

框架秩序与规范审查

——“华源公司诉商标局等商标行政 纠纷案”一审判决评析

王天华*

目次

引言

一、案情

二、判旨

三、评析

(一) 判决理由的形式逻辑性

(二) 作为法律政策的过渡期制度

(三) 过渡期制度的必要性

(四) 过渡期制度的合法性

余论

(一) 如何审查规范

(二) 如何保护使用在先

摘要 《关于申请注册新增零售或批发服务商标有关事项的通知》(国家工商行政管理总局商标局 2012 年 12 月 14 日发布)所创设的过渡期制度,是商标局以法律拟制技术表达的法律政策(个别规范),而非《商标法》所规定的“同一天”的“重新定义”。它既非法律所明确授权,又非法律所禁止。在内容上,过渡期制度对于《商标法》的顺畅实施而言是必要的。同时,1993 年先例的存在等立法事实表明,商标局对它的创设也是法律秩序所容认的。“华源公司诉商标局等商标行政纠纷案”一审判决有重大疑问。

关键词 过渡期制度 商标法 规范审查 框架秩序 承认规则

* 中国政法大学法学院教授、法学博士。【为了避免日文汉字与中文汉字的混乱,本文在全部注释中的日文部分添加了下划线。】

引言

本文评析的是安徽华源医药股份有限公司诉国家工商行政管理总局商标局等商标行政纠纷案(简称“华源公司诉商标局等商标行政纠纷案”)一审判决([2015]京知行初字第177号)。

之所以选择本案进行评析,是因为本案是新《行政诉讼法》下的规范审查第一案;^[1]作为规范审查第一案,本判决详细而具体地论证了系争规范性文件的合法性,这对于我们在寡言的法条下摸索规范审查的方式与深度而言,有着鲜明的样本意义。

一、案情

本案是由国家工商行政管理总局商标局(以下简称“商标局”)2012年12月14日发布的《关于申请注册新增零售或批发服务商标有关事项的通知》(以下简称《通知》,本判决将之简称为《新增服务商标的通知》)引发的。《通知》为配合《商标注册用商品和服务国际分类》第十版2013修改文本的实施,针对该修改文本新增的“药用、兽医用、卫生用制剂和医疗用品的零售或批发服务”项目,设立了“受理新增服务项目过渡期”(以下简称“过渡期”和“过渡期制度”)。其要旨是(《通知》第4条):

1. 2013年1月1日至1月31日为注册申请过渡期。
2. “在该期间内,在相同或类似新增服务项目上提出的注册申请,视为同一天申请。”
3. 在过渡期内,“一般按以下原则确定商标专用权:同日申请的,初步审定使用在先的;同日使用或者均未使用的,由当事人协商解决;在规定期限内不愿协商或协商不成的,以抽签方式确权”。

本案中,安徽华源医药股份有限公司(简称“华源公司”)、嵊州市易心堂大药房有限公司(简称“易心堂公司”)、上海健一网大药房连锁经营有限公司(简称“健一网公司”)分别于2013年1月4日、11日和28日向商标局提出了商标注册申请。2014年10月23日,商标局根据《商标法实施条例》(以下简称《条例》)第19条的规定,^[2]针对华源公司提出的商标注册申请,以其所申请注册的商标与易心堂公司和健一网公司申请注册的商标“构成近似且均未使用”为由,发出了《商标注册同日申请协商通知书》(以下简称《协商通知书》),要求各方当事人自收到本通知书之日起三十日内自行协商,保留一方的申请,并将书面协议报送商标局。在规定的期限内未提交书面协议或协议无效的,视为协商不成,商标局将另行通知各方以抽签方式确定一个申请人。

华源公司不服,向北京知识产权法院提起行政诉讼,请求撤销商标局做出的《协商通知书》,并

[1] 新《行政诉讼法》(2015年5月1日起施行)第53条规定:“公民、法人或者其他组织认为行政行为所依据的国务院部门和地方人民政府及其部门制定的规范性文件不合法,在对行政行为提起诉讼时,可以一并请求对该规范性文件进行审查。”

[2] 《条例》第19条规定:“商标在同一天申请注册的,各申请人应当自收到商标局通知之日起30日内提交其申请注册前在先使用该商标的证据。同日使用或者均未使用的,各申请人可以自收到商标局通知之日起30日内自行协商,并将书面协议报送商标局;不愿协商或者协商不成的,商标局通知各申请人以抽签的方式确定一个申请人,驳回其他人的注册申请。商标局已经通知但申请人未参加抽签的,视为放弃申请,商标局应当书面通知未参加抽签的申请人。”

判令被告重新做出决定。其主要诉讼理由是：《通知》第4条将2013年1月1日至1月31日期间在相同或类似新增服务项目上提出的注册申请均“视为同一天”的过渡期规定，违反了《商标法》第31条的规定。^{〔3〕}

北京知识产权法院于2015年12月8日做出判决，以下述理由认定《通知》第4条关于过渡期的规定不合法；撤销《协商通知书》，由商标局对原告的注册申请重新做出审查决定。

二、判 旨

“《新增服务商标的通知》第四条关于过渡期的规定将‘2013年1月1日至1月31日’31个‘自然日’‘视为同一天’实质上是对《商标法》第31条规定的‘同一天’进行了重新定义，超越了商标局所主张的对法律如何具体应用进行解释的范畴。因此，虽然商标局是《新增服务商标的通知》第四条关于过渡期的规定形式意义上的合法主体，但是，其将‘2013年1月1日至1月31日’‘视为同一天’的规定实质上已经是对公民、法人或者其他组织的权利义务进行了‘设定’，商标局做出该项规定已经超越了其法定权限。”

三、评 析

（一）判决理由的形式逻辑性

上述判旨是针对商标局的主张做出的。在本案系争过程中，被告商标局主张：“根据1981年《关于加强法律解释工作的决议》第三条、1999年《关于行政法规解释的通知》第二条、《商标法》第2条第1款的规定，^{〔4〕}商标局有权对在商标注册和管理中如何具体应用《商标法》的问题进行解释，《新增服务商标的通知》第四条关于过渡期的规定仅适用于首次放开的药品零售或批发等服务上的商标注册申请，性质上属于对《商标法》第31条具体应用过程中的解释。”

如果商标局的这一主张成立，那么过渡期制度是否越权尚需进一步判断。对此，本判决强调说：《通知》第4条规定的过渡期制度“实质上是对《商标法》第31条规定的‘同一天’进行了重新定义”，即，将31个自然日而非一个自然日“定义”为“同一天”。既然已经是“重新定义”，而非“具体应用过程中的解释”，那么商标局越权这一结论就当然地得出了。这是上述判旨所表达的判决理由的实质。

但是，令人困惑的是：“31≠1”这样的常识，商标局难道不懂吗？“视为”和“是”是一回事吗？如果商标局知道这个常识，且“视为”和“是”不是一回事，那么过渡期制度的实质可能是：商标局基

〔3〕 《商标法》第31条规定：“两个或者两个以上的商标注册申请人，在同一种商品或者类似商品上，以相同或者近似的商标申请注册的，初步审定并公告申请在先的商标；同一天申请的，初步审定并公告使用在先的商标，驳回其他人的申请，不予公告。”

〔4〕 《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》（1981年6月10日第五届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过）第3条规定：“不属于审判和检察工作中的其他法律、法令如何具体应用的问题，由国务院及主管部门进行解释。”

《国务院办公厅关于行政法规解释权限和程序问题的通知》（国办发〔1999〕43号）第2条规定：“凡属于行政工作中具体应用行政法规的问题，有关行政主管部门在职权范围内能够解释的，由其负责解释……。”

《中华人民共和国商标法》（2013修正）第2条第1款规定：“国务院工商行政管理部门商标局主管全国商标注册和管理的工作。”

于特定的政策性意图,采用法律拟制的技术(“视为”),针对“首次放开的药品零售或批发等服务上的商标注册申请”,在一定期限(一个月)内,缓和了《商标法》第31条所规定的申请在先原则。若果如此,判决理由中的“重新定义”就是站不住脚的,以此为起点的论证链条也将变得极为脆弱。相应地,过渡期制度的合法性尚需进一步判断。

(二) 作为法律政策的过渡期制度

过渡期制度是商标局以法律拟制技术表达的法律政策,还是对《商标法》规定的“同一天”的“重新定义”,对于本案而言至为关键。关于此点,《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(2000年3月10日起施行)对“抽象行政行为”所作定义有重要意义:“行政诉讼法第12条第2项规定的‘具有普遍约束力的决定、命令’,是指行政机关针对不特定对象发布的能反复适用的行政规范性文件。”由于过渡期制度针对的是新增的“药用、兽医用、卫生用制剂和医疗用品的零售或批发服务”项目,而非《商标法》所调整的所有商标注册申请,且设有时间限制——2013年1月1日至1月31日,即不能反复适用,所以《通知》是否属于“具有普遍约束力的决定、命令”(新《行政诉讼法》第13条第2项保留了这一概念)本身其实是一个问题。^{〔5〕}

分析法律理论可以为上述观点提供法理学上的支持。阿尔夫·罗斯(Alf Ross,1899—1979)认为:规范作为指令,具有对象(subject)、情境(situation)和主题(theme)三种要素;根据这三种规范要素的不同情形,规范可以分为不同类型。^{〔6〕}首先,根据规范情境的确定方式,规范可以分为偶然规范(occasional norms)和规则(rules)。前者以“封闭词类”(closed class)来个别化地确定其情境,后者则以类别化或普遍的方式来确定其情境。如果一个规范“包含关于它们何时被适用的‘个别’限定——即提及一个或多个确定的时刻,在这之后它们不再有效”,那么它就是偶然规范。偶然规范又可以根据规范对象的确定方式分为个别规范(individual norms)和普遍规范(universal norms)。“如果对象被具体化为一个封闭词类,即其成员无法在逻辑上随着时间变化而变化的词类,那么这个对象就被个别地确定。”相应的规范就是个别规范。罗斯还举例说,“被准许进口钻石到丹麦的人”确定了一个开放的词类,但“1965年1月1日被准许进口钻石到丹麦的人”则是一个封闭词类。“在这里,对象(无论是谁)的数量是永久固定了的,绝不会发生改变;这完全是限定时间的结果。……不管这类人的数量有多少,确定他们是谁的困难有多大,他们可以说是个别地被具体化的。”^{〔7〕}由此看来,《通知》其实是一个(偶然规范中的)个别规范。相应地,将《通知》所规定的过渡期制度理解为对《商标法》规定的“同一天”的“重新定义”,即实质上的“立法”(“超越了商标局所主张的对法律如何具体应用进行解释的范畴”),在逻辑上是讲不通的。换言之,过渡期制度的确是商标局所创设的,但它是作为《商标法》第31条的适用而创设的个别规范,而非在该法条之外另起炉灶的一般规范,更非对该法条中的法律概念本身的“重新定义”即对立法本身的修改。

此点亦可从日本的法律实践获得佐证。在本案审理过程中,商标局主张:“日本在2007年首次受理零售批发服务商标时也设置了三个月的过渡期,说明设置过渡期是国际通行的做法。”而日

〔5〕 无须赘言,这里指出这个问题,不是为了确认过渡期制度的“可诉性”,而是为了确认本判决理由的说服力。

〔6〕 [丹麦]阿尔夫·罗斯:《指令与规范》,雷磊译,中国法制出版社2013年第1版,第134页以下。

〔7〕 同上,第137页。

本的这个过渡期规定于《部分修改外观设计法等法律》附则第7条，〔8〕其性质为过渡性措施（経過措置）。〔9〕在日本的法学理论中，作为立法的“措施”（措置法）是被理解为个别规范的。立法机关既可以创设一般规范，也可以创设个别规范（处分的法律），〔10〕尽管立法机关创设个别规范的条件与限度在学说中有不同观点。〔11〕

（三）过渡期制度的必要性

既然《通知》规定的过渡期制度在逻辑上是基于政策性意图的个别规范，而非对《商标法》规定的“同一天”的“重新定义”，换言之，并未脱离“具体应用过程中的解释”之域，那么，问题转移至商标局是否有权创设这个个别规范。

有人会说，既然日本的过渡期制度是立法规定的，那么商标局按理应无此种权限。但这种看法过于朴素了。因为如前所述，日本《部分修改外观设计法等法律》附则第14条明确授权“政令”——相当于我国的行政法规——可以规定法律施行的过渡性措施，在此授权下，“过渡性措施是由法律规定还是委诸行政机关是一个立法政策或立法技术问题”这一解释是可以成立的。更何况这一看法与商标局的主张（对日本先例的援引）同属比较解释，两者难分伯仲。

关于商标局是否有权创设作为个别规范的过渡期制度这个问题，我们的讨论需要从过渡期制度的必要性展开。因为，法律秩序是一种从上位规范向下位规范动态推进的框架秩序，〔12〕如果法律对应予规定的事项未作规定，且法律并未禁止其适用机关就该事项做出规定，那么法律适用机关就该事项创设一个（个别或一般）规范，就可能是在填补法律漏洞或弥补法律欠缺。也就是说，过渡期制度的合法性与必要性两者具有相关性。

关于过渡期制度的必要性，商标局在诉讼中主张：“对于新放开的对人体健康影响非常重大的药品零售或批发服务上的商标注册申请，如果不设置过渡期，可能造成大量尤其是地处偏远或信息闭塞的在先使用人的商标被抢注、消费者对药品来源产生误认等严重后果。而且，当时的法律、法规并没有规定在先使用人可以继续使用其商标，其商标一旦被他人抢注则可能面临被诉侵权的危险，设置过渡期也可防止在先使用人维权成本过高的现象发生。”这一主张包含着三个理由：（1）避免抢注；（2）避免消费者误认药品来源；（3）在先使用人事后维权成本过高。这三个理由是以在先使用人的利益保护为核心展开的，因为，若无在先使用，那么抢注和误认本身无从谈起。也就是说，《通知》对过渡期制度目的的表述，“为更好保护已使用商标权利人利益，维护稳定的市场秩序”，实际上是一体两面的关系。重要的是，尽管有学说认为，“使用”在我

〔8〕 意匠法等の一部を改正する法律（平成18年6月7日法律第55号）。该法附则第7条第1款将同法开始施行后的前三个月规定为过渡期，将有关使用的零售等服务商标的注册申请作为“特例零售商标注册申请”；同条第4款则规定：“特例零售商标注册申请视为同一天提出，适用商标法第8条第2款。”其商标法第8条第2款规定的是“先愿主义”（申请在先原则）（同条第1款）下的“协商”：“使用于同一或类似商品或服务的同一或类似商标，在同一天有两个以上注册申请的，只有商标注册申请人协商所确定的一个商标注册申请人，才能获得商标注册。”也就是说，日本《部分修改外观设计法等法律》附则第7条对应的是《通知》（本案系争之规范性文件），日本商标法第8条第2款对应的是我国《商标法实施条例》第19条。

〔9〕 同法第14条规定：“附则第2条至第11条以及前条规定之外的，施行本法所必要的过渡性措置由政令规定。”

〔10〕 参见〔日〕塩見政幸（総務委員会調査室）「学説における『立法の意義』・『法律の留保』と立法実務における『法律事項』」立法と調査（参議院事務局企画調整室編集・発行）332号（2012年），第51页以下。

〔11〕 参见小山正善「法律の『一般性』に関する一考察——『措置法』概念に関連して」山口経済学雑誌 32卷3・4号（1983年）73页以下。

〔12〕 Hans Kelsen「純粹法学 第二版」長尾龍一訳、岩波書店2014年第一刷，第337页。

国《商标法》中只具有“非常有限的意义”，^{〔13〕}但从《商标法》第31条第二句、第32条的规定来看，在先使用人的利益无疑是《商标法》意图加以保护的一种价值。所以，应当认为，过渡期制度的目的与《商标法》是相符的。

日本在2007年首次受理零售批发服务商标时，其《部分修改外观设计法等法律》附则第7条设置过渡期的理由被表述为：“如果自修改法施行之日起即对零售等业务有关商标注册申请采用基于申请在先原则的审查，可能会导致申请集中于施行日当天，给申请人和特许厅的申请事务的处理带来困扰，所以有必要对申请的集中提出加以缓和。”^{〔14〕}相关联地，同法附则第8条还规定了“基于使用的特例”：“有两个以上的商标注册申请根据前条第4款的规定被视为同一天提出的，认为其所申请注册的商标在本法施行前即在日本国内、非基于不正当竞争目的使用于与自身业务有关的零售等业务的商标注册申请人，可以主张基于使用的特例的适用。”这个“基于使用的特例”的理由则被表述为：“零售业等业务商标保护制度是本次修改首次导入的，但实际上已经有很多零售业务在使用商标。这些商标会受到附则第6条所规定的继续使用权的保护，但为了保护一直以来所积累的评价和信用，避免交易秩序发生混乱，同时顺畅地施行本法，有必要在申请人协商或特许厅长官抽签之外，再考虑一些特殊措施。”^{〔15〕}综合来看，日本在2007年首次受理零售批发服务商标时设置过渡期的理由主要有两点：（1）确保行政实务的顺畅运作；（2）保护既得权（从而维护交易秩序）。

两相比较，商标局的主张强调了本案系争过渡期制度（与日本相比）的两点特殊性：第一，此次我国所新增的商标注册项目是药品零售或批发服务，而非普通商品，关涉人民身体健康乃至生命安全的重大法益；第二，《通知》出台当时，我国“法律、法规并没有规定在先使用人可以继续使用其商标”。日本的理由（1）则可以视为对商标局主张的补充：抢注不仅会给在先使用人、消费者的权益带来影响，还会影响到行政实务的顺畅运作。总体而言，应当认为，《通知》出台当时，我国设置相关过渡期的理由要大大强于日本2007年首次受理零售批发服务商标时。

对此，北京知识产权法院在判决书中回应道：“《商标法》与《商标法实施条例》在制度层面上对于如何防止抢注、如何保护在先使用人的利益进行了较为完备的制度设计，即使被抢注商标的在先使用人会耗费时间、人力与物力寻求救济，这也是法律正常运行所必然带来的制度成本，符合法律正常运行的规律。”与商标局的主张相比，针对商标在先使用人的利益保护问题，这一回应对我国现行法的评价要更为积极。但即便如此，它也只是回应了前述商标局主张理由之（3），即在先使用人事后维权成本过高。药品消费者的误认问题、行政实务的混乱乃至瘫痪问题仍然是客观存在的，却没有得到本判决的回应。更为重要的是，所有这些问题之所以没有成为问题，恰恰是因为过渡期制度已经实际运作。在这种情况下，在过渡期结束后，“法律正常运行所必然带来的制度成本”云云有“事后诸葛亮之嫌”。

（四）过渡期制度的合法性

如上所述，商标局成功地论证了过渡期制度的必要性，且这种必要性事实上已经为本判决所承认，或者说本判决并没有提示不承认它的足够的理由。接下来的问题是（1）商标局是否有权创设作为个别规范的过渡期制度，（2）过渡期制度的内容是否合法。无须赘言，这两个问题中，前者

〔13〕 黄晖：《“使用在先”、“申请在先”还是“驰名在先”——谈商标权利取得的渠道》，载《工商行政管理》2001年第12期，第39页。

〔14〕 山本厚「平成18年度改正法に関する全般的な解説」『パテント』59卷10号（2006），第12页。

〔15〕 同上，第13页。

对于后者有前提性意义。

关于商标局是否有权创设作为个别规范的过渡期制度这个问题，上面对过渡期制度必要性的考察确认了一个基本事实：过渡期制度在本判决做出当时，是一个立法者（《商标法》）本应予以规定但却未作规定的事项，即属于《商标法》的技术性欠缺^[16]——不要忘了，《通知》出台当时，其必要性要大大强于商标局所援引的日本先例。既然如此，商标局以《通知》设定过渡期，就可以理解为法律适用机关——《商标法》第2条明确将商标局规定为该法的主管机关——对《商标法》欠缺的弥补。这一点也是本判决所明确承认的：“商标局是《新增服务商标的通知》第四条关于过渡期的规定形式意义上的合法主体。”

值得注意的是，在本案审理过程中，商标局还主张：“我国在1993年首次受理服务商标注册申请时采用设置三个月过渡期做法的先例也表明过渡期的设置是必要的且施行的效果良好。我们在制定《新增服务商标的通知》的过程中，征求了相关部门包括相关司法机关的意见，他们并未提出反对意见，并明确表示设置过渡期不存在法律障碍。”这一主张提示了另外一种可能性：首次受理服务商标注册申请时，由商标局设置过渡期的做法在我国可能是一种立法习惯。换言之，商标局设置过渡期既非法律所明确授权，又非法律所明确禁止——过渡期制度作为个别规范并不违反《立法法》第8条（特别是其第5、6、7项）当无疑义——，在这种情况下，判断商标局是否有权设置过渡期制度其实是在判断其对法律欠缺的填补是否能够获得我国法律秩序的承认。而1993年先例的存在和商标局本次发布《通知》过程中的征求意见程序，是支持其“已获承认”主张的立法事实。对此，本判决仅以“不足以说明商标局制定《新增服务商标的通知》第四条关于过渡期的规定具有合法的权力来源”回应，显然失之简单了。哈特在阐述“承认规则”时，指摘了“由简单的第一性规则构成的社会结构”的缺陷：“在这样一个社会中，并没有有意识地通过清除旧规则或引进新规则而使规则适应正在变化的情况的手段。”^[17]从这一指摘来看，本判决对商标局主张的这一回应，实际上是在剥夺商标局已经使用过，并又一次使用的“使规则适应正在变化的情况的手段”。这对于我国这样一个庞大的、转型中的法律共同体而言，会产生什么样的效果令人担忧。另外，本判决的这一回应还暗含着这样一个命题：我国在1993年首次受理服务商标注册申请时，由商标局以《通知》设置过渡期的做法本身就违法。^[18]这个命题作为法院的意见是否稳妥无疑也是一个问题。

综上，至少可以说：商标局对过渡期制度的创设是法律秩序所容认的。因为：（1）它并不违反法律的禁止性规定；（2）过渡期制度为法律秩序所必要；（3）商标局创设过渡期制度已为法律秩序所容认有事实根据——①1993年先例、②（1993年《商标法》施行当时与此次新增服务项目之时的）立法不作为、③《通知》发布过程中的征求意见程序（无需赘言，③之强度取决于商标局在本案审理过程中的举证）。

接下来的问题是过渡期制度的内容是否合法。

判断商标局所设置过渡期制度的内容是否合法，毫无疑问，需要进入到《通知》的“内部”，去探究商标局所创设的个别规范本身在内容上是否可以为法律秩序所容认。正如我们在讨论过

[16] 凯尔森将法的技术性欠缺分为两种类型：实定法与理想法（Wunschrecht）不一致时的本来意义上的欠缺；由法的“框架”属性而发生的未决定。前注[12]，Hans Kelsen书，第240~241页。

[17] [英]哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社1995年版，第94页。

[18] 《国家工商行政管理局关于受理服务商标注册申请的通知》工商标字[1993]第148号（已废止），以下简称“1993年《通知》”。

渡期制度必要性时所看到的那样,由于过渡期本身是《商标法》应予规定而未作规定的事项,商标局发布《通知》实质上是在“代行”(《商标法》的)立法者的规范设定职责,所以其合法与否,应当从“如果立法者自己设置过渡期,那么他会如何规定”这个视角来对《通知》所创设的个别规范进行审视。

就此而言,凯尔森的框架理论具有启发意义。在凯尔森看来,法律秩序是一种从上位规范向下位规范动态推进的框架秩序,上位规范对于下位规范而言是一个框架,而下位规范对于上位规范而言并非“唯一正确答案”。“试图从法律推导出唯一正确的判决、唯一正确的行政行为,无异于试图从宪法推导出唯一正确的法律。”^[19]这一理论的启发意义在于,当我们说某规范性文件合法时,并不是指它是上位规范特别是法律的“唯一正确答案”,而是指它在法律框架之内;它可能不是“唯一正确”的,但只要处在法律框架内,或者说处在法律秩序可接受的范围内,它在法律上就可以是有效的。同时,由于“如果立法者自己设置过渡期,那么他会如何规定”这个视角的采用者是法院,换言之,法院是在法律并未明言的情况下“代言”法律,审视行政对法律的“代行”,所以法院判断过渡期制度的内容是否合法,不仅不能以“唯一正确”为标准,而且还不能以“最好”为标准。以“最好”为标准意味着法院以自认为的“最好”去代替行政机关的,意味着法院去代行《商标法》的规范设定。总体而言,法院判断商标局所设置过渡期制度的内容是否合法,应当采用判断过程审查方式。^[20]

由于是判断过程审查方式,关于过渡期制度的合法性,本文可以对北京知识产权法院“代行审查”,尽管本文的结论毫无法律效力。因为,待审查规范(《通知》第4条)和它的上位规范(《商标法》与《条例》)都已经公之于世,且前者的理由在本判决中也已经得到比较完整的呈现。

既然是判断过程审查方式,那么审查的着眼点就应当置于商标局创设过渡期制度的理由,包括其在《通知》中所表述的、在本案系争过程中所主张的。只要(1)其理由能够自洽(能够足以支撑起其所创设的规范),(2)其理由所立足的价值判断足以与法条本身的价值判断相整合(换言之,其所追求的目的是正当的、与法律的目的并不矛盾),(3)且其追求该目的的手段与该目的的关系符合比例原则的要求,就认可其判断。即便行政机关的理由不能自洽,或者其价值基础与法条本身相抵触,法院也只能期待行政机关自行纠正,而不能以自己的判断去代替行政机关的。(在我国现行法下,法院甚至不能对规范性文件发出违法宣言。见《行政诉讼法》第64条。)

上述三个方面中,(2)已经在上面过渡期制度必要性问题中加以考察,不遑多论。而(1)和(3)其实可以归结为一个问题:过渡期制度的具体设计作为手段对于过渡期的制度目的而言是否必要和妥当。

1. 过渡期的长短

1993年《通知》将过渡期设定为三个月(1993年7月1日至9月30日),而《通知》是一个月(2013年1月1日至1月31日)。在过渡期是必要的这个前提下,过渡期到底设定为多长,有“唯一正确答案”吗?

关于过渡期制度的目的,1993年《通知》表述得更为翔实:“为了顾及服务商标使用的现状,给商标注册申请人以必要的准备时间。”从这一目的来看,设定过渡期的长短时,考虑事项主要有两

[19] 前注[12],Hans Kelsen书,第341页。

[20] 关于判断过程审查方式,参见王天华:《行政裁量与判断过程审查方式》,载《清华法学》2009年第3期。

点：(1) 信息传播速度(《商标法》和相关规范性文件为社会所周知的时间)，(2) 交通情况(各地商标注册申请人赶赴相应机关注册所需时间)。考虑到这二十余年来我国社会的信息化程度(电脑普及与互联网——信息高速公路的普及)、交通基础设施建设及人们消费形态的变迁(高速公路、高铁乃至飞机的利用日常化)，应当说，从三个月缩短为一个月是合理的。到底是一个月好还是两个月更好，并无绝对基准。除非过渡期过长或过短，显失合理(无法实现过渡期制度的目的，或有损《商标法》的目的)，否则法院原则上应尊重商标局的判断。

2. 过渡期内申请在先原则的缓和(视为同一天)

如前所述，在本案审理过程中，商标局以在先使用人的利益保护为核心提示了以《通知》创设过渡期制度的三个理由：(1) 避免抢注；(2) 避免消费者误认药品来源；(3) 在先使用人事后维权成本过高。这三个理由即过渡期制度的目的的具体化主张。

应当说，过渡期内申请在先原则的缓和对于此种目的的实现而言，是必要的。因为：第一，若无此缓和，势必商标注册申请集中于第一天之虞，这将给行政实务的顺畅运作带来极大隐患。第二，若无此缓和，难以避免已有在先使用的商标被他人抢注的情况发生。这可能会引发消费者误认药品来源，甚至发生消费者的身体健康乃至生命安全遭受损害的极端情况。尽管可能只是小概率事件，但对于任何一个家庭而言它都是难以承受的，也是商标主管机关无法坐视的。第三，相关联地，已有在先使用的商标被他人抢注的情况一旦发生，其在先使用人势必启动提出异议(《商标法》第15条第2款)、请求商标评审委员会宣告该注册商标无效(同法第45条)乃至起诉(同法第45条第2款)等救济程序，这需要支付巨大的社会成本，并伴生在争议期间消费者误认药品来源的风险。也就是说，过渡期内申请在先原则的缓和与过渡期制度的目的连接得至为紧密，其合目的性没有质疑的余地。

3. 过渡期内的确权规则

过渡期内的确权规则规定于《通知》第4条(三)。其第一句“同日申请的，初步审定使用在先的”对应的是《商标法》第31条第二句；第二句“同日使用或者均未使用的，由当事人协商解决；在规定期限内不愿协商或协商不成的，以抽签方式确权”则对应着《条例》第19条。换言之，过渡期制度以“视为同一天”这个法律拟制技术将申请在先原则予以缓和之后，其处理方案其实就是对相关法条的链接，并未另行创设规则。

但是，《通知》第4条(三)第二句对《条例》第19条的链接尚需审视。因为，《条例》第19条的目的并不在于保护使用在先，而是针对《商标法》未预想到的情况(两个或者两个以上的申请人同一天申请注册相同或者近似商标，且这些申请人对该商标同日使用或者均未使用)补充规范。也就是说，《条例》第19条所预备的手段相对于《条例》本身的目的而言是没有问题的，但相对于《通知》的目的而言则看起来是不妥当的(显然，“视为同一天”≠“同一天”)。

那么，是否可以就此得出结论说：《通知》在此限度内违法；相应地，原告的诉讼请求应当得到认可呢？答案是否定的。因为，如此一来，“被视为同一天提出且处于竞合关系的复数申请中，不存在使用在先的，仍然适用申请在先原则”这一规则将在结果上得到确立。即：申请在先原则先是被缓和，但随后由于使用在先没有得到主张或举证，就又回到申请在先原则(《商标法》第31条第一句)。而这仍然会激励新增服务项目的商标注册申请人尽量提前提出申请，在此限度内，过渡期制度的目的之一行政实务的顺畅运作将无法实现。消费者误认、在先使用人维权成本过高的风险也将相应增加。同时，法律规则本身的反复、难解也会使得申请人无所适从，严重影响法律的可预见性。

当然，对于原告而言，他将承受“虽然比别人提前申请，但仍须和别人协商、抽签”的不利。从

《商标法》第31条第一句来看,这一不利看起来是难以忍受的。但是,换个角度来看,若无过渡期制度,申请将集中于商标局开始受理新增服务项目商标注册申请的第一天。这是大概率事件,这一大概率事件所导致的行政实务的混乱乃至瘫痪对于包括原告在内的申请人而言无疑也是一种不利。何况可以推断,其竞合申请者之所以没有赶在原告申请前、在开始受理的第一天即提出申请,就是因为过渡期制度已经发布并周知。也就是说,原告“比别人提前申请”恰恰是过渡期制度所造成的结果,以此为据主张过渡期制度违法显然悖理。

总体而言,过渡期制度是合法的;原告对《协商通知书》的撤销请求应当被驳回。这是本文的结论。

余 论

本文对新《行政诉讼法》下的规范审查第一案进行了较为详尽的分析。尽管本文已经得出了自己的结论,但笔者深感本案涉及的问题极为复杂,无论是作为行政诉讼之“新诉讼类型”(事实上是如此)的规范审查,还是作为本案之实体法的《商标法》,都因该案的系争而暴露出诸多问题。其中有些问题,需要以略显繁复的法律解释技术来妥善处理,有些则有必要对立法本身提出进一步的要求。质言之,本案所暴露出的问题,有必要以法律秩序整体认真对待。为避免歧义,搁笔之际,将本文从本案所认知的我国法律秩序的未来课题择要表述如下。

(一) 如何审查规范

新《行政诉讼法》在授权法院实施规范审查的同时,并未具体地规定如何审查,也没有指示应当审查到什么深度。这使得并不熟谙规范审查的我国法院,不仅须面对授权不足的问题,还需要在实践中摸索规范审查的方式,拿捏规范审查的分寸。从授权规范(同法第53条)的文本来看,将原告提出的“一并请求”作为一个契机,对系争行政行为所依据的规范性文件展开“客观”“全面”的司法审查——审视其是否与上位规范冲突或抵触、追问其是否有法律依据,毋宁是符合我国司法实务迄今为止的思维定式的一种理解。事实上,北京知识产权法院对本案的审理基本上就是基于这种理解。只不过由于发生了概念误解,本案在结果上停留于对系争规范性文件的法律依据的追问,而未进入其内部。

问题是,正如本文所分析的那样,第一,法律秩序是框架秩序,若要求所有的规范性文件都必须有明文的法律授权,将使得我国法律秩序丧失“使规则适应正在变化的情况的手段”;第二,“客观”“全面”的司法审查有时并不是原告所希求的,在这种情况下,“客观”“全面”的司法审查既可能浪费宝贵的司法资源,又可能“费力不讨好”地引发法律或政治风险。

事实上,本案原告的诉讼请求系于一点:为什么自己申请在先还要和别人协商、抽签?着眼于此点,司法审查完全可以聚焦于《通知》第4条(三)对《条例》第19条的链接。如果北京知识产权法院自始即在原告的诉求与系争规范性文件之间往复目光,将司法审查限定于满足原告诉求的限度内,那么本判决中的概念误解也许都是可以避免的。

当然,技艺需要研磨,经验需要积累。期待本判决成为我国规范审查制度在司法实践中逐步发展、完善的一个契机,至少是摸索规范审查方式的一个契机。

(二) 如何保护使用在先

如前所述,过渡期制度的核心目的在于保护使用在先,而保护使用在先也是《商标法》第31条第二句、第32条所明确表达的价值判断。问题是如何实现这个价值判断,换言之,如何保护使用在先。

《商标法》为此预备的手段是第 31 条第二句：“同一天申请的，初步审定并公告使用在先的商标，驳回其他人的申请，不予公告。”除此之外，《商标法》所预备的都是事后救济。第 32 条作为对申请人的一项禁止性(课予不作为义务)规定，基本上仅为事后救济提供实体法规范的意义。正因为如此，《通知》所创设的过渡期制度才是我国法律秩序所必要的。而如上所述，从内容上看，过渡期制度只是以法律拟制的技术将申请在先原则予以缓和，并未创设新的规则。

但是，当我们将目光投向商标局所参照的日本过渡期制度时，会发现保护使用在先其实面对着诸多复杂的情形，需要以细密的规则来加以应对。如，使用在先的不同情形(过渡期内的使用、过渡期前曾使用但过渡期内并未使用的在先使用等)，使用在先的主张与举证规则，复数申请人皆使用在先时是否认可重复注册，认可重复注册情形下的技术性处理(如防止混同标识的使用、不同地域间的调整等)，继续使用权与商标权的调整，等等。^[21]《部分修改外观设计法等法律》为了保护商标在先使用人“一直以来所积累的评价和信用”，采取了认可重复注册的立场(同法附则第 8 条第 4 款)。而重复注册的认可又是由如下细密的规则来调整的。

表 1 《部分修改外观设计法等法律》所规定的重复注册规则^[22]

	著 名	周 知	使用·未周知	未 使 用
著 名	重复注册	○	○	○
周 知	×	重复注册	○	○
使用·未周知	×	×	重复注册	○
未使用	×	×	×	协商与抽签

○表示单独注册 ×表示拒绝注册

相形之下，我国《商标法》与《通知》为保护使用在先所设定的规则尚嫌粗疏。如果说保护使用在先对于“维护稳定的市场秩序”是必要的，那么应当认为，未来无论是修法还是以制定规范性文件的方式补缺，如何以细密的规则对使用在先施加保护都是我国商标法的一个重要课题。

(责任编辑：蒋红珍)

^[21] 参见浅野勝美「小売サービスマーク登録制度の導入に伴う経過措置について」パテント59 卷 11 号(2006)，第 63 页以下。

^[22] 前注[14]，山本厚文，第 13 页。