

商标使用证据之证明标准

原创 彭星 中华商标杂志 2023年11月15日 15:53 北京



商标是广泛使用于商业活动中，用以区分商品或服务来源，或证明商品或服务特定品质的标识。商标经核准注册后，其权利人在核定使用的商品或服务上享有商标专用权。由此可见，**商标专用权不同于一般的私权利，其与生俱来的带有在商业活动中同其他品牌进行竞争的使命。**在激烈的市场竞争中，资源的争夺不可避免，这是由市场经济的客观规律决定的。也正因为商事活动中优胜劣汰的竞争，使得商标专用权的价值得到了充分体现。

商标的规范使用关系到商事主体的切身利益。商事主体通过规范使用商标，可以有效防控不正当竞争带来的风险，在面对商标行政授权确权案件的过程中更加从容，在面临商标侵权诉讼的时候胜券在握，同时也能大大提高企业无形资产的价值。在各类商标案件中，商标使用证据几乎都是关键核心。由此，在对使用证据进行认定这一过程中，所涉及的证明标准就成为了关键中的关键。

证明标准的概念及证明度的量化标准

证明标准，是指要认定待证事实所需要达到的证明力程度。证明标准可以分为较大可能性、高度盖然性和排除合理怀疑三种。根据我国《民事诉讼法》及《行政诉讼法》的相关规定，民事案件与行政案件适用高度盖然性的证明标准。所谓高度盖然性，即指存在高度的可能性。有学者对证明标准进行了量化，将盖然性按心证强度划分为三个区间，即：初级盖然性51%—74%，中级盖然性75%—84%，高级盖然性85%—99%。这三个量化的区间可以作为帮助理解证明标准的参考，但由于在实务工作中，审查员或者法官都要经历通过心证来实现证成的过程，不可避

免会有自由裁量的空间，因此需要通过证据规则对自由裁量权进行限制，将主观推理限制在客观证据的支撑之上。

笔者认为，在商标案件中，要达到高度盖然性的证明标准，至少需要在案证据整体达到75%以上的证明程度。若综合在案证据无法达到这一证明标准，则不能认定待证事实，由负有举证责任的一方承担相应不利后果。那么，究竟如何达到高度盖然性的证明标准呢？如果把高度盖然性比作一幢房子，那证据就是构成房子的砖瓦，而研究证据就得从证据的“三性二力”说起。



证据的“三性二力”

1 证据的“三性”是指证据的合法性、客观性和关联性



01. 证据的合法性

证据的合法性是指证据的产生和取得不违反法律规定，而证据的产生又可以细分为产生证据的主体和证据的形式必须符合法律规定。主体合法是指产生证据的主体是依法设立的组织，或者具有相应行为能力的个人。无民事行为能力人所作出的证人证言；非法设立的企业进行违法交易形成的证据等均为主体不合法的典型情形。证据形式的合法性指的是证据发生效力需要满足的形式要件是否完备，如合同是否有当事人签章等。证据取得方式的合法性是指获取证据不能违反法律规定，如不能侵犯他人隐私权而获取非法证据，又如不能胁迫或利诱他人违背意愿和事实作出虚假证言等。

02. 证据的客观性

证据的客观性从抽象宏观的角度说指证据是客观存在的，从具体的内容形式上来说指证据不应仅由其所记载的内容涉及的各方当事人单独或共同制作产生，还应由没有直接利害关系的第三方参与并生成。证据的客观性会影响证据的真实程度和证明力强弱。客观性的要求贯穿证据“三性”，合法性和关联性二者也应该满足客观性的要求。

03. 证据的关联性

证据的关联性是指各项证据之间应该存在逻辑上的关联关系，与待证事实具有一定程度上的联系。比如，根据处于事实发生不同环节或阶段的证据是否可以相互印证，可以得出待证事实是否真实存在的结论。在商标案件中，证据的关联性主要表现为证据是否体现系争商标标识，或是否规范使用核定的商标标识；实际使用的商品或服务与核定使用的商品或服务是否相符；是否体现使用系争商标标识的时间；使用行为是否属于侵权使用；是否在商标法效力所及地域范围内使用等等。

2 证据的“二力”是指证据能力和证明力



01. 证据能力

证据能力是指特定证据材料是否具有作为认定待证事实依据的资格。通常情况下，在程序和形式上符合法律规定的证据材料一般都具有证据能力。

02. 证明力

证明力是指证据能够证明待证事实的程度。证据的证明力由两部分构成，一是法律及审查审理规范性文件的明文规定；二是审查员或法官的判断。证据的证明

力强弱会伴随证据“三性”的完备程度而不断变化。在案件审理过程中，在案证据会不断强化或削弱审理人员内心对待证事实的确信程度，从而结合证据及自身的判断得出最终的结论。

综上，在商标案件中要达到高度盖然性的证明标准，必须从具体的证据材料出发，在形成证据的过程中，通过规范商业行为来尽量满足证据“三性二力”的要求。在搜集证据的过程中应该以证据的“三性二力”为指引，整理出能够相互印证和逻辑自洽的证据材料。笔者在此列举部分当前实务中较为典型的问题，力求帮助解读如何使提交的证据达到要求的证明标准。



商标使用证据中存在的典型问题

1

不同证据形式中存在的问题



01. 传统商业模式中的交易文书类

交易文书类证据以合同和票据为主要形式。而合同类证据存在的典型问题有：未体现核定使用的商品或服务；未体现合同的签订时间；未体现核定使用的商标标识；合同双方当事人与举证义务人关系不明；合同的履行地点与履行期限不明；合同的一方或双方未签章；合同内容与其他在案证据互相矛盾等。票据存在的典型问题有：仅提交自制性送货单、发货单、收据等由与案件有密切利害关系的人单方制作形成的单据；票据记载内容与合同不能形成对应关系；票据未明确收款事由；伪造虚假票据，遮挡或修改票据内容妨碍核查票据真实性等。诸如关系不明、商标标识未体现等与合同类证据存在重合的问题不再赘述。

02. 电子商务中的电子证据类

此类证据包括网店的商品展示及消费者评论、网络媒体的宣传报道、视听资料、电子转账记录等形式。**这一类证据的典型问题主要是：**与待证事实没有关联关系或关联性较弱；电子证据经后期制作使得内容不再完整连贯；缺乏以公证方式补强关键证据证明力的意识等。上述问题的具体表现形式为：仅有单纯的宣传行为、商品展示行为、不明事由的转账行为、不明关系的使用行为以及其他与合同类重合的相关问题。

2

对商品或服务的认识中存在的问题



这一问题主要表现为证据所涉商品（服务）与核定使用的商品（服务）不符。商事主体在申请注册商标时，应当根据其实际经营的商品（服务），按照《类似商品和服务区分表》中相关类似群组的划分来寻找对应的规范商品，提出注册申请。这是其事先应尽的注意义务。若经过查找比对没有找到相应的规范商品，则应当根据实际经营商品（服务）的内容特点、功能用途、所用原料、销售渠道、消费群体等要素综合考量，寻找最接近的规范商品申请注册。值得注意的是，若仅凭生活概念去解读《类似商品和服务区分表》中的专业概念，难免出现偏差。以“替他人推销”服务为例，生活中常常认为销售他人的商品即属于替他人推销，这是把零售批发和替他人推销等同了。替他人推销强调的是推销行为，通过提供推销服务获得相应的推销服务费[1]，而非以销售商品的形式进行中间商赚差价的行为。判断是否属于替他人提供推销服务，首先，要看被服务方是否有委托服务方提供该服务的意思表示，如果被服务方并无购买该项服务的意思，甚至对此毫不知情，那服务提供方只能算是“默默付出”，“默默付出”并不是一种商业行为，只能算作情谊行为。

正如此文开篇所述，商标是在商业活动中使用的标识，**因此商标的使用必须在公开的商业活动中进行**，否则无法发挥其区分商品（服务）来源的应价值。其次，当商标注册人为商场、超市等，其能够证明通过提供场地等形式与销售商等进行商业合作，足以认定其为推销商品提供建议、策划、宣传、咨询等服务，可以认定在“替他人推销”服务上进行了商标使用。[2] 这里强调的是“商业合作”“足以认定”和“提供建议、策划、宣传、咨询等服务”。

“商业合作”是指出双方存在开展与推销相关商业合作的意思联络；**“足以认定”**是指相关证据的证明力要达到相应程度；“提供建议、策划、宣传、咨询等服务”是指出**推销服务包括但不限于**建议、策划、宣传、咨询这一类的服务形式。因此，对商品（服务）的解读**不能简单依赖生活概念**，还需要综合专业概念进行理解与适用。

当前，从各类商标案件中当事人提交的证据材料来看，经营不规范的问题不容小觑，企业对合规经营的重视程度还有待提高。我国经济正处于高质量发展的快车道，市场主体要准确把握时机，完善经营方式，积极主动地走上合规经营的康庄大道。这不仅能使企业在激烈的市场竞争中行稳致远，还能在塑造品牌价值的同时，从容应对恶意竞争的挑战。



注释

[1] 商事活动中推销服务费的形式多种多样，并不局限于某种特定形式，在此不作详述。

[2] 《北京市高级人民法院关于商标授权确权行政案件的审理指南》（2019）。

作者单位：国家知识产权局商标局审查事务五处

（本文源自《中华商标》2023年第9期）

排版：李贝（实习）

（《中华商标》独家稿件，未经授权不得转载）