



## 浅谈商标“撤三”复审案件中对于使用证据的质证

商标部 中国商标代理人

王楠

我国《商标法》第四十九条规定，注册商标没有正当理由连续三年不使用的，任何单位或者个人可以向商标局申请撤销该注册商标。实践中，“申请撤销连续三年不使用注册商标”(下称“撤三”)的案件多为清除已掌握的自身商标的注册障碍，或为通过异议、无效宣告等法律救济程序无法铲除的恶意抢注商标，待其注册满三年后，提起的“撤三”。由于我国目前注册商标中存在大量闲置商标，“撤三”案件的成功比例相对较高，依据目前官方公布的最新统计(2019年上半年数据)，商标局阶段审结的39594件“撤三”案件中，撤销商标共计 28,337 件，占比高达**71.6%**。因此，“撤三”已经成为商标实务中一个重要的应对策略。

但由于设立“撤三”制度的立法目的在于促使商标注册人积极使用其注册商标，避免商标资源的闲置浪费，“撤销”只是手段而非目的，加之商标局阶段的“撤三”并无证据交换程序，所以该阶段的审查并不十分严格。目前，商标局阶段予以维持的“撤三”案件仅占30%左右，而且后续通过“撤三”复审被翻案撤销的比例依然很高。根据评审阶段的《商标评审案件审理情况月报统计》，2020年第3、4、5期月统计来看，“撤三”复审案件中，得以继续维持注册的商标不超过30%，最新的两期数据甚至均不超过20%。

2020 年	全部撤销	部分撤销	不予撤销
第 5 期 (05/15-04/16)	538 件 (52.49%)	324 件 (31.61%)	163 件 (15.90%)
第 4 期 (04/15-03/16)	534 件 (48.55%)	366 件 (33.27%)	200 件 (18.18%)
第 3 期 (03/15-02/16)	62 件 (58.49%)	15 件 (14.15%)	29 件 (27.36%)

基于上述情况，提出“撤三”的申请人在收到注册商标不予撤销的决定时，应积极采取后续救济程序，提起复审，特别是对于恶意抢注的商标，更不应姑息。在“撤三”复审环节中设有证据交换



程序，对于系争商标的商标权人提交的使用证据，申请人可以提交质证意见，向官方指出其证据瑕疵。那么，该如何找到商标使用证据的瑕疵？以下，笔者希望通过对实务经验的总结，给大家提供一些质证思路上的参考。

在对于商标使用证据进行质证时，可以从两个角度来进行考量。其一是商标使用行为是否规范，这一角度主要是从法律法规中对于商标使用行为的硬性规定进行考察。其二是商标使用资料本身是否符合“三性”要求，是否真实、合法、有效。

## 1、 商标使用行为是否规范

依据《商标法》、《商标法实施条例》、《商标审查及审理标准》的相关规定，商标使用主体限于商标注册人及商标使用许可人，且商标权具有地域性，商标的使用证据应形成于中国大陆境内。其次，“撤三”案件要求的提供商标使用证据的期间为“撤三”申请提出日开始往前追溯三年，不在此期间内形成的使用资料均不视为有效举证。再次，商标权人提供的商标使用证据，不应改变注册商标的显著特征，且应限定在系争商标核定使用的商品或服务上。具体而言，可以归结从以下五个方面进行分析。

- (1) 证据资料显示商标使用主体是否为商标注册人或者商标使用许可人；
- (2) 证据资料是否形成于中国大陆境内；
- (3) 证据资料是否形成于在被要求使用的三年期间内；
- (4) 证据资料中所示商标使用样态，是否改变系争商标的显著特征；
- (5) 证据资料所涉使用商品或服务，是否是系争商标的核定使用的商品或服务；

实践中，上述五个方面都有弹性空间，简单分析如下。

第（1）点，商标使用主体限定在商标注册人、商标使用许可人。在无商标使用许可的条件下，充其量可扩展到商标注册人的子公司或其关联公司，其他毫无关系的主体的使用则不应视为系争商标的有效使用。

第（2）点，对于商标使用的地域要求，其弹性主要体现在OEM定牌加工中的使用证据，其他不在中国大陆境内的商标使用均不被视为有效使用。

第（3）点，至于商标使用期间要求，形成于要求举证的三年时间之外的证据原则上不是有效的证据资料。

而第（4）点，对于商标实际使用样态与核准注册样态的对比考察，虽以不得改变注册商标的主要部分和显著特征为原则，但实践中需要从相关公众的一般认知、商业惯例、所属行业特点以及商标权人实际所注册商标情况等多个方面进行综合考量。在过往的司法案例中，既有如在商标权人注册有第 9220695 号文字商标“”前提下，仅提交文字“JIM”使用证据，最终认可其



第 4587241 号图文商标“”使用的（2016）京行终 608 号判决，亦有虽仅字体设计变换，并未改变主要识别要素的“WEWE”的使用证据不被视为其第 3159414 号“”注册商标的使用证据的（2015）高行（知）终字第 3613 号判决，该判决认为其使用证据指向商标权人拥有的另一件第 8570965 号注册“”。由此可见，对商标进行变形使用时，能否视为其注册商标的使用，各案差异较大。因此，质证时，除从改变注册商标主要或显著特征加以质疑外，要特别确认下该商标注册人是否另外注册有该变形使用的商标样态。若有，则可指出相关使用证据实际为其另一注册商标的使用，这点在质证中较为有利。

说到第（5）点，《商标审查及审理标准》规定，商标注册人应当在核定使用的商品上使用注册商标。商标注册人在核定使用的商品上使用注册商标的，在与该商品相类似的类似商品上的注册可予以维持。商标注册人在核定使用商品之外的类似商品上使用其注册商标，不能视为对其注册商标的使用。根据此标准，商标注册人举证的商标实际使用商品/服务，决定着该系争商标可保留的权利范围，所以在对该商标的使用证据进行质证时，特别是“撤三”对象商品/服务涵盖多个类似群时，一定要对其提交的实际使用证据是否为核定商品或服务的使用证据进行全面分析。

具体案件中，首先确定与实际使用商品/服务明显不属于类似商品/服务范畴的“撤三”对象商品/服务，其权利应予撤销。其次，对于与实际使用商品/服务属于类似商品/服务范畴的“撤三”对象商品/服务，若两者仅是类似商品/服务，并非指向同一商品/服务、或者属于上下从属概念，那么依据上述审查标准的规定，其商标权利仍应予以撤销。虽然实务经验来看，注册商标使用在核定商品/服务的类似商品/服务上，多数情况下被认定为有效的使用证据的可能性较高，但在 2017 年公布的商标评审典型案例——第 9369681 号“ARTE COLL 及图”商标撤销复审案中，就有“面膜”上的使用证据不被视为其类似商品“化妆品”的使用证据的复审决定，所以对于实际使用商品/服务与核定使用商品/服务之间的差异主张，还是有可能成为最终定案的关键点，应予以重视。

而“撤三”案件中的对于实际使用商品/服务与核准使用商品/服务之间的比较，主要还是应从



商品的功能用途、服务的内容对象等物理属性加以考察，侧重分析二者的区别分界，争取寻找到二者并非属于同一商品或者上下从属概念的突破口。

## 2、 商标使用资料是否真实、合法、有效

《商标法》第四十八条规定，本法所称商标的使用，是指将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上，或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中，用于识别商品来源的行为。对于该法条中所规定的“商标的使用”行为，目前较为普遍的观点是要求应具有真实的使用意图，而非偶发的、少量的象征性使用。且应是能够发挥商标区分商品/服务来源的、进入市场流通领域的公开、合法的商业使用。一般如果仅是公司内部的商标使用资料，不视为该商标的有效使用证据。因此，对系争商标使用资料质证时，可从“是否具有真实使用意图”及“是否进入市场流通领域”两个根本要点出发，寻找证据瑕疵。商标使用证据资料多种多样，以商品商标为例，从笔者的实务经验来看，商标注册人多从以下方面提供商标使用证据。

商标使用主体证明	商标注册人及其关联公司、商标使用许可人等主体证明资料（如营业执照）、商标使用许可合同等
涉案商标使用样态证明	商品实物或商品实物照片、产品手册海报、商标标识或商品外包装的定制资料等
使用商品证明	产品说明书、产品检验报告、产品合格证、卫生许可证、商品检测报告等
商品生产销售资料	商品订购销售加盟等各种贸易合同、相关合同所涉出入货记录、发票、收据、汇款凭证、以及各种实体店铺和网络店铺的销售资料等
商标宣传资料	报刊杂志、电影电视互联网公交地铁等各种媒体广告资料、软广植入资料、媒体报道、推广活动、参加展会等
其他资料	获奖证明、业务往来公司的证人证言、相关行业权威机构出具的证明等
可直接认定与商标使用无关的资料	企业的获奖证书、企业纳税证明、外观设计专利证书等

对于上述资料的质证，主要可以从以下几个方面进行研究分析，寻找瑕疵。

- (1) 使用证据资料中出现的主体、主要是商标使用许可人、各种合同发票、证人证言等所涉公司主体。一般可以使用“国家企业信用信息公示系统”等核实其企业信息（成立时间、企业名称



变更时间要特别关注)、经营范围状况等信息。若出现所涉公司主体不存在或已消亡、或各种合同发票等所涉时间早于相关公司成立时间、公司名称变更时间等情况,则可质疑相关资料系伪造。另外还要注意相关公司的经营范围、资质、生产规模、销售能力等是否与涉案商标指定商品/服务相关相符,若完全风马牛不相及,则可质疑相关资料的合理性。

- (2) 商品实物照片、产品手册等由于为自制资料、且很难证明形成时间,需与其他客观证据相结合才可采纳。比如相关产品有销售合同,并有相关发票相佐证,才可认为形成完整证据链,证明其真实性。另外,如果商标权人提供的证据仅为前期准备资料,若在案证据并无可证明其定制的商品外包装真实投入市场流通领域的证据资料,也可质疑其真实性或主张其仅为维持商标注册的象征性使用。所以对于此类证据,特别注意其他在案证据是否具有关联性、比如商品流通环节的销售发票上所载商品型号是否一致等。另外,特别注意涉及到特殊商品,比如第3类的化妆品、第5类药品保健品等在生产销售时,需要相关特别的生产许可,卫生许可,进出口许可等许可时,一般外包装上会印有相关许可编号,保健品会需要蓝帽子标志(国家食品药品监督管理局批准的保健食品标志)等,在核实此类商品外包装、产品说明书、产品检验报告、卫生许可证时要特别留意。
- (3) 对于产品说明书、产品检验报告、产品合格证、卫生许可证、商品检测报告等这些证据,并非商标使用的直接证据,此类证据若为孤证,不与在案其他证据产生任何关联,则可直接主张不具有关联性,不可采信。
- (4) 对于商品生产销售资料的质证,主要核实各种贸易合同与证明其真实履行的资料(如发票、汇款凭证等)是否真实且可相互印证。首先,各种合同条款要重点核实其合同双方、合同所涉商标商品内容、签订时间、金额、落款盖章等内容是否符合商业惯例,比如合同内容是否过于简单而缺乏基本必备事宜等。对于合同所涉的公司要核实其成立时间、公司经营范围、是否做过公司名称变更、是否与商标注册人或许可使用人存在利害关系等事宜,若成立时间、或名称变更时间晚于合同签订日期、或者其业务范围与涉案商标的核定使用商品/服务内容相去甚远,那么该合同的真实性显然存疑。同时,在商标复审阶段的质证环节,基本没有资料的原件,对于合同关键内容是否发生篡改也要特别留意,比如纸张字体颜色等的深浅对比、骑缝章是否完整等,若发现合同关键条款、特别是涉及到商标商品的内容有不自然的地方,

要积极提示官方，据此请求核实相关合同原件，并质疑该证据的真实性和合法性。

其次，相关合同是否配套有证明其真实履行的发票、银行汇款凭证等客观性资料佐证，若无此类佐证资料，则可质疑该合同并未被有效执行。若有此类佐证资料，在商标所有使用证据中，发票类的客观性资料是较为重要的定案证据，所以要仔细核查该类证据是否真实有效。首先，对于手写类收据、公司自制的发货单等，此类证据很难从公开渠道核实其真伪，但由于多为自制证据，证明力较低，无其他客观性较高的证据予以佐证的情况下，这些证据被采信的可能性并不高。所以，实务中主要集中在对于机打发票类资料上查证真伪。此类发票可在发票核实平台、开具发票所在地省级税务部门网站等发票查询系统中予以核实，特别要注意发票日期、发票金额等关键信息，重点核实。此外还要特别留意所有在案销售相关发票的编号、金额、供货双方等信息是否符合商业习惯。比如若发现开票日期时间跨度较大，但其发票编号却相连或很接近的发票，则可合理质疑其为象征性的小规模商标使用。再比如发票金额是否与所涉商品的市场一般价格相符，是否符合发票所涉主体所在地区的实际经济发展水平（比如在经济比较落后的地方，出现不符合当地消费水平的商品等）等，均是判断发票真实性的考量要素。另外从生活常识来讲，比如个人抬头一般很少开增值税发票，特别是若所涉金额较小时，则伪造可能性较高。总而言之，对于发票类证据的质证，除在发票查询系统中核实真伪外，还要从其所涉商品的所属行业特点、交易对象及其所在地区情况、生活常识等综合判断，寻找蛛丝马迹。

- (5) 对于宣传资料，以广告类资料为例，可核实其宣传媒介本身是否真实，比如报刊杂志可查验其刊号，查证其是否公开发行。公开发行资料可通过国家图书馆等调取资料原件，核实是否真实存在相关广告宣传。其次，商业广告载体所面向的群体是否与所涉商品的相关公众重合。比如不直接面向消费终端的工业商品广告刊登在社会生活类报纸，这种显然与实际销售需求不符的广告宣传行为均可质疑其并无真实的商标使用意图。
- (6) 对于其他资料，比如获奖资料可核实发证机关的资质、其主体的公信力、获奖内容等。现在互联网信息发达，一般获奖信息网络都会有所报道，若检索到相关获奖报道，可依据报道内容核实获奖信息是否为涉案商标，且与涉案商标要求使用的商品、使用时间等是否一致。证人证言类资料，通常与商标注册或使用人具有利害关系，且多为被撤三后的出具的事后证明。此类证言要重点核实其是否有其他具有客观性的商标使用证据予以佐证其证言事实，若无则



可主张因利害关系其证言的证明力较低。

上述证据资料在分别查证核实后，对于不存在重大瑕疵的证据，综合各证据整体分析其否形成完整的证据链，基于两大要点、即是否可证明涉案商标具有真实使用意图，且进入市场流通领域公开使用，最后形成完整的质证意见。

此外，值得一提的是，在最高人民法院（2015）知行字第181号判决中，对于二审法院将商标注册人申请注册50余件与他人知名商标相同或近似商标的情况，作为其对涉案商标是否具有真实使用意图的参考的做法，予以肯定。这也为我们提供了一种主张“缺乏真实使用意图”的思路，特别是在针对一些恶意抢注商标的撤三案件中，积极举证其一贯恶意抢注事实，多少会对官方的心证产生积极的影响。

综上，在对于商标使用证据的质证中，应本着怀疑一切的精神，深入细致的核实使用证据，拨开层层迷雾，指出证据瑕疵，令官方产生合理怀疑，以期官方做出与我方有利的决定。

#### ✦ 参考：

1. 国家知识产权局商标局2019年上半年商标注册工作情况分析
2. 商标评审案件审理情况月报（2020年第3、4、5期）
3. （2016）京行终608号
4. （2015）高行（知）终字第3613号
5. 第9369681号“ARTE COLL及图”商标撤销复审决定
6. （2015）知行字第181号判决