注册商标专用权取得程序的整合

——兼评《中华人民共和国商标法（修订草案征求意见稿）》的有关修订

■ 贾小龙

商标审查、异议程序、注册商标撤销及争议制度在拒绝商标专用权取得的事由上存在多重叠合，异议程序冗长且未充分考虑他人在先合法权益的私权属性，导致商标注册效率低下，加大了商标培育的成本，诚有优化之必要。鉴于商标专用权取得程序各环节之间需要有效衔接，而当前的研究多限于局部分析。同时，国务院法制办2011年9月1日公布的《中华人民共和国商标法（修订草案征求意见稿）》（以下简称“《征求意见稿》”）对这些问题的处理仍不甚理想。鉴于此，笔者从商标审查、异议制度、撤销及争议制度相结合的角度进行分析和论述，以期对优化我国注册商标专用权取得有所裨益。

一、我国的注册商标专用权取得程序

商标法构建起了以申请、审查和核准、注册商标撤销及争议裁定程序为中心的商标专用权取得机制。根据规定，商标注册申请被受理后，需经商标审查及异议程序，方能获准注册。申请人据此取得商标专用权。但此时的商标专用权并不确定有效。相反，依据商标撤销和争议程序，若注册商标本属不当注册，则国务院商标行政管理部门可依职权或依适格申请人申请，撤销该注册商标。注册商标因此被撤销的，视为自始不存在。商标撤销和争议制度旨在弥补商标审查的疏漏，同样事关商标专用权应否取得及能否取得。因此在广义上也是商标专用权取得程序的组成部分。

二、现行注册商标专用权取得程序存在的主要问题

（一）异议理由与商标审查事项重合，影响注册效率

依商标法规定，在商标申请初步审定公告或驳回之前，商标局实行审查原则——既审查拒绝注册的绝对理由，也审查拒绝注册的相对理由。在异议程序中，对适格异议人、异议理由又均未作出任何限制。这样，任何人均可以审查事由为内容发动异议程序，阻抗初步审定公告的商标获准注册。因此，从拒绝注册的事由上看，异议程序和商标审查在很大程度上是叠合的[1]。不但导致重复审核、从而影响商标注册的效率，而且，还会使得滥用异议程序有机可乘。如对那些没有法律规定不予注册情形的商标，在无正当理由的情况下为达到获取某种非法利益的目的而提出异议，甚至是将异议制度作为生财工具，借此向申请人索要财物。

（二）异议程序冗长，影响注册效率

依商标法，当事人对商标局做出的异议裁定不服的，可向商标评审委员会（以下简称“商评委”）申请复审，对商评委的裁定不服的，可向人民法院起诉。考虑到两审终审的审判体制，异议程序理论上可经过两次行政程序、两次司法程序[2]。同时，单就司法程序而言，最长可历时五个月。至

杭州德龙商标代理服务有限公司
商标注册、证明商标、驰名商标申报、商标交易

(C)1994-2022 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

于商标局的异议裁定和起诉之前必经的复审程序需要经过的时间，从公开的相关法律、法规、规章或其它规范性文件中均难看到。《商标法》第35条只是规定“应当及时进行审查”，并未规定具体期限。如此，对提高商标审查和注册的效率，是十分不利的。

（三）商标撤销程序内在不和谐，且与异议程序、争议程序的规范事由存在叠合

1.商标撤销程序的绝对理由范围不明、易致歧义

《商标法》第41条第1款规定了不予注册的理由，包括两种情形：一是构成商标的标志使用了商标禁用标记、不得注册的标记和不得注册的三维标记，此乃国际通行的绝对理由，不存在歧义。另一是商标注册是以欺骗手段或其他不正当手段取得的。该情形具有兜底性质，具体应包括哪些事由以及是否涉及相对理由，尤其是对于“其他不正当手段”的理解，都存有较大争议。有学者认为，第41条第1款无意将涉及在先权利的情形同时纳入第1款的救济途径进行处理；而另有学者则认为，该款应当贯穿于商标审查、核准程序，异议和争议程序的始终。

笔者以为，法的适用，离不开解释。而在诸种法律解释方法之中，文义解释是最基本的方法。单从文义解释的角度看，产生争议的原因是在于措辞的使用上，即第1款规定的“以其他不正当手段取得注册的”情形，与第2款所规定的理由存在文义上的交叉。

从体系解释及条文演变过程来看，本条第1款的规定的确无意将第2款的部分内容纳入其调整范围。这也反映出，在《商标法》的两次修订中，在新增条款与已有制度的协调不够。1982年《商标法》并无撤销程序，只规定了异议程序和争议程序。如果说该时对公权利、私权利的审核重复次数不多[3]、程序间重叠问题尚不突出的话，那么在1993年《商标法》修订时，局面已开始改变。在前述两制度保留不变的情况下，该次修订增加了商标撤销程序，导致撤销的事由包括违反该法第八条（商标禁用要素）规定的和“以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册的”两种。1993年7月15日国务院批准第二次修订的《中华人民共和国商标法实施细则》第25条细化了“以欺骗手段和不正当手段取得注册的”情形，明确包括了相对理由。待到2001年《商标法》，在前述各制度不变的情况下，又在撤销程序中新增一款，将相对理由单独规定出来。这一演变历程表明，《商标法》对绝对理由的规定不仅仅是一个措辞的问题，毋宁说是在历次局部修订中，没有进行制度间的必要协调。尽管可以通过学说解释，或是通过《中华人民共和国商标法实施条例》（以下简称《实施条例》）来进行修补[4]，但毕竟都无法掩盖不同时期形成的各相关制度之间缺乏必要协调和统筹考虑的事实。

2. 对撤销机关的规定方式不合理

在撤销机关的设置上，《商标法》规定的“由商标局撤销该注册商标”已表明，违反绝对理由的，商标局有排他的撤销权。但同款又规定，他人可申请商评委裁定撤销，又给人以一种商评委直接享有撤销注册商标的权力的印象。尽管有学者认为第41条第1款立足于商标局对其核准注册的商标的自我纠正。但从《商标法》整体来看，此规定并不合理。理由有二：商标局在商标审查阶段已进行了全面审查，其中当然包括对本款所列之绝对理由的审查，再赋予商标局撤销权，稍显多余。即便规定，也不应与“其他单位或个人”申请复审撤销的行为同列一款。商标局依职权的撤销，是基于其履行管理商标工作、维护公共利益的行政职权，与其他单位或者个人通过申请复审撤销，纠正商标局之不当行为的性质明显不同，此其一；其二，商标局和商评委均隶属于国家工商行政管理总局，尽管商标局有权管理商标工作，但“大体来说，商标局处理有关注册商标审查和核准的事宜，商标评审委员会则处理有关注册商标争议的事宜，从程序上对商标局的工作进行监督。”据此，将撤销权赋予商标局不但导致行政程序漫长（若当事人对商标局的撤销不服，还可启动商评委的复审程序），而且，在商标审查案件大量积压的当下，商标局实际上没有多少人力再次主动审查已经核准注册的商标是否违反商标法的禁止性规定，该规定的实际效果也存有疑问。

3.争议程序没有独立存在价值

《商标法》第41条第3款规定了争议程序，为消

德龙 中国德龙商标网 delong.cn 18811030576

(C)1994-2022 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

除其与商标撤销程序的冲突，《实施条例》第29条将争议限定在两件注册商标之间。但此举未达到消除冲突的目的。因为《商标法》第41条第2款的规定明确包括了该法第31条规定的情形。而根据参与立法的学者对该法第31条规定的“他人现有的在先权利”的解释，也包括“已经注册的商标或者已经审定的商标[5]”。此外，《商标法》第9条[6]也规定了申请注册的商标“不得与他人在先取得的合法权利相冲突[7]”。该条与第31条在规范事项上也有重合。

从条文的逻辑关系上讲，第41条第3款显然属于本条的兜底性条款。尽管其明确规定所适用的情形是除前两款规定情形以外的理由。但导致商标注册无效的理由无非是绝对理由和相对理由，“该两种禁注事由是排众的，不存在第三种事由。”第41条第1款、第2款本身都含有兜底性质的规定，所以分列二款，在于此二种导致商标撤销的理由涉及不同属性的利益，自当有不同的申请主体和处理程序，而第3款同时作为第1款、第2款未穷尽事项的兜底条款，必然混淆调整对象和权利救济的属性，在法定时限上也不利于平衡。因此，在2001年《商标法》修改之后，源自于1982年《商标法》的这个第3款就有画蛇添足之嫌。

三、整合我国商标专用权取得程序的具体构想

（一）改审查原则为不审查原则，以提高注册效率

商标审查范围的确定，不但要异议程序的设置相配合，还要考虑商标权和拒绝注册理由的权益属性。商标局对于公权利而言，自当审查，但对于私权利而言，无需行政机关主动审查。因此，将改审查原则为不审查原则[8]，从公权、私权的不同性质上看是理想的。同时，因审查范围的缩小，商标注册效率的提高也是可以期待的。遗憾的是，从《征求意见稿》第30条、第31条的规定来看，依然维持了现行的审查原则。

（二）维持异议程序前置，同时限定申请人和异议理由的范围

1.维持异议程序前置

从商标法的基本原理上看，商标审查居于主导地位，异议程序起补充、辅助作用。因此，对异议程序的完善需要结合商标审查原则，并在充分考虑商标注册效率、商标注册成本以及不当注册可能带来的其他不利影响等因素的基础上决定。笔者以为，不论是否要将审查原则改为不审查原则，都既不能后置异议程序，也不可取消异议程序。

应当看到，后置或取消异议程序的情况下，不仅商标注册效率能否大为提高尚存疑虑，因为在缺少异议程序或异议程序后置的情况下，商标审查将必须更为慎重和严格，否则，必然导致大量不当注册商标产生，损害商标行政授权的公信和效力。同时，虽可以通过撤销程序的广泛适用和后置的异议程序的发动，为妨害公共利益或他人合法权益的注册提供救济，但相对异议程序前置而言，由此而引发的行政成本只会增加，不会降低。重要的是，由于不当注册的商标在撤销之前的使用对于公共利益和他人合法权益造成的不良影响往往也无法弥补。可见，将异议程序设置在商标获准注册之前，不但可为在先权利人维护其合法权利提供必要机会，也可防止商标行政部门在不进行私权利审查或无法对其他拒绝注册的理由[9]进行审查时可能带来的因商标注册侵犯他人合法权益情形的大量出现，从而维护注册商标的稳定性和效力。《征求意见稿》维持异议制度前置的做法值得肯定。

2. 限定申请人和异议理由的范围

异议程序着眼于与在先合法权益相关的个人利益，实为维护私权之必要形式。因此，不论在异议理由，还是在适格的异议申请人方面，均应以他人在先合法权益的存在为前提，任何脱离他人在先合法权益设置异议程序的做法都将不可避免违背制度的本质，带来对商标注册秩序的干扰。应将异议理由限定在商标注册有侵犯他人在先合法权益之虞，异议人也只能是该在先合法权益的权利人或利害关系人。令人欣喜的是，《征求意见稿》已经做出了合理的回应[10]。

杭州德龙商标代理服务有限公司
商标注册、证明商标、驰名商标申报、商标交易

(C)1994-2022 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

（四）改造复审程序，取消复审前置[11]，明确规定“一事不再理“原则

异议程序冗长是导致商标权取得效率低下的一个重要因素。《商标法》第三次修订拟对此进行调整。《征求意见稿》第38条第2款、第3款针对异议是否成立，分别对异议人和被异议人设置了不同的救济程序：异议不成立，商标获准注册的，异议人只能依据撤销制度申请商评委撤销该注册商标；对于因异议而不能获准注册的，被异议人享有的救济程序和《商标法》的规定一致。应该说，该种设置能够有效防止他人滥用异议程序、导致商标长时间内不能获准注册的情形发生。同时，因为申请注册的商标已经经过了商标审查和异议程序两次审核，就特定异议理由而言，不当注册的可能性较低，从实质上说，并无不妥。但从程序法上来说，该种设置有违行政救济的基本原理，即对具体行政行为而言，相对人不服的，可以申请行政复议；也使得相关主体的在同一行政程序中中所享有的救济权利明显不平等，即异议人既不享有行政复审的权利、也不享有申请司法审查的权利，而被异议人却可以同时享有此二种权利。这种做法有违程序正义。据此，《征求意见稿》的该条规定不可取。还需要指出，虽然依据本条规定，异议人可在商标获准注册后，依据撤销程序申请商评委撤销该注册商标，但不可认为，此种救济是对与异议人赋予的针对异议不成立的裁定不服而提供的救济，这种“移花接木”的做法混淆了两个独立的行政行为。事实上，异议程序和撤销程序属于独立的两个行政程序，前者针对的是申请中的商标，而后者针对的是已经获准注册的商标。退一步说，即便在特定案件中，两个程序事实上也针对的是同一件商标（不考虑是否获准注册），那么在撤销程序中，商标局是被申请人，商标权人是有独立请求权的第三人，都享有对应的防御性权利，如果认为申请人（也是异议程序中的异议人）的申请是对异议裁定的延续，则被申请人和第三人的这一程序性权利便无存在基础，也是不适当的。

笔者以为，尽管学者认为异议复审是“一个全面重新审理的新案件”，“而不是对原异议裁定的。”但从行政程序自我纠错的角度看，这种全新的审理有些多余。不妨将异议复审改造为行政复议[12]，以在商标局与商评委之间做出明确的分工，让商评委在异议复审中专司商标局异议裁定的合法性、正当性，这样，可以大大提高效率。此外，有学者提出了另外的变通方法，即“对初步审定、予以公告的商标提出异议的案件，改为直接由商标评审委员会进行审理，商标局不再对此类案件进行审理。”该主张的可取之处是明显的，但对于其所遇到的问题，即对商标授权行政行为不提供行政复议救济的原因而言，就无法解释了。退一步讲，不论是否将复审程序改造为复议，都应当放弃当前的复审前置的做法，回归行政行为的正常救济途径，即对商标局的裁定不服的，既可以申请商评委复审，也可以向人民法院起诉。这样，既不违背针对具体行政行为的监督与审查的一般原理，也在一定程度上减少了程序性上的繁琐。试想，如果相对人直接选择向人民法院起诉的，则可以省去商评委的复审程序，相比现行救济途径——相对人必须先申请复审，只有对复审裁定不服时才能提起诉讼，假设人民法院又撤销了复审裁定，则商评委还需要重新裁定，商标局再据此决定驳回或获准注册——而言，程序冗长的问题可大为削减。当然，由于保留了复审程序，因此，还应当在《商标法》上明确规定“一事不再理”原则。尽管《实施条例》第35条、《商标评审规则》第18条已经涉及了“一事不再理”的问题，但为减少程序的启动，有必要在《商标法》中对此加以明确。对于在异议程序中已经经过复审或经由人民法院裁判的，申请人不得在撤销程序中以相同事实和理由再次提出评审申请。

也有学者指出，异议程序“是涉及双方当事人利益的民事权利纠纷案件”，“直接利害关系人是当事人双方。严格依据法理推定，这种官司不应当作为行政诉讼案件。”如此，当然可以减少商标行政管理部门疲于应诉，从而集中精力审查商标。

德龙 中国德龙商标网 delong.cn 18811030576

(C)1994-2022 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

但对于涉案商标申请而言，同样未能提高效率。同时，申请人是否对“初步审定公告的商标”享有“民事权利”，不无疑问。从《商标法》第34条第3款规定来看，此时申请人尚不享有商标专用权。笔者还认为，在我国商标法的语境下，获准注册是一种行政授权，不宜推定当事人有关异议的争议，就必然是一种民事纠纷。

（五）消除撤销程序中的歧义

在撤销程序中的绝对理由方面，有必要在对各制度统筹考虑的基础上，对“其他不正当手段取得注册”的性质进行明确界定，消除历史遗留问题，以达到与相对理由明确区分之目的。同时，从商标撤销权专属于商标局而言，若基于公共利益和商标局自我纠错等考虑，需要继续维持商标局依职权所为的撤销，则应与其他单位或个人申请商评委裁定撤销单列二款。据此，可考虑将第41条第1款修改为两款：“已经注册的商标，违反本法第十条、第十一条、第十二条规定的，或者是以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册，妨害公共利益或破坏商标注册秩序的，商标局可依职权撤销该注册商标。”“已经注册的商标，有前款规定情形的，其他单位或个人可以请求商标评审委员会裁定撤销该注册商标。” 但《征求意见稿》除了在第35条增加了初步审定公告后、核准注册之前商标局可依职权撤销外，亦然延续了现行的不当做法 。

此外，直接赋予商评委的撤销权，也不失为一个选择。就通常意义上的商标局和商评委的关系而言，赋予商评委的直接撤销权（即其执行不要依赖商标局）并不违背行政法基本原理；若将依据上文所述，将复审改造为行政复议，则因行政复议一般可以直接改变违法行政行为的原理，赋予商评委直接撤销权也就更为可行和科学了。◇

注释：

[1] 异议还可依据相对理由以外的其他在先权益受侵害为由提出，如《商标法》第13条第1款、第15条、第16条、第31条规定的情形，所以不是完全重合。

[2] 因为商标行政管理部门根据人民法院终审裁判重新作出的决定，是对人民法院审判判决的履行，对此，诉讼相对方不可再行提起行政或司法程序。

[3] 审查原则设计到公权利、私权利的第一次审核，异议程序涉及到个别公权利、私权利的第二次审核，争议程序涉及到个别私权利的第三次审核。

[4] 参见《商标法实施条例》第29条对争议的限定，而此前的各《商标法实施细则》中，均没有相似规定。

[5] 董葆霖先生认为，本条在先权利还包括已经审定的商标、他人已经使用并有一定影响的商标、还包括除了商标以外的在先权利，如姓名权、肖像权、工业品外观设计专利权、版权、企业字号权等。当然，也有学者将这一在先权利解释为不包括注册商标专用权在内的其他权利，如著作权等。笔者认为，这一解释的目的是为了避免《商标法》条文上措辞上所反映出来的冲突和不协调。

[6] 本条来源于1982年《商标法》第7条的规定，此处所引的内容与《商标法》第31条都是2001年商标法修订时新增内容，但两个条文之间有重复。

[7] 学界认为，此处的“合法权利”主要包括姓名权、肖像权、工业品外观设计专利权、版权、企业名称权等权利。

[8] 所谓不审查原则，是与审查原则相对而言的，是指只审查公权利，对私权利不审查的一种做法，与我国不同，西欧国家多采用不审查原则。

[9] 如利害关系人在先取得的除商标专用权之外的其他权益的问题，由于商标局无法得知其存在，所以要求其审查客观上不可能。

[10] 参见《征求意见稿》第36条。

[11] 现行的商评委复审为司法审查之前的必经程序，只有对商评委的复审裁定不服的，才可以向人民法院起诉。

[12] 现行《商标法》上复审委员会的复审与针对其他具体行政行为的行政复议有所不同。商评委与商标局没有行政隶属关系，商标局对复审结果需要无条件执行，不可上诉，商标局也非以复议当事人的身份参与复审。但与此相对的问题是，既然商标复审不同于复议，异议裁定又是具体行政行为，那么现行法律没有对此行为赋予行政复议救济的原因是什么呢？就又不宜说清楚了。因此，从行政救济的原理来看，将复审改造为行政复议，也有必要性。

作者单位：兰州理工大学人文学院

杭州德龙商标代理服务有限公司
商标注册、证明商标、驰名商标申报、商标交易

(C)1994-2022 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net