や権利の行使を抑制していると考えられている。

⁵ 報告によれば，ドイツの 1967 年の異議申立件数は約 50,000 件であったが，制度導入後の 1973 年には約 16,000 件に減少したという。

4．米国

(1) 審査

米国連邦商標法（1946 年ランハム法）において，識別機能を有する商標は主登録簿への登録が拒絶されることはないとし，ただし，公序良俗等の拒絶理由（いわゆる絶対的拒絶理由に該当するもの）や他人の先登録商標又は先使用商標と混同，誤認若しくは欺瞞の生じるおそれのある程度に類似する場合等の拒絶理由（いわゆる相対的拒絶理由に該当するもの）については，行政庁が職権で審査することとしている（第 12 条）。審査の結果，出願人が登録を受ける正当な権利を有すると判断された場合は出願公告される。当該公告された商標に対し，当該登録により自己が損害を被るおそれがあると信じる何人も異議申立てをすることができる（第 13 条）⁶。異議申立てがない場合又は異議申立てに理由がないと判断された場合，当該出願が使用に基づく出願である場合は主登録簿に登録される。それが使用意思に基づく出願である場合は，登録前に使用の証明書と使用見本の提出が義務付けられる。

(2) 取消請求

当該商標の主登録簿への登録により損害のおそれのある者は，登録取消しの請求を行うことができる（第 14 条）。登録の取消請求は当該商標の登録日から 5 年以内とされるが，当該登録が第 2 条(a)(b)(c)等の拒絶理由（主として絶対的拒絶理由）に違反して登録されたことを理由とする取消請求には除斥期間はない。

(3) 登録後の地位

主登録簿に登録され，5 年以上継続的に使用された商標には，不可争性（incontestability）の地位が与えられる。商標権者は，商標登録日から 6 年を経過したときと，存続期間満了前の 1 年の期間内にそれぞれ，当該登録に係る商標の実際の使用を示す見本等を含む宣誓供述書を提出しなければならず，これに違反した場合は，登録が取り消される（第 8 条）。

(4) 特徴

米国商標制度において，いわゆる相対的拒絶理由について職権審査を維持していることに関して言及した論文・記事等は見当たらない。今後，これについて検討する予定があるとの情報もない。ただし，ランハム法の目的として「商標の欺瞞的で誤認を生じさせる取引上の使用を訴追可能とすることによって議会の

⁶ 第 43 条に基づく理由（著名商標の希釈）は，異議申立手続においてのみ他人の商標登録を拒絶する理由とすることができる（第 2 条(f)）。

統制の範囲内で取引を規制すること，…登録商標の複製，写し，模造若しくはもつともらしい模倣の使用による上記取引における詐欺及び欺瞞を防止すること，…」が規定されているように（第 45 条），商標法の目的として，公衆の混同の除去，すなわち公益保護の理念が強く示されていることに由来があると見ることもできる⁷。

出願時や登録後において，商標の使用について行政庁が積極的に審査する米国の使用主義は，連邦商標法がその制定根拠を合衆国憲法（通商条項）に置いていることに因るものであることは広く知られるところである。米国において当該制度が再検討されるという話はないが，このような徹底した使用主義は世界の趨勢になっているとは言えない。我が国も加入している商標法条約においても，商標登録出願時や更新登録時の商標の使用に関する審査は禁止されている（商標法条約第 3 条(7)，第 13 条(4)）。

⁷ 現行の米国商標法は，1938 年のランハム下院議員による議会上程から実に 8 年の歳月を経て 1946 年に成立したものであるが，審議に多大の時間を要した一つの理由として，独占禁止の観点から，排他独占権である商標権を保護する商標法制定に対し懸念を有する司法省との調整が挙げられる。新法成立の直前に法の目的に関して審議された結論として，「商標の保護，すなわち，不当表示により商取引の流れが変わることを防ぐため，顧客吸引力にその眼目を置き，かつ，詐欺行為に対する公衆の保護を考慮するとき，商標が国家的な最大の保護を享受できることが健全な社会政策に要求される」との表明（三宅正雄・亀田恒義共著「アメリカ商標制度の概要」21～25 頁 昭和 57 年 発明協会）にうかがわれるように，米国商標法の目的として，「公衆の保護」が明らかであることにも由来があるとみることができよう。

・比較検討

我が国制度において、相対的拒絶理由の判断を職権審査で行うこととしている点、及び、使用状態を不使用取消審判においてのみ問うこととしている点にどのような課題があるか。また、その課題は制度的枠組みの変更を要する程度に大きなものとなっているか。

他の国・地域との制度的枠組みに、これらの課題を解消するために参考とすべき点はあるか。特に欧州共同体商標規則やドイツ商標制度において採用されているいわゆる異議待ち審査制度や「不使用の抗弁」制度は、我が国の制度を検討するに当たってどの程度参考になるか。

これらの点を検証した上で、我が国制度の枠組みの在り方について検討する必要があるのではないか。

１．相対的拒絶理由の判断の在り方

（１）我が国制度の特徴・長所

我が国制度の大きな特徴は、相対的拒絶理由を職権で審査する点にある。また、その審査の結果に対して不服が表明される割合が極めて少ない点、言い換えれば、職権審査において、登録後に複数の登録商標の間で混同が生じることが少ない点にある。これは、職権審査が厳格に行われるという運用の成果によるところも大きいと考えられる。

なお、我が国と同様に職権審査により相対的拒絶理由を判断する制度を採用していたスペインにおいては、登録後の異議申立ての比率は相当に高く、登録されることで直ちに権利が安定的であることを意味していなかった。米国においても、相対的拒絶理由は職権で審査されるが、その結果に対して不服が申し立てられる比率は我が国より高くなっている。

このように、職権による審査が厳格に行われる制度・運用の下では、登録時において権利関係が安定するという長所がある。すなわち、職権審査を通過し、一度登録が認められると、その後に登録が取り消される蓋然性が低いため、権利者は安心してその商標を使用することができる。かつ、登録に際して商標を使用していることが求められていないため、事業を実際に始める前に使用する商標を登録し、余裕を持った事業準備を進めることが可能となっている。これらは、動態的な信用形成との関連で商標制度を捉えるべきとの観点からも評価しうることである。また、制度利用者の費用負担の観点からは、行政庁が全ての出願について一定水準の先行登録商標の調査を効率的に行うことにより、結果的に小さな費用で済むという利点もあるとされている。

（２）判断の硬直性

一方，こうした安定性の裏返しとして，判断の硬直性についての懸念があるか検証する必要がある。まず，相対的拒絶理由を職権審査で行うこと自体が硬直的であるとの捉え方があり得る。職権審査において，審査官は一義的には出願書面等に記載された情報に依存し，商標の称呼や外観・観念を中心に，他の登録商標等と類似，混同のおそれがないかを判断する。したがって，個別具体的な市場の状況を踏まえると実際には混同を生じるおそれがない商標の間にも類似や混同のおそれがあると判断される可能性がある。審査を厳格にすればするほど，権利の安定性は高まるが，その反面で現実の市場と職権審査における判断の乖離が大きくなる可能性が高まり，その結果として，後願の出願人の商標選択の自由度が狭められることとなるのではないか。

特に，今回の検討において既に指摘しているとおり，商標に化体する信用は実際の使用状態により動態的に変化するという特質を有している。上記の乖離は，現行制度の下でも審査の在り方を常に改善することにより一定の範囲で解消することも可能かもしれないが，実際の使用状況に伴う変化の程度が大きいと審査で担保することには限界がある。また，ある特定の時点で職権によって審査するという制度の性質上，当該審査はある程度抽象的・画一的に行われるべきものであるとの考え方も成り立つ。個別具体的な市場の状況の判断には裁量的な要素が大きく，これを審査において常に考慮すべきだとすると，却って審査そのものを不安定にし，予測可能性を損なわせることになりかねない。

他方，権利の安定性という長所があるが故に，僅かでも使用の可能性がある商標について，取りあえず出願するという行動が一般化すると，不使用商標の登録が増え，後に述べる不使用商標の登録に伴う弊害が助長される懸念が高まる。

（３）比較検討

上記の長所や懸念を踏まえ，相対的拒絶理由の判断の在り方について検討するに当たっては，以下のような論点について，慎重に比較衡量することが必要ではないか。

すなわち，相対的拒絶理由の判断を行うにあたり，考慮すべき法益としては，市場における混同の回避と，商標選択の自由，が挙げられる。現行の我が国の職権審査制度は，よりもむしろを重視している制度と捉えることができ，それにより，上記（１）に記されるような現行制度の長所が維持されていることが認められる。したがって，上記（２）に記されるような現行制度における懸念を解消すべく，いわゆる異議待ち審査制度に移行したと仮定すると，及びのバランスがどのように変化するかを検討する必要がある。また，これらに加えて，コストの負担と，権利の安定性，についてもどのような変化が生じるか検討

する必要がある。

なお、このうち、⁸については、すぐれて公益的色彩のある問題であり、具体的な比較衡量を行うに当たって、その前提となる考え方を整理しておく必要がある。

欧州、特にドイツにおいて異議待ち審査制度⁸が古くから採用されてきた思想的背景に、相対的拒絶理由は私的利益を調整するための要件であると整理されてきたことが挙げられる。すなわち、出所の混同を生じるような商標が複数存在することは、基本的にはそれらの商標を使用する者の利益調整の問題であり、その結果消費者の利益は反射的に保護されることはあっても、それだけを目的として公権力が介入することは適当ではないという考え方がある。言い換えれば、事業者間で私的な紛争が生じない場合には、公益（最終需要者の利益）も確保されているといういわば擬制が働いていると考えられる。

これを背景として、欧州では、制度上は、二重登録について当事者間に異議がない限りは、特許庁が職権によって登録を拒絶する必要もなく、仮により人を欺瞞し品質の誤認を生ぜしめる等公衆に迷惑を及ぼしたり、先行商標権者が後願の商標の抹消を必要とするに至った場合には、事後的に訴訟手続により解決すれば足りるとの建前がとられているものと解される⁹。このため、後願の出願人の商標選択の自由度が高くなっている。

我が国に目を転ずれば、商標法第1条においては「この法律は、商標を保護することにより、商標の使用をする者の業務上の信用の維持を図り、もって産業の発達に寄与し、あわせて需要者の利益を保護することを目的とする。」と規定しており、最終需要者の利益を含めた公益が、法制度上も明確に意識されている。しかしながら、こうした観点が重要だとしても、年間約12万件に達するすべての出願に対し、現存する登録商標（約182万件）との類否について行政庁が職権でサーチをかけて審査することは、制度趣旨の上から自明なこととまではいえないのではないか。この点について、我が国における最終需要者の位置付け、市場の在り方、取引慣行などを踏まえ、判断する必要があると考えられる。

なお、我が国の商標制度においても、私権的な側面をより重視する動きが進んでいる。例えば、近年の法改正（平成8年法）による連合商標制度廃止に伴う類

⁸ ドイツにおける最初の商標法は無審査主義を採用する1874年の商標保護法であり、次いで1894年の商品表示保護法では、行政庁が先行商標権者へ（類似の後願が有る旨を）通知するシステムを導入した。その後、第2次世界大戦で当該システムは崩壊し、1949年法で付与前異議制度を導入するとともに、相対的拒絶理由については職権審査しない仕組みをとった。1995年法改正で、付与後異議制度に移行した。

⁹ 網野誠『西ドイツ商標法における使用強制制度の採用をめぐる問題』（「商標法の諸問題」145頁，167頁 昭和53年）参照。

似商標の分離移転や同一商標の分割移転の許容（商標法第 24 条の 2）にもみられるように、類似の商標であっても当事者間の合意があれば、これに行政は介入せず基本的に自由に処分することを認め、事後に実際に誤認混同のおそれが生じたときのためには調整規定（商標法第 24 条の 4，第 52 条の 2）を設けておくことで公益保護を担保することとされた。このように、商標法も時代の変遷や制度利用者の意識の変化に応じて、第一義的には私的調整の問題とされる事項については、行政が最初から関与するのではなく、まず当事者の判断・調整に委ね、その妥当性は事後的な調整によって担保すれば足りるという制度に発展的に移行しつつあるということもできるのではないか。

市場における混同の回避

（ア）相対的拒絶理由について異議が申し立てられなければ出所の混同のおそれがある商標であっても登録されることについてどのように考えるか。

全出願において相対的拒絶理由の有無を職権で審査する現行制度と比較して、混同のおそれがある商標が登録される可能性が高くなることは確かであることから、そのことによって需要者の利益が害されるおそれが拡大すると一応考えられる。

一方、不使用商標が非常に多いとされる実態にかんがみれば、相対的拒絶理由を有する商標登録があったとしても、その商標が実際に混同を生じ、先行商標権者又は需要者に損害を与える場合はその全てではなく、むしろかなり少ないとも想定できる。

さらに、そもそも「出所の混同のおそれ」が審査段階で存在するとされることは、現在の制度においてもそれほど多くない。極めて大まかな数字に基づいて試算すると、相対的拒絶理由を理由として登録が拒絶されるのは、約 1 万 9 千件（2002 年）である。それぞれの出願に対する拒絶査定について引用される先行登録商標が複数あることから、仮に平均 5 件の先行登録商標につき相対的拒絶理由があると仮定したとしても、登録件数は約 182 万件であるから、それらの先行登録商標が引用される可能性は最大でも 1 件につき 1 年で 5.2% にすぎないこととなる。

（イ）相対的拒絶理由を含む商標が登録されても、現実の市場における混同のおそれを踏まえ、事後的にその瑕疵を除去する仕組みが整っていることをどう考えるか。

まず、審査において相対的拒絶理由がないと判断された場合であっても、異議審査においてこれを覆すことが可能である。また、現実の使用実態にかんがみ、無効審判によりその登録を取り消すことが可能である。したがって、審査による判断が一度なされたからといって、その瑕疵が全く治癒されないわけではない。

このことを踏まえると、審査時点で含みうる相対的拒絶理由に、あまり過敏になる必要はないとも考えられる。

- (ウ) 相対的拒絶理由の対象となる先行商標権者が後の出願の登録を許容しているにもかかわらず、審査において相対的拒絶理由が存在するとして登録を拒絶する必要があるか

後願の出願商標に相対的拒絶理由が存在する場合でも、完全に同一の商品又はサービスについて同一の商標が出願されることはまれであり、かつ、そのうちでも、後の出願が不正な目的なしに、すなわち先行登録商標の存在を知らずに出願されることは極めて限られていると思われる。そのような同一の商標を自らの商標として信用を高める事業者は通常いないためである。むしろ、現在の審査において相対的拒絶理由が存在すると判断されるのは、商標が同一ではないが類似と考えられる場合、あるいは、商品・サービスが同一ではないが類似とは考えられ、かつ商標も同一ではないが類似とは言えるような場合が多い。そして、審査官が相対的拒絶理由が存在すると判断するような場合であっても、先行商標権者にとってすら混同のおそれが認識されず、したがって相対的拒絶理由が存在しないと考えている場合があることは、コンセント制度導入の要望が強いことから窺い知れる。

商標選択の自由

職権で相対的拒絶理由の有無を審査し、かつ、これを相当程度厳格に運用することは、結果的に、現実の市場では混同のおそれが生じない商標も排除される可能性があることから、商標選択の自由が制約される。

一方、異議待ち審査制度においては、市場で具体的に混同のおそれが生じる商標についてのみ、当事者の申立てにより相対的拒絶理由の有無が判断されることとなる。その上、その判断が当事者の意見を聞く手続で行われる場合には、後願の出願人が市場の実態等について十分な証拠を提出することもできるから、結果的に商標選択の自由は広がると考えられる。すなわち、現行制度においては、先に述べたとおり、相対的拒絶理由により登録が拒絶されているものが1年間に約1万9千件であるところ、このうち市場で具体的に混同のおそれが生じることはなく、先行商標権者が異議申立てを行わない商標の出願はかなりの数を占めると思われ、その分だけ商標選択の自由は広がる。その上、現行制度においては、出願費用の負担を回避するため、相対的拒絶理由の有無が明らかではない商標について出願に慎重となる傾向があることからすれば、さらに商標選択の自由は広がるのではないかと。

コスト

(ア) 先行商標権者の監視負担

商標権者に対し、後の出願に混同のおそれがあるか否かを調査し、報告するサービスは欧州には広く存在する。特許庁で調査したところ、こうした調査会社は、大規模なものが10社程度存在し（THOMSON&THOMSON, COMPU-MARKの2社が世界的規模の商標情報提供者である。）、その費用は1商標、1区分につき1年に6,000円～3万円程度である。これらの調査会社の一部は、我が国においてもサービスを提供している。そうした企業も含めて、我が国においても同様のサービスは広く提供されており、その費用は1商標、1区分につき1年に12,000円程度と、欧州の場合と大きく変わらないようである。

(イ) 先行商標権者が異議申立てを行うことの負担

実際に異議申立てをする場合、申立書やそれに添付する証拠書類を準備する必要があるが、代理人に依頼する場合には、さらに費用がかかる。仮にこれが現行制度における異議申立てと同様の手続であると考えれば、その費用は手数料として5万円～50万円程度であり、謝金（成功報酬）が高い場合で28.5万円程度である¹⁰。ただし、先に述べたとおり、それを実際に行う必要がある確率は、登録商標1件につき1年で5.2%であり、極めて低い。

そもそも商標制度は、出願人にとって収支相償になるように運営されるべきものであることは我が国の制度についても言える。すなわち、相対的拒絶理由を審査している現行制度においては、商標権者が異議申立てをする頻度が少ないため、登録商標を維持するための費用は比較的安く済んでいるとされているが、現実には特許庁が職権で審査する上での諸費用がかかり、これは結局、出願料や登録料等によりカバーされている。

したがって、仮に異議待ち審査制度に移行した場合には、単純に現在行政が負担している費用がそのまま商標を取得した商標権者に転嫁されるというのではなく、特許庁が職権で審査する上でのコスト見合い分が不要となることにより、現在出願人一般が負担している出願料や商標権者一般が負担している登録料の諸負担が結果的に軽減されるという効果をもたらす。このため、費用の検討を行うにあたっては、先行商標権者が監視又は異議申立てを行う費用の負担と、出願人及び商標権者の費用の負担、すなわち、商標取得・維持費用の全体的な増減を考慮して検討すべきではないか。

¹⁰ 日本弁理士会が平成14年12月10日から平成15年1月24日までに実施し、ホームページ上で公開されているアンケート調査の結果による。なお、1区分の場合を前提としているもの。

権利の安定性の問題

日本の場合、2002年の統計によれば、登録件数は105,114件である。そのうち、異議申立請求件数が967件であるため、異議申立率は0.92%である。また、無効審判請求件数は214件であり、登録件数に対する無効審判請求件数の比率は0.20%である。以上のことから、登録後に権利が喪失することは極めて少ないと言える。

一方、異議待ち審査制度を導入しているOHIMの場合、異議申立率は18.16%であり、登録件数に対する無効審判請求件数の比率は1.91%であることから、日本の場合と比べ登録後に権利が喪失する率が高いと言える。しかし、異議申立率が高いからといって必ずしもそのすべてについて登録が拒絶されるわけではない。実際は、多くの場合は異議申立てが取り下げられ、異議審査がされる件数はこのうち20%程度であるから、登録後に権利が喪失する率が高いとは一概に言えないと思われる。また、ドイツは日本と同様、付与後異議申立制度であるが、傾向はOHIMと同様であり、異議申立率が18.44%、登録件数に対する取消訴訟件数の比率は1.85%である。日本に比べれば、登録後に権利が喪失する率が高いと言えるのではないか。

(4) その他

現行のような、全ての出願について職権で相対的拒絶理由の有無を審査する制度と、相対的拒絶理由の有無の判断を行うか否かを全て当事者の異議申立てに委ねる異議待ち審査制度とは、それぞれに長所と短所があり、その採否は困難な問題である。したがって、そのいずれかの制度の採用だけを選択肢として考慮するのではなく、その中間的な制度についても検討しておくことが有益ではないか。

一案としては、一般に混同を生じる蓋然性の高い、先行登録商標と同一の商標や、他人の周知・著名商標と類似の商標については、これを職権審査の対象にする仕組みや、あるいは、現行の欧州共同体商標規則のように、行政庁がサーチレポートを作成し、出願人・先行商標権者に送付するシステムなども検討することができるのではないか。

2. 使用状態の判断の在り方

(1) 我が国の特徴と不使用取消審判の限界

我が国制度は登録主義であることから、将来の使用に備えた権利の確保において、使用主義と比較して非常にすぐれている。このため、登録商標には、不使用商標と呼ばれる、将来使用をするつもりであるストック商標、他の商標を防衛するための防衛商標、使用する意思のない商標等が含まれている実状がある。この

ように、登録主義は権利の発生と使用とが必ずしも結びついていない。

もとより、これらの不使用商標には、許認可の関係で一定期間使用することができなかつたり、著名な商標の防衛目的のものもあるため、一律に不使用が問題と決めつけることはできない。しかし、登録主義をとる我が国の商標制度においても、使用主義的要素を導入し、不使用商標対策については制度上も意識されている。まず、出願時及び登録時には実際に使用をしていなくても、近い将来に使用を始めるという意思があって、出願がなされているとの前提（第3条第1項柱書）を置いている。その上で、正当な理由なく3年以上登録商標が使用されない場合には、審判手続きにより登録を取り消す制度を設けている（第50条第1項）。

すなわち、最初から使用をする意思が全くない商標に対し、商標権によって保護を与えることがこの法律の目的ではないことは明らかである。

我が国制度の大きな特徴は、不使用取消審判においてのみ、この判断を行っているところにある。一度登録されれば、不使用である状態が長期間継続しても、権利行使が制限されることはなく、第三者の負担で不使用取消審判を提起されない限り権利が取り消されることがない。その結果、我が国の制度は、使用状態を確認する頻度が相対的に低く、反射的に登録の安定性を高めるとともに、商標権者にはその登録商標をいつ使用するかあるいは全く使用しないかについて広い便宜性が与えられるという効果がある。また、使用証明に係る商標権者側の負担が軽いという効果もある。

一方、登録されながら長期間にわたって全く使用されない不使用商標が存在することにより、新規に商標を採択・使用する者が商標登録出願しても、そうした不使用登録商標の存在を理由として、拒絶される蓋然性が高くなるおそれもある。その結果、後願の出願人に確実な使用の予定・意思がある場合にも権利取得ができず、商標選択の自由度が低くなる可能性がある。

もちろん、このような場合、後願の出願人は、不使用取消審判を請求し、当該登録を取り消し、自己の出願について登録を受けることもできる。しかし、そのような手法を踏むと、権利取得には相当の時間を要することとなる。また、不使用取消審判請求に係る費用については、後願の出願人が負担することとなるが、これが常に妥当かについても検討する必要がある。特に新規参入者が中小企業である場合には、このような負担や商標選択の自由度の低下が新規参入の障害となりうることに留意する必要がある。

また、こうした法の目的に反した使用の意思のない商標の登録を安易に認めることとなれば、使用の具体的目途も立てずに行われる出願が増加し、そうした出願に伴う社会的費用が比例して増加する懸念がある。こうした状況を抑止する措置が必要ではないか。

(2) 「不使用の抗弁」制度の概要及び効果

我が国と同様に登録主義を採用する国・地域（特に欧州）においては、いわゆる「不使用の抗弁」が認められているところが多い。すなわち、不使用を理由とする登録取消制度に加え、異議申立て、無効審判、侵害訴訟等において、これらを起こした先行商標権者に対して、もう一方の当事者が先行商標権者の商標は一定期間以上不使用ではないかとの主張を行うと、先行商標権者は使用していることを証明しなければならない。そして、使用が証明できない場合は訴えが却下されることとなる（前記の 2.(2) 及び(3), 3.(2)～(4) 参照）。

ドイツでは同制度が 1968 年に導入されたが、不使用商標の登録を減ずることに一定の効果があったとの報告がある。同様の措置は我が国においても有効なのではないか。

一方、米国においては、出願の段階で何らかの使用が既に行われていることを要件としており、かつ登録後も定期的に使用を証明することが商標権者に求められている（前記 1.(1) 及び(3) 参照）。こうした制度は、欧州の制度以上に不使用商標の登録を減ずる効果を期待することも可能である。しかし、米国型の制度は、登録時には使用の予定のみで足りるという登録主義の長所を大きく損なうこととなる。いずれの要素を優先するのか、慎重な考慮が必要ではないか。

(3) 「不使用の抗弁」制度導入に関する課題

我が国においても、欧州におけるような「不使用の抗弁」を制度として導入することとなれば、不使用商標対策が進むことが期待できるのではないか。

なお、欧州において採用されている「不使用の抗弁」の我が国における制度化を図る場合、現行の商標制度の枠組みにおいては、異議申立て、無効審判、侵害訴訟等において導入することが考えられるが、どのような形で確認するかが課題となる。つまり、先行登録商標が不使用であることの証明責任をいずれの者に負担させるかが問題となる。職権でこれを全ての出願について調査することは多大な費用を要し、また、現実にも困難である。また、後の出願人が先行登録商標の使用状況について調査して立証することも同様に大きな費用と労力の負担を強いることとなる。コストが最も少ないのは、権利者自身に自らの使用状態を立証する負担を負わせることである。この点については、欧州共同体規則の採る方法と同じであり、また、基本的な制度的枠組みの差異はあるものの、米国商標制度の考え方とも一致している。

また、「不使用の抗弁」を制度として導入することに伴う問題点としては、使用の有無がはっきりしない場合に、異議申立て、無効審判、訴訟の手続を複雑化・

長期化させるおそれがあることが挙げられる。「不使用の抗弁」制度を導入している国・地域において、使用の有無の判断が困難な場合はあまりなく、その結果手続が遅延するという弊害も大きくないとされるが、ときとして、提出された物証のみからは使用の有無の判断が困難な場合もある。手続の複雑化・長期化ということがありうるとすれば、その弊害をどのように抑止することが可能か、手続の計画について綿密な検討が必要ではないか。

なお、異議申立て及び無効審判において「不使用の抗弁」を制度として導入する際には、現行の不使用取消審判制度において3年以内の不使用状態を許容していることとの関係から、不使用状態が異議申立て及び無効審判請求の時までに3年間継続していることを権利行使を制限するための要件とすべきではないか。また仮に不使用状態が3年間継続していることを権利行使の制限の要件とすると、「不使用の抗弁」が容れられた場合には当該不使用商標の取消し又は無効とする効力まで持たせるべきとの考え方もありうるが、これが適当か否か等について検討する必要があるのではないか。

また、仮に侵害訴訟において不使用の事実に基づく権利制限の制度を導入する際には、行政庁（特許庁）と裁判所の権限配分や、行政処分の公定力、不使用商標取消訴訟と不使用取消審判の判断の齟齬の防止、裁判所の負担の増加等の問題についても検討する必要があるのではないか。