2022—2024年优秀知识产权

案例汇编

河南省律师协会

二〇二五年八月

序　言

为展示我省律师在知识产权法律专业领域的业务水平和法学理论素养，进一步提升办理知识产权法律事务的能力，促进全省律师知识产权业务研讨和交流，2025年3月-5月期间，河南省律师协公开征集了河南省律师2022年1月1日至2024年12月31日期间办理的优秀知识产权案例，案例覆盖专利、商标、著作权、商业秘密、植物新品种权及反不正当竞争等领域。河南省律师协会组成评审委员会，按照评选标准，从典型意义、法律文书、律师作用、社会影响四个方面对参选案例进行了综合评审。最终综合评定优秀案例18项。

为发挥优秀案例的示范作用，促进全省律师知识产权业务交流与互动，提升全省律师在知识产权法律专业领域的业务水平，河南省律师协会决定将上述18项优秀知识产权案例汇编成册，供全省律师学习借鉴和参考。

在评审过程中，得到了河南财经政法大学许辉猛教授、河南工业大学穆向明副教授、中原工学院罗宗奎副教授以及张建东、贺保平、邓玉中、陈奎、车路、韩萌、刘夏怡、刘阳、薛守富、姚金龙等律师的无私支持，在此一并表示感谢！

因时间仓促，汇编难免存在疏漏，欢迎大家批评指正。

河南省律师协会

二〇二五年八月

目　录

1.泰安某公司与河南某公司侵害发明专利权纠纷案

——北京大成（郑州）律师事务所　何胜林、田小伍……1

2.某新材料公司诉田某侵害商业秘密纠纷案

——北京大成（郑州）律师事务所　贺保平……19

3.辽宁某种业公司与凌海某种业公司、青岛某农业公司侵害植物新品种权纠纷案

——河南劳学律师事务所　马志伟……36

4.全科治疗仪包装装潢维权案

——北京大成（郑州）律师事务所　李亮伟……58

5.“一种基于叼牙滚筒的XX走纸结构”实用新型专利权属纠纷案

——河南科技通律师事务所　张长波……85

6.德国布XX电梯公司与布XX电梯有限公司、山西布XX电梯公司、布XX电梯工程服务公司、山西布XX电梯工程服务公司、布XX机电公司、长治某水泥公司、申某1、申某2侵害商标权及不正当竞争纠纷案

——河南博云天律师事务所　韩萌、王淑君……106

7.郑州某研磨科技公司诉陈某、郑州某磨具公司、赵某侵害经营秘密纠纷案

——上海光大（郑州）律师事务所　尚亚飞、李振兴……153

8.新乡某农业公司诉何某、李某侵害植物新品种权纠纷案

——河南鼎卿律师事务所　赵子霞……174

9.东莞某公司诉洛阳某商贸公司侵害商标权及不正当竞争纠纷案

——北京市京师（郑州）律师事务所　郭航……185

10.湖北某正骨医学科技公司诉洛阳某生物科技公司不正当竞争纠纷案

——河南森合律师事务所　刘夏怡、吴盛跃……197

11.云南某药公司诉广州某日用品公司、广州某化妆品公司、宜兴某商场侵害商标权及不正当竞争纠纷案
——河南英基律师事务所　孙莉、钱冠宇……214
12.上海某文具公司与上海某文化用品公司不正当竞争纠纷案
——河南豫龙律师事务所　魏春松……237
13.封丘县某商贸行与封丘县市场监督管理局、封丘县人民政府行政处罚纠纷案
——金博大律师事务所　鲁臻英……244
14.河南某环保公司与河北某保温材料公司专利权权属、侵权纠纷案
——浙江京衡（郑州）律师事务所　涂家龙……258
15.河北某饮品公司诉某集团公司商标权纠纷案
——河南强人律师事务所　车路……270
16.滑县某烧鸡公司与滑县张某海烧鸡店、河南某食品公司侵害商标权纠纷案
——河南东耀律师事务所　付春冰……287
17.洛阳某工艺美术品有限公司诉高某军著作权权属、侵权纠纷案
——河南洛太律师事务所　栗倚龙、姚显营……303
18.某品牌策划公司诉程某、河南某知识产权代理公司侵犯商业秘密纠纷案
——河南法铎律师事务所　郑雨晴……313

泰安某公司与河南某公司侵害发明专利权纠纷案

——北京大成（郑州）律师事务所　何胜林、田小伍

案例简介：

2022 年 7 月 22 日，北京证券交易所上市委员会公告即将审议被告河南某公司上市首发事宜。同日，原告即向法院提起本案诉讼，并提出司法鉴定及追加被告的申请。被告公司主要产品之一被诉专利侵权，无疑会给被告公司上市产生重大负面影响。

代理律师在接受被告的委托后从四个方面向法院说明了原告恶意诉讼、妨碍被告上市的不正当诉讼意图：（1）原告的起诉时间，是在被告上市事宜公告的当日；（2）原告的证据不能证明——甚至是不能表明被告有侵权的可能性；（3）原告起诉的赔偿金额 1000 万元，该诉讼标的额刚好触发了北京证券交易所进行审核的红线，而对于该 1000 万元赔偿的主张却没有证据支撑；（4）原告在法院受理案件后，在显然不必要的情况下，提出了追加被告申请、司法鉴定申请，故意拖延诉讼进程。

同时，被告代理律师主动申请进行现场勘验以证明被控侵权技术方案显然缺少涉案专利权利要求的技术特征、未落入涉案专利权的保护范围，并请求法院尽快组织庭审、推进案件审理进程。

法院最终采纳了被告代理律师的主张，认定被告未侵犯原告的专利权。并且，从原告起诉立案至一审法院作出一审判决，一审程序用时仅一个月，大大降低了案件可能给被告上市造成的不利影响。

参评理由：

本案系被告上市期间遭受专利狙击的案件，案件给被告上市造成了很大的障碍，案件的难点在于尽快取得有利判决，以最大限度降低案件给被告上市造成的负面影响。

被告代理律师在接受被告的委托后，从四个方面向法院说明了原告恶意提起诉讼、妨碍被告上市的不正当诉讼意图。并同时向法院提出了现场勘验申请以及请求尽快组织庭审的请求，并通过现场勘验帮助法院确定被控侵权技术方案显然未落入涉案专利权的保护范围，最终促使案件在一个月内审结并取得胜诉判决，及时为被

告公司上市扫清了障碍。

该案对保护科技创新、保护民营经济均具有典型意义，分别入选“郑州市中级人民法院2023年度知识产权十大典型案例”、“郑州市中级人民法院保护科技创新典型案例”。

法律文书：二审代理词

代理词

尊敬的审判长、审判员：

受被上诉人河南某公司委托，北京大成（郑州）律师事务所指派我们作为其代理人，参加其与上诉人泰安某公司的侵害发明专利权纠纷诉讼活动。我们认为上诉人的上诉理由不能成立，一审审理程序合法，事实认定清楚、正确，适用法律正确，依法应予维持。具体代理意见如下：

一、涉案专利的发明点在于熔融、精炼步骤中“添加剂的成分及其重量比”，被上诉人的生产方法缺少涉案专利方法的发明点，不落入涉案专利的保护范围

（一）涉案专利的发明点在于熔融、精炼步骤中“添加剂的成分及其重量比”

涉案专利申请的三项独立权利要求——权利要求1、权利要求6、权利要求11均仅包括如下四个步骤：（1）氧化铝粉和添加剂混合后，熔融、精炼；（2）将熔融冷却后的混合物擂碎、粉磨成设定粒级；（3）然后经过酸洗、水洗以及沉淀除杂后，静止烘干；去除烘干过程中因团聚而形成的假颗粒后；（4）再按照粒度分布标准，将不同粒度段的氧化铝按检验比例，均匀混料，即得到绝缘用高纯填料氧化铝。

在申请审查过程中，国家知识产权局的审查意见通知书认为仅包括上述四个步骤的权利要求不具有创造性。在申请人将添加剂的成分与重量比加入独立权利要求后，涉案专利才获得授权。因此涉案专利方法的发明点就在于熔融、精炼步骤中“添加剂的成分及其重量比”。【见被上诉人二审证据1：涉案专利的审查意见通知书】

（二）被上诉人的生产方法缺少涉案专利方法独立权利要求一项以上技术特征，并且缺少涉案专利方法的发明点，不落入涉案专利的保护范围

被上诉人是直接从市场上购买白刚玉——（涉案专利方法3项独立权利要求的步骤（1）及步骤（2）的擂碎工序所得中间产品就是白刚玉），将白刚玉作为生产原料进行进一步加工、处理，得到成品。被上诉人涉案产品的生产方法缺少白刚玉

的生产步骤，即缺少涉案专利方法独立权利要求所述步骤（1）“氧化铝粉和添加剂混合后，熔融、精炼”步骤以及步骤（2）中的“擂碎”工序，自然也缺少“添加剂成分及其重量比”技术特征。对于该事实，上诉人、被上诉人双方共同对被上诉人公司及厂区进行的现场勘验可以充分证明，现场勘验未发现被上诉人公司及厂区存在熔融、精炼、擂碎步骤所用的设备。

根据专利法第六十四条、最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释（法释〔2009〕21号）第七条，被上诉人的生产方法因缺少涉案专利独立权利要求一项以上技术特征，并且缺少涉案专利方法的发明点，不落入涉案专利的保护范围。

至于上述勘验，是经过法院提议，由上诉人、被上诉人双方自行就被上诉人公司、厂区是否存在“熔融、精炼”设备进行事实确认。是被上诉人为便于法院查明事实，冒着可能泄露商业秘密的风险进行的。对于勘验方式、勘验内容都是经过法院和双方当事人事先一致同意的。况且，被上诉人对勘验过程进行了全程录像【见二审被上诉人证据10：现场勘验视频2段】。在本案上诉人提起上诉之前，包括勘验前后以及一审庭审中、庭审后，上诉人均未就勘验程序以及勘验结果提出过异议。因此，即便上述勘验不是正式、严格的勘验程序，但是并不影响勘验结果的真实性——未发现被上诉人存在实施涉案专利方法所用的“熔融、精炼”设备。

（三）关于白刚玉的简介

需要说明的是：白刚玉在上诉人专利申请日前早已成为市售工业产品。根据1987年出版的《磨料制粒工艺学（中级本）》，白刚玉1919年即已问世，我国一砂（第一砂轮厂）1952年研制成功【见被上诉人二审证据2：《磨料制粒工艺学》（1987年出版）】。白刚玉问世后，人们根据实际需要，开发出不同技术指标的白刚玉，如2009年9月30日公开的中国发明专利申请CN101544389A“一种高纯度电熔刚玉氧化铝环氧浇注填料在制备方法”（上诉人专利审查过程中国家知识产权局否定其申请权利要求创造性的对比文件），公开了与上诉人专利近似的电熔刚玉氧化铝制备方法，通过在工业氧化铝原料中加入硼酸、氟化铵或氟化铝（H3BO3、NH4F或AlF3）添加剂、添加剂加入量为0.5-5wt%，经高温熔炼反应，去除Na2O杂质，获得高纯度电熔刚玉氧化铝填料【见被上诉人二审证据3：CN101544389A 】；2012年9月19日公开的中国发明专利申请CN102674870A“高密度白刚玉及其制备工艺”，以氧化

铝粉为主料，以占氧化铝粉重量0.1%的氧化镁为辅料，将其混合搅拌均匀后在1800-2200℃温度下加热熔融至液态后精炼，然后水冷至凝固，再冷至常温破碎分粒筛选包装。【见被上诉人二审证据4：CN102674870A】

同时，对于普通磨料白刚玉，国家技术监督局1996年7月5日发布国家标准GB/T2479-1996,1997年2月1日实施【见被上诉人二审证据5：GB/T2479-1996】；国家质量监督检验检疫总局和国家标准化管理委员会2008年6月3日发布GB/T2479-2008替代GB/T2479-1996，2009年1月1日实施【见被上诉人二审证据6：GB/T2479-2008】。

二、涉案专利方法所制造的产品不是专利法规定的新产品，依法不适用举证责任倒置，应当由上诉人就被上诉人的侵权行为承担举证责任以及举证不利的后果

首先，涉案专利说明书第【0041】段、【0042】段明确表述“本发明所得填料氧化铝产品与现有技术中的填料氧化铝产品的比较如下”，可见涉案专利所述“填料氧化铝产品”已经是现有技术中存在的产品。第【0041】段、【0042】段所记载的“本发明所得填料氧化铝产品”与北京开关厂实验数据“填料氧化铝产品”的区别仅在于氧化铝和杂质二氧化硅、氧化铁、氧化钠的含量比不同。因此，涉案专利所制造的产品显然不是专利法规定的新产品。

其次，在涉案专利申请审查过程中，国家知识产权局发出的《第一次审查意见通知书》指出：对比文件1 CN101544389A（见被上诉人二审证据1：涉案专利的审查意见通知书）公开了一种高纯度电熔刚玉氧化铝环氧浇注填料制备方法，涉案专利权利要求1所保护的技术方案与对比文件1公开的技术内容相比，其区别在于权利要求1中限定了水洗以及沉淀除杂、静止烘干等步骤。由此可见，在涉案专利方法与对比文件1所述方法的区别仅仅是制造步骤不同，两者是同一产品的制造方法，该产品至少在CN101544389A文献2009年9月30日公开时就已经存在。

再次，上诉人未提交任何证据证明涉案专利方法所制造的产品是专利法规定的新产品。

因此，涉案专利方法所制造的产品不是专利法规定的新产品，本案不适用举证责任倒置等《专利法》第六十六条所述“新产品制造方法”的相关规定，应当由上诉人承担举证责任以及举证不利的后果。

三、本案不符合《最高人民法院关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》第三

条规定的举证责任转移的情形

根据《最高人民法院关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》第三条的规定，当原告的举证情况满足下列3项条件时，人民法院可以要求被告举证证明其产品制造方法不同于专利方法：（1）被告制造的产品与使用专利方法制造的产品属于相同产品；（2）被告制造的产品经由专利方法制造的可能性较大；（3）原告为证明被告使用了专利方法尽到合理努力。

本案中，上诉人的举证情况未能满足上述3项条件中的任意一项，不符合《最高人民法院关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》第三条规定的举证责任转移的情形。

（一）上诉人的证据不能证明被上诉人制造的产品与使用专利方法制造的产品属于相同产品

首先，上诉人一审证据6：编号2020-11-1268检验报告所谓涉案专利方法获得的产品来源不明——不能证明该产品是使用涉案专利方法获得的产品。上诉人一审证据7：编号2020-05-0519检验报告所谓被控侵权产品来源不明——不能证明该被控侵权产品是被上诉人制造的产品。

其次，上诉人自己也认为一审证据6、证据7两份检验报告所检验的所谓被控侵权产品与涉案专利方法直接获得产品仅仅是“接近”【见一审被控侵权产品证据目录以及开庭笔录】，而不是相同。

再次，上诉人一审证据7所谓被控侵权产品检验报告检验结果显示氧化铝含量为95.26%，远达不到涉案专利说明书表1中“本发明99.69”、“现有技术99.5”的含量。且如果涉案专利说明书中记载的现有技术99.5%的氧化铝含量与涉案专利99.69%氧化铝含量的差别——即0.19%的差别，都认为有较大进步。那么上诉人一审证据7中被控侵权产品95.26%的氧化铝含量与涉案专利99.69%氧化铝含量相比，两者氧化铝含量4.43%的差别（是0.19%的23倍）显然不能认为是相同产品。

（二）上诉人的证据不能证明被上诉人制造的产品经由专利方法制造的可能性较大

1.上诉人提供的所有证据，均不涉及也不能反映被上诉人、郑州宏祥耐火材料有限公司的生产方法，尚不能说明被上诉人、郑州宏祥耐火材料有限公司的生产步骤是什么，更不可能证明被上诉人、郑州宏祥耐火材料有限公司的生产方法落入涉案专利的保护范围，甚至远远达不到“被上诉人、郑州宏祥耐火材料有限公司的生

产方法有一定的可能落入涉案专利的保护范围”——即被上诉人、郑州宏祥耐火材料有限公司存在侵权的可能性。

2.前文已述，被上诉人的生产方法缺少涉案专利独立权利要求所述步骤（1）“氧化铝粉和添加剂混合后，熔融、精炼”步骤和步骤（2）中的“擂碎”工序，自然也缺少“添加剂成分及其重量比”技术特征，不可能落入涉案专利的保护范围。

（三）上诉人的举证显然未尽到合理努力

被上诉人的产品是公开销售的，非常容易通过购买或者从被上诉人用户处得到被上诉人的产品并进行检验，并不存在取证难度。然而，上诉人却未能就此进行举证。显然是能举证而未进行举证，未尽到“合理努力”。

此外，涉案专利说明书中表 1 有 Al2O3 以及 SiO2、Fe2O3、Na2O 的含量检测、表 2 有破坏实验对比。说明上诉人具备进行上述试验或者寻求并得到进行上述实验帮助的能力，然而，上诉人并未就此进行举证。显然是能进行举证而未进行举证，未尽到“合理努力”。

四、一审审理程序合法，上诉人的诉讼权利得到充分保障，上诉人的无理请求、主张依法不应被支持

（一）被上诉人正在上市的案件背景简介

2022 年 7 月 22 日，北交所上市委员会公告，定于 7 月 29 日召开 2022 年第 30 次审议会议，审议被上诉人公司等首发事项。自此日起约两个月内，被上诉人将进入并处在上市审议、首发的关键、敏感时期。一旦发生诉讼将可能给被上诉人上市审议、首发等产生严重影响，涉及被上诉人公司主要产品之一的专利侵权诉讼无疑会给被上诉人上市审议、首发、股票发行价格等产生重大负面影响。

然而，在北交所上市委员会公告的同日，即 2022 年 7 月 22 日，上诉人即向郑州市中级人民法院提起本案诉讼，并且在没有任何证据表明被上诉人有可能侵犯涉案专利权的情况下——即未尽到最起码的初步举证责任、无正当事由的情况下，提出现场勘验、对被上诉人产品进行司法鉴定、要求被上诉人提供产品制造方法、追加郑州宏祥耐火材料有限公司等无理请求、主张，该等请求、主张毫无事实和法律依据，纯粹为恶意制造被上诉人负面影响、拖延案件审理周期，意在不正当地阻碍被上诉人上市。

（二）一审开庭时间及举证期限符合法律规定

本案一审开庭时间的确定是合议组与上诉人、被上诉人协商，并经过上诉人、被上诉人同意的。在2022年8月3日上午一审法院组织的庭前会议中，被上诉人基于上市审议的需要，提出希望能够提前开庭。一审法院根据被上诉人上市审议的实际情况，提出8月5日（本周五）或者8月8日（下周一）开庭的建议，但是被上诉人以本次出差时间过长为由拒绝，并同意8月3日下午开庭。因此，一审开庭时间的确定，并未违反最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释第二百二十七条的规定。

本案一审庭审中，法院经过上诉人、被上诉人的共同确认后，同意上诉人先行提交证据名称、说明证据内容和证明目的并在庭后提交证据材料——即上诉人所述的证据8至18。且一审庭审中上诉人已经叙述证据8至18证据内容以及证明目的，被上诉人也发表了相应的质证意见。在庭审之后，上诉人也提交了证据8至18的详细证据目录及说明。一审法院对上诉人证据8至18的认定，并未违反最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释第一百零三条的规定，审理程序合法。

（三）上诉人的追加被告申请依法不应得到支持，一审审理程序合法

本案中上诉人没有任何证据表明被上诉人、郑州宏祥耐火材料有限公司或者被上诉人与郑州宏祥耐火材料有限公司，存在侵权行为或者存在侵权的可能性。被上诉人与郑州宏祥耐火材料有限公司为各自独立的法人单位，二者没有关联关系，仅为一般生产经营活动中的供需关系。上诉人仅因为郑州弘祥耐火材料有限公司是被上诉人的耐火材料供应商，仅仅因为上诉人自己的怀疑，就申请追加郑州宏祥耐火材料有限公司为本案被告，显然没有正当理由和依据。郑州宏祥耐火材料有限公司显然不是本案必要共同诉讼人，一审审理程序合法。

（四）上诉人的司法鉴定申请依法不应得到支持

上诉人与被上诉人在法院组织下对被上诉人公司及厂区进行的现场勘验充分证明，被上诉人公司及厂区不存在熔融、精炼步骤所用的设备，上诉人庭审中对此事实明确予以认可。被上诉人涉案产品生产过程缺少涉案专利方法独立权利要求所述步骤（1）“氧化铝粉和添加剂混合后，熔融、精炼”步骤以及步骤（2）中的“擂碎”步骤工序，自然也缺少“添加剂成分及其重量比”技术特征。根据专利法及相关司法解释规定，被上诉人生产方法不落入上诉人专利权保护范围。司法鉴定的作

用在于查明案情，为侵权判定提供依据。在根据案件事实能够得出明确的侵权认定结论的情况下，依法无需再行司法鉴定。

（五）上诉人要求被上诉人提供产品制造方法的主张不应得到支持

上诉人既不能证明涉案专利方法是新产品制造方法，也未能尽到最起码的初步举证责任证明被上诉人有可能侵犯涉案专利权。况且，前文已述，通过上诉人、被上诉人双方对被上诉人公司、厂区进行的现场勘验，被上诉人已经证明未使用涉案专利方法。因此，上诉人要求被上诉人提供产品制造方法的主张，显然没有正当理由和依据，依法不应得到支持。

（六）上诉人请求勘验案外人生产厂区的请求不应得到支持

上诉人未提交任何证据证明被上诉人与上诉人所述郑州市上街区东马固村厂区的经营主体存在共同侵权的可能——即上诉人未能尽到最起码的初步举证责任。仅仅因为上诉人自己的怀疑，就申请对案外人的郑州市上街区东马固村厂区进行勘验，显然没有正当理由和依据，依法不应得到支持。

以上代理意见供合议组参考。

代理人：田小伍

何胜林

年　月　日

裁判文书：二审判决书

中华人民共和国最高人民法院

民事判决书

（2022）最高法知民终2101号

上诉人（原审原告）：泰安某公司。住所地：山东省泰安市。

法定代表人：王某，该公司执行董事兼经理。

委托诉讼代理人：袁高高，北京盈科（杭州）律师事务所律师。

委托诉讼代理人：穆潇，山东泰山蓝天律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：河南某公司。住所地：河南省郑州市。

法定代表人：马某云，该公司董事长。

委托诉讼代理人：田小伍，北京大成（郑州）律师事务所律师。

委托诉讼代理人：何胜林，北京大成（郑州）律师事务所律师。

上诉人泰安某公司因与被上诉人河南某公司侵害发明专利权纠纷一案，不服河南省郑州市中级人民法院于2022年8月23日作出的（2022）豫01知民初1271号民事判决，向本院提起上诉。本院于2022年10月9日立案后，依法组成合议庭，并于2023年4月25日询问当事人，上诉人泰安某公司的委托诉讼代理人袁高高、穆潇，被上诉人河南某公司的委托诉讼代理人田小伍、何胜林到庭参加询问。本案现已审理终结。

泰安某公司上诉请求：撤销原判，改判支持泰安某公司原审全部诉讼请求或将本案发回重审。事实和理由：（一）原审法院未成功组织现场勘验，在此前提下认定泰安某公司没有举证证明河南某公司生产方法包括有“熔融、精炼”步骤及添加剂比例，从而认定被诉侵权技术方案未落入专利号为2015XXXX2、名称为“一种XX氧化铝的制备方法”的发明专利（以下简称涉案专利）权的保护范围，属于事实认定不清。1.泰安某公司在起诉前通过调查了解到郑州市上街区东马固村是河南某公司实施“熔融”及“擂碎”过程的场所，起诉时即向原审法院提交了现场勘验申请书，但原审法院现场勘验时并未进入该场所。2.原审判决认定“经原被告双方到河南某公司现场勘验,未发现河南某公司有熔融、精炼步骤所需2000多度的高温设备”，从而认为被诉侵权技术方案不存在“熔融、精炼”步骤，不符合事实与法律规定。泰安某公司及河南某公司去河南某公司注册地确认是否存在高温设备的行为并不属于勘验，整个过程没有司法人员陪同，原审法院亦未对此制作笔录。（二）原审法院驳回泰安某公司追加郑州弘祥耐火材料有限公司（以下简称弘祥公司）为被告的申请，遗漏了必要共同诉讼参与人，程序错误，导致事实不清。1.2022年8月3日上午庭前会议中，河南某公司声称被诉侵权技术方案中的“熔融”“擂碎”过程是案外人所为，与河南某公司无关。由此可知，被诉侵权技术方案一定包括了“熔融”“擂碎”过程，而查明河南某公司与案外人是共同侵权关系，还是如河南某公司声称的买卖关系，事关侵权是否成立，本案有追加案外人以查明案件事实的必要性。2.原审法院认定泰安某公司未提交共同侵权的证据不符合事实。泰安某公司原审提交的证据体现了弘祥公司是河南某公司的主要供应商，且该公司与河南某公司有大量财务往来，弘祥公司具有“熔融”“擂碎”相关设备的技术背景，存在使用该类设备及工艺的较大可能性。泰安某公司无法自行进入弘祥公司场所取证，追加弘祥公

司为被告是为了查明案件事实，该公司最终是否承担责任及是否存在共同侵权仍需通过案件审理查明。（三）原审判决以使用涉案专利方法制造的产品不是新产品而拒绝适用举证责任倒置，属于认定事实错误，对泰安某公司显失公平。1.是否属于新产品应当在法院组织下委托第三方做查新报告确定。即使使用涉案专利方法制造的产品不属于新产品，在泰安某公司完成相应举证义务后，人民法院可以要求河南某公司举证证明其产品制造方法不同于专利方法。2.泰安某公司在起诉时向原审法院申请了证据保全，在原审法院未成功进行现场勘验的情况下，只能通过举证责任倒置原则来证明被诉侵权技术方案落入涉案专利权保护范围。原审法院既未成功进行现场勘验，也不批准泰安某公司鉴定申请，使泰安某公司无法完成初步举证义务，对支付高昂维权成本的泰安某公司显失公平。（四）原审法院存在程序错误，泰安某公司的程序权利未得到充分保障。原审法院原定于2022年8月23日开庭并向泰安某公司送达了传票，但2022年8月3日上午临时决定在2022年8月3日下午开庭，并未按法律规定提前三日送达传票，存在程序错误。由于2022年8月3日临时开庭，泰安某公司举证期限仍未届满，庭审时泰安某公司仅罗列证据名称，对部分证据并未在庭审时出示，原审法院组织质证存在程序错误。

河南某公司辩称：（一）河南某公司的生产方法不包括“熔融、精炼”步骤，不使用涉案专利所述添加剂，未落入涉案专利权保护范围。（二）泰安某公司未提交证据证明河南某公司存在侵权的可能性，未尽到初步举证责任，应承担不利后果。（三）在原审法院提议下，泰安某公司和河南某公司共同到河南某公司注册地对其是否具有“熔融、精炼”设备进行勘验，其实是对案件事实的共同确认，而非民事诉讼法规定的勘验，原审法院是否派人参加、是否记录并不影响对这一事实的认定。（四）被诉侵权产品并非新产品，应由泰安某公司对该产品是否使用了涉案专利方法进行举证，原审法院举证责任分配正确。（五）原审法院充分保障了泰安某公司的诉讼权利，审理程序合法。

泰安某公司向原审法院提起诉讼，原审法院于2022年7月22日立案受理。泰安某公司起诉请求：1.判令河南某公司立即停止实施侵害泰安某公司专利权的行为，即立即停止使用涉案专利方法以及生产、销售依照涉案专利方法直接获得的产品；2.判令河南某公司赔偿因侵权行为给泰安某公司造成的经济损失及制止侵权行为而支付的合理维权费用共计人民币1000万元；3.本案诉讼费由河南某公司承担。事实与

理由：涉案专利产品科技含量高，市场竞争力强，是高压电器绝缘件关键材料。2019年至2021年期间，河南某公司与泰安某公司在多个项目中共同中标，河南某公司生产的专用填料氧化铝产品在纯度上与使用涉案专利方法直接获得的产品接近，形态亦高度近似。因此，河南某公司涉嫌使用涉案专利方法生产、销售被诉侵权产品，侵犯了泰安某公司涉案专利权。原审庭审中，泰安某公司提出：1.使用涉案专利方法制造的产品系新产品，应由河南某公司提供其产品制造方法不同于专利方法的证明；2.因弘祥公司与河南某公司存在共同侵权的可能性，申请追加弘祥公司为被告参加诉讼。

河南某公司原审辩称：泰安某公司没有任何证据证明河南某公司的产品是使用涉案专利方法生产的产品，也没有初步证据证明河南某公司可能存在侵犯涉案专利权的行为，其诉讼请求没有事实依据。泰安某公司没有证据证明弘祥公司与河南某公司存在侵犯涉案专利权的可能性，其追加弘祥公司为被告的申请没有事实依据。河南某公司的生产工艺不涉及涉案专利权利要求6所述的“熔融、精炼”步骤，其生产流程、生产工艺不可能落入涉案专利权的保护范围。

原审法院认定事实：

泰安某公司系涉案专利的专利权人，涉案专利的申请日为2015年6月16日，授权公告日为2017年2月22日。泰安某公司按时缴纳了年费。涉案专利共有15项权利要求，其中权利要求1、6、11为独立权利要求，泰安某公司主张权利要求6到权利要求10，具体内容如下：

权利要求6，一种XX氧化铝的制备方法，其特征在于：包括以下步骤：氧化铝粉和添加剂混合后，熔融、精炼；将熔融冷却后的混合物擂碎、粉磨成设定粒级，然后经过酸洗、水洗以及沉淀除杂后，静止烘干；去除烘干过程中因团聚而形成的假颗粒后，再按照粒度分布标准，将不同粒度段的氧化铝按检验比例，均匀混料，即得到绝缘用高纯填料氧化铝；所述添加剂为煅后焦、氧化镁、金属铝粉、石英砂、硼酸和氯化铵中的若干种的混合物；所述添加剂的组成为：硼酸30wt％，煅后焦20wt％，金属铝粉40wt％，氯化铵10wt％；所述添加剂的量为氧化铝粉的1wt％。

权利要求7，根据权利要求6所述的制备方法，其特征在于：所述熔融的温度为1900-2050℃。

权利要求8，根据权利要求6所述的制备方法，其特征在于：所述精炼的温度为

2000-2050℃；所述精炼的时间为30-60min。

权利要求9，根据权利要求6所述的制备方法，其特征在于：所述设定粒级不大于100μm。

权利要求10，根据权利要求6所述的制备方法，其特征在于：所述水洗为用去离子水进行洗涤。

2022年8月3日，泰安某公司的委托诉讼代理人袁高高、白建奎和河南某公司的委托诉讼代理人何胜林，共同对河南某公司的两个生产厂区进行了现场勘验，双方一致确认现场勘验结果为：未发现河南某公司存在“熔融、精炼”所用设备。

原审法院认为：

涉案专利名称为“一种XX氧化铝的制备方法”，产品为填料氧化铝。涉案专利说明书第[0002]段背景技术记载，现有同类产品氧化铝存在晶型针状体多、流动差以及钠等杂质含量高等技术问题；第[0003]段发明内容记载，为解决现有技术存在的技术问题，而提出一种绝缘用高纯电工填料氧化铝的制备方法；第[0040]段记载，本发明所得填料氧化铝产品与现有技术中的填料氧化铝产品的比较如下……。可见，涉案专利所述填料氧化铝产品是在申请日以前为国内外公众所知的产品，不属于专利法规定的新产品。

本案中，泰安某公司要求保护权利要求6到权利要求10，但其没有举证证明河南某公司所生产产品的生产方法包括了涉案专利权利要求6中“氧化铝粉和添加剂混合后，熔融、精炼；将熔融冷却后的混合物擂碎”等步骤技术特征，以及添加剂的组成及所占比例等技术特征，且经泰安某公司和河南某公司双方到河南某公司现场勘验，未发现该公司有“熔融、精炼”步骤所需2000多度的高温设备，因此，河南某公司的产品生产方案未落入涉案专利权的保护范围。泰安某公司诉请河南某公司停止侵权及赔偿损失的诉讼请求不能成立，原审法院不予支持。

原审法院依照《中华人民共和国专利法》（以下简称专利法）第六十四条第一款，《最高人民法院<关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释>》第七条、第十七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十七条第一款之规定，判决：驳回泰安某公司的诉讼请求。一审案件受理费81800元，由泰安某公司负担。

本院二审期间，泰安某公司为证明其上诉主张，向本院提交了3份证据：

1.增值税专用发票一张。拟证明弘祥公司与泰安某公司存在白刚玉代加工关系。

2.弘祥公司申请的名称为“一种白刚玉生产用球磨机”实用新型专利。拟证明弘祥公司具备白刚玉研磨设备及技术。

3.弘祥公司申请的名称为“一种白刚玉超精细微粉生产加工用的球磨设备”实用新型专利。拟证明弘祥公司具备白刚玉超精细微粉研磨设备及技术。

河南某公司的质证意见为：对3份证据的真实性无异议，对关联性有异议，不能证明弘祥公司可能实施了涉案专利“熔融”“擂碎”加工步骤。

泰安某公司为证明其抗辩主张，向本院提交了10份证据：

1.涉案专利的审查意见通知书。拟证明使用涉案专利方法制造的产品“高纯电工填料氧化铝”不属于专利法规定的新产品，涉案专利不属于新产品制造方法。

2.《磨料制粒工艺学》（1987年出版）。

3.CN101544389A发明专利申请公布说明书。

4.CN102674870A发明专利申请。

5.GBT2479-1996普通磨料白刚玉国家标准。

6.GBT2479-2008普通磨料白刚玉国家标准。

证据2-6拟证明白刚玉在涉案专利申请日前早已成为市售工业产品。

7.河南某公司工商信息。

8.弘祥公司工商信息。

证据7-8拟证明河南某公司与弘祥公司为各自独立的法人单位，二者没有关联关系，仅为一般生产经营活动中的供需关系。

9.中华人民共和国有色金属行业标准YST619-2007-化学品氧化铝分类及牌号命名。拟证明涉案专利方法所制造的产品不是专利法规定的新产品，被诉侵权产品中氧化铝的纯度未落入涉案专利权的保护范围。

10.现场勘验视频2段。拟证明现场勘验未发现河南某公司及厂区存在“熔融、精炼、擂碎”步骤所用的设备。

泰安某公司的质证意见为：对证据1-10的真实性无异议，对关联性有异议，不能达到其证明目的。其中，证据1不能证明高纯电工填料氧化铝不是新产品；证据2-6只能证明普通白刚玉主要应用于陶瓷抛磨材料，无法应用于绝缘，不属于电工氧化铝类别，涉案专利主要应用于高压绝缘器件，两者应用领域不同，该证据与涉案专利产品无关，不能证明所涉产品在涉案专利申请日前已成为市售工业产品；证据

7-8 不能证明河南某公司与弘祥公司之间是买卖关系，而非劳务关系；证据 9 不能证明被诉侵权产品中氧化铝的纯度未落入涉案专利权的保护范围；证据 10 不是现场勘验，虽然泰安某公司认可河南某公司注册地并无电熔设备，但“熔融、精炼”步骤极有可能是由弘祥公司完成。

本院的认证意见为：

首先，关于泰安某公司提交的 3 份证据，河南某公司对其真实性不持异议，本院对真实性予以确认。但是，泰安某公司陈述白刚玉磨料与电工填料氧化铝不是同类产品，应用领域不同，因此河南某公司与弘祥公司是否存在白刚玉产品买卖或加工关系，与本案双方当事人争议的河南某公司是否使用涉案专利方法制造高纯度电工填料氧化铝产品的问题不具有关联性，故本院对该 3 份证据不予采纳。

其次，关于河南某公司提交的 10 份证据，泰安某公司对其真实性不持异议，本院对真实性予以确认。其中，证据 1 与双方争议的涉案专利是否属于新产品的制造方法这一问题相关，本院予以采纳；证据 2-8，如前所述，白刚玉磨料与电工填料氧化铝不是同类产品，应用领域不同，河南某公司与弘祥公司是否存在白刚玉产品买卖或加工关系，与本案争议问题无关，本院不予采纳；证据 9 仅能证明 2007 年公布的中华人民共和国有色金属行业标准中已经有用于高压绝缘器件的电工填料氧化铝产品，并不能证明被诉侵权产品的纯度数值，本院不予采纳。证据 10 系双方当事人到河南某公司生产场所对河南某公司是否有“熔融、精炼”设备这一事实进行确认，虽非原审法院组织的现场勘验，但泰安某公司认可河南某公司生产场所没有“熔融、精炼”设备这一事实，故本院予以采纳。

原审查明的事实基本属实，本院予以确认。

本院另查明：

2016 年 1 月 12 日，国家知识产权局针对涉案专利申请发出第一次审查意见通知书，记载“对比文件 1（CN101544389A）公开了一种高纯度刚玉氧化铝环氧浇注填料报备方法……权利要求 1 所要求保护的技术方案与对比文件 1 公开的技术内容相比，其区别在于权利要求 1 中限定了水洗以及沉淀除杂、静止烘干等步骤，由此可见，权利要求所要求保护的技术方案实际解决的技术问题为如何获得一种高纯度电熔刚玉氧化铝制备方法的替代方案。虽然对比文件 1 并未明确公开水洗、沉淀除杂、静止烘干等步骤，但上述步骤均为氧化铝填料生产过程中的惯用手段。”

涉案专利说明书[0039]段记载，现有技术中的填料氧化铝产品多为针状体，尖角较多，本发明生产的填料氧化铝产品的晶型化更充分，球形度较好。第[0042]至[0043]段记载，本发明所得填料氧化铝产品与现有技术中的填料氧化铝产品的比较如下：现有技术Al2O3纯度99.5%，杂质SiO2含量0.10%、Fe2O3含量0.05%，Na2O含量0.08%；本发明Al2O3纯度99.69%，杂质SiO2含量0.02%、Fe2O3含量0.01%，Na2O含量0.04%。本发明制得填料氧化铝产品与现有技术的填料氧化铝产品含量相比，Al2O3纯度增加0.5%，杂质SiO2含量降低80%，Fe2O3含量降低80%，Na2O含量降低50%。

本院认为，综合双方当事人的诉辩主张以及案件事实，本案二审的争议焦点为：（一）涉案专利是否为新产品的制造方法，本案能否依据专利法第六十六条第一款的规定适用举证责任倒置；（二）泰安某公司对其所主张的侵权事实是否尽到了初步举证责任；（三）原审法院是否存在程序违法情形。

（一）关于涉案专利是否为新产品的制造方法，本案能否依据专利法第六十六条第一款的规定适用举证责任倒置

专利法第六十六条第一款规定，专利侵权纠纷涉及新产品制造方法的发明专利的，制造同样产品的单位或者个人应当提供其产品制造方法不同于专利方法的证明。《最高人民法院<关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释>》第十七条规定，产品或者制造产品的技术方案在专利申请日以前为国内外公众所知的，人民法院应当认定该产品不属于专利法第六十一条第一款规定的新产品。

泰安某公司上诉主张，使用涉案专利方法制造的高纯度电工填料氧化铝为新产品，涉案专利为新产品的制造方法，本案应适用举证责任倒置，由河南某公司提交证据证明其电工填料氧化铝产品的制造方法。河南某公司抗辩认为，电工填料氧化铝产品不是新产品，涉案专利并非新产品的制造方法。对此，本院认为，根据专利法第六十六条第一款规定，适用举证责任倒置的前提条件是，权利人需提供证据初步证明依照专利方法制造的产品属于新产品，且被诉侵权人制造的产品与依照专利方法制造的产品属于同样的产品。本案中，依照涉案方法专利所形成的产品是一种电工填料氧化铝，根据涉案专利说明书关于背景技术的记载，电工填料氧化铝产品及制备方法均属于现有技术，并非新产品，而且，国家知识产权局第一次审查意见通知书也指出，对比文件1已经公开了一种高纯度电熔刚玉氧化铝制备方法，涉案

专利技术方案实际解决的技术问题为如何获得一种高纯度电熔刚玉氧化铝制备方法的替代方案。因此，涉案专利并不属于新产品的制造方法，泰安某公司主张本案适用举证责任倒置的上诉意见，不具有事实及法律依据，本院不予支持。

（二）关于泰安某公司对其所主张的侵权事实是否尽到了初步举证责任

方法发明专利通常是一系列程序、步骤的组合，专利权人能在流通领域购买到侵权产品，但由于制造侵权产品的生产步骤和工艺参数为侵权人所掌握，权利人难以接近侵权人的生产现场和生产记录以取得完整的侵权产品制造方法证据，因此，侵权行为的证据往往难以取得。为准确查明案件相关技术事实，《最高人民法院关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》第三条规定，专利方法制造的产品不属于新产品的，侵害专利权纠纷的原告应当举证证明下列事实：（一）被告制造的产品与使用专利方法制造的产品属于相同产品；（二）被告制造的产品经由专利方法制造的可能性较大；（三）原告为证明被告使用了专利方法尽到合理努力。原告完成前款举证后，人民法院可以要求被告举证证明其产品制造方法不同于专利方法。根据该规定，在非新产品方法专利侵权纠纷中，权利人仍应当承担初步证明责任，提交证据证明被诉侵权产品与使用专利方法制造的产品属于相同产品且经由专利方法制造的可能性较大，权利人已经为证明侵权行为尽到了合理努力等事实，在此前提下，才能进一步地发生举证责任转移，由被诉侵权人承担被诉侵权产品未使用涉案专利方法的证明责任。

具体到本案而言，本院认为，泰安某公司所提交的证据不足以证明被诉侵权产品与使用专利方法制造的高纯度电工填料氧化铝产品属于相同产品且经由专利方法制造的可能性较大。首先，泰安某公司提交的证据为案外人平高集团有限公司发布的绝缘配方原材料采购公告及中标结果公告，该公告仅能证明河南某公司生产、销售氧化铝产品且与泰安某公司均中标了平高集团有限公司的氧化铝采购包，但并不能证明该产品为高纯度电工填料氧化铝产品。在案外人发布的采购文件中，并未对氧化铝产品制备工艺及纯度提出要求，仅要求投标人提供在电力行业既往供货业绩清单及证明材料，泰安某公司仅依据中标结果推定河南某公司制造了与其相同的高纯度电工填料氧化铝产品，缺乏证据支持。其次，根据涉案专利权利要求书结合说明书的内容，涉案专利是在现有技术基础上进一步提高电工填料氧化铝的纯度，其技术效果在说明书第[0039]段、第[0042]至[0043]段有明确描述，相关比对数值均

通过实验得出。被诉侵权产品系在市场上公开流通的产品，并非限制流通产品，泰安某公司亦可以通过公开渠道获取该产品进行比对实验。虽然，泰安某公司在一审中提交了中国磨料磨具质量监督检验中心出具的检验报告，但该检验报告所涉及检材并不能被确认为河南某公司所生产的被诉侵权产品，且检验结果并未显示该产品为高纯度电工填料氧化铝。因此，在案证据不能证明被诉侵权产品具有较大的侵权可能性。泰安某公司称其无法获取被诉侵权产品，同时又指称检验报告所涉检材即为河南某公司生产的被诉侵权产品，该陈述与其所提交的证据相悖，不符合常理。最后，关于泰安某公司申请现场勘验的相关情况。泰安某公司在原审中申请现场勘验，根据原审法院2022年8月2日制作的现场勘验笔录记载，原审法院合议庭法官前往泰安某公司所指称的侵权地郑州市上街区东马固村实施现场勘验，但经核实，该地址为郑州天韵新材料公司的经营场所，无证据证明该经营场所与河南某公司有关联，故原审法院未进入该场所进行现场勘验并无不当。关于原审法院未指派法官到河南某公司经营场所进行现场勘验的问题，因泰安某公司同意由双方委托诉讼代理人共同到河南某公司住所地对该场所是否有实施“熔融、精炼”步骤相关设备进行确认，且泰安某公司经现场确认后已认可河南某公司住所地并无实施“熔融、精炼”步骤的高温设备，因此原审法院合议庭法官是否到场、是否制作笔录并不影响该事实认定。而且，原审法院为查明案件事实，在立案后的较短时间内就依泰安某公司的申请到其所指称的河南某公司多个侵权地点进行现场勘验或组织当事人确认，河南某公司也予以了配合，相关勘验情况并不能支持泰安某公司的主张，相应的证明责任仍然应当由泰安某公司承担。

综上，泰安某公司所提交的证据不能证明河南某公司制造的产品与使用专利方法制造的产品属于相同产品且经由专利方法制造的可能性较大，其主张河南某公司侵害涉案专利权的依据不足，本院不予支持。

（三）关于原审法院是否存在程序违法情形

泰安某公司上诉主张原审法院程序违法，其诉讼权利未得到充分保障。经查，原审法院原定于2022年8月23日对本案进行开庭审理并向双方当事人送达了开庭传票，因本案纠纷发生在河南某公司上市期间，河南某公司申请提前开庭，泰安某公司明确表示同意，双方当事人对原审法院将开庭日期确定在2022年8月3日下午并无异议。泰安某公司全程参加了一审庭审，当庭及庭后提交了全部证据材料，河

南某公司亦发表了质证意见，原审法院已充分保障了其举证、质证及辩论等诉讼权利，不存在程序违法情形。故泰安某公司的该项上诉理由不能成立，本院不予支持。

此外，泰安某公司还主张原审法院未追加弘祥公司为本案共同被告，遗漏了必要共同诉讼人。对此，本院认为，如前所述，泰安某公司未尽到初步举证责任，不能触发举证责任的进一步转移，其针对河南某公司的诉讼请求难以成立，本案没有追加当事人的必要性，亦缺乏追加弘祥公司为本案共同被告的事实基础，原审法院未准许泰安某公司提出的追加被告申请，并无不当。

综上所述，泰安某公司的上诉请求不能成立，应予驳回；原审判决查明事实清楚，适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十七条第一款第一项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费81800元，由泰安某公司负担。本判决为终审判决。

审 判 长　吴　蓉

审 判 员　李　丽

审 判 员　周桂荣

二〇二三年六月二十六日

法 官 助 理　左金鹤

法 官 助 理　李沐轩

书 记 员　刘志岩

某新材料公司诉田某侵害商业秘密纠纷案

——北京大成（郑州）律师事务所　贺保平

案例简介：

田某原系某新材料公司员工，签署有《保密协议书》。田某在职期间，未经许可，擅自将该公司部分核心技术信息及有关经营信息外发至其私人移动硬盘中保存。田某离职后，入职与某新材料公司经营范围重合、存在市场竞争关系的新公司。某新材料公司发现田某相关涉密行为后至公安机关进行刑事控告，公安机关受理后经调查，认定未发现田某实施侵害某新材料公司商业秘密的行为，对于公司的控告行为不予刑事立案。某新材料公司随即诉至法院，请求判令田某停止侵害商业秘密并赔偿损失。田某抗辩称拷贝公司资料经过公司主管领导解密，是为了个人学习使用，并无披露给第三方，公司知识产权不得限制个人研究学习，抗辩其行为不构成商业秘密侵权。郑州市中级人民法院审理后，依法确认某新材料公司主张的技术信息及经营信息构成商业秘密，判决田某停止侵权并赔偿损失，一审判决后，田某服判并支付了赔偿款。

参评理由：

本案被控侵权行为较为特殊，田某并未实施披露、使用、允许他人使用的行为，对田某使用移动硬盘复制公司保密信息行为的定性涉及到公司的商业秘密保护与劳动者的劳动权之间的利益平衡。代理律师认为与公司签署保密协议的劳动者妥善管理、使用公司的技术信息与经营信息，禁止将公司的技术成果与经营信息转移至公司控制范围之外，也是劳动者应有的职业道德。田某未经公司许可，将含有涉案技术秘密与经营秘密的信息转移至非公司所有和控制的移动硬盘，使得涉案技术秘密与经营秘密面临被披露和使用的风险，该行为属于以盗窃的手段非法获取商业秘密的行为。法院采纳了代理人的意见，判决田某的行为构成侵权。本案入选郑州市中级人民法院2024年发布的保护科技创新型案件典型案例。

本案属于非法下载公司保密信息行为的典型案例，法律适用难度大，对相关从业者具有警示意义。

法律文书：一审代理词

代理词

尊敬的审判长、审判员：

北京大成（郑州）律师事务所接受某新材料公司（以下简称“原告”）委托，指派本人作为代理人，参加其与田某（以下简称“被告”）侵害商业秘密纠纷一案的一审诉讼活动，现发表如下代理意见。

一、原告主张的案涉三个密点构成反不正当竞争法规定的商业秘密

1.双氟磺酰亚胺锂（LiFSI）废渣处置工艺的秘密性和价值性

双氟磺酰亚胺锂（LiFSI）废渣处置工艺满足秘密性和价值性。原告于2020年开始研发“双氟磺酰亚胺锂(LiFSI)废渣处置工艺”,经实验室研究成功后,于2022年将此项技术开发应用于实际生产,为公司带来巨额的经济效益。2024年3月14日,原告委托的上海技术交易所出具（2024）上技所知鉴字第410112-1号《知识产权鉴定意见书》，结论为“双氟磺酰亚胺锂（LiFSI）废渣处置工艺”在2024年2月4日前属于“不为公众所知悉的技术信息”。

2.六氟磷酸锂生产经验的秘密性和价值性。

原告自2008年开始进行六氟磷酸锂的自主研发，募集资金12476万元进行研发投入并在2012年实现量产，打破了日本在该领域的技术垄断，大幅度降低使用成本从而助推国产新能源电池和汽车的崛起，并且每年都有数千万元的研发投入对技术进行迭代升级，保证了原告在该技术领域的国际领先地位，该项技术在2018年获得国家科技进步二等奖，2023年六氟磷酸锂的营业收入逾40亿元，2023年央视《焦点访谈》栏目对原告攻克该项技术进行专题报道。《六氟磷酸锂生产交流分享》是由原告分厂为子公司提高技术能力而开发的课件，在子公司云南氟磷电子公司进行培训，包含了六氟磷酸锂合成、结晶等过程的操作诀窍和关键步骤，并处于电子加密状态，不为外界所知悉，被告在获取之后进行了解密操作，并将解密后的文件擅自拷贝到个人移动硬盘。由于《六氟磷酸锂生产交流分享PPT》电子文档记载的技术信息来源自原告生产实践中遇到的问题，是为解决生产实践中遇到的问题而采取的技术方案等信息的经验总结，包括六氟磷酸锂停产、复产、提高氟化锂的准确性等信息，从信息来源分析，来源于特定的生产实践，不能通过公开的渠道获得，故而，该文件必然属于不为公众所知悉和容易获得。

3.《2023 年经济责任制》的秘密性和价值性。

《经济责任制》是原告每年制定的年度总纲，包含了原告的经营方针、目标分解、组织机构和工作职责、经济责任制度和附录五大章节，涵盖了公司的生产信息、人员信息、经营信息和技术信息等，不为外界所知悉，属于公司的核心商业秘密，且该商业秘密载体上有“机密文件 不得外传”的水印，一但泄露会给原告带来不可估量的损失。从该文件内容来看，均为原告自身生产经营的具体的信息，从常理来讲，不可能通过公有领域可以获得。故而， 该信息属于不为公众所知悉的信息。

4.原告采取了合理措施，足以使得前述信息处于保密状态。

原告在 2016 年就制定实施了商业秘密管理制度，明确保密责任和商业秘密内容（技术秘密、管理秘密和经营秘密），明确员工办理入职时需签订保密协议和竞业限制协议，并在 2021 年 7 月 6 日在 OA 系统下发《技术保密管理办法》，对技术秘密的定义进一步细化，明确由技术委员会负责技术秘密的保护工作，并根据技术秘密的特征制定具体的保密措施，并在第二十四条明确规定：离休、退休或辞职的员工，在离开公司前必须将在公司从事科技工作的全部技术资料、实验材料、实验设备和产品等交还，不得擅自复制、发表、泄露、使用或转让载有公司技术秘密的技术资料和其他物品；原告针对信息安全制定《信息安全管理制度》，明确了信息安全保护包括了设计图纸和工艺路径等就似乎秘密相关的数据，针对办公电脑、网络安全、服务器安全、数据安全、防病毒安全均规定了具体的保护措施，对于数据管理有明文规定，公司内的电脑使用者不经允许不得将其获得的数据向公司以外的人员透漏，建立信息安全联络员制度，被告也是作为人力资源的信息安全联络员参加智能信息部组织的信息安全和保密教育培训并向部门内部人员转训；原告于 2022 年 2 月 28 日花费大量经费采购“天瑞绿盾信息安全管理平台”以及加密软件系统，按照不同的岗位部门分配不同的查阅权限，信息安全管理平台的主要功能为数据防泄露和 windows 终端防泄密，以及桌面管理系统和行为审计系统。案中，田某外发案涉秘密信息后不久即被原告发现并采取维权措施，也证明了原告保密措施的有效性。

二、被告实施了以盗窃的方法非法获取原告商业秘密的行为

被告于 2023 年 5 月 31 日向原告提交离职手续，2023 年 5 月 23 日，被告在未经许可的情形下，擅自将载有“双氟磺酰亚胺锂（LiFSI）废渣处置工艺”等技术信息以及“经济责任制”、各产品成本构成、公司员工工资表等经营信息外发至其私人

移动硬盘中，被告从公司为其配备的工作电脑及公司内部网盘中拷取大量秘密资料，累计拷贝资料超3500份，合计大小超120G；上述资料不仅包括六氟磷酸锂等公司核心产品的制气、结晶和包装等关键技术和信息，还包括公司花费数百万引进的氟氮混合气相关操作规程等资料，以及各产品的生产成本核算、核心人员名单以及工资信息等涉密信息。原告在发现被告上述盗取信息的行为后，于2023年11月委托郑州市华夏公证处对被告工作电脑内置文件及相关操作记录进行了公证，并出具（2023）豫郑华证内民字第9120号《公证书》，该证据可以证明被告在离职前存在盗取商业秘密的侵权行为。尤其是，本案庭审中，被告对于拷贝外发原告信息资料的行为不持异议。本案的证据足以证明被告实施了被控侵权行为。

三、被告外发保密信息的行为属于反不正当竞争法第九条禁止的“不得以盗窃手段获取权利人的商业秘密”的侵犯商业秘密行为

反不正当竞争法第九条第一款第一项规定，经营者不得以盗窃手段获取权利人的商业秘密。第二款规定，经营者以外的其他自然人组织实施侵犯商业秘密行为的，视为侵犯商业秘密。根据上述规定，如果行为人未经商业秘密权利人许可，以复印、照相、发送文件等方式窃取权利人的技术秘密，使得该技术秘密脱离权利人的原始控制，则行为人构成以盗窃手段获取他人商业秘密。

原告提交的证据可以证明被告知悉原告严格的保密管理规范，对于原告尚未公开的涉案技术信息和经营信息应当履行的保密义务。被告作为原告聘用的工作人员，应当遵守劳动合同中约定的保密义务和公司的保密管理规定。同时，妥善管理、使用原告的技术信息与经营信息，禁止将原告的技术成果与经营信息转移至原告控制范围之外，也是被告应有的职业道德。但被告未经原告许可，将含有涉案技术秘密与经营秘密的信息转移至非原告所有和控制的移动硬盘，使得涉案技术秘密与经营秘密面临被披露和使用的风险，尤其是被告从原告离职后就职于原告的竞争对手，更是加剧了这些信息被披露和使用的风险。虽然被告解释其外发这些信息的目的是自我学习使用，但是被告在离职前几天时间内密集地外发超3000个包含原告大量技术信息与经营信息的电子文档，并且大量外发的文档与被告的工作岗位毫无关联，被告关于自我学习使用的抗辩不具有合理性与说服力。

四、被告应承担停止侵权、赔偿损失的侵权责任

1.如前所述，被告实施了侵害原告商业秘密的侵权行为，依法应承担停止侵权

的法律责任。本案应判令被告立即停止侵害原告就“双氟磺酰亚胺锂（LiFSI）废渣处置工艺”、“六氟磷酸锂生产经验”、“《2023年经济责任制》”所享有的商业秘密，停止侵害的具体方式、内容、范围包括但不限于：（1）立即停止披露、使用、允许他人使用涉案商业秘密，前述停止侵害的时间持续至该商业秘密为公众所知悉为止；（2）签署保守商业秘密及不侵权承诺书，提交至郑州市中级人民法院，并制作副本提供给原告。

2.本案应判令被告赔偿原告经济损失及合理开支共计90.2万元

原告委托河南天琳会计师事务所有限责任公司对双氟磺酰亚胺锂副产废渣再利用技术进行审计评估，该评估报告载明该技术的重置成本为813815.37元，合理许可费为610361.53元，原告为此支出审计费30000元。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（三）》第五条规定，实施刑法第二百一十九条规定的行为造成的损失数额或者违法所得数额，可以按照下列方式认定：（一）以不正当手段获取权利人的商业秘密，尚未披露、使用或者允许他人使用的，损失数额可以根据该项商业秘密的合理许可使用费确定。《最高人民检察院 公安部关于修改侵犯商业秘密刑事案件立案追诉标准的决定》前款规定的造成损失数额或者违法所得数额，可以按照下列方式认定：（一）以不正当手段获取权利人的商业秘密，尚未披露、使用或者允许他人使用的，损失数额可以根据该项商业秘密的合理许可使用费确定。虽然本案为民事诉讼，而前述司法解释为刑事案件关于损失计算的规定，但是该司法解释的对象同样针对窃而未用违法行为，故而本案应参照前述司法解释的规定，参照合理许可费610361.53元来认定被告田某的行为给原告造成的损失。

另外，原告为固定被告的侵权证据，支出公证费5291元。原告委托上海技术交易所有限公司对双氟磺酰亚胺锂（LiFSI）废渣处置工艺的非公知性进行鉴定，支出鉴定费33000元。原告委托律师进行民事诉讼，支出律师费100000元。这些都是原告为维权所支出的合理费用，依法应由被告予以赔偿。

综上所述，被告实施了侵害原告商业秘密的行为，请求法院依法支持原告的诉讼请求。

以上意见，供合议庭参考。

代理人：北京大成（郑州）律师事务所

贺保平律师

年　月　日

裁判文书：一审判决书

河南省郑州市中级人民法院

民事判决书

（2024）豫01知民初1497号

原告：某新材料公司，住所地焦作市中站区焦克路。

法定代表人：李某，该公司总经理。

委托诉讼代理人：贺保平，北京大成（郑州）律师事务所律师。

委托诉讼代理人：徐习岭，男，汉族，系该公司员工。

被告：田某，男，汉族，住河南省焦作市。

委托诉讼代理人：魏星，河南泓洋律师事务所律师。

委托诉讼代理人：李涛，河南泓洋律师事务所律师。

原告某新材料公司诉被告田某侵害商业秘密纠纷一案，本院于2024年9月18日立案后，依法适用普通程序，公开开庭进行了审理。原告某新材料公司的委托诉讼代理人贺保平、徐习岭，被告田某的委托诉讼代理人魏星到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告某新材料公司向本院提出诉讼请求：一、判令被告立即停止侵害原告就“双氟磺酰亚胺锂（LiFSI）废渣处置工艺”“六氟磷酸锂生产经验”“《2023年经济责任制》”所享有的商业秘密，停止侵害的具体方式、内容、范围包括但不限于：1.立即停止披露、使用、允许他人使用涉案商业秘密，前述停止侵害的时间持续至该商业秘密为公众所知悉为止；2.签署保守商业秘密及不侵权承诺书，提交至郑州市中级人民法院，并制作副本提供给原告；

二、判令被告赔偿原告经济损失及合理开支共计90.2万元；三、判令被告承担本案诉讼费用。

事实与理由：一、原告与被告的基本情况及劳动关系存续情形。原告系成立于1999年12月21日的股份有限公司，主要经营范围为化工产品的生产、销售及技术

服务。被告于2015年1月18日进入原告处工作，任职六氟磷酸锂生产主控、班组长岗位，2020年10月调岗至原告人力资源部企管科，担任成本专员一职；2021年12月10日，被告与原告签署《保密协议书》，约定在保密信息公开之前，无论在职或离职，田某均应对某新材料公司的技术信息与经营信息承担保密义务。2023年5月31日，田某办理离职手续，与原告终止劳动关系。被告在离职后，入职于某化学公司。某化学公司的主营项目系化工产品的生产、销售及技术服务，与原告经营项目具有重合性，双方存在市场竞争情形。二、被告侵犯原告商业秘密的行为。被告于2023年5月31日向原告提交离职手续，在此之前，即2023年5月23日，田某在未经许可的情形下，擅自将载有“双氟磺酰亚胺锂（LiFSI）废渣处置工艺”等技术信息以及“经济责任制”、各产品成本构成、公司员工工资表等经营信息外发至其私人移动硬盘中，被告从公司为其配备的工作电脑及公司内部网盘中拷取大量秘密资料，累计拷贝资料超3500份，合计大小超120G；上述资料不仅包括六氟磷酸锂等公司核心产品的制气、结晶和包装等关键技术和信息，还包括公司花费数百万引进的氟氮混合气相关操作规程等资料，以及各产品的生产成本核算、核心人员名单以及工资信息等涉密信息。公司在发现被告上述盗取信息的行为后，立即在咨询律师的情况下对被告的窃取行为进行了证据固定，原告于2023年11月委托郑州市华夏公证处对被告工作电脑内置文件及相关操作记录进行了公证，并出具（2023）豫郑华证内民字第9120号《公证书》，证明被告在离职前存在盗取商业秘密的违规操作。并对部分技术信息进行了密点鉴定和损失评估鉴定，被告在后续沟通中承认了其未经允许拷贝公司涉密信息的行为，并且认识到上述行径的违法属性。三、被告盗取的原告信息属商业秘密。1、秘密1：双氟磺酰亚胺锂（LiFSI）废渣处置工艺的秘密和价值属性。某新材料公司于2020年开始研发“双氟磺酰亚胺锂（LiFSI）废渣处置工艺”，经实验室研究成功后，于2022年将此项技术开发应用于实际生产。2024年3月14日，某新材料公司委托的上海技术交易所出具（2024）上技所知鉴字第410112-1号《知识产权鉴定意见书》，结论为“双氟磺酰亚胺锂（LiFSI）废渣处置工艺”在2024年2月4日前属于“不为公众所知悉的技术信息”。2、秘密2：六氟磷酸锂生产经验的秘密和价值属性。原告自2008年开始进行六氟磷酸锂的自主研发，募集资金12476万元进行研发投入并在2012年实现量产，打破了日本在该领域的技术垄断，大幅度降低使用成本从而助推国产新能源电池和汽车的崛起，并且

每年都有数千万元的研发投入对技术进行迭代升级，保证了原告在该技术领域的国际领先地位，该项技术在2018年获得国家科技进步二等奖，2023年六氟磷酸锂的营业收入逾40亿元，2023年央视《焦点访谈》栏目对某新材料公司攻克该项技术进行专题报道。《六氟磷酸锂生产交流分享》是由某新材料公司分厂为子公司提高技术能力而开发的课件，在子公司云南某公司进行培训，包含了六氟磷酸锂合成、结晶等过程的操作诀窍和关键步骤，并处于电子加密状态，不为外界所知悉，被告在获取之后进行了解密操作，并将解密后的文件擅自拷贝到个人移动硬盘。3、秘密3：《2023年经济责任制》的秘密和价值属性。《经济责任制》是某新材料公司每年制定的年度总纲，包含了原告的经营方针、目标分解、组织机构和工作职责、经济责任制度和附录五大章节，涵盖了公司的生产信息、人员信息、经营信息和技术信息等，不为外界所知悉，属于公司的核心商业秘密，且该商业秘密载体上有“机密文件不得外传”的水印，一旦泄露会给原告带来不可估量的损失。4、其他信息的秘密和价值属性。被告从原告配发电脑中拷贝的3500多份文件中，除了上述3个商业秘密之外，其他诸如《氟气工艺与生产安全-工艺》《氟气压缩机操作规程》《电解槽结构与维修》等是原告花费几百万引进的技术并在引进基础上花费大量人力物力进行改进后的工艺路线，用于电子级氢氟酸等产品的生产，此外，还包括原告所有产品的成本核算以及技术人员工资信息等，均属于不为公众所知悉的商业秘密，并且一旦泄露将会给公司造成严重的经济利益损失。5、原告对上述涉密信息采取了保密措施。原告在2016年就制定实施了商业秘密管理制度，明确保密责任和商业秘密内容（技术秘密、管理秘密和经营秘密），明确员工办理入职时需签订保密协议和竞业限制协议，并在2021年7月6日在OA系统下发《技术保密管理办法》，对技术秘密的定义进一步细化，明确由技术委员会负责技术秘密的保护工作，并根据技术秘密的特征制定具体的保密措施，并在第二十四条明确规定：离休、退休或辞职的员工，在离开公司前必须将在公司从事科技工作的全部技术资料、实验材料、实验设备和产品等交还，不得擅自复制、发表、泄露、使用或转让载有公司技术秘密的技术资料和其他物品；原告针对信息安全制定《信息安全管理制度》，明确了信息安全保护包括了设计图纸和工艺路径等就似乎秘密相关的数据，针对办公电脑、网络安全、服务器安全、数据安全、防病毒安全均规定了具体的保护措施，对于数据管理有明文规定，公司内的电脑使用者不经允许不得将其获得的数据向公司以外的

人员透漏，建立信息安全联络员制度，被告也是作为人力资源的信息安全联络员参加智能信息部组织的信息安全和保密教育培训并向部门内部人员转训；原告于2022年2月28日花费大量经费采购“天瑞绿盾信息安全管理平台”以及加密软件系统，按照不同的岗位部门分配不同的查阅权限，信息安全管理平台的主要功能为数据防泄露和windows终端防泄密，以及桌面管理系统和行为审计系统。四、被告侵犯原告商业秘密的法律依据。《反不正当竞争法》第九条规定：经营者不得实施下列侵犯商业秘密的行为：（一）以盗窃、贿赂、胁迫、电子入侵或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密……，经营者以外的其他自然人、法人和非法人组织实施前款所列违法行为的，视为侵犯商业秘密；本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。由此可知，被告通过非法复制的方式窃取公司的技术和经营信息资料，且这些技术和经营信息资料符合商业秘密的秘密性、价值性和保密性要求，被告违反了《反不正当竞争法》，侵犯了原告的商业秘密，原告有权追究其民事责任。五、赔偿金额计算依据。被告应承担原告损失合计人民币90.2万元，具体计算方式如下：1、被告侵权行为给原告造成的损失，即人民币80万元；2、原告委托郑州市华夏公证处对被告盗取商业秘密行为进行公证的费用，即人民币0.56万元；3、原告委托河南天琳会计师事务所有限公司就其中1个秘点的合理许可使用费进行鉴定的费用，即人民币3万元；4、原告委托上海技术交易所进行知识产权技术鉴定的费用，即人民币3.3万元；5、原告为维权支出的差旅费等其他合理费用，即0.34万元。综上所述，被告作为原告的前员工，本身具有保密义务，又违背公司的保密规定，未经允许非法复制即盗取公司商业秘密，侵犯了原告的合法权益，给原告的生产经营造成了严重的损失。故为维护原告合法权益，请求人民法院判如所请。

被告田某辩称：一、被告没有采用不正当手段获取原告的公共文件。被告出于学习的目的下载的公共文件经过了上级领导的批准，且被告未使用案涉文件资料，也未向第三人披露或允许使用，不属于侵犯商业秘密的情形，请求法院依法驳回原告诉请。（一）经公安机关调查认定被告没有实施盗窃商业秘密的行为。2024年7月5日，被告经焦作市公安局中站分局传唤就2024.06.20焦作市中站区某新材料公司被侵犯商业秘密案，接受公安机关调查【焦公中（许衡）询通字（2024）30号】。经过公安机关询问调查，未认定被告具有盗窃等侵犯原告商业秘密的行为，对原告

也做出了不予立案的决定。（二）被告是从原告的公司公共网盘按正常流程正常权限经过上级领导审批解密后进行下载学习的，被告没有实施侵犯行为。被告在职期间，原告公司设置的有部门公共网盘和公司公共网盘，以供公司员工交流学习，公共网盘内的资料主要是课件PPT，且对全体员工可见，也均有权限下载。公共网盘中的资料仅涉及通用知识不涉及核心技术秘密，且该公共网盘中不仅有被告所在人力资源部上传的课件，也包含其他部门上传的课件，有可直接下载的课件，也有加密需领导批准解密的课件。2023年5月23日，被告出于继续学习目的，登录了公司公共网盘，在未筛选的情况下，勾选了公共网盘中的大量课件，其中包含了部分加密的公共课件。被告下载后，对加密的课件在公司解密软件中右键申请解密，文件自动走流程至人力资源部部门科长王某处，经王某预览文件，点击审批同意后，文件自动完成解密，被告方正常下载。故此，被告在职期间从未采用不正当手段获取前述文件。（三）被告从未披露、使用或允许他人使用，且已经对下载文件的原始载体进行了删除、销毁。2024年7月4日，被告经培训意识到下载的学习资料可能存在侵权风险后，随即对存储文件的移动硬盘进行了删除。同日被告当晚将存储文件的移动硬盘砸碎并销毁。2024年7月5日焦作市中站公安分局通知被告接受调查，被告向公安机关报告了已经销毁移动硬盘的情况后，公安机关调取当晚销毁地点的监控录像，确认了被告已经销毁了移动硬盘的事实，中站公安局也派员前往被告销毁硬盘的地点，提取了硬盘碎片进行了检查。2024年7月5日、7月6日公安机关检查了被告所有的电子产品，包括手机、电脑、笔记本电脑等，对微信、网盘、邮箱、QQ等进行了检查，认定被告没有使用或传播行为，并对原告做出不予立案的决定。因此，被告既不具备使用下载课件资料的专业知识，也没有允许他人使用，经公安机关检查确认存储硬盘已经销毁，不构成法律规定的侵犯商业秘密的情形。二、被告没有侵犯原告商业秘密行为，未对原告造成损失，原告诉请赔偿无事实和法律依据。被告在职期间通过合法途径下载的学习课件已经销毁，在离职后没有披露、使用或允许他人使用，也没有因此获取任何利益，未对原告造成损失。根据《中华人民共和国反不正当竞争法》第九条之规定，被告不存在侵犯原告商业秘密的行为，也没有对原告造成损害，原告诉请被告赔偿损失没有事实和法律依据。综上所述，被告不构成侵犯原告商业秘密的情形，没有对原告造成损失，请求人民法院依法驳回原告全部诉请。

当事人围绕诉讼请求依法提交了证据，根据可确认真实性、合法性的证据，本院认定如下与本案关联性的事实：

原告某新材料公司于1999年12月21日成立，经营范围包括危险化学品生产；危险化学品经营；电子专用材料制造；电子专用材料销售；专用化学产品制造（不含危险化学品）；专用化学产品销售（不含危险化学品）；基础化学原料制造（不含危险化学品等许可类化学品的制造）；合成材料制造（不含危险化学品）；合成材料销售；电池制造；电池销售；技术进出口；货物进出口；技术服务、技术开发、技术咨询、技术交流、技术转让、技术推广；有色金属合金制造等。

被告田某于2015年进入原告某新材料公司工作。2020年10月田某调岗至人力资源部企管科成本专员岗位，岗位职责包括熟悉成本核算方法，独立完成月度成本核算工作，并审核子公司成本核算，上报各种统计报表，发布统计信息，协助单位机构和岗位设置、岗位分类、岗位职层等工作，及时调整和完善目标成本，协助制订劳动定额管理办法。2021年12月10日，原、被告签订《劳动合同书》，该合同第六条为保密条款，约定乙方（被告）须保守甲方（原告）以及甲方客户的技术和商业秘密。同日，双方签订《保密协议书》，约定了被告田某承担保密义务，对保密内容、保密范围等相关内容进行了详细约定。2023年5月31日，田某从某新材料公司辞职并办理离职手续。

田某在某新材料公司工作期间，2021年7月6日，某新材料公司通过OA系统向全部员工发布《技术秘密管理办法》，该办法第二十四条规定，离休、退休或辞职的员工，在离开公司前必须将在公司从事科技工作的全部技术资料、实验材料、实验设备和产品等交还，不得擅自复制、发表、泄露、使用或转让载有公司技术秘密的技术资料和其他物品。某新材料公司的《信息安全管理制度》规定与公司有关的数据必须按规定存储在规定的文件夹内，不得擅自存储在其它位置，不得未经允许将外来文件复制到本机及服务器上，或将本机数据复制到其它媒体上。某新材料公司制定了《加密系统管理规定》《智能信息化监控管理规定》《网络安全管理办法》等文件。2022年3月16日，田某作为讲师为某新材料公司员工进行《防泄密安全软件》转训，转训内容包括申请解密及外发文件流程讲解。2023年5月22日，田某完成某新材料公司组织的《信息安全意识培训》。

2023年3月22日15:52:12，被告田某通过某新材料公司内部信息网络管理系

统，申请解密《六氟磷酸锂生产交流分享 PPT》电子文档，该解密申请被田某上级主管领导同意并对《六氟磷酸锂生产交流分享 PPT》电子文档予以解密操作。2023 年 5 月 23 日 10:27:33，被告田某从某新材料公司为其配置的工作电脑网络邻居个人网盘上复制《六氟磷酸锂生产交流分享 PPT》并外发至其私人移动硬盘。2023 年 3 月 20 日 13:46:55，被告田某申请解密《2023 年经济责任制 2023.3.20－副本.docx》电子文档，2023 年 5 月 8 日 9:40:52，被告田某将《2023 年经济责任制 2023.3.20－副本.docx》进行重命名为《2023 年经济责任制 2023.5.8》，2023 年 5 月 23 日 10:57:50，被告田某从某新材料公司为其配置的工作电脑上复制《2023 年经济责任制 2023.5.8.pdf》并外发至其私人移动硬盘。2023 年 5 月 23 日 10:25:59，被告田某从某新材料公司为其配置的工作电脑本地磁盘 D 盘上复制《FSI 废料处置工艺流程》并外发至其私人移动硬盘。后田某的相关行为被某新材料公司发现，2024 年 7 月 10 日田某向某新材料公司书写检讨书一份，称其在准备离职前，由于个人保密意识淡薄，将公司电脑中自认为无密的文件拷贝到了自己的移动硬盘中，以便于后续个人能力的提升和学习，对自己的行为作出深刻检讨，请求公司谅解。

《FSI 废料处置工艺流程》电子文档记载的内容包括废料处置背景、废料处置工艺原理、工艺流程、职业防护、异常情况处理几部分内容，原告某新材料公司主张其中的双氟磺酰亚胺锂（LiFSI）废渣处置工艺为其技术秘密。2024 年 3 月 14 日，上海技术交易所有限公司接受某新材料公司委托，出具（2024）上技所知鉴字第 41012-1 号《知识产权鉴定意见书》，该意见书的鉴定意见为某新材料公司主张的技术秘密点“双氟磺酰亚胺锂（LiFSI）废渣处置工艺”在 2024 年 2 月 4 日前属于“不为公众所知悉的技术信息”。河南天琳会计师事务所有限责任公司接受某新材料公司委托，于 2024 年 6 月做出《某新材料公司商业秘密侵权所涉及合理许可费损失专项审计报告》，该报告的审计结论为：“经过采用成本法计算得出双氟磺酰亚胺锂副产废渣再利用技术合理许可使用费为 610,361.53 元。”

《六氟磷酸锂生产交流分享 PPT》电子文档记载的内容包括“提高准确性：五氟化磷气体制备”相关信息、“提高准确性：提高气体计量的准确性”相关信息、“提高准确性：提高氟化锂的准确性”相关信息、“减少混合气体含量变化造成的影响”相关信息、“六氟磷酸锂结晶停产方案”相关信息、“六氟磷酸锂结晶复产方案”相关信息、“404 车间粉料回收现状”相关信息、“阀门内漏原因分析及措施”相关

信息、“阀门外漏原因分析及措施”相关信息、“阀门密封性问题原因分析及措施”相关信息、“压力问题原因分析及措施”相关信息，以及其它与六氟磷酸锂生产实践经验相关的技术信息。2014 年 12 月 29 日，原告的《高纯晶体六氟磷酸锂关键技术开发及产业化》项目获得河南省科学技术进步奖二等奖。2017 年 12 月 6 日，原告的《锂离子电池核心材料高纯晶体六氟磷酸锂关键技术开发及产业化》项目获得国家科学技术进步奖二等奖。

《某新材料公司 2023 年经济责任制》电子文档记载的内容包括某新材料公司 2023 年全年各个产品的预算售价、产能、产量、销售收入、单位成本、销售成本和毛利、毛利率、营业利润等，各个产品的产能、产量和销售目标分解，各个产品的成本目标及成本分解，公司各个产业化项目和研发项目的概述和项目总投入及分管领导负责人，各个职能部门和子公司的管理目标分解以及对重点生产线改造、优化方向等工作，各个分厂的降低成本环节和目标，各部门和分子公司的工作职责梳理以及公司的薪酬绩效和福利、降本增效激励细节等经营信息内容。

原告委托河南天琳会计师事务所有限责任公司对双氟磺酰亚胺锂副产废渣再利用技术进行审计评估，该评估报告载明该技术的重置成本为 813815.37 元，合理许可费为 610361.53 元，某新材料公司为此支出审计费 30000 元。原告支出公证费 5291 元，原告委托上海技术交易所有限公司对双氟磺酰亚胺锂（LiFSI）废渣处置工艺的非公知性进行鉴定，支出鉴定费 33000 元，原告支出律师费 30000 元。

另查明，2024 年 6 月，某新材料公司向焦作市公安局中站分局控告田某侵害商业秘密犯罪，焦作市公安局中站分局受理某新材料公司刑事控告后未予刑事立案。上述事实有劳动合同、保密协议、岗位说明、离职工作交接表、检讨书、保密制度规定、涉案商业秘密文档、鉴定报告、相关费用凭证、公安机关询问通知书等经庭审质证的证据及当事人陈述在卷为证。

本院认为，某新材料公司所主张的技术秘密的载体为《六氟磷酸锂生产交流分享 PPT》电子文档、《FSI 废料处置工艺流程》电子文档。具体的密点为双氟磺酰亚胺锂（LiFSI）废渣处置工艺以及六氟磷酸锂停产、复产等技术信息。某新材料公司所主张的经营秘密的载体为《某新材料公司 2023 年经济责任制》电子文档，具体的密点包括成本目标信息、薪酬目标信息、激励目标信息等经营信息。本案的焦点问题在于原告主张的技术秘密与商业秘密是否构成反不正当竞争法规定的商业秘密，

被告是否实施了侵害原告商业秘密的行为如何承担法律责任。

（一）本案的法律适用问题。

本案被诉侵权事实发生在2023年5月，时间效力上适用2019年修正的《反不正当竞争法》。田某在正式离职前实施了涉案行为，田某违反约定以及公司规定未经某新材料公司同意外发技术信息与经营信息的行为，违背了诚实信用原则和公认的商业道德，致使某新材料公司的竞争优势受到威胁，故田某的行为属于反不正当竞争法的评价和调整范畴，田某符合反不正当竞争法第九条关于“经营者以外的其他自然人实施本条第一款所列行为”的主体要件。《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》自2020年9月12日起施行，本案应适用该司法解释。

（二）某新材料公司请求保护的技术信息与经营信息是否构成商业秘密。

某新材料公司提交了上海技术交易所有限公司出具的（2024）上技所知鉴字第41012-1号司法鉴定意见书，鉴定意见为“双氟磺酰亚胺锂（LiFSI）废渣处置工艺”在2024年2月4日前属于“不为公众所知悉的技术信息”。《六氟磷酸锂生产交流分享PPT》电子文档记载的技术信息来源自某新材料公司生产实践中遇到的问题，是为解决生产实践中遇到的问题而采取的技术方案等信息的经验总结，包括六氟磷酸锂停产、复产、提高氟化锂的准确性等信息，从信息来源分析，来源于特定的生产实践，不能通过公开的渠道获得。《某新材料公司2023年经济责任制》记载的产品毛利、毛利率、营业利润、产品的产能、产量和销售目标分解、人员薪酬激励等经营信息，该信息均与某新材料公司自身的生产经营与企业自身密切相关，属于企业特有的经营信息，无法通过公开的渠道获得。田某违反保密协议的约定及某新材料公司的相关规定，采取外发文件的方式获取涉案技术信息与经营信息，而非从所属领域人员普遍知悉的信息或渠道获取，反证了涉案技术信息与经营信息不经过一定努力和代价而不能获取。某新材料公司已经完成了对于不为公众所知悉这一构成要件的初步的举证责任，而田某未能证明某新材料公司主张的涉案技术信息与经营信息在该行业领域内为相关人员普遍知悉且能够容易获得。因此，某新材料公司主张的涉案技术信息与经营信息应当认定为“不为公众知悉”。

关于某新材料公司主张的涉案技术信息与经营信息是否符合“商业价值”这一构成要件。某新材料公司主张的涉案技术信息来源于自身的生产实践，对某新材料

公司的生产经营具有较强的指导作用，该技术信息对于相关行业的从业者具有实用性，能够降低工作成本、缩短工作时间，从而增强竞争优势，对于相关市场竞争者具有潜在的商业价值。某新材料公司主张的经营信息是根据往年的经济数据结合当前的市场情况以及公司内部经营管理情况制定，可以有效的指导公司的经营管理，单位产品的成本、销售成本和毛利、毛利率、营业利润等信息对于某新材料公司以及其它同行业经营者来讲都具有较高的指导作用与实用性，可以为包括某新材料公司在内的掌握该信息的市场主体带来竞争优势。因此，应当认定某新材料公司主张的涉案技术信息与经营信息具有“商业价值性”。

根据本院查明的事实，某新材料公司通过与员工签订《保密协议》，对员工进行保密培训，制定《技术秘密管理办法》《信息安全管理制度》《加密系统管理规定》《智能信息化监控管理规定》《网络安全管理办法》等多个管理制度对公司的商业秘密进行保护，采购安装加密软件以及“天瑞绿盾信息安全管理平台”，防止公司电子数据泄露。本案中，田某外发案涉秘密信息后不久即被某新材料公司发现并采取维权措施，也反映了某新材料公司保密
措施的有效性。因此，应当认定某新材料公司对主张的涉案技术信息与经营信息采取了合理的保密措施。

（三）关于田某将涉案技术信息与经营信息发送至个人移动硬盘的行为是否构成侵权及民事责任如何承担。

《中华人民共和国反不正当竞争法》第九条第一款第一项规定，经营者不得以盗窃手段获取权利人的商业秘密。第二款规定，经营者以外的其他自然人组织实施侵犯商业秘密行为的，视为侵犯商业秘密。根据上述规定，如果行为人未经商业秘密权利人许可，以复印、照相、发送文件等方式窃取权利人的技术秘密，使得该技术秘密脱离权利人的原始控制，则行为人构成以盗窃手段获取他人商业秘密。

本案中，田某明确知某新材料公司严格的保密管理规范，及其对于某新材料公司尚未公开的涉案技术信息和经营信息应当履行的保密义务。田某作为某新材料公司聘用的工作人员，应当遵守劳动合同中约定的保密义务和公司的保密管理规定。同时，妥善管理、使用某新材料公司的技术信息与经营信息，禁止将某新材料公司的技术成果与经营信息转移至某新材料公司控制范围之外，也是田某应有的职业道德。但田某未经某新材料公司许可，将含有涉案技术秘密与经营秘密的信息转移至

非某新材料公司所有和控制的移动硬盘，使得涉案技术秘密与经营秘密面临被披露和使用的风险，尤其是田某从某新材料公司离职后就职于某新材料公司的竞争对手，更是加剧了这些信息被披露和使用的风险。虽然田某解释其外发这些信息的目的是自我学习使用，但是田某在离职前几天时间内密集地外发超3000个包含某新材料公司大量技术信息与经营信息的电子文档，并且大量外发的文档与田某的工作岗位毫无干涉，其自我学习使用的抗辩不具有合理性，本院不予采信。田某抗辩其申请解密某新材料公司的领导予以解密，因此外发行为不构成侵权，但是，解密仅是使得田某可以打开被保密的电子文档从而获悉其内容，并不能得出某新材料公司同意其将解密后的保密信息进行外发的结论，对于田某此项抗辩理由，本院不予采信。因此，田某的行为构成反不正当竞争法第九条禁止的“不得以盗窃手段获取权利人的商业秘密”的侵犯商业秘密行为，应当承担相应的民事责任。某新材料公司关于田某侵害其商业秘密的主张于法有据，予以采纳。

田某实施以盗窃获取某新材料公司商业秘密的行为已经终止，某新材料公司主张停止侵害的诉求已不具备适用条件，但是田某应承担不使用、传播、披露某新材料公司商业秘密的责任，该责任应当持续到该商业秘密已为公众所知悉时止。关于赔偿数额，本案某新材料公司未能提供证据证明其因被侵权所受到的实际损失及田某因侵权有所获利。鉴于某新材料公司未能举证证明田某披露、使用、传播含有涉案商业秘密的信息，本院在综合考虑某新材料公司涉案技术秘密与经营秘密的性质、研究开发成本、创新程度和能够带来的竞争优势，以及田某的主观过错、侵权行为的性质、情节，某新材料公司为维权进行了审计评估、非公知性鉴定、公证证据保全、聘请专业律师等因素，酌定田某赔偿某新材料公司包括制止侵权行为所支付的合理开支在内的损失7万元。

综上，本院依照《中华人民共和国反不正当竞争法》（2019年修正）第九条、第十七条第四款、第三十二条第二款，《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第一条、第十条第一款、第二十条第二款，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十七条之规定，判决如下：

一、禁止田某披露、使用或者允许他人使用某新材料公司就“双氟磺酰亚胺锂（LiFSI）废渣处置工艺”“六氟磷酸锂生产经验”“《2023年经济责任制》”所享有的商业秘密，直至该商业秘密为公众知悉时为止；

二、田某于本判决生效之日起十日内赔偿某新材料公司经济损失及制止侵权行为所支付的合理开支共计7万元；

三、驳回某新材料公司的其他诉讼请求。

如果田某未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十四条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费12820元，由原告某新材料公司负担9830元，被告田某负担3000元。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按照对方当事人人数提出副本，上诉于最高人民法院。

审 判 长　王富强

审 判 员　薛春锋

审 判 员　张永杰

二〇二四年十二月二十日

书 记 员　孙亚笛

辽宁某种业公司与凌海某种业公司、青岛某农业公司侵害植物新品种权纠纷案

——河南劳学律师事务所　马志伟

案例简介：

辽宁某种业公司系“XX405号”玉米植物新品种的品种权人。凌海某种业公司未经授权，在“XX405号”品种获得授权后即以“X光4号”名称套牌侵害“XX405号”品种权，并于2015年被法院判决认定构成侵权；此后，又于2019年、2020年分别以“X玉118”“X玉13”“XX606号”名称继续实施套牌生产、销售“XX405号”品种的侵权行为。凌海某种业公司不仅存在以非法获取的原种进行生产的行为，还在与辽宁某种业公司签订协议后，不履行协议，继续以多个名称套牌侵权，并且在法院已经认定构成侵权后重复侵权。青岛某农业公司是被诉侵权种子的销售商。辽宁某种业公司请求判令凌海某种业公司、青岛某农业公司停止侵权，共同赔偿经济损失和合理开支共计300万元（以150万元为赔偿基数，以1倍计算惩罚性赔偿）。一审法院认为本案无法确定惩罚性赔偿的计算基数，适用法定赔偿判决凌海公司停止侵权并赔偿经济损失及合理开支共100万元。

最高院二审认为，凌海某种业公司的侵权行为时间长、地域广、规模大，且多次实施套牌侵权、重复侵权，侵权行为屡禁不止，侵权故意明显，侵权情节恶劣，应当承担惩罚性赔偿责任，依法改判，全额支持了辽宁某种业公司的诉讼请求。

参评理由：

本案二审中，最高院明确了惩罚性赔偿基数可以基于在案证据裁量确定，而不能简单以难以精确计算即适用法定赔偿。本案裁判体现了人民法院全面落实惩罚性赔偿制度的努力，依法降低了权利人的维权难度，有效发挥出惩罚性赔偿的威慑力，切实让侵权人付出沉重代价。

本案例也入选最高人民法院知识产权法庭成立五周年100件典型案例和最高人民法院第四批人民法院种业知识产权司法保护典型案例。

法律文书：二审代理词

代理词

尊敬的审判长、审判员：

上诉人辽宁某种业公司与被上诉人凌海某种业公司、青岛某农业公司侵害植物新品种权纠纷一案，上诉人辽宁某种业公司代理人马志伟参与了二审庭审，现结合庭审询问情况，发表以下代理意见，望予以参考。

一、上诉人在一审中明确要求被上诉人凌海某种业公司承担惩罚性赔偿责任

上诉人在一审中明确了凌海某种业公司承担惩罚性赔偿责任的计算基数及倍数，即根据被告凌海某种业公司《关于通报2018年XX405号玉米杂交种繁育情况函》、丹东市公安局食品药品犯罪侦查支队《询问笔录》中私自繁育XX405玉米种子的情况；胶州市综合行政执法局、瓦房店市农业综合执法大队、莒县综合行政执法局执法查处涉案侵权种子的情况；在潍坊市公证购买涉案侵权种子的情况；被告凌海某种业公司2017年至2021年种业大数据平台“X玉118”备案信息；以及原告XX405玉米杂交种子2019年销售毛利8.28元/公斤、原告因维权支付的开支等情况综合考虑侵权的性质、期间、后果，酌定被告凌海某种业公司的赔偿基数为150万元，赔偿倍数为1倍，即赔偿金额为300万元。上诉人也可以提供以下两种算法供法院参考：第一种算法，根据证据显示被告凌海公司繁育XX405号品种1405亩，按照每亩最低1000元的成本费用,那么被上诉人凌海公司的侵权获利也将不低于140多万元。第二种算法，如果按照每亩亩产大概450公斤计算，同时参考上诉人所提交的2019年XX405号的审计报告中每公斤的毛利润为8.28元，那么繁育1405亩的利润也将达到523万元。综合以上意见，上诉人主张300万元的赔偿并无不当。

二、被上诉人凌海某种业公司存在故意侵权且情节严重，依法应当承担惩罚性赔偿责任

首先，凌海某种业公司存在侵权故意；2013年被告凌海某种业公司就因未经品种权人许可私自繁育XX405玉米种子被法院裁判承担责任，2018年、2019年被告凌海某种业公司再次实施了繁育并套包销售XX405玉米种子的侵权行为。

其次，凌海某种业公司侵权情节严重；具体事实如下：

1.2022.5.13在青岛某农业公司（山东省青岛市胶州市）查获：农光®X玉118---1047袋，每袋净含量3800粒（相应检验报告中显示抽样基数为2000kg）包装袋上显示生产商为辽宁凌海某种业公司；东萌®X玉6---392袋，每袋净含量3800粒，

包装袋上显示生产商辽宁东盟种业科技有限公司。上述两种产品经与XX405号进行真实性检测，差异位点数0。（中农检测-D2005009、D2005010）

2.2022.3.21在瓦房店市元台镇农业生产资料经销处（辽宁省大连市瓦房店市）查获：农光®X玉13，每袋净含量2.5kg，抽样基数100斤，包装袋上显示生产商为辽宁省凌海某种业公司。农光®X玉118，抽样基数200斤，包装袋上显示生产商为辽宁省凌海某种业公司。上述两种产品经与XX405号进行真实性检测，差异位点数0。（中农检测-D2004074、D2004075）

3.2022.4.1在莒县丰原种子经营部（山东省日照市莒县）查获：农光®X玉118一批，包装袋上显示生产商为辽宁省凌海某种业公司，经与X玉118品种农业农村部征集标准样品进行真实性检测，差异位点数30.（北京玉米检测中心-BJYJ202000700404）

4.2020.5.18辽宁某种业公司通过公证方式从春田种子站 春天种业的店铺（山东省潍坊市安丘县）购买了标注有“辽宁凌海某种业公司 农光 X玉118”字样的玉米种子3袋，每袋单价50元，每袋净含量3800粒。该产品经与XX405号进行真实性检测，差异位点数0。

5.2020.5.19辽宁某种业公司通过公证方式从王俊种子站农资超市（山东省潍坊市昌乐县）购买了标注有“辽宁凌海某种业公司 农光 XX606”字样的玉米种子3袋，每袋单价60元，每袋净含量3800粒。该产品经与XX405号进行真实性检测，差异位点数0。

上述事实足以证明被上诉人凌海某种业公司存在侵权故意且情节严重，根据《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》第三条及《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》第四条第二款第一、二项的规定，被上诉人凌海某种业公司应当承担惩罚性赔偿责任。

三、被上诉人青岛某农业公司的赔偿金额过低，应当予以提高

首先，2020年5月，胶州市综合行政执法局对被上诉人青岛某农业公司销售的“X玉118”、“X玉6”玉米产品进行查处，并委托检测机构进行品种真实性检测，经检测，“X玉118”、“X玉6”与对照样品XX405号的差异位点数均为0，为极近似或相同品种。且本案庭审中为查明事实情况，又委托北京玉米种子检测中心对被上诉人凌海某种业公司生产销售、被上诉人青岛某农业公司销售的“X玉118”与农

业农村部征集审定品种标准样品 XX405 号作品种真实性检测，经检测，两者差异位点数 0，结论为极近似或相同。被上诉人青岛某农业公司销售的两个玉米产品均侵权上诉人的 XX405 号品种权，侵权情节严重。其次，胶州市综合行政执法局从被上诉人青岛某农业公司查获“X 玉 118”1047 袋、“X 玉 6”392 袋，每袋净含量均为 3800 粒，数量较大。再次，被上诉人青岛某农业公司提供的证据不足以证明涉案侵权产品的合法来源；其以商业为目的销售“X 玉 118”、“X 玉 6”种子亦未按照《中华人民共和国种子法》第三十八条第一款的规定向相关部门进行备案，其销售行为不符合相关生产经营许可制度。原审法院根据被上诉人青岛某农业公司侵权的性质、期间、后果并结合执法机构机关查处的数量，酌定其赔偿经济损失及合理开支 5 万元，明显偏低，应当依法予以提高赔偿金额。

综上，请求贵院依法改判支持上诉人的诉讼请求或发回重审，以维护权利人的合法权益。

代理人：马志伟

年　月　日

裁判文书：二审判决书

中华人民共和国最高人民法院

民事判决书

（2022）最高法知民终 2907 号

上诉人（一审原告）：辽宁某种业公司。住所地：辽宁省丹东市。

法定代表人：吕某，该公司董事长。

委托诉讼代理人：马志伟，河南劳学律师事务所律师。

委托诉讼代理人：王玉珍，河南劳学律师事务所律师。

被上诉人（一审被告）：凌海某种业公司。住所地：辽宁省凌海市。

法定代表人：徐某，该公司总经理。

委托诉讼代理人：周某，男，该公司员工。

被上诉人（一审被告）：青岛某农业公司。住所地：山东省青岛市。

法定代表人：李某，该公司执行董事兼总经理。

委托诉讼代理人：云梅，山东众成清泰（青岛）律师事务所律师。

委托诉讼代理人：刘丽然，山东众成清泰（青岛）律师事务所律师。

上诉人辽宁某种业公司因与被上诉人凌海某种业公司、青岛某农业公司侵害植物新品种权纠纷一案，不服山东省青岛市中级人民法院于2022年7月26日作出的（2021）鲁02知民初233号民事判决，向本院提起上诉。本院于2022年12月28日立案后，依法组成合议庭，并于2023年4月26日公开开庭进行了审理。辽宁某种业公司的委托诉讼代理人马志伟，青岛某农业公司的委托诉讼代理人刘丽然到庭参加诉讼。凌海某种业公司经本院依法传唤无正当理由未到庭参加诉讼，本院依法缺席审理。本案现已审理终结。

辽宁某种业公司上诉请求：1.撤销一审判决，改判支持辽宁某种业公司的全部诉讼请求；2.判令本案一、二审案件受理费由凌海某种业公司、青岛某农业公司负担。事实和理由：（一）凌海某种业公司故意侵权且情节严重，依法应当承担惩罚性赔偿责任。凌海某种业公司在与辽宁某种业公司合作期间实施被诉侵权行为，其存在侵权的故意。凌海某种业公司2015年就因侵害“XX405号”玉米品种权被法院判决立即停止侵权并赔偿经济损失50万元，其又在2018年、2019年、2020年实施繁育、生产、套包销售“XX405号”玉米品种的侵权行为。凌海某种业公司不仅使用“X玉118”“X玉13”名称套包销售“XX405号”，还使用辽宁某种业公司享有品种权的“XX606号”名称套包销售“XX405号”，凌海某种业公司明显以侵害知识产权为业，侵权情节严重。（二）胶州市综合行政执法局从青岛某农业公司查获的“X玉118”种子为1047袋、“X玉6”种子为392袋，每袋净含量均为3800粒，数量较大。青岛某农业公司提供的证据不足以证明被诉侵权种子有合法来源。青岛某农业公司为商业目的销售“X玉118”“X玉6”种子，未按照《中华人民共和国种子法》（以下简称种子法）第三十八条第一款的规定向相关部门进行备案，其销售行为不符合相关生产经营许可制度。一审判决确定的青岛某农业公司的赔偿金额过低。

凌海某种业公司未作答辩。

青岛某农业公司辩称：青岛某农业公司无侵权故意，且侵权时间短，数额小，一审判决认定事实清楚，适用法律正确，请求驳回上诉，维持原判。

辽宁某种业公司于2021年7月1日向一审法院提出诉讼请求：1.判令凌海某种业公司、青岛某农业公司立即停止侵权行为，并对被诉侵权种子作消灭活性处理；2.判令凌海某种业公司、青岛某农业公司赔偿辽宁某种业公司经济损失和合理开支共

计300万元，凌海某种业公司对上述损失承担惩罚性赔偿责任；3.判令由凌海某种业公司、青岛某农业公司负担本案诉讼费。辽宁某种业公司明确，凌海某种业公司承担惩罚性赔偿责任的基数为150万元，赔偿倍数为1倍。事实和理由：辽宁某种业公司系“XX405号”玉米品种的植物新品种权利人，品种权号为CNA2007XXXX。2019年8月，甘肃省张掖市农业农村局对甘肃省张掖市甘州区涉嫌无证生产、繁育“XX405号”植物新品种权种子的行为进行查处，发现徐兵存在无证制种行为，并因此作出张农（种子）罚（2020）57号行政处罚决定。查处情况与凌海某种业公司于2018年7月18日向辽宁某种业公司出具的《关于通报2018年“XX405号”玉米杂交种繁育情况函》记载“凌海某种业公司委托徐兵在甘肃省张掖市甘州区进行制种”相互印证。然而，辽宁某种业公司与凌海某种业公司签订的协议仅允许凌海某种业公司销售“XX405号”玉米种子，自2017年6月13日签订协议到2019年7月22日解除协议期间，凌海某种业公司从未向辽宁某种业公司购买过“XX405号”玉米种子及其亲本种子，也未向辽宁某种业公司支付过任何款项，未履行协议约定。辽宁某种业公司从未许可凌海某种业公司和徐兵生产、繁育“XX405号”玉米种子，更不允许凌海某种业公司以其他品种名称包装销售“XX405号”玉米种子。凌海某种业公司、青岛某农业公司未经许可大量繁育、生产、销售“XX405号”玉米种子的行为严重侵犯了辽宁某种业公司的植物新品种权。凌海某种业公司未经辽宁某种业公司授权或者许可，通过非法渠道获得“XX405号”玉米品种的亲本，并且为商业目的繁育、生产、销售辽宁某种业公司拥有品种权的“XX405号”玉米种子，且销售横跨多省市、时间周期长、涉案数额大，生产“XX405号”玉米种子后以其他品种名称来进行包装销售，属于故意侵权且情节严重。其中有：1.2020年5月，经辽宁某种业公司举报，执法机关当场查获1047包“X玉118”玉米种子、392袋“X玉6”玉米种子。经执法机关现场取样送检，DNA检测对比结果显示差异位点数为0，判定为极近似或相同品种。所查获的“X玉118”玉米种子包装袋显示该批种子由凌海某种业公司培育生产；2.2020年3月，辽宁省瓦房店市农业综合行政执法大队查处辽宁省瓦房店市元台镇农业生产资料经销处销售的100斤包装为“X玉13”的玉米种子、200斤“X玉118”的玉米种子，经执法机关现场取样送检，检查结果显示该批种子实为“XX405号”的玉米种子。包装袋均显示生产商为凌海某种业公司；3.2020年5月，辽宁某种业公司在山东省潍坊市对在“王俊种子站农资超市”购买的包装袋显示为“XX606号”，

生产商为凌海某种业公司的玉米种子进行证据保全，后将公证封存的样品送检测机构检验，结果显示该批包装为“XX606号”的玉米种子实为“XX405号”玉米种子。4.2020年5月，辽宁某种业公司对在“潍坊市安丘市官庄镇春田种子站春田种业”购买的包装袋显示为“X玉118”，生产商为凌海某种业公司的玉米种子进行证据保全，后将公证封存的样品送检测机构检验，结果显示该批包装为“X玉118”的玉米种子实为“XX405号”玉米种子。5.2020年，辽宁省丹东市公安局食品药品犯罪侦查支队查获凌海某种业公司仓库大量玉米种子，抽样送检的三份检测报告均显示该批种子为“XX405号”玉米种子。6.2020年4月，山东省日照市莒县行政综合执法大队对包装为“X玉118”，生产商为凌海某种业公司的玉米种子进行了查处，该玉米种子实为“XX405号”品种。凌海某种业公司存在侵权的主观恶意，且在已被法院判决承担对“XX405号”植物新品种权侵权责任后再次侵害“XX405号”的品种权，情节极其严重。凌海某种业公司、青岛某农业公司的行为严重侵害了辽宁某种业公司的合法权益，应当承担惩罚性赔偿责任。

凌海某种业公司一审辩称：（一）辽宁某种业公司主张的事实不属实。1.虽然于2020年5月被查获的“X玉118”玉米种子包装袋与凌海某种业公司的袋子款式相似或相近，但该包装袋中的玉米种子并非凌海某种业公司生产经营，也非凌海某种业公司授权青岛某农业公司生产经营，凌海某种业公司与青岛某农业公司无任何业务往来，凌海某种业公司将对青岛某农业公司保留提起诉讼的权利。凌海某种业公司合法拥有“X玉118”的代理权；2.辽宁某种业公司所谓从未许可凌海某种业公司对“XX405号”玉米种子进行生产、繁育，更不允许以其他品种名称包装销售“XX405号”的情况不存在。凌海某种业公司于2018年7月18日向辽宁某种业公司出具《关于通报2018年“XX405号”玉米杂交种繁育情况函》，就是依据双方签订的协议如实向辽宁某种业公司通报“XX405号”玉米品种的繁育地点、面积等（按照2018年凌海某种业公司与徐兵的口头计划报告）。这是双方依据合作协议达成的共识，辽宁某种业公司在2018年表示同意，未提出异议，后由于基地流失，徐兵的年初计划没能实现。2018年徐兵没有繁育“XX405号”玉米种子，公司也未与徐兵进行“XX405号”玉米种子的交易。双方合作协议在许可方式中约定，“协议达成后双方各自对品种进行包装销售，各自经营自主品牌”。此条款证明辽宁某种业公司允许凌海某种业公司用自主品牌袋子装“XX405号”玉米种子。（二）被诉侵权行为实

际并不存在。1.本案违法行为和损害事实是由青岛某农业公司单方造成的，与凌海某种业公司无法律意义上的因果关系，因而不足以认定凌海某种业公司构成侵权；2.凌海某种业公司对上述仅采用DNA进行鉴定的方式存有异议。辽宁某种业公司诉称，2020年3月辽宁省瓦房店市元台镇农业生产资料经销处销售的200斤“X玉118”玉米种子、“X玉13”玉米种子，以及2020年4月，山东省日照市莒县销售的“X玉118”玉米种子，送检结果显示为“XX405号”玉米种子。以上事项是凌海某种业公司在行政机关查处已过复议和诉讼期后才得知，以上事项因故不了了之。2020年5月山东省潍坊市“王俊种子站农资超市”销售的“XX606号”玉米种子以及山东省潍坊市安丘市官庄镇春田种子站春田种业销售的“X玉118”玉米种子，鉴定结果判定为极近似或相同品种，鉴定结果并没有肯定是相同品种。凌海某种业公司拥有“X玉118”玉米品种的代理权，有合理支配“X玉118”玉米种子的权利。凌海某种业公司所销售的玉米种子均为“X玉118”品种。

青岛某农业公司一审辩称：辽宁某种业公司的诉讼请求无事实与法律依据，应当予以驳回。（一）青岛某农业公司并不知晓被诉侵权种子侵权，而且对其所购的被诉侵权种子已尽到合理审查义务，不知道也不应当知道被诉侵权种子是未经品种权人许可而售出的。被诉侵权种子“X玉118”“X玉6”均系2019年2月20日从种子经销商张超处采购。1.“X玉118”玉米种子包装背面二维码扫描结果显示种子名称为“X玉118”，生产企业为凌海某种业公司，其为合法存续主体。《农作物种子生产经营许可证（许可证编号：B（辽）农种许字（2017）第00XX号）》载明，凌海某种业公司为“X玉118”玉米种子的合法经营主体,有权对外出售“X玉118”玉米种子；2.“X玉6”玉米种子包装及背面二维码扫描结果均显示种子名称为“X玉6”，该种子生产企业为辽宁东萌种业科技有限公司，为合法存续主体；3.青岛某农业公司在向种子经销商张超采购种子之前，亦就种子来源、权属、合法授权进行了解及问询，已尽到购买者的合理审查义务。（二）青岛某农业公司所购被诉侵权种子购货渠道合法、存在实际的具体供货方、价格合理，依法不应承担侵权责任。1.青岛某农业公司从种子经销商张超处所购“X玉118”“X玉6”玉米种子渠道合法，有具体供货方。微信聊天记录中的转账记录、物流单据等均可表明被诉侵权种子“X玉118”“X玉6”玉米种子均系青岛某农业公司从种子经销商张超处采购；2.青岛某农业公司所购“X玉118”“X玉6”玉米种子价格合理。青岛某农业公司向种子

经销商张超先后通过微信及银行共转账50000元用以购买1500袋“X玉118”和500袋“X玉6”玉米种子，共计2000袋，每袋25元，价格合理。（三）青岛某农业公司与凌海某种业公司及其侵权行为并无任何关系。1.青岛某农业公司对辽宁某种业公司诉请的凌海某种业公司、徐兵的侵权行为毫不知情，无任何侵权故意，因此依法不应承担任何侵权责任；2.辽宁某种业公司诉请中所称的其他地区（辽宁省瓦房店市、山东省潍坊市、辽宁省丹东市、山东省日照市）查扣侵权种子事宜，与青岛某农业公司无关联，因此不应判令青岛某农业公司承担任何侵权责任；3.青岛某农业公司作为小微企业，小本微利，每袋赚取差价至多5元。被诉侵权种子购入后所售无几即被查封扣押，盈利不足3000元，情节轻微。

一审法院认定如下事实：

（一）辽宁某种业公司的主体资格及权利基础

辽宁某种业公司成立于2003年8月26日，注册资本5300万元整，经营范围包括：生产玉米种子；销售农作物种子、农药、农膜、化肥、农畜产品、农机具、五金工具、大米；自营和代理各类商品和技术的进出口；培育农作物种子技术研发、技术转让、技术服务。（依法须经批准的项目，经相关部门批准后方可开展经营活动）。2013年5月1日，丹东农业科学院取得“XX405号”玉米品种植物新品种权证书，品种权号为CNA2007XXXX。2013年11月29日，丹东农业科学院与辽宁某种业公司签订《技术转让（品种权）合同》，将“XX405号”植物新品种权转让给辽宁某种业公司，并于2014年7月1日进行公告。该植物新品种权现在处于有效保护期内。

（二）辽宁某种业公司主张凌海某种业公司、青岛某农业公司侵权的事实

2020年5月13日，山东省胶州市综合行政执法局以涉嫌经营假种子为由，对青岛某农业公司作出《查封（扣押）决定书》，查封（扣押）物品清单如下：1.农光“X玉118”，登记证号为辽审玉[2011]525号，净含量为3800粒/袋，数量为1047袋；2.东萌“X玉6”，登记证号为鲁农审2014009号，净含量为3800粒/袋，数量为392袋。青岛某农业公司法定代表人李某签字确认《查封（扣押）物品清单》。山东省胶州市农业农村局委托河南中农检测技术有限公司（以下简称中农检测公司）对上述查封抽样封存的品种真实性进行检验。中农检测公司于2020年5月18日出具的NO.D2005009检验报告结论为：“X玉6”与对照样品“XX405号”经用40对

SSR 引物进行 DNA 谱带数据对比，差异位点数为 0，判定为极近似或相同品种；NO.D2005010 号检验报告结论为：“X 玉 118”与对照样品“XX405 号”经用 40 对 SSR 引物进行 DNA 谱带数据对比，差异位点数为 0，判定为极近似或相同品种。其中“X 玉 118”玉米种子的生产单位为凌海某种业公司，“X 玉 6”玉米种子的生产单位为辽宁东萌种业科技有限公司。因上述两份检验报告的对照样品并非直接来自农业农村部征集审定品种标准样品，且凌海某种业公司、青岛某农业公司有异议，一审法院为此依法委托北京玉米种子检测中心对涉案玉米种子品种真实性进行检测，并向山东省胶州市综合行政执法局调取了其对青岛某农业公司查处时抽样封存的涉案“X 玉 118”样品作为送检待测样品。该检测中心于 2022 年 4 月 25 日出具的编号为 BJYJ202200701648 号检测报告记载：待测样品“X 玉 118”与农业农村部征集审定品种标准样品“XX405 号”比较位点数 40，差异位点数 0，结论为极近似或相同。辽宁某种业公司为此支付检测费 5000 元。

2017 年 6 月 13 日，辽宁某种业公司与凌海某种业公司签订《合作协议》，主要内容为：甲方（辽宁某种业公司）许可乙方（凌海某种业公司）“XX405 号”玉米品种在辽宁辽河以西地区，“XX606 号”玉米品种在吉林省范围，“XX305 号”玉米品种在辽宁地区销售。乙方销售种子向甲方提供品种使用费，使用费为 1 元/斤。“XX606 号”经营授权期限为两年，两年后另行商议。其他品种协议有效期为五年，有效期满后，双方根据需要再续签协议。协议达成后双方各自对品种进行包装销售，各自经营自主品牌。甲乙双方共同维护市场，共同维权打假。打假费用由乙方承担，打假成果双方各分享 50%。甲方不再将上述三个品种授权其它第三方经营生产。

2018 年 7 月 18 日，凌海某种业公司向辽宁某种业公司出具的《关于通报 2018 年“XX405 号”玉米杂交种繁育情况函》载明：凌海某种业公司 2018 年在甘肃省张掖市甘州区委托徐兵制种合计 545 亩、委托贾雷制种合计 460 亩，共计 1005 亩；以上为凌海某种业公司 2018 年度“XX405 号”玉米杂交种全国制种情况。

2019 年 7 月 22 日，辽宁某种业公司向凌海某种业公司发出的《解除合同通知函》载明：“凌海某种业公司至今未履行自己的相关协议义务，也从未主动向其通报关于履行合同相关义务的计划，已经构成根本违约、伤害了合作双方之前的信任，并导致其蒙受巨大经济损失，严重损害了其在本协议中的利益。郑重向凌海某种业公司通知如下：两公司于 2017 年 6 月 13 日签订的《合作协议》于凌海某种业公司收

到或公告本通知函之日解除。”

2019 年 8 月 20 日，凌海某种业公司向辽宁某种业公司发出的《关于解除合同通知的异议函》载明：凌海某种业公司自 2017 年至 2018 年并未生产销售“XX405 号”玉米种子，为期两年的时间里一直在做市场销售的前期准备工作，直到 2019 年春才开始生产，年底要对“XX405 号”进行销售。凌海某种业公司认为其不构成根本违约，双方应继续履行合作协议。

2020 年 1 月 8 日，辽宁省丹东市公安局食品药品犯罪侦查支队委托中农检测公司对在凌海某种业公司提取的“X 玉 118”及散种子样品与对照样品“XX405 号”进行品种真实性检验。2020 年 3 月 2 日，中农检公司分别出具编号为 NO.D2001022、D2001025、D2001026 号的检验报告，结论均为：比较位点数 40，差异位点数均为 0，极近似或相同。凌海某种业公司法定代表人周冶在辽宁省丹东市公安局食品药品犯罪侦查支队询问笔录中承认：凌海某种业公司在 2019 年春通过非正常渠道获得的“XX405 号”的玉米原种 2000 斤，其提供不出“XX405 号”的生产许可证；凌海某种业公司 2019 年在甘肃繁育“XX405 号”玉米种子 400 亩，除去被甘肃省张掖市农业农村局查处销毁的 200 亩，共收获 90 吨左右的种子。

2020 年 3 月 21 日，辽宁省瓦房店市农业综合执法大队出具的两份《种子抽样单》分别载明：作物类别玉米种子，品种名称“X 玉 13”“X 玉 118”，受检单位为瓦房店市元台镇农业生产资料经销处，生产单位为凌海某种业公司，商标为“农光”“X 玉 13”抽样基数为 100 斤，“X 玉 118”抽样基数为 200 斤。辽宁省瓦房店市农业综合执法大队委托中农检测公司对上述抽样封存的样品进行品种真实性检验。2020 年 4 月 30 日，中农检测公司出具的 NO.D2004074 号检验报告载明：“X 玉 13”与对照样品“XX405 号”经用 40 对 SSR 引物进行 DNA 谱带数据对比，差异位点数为 0，判定为极近似或相同品种。NO.D2004075 号检验报告载明：“X 玉 118”与对照样品“XX405 号”经用 40 对 SSR 引物进行 DNA 谱带数据对比，差异位点数为 0，判定为极近似或相同品种。

2020 年 4 月，山东省莒县综合行政执法局对查扣的包装为“X 玉 118”玉米种子委托北京玉米种子检测中心进行品种真实性检测。2020 年 4 月 26 日，北京玉米种子检测中心出具编号为 BJYJ202000700404 的检验报告，结论为：待测样品“X 玉 118”与农业部征集审定品种的标准样“X 玉 118”进行对比检测，比较位点数 40，差异位

点数为30，两者不同。

2020年5月18日，辽宁某种业公司委托山东省潍坊市昌潍公证处对位于昌乐县营丘镇的“王俊种子站农资超市”店铺销售“XX606号”玉米种子的过程进行证据保全。该公证处出具的（2020）鲁潍坊昌潍证民字第1558号公证书载明：公证购买的“XX606号”玉米种子价格为60元/袋，包装袋上印制有“农光”商标、净含量3800粒、凌海某种业公司等字样。辽宁某种业公司委托河南省伊斯特检测技术有限公司对上述公证购买的“XX606号”玉米种子进行品种真实性检测，该公司出具的NO.G203506号检验报告结论为：待测样品“XX606号”与对照样品“XX405号”经用40个位点的DNA指纹谱带数据进行对比，差异位点数为0，判定为极近似或相同品种。

2020年5月18日，辽宁某种业公司委托山东省潍坊市昌潍公证处对位于安丘市官庄镇的“春田种子站春田种业”店铺销售“X玉118”玉米种子的过程进行证据保全。该公证处出具的（2020）鲁潍坊昌潍证民字第1560号公证书载明：公证购买的“X玉118”玉米种子价格为50元/袋，包装袋上印制有“农光”商标、净含量3800粒、凌海某种业公司等字样。辽宁某种业公司委托河南省伊斯特检测技术有限公司对上述公证购买的“X玉118”玉米种子进行品种真实性检测，该公司出具的NO.G203505号检验报告结论为：待测样品“X玉118”与对照样品“XX405号”经用40个位点的DNA指纹谱带数据进行对比，差异位点数为0，判定为极近似或相同品种。2020年7月3日，甘肃省张掖市农业农村局就徐兵在甘肃省张掖市甘州区无证生产、繁育“XX405号”玉米种子作出了张农（种子）罚（2020）57号行政处罚决定书，对徐兵罚款29000元。

2013年8月，凌海某种业公司在甘肃省临泽县鸭暖乡暖泉村十九社委托甘肃省张掖市甘州区光农种植农民专业合作社繁育生产600亩的“X光4号”，经鉴定系“XX405号”玉米品种。丹东农业科学院为此诉至法院，2015年8月13日，甘肃省张掖市中级人民法院依法作出（2015）张中民初字第17号民事判决书，判令凌海某种业公司立即停止侵权并赔偿辽宁某种业公司经济损失50万元。凌海某种业公司不服提出上诉，甘肃省高级人民法院依法驳回上诉，维持原判。

（三）凌海某种业公司、青岛某农业公司抗辩不侵权及合法来源的事实及证据

凌海某种业公司称其系“X玉118”玉米品种生产经营权的合法拥有者，拥有

“XX405 号”玉米品种的生产经营权，且 184000 斤的玉米种子已转商未流入市场，未对辽宁某种业公司造成实质性侵害。其抗辩主要依据为：辽宁省农作物品种审定委员会于 2012 年 1 月 30 日审议通过的“X 玉 118”《农作物品种审定证书》载明，“X 玉 118”玉米种子的选育单位为锦州农业科学院；锦州农业科学院与孟凡云于 2012 年 3 月 25 日签订《玉米新品种“X 玉 118”生产经营权转让协议》，2012 年 3 月 25 日凌海某种业公司与孟凡云签订《协议书》，根据上述协议，凌海某种业公司与孟凡云共同拥有“X 玉 118”玉米品种权和经营权；“X 玉 118”包装袋，该包装袋载有凌海某种业公司名称信息；凌海某种业公司与辽宁某种业公司于 2017 年 6 月 13 日签订的《合作协议》、“X 玉 118”《农光销售专用收据》载明：2020 年 5 月 16 日，客户名称为凌海市兴隆饲料有限公司，品种转商（X 玉 118），数量 67000，单价 0.68，金额 45560 元，加盖有凌海某种业公司现金收讫章；时间为 2020 年 6 月 18 日、客户名称为沈阳绿金地生物科技有限公司、品种为转商（X 玉 118）、数量为 68500、单价为 0.68 元/斤、金额为 46580 元，加盖有凌海某种业公司现金收讫章；时间为 2020 年 7 月 21 日，客户名称为沈阳绿金地生物科技有限公司，品种为转商（X 玉 118）单位斤、数量为 48500、单价为 0.68 元/斤、金额为 32980 元，加盖有凌海某种业公司现金收讫章，以上共计转商数量为 184000 斤。

青岛某农业公司称其不知道销售的“X 玉 118”“X 玉 6”玉米种子存在侵权情形，其对所购上述种子已经尽到合理审查义务，并且其购货渠道合法、存在实际的具体供货方、价格合理，不应承担侵权责任。其提交了青岛某农业公司的情况说明、柳连庆的身份复印件、自山东省胶州市综合行政执法局提取两袋被扣押查封的涉案“X 玉 118”玉米种子、“X 玉 118”产品包装的二维码扫描结果截图、凌海某种业公司的企业信息、凌海某种业公司农作物种子生产经营许可证主证、副证，“X 玉 6”玉米种子的产品包装照片及包装二维码扫描结果截图、辽宁东萌种业科技有限公司的企业信息、柳连庆与种子经销商张超的微信聊天记录、银行转账凭证、发货单及物流车辆信息等。一审法院认为青岛某农业公司情况说明属于当事人陈述意见，结合柳连庆与种子经销商张超的微信聊天记录、银行转账凭证、发货单及物流车辆信息等证据，可以证明青岛某农业公司从张超处购买了涉案被诉侵权种子。对于“X 玉 118”产品包装二维码扫描结果截图、凌海某种业公司的企业信息、凌海某种业公司农作物种子生产经营许可证主证、副证，“X 玉 6”包装照片及包装二维码扫描结果

截图、辽宁东萌种业科技有限公司的企业信息等证据，可以证明凌海某种业公司、辽宁东萌种业科技有限公司分别系“X玉118”“X玉6”的生产经营者。

（四）凌海某种业公司、青岛某农业公司主体资格及辽宁某种业公司主张赔偿依据的相关事实

凌海某种业公司系有限责任公司（自然人投资或控股），法定代表人为徐素珩，注册资本为3000万元，成立日期为2003年4月29日，经营范围为玉米种子生产，玉米、高粱种子加工、包装、批发、零售，化肥、农膜销售、玉米新品种开发（依法须经批准的项目，经相关部门批准后方可开展经营活动）。该公司依法取得包括“X玉118”玉米种子在内的编号为B（辽）农种许字第（2017）第00XX号《农作物种子生产经营许可证》，有效期至2022年7月2日。

青岛某农业公司系有限责任公司（自然人投资或控股），法定代表人为李某，注册资本为500万元，成立日期为2016年11月17日，经营范围为农业技术推广、农业病虫害防治技术服务、农机租赁、维修，批发、零售，饲料、饲料添加剂、农药（涉及危险化学品类及第一类易制毒化学品类的除外）、兽药、肥料（不含危险化学品等限制或禁止经营的产品）、地膜、农用机械及工具、园林机械、种子等。（依法须经批准的项目，经相关部门批准后方可开展经营活动）。

通过中国种业大数据平台的备案查询，“X玉118”委托代销的备案显示：生产经营企业为凌海某种业公司的有8300公斤。“X玉118”经营不分装备案显示：生产经营企业为凌海某种业公司的有23149.5公斤。

2020年3月30日，辽宁某种业公司委托辽宁汇达联合会计师事务所对辽宁某种业公司“XX405号”杂交种子的2019年销售毛利进行专项审计，出具辽汇会审[2020]67号审计报告显示：辽宁某种业公司2019年度全年销售收入38559044.19元，其中405玉米杂交种子销售收入22461414.19元，销售数量1223009.73公斤，销售单价18.37元，销售毛利10126832.79元，“XX405号”玉米杂交种子单位销售毛利为8.28元/公斤。辽宁某种业公司为本案维权支付了检测费、差旅费等费用。

一审法院认为，本案系侵害植物新品种权纠纷，辽宁某种业公司是“XX405号”玉米植物新品种的品种权人，该品种处于保护期内，依法应予保护。本案的争议焦点问题是：凌海某种业公司、青岛某农业公司是否侵害了辽宁某种业公司的“XX405号”品种权；如构成侵权，凌海某种业公司、青岛某农业公司应否及如何承担民事

责任。

关于第一个焦点问题。一审法院认为，本案现有证据已形成完整的证据链条，足以证实凌海某种业公司实施了未经辽宁某种业公司许可生产、繁殖、销售“XX405号”玉米种子的侵权行为。首先，凌海某种业公司在《关于通报2018年“XX405号”玉米杂交种繁育情况函》中自认，2018年繁育“XX405号”品种制种规模为1005亩，而辽宁某种业公司仅许可凌海某种业公司在辽宁辽河以西地区销售“XX405号”玉米品种；其次，根据2019年12月11日辽宁省丹东市公安局食品药品犯罪侦查支队的提取笔录、询问笔录，凌海某种业公司当时的法定代表人周冶自述，其通过非正常途径获取了2000斤“XX405号”原种，并用这2000斤原种在甘肃省张掖市私自繁育400亩，且提供不出“XX405号”玉米种子的生产经营许可证。辽宁省丹东市公安局食品药品犯罪侦查支队对在凌海某种业公司仓库、院内提取的样品委托检测机构进行品种真实性检测，该三份抽样送检的样品经与对照样品“XX405号”进行DNA比对，差异位点数均为0，判定为极近似或相同品种；再次，根据2020年5月13日山东省胶州市综合行政执法局查封（扣押）决定书、查封（扣押）物品清单、检验报告以及青岛某农业公司提交的“X玉118”玉米种子、“X玉6”玉米种子的包装照片、包装袋二维码扫码信息以及一审法院委托北京玉米种子检测中心出具的检测报告，结合2020年3月辽宁省瓦房店市农业综合行政执法大队对辽宁省瓦房店市元台镇农业生产资料经销处销售“X玉118”“X玉13”玉米种子进行查处的种子抽样单、检测报告、封样袋；2020年4月山东省莒县综合行政执法局对“X玉118”品种真实性进行检测的检验报告；（2020）鲁潍坊昌潍证民字第1560号公证书及G203505检验报告、（2020）鲁潍坊昌潍证民字第1558号公证书及G203506检验报告；青岛某农业公司提交的凌海某种业公司包括“X玉118”品种在内的农作物种子生产经营许可证等证据，足以证明涉案被诉侵权玉米种子的生产、销售主体为凌海某种业公司。

凌海某种业公司的抗辩认为不构成侵权行为的理由有两个：一是辽宁某种业公司主张的侵权事实不正确；二是凌海某种业公司侵权行为不存在。首先，凌海某种业公司称，其与辽宁某种业公司于2017年6月13日签订了合作协议，其对“XX405号”玉米种子品种拥有生产经营权，不限于销售还包括生产、繁育。一审法院认为，根据该协议约定的许可品种及范围，辽宁某种业公司仅许可凌海某种业公司在辽宁辽河以西地区销售“XX405号”玉米品种，且种子的生产、繁育需要具备相应的生产

经营资质，但凌海某种业公司并未取得“XX405号”玉米种子品种的生产经营许可证，故凌海某种业公司辩称其拥有“XX405号”玉米种子的生产经营权的主张不能成立；其次，凌海某种业公司称其系“X玉118”生产经营权的合法拥有者，为此其提交了“X玉118”农作物品种审定证书、锦州农业科学院与孟凡云于2012年3月25日签订的玉米新品种“X玉118”生产经营权转让协议、凌海某种业公司与孟凡云签订的协议书，但上述证据并不能推翻其以“X玉118”的名义销售“XX405号”的事实；再次，凌海某种业公司主要依据《农光销售专用收据》称184000斤的玉米种子未流入市场，未对辽宁某种业公司构成实质性侵害，但该证据并不足以证实该玉米种子未流入市场，更难以证明未对辽宁某种业公司构成实质性侵害。综上，凌海某种业公司在本案提供的证据并不足以证实其对于不构成侵权行为的抗辩主张。

综上，凌海某种业公司未经辽宁某种业公司许可，以商业目的生产、繁殖、销售被诉侵权玉米种子，青岛某农业公司销售涉案被诉侵权玉米种子，侵害了辽宁某种业公司的“XX405号”玉米种子植物新品种权。

关于凌海某种业公司的责任承担问题。凌海某种业公司是涉案“XX405号”玉米种子的繁育、生产、销售者，未经辽宁某种业公司许可，故意繁育、生产、销售“XX405号”玉米种子，侵害了辽宁某种业公司“XX405号”号植物新品种权，依法应当承担停止侵权、赔偿损失的民事责任。

关于辽宁某种业公司主张的惩罚性赔偿问题，一审法院认为，根据《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》第二条第一款的规定，原告请求惩罚性赔偿的，应当在起诉时明确赔偿数额、计算方式以及所依据的事实和理由。本案中，辽宁某种业公司在庭审中称目前现有证据并不能确定惩罚性赔偿责任的计算基数，要求2倍赔偿，后又明确要求凌海某种业公司承担惩罚性赔偿责任的基数酌定为150万元，赔偿倍数为1倍。鉴于凌海某种业公司与辽宁某种业公司存在合作关系，且凌海某种业公司2015年曾因侵害“XX405号”品种权被法院判决承担责任，一审法院据此认定凌海某种业公司具有侵权的故意且侵权情节严重。但因辽宁某种业公司未提交充分的证据证明其实际损失，凌海某种业公司、青岛某农业公司的侵权获利，也没有许可使用费作为参考，未明确惩罚性赔偿基数的计算方式及所依据的事实和理由，一审法院无法确定惩罚性赔偿的计算基数，因此一审法院对辽宁某种业公司关于适用惩罚性赔偿的主张无法予以支持。一审法院根据凌

海某种业公司的侵权性质、期间、地域范围、后果，结合本案执法机关查处的数量及权利人调查、制止侵权所支付的合理费用等因素，根据种子法第七十三条第三、四款的规定以及《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定》第六条的规定，酌定凌海某种业公司赔偿辽宁某种业公司经济损失及合理开支100万元。

关于青岛某农业公司的责任承担问题。一审法院认为，根据《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定（二）》第十三条规定，销售不知道也不应当知道是未经品种权人许可而售出的被诉侵权品种繁殖材料，且举证证明具有合法来源的，人民法院可以不判令销售者承担赔偿责任，但应当判令其停止销售并承担权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。对于前款所称合法来源，销售者一般应当举证证明购货渠道合法、价格合理、存在实际的具体供货方、销售行为符合相关生产经营许可制度等。本案中，青岛某农业公司为支持其合法来源抗辩，提供了青岛某农业公司的情况说明、柳连庆的身份证复印件、柳连庆与张超之间的微信聊天记录、银行转账凭证、发货单及物流车辆信息、“X玉118”“X玉6”产品包装二维码扫描结果以及公开查询到的相关企业登记信息、《农作物种子生产经营许可证》等证据，但上述证据不足以证明青岛某农业公司从张超处购进了涉案被诉侵权种子，亦不能证明其在购买被诉侵权种子时已尽到了合法审查义务。青岛某农业公司以商业目的销售“X玉118”种子未按照种子法第三十八条第一款的规定向相关部门进行备案，亦未要求涉案被诉侵权种子供货商提供生产商出具的《授权委托书》《农作物种子生产经营备案表》等手续，以核实其是否有权经营销售相关种子。综上，青岛某农业公司的合法来源抗辩不成立。青岛某农业公司应承担停止销售、赔偿损失的责任。根据青岛某农业公司的侵权性质、期间、后果，结合本案执法机关查处的数量等，酌定青岛某农业公司赔偿辽宁某种业公司经济损失及合理开支5万元。

关于辽宁某种业公司要求对侵权种子产品做消灭活性处理的诉讼请求，因辽宁某种业公司并无证据证明侵权种子产品的具体数量及存在地点，故一审法院对辽宁某种业公司的该项诉讼请求无法支持。

综上，依照《中华人民共和国民法典》第一百七十九条、《中华人民共和国种子法》第二十八条、第七十三条第三、四款、《最高人民法院关于审理侵害植物新

品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定》第六条、《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定（二）》第十三条，《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》第二条第一款，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十七条的规定，一审法院判决：一、凌海某种业公司自判决生效之日起立即停止生产、繁殖、销售侵犯辽宁某种业公司享有“XX405号”品种权的玉米种子的行为；二、青岛某农业公司自判决生效之日起立即停止销售侵犯辽宁某种业公司享有“XX405号”品种权的玉米种子的行为；三、凌海某种业公司自判决生效之日起十日内赔偿辽宁某种业公司经济损失及合理开支100万元；四、青岛某农业公司自判决生效之日起十日内赔偿辽宁某种业公司经济损失及合理开支5万元；五、驳回辽宁某种业公司的其他诉讼请求。一审案件受理费30800元，由辽宁某种业公司负担10010元，凌海某种业公司负担19800元，青岛某农业公司负担990元。

二审期间，各方当事人均未提交新证据。一审查明的事实基本属实，本院予以确认。本院另查明如下事实：2013年11月29日，丹东农业科学院与辽宁某种业公司签订的《技术转让（品种权）合同》记载，“XX405号”品种权的转让价款总额为2896万元。辽宁某种业公司提交的河南中农检测技术有限公司开具的发票总金额为59300元。辽宁某种业公司未提交证明差旅费的证据。

本院认为，本案为侵害植物新品种权纠纷，因被诉侵权行为发生在2015年修订的种子法施行日（2016年1月1日）之后，2021年修正的种子法施行日（2022年3月1日）之前，故本案应适用2015年修订的种子法。综合查明的事实和双方的诉辩意见，本案二审的争议焦点是：一审判决确定的赔偿数额是否适当。

种子法第七十三条第三款规定：“侵犯植物新品种权的赔偿数额按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定。权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，可以参照该植物新品种权许可使用费的倍数合理确定。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。侵犯植物新品种权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上三倍以下确定赔偿数额。”《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定（二）》第十七条规定：“除有关法律和司法解释规定的情形以外，以下情形也可以认定为侵权行为情节严重：（一）因侵权

被行政处罚或者法院裁判承担责任后，再次实施相同或者类似侵权行为；（二）以侵害品种权为业；（三）伪造品种权证书；（四）以无标识、标签的包装销售授权品种；（五）违反种子法第七十七条第一款第一项、第二项、第四项的规定；（六）拒不提供被诉侵权物的生产、繁殖、销售和储存地点。存在前款第一项至第五项情形的，在依法适用惩罚性赔偿时可以按照计算基数的二倍以上确定惩罚性赔偿数额。”

根据审理查明的事实，凌海某种业公司的侵权行为时间长、地域广、规模大，多次实施套牌侵权、重复侵权，侵权行为屡禁不止，情节严重。从侵权持续的时间分析，凌海某种业公司于2015年“XX405号”品种获得授权后即以“X光4号”名称套牌侵害“XX405号”品种权，并于2015年被法院判决认定构成侵权；此后，又于2019年以及2020年继续实施套牌生产、销售“XX405号”品种的侵权行为。从侵权的形式分析，其先以“X光4号”名义套牌侵权，后分别又以“X玉118”“X玉13”“XX606号”名义套牌侵权，侵权行为具有较强隐蔽性，逃避法律制裁的意图明显。从侵权的情节分析，其不仅存在以非法获取原种进行繁殖的行为，如直接以2000斤原种繁育400亩，而且在凌海某种业公司与辽宁某种业公司签订协议后，不但不履行协议，反而继续以多个名称套牌生产、销售“XX405号”，委托他人无证繁育“XX405号”，尤其是在法院已经认定构成侵权后，再次侵害“XX405号”的品种权，实施重复侵权行为。作为被诉侵权种子的生产、销售主体，凌海某种业公司的侵权故意非常明显，侵权情节相当恶劣，符合《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定（二）》第十七条的规定，应当承担惩罚性赔偿责任。

本案中，辽宁某种业公司请求凌海某种业公司承担惩罚性赔偿责任，明确其主张的侵权赔偿基数为150万元，倍数为一倍，并就其所主张的赔偿基数提供了相应证据。相关证据可以证明：凌海某种业公司自认2019年非法使用2000斤“XX405号”原种；2019年繁育400亩，除200亩被行政机关处理外，收获“XX405号”玉米种子90吨，据此可以推算出400亩共计能够收获约180吨“XX405号”玉米种子；辽宁某种业公司与凌海某种业公司签订合作协议后，凌海某种业公司向辽宁某种业公司发函称2018年繁育的“XX405号”为1005亩，合作协议约定的“XX405号”的许可费是1元/斤；辽宁某种业公司提交的审计报告显示，辽宁某种业公司2019年销

售“XX405号”销售收入2246万余元。“XX405号”种子销售的毛利是8.28元/公斤。仅以凌海某种业公司在2019年推定收获180吨的“XX405号”种子为计算基础，参考“XX405号”种子销售毛利为8.28元/公斤计算，就已基本满足辽宁某种业公司主张的150万元的赔偿基数。结合本案侵权事实中涉及的侵权规模以及侵权持续时间，辽宁某种业公司主张的赔偿基数为150万元，其已提供证据予以证实，有事实依据，故应当予以认可。

一审判决以辽宁某种业公司未提交充分的证据证明其实际损失或者侵权人的侵权获利及许可使用费、未明确惩罚性赔偿基数的计算方式及依据，无法确定惩罚性赔偿的计算基数为由，对辽宁某种业公司的惩罚性赔偿请求未予支持。对此本院认为，首先，一审判决认定辽宁某种业公司未明确惩罚性赔偿基数，与本案事实不符，辽宁某种业公司已经提出适用惩罚性赔偿，并明确了赔偿基数以及倍数。其次，一审判决认定辽宁某种业公司未明确惩罚性赔偿基数的计算方式和依据，与本案事实不符。前已述及，辽宁某种业公司已经提交了涉及赔偿基数的证据。虽然惩罚性赔偿需要以确定的赔偿基数为前提，但是对于赔偿基数的计算精度无需作过于严苛的要求，可以根据现有证据和案情裁量确定合理的赔偿基数。在计算赔偿基数所需的部分数据确有证据支持的基础上，可以根据案情运用裁量权确定计算赔偿所需的其他数据，酌定公平合理的赔偿基数。一审判决在已经认定凌海某种业公司存在侵权故意且侵权情节严重，且辽宁某种业公司已经提交涉及赔偿基数的证据且具备裁量确定惩罚性赔偿基数条件的情况下，仍然以无法确定赔偿基数为由对辽宁某种业公司的惩罚性赔偿请求不予支持，适用法律错误。上述做法对权利人的惩罚性赔偿请求的举证责任苛责过高，纵容了侵权人逃避侵权赔偿责任，不利于保护权利人的合法权益，不利于有力打击侵权者。综上，辽宁某种业公司的上诉理由成立，本院予以支持。一审法院对辽宁某种业公司主张的150万的赔偿基数以及一倍的惩罚性赔偿不予支持，存在不当，本院对此予以纠正，并按照150万元的赔偿基数及1倍的惩罚性赔偿，全额支持辽宁某种业公司关于凌海某种业公司赔偿其经济损失及合理开支共计300万元的诉讼请求。辽宁某种业公司为本案侵权行为支付的检测费5000元，由凌海某种业公司负担。

青岛某农业公司提供的本案证据不足以证明其从张超处采购被诉侵权种子时履行了合理的注意义务，其经营范围虽然包括种子，但其没有提供种子生产经营许可

证，亦没有提供备案材料，其销售“X玉118”“X玉6”玉米种子明显不符合相关生产经营许可制度。青岛某农业公司作为玉米种子的销售者，应当对其实施的侵权行为承担赔偿责任。一审判决确定的青岛某农业公司的赔偿金额过低，本院依法将其提高为10万元。因青岛某农业公司与凌海某种业公司的被诉侵权行为在行为客体、侵害结果等方面具有部分重合性，本院依法确认青岛某农业公司对凌海某种业公司300万赔偿总额中的10万元承担连带责任。

一审判决对辽宁某种业公司要求对被诉侵权种子作消灭活性处理的诉讼请求未予支持，辽宁某种业公司对此虽提出异议，但未提交证据证明凌海某种业公司、青岛某农业公司还存有“XX405号”玉米种子，一审判决的该项认定并无不当。

综上，辽宁某种业公司的上诉请求部分成立，应予支持。一审判决认定事实和适用法律存在部分错误，应予纠正。依据《中华人民共和国种子法》第二十八条、第七十三条第三、四款，《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定（二）》第十七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十七条第一款第二项之规定，判决如下：

一、维持山东省青岛市中级人民法院作出的（2021）鲁02知民初233号民事判决第一项、第二项；

二、撤销山东省青岛市中级人民法院作出的（2021）鲁02知民初233号民事判决第四项、第五项；

三、变更山东省青岛市中级人民法院作出的（2021）鲁02知民初233号第三项为凌海某种业公司自本判决生效之日起十日内赔偿辽宁某种业公司经济损失及合理开支300万元；

四、青岛某农业公司对本判决第三项内容中的10万元承担连带责任；

五、驳回辽宁某种业公司的其他诉讼请求。

一审案件受理费30800元，由凌海某种业公司负担29773元，由青岛某农业公司负担1027元。二审案件受理费22350元，凌海某种业公司负担21605元，由青岛某农业公司负担745元。本案检测费用5000元由凌海某种业公司负担。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十条规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本判决为终审判决。

审 判 长　罗　霞

审 判 员　胡晓晖

审 判 员　杜丽霞

二〇二三年十月八日

法 官 助 理　董　宁

法 官 助 理　徐世超

书　　记　　员　李思倩

全科治疗仪包装装潢维权案

——北京大成（郑州）律师事务所　李亮伟

案例简介：

哈尔滨某医疗公司1997年成立后就开始治疗仪的研究及推广,先后推出了5根、7根、9根、11根照射源的彩条装潢的7款治疗仪，并在黑龙江卫星频道、CCTV-7、人民日报、参考消息等刊登广告；先后获得了“中国新技术新产品博览会金奖”“国家火炬项目证书”等荣誉，在全国特别是在东北地区具有一定的影响力。 扬州某医疗公司、九江某公司的实控人卞某某从上世纪90年代末至2011年5月，一直销售哈尔滨某医疗公司的治疗仪产品。2013年1月7日，卞某某申请名为“纳米波治疗仪（平面型）”的外观设计专利，2013年6月9日获得授权，该外观设计的照射源为7根。2015年7月10日，卞某某申请名为“生物能治疗仪（SE-F2）”的外观设计专利，2016年6月4日获得授权，该外观设计的照射源为9根。 哈尔滨某医疗公司称，扬州某医疗公司、九江某公司擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识，生产销售的“科X达”“SE-F3”“SE-F1”“SE-H3”治疗仪，容易造成消费者混淆误认，请求判令扬州某医疗公司、九江某公司立即停止不正当竞争行为，并承担相应的侵权责任。一审法院判决扬州某医疗公司、九江某公司赔偿哈尔滨某医疗公司经济损失及维权费用350万元；二审判决驳回上诉，维持原判。

参评理由：

1.本案判决侵权行为人赔偿权利人经济损失350万元，创下河南省涉商品装潢类案件判赔数额纪录。

2.本案入选2023年度河南法院知识产权司法保护典型案例、郑州法院知识产权司法保护十大典型案例。

3.本案客户最初考虑专利维权，经过律师综合研判后建议以包装装潢案处理，从而顺利实现了全面打击侵权方产品的目的，其意义远超针对个别产品的专利维权。

4.本案在法律适用上，有以下几个具有类案参考、研究价值的问题：

（1）法院认定，基于造型及颜色仅仅是生产者基于美观而作出的设计，并非其

他企业生产同类产品时无法回避的功能性设计，认定案涉装潢中最具显著性和识别性的整体形象。

（2）本案被告主张有外观专利，法院认定当专利权与有一定影响的商品权两种权利产生冲突时，应遵循保护在先权利原则。

（3）包装装潢不要求唯一性、新颖性，并不会因有在先类似装潢而必然不受保护。

（4）本案涉及的不是一个特定产品，而是同一企业生产的不同款产品，这些不同款产品在造型、具体装潢细节上虽然有区别，但装潢特点上具有一致性。对于受保护的装潢，能否脱离该特定产品，而类似于商标标志一样，只要是在相同种类中使用该装潢即可认定侵权。本案中，起诉的理由原本是一系列侵权产品中只要有该装潢即构成侵权，但最终是按照产品一一对应的方式去认定侵权。该问题值得继续研究。

法律文书：一审代理词

代理词

尊敬的合议庭：

原告哈尔滨某医疗公司诉扬州某医疗公司、九江某公司与郑州某公司使用相同或近似装潢不正当竞争纠纷一案，受哈尔滨某医疗公司委托，北京大成（郑州）律师事务所指派李亮伟律师参加诉讼。代理人认为，根据庭审查明的事实，依法应当支持哈尔滨某医疗公司的全部诉讼请求，理由具体如下。

一、请求保护的装潢属于有一定影响的商品装潢

1.哈尔滨某医疗公司产品使用的装潢具有特有性。哈尔滨某医疗公司的装潢明显区别于其他同类产品。在哈尔滨某医疗公司使用“彩条装潢”之前，市场上同类产品使用的照射源整体均采用单色，与哈尔滨某医疗公司产品“彩条装潢”存在明显差异。

2.哈尔滨某医疗公司产品使用的装潢具有知名度。全科治疗仪经过长期的宣传、销售，产品具有知名度和影响力，产品上附加的“彩条装潢”同时具有知名度和影响力。【见代理词附件，同庭审提交的书面意见】

3.请求保护的装潢具有识别商品来源的作用。哈尔滨某医疗公司经过长期稳定

地使用、宣传、推广“彩条装潢”，即便在不同时期或部分产品使用的彩条数目、彩条颜色略有区别，但由于仍呈现红、橙、黄、绿、黑、兰、紫相邻颜色不同的并列彩条，同时结合辐射条形状、大小、比例，以及照射源的矩形整体造型，整体风格形象统一，稳定，因此相关公众能够将彩条装潢与哈尔滨某医疗公司之间建立特定联系，该装潢起到识别商品来源的作用。

综上，涉案彩条装潢构成反不正当竞争法保护的“有一定影响力的装潢”。

二、被诉科X达SE-生物能量仪与全科治疗仪的产品装潢足以构成混淆误认

1.侵权产品与原告产品的消费对象、使用用途相同，属于相同产品。被告主张其产品是家用电器与在案证据及公知常识矛盾：（1）证据显示，被告扬州某医疗公司是医疗器械公司，其注册的商标“科X达”也是注册在第10类医疗器械，该商标同样附着在侵权产品上；（2）证据显示，被告电商平台中消费者购买后的评论显示，是用于治疗用途，与原告的消费者重叠；同时证据显示，已经有消费者将哈尔滨某医疗公司产品误以为是扬州某医疗公司产品；（3）证据显示，被告大量的宣传视频中都宣传其治疗疾病的功效，包括被告实际控制人卞直先自己的宣传；（4）被告抗辩中反复提起的卞直先自有专利，其专利名称均为“纳米波治疗仪”“生物能治疗仪”，明确含有治疗功效；（5）被告产品单价便宜的也要四五千，七八千，专用的要几万元一台，与家用电器的价格存在反常识的矛盾。

2.作为系列产品，侵权产品与原告产品仍然可以一一对应，不仅在照射源部分构成相同近似，而且在产品的其他组件上也构成相同或近似。【见代理词附件，同庭审提交的书面意见】

3.在照射源的装潢上，被告产品的相似不仅仅是相邻辐射片颜色不同这一点，而且是包括了辐射片的形状、大小、数量、比例等在内全部相同，相比大量的其他市场产品，被告产品明显是完全故意模仿原告。

4.在案证据显示已经发生了事实的混淆，而不仅仅是混淆的可能；不仅仅是引人误认为与他人存在特定联系，而是直接误认为是他人商品。

5.由于被告产品无法卖给医院等机构，因此本案中原被告产品重叠的消费对象是自然人，尤其是老年人，考虑到其辨识能力，更会发生混淆。

三、各被告应当承担侵权责任，包括足额赔偿责任

1.被告扬州某医疗公司系侵权产品的制造者、销售者，应当停止制造、销售与

原告全科治疗仪彩条装潢相同或近似的标识的产品。

2.被告九江某公司系侵权产品的销售者，应当停止销售与原告全科治疗仪彩条装潢相同或近似的标识的产品。

3.被告郑州某公司虽然抗辩称系将房屋租赁给自然人吕某红，但在案证据仅有一份租赁合同，且无法证明是否真实实施，因此仍当认定郑州某公司系侵权产品的销售者，应当停止销售与原告全科治疗仪彩条装潢相同或近似的标识的产品。

4.关于侵权赔偿，系根据被告的侵权获利所确定。

被告九江某公司的销售平台明确记载了销售单价和销售量，并且有大量的消费者晒图评价证明为事实销售，因此可以直接获得其侵权经营额：截止2022年8月26日，其销售额达37,127,860元。同时作为医疗器械其利润率非常高，尤其是：（1）被告侵权产品采取电商直销模式，直接是卖给消费者，没有代理商分走利润；（2）被告侵权产品没有经过医疗器械的注册，没有相应动物实验、人体试验等成本，利润率更高；（3）被告扬州某医疗公司的侵权恶意明显。扬州某医疗公司实际控制人原本是原告的代理商，扬州某医疗公司生产的产品基本一对一的模仿原告的全部系列产品，主观恶意明显。虽然原告放弃了惩罚性赔偿，但不意味着扬州某医疗公司的侵权恶意小。（4）按照原告对产品利润率的了解，被告3712万余元的销售额获利至少能达到2000万，考虑装潢在产品中的影响因素，原告主张赔偿700万元完全在合理范围。（5）上述侵权获利是根据九江某公司的平台销售记录计算的，同时该平台是2020年11月才成立，而事实上扬州某医疗公司的制造、销售还包括大量线下的店铺，同时扬州某医疗公司事实上的侵权时间也要远长于九江某公司的平台成立时间。因此，700万元相比扬州某医疗公司的实际侵权获利很小，应当全额支持。

关于被告九江某公司的连带赔偿责任。九江某公司并没有进行合法来源抗辩，因此法院不应当免除其赔偿责任。原告主张扬州某医疗公司的700万赔偿额，均是在九江某公司这个平台上进行销售的，因此九江某公司应当对扬州某医疗公司的赔偿责任承担连带责任。

5.关于维权开支，所主张的仅仅是部分，因此应当全额支持。

原告事实上的维权开支要远大于诉请的281850元【见原告第五组证据，包括三次公证的公证费19000元，公证购买侵权产品的费用61350元，南京公证差旅费1500元，一审律师费20万元】，例如哈尔滨某医疗公司两名员工往返郑州参与取证公证

的费用，律师往返哈尔滨进行案件分析的费用，案件分析中非公证购买被告产品的费用，之后大概率会发生的二审律师费等等。因此诉请的维权支出281850元应当全额支持。

6.关于消除影响。

在案证据显示已经发生了事实上的混淆，因此判令消除影响是必要的。

综上所述，三名被告通过实施上述不正当竞争行为，牟取巨额利益，给原告造成巨大经济损失，严重损害了原告的合法权益，事实清楚、证据充分。原告的诉讼请求合法合理，请求依法判决支持原告的所有诉讼请求。

此致

郑州市中级人民法院

代理人：北京大成（郑州）律师事务所　李亮伟律师

年　　月　　日

补充代理词

尊敬的合议庭：

经过多次庭审、比对，原告在2023年4月23日庭审时明确了：（1）原告主张的比对不是被告系列产品与原告系列产品的比对，而是被告特定产品与原告特定产品的比对，也即被告特定产品上使用与原告特定产品上近似的装潢；（2）在具体装潢上，也即请求保护的装潢保护范围上，原告不主张一个脱离原告具体产品的装潢，而是主张基于特定产品的装潢。同时，原告在特定产品上主张的也并不是单纯的“相邻颜色不同”，而是同时包括了由辐射片数量、形状、大小、比例、方向等所限定的颜色条的数量、形状、大小、比例、方向。为了避免产生理解上的差异，现再次明确比对意见如下：

1.被告在科X达F1台式产品上使用与原告全科C01CZ台式产品装潢近似的标识，构成侵权。

（1）全科C01CZ台式产品的外观整体由照射源、固定照射源的两侧支架，以及固定支架的底座等主要部分组成，照射源在产品的正面，占据产品的主要部分，照射源由7根条形辐射片平行排列组成，整体呈现矩形。该产品在照射源部分进行了区别于市场常见产品的专门设计，也即请求保护的该产品装潢设计为：照射源采用7

根相邻辐射片不同颜色的颜色组合，哈尔滨某医疗公司当庭展示实物显示其颜色排列自上到下为：红、蓝、绿、黄、灰、紫、橙，该颜色装潢的形状、大小、比例基于辐射片的形状、大小、比例确定，形成了显著的整体形象，相比一般产品具有独特性，该装潢设计构成有一定影响的商品的特有装潢。

（2）将科 X 达 F1 台式产品实物与全科 C01CZ 台式产品实物进行比对，科 X 达产品采用了基本无差别的装潢设计，具体为：科 X 达产品照射源同样由 7 根条形辐射片平行排列组成，辐射片的形状、大小、比例与全科产品基本无差别，同样采用相邻辐射片不同颜色的颜色组合，该颜色装潢的形状、大小、比例因基于辐射片的形状、大小、比例确定，因此与全科产品颜色装潢的形状、大小、比例也基本无差别，其颜色排列自上到下为：绿、白、蓝、黑、粉蓝、橘黄、紫，虽然与全科产品略有差异，但整体装潢设计基本无差别，构成了相近似的产品装潢。

此外，两产品的其他部分也基本无差别，科 X 达整体外观同样由照射源、固定照射源的两侧支架，以及固定支架的底座等主要部分组成，照射源在产品的正面，占据产品的主要部分，从整体上看足以造成消费者的混淆。

（3）根据哈尔滨某医疗公司提交的“4-5、被告网络平台销售额统计表”，科 X 达的该产品单独销售额为 5826720 元+1008000 元+195x3980=761 万 820 元。

2.被告在科 X 达 F3 台式产品上使用与原告全科 C01EZ 台式产品装潢近似的标识，构成侵权。

（1）全科 C01EZ 台式产品的外观整体由照射源、固定照射源的两侧支架，以及固定支架的底座等主要部分组成，照射源在产品的正面，占据产品的主要部分，照射源由 9 根条形辐射片平行排列组成，整体呈现矩形。该产品在照射源部分进行了区别于市场常见产品的专门设计，也即请求保护的该产品装潢设计为：照射源采用 9 根相邻辐射片不同颜色的颜色组合，哈尔滨某医疗公司当庭展示实物显示其颜色排列自上到下为：蓝、绿、橙、绿、黑、绿、橙、黄、紫，该颜色装潢的形状、大小、比例基于辐射片的形状、大小、比例确定，形成了显著的整体形象，相比一般产品具有独特性，该装潢设计构成有一定影响的商品的特有装潢。

（2）将科 X 达 F3 台式产品实物公证书照片【特别强调：已经明确有实物，且实物照片明显与网上销售产品图片一致，足以证明该产品实物的具体情况】与全科 C01EZ 台式产品实物进行比对，科 X 达产品采用了基本无差别的装潢设计，具体为：

科 X 达产品照射源同样由 9 根条形辐射片平行排列组成，辐射片的形状、大小、比例与全科产品基本无差别。装潢设计上同样采用相邻辐射片不同颜色的颜色组合，该颜色装潢的形状、大小、比例因基于辐射片的形状、大小、比例确定，因此与全科产品颜色装潢的形状、大小、比例也基本无差别，其颜色排列自左到右为：蓝、橘黄、黑、粉蓝、深绿、灰、黑、深红、绿，与全科产品略有差异，在辐射片的排列方向上存在差异，但整体装潢设计基本无差别，构成了相近似的产品装潢。

此外，两产品的其他部分也基本无差别，科 X 达整体外观同样由照射源、固定照射源的两侧支架，以及固定支架的底座等主要部分组成，照射源在产品的正面，占据产品的主要部分，从整体上看足以造成消费者的混淆。

（3）根据哈尔滨某医疗公司提交的“4-5、被告网络平台销售额统计表”，科 X 达的该产品单独销售额为 1168 万 6580 元。

3.被告在 H3 腿部产品上使用与原告全科 S05 腿部产品装潢近似的标识，构成侵权。

（1）全科 S05 腿部产品的外观整体由两个照射源、分别固定两个照射源的两个对半桶型外壳等主要部分组成，在打开使用时，照射源在产品的正面，占据产品的主要部分，每个照射源由 5 根条形辐射片平行排列组成，整体呈现矩形。该产品在照射源部分进行了区别于市场常见产品的专门设计，也即请求保护的该产品装潢设计为：照射源采用 5 根相邻辐射片不同颜色的颜色组合，哈尔滨某医疗公司当庭展示实物显示其颜色排列自一侧到另一侧为：红、黄、灰、绿、蓝，该颜色装潢的形状、大小、比例基于辐射片的形状、大小、比例确定，形成了显著的整体形象，相比一般产品具有独特性，该装潢设计构成有一定影响的商品的特有装潢。

（2）将科 X 达 H3 腿部产品实物与全科 S05 腿部产品实物进行比对，科 X 达产品采用了基本无差别的装潢设计，具体为：科 X 达产品照射源同样由 5 根条形辐射片平行排列组成，辐射片的形状、大小、比例与全科产品基本无差别，同样采用相邻辐射片不同颜色的颜色组合，该颜色装潢的形状、大小、比例因基于辐射片的形状、大小、比例确定，因此与全科产品颜色装潢的形状、大小、比例也基本无差别，其颜色排列自一侧到另一侧为：橙、蓝、绿、紫、红，与全科产品略有差异，但整体装潢设计基本无差别，构成了相近似的产品装潢。

此外，科 X 达产品虽然增加了一个可移动的支撑底座，但两产品的主要部分基

本无差别，科 X 达 H3 腿部产品同样由两个照射源、分别固定两个照射源的两个对半桶型外壳等主要部分组成，在打开使用时，照射源在产品的正面，占据产品的主要部分，从整体上看足以造成消费者的混淆。

（3）根据哈尔滨某医疗公司提交的“4-5、被告网络平台销售额统计表”，科 X 达的该产品单独销售额为 209 万 7600 元。

4. 被告在科 X 达 C02F 落地式产品上使用与原告全科 F2 落地式产品装潢近似的标识，构成侵权。

（1）全科 F2 落地式产品的外观整体由照射源、连接照射源和底座的竖向支撑臂、底座等主要部分组成，照射源在产品的正面，占据产品的主要部分，照射源由 11 根条形辐射片平行排列组成，整体呈现矩形。该产品在照射源部分进行了区别于市场常见产品的专门设计，也即请求保护的该产品装潢设计为：照射源采用 11 根相邻辐射片不同颜色的颜色组合，哈尔滨某医疗公司当庭展示实物显示其颜色排列自上到下为：红、紫、绿、蓝、黄、黑、黄、蓝、绿、紫、橙，该颜色装潢的形状、大小、比例基于辐射片的形状、大小、比例确定，形成了显著的整体形象，相比一般产品具有独特性，该装潢设计构成有一定影响的商品的特有装潢。

（2）将科 X 达 C02F 落地式产品实物照片（公证书中公证购买的实物照片，足以显示其具体结构以及照射源部分的装潢）与全科 F2 落地式产品实物（全科产品现场展示可知其照射源可以至少 90 度转向）进行比对，科 X 达产品采用了基本无差别的装潢设计，具体为：科 X 达产品照射源同样由 11 根条形辐射片平行排列组成，辐射片的形状、大小、比例与全科产品基本无差别，同样采用相邻辐射片不同颜色的颜色组合，该颜色装潢的形状、大小、比例因基于辐射片的形状、大小、比例确定，因此与全科产品颜色装潢的形状、大小、比例也基本无差别，其颜色排列自上到下为：绿、白、蓝、黑、粉蓝、橘黄、紫，与全科产品略有差异，但整体装潢设计基本无差别，构成了相近似的产品装潢。

此外，两产品的其他部分也基本无差别，科 X 达整体外观同样由照射源、连接照射源和底座的竖向支撑臂、底座等主要部分组成，照射源在产品的正面，占据产品的主要部分，从整体上看足以造成消费者的混淆。

（3）根据哈尔滨某医疗公司提交的“4-5、被告网络平台销售额统计表”，科 X 达的该产品单独销售额为 195x3980+263x3980=182 万 2840 元。

5.被告在科X达H1头部产品上使用与原告全科S06头部产品装潢近似的标识，构成侵权。

（1）全科S06头部产品的外观整体由座椅、座椅头部位置悬吊的可容纳头部的桶装两半照射仓，照射仓的每一半上有一个照射源等主要部分组成，使用时需要打开桶装照射仓，此时照射源在产品的正面，占据产品的主要部分，照射源由数根条形辐射片平行排列组成，整体呈现矩形。该产品在照射源部分进行了区别于市场常见产品的专门设计，也即请求保护的该产品装潢设计为：照射源采用数根相邻辐射片不同颜色的颜色组合，该颜色装潢的形状、大小、比例基于辐射片的形状、大小、比例确定，形成了显著的整体形象，相比一般产品具有独特性，该装潢设计构成有一定影响的商品的特有装潢。

（2）将科X达H1头部产品销售宣传图片与全科S06头部产品销售宣传图片进行比对，虽然图片无法看到双方产品的照射源具体装潢设计，但在案证据显示哈尔滨某医疗公司所有产品的照射源均使用相似的装潢设计，相同根数的照射源则装潢完全一致，包括颜色排列，足以证明全科S06头部产品照射源部分装潢与全科其他产品相同或近似；同时鉴于科X达所有产品使用的照射源均是相似的装潢设计，除非被告举证其科X达H1头部产品照射源与其他产品不同，则本案在案证据足以高度盖然性的认定科X达H1头部产品使用的是与科X达其他产品近似装潢的照射源，进而与全科S06头部产品照射源部分整体装潢设计基本无差别，构成了相近似的产品装潢。

此外，两产品的其他部分也基本无差别，科X达整体外观同样由座椅、座椅头部位置悬吊的可容纳头部的桶装两半照射仓，照射仓的每一半上有一个照射源等主要部分组成，使用时需要打开桶装照射仓，此时照射源在产品的正面，占据产品的主要部分，从整体上看足以造成消费者的混淆。

（3）根据哈尔滨某医疗公司提交的“4-5、被告网络平台销售额统计表”，统计的37127860元销售额，并不包括科X达H1头部产品销售额。科X达H1头部产品的单独销售额为28x49800=139万4400元。

6.被告在科X达H2座椅式（三头）产品上使用与原告全科S08座椅式产品装潢近似的标识，构成侵权。

（1）全科S08头部产品的外观整体由座椅、座椅下方嵌入的照射源、椅子背、

座椅腰背部嵌入的照射源、和椅子一侧连接的可旋转支撑架、座椅正前方通过支架设置的照射源等主要部分组成，照射源在产品的正面，占据产品的主要部分，3 个照射源均由数根条形辐射片平行排列组成，整体呈现矩形。该产品在照射源部分进行了区别于市场常见产品的专门设计，也即请求保护的该产品装潢设计为：3 个照射源均采用数根相邻辐射片不同颜色的颜色组合，该颜色装潢的形状、大小、比例基于辐射片的形状、大小、比例确定，形成了显著的整体形象，相比一般产品具有独特性，该装潢设计构成有一定影响的商品的特有装潢。特别说明，虽然图片中无法看清座椅下方嵌入的照射源、座椅正前方通过支架设置的照射源的具体装潢样式，但在案证据显示哈尔滨某医疗公司所有产品的照射源均使用相似的装潢设计，相同根数的照射源则装潢完全一致，包括颜色排列，足以证明该两个照射源部分装潢与全科其他产品相同或近似。

（2）将科 X 达 H2 座椅式（三头）产品销售宣传图片与全科 S08 座椅式产品销售宣传图片进行比对，科 X 达产品采用了基本无差别的装潢设计，具体为：科 X 达产品同样具有座椅下方嵌入的照射源、座椅腰背部嵌入的照射源、座椅正前方通过支架设置的照射源三个照射源，鉴于科 X 达所有产品使用的照射源均是相似的装潢设计（图片可看到座椅腰背部嵌入的照射源，其辐射片的形状、大小、比例与其他科 X 达产品照射源一致，颜色也能看出并非同一种颜色），除非被告举证其科 X 达 H1 头部产品照射源与其他产品不同，则本案在案证据足以高度盖然性的认定科 X 达 H2 座椅式（三头）产品使用的是与科 X 达其他产品近似装潢的照射源，进而与全科 S08 座椅式产品照射源部分整体装潢设计基本无差别，构成了相近似的产品装潢。

此外，两产品的其他部分也基本无差别，科 X 达整体外观同样由座椅、座椅下方嵌入的照射源、椅子背、座椅腰背部嵌入的照射源、和椅子一侧连接的可旋转支撑架、座椅正前方通过支架设置的照射源等主要部分组成，照射源在产品的正面，占据产品的主要部分，从整体上看足以造成消费者的混淆。

（3）根据哈尔滨某医疗公司提交的“4-5、被告网络平台销售额统计表”，科 X 达的该产品单独销售额为 12x36800=44 万 1600 元。

7.被告在科 X 达 H2Z 座椅式（四头）产品上使用与原告全科 S08 座椅式产品装潢近似的标识，构成侵权。

（1）科 X 达 H2Z 座椅式（四头）相比其将科 X 达 H2 座椅式（三头）产品，仅

是腰背部多了一个照射源，且腰背部的两个照射源完全相同，科 X 达的该两款产品在整体外观、照射源装潢上没有差异。因此其比对意见同“6、被告在科 X 达 H2 座椅式（三头）产品上使用与原告全科 S08 座椅式产品装潢近似的标识，构成侵权”中的比对意见，被告在科 X 达 H2Z 座椅式（四头）产品上使用与原告全科 S08 座椅式产品装潢近似的标识，构成侵权。

（2）根据哈尔滨某医疗公司提交的“4-5、被告网络平台销售额统计表”，科 X 达的该产品单独销售额为 35x49800=174 万 3000 元。

特此补充说明！

此致

郑州市中级人民法院

哈尔滨某医疗公司

代理人：北京大成（郑州）律师事务所

李亮伟律师

年　月　日

裁判文书：二审判决书

河南省高级人民法院

民事判决书

（2023）豫知民终 99 号

上诉人（原审被告）：扬州某医疗公司，住所地江苏省扬州市。

法定代表人：凌某，执行董事。

上诉人（原审被告）：九江某公司，住所地江西省九江市。

法定代表人：郭某，执行董事兼总经理。

以上二上诉人共同委托诉讼代理人：李玉明，江苏昆仲律师事务所律师。

上诉人（原审原告）：哈尔滨某医疗公司，住所地黑龙江省哈尔滨市。

法定代表人：王某某，执行董事。

委托诉讼代理人：李亮伟，北京大成（郑州）律师事务所律师。

原审被告：郑州某公司，住所地河南省郑州市。

法定代表人：刘某，总经理。

上诉人哈尔滨某医疗公司与扬州某医疗公司、九江某公司、郑州某公司擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识纠纷一案，不服河南省郑州市中级人民法院（2022）豫01知民初1734号民事判决，向本院提起上诉。本院于2023年6月9日立案后，依法组成合议庭，公开开庭进行了审理。上诉人扬州某医疗公司、九江某公司的共同委托诉讼代理人李玉明、被上诉人哈尔滨某医疗公司的委托诉讼代理人李亮伟到庭参加诉讼，郑州某公司经传票传唤无正当理由拒不到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

扬州某医疗公司、九江某公司上诉请求：1.依法撤销（2022）豫01知民初1734号民事判决；2.改判驳回哈尔滨某医疗公司原审诉讼请求或者发回重审。事实和理由：原判决符合《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十七条第一款第二项规定的情形，即原审判决认定事实和适用法律错误。第一，原判决认定事实错误。1.关于原判决认定哈尔滨某医疗公司主张的特有装潢及有一定影响力的事实。哈尔滨某医疗公司主张的特有装潢为7款实物表现出来的“彩条装潢”即辐射条颜色排序各不相同；治疗仪辐射条颜色各款也均不相同。在案涉治疗仪制造领域，治疗仪发射管颜色的不同，仅为根据各发射管射频波长（波段）在装配时便于区分，而并无其他特别属性。哈尔滨某医疗公司所主张的治疗仪辐射条颜色并非其具有独特风格的整体营业形象，也非其商品所通用且具有显著的区别性特征的情形，不符合《中华人民共和国反不正当竞争法》保护的装潢的范围。哈尔滨某医疗公司主张权利产品与扬州某医疗公司生产、九江某公司销售的被诉产品，不管是销售渠道还是使用领域均不相同，其差别之处对于相关公众而言，施以一般注意力可以进行区分。故本案被诉产品不存在装潢构成近似，必然足以导致相关公众的混淆误认的情形。2.关于涉案被诉产品的专利权人卞某某与哈尔滨某医疗公司的关系。与哈尔滨某医疗公司之间存在委托合同关系的系扬州科奇新品经营有限公司，而非卞某某。3.关于扬州某医疗公司和九江某公司是否实施被诉侵权行为。扬州某医疗公司生产、九江某公司销售的被诉产品除发射管标有颜色之外，与哈尔滨某医疗公司主张权利产品存在显著区别。第二，原判决适用法律错误。由于哈尔滨某医疗公司所主张的产品发射管颜色并不符合《中华人民共和国反不正当竞争法》第六条第一项规定的装潢权，且未提交证据证明其因扬州某医疗公司生产、九江某公司销售行为受到的损害的数额，故根据涉案哈尔滨某医疗公司产品的知名度、销售价格，以及扬州某医疗公司、

九江某公司的行为性质，原判决判令扬州某医疗公司、九江某公司立即停止使用与哈尔滨某医疗公司涉案有一定影响的商品QK-C01CZ、QK-C01EZ、QK-C02F、QK-S05特有装潢相同或者相近似的装潢，赔偿被上诉人经济损失以及合理维权费用350万元错误。庭审中，扬州某医疗公司、九江某公司补充上诉称，一审当事人请求的是判令扬州某医疗公司停止不正当竞争行为、九江某公司停止销售侵权产品，而原审判决立即停止使用与哈尔滨某医疗公司涉案有一定影响的商品QK-C01CZ、QK-C01EZ、QK-C02F、QK-S05特有装潢相同或者相近似的装潢，超出诉讼请求范围，应予纠正。

哈尔滨某医疗公司辩称，扬州某医疗公司和九江某公司的上诉理由不能成立。1．哈尔滨某医疗公司的装潢属于有一定影响的商品装潢。装潢具有特有性，经过长期稳定地使用、宣传、推广，已经具有识别商品来源地作用。2．侵权产品与权利人产品种类相同，使用装潢相似，已经发生了混淆地事实，一审认定侵权正确。3．使用与销售都构成不正当竞争，原审判决并未超出诉讼请求范围。

哈尔滨某医疗公司上诉请求：1．撤销（2022）豫01知民初1734号判决第二项，改判扬州某医疗公司、九江某公司连带赔偿哈尔滨某医疗公司经济损失700万元，赔偿公证费、律师费、差旅费等维权合理开支281,850元；2．改判扬州某医疗公司、九江某公司在《中国知识产权报》《法制日报》等全国性报刊上刊登声明、消除影响，刊登面积不小于24cm＊12cm。3．一审、二审诉讼费由扬州某医疗公司、九江某公司全额承担。事实与理由：一、一审判决赔偿额过低，与案件情节明显不符。1．在案证据显示，一审认定的侵权产品实际销售收入远超5000万元。2．医疗器械企业的行业净利润率普遍在40%左右，极少低于20%，侵权产品的销售获利远超700万，一审判决的赔偿额（含维权支出）仅为查明侵权销售收入的7%。3．侵权人的主观恶劣，且以侵权为业，应当从重处罚。在案证据显示，扬州某医疗公司实际控制人卞某某在2004至2013年期间是哈尔滨某医疗公司在江苏市场的代理商，因此其侵权恶意明显。被诉侵权的系列产品几乎和权利人的系列产品完全一致，不仅仅是装潢近似，而且从结构、整体外观都基本复刻，且其完全以侵权产品的生产、销售为业，侵权行为非常恶劣，应当改判支持哈尔滨某医疗公司诉请的700万赔偿额。二、维权支出为客观发生且必要的支出，应当全额支持。在案证据显示，哈尔滨某医疗公司维权支出合计281850元，上述费用均为客观已经发生、且必要的支出，因此应当全额支持。三、混淆已经事实发生，应当判决消除影响。在案证据显示已经发生了

事实上的混淆，由于侵权人的混淆行为包括了将哈尔滨某医疗公司产品直接宣传为扬州某医疗公司、九江某公司的产品，因此仅仅停止生产、销售侵权产品无法阻止这种混淆发生，判令消除影响确有必要。

扬州某医疗公司、九江某公司辩称，哈尔滨某医疗公司上诉理由不能成立。1. 本案所涉无论是哈尔滨某医疗公司主张“被侵权”的治疗仪，还是被诉产品的能量仪，其工作原理均系特殊材料、工艺加工制作的硅碳板，通过施加合理功率的电能转化为适合人体吸收且无伤害的不可视的电磁波即远红外光波，根据不同的人体理疗部位，由不同形态的反射装置予以做功。2. 作为案涉仪器重要的电加热辐射元件即原判决所称的“辐射片”，其颜色仅为装配美观搭配，并无其他性能、用途或属性。3. 哈尔滨某医疗公司于 1997 年 1 月 29 日设立，其设立人之一的王某某即现执行董事，曾参与兴运实业（成都）有限公司多源频谱治疗仪的设计，并在 1995 年 3 月 15 日由该公司申请实用新型专利。而多源频谱治疗仪自当初至现在依然采用装配不同颜色的硅碳板作为辐射元件，进行生产和销售。4. 不同颜色的硅碳板作为案涉仪器的辐射元件，并非《中华人民共和国反不正当竞争法》第六条第一项所规定的商品装潢。硅碳板颜色这一元素属于行业内商品通用的设计要素，并不被哈尔滨某医疗公司独占和优先使用。故，哈尔滨某医疗公司以其产品装配自带颜色的硅碳板，且排列无序，主张构成商品装潢权显然不能成立。第二，对于哈尔滨某医疗公司要求改判扬州某医疗公司和九江某公司连带赔偿其经济损失 700 万元及“维权合理开支”281850 元的诉请不予认可。哈尔滨某医疗公司所谓“商品装潢”并非受不正当竞争法所保护的权利，扬州某医疗公司生产和九江某公司销售经检验合格被诉产品并未侵害哈尔滨某医疗公司的正当、合法权益。

郑州某公司未提交书面意见。

哈尔滨某医疗公司向一审法院起诉请求：1. 判令扬州某医疗公司立即停止使用与哈尔滨某医疗公司全科治疗仪彩条装潢相同或近似的装潢的不正当竞争行为，判令九江某公司、郑州某公司停止销售侵权产品。2. 判令扬州某医疗公司、九江某公司连带赔偿哈尔滨某医疗公司 700 万元，公证费、律师费、差旅费等维权合理开支 281850 元。3. 判令扬州某医疗公司、九江某公司、郑州某公司在《中国知识产权报》《法制日报》等全国性报刊上刊登声明、消除影响，刊登面积不小于 24cm＊12cm。4. 本案诉讼费由扬州某医疗公司、九江某公司、郑州某公司承担。

一审法院认定事实：

一、哈尔滨某医疗公司及其所获荣誉

哈尔滨某医疗公司成立于1997年1月29日，注册资本1,000万元，法定代表人王某某，企业类型为有限责任公司（自然人投资或控股），经营范围包括制造：1类6826-5一理疗健康仪器；经营本企业自产产品及技术的出口业务和本企业所需的机械设备、零配件、原材料及技术的进出口业务，但国家限定公司经营或禁止进出口的商品及技术除外；房屋租赁医疗器械技术服务与技术咨询。

哈尔滨某医疗公司获得了“高新技术产品证书”“第十届中国—东盟博览会先进技术展优秀参展项目奖”“第七届中国新技术新产品博览会金奖”“中华之最”“中国新技术新产品博览会金奖”“国家火炬项目证书”“科学技术奖证书”等，并获得FDA一致性认证、欧盟CE认证等，产品在福州、西安、广州、韩国、台湾、深圳、上海、南宁、合肥、成都、长沙等地展出。

二、哈尔滨某医疗公司主张的特有装潢及有一定影响力的有关事实

哈尔滨某医疗公司主张的特有装潢为7款实物表现出来的“彩条装潢”：QK--C01CZ，照射源采用7根相邻辐射片不同的颜色组合，与照射源的边框平行，辐射条颜色自上而下为红、蓝、绿、黄、灰、紫、橙，整体呈矩形彩条；QK-C01EZ，照射源采用9根相邻辐射片不同的颜色组合，与照射源的边框平行，辐射条颜色自上而下为蓝、绿、橙、绿、黑、绿、橙、黄、紫，整体呈矩形彩条；QK-S05，照射源采用5根相邻辐射片不同的颜色组合，与照射源的边框平行，辐射条颜色从左到右为红、黄、灰、绿、蓝，整体呈矩形彩条；QK-C02F，照射源采用11根相邻辐射片不同的颜色组合，与照射源的边框平行，辐射条颜色自上而下为红、紫、绿、蓝、黄、黑、黄、蓝、绿、紫、橙，整体呈矩形彩条；QK-S06，照射源采用数根相邻辐射片不同的颜色组合；QK-S08（3头），照射源采用数根相邻辐射片不同的颜色组合。

1994—2012年，哈尔滨某医疗公司就全科治疗仪产品分别在黑龙江日报、哈尔滨日报、新晚报、广播电视周报、中国黄金报、东方时报、生活报、老年报、文化导报、信息市场报、城乡时报、北方时报、消费报、人民日报、参考消息、人民保健报等刊登广告。

2010—2011年，哈尔滨某医疗公司就全科治疗仪产品分别在黑龙江卫星频道、CCTV-7、吉林卫视频道、吉林移动频道、延边卫视频道等刊登广告。

2011—2012 年，哈尔滨某医疗公司就全科治疗仪产品分别与珠海、西安、长沙、秦皇岛、青岛、日照、沈阳、深圳、石家庄等地客商签订代理协议。

2001 年 12 月 11 日《科学发现报》刊登全科治疗仪产品广告显示，QK-C01A 型 5 源台式颜色自上而下为橙、蓝、绿、紫、红。

2003 年 1 月 5 日《广播电视周报》刊登全科治疗仪产品广告显示，QK-C01C 型 7 源台式颜色排列自上而下为深黄、蓝、绿、黄、灰、紫、橙；QK-C01H 型 7 源立式颜色排列自上而下为深黄、蓝、绿、黄、灰、紫、橙。

2003 年 1 月 8 日《生活报》刊登全科治疗仪产品广告显示，5 源台式颜色自上而下为红、紫、绿、蓝、橙。

2003 年 1 月 25 日《大众家事》刊登全科治疗仪产品广告显示，QK-C01C 型 7 源台式颜色排列自上而下为深黄、蓝、绿、黄、灰、紫、橙；QK-C01H 型 7 源立式颜色排列自上而下为深黄、蓝、绿、黄、灰、紫、橙。

2003 年 3 月 4 日《新晚报》刊登全科治疗仪产品广告显示，5 源台式颜色自上而下为红、紫、绿、蓝、橙。

2004 年 9 月 2 日《人民保健报》刊登全科治疗仪产品广告显示，QK-C01C 型 7 源台式颜色排列自上而下为深黄、蓝、绿、黄、灰、紫、橙；QK-C01E 型 9 源台式颜色排列自上而下为红、绿、蓝、绿、黑、黄、紫、绿、红；QK-C01H 型 7 源立式颜色排列自上而下为深黄、蓝、绿、黄、灰、紫、橙。

2005 年 2 月 1 日《新晚报》刊登全科治疗仪产品广告显示，QK-C01E 型 9 源台式颜色排列自上而下为红、绿、蓝、绿、黑、黄、紫、绿、红。

2005 年 2 月 2 日《新晚报》刊登全科治疗仪产品广告显示，QK-C01E 型 9 源台式颜色排列自上而下为红、绿、蓝、绿、黑、黄、紫、绿、红。

2005 年 2 月 3 日《新晚报》刊登全科治疗仪产品广告显示，QK-C01E 型 9 源台式颜色排列自上而下为红、绿、蓝、绿、黑、黄、紫、绿、红。

2005 年 2 月 4 日《新晚报》刊登全科治疗仪产品广告显示，QK-C01E 型 9 源台式颜色排列自上而下为红、绿、蓝、绿、黑、黄、紫、绿、红。

2005 年 2 月 18 日《新晚报》刊登全科治疗仪产品广告显示，QK-C01E 型 9 源台式颜色排列自上而下为红、绿、蓝、绿、黑、黄、紫、绿、红。

2005 年 2 月 22 日《新晚报》刊登全科治疗仪产品广告显示，QK-C01E 型 9 源台

式颜色排列自上而下为红、绿、蓝、绿、黑、黄、紫、绿、红。

2005 年 2 月 28 日《黑龙江广播报》刊登全科治疗仪产品广告显示，QK-C01C 型 7 源台式颜色排列自上而下为深黄、蓝、绿、黄、灰、紫、橙。

2011 年 3 月 25 日《广播电视周报》刊登全科治疗仪产品广告显示，QK-C01E 型 9 源台式颜色排列自上而下为红、绿、蓝、绿、黑、黄、紫、绿、红；QK-C02FZ 型 11 源立式，颜色排列自上而下为红、紫、绿、蓝、黄、黑、黄、蓝、绿、紫、橙。

2011 年 4 月 1 日《广播电视周报》刊登全科治疗仪产品广告显示，QK-C01E 型 9 源台式颜色排列自上而下为红、绿、蓝、绿、黑、黄、紫、绿、红；QK-C02FZ 型 11 源立式，颜色排列自上而下为红、紫、绿、蓝、黄、黑、黄、蓝、绿、紫、橙。

2011 年 4 月 8 日《广播电视周报》刊登全科治疗仪产品广告显示，QK-C01E 型 9 源台式颜色排列自上而下为红、绿、蓝、绿、黑、黄、紫、绿、红；QK-C02FZ 型 11 源立式，颜色排列自上而下为红、紫、绿、蓝、黄、黑、黄、蓝、绿、紫、橙。

2011 年 4 月 15 日《广播电视周报》刊登全科治疗仪产品广告显示，QK-C01E 型 9 源台式颜色排列自上而下为红、绿、蓝、绿、黑、黄、紫、绿、红；QK-C02FZ 型 11 源立式，颜色排列自上而下为红、紫、绿、蓝、黄、黑、黄、蓝、绿、紫、橙。

三、扬州某医疗公司、九江某公司、郑州某公司及其被诉侵权行为

扬州某医疗公司成立于 2014 年 9 月 4 日，经营范围包括第一类医疗机械生产、销售等，类型为有限责任公司（自然人独资），注册资本 300 万元。

九江某公司成立于 2020 年 11 月 5 日，经营范围包括互联网销售等，类型为有限责任公司（自然人投资或控股），注册资本 50 万元。

哈尔滨某医疗公司的委托代理人谭桂军于 2022 年 8 月 11 日向河南省郑州市黄河公证处申请保全证据公证。同日，在公证员杨肃平及公证工作人员刘弘洋的随同下，谭桂军于 9 时 25 分来到位于郑州市二七区连云路与红云路交叉口西南角的正商富创欣城 1 号楼 12 层 1216 房间（门头显示郑州某公司、13592581180、15515857735 等内容），谭桂军与自称“吕老板”的女士进行沟通商品购买演示后离开。当日 16 时，在公证员杨肃平及公证工作人员杨潇的随同下，谭桂军到位于郑州市二七区连云路与红云路交叉口西南角的正商富创欣城 1 号楼 12 层 1216 房间（门头显示郑州某公司、13592581180、15515857735 托内容），谭桂军通过微信向微信号“吕某某”的女士支付了 4,900 元购买了一台“科 X 达”“SE-生物能量仪”“型号：SE-F3”。

公证员对上述物品拍照后加贴封条后交由申请人保管，河南省郑州市黄河公证处就上述事项出具（2022）豫郑黄证内民字第17987号公证书。

申请人哈尔滨某医疗公司的委托代理人李亮伟于2022年8月26日向河南省郑州市黄河公证处申请保全证据公证。同日，在公证员杨肃平及公证工作人员王璇的监督下，李亮伟于15时16分在公证处505室对公证处电脑进行清洁后进行如下操作：打开电脑桌面的GoogleChrome浏览器输入“www.baidu.com”进入“国家企业信用信息公示系统”搜索“聚X享公司”，对相关网页内容进行浏览。李亮伟于15时25分在公证处505室，在公证员杨肃平及公证工作人员王璇对李亮伟的手机进行清洁检查后，在公证员杨肃平及公证工作人员王璇的监督下，李亮伟打开微信扫一扫，扫描（2022）豫郑黄证内民字第17987号公证书记载的吕某红向谭桂军发送的网上商城二维码打印件在商城首页点击“热销商品”中的“F1型台式生物能量仪”，以支付宝支付3,979.91元购买了一台。返回购买“H3腿部生物能量仪”时显示缺货。同年8月29日10时55分，在公证员杨肃平及公证工作人员刘弘洋的陪同下，李亮伟来到郑州市金水区金水路与纬四路交叉口的金源大厦向西100米的河南省公安厅门口，德邦快递的工作人员将快递单显示为“F1型台式生物能量仪”交给李亮伟。公证员对上述物品拍照后加贴封条后交由申请人保管，河南省郑州市黄河公证处就上述事项出具（2022）豫郑黄证内民字第18806号公证书。

申请人南京高迪知识产权代理有限公司的代理人徐春雷于2022年1月11日向江苏省南京市钟山公证处申请保全证据公证。同日11时01分，公证员马成及公证工作人员高凤捷与徐春雷一起来到扬州市文昌中路的“科奇康阳中心”。公证人员与徐春雷在该处参加讲座后，徐春雷使用手机支付24,780元购买两台仪器：一台为“SE-生物能量仪”（现货），带回后由公证员拍照加贴封条后封存。一台为“SE-H3”（无现货），同年1月25日10时46分，公证员马成及公证工作人员高凤捷与徐春雷一起来到扬州市文昌中路的“科奇康阳中心”询问该货事宜。店员称无现货，需要邮寄。公证员手写收件信息“南京市秦淮区石门坎117号南华骨科医院高高17551039770”。同年1月27日，公证人员收到德邦快递DPK210627094692，该仪器外包装显示有“SE-生物能量仪”，型号为“SE-F2”。江苏省南京市钟山公证处就上述事项出具（2022）苏宁钟山证字第4043号公证书。

2013年1月7日，卞某某向国家知识产权局申请名为“纳米波治疗仪（平面型）”

的外观设计专利,2013年6月9日获得授权。该外观设计专利的简要说明书记载:1.本外观设计产品的名称:“纳米波治疗仪(平面型)”。2.本外观设计产品的用途:释放电子波被人体吸收,改善人体健康,治疗多种疾病。3.本外观设计的设计要点:产品的外形。4.最能表明设计要点的图片或照片:主视图。5.请求保护色彩。本外观设计的照射源为7根。

2015年7月10日,卞某某向国家知识产权局申请名为“生物能治疗仪(SE-F2)”的外观设计专利,2016年6月4日获得授权。该外观设计专利的简要说明书记载:1.本外观设计产品的名称:“生物能治疗仪(SE-F2)”。2.本外观设计产品的用途:本外观设计产品用于促进伤口愈合。3.本外观设计的设计要点:产品的形状、图案。4.最能表明设计要点的图片或照片:主视图。5.省略视图:仰视图。仰视图无设计要点,故省略。本外观设计的照射源为9根。

四、比对情况

庭审中,在确认涉案公证购买实物封存完好的情况下,对其进行了拆封,共有三款被控侵权产品实物,分别为“科X达”“SE-F3”“SE-F1”“SE-H3”。扬州某医疗公司、九江某公司承认上述被控侵权产品系其分别生产与销售。

庭审中,哈尔滨某医疗公司主张以其7款产品(4款实物、3款图片)对比扬州某医疗公司的7款产品(3款实物、4款图片):分别为哈尔滨某医疗公司QK-C01CZvs扬州某医疗公司SE-F1;哈尔滨某医疗公司QK-C01EZvs扬州某医疗公司SE-F3;哈尔滨某医疗公司QK-S05vs扬州某医疗公司SE-H3;哈尔滨某医疗公司;哈尔滨某医疗公司QK-C02Fvs扬州某医疗公司SE-F2;哈尔滨某医疗公司QK-S06vs扬州某医疗公司SE-H1;哈尔滨某医疗公司QK-S08(三台)vs扬州某医疗公司SE-H2;哈尔滨某医疗公司QK-S08(4台)vs扬州某医疗公司SE-H2Z。

哈尔滨某医疗公司的比对意见为:被诉的7款产品均构成近似侵权。

扬州某医疗公司、九江某公司的比对意见:被诉的7款产品与哈尔滨某医疗公司的产品差别巨大,不构成侵权。

扬州某医疗公司、九江某公司的实控人卞某某与哈尔滨某医疗公司从上世纪90年代末至2011年5月,一直销售哈尔滨某医疗公司的治疗仪产品。

一审法院认为,本案争议焦点主要是:1.涉案有一定影响的商品及其特有装潢的内容是什么;2.扬州某医疗公司所使用的装潢是否构成不正当竞争;3.经济损

失如何计算。

一、涉案有一定影响的商品特有包装装潢的内容和指向

2017年修订的《中华人民共和国反不正当竞争法》第六条第一项规定，经营者不得擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系，否则，构成不正当竞争。因此，有一定影响的商品的特有包装、装潢，从本质上而言，是对商业标识性权益的保护。因此，确定本案中是否存在与包装装潢有关的、应受法律保护的合法权益，是首先需要评述的问题。

（一）关于涉案装潢的内容及其是否具备特有性的问题

一审法院认为，在中国境内具有一定的市场知名度，为相关公众所知悉的商品，应当认定为反不正当竞争法保护的“有一定影响的商品特有装潢”。具有区别商品来源的显著特征的商品的装潢，应当认定为反不正当竞争法保护的“有一定影响的商品特有装潢”。因此，有一定影响商品是指不为相关商品所通用，具有显著区别性特征，并通过在商品上的使用，使消费者能够将该商品与其他经营者的同类商品相区别的商品名称。本案中，哈尔滨某医疗公司所主张的有一定影响的商品为QK-C01CZ等7款产品。因此，应对哈尔滨某医疗公司所主张的这7款进行分析评价。因该7款产品形状、大小、规格、型号、颜色组合排列具体、确定，能够与其他的商品相区别，可以成为《中华人民共和国反不正当竞争法》保护的有一定影响力商品。

1.关于“QK-C01CZ等7款产品”是不是有一定影响力商品的问题

一审法院认为，人民法院认定有一定影响力商品，应当考虑该商品的销售时间、销售区域、销售额和销售对象，进行任何宣传的持续时间、程度和地域范围，作为有一定影响力商品受保护的情况等因素，进行综合判断。

本案证据证明，哈尔滨某医疗公司1997年成立后就开始治疗仪的研究及推广，先后推出了5根、7根、9根、11根照射源的彩条装潢的治疗仪产品，并在黑龙江卫星频道、CCTV-7、人民日报、参考消息、广播电视周报、人民保健报等刊登广告；并获得了“高新技术产品证书”“第十届中国—东盟博览会先进技术展优秀参展项目奖”“第七届中国新技术新产品博览会金奖”“中华之最”“中国新技术新产品博览会金奖”“国家火炬项目证书”“科学技术奖证书”等，并获得FDA一致性认

证、欧盟CE认证等，产品展销福州、西安、广州、韩国、台湾、深圳、上海、南宁、成都、合肥、长沙等地。随着二十多年的推广，哈尔滨某医疗公司所主张的“QK-C01CZ等7款产品”在全国，特别是在东北地区已经具有一定的影响力。

2.本案有一定影响力的商品的装潢所指向的对象

本案中，哈尔滨某医疗公司主张的特有装潢为7款实物表现出来的“彩条装潢”：QK-C01CZ，照射源采用7根相邻辐射片不同的颜色组合，与照射源的边框平行，辐射条颜色自上而下为红、蓝、绿、黄、灰、紫、橙，整体呈矩形彩条；QK-C01EZ，照射源采用9根相邻辐射片不同的颜色组合，与照射源的边框平行，辐射条颜色自上而下为蓝、绿、橙、绿、黑、绿、橙、黄、紫，整体呈矩形彩条；QK-S05，照射源采用5根相邻辐射片不同的颜色组合，与照射源的边框平行，辐射条颜色从左到右为红、黄、灰、绿、蓝，整体呈矩形彩条；QK-C02F，照射源采用11根相邻辐射片不同的颜色组合，与照射源的边框平行，辐射条颜色自上而下为红、紫、绿、蓝、黄、黑、黄、蓝、绿、紫、橙，整体呈矩形彩条；QK-S08（3头），照射源采用数根相邻辐射片不同的颜色组合；QK-S08（4头），照射源采用数根相邻辐射片不同的颜色组合；QK-S06，照射源采用数根相邻辐射片不同的颜色组合。因为哈尔滨某医疗公司主张的前4款产品的装潢保护范围具体、确定、明确，且与产品本身一致，应受法律保护。哈尔滨某医疗公司主张的S08（3头）、S08（4头）、S06装潢保护范围不具体、不确定，且与产品本身不一致，不符合《中华人民共和国反不正当竞争法》保护的装潢的范围。

需要指出的是，本案系擅自使用有一定影响的商品特有装潢纠纷，而不是侵害专利权纠纷或者专利权属纠纷。外观设计本身并不能产生有一定影响的商品特有装潢权，其只能受《中华人民共和国专利法》保护，而有一定影响的商品特有装潢权系通过使用而形成，其受《中华人民共和国反不正当竞争法》保护。因此，专利权与有一定影响的商品权属于两种不同的权利，分别受不同法律调整。当两种权利产生冲突时，应遵循保护在先权利原则。

有一定影响力的商品的特有装潢之所以受反不正当竞争法保护，是因为其经使用而具有识别商品来源的功能。而商品来源的识别功能是由其知名度而产生。因此，商品具有知名度及其装潢的实际使用并形成特有性、显著性，是该装潢受到反不正当竞争法保护的法定要件。因此，本案要判断扬州某医疗公司、九江某公司、郑州

某公司是否侵犯了哈尔滨某医疗公司的权利，首先要确定的是涉案4款彩条装潢权益的归属。本案中，哈尔滨某医疗公司率先推出5根、7根、9根、11根不同彩色照射源辐射条的治疗仪，早于卞某某的“纳米波治疗仪（平面型）”“生物能治疗仪（SE-F2）”的外观设计专利。综上，涉案4款彩条装潢权益应归属哈尔滨某医疗公司。

二、关于扬州某医疗公司、九江某公司、郑州某公司所使用的装潢是否构成不正当竞争的问题

一审法院认为，造成和他人的有一定影响的商品相混淆，使购买者误认为是该有一定影响的商品是判断是否侵犯他人装潢权利的要件之一。如果足以使相关公众对商品的来源产生误认，包括误认为与有一定影响的商品的经营者具有许可使用、关联企业关系等特定联系的，应当认定为“擅自使用与他人有一定影响的商品装潢”。在相同商品上使用相同或者视觉上基本无差别的商品装潢，应当视为足以造成和他人有一定影响的商品相混淆。认定与有一定影响的商品特有装潢相同或者近似，可以参照商标相同或者近似的判断原则和方法。因此，认定装潢相同或者近似，应当按以下原则进行：1．以相关公众的一般注意力为标准；2．既要进行对装潢的整体比对，又要进行对包装装潢主要部分的比对，比对应当在比对对象隔离的状态下分别进行；3．判断装潢是否近似，应当考虑请求保护包装装潢的显著性和知名度。本案中，正如前面所述，涉案4款知名商品特有包装装潢权属于哈尔滨某医疗公司，因此，哈尔滨某医疗公司有权排除他人使用与涉案4款有一定影响商品特有包装装潢相同或者近似的包装装潢。

本案中，哈尔滨某医疗公司的QK-C01CZ，照射源采用7根相邻辐射片不同的颜色组合，与照射源的边框平行，辐射条颜色自上而下为红、蓝、绿、黄、灰、紫、橙，整体呈矩形彩条，而扬州某医疗公司的SE-F1照射源亦采用7根相邻辐射片不同的颜色组合，辐射条颜色自上而下为绿、白、蓝、黑、粉蓝、橘黄、紫；从整体上看，二者的照射源的色彩不完全相同，且排列有差异，但装潢的各种构成要素，包辐射条的形状、色彩及其排列组合，在整体视觉效果上无实质性差异，足以使相关公众对商品的来源产生误认，包括误认为哈尔滨某医疗公司与扬州某医疗公司之间具有许可使用、关联企业关系等特定联系，故应认定两者属于相近似的装潢。

哈尔滨某医疗公司的QK-C01EZ，照射源采用9根相邻辐射片不同的颜色组合，

与照射源的边框平行，辐射条颜色自上而下为蓝、绿、橙、绿、黑、绿、橙、黄、紫，整体呈矩形彩条，而扬州某医疗公司的SE-F3照射源亦采用9根相邻辐射条不同的颜色组合，辐射条颜色自上而下为蓝、橘黄、黑、粉蓝、深蓝、灰、黑、深红、绿；从整体上看，二者的照射源辐射条颜色的色彩不完全相同，且排列有差异，但装潢的各种构成要素，包辐射条的形状、色彩及其排列组合，在整体视觉效果上无实质性差异，足以使相关公众对商品的来源产生误认，包括误认为哈尔滨某医疗公司与扬州某医疗公司之间具有许可使用、关联企业关系等特定联系，故应认定两者属于相近似的装潢。

哈尔滨某医疗公司的QK-C02F，照射源采用11根相邻辐射片不同的颜色组合，与照射源的边框平行，辐射条颜色自上而下为红、紫、绿、蓝、黄、黑、黄、蓝、绿、紫、橙，整体呈矩形彩条，而扬州某医疗公司的SE-F2亦采用11根相邻辐射片不同的颜色组合，从整体上看，二者的照射源辐射条颜色的色彩不完全相同，且排列有差异，但装潢的各种构成要素，包辐射条的形状、色彩及其排列组合，在整体视觉效果上无实质性差异，足以使相关公众对商品的来源产生误认，包括误认为哈尔滨某医疗公司与扬州某医疗公司之间具有许可使用、关联企业关系等特定联系，故应认定两者属于相近似的装潢。

哈尔滨某医疗公司的QK-S05，照射源采用5根相邻辐射片不同的颜色组合，与照射源的边框平行，辐射条颜色从一侧到另一侧为红、黄、灰、绿、蓝。而扬州某医疗公司的SE-H3照射源采用5根相邻辐射片不同的辐射片颜色组合，从一侧到另一侧为橙、蓝、绿、紫、红。从整体上看，二者的照射源辐射条颜色的色彩不完全相同，且排列有差异，但装潢的各种构成要素，包辐射条的形状、色彩及其排列组合，在整体视觉效果上无实质性差异，足以使相关公众对商品的来源产生误认，包括误认为哈尔滨某医疗公司与扬州某医疗公司之间具有许可使用、关联企业关系等特定联系，故应认定两者属于相近似的装潢。

哈尔滨某医疗公司主张的QK-S06、QK-S08（3头）、QK-S08（4头）为照片，且从照片上无法看出照射源辐射条的颜色。因此，哈尔滨某医疗公司主张扬州某医疗公司的SE-H1、SE-H2、SE-H2Z构成侵权的主张不成立。

从扬州某医疗公司、九江某公司的实控人卞某某的外观设计专利可知，扬州某医疗公司生产、销售的，九江某公司销售的SE-F1、SE-F2、SE-F3、SE-H3具有治疗

功能，其与哈尔滨某医疗公司生产、销售的QK-C01CZ、QK-C01EZ、QK-C02F、QK-S05至少属于类似商品，二者的消费者或潜在消费者相同或存在重叠，二者存在客观上的竞争关系。扬州某医疗公司、九江某公司关于二者不具有竞争关系的意见，一审法院不予采纳。综上，扬州某医疗公司、九江某公司应当承担停止侵权、赔偿损失的侵权责任。哈尔滨某医疗公司没有提供扬州某医疗公司、九江某公司对于其商誉造成不良影响的证据，因此，哈尔滨某医疗公司关于扬州某医疗公司、九江某公司赔礼道歉的诉请，一审法院不予支持。哈尔滨某医疗公司未提供郑州某公司侵权的证据，因此，哈尔滨某医疗公司关于郑州某公司停止侵权等诉请，一审法院不予支持。

关于经济损失如何计算。《中华人民共和国反不正当竞争法》（2017年修订）第十七条规定，经营者违反本法规定，给他人造成损害的，应当依法承担民事责任。经营者的合法权益受到不正当竞争行为损害的，可以向人民法院提起诉讼。因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定。经营者恶意实施侵犯商业秘密行为，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开支经营者违反本法第六条、第九条规定，权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予权利人五百万元以下的赔偿。本案中，哈尔滨某医疗公司虽然提交了相应的证据以期证明扬州某医疗公司、九江某公司的侵权获利，但这些证据只能反映扬州某医疗公司、九江某公司侵权数量、规模、地域等，但无法准确反映侵权获利数额，扬州某医疗公司、九江某公司的侵权获利很难精确计算；另外，尽管哈尔滨某医疗公司在庭审中提出惩罚性赔偿的意见，但其未明确具体的计算技术、倍数及相应的计算依据，不具备惩罚性赔偿的适用的前提。因此，一审法院结合扬州某医疗公司、九江某公司的侵权行为、主观过错、侵权时间等因素酌定扬州某医疗公司、九江某公司赔偿经济损失及维权费用350万元。哈尔滨某医疗公司诉请超出部分，一审法院不予支持。

一审法院判决：一、扬州某医疗公司、九江某公司于本判决生效之日起立即停止使用与哈尔滨某医疗公司涉案有一定影响的商品QK-C01CZ、QK-C01EZ、QK-C02F、QK-S05特有装潢相同或者相近似的装潢。二、扬州某医疗公司、九江某公司于判决

生效之日起七日内赔偿哈尔滨某医疗公司经济损失以及合理维权费用350万元。三、驳回哈尔滨某医疗公司的其他诉讼请求。如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十条规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。案件受理费62,773元，由哈尔滨某医疗公司负担22,773元、由扬州某医疗公司、九江某公司负担40,000元。

本院二审期间，当事人围绕上诉请求依法提交了证据。

哈尔滨某医疗公司提交一组证据：医疗器械行业利润率。证明目的：根据该证据显示，医疗器械公司的毛利率可以达到90%，在列举的54家医疗器械公司毛利率中，即便是中位数的第27家，其毛利率也有54%，即便是第54家，其毛利率也有21%，而本案一审判决的赔偿额仅为查明销售收入的7%，远远低于医疗器械行业的正常毛利水平。

扬州某医疗公司、九江某公司质证称，对该组证据的真实性、合法性与本案的关联性均有异议。该信息是2020年1月26日在网上发布，不是原判决发生以后新的事实，不属于新的证据；同时该证据在无相关的财务凭证、账册等印证的情况下，不能作为本案的定案依据使用。

扬州某医疗公司、九江某公司共提交两组证据。第一组证据：网页浏览截图8张，与客服咨询通话截图2张。第二组证据：权利卫士时间戳取证证书和视频各三份。证明目的：案涉仪器辐射板即硅碳板颜色这一元素属于行业内商品通用的设计要素，并不被哈尔滨某医疗公司独占和优先使用。加以印证哈尔滨某医疗公司以其产品装配所自带颜色的硅碳板，主张构成商品装潢权不能成立。

根据举证和质证意见，本院对上述证据认证如下：对哈尔滨某医疗公司提交的医疗器械行业利润率，不能证明扬州某医疗公司、九江某公司实际盈利情况，与本案缺乏关联性。对扬州某医疗公司、九江某公司提交的两组证据，仅能证明部分产品设计要素，不能证明系行业商品通用设计，故本院对上述证据的关联性不予认定。

本院认为，根据上诉及答辩意见，本案争议焦点为：1．扬州某医疗公司使用的装潢是否构成不正当竞争？2．如构成不正当竞争，责任应当如何承担？

关于焦点1。扬州某医疗公司、九江某公司称，哈尔滨某医疗公司所主张的治疗仪辐射条不同产品颜色排列组合不同，并未形成具有独特风格的整体营业形象，不具有显著的区别性特征，不属于反不正当竞争法保护的“装潢”范围，且双方产品

差别较大，销售渠道、使用领域均不相同，不足以引起混淆误认。第一，关于诉请保护产品是否构成有一定影响力的商品的特有装潢问题。《中华人民共和国反不正当竞争法》第六条第一项规定，经营者不得擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系，否则，构成不正当竞争。《最高人民法院关于适用<中华人民共和国反不正当竞争法>若干问题的解释》第八条规定，由经营者营业场所的装饰、营业用具的式样、营业人员的服饰等构成的具有独特风格的整体营业形象，人民法院可以认定为反不正当竞争法第六条第一项规定的“装潢”。本案中，哈尔滨某医疗公司生产的产品众多，虽每款产品的构成元素不同，但所有款型具有共同的特征，即均是照射源的辐射片平行并列组成矩形、相邻辐射片颜色不同，且上述构造及颜色仅仅是生产者基于美观而作出的设计，并非其他企业生产同类产品时无法回避的功能性设计，故上述设计构成相同产品装潢中最突出、最具识别性的部分，具有显著的“彩条装潢”整体形象。诉请保护的装潢经过哈尔滨某医疗公司长期宣传和反复使用，足以使相关公众与特定生产者产生联系，具有了区别商品服务来源的功能，故属于反不正当竞争法保护的特有装潢。第二，诉请保护产品与被诉侵权产品是否构成近似的问题。哈尔滨某医疗公司生产的四款产品与扬州某医疗公司的四款产品从整体上看，二者的照射源的色彩虽不完全相同，且排列有差异，但装潢的各种构成要素，包括辐射条的形状、色彩及其排列组合，在整体视觉效果上无实质性差异，且如前所述，上述构造及设计并非产品发挥功能无法回避的功能性设计，扬州某医疗公司的行为足以使相关公众对商品的来源产生误认，包括误认为哈尔滨某医疗公司与扬州某医疗公司之间具有许可使用、关联企业关系等特定联系，故应认定两者属于相近似的装潢。第三，关于是否会产生混淆误认的问题。诉请保护产品与被诉侵权产品均用于医疗保健用途，功能及销售对象相同，由于装潢相似，足以引起相关公众的混淆误认。故扬州某医疗公司、九江某公司该上诉理由不能成立。

关于焦点2。哈尔滨某医疗公司称，扬州某医疗公司、九江某公司侵权恶意大，且是以侵权为业，原审判决赔偿350万元，数额太低，应当适用惩罚性赔偿，全额支持其700万元的赔偿请求，并提出了扬州某医疗公司、九江某公司侵权产品的销量、单价等数据，以及医疗行业利润水平。本院认为，上述证据只能反映扬州某医疗公司、九江某公司侵权数量、规模、地域，以及其他医疗企业的利润水平，由于

不同款案涉侵权产品价格、利润存在差异，不同企业不同年度的利润率不同，故上述证据无法准确反映扬州某医疗公司、九江某公司的侵权获利数额，不能作为适用惩罚性赔偿的基数。一审法院适用法定赔偿制度，综合考虑扬州某医疗公司、九江某公司的侵权行为、主观过错、侵权时间等因素，酌定扬州某医疗公司、九江某公司赔偿经济损失及维权费用350万元，并无不当。哈尔滨某医疗公司主张判令扬州某医疗公司、九江某公司消除影响，因其没有提供其商誉造成不良影响的证据，故该主张依法不应支持。

综上所述，哈尔滨某医疗公司、扬州某医疗公司、九江某公司的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十七条第一款第一项规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费71,854元，由扬州某医疗公司、九江某公司负担34,800元，由哈尔滨某医疗公司37,054元。

本判决为终审判决。

审 判 长　王　群

审 判 员　赵玉香

审 判 员　闫　冬

二〇二三年六月十九日

书 记 员　马帅豪

“一种基于叼牙滚筒的XX走纸结构”实用新型专利权属纠纷案

——河南科技通律师事务所　张长波

案例简介：

李某与北京某公司具有长期的业务合作关系。2019年8月28日，李某应北京某公司法定代表人赵某的要求，将其设计的“单到单双面单色喷墨印刷机”技术方案草图通过微信发送给赵某，并向赵某口述介绍了该技术方案。赵某以与李某合作开发数码喷墨印刷机为由，相约到山东寻找设备生产厂家，并由李某草拟了合作协议，赵某收到该合作协议后未当场签署协议，合作开发工作搁置。2021年年初，李某偶然发现北京某公司申请、发明人为赵某、张某的名称为“一种基于叼牙滚筒的XX走纸结构”实用新型专利，其所用的是李某发给赵某的“单到单双面单色喷墨印刷机”草图的技术构思方案。2021年6月4日，北京某公司将该专利权转到潍坊某公司名下。

李某向青岛市中级人民法院提起专利权属纠纷，青岛市中院以李某提供设计草图未说明如何体现专利实质特点为由驳回李某的诉讼请求，李某上诉到最高人民法院。最高法院经过多次开庭审理，认定李某提供的设计草图证明李某对专利的实质性特点作出了创造性贡献，并认定专利申请日前北京某公司已经接触李某提供的技术方案，遂判决撤销青岛市中级法院判决，确认上述专利权归李某所有。

参评理由：

一、法律适用层面

作为发明人身份认定的典型案例，具有重要指导意义。体现了技术构思提供者在满足特定条件时可以被认定为发明人，突破了传统认知中对“发明人”身份的狭义理解。

二、创新认知层面的拓展

传统认知创新成果通常包含的阶段：技术构思、试验、改进和成果完成。本案体现创新认定：（1）"灵光一现"式的创新构思同样可能构成发明创造的实质性特点；（2）判断应聚焦于”创造性贡献”的本质，而非技术方案的完善程度。

三、实践指导价值

为技术合作中的知识产权保护提供了明确指引，有助于界定合作各方的权利边界、规范创新成果的权属分配、预防潜在的知识产权纠纷。作为"创意提供型"专利权属纠纷案例，具有类案指导作用。

四、律师作用

在图纸证据及实质性特点做出创造性贡献方面的争辩获得法院认可。

法律文书：二审代理词

代理词

尊敬的审判长、审判员：

关于李某诉潍坊某公司、北京某公司、赵某、张某专利权属纠纷二审一案，河南科技通律师事务所接受李某的委托并指派我们作为该案件代理律师，结合庭审查明的事实和相关法律规定，发表以下代理意见，供合议庭参考。

一、李某对涉案专利的实质性特点作出了创造性贡献，是涉案专利的发明人

1.李某提供的设计图与涉案专利说明书附图相对应，反映了涉案专利实质性特点的技术特征。

从涉案专利说明书中的背景技术和技术效果的描述（证据一专利说明书第 3 页）可知，在高速喷墨数码印刷设备中，进行双面打印，需要实现纸张的翻转，完成双面打印，同时由于喷墨技术需要垂直喷印，叼牙滚筒方式能够实现稳定打印，因此需要纸张的正背打印面都需要朝上，这样才能实现正背的喷印，现有技术采用的叼牙滚筒方式能够实现稳定打印，但是很难实现正反面都在上面的打印方式。 涉案专利解决的技术问题是采用叼牙滚筒方式如何实现纸张正反面都在上面的问题。

涉案专利为解决纸张正反面都在上面的问题，所采用的技术方案是改变叼压滚筒设置方位，由现有技术中的多组叼牙滚筒之间的呈水平连接设置，改变为通过偶数组叼牙滚筒在纵向上呈半圆弧形设置。叼牙滚筒之间水平连接设置，绕在叼牙滚筒上的纸张在叼牙滚筒转动过程中，纸张背面始终不能朝上。偶数组叼牙滚筒纵向呈半圆弧形连接设置，绕在叼牙滚筒上的纸张在叼牙滚筒转动过程中，纸张转过一定弧度后，纸张的反面朝上，可以使在喷墨位置点的纸张的正面和反面均朝上，实现在纸张的正反面同时喷墨印刷。采用偶数叼牙滚筒在纵向上呈半圆弧形的设置方

式，主要体现在涉案专利说明书附图中，所对应的涉案专利权利要求 1 中的技术特征是“进纸机构（143）的安装架设置在堆叠收纸机构（106）安装架的上方，所述堆叠收纸机构（106）和进纸机构（143）位于机架（10）一侧，所述双面走纸机构包括正面喷印叼牙滚筒（116）、背面喷印叼牙滚筒（108）和纸张走纸机构，所述正面喷印叼牙滚筒（116）安装在支撑架（100）上端，所述背面喷印叼牙滚筒（108）安装在支撑架（100）下端，所述纸张走纸机构位于正面喷印叼牙滚筒（116）和背面喷印叼牙滚筒（108）之间，所述正面喷印叼牙滚筒（116）为逆时针转动，所述背面喷印叼牙滚筒（108）为顺时针转动，所述纸张走纸机构由多组走纸滚筒组成”而该部分技术特征在专利权利要求 1 中属于区别技术特征，是反映发明创造实质性特点的技术特征。权利要求 1 中的“机架（10）、堆叠收纸机构（106）和进纸机构（143），机架（10）上设有支撑架（100），所述支撑架（100k）上安装有双面走纸机构和动力机构，动力机构带动正面喷印叼牙滚筒（116）、背面喷印叼牙滚筒（108）和纸张走纸机构转动”技术特征，是本领域的常规技术手段，不是反映涉案专利实质性特点的技术特征。

涉案专利权利要求 2 中的附加技术特征，“ 动力机构包括变频电机、齿轮和方向转换齿轮盘（15），所述正面喷印叼牙滚筒（116）和背面喷印叼牙滚筒（108）以及纸张走纸机构的走纸滚筒端部均安装有齿轮，且齿轮之间相互啮合，所述变频电机的输出轴与方向转换齿轮盘（15）连接，所述方向转换齿轮盘（15）与正面 喷印叼牙滚筒（116）上的齿轮啮合。”，对于本领域技术人员而言，驱动叼牙滚轮转动和换向，动力机构采用变频电机、齿轮和方向转换齿轮盘，是一种常规性技术手段，叼牙滚筒与走纸滚筒通过齿轮啮合传动，对本领域技术人员，是一种公知性常识，也是实现传动的常规技术手段，权利要求 2 中的附加技术特征，不是对改变多组叼牙滚筒的之间方向位置关系的限定，不是反映涉案专利实质性特点的技术特征。

涉案专利权利要求 3 的附加技术特征“堆叠收纸机构（106）位于背面喷印叼牙滚筒（108）的一侧，所述堆叠收纸机构（106）内设有传送带。”，对于所述领域的技术人员而言是属于常规技术手段，该附加技术特征不是实现改变纸张背面朝向的技术手段，不是反映涉案专利实质性特点的技术特征。即便如此，涉案专利说明书附图也与李某的设计图完全一致，对比李某设计图（证据二 第 18 页）和专利附图 1 的堆叠机构，可见两者技术特征完全一致。

权利要求4的附加技术特征“进纸机构（143）位于正面喷印叼牙滚筒（116）一侧，所述进纸机构（143）内设有导带（142），且导带（142）底端尾端与正面喷印叼牙滚筒（116）接触”，属于现有技术内容，是对进纸机构与叼牙滚筒之间连接关系的限定，不是对多组叼牙滚筒之间方向位置关系的限定，对所属领域技术人员而言，根据机械部件之间连接的需要，而作出的一种常规选择，对于实现纸张背面朝上，没有技术贡献，不属于涉案专利实质性特点的技术特征。即便如此，涉案专利说明书附图也与李某的设计图中方案之一完全一致，对比李某设计图（证据二第18页）和专利附图1的进纸机构，其侧面墙板上显示的安装孔都基本一样，可见两者技术特征完全一致。

权利要求5的附加技术特征“走纸滚筒设有两组,分别为一号纸张走纸滚筒(112)和二号纸张走纸滚筒（126），所述一号 纸张走纸滚筒（112）和二号纸张走纸滚筒（126）均为顺时针转动。”该技术特征为实现双面打印时正背面纸张均在上面而设置的偶数组叼牙滚筒所描述的2组叼牙滚筒技术特征，与专利说明书附图2对应。对比李某提供的设计图中方案之一（证据二第 18 页），两者技术特征完全一致。需要特别指出的是：该附加技术特征中“所述一号纸张走纸滚筒（112）和二号纸张走纸滚筒（126）均为顺时针转动。”为错误描述，按照该描述，机器将无法运行。正确描述应该为“所述一号纸张走纸滚筒（112）为顺时针转动，所述二号纸张走纸滚筒（126）为逆时针转动。”

权利要求6的附加技术特征“走纸滚筒设有四组，分别为一号纸张走纸滚筒（112）、二号纸张走纸滚筒（126）、三号纸张走纸滚筒（113）和四号纸张走纸滚筒（128），所述一号纸张走纸滚筒（112）、二号纸张走纸滚筒（126）、三号纸张走纸滚筒(113)和四号纸张走纸滚筒(128)依次设置,所述一号纸张走纸滚筒(112)、二号纸张走纸滚筒（126）、三号纸张走纸滚筒（113）和四号纸张走纸滚筒（128）均为顺时针转动。”该技术特征为实现双面打印时正背面纸张均在上面而设置的偶数组叼牙滚筒所描述的4组叼牙滚筒技术特征，与专利说明书附图3对应。对比李某提供的设计图所展示的4组走纸滚筒方案（证据 二 第15 页），两者技术特征完全一致。需要特别指出的是：该附加技术特征中“所述一号纸张走纸滚筒（112）、二号纸张走纸滚筒（126）、三号纸张走纸滚筒（113）和四号纸张走纸滚筒（128）均为顺时针转动。”为错误描述，按照该描述，机器将无法运行。正确描述应该为

“所述一号纸张走纸滚筒（112）、三号纸张走纸滚筒（113）为顺时针转动，所述二号纸张走纸滚筒（126）和四号纸张走纸滚筒（128）为逆时针转动。”

综上，对涉案专利具有实质性特点的技术特征是“进纸机构（143）的安装架设置在堆叠收纸机构（106）安装架的上方，所述堆叠收纸机构（106）和进纸机构（143）位于机架（10）一侧，所述双面走纸机构包括正面喷印叼牙滚筒（116）、背面喷印叼牙滚筒（108）和纸张走纸机构，所述正面喷印叼牙滚筒（116）安装在支撑架（100）上端，所述背面喷印叼牙滚筒（108）安装在支撑架（100）下端，所述纸张走纸机构位于正面喷印叼牙滚筒（116）和背面喷印叼牙滚筒（108）之间，所述正面喷印叼牙滚筒（116）为逆时针转动，所述背面喷印叼牙滚筒（108）为顺时针转动，所述纸张走纸机构由多组走纸滚筒组成”。

李某提供的设计方案图，与涉案专利说明书附图相对应，全部反映了涉案专利具有实质性特点的技术特征。根据《专利法实施细则》第十三条规定：“专利法所称发明人或者设计人，是指对发明创造的实质性特点作出创造性贡献的人。在完成发明创造过程中，只负责组织工作的人、为物质技术条件的利用提供方便的人或者从事其他辅助工作的人，不是发明人或者设计人。”李某属于对涉案专利的实质性特点作出创造性贡献的人，属于涉案专利的发明人。

另，赵某与李某在2021年5月20日下午6:12的微信聊天中（证据二第27页）称：“关于这个专利我非常遗憾是因为当时在咨询你的同时，我们也咨询了潍坊这家公司张某张工，他们提出了同你类似的方案，我从来没有同他说了你的想法，他们提出了类似的思路，并且更具体和落地，而且愿意免费制作第一台出来，验证这个思路，我们在其验证了思路后联合申请的专利”。该微信聊天证明：赵某向李某咨询了涉案专利的技术方案，赵某认为张某提出了与李某类似的技术方案和类似的思路，进一步证明李某提出技术方案与涉案专利的技术方案属于类似技术方案，李某提出的思路与涉案专利的发明构思属于类似技术构思。证实了李某提供图纸反映了涉案专利的实质性特点。

2.涉案专利记载的发明人赵某，在申请涉案专利之前，已经接触到李某提供的对于涉案专利具有实质性特点的内容，具备了将李某提供的具有实质性特点内容作为涉案专利的创新点进行申报的基础。

涉案专利的形成过程（证据二第9-14页）：

1)2019 年 8 月,赵某向李某寻求单张纸双面喷墨印刷机的技术方案和生产厂家;

2）2019 年 8 月 26 日，李某向赵某询问双面喷墨印刷机上安装的喷墨模组的外形尺寸以方便技术方案设计布局;

3）2019 年 8 月 27 日，赵某将喷墨模组外形尺寸告知李某;

4)2019 年 8 月 28 日,李某开始设计技术方案,并于 2019 年 8 月 28 日下午 5:22,将多种初步设计方案图拍摄 4 张照片并通过微信发给赵某;

5)2019 年 9 月 12 日,赵某催促李某加快进行单张纸双面喷墨印刷机的进度“单张纸的机器还是有不少需求，得尽快弄了”;

6）2019 年 9 月 17 日，李某到潍坊某印刷机械有限公司讨论单张纸双面喷墨印刷机机械平台部分的合作开发和生产事宜，潍坊某印刷机械有限公司总经理于某认可设计方案并同意合作生产，李某与赵某在当天晚上见面并沟通李某和潍坊某印刷机械有限公司的见面洽谈情况;

7）2019 年 9 月 30 日，李某与赵某相约于 2019 年 10 月 3 日一起到潍坊某印刷机械有限公司洽谈单张纸双面喷墨印刷机的合作开发事宜;

8）2019 年 10 月 2 日，李某发送两份合作协议给赵某，赵某表示看一下;

9）2019 年 10 月 3 日，李某和赵某一起到潍坊某印刷机械有限公司参观了该公司的加工和装配情况，赵某表示可以合作，李某、赵某和潍坊某印刷机械有限公司总经理于某三人当面对合作协议进行讨论修改打印，李某和潍坊某印刷机械有限公司均签字盖章，赵某表示回北京公司签章后回邮协议;

10）2020 年 3 月 25 日，赵某申请了 CN2125XXXX《一种基于叼牙滚筒的 XX 走纸结构》的实用新型专利。

从上述涉案专利的形成过程来看，涉案专利具有创新性实质性特点后，在此基础上完成的专利申请。

二、涉案专利记载的发明人对涉案专利的实质性特点没有作出创造性贡献，不是涉案专利的发明人

被告及赵某辩称涉案专利技术方案系张某提供，但没有证据支持其辩称。张某既不是北京某公司的员工，其个人与北京某公司之间就涉案专利技术也不存在研发的合作或委托关系，在此事实上，涉案专利是以北京某公司名义申报，将张某列为涉案专利的发明人，既不符合事实，也违反专利法的规定。本案中，张某并没有认

可其是涉案专利的发明人，也没有提供其对涉案专利的实质性特点作出创造性贡献的证据，被告及赵某辩称涉案专利技术方案系张某提供，缺少事实和法律依据。另外，赵某在涉案专利中是作为第一发明人的，也就是在申请专利时，赵某本人是认为对专利的发明创新是作出实质性贡献的。赵某作为北京某公司法定代表人，是代表北京某公司向外寻求相应的技术方案，赵某明确承认其本身是对涉案专利的技术方案没有作出实质性贡献，专利申请时却将其列为涉案专利的发明人，这显然与专利法关于发明人的规定相互矛盾的。同时，作为一项技术，从技术方案本身到产品的转化，是需要相应的实务技术手段的，比如尺寸的大小、部件之间的匹配等，这就需要懂行的技术人员以及有相应设备进行操作制造的，以及赵某称张某等“愿意免费制作第一台样机”，这就不难理解为什么张某能够出现在涉案专利的发明人中。张某只不过是将李某提供给赵某的CAD图照片中的技术方案转换为实际的产品而已，其并没有对涉案专利技术方案实质性特点作出过贡献。

三、被告以专利侵权判定原则作为认定专利权权属的认定原则，属于适用法律错误

1. 认定专利权属的法律依据是《专利法》第六条“执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造为职务发明创造。职务发明创造申请专利的权利属于该单位，申请被批准后，该单位为专利权人。该单位可以依法处置其职务发明创造申请专利的权利和专利权，促进相关发明创造的实施和运用。非职务发明创造，申请专利的权利属于发明人或者设计人；申请被批准后，该发明人或者设计人为专利权人。”《专利法实施细则》第十三条规定：“专利法所称发明人或者设计人，是指对发明创造的实质性特点作出创造性贡献的人。在完成发明创造过程中，只负责组织工作的人、为物质技术条件的利用提供方便的人或者从事其他辅助工作的人，不是发明人或者设计人。”而判定专利侵权的法律依据主要是《专利法》第十一条、第六十四条。判定专利权属考察的是谁是对发明创造的实质性特点作出创造性的人，然后根据发明创造属于职务发明创造还是非职务发明创造，确定发明创造的专利申请权和专利权的归属；判定的方式比对体现发明创造实质性特点的技术特征，不是比对发明创造的全部技术特征。而判定专利侵权考察的是被诉侵权产品是否落入专利权的保护范围，适用的判定原则是全面覆盖原则和等同原则；判定的方式是比对发明创造的全部技术特征。专利权属判定和专利侵权判定的法律

依据不同、适用的判定原则不同、判定的方式不同。

本案中，被告将涉案专利的权利要求记载的全部技术特征和说明书全文内容与李某提供的设计图纸相比对，以专利侵权判定的比对方式作为认定专利权属的归属，违反上述法律规定。

2.被告辩称：李某提供的设计图中对各部件名称、连接方式、传动方式、动力配置、设备匹配、运动原理没有说明，不是完整的技术方案，涉案专利是完整的技术方案，因此认为两者不同。首先，被告的辩称违反客观事实，且前后矛盾。赵某微信记录和被告答辩状辩称：被告对李某提供的技术方案和张某提供的方案进行过对比，并认为二者属于类似技术方案和类似的思路。证明李某向被告提供了设计图所反映的技术方案，被告也完全理解了李某图中所反映的技术方案，并且认为李某设计图所反映的技术方案与涉案专利技术方案属于类似技术方案。李某设计图中虽没有直接标明各部件名称、动力配置、运动原理，但本领域的技术人员基于对印刷设备的现有技术了解，各部件名称、动力配置、运动原理等是根据实际的需要而采用的常规技术手段，对于本领域的技术人员而言是显而易见，不属于反映涉案专利实质性特点的技术特征，李某设计图没有直接标明这些技术内容，并不影响被告对李某设计图中所反映技术方案的理解，而事实上，正是被告在理解了李某设计图的技术方案，被告才有了“张某提供与李某类似技术方案”的诡辩之词。

其次，被告以李某设计图中没有文字标明部件间连接关系和连接方式、工作原理就否定技术方案的完整性，是对图纸作为工程语言价值作用的否定，同时，李某设计图中方案与涉案专利要求记载的全部内容是否全部相同，不是作为李某对涉案专利实质性特点作出创造性贡献的判定标准。而李某设计图中的技术方案反映了李某的技术贡献的内容，同时也体现了涉案专利的实质性特点，李某对涉案专利实质性特点作出创造性贡献是基本事实。

四、被告认为李某提供的草图仅为方案构思并非完整技术方案，不具备可专利性的观点，是错误的

本案李某向被告提供的并不是一个单纯性的纯理论构思，而是包含可实施方案的技术，是具备可专利性的。被告认为李某设计图仅是技术方案构思，是理论性的方案构思，不是一个成熟、完整的技术方案，因此认为不符合专利授权的实用性要求。

对此，首先，李某向赵某提供的方案并不是一个单纯的理论构思，而是包含技术方案的，李某在和第三人赵某微信聊天中已经将包含方案的CAD制图拍照发给第三人赵某，并告知赵某这是“初步方案”；

其次，赵某是认可这个方案的，并督促李某“单张纸的机器还是有不少需求，得尽快弄了”，并约定双方去潍坊（潍坊某印刷机械有限公司）找合作企业进行方案的落实，李某同时在2019年的10月2日晚将两份合作协议发给赵某并让赵某先看一下，并说有问题见面沟通；

再次，赵某为了方案的落实生产，其和李某、潍坊某印刷机械有限公司法定代表人于某三方达成一致口头意见，决定共同开发生产，并组建了微信群；

再一次，我们从李某提供给赵某的CAD的照片图及涉案专利说明书附图直观对比而言，两者都是非常相近的，且具体到细节之处，李某提供的CAD视图照片中技术方案图右上角的进纸机构上的部分黑点排列布局和涉案专利附图1中标号为143的进纸机构的部分黑点排列布局完全一样；

最后，本案中实际事实是赵某向李某寻求解决技术问题的方案，李某向赵某提供了解决的思路并将技术方案CAD图的照片发送给赵某，虽然李某提供给赵某的CAD视图中没有标识出相应的标号，但是作为本领域的技术人员而言，针对所要解决的技术问题，在听到解决问题的思路时，很容易理解李某CAD视图中相应的部件代表了什么以及怎样联动工作，这并不需要进行创造性的劳动，而且即便一般的普通人员根据生活常识在了解喷墨打印机的工作原理后，根据该要解决的问题、李某的CAD视图及李某对方案的介绍，也能够很容易明白其技术方案。

因此，被告的理由是不能成立的，而事实是李某的所提供的CAD视图照片结合所要解决的技术问题，对于所述领域的技术人员而言完全能够实施和实现的。

综上所述，李某向赵某提供了反映涉案专利实质性特点的技术内容，对涉案专利的实质性特点作出了创造性贡献，理应为涉案专利的发明人，享有涉案专利的专利权。被告为了规避李某获取涉案专利的权益，将李某的智力成果作为涉案专利的创新内容进行专利申报，不但损害了李某的合法权益，也违背了专利制度的诚实信用原则。

以上代理意见，供合议庭参考采纳！

代理人：河南科技通律师事务所

张长波 律师

年　月　日

裁判文书：二审判决书

中华人民共和国最高人民法院

民事判决书

（2022）最高法知民终413号

上诉人（一审原告）：李某。

委托诉讼代理人：张建东，河南科技通律师事务所律师。

委托诉讼代理人：张长波，河南科技通律师事务所律师。

被上诉人（一审被告）：潍坊某公司。住所地：山东省潍坊经济开发区。

法定代表人：赵某某，该公司执行董事兼经理。

被上诉人（一审被告）：北京某公司。住所地：北京市北京经济技术开发区。

法定代表人：赵某，该公司执行董事兼经理。

委托诉讼代理人：乐柯南，浙江海泰律师事务所律师。

委托诉讼代理人：叶凌男，浙江海泰律师事务所律师。

一审第三人：赵某。

一审第三人：张某。

委托诉讼代理人：徐大江，北京国略律师事务所律师。

上诉人李某因与被上诉人潍坊某公司、北京某公司及一审第三人赵某、张某专利权权属纠纷一案，不服山东省青岛市中级人民法院（以下简称一审法院）于2021年11月25日作出的（2021）鲁02知民初241号民事判决，向本院提起上诉。本院于2022年3月7日立案后，依法组成合议庭，并于2022年3月31日、2022年5月11日、2023年8月24日三次询问当事人。上诉人李某及其委托诉讼代理人张建东、被上诉人北京某公司的委托诉讼代理人乐柯南到庭参加三次询问，李某的委托诉讼代理人张长波到庭参加第一次询问，一审第三人赵某、张某到庭参加第二、三次询问，一审第三人张某的委托诉讼代理人徐大江到庭参加第二次询问。被上诉人潍坊某公司经本院合法传票传唤，无正当理由未到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

李某向一审法院提起诉讼，一审法院于2021年7月6日立案受理。李某起诉请

求：1.确认李某是专利号为2020XXXX、名称为“一种基于叼牙滚筒的XX走纸结构”的实用新型专利（以下简称涉案专利）的专利权人；2.案件受理费由潍坊某公司、北京某公司承担。事实与理由为：李某与北京某公司具有长期的业务合作关系。2019年8月28日，李某应北京某公司法定代表人赵某的要求，将其设计的“单到单双面单色喷墨印刷机”技术方案通过微信发送给赵某，并向赵某介绍了该技术方案。赵某同意与李某合作开发数码喷墨印刷机，并要求李某寻找设备生产厂家合作。李某找到潍坊某印刷机械有限公司（以下简称某公司），后借用上海巡方数码科技有限公司（以下简称巡方公司）名义起草了两份合作协议。2019年10月2日，李某将两份协议通过微信发送给赵某。2019年10月3日，李某与某公司在协议上签字盖章并交给赵某，赵某未当场签署协议。2021年年初，李某发现北京某公司申请了涉案专利并获得授权，专利权人为北京某公司，发明人为赵某、张某。2021年6月4日，北京某公司将涉案专利权转到潍坊某公司名下。涉案专利的说明书附图与李某发送给赵某的设计图纸完全相同，采用的是李某的技术方案，李某对涉案专利的实质性特点作出了创造性贡献，应是涉案专利的专利权人。

北京某公司一审辩称：（一）涉案专利的技术方案由张某研发完成。1.2019年8月至10月期间，北京某公司因需要研发一种XX走纸结构的印刷设备，分别找到李某、张某寻求技术合作，通过对李某和张某分别提供的两个技术方案进行比对，北京某公司选择了与张某进行合作。研发期间，北京某公司未将李某的方案交给张某，也未将张某的方案交给李某。2.李某只画了技术方案的设计草图，对各部件名称、连接方式、传动方式、动力配置、设备匹配、运动原理等关键问题均无任何说明，因为该技术方案不成熟，且存在后续研发知识产权归属不明确等问题，故北京某公司未与李某进一步合作。北京某公司并未签署李某所称的合作协议。3.张某研发的技术方案更合理、具体，且其愿意免费制作第一台样机，故北京某公司选择与张某进行合作。在张某独立完成设计图纸和样机开发后，北京某公司与其配合完成了软件系统和运动控制系统的开发，并由北京某公司申请了涉案专利。（二）涉案专利技术方案与李某的设计图纸体现的技术方案存在重大区别。（三）李某的设计图纸仅为技术构思，并非完整技术方案，不具备可专利性。

潍坊某公司一审辩称：潍坊某公司与北京某公司仅是合作关系，潍坊某公司仅提供人工及场地。

赵某、张某一审均未作陈述。

一审法院认定事实：

2019年8月28日，李某将4张设计图纸的照片通过微信发送给赵某。9月12日，赵某向李某发送微信消息，内容为“单张纸的机器还是有不少需求，得尽快弄了”。

2019年10月2日，李某将草拟的两份合作协议通过微信发送给赵某。合作协议1记载：甲方为北京某公司，乙方为巡方公司。甲乙双方共同决定开发销售小幅面（A3大小幅面）单张纸双面数码喷墨印刷机。北京某公司负责单张纸双面数码喷墨印刷机定义、喷墨系统开发、整机外观设计、出资完成产品整机的整合制造、市场营销等。巡方公司负责喷墨机械平台的整体方案设计、寻求喷墨机械平台的生产制造厂家、与生产制造厂家合作完成与喷墨系统相适应的机械平台的设计与制造工作。合作协议2记载：甲方A为北京某公司，甲方B为巡方公司，乙方为某公司。甲方委托乙方生产制造单张纸双面数码喷墨印刷机机械平台。铠微公司提供喷墨系统的安装尺寸与要求；负责整机外观设计、护罩设计与制造；巡方公司负责喷墨机械平台的整体方案设计；巡方公司与某公司合作完成与喷墨系统相适应的机械平台的设计工作，具体为巡方公司负责咬纸牙藏于压印滚筒筒身内的设计，纸张正反双面贴于滚筒筒身表面的结构设计，左右大墙板的零件设计，某公司负责配合其余改动的结构设计，并为巡方公司提供所需图纸；某公司负责机械平台的生产制造工作，确保产品符合制造标准与质量要求，相关标准与技术参数另附附件。北京某公司未在上述合作协议上签字。

2020年3月25日，北京某公司申请涉案专利，发明人为赵某、张某，于2021年2月23日获得授权，专利号为2020XXXX。

2021年5月20日，李某通过微信联系赵某，询问涉案专利的情况，认为涉案专利是李某设计，应为其所有。赵某回复李某，称其选择了张某的类似方案，并制作了一台样机进行了验证，后申请了涉案专利。

一审法院认为，本案争议的焦点问题在于涉案专利权是否应归李某所有。

实用新型专利，是指对产品的形状、构造或者其结合提出的适于实用的新的技术方案。实用新型发明创造的实质性特点，是指实用新型专利文件中与作出发明创造时已有的技术相比，发明创造在技术方案的构成上所具有的本质区别的技术改进，

它不是在已有的技术基础上通过逻辑分析、推理或者简单试验就能够自然而然得出的结果，而是必须通过创造性思维活动才能获得的结果。对发明创造的实质性特点作出创造性贡献的人，是指提出专利技术方案的实质性技术特征并由此实现技术方案的人。

本案中，涉案专利的实质性特点是通过利用传统的进纸方式实现纸张进纸，采用在前端进纸和前端收纸的方式，实现纸张的翻转，采用偶数个叼牙滚筒来实现纸张的翻转，且同时实现了纸张的正面朝上打印和纸张的背面朝上打印，使得喷印效果好。根据查明的事实，李某仅与赵某进行了单张纸数码喷墨印刷机开发前的部分研讨，并将4张设计图纸的照片通过微信发送给赵某。但是，李某的4张设计图纸，不能具体体现涉案专利的实质性特点。审理中，李某未能说明该4张设计图纸是如何体现涉案专利的实质性特点，也未能对涉案专利技术构思的缘起、项目研发时的技术状况、研发过程中遇到的主要困难、发明创造的解决方式以及效果进行举证，李某亦未能证明其对涉案专利从构思、试验、改进到形成最终的技术方案作出创造性贡献。故，李某的证据不足以证明其对涉案专利的实质性特点作出创造性贡献，对李某请求确认其为涉案专利的专利权人的诉讼请求，不应予以支持。

一审法院依照2008年修正的《中华人民共和国专利法》（以下简称专利法）第六条第二款，《中华人民共和国专利法实施细则》（以下简称专利法实施细则）第十三条的规定，判决：“驳回原告李某的诉讼请求。一审案件受理费1000元，由原告李某负担。”

李某不服一审判决，向本院提起上诉，请求：1.撤销一审判决，改判支持李某的诉讼请求；2.一、二审案件受理费由潍坊某公司、北京某公司负担。事实和理由为：（一）一审判决关于李某提交的4张设计图纸不能体现涉案专利实质性特点的认定错误。1.李某发送给赵某的设计图纸上虽然没有标注部件名称，但李某向赵某介绍过相应的技术方案，赵某作为印刷设备行业的专业人员，完全能理解设计图纸所载的技术方案。北京某公司陈述其将李某的技术方案与张某的技术方案进行了比对，亦可以证明北京某公司对李某的技术方案是完全理解的。2.李某的4张设计图纸反映了涉案专利的全部实质性特点。二者的进纸结构、收纸结构位置设置相同，都是采用前端进纸和前端收纸方式；二者翻纸方式相同，二者都是采用偶数叼牙滚筒实现纸张翻转，偶数叼牙滚筒连接关系相同，都能同时实现纸张的正面朝上喷印

和纸张的背面朝上喷印。3.李某提交的微信聊天记录、设计图纸以及合作协议，可以证明涉案专利技术方案缘起于北京某公司提出研发双面喷墨印刷机的要求，李某基于多年印刷领域工作经验和技术研发能力，提出了解决纸张正反面朝上印刷问题的技术方案。（二）李某对涉案专利的实质性特点作出了创造性贡献，是涉案专利的发明人。1.涉案专利通过偶数组叼牙滚筒纵向呈半圆弧形连接设置解决纸张正反面朝上打印的问题。李某的设计图纸与涉案专利说明书附图相对应，反映了涉案专利该技术特征。2.涉案专利证书记载的发明人赵某在涉案专利申请前接触到了李某的设计图纸，后将设计图纸所载技术方案申请专利。3.赵某与张某均未对涉案专利的实质性特点作出创造性贡献，不是该专利的实际发明人。（三）北京某公司关于李某的设计图纸并非完整技术方案，不具备专利授权条件的主张不能成立。

北京某公司辩称：一审判决认定事实清楚，适用法律正确，李某的上诉请求不能成立。事实和理由为：（一）李某的设计图纸未体现涉案专利的实质性特点。1.李某的设计图纸对部件名称、连接方式、传动方式、动力配置、设备匹配、运动原理等关键问题均未予以说明，也没有体现进纸和收纸的结构、位置以及叼牙滚筒和走纸滚筒的传动、匹配等技术特征。2.以圆筒滚动的方式传送纸张是本领域的常用技术手段，李某未证明其设计图纸具有区别于现有技术的技术特征。（二）根据李某与赵某的聊天记录，李某的设计图纸仅是理论构思，不是具有实用性的完整技术方案。1.2019年8月28日，李某向赵某发送设计图纸后，赵某后续仍给李某发送相关技术资料参考，并催促其尽快开始实质性设计。2.李某发送给赵某的两份合作协议约定李某的合同义务是完成双面打印方案的整体设计，双方最终未签订协议，表明李某并未开始实质性的研发设计工作。

潍坊某公司辩称：同意北京某公司的意见。

赵某述称：2019年，北京某公司与包括潍坊某远印刷机械有限公司（以下简称某远公司）在内的四家公司进行了接洽，由于某远公司的张某提出了较为完整的技术方案，北京某公司选择了与某远公司合作。

张某述称：（一）张某对涉案专利的实质性特点作出了创造性贡献，是涉案专利的实际发明人。（二）涉案专利系北京某公司委托某远公司研发的，张某是某远公司的工作人员，涉案专利属于职务发明，故专利权应属于某远公司，某远公司已就此向北京知识产权法院提起诉讼。

二审中，北京某公司补充提交了六组证据：

第一组证据：产品视频。拟证明涉案专利产品的实物及运行状态，张某给涉案专利产品进行工装调试的情况，以及涉案专利产品销售给客户后的使用状态。

第二组证据：涉案专利产品全套设计图纸。第一版设计图纸（其上记载的时间为2019年12月2日），拟证明某远公司对涉案专利技术方案进行了设计，经过不断验证、研发实验后，于2020年3月1日做出了第一台样机，验证了发明内容可以实施；第二版设计图纸（其上记载的时间为2020年8月9日）、第三版设计图纸（其上记载的时间为2020年12月8日），拟共同证明某远公司在样机的基础上进一步完善设计，解决了相关技术问题。

第三组证据：工业品买卖合同。拟证明北京某公司和某远公司于2019年10月16日签订合同，定做了第一台涉案专利产品样机，合同总价为121000元。

第四组证据：赵某与张某的微信聊天记录，拟证明2020年初赵某与张某就关于涉案专利产品研发设计进行讨论。

第五组证据：杨某与张某的聊天记录，拟证明北京某公司的工程师杨某与张某在申请涉案专利后仍在对产品设计细节完善进行讨论。

第六组证据：天眼查app截屏，拟证明某远公司的工商信息。

李某质证意见为：以法院对证据的认定意见为准。

潍坊某公司质证意见为：同意北京某公司的意见。

赵某质证意见为：认可北京某公司上述证据的真实性、合法性与关联性。

张某质证意见为：认可北京某公司提交的有关张某的证据。

本院认证意见为：第一组证据系涉案专利产品的相关视频，无法确认视频的形成时间，与涉案专利的研发过程无关，对该组证据不予采信。对于第二组证据，北京某公司未提交相关设计图的原始载体，无法确认相关图纸的形成时间，对该组证据不予采信。第三组证据工业品买卖合同所载内容未体现相关设备的具体设计方案，对其关联性不予确认。第四、五组证据系微信聊天记录，张某认可其真实性，本院对两组聊天记录的真实性予以确认，但聊天内容未体现涉案专利技术方案，对其关联性不予确认。对第六组证据的真实性、合法性予以确认，对关联性不予确认。

本院经审理查明：一审法院认定的事实属实，本院予以确认。另查明：

涉案专利共有6项权利要求，具体为：

“1.一种基于叼牙滚筒的XX走纸结构，包括机架（10）、堆叠收纸结构（106）和进纸结构（143），所述进纸机构（143）的安装架设置在堆叠收纸机构（106）安装架的上方，所述堆叠收纸机构（106）和进纸机构（143）位于机架（10）一侧，其特征在于，所述机架（10）上设有支撑架（100），所述支撑架（100）上安装有双面走纸机构和动力机构，所述双面走纸机构包括正面喷印叼牙滚筒（116）、背面喷印叼牙滚筒（108）和纸张走纸机构，所述正面喷印叼牙滚筒（116）安装在支撑架（100）上端，所述背面喷印叼牙滚筒（108）安装在支撑架（100）下端，所述纸张走纸机构位于正面喷印叼牙滚筒（116）和背面喷印叼牙滚筒（108）之间，所述动力机构带动正面喷印叼牙滚筒（116）、背面喷印叼牙滚筒（108）和纸张走纸机构转动，所述正面喷印叼牙滚筒（116）为逆时针转动，所述背面喷印叼牙滚筒（108）为顺时针转动，所述纸张走纸机构由多组走纸滚筒组成，且走纸滚筒的数量为多数个，且数量至少大于等于一个。

2.根据权利要求1所述的一种基于叼牙滚筒的XX走纸结构，其特征在于：所述动力机构包括变频电机、齿轮和方向转换齿轮盘（15），所述正面喷印叼牙滚筒（116）和背面喷印叼牙滚筒（108）以及纸张走纸机构的走纸滚筒端部均安装有齿轮，且齿轮之间相互啮合，所述变频电机的输出轴与方向转换齿轮盘（15）连接，所述方向转换齿轮盘（15）与正面喷印叼牙滚筒（116）上的齿轮啮合。

3.根据权利要求1所述的一种基于叼牙滚筒的XX走纸结构，其特征在于：所述堆叠收纸机构（106）位于背面喷印叼牙滚筒（108）的一侧，所述堆叠收纸机构（106）内设有传送带。

4.根据权利要求1所述的一种基于叼牙滚筒的XX走纸结构，其特征在于：所述进纸机构（143）位于正面喷印叼牙滚筒（116）一侧，所述进纸机构（143）内设有导带（142），且导带（142）底端尾端与正面喷印叼牙滚筒（116）接触。

5.根据权利要求1所述的一种基于叼牙滚筒的XX走纸结构，其特征在于：所述走纸滚筒设有两组，分别为一号纸张走纸滚筒（112）和二号纸张走纸滚筒（126），所述一号纸张走纸滚筒（112）和二号纸张走纸滚筒（126）均为顺时针转动。

6.根据权利要求1所述的一种基于叼牙滚筒的XX走纸结构，其特征在于：所述走纸滚筒设有四组，分别为一号纸张走纸滚筒（112）、二号纸张走纸滚筒（126）、三号纸张走纸滚筒（113）和四号纸张走纸滚筒（128），所述一号纸张走纸滚筒（112）、

二号纸张走纸滚筒（126）、三号纸张走纸滚筒（113）和四号纸张走纸滚筒（128）依次设置，所述一号纸张走纸滚筒（112）、二号纸张走纸滚筒（126）、三号纸张走纸滚筒（113）和四号纸张走纸滚筒（128）均为顺时针转动。”

涉案专利说明书第[0002]段记载：“目前在高速喷墨数码印刷设备中进行双面打印，需要实现纸张的翻转完成双面打印，同时由于喷墨技术需要垂直喷印，因此需要纸张的正背打印面都朝上，这样才能实现正背的喷印，目前采用的叼牙滚筒方式能够实现稳定打印，但是很难实现正反面都在上面的打印方式。”

第[0003]段记载：“目前单张纸双面打印技术采用的是静电吸附方式，缺点是容易出现双张，不能够实现高速打印，目前单张纸叼牙设备都是在传统印刷中使用，传统的单张纸叼牙设备，由于不是使用喷墨印刷方式，采用的是转印滚，因此都是正面在上面，背面在下面，这样来完成印刷；当需要进行高速喷印时，由于喷墨数码印刷的原理是喷头只能向下喷印，因此纸张的正反面都必须朝上，这样喷墨的数据才能打印到纸张上,提高喷印速度,为此,提出一种基于叼牙滚筒的XX走纸结构。”

第[0004]段记载：“本实用新型的目的在于提供一种基于叼牙滚筒的XX走纸结构，本实用新型专利通过利用传统的进纸方式实现纸张进纸，采用在前端进纸和前端收纸的方式，实现纸张的翻转，采用偶数个叼牙交接滚来实现纸张的翻转，且同时实现了纸张的正面朝上打印和纸张的背面朝上打印，使得喷印效果好，且速度快。”

第[0005]段记载：“为实现上述目的，本实用新型提供如下技术方案：一种基于叼牙滚筒的XX走纸结构，包括机架、堆叠收纸机构和进纸机构……所述纸张走纸机构由多组走纸滚筒组成，且走纸滚筒的数量为多数个，且数量至少大于等于一个，且数量至少大于等于一个。”

涉案专利说明书附图1、附图2为四滚筒方式（两组走纸滚筒）结构的示意图；附图3为六滚筒方式（四组走纸滚筒）结构的示意图。

2019年8月28日,李某通过微信向北京某公司赵某发送4张设计图纸,称为“初步方案”。8月31日，赵某通过微信发送李某“滚筒1.pdf”“滚筒2.pdf”文件，称“供参考了”；发送“叼牙.pdf”文件，说“这个是叼牙部分的细节”。9月11日，赵某向李某发送微信信息说“单张纸的机器还是有不少需求，得尽快弄了”，李某回复称“好的，我尽快去潍坊”。10月2日，李某向赵某发送微信信息说“赵总：我草拟了两份合作协议，你先看一下，有问题明天见面沟通”。随后，李某向

赵某发送“合作协议（铠微-巡方）.docx”“合作协议（铠微巡方-某）.docx”文档，赵某回复称“OK，我看一下”。10月3日，李某邀请某公司法定代表人于某、赵某加入单张纸数码喷墨印刷机开发的微信群，并在群内发送“合作协议（铠微巡方-某）20191003.docx”文档。

经比对，李某提供给北京某公司赵某的设计图纸包括两组走纸滚筒的方案和四组走纸滚筒的方案。其中，两组走纸滚筒的方案与涉案专利说明书附图1、2基本相同，对应涉案专利权利要求5的技术方案；四组走纸滚筒的方案与说明书附图3基本相同，对应涉案专利权利要求6的技术方案。

二审中，李某陈述：其从事印刷设备行业几十年，一直与赵某有业务合作关系。巡方公司的法定代表人是李某的女儿，故其选择巡方公司作为与北京某公司进行双面打印机项目合作的主体。

北京某公司陈述：2019年，其准备做涉案专利这样的产品，多方寻求技术合作。当时，北京某公司分别找到了李某和某远公司的张某。北京某公司和潍坊某公司之间是合作关系。

赵某陈述：2019年10月2日或3日，其与张某在某远公司办公室见面，张某当场绘制了技术图纸。

张某陈述：其是印刷设备行业的技术人员，2019年入职某远公司。2019年10月2日或3日，其绘制了设计图纸给赵某，包括两种技术方案，赵某选择了其中一种。

关于涉案专利相对于现有技术的实质性特点，李某和北京某公司均认为应以涉案专利说明书第[0003]-[0005]段所载内容为准。

本院认为：本案为专利权权属纠纷。涉案专利的申请日在2008年修正的专利法施行日（2009年10月1日）之后、2020年修正的专利法施行日（2021年6月1日）之前，本案应适用2008年修正的专利法。本案的二审的争议焦点问题是：涉案专利权是否应归李某所有。

专利法第六条第二款规定：“非职务发明创造，申请专利的权利属于发明人或者设计人；申请被批准后，该发明人或者设计人为专利权人。”专利法实施细则第十三条规定：“发明人是指对发明创造的实质性特点作出创造性贡献的人。”《中华人民共和国民事诉讼法》第六十七条第一款规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解

释》第九十条规定：“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实，应当提供证据加以证明，但法律另有规定的除外。在作出判决前，当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果。”第一百零八条第一款、第二款规定：“对负有举证证明责任的当事人提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，确信待证事实的存在具有高度可能性的，应当认定该事实存在。对一方当事人为反驳负有举证证明责任的当事人所主张事实而提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，认为待证事实真伪不明的，应当认定该事实不存在。”本案中，李某主张北京某公司将李某发明并提供给北京某公司的技术方案申请涉案专利，对于该种类型的专利权权属纠纷，一般首先应由原告举证证明涉案专利技术方案来源于其在先完成的技术方案，特别是其对涉案专利的实质性特点作出了创造性贡献，并且被告在涉案专利申请日前能够获知该技术方案。如果被告主张涉案专利技术方案系其研发所得或有其他来源，应当提出反证。如果被告主张涉案专利系在来源于原告的技术方案基础上作出的改进，则应说明涉案专利技术方案与原告技术方案的区别，并就其对发明创造的实质性特点作出创造性贡献进行证明或合理的说明。人民法院根据双方当事人针对上述内容提交的证据进行综合评判，确定专利权归属。

本案中，李某主张涉案专利技术方案来源于其提供给赵某的设计图纸，北京某公司对此予以否认，并主张涉案专利系张某研发，故确认涉案专利权归属的关键在于认定涉案专利的实际发明人，即李某对涉案专利的实质性特点是否作出了创造性贡献，对此具体分析如下：

首先，关于北京某公司在涉案专利申请日前是否接触了李某的图纸。根据北京某公司陈述，其因研发双面喷墨印刷机，与李某进行接洽寻求技术合作。2019 年 8 月 28 日，李某将 4 张设计图纸的照片通过微信发送给北京某公司的法定代表人赵某。而且，在看到图之后赵某向李某发送信息，表示“单张纸的机器还是有不少需求，得尽快弄了”，其对于李某的设计方案并未提出异议，并希望尽快推进合作。可见，北京某公司在涉案专利申请日前已接触到李某提供的技术方案。

其次，关于李某的图纸能否证明涉案专利系由其研发。对于涉案专利相对于现有技术的实质性特点，李某和北京某公司均主张以涉案专利说明书第[0003]-[0005]段所载内容为准。说明书第[0003]段记载了本领域的背景技术和需要解决的问题，

即基于喷墨数码印刷中喷头只能向下喷印的技术原理，为实现单张纸双面打印，在保证喷印效果的同时提高喷印速度，纸张需要在设备中进行翻转。第[0004]段记载了涉案专利的发明内容，即“采用偶数个叼牙交接滚来实现纸张的翻转，且同时实现了纸张的正面朝上打印和纸张的背面朝上打印”。再结合涉案专利权利要求1关于具体部件、位置安排、连接关系等内容的记载，特别是双面走纸机构的技术特征，可以认定涉案专利与说明书中记载的现有技术相比，其实质性特点是通过采用偶数个叼牙滚筒与走纸滚筒呈纵向弧形排列交接实现纸张的翻转，使得纸张依次通过喷头时正反面均能向上，从而提高喷墨打印效率。根据上述实质性特点，涉案专利具有以下关键技术特征：1.进纸机构和堆叠纸机构在机架同侧，进纸机构设置在堆叠收纸机构上方；2.喷头设置在正面喷印叼牙滚筒、背面喷印叼牙滚筒的正上方；3.叼牙滚筒与走纸滚筒均应设置为偶数个；4.叼牙滚筒与走纸滚筒相互交接且呈纵向弧形排列以确保纸张顺利通过；5.正面喷印叼牙滚筒为逆时针转动，背面喷印叼牙滚筒为顺时针转动，与正面喷印叼牙滚筒相接的走纸滚筒为顺时针转动，与背面喷印叼牙滚筒相接的走纸滚筒为逆时针转动。经比对，李某提供给北京某公司赵某的设计图纸具备了上述技术特征的1-4，而且设计图纸还记载了多种技术方案，既包括了两组走纸滚筒的方案，也包括了四组走纸滚筒的方案。其中，两组走纸滚筒的方案与涉案专利说明书附图1、2基本相同，对应涉案专利权利要求5的技术方案；四组走纸滚筒的方案与说明书附图3基本相同，对应涉案专利权利要求6的技术方案。至于涉案专利权利要求中记载的动力机构、输出轴、转换齿轮盘等均为印刷机设备的常规设置，而上述技术特征5关于叼牙滚筒、走纸滚筒的转动方向设置对于本领域技术人员而言也是常规的。从赵某收到设计图纸后向李某发送了一些文件资料也可以看出，虽然李某的图纸上未标注相关部件的名称，但并不影响本领域技术人员理解该设计图纸所载的技术方案。因此，根据李某提交的图纸，可以证明其对涉案专利的上述实质性特点作出了创造性贡献。

最后，关于北京某公司的反证能否推翻上述认定。本案中，北京某公司虽提供了专利产品视频、专利产品设计图纸、工业品买卖合同、微信聊天记录等证据，但正如证据认定部分所述，上述证据尚无法证明涉案专利技术方案系由张某研发设计，即未能证明张某对涉案专利的实质性特点作出了创造性贡献，赵某、张某亦未提交证据。因此，北京某公司、赵某和张某应承担举证不能的法律后果。

综上，涉案专利技术方案来源于李某的设计图纸，根据现有证据可以在本案中认定李某对涉案专利的实质性特点作出了创造性贡献，并且北京某公司在涉案专利申请日前获知了该技术方案。同时，北京某公司及涉案专利的名义发明人赵某、张某提供的证据均不足以证明其对涉案专利的实质性特点作出了创造性贡献。基于现有证据，可以认定李某系涉案专利的唯一实际发明人和权利人。

此外，张某主张涉案专利系北京某公司委托某远公司研发，专利权应属于某远公司。对此，若以涉案专利系张某的职务发明为由主张专利权应归属于某远公司所有，前提应当是张某确系涉案专利的实际发明人。如上所述，张某作为本案当事人，未能提交有效证据证明其对涉案专利的实质性特点作出创造性贡献，本院已确认涉案专利的实际发明人为李某。故，某远公司向北京知识产权法院提起的诉讼并不影响本案审理。

综上所述，李某的上诉请求成立，应予支持。一审判决认定事实不清，适用法律错误，应予以纠正。依照2008年修正的《中华人民共和国专利法》第六条第二款，《中华人民共和国专利法实施细则》第十三条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十七条第一款，第一百零八条第一款、第二款，第一百七十七条第一款第二项，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十条之规定，判决如下：

一、撤销山东省青岛市中级人民法院（2021）鲁02知民初241号民事判决；

二、确认专利号为2020XXXX、名称为“一种基于叼牙滚筒的XX走纸结构”的实用新型专利权归李某所有。

一审案件受理费1000元、二审案件受理费1000元，均由潍坊某公司、北京某公司共同负担。

本判决为终审判决。

审 判 长　崔　宁

审 判 员　顾正义

审 判 员　柯胥宁

二〇二三年十一月十六日

法 官 助 理　赵如如

书 记 员　谭秀娇

德国布XX电梯公司与布XX电梯有限公司、山西布XX电梯公司、布XX电梯工程服务公司、山西布XX电梯工程服务公司、布XX机电公司、长治某水泥公司、申某1、申某2
侵害商标权及不正当竞争纠纷案

——河南博云天律师事务所　韩萌、王淑君

案例简介：

原告创立于1986年，系德国从事电梯设计、生产、安装、改造和维护一体的家族企业，未在国内开展过业务。长治某水泥公司因业务转型需要，于2014年7月16日与原告签订了《技术进口合同》，约定原告向长治某水泥公司转让生产制造高档电梯的专有技术以及德文标志A（该标志的显著部分即原告家族企业的姓氏“BR***”），长治某水泥公司从原告获得该标志的15年使用权，标志的使用权仅限于中国境内使用。长治某水泥公司将在自己的生产车间里使用原告提供的专有技术为中国电梯市场生产中高档的电梯设备。合同签订后，长治某水泥公司应立即向原告支付转让费25万欧元，并从2014年7月16日开始支付6%的税前利润。

《技术进口合同》签订后，长治某水泥公司未按约付款，且其法定代表人申某2和经理申某1将原告家族姓氏“BR***”的音译“布XX”作为企业字号，先后设立了布XX电梯有限公司、山西布XX电梯公司、布XX电梯工程服务公司、山西布XX电梯工程服务公司、布XX机电公司，并以上述部分公司的名义申请并获准注册了7个与“布XX”相同或近似的商标，还以原告家族姓氏“BR***”作为域名的主要部分进行网络推广。原告还称长治某水泥公司以成立合资公司为诱饵，获取原告的《商事登记簿》、公司简介、客户信息等相关经营信息，实际双方无法就合资公司事宜达成一致意见，最终未能签署合资合同，但是被告在宣传过程中称中德合资、中德合作等等，并将原告的网站链接至被告的网站。此外，原告在国内围绕原告家族姓氏“BR***”注册了多个商标（这些商标在国内未实际使用），被告公司的网站上使用原告的部分商标。

2021年，原告举报至市场监管部门，市场监管部门认定布XX电梯有限公司构成

商标侵权及不正当竞争。之后，原告又向杭州市中级人民法院提起诉讼，要求：1、判令被告停止侵犯原告12枚注册商标专用权的行为；2、确认被告注册7个商标的行为构成不正当竞争，并注销上述商标；3、判令被告停止使用“布XX”作为企业字号；4、停止“中德合作”“中德合资”等虚假宣传；5、停止侵犯原告的商业秘密；6、注销含有原告家族姓氏“BR***”的网站域名；7、赔偿原告损失及合理开支3100万元。

最终，杭州中院一审判决被告侵犯了原告4枚注册商标专用权，构成虚假宣传，赔偿原告损失及合理开支560万元，但是未认定被告侵犯原告的商业秘密，也未认定被告申请注册商标的行为构成不正当竞争，同时该判决认定被告使用甲字号的行为不构成不正当竞争。目前，判决已经生效。

参评理由：

一、本案系中德企业合作过程中产生的纠纷，属于涉外知识产权业务。并且，原告索赔3000余万元，法院最终判令500余万元，最终为被告减少损失2500余万元。

二、该案涉及侵权与违约责任的竞合问题，尽管原被告双方签订的《技术进口合同》约定管辖机构为斯德哥尔摩国际仲裁院，但是，法院最终认可原告可以向中国境内被告住所地法院提起侵权诉讼，合同约定不影响侵权诉讼管辖。

三、针对被告注册商标的行为是否构成不正当竞争的问题，律师提出《商标法》与《反不正当竞争法》之间是特别法与一般法的关系，在《商标法》已有明确规定的情况下，不存在《反不正当竞争法》的适用空间。鉴于《商标法》已经明确规定了哪些商标申请行为属于不正当申请，还规定了相应的救济途径，因此，判断被告申请商标的行为是否合法应当通过行政而非诉讼程序解决。最终人民法院采纳上述观点，认定被告的商标核准注册后，原告认为被告申请注册商标行为构成不正当竞争的，人民法院不宜在民事案件中予以处理。

四、针对被告是否构成商标侵权的问题，原告作为维权基础的商标共有14枚，诉讼中因连续三年未使用被撤销的商标共4枚，其他8枚商标有4枚因核定使用的服务与被告从事的服务不构成类似服务，最终未被认定为侵权。

五、针对被告的企业字号是否构成不正当竞争的问题，律师提出原告系一家德

国企业，原告德文字号从未在国内进行使用，并且，被告提交了多份证据，可以证明原告的德文字号系常见姓氏，有多种音译，与被告的字号并非一一对应关系。最终，人民法院采纳上述观点，认为无证据证明在被告注册其中文企业字号前，该中文字号与原告德文字号已形成稳定的对应关系，已产生识别经营主体的商业标识意义，且因原告在中国境内并未开展经营业务，未形成有一定影响的企业名称，现有证据无法证明被告使用中文字号的行为会产生引人误认为是原告或者与原告存在特定联系的混淆行为，因此，被告使用中文字号的行为不构成针对原告的混淆不正当竞争行为。

六、针对赔偿金额的问题，律师提出原告的起诉已经超过诉讼时效，并且原告从未在国内开展经营活动，案涉商标未实际使用，被告依法不应当承担赔偿责任。诉讼过程中，还针对原告注册已满三年的商标申请撤三，最终，人民法院大大降低了判赔金额。

法律文书：一审代理词

代理词

审判长、审判员：

根据《民事诉讼法》第六十一条、《律师法》第三十条之规定和河南博云天律师事务所指派，代理人接受被告布 XX 电梯有限公司、山西布 XX 电梯公司、布 XX 电梯工程服务公司、山西布 XX 电梯工程服务公司的共同委托，参加本案的诉讼活动。代理人认为原告主张被告构成商标侵权及不正当竞争，要求确认被告布 XX 电梯有限公司的商标归其所有，没有事实和法律依据，其索赔 3000 余万元，依法不应支持。为便于合议庭查明案情，现发表如下代理意见：

一、原告主张被告构成商标侵权，明显不成立

（一）被告未提供《类似商品和服务区分表》第 7 类之外的商品和服务，不可能侵犯原告在其他类别上的注册商标专用权。

《商标法》第五十七条规定：“有下列行为之一的，均属侵犯注册商标专用权：（一）未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的；（二）未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的；……。”

据此，只有被告的商品或服务与原告商标核定使用的商品/服务相同或类似时，才涉及商标侵权问题。

原告作为维权依据的商标共12枚，其中核定使用在第7类“电梯”商品上的商标共4枚，分别是第201345XX号“B”、第318968XX号商标、第356252XX号“BR***”商标，其他8枚商标均属于服务商标。对于服务商标而言，只有行为人的服务对象是其本人之外的第三方时，才属于对服务商标的使用；如果服务对象只有行为人自己，则相关的服务行为从属于制造产品的行为，应当以行为人生产的产品作为商品类似与否的考虑因素。对此，《类似商品和服务区分表》亦明确规定“按分类的要求，只有在为他人提供的情况下，商品的制造或生产才被视为服务。如果制造或生产不是为履行满足客户的特殊需要、要求或规格的产品订单，则一般从属于制造商交易活动中的主要商业行为或是商品。”

布XX电梯有限公司、山西布XX电梯公司均为电梯制造企业，负责电梯的生产和销售，布XX电梯工程服务公司、山西布XX电梯工程服务公司专门为布XX电梯有限公司和山西布XX电梯公司生产和销售的电梯提供安装、保养、维修等售后服务，不负责对其他第三方的电梯进行安装和售后，且四被告从未提供过定做材料装配、工业品外观设计、技术研究等服务。因此，四被告提供的商品属于《类似商品和服务区分表》第7类，不涉及其他类别，不会侵犯原告在其他类别上注册的商标。

（二）被告对“BR***”“B”等图文组合标识的使用，属于在先使用，不构成商标侵权。

《商标法》第五十九条第三款规定：“商标注册人申请商标注册前，他人已经在同一种商品或者类似商品上先于商标注册人使用与注册商标相同或者近似并有一定影响的商标的，注册商标专用权人无权禁止该使用人在原使用范围内继续使用该商标，但可以要求其附加适当区别标识。”据此，只要被告使用被控侵权标识的时间早于原告商标申请日，且有一定影响，则被告即构成在先使用，不构成商标侵权。本案显然符合这一条件：

1.被告使用被控侵权标识的时间，均早于原告商标申请日。

原告于2016年5月30日申请注册四枚“B”商标，于2018年6月28日申请注册四枚商标，于2018年12月28日在第7类和第42类上申请了2枚“BR***”商标，于2020年4月2日在40类上申请了1枚“BR***”商标，又于2020年12月10日

在第37类上申请了1枚“BR***”商标。在原告申请上述商标之前，被告已经对被控侵权标识进行了实际使用，体现在：

第一，原告提交了17份布XX电梯有限公司电梯销售合同（见原告补充证据13），其中有12份合同签订时间在2014年10月27日至2018年3月之间，合同上均使用了“BR***”。被告提交的102份合同上也使用了上述标识。

第二，根据被告提交的“布XX电梯”微信公众号时间戳认证证书，早在2014年11月27日，被告即已开设微信公众号，持续进行推广，公众号文章使用了“BR***”“B”标识。

第三，“布XX电梯”微信公众号2015年5月28日刊登的“公司网站备案说明”一文中，显示：“由于网站版本更新需要，公司网站www.BR***-elevator.com将会有14天左右的时间进入备案期”，可以证明布XX电梯有限公司的网站在2015年即已建设完成。结合原告提交的网站公证书，被告在网站上使用了“BR***”“布XX”标识。

2.被告的使用已经具有一定影响

第一，根据原被告提交的布XX电梯销售合同，截至2018年12月28日原告申请“BR***”商标之日，被告布XX电梯有限公司、山西布XX电梯公司生产的布XX、BR***电梯已销售至河南、辽宁、福建、湖北、贵州、黑龙江、四川、新疆、江西、上海、天津、湖南、云南、宁夏、陕西、浙江、山东、内蒙古、山西、青海、重庆、河北等20多个省、自治区、直辖市，甚至出口朝鲜等国家。被告提交的102份合同销售额约6000余万。

第二，被告获得了大量的荣誉，包括但不限于浙江省科技型中小企业（2016年、浙江省科学技术厅）、县级企业研究开发中心（2016年、德清县科学技术局）、县级创新型企业（2016年、德清县科学技术局）、企业可持续发展项目证书、知识产权管理体系认证证书、德清县隐患排查治理体系建设先进企业（2016、1，德清县安全生产监督管理局），安全生产诚信管理A级企业（2016、1，德清县安全生产委员会），在2018企业信息化创新项目评选中被评为优秀奖（浙江省企业信息化促进会）等。

第三，被告对被控侵权标识进行了长期的推广和宣传，在公司网站、微信公众号上对案涉商标进行了使用和推广。

显然，被告属于在先使用，且已具有一定影响，不构成侵权。

（三）被告使用被控侵权标识已征得原告同意，不构成侵权。

原被告2013年10月签订《技术合作协议》时，即已决定在品牌领域深度合作；2014年7月签订《技术进口合同》时，进一步明确德清和长治的工厂可以使用布XX品牌。2014年8月，被告前往德国洽谈合作事宜，原告专门制作了“布XX电梯-中国热烈欢迎来到布XX电梯-德国”以示欢迎。根据原告提交的邮件往来记录，布XX电梯有限公司曾于2015年7月告知原告已经销售了1000台布XX电梯，原告对被告取得的成绩表示认可；在原告发送的所有邮件中，其从未要求被告停止使用“布XX”商标。原告当庭回答有无使用案涉商标时，亦表示被告对案涉商标的使用就是原告的使用。以上，足以说明原告对被告有权使用该商标是明知且认可的，在2014年《技术进口合同》未解除的情况下，原告主张被告构成侵权，依法不应支持。

我们注意到，原告称被告未支付使用费，无权使用案涉商标。这一说法，明显不成立。因为，原告许可被告使用的BR***商标，早在2005年7月25日即已由案外人沈智雄申请，并于2008年10月14日核准注册，核定使用的商品为第7类“电梯”，直到2019年10月23日该商标才因连续三年未使用被撤销。故此，至少在2019年10月23日之前，“BR***”注册商标专用权归案外人沈智雄享有，包括原告在内的任何人均无权使用，当然也无权许可被告使用，相应地被告也无需支付使用费。

我们还注意到，原告一边声称未同意被告使用BR***商标，一边又谴责被告未支付使用费。这一说法，前后矛盾。如果不存在许可，被告当然无需付费，原告有何理由指责被告呢？这只能说明其认可被告使用BR***商标，只是认为被告应当支付费用而已。鉴于商标侵权制止的是未经权利人同意进行的使用，而被告的使用已经征得原告同意，且未超过合同约定的范围，在此情况下，本案充其量是个合同纠纷，原告按照侵权案件提起诉讼，没有事实和法律依据。

二、被告布XX电梯有限公司申请注册商标于法有据，原告主张被告将商标予以注销，无事实和法律依据，且适用程序严重错误

（一）判断被告申请商标的行为是否合法，应当通过行政而非诉讼程序解决。

原告认为被告申请商标的行为构成不正当竞争，主张适用《反不正当竞争法》。然而，《商标法》与《反不正当竞争法》之间是特别法与一般法的关系，在《商标法》已有明确规定的情况下，不存在《反不正当竞争法》的适用空间。

原告认为被告申请商标的行为属于恶意抢注，对此，《商标法》已经明确规定了哪些商标申请行为属于不正当申请，还规定了相应的处理办法，包括在先权利人、利害关系人可以在初审公告阶段提出异议，阻止恶意申请的商标获准注册；一旦该商标获准注册，权利人还可以根据《商标法》第四十五条的规定，在5年内请求商标评审委员会宣告该商标无效。鉴于被告的商标已经核准注册，因此，如果原告认为被告申请商标的行为不合法，则其应当向国家知识产权局商标评审委员会申请宣告无效，由商评委通过行政程序处理，只有对商标评审委员会的裁定不服的，才能向人民法院提起诉讼，由人民法院按照行政诉讼进行审理。

原告拒不申请无效宣告，直接提起民事诉讼要求认定被告申请商标的行为构成不正当竞争，诉讼程序严重错误。一旦按照民事诉讼对原告的该项诉讼请求进行审理，不仅会架空《商标法》规定的行政前置程序，导致人民法院错误地行使了依法应当由国家知识产权局行使的职权，而且规避了《商标法》对权利人申请无效宣告的期限限制，其后果是权利人在商标注册期满5年后，虽然丧失了依据《商标法》申请宣告无效的权利，却仍然可以依据《反不正当竞争法》要求注销该商标，这显然违背了《商标法》督促权利人及时行使权利、维持商标公示制度公信力的立法初衷，依法不应支持。

需要说明的是,被告第155578XX号“布XX”商标于2015年12月7日核准注册，截至原告2021年8月提起本案诉讼之日，该商标注册期限已满5年，原告已无权再申请宣告该商标无效，其要求注销该商标同样没有依据。

（二）原告主张被告将已经注册的商标予以注销，无事实和法律依据。

《商标法》第十五条规定：“未经授权，代理人或者代表人以自己的名义将被代理人或者被代表人的商标进行注册，被代理人或者被代表人提出异议的，不予注册并禁止使用。就同一种商品或者类似商品申请注册的商标与他人在先使用的未注册商标相同或者近似，申请人与该他人具有前款规定以外的合同、业务往来关系或者其他关系而明知该他人商标存在，该他人提出异议的，不予注册。”据此，只有同时具备下列条件时，才能认定被告的商标申请行为构成违法：第一，原被告之间存在代理或代表关系，或者原被告之间存在合作关系，被告明知原告属于在先使用。第二，原被告的商标相同或近似；第三，被告商标核定使用的商品/服务与原告构成相同或类似。然而，本案明显不存在上述情形，体现在：

1.原被告之间不存在代理/代表关系，且原告不属于在先使用。

一般认为，所谓的代理或代表关系，即双方之间存在委托代理或经销关系、劳动关系。对此，《商标审查和审理标准》有明确规定：“3.1 代理人不仅包括《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国合同法》中规定的代理人，也包括基于商事业务往来而可以知悉被代理人商标的经销商。代表人系指具有从属于被代表人的特定身份，执行职务行为而可以知悉被代表人商标的个人，包括法定代表人、董事、监事、经理、合伙事务执行人等人员。”

根据原被告2014年7月16日签订的《技术进口合同》可知，双方的合作模式是原告向被告提供生产制造高档电梯的专有技术，而非直接提供原告生产的电梯，由被告在国内进行销售。并且，合同签订后，原告未向被告提供技术，因此被告不是原告的经销商，双方之间不存在代理或代表关系，仅仅是合作关系，这就需要进一步判断原告是否构成在先使用。

鉴于商标具有地域性，按照一国法律获得承认和保护的权利，原则上只能在该国范围内发生法律效力，不具有域外效力，其他国家对这种权利没有保护的义务，任何人均可在自己国家自由使用和注册该商标，无需取得他国权利人的同意。这就决定了判断原告是否构成在先使用，应当以其有无在中华人民共和国境内使用作为判断标准。对此，一方面，被告布XX电梯有限公司第155578XX号“布XX”商标申请日为2014年10月23日，在此之前，电梯商品上的“BR***”注册商标专用权归案外人沈智雄享有，原告无权使用，当然也不可能构成在先使用。另一方面，事实上，原告已当庭自认其未曾在中国境内进行过使用，德清县市场监督管理局《行政处罚决定书》也认定其在行政处罚程序中“未能提交德国布XX在国内生产经营信息和商标品牌影响力等相关材料”。（见原告补充证据17）以上，足以说明原告从未在中国境内使用过“BR***”商标，不可能构成在先使用，因而原告对“BR***”商标不享有在先的合法权益,被告布XX电梯有限公司申请商标的行为不属于恶意申请。

2.原被告的商标不属于相同或类似商品上的相同或近似标识。

原告主张被告布XX电梯有限公司注销的商标共四枚，分别是：第155578XX号“布XX”商标（2014年10月23日申请、2015年12月7日注册），第420824XXA号商标（2019年11月4日申请、2020年8月14日注册），第423176XX号商标（2019年11月13日申请、2021年1月28日注册），第420746XX号商标（2019年11月4

日申请、2020 年 7 月 14 日注册）。其中：

（1）“BR***”与“布 XX”不构成近似标识，这一事实已经得到了商标局的明确认定。在原告第 356252XX 号“BR***”商标初审公告期内，被告布 XX 电梯有限公司曾以该商标与被告第 155578XX 号“布 XX”商标近似为由提起异议，2021 年 8 月 10 日，商标局作出（2021）商标异字第 0000101119 号决定，认定二者在文字构成、呼叫及整体外观上区别明显，因而未构成使用于类似商品上的近似商标，如予并存使用一般不会造成消费者的混淆误认，并决定准予原告第 356252XX 号“BR***”商标注册。同时，该商标核定使用在《类似商品和服务区分表》第 6 类、7 类、19 类、20 类、35 类、37 类和 42 类上，除第 7 类之外，其他类别均与原告无关。（商标局决定，见被告证据 17，证据清单 P103）

（2）“BR***”与“BR***EN”相比，后者的文字构成比前者多了“EN”，直接导致二者的读音区别明显，不构成近似。对此，原告在先申请的“BR***”商标注册后，布 XX 电梯有限公司在相同和类似商品上申请的在后商标仍然能够核准注册，也印证了这一事实。

（3）“BR***”与“”相比，布 XX 电梯有限公司的商标由中文和外文上下两部分组成，结合国人的语言习惯，中文部分在整个标识中更具有显著性，因此二者仍然不属于近似标识。并且，该商标核定使用在第 37 类“室内装潢”服务上，而原告未曾从事此类服务。

（4）“BR***”与“”相比，二者的文字构成、排列顺序明显不同，同样不属于近似标识。此外，该商标核定使用在第 6 类、7 类和 37 类上，其中第 6 类与原告无关。

3.被告的商标完全依赖于自己的技术、产品、服务、宣传和推广，与原告毫无关系。

首先，从商标命名上看，被告布 XX 电梯有限公司的注册商标“布 XX”，与原告在德国使用的“BR***”之间不具有一一对应关系，“BR***”可以音译为“博朗”“布瑞恩”“布朗”等等，比如在百度浏览器输入 BR***进行检索，首先出来的便是德国博朗公司的产品。实际上，原告最初向被告介绍 BR***品牌时翻译的中文是“布朗”，是被告申某 1 而非原告提出将其译为“布 XX”。

其次，从商标运营管理上看，商标的价值需要依托产品和服务才能体现出来，

而被告布XX电梯有限公司和山西布XX电梯公司生产的产品，均依赖的是被告自己的技术，由被告利用自有资金、在自有厂房里加工制造。无论是在产品制造研发方面，还是在品牌推广宣传方面，原告未曾为被告提供任何的帮助和指导，因此，“布XX”品牌在国内的影响力完全依赖于被告自己，相应的权益当然也应当归被告享有。需要说明的是，虽然原被告曾签订《技术进口合同》，约定由原告向被告提供电梯制造技术，但是截至目前原告也未曾提供。

（三）被告申请案涉商标已征得原告同意，其主张被告申请商标构成不正当竞争，明显违背事实。

根据《技术进口合同》第12.7条“乙方帮助甲方在中国注册‘布XX电梯-中国’商标并提供相关资料”之约定，原告明确同意由被告申请“布XX”商标。因此，其主张被告申请相关商标构成不正当竞争，明显违反合同约定。（《技术进口合同》第12.7条，见被告证据9，证据清单P50）

综上，原告要求被告布XX电梯有限公司将已经注册的商标予以注销，于法无据。

三、被告将“布XX”作为企业字号、域名、微信公众号名称，不构成不正当竞争

（一）被告将“布XX”登记为字号，不构成不正当竞争。

原告当庭表示其要求被告停止将“布XX”作为企业名称，依据的是《反不正当竞争法》第六条第（二）项，即：“经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系：……（二）擅自使用他人有一定影响的企业名称（包括简称、字号等）、社会组织名称（包括简称等）、姓名（包括笔名、艺名、译名等）；……。”对于“企业名称”如何理解，《最高人民法院关于适用<中华人民共和国反不正当竞争法>若干问题的解释》第九条第一款规定：“市场主体登记管理部门依法登记的企业名称，以及在中国境内进行商业使用的境外企业名称，人民法院可以认定为反不正当竞争法第六条第二项规定的‘企业名称’。”据此，外国企业名称受到反不正当竞争法保护的前提是，在中国境内进行了商业使用，并具有一定影响。只有满足这一前提之后，才有必要进一步分析被告的使用行为是否会引人误认。

本案原告是一家德国企业，从未在中国开展过业务，其企业名称从未在中国境内进行过使用，更不可能产生一定影响，中国境内的消费者根本不知道原告的存在，

当然也不可能发生混淆误认。更何况，如前所述，原告的德文字号“BR***”与“布XX”之间不存在一一对应关系，商标局已经明确认定二者不属于近似标识，原告无法基于“BR***”标识禁止被告使用“布XX”，因而被告将“布XX”作为企业字号，不构成不正当竞争。

（二）被告使用“sxBR***.cn”“BR***-elevator.com”不构成不正当竞争。

《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第四条规定：“人民法院审理域名纠纷案件，对符合以下各项条件的，应当认定被告注册、使用域名等行为构成侵权或者不正当竞争：（一）原告请求保护的民事权益合法有效；（二）被告域名或其主要部分构成对原告驰名商标的复制、模仿、翻译或音译；或者与原告的注册商标、域名等相同或近似，足以造成相关公众的误认；（三）被告对该域名或其主要部分不享有权益，也无注册、使用该域名的正当理由；（四）被告对该域名的注册、使用具有恶意。”据此，只有被告没有注册使用域名的正当理由时，才涉及域名不合法的问题。被告的企业字号为“布XX”，因此在该字号合法的情况下，被告使用“布XX”的音译“BR***”，当然也是合法的。

需要说明的是，山西布XX电梯公司的网站在本案诉讼前已经关停。

四、原告主张被告侵犯其商业秘密，于法无据

《反不正当竞争法》第九条第三款规定：“本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。”据此，原告既然主张被告侵犯其商业秘密，则其至少应当举证证明其所谓的商业秘密具有秘密性，且已采取保密措施。

原告称其主张的商业秘密是商事登记簿、宣传册、被告发展历程中所有的客户信息、客户照片。然而，其未举证证明其对上述信息采取了保密措施，且商事登记簿的内容是公司的基本情况，宣传册是为了对公司进行宣传，显然不具备秘密性；被告在发展历程中所使用的客户信息，只是列举了客户名称、办公场所的照片，不能反映客户的交易偏好等个性化特征，属于通过公开渠道容易获得的信息，同样不具备秘密性。因此，原告所谓的商业秘密，不符合《反不正当竞争法》的规定，依法不受保护，其主张被告侵犯商业秘密，依法不应支持。

五、原告主张被告构成虚假宣传，于法无据

根据《技术合作协议》《技术进口协议》，原被告双方从2013年10月开始，

一致同意在电梯制造技术方面深入合作；2014 年 7 月进一步明确技术和品牌合作细节；8 月，被告前往德国与原告洽谈合作时，原告还专门制作了条幅“布 XX—中国热烈欢迎来到布 XX—德国”；11 月，布 XX 电梯有限公司举行“布 XX 电梯中德合资签约仪式暨布 XX 电梯生产基地浙江工厂亚太研发中心揭牌仪式”，原告经理托比亚斯·布 XX 专程前来参加仪式，在接受记者采访时明确表示“相信布 XX 和中国的合作有一个美好的未来”。可见，原告对于被告布 XX 电梯有限公司对外宣传用语是明知且认可的，否则其不可能在长达 7 年的时间里从未要求被告更换。因此，被告不构成虚假宣传。

六、原告索赔 3000 余万元，依法不应支持

（一）原告起诉严重超过诉讼时效，2018 年 8 月之前无论其有无遭受损失，依法均不应支持。

2014 年 11 月，布 XX 电梯有限公司筹备的“布 XX 电梯中德合资签约仪式暨布 XX 电梯生产基地浙江工厂亚太研发中心揭牌仪式”在浙江德清举行，原告总经理托比亚斯·布 XX 亲自参加揭牌仪式，并在标注有“BR***布 XX 电梯”图文组合标识的背景墙前接受采访，表示“我们来到中国，是为了把德国的先进技术和高质量的产品带到中国，相信布 XX 和中国的合作有一个美好的未来”。显然，其当时即已明知被告使用了 BR***商标、布 XX 字号，并对外宣传中德合资等。根据当时行之有效的《民法通则》第一百三十五条“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年”之规定，原告最晚应当于 2016 年 11 月提起诉讼。然而，其直至 2021 年 8 月 20 日才提起本案诉讼，严重超过诉讼时效，则对于 2018 年 8 月 20 日之前被告实施的行为，无论是否给原告造成损失，原告的索赔要求依法均不应支持。

对于 2018 年 8 月 20 日之后被告实施的行为，根据《民法典》第一千一百七十三条“被侵权人对同一损害的发生或者扩大有过错的，可以减轻侵权人的责任”之规定，假如给原告造成了损失，那么其中一部分也是因原告长期怠于行使自己的权利所致，该部分损失应当由原告自行承担。否则，无疑是鼓励权利人“放水养鱼”，纵容其在明知对方实施了相关行为的情况下恶意拖延起诉，待对方规模不断扩大后再提出高额索赔，违反诚实信用原则。

（二）原告未在国内开展经营活动，不会因被告的行为而遭受损失，其索赔依法不应支持。

1.原告的注册商标未实际使用，被告依法不应承担赔偿责任。

《商标法》第六十四条规定：“注册商标专用权人请求赔偿，被控侵权人以注册商标专用权人未使用注册商标提出抗辩的，人民法院可以要求注册商标专用权人提供此前三年内实际使用该注册商标的证据。注册商标专用权人不能证明此前三年内实际使用过该注册商标，也不能证明因侵权行为受到其他损失的，被控侵权人不承担赔偿责任。”据此，原告要求被告承担赔偿责任，则其首先应当举证证明其对案涉商标进行了实际使用。

对此，原告已当庭认可其未在中国境内对案涉商标进行使用，德清县市场监督局《行政处罚决定书》也明确认定原告“未能提交德国布XX在国内生产经营信息和商标品牌影响力等相关材料”（见原告补充证据17P3），进一步印证了上述事实。鉴于其未在中国境内使用案涉商标，则无论被告是否构成侵权，均不会给原告造成损失，当然也不存在赔偿损失之说。

2.原告的企业名称和域名未在国内进行商业使用，被告依法不应承担赔偿责任。

原告当庭表示被告使用“布XX”字号、在域名中使用“BR***”，均属于混淆行为。然而，相关公众是否会发生混淆误认，首先取决于原告作为一家德国企业，有无在中国境内进行商业使用，使中国境内的相关公众知道原告的存在。对此，《最高人民法院关于适用<中华人民共和国反不正当竞争法>若干问题的解释》第九条第一款亦有明确规定。事实上，原告未在国内开展过经营活动，中国境内的相关公众根本不知道原告的存在，当然不会认为发生混淆误认，原告也不会因被告的行为而遭受损失，被告也无需承担赔偿责任。

3.原告未在国内开展经营活动，不会因被告的宣传而遭受损失。

根据《反不正当竞争法》第十七条第二款“因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定”之规定，权利人存在实际损失是侵权人承担赔偿责任的基本前提。但是，原告并未在国内开展经营活动，因此，无论被告是否构成虚假宣传，都不会对原告造成损害，原告要求被告赔偿损失，没有事实和法律依据。

4.原告关于被告的使用行为致使其无法进入中国市场的说法，明显不成立。

一方面，如果原告试图开拓中国市场，其2014年11月即已明知被告使用了相

关的标识和字号，则其应当立即启动诉讼活动，对被告的使用和宣传行为加以制止，但是其直到2021年8月才提起本案诉讼，时隔将近7年。只能说明原告要么对被告的行为是认可的，要么根本没有开拓中国市场的意愿，才会长期放任被告不断扩大规模。在此情况下，不是被告阻断原告进入中国市场，而是原告怠于行使权利导致其丧失了进入中国市场的良机，相应的后果应当由其自行承担。

另一方面，被告是否使用被控侵权标识，均不影响原告进入中国市场，因为如果原告的维权依据合法有效，其完全可以通过行政和诉讼等多种方式，制止他人未经许可的使用行为；并且，不同企业可以使用相同的字号，被告将“布XX”作为字号，不影响原告使用该字号。事实上，在电梯领域除被告使用“布XX”字号之外，还有多家企业使用了相同字号，足以印证这一事实，如布XX电梯（北京）有限公司、梅州市布XX电梯有限公司、河北布XX电梯工程有限公司、广西布XX电梯有限公司、广东布XX电梯有限公司、东莞市布XX电梯有限公司、福建省布XX电梯销售有限公司、长沙布XX电梯有限公司、平顶山布XX电梯销售有限公司、永城市布XX电梯销售有限公司、布XX电梯（厦门）有限公司等等。但是，直至目前原告仍未在国内开展过任何形式的商业活动，只能说明其没有进入中国市场的强烈意愿，其所谓的损失客观上并不存在。

（三）本案不具备惩罚性赔偿的适用空间

首先，根据《商标法》第六十三条、《反不正当竞争法》第十七条之规定，惩罚性赔偿仅适用于侵害注册商标专用权及商业秘密两种情形，被告的字号、域名及宣传无论是否构成不正当竞争，均无法适用惩罚性赔偿。

其次，原告无证据证明其所谓的商业秘密不为公众所知悉，且已采取保密措施，因而被告未侵犯其商业秘密，无法适用惩罚性赔偿。

再次，因被告对被控侵权标识的使用系在先使用，因而未侵犯原告的商标专用权。并且，惩罚性赔偿系在原告的实际损失、被告的侵权获利、商标许可使用费基础上加倍计算，而原告的注册商标未实际使用，不存在实际损失，被告依法不需要承担赔偿责任，当然也不涉及惩罚性赔偿的适用问题。

（四）原告主张的合理开支，部分不应支持。

原告主张合理开支100万元，包括律师费867125元、差旅费52396.05元。其中，有部分差旅费不是本案代理律师的费用，与本案无关，依法不应由被告承担。

律师费是以原告索赔金额3000万元为基础计算得出，但是原告明知其商标未实际使用，被告依法不应承担赔偿责任，且其所谓的商业秘密根本不存在，在此情况下其仍然提出巨额索赔，企图获得与其品牌知名度等不相适应的赔偿，严重脱离案件事实，依法不应支持。更为重要的是，原告两次开庭搞证据突袭，第二次开庭又当庭变更诉讼请求，且对其诉讼请求所依据的事实和法律模棱两可、含糊不清，法律服务效果与收费金额不相匹配，故此相关开支不属于合理开支，应当由原告自行承担。

综上，代理人认为，判断被告是否构成侵权及不正当竞争，应当严格依据事实和法律进行分析，审查原告的维权基础是否合法有效，不能仅仅因为被告的履行行为与双方签订的合同不符，就想当然地支持原告的所有诉请。本案原告虽有注册商标却未实际使用，无论被告是否构成在先使用，依法均不应承担赔偿责任；原告的企业名称和域名同样未在中国境内进行实际使用，依法不受保护，其所谓的商业秘密事实上并不存在，当然也谈不上被告侵犯其商业秘密的问题。原告不顾上述基本事实，提出高额索赔，试图获得与其投入不相适应的赔偿金额，依法不应支持。并且，假如原告因被告的行为遭受了实际损失，那也有一部分系其长期怠于行使自己的权利所致，对该部分损失应当由原告自负其责。

以上代理意见，敬请参考并采纳！

河南博云天律师事务所律师 韩萌、王淑君

年　月　日

裁判文书：一审判决书

浙江省杭州市中级人民法院

民事判决书

（2021）浙01民初2117号

原告：德国布XX电梯公司，住所地德意志联邦共和国。

法定代表人：帕梅拉·施X特、托比亚斯·布XX，经理。

委托诉讼代理人：张萍、王英，北京星林律师事务所律师。

被告：布XX电梯有限公司，住所地中华人民共和国浙江省。

法定代表人：贾某，执行董事。

委托诉讼代理人：韩萌，河南博云天律师事务所律师。

委托诉讼代理人：俞聪，浙江苕溪律师事务所律师。

被告：山西布 XX 电梯公司，住所地中华人民共和国山西省。

法定代表人：韩某，董事长兼总经理。

委托诉讼代理人：韩萌、王淑君，河南博云天律师事务所律师。

被告：布 XX 电梯工程服务公司，住所地中华人民共和国浙江省。

法定代表人：贾某，执行董事。

委托诉讼代理人：韩萌，河南博云天律师事务所律师。

委托诉讼代理人：俞聪，浙江苕溪律师事务所律师。

被告：山西布 XX 电梯工程服务公司，住所地中华人民共和国山西省。

法定代表人：申某 2，执行董事。

委托诉讼代理人：韩萌、王淑君，河南博云天律师事务所律师。

被告：布 XX 机电公司，住所地中华人民共和国浙江省。

法定代表人：贾某。

委托诉讼代理人：冯友涛、陈秋颖，浙江苕溪律师事务所律师。

被告：长治某水泥公司，住所地中华人民共和国山西省。

法定代表人：宋某，执行董事兼总经理。

委托诉讼代理人：冀旭鹏，山西信念律师事务所律师。

被告：申某 1，男，汉族，住中华人民共和国山西省。

委托诉讼代理人：段跃平，山西晶旌律师事务所律师。

被告：申某 2，男，汉族，住中华人民共和国山西省。

委托诉讼代理人：段跃平，山西晶旌律师事务所律师。

原告德国布 XX 电梯公司与被告布 XX 电梯有限公司、山西布 XX 电梯公司、布 XX 电梯工程服务公司、山西布 XX 电梯工程服务公司、布 XX 机电公司、长治某水泥公司（以下简称长治某水泥公司）、申某 1、申某 2 侵害商标权及不正当竞争纠纷一案，本院于 2021 年 8 月 20 日立案后，依法适用普通程序，于 2022 年 4 月 15 日公开开庭进行了审理，原告德国布 XX 电梯公司的委托诉讼代理人张萍、王英，被告布 XX 电梯有限公司、布 XX 电梯工程服务公司的委托诉讼代理人韩萌、俞聪，被告山西布 XX 电梯公司、山西布 XX 电梯工程服务公司的委托诉讼代理人韩萌、王淑君，被告布 XX 机电公司的委托诉讼代理人冯友涛，被告长治某水泥公司的委托诉讼代理人冀旭

鹏，被告申某1、申某2的共同委托诉讼代理人段跃平到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告德国布XX电梯公司向本院提出诉讼请求：请求判令，1.八被告立即停止侵害原告享有的第201345XX号、第201346XX号、第201348XX号、第201347XX号、第318968XX号、第319116XX号、第319037XX号、第319066XX号、第356267XX号、第451344XX号、第356252XX号和第520437XX号注册商标专用权及使用权的行为，包括但不限于停止在经营场所、门牌、商品、包装、广告宣传材料、名片、网站、微信公众号和其他宣传媒体上及活动中使用“B”“B AUF**GE”“BR***”商标及近似商标的行为。2.被告布XX电梯有限公司在中国国家知识产权局申请注册的第155578XX号“布XX”、第420824XXA号“BR***EN”、第420746XX号“BULRN”系列商标、第423176XX号“布XX电梯BR*** AUF**GE”商标及第509725XX号、第509818XX号和第509923XX号“BR*** AUF**GE”商标的行为构成不正当竞争，并注销上述商标。3.布XX电梯有限公司、山西布XX电梯公司、布XX电梯工程服务公司、山西布XX电梯工程服务公司、布XX机电公司立即停止使用“布XX”及与德文近似的文字及音译作为其企业名称，并在判决生效后十日内向企业名称登记主管机关申请变更企业名称，变更后的企业名称不应包含与原告商标近似的“B”“B AUF**GE”“BR***”“BR*** AUF**GE”“布XX”字样。4.八被告立即停止不正当竞争行为，包括但不限于停止在其经营场所、门牌、商品、包装、广告宣传材料、名片、网站、微信公众号和其他宣传媒体上及活动中使用“中德合资、中德合作、BR*** AUF**GE、BR*** AUF**GE布XX电梯亚太研发中心、BR*** AUF**GE布XX电梯亚太生产基地浙江工厂、布XX德国工厂、布XX中国浙江工厂、布XX中国山西工厂、原告公司简介、原告公司发展历程、经典案例及地址”等与原告相关的信息内容，并停止销售带有原告相关信息的所有电梯及相关商品，停止混淆、侵害商业秘密及虚假宣传等行为。5.被告布XX电梯有限公司注册浙ICP备14005649号BR***-elevator.com网站域名的行为构成不正当竞争，并注销该域名。6.被告山西布XX电梯公司注册晋ICP备20006585号sxBR***.cn网站域名的行为构成不正当竞争，并注销该域名。7.被告布XX电梯有限公司注册微信公众号“布XX电梯”的行为构成不正当竞争，并注销该微信公众号。8.被告山西布XX电梯公司注册微信公众号“山西布XX电梯公司”的行为构成不正当竞争，并注销该微信公众号。9.八被告

在其网站及全国性的主流媒体（电视、网站、报纸）的显著位置刊登内容含有“本公司与德国布XX电梯公司无任何从属关系、业务关系、本公司之前宣传中德合资、中德合作、BR*** AUF**GE布XX电梯亚太研发中心、BR*** AUF**GE布XX电梯亚太生产基地、布XX电梯浙江工厂、布XX电梯山西工厂等内容均为虚假宣传”的声明一个月，以消除侵权造成的不良影响。10.八被告消除其已销售的所有电梯产品中相关侵权商标和“中德合资”等不正当竞争文字内容，以消除侵权造成的不良影响。11.对八被告适用惩罚性赔偿，连带赔偿经济损失人民币3000万元及制止侵权行为的合理支出人民币100万元。12.被告布XX电梯有限公司、山西布XX电梯公司返还原告2014年7月29日经公证认证的商业登记簿（认证号：A3087742）原件，原告宣传册、客户照片（CD）原件。13.本案诉讼费用由八被告共同承担。事实与理由：原告是一家德国公司，创立于1986年，系从事电梯设计、生产、安装、改造和维护为一体的家族企业。原告生产销售自有品牌电梯，涵盖了观光电梯、客梯、扶梯、货梯、汽车电梯、船用电梯、玻璃电梯、医用电梯等所有电梯，并为全球企业设计和生产“德国制造”的高质量电梯组件和成套电梯系统。“BR***”是原告的家族姓氏，中文译为“布XX”。原告在德国注册了“BR***AUF**GE”第7、37、40、42类等多个商标，并在中国注册了“B”“B AUF**GE”“BR***”等系列商标。2013年9月，原告经冯克（Funke）先生介绍认识被告长治某水泥公司的原法定代表人申某1。长治某水泥公司有意引进德国技术生产电梯，原告亦有合作意向，双方开始商谈合作事宜。期间应申某1的要求，原告邀请申某1、申某2、申某庆、吴某丰及翻译等人到原告处参观考察。2014年7月16日，经过漫长的谈判，申某2代表长治某水泥公司与原告签订《技术进口合同》，约定“原告拥有生产制造高档电梯的专有技术，比如载人电梯、医用电梯、船用电梯、残疾人电梯、观光电梯、货梯、专用全自动货梯、无机房电梯以及节能专用电梯。原告向长治某水泥公司转让该专有技术以及标志'BR*** AUF**GE-China'。合同产品包含长治某水泥公司用原告的专有技术在中国生产的产品，此外长治某水泥公司从原告获得标志'BR*** AUF**GE-China’的15年使用权。标志的使用权仅限于中国境内使用。长治某水泥公司将在自己位于长治和浙江德清的生产车间里使用原告提供的专有技术为中国电梯市场生产中高档的电梯设备。长治某水泥公司无权给予分许可。合同签订后，长治某水泥公司应立即向原告支付专有技术和标志转让费用25万欧元，从2014年7月16日开始支付6%的税

前利润”。合同签订后，长治某水泥公司未按约定履行付款义务，期间原告多次向其发出催款邮件。自2013年至2017年，长达5年的时间里，长治某水泥公司以成立合资公司为诱饵，不断变更《合资合同》内容，同时骗取原告的信任，获取原告的《商事登记簿》、公司简介、客户信息等相关经营信息。双方无法就合资公司事宜达成一致意见，最终未能签署合资合同。长治某水泥公司至今仍未履行合同付款义务。长治某水泥公司的原法定代表人申某1和经理申某2利用这些商业秘密在原告不知情的情况下，将原告的家族姓氏“BR***”的音译“布XX”在中国设立下述公司：2013年11月12日，长治某水泥公司的法定代表人申某1与案外人吴某丰共同出资成立布XX电梯有限公司。2014年6月6日，长治某水泥公司的原法定代表人申某1和经理申某2共同出资成立山西布XX电梯公司。2015年7月6日，布XX电梯有限公司出资成立布XX电梯工程服务公司。2016年4月12日，山西布XX电梯公司出资成立山西布XX电梯工程服务公司。2020年3月3日，长治某水泥公司的原法定代表人申某1与案外公司共同出资成立布XX机电公司。期间，长治某水泥公司、申某1和申某2以支付《技术进口合同》转让费用为由将原告经理托比亚斯·布XX等人骗至德清，在其完全不知情的情况下参加所谓的浙江工厂（实际为布XX电梯有限公司）的开业庆典。2015年9月6日，布XX电梯有限公司利用原告的相关经营信息申请“布XX”系列商标，2020年4月13日申请“BULRN”商标，2020年5月申请“BR***EN”商标，同年10月，申请“布XX电梯BR***AUF**GE”商标。2018年2月13日，布XX电梯有限公司申请网站域名BR***-elevator.com，备案号：浙ICP备14005649。布XX电梯有限公司、山西布XX电梯公司、布XX电梯工程服务公司、山西布XX电梯工程服务公司、布XX机电公司共用该网站。布XX电梯有限公司认证微信公众号“布XX电梯”（微信号：BR***-ELEVATOR）。2020年1月7日，山西布XX电梯公司认证微信公众号“山西布XX电梯公司”。2020年7月14日，山西布XX电梯公司申请网站域名sxBR***.cn，备案号：晋ICP备20006585号。经查，山西布XX电梯公司与山西布XX电梯工程服务公司共用同一经营场所。布XX电梯有限公司、山西布XX电梯公司、布XX电梯工程服务公司、山西布XX电梯工程服务公司、布XX机电公司在其主要经营场所、门牌、商品、包装、广告宣传材料、名片、网站、微信公众号和其他宣传媒体上及活动中使用“中德合资、中德合作、BR*** AUF**GE布XX电梯亚太研发中心、BR*** AUF**GE布XX电梯亚太生产基地浙江工厂、布XX德

国工厂、布 XX 中国浙江工厂、布 XX 中国山西工厂、BR*** AUF**GE、B、原告简介、发展历程、经典案例及地址”等内容，足以使相关公众误认为该五被告与原告存在特定联系，五被告是原告在中国投资的公司。五被告生产的电梯在商品名称、包装、装潢中使用“中德合资、BR*** AUF**GE、B、BR***及 BR***的音译布 XX”足以使相关公众误认为五被告生产的电梯是原告的商品。五被告的上述行为侵害了原告的商标权、商业秘密。五被告擅自使用原告的企业名称、域名主体部分、网站名称、网页及主要内容的行为构成不正当竞争。长治某水泥公司骗取原告的经营信息、技术信息等商业信息，并披露、允许其原法定代表人申某 1 和经理申某 2 使用这些商业信息的行为及八被告使用骗取的商业信息的行为均侵害了原告的商业秘密。涉案被告上述侵权行为扰乱了市场竞争秩序，损害了原告和消费者的合法权益。原告为维护自身权益，依法提起诉讼，请求判如所请。

被告布 XX 电梯有限公司、山西布 XX 电梯公司、布 XX 电梯工程服务公司、山西布 XX 电梯工程服务公司共同辩称：1.原告的商标侵权指控不能成立，原告主张保护的 12 枚商标核定使用的商品和服务类别分别为第 7、37、40、42 类，而四被告仅从事电梯制造业务，不涉及其他业务，且四被告使用的标识在读音含义、文字组成等方面均与权利商标存在明显区别，不会引起误认。四被告对系列标识的使用为在先使用，不构成商标侵权。原告未举证证明其在中国境内对上述商标进行了实际使用，因而不存在所谓的损失，当然也无需赔偿。2.原告主张四被告注销相关标识没有事实和法律依据。原告作为一家德国企业，从未在中国境内使用过相应商标，且布 XX 系国外常见的姓，与原告并不存在唯一对应关系。“BR***”还可以音译为博朗、布瑞恩、布朗等。实际上原告最初向申某 1 介绍时，翻译的是布朗，是时任长治某水泥公司股东、法定代表人的申某 1 提出将其译为布 XX 以适应中国市场需要。随后，申某 1 与案外人共同出资于 2013 年 11 月设立布 XX 电梯有限公司，又于 2014 年 6 月 6 日与弟弟申某 2 共同出资设立山西布 XX 电梯公司。2014 年 7 月，技术进口合同签订时，原告明确同意由长治某水泥公司申请注册布 XX 中国商标。因此，原告主张被告申请商标构成不正当竞争违背事实。四被告的四枚注册商标在中国境内的影响力完全依赖于自身技术产品、服务宣传和推广，与原告并无关系。虽然原告 2013 年同意与被告深度合作，2014 年还承诺向被告提供电梯制造技术，但其未按约提供。因对合资细节分歧较大，导致双方最终未能顺利设立合资公司。原告要求被告将商

标转让给原告，企图不劳而获，违反诚实信用原则。该四枚注册商标除第7类以外，核定使用的商品或服务范围与原告商标并不相同，且双方标识也明显不同，不构成近似。3.原告的不正当竞争指控不能成立。原告作为一家德国企业，其企业字号只有在中国境内商业使用，具有一定影响，为相关公众所知悉后才能在中国境内受到保护。但四被告在公司设立前，原告从未在中国开展过业务，也从未在国内进行商业使用，任何人均有权使用“布XX”作为企业字号。布XX电梯有限公司在域名中使用“BR***”于法有据，公司的网站已经关闭。原告主张长治某水泥公司骗取其商业登记簿、公司简介、客户信息等商业秘密，但并未举证证明相关内容属于商业秘密及四被告的侵权行为，因此，侵害商业秘密的指控也不能成立。原告与被告早在2013年10月便已达成在电梯制造技术行业进行深入合作，且于2014年7月签订合同明确具体合作细节并进行后续的参观与洽谈合作事宜，原告对于被告宣传用语明知且认可，因此，原告主张四被告虚假宣传违反诚实信用原则。4.原告起诉已超过诉讼时效。原告早在2014年11月就已经派人参加了布XX电梯有限公司的开业仪式，显然其对布XX电梯有限公司使用的字号、商标宣传等均是明知的，但直至2021年8月才提起本案诉讼，已明显超过诉讼时效。

被告布XX机电公司辩称：1.布XX机电公司并未使用涉案商标以及近似商标，且作为独立法人，仅生产一般机械设备，并不生产也未销售电梯及电梯设备。2.布XX机电公司合法注册使用“布XX”文字，原告无权要求停止使用该名称。3.布XX机电公司系港澳台投资企业，从未使用过中德合资、中德合资合作等宣传内容。综上，被告并无侵权行为，原告针对布XX机电公司的诉讼请求无事实和法律依据，请求依法予以驳回。

被告长治某水泥公司辩称：1.原告及其相关人员与长治某水泥公司签订的技术进口合同及合资合同均未实际履行，其中涉及的相关商业信息也未提供给长治某水泥公司，因此，长治某水泥公司不存在披露和允许相关人员使用商业秘密的侵权行为；2.原告主张的商标及不正当竞争等侵权行为均与长治某水泥公司无关，长治某水泥公司并未委托申某2签订相关合同，即使查证属实也是申某1、申某2的个人行为，与长治某水泥公司无关。

被告申某1、申某2共同辩称：1.两被告通过中间人与原告洽谈合作，双方在2013至2014年间签订了《技术合作协议》《技术进口合同》。合同签订后原告未向

长治某水泥公司提供技术资料，被告也未支付相应款项。此后，双方于2015年12月17日在长治签订关于合资、品牌使用费、合资合同文本及之前协议效力的《会议纪要》，但原告不愿向合资企业出资，导致双方合作久拖不决。2.原告德文名称应译为布朗电梯有限公司，系申某1提议将在中国投资设立的电梯生产企业名称拟定为“布XX”电梯，这是“布XX电梯”的由来。原告在《技术合作协议》中承诺将对我们新建厂房布局规划、工艺流程规划、设备购置提出建议，还约定技术合作年限暂定15年至2028年底，但我们在长治、德清两地建厂后，其并未履行协议约定义务。《技术进口合同》约定，原告同意两被告在长治、德清使用其电梯制造技术及“布XX电梯—中国”品牌，但合同签订后原告未按约提供技术资料，申某1、申某2要求同时履行，原告不同意，其未提供资金，也未提供技术。3.两被告注册和使用“布XX”相关商标原告知情且同意，宣传中德合资、中德合作也是双方2013年以来双方共同追求，原告多次在国际场合介绍被告“布XX电梯”品牌是其在中国合作的电梯企业。故两被告并不存在商标侵权，也没有虚假宣传。4.两被告参与洽谈和签字均是职务行为，相关民事责任应依法由相应民事主体承担，两被告也从未使用过原告所谓的技术，请求依法驳回原告诉讼请求。

当事人围绕诉讼请求依法提交了证据，本院组织当事人进行了证据交换和质证。对当事人无异议的证据，本院予以确认并在卷佐证。

根据本案有效证据及当事人在庭审中的陈述，本院认定事实如下：

一、原告主张保护的注册商标等权利基础

（一）国内注册商标

1.原告系第201345XX号“B”商标的注册商标专用权人，核定使用商品为第7类“电梯（升降机）；自动扶梯；升降机（运送滑雪者上坡的装置除外）；电梯操作装置；升降机操作装置；升降装置；带式输送机（截止）”。该注册商标的申请日期2016年5月30日，专用期限自2017年7月21日起至2027年7月20日止。

2.原告系第201346XX号“B”商标的注册商标专用权人，核定使用服务为第37类“机械安装、保养和修理；办公机器和设备的安装、保养和修理（截止）”。该注册商标的申请日期2016年5月30日，专用期限自2017年7月21日起至2027年7月20日止。2024年1月29日，该商标因连续三年停止使用被国家商标局商评字（2024）第0000022525号撤销复审决定书予以撤销。该商标现处于无效状态。

3.原告系第201347XX号“B”商标的注册商标专用权人，核定使用服务为第40类“定做材料装配（替他人）（截止）”。该注册商标的申请日期2016年5月30日，专用期限自2017年7月21日起至2027年7月20日止。2023年10月30日，该商标因连续三年停止使用被撤销复审决定书予以撤销。该商标现处于无效状态。

4.原告系第201348XX号“B”商标的注册商标专用权人，核定使用服务为第42类“工业品外观设计；造型（工业品外观设计）；技术研究；工程学；技术咨询；计算机系统设计（截止）”。该注册商标的申请日期2016年5月30日，专用期限自2017年7月21日起至2027年7月20日止。2023年10月30日，该商标因连续三年停止使用被撤销复审决定书予以撤销后，仅在计算机系统设计（截止）类别上处于有效状态。

5.原告系第318968XX号“B AUF**GE”商标的注册商标专用权人，核定使用商品为第7类“电梯（升降机）；自动扶梯；升降机（运送滑雪者上坡的装置除外）；带式输送机；电梯操作装置；升降机操作装置；升降装置（截止）”。该注册商标的申请日期2018年6月28日，专用期限自2019年4月14日起至2029年4月13日止。

6.原告系第319066XX号“B AUF**GE”商标的注册商标专用权人，核定使用服务为第37类“机械安装、保养和修理;办公机器和设备的安装、保养和修理(截止)”。该注册商标的申请日期2018年6月28日，专用期限自2019年4月14日起至2029年4月13日止。2024年4月1日，该商标因连续三年停止使用被商评字（2024）第0000085866号撤销复审决定书予以撤销。该商标现处于撤销复审完成状态。

7.原告系第319116XX号“B AUF**GE”商标的注册商标专用权人，核定使用服务为第40类“定做材料装配（替他人）（截止）”。该注册商标的申请日期2018年6月28日，专用期限自2019年4月14日起至2029年4月13日止。2023年11月9日，该商标因连续三年停止使用被撤销复审决定书予以撤销。该商标现处于无效状态。

8.原告系第319037XX号“B AUF**GE”商标的注册商标专用权人，核定使用服务为第42类“工业品外观设计；造型（工业品外观设计）；技术研究；工程学；计算机系统设计；计算机技术咨询（截止）”。该注册商标的申请日期2018年6月28日，专用期限自2019年4月7日起至2029年4月6日止。2023年11月22日，该

商标因连续三年停止使用被撤销复审决定书予以撤销后，仅在计算机系统设计，计算机技术咨询（截止）类别上处于有效状态。

9.原告系第356252XX号“BR***”商标的注册商标专用权人，核定使用商品为第7类“电梯（升降机）；自动扶梯；升降机（运送滑雪者上坡的装置除外）；带式输送机、电梯操作装置；升降机操作装置；升降装置（截止）”。该注册商标的申请日期2018年12月28日，专用期限自2020年7月14日起至2030年7月13日止。

10.原告系第520437XX号“BR***”商标的注册商标专用权人，核定使用服务为第37类“机械安装、保养和修理；办公机器和设备的安装、保养和修理（截止）”。该注册商标的申请日期2020年12月10日，专用期限自2021年8月21日起至2031年8月20日止。

11.原告系第451344XX号“BR***”商标的注册商标专用权人，核定使用服务为第40类“定做材料装配（替他人）（截止）”。该注册商标的申请日期2020年4月2日，专用期限自2020年12月28日起至2030年12月27日止。

12.原告系第356267XX号“BR***”商标的注册商标专用权人，核定使用服务为第42类“工业品外观设计；造型（工业品外观设计）；技术研究；工程学（截止）”。该注册商标的申请日期2018年12月28日，专用期限自2020年7月28日起至2030年7月27日止。

（二）其他权利基础

1.德国专利商标局《商标注册簿登记信息证明》显示，注册号为第302011051XXX号文字/图形商标“BR***”，所有人托比亚斯·布XX，保护期自申请日起生效，申请日为2011年8月11日，登记日为2012年1月9日，截止日期为2021年8月31日，经续展后保护期至2031年8月31日，核定使用商品/服务类别为尼斯商标分类第7类，载货电梯、载人电梯、玻璃电梯和汽车电梯，第37类，电梯维护和维修，第40类，根据委托为第三方定制载货电梯、载人电梯、玻璃电梯和汽车电梯，第42类，载货电梯、载人电梯、玻璃电梯和汽车电梯的设计。德国商标专利局《受理确认函》显示，德国布XX电梯公司于2021年5月21日向该局申请注册商标，主分类为第7类，其他分类为第37、40、42类。

2.《域名查询结果》显示，域名BR***-aufzuege.de上次更新时间为2018年7

月27日，域名所有人德国布XX电梯公司，查询时间为2021年5月18日。托比亚斯·布XX、帕梅拉·施密特于2021年7月30日出具的《情况说明》显示，布XX电梯系德国的家族企业。1986年海因茨·布XX创立布XX电梯品牌，设立海因茨布XX电梯有限公司。2004年海因茨·布XX的妻子尤塔·布XX和儿子托比亚斯·布XX共同出资设立德国布XX电梯公司和德国布XX电梯公司。2017年尤塔·布XX在两家公司的股份由托比亚斯·布XX和姐姐帕梅拉·施密特共同继承。两家公司的有限责任股东（实际控制人）均是托比亚斯·布XX和帕梅拉·施密特。德国布XX电梯公司和德国布XX电梯公司共用同一办公地址和运营团队。布XX电梯的域名由德国布XX电梯公司申请，两家公司共用同一网站。布XX电梯的商标由托比亚斯·布XX申请，两家公司共同使用。

3.2011年10月18日，德国设计师联盟（AGD）设计师马蒂亚斯·格吕宁向托比亚斯·布XX发送电子邮件，主题为宣传册，内容为修改后的版本及附件，请通过传真进行最终校正/付印确认，有问题随时联系我。附件中彩色宣传册中带有“B”“BR***”标识。

4.德国机械设备制造业联合会（VDMA）官网显示，其是德国和欧洲机械设备制造领域最大的网络化组织，代表行业共同经济、技术和科学利益，分36个专业协会，3400家企业加入；电梯与自动扶梯协会代表德国电梯产业的近90家企业，销售额超过2亿欧元，占德国电梯与自动扶梯市场的约90%，其工作重点是在政策层面代表这些企业及在技术法规、经济形势和培训领域为其提供支持，参与国家和国际标准规范的制定，促进企业发展；原告为德国机械设备制造业联合会会员，会员编号05685，原告法定代表人托比亚斯·布XX为VDMA电梯与自动扶梯委员会的董事会成员。

5.原告提交的32份销售合同显示，原告于2010年至2019年期间将电梯产品销售至德国各地的银行、政府、机场、车站、医疗机构、图书馆、博物馆、美术馆等处。经统计，2010年至2019年每年销售额分别为144万余欧元，165万余欧元，152万余欧元，663万余欧元，414万余欧元，109万余欧元，202万余欧元，176万余欧元，192万余欧元，186万余欧元。

二、被告的基本情况及申请注册的商标

1.被告的基本情况

（1）2003年4月4日，山西某水泥公司成立，注册资本人民币4500万元，申

某1于2012年3月23日至2019年3月20日为股东（投资比例49%），并于2011年3月15日至2019年3月20日担任公司法定代表人，后投资人、管理人员、经营范围发生多次变更，2019年12月2日更名为长治某水泥公司，2019年6月10日法定代表人变更为宋某牛，现法定代表人为宋某。

（2）浙江某电梯部件公司成立于2013年11月12日，出资人吴某丰、申某1，注册资本人民币5000万元（吴某丰出资人民币500万元，申某1出资人民币4500万元），后增资为人民币2.1亿元，法定代表人申某1，经营范围包括电梯、扶梯及相关部件生产、安装、维修、销售，货物及技术进出口。2013年12月19日，公司更名为浙江布XX电梯有限公司，2014年12月5日，又更名为布XX电梯有限公司。2022年1月25日，法定代表人由申某1变更为贾某，2022年4月21日，股东由贾某、郭某阳、申某2变更为贾某、叶某。

（3）2014年6月6日，申某1与申某2出资成立山西布XX电梯有限公司，注册资本人民币1.5亿元，法定代表人为申某2，经营范围包括电梯、自动人行道、立体停车库、起重机械、实验设备、机械加工件及其相关配件的生产制造以及上述产品的销售、安装、维修等，股东为申某2（投资比例51%）、申某1（投资比例49%）。2015年12月30日，公司更名为山西布XX电梯公司。2019年7月3日，法定代表人由申某2变更为韩某。

（4）2015年7月6日，被告布XX电梯有限公司出资成立被告布XX电梯工程服务公司，注册资本为人民币5000万元，经营范围包括电梯安装工程服务、机电设备安装服务、起重设备安装服务等，申某1担任法定代表人，经多次变更后为贾某。

（5）2016年4月12日，被告山西布XX电梯公司出资成立被告山西布XX电梯工程服务公司，注册资本为人民币3000万元，申某2担任法定代表人。

（6）2020年3月3日，申某1（投资比例75%）与香港某投资公司（投资比例25%）出资成立被告布XX机电公司，注册资本人民币3亿元，经营范围包括机械设备销售、特种设备制造、特种设备安装改造等，申某1担任法定代表人；2024年9月11日法定代表人变更为贾某。

2.被告申请商标情况

（1）布XX电梯有限公司系第155578XX号“布XX”商标的注册商标专用权人，核定使用商品/服务为第6类、第7类、第19类、第20类、第35类、第37类、第

42 类。其中第 7 类包含：升降机（运送滑雪者上坡的装置除外）；电梯（升降机）；升降机传动带；升降设备；自动扶梯；升降装置；自动人行道；电梯操作装置；升降机操作装置；带升降设备的立体车库；升降机铰链（机器部件）；电动关门器；电动开门器；轴承（机器零件）；输送机传输带（截止），第 37 类包含电梯安装和修理等。该系列注册商标的申请日期为 2014 年 10 月 23 日，专用期限自 2015 年 12 月 7 日起至 2025 年 12 月 6 日止。

（2）布 XX 电梯有限公司系第 420824XXA 号“BR***EN”商标的注册商标专用权人，核定使用商品/服务为第 7 类（升降机(运送滑雪者上坡的装置除外)；电梯(升降机)；升降机传动带；升降设备；自动扶梯；电梯操作装置；带升降设备的立体车库；电梯；电梯门；楼梯升降机(截止)）、第 37 类（电梯安装和修理；客梯安装咨询服务；电梯和升降设备安装服务；电梯(升降机)修理或维护；电梯安装；电梯修理(截止)）。该系列注册商标的申请日期为 2019 年 11 月 4 日，专用期限自 2020 年 8 月 14 日起至 2030 年 8 月 13 日止。

（3）布 XX 电梯有限公司系第 420746XX 号“BRLRN”商标的注册商标专用权人，核定使用商品/服务为第 6 类、第 7 类（核定使用商品范围为，升降机(运送滑雪者上坡的装置除外)；楼梯升降机；电梯；电梯(升降机)；升降机传动带；升降设备；自动扶梯；带升降设备的立体车库；电梯操作装置；电梯门；自动扶梯(截止)）、第 37 类（核定使用服务范围为，客梯安装咨询服务；电梯(升降机)修理或维护；电梯修理；电梯和升降设备安装服务；电梯安装；电梯安装和修理）。该系列注册商标的申请日期为 2019 年 11 月 4 日，专用期限自 2020 年 7 月 14 日起至 2030 年 7 月 13 日止。

（4）布 XX 电梯有限公司系第 423176XX 号商标的注册商标专用权人，核定使用服务为第 37 类，核定使用服务范围为室内装潢（截止）。该注册商标的申请日期为 2019 年 11 月 13 日，专用期限自 2021 年 1 月 28 日起至 2031 年 1 月 27 日止。

（5）布 XX 机电公司系第 509725XX 号、第 509818XX 号、第 509923XX 号“BR***”商标的注册商标专用权人，核定使用商品范围分别为第 9 类、第 12 类、第 37 类，其中，第 509923XX 号商标核定使用服务类别为建筑、筑路等，申请日期均为 2020 年 11 月 4 日，专用期限分别为自 2021 年 12 月 7 日起至 2031 年 12 月 6 日止，自 2021 年 10 月 7 日起至 2031 年 10 月 6 日止，自 2021 年 9 月 7 日起至 2031 年 9 月 6 日止。

三、被诉侵权相关事实

2018年11月30日，原告的委托代理人使用电脑搜索“布XX电梯”，打开“布XX电梯有限公司官网——传承经典服务世界乘客电梯载货电梯观光电梯……”网页，网址为“www.BR***-elevator.com”，主页有“布XX电梯”“BR*** elevator”等标识，页面显示“布XX电梯1986年创立于德国中部工业城市卡塞尔市，公司专业从事曳引式乘客电梯、载货电梯、自动扶梯及人行道的设计、制造、销售及安装改造业务……"。网页底部的“关于我们”栏目有标识，“公众微信”栏目有“BR***-elevator”等标识。打开“关于我们”栏目中的公司概况，播放的视频文件中有“BR***”标识；公司概况记载“布XX电梯1986年创立于德国中部工业城市卡塞尔市，公司自成立以来始终以客户为导向，为用户提供卓越技术和服务，同时标准化的电梯解决方案又为客户提供了最佳的性价比产品……布XX电梯在中国设立亚太研发中心并在浙江和山西分别设厂……中国布XX电梯承接了德国精湛的技术、严谨的态度和高品质的标准……“”。发展历程的时间轴显示，1986年9月海因茨·布XX在齐伦贝尔格的维森街4号成立布XX电梯有限公司，经过多年发展，2009年11月承接法兰克福大学全部电梯的大订单，2011年9月公司25周年庆典，2013年11月布XX电梯浙江工厂成立，2014年6月布XX电梯山西工厂成立，2014年9月公司成立28周年。生产基地展示了布XX电梯德国总部的照片及相关介绍文字，布XX电梯浙江工厂及相关介绍文字，布XX电梯山西工厂及相关介绍文字。“新闻动态”栏目展示的图片中相关建筑外部、建筑内指示牌、产品外包装及员工服装上等多处有“BR***”“布XX”“BR*** elevator”标识，此外相关页面记载了布XX电梯荣获湖州市两化融合示范企业，布XX电梯荣获浙江省级制造业与互联网整合发展示范企业，布XX电梯独家冠名2016长治首届国际梦幻灯光节，布XX采用德国先进技术，布XX为朝鲜平壤机场服务，布XX电梯有限公司董事长申某庆指出“虽然布XX在德国是一个知名品牌，但是在中国可能老百姓认识的程度还是比较低，那么通过我们的一段时间的品牌推广，那么布XX我相信在中国老百姓当中，会树立起一个品牌的意识”“首次在国内设立生产基地……布XX正是看好未来中国经济的持续高速发展，来到中国寻求发展契机，并为此大手笔投入，进入中国之初就规划在浙江和山西建立两个生产基地，生产能力规模都在万台之上，而德清将作为销售、技术研发和核心部件生产的主要基地”，布XX电梯中方与德方项目签约并附有相关视

频，中国布XX电梯访德之行并附有相关合影及参观的照片。“经典项目”栏目展示了布XX电梯为鹤山市、红河州、山西晋城、湖南泸溪、陕西西安、山西长治等多地提供人性化电扶梯产品。

2018年11月30日，原告的委托代理人使用电脑搜索“布XX电梯有限公司”，打开“布XX电梯有限公司官网——传承经典服务世界乘客电梯观光电梯….…”网页，网址为
“www.BR***-elevator.com”，主页有标识，主页图片有“承载德国经典，引领先进技术”字样，带有“布XX德国总部”字样和标识的工厂图片，带有“布XX浙江工厂”字样的工厂图片，带有“布XX山西工厂”字样的工厂图片，网页底部的“关于我们”“公众微信”栏目同样有相关记载和标识。“新闻动态”栏目展示了布XX电梯亮相2018义乌国际装备博览会，展台多处展示有“布XX电梯”等标识。“加入我们”栏目展示的地图中有德国卡塞尔、中国浙江、中国山西、伊朗的定位标识。“联系我们”栏目记载了德国布XX、浙江工厂、山西工厂和伊朗办事处的相关联系信息，其中德国布XX的联系地址、总机电话及传真均为原告的真实信息。“关于我们”栏目中的企业资质展示布XX电梯有限公司荣获中国科技创新节能环保百强企业等多项荣誉和资质。

2020年11月12日，原告的委托代理人来到浙江省德清县光明街399号1号楼、2号楼，相关电梯设备上有“BR***”“中德合资”“布XX电梯”等标识，特种设备使用标志上记载的维修单位为被告布XX电梯工程服务公司。

2020年11月12日，原告的委托代理人来到山西省长治市郊区漳泽新型工业园区海森街，该建筑的门头标识为“布XX电梯”建筑顶部有“BR***”及“山西布XX电梯”标识，铭牌处有“山西布XX电梯工程服务公司”标识。现场有布XX电梯有限公司简介、布XX浙江公司简介、布XX山西公司简介。建筑内多处物件、指示牌、产品部件、建筑外部、产品外包装、员工服装等多处展示有“BR***”“布XX电梯”等标识。电梯样机中展示有“中德合资”字样。相关产品部件的标签上还记载有“布XX电梯有限公司”字样。现场电梯的轿厢玻璃门上印有标识。现场与工作人员进行交谈，取得宣传册四本、名片一张。名片上记载有“山西布XX电梯股份有限公司销售副总闫德华”字样。四本宣传册的封面右上角均有标识，底部二维码有“BR***”标识，并有“中德合资”字样，宣传册内页多处均有“BR***”“BR*** ELEVATOR”

标识；企业资讯宣传册中详细记载了布XX电梯的发展历程（其中包括于1986年成立于德国的布XX电梯有限公司……2013年建立布XX电梯中国浙江生产基地，2014年建立布XX电梯中国山西生产基地，2015年成立布XX电梯工程服务公司，2016年成立布XX电梯内蒙古分公司，布XX电梯青海分公司，2017年成立布XX电梯陕西、湖南、太原分公司，2018年成立布XX电梯河北、东莞、梅州、大同、金华、衢州、丽水、苏州分公司，2020年嘉兴基地筹建）、德国总部（即原告）、浙江湖州基地、山西基地、即将投产的浙江嘉兴基地简介、地址及联系方式等图文内容，做过的经典项目（包括河北唐山、邢台、广东鹤山、贵州黔东南、镇远、都匀、安徽青阳、河南平顶山、安阳、周口、吉林大安、湖北武汉、襄阳、浙江德清、宁波、重庆、山西长治内蒙古、山东济南、临汾、新疆、四川、江西、湖南衡阳、岳阳、云南丽江、青海西宁等37个景区、公租房、安置房、住宅小区、商业地产、产业园区、会展中心、公司办公楼，以及蒙古国、越南、朝鲜、巴勒斯坦、巴基斯坦、摩洛哥、德国等外国项目），所获荣誉，国外商业项目页面中记载的相关项目既包含原告方自行参与的德国和摩洛哥项目也包含被告参与的朝鲜平壤机场项目，联系方式页面记载了布XX电梯（德国总部）、布XX电梯（山西基地）（地址山西长治郊区漳泽新型工业园区海森街）、布XX电梯（浙江基地）（地址浙江德清武康镇云岫北路899号）相关联系信息，宣传册标有“BR***布XX电梯”“中德合资”；另有乘客电梯系列、自动扶梯/自动人行道、载货电梯系列等宣传册。

2020年11月13日，原告的委托代理人来到浙江省德清县高新技术产业园区云岫北路899号，该建筑的门头标识有“BR***”及“浙江布XX电梯有限公司”标识，建筑顶部有“布XX电梯”标识。现场的展台、指示牌、展板、路牌、产品部件、产品外包装、广告牌、名片等多处展示有“BR***”标识。相关产品部件的标签上还记载有“布XX电梯有限公司”字样。广告牌、电梯样机及现场取得的名片中还记载有“中德合资”字样；现场取得宣传册四本，封面右上角均有“BR***”标识，底部二维码有“BR***”标识，并有“中德合作”字样，宣传册内页多处均有“BR***”“BR*** ELEVATOR”标识；企业资讯宣传册中详细记载了布XX电梯的发展历程、浙江基地简介、山西基地简介、浙江嘉兴基地简介等图文内容，做过的经典项目，所获荣誉等；另有乘客电梯系列、自动扶梯/自动人行道、载货电梯系列等宣传册。

2020年11月25日，原告的委托代理人使用电脑搜索“布XX电梯”，打开“布XX电梯有限公司官网——传承经典服务世界乘客电梯观光电梯…...”网页，网址为“www.BR***-elevator.com”，主页有“布XX电梯”标识，主页图片有“承载德国经典，引领先进技术”字样，点击主页中部上方的德国国旗，跳转至“www.xn--BR***-aufzge-mlb.de”域名，浏览相关页面，主页底部有原告公司名称、地址、联系方式、邮箱等联系信息，“关于我们”栏目以德文记载了“德国布XX电梯公司是一家由所有者运营的中型家族企业，自1986年成立以来一直从事电梯系统的设计、生产、安装、改造和维护……”。使用电脑输入“http://www.xn--BR***-aufzge-mlb.de/”，进入原告的官网主页，浏览相关页面，相关页面展示的内容与前述跳转后进入的页面一致。

2020年12月7日，原告的委托代理人使用微信添加朋友“155****4567”，找到昵称为“知行合一王利”的微信好友，双方的聊天记录显示，发送电梯采购配置的word文件，对方回复“一台无障碍有机房医梯设备价格是10.72万（开门按旁开）两台有机房医梯设备价格是10.42万（开门按旁开）”“标配，首发轿发”。使用微信添加好友“139****3661”，找到昵称为“自然”的微信好友，双方的聊天记录显示，发送“您好，我本周三拜访贵司您这边方便么”“闫总我下午5点左右到贵司”“我们大约9点到”，对方回复“好的”并发送“山西布XX电梯公司”的地图定位。微信搜索“布XX电梯”，点击进入“布XX电梯”公众号，公众号头像为“B”标识，浏览相关页面，公众号账号主体显示为被告布XX电梯有限公司；点击进入“山西布XX电梯公司”公众号，公众号头像为“B”标识，账号主体显示为被告山西布XX电梯公司。

2022年2月15日，被告布XX电梯有限公司的官网中一篇于2015年1月23日发布、标题为《汇聚梦想共享成长——布XX电梯中德合资签约揭牌仪式隆重举行》的新闻中载明：“11月4日，布XX电梯中德合资签约仪式暨亚太研发中心和亚太生产基地浙江工厂揭牌仪式在浙江德清金银岛大酒店隆重举行”“布XX电梯有限公司总经理吴某丰介绍了双方合资的背景。德国是老牌工业国家，德国电梯制造业代表着世界电梯制造的领先水平，而布XX就是知名德国电梯品牌之一，具有三十年的设计制造经验”“德国布XX进入中国时确立了以两个生产基地为依托的格局：一家位于浙江德清……另一家位于山西长治……"。

ICP/IP地址/域名信息备案管理系统显示,域名“BR***-elevator.com”于2018年2月13日审核通过，网站备案号为浙ICP备14005649号-1，布XX电梯有限公司为主办单位；域名“sxBR***.cn”于2020年7月14日审核通过，网站备案号为晋ICP备20006585号-1，山西布XX电梯公司为主办单位。

四、被告抗辩被诉侵权商标在先使用的相关事实

账号名称为“布XX电梯”、账号主体为布XX电梯有限公司的微信公众号于2014年11月27日发布的文章中有“BR***”标识；2015年5月8日发布的文章中有“BR***”标识;2015年5月25日及之后发布的多数文章尾部的二维码中均有“B”标识。

布XX电梯有限公司自2014年7月25日起在全国各地签订了相关销售合同；布XX电梯工程服务公司于2017年1月17日与和田地区工会签订《电/扶梯委托安装合同》；山西布XX电梯公司自2016年2月20日起在全国各地签订了部分销售合同。前述相关合同文本中均有“BR***”标识。

布XX电梯有限公司荣获2015年德清县隐患排查治理体系建设先进企业，荣获安全生产诚信管理A级企业，荣获德清县县级创新型企业，荣获浙江省科技型中小企业。

五、其他相关事实

2013年10月27日，中国山西某水泥公司（甲方，即被告长治某水泥公司）与德国齐雷堡市布XX电梯有限公司（乙方，即原告德国布XX电梯公司）签订《技术合作协议》。协议约定长治某水泥公司计划在中国山西长治建立年产一万五千台的新型现代化电梯制造基地，主要生产自动扶梯、客梯、医用电梯、观光电梯和货梯等。经双方协商一致，双方就电梯制造技术和品牌展开深度合作（技术合作、品牌使用的费用及具体支付方式将在后续签订的合作合同中另行确定）。为更好地开展技术合作，使长治某水泥公司建设初期即符合技术合作需求，在本协议签订后即由布XX电梯有限公司提供厂房布局规划、工艺流程规划和设备购置建议等给长治某水泥公司。技术合作的年限暂定为15年。

2014年7月16日，中国山西某水泥公司（甲方，即被告长治某水泥公司）与德国布XX电梯有限公司（乙方，即原告德国布XX电梯公司）签订《技术进口合同》。合同约定乙方拥有生产制造高档电梯的专有技术，比如载人电梯、医用电梯、船用

电梯、残疾人电梯、观光电梯、货梯、专用全自动货梯、无机房电梯以及节能专用电梯。乙方向甲方转让该专有技术以及商标“布 XX 电梯-中国”。甲方从乙方获得专有技术以及商标“布 XX 电梯一中国”是为了在中国生产和销售达到德国和欧洲标准、质量的高档电梯。甲方经过经理的授权由申先生和乙方代表 BR***经理先生进行了详细协商。同意就以下条款签订本合同：……1.2 合同产品包含甲方用乙方专有技术在中国生产的产品。此外甲方从乙方获得标志“布 XX 电梯-中国”的 15 年使用权……2.1 乙方将根据附件一中的规定向甲方提供根据德国或者欧洲标准和质量生产高档电梯的专有技术。甲方将在自己位于长治和浙江德清的生产车间里使用乙方提供的专有技术为中国电梯市场生产中高档的电梯设备……2.6 甲方无权给予分许可……2.8 甲方有义务对通过本合同获得的信息以及所有交换的信息和资料进行保密，不得透露给第三方。合同结束后此条款仍然有效。4.1 在合同签订之后，为了能够立即使用标志“布 XX 电梯-中国”，甲方应立即向乙方尚需指定的账户支付 25 万欧元。4.2 乙方将在合同签订之后的 4 个星期内将附件一所列的技术资料提供给甲方，并制作四份技术资料目录和货运清单的复印件。6.1 甲方有义务向乙方从 2014 年 7 月 16 日开始支付 6%（百分之六）的税前利润……10.1.1 若甲方将合同产品或服务和/或者标志“布 XX 电梯-中国”用于合同不包含或者乙方不同意的用途，并且不立即或最晚在收到书面停止要求的 10 天之内停止此使用，乙方可以提前终止本合同……10.1.3 若甲方违反了本合同的基本义务和基本规定，并且没有在乙方书面要求的 10 天之内停止此行为，乙方可以提前终止本合同。11. 当双方的法律关系（例如所有权结构的改变、法律形式的改变等等）发生变动时，合同双方有义务立刻通知对方。本合同所有义务对合同方的法定继承者仍然有效。合同方有义务将合同义务告知其法定继承者。当甲方所有者有变动时，乙方有权立即终止合同。12.6 合同双方均有义务对合同内容和所有交流的信息以及资料进行保密。此条款在合同期满后仍然有效……12.9 乙方帮助甲方在中国注册“布 XX 电梯-中国”商标并提供相关资料。申某 2 代表中国山西某水泥公司在合同上进行了签字。

Tobias BR***与“建生”（昵称：shen02）的邮件往来记录显示：2014 年 3 月 3 日，建生向 Tobias BR***发送邮件“随附件还发去一份合资公司协议和合资公司章程（德文版和中文版）。你可以把 50 份宣传册和客户照片（CD）直接发给吴先生”。2014 年 3 月 14 日，Tobias BR***回复邮件“随附件发去所需资料：商业登记簿摘要

—工商申报表—我的个人简历—我的身份证复印件”。2014 年 7 月 23 日，Tobias BR***发送邮件“你们只需要商业登记簿摘要对吧？我们会尽快进行公证认证，不过会非常复杂”建生当天回复邮件“注册布 XX 电梯（中国）公司还需要的是商业登记簿，不是申报表”。2014 年 8 月 26 日，Tobias BR***发送邮件“附件先发去认证后的商业登记簿摘要……我们在合同中约定第一笔款项在签字后立即支付。现在过去一个多月了，你们已经是逾期付款状态！提交商业登记簿摘要明显并不是合同的组成部分，因此，我们请求无论是否提交商业登记簿摘要都应当安排付款！”。2014 年 9 月 17 日，建生向 Tobias BR***发送了邀请函，邀请函上有“BR***”标识及“浙江布 XX 电梯有限公司”签章。2015 年 2 月 12 日，建生发送邮件“吴先生希望发来一份你父亲（海茵茨·布 XX 先生）的个人简历，最好是附照片的简历。他希望能向客户介绍你父亲的发展历程。吴先生还想知道你们的电梯在欧洲哪些国家销售，请发来一份客户名单。招标的时候需要这些信息”。2015 年 2 月 17 日，Tobias BR*** 回复邮件“目前为止我们只在德国制造电梯，我们可以把参考客户名单发给你们……但是在发去这些资料之前必须澄清如何以及何时使用我们的技术或者说德国技术。你们用我父亲和我们的客户名单做广告但是不从我们这里购买部件是不行的！”。2015 年 5 月 20 日，Tobias BR***发送邮件并提出相应意见“根据我们对中国税法的调查结果和相关认定，我们明确要求科保截至 2015 年 5 月 25 日之前履行 2014 年 7 月 16 日技术进口合同，如果拒不履行，我们将收回“布 XX 电梯-中国”（BR*** AUF**GE-CHINA）标志的使用权”。2015 年 7 月 21 日，Tobias BR***发送邮件“此外我们希望您能理解并遵守具有法律效力的技术合作合同直到合资合同签订为止。在此我们明确的提示您，合同上规定的一期款到今天为止还没有汇到我的账户上。请在近期安排汇款”。2015 年 8 月 2 日，建生回复邮件“在支付第一笔合同款之前请看一下合同中规定您必须首先履行哪些义务，否则我们为了什么而付款？”。2015 年 9 月 2 日，Tobias BR***发送邮件“我们很高兴您在一年以后终于愿意履行 2014 年 7 月 16 日的技术进口合同。按照约定，您需要立即将第一笔 15 万欧元汇至我们已告知您的汇丰银行账户。进行欧元和人民币汇率换算时请采用 2014 年 8 月 1 日，即付款到期日那一天的汇率。第二笔 10 万欧元将在我们向您移交技术资料后支付。为此需要吴先生尽快通知我们希望得到哪些电梯类型的技术资料”。2016 年 2 月 17 日，Tobias BR***发送邮件“我们不得不提出付款的最后期限，希望

你能理解。请于2016年2月29日前尽快完成付款”。后续至2017年9月双方就前述款项支付及合资协议中相关条款进行了多次邮件沟通。

布XX电梯有限公司自2014年10月27日起与多家单位签订了《电梯设备买卖合同》《电梯买卖及安装合同》《电梯采购合同》；布XX电梯工程服务公司于2020年11月17日与山西蓝远快递物流有限公司签订《电/扶梯安装维保合同》。相关合同上均有“BR***”标识。布XX电梯有限公司中标了多家单位的电梯采购与安装项目。布XX电梯有限公司自2016年12月22日至2020年5月5日期间开具了相关销售发票。根据在案被告提供的销售合同统计，布XX电梯有限公司、山西布XX电梯公司的电梯产品销售总额为人民币7426万余元，其中2018年7月2日之前销售电梯产品金额为人民币6118万余元。

2022年1月11日，德清县市场监督管理局作出德市监处〔2022〕6号行政处罚决定书，认定布XX电梯有限公司利用门头、产品标签、广告牌、网站、宣传册等媒介公宣传其中德合资、引进德国技术等虚假信息、误导他人误以为其与德国布XX有特定联系的行为，构成了虚假宣传的违法行为，责令其改正违法行为，处罚款人民币20万元；布XX电梯有限公司在微信公众号、网站等区域擅自使用他人注册商标的行为，构成了侵犯注册商标专用权的违法行为，责令其改正违法行为，处罚款人民币1万元。

布XX电梯有限公司就原告申请的第356252XX号“BR***”商标提出异议申请，国家知识产权局于2021年8月10日作出（2021）商标异字第0000101119号决定，第356252XX号“BR***”商标准予注册。布XX电梯有限公司就原告核准注册的第201345XX号“B”等商标提出无效宣告申请。布XX电梯有限公司提交的相关证据材料中涉及相关生产派工单、参展的摊位图片、公司建筑图片、安全帽、工作服、产品外包装、标识牌、指示牌、送货单、差旅费报销单、付款审批单、公司墙面、工作牌、相关物件等多处有“BR***”“布XX电梯”标识。

案外人沈智雄于2005年7月25日申请注册“BR***”商标，核定使用商品范围包括第7类“电梯（升降机）”等，注册公告日为2008年10月14日，2019年10月23日因连续三年停止使用被撤销。

原告主张为本案支出合理费用共计人民币1014379.48元，其中律师费人民币867125元、公证费人民币27500元、调查服务费人民币25000元、翻译费人民币39344

元、打印费人民币 3014.43 元、差旅住宿费人民币 52396.05 元。

本院认为，原告注册登记地为德意志联邦共和国，故本案为涉外知识产权民事纠纷案件。依照《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第五十条规定，知识产权的侵权责任，适用被请求保护地法律，当事人也可以在侵权行为发生后协议选择适用法院地法律。本案中被诉侵权主体、侵权行为均在中华人民共和国境内，故被请求保护地为中华人民共和国境内，因此，本案适用中华人民共和国法律作为处理本案争议的准据法。

本院认为，原、被告双方的主要争议焦点为：1.原告的起诉是否超过诉讼时效。2.被告的行为是否构成商标侵权。3.被告的行为是否构成针对原告的不正当竞争行为。4.如构成侵权，各被告应承担的法律责任。

关于焦点 1。《中华人民共和国民法典》第一百八十八条第一款规定，向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。法律另有规定的，依照其规定。《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十八条规定，侵犯注册商标专用权的诉讼时效为三年，自商标注册人或者利害权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。商标注册人或者利害关系人超过三年起诉的，如果侵权行为在起诉时仍在持续，在该注册商标专用权有效期限内，人民法院应当判决被告停止侵权行为，侵权损害赔偿数额应当自权利人向人民法院起诉之日起向前推算三年计算。本案中，原告主张的被告实施的侵权行为持续至本案起诉之日，故而被告以超过诉讼时效为由提出的抗辩主张，本院不予支持。因现有证据表明原告与被告进行沟通及主张付款持续至 2017 年 9 月，距离其于 2021 年 8 月向本院起诉主张权利已超过三年，因此，如被告的涉案行为构成侵权，侵权损害赔偿数额计算依据为自原告向本院起诉日起向前推算三年计算。

关于焦点 2。原告依法注册第 201345XX 号、201346XX 号、201348XX 号、201347XX 号“B”，第 318968XX 号、319116XX 号、319037XX 号、319066XX 号“B AUF**GE”，第 356267XX 号“BR***”、451344XX 号“BR***”、356252XX 号“BR***”、520437XX 号“BR***”等 12 枚商标，其中第 201346XX 号、201347XX 号“B”，第 319116XX 号、319066XX 号“B AUF**GE”已被国家知识产权局撤销并生效，原告相关诉讼请求的权利基础已不存在；第 201345XX 号、201348XX 号“B”，第 318968XX 号、319037XX 号“B AUF**GE”，第 356267XX 号、451344XX 号、356252XX 号、520437XX 号“BR***”

等 8 枚商标处于有效期内，法律状态稳定，其享有商标专用权，合法权益应当受到法律保护。

《中华人民共和国商标法》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。第五十六规定，注册商标的专用权，以核准注册的商标和核定使用的商品为限。

根据前述法律规定，被告在网站主页宣传、产品外包装、商品宣传册、微信公众号等处使用“BR*** elevator”“B”“BR***”等标识的行为能够起到识别商品或者服务来源的作用，属于商标性使用行为。

《中华人民共和国商标法》第五十七条第一、二项规定，有下列行为之一的，均属侵犯注册商标专用权：（一）未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的；（二）未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的。

原告在本案中主张的权利基础 8 枚有效注册商标，核定使用商品或者服务所属共四个类别分别为：（1）第 7 类：电梯（升降机）、自动扶梯等共 3 枚商标，分别是第 201345XX 号“B”、318968XX 号“B AUF**GE”、356252XX 号“BR***”；(2）第 37 类：机械安装、保养和修理；办公机器和设备的安装、保养和修理等共 1 枚商标，为第 520437XX 号“BR***”；(3）第 40 类：定做材料装配（替他人）共 1 枚商标，为第 451344XX 号“BR***”。（4）第 42 类：工业品外观设计；造型（工业品外观设计）；技术研究；工程学；计算机系统设计；计算机技术咨询，共 3 枚商标，分别为第 201348XX 号“B”、319037XX 号“B AUF**GE”、356267XX 号“BR***”。

第一，关于被诉行为是否侵犯原告核定使用类别为第 7 类的注册商标专用权。根据《最高人民法院关于审理侵犯商标权纠纷案件应用法律若干问题的解释(二)》第九条规定，《中华人民共和国商标法》第五十七条第（一）项规定的商标相同，是指被诉侵权的商标与原告的注册商标相比较，二者在视觉上基本无差别。第五十七条第（二）项规定的商标近似，是指被诉侵权的商标与原告的注册商标相比较，其文字的字形、读音、含义或者图形的构图及颜色，或者其各要素组合后的整体结构相似，或者其立体形状、颜色组合近似，易使相关公众对商品的来源产生误认或

者认为其来源与原告注册商标的商品有特定的联系。首先，被告生产销售的商品为电梯，与原告第7类商标上核定使用的商品类别构成相同。其次，被告在其侵权产品外包装上使用“B”“BR*** elevator”标识，商品宣传册使用“B”“布XX电梯”标识，与原告第356252XX号“BR***”、第201345XX号“B”商标的显著部分或主要识别部分“B”“BR***”构成相同或者高度近似。最后，原告第318968XX号“B AUFZGE”商标为图形与文字相结合，其中文字部分“AUFZGE”为德文中电梯的意思，图形部分由两个黑色实心半圆与“B”和两个黑色三角形组成，被告在宣传中使用的“B”标识与第318968XX号图形左半部分相同，使用的图形部分与原告权利商标相比，仅相差一个黑色小半圆形，德文文字部分相同，仅增加的中文翻译部分“布XX电梯”不同，因此整体构成近似，易使相关公众对被告电梯商品的来源产生误认或者认为其来源与原告注册商标的商品有特定的联系。据此，被告前述被诉侵权行为侵犯原告前述三枚第7类注册商标专用权。

第二，关于被诉侵权行为是否侵犯原告核定使用类别为第37类的注册商标专用权。被告在其网站主页宣传使用“BR*** elevator"“BR***”标识，用于宣传其电梯产品的“制造、销售、安装、改造等业务”，与原告第520437XX号“BR***”核定使用服务范围“机械安装、保养和修理”构成相同。标识的显著识别部分“BR***”与原告前述商标“BR***”文字相同，整体上与原告商标构成近似，易使相关公众对被告电梯商品的来源产生误认或者认为其来源与原告注册商标的商品有特定的联系。因此，被诉侵权行为构成对前述原告注册商标专用权。

第三，关于被诉行为是否侵犯原告核定使用类别为第40类的注册商标专用权。被告所经营范围及涉案侵权行为为电梯产品的设计、生产、销售及电梯安装、改造、维保服务；原告第451344XX号“BR***”注册商标核定使用服务范围为“定做材料装配（替他人）”，该核定使用服务范围仅指为他人提供定做材料装配服务，因此，二者并不构成相同或者类似服务，故被诉侵权行为并不侵犯原告前述商标专用权。

第四，关于被诉行为是否侵犯原告核定使用类别为第42类的注册商标专用权。原告第201348XX号“B”、319037XX号“B AUF**GE”、356267XX号“BR***”核定使用的服务范围为第42类：工业品外观设计，造型（工业品外观设计），技术研究，工程学，计算机系统设计，计算机技术咨询。前述服务范围中的设计、研究、咨询均仅为为他人提供设计、研究、咨询等服务，而被告经营范围及被诉侵权行为仅为

设计、销售、安装其自身制造的电梯产品并提供维保服务等，该范围与原告前述3枚商标的核定使用服务范围不构成相同或者类似服务，故被诉侵权行为并不侵犯原告前述商标专用权。

综上，涉案被诉侵权行为侵犯第201345XX号“B”，第318968XX号“B AUF**GE”，第356252XX号、第520437XX号“BR***”号注册商标专用权。

关于布XX电梯有限公司、山西劳恩电梯公司、布XX电梯工程服务公司、山西布XX电梯工程服务公司辩称，布XX电梯有限公司于2014年11月27日起即在其微信公众号上使用“BR***图文组合标识”及“B”图文组合标识，构成商标在先使用。

本院认为，根据《中华人民共和国商标法》第五十九条第三款规定“商标注册人申请商标注册前，他人已经在同一种商品或者类似商品上先于商标注册人使用与注册商标相同或者近似并有一定影响的商标的，注册商标专用权人无权禁止该使用人在原使用范围内继续使用该商标，但可以要求其附加适当区别标识”。因此，关于商标侵权的“在先使用”抗辩应当同时满足以下条件：

1.被诉侵权标识在商标注册人申请日前已经使用；2.被诉侵权人使用被诉侵权标识早于商标注册人；3.被诉侵权人在先使用的未注册商标在商标申请注册前已经具备一定影响力；4.被诉侵权人仅在“原使用范围”内使用。关于条件1、2。首先，虽然布XX电梯有限公司在其微信公众号上使用“B”“BR***”的时间早于原告最早申请注册权利商标的时间2016年5月30日，但原告法定代表人托比亚斯·布XX早已于2011年委托他人设计完成“B”“BR***”标识，并于同年在德国将“BR***”进行了商标注册。其次，在布XX电梯有限公司使用“B”“BR***”标识前，长治某水泥公司与原告已签订《技术进口合同》并约定了商标许可的相关内容，但长治某水泥公司并未按约支付相关对价或费用。从该合同可知，其一，长治某水泥公司无权自行或授权他人使用“B”“BR***”标识；其二，基于与长治某水泥公司的关系，布XX电梯有限公司存在接触“B”“BR***”的可能性。据此，布XX电梯有限公司并非善意，且基于诚实信用原则使用“B”“BR***”标识，故被告的使用行为不构成我国商标法上的在先使用，前述抗辩本院不予采纳。

关于焦点3。原告所诉不正当竞争行为包括被告注册商标，在企业名称中使用“布XX”，注册相关微信公众号等虚假宣传行为，注册网站域名等四类不正当竞争行为。

第一，关于原告主张的被告布XX电梯有限公司已注册第155578XX号、420824XXA号、420746XX号、509725XX号、509818XX号、509923XX号、423176XX号商标的行为是否构成不正当竞争。

除我国商标法第十三条规定的驰名商标的特殊保护以外，民事案件原则上不处理注册商标之间的冲突与纠纷，故原告以被告注册前述商标的行为违反我国反不正当竞争法第二条、第六条为依据，提出前述诉讼请求依据不足，本院依法不予支持。原告可在前述商标无效或被撤销后另行起诉依法主张权利。

第二，关于布XX电梯有限公司、山西布XX电梯公司、布XX电梯工程服务公司、山西布XX电梯工程服务公司、布XX机电公司在企业名称中使用“布XX”是否构成不正当竞争行为。

《中华人民共和国反不正当竞争法》第六条规定，经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系：（一）擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识；（二）擅自使用他人有一定影响的企业名称（包括简称、字号等）、社会组织名称（包括简称等）、姓名（包括笔名、艺名、译名等）；（三）擅自使用他人有一定影响的域名主体部分、网站名称、网页等；（四）其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。

本案中，原告主张被告在企业名称中使用“布XX”构成不正当竞争行为，必须满足以下条件：一是企业字号，即中文“布XX”与原告，即中的德文“BR***”形成稳定的对应关系；二是中文“布XX”经过使用与原告企业形成稳定对应关系，已产生识别或区分经营主体的商业标识意义；三是被告作为字号使用中文“布XX”的行为会产生引人误认为是原告或者与原告存在特定联系的混淆行为。

本案中，虽然中文“布XX”作为原告企业字号“BR***”的对应翻译，但并无证据证明在被告注册其中文企业字号“布XX”前，中文“布XX”与原告德文“BR***”已形成稳定的对应关系，已产生识别经营主体的商业标识意义，且因原告在中国境内并未开展经营业务，未形成有一定影响的企业名称，现有证据无法证明被告使用中文“布XX”的行为会产生引人误认为是原告或者与原告存在特定联系的混淆行为。因此，被告使用中文“布XX”作为企业字号的行为不构成针对原告的混淆不正当竞争行为，原告该项诉讼请求并无事实与法律依据，本院不予支持。同理，布XX电梯

有限公司、山西布XX电梯公司注册微信公众号中带有“布XX”中文字样的行为亦不构成混淆不正当竞争，对此，本院不再赘述。原告据此所提出停止使用中文“布XX”企业字号及注销相关微信公众号的诉讼请求，本院不予支持。

第三，关于被告被诉虚假宣传行为是否构成不正当竞争。

《中华人民共和国反不正当竞争法》第八条规定，经营者不得对其商品的性能、功能、质量、销售状况、用户评价、曾获荣誉等作虚假或者引人误解的商业宣传，欺骗、误导消费者。经营者不得通过组织虚假交易等方式，帮助其他经营者进行虚假或者引人误解的商业宣传。

本案中，申某2代表长治某水泥公司与原告签订《技术进口合同》，但在双方实际履约过程中，原告并未将其德国技术提供给长治某水泥公司，被告生产的电梯使用的技术为中国技术，双方磋商过程中欲签订的《中德合资协议》亦未签订。但被告在其生产经营过程中，虚构其为德国布XX电梯浙江分厂、山西分厂，获取原告的宣传资料后，在其注册的官网中使用该内容；在其生产的电梯上、宣传册标有“中德合资”字样；对外销售其侵权产品时，亦对外宣称其为中德合资、中德合作；通过以上行为，误导消费者误认其生产的电梯，提供的服务为德国技术、德国标准，因此，被告的上述行为构成虚假宣传不正当竞争行为。

第四，关于被告注册网络域名行为是否构成不正当行为。

《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第四条规定，人民法院审理域名纠纷案件，对符合以下各项条件的，应当认定被告注册、使用域名等行为构成侵权或者不正当竞争：（一）原告请求保护的民事权益合法有效；（二）被告域名或其主要部分构成对原告驰名商标的复制、模仿、翻译或音译；或者与原告的注册商标、域名等相同或近似，足以造成相关公众的误认；（三）被告对该域名或其主要部分不享有权益，也无注册、使用该域名的正当理由；（四）被告对该域名的注册、使用具有恶意。第五条第一款第二项、第二款规定，被告的行为被证明具有下列情形之一的，人民法院应当认定其具有恶意：（二）为商业目的注册、使用与原告的注册商标、域名等相同或近似的域名，故意造成与原告提供的产品、服务或者原告网站的混淆，误导网络用户访问其网站或其他在线站点的；被告举证证明在纠纷发生前其所持有的域名已经获得一定的知名度，且能与原告的注册商标、域名等相区别，或者具有其他情形足以证明其不具有恶意

的，人民法院可以不认定被告具有恶意。

本案中，首先，“BR***”系原告德国布XX电梯公司的企业字号，“BR***”为德国布XX电梯公司家族姓氏，且为德语发音；“BR***”作为其企业字号，在德国以及域外经过长期使用和持续推广，具有较高的知名度，且与其企业之间形成了紧密的对应关系,应当受到法律保护,同时,原告法定代表人早已于2011年将“BR***”标识申请注册商标；其次，布XX电梯有限公司注册的浙ICP备14005649号域名“BR***-elevator.com”，用以识别的标识“BR***”与德国布XX电梯公司字号仅为大小写不同，“elevator”亦为布XX电梯两合公司中“电梯”的英译，亦与原告所享有的“BR***-aufzge.de”域名的主要识别部分完全一致，足以造成相关公众的误认。山西布XX电梯公司注册的晋ICP备20006585号域名“sxBR***.cn”，用以识别的标识“BR***”与德国布XX电梯公司字号仅为大小写不同，与原告所享有的“BR***-aufzge.de”域名的主要识别部分完全一致，足以造成相关公众的误认。再次,申某2代表长治某水泥公司与原告签订《技术进口合同》,使得被告有接触“BR***”的可能性，被告此前对该域名或其主要部分不享有权益。最后，布XX电梯有限公司、山西布XX电梯公司在所有的域名网页中介绍原告德国布XX电梯公司的相关情况，宣传“山西、浙江”工厂为德国生产基地，与德国布XX电梯公司所享有的“BR***-aufzge.de”链接的网页内容基本一致，因此，布XX电梯有限公司、山西布XX电梯公司注册该域名具有虚假宣传，误导消费者误认其为德国布XX电梯公司的中国工厂的主观恶意。因此，布XX电梯有限公司，山西布XX电梯公司注册域名的行为构成针对原告的不正当竞争行为。

第五，关于被告的涉案行为是否侵犯原告的商业秘密。《中华人民共和国反不正当竞争法》第九条第四款规定，“本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息”。第三十二条规定，在侵犯商业秘密的民事审判程序中，商业秘密权利人提供初步证据，证明其已经对所主张的商业秘密采取保密措施，且合理表明商业秘密被侵犯，涉嫌侵权人应当证明权利人所主张的商业秘密不属于本法规定的商业秘密。本案中，原告主张的商业秘密为客户名单（包括客户名称，地址）、宣传手册，商事登记簿，上述资料具有一定的商业价值，但原告并未提供证据证明其对上述资料采取了保密措施，也未明确其秘密点，因此，原告在案证据不足以证明被告侵犯其商业秘密，

其诉讼请求缺乏事实依据，故本院不予支持。

此外，原告要求被告布XX电梯有限公司、山西布XX电梯公司返还其商业登记簿、宣传册、客户照片（CD）的诉讼请求，不属于本案的审理范围，本院不予支持。原告可另行依法主张权利。

关于焦点4，各被告应承担的法律责任。

第一，关于共同侵权。

首先，根据在案证据布XX电梯有限公司、山西布XX电梯公司、布XX电梯工程服务公司、山西布XX电梯工程服务公司均实施了直接侵权行为。其次，公司从股权结构、高级管理人员等实际控制关系上看，布XX电梯有限公司、山西布XX电梯公司、布XX电梯工程服务公司、山西布XX电梯工程服务公司、布XX机电公司共同使用“布XX”企业字号，山西布XX电梯公司与山西布XX电梯工程服务公司住所在同一地址，布XX电梯工程服务公司、布XX机电公司住所在同一地址，前述五被告经营范围均为电梯产品制造、销售、安装、维保等内容；部分侵权行为实施期间其股东、法定代表人为申某1、申某2等事实；部分侵权行为实施期间五被告股东、法定代表人为申某1、申某2以及各被告之间存在相互持股，申某2曾代表长治某水泥公司与原告进行过合作磋商并签订《技术进口合同》。再次，结合在布XX电梯有限公司、山西布XX电梯公司、山西布XX电梯工程服务公司处宣传册载明的布XX嘉兴基地等记载，布XX机电公司系第509725XX号、第509818XX号、第509923XX号“BR***”商标的注册商标专用权人等事实。本院综合认定以上六被告系以申某2、申某1等人为中心或在其实际控制下，通过分工合作，共同实施了本案侵权行为。因现有证据不足以证明申某1、申某2个人与上述六被告存在共同的侵权故意与侵权行为，故对原告主张申某1、申某2实施共同侵权并要求其承担侵权责任的诉讼请求，本院不予支持。

第二，关于停止侵权与消除影响。

关于停止侵权。根据前文分析，以上六被告存在商标侵权、虚假宣传不正当竞争及域名侵权行为，故应承担停止侵权、赔偿损失的民事责任。

关于消除影响。因六被告的侵权行为持续时间长、地域范围广、客观上对原告的商业信誉和商品商誉造成严重不良影响，故应就其侵权行为刊登声明以消除影响，但刊登声明的方式与范围应与涉案侵权行为造成的影响面相当，本院判令六被告在

《中国知识产权报》上刊登声明以消除影响。同时，鉴于被诉侵权产品已进入市场流通领域，被告对于侵权产品不具有控制力，原告主张的六被告将其所售电梯产品中商标侵权及虚假宣传的内容予以消除，不具有可执行力，对于该项诉讼请求，本院不予支持。

第三，关于赔偿损失。《中华人民共和国商标法》第六十三条第一款、第三款规定，侵犯商标专用权的赔偿数额，按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定；权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该商标许可使用费的倍数合理确定。对恶意侵犯商标专用权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上三倍以下确定赔偿数额。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益、注册商标许可使用费难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予三百万以下的赔偿。《中华人民共和国反不正当竞争法》第十七条第三款规定，经营者违反本法规定，给他人造成损害的，应当依法承担民事责任。因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定。经营者恶意实施侵犯商业行为，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开支。第四款规定，经营者违反本法第六条、第九条规定，权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予权利人五百万元以下的赔偿。《中华人民共和国商标法》第六十四条第一款规定，注册商标专用权人请求赔偿，被诉侵权人以注册商标专用权人未使用注册商标提出抗辩的，人民法院可以要求注册商标专用权人提供此前三年内实际使用该注册商标的证据。注册商标专用权人不能证明此前三年内实际使用过该注册商标，也不能证明因侵权行为造成其他损失的，被诉侵权人不承担赔偿责任。

本案中，由于德国布 XX 电梯公司并未在中国境内实施经营活动，也无证据证明其在此前三年内实际使用过其权利商标，并无直接证据证明其具体经济损失，也不能证明其因侵权行为造成其他损失，故不宜适用惩罚性赔偿。但因被告的侵权行为客观上对原告商标授权其他人使用获利造成一定的障碍，因此，本院结合原告可通

过其商标许可使用获利等因素对商标侵权行为综合考量。对于虚假宣传与域名侵权不正当竞争。六被告主观上存在故意，与原告谈判磋商，不建立合作关系又在客观上使用原告相关标识、大量进行不实虚假宣传，攀附原告的声誉和知名度，持续时间长、获利金额大，且其销售金额在很大程度上借助于其所宣称的“中德合资、使用德国技术、是德国在中国的工厂”等内容，本院结合被告的侵权行为持续时间、范围、销售金额等因素，对商标侵权与虚假宣传、域名侵权不正当行为一并考量，采用法定赔偿的方式确定六被告共同赔偿原告经济损失人民币500万元；同时考虑本案事实复杂，原告为维权付出巨大的成本，举证、调查、公证及认证、翻译等付出巨大支出，确定六被告赔偿原告合理开支人民币60万元。

综上，依照《中华人民共和国民法典》第一百七十九条、第九百九十五条、第一千条、第一千一百六十八条、《中华人民共和国商标法》第三条第一款、第四十八条、五十六条、五十七条，六十三条，《中华人民共和国反不正当竞争法》第八条，《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第五十条，《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第九条，第十条，第十一条，第十七条，第十八条，《最高人民法院关于适用<中华人民共和国反不正当竞争法>若干问题的解释》第十七条，《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第四条、第五条、第七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十七条第一款和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十条规定，判决如下：

一、被告布XX电梯有限公司、山西布XX电梯公司、布XX电梯工程服务公司、山西布XX电梯工程服务公司、布XX机电公司、长治某水泥公司立即停止侵害原告德国布XX电梯公司第201345XX号“B”，第318968XX号“B AUF**GE”，第356252XX号、520437XX号“BR***”注册商标专用权行为。

二、被告布XX电梯有限公司、山西布XX电梯公司、布XX电梯工程服务公司、山西布XX电梯工程服务公司、布XX机电公司、长治某水泥公司立即停止虚假宣传行为。

三、被告布XX电梯有限公司立即注销BR***-elevator.com域名，被告山西布XX电梯公司立即注销sxBR***.cn域名。

四、被告布XX电梯有限公司、山西布XX电梯公司、布XX电梯工程服务公司、

山西布XX电梯工程服务公司、布XX机电公司、长治某水泥公司于本判决生效之日起十日内在《中国知识产权报》非中缝位置刊登声明以消除影响（刊登声明内容需经本院审核，如逾期不履行，本院将选择媒体刊登本案判决摘要，费用由被告布XX电梯有限公司、山西布XX电梯公司、布XX电梯工程服务公司、山西布XX电梯工程服务公司、布XX机电公司、长治某水泥公司承担）。

五、被告布XX电梯有限公司、山西布XX电梯公司、布XX电梯工程服务公司、山西布XX电梯工程服务公司、布XX机电公司、长治某水泥公司于本判决生效之日起十日内赔偿原告德国布XX电梯公司　经济损失人民币5000000元及维权合理开支人民币600000元。

六、驳回原告德国布XX电梯公司的其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十四条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费人民币196800元，由原告德国布XX电梯公司负担人民币80625元，被告布XX电梯有限公司、山西布XX电梯公司、布XX电梯工程服务公司、山西布XX电梯工程服务公司、布XX机电公司、长治某水泥公司负担人民币116175元。

原告德国布XX电梯公司于本判决书生效之日起三十日内向本院申请退费；被告布XX电梯有限公司、山西布XX电梯公司、布XX电梯工程服务公司、山西布XX电梯工程服务公司、布XX机电公司、长治某水泥公司于本判决书生效之日起七日内，向本院交纳应负担的案件受理费。

如不服本判决，原告德国布XX电梯公司可在判决书送达之日起三十日内，被告布XX电梯有限公司、山西布XX电梯公司、布XX电梯工程服务公司、山西布XX电梯工程服务公司、布XX机电公司、长治某水泥公司、申某1、申某2可在判决书送达之日起十五日内向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于中华人民共和国浙江省高级人民法院，并向中华人民共和国浙江省高级人民法院指定账号预交上诉案件受理费。对财产案件提起上诉的，案件受理费按照不服一审判决部分的上诉请求预交。在收到《上诉费用交纳通知书》次日起七日内仍未交纳的，按自动撤回上诉处理。中华人民共和国浙江省高级人民法院户名、开户行、指定账号详见《上诉费用交纳通知书》。

审　判　长　　吕后旺

审　判　员　　高海忠

人民陪审员　　李小骝

二〇二四年九月三十日

书　记　员　　茅俊杰

郑州某研磨科技公司诉陈某、郑州某磨具公司、赵某侵害经营秘密纠纷案

——上海光大（郑州）律师事务所　尚亚飞、李振兴

案例简介：

本案系一起侵害经营秘密纠纷案件，原告郑州某研磨科技公司系国家级高新技术企业，主营磨具产品出口业务。被告陈某为郑州某研磨科技公司外贸专员，在职期间违反保密义务，与配偶赵某共同成立郑州某磨具公司，利用掌握的郑州某研磨科技公司客户信息，通过虚构郑州某磨具公司与郑州某研磨科技公司为同一主体的谎言，诱导郑州某研磨科技公司客户转移交易至郑州某磨具公司，造成郑州某研磨科技公司重大经济损失。

原告主张美国 JK 公司、菲律宾客户等 8 家客户信息构成商业秘密，并提供鉴定报告证明其非公知性及保密措施。法院认定涉案客户信息包含深度交易习惯、价格承受能力等特殊经营信息，构成商业秘密；三被告共同实施侵权行为，主观恶意明显且持续时间长，符合惩罚性赔偿适用条件。最终判决三被告立即停止侵权，连带赔偿经济损失及合理开支共计 139.24 万元，并适用两倍惩罚性赔偿。

本案代理律师通过详尽的证据梳理（包括邮件记录、银行流水、鉴定意见等），精准援引《反不正当竞争法》《民法典》及司法解释，成功论证客户信息的商业秘密属性及侵权恶意，推动法院支持惩罚性赔偿，为同类案件提供重要参考。

参评理由：

1.本案明确客户信息中深度交易习惯、价格底线等特殊组合信息构成商业秘密，细化商业秘密认定标准，对司法实践具有指导意义。

2. 创新价值：成功适用惩罚性赔偿，突破传统补偿性赔偿局限，彰显司法对恶意侵权的严惩态度，为知识产权强保护提供范例。

3. 律师贡献：代理律师通过系统化证据链（如侵权邮件、资金混同记录、专业鉴定）精准锁定侵权行为，结合法律论证推动法院采纳关键代理意见，体现高水平实务能力。

4. 社会影响：案件判决有效维护企业创新成果，警示员工及竞争者尊重商业秘

密，助力优化营商环境。

法律文书：一审代理词

代理词

审判长、审判员：

北京华泰（郑州）律师事务所接受本案原告郑州某研磨科技公司的委托，指派我们作为其与被告陈某、郑州某磨具公司、赵某侵害经营秘密纠纷一案原告的诉讼代理人，接受委托后详细阅卷，并出庭参加庭审，现依据事实及相关法律规定，对本案发表如下代理意见：

一、美国JK公司客户、菲律宾客户、巴林客户、青岛瑞英达客户等在内的客户信息，对于原告有巨大的商业价值，属于原告的商业秘密

1. 美国JK公司是原告员工陈某负责通过Gennifer Chen<moju.c@anxinabrasives.com企业邮箱与美国公司沟通联系，两家公司于2017年11月13日达成第一笔68780美元的交易，此后分十一笔于2018年、2019年、2020年均进行了交易，交易总额为808401.69美元（约合人民币：500万元），原告基于与美国公司的交易属外贸交易，根据《出口退（免）税企业分类管理办法》的规定，原告从与美国客户的外贸交易中获得免抵退税额为人民币671011.95元(共计12笔)。[证据三中：2017年至2020年期间的12份交易的形式发票（合同）、提单、陈某每次交易时的邮件沟通情况]

2.菲律宾、巴拉圭、巴林等外国客户也均是原告通过展会方式获得，且交由陈某通过企业邮箱与之沟通，均进行了实质交易。原告分别与菲律宾、巴拉圭、巴林客户的交易金额分别为21135美元（约合人民币13.3万元）、19675美元（约合人民币12.4万元）、1381美元（约合人民币9000元），获得的免抵退税额为人民币30000余元。[证据三中：原告与客户间交易的形式发票（合同）、中国银行涉外收申报单、中华人民共和国海关出口货物报关单]

3.香港客户、西班牙客户是通过原告企业邮箱询盘获得，于2020年11月、2021年4月1日分给了陈某，由陈某代表原告通过邮箱与客户沟通。[证据三中：企业邮箱邮件]

4.爱尔兰客户、土耳其客户分别是原告在中国制造平台的推广而获得的客户信

息，于2020年7月、2021年12月分给了陈某，由陈某代表原告通过邮箱与客户沟通。[证据三中：企业邮箱邮件]

5.青岛瑞英达进出口有限公司系自2017年5月份便与原告进行交易的国内客户，至2021年4月份，双方间的交易次数达10余次之多，交易金额近40万元，从中获得利润约 6万元。[证据三中：交易合同等记录、企业邮箱邮件]

故，前述8家客户，基于原告的前期推广、参与展会等方式而获得了联系方式，均是原告基于对员工陈某的信任而将相应客户信息交由陈某具体沟通，该工作内容为陈某的本职工作，且已有多家公司与原告进行了多笔交易，保持长期稳定交易关系，交易总金额达850592.69美元（约合人民币540万），获得免抵退税额为人民币701832.52元，已实际获得高额利润，且青岛瑞英达客户亦是原告的深度合作客户。根据《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第一条，及《反不正当竞争法》第九条的规定，八家客户信息，显然属于商业秘密概念中的客户信息。

二、原告所提交、掌握的涉案八家客户信息，业经专业鉴定机构鉴定，其客户信息均属特殊客户信息为原告的商业秘密，相应信息在2022年4月20日前不为公众所知悉

原告在本案诉讼过程中为本案诉讼的需要，就案涉8家客户特委托北京国创鼎诚知识产权应用技术研究院系非公知信息而予以鉴定，该鉴定机构的鉴定意见明确记载有：该8名客户信息属于不被公众所知悉的信息，属于原告的商业秘密。其中美国客户、菲律宾客户、青岛客户中，不仅包含客户的名称、地址，联系方式等一般信息，还包括交易时间、交易商品、送货地点、交易商品名称、型号规格、数量、价格等深度经营信息，商品名称、规格型号、数量等交易内容体现客户独特的交易习惯、需求，交易价格体现客户的交易意向、对价格的承受能力及价格成交的底线，交货时间体现客户要货的频次、规律。且原告主张的上述3家客户信息并非客户名称和普通信息的简单列举，是在商务往来中形成的特定深度客户信息的组合，该客户信息的组合不属于本领域的从业人员一般经营知识和经验所能了解和掌握的。另，5家（爱尔兰客户、巴林客户、香港客户、西班牙客户、土耳其）该5家客户的联系方式多通过广交会或中国制造平台渠道获取，该5家客户在已了解原告的主营产品、价格等情况的前提下，向原告发出的交易意向信息，有的进行了一些实质性的交易，

此种信息并非一般的客户信息，属于具有特定产品需求、交易意向的客户向原告发出的希望与之订立合同的邀请，亦是原告重要的客户资源。由此可知，原告主张的上述5家客户信息并非客户名称和普通信息的简单列举，是一种带有交易意向的特殊客户信息，该特殊客户信息不属于本领域的从业人员仅凭积累的一般经营知识和经验所能了解和掌握的。这8名客户信息是非公知信息，属于原告的商业秘密，且经过了北京国创鼎城知识产权应用技术研究院出具了鉴定书对以上结论予以认定。

鉴定意见最终明确为：原告所主张的8家客户信息在2022年4月20日前不为公众所知悉。结合原告所举的证据材料三，足可证明案涉8家客户为原告的经营信息属原告的商业秘密，该经营信息并不为公众所知悉。

三、原告对前述的八家客户信息采取了保密措施

通过原告所举证据材料七可知：为注重客户信息的保密性，防止客户信息泄露，原告在劳动合同中与员工进行了保密条款的约定。

原告的销售团队并不与原告的财务、生产等部门在一处办公，陈某所在的外贸销售部单独设在位于二七区陇海路嵩山路康桥溪山御府，且团队成员一般为三至五人，相互间并不知晓对方所负责对接的具体客户信息，与公司客户进行对接联络必须使用企业统一邮箱，并要求对各自负责的客户信息文件夹设置密码，办公电脑也要求设置密码，还要求对所负责的企业邮箱设置各自密码，相互间也互不知晓。且外贸员相互间并不知晓负责对接的国外客户。

2022年3月14日原告告知陈某在职期间将原告客户转移至郑州某磨具公司，陈某当时就所使用的邮箱密码进行了告知，说明业务人员所使用的邮箱进行了加密。原告多次通过会议、微信群、微信聊天、及与专业机构签订相应协议，从而多次强调并采取了措施就含客户信息在内的经营信息进行保密。

因生产、经营中为重视商业秘密的保护，特请求认证，只有条件达到，才能获得两化融合证书，且获得后，还要求员工予以学习。足可证明原告对含客户信息在内的商业秘密采取了保密措施，并明确告知客户信息不能泄露。

根据《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第六条，该条规定只要有所列举七条情形之一的，便可认定在正常情况下防止了商业秘密的泄露，显然本案中原告为防止商业秘密的泄露而采取了保密措施。

四、陈某违反保密义务，具有侵权主观故意，且已实施了侵犯了商业秘密的行

为

从原告所举证据材料四显示：（1）陈某于2020年2月18日，与巴林客户通过原告企业邮箱沟通，称：“我现在去了郑州某机械设备公司的一家新公司。我的新公司有实力更强、竞争力更强，服务更好、质量更好的厂家供应商。以后请用我的新邮箱联系我：genniferchenXXXX@163.com，请看附件，你会发现我们最好的报价。陈某 郑州某机械设备公司”。

（2）2021年1月12日通过邮件与香港客户联系，谎称：“我以后会用genniferchenXXXX@163.com 更多，因为moju.c@anxinabrasives.com马上满了，而且我们公司很难删除这些重要的邮件”。

（3）于2021年2月5日与原告企业邮箱与菲律宾客户沟通，谎称：“凌X是我厂去年新成立的一家出口公司，凌X和安X是同一家工厂，有着同样的老板，同样的产品……你购买的质量将完全相同……”。

（4）与美国客户于2021年3月2日邮件沟通，谎称：“凌X是我厂去年新成立的一家出口公司，凌X和安X是同一家工厂，有着同样的老板，同样的产品。因为我们的政府资助了新成立的出口公司来应对疫情，因此，我们成立了我们的新的贸易公司 郑州某磨具公司，以获得我们的政府补贴，并为我们的客户提供更有竞争力的价格。”“另一件重要的事（此仅适用于安X，凌X目前尚未收到任何涨价通知）：随着原材料成本的上升以及人工、包装和物流成本的增加。不幸的是，我们无法避免相应地调整我们的价格，并增加所有产品的5%，从今年开始，从您的下一个订单”。

与美国客户于2021年3月3日邮件沟通：“你上一封电子邮件中的问题如下：

1.您是否要求所有文件，包括采购单，现在注明“郑州某磨具公司”。而不是安X？是的，我们需要所有文件，包括采购单，现在用“郑州某磨具公司”代替安X。

2.我看到您有多个电子邮件地址，您希望我们继续使用哪个电子邮件地址？

电子邮件地址： genniferchen XXXX@163. com 将在未来使用。

3.我们是否必领向货运代理发出其他特别指示？贵公司的联络人是否仍然一样？

是的，联系人保持不变，只是更改了电子邮件地址：

公司名称：郑州某磨具公司。

货物：磨盘

上海 / 纽约

姓名：陈某

电子邮件： genniferchen XXXX@163. com

手机：0086 1384903XXXX

4.如果我们向郑州某磨具公司订购并付款，而不是安 X，就不会涨价，对吧？

- 是的，完全正确。”

（5）于 2021 年 5 月 11 日通过邮件与西班牙客户沟通，谎称：“凌 X 是我厂去年新成立的一家出口公司，凌 X 和安 X 是同一家工厂，有着同样的老板，同样的产品。因为去年我们的政府补贴了在疫情期间成立的新的出口公司。因此，我们成立了我们的新的贸易公司 凌 X 磨具有限公司，以获得我们政府的补贴，并提供更有竞争力的价格。”

（6）于 2022 年 2 月 8 日与土耳其客户邮件沟通，直接不让客户通过原告的企业邮箱进行沟通，要求客户发邮件到陈某的 163 个人邮箱。【证据材料四：陈某在任职期间，通过原告企业邮箱 Gennifer Chen<moju.c@anxinabrasives.com，自 2020 年 2 月份便开始与巴林客户、香港客户、菲律宾客户、西班牙客户、美国客户等客户进行沟通，虚构谎言，将属于与原告交易的机会转给郑州某机械设备公司、郑州某磨具公司的邮件往来]

（7）美国 JK 客户的邮箱为 sales<sales@empireabresives.com，美国 JK 客户不再下订单之后原告催促陈某与美国客户进行联系询问情况，于是陈某伪造美国客户邮箱为 sales<sales@empireabrasives.com，自己给自己发信息，然后伪装美国客户回复。

从前述邮件的内容，并根据《反不正当竞争法》第九条、最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定第八条，足可证明：陈某与原告在劳动合同中约定有保密条款，应承担相应保密义务。而陈某在任职期间，却通过原告企业邮箱 Gennifer Chen<moju.c@anxinabrasives.com，与巴林客户、香港客户、菲律宾客户、西班牙客户、美国客户等客户进行沟通，虚构谎言，谎称“凌 X 是原告去年新成立的一家出口公司，凌 X 和安 X 是同一家工厂，有着同样的老板，同样的产品”，诱导国外客户从而与郑州某磨具公司交易，已实施了侵害原告商业秘密的行为，其主观故意明显，且已直接导致原告丧失相应客户，严重侵犯了原告的商

业秘密。

五、陈某、赵某、郑州某磨具公司共同实施了侵害原告商业秘密的行为，应当共同对侵害原告经营信息，对原告造成严重损失的后果承担连带责任

通过原告所举证据材料六可知：郑州某磨具公司成立于2021年1月6日，赵某系被告郑州某磨具公司的法定代表人、股东，并担任该公司的执行董事、总经理，系该公司的实际控制人，而该公司的另一股东刘某某系陈某的母亲。而赵某与陈某在郑州某磨具公司成立前至今系夫妻关系，二人相互之间及与郑州某磨具公司之间均存在多笔相互转移资金的情况，即三者间财产混同。

结合原告所举证据材料八、九可知：陈某系原告的资深外贸专员，掌握原告的客户信息，为了利用所掌握的原告客户信息的便利条件，在2020年是以郑州某机械设备公司的名义将属于原告的交易机会转走；后为了进一步获得空手套白狼的巨额利润，便与其配偶赵某商议于2021年1月份成立了以销售磨料磨具为主的郑州某磨具公司，以赵某及陈某母亲刘某某为股东，由赵某任法定代表人将属于原告的交易机会转走。

通过郑州某磨具公司的银行流水（外币账户及人民币基本户），及原告的企业邮箱邮件内容可知，属于原告的合作客户如：美国客户、香港客户、菲律宾客户、青岛瑞英达等诸多客户，均与郑州某磨具公司发生交易，且与郑州某磨具公司发生交易的客户之前均属于原告的客户。

根据《反不正当竞争法》第九条规定可知，侵犯商业秘密的主体不仅含经营者，而包含自然人、法人和非法人组织。赵某作为郑州某磨具公司的实际管理人、法定代表人、股东，组织实施销售侵权产品，属明知或应知原告的员工陈某实施了以不正当手段获取了原告的客户信息商业秘密，并侵害了原告的利益，仍获取、使用该客户信息的，视为侵犯了原告的商业秘密。而郑州某磨具公司显然属于陈某、赵某为恶意侵犯原告客户信息而专门成立的公司，其直接与原告的客户进行了多次交易，且所有的交易对象均是原告的客户，其当然侵犯了原告的商业秘密。

故，陈某、赵某、郑州某磨具公司应当共同对侵害郑州某研磨科技公司经营信息给郑州某研磨科技公司造成严重损失的后果承担连带责任。

六、三被告的共同侵权行为给原告造成的损失300万

1.关于被告销售获利：通过我方调取的被告郑州某磨具公司中国银行花园路支

行外汇户流水明细得知，被告与我公司美国JK客户自2021年2月至2022年3月11日交易金额为465036.51美元，与香港客户交易金额为19000美元，与菲律宾客户交易金额为11584.4美元，通过被告郑州某磨具公司中国银行金融广场支行基本户流水得知，与青岛瑞英达客户交易金额为72670人民币，以上总销售额按照被告结汇后在其基本户的显示折合人民币为3193215.59元。通过郑州新安华砂轮有限公司以及原告进行采购，采购金额为2919955.根据工商行政管理机关行政处罚案件违法所得认定办法第四条、第六条的规定，故、被告的销售获利为3193215.59-2919955=273260.59元。

2.关于运费获利；通过被告提交的与美国JK的销售合同和发票得知： 美国NO.1425合同金额7266美元（货值4831+空运费2435美元），被告实际支付空运费9000+4364=13364，空运费获利2435*6.41-13364=2244.35

美国NO.1559合同金额16780美元（货值10857美元+空运费5923美元），被告实际支付空运费22328，空运费获利5923*6.41-22328=15638.43

以上运费总获利金额为17882.78元。

3.关于原告退税的损失，原告是一家生产企业，根据国家税务总局关于出口退税的相关规定，生产企业退税额计算方法为销售额×13%=（3193215.59-72670）=405076.93元。

4.陈某伙同其丈夫在2021年1月份成立了郑州某磨具公司，以侵犯原告的客户为业，通过庭审证据可证明被告所有交易的客户均来自于原告，原告2021年期间为被告缴纳的社保以及支付的工资提成共计79278元，该部分费用为被告的非法获利，应当予以返还给原告。

5.为了维护原告自身的合法权益，委托律师签订代理协议并支付律师代理费75000元，为确认被告侵犯的8名客户属于不被公众所知晓的信息而委托鉴定支付鉴定费70000元，另：交通费1000，可信时间戳服务费400元、保函保险费3000元、打印、复印资料费500元，还有诉讼费30800元、保全费5000元，为维权而实际已支出的费用为185700元

6.原告为自产自销的生产企业，如果从原告自己工厂直接出货利润更大，但生产利润来说按10%计算，被告向新安华公司采购额为1161600元，致使原告无法获得该部分利润所产生的损失116160元。

以上各项损失共计1077952元，该金额尚未包括原告并未掌握直接能证明被告还存在其他导致原告损失的行为，如：将客户转至郑州昶融公司的损失、将马来西亚等客户转走的损失等。因被告侵权时间长，恶意程度深应当适用惩罚性赔偿，故主张300万元

七、陈某在职期间，伙同配偶赵某专门成立郑州某磨具公司，以侵权为业、主观恶意明显、侵权时间长、行为恶劣，对侵权行为至庭审时亦无悔过之意，应当对其适用惩罚性赔偿

结合证据材料九：1.郑州某磨具公司成立于2021年1月6日，赵某（陈某配偶）系郑州某磨具公司的法定代表人、股东，另一股东刘某某系陈某的母亲，即：陈某在郑州某研磨科技公司任职期间，专门伙同赵某恶意串通，而成立郑州某磨具公司，该公司的成立后的合作客户均为郑州某研磨科技公司的客户，足可说明郑州某磨具公司的成立/运营便是以专门侵害他人合法权益为业。

2.根据陈某、赵某在本案立案之后，诉讼过程中，存在恶意将郑州某磨具公司注册资本100万元减至3万，其意在减轻郑州某磨具公司股东/实际控制人承担债务的责任，该行为明显系恶意逃避责任的承担。

3.陈某在郑州某研磨科技公司立案且申请律师调查令调取相应材料后，得知郑州某研磨科技公司已知晓其存在违法犯罪行为的情况下，却先行以郑州某研磨科技公司工作人员存在抢劫其财物/非法拘禁其人身自由的理由拨打110报案，致使郑州某研磨科技公司不得不疲于应对公安机关的调查，给郑州某研磨科技公司造成了严重的商誉损失。

4.陈某系郑州某研磨科技公司自2014年招聘入职，经过长达八年的细心培养，从职场小白培养成对磨料磨具十分熟知的专业人员，在郑州某研磨科技公司对其给付高于同行业劳动报酬的情况下，而陈某却从2020年2月起便存在恶意将郑州某研磨科技公司客户转移给其他公司交易，至2022年3月，长达两年的违法行为，其违法行为持续时间之长令人惊叹。

5.郑州某磨具公司在经营半年后，为达到获取更大利润的目的，而利用亲属关系以亲属名义于2021年6月注册成立了郑州锐X公司，该公司的注册地址与郑州某磨具公司的实际经营地址相一致，意在通过该公司向原告采购外贸客户所需郑州某研磨科技公司产品，结合通过其他采购商向郑州某研磨科技公司采购，说明被告为

隐蔽侵权行为不被发现而故意为之，以获得长期利益，相应采购商成为其侵权的工具。

6.郑州某研磨科技公司就陈某侵权行为告知后，陈某仍无悔过之心，继续与美国客户、青岛瑞英达客户进行沟通，恶意损坏郑州某研磨科技公司商誉，已达到使安X永久性失去客户，继而由郑州某磨具公司可以与郑州某研磨科技公司客户继续交易的目的，性质极其恶劣。

7.郑州某研磨科技公司为业务拓展而专门成立业务部门，并为业务拓展而常年参加国内外的展会，花费之大超乎想象。且被告的违法行为系在职期间而为自己私利而恶意为之，给磨料磨具行业，尤其是对郑州某研磨科技公司造成了不可估量的直接经济损失，且客户及磨料磨具行业对郑州某研磨科技公司的评价显著降低，使郑州某研磨科技公司的商业信誉受到了不可估量的严重影响。

故，应判决三被告共同承担连带赔偿责任。

综上所述：陈某系自2014年8月入职原告任外贸员，接触并掌握了原告的部分客户信息，基于为获得高额利润的非法目的，于2020年2月份便将原告巴林客户，通过不正当手段转至与郑州某机械设备公司交易。后为了进一步获得更高额的利润，便伙同其配偶赵某于2021年1月份成立以赵某、陈某母亲刘某某为股东，赵某任法定代表人的郑州某磨具公司，专门以转移原告客户为目的，侵犯原告商业秘密为业。为达到其转移客户的行为不被发现，而又以亲属名义开立郑州锐X公司，与借用其他采购商共同向原告迂回采购，相应采购商成为其侵权工具。另，作为专精特新的制造、销售企业，为业务拓展共花费巨资，却被被告的侵权行为造成了极其严重损失的后果，故请综合考虑被告侵权行为的方式、后果等因素，对其适用惩罚性赔偿，根据《民法典》第一千一百六十八条、第一千一百八十五条、《中华人民共和国反不正当竞争法（2019修正）》第九条、第十七条、第三十二条，最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定（2020年9月12日起施行）第一条、第三条、第五条、第六条、第八条、第十一条、十二条、十六条、十七条、《最高人民法院关于依法加大知识产权侵权行为惩治力度的意见》第八条、第九条、第十条、第十一条之规定，支持原告的诉讼请求

代理人：北京华泰（郑州）律师事务所律师　尚亚飞、李振兴

年　月　日

裁判文书：一审判决书

河南省郑州市中级人民法院

民事判决书

（2022）豫01知民初464号

原告：郑州某研磨科技公司，住所地郑州高新区。

法定代表人：时某，经理。

委托诉讼代理人：尚亚飞，北京华泰（郑州）律师事务所律师。

委托诉讼代理人：李振兴，北京华泰（郑州）律师事务所律师。

被告：陈某，女，汉族，住河南省灵宝市。

被告：郑州某磨具公司，住所地郑州市二七区。

法定代表人：赵某，经理。

被告：赵某，男，汉族，住河南省灵宝市。

三被告共同委托诉讼代理人：赫中奎，河南牟山律师事务所律师。

原告郑州某研磨科技公司与被告陈某、郑州某磨具公司、赵某侵害经营秘密纠纷一案，本院于2022年3月7日立案后，依法适用普通程序，公开开庭进行了审理。原告郑州某研磨科技公司的法定代表人时某及其委托诉讼代理人尚亚飞、李振兴，被告陈某、被告赵某，被告郑州某磨具公司的法定代表人赵某，被告陈某、郑州某磨具公司、赵某的共同委托诉讼代理人赫中奎到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

郑州某研磨科技公司向本院提出诉讼请求：1、依法判令被告立即停止侵权行为，即不得披露、使用或允许他人使用其接触或获取的原告的商业秘密；2、依法判令被告在《中国知识产权报》上刊登声明，就其侵害原告商业秘密行为向原告致歉，以消除影响；3、依法对被告适用惩罚性赔偿，判令被告赔偿原告经济损失及原告为制止被告侵权行为所支付的合理开支共计人民币300万元；4、本案诉讼费、保全费、公证费、保函费、律师费、取证费等由被告承担。事实与理由：原告系从事磨料、磨具生产、销售业务的法人，被告陈某自2014年入职原告处任外贸专员一职工作至今，在职期间，被告对原告公司的商业秘密具有当然的保密义务。被告陈某与被告郑州某磨具公司法定代表人赵某系夫妻关系，在陈某任职原告期间，其授意赵某于2021年1月6日注册成立郑州某磨具公司，该公司与原告从事相同的经营业务。在郑州某磨具公司成立后的2021年全年，陈某在原告任职期间的业务量直线下降，后

经调查得知：陈某利用任职所掌握的原告营销策略方案、原告客户或潜在客户信息等商业秘密，通过与原告客户邮件沟通的过程中，故意表述被告郑州某磨具公司与原告同属一家公司，刻意引导原告客户将款项转至被告郑州某磨具公司，使得实际与原告形成买卖合同关系的为被告郑州某磨具公司，致原告丧失交易机会，造成原告巨大损失。郑州某磨具公司成立于2021年1月6日，赵某系郑州某磨具公司的法定代表人、股东，并担任该公司的执行董事、总经理，系该公司的实际控制人，而该公司的另一股东刘某某系被告陈某的母亲。赵某与被告陈某于2016年10月25日登记结婚，于2018年9月30日登记离婚，二人又于2019年4月8日登记结婚，在被告郑州某磨具公司成立前至今一直系夫妻关系。经查被告陈某、被告郑州某磨具公司名下银行流水可知，赵某与被告郑州某磨具公司之间、被告陈某与被告郑州某磨具公司之间、赵某与被告陈某之间均存在多笔相互转移资金的情况，即三者间财产混同。陈某作为原告处职工，在任职期间伙同赵某注册成立被告郑州某磨具公司，窃取原告客户信息共同侵害原告的经营信息，共同损害原告的合法权益，且赵某滥用法人独立地位，应与被告陈某、郑州某磨具公司承担连带责任。原告系高新企业，拥有众多专利，被告的严重违法行为，主观恶意明显，严重侵害原告的合法利益，并造成了原告的重大损失，构成不正当竞争，应被依法制止和承担惩罚性赔偿责任。

陈某、郑州某磨具公司辩称，请求驳回被答辩人不合理的诉讼请求。事实与理由：一、被答辩人主张的巴林、香港、西班牙、爱尔兰及土耳其客户，答辩人并未与上述客户建立买卖关系，被答辩人也未提供证据证明上述客户系与被答辩人保持长期稳定交易关系的“不为公众所知悉”的特定客户，答辩人主张被答辩人侵权缺乏事实与法律依据。二、被答辩人主张的美国JK TOOLS LLC客户系答辩人陈某个人开发的客户，该客户信息对被答辩人不具有秘密性，且被答辩人对该客户信息也未采取保密性措施，因此该客户信息不构成被答辩人的商业秘密，被答辩人与该客户交易的行为不构成侵权。三、菲律宾客户虽与答辩人郑州某磨具公司达成交易，但答辩人郑州某磨具公司所售给客户的产品仍然是被答辩人的产品，也即是被答辩人的产品间接通过答辩人销售给该客户，因此，被答辩人的利益并未受到损失。四、不正当竞争行为侵害的主要是被侵权人产品的竞争优势和经济利益，并没有给被侵权人的人身权造成损害，因此，即使本案存在侵权行为，被答辩人主张登报赔礼道歉缺乏法律依据。五、答辩人虽与被答辩人部分客户建立买卖关系，但所售产品为

被答辩人产品，被答辩人产品利润并未受到多大损失，因此，被答辩人在诉讼请求主张赔偿数额明显过高，应以实际损失为准。

赵某辩称，其系郑州某磨具公司的股东，其实施行为系职务行为，应依法驳回对赵某的诉讼请求。

当事人围绕诉讼请求依法提交了证据，本院组织当事人进行了证据交换和质证。对当事人无异议的证据，本院予以确认并在卷佐证。对有争议的证据和事实，本院认定如下：

原告郑州某研磨科技公司成立于2005年，生产、销售百叶片，页轮，砂带，转矩砂碟，尼龙磨盘，金刚等涂附磨具异型制品，并拥有自主进出口权。研发的高新产品大多出口美国，巴拿马，新西兰，澳大利亚等30多个国家和地区，公司拥有15项实用新型知识产权专利，10项计算机软件著作权登记证书。2019年10月公司被评为国家高新技术企业，2021年11月公司被评为郑州市专精特新中小企业。

被告陈某2014年入职任郑州某研磨科技公司外贸销售员一职，其负责郑州某研磨科技公司给予其安排的公司客户，其中美国JK公司客户、菲律宾客户、巴林客户、巴拉圭客户、香港客户、西班牙客户、爱尔兰客户及青岛瑞英达客户由陈某负责。郑州某研磨科技公司对其经营信息对客户及潜在客户信息采取了必要的保密措施，为注重客户信息的保密性，防止客户信息泄露，郑州某研磨科技公司在劳动合同中与员工进行了保密条款的约定。郑州某研磨科技公司的销售团队并未与郑州某研磨科技公司的财务、生产等部门在一处办公，陈某所在的外贸销售部单独设在位于二七区陇海路嵩山路康桥溪山御府，且团队成员一般为三至五人，相互间并不知晓对方所负责对接的具体客户信息，与公司客户进行对接联络必须使用企业统一邮箱，并要求对各自负责的客户信息文件夹设置密码，办公电脑也要求设置密码，还要求对所负责的企业邮箱设置各自密码，相互间也互不知晓。

郑州某研磨科技公司于2022年3月发现陈某通过公司分配给其使用的企业邮箱，以“凌X是郑州某研磨科技公司去年新成立的一家出口公司，凌X和安X是同一家工厂，有着同样的老板，同样的产品”等借口诱导属于原告的涉案客户与郑州某磨具公司进行交易。郑州某研磨科技公司遂向本院起诉，本院依申请向原告出具了调查令，调取了相关证据。

郑州某磨具公司成立于2021年1月6日，赵某系该公司的法定代表人、股东，

该公司的另一股东刘某某系陈某的母亲。赵某与陈某于2016年10月25日登记结婚，在郑州某磨具公司成立前至今一直系夫妻关系。郑州某磨具公司的注册地址与调取陈某名下房产的地址为同一地址。在本案诉讼期间，郑州某磨具公司于2022年5月23日将注册资金100万元变更为3万元。

郑州某磨具公司在招聘网站赶集网写明的办公地址为河南省郑州市新郑市龙湖镇。郑州某磨具公司以郑州锐X公司的名义向原告下单采购原告的产品，该郑州锐X公司的工商注册地亦为河南省郑州市新郑市龙湖镇，由此可以认定郑州锐X公司亦为郑州某磨具公司为侵权而设立的公司。

通过被告郑州某磨具公司中国银行金融广场支行基本户流水显示陈某、赵某与郑州某磨具公司之间存在多笔资金相互转移情况，郑州某磨具公司实际控制人应为陈某蒙、赵某夫妻，三者存在财产混同。

自2021年成立至2022年3月，郑州某磨具公司先后6次与原告客户美国JK公司进行交易，交易金额共计465036.51美元（2021年3月2日交易单号为1425，交易金额为7266美元,其中包含2435美元空运费;2021年3月30日交易单号为1475，交易金额为113667.35美元；2021年5月28日交易单号为1559，交易金额为10857美元，包含5923美元空运费；2021年6月25日交易单号为11599，交易金额为110856.935美元；2021年8月26日交易单号为1684，交易金额为96883.5美元；2021年12月3日交易单号为1829，交易金额为119144.375美元），郑州某磨具公司中国银行花园路支行外汇户显示上述所有交易额已全额到账。被告郑州某磨具公司中国银行花园路支行外汇户流水明细显示：郑州某磨具公司与原告香港客户交易一次，交易金额为19000美元；与原告菲律宾客户交易两次，交易金额为11584.4美元。郑州某磨具公司中国银行金融广场支行基本户流水显示：郑州某磨具公司与原告国内青岛瑞英达客户交易金额为72670人民币。按照被告结汇后在其基本户的显示，以上总销售额折合人民币为3193215.59元。证据显示，被告采购上述货物共计支出人民币2919955元。被告的销售获利为3193215.59元-2919955元=273260.59元。

被告提交的其与美国JK公司的销售合同和发票显示：美国NO.1425合同金额7266美元（货值4831＋空运费2435美元），被告实际支付空运费9000元＋4364元=13364元,空运费获利2435美元×6.41-13364元=2244.35元。美国JK公司NO.1559

合同金额16780美元（货值10857美元十空运费5923美元），被告实际支付空运费22328元，空运费获利5923美元×6.41-22328元=15638.43元。以上运费总获利金额为17882.78元。

原告是一家生产企业，根据国家税务总局关于出口退税的相关规定，生产企业退税额计算方法为销售额×13%=（3193215.59元-72670元）×13%=405070.93元，该退税额是原告退税的损失。郑州某磨具公司的上述交易，可以获得上述全部退税，且郑州某磨具公司已办理完成上述绝大部分退税，对未办理的退税，郑州某磨具公司办理退税手续后即可获得该退税。该退税405070.93元亦是郑州某磨具公司的获利。

原告于2022年4月20日委托北京国创鼎城知识产权应用技术研究所对被告侵犯的8名客户是否属于不为公众所知悉进行鉴定。北京国创鼎城知识产权应用技术研究所于2022年7月11日出具国创鉴定［2022］知鉴字第462号《鉴定意见书》显示：该8名客户信息属于不被公众所知悉的信息，属于原告的商业秘密。其中美国客户、菲律宾客户、青岛客户中，不仅包含客户的名称、地址，联系方式等一般信息，还包括交易时间、交易商品、送货地点、交易商品名称、型号规格、数量、价格等深度经营信息，商品名称、规格型号、数量等交易内容体现客户独特的交易习惯、需求，交易价格体现客户的交易意向、对价格的承受能力及价格成交的底线，交货时间体现客户要货的频次、规律。且原告主张的上述3家客户信息并非客户名称和普通信息的简单列举，是在商务往来中形成的特定深度客户信息的组合，该客户信息的组合不属于本领域的从业人员一般经营知识和经验所能了解和掌握的。另，5家（爱尔兰客户、巴林客户、香港客户、西班牙客户、土耳其）客户的联系方式多通过广交会或中国制造平台渠道获取，该5家客户在已了解原告的主营产品、价格等情况的前提下，向原告发出的交易意向信息，有的进行了一些实质性的交易，此种信息并非一般的客户信息，属于具有特定产品需求、交易意向的客户向原告发出的希望与之订立合同的邀请，亦是原告重要的客户资源。由此可知，原告主张的上述5家客户信息并非客户名称和普通信息的简单列举，是一种带有交易意向的特殊客户信息，该特殊客户信息不属于本领域的从业人员仅凭积累的一般经营知识和经验所能了解和掌握的。鉴定意见为：郑州某研磨科技公司主张的客户信息在2022年4月20日前不为公众所知悉。

原告为维权提起本案诉讼支付了如下费用：原告向北京国创鼎城知识产权应用技术研究所支付上述鉴定的鉴定费70000元。原告与北京华泰（郑州）律师事务所签订《委托代理合同》，并向北京华泰（郑州）律师事务所支付律师费75000元。另原告为固定证据，支付可信时间戳服务费400元，本案财产保全支付诉讼财产保全责任保险费3000元。以上共计148400元。

另外，原告主张的以下两项损失，本院在判决中予以综合考虑。1、原告为自产自销的生产企业，如果从原告自己工厂直接出货利润更大，生产利润按10%计算，被告向郑州新安华砂轮有限公司采购原告的产品费用为1161600元，致使原告无法获得该部分利润所产生的损失116160元。2、陈某伙同其丈夫赵某于2021年1月成立郑州某磨具公司，以侵犯原告的客户为业，通过庭审证据可证明被告所有交易的客户均来自于原告，原告2021年期间为被告陈某缴纳的社保以及支付的工资提成共计79278元，该部分费用为被告的非法获利，亦是原告的损失，应当予以返还原告。

经审理确定本案的争议焦点为：郑州某研磨科技公司所诉涉案客户名单是否构成商业秘密；三被告是否存在侵害郑州某研磨科技公司的商业秘密行为；郑州某研磨科技公司要求三被告承担赔偿责任的事实和法律依据。

本院认为：一、关于郑州某研磨科技公司所诉涉案客户名单是否构成商业秘密。《中华人民共和国反不正当竞争法》第九条规定，经营者不得实施下列侵犯商业秘密的行为：……（三）违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。经营者以外的其他自然人、法人和非法人组织实施前款所列违法行为的，视为侵犯商业秘密。第三人明知或者应知商业秘密权利人的员工、前员工或者其他单位、个人实施本条第一款所列违法行为，仍获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的，视为侵犯商业秘密。本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第一条规定，与经营活动有关的创意、管理、销售、财务、计划、样本、招投标材料、客户信息、数据等信息，人民法院可以认定构成反不正当竞争法第九条第四款所称的经营信息。前款所称的客户信息，包括客户的名称、地址、联系方式以及交易习惯、意向、内容等信息。第三条规定，权利人请求保护的信息在被诉侵权行为发生时不为所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得

的，人民法院应当认定为反不正当竞争法第九条第四款所称的不为公众所知悉。第五条规定，权利人为防止商业秘密泄露，在被诉侵权行为发生以前所采取的合理保密措施，人民法院应当认定为反不正当竞争法第九条第四款所称的相应保密措施。人民法院应当根据商业秘密及其载体的性质、商业秘密的商业价值、保密措施的可识别程度、保密措施与商业秘密的对应程度以及权利人的保密意愿等因素，认定权利人是否采取了相应保密措施。第六条规定，具有下列情形之一，在正常情况下足以防止商业秘密泄露的，人民法院应当认定权利人采取了相应保密措施：（一）签订保密协议或者在合同中约定保密义务的；（二）通过章程、培训、规章制度、书面告知等方式，对能够接触、获取商业秘密的员工、前员工、供应商、客户、来访者等提出保密要求的；……（五）对能够接触、获取商业秘密的计算机设备、电子设备、网络设备、存储设备、软件等，采取禁止或者限制使用、访问、存储、复制等措施的；……（七）采取其他合理的。本案中，原告郑州某研磨科技公司通过花费时间、金钱和劳动等代价使其获得了相关客户的经营信息，美国客户、菲律宾客户、青岛客户中，不仅包含客户的名称、地址，联系方式等一般信息，还包括交易时间、交易商品、送货地点、交易商品名称、型号规格、数量、价格等深度经营信息，商品名称、规格型号、数量等交易内容体现客户独特的交易习惯、需求，交易价格体现客户的交易意向、对价格的承受能力及价格成交的底线，交货时间体现客户要货的频次、规律。且原告主张的上述3家客户信息并非客户名称和普通信息的简单列举，是在商务往来中形成的特定深度客户信息的组合，该客户信息的组合不属于本领域的从业人员一般经营知识和经验所能了解和掌握的。另外5家（爱尔兰客户、巴林客户、香港客户、西班牙客户、土耳其）客户的联系方式多通过广交会或中国制造平台渠道获取，该5家客户在已了解原告的主营产品、价格等情况的前提下，向原告发出的交易意向信息，有的进行了一些实质性的交易，此种信息并非一般的客户信息，属于具有特定产品需求、交易意向的客户向原告发出的希望与之订立合同的邀请，亦是原告重要的客户资源，能够为郑州某研磨科技公司带来经济价值。由此可知，原告主张的上述5家客户信息并非客户名称和普通信息的简单列举，是一种带有交易意向的特殊客户信息，该特殊客户信息不属于本领域的从业人员仅凭积累的一般经营知识和经验所能了解和掌握的。同时，郑州某研磨科技公司为上述经营信息采取了制定保密制度、与业务员签订保密条款等保密措施。故郑州

某研磨科技公司的客户名单及相关载体上记录的信息构成其商业秘密。

二、关于三被告是否存在侵害郑州某研磨科技公司的商业秘密行为。依照《中华人民共和国反不正当竞争法》第九条第一款规定，经营者不得采用下列手段侵犯商业秘密：……（三）违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。第三人明知或者应知前款所列违法行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密，视为侵犯商业秘密。《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第八条规定，被诉侵权人以违反法律规定或者公认的商业道德的方式获取权利人的商业秘密的，人民法院应当认定属于反不正当竞争法第九条第一款所称的以其他不正当手段获取权利人的商业秘密。本案中，陈某作为郑州某研磨科技公司的外贸业务员，主要负责产品销售及客户拓展工作，其了解和掌握作为郑州某研磨科技公司商业秘密的客户资料等经营信息，其应当知道郑州某研磨科技公司对其客户的经营信息进行了管理和维护，并有保密要求，而其违反劳动合同有关保密约定及违反郑州某研磨科技公司有关保守商业秘密的要求，故意向郑州某研磨科技公司的客户及潜在客户以郑州某磨具公司是郑州某研磨科技公司之名进行交易，构成对郑州某研磨科技公司商业秘密的侵犯，应当承担侵权责任，且陈某侵权时还是郑州某研磨科技公司的在职员工，应负有对郑州某研磨科技公司的忠实义务，其中包括对工作中接触到的经营信息进行保密的义务。陈某爱人赵某和陈某的母亲刘某某注册被告郑州某磨具公司，郑州某磨具公司的经营范围又与安X公司的经营范围相同，且郑州某磨具公司在较短时间内与郑州某研磨科技公司的交易客户及潜在客户发生了多次交易，同时郑州某磨具公司的交易客户均是来自陈某掌握的原告郑州某研磨科技公司的客户信息，足以认定陈某、赵某、郑州某磨具公司共同故意侵犯郑州某研磨科技公司商业秘密，三被告构成对郑州某研磨科技公司商业秘密的共同侵权。

三、关于郑州某研磨科技公司要求三被告承担赔偿责任的事实和法律依据。《中华人民共和国民法典》第一千一百六十八条规定，二人以上共同实施侵权行为，造成他人损害的，应当承担连带责任。第一千一百八十五条规定，故意侵害他人知识产权，情节严重的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。《中华人民共和国反不正当竞争法》第十七条规定，经营者违反本法规定，给他人造成损害的，应当依法承担民事责任。经营者的合法权益受到不正当竞争行为损害的，可以向人民法院提

起诉讼。因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定。经营者恶意实施侵犯商业秘密行为，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开支。经营者违反本法第六条、第九条规定，权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予权利人五百万元以下的赔偿。《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》第一条规定，原告主张被告故意侵害其依法享有的知识产权且情节严重，请求判令被告承担惩罚性赔偿责任的，人民法院应当依法审查处理。本解释所称故意，包括商标法第六十三条第一款和反不正当竞争法第十七条第三款规定的恶意。第三条规定，对于侵害知识产权的故意的认定，人民法院应当综合考虑被侵害知识产权客体类型、权利状态和相关产品知名度、被告与原告或者利害关系人之间的关系等因素。对于下列情形，人民法院可以初步认定被告具有侵害知识产权的故意：……（三）被告与原告或者利害关系人之间存在劳动、劳务、合作、许可、经销、代理、代表等关系，且接触过被侵害的知识产权的。第四条规定，对于侵害知识产权情节严重的认定，人民法院应当综合考虑侵权手段、次数，侵权行为的持续时间、地域范围、规模、后果，侵权人在诉讼中的行为等因素。被告有下列情形的，人民法院可以认定为情节严重：……（二）以侵害知识产权为业；……（五）侵权获利或者权利人受损巨大。第六条规定，人民法院依法确定惩罚性赔偿的倍数时，应当综合考虑被告主观过错程度、侵权行为的情节严重程度等因素。本案中，三被告恶意侵犯原告的商业秘密，共同故意利用该商业秘密进行经营活动，并谋取了巨大的利益，给原告郑州某研磨科技公司造成了巨大的经营损失。另，原告郑州某研磨科技公司为维护其合法权益，支出了高额的维权费用，对三被告的恶意侵权行为应依法严惩。主要论述如下：1、被告陈某违反保密义务，侵犯原告的商业秘密，主观故意明显，且已实施了侵犯商业秘密的行为。根据被告陈某的邮件的内容，足以证明陈某违反保密义务，侵犯原告的商业秘密，主观故意明显，且已实施了侵犯了商业秘密的行为。2、陈某、赵某、郑州某磨具公司共同实施了侵害原告商业秘密的行为，应当共同对因侵犯原告商业秘密而对原告造成的严重损失承担连带责任。陈某、赵某为恶意侵犯商业秘密而专门成立了被告郑州某磨具公司，并直

接与原告的客户进行了多次交易，且所有的交易对象均是原告的客户，严重侵犯了原告的商业秘密。赵某为郑州某磨具公司的法定代表人、股东，利用陈某提供的原告商业秘密，组织实施的销售行为，属于明知陈某侵犯原告的商业秘密而恶意利用该商业秘密获取巨大利益，其侵犯了原告的商业秘密，严重损害了原告的利益。综上，陈某、赵某、郑州某磨具公司应当共同承担侵权责任。3、三被告的共同侵权行为给原告造成的损失及被告的获利。根据本案查明的事实，被告销售获利为273260.59元，运费获利17882.78元，退税获利405070.93元，以上获利共计696214.3元。原告为维权提起本案诉讼支付了鉴定费、可信时间戳服务费、诉讼财产保全责任保险费、律师费等共计148400元。另外，直至本案2022年3月起诉时，陈某始终是原告郑州某研磨科技公司的在职外贸专员，陈某与赵某于2021年1月成立郑州某磨具公司，其全部交易客户均来自原告，原告2021年期间为被告陈某缴纳的社保以及支付的工资提成共计79278元。原告为自产自销的生产企业，被告郑州某磨具公司通过郑州新安华砂轮有限公司低价采购原告1161600元产品，并低价出口，按生产利润10%计算，原告比自己正常出口损失利润116160元。4、被告陈某在职期间，其丈夫赵某专门成立郑州某磨具公司，该公司以侵权为业、主观恶意明显、侵权时间长、获利巨大，且侵权行为被调查发现后，被告对侵权行为始终无悔过之意，在本案起诉后的2022年5月23日，被告将郑州某磨具公司注册资金由100万元减至3万来恶意逃避责任，故应依法对其适用惩罚性赔偿。综合本案查明的事实，三被告恶意实施侵犯商业秘密行为，情节严重，获利巨大，且对原告造成了更大的损失，同时考虑到被告也存在其他经营成本，本院依法适用惩罚性赔偿，酌定按三被告上述获利金额的两倍赔偿原告的损失（包括原告为制止侵权行为所支付的合理开支）共计696214.3元×2=1392428.6元。原告的第一项诉讼请求，于法有据，本院予以支持，原告的第二项诉讼请求，因法律依据不足，本院不予支持。

综上所述，依照《中华人民共和国民法典》第一千一百六十八条、第一千一百八十五条，《中华人民共和国反不正当竞争法》第二条、第九条、第十七条，《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第一条、第五条、第八条，《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》第一条、第三条、第四条、第六条之规定，判决如下：

一、被告陈某、郑州某磨具公司、赵某立即停止侵权行为，即不得披露、使用

或允许他人使用其接触或获取的原告郑州某研磨科技公司的商业秘密；

二、被告陈某、郑州某磨具公司、赵某于本判决生效之日起十日内赔偿原告郑州某研磨科技公司经济损失（包括原告为制止侵权行为所支付的合理开支）共计1392428.6元；

三、驳回原告郑州某研磨科技公司的其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十条规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费30800元，由郑州某研磨科技公司负担16530元，由陈某、郑州某磨具公司、赵某负担14270元。保全费5000元，由陈某、郑州某磨具公司、赵某负担。

如不服本判决，可以在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按照对方当事人或者代表人的人数提出副本，上诉于河南省高级人民法院。

审 判 长　郑志军

审 判 员　王　冰

审 判 员　姚付良

二〇二二年九月二日

书 记 员　王玉霞

新乡某农业公司诉何某、李某侵害植物新品种权纠纷案

——河南鼎卿律师事务所　赵子霞

案例简介：

新乡某农业公司是一家“育繁推一体化”的种子企业。经“XX169”小麦植物新品种权人授权，新乡某农业公司在河南省区域内以独占许可的方式享有“XX169”小麦品种的生产经营权利，在授权区域内的侵权行为有权以自己的名义提起诉讼。2021年9月9日，何某以“XX169”小麦种子名义向案外人销售4万斤种子。经虞城县农业局认定，何某销售的种子包装袋上没有标明生产厂家、品种名称、种子标签，认定该种子为假种子。河南省虞城县人民法院以生产、销售伪劣产品罪，判处何某有期徒刑六个月，缓刑一年，并处罚金4万元。2022年8月，新乡某农业公司诉至法院，请求判令何某及其丈夫李某停止侵权，并连带赔偿其经济损失及合理开支共计60万元。

郑州市中级人民法院认为，何某未经案涉植物新品种权人许可，擅自生产、繁育、销售“XX169”小麦种子其行为侵害了新乡某农业公司植物新品种权。何某销售的“XX169”小麦种子，所得钱款转入了其丈夫李某账户，可以认定：共同实施了侵权行为，判令何某和李某共同赔偿新乡某农业公司经济损失及维权合理开支共计31万元。

参评理由：

本案属于典型的涉及侵犯植物新品种权的民刑交叉侵权案件，体现了刑法和民法有效衔接及人民法院保护种业安全的双重保护效应。本案准确适用民事证据规则，对行为人已销售数量和未被追究刑事责任的共同侵权人，采用优势证据原则，盖然性的证明标准，依法予以认定，有效的保护了权利人的合法权益。通过该判决，彰显了人民法院依法保护种业安全、维护品种权人合法利益的价值导向。

本案被郑州市中级人民法院选为“2022年度知识产权司法保护十大典型案例”。

法律文书：一审代理词

代理词

尊敬的审判长、审判员：

河南鼎卿律师事务所依法接受新乡某农业公司的委托，指派赵子霞律师担任其与被告何某、被告李某侵害植物新品种权纠纷一案的一审诉讼代理人。现根据庭审情况、结合本案的事实和相关法律，发表代理意见如下：

一、“XX169”小麦品种于2020年12月31日获得植物新品种权证书。新乡某农业公司系XX“169”小麦品种在河南省区域生产经营的独占被许可人，植物新品种权人已经明确授权原告单独提起诉讼的权利，原告主体适格

“XX169”小麦品种于2020年4月29日通过国家农作物品种审定委员会审定，育种者为陕西某公司、原告及安徽某公司，审定意见为“该品种符合国家小麦品种审定标准，通过审定，适宜在黄淮冬麦区南片的河南省除信阳市和南阳市南部部分地区以外的平原灌区，陕西省西安、渭南、咸阳等地”。陕西某公司于2017年5月24日对“XX169”小麦品种申请植物品种权，2020年12月31日取得植物新品种权证书，品种权号CNA2017XXXX，授权日为2020年12月31日，保护期限为15年，现处于植物新品种的保护期内。陕西某公司授权原告在河南省区域内以独占许可的方式生产经营“XX169”小麦品种，并授权原告在河南省区域内有权以自己的名义单独行使举报、起诉的权利。根据最高人民法院《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定》第一条第三款“普通实施许可合同的被许可人经品种权人明确授权，可以提起诉讼”的规定，原告在本案中具有诉讼主体资格，有权提起本案诉讼。

二、两被告繁育、销售的白包小麦种子，经河南省依斯特检测技术有限公司检测，与标准样品“XX169”，差异点位数为0，侵害“XX169”植物新品种权，两被告抗辩构成农民自繁自用的意见不成立

被告李某与被告何某系夫妻关系，二人承包了60亩土地，在承包的土地上已经种植“XX169”小麦三年了，种子来源于自己耕种的“XX169”小麦，将挑取的种子留作第二年播种使用，种植不完的种子再销售出去。两被告未经原告的授权，在不属于家庭联产承包责任制形式的土地上，种植“XX169”小麦种子，以及将留用的“XX169”小麦作为种子对外销售的行为，根据《中华人民共和国种子法》（2015年修订）第二十八条规定，两被告的行为构成共同侵权。

庭审中，被告何某辩称其是在自行承包地自繁自用“XX169”小麦品种，是在案外人的引诱下，才从事销售行为，不构成侵权。对于被告何某的辩称意见，无事实

与法律依据。最高人民法院《关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定（二）》第十二条规定，农民在其家庭农村土地承包经营合同约定的土地范围内自繁自用授权品种的繁殖材料，权利人对此主张构成侵权的，人民法院不予支持。对前款规定以外的行为，被诉侵权人主张其行为属于种子法规定的农民自繁自用授权品种的繁殖材料的，人民法院应当综合考虑被诉侵权行为的目的、规模、是否营利等因素予以认定。通过上述法律规定，可以确定构成农民自繁自用，需要满足如下条件，主体上是农民，且必须是在农村土地承包经营合同约定的土地范围内自繁自用授权品种的繁殖材料，才不构成侵权。本案中，被告何某和丈夫李某是通过土地流转，获得经转包的60亩土地，已不是以家庭联产承包责任制的形式签订农村土地承包合同的农民，而是一种新型的农业生产经营主体。被告何某在该流转的土地上进行耕种、收获粮食后以种子的形式售出以赚取收益的行为，不再仅仅是为了满足其个人和家庭生活的需要，而是具有商业目的。所以，被告何某的抗辩意见不成立。被告何某未经原告授权，擅自繁育、销售“XX169”小麦种子，侵害了“XX169”植物新品种权。

三、被告李某在刑事案件中虽然未被追究刑事责任，但是根据刑事卷宗的证据材料及其是收款人的事实，被告李某应被认定为共同侵权人，应当承担共同侵权责任

庭审中被告李某辩称，其对被告何某与案外人的种子买卖内容不知情，也未获得任何利益，且公安机关并未对其采取任何措施，故不应该是共同被告，不应承担赔偿责任。对此，本律师认为，李某的抗辩意见不成立。本案中，案涉种子款是支付到被告李某账户的，且被告何某与被告李某系夫妻关系，李某称对合同内容不知情，显然不符合常理。本案属于刑民交叉问题，但是刑事案件与民事案件的证据标准不同，刑事案件的证据要求排除合理怀疑，民事案件证据需达到高度盖然性，可以依据优势证据予以认定。虞城县公安局卷宗中何某与李某在其讯问笔录中称：“我家承包有60亩地，我老公负责承包地的日常管理，我负责我们合作社日常与客户的来往和交易”，获嘉县某种植服务专业合作社实际系李某与何某一起经营。被告李某的行为在证据上虽然达不到被追究刑事案件的标准，但是现有的证据已经证明其与妻子何某在承包的60亩土地上，共同种植“XX169”小麦种子，并将未使用完的种子对外销售，且被告李某是案涉种子款的收款方。所以，被告李某即使未被追究刑事责任，也不影响共同侵权人的认定及民事责任的承担，李某辩称不是适格被告，

不应承担责任的意见不成立。

四、两被告种植规模大，销售量大，且采取白包的方式销售案涉侵权种子，属于情节严重的情形。原告作为权利人，为了保护自己的合法权益，付出了大量的人力、财力维权，仅合理开支就达74376元，应当支持原告的诉请

依据《中华人民共和国种子法》（2015年修订）第七十三条第三款、第四款规定，侵犯植物新品种权的赔偿数额按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定。权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，可以参照该植物新品种权许可使用费的倍数合理确定。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。侵犯植物新品种权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上三倍以下确定赔偿数额。权利人的损失、侵权人获得的利益和植物新品种权许可使用费均难以确定的，人民法院可以根据植物新品种权的类型、侵权行为的性质和情节等因素，确定给予三百万元以下的赔偿。本案中，在确定赔偿金额时，有如下关键性的事实：1、两被告繁育、销售的种子是白包，根据最高人民法院《关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定（二）》第十七条的规定，两被告的行为可以认定为侵权行为情节严重；2、两被告共承包60亩土地，繁育、种植规模大，且种植已长达3年左右，时间跨度大；3、在被告何某与案外人的通话录音中，被告何某自称去年销售1000吨，今年留了600吨。原告虽未提供确切证据证明其因两被告的侵权行为遭受的损失或两被告因侵权行为获得的利益，但是依据上述繁育种植规模，种植时间跨度、以白包的形式进行销售及销售的数量，两被告的侵权行为属于情节严重。另外，原告作为权利人，为了保护自己的合法权益，付出了大量的人力、财力维权，前期调查取证维权向调查取证公司支付64376元，支付前期律师费1万元，仅合理开支就达74376元。现国家不断倡导应当加大知识产权保护力度，故在确定赔偿金额时，应当根据两被告侵权行为的情节等因素及原告所支付的合理开支，依法支持原告的诉请金额。

综上，原告的诉请具有事实和法律依据，应当予以支持，恳请法官依据本案事实，公平公正的依法作出判决。

代 理 人：赵子霞

年　月　日

裁判文书：一审判决书

河南省郑州市中级人民法院

民事判决书

（2022）豫01知民初1424号

原告：新乡某农业公司，住所地新乡市。

法定代表人：陈某，经理。

委托诉讼代理人：赵子霞，河南鼎卿律师事务所律师。

被告：何某，女，汉族，住址河南省获嘉县。

被告：李某，男，汉族，住址河南省获嘉县。

二被告共同委托诉讼代理人：聂占营，获嘉县鑫缘法律服务所法律工作者。

原告新乡某农业公司诉被告何某、李某侵害植物新品种权纠纷一案，本院于2022年8月30日立案后，依法适用普通程序，公开开庭进行了审理。原告新乡某农业公司的委托诉讼代理人赵子霞，被告何某、李某的共同委托诉讼代理人聂占营到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告新乡某农业公司向本院提出诉讼请求：1.判令两被告立即停止侵犯原告XX169植物新品种权的行为，即停止生产、繁育及销售行为。2.判令两被告对库存及尚未销售的侵权种子做灭绝活性处理。3.判令被告何某赔偿原告经济损失及为制止侵权行为合理开支共计60万元，被告李某对此承担连带赔偿责任。4.判令本案诉讼费用、保全费用由两被告承担。事实及理由：陕西某公司是XX169小麦品种（品种权号CNA2017XXXX）的品种权人。陕西某公司授权原告可以以自己的名义提起诉讼。原告经调查发现，被告何某对外销售没有标签的白袋小麦种子，里面实际装的是XX169，原告委托第三方进行了购买取证，并向虞城县农业农村局举报，认定为假种子，何某因此被判处刑事处罚。再根据原告调取的（2022）豫1425刑初412号案件的卷宗材料可以确认，李某与何某共同承包了60亩土地，已经种植XX169小麦三年，且将自用之外的种子对外销售。原告认为二被告的行为严重侵犯了原告的合法权益，给原告造成了重大经济损失。为此，特向法院起诉，请依法判决。

被告何某答辩称：1.原告起诉理由与事实不相符合。被告何某在自行承包地自繁自用种植“XX169”小麦品种，原告方伙同戚某在没有实际承包地前提下又联合虞城县农村农业局采用钓鱼执法形式，使何某本人原没有违法意图，在戚某引诱之下，

才从事销售行为，并把所设之套作为定性证据，这种取证的方式是违法的。2.被告何某已将款项63200元退还，并且这些种子已被扣押，未流入市场，被告何某未获得任何利益，原告并未因此遭受任何损失。3.原告诉讼请求明显过高，被告的行为不属于情节严重。综上，请人民法院驳回原告诉讼请求。

被告李某答辩称：1.被告李某对何某与戚某之间的买卖内容并不知情，何某并未获得利益，被告李某也未因此分得任何利益，原告方利益也未受到侵害。公安机关并未对李某采取任何措施，原告要求追加李某为本案共同被告于法无据。2.原告方要求被告李某对60万元经济损失及合理开支承担连带赔偿责任，没有法律依据，不符合相关法律规定。3.其他意见同何某的答辩意见。

原告新乡某农业公司为支持其诉讼请求提交如下证据：

证据1.XX169小麦品种审定证书1份，证据2.XX169小麦品种植物新品种权证书1份。拟证明：XX169小麦品种于2020年4月29日通过国家农作物品种审定委员会审定，育种者为陕西某公司、原告及安徽某公司，审定意见为“该品种符合国家小麦品种审定标准，通过审定，适宜在黄淮冬麦区南片的河南省除信阳市和南阳市南部部分地区以外的平原灌区，陕西省西安、渭南、咸阳等地”。XX公司于2017年5月24日就XX169小麦品种申请品种权,2020年12月31日取得植物新品种权证书，品种权号CNA2017XXXX，授权日为2020年12月31日，保护期限为15年，现处于植物新品种的保护期内。

证据3.原告农作物种子生产经营许可证的主证、副证各1份，证据4.独占许可授权书1份，证据5.技术转让合同1份、陕西省技术合同认定登记证明1份，证据6.支付品种权许可使用费发票6份。证明目的：1.XX公司授权原告在河南省区域内以独占许可的方式生产经营“XX169”小麦品种，并授权原告在河南省区域内有权以自己的名义单独行使举报、起诉的权利。截止到2021年12月9日，原告已支付100万固定许可费及浮动许可费2202497.85元，共计3202497.85元许可使用费。

证据7.虞城县农业农村局抽样检测结果告知书1份及河南省依斯特检测技术有限公司做出的检验报告1份，证据8.被告何某讯问笔录3份，被告李某讯问笔录1份、戚某询问笔录1份，证据9.接受证据材料清单1份、被告何某与戚某的通话录音1份及戚某询问笔录1份，证据10.虞城县公安局调取证据通知书1份、“XX169”小麦种子售价证明1份及戚某询问笔录1份，证据11.2022豫1425刑初412刑事判

决书1份。拟证明:1.两被告种植、销售的白包小麦种子,经检测,与标准样品“XX169”,差异点位数为0,侵犯“XX169”植物新品种权。2.两被告未经原告的授权,在不属于家庭联产承包责任制形式的土地上,种植XX“169”小麦品种的行为,以及将留用的XX“169”小麦种子对外销售的行为,均构成侵权。3.两被告种植规模大,生产、销量量大,获利多,给原告造成了极大的经济损失,原告诉请应予支持。

证据12.代理服务协议1份及付款凭证1份,证据13.民事案件委托代理协议1份及发票2份。拟证据:原告的合理开支为74376元。

证据14.(2019)最高法知民终407号民事判决书1份。拟证明:1.农民在超出家庭联产承包责任制形式的土地上自繁自用他们具有植物新品种权的种子,不构成自繁自用,应认定为侵权。2.在确定赔偿金额时,应当考虑植物新品种权的许可使用费用、侵权性质、情节及合理开支等因素,在500万元以下确定赔偿金额。

证据15.原告的小麦种子预约经销合同及发票六份。拟证明:原告经营的XX169小麦品种在河南省区域内市场占有率极高,市场实际需求量大。在确定两被告赔偿金额时,应当考虑原告XX169小麦品种的实际市场销售情况。

被告何某、李某对原告新乡某农业公司的证据质证意见为:对证据1-2的真实性无异议。对证据3无异议。证据4-6的真实性由法院审核确定,证明目的有异议。只有权利人的损失或侵权获得的利益难以确定,才可以参照植物新品种许可费合理确定赔偿数额。本案中,原告和虞城县农村局采用钓鱼执法的形式,被诉种子从未流入市场领域,被告未获得利益,原告也未受到损失。对证据7-11的真实性无异议,证明目的有异议。何某负责日常的来往交易,李某并不参与。三份笔录上都显示李某对之前的买卖行为是不知情的。何某的陈述是夸大其词,销售1000多吨,这都是不实的。仅仅60亩地,不可能生产那么多。刑事判决书上也仅仅认定了被告何某销售了4万斤小麦。对证据12、13的证明目的有异议。民事案件不提倡风险代理。要求支持律师费用还应当提供转账凭证,看是否实际缴纳。对证据14,与本案无关。对证据15有异议,因为是预销售合同,合同是否履行不确定。

被告何某、李某均未向本院提交任何证据。

根据双方的举证及质证意见,本院根据可确认真实性、合法性的证据,认定如下与本案具有关联性的事实:

一、关于案涉植物新品种权属的相关事实

XX169小麦品种于2020年4月29日通过国家农作物品种审定委员会审定，育种者为陕西某公司、新乡某农业公司及安徽某公司。审定意见为“该品种符合国家小麦品种审定标准，通过审定，适宜在黄淮冬麦区南片的河南省除信阳市和南阳市南部部分地区以外的平原灌区，陕西省西安、渭南、咸阳、铜川和宝鸡灌区，江苏省淮河、苏北灌溉总渠以北地区，安徽省沿淮及淮河以北地区高中水肥地块中晚茬种植”。XX公司于2017年5月24日就XX169小麦品种申请品种权，2020年12月31日取得植物新品种权证书，品种权号CNA2017XXXX，保护期限为15年。

陕西某公司授权新乡某农业公司在河南省区域内以独占许可的方式生产经营XX169小麦品种，并授权新乡某农业公司在河南省区域内对任何单位或个人未经品种权人许可，侵害XX169植物新品种权的所有行为，以自己的名义单独行使举报、起诉的权利。授权期限为2020年12月31日至2025年12月31日。

2018年10月6日陕西某公司与新乡某农业公司签订的《技术转让（技术秘密）合同》约定：就XX169小麦新品种，陕西某公司以独占的方式许可新乡某农业公司在河南省区域内生产经营。许可实施费：人民币100万元整及品种在许可区域推广合法后新乡某农业公司的该品种销售量0.1元/公斤。陕西某公司向新乡某农业公司开具的陕西增值税普通发票显示，新乡某农业公司向陕西某公司支付许可费共计3202497.85元。

二、关于原告主张两被告实施侵权行为的事实

2022年7月11日，河南省虞城县人民法院作出的（2022）豫1425刑初412号刑事判决书认定，2021年9月9日，戚某通过电话向何某说购买“XX169”小麦种子用来种植，戚某以每斤1.58元的价格购买了4万斤“XX169”小麦种子。2021年9月15日，戚某将63200元的种子款转到何某的丈夫李某的银行账户。戚某收到货后，于2021年9月29日到虞城县农村农业局举报。2021年10月26日虞城县农业局出具《种子认定书》，以包装袋上没有生产厂家、没有品种名称、没有种子标签，认定为假种子。判决：被告人何某犯生产、销售伪劣产品罪，判处有期徒刑六个月，缓刑一年，并处罚金人民币4万元。

（2022）豫1425刑初412号刑事案件卷宗材料显示：

1.虞城县种子管理站委托河南省伊斯特检测技术有限公司对戚某购买的白袋包装小麦种子与“XX169”小麦种子进行真实性鉴定，鉴定结果为：通过42对引物，

采用变形 PAGE 垂直板电泳方法进行检测与标准样品 XX169 比较，未能检测出位点差异。2. 何某与戚某的电话录音显示：戚某说“你只要确定是 XX169，然后我就找个车”，何某说“一百个是”，戚某说“那行，今年反正是我弄得不少，这都 20 吨呢，我这联系的都是大户”，何某说“我去年都卖了 1000 吨”，戚某说“你去年卖了 1000 万斤？”，何某说“1000 吨种子”“今年我留的少了，今年留了 600 吨，也不够卖，有些种子都淹了，种子都不够卖，都是订货了”。3. 何某和戚某在侦查阶段的陈述中提到河南省政府发布的小麦最低收购价为 1.13 元-1.15 元。4. 何某在侦查阶段陈述，我家承包有六十亩地，我老公负责承包地的日常管理，我负责我们合作社日常与客户的来往及交易。何某和李某在侦查阶段陈述，两人系夫妻关系。李某陈述，获嘉县 XX 种植服务专业合作社实际系李某和何某一起经营，其还有一个公司叫获嘉县 XX 粮食购销有限公司，主要业务是收购和销售粮食。

三、其他相关事实

1. 新乡某农业公司（甲方）与郑州鼎卿律师事务所（乙方）签订的《民事案件委托代理协议》载明，甲方因与何某侵害植物新品种权纠纷一案，聘请乙方律师作为委托代理人。乙方接受甲方委托指派赵子霞、薛志伟律师及其团队人员为代理人。双方同意乙方采取下列半风险代理收费方式收取律师费：一审、二审、执行，三个阶段的基础代理费为一万元；风险代理费按照甲方获得最终赔偿款项的比例确定。新乡某农业公司提供的增值税发票显示，新乡某农业公司向郑州鼎卿律师事务所支付律师费 10000 元。

2. 2021 年 7 月 20 日，新乡某农业公司（甲方）与郑州益来知识产权代理有限公司（乙方）签订的服务协议载明，甲方委托乙方在河南省内针对侵权行为的侵权人采取调查取证、行政或刑事投诉等法律维权服务。乙方指定闫秋香为授权代表。甲方根据乙方依照独立线索提供服务的不同阶段设定以下付费标准：1. 调查取证。人民币 10000 元，乙方完成甲方指定性调查、提交调查报告、相关证据材料。2. 行政打击/个。人民币 20000 元，按效果和阶段付费。3. 刑事打击/个。人民币 70000 元，按效果和阶段付费。4. 关于案件调查中涉及的检测费、仓储费、装卸费、公证费、保全费乙方以电子邮件方式告知甲方，经甲方同意后实报实销。5. 民事索赔案件/个。甲方可委托乙方代理，案件所产生的诉讼费、律师费、差旅费由甲方负担。所得赔偿利益扣除诉讼费等后按照 4:6 的比例分配。新乡某农业公司提供的转账凭证显示，

2022 年 9 月 3 日，新乡某农业公司向黄东阳支付 64376 元。

3. 通过国家企业信用信息公示系统查询，获嘉县 XX 粮食购销有限公司成立于 2017 年 3 月 28 日，注册资本 50 万元，类型为有限责任公司（自然人独资），经营范围：粮食购销，仓储服务；普通货物道路运输。该公司的变更记录显示，2022 年 9 月 26 日，负责人及投资人均由李某变更为李某辉，高级管理人员备案（董事、监事、经理等）由李某、何某变更为李某辉、何某。获嘉县 XX 种植服务专业合作社成立于 2015 年 3 月 20 日，法定代表人为李某，类型为农民专业合作社，该合作社成员包括王某彬、王某胜、李某成、王某飞、李某。

本院认为：陕西某公司是“XX169”小麦品种的植物新品种权人。陕西某公司授权新乡某农业公司以独占许可方式在河南省区域内生产经营“XX169”小麦品种，新乡某农业公司可以以自己名义提起本案诉讼。

《中华人民共和国种子法》（2015 年修订）第二十八条规定，完成育种的单位或者个人对其授权品种，享有排他的独占权。任何单位或者个人未经植物新品种权所有人许可，不得生产、繁殖或者销售该授权品种的繁殖材料，不得为商业目的将该授权品种的繁殖材料重复使用于生产另一品种的繁殖材料；但是本法、有关法律、行政法规另有规定的除外。根据河南省虞城县人民法院作出的已经生效的（2022）豫 1425 刑初 412 号刑事判决可以认定，何某在未经案涉植物新品种权人许可的情况下，擅自生产、繁育、销售“XX169”小麦种子，其行为侵害了原告植物新品种权。李某抗辩称，其对何某售卖的种子不知情，其也并未分得利益，不应当承担连带赔偿责任。经查，何某销售给案外人的“XX169”小麦种子，所得钱款打入了李某账户，同时鉴于何某和李某系夫妻关系，故可以推定，何某和李某实施了共同侵权行为，因此，原告主张两被告停止侵权，并赔偿损失的诉请，本院予以支持。关于新乡某农业公司主张的对库存和尚未销售的侵权种子作灭绝活性处理的意见，经查，两被告的侵权行为距本院受理本案时，已长达一年有余，且原告亦并未举证证明两被告尚有未销售的种子，故对原告的该项诉讼请求，本院不予支持。

《中华人民共和国种子法》（2015 年修订）第七十三条第三款、第四款规定，侵犯植物新品种权的赔偿数额按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定。权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，可以参照该植物新品种权许可使用费的倍数合理确定。

赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。侵犯植物新品种权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上三倍以下确定赔偿数额。权利人的损失、侵权人获得的利益和植物新品种权许可使用费均难以确定的，人民法院可以根据植物新品种权的类型、侵权行为的性质和情节等因素，确定给予三百万元以下的赔偿。本案中，新乡某农业公司未提供确切证据证明其因两被告的侵权行为遭受的损失或两被告因侵权行为获得的利益，故本院根据两被告侵权的性质、侵权时间、后果、何某与戚某在通话录音中陈述的销售数量及新乡某农业公司支付的律师费等因素，酌定何某和李某共同赔偿新乡某农业公司经济损失及维权合理开支共计人民币31万元。

综上，依照《中华人民共和国种子法》（2015年修订）第二十八条，第七十三条之规定，判决如下：

一、被告何某、李某立即停止繁育、销售侵犯“XX169”植物新品种权的行为；

二、被告何某、李某于本判决生效之日起十日内共同赔偿原告新乡某农业公司经济损失及维权合理开支共计人民币310000元；

三、驳回原告新乡某农业公司的其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十条规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费9800元，由被告何某、李某共同负担5000元，原告新乡某农业公司负担4800元。

如不服本判决，可以在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状一式八份，上诉于中华人民共和国最高人民法院。

审 判 长　钱红军

审 判 员　张海峰

审 判 员　张永杰

二〇二二年十一月九日

书 记 员　王绍毅

东莞某公司诉洛阳某商贸公司侵害商标权及不正当竞争纠纷案

——北京市京师（郑州）律师事务所　郭航

案例简介：

2021年9月原告东莞某公司在洛阳市中级人民法院起诉被告洛阳某商贸公司侵犯其“咬咬X”商标专用权及不正当竞争纠纷，要求洛阳某商贸公司停止侵权并赔偿损失。东莞某公司主张其享有在第10类“婴儿喂食器、婴儿咀嚼器、婴儿奶瓶”等核定商品项目上的“咬咬X”注册商标专用权。东莞某公司认为，洛阳某商贸公司在淘宝上开设的名为“某某母婴旗舰店”的店铺中所销售的婴儿辅食器产品标题上使用了“咬咬X”，其行为已构成对东莞某公司“咬咬X”注册商标专用权的侵害及不正当竞争。该案由郭航律师代理被告洛阳某商贸公司，经过庭审，洛阳市中级人民法院一审判决认为被告洛阳某商贸公司在被诉侵权产品上使用“咬咬X”的行为并不构成商标侵权及不正当竞争，依法驳回原告东莞某公司的全部诉讼请求。原告东莞某公司不服该一审判决上诉到河南省高级人民法院，经审理河南省高级人民法院于2022年3月29日作出二审判决，依法驳回东莞某公司的上诉，维持原判。

参评理由：

商标的根本功能或作用在于区别商品或服务的来源。因此，保护商标是以商品或服务来源的混淆作为评判标准。本案属于被告洛阳某商贸公司使用原告东莞某公司注册商标“咬咬X”构成描述性正当使用的情形。原告自身的“咬咬X”商标中“咬咬”二字为产品功能的描述，故“咬咬X”注册商标含有描述性要素，显著性较弱，东莞某公司提供的证据不足以证明其注册商标在使用过程中获得了较强的显著性。同时，被告洛阳某商贸公司的使用行为中并未突出使用“咬咬X”且打开产品详情页面，不存在“咬咬X”相关内容，产品实物外包装亦不显示“咬咬X”相关内容，消费者明显可通过产品详情描述和“艾咪艾咪”商标来区分商品来源，故相关公众施以一般注意力即可将被诉侵权产品与东莞某公司的产品予以区分，不易产生被诉侵权产品是由东莞某公司生产或与东莞某公司存在特定联系的误认，从而造成混淆。因此，洛阳某商贸公司的行为不构成商标侵权，亦不构成不正当竞争。

法律文书：一审代理词

代理词

尊敬的审判长、审判员：

依照法律规定，北京市京师（郑州）律师事务所接受本案被告洛阳某商贸公司的委托，指派郭航律师担任该公司的诉讼代理人，参与本案【案号：（2021）豫03知民初93号】的诉讼活动，现发表如下代理意见：

一、被告销售涉案侵权产品的行为，并不构成对原告第7997XXX号、第12977XXX号“咬咬X”商标的侵权行为。

目前，不仅仅在百度、京东、1688网、排行榜123网、全球婴童网、知乎、妈妈帮、淘宝、小红书、考拉海购、哔哩哔哩、当当网、抖音、今日头条、拼多多、宝宝树等众多网站、平台搜索信息显示相关品牌和广大消费者都将“咬咬X”作为产品名称，而且国家市场监督管理总局产品质量安全监督管理局产品质量安全监督管理司和国家知识产局等相关单位和国家工作人员，在质量把关和专利审查过程中均是将咬咬X作为产品名称予以确定。而且原告在自身的天猫店铺内也是将“咬咬X”作为产品名称使用，以“亲亲X”“kidsXX”作为商标突出使用。由此可见，多年来，“咬咬X”已经沦为了行业内“婴儿喂食器”或“婴儿咀嚼器”上约定俗成的产品通用名称。根据《商标法》第五十九条、最高人民法院印发《关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》的通知第七条等相关法律规定，被告在产品描述中将其作为产品名称的一部分使用，属于合理正当的描述性使用，不构成商标侵权。

再者，“咬咬X”作为商标的显著性不足，加上市场上确实存在较多将“咬咬X”作为商品名称使用的情况。因此，即使消费者搜索“咬咬X”，更多地也可能是指代某种商品，而不是指代某品牌，因此被告在产品名称中使用“咬咬X”，不构成商标侵权。

本案争议的产品为商品分类表第10类中的“婴儿喂食器”或“婴儿咀嚼器”，根据原告某某公司以及生产同类产品的各厂家对该类产品的功能描述可见，“婴儿喂食器”或“婴儿咀嚼器”的主要功能即在于锻炼婴儿的咀嚼能力及帮助婴儿进食，而“咬咬”一词本身就是“咀嚼”之意，是一种较为口语化的表达。由此可见，原告无权禁止他人为了描述“婴儿喂食器”或“婴儿咀嚼器”的产品功能而正当使用“咬咬”一词。本案中，被告只是在产品描述中使用“某某某婴儿实物果蔬咬咬X

水果辅食器”含有“咬咬”字样的词组组合，其使用“咬咬”系为产品功能的描述，具有正当性。如上所述，“咬咬X”中的“咬咬”一词为产品功能的描述，从而导致“咬咬X”作为注册商标显著性较弱。结合被告所提供的证据13-14两份判决书，在先判决已经认定“咬咬X”被作为产品名称使用的情况确实客观存在，亦说明涉案商标显著性较弱，原告某某公司也未提供充分证据证明涉案商标经过长期持续的宣传、推广使用从而具有较强的显著性和较高的知名度，因此被告销售涉案侵权产品的行为，并不构成对原告第7997XXX号、第12977XXX号“咬咬X”商标的侵权行为。

二、被告在网店产品介绍中使用“某某某婴儿实物果蔬咬咬X水果辅食器”，是正当合理的产品名称描述性使用，并不存在不正当吸引流量、获取原告商品流量的不正当竞争行为。

被告销售的产品链接介绍中并无突出使用“咬咬X”商标，而是“某某某婴儿实物果蔬咬咬X水果辅食器”整体出现，原告公证取证的（2021）深前证字第028233号公证书内的购买物品照片也明确显示被告所售产品为“某某某”品牌的“果蔬咬咬袋”，涉案侵权产品在其包装上使用的是第三人的“某某某”商标，将“咬咬X”组合其他文字作为产品名称使用，结合被告所售产品上突出显示有“某某某”商标标识和产品生产厂家信息等内容，相关公众施以一般的注意即可将被诉侵权产品上的商标与产品名称进行区别，亦容易分辨原告的注册商标与被诉侵权产品上的产品名称，不容易对商品来源产生误认，并不能构成不正当竞争行为。

《反不正当竞争法》第二条所规定的不正当竞争行为，是指经营者在生产经营活动中，违反本法规定，扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为。本案中，被告销售涉案产品的行为，并没有损害正常消费者的合法权益，同时没有造成消费者的混淆误认，更没有损害原告的合法权益。根据被告提供的证据13显示,“输入网址www.1688.com进入阿里巴巴网站后在搜索栏中输入“咬咬X”，相关页面显示“共286件相关产品”；输入网址www.taobao.com进入淘宝网站后在搜索栏中输入“咬咬X”，相关页面显示“所有分类共8277件宝贝”；输入网址www.jd.com进入京东网站首页后在搜索栏中输入“咬咬X”，相关页面显示“咬咬X商品筛选（共767个）”。由此可见，“咬咬X”被作为一种产品名称使用的情况确实客观存在，“咬咬X”作为商标的显著性较弱。本案中，将“咬咬X”组合其他文字作为产品名称使用，结合被告所售产品上突出显示有“某某某”商标标识和产品

生产厂家信息等内容，相关公众施以一般的注意即可分辨原告的注册商标与被诉侵权产品上的产品名称，不容易对商品来源产生误认，更不存在不正当吸引流量、获取原告商品流量的不正当竞争行为。

三、被告只是涉案侵权产品的销售方，主观上不具有侵权故意，该产品具有合法来源，且之前生效判决已判定涉案商品不侵权，故不应承担侵权赔偿责任。

根据被告所提供的《授权书》、商品发货单以及被告店铺内所售产品照片中的产品介绍和产品信息、原告公证取证实物信息明确可知，被告只是涉案侵权产品的销售方，该产品是被告从第三人广州某某护理用品有限公司处获得的品牌授权销售。实际品牌方和生产厂家信息、货物来源信息十分明确。且之前生效判决已判定涉案商品不侵权，被告销售的涉案产品具有合法来源，不应承担赔偿责任。

四、被告销售涉案商品不构成侵权，而且没有证据证明因被告的侵权行为给原告造成的实际经济损失。同时，被告销售的涉案侵权产品并不是被告店铺内的主打销售产品，该产品被告进货极少，加之刷单和推广费用成本较高，并不存在实际获利。原告也无实际证据证明被告拥有实际获利。因此，原告请求赔偿经济损失及合理开支5万元没有事实和法律依据。

综合以上代理意见，请法官审判时充分予以考虑，驳回原告的全部诉讼请求。

代理人：郭航

年　月　日

裁判文书：二审判决书

河南省高级人民法院

民事判决书

（2022）豫知民终30号

上诉人：东莞某公司，住所地：广东省东莞市。

法定代表人：劳某，该公司执行董事。

委托诉讼代理人：罗浩鹏，广东知恒律师事务所律师。

委托诉讼代理人：孙玉双，广东知恒律师事务所实习律师。

被上诉人：洛阳某商贸公司，住所地洛阳市西工区。

法定代表人：周某，该公司总经理。

委托诉讼代理人：郭航，北京市京师（郑州）律师事务所律师。

上诉人东莞某公司（以下简称东莞某公司）因与被上诉人洛阳某商贸公司侵害商标权及不正当竞争纠纷一案，不服河南省洛阳市中级人民法院（以下称一审法院）（2021）豫03知民初93号民事判决，向本院提起上诉。本院于2022年1月13日立案后，依法组成合议庭，经阅卷、调查和询问当事人，不开庭审理了本案。上诉人东莞某公司的委托诉讼代理人罗浩鹏，被上诉人洛阳某商贸公司的委托诉讼代理人郭航参加诉讼。本案现已审理终结。

东莞某公司上诉请求：1．依法撤销一审法院判决；2．依法改判支持东莞某公司的全部诉讼请求；3.依法判决洛阳某商贸公司承担一审、二审全部案件受理费。事实和理由：在东莞某公司第7997XXX号、第12977XXX号“咬咬X”注册商标合法有效的前提下,一审法院认为洛阳某商贸公司在销售涉案商品名称中使用了“咬咬X”字样的行为不构成侵犯东莞某公司注册商标专用权及不正当竞争行为，如果该判决生效，将给东莞某公司品牌形象甚至其他规范经营的企业带来严重的负面影响。东莞某公司认为洛阳某商贸公司的行为已构成侵犯东莞某公司注册商标专用权及不正当竞争行为，应当依法改判。理由如下：

一、洛阳某商贸公司的行为已侵犯东莞某公司的商标专用权。根据《中华人民共和国商标法》（下称《商标法》）的规定，未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，容易造成混淆的行为，属于侵犯注册商标专用权的行为。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。本案中，洛阳某商贸公司在其注册经营的天猫店铺“艾咪艾咪母婴旗舰店”中销售名称为“艾咪艾咪婴儿食物果蔬咬咬X水果辅食器牙胶玩乐磨牙棒宝宝咬咬袋”的婴儿咀嚼辅食器时，在标题中使用了“咬咬X”字样，该字样能够起到识别商品来源的作用，属于商标使用行为。而东莞某公司享有商标权的第7997XXX号、第12977XXX号商标，其主要部分及易于识别的部分就在于“咬咬X”这三个字，故洛阳某商贸公司标题的“咬咬X”字样与东莞某公司商标构成相同，且该商品与东莞某公司销售产品为同类产品，因此，洛阳某商贸公司在商品标题中设置“咬咬X”字样的行为，属于未经东莞某公司许可，在相同商品上使用与东莞某公司商标近似商标的行为，进而容易造成消费者混淆，属于侵犯东莞某公司第7997XXX号、第12977XXX

号注册商标权的行为。

二、洛阳某商贸公司的行为已构成不正当竞争。经营者在生产经营活动中，违反《中华人民共和国反不正当竞争法》（下称《反不正当竞争法》）规定，损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为，称之为不正当竞争行为。洛阳某商贸公司的前述行为明显违反《反不正当竞争法》，构成不正当竞争，现分析如下：在网络购物时，不少消费者会通过搜索关键词查找所需购买的商品并在搜索结果中选择商品。因此，商品标题的设置在网购环境下对商家增加商品的曝光量、提升店铺的交易机会至关重要。在商品推广经营中，商家有权根据具体情形自行设置搜索商品标题，但在此过程中，应遵循诚实信用原则和商业道德，对可能侵害他人合法权益的情形加以谨慎审查并合理避让。如果商家未经授权在商品标题中使用他人享有合法权利的商标，可能构成不正当竞争。本案中，因洛阳某商贸公司在其销售的婴儿咀嚼器标题中使用“咬咬X”字样，客观上使得部分消费者在使用“咬咬X”作为关键词搜索时，洛阳某商贸公司的涉案商品也会一并呈现，导致部分消费者在检索过程中被引流、分流进而被截流到洛阳某商贸公司经营的店铺。从本案东莞某公司在一审提供的证据五［（2021）深前证字第028233号公证书中，P87）中能体现东莞某公司所述，一审法院事实认定部分如“2021年8月25日，东莞某公司登录淘宝网站并输入关键词‘咬咬X’进行搜索，搜索结果中包含洛阳某商贸公司销售的产品。”也能印证东莞某公司的上述观点。洛阳某商贸公司作为电子商务平台内的母婴用品经营者，应当知晓天猫平台的搜索机制以及东莞某公司“咬咬X”商标的知名度，并在设置关键词时应对东莞某公司“咬咬X”商标进行合理避让，但其仍实施上述行为，主观上存在过错。该种标题中含有“咬咬X”字样的设置并非必要，且客观上利用“咬咬X”的知名度和商誉，不当攫取了本属于东莞某公司的交易机会。该种借由他人商标知名度“引流”、“分流”的行为，明显违反诚信原则和商业道德，对东莞某公司构成不正当竞争。

三、一审判决的生效会引发不良的示范效应。如果洛阳某商贸公司的行为最终被认定为既不构成侵犯商标专用权也不构成不正当竞争的行为，那么现行市场上其他销售者也能够模仿洛阳某商贸公司的行为，以通过在标题中设置他人享有合法权利的商标或字号的方式，达到截取他人流量，增加自身店铺营收的目的，该行为在某种程度上甚至能削弱他人商标的显著性与知名度，这明显不符合《商标法》和《反

不正当竞争法》的立法本意，也会打击如东莞某公司这般诚信经营、遵守商业道德的经营者的经营信心。

洛阳某商贸公司辩称，一审法院认定事实清楚、法律适用正确，洛阳某商贸公司销售涉案商品的行为不构成侵犯东莞某公司注册商标权及不正当竞争行为，针对上诉人的上诉请求应依法予以驳回。

一、洛阳某商贸公司销售涉案侵权产品的行为，并不构成对东莞某公司第7997XXX号、第12977XXX号“咬咬X”商标的侵权行为。

1.“咬咬X”已经沦为了“婴儿喂食器”或“婴儿咀嚼器”上的产品通用名称，依据相关法律规定，东莞某公司无权禁止洛阳某商贸公司的正当使用，更不构成侵权。

《商标法》第五十九条规定，注册商标中含有的本商品的通用名称、图形、型号，或者直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点，或者含有的地名，注册商标专用权人无权禁止他人正当使用。《最高人民法院印发《关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》的通知》第七条规定，人民法院在判断诉争商标是否为通用名称时，应当审查其是否属于法定的或者约定俗成的商品名称。依据法律规定或者国家标准、行业标准属于商品通用名称的，应当认定为通用名称。相关公众普遍认为某一名称能够指代一类商品的，应当认定该名称为约定俗成的通用名称。被专业工具书、辞典列为商品名称的，可以作为认定约定俗成的通用名称的参考。

根据洛阳某商贸公司在一审中提交的证据1-8可知，目前不仅仅在百度、京东、1688、排行榜123网、全球婴童网、知乎、妈妈帮、淘宝、小红书、考拉海购、哔哩哔哩、当当网、抖音、今日头条、拼多多、宝宝树等众多网站、平台搜索信息显示相关品牌和广大消费者都将咬咬X作为产品名称，而且国家市场监督管理总局产品质量安全监督管理局产品质量安全监督管理司和国家知识产局等相关单位和国家工作人员，在质量把关和专利审查过程中均是将咬咬X作为产品名称予以确定。由此可见，多年来，“咬咬X”已经沦为了行业内约定俗成的通用名称，洛阳某商贸公司在产品描述中将其作为产品名称的一部分使用，属于合理正当的描述性使用，不构成侵权。

2.“咬咬X”作为商标的显著性不足，加上市场上确实存在较多将“咬咬X”作

为商品名称使用的情况，因此，即使消费者搜索“咬咬X”，更多地也可能是指代某种商品，而不是指代某品牌，洛阳某商贸公司在产品名称中使用“咬咬X”，不构成侵权。

本案争议的产品为商品分类表第10类中的“婴儿喂食器”或“婴儿咀嚼器”，根据东莞某公司、以及生产同类产品的各厂家对该类产品的功能描述可见，“婴儿喂食器”或“婴儿咀嚼器”的主要功能即在于锻炼婴儿的咀嚼能力及帮助婴儿进食，而“咬咬”一词本身就是“咀嚼”之意，是一种较为口语化的表达，由此可见，东莞某公司无权禁止他人为了描述“婴儿喂食器”或“婴儿咀嚼器”的产品功能而正当使用“咬咬”一词。本案中，洛阳某商贸公司只是在产品描述中使用“艾咪艾咪婴儿实物果蔬咬咬X水果辅食器”含有“咬咬”字样的词组组合，其使用“咬咬”系为产品功能的描述，具有正当性。如上所述，“咬咬X”中的“咬咬”一词为产品功能的描述，从而导致“咬咬X”作为注册商标显著性较弱。结合洛阳某商贸公司一审所提供的证据13-14两份判决书，在先判决已经认定“咬咬X”被作为产品名称使用的情况确实客观存在，亦说明涉案商标显著性较弱，东莞某公司也未提供充分证据证明涉案商标经过长期持续的宣传、推广使用从而具有较强的显著性和较高的知名度，因此洛阳某商贸公司销售涉案侵权产品的行为，并不构成对东莞某公司第7997XXX号、第12977XXX号“咬咬X”商标的侵权行为。

二、洛阳某商贸公司的行为并不构成不正当竞争行为。

洛阳某商贸公司在网店产品介绍中使用“艾咪艾咪婴儿实物果蔬咬咬X水果辅食器”，是正当合理的产品名称描述，并不存在不正当吸引流量、获取东莞某公司商品流量的不正当竞争行为。洛阳某商贸公司所销售的产品链接介绍中并无突出使用“咬咬X”商标，而是“艾咪艾咪婴儿实物果蔬咬咬X水果辅食器”整体出现，东莞某公司在一审中公证取证的（2021）深前证字第028233号公证书内的购买物品照片也明确显示洛阳某商贸公司所售产品为“艾咪艾咪”品牌的“果蔬咬咬袋”，涉案侵权产品在其包装上使用的是第三人的“艾咪艾咪”商标。将“咬咬X”组合其他文字作为产品名称使用，结合洛阳某商贸公司所售产品上突出显示有“艾咪艾咪”商标标识和产品生产厂家信息等内容，相关公众施以一般的注意即可将被诉侵权产品上的商标与产品名称进行区别，亦容易分辨东莞某公司的注册商标与被诉侵权产品上的产品名称，不容易对商品来源产生误认，并不能构成不正当竞争行为。

《反不正当竞争法》第二条所规定的不正当竞争行为，是指经营者在生产经营活动中，违反本法规定，扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为。本案中，洛阳某商贸公司销售涉案产品的行为，并没有损害正常消费者的合法权益，同时没有造成混淆误认，损害东莞某公司的合法权益，更不存在任何扰乱市场竞争秩序的行为。根据洛阳某商贸公司一审提供的证据13的判决中显示，“输入网址www.1688.com进入阿里巴巴网站后在搜索栏中输入“咬咬X”，相关页面显示“共286件相关产品”；输入网址www.taobao.com进入淘宝网站后在搜索栏中输入“咬咬X”，相关页面显示“所有分类共8277件宝贝”；www.jd.com进入京东网站首页后在搜索栏中输入“咬咬X”，相关页面显示“咬咬X商品筛选（共767个）”。该判决认为，“咬咬X”被作为一种产品名称使用的情况确实客观存在，“咬咬X”作为商标的显著性较弱。具体到本案中，将“咬咬X”组合其他文字作为产品名称使用，结合洛阳某商贸公司所售产品上突出显示有“艾咪艾咪”商标标识和产品生产厂家信息等内容，相关公众施以一般的注意即可分辨东莞某公司的注册商标与被诉侵权产品上的产品名称，不容易对商品来源产生误认，更不存在不正当吸引流量、获取东莞某公司商品流量的不正当竞争行为。

东莞某公司向一审法院起诉请求：1.判令洛阳某商贸公司立即停止侵害东莞某公司第7997XXX号、第12977XXX号商标专用权及不正当竞争行为；2.判令洛阳某商贸公司删除在其店铺中与东莞某公司“咬咬X”商标有关的全部产品链接；3.判令洛阳某商贸公司向东莞某公司赔偿经济损失及维权支付的合理开支共计人民币5万元；4.本案诉讼费由洛阳某商贸公司承担。

一审法院认定事实：东莞某公司成立于2007年11月12日，注册资本1600万元港币，经营范围包括从事妇婴、儿童产品等批发及进出口业务，生产和销售婴幼儿用品（水瓶、奶瓶、餐具、玩具）等。2011年2月28日，东莞某贸易公司取得了第7997XXX号“咬咬X”注册商标，有效期至2031年2月27日。2011年12月12日，国家商标局核准第7997XXX号商标变更注册人名义，变更后注册人为东莞某公司。2015年1月14日，东莞某公司取得了第12977XXX号“咬咬X”注册商标。上述商标核定使用商品均为第10类，包括奶瓶；吸奶器；婴儿喂食器；婴儿咀嚼器；出牙咬环等。2012年以来，东莞某公司通过拍摄影视专题片、网络、参加展览会等多种形式进行广告宣传，并取得“2011中国母婴行业最具品牌影响力企业100强”、

“2011 中国母婴用品最受青睐十佳品牌”、2012 十佳网货品牌、2014 年广东省电子商务 100 强企业等荣誉。2015 年、2016 年，广东省名牌产品推进委员会授予东莞某公司的咬咬 X 牌咀嚼辅食器为广东省名牌产品。

2021 年 8 月 25 日，东莞某公司登录淘宝网站并输入关键字“咬咬 X”进行搜索，搜索结果中包含洛阳某商贸公司销售的产品。洛阳某商贸公司在淘宝网站经营的店铺名称为艾咪艾咪母婴旗舰店，销售的涉案产品名称为“艾咪艾咪婴儿食物果蔬咬咬 X 水果辅食器牙胶玩乐磨牙棒宝宝咬咬袋”，商品详情中显示“食品级硅橡咬咬袋”、产品数据中品名为“艾咪艾咪果蔬咬咬袋”。东莞某公司购买了涉案产品一件，收到的产品外包装上突出显示“艾咪艾咪”标识，包装盒左上以较小字体标明“果蔬咬咬袋”，包装盒背面为产品介绍、注意事项、产品特点、清洗方法等信息，右上方标明“果蔬咬咬袋”，产品实物上显示“艾咪 amiami 艾咪”标识。庭审中，东莞某公司明确其依据《反不正当竞争法》第二条主张洛阳某商贸公司构成不正当竞争行为。

另查明，广州伯林护理用品有限公司于 2018 年 3 月 21 日取得第 23416020 号“艾咪艾咪”注册商标，于 2020 年 12 月 7 日取得第 45711252 号“艾咪艾咪”注册商标，上述商标均在有效期内，核定使用商品均为第 10 类：包括奶瓶；吸奶器；婴儿用安抚奶嘴；婴儿用奶嘴式喂辅食器等。2020 年 1 月 1 日，广州伯林护理用品有限公司授权洛阳某商贸公司在线上电商平台合法使用并销售“艾咪艾咪”品牌商标商品，并准许其为实现销售目的在线上电商平台合法使用该品牌的商标、LOGO、图片及相关文字进行推广及授权。授权期限为：2020 年 1 月 1 日至 2029 年 12 月 31 日。洛阳某商贸公司成立于 2005 年 3 月 15 日，类型为有限责任公司，法定代表人周某，住所地洛阳市西工区，经营范围：食品、洗涤用品、化妆品……母婴用品等。

一审法院认为，东莞某公司作为第 7997XXX 号、第 12977XXX 号“咬咬 X”商标的商标权人，其注册商标专用权受法律保护。我国《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。

本案中，洛阳某商贸公司销售的涉案商品名称为“艾咪艾咪婴儿食物果蔬咬咬 X 水果辅食器牙胶玩乐磨牙棒宝宝咬咬袋”，名称中包括的“咬咬 X”文字并未突出使用，系与其他文字共同组成产品名称或产品用途的描述性使用，并不具有指示商品

来源的作用，不属于商标法意义上的商标使用行为。且洛阳某商贸公司在其商品介绍与商品实物中均明确该产品的品名为“果蔬咬咬袋”，在网店页面、商品详情页面、产品实物及外包装上亦显著标明了其经授权使用的“艾咪艾咪”商标，包装背面也标示了产品介绍、注意事项、产品特点、清洗方法、授权公司、委托生产商的名称及地址等信息。上述商标及商品名称、生产厂家、产品介绍等内容均是商品的显著标识，相关公众对涉案侵权商品上标注的商标、生产商信息等内容施加一般注意，即可对产品的来源作出区分，不易产生被诉侵权产品是由东莞某公司生产或与东莞某公司存在特定联系的混淆误认。综上，该院认为洛阳某商贸公司的行为不构成侵犯东莞某公司注册商标专用权及不正当竞争行为，东莞某公司相关的诉讼请求缺乏事实及法律依据，该院不予支持。

综上，一审法院依照《中华人民共和国商标法》第四十八条、第五十九条第一款、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十二条之规定，判决：驳回东莞某公司的诉讼请求。案件受理费1050元，由东莞某公司负担。

本院对一审法院查明的事实予以确认。

本院认为，本案二审争议焦点为洛阳某商贸公司的行为是否侵犯了东莞某公司的商标专用权，是否构成不正当竞争，如果构成侵权，责任应当如何承担。

关于“咬咬X”是否为“婴儿喂食器”或“婴儿咀嚼器”通用名称的问题。商品的通用名称，是指在某一区域内为生产经营者或消费者普遍用于称呼某一商品的名称。根据《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》第7条“人民法院在判断诉争商标是否为通用名称时，应当审查其是否属于法定的或者约定俗成的商品名称。依据法律规定或者国家标准、行业标准属于商品通用名称的，应当认定为通用名称。相关公众普遍认为某一名称能够指代一类商品的，应当认定该名称为约定俗成的通用名称。被专业工具书、辞典列为商品名称的，可以作为认定约定俗成的通用名称的参考。约定俗成的通用名称一般以全国范围内相关公众的通常认识为判断标准。对于由于历史传统、风土人情、地理环境等原因形成的相关市场较为固定的商品，在该相关市场内通用的称谓，可以认定为通用名称。”本案中，“咬咬X”并非法律规定或者国家标准、行业标准的商品名称，也未被专业工具书、辞典列为商品名称，未作为一个传统的、规范的商品名称使用过。从购物网站“咬咬X”的搜索结果来看，相关公众对这种产品的名称并未达成统一的认识，现有

证据仅能证明存在部分生产者和销售者将“咬咬X”作为产品名称使用，不具有普遍性。故不能认定“咬咬X”是相关产品的通用名称。

关于洛阳某商贸公司行为是否侵犯东莞某公司商标专用权和是否构成不正当竞争的问题。无论是商标侵权还是不正当竞争问题，关键在于洛阳某商贸公司的行为是否会造成相关公众混淆和误认。东莞某公司第7997XXX号、第12977XXX号“咬咬X”商标中“咬咬”二字为产品功能的描述，故“咬咬X”注册商标含有描述性要素，显著性较弱，东莞某公司提供的证据不足以证明其注册商标在使用过程中获得了较强的显著性。洛阳某商贸公司在产品链接上使用了“咬咬X”，但产品链接名称并列使用了被控侵权商品的“艾咪艾咪”商标、水果辅食器、牙胶、磨牙棒、咬咬袋等内容，“咬咬X”并未突出使用，且打开产品详情页面，不存在“咬咬X”相关内容，产品实物外包装亦不显示“咬咬X”相关内容，消费者明显可通过产品详情描述和“艾咪艾咪”商标来区分商品来源，故相关公众施以一般注意力即可将被诉侵权产品与东莞某公司的产品予以区分，不易产生被诉侵权产品是由东莞某公司生产或与东莞某公司存在特定联系的误认，从而造成混淆。因此，洛阳某商贸公司的行为不构成商标侵权，亦不构成不正当竞争。

综上所述，东莞某公司的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十七条第一款第一项规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费1050.00元，由东莞某公司负担。

本判决为终审判决。

审 判 长　宋旺兴

审 判 员　赵玉香

审 判 员　梁培栋

二〇二二年三月二十九日

法官助理　王　靖

书 记 员　陈帅鹏

湖北某正骨医学科技公司诉洛阳某生物科技公司不正当竞争纠纷案

——河南森合律师事务所　刘夏怡、吴盛跃

案例简介：

“中医正骨疗法（平乐郭氏正骨法）”系国家级非物质文化遗产项目，保护单位：河南省洛阳正骨医院（河南省骨科医院），起源于嘉庆年间河南省洛阳市孟津县平乐镇。郭某若系平乐郭氏正骨第五代传人，其子郭某淮系第六代传人、系该非物质文化遗产项目代表性传承人，郭某淮之女郭某锦、郭某幸亦为该项目代表性传承人（国家级）。

湖北某正骨医学科技公司成立于2011年，经营医疗科技技术研发等。河南省洛阳正骨医院、以及郭某锦和郭某幸等人，委托其后人郭某宜以及湖北某正骨医学科技公司全权处理有关平乐郭氏正骨相关知识产权事宜。湖北某正骨医学科技公司于2016至2018年期间，在第5类（人用药、中药成药、外科敷料等）、第10类（医疗器械和仪器、敷药用器具等）上相继注册了“郭某若”、“郭某淮”、“平乐郭氏正骨”等13枚商标。

洛阳某生物科技公司主要经营范围为医疗器械、保健食品、食品、卫生材料及医药用品、消毒用品的销售。郭某甫作为“平乐郭氏正骨”第六代传人（地市级），该传人身份经洛阳市相关行政部门审核认定。郭某甫通过签订合作协议授权洛阳今世康公司，今世康公司又授权洛阳某生物科技公司在产品包装和宣传上使用郭某甫头像及其作为平乐郭氏正骨第六代传人等信息。后，洛阳某生物科技公司销售带有“洛阳平乐郭氏正骨”、“非物质文化遗产”、“郭某甫”、“平乐郭氏正骨第六代传人”字样的膏药商品，并在淘宝和京东店铺中宣传使用。

湖北某正骨医学科技公司认为洛阳某生物科技公司上述行为构成虚假宣传，导致市场混淆，影响公平竞争的市场秩序，以不正当竞争为由提起本案诉讼。

参评理由：

典型意义及研究价值：本案是一起涉及非物质文化遗产项目名称的使用以及非遗公私权利边界问题引起的不正当竞争纠纷案件，该案件在全国系首例，审判没有

先例参考，当前司法实践中，上述问题也没有明确的法律规定和指引。本案通过厘清非物质文化遗产相关的知识产权，明确了非物质文化遗产系国家所有，但非遗项目的传承人以及保护单位可以就项目相关的商标、字号、外观设计、以及传承过程中产生新的智力成果等内容主张知识产权权利的问题。

本案的处理体现出知识产权法律框架对于保护非物质文化遗产得天独厚的优势，有利于激发非物质文化遗产传承人的保护意识、传承动力和创新创造活力，顺应了国家对继承和弘扬中华民族优秀传统文化，加强非物质文化遗产保护、保存工作的时代要求和法治要求。

律师作用：代理律师针对洛阳某生物科技公司获取授权的证据链路进行全方面、多层次的构建和完善。通过核实平乐正骨非遗项目多个历史传承人身份及授权内容，着重论述洛阳某生物科技公司的行为性质，其对“洛阳平乐郭氏正骨”等字样进行的介绍和描述，符合历史因素和现实情况，亦不足以导致市场混淆，影响公平竞争的市场秩序，不构成虚假宣传和不正当竞争。

代理律师的答辩意见被河南省高院采纳，本案在二审程序中生效，最终河南省高院维持了原判，亦即：判决驳回湖北某正骨医学科技公司所有的诉讼请求。

法律文书：二审答辩状

答辩状

河南森合律师事务所接受洛阳某生物科技公司的委托，指派刘夏怡、吴盛跃律师作为湖北某正骨医学科技公司上诉洛阳某生物科技公司不正当竞争案中被上诉人的代理人，现针对上诉人的上诉请求，事实与理由，现发表以下答辩意见，供合议庭参考：

一、上诉人、相关保护单位及传承人对国家非物质文化遗产“平乐郭氏正骨”均无所有权或专有使用权，上诉人提起诉讼的权利基础不存在。理由如下：

首先，《中华人民共和国非物质文化遗产法》第二条规定了非物质文化遗产的内容形式；第二十二条、第二十四条规定了非物质文化遗产的审议认定程序，根据前述规定，非物质文化遗产的评定是国家非物质文化遗产行政主管部门通过特定的程序进行的，属于国家公权的范畴。非物质文化遗产字样的使用也应是国家公权调整的范畴，即非物质文化遗产的评定以及规范非物质文化遗产字样的使用是行政权

力而非民事权益。上诉人并非行政主管部门，不能行使行政职能，其诉讼行为是越俎代庖。

其次，《中华人民共和国非物质文化遗产法》第三十一条规定，“非物质文化遗产代表性项目代表性传承人应当履行以下义务：（一）开展传承活动，培养后继人才；（二）妥善保存相关的实物、资料；（三）配合文化主管部门和其他有关部门进行非物质文化遗产调查；（四）参与非物质文化遗产公益性宣传。根据前述规定，传承人的主要义务是传承、宣传非物质文化遗产，并不包括对非物质文化遗产名称、技艺的所有权或专有使用权。

虽然“平乐郭氏正骨”是由河南省洛阳市正骨医院申报非物质文化遗产的，郭某淮、郭某锦、郭某幸被列为代表性传承人，相关部门的该行政行为会产生相应的民事权利，但该民事权利的范围并不包括对“非物质文化遗产——平乐郭氏正骨”名称、技艺的所有权或专有使用权，即河南省洛阳市正骨医院被列为保护单位，郭维准、郭某锦、郭某幸被列为代表性传承人，该行政行为并不是将“国家非物质文化遗产—平乐郭氏正骨”的所有权或专有使用权授予了保护单位及传承人。

最后，上诉人要求洛阳某生物科技公司停止使用“非物质文化遗产——平乐郭氏正骨”字样等相关内容，实际上将会造成国家非物质文化遗产“平乐郭氏正骨”变成了其专有使用权，这并不利于“平乐郭氏正骨”的传承、发扬，也不利于非物质文化遗产的保护、传承和发扬，亦与非物质文化遗产保护的宗旨相悖。

案涉非遗项目的立项和传播是经过全国各级传承人，两个保护单位、洛阳平乐镇郭氏多代传人等多种渠道人员的努力，而非仅凭上诉人以及上诉人所谓的“授权人”等少数人的贡献。上诉人将多年来大量人员的贡献归结到少数人身上的做法是可耻的，其诉讼目的是在非遗项目上坐享其成，通过诉讼垄断“平乐郭氏正骨”这一非遗项目为少数人牟利。

上诉人在脱离“非物质文化遗产——平乐郭氏正骨”名头之后，除了有少量“郭氏家族”人员名称的注册商标外，没有任何知识产权成果，也未见其在特定行业或类别上有知名的商品或服务。上诉人诉称对国家非物质文化遗产“平乐郭氏正骨”享有所有权或专有权，实质上是将非物质文化遗产传承义务同知识产权领域的相关专有权进行混淆，不顾事实和我国的法律规定，自行捏造出来的权利。故上诉人对国家非物质文化遗产“平乐郭氏正骨”无所有权或专有使用权，其上诉请求缺乏事实和法律依据。

二、被上诉人使用“非物质文化遗产——平乐郭氏正骨”字样等相关内容有合

理来源，符合法律规定。被上诉人在其商品上使用相关字样的行为是正当合理的商业宣传行为，不构成虚假宣传，也不属于不正当竞争行为。

根据一审已经查明的事实：郭某甫即郭某璞为高某峰之子，为平乐郭氏正骨第六代传人。并且在上诉状中上诉人对此一审认定事实并无异议。

本案中，被上诉人洛阳某生物科技公司在淘宝网店铺“郭氏祖方官方企业店”所销售的案涉产品，在京东网店铺“御骨堂医疗器械专营店”所销售的案涉商品，上述商品包装上并未将“平乐郭氏正骨”作为商标及商业标识单独进行使用，在商业品包装正中间的醒目位置为“郭氏祖方筋骨贴”字样，洛阳某生物科技公司淘宝网店铺“郭氏祖方官方企业店”页面信息上有“洛阳平乐郭氏正骨始于1793”、“非物质文化遗产”字样。

根据一审中认定的郭某甫与洛阳今世康公司签订的《合同协议书》、洛阳今世康公司与洛阳某生物科技公司签订的《贴牌加工合作协议书》以及洛阳今世康公司的认可，洛阳某生物科技公司有权在其产品包装和宣传上使用郭某甫肖像，以及体现郭某甫本人为平乐郭氏正骨第六代传人，郭某甫为郭祖红方发明人。

从洛阳某生物科技公司的具体使用情形看，其在产品包装和宣传上均是对郭氏祖方、郭祖圣方的描述，符合《合同协议书》及《贴牌加工合作协议》及洛阳今世康公司认可的内容，不足以引起相关公众产生与原告所称的郭某淮家族有关联的误解，洛阳某生物科技公司对平乐郭氏正骨进行的介绍和描述符合历史因素和现实情况，亦不足以导致市场混淆，影响公平竞争的市场秩序，不构成虚假宣传。上诉人无权要求被上诉人停止正当合理的商业宣传行为。

综上所述，上诉人的上诉请求在实体和程序上均没有任何事实和法律依据，其以“非物质文化物质遗产一一平乐郭氏正骨”维权为噱头，实际上是狐假虎威，傍非遗之名，行诉讼牟利、垄断非遗项目之实。恳请法院依法查明事实，依法驳回上诉人的上诉请求，维持原判！

此致

河南省高级人民法院

答辩人：洛阳某生物科技公司

年　月　日

裁判文书：二审判决书

河南省高级人民法院

民事判决书

（2021）豫知民终691号

上诉人（一审原告）：湖北某正骨医学科技公司，住所地湖北省武汉市。

法定代表人：冯某，该公司总经理。

委托诉讼代理人：高重阳，北京市海铭律师事务所律师。

被上诉人（一审被告）：洛阳某生物科技公司，住所地河南省洛阳市。

法定代表人：赵某。

委托诉讼代理人：刘夏怡，河南森合律师事务所律师。

委托诉讼代理人：吴盛跃，河南森合律师事务所律师。

上诉人湖北某正骨医学科技公司因与被上诉人洛阳某生物科技公司不正当竞争纠纷一案，不服河南省洛阳市中级人民法院（以下简称一审法院）（2021）豫03知民初44号民事判决，向本院提起上诉。本院于2021年12月16日立案后，依法组成合议庭，公开开庭进行了审理。上诉人湖北某正骨医学科技公司委托诉讼代理人高重阳，被上诉人洛阳某生物科技公司的委托诉讼代理人刘夏怡、吴盛跃到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

湖北某正骨医学科技公司上诉请求：请求撤销一审判决，依法改判支持一审诉讼请求。事实和理由：一、国家级非物质文化遗产“平乐郭氏正骨”作为知名商品或服务的名称，其所有权或专有使用权应当受到法律保护。“平乐郭氏正骨”是治疗骨伤疾病的民间中医疗法，源于洛阳市孟津县平乐村郭氏家族，形成于清代嘉庆年间。郭家世代居家乡行医，族内秘传，其后的几代传人都秉承祖训，致力于中医骨伤医学的发展、创新，使源远流长的“平乐郭氏正骨”由治病救人的民间朴素医技上升为造福人类的中华骨伤科学。2008年，“平乐郭氏正骨”被认定为国家级非物质文化遗产项目，郭氏家族的郭某淮及其后人郭某锦、郭某幸被认定为该项目的代表性传承人。从“平乐郭氏正骨”的历史和现状看，“平乐郭氏正骨”具有特定含义，承载民事权益，相关权利人享有该名称、代表技艺的所有权或专有使用权。首先，“平乐郭氏正骨”作为对国家级非物质文化遗产代表性传承人郭某淮、郭某锦、郭某幸等郭氏家族这一特定人群的称谓，具有很高的知名度，是郭某淮、郭某

锦、郭某幸等代表的郭氏家族几代人通过自己的劳动创造形成的；同时，该称谓还承载着极大的商业价值，用“平乐郭氏正骨”标识民间骨伤技艺直至中医骨伤科学，明确了医疗服务的来源或者医疗服务与郭氏家族的特定联系，不仅便于消费者准确识别相关医疗服务来源，而且显然会增强使用者的市场竞争力和获利能力。因此，“平乐郭氏正骨”作为郭氏家族中传承中医骨伤技艺人员的特定称谓，应当受到法律保护。其次，“平乐郭氏正骨”这一称谓在使用过程中，已经从对于特定人群的称谓发展到对该特定人群所传承的特定中医治疗骨伤技艺的一种特定称谓，在将其用作商品或服务名称时则属于反不正当竞争法意义上的知名商品或服务的特有名称，同样也应作为该技艺保护单位、代表性传承人的民事权益受到法律保护。一审判决“‘平乐郭氏正骨’对应的民事权利不包括对‘国家级非物质文化遗产一平乐郭氏正骨'名称、技艺的所有权或专有使用权，‘国家级非物质文化遗产一平乐郭氏正骨’的保护单位、代表性传承人不享有‘平乐郭氏正骨’的所有权或专有使用权”属于认定事实错误。二、洛阳某生物科技公司未经权利人许可擅自使用专有名称“平乐郭氏正骨”的行为构成不正当竞争。《反不正当竞争法》规定，经营者在生产经营活动中，应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则，遵守法律和商业道德。经营者在生产经营活动中，违反本法规定，扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为构成不正当竞争行为。洛阳某生物科技公司在未取得“平乐郭氏正骨”这一专有名称权利人许可的情况下，擅自在其开设的淘宝网店和京东网店的店头及销售的商品上使用“洛阳平乐郭氏正骨”等字样，且标注“非物质文化遗产”，足以使相关公众对商品的来源产生误认，包括误认为与知名商品或服务的经营者具有许可使用、关联企业等特定联系，其行为构成《反不正当竞争法》第六条第（一）项规定的“擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识等经营行为”以及第六条第（四）项规定的“其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系”的不正当竞争行为。“平乐郭氏正骨”作为对郭某淮、郭某锦、郭某幸等代表的郭氏家族几代行医人的特定称谓和他们所传承正骨技艺的特定名称，已有百余年的历史，成为享有很高社会知名度的一种商业标识。洛阳某生物科技公司在明知“平乐郭氏正骨”知名度的情况下，在经营活动中使用“平乐郭氏正骨”、“非物质文化遗产”等与特定称谓相同的名称作为商业标识，但又不能提供充分证据证明其使用“平乐郭氏正骨”的合法合理依据，显然具有借

助他人商誉的主观故意，客观上也足以造成公众的混淆、误认，其行为违反诚实信用原则，违背公认的商业道德，构成不正当竞争。一审判决“洛阳某生物科技公司具体使用‘平乐郭氏正骨’名称的情形不足以引起相关公众的误解，亦不足以导致市场混淆、影响公平竞争的市场秩序，不构成虚假宣传”属于认定事实错误。综上，一审判决认定事实错误，请求依法撤销一审判决并依法改判。

洛阳某生物科技公司辩称，一、湖北某正骨医学科技公司对国家非物质文化遗产“平乐郭氏正骨”不享有所有权或专有使用权，湖北某正骨医学科技公司无权对洛阳某生物科技公司提起诉讼，原审法院事实认定正确，法律适用正确。理由如下：首先，本案湖北某正骨医学科技公司主张的“平乐郭氏正骨”作为国家非物质文化遗产，其属于整个国家的民族的社会的财富和资源，该非遗项目涉及到的传统技艺手法、正骨疗法早已是在社会上公开的、共享的、相互交流并不断传播的内容，根本不具备私有化权利的特征。根据《中华人民共和国非物质文化遗产法》的规定，非物质文化遗产的评定以及规范其使用也属于国家公权范畴，受行政权力调整和约束而非民事权利，湖北某正骨医学科技公司并非行政主管部门，无权行使行政职能。同时，根据《中华人民共和国非物质文化遗产法》第三十一条规定，非物质文化遗产代表性项目代表性传承人主要义务是传承、宣传、发扬非物质文化遗产，虽然河南省洛阳市正骨医院被列为该非遗项目的保护单位，郭维准、郭某锦、郭某幸被列为代表性传承人，但该行政行为并不是将“国家非物质文化遗产一平乐郭氏正骨”的所有权或专有使用权授予了保护单位及传承人。湖北某正骨医学科技公司向洛阳某生物科技公司提起的诉讼行为实际上是在行使私有权利，是将该国家资源社会财富占为己有，这与《中华人民共和国非物质文化遗产法》规定的对非遗项目保护、传承和发扬的立法目的是背道而驰的。其次，根据一审查明的事实，洛阳平乐郭氏家族传人众多，据现有证据资料可查到的传人就有几十名，案涉非遗项目“平乐郭氏正骨”技艺手法发展久远，能得以如今之地位，是经历了洛阳平乐郭氏家族数代传人，甚至超出郭氏家族传人的范围的其他群体和人员的不断沿承和传播，并经过创新与发展才获得到的。该“平乐郭氏正骨”项目，在国家级层面，申报和保护单位就有两个，一审庭审也查明了，“平乐郭氏正骨”不仅是国家非物质文化遗产，也是受洛阳市、甚至孟津县区域认定的非物质文化遗产，传承人不仅有上述的“郭某宜”等人还有洛阳当地文化主管部门认定的其他传人，这些足以说明“平乐郭氏

正骨”的影响力和现有地位并非单单依靠湖北某正骨医学科技公司或本案授权的部分传承人的劳动创造出来的，同理，湖北某正骨医学科技公司及“郭某宜”等代表性传承人也不能将多年来多代人甚至多部门的贡献归为己有并且以此垄断牟利。再次，湖北某正骨医学科技公司在脱离“非物质文化遗产——平乐郭氏正骨”名义之后，除了有少量用“郭氏家族”人员名称注册商标外，没有其他知识产权成果，也未见其在特定行业或类别上有知名的商品或服务。湖北某正骨医学科技公司诉称对国家非物质文化遗产“平乐郭氏正骨”享有所有权或专有权，已经对其形成了知名的商品或服务，实质上是将非物质文化遗产传承义务同知识产权领域的相关专有权进行了混淆，不顾事实和现行法律规定，自行捏造出来的权利。综上三点，湖北某正骨医学科技公司对洛阳某生物科技公司提起诉讼缺乏权利基础，上诉请求没有事实依据和法律依据，应驳回。二、洛阳某生物科技公司在其商品上使用“平乐郭氏正骨”“郭某甫第六代传人”等相关字样的行为是正当合理的商业宣传行为，不构成虚假宣传，不属于不正当竞争行为。根据一审查明的事实，洛阳某生物科技公司有权对“郭某甫及其肖像、平乐郭氏第六代传人的身份进行正当合理的使用，洛阳某生物科技公司在淘宝网店铺所销售的案涉商品包装上并未将“平乐郭氏正骨”作为商标及商业标识单独进行使用，在商品包装正中间的醒目位置为“郭氏祖方痛可贴”字样，以及网页宣传系对“郭某甫‘大国医’高某峰之子洛阳正骨第六代传人”进行的描述，均属于对客观事实的真实描述，符合今世康医药公司与郭某甫签订的合作协议约定内容以及双方签订的合作协议书内容，且在使用平乐郭氏正骨第六代传人这一称谓时是与郭某甫个人姓名同时使用，不足以引起相关公众产生与湖北某正骨医学科技公司所称的郭某淮家族其他传承人有关联的误解，不足以导致市场混淆，不会影响公平竞争的市场秩序，不构成虚假宣传，湖北某正骨医学科技公司也无权要求洛阳某生物科技公司停止正当合理的商业宣传行为。综上所述，湖北某正骨医学科技公司的上诉请求无论从实体上和程序上均无法成立，原审法院事实认定正确，法律适用正确。

湖北某正骨医学科技公司向一审法院起诉请求：1、请求依法判令洛阳某生物科技公司停止利用国家非物质文化遗产“平乐郭氏正骨”实施的不正当竞争行为，包括（1）删除洛阳某生物科技公司在淘宝网开设的郭氏祖方官方企业店的店头“洛阳平乐郭氏正骨始于1793”、“非物质文化遗产”字样；删除侵权商品“洛阳平乐郭

氏正骨膏肩周颈椎腱鞘贴膝盖关节滑膜贴坐骨痛腰椎贴膏、祖方筋骨贴洛阳平乐郭氏正骨黑膏七珠展筋散颈椎肩周贴腰间盘贴膏”的链接；（2）删除洛阳某生物科技公司在京东商城开设的御骨堂医疗器械专营店销售的侵权商品“郭祖圣方筋骨贴洛阳平乐郭氏正骨黑膏药贴颈椎肩周滑膜炎腰痛腰间盘突出贴膏膝关节风湿痛骨质增生骨刺黑膏贴、郭氏祖方筋骨贴洛阳平乐郭氏正骨七珠展筋散黑膏药贴颈椎肩周腰间盘突出贴膏膝关节骨质增生滑膜腱鞘炎膏药贴”的链接。2、请求判令洛阳某生物科技公司依法赔偿损失100万元（含合理支出费用）。3、请求判令洛阳某生物科技公司在《洛阳日报》、《洛阳晚报》、《大河报》连续3天刊登道歉声明、消除影响；在洛阳某生物科技公司开设的郭氏祖方官方企业店、御骨堂医疗器械专营店店铺首页连续7天刊登道歉声明、消除影响。4、请求判令本案诉讼费用由被告负担。

一审法院认定事实：湖北某正骨医学科技公司成立于2011年3月24日，类型为有限责任公司（自然人独资），法定代表人为冯某，经营范围为医疗科技技术研发；保健食品、化妆品的科研研发。

“中国非物质文化遗产网”上“国家级非物质文化遗产代表性项目名录”中显示“中医正骨疗法（平乐郭氏正骨法）项目序号：445项目编号：IX-6公布时间：2008（第二批）类别：传统医药所属地区：河南省类型：扩展项目申报地区或单位：河南省洛阳市保护单位：河南省洛阳正骨医院（河南省骨科医院）。……洛阳正骨是治疗骨伤疾病的民间中医疗法，又称‘平乐郭氏正骨’、‘平乐正骨’、‘白马寺正骨’。洛阳正骨源于洛阳市孟津县平乐嘉庆年间。郭家世代居家乡行医，族内秘传，其后的几代传人都秉承祖训，致力于中医骨伤医学的发展、创新，使源远流长的平乐正骨由治病造福人类的中华骨伤科学。新中国成立前盛传五世，以疗效独特、医德高尚而闻名。……”

“中国非物质文化遗产网”上“国家级非物质文化遗产代表性项目代表性传承人”中显示“郭某淮序号：01-0212性别：男出生日期：1929.08类别：传统医药项目编号：IX-6项目名称：中医正骨疗法申报地区或单位：中国中医科学院”；“郭某锦序号：03-1449性别：女出生日期：1949.11民族：汉族类别：传统医药项目编号：IX-6项目名称：中医正骨疗法（平乐郭氏正骨法）申报地区或单位：河南省洛阳市”；“郭某幸序号：05-2955性别：女民族：汉族类别：传统医药项目编号：IX-6项目名称：中医正骨疗法（平乐郭氏正骨法）申报地区或单位：河南省洛阳市”。

2017 年 9 月 23 日，“洛阳网”上“新闻中心”栏目中显示“国家级项目—中医正骨疗法（平乐郭氏正骨法）”“核心提示：洛阳正骨（平乐郭氏正骨），是治疗骨伤科疾病的民间知识。它起源于洛阳市孟津县平乐村郭氏家族，形成于清朝嘉庆年间，郭家世代居家乡行医，族内秘传，建国前盛传五世，以疗效独特、医德清廉而闻名。1930 年第五代传人郭某若突患重病，将技术传给妻子高某峰。解放后高某峰将祖传秘方公诸于世，受到毛主席亲切接见，勉励她多带徒弟，好好为人民服务。相继建立了洛阳正骨医院、河南平乐正骨学院，河南省洛阳正骨研究所。医院和研究所 1958 年搬迁到洛阳郊区白马寺镇，洛阳正骨又被称为‘平乐郭氏正骨’、‘平乐正骨’、‘白马寺正骨’。经过 200 余年历代传人的实践，形成了系统的理论和方法……洛阳正骨是我国中医骨伤科最大学术流派，原洛阳正骨医院院长，洛阳正骨第六代传人郭某淮是全国著名的中医骨伤科专家，荣获卫生行业最高荣誉奖‘白求恩奖章’，获得‘国医楷模’称号。以洛阳正骨为特色的河南省洛阳正骨医院，在国内外有较高的知名度……平乐郭氏正骨创始人是洛阳市孟津县平乐村郭氏家族第十七代郭祥泰，字致和，人称老八先儿，清乾隆、嘉庆年间人。……”。

2016 年 5 月 6 日、9 日、10 日、11 日，《洛阳晚报》报纸刊载“痛悼郭某淮”系列文章，标题分别为《郭某淮和母亲打破家规，无私奉献祖传秘方，尽心培养异性徒弟传道：将一家之术变成天下共有》，《大医精诚，硕果累累-郭某淮大事记》，《妙手仁心此身只为百姓疾苦慈悲济世郭氏正骨从汝发扬近千群众自发送别正骨国手郭某淮》，《郭某淮与电视剧《大国医》的故事》，《郭某淮和牡丹的故事》。

2020 年 4 月 14 日，《医药卫生报》中医药周刊刊登的《浅谈平乐正骨对原发性冻结肩的认识与防治》一文，署名作者为河南省洛阳正骨医院（河南省骨科医院）郭某宜，同时刊发的个人简介中载明，郭某宜现任河南省洛阳正骨医院（河南省骨科医院）骨关节病非手术疗法研究治疗中心主任，平乐正骨研究室主任，自幼跟随祖父郭某淮，母亲郭某丝学习平乐正骨医术，师从平乐正骨第七代传人郭某锦教授。

此外相关报纸刊载的《郭氏正骨的学术思想与诊断》、《平衡理论是平乐正骨学术思想体系的“纲”---平乐郭氏正骨第七代传人郭某幸学术思想探微》等文章对郭某幸进行了介绍、报道，其中前文载明对郭某幸的采访地址为河南省洛阳正骨医院（河南省骨科医院）。

湖北某正骨医学科技公司提供的《平乐郭氏正骨族系表》显示：郭祥泰为平乐

正骨创始人，郭景星为第五代传人，高某峰为郭景星之妻，郭某淮、郭某芬（女）、郭某璞为郭景星与高某峰之子女，为第六代传人，郭某丝（女）、郭某锦（女）、郭某颖（女）、郭某杏（女）、郭某嫣（女）为郭某淮之子女，为第七代传人。

2015 年 8 月 31 日，郭某锦、郭某梦、郭某里、郭某颖、郭某幸、郭某严、郭某宜出具《授权委托书》，内容为“委托人：郭某淮的七个女儿（直系血亲），其中郭某宜代表已故大姐郭某丝行使委托权益委托人 1：郭某锦委托人 2：郭某梦委托人 3：郭某里委托人 4：郭某颖委托人 5：郭某幸委托人 6：郭某严委托人 7：郭某宜（张媛）受委托人：郭某宜（张媛）现委托郭某宜（曾用名张媛），作为以上委托人的代理人，全权处理有关于平乐正骨、平乐郭氏正骨、高某峰与郭某淮家族相关的有形与无形资产、知识产权以及相关机构的股份制改造等全部事宜。受委托人在处理相关事宜时，应及时告知委托人，并征得半数以上委托人同意后，方可进行。”2015 年 12 月 1 日，郭某宜出具《授权委托书》，内容为“委托人：郭某宜受托人：湖北某正骨医学科技公司，我，郭某宜，系平乐正骨第五代传承人郭某若、高某峰夫妇之曾孙女、第六代传承人郭某淮之孙女，经平乐正骨郭氏家族第七代传人授权，负责全权处理有关平乐正骨、平乐郭氏正骨、高某峰与郭某淮家族相关的有形、无形资产及相关知识产权事宜。我本人现授权湖北某正骨医学科技公司以该公司名义全权处理涉及平乐正骨、平乐郭氏正骨、平乐正骨第五代传人郭某若、高某峰及第六代传人郭某淮的姓名权、名誉权、知识产权等无形资产的事宜。我本人确认，湖北某正骨医学科技公司有权以自己的名义提出申请涉及平乐正骨、平乐郭氏正骨、平乐正骨第五代传人郭某若、高某峰及第六代传人郭某淮的商标注册申请、版权登记及域名注册；湖北某正骨医学科技公司有权以自己的名义代为制止任何侵害平乐正骨、平乐郭氏正骨、平乐正骨第五代传人郭某若、高某峰及第六代传人郭某淮的姓名权、名誉权、知识产权等无形资产的行为，包括代为制止、进行调查取证、代为投诉、代为提出各种争议或异议、代为鉴定、与侵权人进行谈判、代为起诉，及有权将前述各项权限进行转委托”。

2021 年 3 月 21 日，河南省洛阳正骨医院（河南省骨科医院）出具《授权书》，内容为“授权郭某宜全权或委托第三方处理涉及国家级非物质文化遗产平乐郭氏正骨的相关事宜。”

2021 年 7 月 5 日，郭某幸、郭某颖（郭某宜代）、郭某严、郭某宜出具《同意

确认书》，内容为“兹确认郭某宜有权以个人名义授权湖北某正骨医学科技公司以该公司名义全权处理涉及平乐正骨、平乐郭氏正骨、平乐正骨第五代传人郭某若、高某峰及第六代传人郭某淮的姓名权、名誉权、知识产权等无形资产的事宜，我们同意继承人相关授权合法有效。”

2020 年 12 月 22 日，申请人北京山木知识产权代理有限公司向北京市海城公证处申请保全证据公证。同日，公证处公证员陶辉与公证人员徐盈及申请人的委托诉讼代理人易文辉在公证处，在公证人员监督下，易文辉使用公证处电脑进行操作：通过局域网登录互联网，进入“淘宝网”页面，搜索“郭氏祖方官方企业店”，进入店铺，依次点击“公司信息”、“祖方筋骨贴洛阳平乐郭氏正骨黑膏七珠展筋散颈椎肩周贴腰间盘贴膏”、“洛阳平乐郭氏正骨膏肩周颈椎腱鞘贴膝盖关节滑膜贴坐骨痛腰椎贴膏”页面，将页面信息进行打印。2020 年 12 月 24 日，北京市海城公证处对上述公证内容出具（2020）京海城内民证字第 23008 号公证书。公证书显示：“郭氏祖方官方企业店”的“公司信息”为洛阳某生物科技公司；页面信息上有“洛阳平乐郭氏正骨始于 1793”、“非物质文化遗产”字样，“祖方筋骨贴洛阳平乐郭氏正骨黑膏七珠展筋散颈椎肩周贴腰间盘贴膏”、“洛阳平乐郭氏正骨膏肩周颈椎腱鞘贴膝盖关节滑膜贴坐骨痛腰椎贴膏”商品的包装正中间醒目位置为“郭氏祖方筋骨贴”字样。

2020 年 12 月 22 日，申请人北京山木知识产权代理有限公司向北京市海城公证处申请保全证据公证。同日，公证处公证员陶辉与公证人员徐盈及申请人的委托诉讼代理人易文辉在公证处，在公证人员监督下，易文辉使用公证处电脑进行操作：通过局域网登录互联网，进入“京东”网站页面，搜索“御骨堂医疗器械专营店”，进入店铺，依次点击“证照信息”、“郭祖圣方筋骨贴洛阳平乐郭氏正骨黑膏药贴颈椎肩周滑膜炎腰痛腰间盘突出贴膏膝关节风湿痛骨质增生骨刺黑膏贴”、“郭氏祖方筋骨贴洛阳平乐郭氏正骨七珠展筋散黑膏药贴颈椎肩周腰间盘突出贴膏膝关节骨质增生滑膜腱鞘炎膏药贴”页面，将页面信息进行打印。2020 年 12 月 24 日，北京市海城公证处对上述公证内容出具（2020）京海城内民证字第 23010 号公证书。公证书显示：“御骨堂医疗器械专营店”的“网店经营者资质信息公示”为洛阳某生物科技公司；“郭祖圣方筋骨贴洛阳平乐郭氏正骨黑膏药贴颈椎肩周滑膜炎腰痛腰间盘突出贴膏膝关节风湿痛骨质增生骨刺黑膏贴”、“郭氏祖方筋骨贴洛阳平乐

郭氏正骨七珠展筋散黑膏药贴颈椎肩周腰间盘突出贴膏膝关节骨质增生滑膜腱鞘炎膏药贴”商品的包装正中间醒目位置为“郭氏祖方筋骨贴”字样。

另查明：洛阳某生物科技公司成立于2018年3月13日，类型为有限责任公司，法定代表人为赵某，经营范围为生物科技、中医药领域的技术研发、技术咨询、技术服务；第一类医疗器械、第二类医药器械、日用品、化妆品、消毒用品、保健用品的销售。

2018年10月25日，洛阳今世康公司作为甲方与郭某甫（郭某圈代签）作为乙方签订《合同协议书》，郭某圈、牛旭涛为公证方。合同约定，乙方保证郭某甫本人为平乐郭氏正骨第六代传人的真实性，甲方产品包装和宣传上可以使用郭某甫肖像，同时可以体现出郭某甫本人为平乐郭氏正骨第六代传人，产品配方系郭氏秘方，郭某甫为郭祖红方牌、一七九三牌等品牌系列产品的发明人，合同期限自2019年5月1日至2029年4月30日。该签订过程附有视频。郭某圈出具书面《证明》并在该院（2021）豫03知民初46号同类型案件庭审中作为证人出庭，证明郭某甫因病手不能写字，系其代郭某甫签字，上述合同系郭某甫自愿签订并同意所有条款。湖北某正骨医学科技公司对上述合同真实性予以认可，认可郭某甫与其提交的《平乐郭氏正骨族系表》中的郭某璞为同一人。

2020年3月13日，洛阳今世康公司作为甲方与洛阳某生物科技公司作为乙方签订《贴牌加工合作协议》，约定甲方授权乙方经销医用冷敷贴，合同期限自签订之日起经销期限一年。洛阳今世康公司认可其允许洛阳某生物科技公司在经销医用冷敷贴时使用其经郭某甫授权的上述合同相关内容。

一审法院认为，本案双方当事人争议的焦点为：一是湖北某正骨医学科技公司诉请洛阳某生物科技公司停止使用“非物质文化遗产——平乐郭氏正骨”字样等相关内容是否符合法律规定。二是洛阳某生物科技公司在其商品上使用行为是否属于其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为，是否构成了虚假宣传。

一、关于湖北某正骨医学科技公司诉请洛阳某生物科技公司停止使用“非物质文化遗产——平乐郭氏正骨”字样等相关内容是否符合法律规定。

《中华人民共和国非物质文化遗产法》第二条规定，“非物质文化遗产，是指各族人民世代相传并视为文化遗产组成部分的各种传统文化表现形式，以及与传统

文化表现形式相关的实物和场所。包括：传统口头文学以及作为其载体的语言；传统美术、书法、音乐、舞蹈、戏剧、曲艺和杂技；传统技艺、医药和历法；传统礼仪、节庆等民俗；传统体育和游艺；其他非物质文化遗产。”第二十二条规定，“国务院文化主管部门应当组织专家评审小组和专家评审委员会，对推荐或者建议列入国家级非物质文化遗产代表性项目名录等非物质文化遗产项目进行初评和审议。”第二十四条规定，“国务院文化主管部门根据专家评审委员会的审议意见和公示结果，拟订国家级非物质文化遗产代表性项目名录，报国务院批准、公布。”根据上述规定，非物质文化遗产的评定是国家非物质文化遗产行政主管部门通过特定的程序进行的，属于国家公权的范畴。非物质文化遗产字样的使用也应是国家公权调整的范畴，即非物质文化遗产的评定以及规范非物质文化遗产字样的使用是行政权力而非民事权益。

在本案中，虽然“平乐郭氏正骨”是由河南省洛阳市正骨医院申报非物质文化遗产的，郭某淮、郭某锦、郭某幸被列为代表性传承人，相关部门的该行政行为会产生相应的民事权利，但该民事权利的范围并不包括对“非物质文化遗产——平乐郭氏正骨”名称、技艺的所有权或专有使用权，即河南省洛阳市正骨医院被列为保护单位，郭某淮、郭某锦、郭某幸被列为代表性传承人，该行政行为并不是将“国家非物质文化遗产—平乐郭氏正骨”的所有权或专有使用权授予了保护单位及传承人。根据《中华人民共和国非物质文化遗产法》第三十一条规定，“非物质文化遗产代表性项目代表性传承人应当履行以下义务：（一）开展传承活动，培养后继人才；（二）妥善保存相关的实物、资料；（三）配合文化主管部门和其他有关部门进行非物质文化遗产调查；（四）参与非物质文化遗产公益性宣传。根据上述规定，传承人的主要义务是传承、宣传非物质文化遗产，并不包括对非物质文化遗产名称、技艺的所有权或专有使用权。虽然湖北某正骨医学科技公司基于“非物质文化遗产——平乐郭氏正骨”保护单位及传承人的授权，但其要求洛阳某生物科技公司停止使用“非物质文化遗产——平乐郭氏正骨”字样等相关内容，实际上将会造成国家非物质文化遗产“平乐郭氏正骨”变成了其专有使用权，这并不利于“平乐郭氏正骨”的传承、发扬，也不利于非物质文化遗产的保护、传承和发扬，亦与非物质文化遗产保护的宗旨相悖。故湖北某正骨医学科技公司诉请洛阳某生物科技公司停止使用“非物质文化遗产——平乐郭氏正骨”字样等相关内容缺乏事实和法律依据，

该院不予支持。

二、关于洛阳某生物科技公司在其商品上使用行为是否属于其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为，是否构成了虚假宣传的问题。

本案中，洛阳某生物科技公司在淘宝网店铺“郭氏祖方官方企业店”所销售的“祖方筋骨贴洛阳平乐郭氏正骨黑膏七珠展筋散颈椎肩周贴腰间盘贴膏”、“洛阳平乐郭氏正骨膏肩周颈椎腱鞘贴膝盖关节滑膜贴坐骨痛腰椎贴膏”商品，在京东网店铺“御骨堂医疗器械专营店”所销售的“郭祖圣方筋骨贴洛阳平乐郭氏正骨黑膏药贴颈椎肩周滑膜炎腰痛腰间盘突出贴膏膝关节风湿痛骨质增生骨刺黑膏贴”、“郭氏祖方筋骨贴洛阳平乐郭氏正骨七珠展筋散黑膏药贴颈椎肩周腰间盘突出贴膏膝关节骨质增生滑膜腱鞘炎膏药贴”商品，上述商品包装上并未将“平乐郭氏正骨”作为商标及商业标识单独进行使用，在商品包装正中间的醒目位置为“郭氏祖方筋骨贴”字样，洛阳某生物科技公司淘宝网店铺“郭氏祖方官方企业店”页面信息上有“洛阳平乐郭氏正骨始于1793”、“非物质文化遗产”字样。根据湖北某正骨医学科技公司提供的《平乐郭氏正骨族系表》及湖北某正骨医学科技公司认可情况，郭某甫即郭某璞为高某峰之子，为平乐郭氏正骨第六代传人。根据郭某甫与洛阳今世康公司签订的《合同协议书》以及洛阳今世康公司与洛阳某生物科技公司签订的《贴牌加工合作协议》以及洛阳今世康公司的认可，洛阳某生物科技公司有权在其产品包装和宣传上使用郭某甫肖像，以及体现郭某甫本人为平乐郭氏正骨第六代传人，郭某甫为郭祖红方发明人。从洛阳某生物科技公司的具体使用情形看，其在产品包装和宣传上均是对郭氏祖方、郭祖圣方的描述，符合《合同协议书》及《贴牌加工合作协议》及洛阳今世康公司认可的内容，不足以引起相关公众产生与湖北某正骨医学科技公司所称的郭某淮家族有关联的误解，洛阳某生物科技公司对平乐郭氏正骨进行的介绍和描述符合历史因素和现实情况，亦不足以导致市场混淆，影响公平竞争的市场秩序，不构成虚假宣传。综上，湖北某正骨医学科技公司提交的证据不足以证明洛阳某生物科技公司的行为构成不正当竞争行为，对湖北某正骨医学科技公司的诉讼请求该院不予支持。

综上，一审法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款，《最高人民法院＜关于民事诉讼证据的若干规定＞》第二条之规定。判决驳回湖北某正骨医学科技公司的诉讼请求。案件受理费13800元，由湖北某正骨医学科技公司负

担。

本院二审期间，当事人没有提交新证据。本院对一审法院查明的事实予以确认。

根据当事人上诉、答辩情况，并征询各方当事人意见，本院归纳本案的争议焦点为洛阳某生物科技公司的被控侵权行为是否构成不正当竞争？如构成不正当竞争，其责任应如何承担？

本院认为，关于洛阳某生物科技公司的被控侵权行为是否构成不正当竞争的问题。非物质文化遗产是各族人民世代相传并视为其文化遗产组成部分的各种传统文化表现形式，以及与传统文化表现形式相关的实物和场所。国家对非物质文化遗产采取认定、记录、建档等措施予以保护，鼓励和支持公民、法人和其它组织参与非物质文化遗产保护工作。非物质文化遗产代表项目的代表性传承人依法履行开展传承活动培养后继人才、妥善保存相关实物资料、配合文化主管部门和其他有关部门进行非物质文化遗产调查、参与非物质文化遗产公益性宣传的义务。因此非物质文化遗产作为一种在社会变迁中创造性转化和发展的社会公有遗产，其权属及使用应属国家法规调整的公共领域的范畴，代表性传承人或保护单位并不能因此而享有有所有权和专有使用权。故湖北某正骨医学科技公司主张经过代表性传承人郭某锦、郭某幸等人授权，其对非物质文化遗产“平乐郭氏正骨”作为知名商品或服务的名称和技艺享有所有权和专有使用权的理由缺乏事实和法律依据。

反不正当竞争法上的虚假宣传立足点在于引人误解的虚假宣传，如果对商品或服务的宣传并不会使相关公众产生误解，则不是反不正当竞争法上规制的虚假宣传行为。本案中，“平乐郭氏正骨”作为对郭祥泰为创始人的正骨技艺的特定称谓，是郭祥泰及其后几代人通过自己的劳动创造形成的，根据湖北某正骨医学科技公司提供的《平乐郭氏正骨族系表》及湖北某正骨医学科技公司认可情况，郭某甫即郭某璞为高某峰之子，为平乐郭氏正骨第六代传人。郭某甫作为平乐郭氏正骨第六代传人，虽非代表性传承人，亦有权使用该技艺并在此基础上创新发展。洛阳某生物科技公司经过郭某甫授权在产品包装和宣传上使用郭某甫头像及其作为平乐郭氏正骨第六代传人等信息，系对客观事实的真实描述，符合今世康医药公司与郭某甫签订的合作协议约定内容，上述商品包装上并未将“平乐郭氏正骨”作为商标及商业标识单独进行使用，在商品包装正中间的醒目位置为“郭氏祖方筋骨贴”字样，洛阳某生物科技公司淘宝网店铺“郭氏祖方官方企业店”页面信息上有“洛阳平乐郭

氏正骨始于1793”、“非物质文化遗产”字样。且在产品包装上未将“平乐郭氏正骨”作为商标及商业标识单独使用，属于合法商业宣传行为。洛阳某生物科技公司对平乐郭氏正骨进行的介绍和描述符合历史因素和现实情况，亦不足以导致市场混淆，影响公平竞争的市场秩序，不构成虚假宣传。

综上所述，湖北某正骨医学科技公司的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十七条第一款第一项规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费13800.00元，由湖北某正骨医学科技公司负担。

本判决为终审判决。

审 判 长　宋旺兴

审 判 员　赵玉香

审 判 员　梁培栋

二〇二二年十月三十一日

法 官 助 理　王　靖

书 记 员　李侦侦

书 记 员　王　蒙

云南某药公司诉广州某日用品公司、广州某化妆品公司、宜兴某商场侵害商标权及不正当竞争纠纷案

——河南英基律师事务所　孙莉、钱冠宇

案例简介：

“云南某药”牙膏作为牙膏界传统品牌、老字号、驰名商标，凭借独特的包装和卓越的品质，自2010年以来长期占据国内牙膏市场份额第一名，其“云南某药”商标及其包装装潢家喻户晓。

广州某日用品公司、广州某化妆品公司长期生产的“某某中药”牙膏使用与“云南某药”高度近似的“中药”“某某中药”等标识，并且包装装潢与“云南某药”牙膏高度近似，上述侵权牙膏在全国多个省市销售，销售范围极广，产品种类多达14系列26款。同时，广州某日用品公司多次试图注册“某某中药”商标均被驳回，屡次被全国各地消费者、市监部门、新闻媒体反映或通报，但侵权行为始终无法有效遏制。

云南某药公司遂诉至无锡市中级人民法院，请求各被告立即停止商标侵权及不正当竞争行为，并承担赔偿损失、消除影响等民事责任。无锡市中级人民法院判决各被告立即停止商标侵权及不正当竞争行为，共同赔偿经济损失及维权合理费用共计180万元，并在《中国消费者报》上刊登声明消除影响。

一审判决后，广州某日用品公司、广州某化妆品公司上诉至江苏省高级人民法院，二审判决驳回上诉，维持原判；其后向最高人民法院申请再审，亦驳回再审申请。

参评理由：

一、典型意义

本案通过诉讼途径有效打击侵权源头，切实维护消费者根本利益，有力捍卫了“云南某药”民族品牌。

二、社会影响

（一）侵权牙膏影响极其恶劣，屡次被乐山市市监局、钟祥市市监局、遁山县市监局、边城晚报、宁波晚报、三江都市报等通报，本案成功维权有效消除不良社

会影响。

（二）无锡市政法委员会、无锡市中级人民法院、新浪财经、网易新闻、上观新闻等党政机关及媒体报道本案，强力震慑同类侵权行为。

三、研究价值

商标近似性判断、不正当竞争行为的复合型认定。

四、律师在案件中的积极作用

本案侵权产品多达14系列26款，侵权情形极为复杂、一审民事判决书将近130页，代理律师发表的侵权认定及法律适用的意见均被采纳，充分体现知识产权律师应有的专业性和严谨性。

法律文书：二审答辩状

民事答辩状

答辩人（被上诉人）:云南某药公司，住所地：云南省昆明经济技术开发区

被答辩人（上诉人）：广州某日用品公司，住所地：广州市白云区

被答辩人（上诉人）：广州某化妆品公司，住所地：广州市从化区

答辩人与被答辩人侵害商标权纠纷案件，现答辩意见如下：

一、本案不构成重复起诉，一审法院对该部分事实认定正确，上诉人的上诉理由不能成立。

《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第二百四十七条规定的重复起诉，不仅仅是当事人相同，诉讼请求相同，更重要的是诉讼标的（争议事实）相同。本案26款被诉侵权产品，答辩人从未在任何其它法院或任何其他案件中向广州某日用品公司及广州某化妆品公司主张过权利，也没有任何一份其他判决对本案被诉侵权产品进行过法律评价。本案涉及的被诉侵权产品、被诉侵权行为、诉争事实等与前案均不相同，不构成重复起诉。

广州市南沙区人民法院（2022）粤0115民初5917号案件中的诉讼请求是基于广州某日用品公司、广州某化妆品公司生产的一款“某某中药（炫白护龈）”牙膏（该民事判决书明确附有该款侵权产品的附图）所涉侵权行为而提出诉讼主张，就本案26款被诉侵权产品所涉侵权行为并未提出诉讼主张，广州市南沙区人民法院对该部分纠纷亦未进行审理。其他案件也均不涉及本案26款被诉侵权产品，一审法院

对该部分事实的认定清楚明了。

二、上诉人广州某日用品公司及广州某化妆品公司持续侵权时间已经长达十年，侵权产品款式多，侵权区域范围广，侵权恶意明显，侵权规模巨大。望贵院依法查清上诉人侵权性质、侵权规模、侵权恶意等事实，查明答辩人在维权过程中面临的诸多困境，及时有效制止案涉侵权行为。

广州某日用品公司在2016年3月22日至2022年5月26日期间连续20次申请各种“某某中药”商标均未获注册；国家知识产权局作出的商标评审文书早已明确广州某日用品公司申请注册的“某某中药”商标与“云南某药”商标构成近似；广州某日用品公司及广州某化妆品公司因生产销售“某某中药”牙膏屡次被乐山市市监局、钟祥市市监局、边城晚报、宁波晚报、三江都市报等媒体及行政执法部门通报，并且被通山县市监局行政处罚后仍然继续实施侵权行为；在诉讼过程中，广州某日用品公司及广州某化妆品公司仍不断地对侵权产品包装进行改款继续侵权，答辩人也不断收到各地市监部门关于侵权产品的协助调查函件。各上诉人具有明显的侵权故意，并且本案侵权行为及不正当竞争行为时间跨度长、空间跨度大、辐射区域广、侵权款式多、侵权情形严重，使消费者产生极大混淆，也使云南某药商品及品牌受到不利影响。望贵院及时有效制止侵权行为，弥补答辩人遭受的市场损失，及时消除侵权行为造成的不良影响。

综上，上诉人的上诉请求及上诉理由无事实依据，各项上诉请求应当予以驳回。

此致

江苏省高级人民法院

答辩人：

年　月　日

裁判文书：二审判决书

江苏省高级人民法院

民事判决书

（2024）苏民终626号

上诉人（原审被告）：广州某日用品公司，住所地广东省广州市。

法定代表人：赖某，该公司执行董事兼经理。

委托诉讼代理人：李治国，广东君信经纶君厚律师事务所律师。

上诉人（原审被告）：广州某化妆品公司，住所地广东省广州市。

法定代表人：陈某，该公司执行董事兼总经理。

委托诉讼代理人：李治国，广东君信经纶君厚律师事务所律师。

被上诉人（原审原告）:云南某药公司，住所地云南省昆明经济技术开发区。

法定代表人：秦某，该公司执行董事。

委托诉讼代理人：孙莉，河南英基律师事务所律师。

委托诉讼代理人：钱冠宇，河南英基律师事务所律师。

原审被告：宜兴某商场，住所地江苏省宜兴市。

经营者：匡某，女，汉族，住江苏省宜兴市。

上诉人广州某日用品公司、广州某化妆品公司因与被上诉人云南某药公司及原审被告宜兴某商场侵害商标权及不正当竞争纠纷一案，不服江苏省无锡市中级人民法院（2023）苏02民初159号民事判决，向本院提起上诉。本院于2024年4月7日受理后，依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

广州某日用品公司、广州某化妆品公司上诉请求：撤销一审判决，依法改判驳回云南某药公司起诉或发回重审；由云南某药公司承担本案诉讼费用。事实与理由：1.本案与广东省广州市南沙区人民法院（2022）粤0115民初5917号（以下简称5917号）案件构成重复诉讼。判断诉讼标的是否相同，应当以诉争商品类别和诉争标识为基础进行判断，两案所涉商品均为牙膏，所涉标识均为注册商标“云南某药”和被控侵权标识“某某中药”，即两案诉讼标的相同。在两案当事人、诉讼请求、诉讼标的均相同的情况下，本案构成重复诉讼。2.一审判决确定的赔偿责任不当。在案证据不能证明涉案商标商誉受损，且其仅通过线下渠道销售被控侵权商品，一审判决消除影响的责任承担方式不当。一审判决确定的赔偿数额过高，本案涉及的被控侵权商品已被5917号案件涵盖；广州某日用品公司、广州某化妆品公司仅通过线下渠道销售被控侵权商品，侵权获利有限；其他法院生效判决确定的赔偿数额是每款侵权商品5万元，本案涉及26款侵权商品；根据三年的诉讼时效规定，本案赔偿数额应当只考虑起诉前三年的损失或侵权获利。

云南某药公司二审辩称，一审判决认定事实清楚，适用法律正确，请求驳回上诉，维持原判。1.本案不属于重复诉讼。云南某药公司从未在其他案件中就本案所涉26款被控侵权商品向广州某日用品公司、广州某化妆品公司主张权利。5917号案

件仅涉及“某某中药（炫白护龈）”牙膏，与本案被控侵权商品不同。2.一审判决确定的赔偿责任适当。广州某日用品公司、广州某化妆品公司持续侵权时间长达十年，所涉侵权商品款式众多，侵权范围广，侵权恶意明显，侵权规模巨大。一审判决确定的消除影响民事责任及赔偿数额适当。

宜兴某商场二审未发表答辩意见。

云南某药公司向一审法院起诉，请求判令：1.广州某日用品公司、广州某化妆品公司立即停止生产、销售侵犯云南某药公司第3635XXX号“云南某药”、第4544XXX号“云南某药”注册商标专用权的“某某中药”牙膏商品；2.宜兴某商场立即停止销售侵犯云南某药公司第3635XXX号“云南某药”、第4544XXX号“云南某药”注册商标专用权的“某某中药”牙膏商品；3.广州某日用品公司、广州某化妆品公司、宜兴某商场立即停止不正当竞争行为，即立即停止生产、销售与云南某药牙膏包装、装潢相近似的“某某中药”牙膏商品；4.广州某日用品公司、广州某化妆品公司赔偿云南某药公司经济损失及为制止侵权行为所支付的合理开支共计500万元；5.宜兴某商场赔偿云南某药公司经济损失及为制止侵权行为所支付的合理开支共计6万元；6.广州某日用品公司、广州某化妆品公司在《中国消费者报》《法制日报》显著位置上连续七个工作日就其侵权行为刊登声明，以消除影响；7.由广州某日用品公司、广州某化妆品公司、宜兴某商场承担本案的诉讼费。

一审法院查明：

一、云南某药公司及其注册商标的情况

云南某药公司成立于1991年1月1日，注册资本为8450万元，为云南某药集团的全资子公司，经营范围包括生活美容服务、医疗服务等许可项目以及日用化学产品制造、国内贸易代理、互联网销售（除销售需要许可的商品）等一般项目。

云南某药集团是第3635XXX号“云南某药”、第4544XXX号“云南某药”注册商标专用权人，上述商标均核定使用于第3类牙膏、抑菌洗手剂等商品上。第3635XXX号商标于2005年9月28日被核准注册，经续展注册有效期延至2025年9月27日；第4544XXX号商标于2008年6月28日被核准注册，经续展注册有效期延至2028年6月27日。

2020年1月10日，云南某药集团出具《授权委托书》，载明云南某药公司系云南某药集团的全资子公司，云南某药集团作为第3635XXX号、第4544XXX号、第

5818XXX 号、第 58189XX 号注册商标权利人，以及“云南某药”牙膏外包装、装潢的创作设计方，现以普通许可方式授权云南某药公司在中国范围内使用上述注册商标及“云南某药”牙膏产品包装、装潢，并将该商标及产品包装、装潢等权益在上述地区的维护特别授权给云南某药公司，云南某药公司有权以其自己的名义提起商标侵权及不正当竞争诉讼，并享有相应的诉讼利益，有权以自己的名义对假冒或仿冒商标或不正当竞争的行为向行政机关举报，要求行政查处，授权期限为 2020 年 1 月 10 日至 2025 年 9 月 27 日。

二、云南某药公司主张涉案商标知名度的相关事实

（一）涉案商标认定驰名商标的记录

2002 年 2 月 8 日、3 月 12 日，原国家工商行政管理总局商标局认定云南某药集团注册并使用在中药商品上的“云南某药”（中药）商标为驰名商标。

（二）涉案商标宣传推广情况及所获荣誉

云南某药集团使用在 3 类“牙膏”商品（服务）上的“云南某药”商标、“云南某药”商标被原云南省工商行政管理局认定为“云南省著名商标”，有效期自 2008 年 11 月至 2021 年 12 月。

2017 年 11 月 14 日，中国口腔清洁护理用品工业协会向商标局出具关于推荐第 3635XXX 号“云南某药”商标参与中国驰名商标评审的《推荐函》，载明：“2005 年，云南某药正式进入牙膏市场，到 2010 年成为本土牙膏品牌第一名，至今依然保持；2014 年至 2016 年，云南某药牙膏销量均位居国内同行业产销量第二，其中 2014 年云南某药牙膏销售收入 33.7 亿元、2015 年销售收入 41.3 亿元、2016 年销售收入 47 亿元。”《化妆品报》微信公众号 2019 年 8 月 29 日刊登文章“反超黑人，云南某药以 20.1%市场份额成国内牙膏 NO.1”，主要内容有截止 2019 年 5 月，云南某药牙膏市场份额为 20.1%，已跃居国内牙膏市占率第一位；2020 年 10 月 24 日刊登文章“云南某药领跑，狮王跻身前五”，主要内容为云南某药以 13.9%的零售额占比领跑市场，是唯一一个零售额占比超一成的品牌，全网零售额突破 10 亿元；2021 年 3 月 27 日刊登文章“线上牙膏年销 81 亿元，这几匹黑马或将在下一轮竞争中胜出”，主要内容为近一年，云南某药牙膏全网零售额占比 14.9%，零售额约 12 亿元，同比增长超 50%，是全网零售额唯一破 10 亿元的品牌；2022 年 1 月 29 日刊登文章“线上牙膏年销 90.5 亿元，云南某药第一黑人第二”，主要内容为云南某药以绝对优势

领先，是唯一一个零售额占比超一成的品牌，全网零售额突破12亿元；2022年7月18日刊登文章“敬修堂增长最快，云南某药/黑人年销超10亿元”，主要内容为云南某药持续稳居全网口腔护理类销售第一。云南某药零售额同比上涨2.22%,以13.26亿元零售额、3046.54万件的零售量位列第一。

2021年6月的《口腔护理用品工业》杂志刊发《2020年主要工作情况报告》，报告记载：销售前十名品牌依次为云南某药（含金口健）、黑人、佳洁士、冷酸灵、高露洁、舒客、中华、舒适达、纳美、云南三七；前三名品牌市场份额分别为23.1%、20.1%、9.0%。

（三）其他

云南某药公司还提交了云南某药集团出具的《对云南某药集团公司年报及申报商标产品经济指标的说明》《对云南某药集团公司年报及申报商标产品广告投入的说明》，载明云南某药集团2014年至2019年对涉案商标每年进行数千万元的广告投入，“云南某药牙膏”每年达数十亿销售额与数亿的利润、交纳数亿税款。

三、云南某药公司主张包装、装潢权益的相关事实

2005年10月12日，云南某药集团就“云南某药牙膏（留兰香型）”牙膏包装盒向国家知识产权局申请外观设计专利。经审查，国家知识产权局授予云南某药集团专利号为ZL20053002XXXX的外观设计专利，授权公告日为2006年9月13日。该专利公开的外观设计图显示，“云南某药牙膏（留兰香型）”采用纸质、长方体型包装盒，其装潢呈以下特征：1.牙膏包装盒整体呈蓝色，盒体六个面交接处带有亮银色边条。2.牙膏盒正面的蓝色从左至右由深蓝至浅蓝再至深蓝，用亮银色斜杠分为面积比约为7:3的左右两个单元。左单元标有白色行楷、较大字体的“云南某药”+斜体、较小字体的“牙膏”+字母组合；右单元有留兰香型文字和净含量、功效表。3.上侧面由亮银色斜杠划分面积比例约为7:3的左右两个单元，左单元文字与正面左单元文字相同，右单元有一枚带有环形边框的牙齿演示图，下方环绕文字“口腔全能保健”。4.下侧面左侧为六幅横向并列的常见口腔问题科普图及示意文字，右侧有云南某药牙膏活性成分“护理”“保健”“清洁”功能的介绍。5.包装盒背面分为5:3:2的左中右三个单元，左单元为产品文字介绍，中单元有“云南某药”商标和生产商等信息，右单元为条形码。6.左右两侧为行楷、较大字体的“云南某药”+斜体、较小字体的“牙膏”+字母的文字组合。

2010 年 1 月 25 日，云南某药集团就“云南某药牙膏（朗健）”牙膏包装盒向国家知识产权局申请外观设计专利。经审查，国家知识产权局授予云南某药集团专利号为 ZL20103010XXXX 的外观设计专利，授权公告日为 2011 年 1 月 5 日。该专利公开的外观设计图显示，“云南某药牙膏（朗健）”采用纸质、长方体型包装盒，其装潢呈以下特征：1.牙膏包装盒整体呈黑蓝色与浅蓝色组合，字样颜色以白色为主。2.牙膏盒正面用斜线分为面积比约为 7:3 的左右两个单元。左单元为黑蓝底色，标有白色行楷、较大字体的“云南某药”+斜体、较小字体的“牙膏”+字母组合；右单元为浅蓝色底色，标有较大的“朗健 LANGJ”文字、红底色“清爽薄荷”文字、较小的“吸烟人士专用口腔护理品”文字及香烟图案。3.上侧面装潢与正面装潢基本一致。4.下侧面左侧为五幅横向并列的常见口腔问题科普图及示意文字，右侧有云南某药牙膏活性成分“护理”“保健”“清洁”功能的介绍。5.包装盒背面分为 5:3:2 的左中右三个单元，左单元为产品文字介绍，中单元为“云南某药”商标和生产商等信息，左右两侧的上下两部分分别使用黑蓝、浅蓝底色，上部分标有行楷、较大字体的“云南某药”+斜体、较小字体的“牙膏”+字母+“朗健 LANGJ”的文字组合，下部分的左上部标有红底、白色的“清爽薄荷”文字。

2011 年 8 月 10 日，云南某药集团就“牙膏软管”向国家知识产权局申请外观设计专利。经审查，国家知识产权局授予云南某药集团专利号为 ZL20113026XXXX 外观设计专利，授权公告日为 2011 年 12 月 28 日。该专利公开的外观设计图显示，“云南某药牙膏（朗健）”牙膏管使用黑蓝色管身，管身正面装潢基本与外包装正面装潢一致，背面装潢为“云南某药”商标和生产商等信息、产品功效等文字介绍，与外包装背面装潢类似，在排版、布局上作了调整。经查询云南某药微信公众号，“云南某药牙膏（朗健）”产品于 2011 年上市。

云南某药集团享有“云南某药”字体美术作品著作权。一审中，云南某药公司撤回对云南某药（留兰香型）包装、装潢的权利主张。

三、被控侵权事实

2022 年 8 月 26 日，江苏省扬州市扬诚公证处（以下简称扬诚公证处）出具（2022）苏扬扬诚证字第 2618 号公证书，该公证书载明，袁洲受云南某药公司委托于 2022 年 8 月 5 日向公证处申请对其购买相关产品的行为及过程予以证据保全。2022 年 8 月 11 日，公证员随同袁洲来到了位于江苏省无锡市宜兴市“某购物广场”，袁洲在

该店购买了含“某某中药”字样牙膏1支，用手机支付货款23.5元，取得购物小票1张。经一审当庭查验，公证封存物的封条及印鉴完整，无拆封、破损痕迹。拆封后，内有被控侵权“清爽去口气某某中药牙膏”一支、购物小票一张。购物小票记载商品“180g某某中药清爽去口气牙膏”单价23.5元，商品编码为6955323000753，生产许可证号为粤妆20170137；被控侵权“清爽去口气某某中药牙膏”牙膏包装盒正面标注有较大字体的“某某中药”、较小斜体的“牙膏”及图案组合，侧面标注有“广州某日用品公司出品，广州某化妆品公司生产”等信息，还标注有商标标识；被控侵权“清爽去口气某某中药牙膏”采用纸质、长方体型包装盒，装潢呈以下特征：1.牙膏包装盒整体呈黑色与带有黑条纹的浅蓝色组合。2.牙膏盒正面用斜线分为面积比约为7:3的左右两个单元，左单元由黑色底色，标有横排白色行楷、较大字体的“某某中药”+斜体、较小字体的“牙膏”和图案组合；右单元以带有浅蓝条纹为底色，标有绿色较大的"清爽去口气”文字、较小功能宣传文字及植物图案，底部标有牙膏香型、功效及规格的说明文字。3.上侧面用斜线分为面积比约为7:3的左右两个单元。左单元由黑色底色，标有白色的行楷、较大字体的“某某中药”+斜体、较小字体的“牙膏”和图案组合；右单元为中药制备图案。4.下侧面分为左中右三个单元，左边为产品介绍，中间为成分、使用方法及注意事项，右边为厂家信息及商品条码。5.牙膏盒背面用斜线分为面积比约为6:4的上下两个单元。上单元由黑色底色，印有图案和斜体、较小的“牙膏”和竖排白色行楷、较大字体的“某某中药”；下单元以带有浅蓝色条纹为底色，标有绿色较大的“清爽去口气”文字、较小功能宣传文字及植物图案，底部标有牙膏香型、功效及规格的说明文字。6.左右两侧用横线划分为面积比约为5:5的上下两个单元，上单元黑色底色，为行楷、较大字体的“某某中药”；下单元以带有浅蓝色条纹为底色，标有绿色“清爽去口气”+斜体、较小字体的“牙膏”文字组合。被控侵权“清爽去口气某某中药牙膏”管身正面使用装潢与包装盒正面使用情况基本一致。

……

2023年3月24日，扬诚公证处出具（2023）苏扬扬诚证字第1204号公证书，该公证书载明，该公证书载明，云南某药公司委托袁洲于2023年2月21日向公证处申请对其购买相关产品的行为及过程予以证据保全。公证处指派公证员汪志华、公证人员吴天泽于2023年2月23日，随同袁洲来到了位于江苏省南通市某门市，

该门市招牌显示：“某购物广场”，店内证照记载的名称：通州湾某某超市。在公证员汪志华、公证人员吴天泽的监督下，袁洲在该店购买了含“某某中药”字样牙膏2支，用手机支付货款28.3元，取得购物袋1个、购物小票1张。袁洲截取支付凭证图片1张，位置图片1张，并用其手机拍摄现场照片10张。上述物品交给公证员保管。离开现场后，在公证员汪志华、公证人员吴天泽的监督下，袁洲对上述牙膏、购物袋、购物小票拍摄照片后封存。袁洲在上述封存过程共拍摄照片12张。应袁洲的要求，上述封存的物品交由其保管。被控侵权“炫白护龈某某中药牙膏”牙膏包装盒正面标注有较大字体的“某某中药”及“云南”两字下方有较小字体的“特产”、较小斜体的“研制牙膏”及图案组合，侧面标注有“广州某日用品公司出品，广州某化妆品公司生产”等信息，还标注有商标标识，商品编码为6955323000630，生产许可证号为粤妆20170137；被控侵权“炫白护龈某某中药牙膏”采用纸质、长方体型包装盒，装潢呈以下特征：1.牙膏包装盒整体呈黑色与带有黑条纹的浅蓝色组合。2.牙膏盒正面用斜线分为面积比约为7:3的左右两个单元，左单元由黑色底色，标有横排白色行楷、较大字体的“某某中药”及“云南”两字下方有较小字体的“特产”+斜体、较小字体的“研制牙膏”和图案组合；右单元以带有浅蓝条纹为底色，标有红色较大的“炫白护龈”文字、较小功能宣传文字及植物图案，底部标有牙膏香型、功效及规格的说明文字。3.上侧面用斜线分为面积比约为7:3的左右两个单元。左单元由黑色底色，标有白色的行楷、较大字体的“某某中药”及“云南”两字下方有较小字体的“特产”+斜体、较小字体的“研制牙膏”和图案组合；右单元为中药制备图案。4.下侧面分为左中右三个单元，左边为产品介绍，中间为成分、使用方法及注意事项，右边为厂家信息及商品条码。5.牙膏盒背面用斜线分为面积比约为6:4的上下两个单元。上单元由黑色底色，印有和图案和竖排白色行楷、较大字体的“中药牙膏”；下单元以带有浅蓝色条纹为底色，标有红色较大的“炫白护龈”文字、较小功能宣传文字及植物图案，底部标有牙膏香型、功效及规格的说明文字。6.左右两侧用横线划分为面积比约为5:5的上下两个单元，上单元黑色底色，为行楷、较大字体的“某某中药”及“云南”两字下方有较小字体的“特产”；下单元以带有浅蓝色条纹为底色，标有红色“炫白护龈”+斜体、较小字体的“牙膏”文字组合。被控侵权“炫白护龈某某中药牙膏”管身正面使用装潢与包装盒正面使用情况基本一致。

经查，扫描上述牙膏包装盒二维码显示为广州某日用品公司宣传页面。一审中，云南某药公司还提交了涉案被控侵权商品中国商品信息服务平台查询的13份商品条码备案信息，结果显示均为伊某雅品牌牙膏，企业名称为广州某日用品公司。

云南某药公司另提交（2022）苏金证字第1844号、（2022）苏金证字第1850号等共154份公证书，其中152份涉及到本案被控侵权商品，用以证明广州某日用品公司、广州某化妆品公司生产的涉案多款牙膏在多地均有销售，并明确表示前述公证书中所涉本案被控侵权商品在本案中一并处理，不再另案主张权利。

另外，广州某日用品公司还曾通过QQ号空间显示数款某某中药牙膏，并在公众号发布多篇文章，宣传某某中药牙膏，还通过线上、线下方式将牙膏销往全国多个省份。

四、关于广州某日用品公司、广州某化妆品公司主张重复诉讼方面的事实

广东省广州市南沙区人民法院于2023年2月13日作出5917号民事判决，载明2022年4月1日受理云南某药公司诉广州华祝百货有限公司、广州某日用品公司、广州某化妆品公司侵害商标权及不正当竞争纠纷一案，该案件所涉侵权商品为“炫白护龈某某中药牙膏”，就侵权取证情况广州市南粤公证处出具（2021）粤广南粤第22024号公证书。广州某日用品公司、广州某化妆品公司认为，云南某药公司是通过销售商确定管辖法院，在广东省内对广州某日用品公司、广州某化妆品公司提起了多个诉讼，按照云南某药公司的维权方式，在考量判赔金额的时候，应以该案被控侵权商品的具体销售金额来确定，而不应当将云南某药公司在其他法院提起的诉讼，作为量化广州某日用品公司、广州某化妆品公司的侵权情节。云南某药公司确认已就上述公证取证的侵权行为分别向其他法院另行提起了诉讼。

广东省广州市花都区人民法院于2023年7月28日作出(2022)粤0114民初11323号民事判决，载明云南某药公司明确该案仅针对（2022）粤广南粤第3227号公证书所对应的被控侵权商品提起诉讼，该案的赔偿金额也是依据该被控侵权商品在全国范围内的生产、销售情况而主张。

广东省广州市花都区人民法院于2023年8月30日作出(2023)粤0114民初5145号民事判决，载明云南某药公司明确该案仅针对（2022）粤广南粤第10308号公证书所对应的被控侵权商品“某某中药预防肿痛”牙膏提起诉讼，赔偿金额也是依据该被控侵权商品在全国范围内的生产、销售情况而主张。对于“某某中药全优7效

冬青薄荷香型”“某某中药360°祛渍亮白”等牙膏，云南某药公司将另案提起诉讼。云南某药公司表示本案与（2023）粤0114民初5146号一案所涉被控侵权牙膏外部使用的标识名称、批次相同，但在牙膏管体上使用的标识并不同，如不加以诉讼维权，将导致部分消费者误以为另案公证物不属于侵权商品。

广东省广州市花都区人民法院于2023年8月30日作出(2023)粤0114民初5146号民事判决，载明云南某药公司明确该案赔偿金额仅依据（2022）粤广南粤第10308号公证书所对应的这一款侵权商品而主张，对广州某日用品公司、广州某化妆品公司生产、销售的其他款式、名称的“某某中药”牙膏和与该案侵权商品同一生产批次号的牙膏，云南某药公司将另案提起诉讼。

广东省广州市白云区人民法院于2023年9月14日作出(2023)粤0111民初11271号民事判决，载明云南某药公司确认该案针对广州某日用品公司、广州某化妆品公司生产、销售本案一种被控侵权商品的全部侵权行为主张赔偿。

2023年2月21日，云南某药公司在江苏省常熟市人民法院起诉广州某日用品公司、广州某化妆品公司、常熟市某某超市，请求判令广州某日用品公司、广州某化妆品公司立即停止生产、销售侵犯第3635XXX号、第4544XXX号注册商标专用权的“某某中药（双效美白系列）”牙膏商品。

五、与本案有关的其他事实

广州某日用品公司成立于2010年8月31日，为自然人投资或控股的有限责任公司，经营范围包括日用器皿及日用杂货批发、清洗日用品零售、日用杂品综合零售等。2022年8月19日，该公司法定代表人由公司股东之一黄某变更为赖某，经营地址由广州市番禺区变更为现址。2015年2月2日，广州某日用品公司的原法定代表人黄某申请注册ZL20153003XXXX号“牙膏盒(某某中药特效牙膏”外观设计专利，该专利的牙膏盒正面突出使用了“某某中药”标识，并配以“清热去火”文字。2020年12月29日，黄某又申请注册ZL20203081XXXX号“牙膏盒（中药）”外观设计专利，该专利的牙膏盒正面突出使用了“某某中药”标识，“云南”两字底部标有“…特产…”，并配以“清爽去口气”文字。2016年至2022年期间，广州某日用品公司多次在第3类商品上申请注册不同排列组合、不同字体的“某某中药”商标，但均未被核准注册。2018年1月5日，国家知识产权局作出《关于第19378XXX号“某某中药”商标驳回复审决定书》，认为广州某日用品公司申请注册的第19378XXX号“某

某中药”商标与“云南某药”注册商标在文字构成、呼叫等方面相近，且两者均使用在牙膏等商品上，构成近似商标，且“某某中药”中的“中药”使用在牙膏等商品上，直接表示了该商品的原料特点等，不得作为商标使用，故决定驳回广州某日用品公司的商标注册申请。

广州某化妆品公司成立于1999年12月14日，为自然人投资或控股的有限责任公司，经营范围包括日用化学产品制造、化妆品零售、化妆品批发、个人卫生用品销售等，持有粤妆20170137号化妆品生产许可证。

宜兴某商场成立于2006年8月14日，为个体工商户，经营范围包括食品、卷烟、雪茄烟、农产品零售；糕点现场制售；鲜肉、蔬菜、禽蛋、水果、冷冻制品、百货、服装、鞋帽、日用杂品等。

第5182XXX号商标的注册人为广州某日用品公司原法定代表人黄某，该商标核定使用在第3类洗发液、浴液、牙膏、洗面奶、化妆品等商品上，核准注册日期为2009年6月28日，经续展有效期延至2029年6月27日。第38998XXX号商标的申请注册人亦为黄某，该商标已失效。

2016年起，多家媒体多次对广州某日用品公司、广州某化妆品公司生产的“某某中药牙膏”误导消费者进行报道，原乐山市市场监督管理局也对此予以通报。2019年9月10日,原通山县市场监督管理局作出《行政处罚决定书》(通山市监处字【2019】19号），载明广州某日用品公司生产的牙膏实际上是“伊某雅”牌牙膏，但在牙膏包装上，不醒目标注“伊某雅”牌注册商标，却擅自用较大字体醒目突出标注了“某某中药牙膏”字样（某某中药牙膏与云南某药牙膏字体相同，极易误认），其目的就是想傍“云南某药”牙膏的知名品牌，搭便车。2020年6月10日，原钟祥市市场监督管理局对广州某日用品公司及广州某化妆品公司生产的“某某中药”牙膏涉嫌侵犯涉案商标权进行调查。

云南某药公司为证明支付的合理费用，提交了部分公证费发票及《河南省律师协会律师服务收费行业指导意见》。

一审法院认为：

一、本案不构成重复诉讼

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第二百四十七条第一款规定：“当事人就已经提起诉讼的事项在诉讼过程中或者裁判生效后再

次起诉，同时符合下列条件的，构成重复起诉：（一）后诉与前诉的当事人相同；（二）后诉与前诉的诉讼标的相同；（三）后诉与前诉的诉讼请求相同，或者后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果。”本案中，云南某药公司系就（2022）粤0115民初5917号、（2022）粤0114民初11323号、（2023）粤0114民初5145号、（2023）粤0114民初5146号、（2023）粤0111民初11271号、（2023）苏0581民初5064号案件之外的侵权商品主张权利，被控侵权商品不同，属于不同的被控侵权行为，即诉讼标的不同，云南某药公司的诉讼请求也不同，故不构成重复诉讼。

二、广州某日用品公司、广州某化妆品公司、宜兴某商场涉案行为侵害了涉案注册商标专用权

云南某药集团是第3635XXX号“云南某药”、第4544XXX号“云南某药”注册商标的权利人，上述注册商标尚在有效期限内，依法受法律保护。云南某药公司作为上述商标的普通许可使用权人，经云南某药集团授权，有权以自己的名义提起本案诉讼。

根据《中华人民共和国商标法》（以下简称商标法）第四十八条规定，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。本案中，被控侵权标识大量使用在涉案侵权商品、外包装盒等，显然发挥了识别商品来源的作用，构成商标性使用行为。商标法第五十七条第一、二项的规定，未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的，或在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，容易导致混淆的，均属于侵犯注册商标专用权的行为。《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第九条第二款规定，商标近似，是指被控侵权的商标与原告的注册商标相比较，其文字的字形、读音、含义或者图形的构图及颜色，或者其各要素组合后的整体结构相似，或者其立体形状、颜色组合近似，易使相关公众对商品的来源产生误认或者认为其来源与原告注册商标的商品有特定的联系。在进行商标相同或近似的判断时，应当考虑请求保护注册商标的显著性和知名度，以相关公众一般注意力为标准，既要进行对商标的整体比对，又要进行对商标主要部分的比对，比对应当在比对对象隔离的状态下分别进行。本案中，被控侵权商品与涉案第3635XXX号、第4544XXX号注册商标的核定使用商品中的“牙膏”为同种商品。将被控侵权“某某中药”标识与云南某

药公司第3635XXX号“云南某药”、第4544XXX号“云南某药”注册商标进行比对，中文汉字部分有三个汉字相同，且字体相似、读音近似，区别在于排列方式或许存在横向、竖向的差异，上述差异并不足以将两者进行明显的区分，因此，被控侵权标识与涉案商标构成近似。涉案商标经权利人长期持续的宣传和使用，在同行业中已具有较高的知名度及影响力，以相关公众的一般注意力为标准，在相同的牙膏类商品上使用近似标识，极易使相关公众对商品的来源产生混淆和误认。国家知识产权局作出的《关于第19378XXX号“某某中药”商标驳回复审决定书》、原通山县市场监督管理局作出的《行政处罚决定书》以及其他法院的判决等也认定被控侵权标识与涉案商标构成近似，对此不再赘述。根据公证书、牙膏外包装盒、商品条码备案信息、化妆品生产许可证号及当事人的自认，对于被控侵权商品是由广州某日用品公司、广州某化妆品公司生产、销售、（2022）苏扬扬诚证字第2618号公证书所涉侵权商品由宜兴某商场销售的事实予以确认。广州某日用品公司、广州某化妆品公司作为同业竞争者，理应知晓涉案商标的知名度，本应对涉案商标进行合理避让，但却未经许可，在同一种商品上使用与云南某药公司涉案商标近似的标识并销售侵害注册商标专用权的商品，构成对云南某药公司涉案商标专用权的侵害。宜兴某商场作为长期销售日用品的销售商，也应知晓涉案商标的知名度，宜兴某商场销售侵害注册商标专用权的商品，亦构成对云南某药公司涉案商标专用权的侵害。

三、被控侵权行为构成不正当竞争

1.“云南某药牙膏（朗健）”商品包装、装潢属于具有一定影响的包装、装潢

《中华人民共和国反不正当竞争法》（以下简称反不正当竞争法）第六条第一项规定，经营者不得擅自使用他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或近似的标识，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释》第四条第一款规定，具有一定的市场知名度并具有区别商品来源的显著特征的标识，人民法院可以认定为反不正当竞争法第六条规定的“有一定影响的”标识。反不正当竞争法保护的有一定影响的包装、装潢系基于该包装、装潢具有的识别商品来源的功能。本案中，“云南某药牙膏（朗健）”商品所使用的包装、装潢在图案、色彩的搭配以及商品名称、商品信息等设计要素的排列组合上具有独特性且与功能无关，整体设计简单醒目，识别性强，经过云南某药公司及其关联企业长期的市场经营，“云南某药牙膏（朗

健）”作为“云南某药”系列牙膏产品之一，在相关公众中已经具有一定的市场知名度，已足以使相关公众通过其包装、装潢识别其产品，且该包装、装潢也曾被生效判决认定为有一定影响的包装、装潢，在未有证据证明上述包装、装潢属于牙膏行业通用包装、装潢的情况下，应认定云南某药公司主张权利的“云南某药牙膏（朗健）”的包装、装潢属于反不正当竞争法所保护的有一定影响的包装、装潢。

2.各被诉方的行为构成不正当竞争

反不正当竞争法第二条规定，经营者在生产经营活动中，应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则，遵守法律和商业道德；本法所称的经营者，是指从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和非法人组织。该法第六条第一项和第十七条规定，经营者不得擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识；违反本法规定，给他人造成损害的，应当依法承担民事责任。本案中，云南某药公司与各被控侵权人经营范围均与牙膏等日用品相关，业务范围存在交叉重合，具有竞争关系。被控侵权“某某中药牙膏”与云南某药公司“云南某药牙膏（朗健）”属于同类商品。虽然被控侵权“某某中药牙膏”有14个系列26款，但每款牙膏盒、牙膏管的包装、装潢在结构布局、图案、颜色、字体方面基本相同，不同之处仅为以下细微差别：1.正面“某某中药”标识存在略微差别；2.背面标识存在些许差别；3.标注的牙膏系列文字及对应的图案。故本案中，被控侵权商品的包装、装潢可与主张权利的包装、装潢一并比对。被控侵权包装、装潢与云南某药公司“云南某药牙膏（朗健）”商品的包装、装潢相比，二者包装、装潢的整体用色、设计要素及要素布局亦高度接近：牙膏包装盒整体呈黑蓝色与浅蓝色组合，字样颜色白色；牙膏盒正面用斜线分为面积比约为7:3的左右两个单元，左单元为黑蓝底色，标有白色行楷、较大字体的中文标识+较小字体的标识，右单元为浅蓝色底色，标有较大的产品系列文字、配有图案、较小字体的功能介绍文字；包装盒下侧面分为左中右三个单元，分别为产品文字介绍、产品商标、规格和生产商、条形码等信息；左右两侧面的上下两部分分别使用黑蓝、浅蓝底色，上部分标有行楷、较大字体的标识，下部分标有红底、白色的功能介绍文字；且被控侵权商品使用的“某某中药”标识与云南某药公司权利商品的“云南某药”标识，二者使用的文字、字体、颜色、位置以及在牙膏盒的占比近似。两者的区别在于背面被控侵权包装、装潢标识采用竖排方式，权利商品采用横排方式，上侧面被控侵权包装、装潢采用与

正面类似的布局，但右单元使用中药制备图案，而权利商品则是常见口腔问题科普图及示意文字、功能介绍，另外，二者使用的图案、文字内容、结构布局亦存在少许差别。对于牙膏盒的包装、装潢设计而言，消费者正常购买、使用时容易被直接观察到的部位为正面，其他面的细微差异也不会对产品的整体视觉效果产生显著影响，即使是两者差异较大的上侧面，被控侵权包装、装潢使用的是与正面类似的布局，一般消费者也不容易注意到两者之间的区别，故在一般消费者施以普通注意力的情况下，二者的包装、装潢容易发生混淆和误认，二者构成近似的商品包装、装潢。被控侵权商品牙膏膏体的包装、装潢与包装盒正面或背面基本相同，“云南某药牙膏（朗健）”牙膏膏体的正面与包装盒正面基本相同，故同前所述，被控侵权商品牙膏膏体亦与“云南某药牙膏（朗健）”牙膏膏体的包装、装潢构成近似商品包装、装潢。广州某日用品公司、广州某化妆品公司生产、销售使用与云南某药公司的“云南某药牙膏（朗健）”商品近似的包装、装潢的被控侵权商品，宜兴某商场销售与云南某药公司的“云南某药牙膏（朗健）”商品近似的包装、装潢的被控侵权商品，均构成擅自使用他人有一定影响的商品包装、装潢的不正当竞争行为。关于各被诉方提出其享有“牙膏盒（中药）”“牙膏盒（某某中药特效牙膏）”外观设计专利的使用权，其将外观设计使用在被控侵权商品包装、装潢上，并不构成对云南某药公司的不正当竞争行为的意见，一审法院认为，他人有一定影响的商品包装、装潢是反不正当竞争法保护的一项重要权利，对其应当按照使用在先的原则予以认定和保护。经营者擅自将他人有一定影响的商品包装、装潢作相同或者近似使用，并取得外观设计专利的行为，侵害他人有一定影响的商品包装、装潢的在先使用权，造成或者足以造成购买者误认或者混淆的，构成不正当竞争行为。本案中，云南某药公司就“云南某药牙膏（朗健）”商品包装盒、牙膏管于2010年、2011年便申请了外观设计专利，并于2011年上市销售，早于“牙膏盒（中药）”“牙膏盒（某某中药特效牙膏）”外观设计专利的申请时间，后经过云南某药集团、云南某药公司的持续销售经营，已经成为有一定影响的商品包装、装潢，广州某日用品公司、广州某化妆品公司擅自将与“云南某药牙膏（朗健）”商品近似的包装、装潢用于被控侵权商品，侵害了云南某药公司有一定影响的商品包装、装潢的在先使用权，构成不正当竞争，故对于该意见不予采纳。

四、宜兴某商场主张的合法来源抗辩不能成立

被控侵权商品的销售商要以合法来源抗辩免除赔偿责任，应当同时满足两个方面的条件：一是主观上不知道其销售的系侵权商品，二是客观上能够证明所售商品是合法取得并能够说明提供者。本案中，云南某药集团核定使用在第3类牙膏等商品上的“云南某药”商标具有较高知名度，其商品包装、装潢属于有一定影响的商品包装、装潢。宜兴某商场成立于2006年，作为专业销售商，对“云南某药”牙膏的商标及包装、装潢知名度理应知晓，其销售标注与“云南某药”近似的“某某中药”标识的牙膏、使用与“云南某药牙膏（朗健）”商品近似包装、装潢的被控侵权商品，主观上难谓善意，故宜兴某商场的合法来源抗辩不成立，不予采纳。

五、关于民事责任承担

广州某日用品公司、广州某化妆品公司、宜兴某商场在其经营活动中商标性使用“某某中药”标识，构成对第3635XXX号“云南某药”、第4544XXX号“云南某药”注册商标专用权的损害；同时，广州某日用品公司、广州某化妆品公司、宜兴某商场构成擅自使用他人有一定影响的商品包装、装潢的不正当竞争行为，依法应承担停止侵权、消除影响、赔偿损失的法律责任。

关于停止侵权，云南某药公司请求广州某日用品公司、广州某化妆品公司立即停止生产、销售、宜兴某商场立即停止销售涉案侵犯云南某药公司第3635XXX号“云南某药”、第4544XXX号“云南某药”注册商标专用权的“某某中药”牙膏商品，具有事实及法律依据，故对于云南某药公司该项诉讼请求予以支持。因广州某日用品公司、广州某化妆品公司、宜兴某商场构成擅自使用他人有一定影响的商品包装、装潢的不正当竞争行为，故广州某日用品公司、广州某化妆品公司应立即停止生产、销售、宜兴某商场应立即停止销售与“云南某药牙膏（朗健）”商品包装、装潢相近似的涉案“某某中药”牙膏商品。关于广州某日用品公司、广州某化妆品公司、宜兴某商场认为已经停止侵权，广州某日用品公司、广州某化妆品公司、宜兴某商场均未提交充足证据证明，故不予采纳。

关于云南某药公司要求广州某日用品公司、广州某化妆品公司刊登声明、消除影响的主张，因广州某日用品公司、广州某化妆品公司的行为在一定程度、一定范围内给云南某药公司造成了不良影响，故对于云南某药公司要求消除影响的诉讼请求，予以支持，但消除影响范围应当以被控侵权行为所造成的影响为限，一审法院以可能影响的地域范围来确定广州某日用品公司、广州某化妆品公司消除影响的具

体方式。

关于赔偿损失，根据商标法及反不正当竞争法相关规定，侵犯商标专用权的赔偿数额，按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定；权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该商标许可使用费的倍数合理确定。权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益、注册商标许可使用费难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予五百万元以下的赔偿。权利人因不正当竞争行为所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予权利人五百万元以下的赔偿。上述商标侵权、不正当竞争的赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开支。云南某药公司并未举证证明其因被侵权所受损失及各被诉方侵权获利，请求适用法定赔偿，且明确不对商标侵权和不正当竞争在赔偿方面进行区分，予以准许。综合考虑以下因素确定广州某日用品公司、广州某化妆品公司的赔偿额：1.“云南某药”商标曾被认定为驰名商标，而且“云南某药”品牌的牙膏近年来在全国的销量高，“云南某药牙膏（朗健）”商品包装装潢具有一定影响；2.广州某日用品公司、广州某化妆品公司共同生产、销售了被控侵权商品；3.国家知识产权局已在2018年1月5日驳回广州某日用品公司在第3类商品上注册“某某中药”商标的申请，在此前提下，广州某日用品公司、广州某化妆品公司仍共同实施生产、销售多款含“某某中药”标识的牙膏，其侵权的主观恶意明显；4.广州某日用品公司、广州某化妆品公司实施了侵害商标权及不正当竞争两种侵权行为；5.涉案侵权商品的价格、利润；6.广州某日用品公司、广州某化妆品公司的经营规模、经营时间；7.云南某药公司对广州某日用品公司、广州某化妆品公司及其他销售商提起了多起诉讼，类案的裁判标准；8.云南某药公司为维权支付的公证费、律师费中的合理部分。关于宜兴某商场的赔偿额，综合考虑以下因素：1.“云南某药”商标的知名度，及“云南某药牙膏（朗健）”商品包装装潢具有一定影响；2.宜兴某商场销售了被控侵权商品；3.侵权行为的情节、区域、后果、影响等；4.云南某药公司为维权客观上支出费用的合理性；5.类案裁判标准。

综上，依照《中华人民共和国民法典》第一百七十九条第一款第一项、第八项、第十项，《中华人民共和国商标法》第四十八条、第五十七条第一项、第二项、第六十三条第一款、第三款，《中华人民共和国反不正当竞争法》第六条第一项、第

十七条，《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十六条、第十七条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释》第四条第一款及《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十五条的规定，一审法院判决：一、广州某日用品公司、广州某化妆品公司于判决发生法律效力之日起立即停止生产、销售涉案侵害云南某药公司第3635XXX号“云南某药”、第4544XXX号“云南某药”注册商标专用权的牙膏商品的行为并立即停止生产、销售涉案与云南某药公司“云南某药牙膏（朗健）”商品包装、装潢近似包装、装潢的牙膏商品的行为；二、宜兴某商场于判决发生法律效力之日起立即停止销售涉案侵害云南某药公司第3635XXX号“云南某药”、第4544XXX号“云南某药”注册商标专用权的牙膏商品的行为并立即停止销售涉案与云南某药公司“云南某药牙膏（朗健）”商品包装、装潢近似包装、装潢的牙膏商品的行为；三、广州某日用品公司、广州某化妆品公司于判决发生法律效力之日起十日内赔偿云南某药公司经济损失及合理维权费用共计180万元；四、宜兴某商场于判决生效之日起十日内赔偿云南某药公司经济损失及合理开支1万元；五、广州某日用品公司、广州某化妆品公司于判决发生法律效力之日起三十日内在《中国消费者报》上刊登声明消除影响（内容需经一审法院审核，逾期不刊登由一审法院选择媒体刊登判决书内容，所需费用由广州某日用品公司、广州某化妆品公司负担）；六、驳回云南某药公司的其他诉讼请求。如果未按判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十四条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。一审案件受理费47220元，由云南某药公司负担15164.5元，由广州某日用品公司、广州某化妆品公司负担31878.4元、宜兴某商场负担177.1元。

云南某药公司二审中提交以下新证据：证据1：江苏省苏州市中级人民法院（2024）苏05民终3430号民事判决书打印件；证据2：广州知识产权法院（2023）粤73民终999号民事判决书打印件（5917号案件二审判决）。证据1-2用以证明5917号案件有明确具体的被控侵权商品及审理范围，不涉及本案被控侵权商品及侵权行为，本案不构成重复起诉。

广州某日用品公司、广州某化妆品公司发表质证意见：认可证据的真实性，但认为证据1判决书说理部分没有明确论述该案是否构成重复诉讼。宜兴某商场未发表质证意见。本院认证意见：对于上述证据的真实性予以确认，至于关联性和证明

力，本院将在裁判理由部分予以阐述。一审法院查明的事实有证据证实，本院予以确认。

本案二审争议焦点：1.本案是否构成重复诉讼；2.一审判决确定的民事责任是否适当。

本院认为：

一、本案不构成重复诉讼

广州某日用品公司、广州某化妆品公司上诉称，本案与5917号案件当事人、诉讼请求、诉讼标的相同，构成重复诉讼。对此，本院认为，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第二百四十七条第一款规定，当事人就已经提起诉讼的事项在诉讼过程中或者裁判生效后再次起诉，同时符合下列条件的，构成重复起诉：（一）后诉与前诉的当事人相同；（二）后诉与前诉的诉讼标的相同；（三）后诉与前诉的诉讼请求相同，或者后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果。本案中，首先，广州某日用品公司、广州某化妆品公司二审明确陈述云南某药公司未就本案所涉26款被控侵权商品在前案中主张权利，即其认可本案所涉被控侵权商品与前案不同，相关被控侵权行为亦不相同，5917号案件亦未就本案所涉侵权行为进行审理并作出判决。广州某日用品公司、广州某化妆品公司以诉争商品类别和标识为基础，判断两案诉讼标的相同的主张，缺乏依据，本院不予支持。其次，本案当事人除云南某药公司、广州某日用品公司、广州某化妆品公司外还有宜兴某商场，而5917号案件当事人除云南某药公司、广州某日用品公司、广州某化妆品公司外还有广州华祝百货有限公司，两案当事人并不完全相同。故云南某药公司在本案中主张的侵权行为与前案不同，相关当事人、诉讼标的等也均与前案不同，本案不构成重复诉讼，广州某日用品公司、广州某化妆品公司该项上诉主张缺乏事实与法律依据，本院不予支持。

二、一审判决确定的民事责任适当

关于消除影响民事责任。广州某日用品公司、广州某化妆品公司上诉称，在案证据不能证明涉案商标商誉受损，其仅通过线下渠道销售被控侵权商品，影响很小。对此本院认为，首先，根据本案公证购买被控侵权商品的公证书显示，云南某药公司代理人通过淘宝、拼多多、淘特、抖音等APP在线上购买了被控侵权商品，足以说明广州某日用品公司、广州某化妆品公司生产、销售被控侵权商品的销售渠道并

非仅限于线下。其次，本案涉及26款被控侵权商品，涉及到线下销售地域包括江苏、河南、重庆、四川、安徽等地，线上销售渠道包括淘宝、拼多多、淘特、抖音等APP，充分说明广州某日用品公司、广州某化妆品公司的被控侵权行为规模巨大。结合另有乐山、通州等多地市监部门分别在2016年、2019年、2020年对广州某日用品公司、广州某化妆品公司予以行政处罚或通报的事实，亦说明被控侵权行为持续时间长，给云南某药公司涉案商标及包装装潢带来不利影响的范围广。故在此情况下，一审法院判令广州某日用品公司、广州某化妆品公司承担消除影响的民事责任，不违反法律规定，对于广州某日用品公司、广州某化妆品公司该项上诉主张，本院不予支持。

关于赔偿数额。广州某日用品公司、广州某化妆品公司上诉称，一审判决确定的赔偿数额过高。对此，本院认为，首先，鉴于云南某药公司并未举证证明其因被侵权所受损失及广州某日用品公司等的侵权获利，其向一审法院请求适用法定赔偿，符合法律规定。一审法院在酌定广州某日用品公司、广州某化妆品公司应承担的赔偿数额时，综合考虑涉案商标知名度、包装装潢影响力，广州某日用品公司等的具体侵权情节、主观恶意、经营规模、经营时间，被控侵权商品的销售价格、利润，类案裁判标准，以及合理开支等因素，确定赔偿数额180万元并无不当。其次，一审法院在酌定赔偿数额时考虑广州某日用品公司、广州某化妆品公司的经营时间，主要强调的是其经营规模，而非将该时间作为侵权获利的时间考量，故广州某日用品公司、广州某化妆品公司关于本案赔偿数额应当只考虑起诉前三年的损失或侵权获利的主张不能成立，本院不予支持。再次，广州某日用品公司、广州某化妆品公司主张其仅通过线下渠道销售被控侵权商品，获利有限，但根据本案查明的事实，其不仅通过线下商超销售被控侵权商品，还通过淘宝、抖音等APP线上销售被控侵权商品，故其该项主张缺乏事实依据，本院不予支持。

综上所述，广州某日用品公司、广州某化妆品公司的上诉理由缺乏事实和法律依据，对其上诉请求应予驳回；一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十七条第一款第一项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费21000元，由广州某日用品公司、广州某化妆品公司负担。

本判决为终审判决。

审　判　长　袁　滔

审　判　员　罗伟明

审　判　员　唐　静

二〇二四年六月十七日

法官助理　魏雯珺

书　记　员　娄梦云

上海某文具公司与上海某文化用品公司不正当竞争纠纷案

——河南豫龙律师事务所　魏春松

案例简介：

原告诉称，其于2013年4月26日，完成了“Capable”标识（权利标识）的设计，2013年5月10日将该标识商品投入生产、销售。该权利标识使用在超过20余款商品的封面中。由于该权利标识具有的显著识别特征，相关商品也被消费者称之为“Capable”本子。原告带有权利标识的商品在10年左右的销售、宣传过程中已遍销全国各省市、销售金额过亿；已具有较高的知名度与影响力。鉴此，原告认为，被告的行为侵犯了其有一定影响的商品标识。于是提起诉讼。

我方研究案情后发现：原告作品登记证书及相关凭证不足以证明其于2013年开始完成“capable”标识设计并享有著作权。同时，该作品不属于著作权法保护的美术作品。其主张的“capable”标识不具有区分商品来源的商业标识所具有的显著性及识别性。在作业本上标注“Capable”标识为行业内的惯常标注方式，该标识已经被同行业大量市场主体广泛使用，实际成为一种装饰功能的描述性使用方式。原告主张的“capable”标识因与案外第三人在先商标权利冲突失去了合法的权利基础。综上，请求法院依法其全部诉讼请求。

最终迫使原告撤诉。

参评理由：

典型意义、社会影响：原告权利存在严重瑕疵，在大量市场主体同样使用的情况下，属于明显的恶意碰瓷性维权或权利反向掠夺行为。如处理不当，将会导致大量同类纠纷案件的产生，破坏公平竞争的市场秩序。

研究价值：作品完成时间的认定标准，美术作品独创性的要求，包装装潢显著性与区分性的判断，与在先商标权冲突的商业标识能否通过大量推广宣传使用而获得反不正当竞争法的保护。

律师在案件中的积极作用：1.仅凭作品登记证书不足以证明作品的设计完成时间；2.缺乏独创性的作品不应受到著作权法的保护；3.描述性标识不具有显著性、

识别性及区分商品来源的作用。4.相关标识因与案外人在先商标权冲突失去了合法的权利基础；5.对存在严重瑕疵的标识进行保护，将会导致大量纠纷案件的产生，不利于市场经济的健康发展。

法律文书：一审代理词

代理词

尊敬的审判员：

河南豫龙律师事务所接受被告上海某文化用品公司的委托，指派魏春松、徐航律师担任被告上海某文化用品公司（以下简称“被告”）在（2024）沪0120民初14697号司仿冒纠纷一案中一审阶段的代理人，代理人结合本案案件事实及庭审情况，依据相关法律规定发表代理意见如下：

一、关于被告生产、销售案涉产品的行为是否构成仿冒。

（一）原告提交的作品登记证书及一张内容及真实性无法核实的送货单不足以证明其于2013年已经开始完成“capable”标识设计并享有著作权。同时，该作品因不具有独创性和审美意义，不属于著作权法保护的美术作品。

首先，作品登记证书只是著作权权属的初步证据，且原告提供的四份作品登记证书登记时间均为2018年6月29日，送货单缺乏对应履行的相关合同、转账凭证或发票等证明其真实性，也没有显示相关产品具体印刷信息，以及该批产品是否也标注有“capable”标识信息，该部分证据无法证明原告在2013年已经开始完成“capable”标识设计并享有著作权。

其次，原告主张的美术作品不属于著作权法保护的美术作品。著作权法只保护作品的思想表达方式，这是著作权法的一项重要的原则。根据《中华人民共和国著作权法实施条例》第四条规定“美术作品，是指绘画、书法、雕塑等以线条、色彩或者其他方式构成的有审美意义的平面或者立体的造型艺术作品”可知，关于著作权法所保护的美术作品认定，需要考量其是否具备作为美术作品的独创性和审美意义。原告主张的作品中，正中间装饰部分的英文“capable”，译为形容词“有能力的”等，属于普通描述性英文词汇，且属于未进行艺术化设计的普通字体；下边简单的线条也属于作业本上的惯常设计；“A5”、“22lines”、“8mm”、“40”、“sheets”、“148×210mm”、“可180度平摊”、“不掉页”、“多10%书写空间”

等均属于对作业本尺寸、纸张、功能等的惯常描述，均不具有独创性。不具有美术作品拥有的审美意义，也没有达到著作权法要求的一定水准的智力创造高度，不应属于著作权法保护的美术作品。

（二）原告主张的“capable”标识并没有通过广告宣传及使用等使其足够成为有一定影响力的标识，也不具有区分商品来源的商业标识所具有的显著性及识别性，不会造成相关公众商品来源上的混淆或误认。

本案中，原告并没有提供自身涉案“capable”标识产品的相关广告宣传及市场销售的合同、宣传销售区域、广告发票、销售发票等有力证据证明其实际的影响力及销售量等。

原告提供的部分证据显示时间均分布在2020—2023年之间。在原告产品上，起商品识别作用的均为“晨X”、“晨X文具”等商标，而非“capable”标识。相关内容的阅读量、粉丝数、用户评价均较少。且在原告自身宣传命名呼叫以及用户评价中，更多的是“晨X”、“晨X文具”、“晨Xcapable”等。原告自身使用“capable”标识也仅仅是起装饰性功能，未反映出原告将该标识作为识别商品来源的真实意思，也没有达到使相关公众将“capable”标识与原告联系起来的作用，未起到商品的识别功能，也不能发挥识别商品来源的作用，不会引发相关消费者对相关商品来源的混淆。

（三）答辩人在作业本上标注“Capable”标识为行业内的惯常标注方式，该标识已经被同行业大量市场主体泛化使用，实际成为同行的一种装饰功能的描述性使用方式。在很大程度上削弱了其区别商品来源的作用，相关公众在看到该标识时，不会将其与某个特定主体相联系。

Capable的英文含义为：有能力的；能力强的；有才能的；能胜任的；有技能的；有资格的等。属于普通英文词汇。答辩人通过简单检索就购买到“广州腾盛文具有限公司、广州市学得乐电子商务有限公司、广州腾盛文具有限公司、孝感联兴文化用品有限公司、临沂市兰山区澳博文具销售中心、北京市通立莱商贸中心、山东钧阳印刷有限公司、河南瑞鹤纸制品有限公司、靓靓文化用品直销店、上海苑博文具有限公司、山东鑫爱博文具有限公司、临沂市科科优文化用品店”等十余家企业的类似产品。且大家在标注“Capable”同时均使用有自身的商标。

同样，答辩人生产的产品右下角明显标有识别商品来源的自身“shanghui上汇”

商标标识，在产品背面也同时标注了“shanghui 上汇”商标及企业全称“上海某文化用品公司”，答辩人作为装饰性使用“Capable”描述英文词汇字体也与原告不同。并非是出于攀附他人的商誉，其使用只是基于商业习惯的装饰功能的描述性使用，也非用于识别商品或服务的来源。

最高人民法院在“青花窖藏”案认定被告使用“青花”是否构成侵权时，也重点介绍了“众多白酒企业都曾经使用白地青花的青花瓷瓶盛装白酒”的历史背景，认定该行为属于商业惯例。因此，相关公众在选择作业本时，不会将该标识与某个特定主体相联系，也并不会导致相关公众的混淆、误认。

（四）原告主张的“capable”标识因侵犯其他第三人在先商标权利已经失去了合法的权利基础；原告在明知该情况下仍对该标识进行肆无忌惮的放任使用并发起本案诉讼，明显违背诚实信用原则，存在明显恶意和不正当性。

1.贵州卡布婴童用品有限公司早在 2016 年 4 月 21 日申请了第 19710390 号“capable”商标。同时，贵州卡布婴童用品有限公司还申请有第 33918897 号、33914048 号、19712406 号“capable 及图”，8894940 号“capable 卡比布”，32593472 号“CAPABLE INT‘L”商标。上述商标核定项目均包含有“文具”商品，案涉产品在《类似商品与服务区分表》中属于第 16 类分类中的 1605 第（一）部分内容，并且与 1611 类似群中的文具等商品项目类似。贵州卡布婴童用品有限公司申请的上述商标均与原告所主张的“capable”标识构成相同或近似。

2.原告曾于 2020 年 5 月 12 日在 16 类商品分类上申请第 46247XXX 号“capable”商标，申请商品项目为“笔记本，书写本，手册，写字纸，小册子等”，原告所申请的该商标标识与本案所主张的“capable”标识完全一致。该商标因与贵州卡布婴童用品有限公司上述在先商标相同或近似冲突而被国家知识产权局驳回。原告作为国内知名文具企业，具有完善的管理及法务团队资源，在明知“capable”标识已经在先存在商标权的基础上，仍对该标识进行肆无忌惮的放任使用，并以“有一定影响力的商品标识”发起本案诉讼，属于明显的恶意碰瓷性维权或权利反向掠夺行为。明显违背诚实信用原则，存在明显恶意和不正当性。

3.权利形成合法原则、保护在先权利原则是解决知识产权权利冲突的基本原则，它要求任何一项知识产权的取得必须以不侵害他人在先权利为前提条件。受保护的民事权益应当具有合法性，只有合法的利益才可能受到法律的保护并在遭受损害时

获得救济，违法行为不能产生法益，法律不保护不合法的利益。任何权利的产生应当遵循“诚实信用”原则，尊重已有的法律制度，尊重已存的客观事实。

4.《反不正当竞争法》第6条所保护的标识属于未注册商标，因此，该标识首先不应是其他第三人的注册商标。《反不正当竞争法》的立法目的在于通过制止不正当竞争行为，鼓励和保护公平竞争，保护经营者和消费者的合法权益。因此，原告请求保护的“capable”标识只有在不损害他人及社会公共利益的情况下，才有可能成为《反不正当竞争法》保护的合法权益。本案中，原告主张的“capable”标识因侵犯其他第三人在“文具”类别上先商标权利已经不具有获得法律保护的正当性基础。

（五）保护权利同时也应该注重自由竞争，既要恰当保护商业标志权利人的合法权益，也要给自由竞争留下足够的空间。不宜简单地把行业的标识使用惯例现象认定构成不正当竞争。

《最高人民法院关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》（2011年12月16日印发，法发［2011］18号）指出：“要妥善处理最大限度划清商业标识之间的边界与特殊情况下允许构成要素近似商标之间适当共存的关系。相关商标均具有较高知名度，或者相关商标的共存是特殊条件下形成时，认定商标近似还应根据两者的实际使用状况、使用历史、相关公众的认知状态、使用者的主观状态等因素综合判定，注意尊重已经客观形成的市场格局，防止简单地把商标构成要素近似等同于商标近似，实现经营者之间的包容性发展。”

举重以明轻，在认定是否构成《反不正当竞争法》第六条“有一定影响力的商品标识”时，也应当判断相关标识在国内的其他在先权利、市场主体的使用情况、以及是否具有区别商品来源的显著特征等因素，并结合相关公众的认知状态、使用者的主观状态等因素综合判定，尊重已经客观形成的市场格局。

（六）在本案中，市场上存在大量市场主体同样使用的情况下，如果对原告存在严重瑕疵的不具有权利的标识进行保护，将会导致大量纠纷案件的产生，破坏公平竞争的市场秩序，不利于市场经济的健康发展。

在北京龙阳公司与武汉三源公司的不正当竞争案中（案号：最高人民法院（2016）最高法民申3693号），最高人民法院指出，龙阳公司对FS101、FS102是技术名称

还是商品名称不作区分的使用方式，阻碍相关公众将商品名称与某一特定的生产者、提供者建立联系。在多个生产者提供适于实施推广技术所涉的相应商品的情况下，仅依靠FS101、FS102的商品名称不能识别和对应特定生产商，与其他经营者的同类商品相区别。因此FS101、FS102不构成特有名称，不应予以保护。

（七）本案中，原告作为国内知名文具企业，理应带头树立行业标准和榜样模范作用。而其却在明知“capable”标识申请商标因冲突而被驳回情况下，发起本案诉讼，属于明显的恶意碰瓷性维权或权利反向掠夺行为。明显违背诚实信用原则，存在明显恶意和不正当性。对此更不应当获得额外的法律照顾与保护。

二、关于被告责任承担的问题。

本案中，被告的行为并不构成仿冒行为，并无侵犯原告任何权利，不应承担相关侵权责任。为维护被告的合法权益，请求人民法院依法驳回原告的全部诉讼请求。

以上代理意见请贵院依法采纳。

此致

上海市奉贤区人民法院

代理人：魏春松、徐航

年　月　日

裁判文书：一审裁定书

上海市奉贤区人民法院

民事裁定书

（2024）沪0120民初14697号之二

原告：上海某文具公司，住所地上海市奉贤区。

法定代表人：陈某，董事长。

委托诉讼代理人：何鹏，上海贯道律师事务所律师。

委托诉讼代理人：柳楠，上海贯道律师事务所律师。

被告：上海某文化用品公司，住所地上海市奉贤区南桥镇望民路52号3幢1021室。

法定代表人：谢某，执行董事兼总经理。

委托诉讼代理人：魏春松，河南豫龙律师事务所律师。

委托诉讼代理人：徐航，河南豫龙律师事务所律师。

原告上海某文具公司与被告上海某文化用品公司仿冒纠纷一案，本院于2024年8月1日立案。原告上海某文具公司于2024年11月21日向本院提出撤诉申请。

本院认为，当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利，原告的申请于法无悖，本院予以准许。

依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十八条第一款规定，裁定如下：

准许原告上海某文具公司撤诉。

案件受理费4300元，减半收取计2150元，保全费1520元，合计3670元，由原告上海某文具公司负担。

审 判 员　薛广文

二〇二四年十一月二十一日

书 记 员　苏　慧

封丘县某商贸行与封丘县市场监督管理局、封丘县人民政府行政处罚纠纷案

——金博大律师事务所　鲁臻英

案例简介：

封丘县某商贸行系一家以从事零售业为主的个体工商户。2022年12月16日封丘县市场监督管理局对封丘县某商贸行经营场所进行检查，并对行仓库待售的“某牛”开关插座电器共25个型号进行扣押，扣押当天某牛公司出具“鉴定书”认定涉案“刮码产品”为假冒产品，封丘市监局以封丘县某商贸行违反《商标法》第57条为由，依据《商标法》第60条第（二）项作出没收、罚款的行政处罚决定；封丘县某商贸行不服，遂向封丘县人民政府提起行政复议；封丘市人民政府维持了行政处罚决定。

封丘县某商贸行向封丘县人民法院起诉，人民法院驳回了封丘县某商贸行的诉请，封丘县某商贸行上诉至新乡市中级人民法院，新乡中院认为：现有证据不足以证明封丘县某商贸行销售的系侵害某牛公司注册商标专用权的商品，撤销了一审判决。

封丘市监局不服二审判决，向河南省高级人民法院提出再审申请，河南省高院驳回封丘县市场监督管理局的再审申请。

（案涉“刮码产品”指的是将产品上用于产品溯源的SN码（一行数字）刮掉，但被刮码的插座的商标标识、产品性能并未受到任何影响，仍系正品）

参评理由：

第一，“刮码产品”系正品，而非假冒产品；某牛公司作为投诉人出具的鉴定书在行政执法程序中仅能作为单方陈述意见使用，而不能作为定案依据；

第二，某牛公司出具的鉴定结论认为系侵害其商标权产品的原因系“无SN码且产品包装袋存在二次加工痕迹”，但并无其他有效依据认定封丘县某商贸行销售的产品非某牛公司正品；“窜货”并不属于假冒产品，“窜货”侵犯商标权的说法不成立；

第三，某牛公司以同样理由、方式在全国范围内提起了大范围的恶意举报行为

在此终结，保护了小零售商的合法权益；

第四，律师在一审败诉后提起上诉，同二审法院进行积极沟通，寻找相关案例，帮助法官了解案件事实，最终代理意见被采纳，取得了改判的结果，河南省高院认可了二审判决；

第五，该案系涉及是否构成商标侵权的行政案件，对行政机关商标侵权的认定具有典型意义。

法律文书：二审代理词

代理词

尊敬的审判长、合议庭成员：

封丘县某商贸行不服封丘县市场监督管理局、封丘县人民政府行政处罚和行政复议纠纷一案，金博大律师事务所依法接受封丘县某商贸行的委托，指派鲁臻英律师参与案件审理，本律师查看了案卷卷宗，参与了庭审，结合争议焦点，现发表如下代理意见。

本律师认为：

一、本案认定上诉人所售卖的某牛产品系“假冒产品”事实不清，证据不足；

二、上诉人已经提交了涉案产品的合法来源，本案应适用“商标权利用尽原则”，上诉人的行为不构成任何侵权；

三、某牛公司为防止“窜货”在产品上标注SN码销售，实质上是其自身所建立的商业销售模式，上诉人不负有维护该商业模式的义务，更不能作为某牛公司打击串货的手段；

四、请求贵院能够认真审查案件，保护当地的营商环境。

具体事实和理由分述如下。

一、本案认定上诉人所售卖的某牛产品系“假冒产品”事实不清，证据不足

第一，本案认定上诉人构成违反《商标法》第57条第（三）销售侵犯注册商标专用权的商品的事实为涉案产品系“假冒产品”，如果涉案产品为正品，并不构成商标侵权。

第二，被上诉人认定构成“假冒产品”的依据是某某公司出具的《鉴定书》，该鉴定书并不能作为认定涉案产品为“假冒产品”的唯一依据

1.从鉴定主体来看，某某公司作为举报者、产品鉴定者，本身具有利害关系，某某公司自己对自己的投诉所作出的鉴定，缺乏公平性，从公平角度出发应委托第三方鉴定。

国家工商行政管理总局商标局《关于商标权利人授权他人鉴定注册商标商品真伪的问题批复》（商标综字[2008]第46号）批复：商标注册人依法委托他人向工商行政管理部门投诉商标侵权案件，并且明确授权被授权人可对注册商标的商品真伪进行鉴定的，商标注册人和被授权人须对被授权人的书面鉴定意见承担相应的法律责任。被鉴定者对该鉴定意见没有异议或虽有异议但并无正当理由不提供其商品系真品的证据或者取得该证据的线索的，工商行政管理部门可将该鉴定结论作为证据予以采信。

可见，实务中并不禁止产品权利人对产品的真伪进行鉴定，但需要注意的是，但是在“鉴定者对该鉴定意见没有异议或虽有异议但并无正当理由不提供其商品系真品的证据或者取得该证据的线索的，工商行政管理部门可将该鉴定结论作为证据予以采信”，本案上诉人提供了涉案产品的取得来源，显然不应该仅考虑某牛公司单方出具的《鉴定书》作为判断产品是否真伪的唯一依据。

2.《鉴定书》显示的鉴定人均系某牛公司员工，但未提供该员工任何鉴定资质的文件

《委托书》显示的鉴定人均是某牛公司的员工，但没有任何鉴定资质，如果按照某牛公司的做法，其可以委托公司任意一个员工，对没有“SN”码的产品作出假冒产品的鉴定意见，显然是不合法的；而且，《鉴定书》文本均是格式化文本，除了鉴定人（员工姓名）和落款日期之外，均是内容一致的格式化文本，明显是面向全国的大规模的行为。

3.《鉴定书》将是否存在“SN码”作为其鉴定产品真伪的主要标准，系某牛公司自行设置的标准，并非行业标准，更不是法定标准

某牛公司的“SN码”，指的是该公司在其产品上所设置的一个显示产品来源、产品追溯等信息的数字码，其并不具有商标识别的功能，商家所售卖的产品将该码进行遮盖、涂销。某牛公司以“无SN码、存在二次加工痕迹”为由认定为假冒产品，该标准是其公司自己制定的标准，不属于行业依据，也不属于法定依据。

而且按照某牛公司出具的回复函中显示：其“依据消费者购物凭证、包装、SN

码来向消费者承担产品质量与售后服务责任”—SN 码并不是其向消费者承担产品质量与售后服务责任的唯一依据，且在本案中，产品的购物凭证、包装、商标标志亦并未损坏，根本不影响消费者产品质量和售后服务。

4. 某牛公司采用对外观直接肉眼观察的鉴定方法存在重大瑕疵，其拒绝采用科学的方法进行鉴定，系无视市场监督管理局的行政执法权

所谓的“盲检”，指的是将一定数量涉案扣押的被认定为“假冒”的产品与一定数量某某公司的正品混在一起，按相关方法仍交由某牛公司进行鉴定，具体的操作方法为：

（一）选定一定数量的被认定为“假冒产品”的涉案产品，与“某牛”公司生产的同一批次、同一型号的产品混合在一起，将所有产品的“SN 码”处均予以遮盖处理，让“某牛”公司进行辨认确认；

（二）选定一定数量的“某牛”公司生产的、“SN 码”被遮盖、涂销的产品，和同一批次、同一型号的“涉案产品”混合在一起，让“某牛”公司进行辨认确认；

（三）除了“是否存在 SN 码”“包装存在二次加工的痕迹”两个辨认点之外，让“某牛”公司列举其他认定涉案产品与正品之间的区别，包括印字、包装、外观结构、材料等多方面内容予以确认。

在上诉人已经提交证据证明涉案产品的合法来源、涉案产品很大可能性系窜货的情况下，申请采用盲检等科学的方法进行鉴定不失为一个公正的方法，同时该鉴定方法也是为了帮助被上诉人市场监督管理局查明事实，然而某牛公司却拒绝盲检，无视被上诉人的行政职权，以自己出具的《鉴定书》来代替行政机关的处理，其无权拒绝行政机关的要求。

本案被上诉人应依职权查明本案事实，在案件存在涉案产品虽系“窜货”但为正品的情况下，不能因某牛公司的单方拒绝而不采取科学的鉴定方法进行调查。如果本案采用盲检的方法进行鉴定，某牛公司无法鉴定出产品真伪的话，那么便不应轻易认定涉案产品系“假冒产品”。

5. 从两次鉴定结果来看，某牛公司并未否认涉案产品为其生产

在某牛公司作出第一次的鉴定书时，封丘县市场监督管理局为了查明事实向浙江省慈溪市发出协助调查函，需要协助调查的事项也很明确，即涉案产品是否为某牛公司生产，该事实问题系认定本案是否构成“假冒产品”进而判断是否侵犯商标

权的重要依据，然而，某牛公司从头到尾并未对该问题作出回答，也未否认涉案产品为其生产，明显是在回避该问题，在此情况下，涉案产品不应认定为“假冒产品”。

二、上诉人已经提交了涉案产品的合法来源，本案应适用“商标权利用尽原则”

商标专用权人依法享有禁止他人未经许可在同一种商品或类似商品上使用与其注册商标相同或近似的商标，但是，商标专用权人或经其授权的人所制造的商品在被第一次投放到市场后，权利人即丧失了在一定地域范围内对它进一步的控制权，凡是合法取得了该商品的人均可以对该商品进行自由处分，该原则被称为商标权权利用尽原则。该原则的宗旨是在保护商品生产者的商标专用权的同时，兼顾销售者和一般消费者的合法利益，促进商品流通，维护正常的市场交易秩序。从商标承载的识别商品来源、品质信誉保障等功能出发，商标法下对侵权行为的界定，其根本上是以该行为是否妨碍商标功能的实现作为判断标准。因此，当商品通过合法途径进入到流通领域后，如果他人再销售等商品再次流转行为并未破坏原有商标功能的发挥，就没有必要被禁止。

本案中，上诉人已经提交了产品的合法来源，登封某商贸行也对此认可，上诉人已经尽到了基本的注意义务和最大程度上的举证责任。被诉侵权产品系上诉人以合法方式取得，产品上虽然已被刮除了SN码信息，但上诉人在销售中并未改变商品的品质。而且相应的产品本身外包装未有缺失，产品来源信息清晰可见，其他如生产日期、生产厂家等电子产品的必要信息，消费者亦可通过外包装上的标注所获取。因此，在被诉侵权产品为正品的情况下，虽然SN码被刮除，但该商品来源于某牛公司属于客观事实，涉案商标区分商品来源的功能并未受影响，不会导致相关公众对商品的来源产生混淆误认。至于商标的品质保障功能，该产品的质量始终处于某牛公司的管控条件下，涉案商标的品质保障功能并不因SN码的缺失而受到影响。故上诉人的销售行为并不会导致某牛的品牌价值在消费者心目中产生贬损或其他负面影响。

因此，上诉人的行为既没有导致涉案商标的识别来源功能受损，不会造成相关公众的混淆误认，也未影响消费者对于商品本身的品质和商标权人信誉的评价，更不会影响消费者对商品本身的使用。上诉人的销售行为可以适用商标权权利用尽原则，不构成对涉案商标权的侵害，

三、某牛公司为防止“窜货”在产品上标注SN码销售，实质上是其自身所建立

的商业销售模式，上诉人不负有维护该商业模式的义务，更不能作为某牛公司打击串货的手段

市场竞争过程中，经营者不负有维护其他经营者商业模式的义务，不同的商业主体为了争夺商业机会势必会产生摩擦和损害，从而影响到其他竞争者的利益，故不能因为经营者商业模式受到影响或利益受损就推断竞争行为具有非正当性，需运用比例原则，权衡经营者、消费者、其他市场竞争者的利益后对经营者竞争利益受损进行正确认定。同时，基于商业机会的开放性和不确定性，只有当竞争对手不遵循诚实信用原则和违反公认的商业道德，通过不正当手段攫取他人可以合理预期获得的商业机会时，才为反不正当竞争法所禁止。

第一，关于经营者利益。本案中某牛公司已经通过销售商品的方式获取了生产商品的利润，其作为商品生产者的利益并未受影响。而某牛公司选择在其生产的产品上标注SN码元素，旨在跟踪商品流通路径、维护商品价格体系，以及其商业模式，系其商业自由，但该种商业模式是否能持续给某牛公司带来竞争优势仍需在市场竞争环境下进行优胜劣汰的选择。而上诉人作为卖家其亦有追求销售者利益最大化的商业自由，其并无法定或约定的义务维护某牛公司的价格体系或商业模式。在电子商务发展的背景下，即使某牛公司商业模式在商品实际流通中受到其他商业模式的冲击或影响，也系因不同商业主体争夺商业机会所导致的正常竞争利益受损。

第二，关于消费者利益和社会公共利益。从提供给消费者商品的品质保障角度，如产品质量出现问题，上诉人和某牛公司均不能因产品被刮码而免除产品责任。而且实际上，产品如果出现质量问题，消费者会直接找到上诉人进行退换货或者维修，从竞争效果评价，市场竞争机制并未因不存在SN码而受损。

第三，关于诚实信用原则和公认的商业道德。公认的商业道德是经营者长期在商业实践中遵守诚实信用原则所形成的公认的行为准则。本案中，从道德评价角度，上诉人在并不负有法定或约定义务维护某牛公司直销商业模式的情况下，其将支付了合理对价获取的刮码正品并予以销售，并未违反诚实信用原则和公认的商业道德。而且，上诉人亦提供了合法的进货渠道及来源，且有相关凭证，并非以次充好、真假掺卖。

第四，窜货行为属于某牛公司内部所制定的产品销售范围的约定，其属于商业模式范畴，但作为经营者的上诉人并没有维护该义务的责任，更不应成为其打击串

货的手段

我们也查询到浙江省市场监督管理局于2021年9月27日作出浙市监案〔2021〕4号行政处罚决定书，显示“某牛公司通过其设置的市场督查部通过分布在各地的办事处，明察暗访市场价格，一旦发现经销商窜货，即予以惩处，并接收经销商之间的举报，派出督察员实地稽核，核实后进行处理”，以某牛公司违反了《中华人民共和国反垄断法》第十四条“禁止经营者与交易相对人达成下列垄断协议：（一）固定向第三人转售商品的价格；（二）限定向第三人转售商品的最低价格”的规定，构成与交易相对人达成并实施垄断协议的行为。处某牛公司2020年度中国境内销售额98.27亿元3%的罚款，计2.9481亿元（大写：贰亿玖仟肆佰捌拾壹万元）罚款。因此，本案某牛公司所打击的是窜货的行为，上诉人从登封某商贸行购进该批货物，事实上已经过程窜货，但不应作为某牛公司打击窜货的牺牲品。

四、请求贵院能够认真审查案件，保护当地的营商环境

从生产成本和销售利润来看，不存在恶意生产假冒产品的必要。案涉插座产品的销售价格本身就属于日常所需的产品，价格低廉，利润本身就不高，如果要生产出与某牛公司一模一样质量、外观毫无二致的“假冒产品”所花费的成本甚至要高于正品。根据本案在案证据，足以证明涉案产品为正品，只是属于“窜货”。

营商环境建设应该保护企业的合法经营不受损害，如果上诉人私设作坊生产假冒产品，构成侵犯商标权并无任何问题，但本案，某牛公司为了维护自身的价格体系，在全国范围内以一份漏洞百出、重大瑕疵的《鉴定书》向各地市场监督管理局进行举报，无疑是对当地商户的重大打击，随着行政处罚后，某牛公司会提起后续的民事诉讼，让本来就生存困难的个体工商户雪上加霜；一旦有一个这样的行政处罚、民事判决，整个新乡市地区存在窜货的经销商、个体工商户会遭受行政处罚、民事赔偿两次损失，后果不堪设想。更何况某牛公司打击窜货、价格垄断的行为已经被处以行政处罚！

请求司法机关能够认真审查本案事实，防止恶性的、大批量投诉举报、批量的恶意诉讼给本地市整个区域带来的恶劣影响，外地企业的合法权益固然需要保护，但不是以牺牲本地企业的合法利益为前提，请求贵院能够认真查明事实，正确适用法律。

此致

新乡市中级人民法院

上诉人代理人：金博大律师事务所

鲁臻英律师

年　月　日

裁判文书：二审判决书

河南省新乡市中级人民法院

行政判决书

（2023）豫07行终402号

上诉人（原审原告）：封丘县某商贸行，住所地河南省封丘县。

经营者：郭某。

委托代理人：鲁臻英，金博大律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：封丘县市场监督管理局，住所地河南省封丘县。

负责人：李东升，局长。

出庭应诉负责人：康某，副局长。

委托代理人：张某，政策法规股股长。

委托代理人：范好学，河南黄池律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：封丘县人民政府，住所地河南省封丘县。

法定代表人王振海，县长。

出庭应诉负责人：付某，副县长。

委托代理人：王某，政策法规股科长。

委托代理人：臧某，政策法规股科员。

上诉人封丘县某商贸行因与被上诉人封丘县市场监督管理局、封丘县人民政府行政处罚及行政复议一案，不服河南省封丘县人民法院（2023）豫0727行初91号行政判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭，对本案进行了审理，现已审理终结。

封丘县某商贸行向一审法院提出诉讼请求：1.撤销封丘县市场监督管理局作出的（封）市监处罚[2023]166号行政处罚决定，撤销封丘县人民政府作出的封政复议[2023]67号行政复议决定；2.封丘县市场监督管理局、封丘县人民政府承担本案诉

讼费。

原审审理查明：封丘县市场监督管理局调查，该批次“某牛”开关插座电器是经营者郭某于2022年6月3日从登封市某商贸处购进的，共购进25个型号，分别是：（1）G32E334，共购进20个，每个购进价为7.56元，销售价为8元，共销售10个，剩余10个，货值金额160元。（2）U2GT20OPU6，每个购进价为15.25元，销售价为16元，共购进40个，共销售9个，剩余31个，货值金额640元。（3）U2G7231PU6共购进60个，每个购进价为6.29元，销售价为6.8元，共销售7个，剩余53个，货值金额408元。（4）U6Z31U18，共购进10个，每个购进价为6.19元，销售价6.7元，销售1个，剩余9个，货值金额67元。（5）U6K215U18，共购进20个，每个购进价为5.88元，销售价为62元，销售8个，剩余12个，货值金额124元。（6）G252223ASUR，每个购进价为7元，销售价为7.6元，共购进100个，货值金额760元，未售出。（7）G32K112，每个购进价为5.68元，每个销售价为6元，共购进200个，销售180个，剩余20个，货值金额1200元。（8）G32Z104U6，每个购进价6.49元，销售价为69元，共购进300个。销售20个，剩余280个，货值金额2070元。（9）G327223U6，每个购进价6.13元，销售价为6.5元，共购进100个，销售37个，剩余63个，货值金额650元。（10）G32K111，每个购进价为4.07元，销售价为4.3，共购进100个，货值金额430元，未售出。（11）G32K11，每个购进价为5.04元，每个销售价为5.5元，共购进100个，销售80个，剩余20个，货值金额550元。（12）G32T102U6，每个购进价为11.3元，销售价为12元，共购进30个，销售10个，剩余20个，货值金额360元。（13）G32E334AS，每个购进价为9.76元，销售价为10.3元，共购进200个，销售30个，剩余170个，货值金额2060元。（14）G32K412，每个购进价为10.65元，每个销售价为11元，共购进100个，销售10个，剩余90个，货值金额1100元。（15）G32K112U6，每个购进价为5.68元，销售价为6元，共购进200个，货值金额1200元，未售出。（16）G322223SR，每个购进价为4.77元，每个销售价为5.2元，共购进100个，销售80个，剩余20个，货值金额520元。（17）G32K312U6，每个购进价为10.74元，销售价为11.2元，共购进130个，销售14个，剩余116个，货值金额1456元。（18）G09Z323A，每个购进价为8.63元，每个销售价为9元，共购进100个，销售16个，剩余84个，货值金额900元。（19）G09Z223，每个购进价为5.89元，销售价为6.2

元，共购进50个，货值金额310元，未售出。（20）G09Z333A，每个购进价为8.50元，每个销售价为9元，共购进20个，销售7个，剩余13个，货值金额180元。（21）G092334，每个购进价为9.15元，销售价为9.5元，共购进40个，销售20个，剩余20个，货值金额380元。（22）G09Z623，每个购进价为15.01元，每个销售价为155元，共购进100个，销售50个，剩余50个，货值金额1550元。（23）G25E334U18，每个购进价为22.73元，每个销售价为23.5元，共购进30个，销售6个，剩余24个，货值金额705元。（24）G25K112018，每个购进价为11.73元，每个销售价为12.5元，共购进50个，货值金额625元，未售出。（25）G252223AU18，共购进50盒，每盒10个，每个购进价为28元，销售价为2.9元，货值金额1450元，未售出。封丘县某商贸行购进上述25种型号开关2700个，货值金额共计19855元，已销售595个，当事人装修自用110个，剩余1995个，获利247.16元。经营者郭某不能提供出该批次开关电器厂家的资质和产品合格证明文件，上述开关电器2022年12月16有经刘某签字确认的鉴定书（第1601号），2023年3月2日某牛公司出具鉴定结论的鉴定书证明，证明该批次开关电器侵犯“某牛”注册商标专用权。封丘县某商贸行销售侵犯“某牛”注册商标专用权的开关插座等电器的上述行为，违反了《中华人民共和国商标法》第五十七条的规定，依据《中华人民共和国商标法》第六十条第（二）款的规定，责令立即改正违法行为，封丘县市场监督管理局作出（封）市监处罚【2023】166号行政处罚决定，决定给予当事人以下行政处罚：1、没收涉案开关电器1995个；2、没收违法所得247.16元；3、罚款35000元，合计35247.16元。封丘县某商贸行对上述处罚决定不服，向封丘县人民政府申请复议，封丘县人民政府作出封政复议【2023】67号行政复议决定书，决定维持被申请人封丘县市场监督管理局作出的（封）市监处罚【2023】166号行政处罚决定，封丘县某商贸行不服该复议决定，向一审法院提起诉讼。

原审法院认为，《中华人民共和国商标法》第六十条规定，有本法第五十七条所列侵犯注册商标专用权行为之一，引起纠纷的，由当事人协商解决；不愿协商或者协商不成的，商标注册人或者利害关系人可以向人民法院起诉，也可以请求工商行政管理部门处理。故封丘县市场监督管理局对本辖区发生的侵犯注册商标专用权的行为有进行处理的职责。本案中，封丘县市场监督管理局认定封丘县某商贸行侵犯注册商标专用权的违法事实有现场检查笔录、投诉书、鉴定书、询问笔录、营业

执照、封丘县某商贸行签字确认的涉案物品照片等证据证实，事实清楚、证据确实充分，程序合法。封丘县人民政府受理封丘县某商贸行的复议申请后，经审查相关材料作出复议决定，符合法律规定。封丘县某商贸行请求撤销封丘县市场监督管理局作出的（封）市监处罚【2023】166号行政处罚决定及封丘县人民政府作出的封政复议【2023】67号行政复议决定证据、理由不足，一审法院不予支持。根据《中华人民共和国行政诉讼法》第六十九条之规定，判决：驳回封丘县某商贸行的诉讼请求。案件受理费50元，由封丘县某商贸行负担。

封丘县某商贸行不服一审判决，向本院上诉请求：1.撤销封丘县人民法院作出的(2023)豫0727行初91号行政判决;2.撤销封丘县人民政府作出的封政复议【2023】67号决定，撤销封丘县市场监督管理局作出的（封）市监处罚【2023】166号行政处罚决定；3．二被上诉人承担本案诉讼费。事实和理由：1.涉案产品虽是窜货但确系正品，而非假冒产品，上诉人提交的证据足以证明了涉案产品的合法来源。一审庭审中，上诉人提交了某牛公司售卖的正品和被刮销SN码的产品进行对比，除了“SN码”被刮销之外，涉案产品与正品毫无二致，上诉人在销售中并未改变商品的品质。一审法院和封丘县市场监督管理局未对登封某商贸行作出调查。2.本案认定“涉案产品系假冒产品”事实不清，证据不足。某牛公司单方出具的《鉴定书》不能作为合法依据。上诉人已经提交证据证明涉案产品的合法来源、涉案产品很大可能性系窜货但属正品，申请采用盲检等科学的方法进行鉴定为公正的方法，但某牛公司却拒绝盲检。且从两次鉴定结果来看，某牛公司并未否认涉案产品为其生产。3.被上诉人未在法定扣押期限内作出本案的行政处罚，程序严重违法，应予撤销。根据在案证据，被上诉人应当在2023年2月14日作出行政处罚决定，本案不存在“检测、检验、检疫或者技术鉴定”的情形，但本案的行政处罚决定直到2023年4月20日作出，程序严重违法。

封丘县市场监督管理局辩称，上诉人的主张均不能成立，请依法判决驳回上诉，维持原判。具体理由：1.上诉人诉称“案涉产品均系合法、正规产品”证据不足。封丘县市场监督管理局现场查封扣押的上诉人销售的25种某牛开关电器经某牛公司鉴定为假冒产品。根据上诉人在本案调查过程中提供的张某（郭某丈夫）购货清单与封丘县市场监督管理局查封扣押上诉人销售某牛电器对比完全不相符，且与上诉人提供给县政府的购货清单也不完全相符。在查处商标侵权案件过程中，封丘县市

场监督管理局根据某牛公司出具的书面鉴定意见，认定上诉人构成商标侵权，上诉人无相反证据推翻该鉴定意见。上诉人称其销售的是某牛正规电器，只是人为把某牛“SN码”刮掉了，不属于商标侵权行为，不能成立。2.封丘县市场监督管理局作出的行政处罚决定认定事实清楚，证据充分，适用法律正确，程序合法。上诉人诉称盲检鉴定问题既无必要，客观上也没有申请鉴定的盲检司法鉴定机构。另，本案超期处理没有侵犯上诉人的合法权益，没有影响上诉人权利的行使。

封丘县人民政府同封丘县市场监督管理局意见。

本院二审期间，各方当事人均未提交新的证据。

本院经审理查明的事实与一审法院已查明事实一致。

本院另查明，2022年12月16日，某牛公司出具《鉴定书》中鉴定结论为：1.现场鉴定的上述涉案产品及包装上使用了我公司第7204XXX、第4767XXX号、第12390XXX号注册商标,但涉案产品本体上并无任何SN码(鉴定产品真伪的主要依据)，且产品包装袋也存在二次加工的痕迹，从此两处的辨别点来看，均与我公司正品不符；不符合投诉人的产品标准和包装标准。据此可以认定上述涉案产品为假冒产品，侵害了我公司上述商标的商标权。2.上述涉案产品的经营者并非我公司授权的经营者，与我公司没有任何代理、经销、授权、投资、控股等关联关系。2023年3月2日，某牛公司出具的关于鉴定结论的说明中对2023年12月16日出具的鉴定结论予以再确认。

登封某商贸公司作出陈述证明和情况说明，认可封丘县某商贸行销售的案涉被控侵权产品系从其处进购，系某牛公司正品，并自称其公司曾是某牛公司授权的总经销，因窜货原因被某牛公司取消了独家代理权。

本院认为，关于封丘县市场监督管理局、封丘县人民政府作出的行政处罚决定、行政复议决定认定事实是否清楚的问题。本案中，封丘县市场监督管理局提交了现场检查笔录、投诉书、鉴定书、询问笔录、营业执照、封丘县某商贸行签字确认的涉案物品照片等证据，证明封丘县某商贸行实施了侵犯注册商标专用权的违法行为，而封丘县市场监督管理局认定封丘县某商贸行构成侵害商标权的证据材料系某牛公司自行出具的鉴定书和说明。对此，分析认为，首先，某牛公司作为投诉人，其出具的鉴定书在行政执法程序中仅能作为单方陈述意见使用，而不能作为定案依据；其次，在某牛公司出具的鉴定结论中，认为系侵害其商标权产品的原因系无SN码且

产品包装袋存在二次加工痕迹，并无其他有效依据认定封丘县某商贸行销售的产品非某牛公司正品；第三，封丘县某商贸行销售的被控侵权产品外观与正品并无区别，相关产品信息亦与正品一致，且封丘县某商贸行亦提供初步证据证明了其产品的合法来源，登封某商贸公司亦认可案涉产品系从其处进购。封丘县市场监督管理局称其查扣的涉案产品与封丘县某商贸行提交的在登封某商贸公司的采购清单不一致，但行政处罚决定书中已经认定“该批次某牛开关插座电器是经营者郭某于2022年6月3日从登封市某商贸处购进，共进购25个型号”。综上，本院认为，现有证据不足以证明封丘县某商贸行销售的系侵害某牛公司注册商标专用权的商品，且封丘县市场监督管理局对于封丘县某商贸行是否有合法来源、是否是窜货行为的问题认定不清。依据《中华人民共和国行政诉讼法》第七十条第一项规定，“行政行为有下列情形之一的，人民法院判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出行政行为：（一）主要证据不足的；”封丘县市场监督管理局作出的案涉行政处罚决定应予撤销，封丘县人民政府作出的维持案涉行政处罚决定的行政复议决定，亦应予以撤销。

综上，封丘县某商贸行的上诉请求成立，予以支持。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第七十条第一项、第八十九条第一款第二项、第八十九条第三款，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第一百三十五条第一款、第一百三十六条第一款之规定，判决如下：

一、撤销河南省封丘县人民法院（2023）豫0727行初91号行政判决；

二、撤销封丘县人民政府于2023年7月26日作出的封政复议[2023]67号行政复议决定；

三、撤销封丘县市场监督管理局于2023年4月20日作出的(封)市监处罚(2023)166号行政处罚决定；

四、封丘县市场监督管理局于法定期限内重新作出行政行为。

一、二审案件受理费各50元，均由封丘县市场监督管理局承担。

本判决为终审判决。

审 判 长　翟　晓

审 判 员　王　娜

审 判 员　马晓怡

二0二四年三月十五日

法 官 助 理　李　思

书 记 员　齐盈盈

河南某环保公司与河北某保温材料公司专利权权属、侵权纠纷案

——浙江京衡（郑州）律师事务所　涂家龙

案例简介：

这是一起上诉案件。原告河南某环保公司与被告河北某保温材料公司侵害实用新型专利权纠纷一案，于2022年6月向郑州市中级人民法院提起诉讼，请求判令被告：1停止对涉案四个专利的使用并确认涉案四个专利的专利权属于原告；2、立即向原告支付专利使用费、律师费、交通费等费用合计300万元；3、被告承担本案诉讼费。2022年12月28日，郑州市中级人民法院判决驳回原告的诉讼请求。原告不服向最高人民法院提起上诉，请求撤销一审判决，发回重审或改判支持其除第五项外的全部诉讼请求。2023年4月18日，浙江京衡律师事务所接受委托，指派我担任被上诉人（一审被告）河北某保温材料公司诉讼代理人，参与其与上诉人（一审原告）侵害实用新型专利权纠纷一案诉讼活动。同年5月12日，最高人民法院知识产权法庭第八法庭公开开庭审理此案6同年12月11日，最高人民法院判决驳回上诉，维持原判（二审民事判决书将案由侵害实用新型专利权纠纷改为专利权权属纠纷）。

参评理由：

一、本案的典型意义

1.涉案合同的约定违反合同法及关于审理技术合同纠纷司法解释的规定，构成专利权权利滥用及非法垄断专利技术，扰乱了公平竞争的专利市场秩序。这是与传统的、普通的专利权权属纠纷根本不同之处，是本案的最大亮点。

2.二审民事判决将案由侵害实用新型专利权纠纷改为专利权权属纠纷，是本案审理的一个重点和难点，只有定性（法律关系）准确才能正确判决。

3.上诉人没有申请再审，足以说明二审判决认定的事实、理由及结果说服了上诉人，从而上诉人丧失了申请再审的底气和勇气。

二、社会影响

本案二审判决将会对类案同判产生重大影响，成为类案参考的重要依据。

三、研究价值

本案属疑难、复杂案件，尤其是本案定性是一大难点，体现出较高的专业水准和创新性，对办理同类案件有较强的指导和借鉴意义，值得研究。

四、律师在案件中的积极作用

1.主要工作

代理人先后3次去被上诉人处，引导、收集、组织新证据；认真、仔细研判被上诉人审时提交的支付相应的对价的相关证据；提交二审新证据、二审新质证意见、代理词。

2.代理意见

代理人分别从上诉人是否支付相应的对价，四个专利改进前后的发明构思、发明目的、所走的技术路线及区别技术特征的比对等方面进行深入、透彻的分析，两大方面珠联璧合、丝丝相扣、交相辉映，形成了一个完整的代理意见体系，成功的说服了主审法官。

法律文书：二审代理词

代理词

审判长、审判员：

河南某环保公司与河北某保温材料公司因侵害实用新型专利权纠纷上诉一案，根据民事诉讼法的规定，我接受河北某保温材料公司的委托并受浙江京衡（郑州）律师事务所的指派担任其二审诉讼代理人，出庭参与二审诉讼活动。开庭前我仔细阅读了一审起诉状、双方提交的证据材料、代理意见、民事判决书，以及民事上诉状、二审答辩状和河北某保温材料公司提交的二审证据材料，开庭时仔细阅读了上诉人提交的二审证据材料并质证，刚才又听取了庭审全过程。代理人认为，原审认定事实清楚，适用法律正确，河南某环保公司的上诉事实与理由不能成立。

针对河南某环保公司的上诉理由，河北某保温材料公司在二审答辩状中就案涉专利技术方案是其自主研发，与河南某环保公司专利技术方案无涉；原判逻辑清晰；原判认定事实清楚、正确；原判适用法律正确4个方面详细阐述了自己的答辩理由和观点，代理人完全赞同，不再赘述。刚才法庭总结了3个二审争议焦点，即本案定性、改进专利的权利归属条款是否无效以及是不是对上诉人被许可专利的改进专利。现代理人就3个二审争议焦点问题，谈以下代理意见。

一、本案定性问题。

代理人认为，本案定性准确、正确。2022 年 6 月 14 日河南某环保公司起诉河北某保温材料公司时第 1、2、3、4、项诉讼请求是：依法判令被告停止对……的使用；第 5、项诉讼请求是：向河南某环保公司支付专利使用费、律师费、交通费等 300 万元。这 5 项诉讼请求都是民法典规定的侵权行为应承担的两种责任方式：停止侵害、赔偿损失的具体化。虽然河南某环保公司二审中放弃了第 5、项诉讼请求，但不影响本案侵权法律关系的定性，加之河南某环保公司并未放弃第 1、2、3、4 项诉请中“停止使用”的主张，故本案仍为侵权诉讼。

二、改进专利的权利归属条款是否无效问题

毫无疑问，涉案改进专利归河南某环保公司所有的约定违反了合同法第 329 条及最高院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释（2004）第 10 条第 1 项的规定，显属无效条款。

河南某环保公司上诉称其针对案涉河北某保温材料公司 4 个专利提供了技术指导、改进资料、资金、设备等支持，并同意河北某保温材料公司无偿使用，明显支付了相应对价，涉案专利应归河南某环保公司所有。

但是，河南某环保公司所述与本案事实严重不符。

从合作协议书及和解协议书中约定的条款中可知，河北某保温材料公司对河南某环保公司被许可专利及专有技术进行改进后的专利归河南某环保公司所有，就是无偿归河南某环保公司所有。具体体现在以下几个方面：

1.河南某环保公司随合作协议书附送的专利机器设备不能视为支付的相应对价。根据合作协议书，河北某保温材料公司主要合同义务是向河南某环保公司支付加盟费及专利使用费；河南某环保公司附送的专利机器设备约定在第 6 条“专利使用费用”第（2）项中，而加盟费 310 万元的约定就在该条第（1）项中。很明显，河南某环保公司附送的专利机器设备是针对因河北某保温材料公司支付约定的专利使用费及加盟费而支付的相应对价，而且，相比之下，河北某保温材料公司支付巨额专利使用费及加盟费，河南某环保公司附送的专利机器设备的对价明显不对等、显失公平。因此，河南某环保公司称“为了互惠互利以及补偿河北某保温材料公司在改进专利所有权归属问题上的补偿，向河北某保温材料公司赠送了我公司自主研发的全套的专利机器设备”（见河南某环保公司一审提交的“情况说明”），是没有事

实依据的，是狡辩。

2.河北某保温材料公司减免专利使用费不能视为支付的相应对价。河南某环保公司减免专利使用费体现在会议纪要及和解协议书中，与合作协议书第6条“专利使用费用”第（2）项相对应、相呼应。其背景是河北某保温材料公司于2020年5月起诉河南某环保公司退还加盟费，诉讼中双方于同年8月9日达成和解协议，河北某保温材料公司撤回起诉。该和解协议书主要针对的是加盟费退还问题。与“河北某保温材料公司对河南某环保公司被许可专利及专有技术进行改进后的专利归河南某环保公司所有”的约定无关，绝不是为获得改进后专利而减免专利使用费。

3.通过提供技术资料和技术服务及免费使用改进后的专利不能视为河南某环保公司提供了相应的对价。

首先，河南某环保公司一审提交的第六组证据微信聊天记录显示：1、微信聊天时间为2018年12月至2020年4月；2、提供的技术资料仅有SD现浇混凝土内置保温体系、河北现浇混凝土内置保温体系建筑构造（报批稿）、现浇混凝土内置保温体系应用技术规程、SD建筑体系施工方案。这说明，河南某环保公司于2018年12月以后才向河北某保温材料公司提供上述部分技术资料，而且不是全部技术资料。河南某环保公司没有证据证明河北某保温材料公司于2018年5月21日申请案涉专利时已获取了其全部专利技术资料（包括改进资料）。

第二，河南某环保公司一审提交的第六组证据火车票、长途汽车票、收据及发票显示：张作杰、赵坤逢二人于2019年12月14日、12月21日去过定州及博野，去的目的不清楚，无法证明二人去博野是为河北某保温材料公司提供技术服务，更无法证明其为河北某保温材料公司研发专利提供了技术支持。

第三，和解协议书第三条仅约定了改进部分的专利技术河北某保温材料公司享有使用权，并没有进一步约定河北某保温材料公司享有的使用权是有偿使用还是无偿使用；而结合和解协议书的全部内容，也无法理解是有偿使用还是无偿使用。因此，改进部分的专利技术河北某保温材料公司享有使用权的约定就是一句空话。

4.河南某环保公司没有证据证明其为涉案改进专利向河北某保温材料公司提供了资金支持。

5.一审时河南某环保公司向河北某保温材料公司索要300万专利使用费，并主张技术为改进形成，应归其所有，其本意是不仅无偿获得改进技术，还要河北某保

温材料公司支付专利使用费。而二审上诉称获得河北某保温材料公司的改进技术所有权并非无偿而是赠送设备以及允许河北某保温材料公司免费使用改进技术作为相应对价，主张不构成无偿获得改进技术，其主张与一审相悖。河南某环保公司的诉讼行为缺乏诚信，涉嫌虚假陈述。

三、是不是对河南某环保公司被许可专利的改进专利问题

河北某保温材料公司专利号20182075XXXX的实用新型专利不构成技术改进，其余3项实用新型专利也不构成技术改进。

河南某环保公司认为ZL20182075XXXX的实用新型专利中防护层的双层钢筋网相当于其发明专利中的第一固定网片和第一振动加强网片。但河北某保温材料公司的该实用新型专利的双层钢筋网均是固定设置，并未采用第一振动加强网片的振动方式。一种是振动方式，另一种是静止方式，可知发明构思与河南某环保公司发明专利的发明构思完全属于两种思路，在技术原理以及技术方案上完全不同。同时，双层钢筋网属于现有技术，河北某保温材料公司已向法庭提交了经检索的双层钢筋网属于现有技术的多份专利。河南某环保公司将现有技术据为己有，认为是其所特有的技术，不仅对河北某保温材料公司和社会公众不公，也是对专利法保护范围的错误解读。

其余三件实用新型专利，两件为高强连接件，一件为垫块，而这些结构、功能在河南某环保公司的发明专利上均没有体现，也没有与之相对应的结构，均不是在发明专利基础上进行的改进。

因此，河北某保温材料公司的4项实用新型专利不论是专利名称、所要解决的技术问题、采用的具体实施方案，带来的技术效果均与河南某环保公司发明专利存在实质性差异，涉案4项实用新型专利不是在河南某环保公司发明专利基础上进行的改进。

需要明确的是，河北某保温材料公司的4项专利源起不仅包括哈尔滨鸿盛专利，还有其他现有技术。通过检索可以获取多项其他现有技术案例。对此，河北某保温材料公司已在庭审中提交了多个现有技术案例，用以证实前述事实，同时证明河南某环保公司主张的双层网并非其专利技术（尤其是申请日2006年12月1日、发明人廖明桂的“一种双层钢网矿棉珍珠岩夹芯复合轻质墙板”的专利案例），而是现有技术。

同时，签署和解协议书时，河北某保温材料公司的4项专利早已授权获取，河南某环保公司作为专门从事同类专利许可盈利的公司，知道或应该知道这一事实。很明显，和解协议书约定的改进专利不包括河北某保温材料公司的4项专利。

四、河南某环保公司滥用诉权，恶意诉讼。

自2018年4月15日双方订立合作协议书，2020年5月21日河北某保温材料公司以特许经营合同纠纷起诉河南某环保公司；2020年8月9日双方签署和解协议书，到2022年6月14日河南某环保公司起诉河北某保温材料公司索要4项改进专利，历时4年零2个月。河南某环保公司称，起诉前才知道河北某保温材料公司的4项改进专利，与事实不符。河南某环保公司多年持有多项专利，还参与多起专利诉讼，完全可以通过国家知识产权局官网等渠道检索知晓河北某保温材料公司取得4项改进专利权的事实，在此情况下仍然与河北某保温材料公司签署和解协议书，并约定所谓改进的技术归其所有，然后起诉河北某保温材料公司主张所谓改进的技术归其所有。所以，河南某环保公司的想法和做法难谓善意，属滥用诉权，恶意诉讼，明显违背诚实信用原则。

因此，恳请法庭依法维持原判，驳回河南某环保公司的上诉请求。

以上代理意见供法庭参考，并予以采纳为盼。

代理人：涂家龙律师

年　月　日

裁判文书：

中华人民共和国最高人民法院

民事判决书

（2023）最高法知民终416号

上诉人（一审原告）：河南某环保公司。住所地：河南省洛阳市。

法定代表人：许某，该公司经理。

委托诉讼代理人：王某，女，该公司员工。

委托诉讼代理人：肖春，河南先为律师事务所律师。

被上诉人（一审被告）：河北某保温材料公司。住所地：河北省保定市。

法定代表人：赵某，该公司总经理。

委托诉讼代理人：涂家龙，浙江京衡（郑州）律师事务所律师。

委托诉讼代理人：李崇，北京友兰律师事务所律师。

上诉人河南某环保公司因与被上诉人河北某保温材料公司专利权权属纠纷一案，不服河南省郑州市中级人民法院于2022年12月28日作出的（2022）豫01知民初1146号民事判决，向本院提起上诉。本院于2023年3月6日立案后，依法组成合议庭，并于2023年5月12日询问当事人。河南某环保公司的委托诉讼代理人王某、肖春，河北某保温材料公司的委托诉讼代理人涂家龙、李崇到庭参加询问。本案现已审理终结。

河南某环保公司上诉请求：撤销一审判决，发回重审或改判支持河南某环保公司除第五项外的全部诉讼请求。事实与理由：（一）河北某保温材料公司申请的专利号为20202108XXXX、名称为“一种XX保护层垫块及保温体系”实用新型专利，专利号为20182075XXXX、名称为“一种XX一体化墙板”实用新型专利，专利号为20182075XXXX、名称为“一种保温结构一体化墙板”实用新型专利，专利号为20182075XXXX、名称为“一种XX保温模块”实用新型专利（以下简称涉案四个专利）均系在河南某环保公司专利技术基础上改进，一审判决未明确认定，属于遗漏本案关键事实，认定事实不清；（二）河南某环保公司针对河北某保温材料公司的涉案四个专利提供了技术指导、改进资料、资金、设备等支持，并同意河北某保温材料公司无偿使用，明显支付了相应对价，涉案四个专利应归河南某环保公司所有，一审法院认定事实错误，适用法律错误；（三）河南某环保公司与河北某保温材料公司签订的《和解协议书》不违反法律规定，应认定合法有效，一审法院适用法律错误。

河北某保温材料公司辩称：一审法院认定事实清楚，适用法律正确，请求驳回河南某环保公司的上诉请求。事实与理由：（一）涉案四个专利是河北某保温材料公司自主研发，与河南某环保公司的专利技术方案无关，涉案技术方案采用的是点连式技术路线，河南某环保公司技术方案采用的是斜插丝技术路线，二者有实质性区别；（二）《和解协议书》以及《合作协议书》的相关约定实质内容是河南某环保公司要求无偿取得改进技术的专利权，应属无效；（三）河南某环保公司提出的对价并不存在。河南某环保公司提供的机器是河北某保温材料公司支付310万许可

使用费的部分对价，减免许可使用费是为了回馈河北某保温材料公司已支付的许可使用费和其开拓市场作出的贡献。而河南某环保公司提供的技术支持形成时间远晚于涉案四个专利技术方案的形成时间，二者并无关联。

河南某环保公司向一审法院提起诉讼，一审法院于2022年6月15日立案受理，河南某环保公司起诉请求判令河北某保温材料公司：1.停止对涉案四个专利的使用，并确认涉案四个专利的专利权人为河南某环保公司；2.立即向河南某环保公司支付专利使用费、律师费、交通费等共计300万元；3.案件受理费等由河北某保温材料公司承担。

河北某保温材料公司一审辩称：（一）涉案四个专利并非在河南某环保公司主张的专利基础上改进，两者有根本的区别；（二）涉案四个专利的申请时间早于《和解协议书》的签订时间，说明《和解协议书》明确将涉案四个专利排除在外；（三）《合作协议书》《和解协议书》的相关条款应属无效。

一审法院认定以下事实：

2018年4月15日，河南某环保公司（甲方）与河北某保温材料公司（乙方）签订了《合作协议书》，约定如下：甲方将专利技术许可给乙方使用，合同期限十年，自2018年5月1日至2028年4月30日。合同第7条7.3（d）约定，乙方有权对许可专利及许可专有技术进行改进，无论是否由乙方独立完成，其改进部分归甲方所有。后双方在上述合作协议履行过程中发生争议，又于2020年7月21日达成《和解协议书》，其中第7条7.3（d）再次约定若乙方对专利进行改进，则改进部分归甲方所有。

河北某保温材料公司在2018年5月21日、2020年6月12日分别向国家知识产权局申请涉案四个专利并获得授权。

一审法院认为，根据《中华人民共和国合同法》第三百二十九条、《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十条第一项的规定，非法垄断技术、妨碍技术进步或者侵害他人技术成果的技术合同无效。“非法垄断技术、妨碍技术进步”包括限制当事人一方在合同标的技术基础上进行新的研究开发或者限制其使用所改进的技术，或者双方交换改进技术的条件不对等，包括要求一方将其自行改进的技术无偿提供给对方、非互惠性转让给对方、无偿独占或者共享该改进技术的知识产权。双方在2020年7月21日达成《和解协议书》，其中第7

条约定若河北某保温材料公司对专利进行改进，则改进部分归河南某环保公司所有。该项约定违反了上述法律的相关规定，应属无效条款，在案证据亦不足以证明河南某环保公司针对涉案四个专利支付了相应对价，故河南某环保公司基于该条款主张涉案四个专利归其所有的主张一审法院不予支持。

综上，一审法院判决：驳回河南某环保公司的诉讼请求。一审案件受理费30800元，由河南某环保公司负担。

二审期间，河南某环保公司提交SD现浇混凝土内置保温体系应用技术规程、SD现浇混凝土内置保温体系建筑构造、民事起诉状以及（2020）豫01知民初872号民事裁定书等证据，以证明涉案四个专利系在河南某环保公司专利基础上改进，双方对于涉案四个专利的权属进行了约定。

河北某保温材料公司质证意见为：认可上述证据的真实性，但认为与本案无关。

河北某保温材料公司为证明其主张提交如下证据：1.专利实施许可合同及附件；2.哈尔滨鸿盛公司许可河北某保温材料公司专利技术明细表；3.廊坊鑫大禄公司登记档案；4.河北某保温材料公司登记档案；5.赵某良与赵某亲属关系证明；6.赵某良与布丽坤户口簿；7.第20151067XXXX号专利权利要求书；8.EPS模块现浇混凝土剪力墙保温系统技术规程；9.民事起诉状；10.民事裁定书。

河南某环保公司质证意见为：认可上述证据的真实性，但不认可与本案有关。

本院认证意见为：上述证据中的起诉状及民事裁定书与本案具有一定关联性，本院予以采信，其余证据均不属于民事诉讼法规定的新证据，而且与本案亦不具有关联性，本院均不予采信。

一审法院查明的事实属实，本院予以确认。

本院另查明，河南某环保公司（甲方）与河北某保温材料公司（乙方）于2018年4月15日签订的《合作协议书》另记载如下内容：第五条甲方应自合同生效之日起将授权使用SD技术的资料提交予乙方。许可专利和许可专有技术实施的后续服务应保证许可专利及许可专有技术的有效实施，具体应视不同情况而定。需甲方提供技术人员予以指导的，甲方应予以充分合作，并安排专人负责有关指导工作。

河南某环保公司（甲方）与河北某保温材料公司（乙方）于2020年7月21日签订的《和解协议书》另记载如下内容：第一条双方同意终止2018年4月15日签订的《合作协议书》。甲方不再就原合作协议向乙方主张和追索任何专利使用费；

乙方不再就原合作协议向甲方主张和追索已经支付的加盟费310万元；甲方提供的机器设备归于乙方所有。双方就原合作协议互不追究其他任何责任。第二条鉴于前期乙方的资金投入和在市场上做的努力及贡献，甲方允许乙方继续在保定区域（含市区、所辖区县、雄安新区）使用夹芯保温钢筋混凝土剪力墙及施工方法的专利及SD现浇混凝土内置保温体系专有技术，期限自2020年7月21日起至2025年12月31日止。2020年7月21日起至2021年12月31日止为无偿使用，乙方不再向甲方支付任何专利及技术使用费；后四年为有偿使用，根据乙方实际销售SD板数量，按每平米6月的标准向甲方支付专利使用费，每年结算一次，并于每年3月31日前支付上一年度专利使用费。第四条为确保甲方的SD专利及专有技术在市场有良好的口碑和形象，乙方所使用SD专利及专有技术甲方应派驻技术员指导，防止SD专利及专有技术的核心技术错用和随意改变构造。如果在SD专利及专有技术基础上所改进的全部视为本专利技术，所改进的专利技术所有权归甲方所有，但协议期内乙方有权继续使用。第七条第7.1（b）甲方有权取得乙方对许可专利及许可专有技术改进部分的优先使用权。

本院认为，鉴于河南某环保公司在二审中明确本案中主张涉案四个专利权的权属，故本案应为专利权权属纠纷。由于相关事实发生在2021年1月1日《中华人民共和国民法典》施行前，故应适用当时的相关法律。本案二审的争议焦点为：（一）《和解协议书》　　第7条7.3（d）条有关改进专利归属的约定是否有效；（二）如果有效，涉案四个专利是否应归河南某环保公司所有。

关于争议焦点一。根据《中华人民共和国合同法》第三百二十九条和《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十条第一项的相关规定，审查判断专利许可使用合同中改进专利的权利归属约定是否构成非法垄断技术，应当注重平衡当事人意思表示自由与防止权利滥用之间的关系。即使相关条款系合同当事人自愿协商一致的结果，但如果合同对改进专利权属的约定缺乏相应的对价，导致许可方非互惠性地无偿独占或共享改进专利，那么相关约定构成专利权滥用，应属无效。在认定是否存在改进专利权属的对价时应当注意区分被许可人所支付许可费的对价与改进专利权属的对价。如果许可人所提供的相关技术资料、设备或者技术指导、费用减免等主要是为了履行被许可人支付许可费所对应的合同义务，那么相关内容并不构成许可人独占或共享改进专利的对价。本案中，首先，双

方签订的《和解协议书》第四条、第七条7.1（b）、7.3（d）关于河北某保温材料公司改进专利权属的约定前后不一致，无法仅依据第7.3（d）条的约定确定改进专利的权属。虽然根据第7.3（d）条约定河北某保温材料公司有权对许可专利及许可专有技术进行改进，无论是否由河北某保温材料公司独立完成的改进，其改进部分归河南某环保公司所有，河北某保温材料公司享有使用权，但第7.1（b）又约定河南某环保公司有权取得河北某保温材料公司对许可专利及许可专有技术改进部分的优先使用权。而且第四条还约定，如果改进部分视为本专利技术，改进的专利技术所有权才归河南某环保公司所有。其次，即使可以依据第7.3（d）条约定确定改进专利的权属，该约定也构成非法垄断技术应属无效。根据该条约定，无论改进专利是否由河北某保温材料公司独立完成，改进专利均归河南某环保公司所有。河南某环保公司对于取得改进专利的权利并未支付相应的合理对价，属于河南某环保公司滥用其享有的专利权，不当限制或者影响在许可专利基础上的再创新，相关约定应属无效。一审法院的相关认定并无不当。河南某环保公司认为其已经支付相应对价，但其所称的提供设备、减免许可使用费、提供技术指导等并非针对涉案四个专利的对价，而是其作为许可人基于专利许可而应当履行的义务，对应的是河北某保温材料公司所支付的专利使用费。而且《和解协议书》第二条明确约定，使用费的减免是基于河北某保温材料公司前期的资金投入和在市场上所作的努力及贡献。因此，并无证据证明河南某环保公司取得涉案四个专利支付了相应的对价。故对于河南某环保公司的相关主张，本院不予支持。

鉴于河南某环保公司主张其享有涉案四个专利权的依据并不成立，其无法基于《和解协议书》的相关约定取得涉案四个专利权，对于涉案四个专利是否属于在河南某环保公司专利基础上改进并无进一步评述的必要，本院不再予以分析。

综上，河南某环保公司的上诉请求不能成立，应予驳回。一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十七条第一款第一项规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费1000元，由河南某环保公司负担。

本判决为终审判决。

审 判 长　朱　燕

审 判 员　凌宗亮

审 判 员　单　立

二〇二三年十二月十一日

法 官 助 理　王力上

书 记 员　李梦琳

河北某饮品公司诉某集团公司商标权纠纷案

——河南强人律师事务所　车路

案例简介：

原告河北某饮品公司于2016年在第32类商品上注册取得“XXX生及图”注册商标。被告某集团公司于2018年在第32类商品上注册也取得“XXX生及图”注册商标。2019年，原告河北某饮品公司就被诉标识向国家知识产权局提出无效宣告请求。经过多次审理，被告某公司的“XXX生及图”的注册商标被认定无效，国家知识产权局于2021年进行了宣告无效公告。

原告河北某饮品公司于2022年起诉至漯河市中级人民法院，漯河市中级人民法院认为，被告某集团公司在相同商品上使用与“XXX生及图”商标近似的标识，客观上容易导致消费者的混淆及误认。某集团公司在“XXX生及图”标识宣告无效前及宣告无效后，均存在不同程度的主观恶意，因此，被告某集团公司使用“XXX生及图”商标标识的行为构成对原告河北某饮品公司的“XXX生及图”商标的侵害。

关于数额方面，漯河市中级人民法院认为，根据被告某公司的上游公司数据，综合考虑,尤其是被告某集团公司使用“XXX生及图”标识存在明显主观恶意且在“XXX生及图”标识无效宣告后还在使用的情形，酌情确定被告某集团公司赔偿原告某公司经济损失及合理开支3000000元。

漯河市中级人民法院的一审判决后，被告某集团公司不服提起上诉，上诉到河南省高级人民法院，在二审期间，被告某集团公司提出撤诉，一审判决生效。

参评理由：

本案是商标权纠纷，且是都是注册商标，原告与被告是两家上市公司，在行业中是头部企业，案件的焦点难点有两个，一是在侵权商标在被撤销后对之前使用行为是否是侵权行为；二是侵权数额如何确定。

对于第一个焦点，本案承办律师通过案例和法律结合给予解答，在注册商标被撤销后对之前使用行为是侵权行为，原告有权利去追究，法院也采纳原告承办律师的观点。

第二个焦点，本案承办律师通过上网查找上市公司年报，通过计算，取得侵

权产品的利润，完全符合最高人民法院的《最高人民法院关于全面加强知识产权司法保护意见》规定。

本案判决体现了加大知识产权保护力度的司法导向，彰显了中国法院依法保护权利人合法权益的坚定态度，也体现了加大知识产权保护力度的司法导向。

法律文书：一审代理词

代理词

审判长、审判员：

我作为原告河北某饮品公司的诉讼代理人出庭参加诉讼活动。现结合本案事实、证据及法律规定，发表以下代理意见，供合议庭参考：

一、本案的背景

本案中“XXX 生及图”在 2018 年 4 月 14 日获得了注册商标许可证,但我方以“XXX 生及图”作为引证商标向商评委提起无效宣告请求，商评委于 2019 年 11 月 21 日作出裁定，因“XXX 生及图”与“XXX 生及图”近似，已使公众产生混淆误认，判决书中引用商标法 44 条，当事人以欺骗等手段获得注册商标，损害公告利益，所以宣告“XXX 生及图”注册商标无效，同 X 上诉，北京知识产权法院维持商评委裁定，并生效，“XXX 生及图”宣告无效。

二、关于侵权方面

（一）注册商标无效，按照法律规定，自始不存在（见证据 9 和 10）

根据《商标法》第四十七条：依照本法第四十四条、第四十五条的规定宣告无效的注册商标，由商标局予以公告，该注册商标专用权视为自始即不存在。

这个“XXX 生及图”注册商标视为自始不存在。

（二）“XXX 生及图”这个注册商标注册本身就存在恶意

首先，某集团公司注册“XXX 生及图”这个商标主观上存在恶意

1.某集团公司是 XXXX 集团的关联公司（见证据 11），而且某集团公司的高层大多数有过 XXXX 集团的公司高层工作经历，就总裁没有，但他还是董事长的儿子，和原告河北某饮品公司同处于 XXXX 桃省，对原告的信息了解很清楚；

2.某集团公司董事长在 XXXX 工作时就负责饮品这一块（见证据 11）。某集团公司的董事长，也就是某集团公司的创始人，在 XXXX 集团工作就负责饮品这一块，原

告主营业务也就是饮品。某集团公司作为同行业者，不知晓河北某饮品公司的几率很低，尤其是其不知晓河北某饮品公司所产，标注有在先注册的“XXX 生及图”的商标，且都用在核桃乳饮品的几率更低。

3.在原告取得使用“XXX 生及图”注册商标（2014 年）多年后，被告某集团公司在相同的产品上，都用在核桃乳饮品上使用近似的商标，并且包装装潢也及其近似。

综上，某集团公司注册“XXX 生及图”这个商标主观上存在恶意。

其次，关于某集团公司使用“XXX 生及图”的商标的行为容易导致混淆误认。（见证据 9 和 11）

1.与人民生命健康相关行业，混淆误认的认定标准要严格

本案涉及的商品属于食品饮料行业，是入口的产品，与人们的生命健康息息相关，在认定是否容易导致混淆误认时应当施加较为严格的标准。

2.两个商标容易导致混淆误认。（见证据 9 和 10）

某集团公司的注册商标与原告的商标所使用的商品均为第 32 类植物饮品类，属于相同商品；被告商标中 “X 生及图”与原告商标中“X 生及图”均在商标中占大比例，二者运用文字的构成相同、文字与图形结合的涉及手法、视觉效果相同，风格非常接近；而且涉及的商品都属于核桃饮品，在认定是否容易导致混淆误认时应当施加较为严格的标准。特别是又在相同的产品上使用这个商标，应当认定容易导致混淆误认。

3.某集团公司把注册的“XXX 生及图”这个商标用在了相同的核桃乳的产品上，包装装潢几乎一样。

综上，某集团公司使用“XXX 生及图”的商标的行为容易导致混淆误认。

最后，某集团公司在注册商标在被无效掉以后，还在使用，典型的恶意。

综上，某集团公司为便于经营获利，在相同商品上即核桃乳饮品上使用与原告商标相近似的标识，并且包装装潢近似，主观上确有通过申请注册商标傍附原告商标，误导相关公众，达到吸引相关交易机会的恶意，客观上容易导致混淆，构成对原告商标的侵害。

（三）恶意的情况下，信赖利益保护将不复存在

根据《商标法》第七条规定：申请注册和使用商标，应当遵循诚实信用原则。

第四十七条　……宣告注册商标无效的决定或者裁定，对宣告无效前人民法院做出并已执行的商标侵权案件的判决、裁定、调解书和工商行政管理部门做出并已执行的商标侵权案件的处理决定以及已经履行的商标转让或者使用许可合同不具有追溯力。但是，因商标注册人的恶意给他人造成的损失，应当给予赔偿。

根据以上的法律规定，如果商标注册人在申请商标注册时或者使用注册商标时，主观上存在恶意，即明知其申请注册或使用的商标侵害他人在先权利，那么某集团公司所提及的商标注册人值得保护的信赖利益便不复存在。在商评委的裁定中（见证据9）就认定了其带有欺骗手段的注册。

（四）关于“贡献率的”的问题

1.本案不仅仅是商标权纠纷，而是商标权纠纷和不正当竞争纠纷，在（2019）豫知民终XXX号判决书（见证据16）中，漯河市中院河南省高院都认定了认定河北某饮品公司的包装为知名商品的特有包装装潢，认定了某集团公司的老蓝盒包装侵权，我们在看某集团公司的红盒和其老蓝盒，图案设计一模一样，所不同的就是颜色不同，那不也侵犯了原告方的包装作为知名商品的特有包装装潢权利么？

2.根据相关法律，赔偿应以利润为赔偿的参考依据

根据《商标法》第六十三条及《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十四条规定：商标法第六十三条第一款规定的侵权所获得的利益，可以根据侵权商品销售量与该商品单位利润率乘积计算。

所以说某集团公司所说的“贡献率的”问题是无稽之谈。

（五）某集团公司拒不执行法院生效判决文书，恶意中的恶意

在判决书（（2019）豫知民终XXX号）（见证据16）生效后，某集团公司还在使用违法的包装生产销售（见证据21和22），在判决书（2020）京73行政XXX号）（见证据9和10）生效后，某集团公司注册商标无效了，还在使用“XXX生及图”的商标，并标注注册商标进行生产销售（见证据23），在上海知识产权法院的那个判决中（（2017）沪73民终XXX号）当提出异议时，它不暂停侵权产品的生产、改换包装的行为为“侵权恶意不可谓不明显”，本案中都有生效判决，某集团公司还拒不执行，那就是恶意中的恶意了。

三、关于数额方面

（一）根据最高人民法院2020年4月15日发布的规定，应当切实降低知识产

权维权成本，适用举证妨碍规则，有效提高侵权赔偿数额，充分运用侵权人网站及上市文件以及行业利润率，确定侵权获利情况

根据《最高人民法院关于全面加强知识产权司法保护意见》第10条：切实降低知识产权维权成本。制定知识产权民事诉讼证据司法解释，完善举证责任分配规则、举证妨碍排除制度和证人出庭作证制度，……

第12条：有效提高侵权赔偿数额。充分运用工商税务部门、第三方商业平台、侵权人网站或上市文件显示的相关数据以及行业平均利润率等，依法确定侵权获利情况。综合考虑知识产权市场价值、侵权人主观过错以及侵权行为的持续时间、影响范围、后果严重程度等因素，合理确定法定赔偿数额。

（二）某集团公司生产销售XXXX桃的收入及所获得的利润计算如下：

1.行业的平均利润率

河北某饮品公司主营业务为核桃饮品，其是行业龙头，其利润率可以作为行业的平均利润率；根据河北某饮品公司2018—2020年上市公司年报（见证据18），饮品的平均利润率为50%左右。（具体就是收入—成本=利润，利润÷收入=利润率）

河北某饮品公司最近三年的利润率（表一）

	收入（元）	成本（元）	利润（元）	利润率
2020	4,424,772,214.09	2,309,625,171.9	2,115,147,042.19	47.8%
2019	7,456,262,260.74	3,518,020,399.21	3,938,241,861.53	52.82%
2018	8,141,895,842.39	4,075,013,891.63	4,066,881,950.76	49.95%

备注：1、利润率计算方式，根据河北某饮品公司的2020年年报，2019年的利润为4,424,772,214.09-2,309,625,171.9=2,115,147,042.19元，则2019年的利润率为2,115,147,042.19÷4,424,772,214.09=47.8%；
2、河北某饮品公司主营业务就是核桃乳及其他植物蛋白饮料，其是行业中的龙头，计算出的利润率可以作为行业的平均利润率。近三年的平均利润率为50%以上。

2.第一种算法：按照某集团公司上市公司历年公告计算

1.某集团公司（以下简称某集团公司）网站公布其饮品仅有四种，在此我们按照占50%计算（见证据18及证据19）；利润率按照行业平均利润率为50%。XXXX桃5年的销售收入达到1亿7千多万，利润达到8800多万元，即使是近三年销售收入达到1亿多，利润也突破了5300万元，足以支持起诉金额，具体计算见下表。

某集团公司销售XXXX桃
近五年的收入及利润（表二）

	饮品销售收入（元）	XXXX桃销售收入（元）	XXXX桃利润（元）
2017年	70,939,300.66	35,469,650.33	17,734,825.17

2018 年	70,939,300.66	35,469,650.33	17,734,825.17
2019 年	70,939,300.66	35,469,650.33	17,734,825.17
2020	70,939,300.66	35,469,650.33	17,734,825.17
2021	70,939,300.66	35,469,650.33	17,734,825.17
合计	354,696,503.30	177,348,251.65	88,674,125.85
备注：1、因 2018 年网上仅公布上半年的销售数据，2018 年全年的饮品销售收入可以参考上市公司前三年的数据 2015 年是 83673503.48 元，2016 年是 79517529.21 元，2017 年是 70,939,300.66 元，按照最低的收入来计算，即 2017 年的饮品销售数据，比某集团公司提供的专项审计报告为 71,727,328.52 元还要低;2019—2021 年也按照 2017 年的销售收入计算； 2.利润率按照行业的平均利润率 50%计算，见表一。			

2.即使从 2019 年计算，XXXX 桃的销售收入达到 1 亿多，利润也突破 5300 万元，足以支持起诉金额。

某集团公司销售 XXXX 桃

近三年的收入及利润（表三）

	饮品销售收入（元）	XXXX 桃销售收入（元）	XXXX 桃利润（元）
2019 年	70,939,300.66	35,469,650.33	17,734,825.17
2020 年	70,939,300.66	35,469,650.33	17,734,825.17
2021 年	70,939,300.66	35,469,650.33	17,734,825.17
合计	212，817,901.98	106,408,950.99	53,204,475.51

3.第二种算法：按照某集团公司提供的审计报告数据计算

根据某集团公司在(2019)豫知民终 XXX 号案件审理中提供的《某集团公司 XXX 年度主营业务收入专项审计报告》（见证据 20）显示，2017 年 XXXX 桃的销售金额为 30,489,873.53 元（3 千多万），利润率按照行业平均 50%计算，2017 年利润为 15,244,936.765 元（1500 多万），那么 2017 年至 2021 年的 5 年，这款侵权产品销售收入为 152,449,936.765 元（15,244,936.765×5 年）（1 亿 5 千多万），利润为 76,224,968.3825 元（152,449,936.765×50%）（7 千 6 百多万）；即使 2019 年至 2021 年的 3 年，这款侵权产品销售收入为 91,469,620.59 元（9 千多万），利润为 45,734,810.295 元（4 千 5 百多万）。

4.第三种算法：按照调取 XXX 公司提供的数据计算

XXX 股份有限公司（以下简称 XXX）是一家上市公司（见证据 26），产的罐仅占某集团公司的 12.83%（见证据 24），这是在某集团公司公告显示的，XXX 公司提供的，在 2017 年—2019 年三年总共生产 XXXX 桃红箱 1415511 箱（1 百多万箱），生产蓝箱 88972 箱（8 万多箱），XXX 公司提供的罐的数据，因一箱可以装 15 罐，罐

的数据除以15就得到箱的数据。红箱和蓝箱的销售单价根据某集团公司提供的2018年的审计报告（见证据11），分别为21.60元/箱和23.01元/箱，XXX公司为某集团公司生产的侵权产品销售收入达到32,630,309.52元（3千多万元），利润为16,315,154.76元（1千6百多万），因XXX即是同X的供应商，也是养元的供应商，因在2019年，河北某饮品公司在国家知识产权局诉某集团公司关于“XXX生及图”商标的纠纷，所以XXX公司2019年及以后先暂停有关某集团公司的“同X养生”标注的产品生产及加工，XXX公司为某集团公司2019—2021年三年的销售收入可以认定为32,630,309.52元（3千多万元），利润为16,315,154.76元（1千6百多万），因XXX仅占某集团公司量的12.83%，据此推算某集团公司2019—2021年三年的销售收入为 254,328,211.38元（2亿5千万），利润为127,164,105.69元（1亿2千万）如果推算2017年至2021年五年（因为XXX公司不为某集团公司生产，其他公司必然会弥补上这个缺口），XXX公司为某集团公司生产侵权产品的总销售收入为54,383,849.2元（32,630,309.52÷3年×5年）（5千多万），利润为27,191,924.6元（54,383,849.2×0.5）（2千多万），推算某集团公司2017—2021年五年的销售收入为423,880,352.30元（4亿2千多万），利润为211,940,176.15元（2亿千多万）。这一数额都足以支持原告的诉讼金额，具体见下表。

XXX调取证据计算（表四）

	红罐	红箱	销售收入	蓝罐	蓝箱	销售收入
2017	14610510	974034	21039134		蓝箱	
2018	6433814	428920.933	9264692.2	1334580	88972	2055253.2
2019	188354	12556.9333	271229.76			
合计	21232678	1415511.87	30575056	1334580	88972	2055253.2
总计一销售收入						32630309.52
总计一利润						16315154.76
备注：1、某集团公司的制罐厂有：XXX制罐有限公司、（XXX股份有限公司（以下简称XXX）、XXX包装有限公司、XXX集团股份有限公司、XXX包装材料有限公司；2、按照2017年某集团公司的年报，XXX占同X供应的12.83%；3、一箱装罐15罐，所以XXX提供的数据除以15就得出箱数，红箱和蓝箱的销售单价根据某集团公司提供的2018年的审计报告（见证据11），分别为21.60元/箱和23.01元/箱；所以红箱的销售收入为1415512*21.6=30,551,299.2元，蓝箱的销售收入为88972*23.01=2,055,253.2元，三年的总销售收入为						

30,551,299.2+2,055,253.2=32,630,309.52 元，利润率参考行业平均利润率 50%计算，三年利润为 32,630,309.52*50%=16,315,154.76 元。5、XXX 食品包装股份有限公司（以下简称 XXX 公司）是一家上市公司，XXX 公司即是某集团公司（以下简称某集团公司）罐的代加工企业之一，也是河北某饮品公司（以下简称河北某饮品公司）罐的代加工企业之一，在 2019 年，河北某饮品公司在国家知识产权局诉某集团公司关于有“XX 养生”标注的纠纷，所以 XXX 公司先暂停有关某集团公司的“XX 养生”标注的产品生产及加工，等国家权力机关做出生效的判决后，XXX 公司再做决定是否生产加工。所以，XXX 公司 2019 年大幅减少侵权产品的量，2020 年及以后就没有生产。5、某集团公司 2019—2021 年三年的总收入可以认定为 32,630,309.52 元，利润为 16,315,154.76 元；从 2017 年计算至 2021 年，总收入可以认定为 54,383,849.2 元，利润为 27191,924.6 元。

（三）因诉讼时效中断，应按照五年的数据计算

根据《民法典》第一百九十五条 【诉讼时效中断的情形】有下列情形之一的，诉讼时效中断，从中断、有关程序终结时起，诉讼时效期间重新计算:(一）权利人向义务人提出履行请求;(二）义务人同意履行义务;(三）权利人提起诉讼或者申请仲裁;(四）与提起诉讼或者申请仲裁具有同等效力的其他情形。

本案中原告于 2019 年提起商标异议，所以时效中断，所以应当计算 2017 年—2021 年五年的数据。

（四）关于原告计算未重复计算的问题

1.侵权标识所涵盖的侵权产品不同，上一个案件（（2019）豫知民终 XXX 号）起诉仅起诉一款产品，即老蓝盒，本次案件起诉的红盒、老蓝盒、蓝盒三款产品。

2.侵权行为的持续时间有差异。前案的不正当竞争行为实施及持续时间，与本案并不相同，特别是，前案在判决生效后，某集团公司的侵权行为还在持续。因此，前案所涉赔偿并不能涵盖本案侵权行为持续时间。

3.本案适用惩罚性赔偿。本案侵权行为系具有明显主观恶意的侵权行为，特别是，在 2020 年河南高院的判决及 2021 年北京知识产权法院的判决生效后，某集团公司的侵权行为还在持续，应适用惩罚性赔偿，因此，前案不正当竞争行为所酌定的赔偿金额并不能涵盖本案侵权行为的惩罚性赔偿。

所以未重复计算，某集团公司的侵权产品的销售额及利润足以支持原告的诉讼金额。

（五）关于惩罚性赔偿方面

根据《商标法》第六十三条规定：……对恶意侵犯商标专用权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。

以上计算仅仅是计算某集团公司的销售收入和利润，并未计算惩罚性赔偿，而某集团公司故意模仿，恶意侵权，特别是在前一个案件（（2019）豫知民终XXX号）见证据16）生效后还在生产销售（见证据21及证据22），在判决书（2020）京73行政159号）（见证据9和10）生效后，还在使用侵权商标生产销售，并标注注册商标，这种行为不但适用惩罚性赔偿，而且还应当按照五倍计算，那某集团公司侵权产品的销售收入和利润是相当惊人的，足以支持原告的诉讼金额。

综上所述，某集团公司故意侵权且数额巨大，请贵院支持原告的诉讼请求。

代理人：车路律师

年　月　日

裁判文书：一审判决书

河南省漯河市中级人民法院

民事判决书

（2022）豫11知民初1号

原告：河北某饮品公司，住所地：河北省。

法定代表人：XXX，该公司董事长。

委托诉讼代理人：车路，河南强人律师事务所律师。

被告：某集团公司，住所地：安徽省。

法定代表人：XXX，该公司董事长。

委托诉讼代理人：XXX，XXX律师事务所律师。

委托诉讼代理人：XXX，XXX律师事务所律师。

被告：XXX，女，汉族，住河南省临颍县。

原告河北某饮品公司与被告某集团公司、XXX侵害商标权纠纷一案，本院于2022年1月4日立案后，依法适用普通程序，公开开庭进行了审理。原告河北某饮品公司委托诉讼代理人车路，被告某集团公司委托诉讼代理人XXXX和被告XXX到庭参加诉讼，本案现已审理终结。

原告河北某饮品公司向本院提出诉讼请求：1、判令被告某集团公司立即停止生产、销售侵犯原告“XXX生及图”注册商标的商标侵权行为，召回并销毁市场上正在销售的侵权产品及已生产的侵权产品及包装；2、判令被告XXX立即停止销售侵权产

品；3、判令被告某集团公司、被告XXX连带赔偿原告由于其侵害原告“XXX生及图”注册商标而遭受的经济损失及合理开支500万元；4、判令被告某集团公司在《中国食品安全报刊》上刊登声明，向原告公开赔礼道歉一个月；5、本案诉讼费用由被告某集团公司、被告XXX承担。事实与理由：河北某饮品公司是一家规模较大且具有一定影响力的核桃乳饮料生产、销售企业。河北某饮品公司生产、销售的核桃乳产品具有较高的市场占有率和影响力。河北某饮品公司于2014年9月29日申请注册“XXX生及图”商标，2016年6月11日获得国家工商总局商标局核准注册，某集团公司生产的产品上的“XXX生及图”用在与河北某饮品公司相同的商品上。在明知河北某饮品公司及“XXX生及图”商标的前提下大量恶意摹仿申请人商标，并在产品外包装等方面模仿申请人产品，某集团公司具有较强主观恶意，其注册申请违反了《中华人民共和国商标法》的有关规定，与河北某饮品公司的“XXX生及图”构成近似。被告二XXX经营的临颍县某烟酒礼品店未尽到审查义务，销售了上述侵权商品，同样侵害了河北某饮品公司的合法权利。二被告给河北某饮品公司造成了巨大的经济损失，为制止某集团公司和XXX的商标的侵权行为，根据《中华人民共和国商标法》第六十三条、第五十七条等相关规定，特具状起诉，望贵院判如所请。

被告某集团公司辩称：一、本案应合理确定涉案商标权的保护范围，采取符合法律规定的比对方法；答辩人不构成商标侵权，被答辩人起诉没有任何事实和法律依据。1、答辩人某集团公司使用的“XXX生及图”商标与被答辩人主张的“XXX生及图”商标不构成近似。首先，认定商标是否构成侵权的判定标准，应该重点对比的是商标最具有显著性、用以识别商品来源的主要部分的文字内容。其次，涉案第15440XXX号“XXX生及图”商标本身显著性低、知名度不高。（1）河北某饮品公司主张的涉案商标本身显著性就较低。（2）涉案商标也没有通过河北某饮品公司的使用获得显著性。（3）河北某饮品公司主张的涉案商标不具有知名度。2、答辩人某集团公司使用“XXX生及图”标识没有侵权的恶意。3、答辩人某集团公司使用“XXX生及图”标识不会造成相关公众的混淆，也不具有造成混淆的可能。综上所述，答辩人某集团公司使用的“XXX生及图”商标与被答辩人主张的“XXX生及图”商标不构成近似，某集团公司使用“XXX生及图”标识没有侵权的恶意，某集团公司对“XXX生及图”标识的使用也不会造成相关公众的混淆，某集团公司不构成商标侵权，请法院依法驳回河北某饮品公司的诉讼请求。二、被答辩人主张500万元的经济损失

及合理开支没有任何事实与法律依据。1、被答辩人河北某饮品公司主张的侵权行为属于重复主张，某集团公司销售一份产品只可能获得一份利润，在之前的案件已经对涉案产品的销售获利作出判赔的情况下，法院不能在重复作出判赔，让河北某饮品公司重复获利。2、某集团公司生产销售的饮料产品众多，涉案“XXXX 桃”饮料产品仅是其中的十几分之一。3、注册商标被宣告无效前在核定范围内的使用行为，侵害其他注册商标专用权的，不应承担损害赔偿责任。4、涉案“XXX 生及图”商标不具有任何知名度，商标的保护范围与商标的知名度成正相关，判赔的数额应该跟知名度相适应。5、某集团公司使用的“XXX 生及图”标识在产品上的贡献率较低，且组合商标中按照识别性部分计算的贡献率更低。6、本案作为河北某饮品公司诸多商业维权系列案件其中之一，不应该获取过高判赔。综上，答辩人不构成侵权，也不应给予被答辩人任何赔偿，被答辩人所诉毫无任何事实和法律依据，请求驳回被答辩人的全部诉讼请求，维护答辩人的合法权益。

被告 XXX 辩称：临颍县某烟酒礼品店在 2019 年 10 月 21 日已经注销，主体并不存在，没有卖过某集团公司产品。

当事人围绕诉讼请求依法提交了证据，本院组织当事人进行了证据交换和质证。对当事人无异议的证据，本院予以确认并在卷佐证。对有争议的证据，本院将结合争议焦点一并评析。

根据当事人陈述和经审查确认的证据，本院认定事实如下：

河北某饮品公司成立于 1997 年，系第 15440XXX 号“XXXXX 及图”注册商标（以下简称涉案商标）的权利人。涉案商标核定使用在第 32 类无酒精果汁；花生乳（无酒精饮料）；无酒精饮料；杏仁乳（饮料）；无酒精果茶；以蜂蜜为主的无酒精饮料；植物饮料；乳酸饮料（果制品，非奶）；饮料制作配料；啤酒上，专用权期限自 2016 年 6 月 21 日至 2026 年 6 月 20 日。

某集团公司成立于 2007 年，系于 2017 年由某股份公司更名而来，于 2017 年申请“XXX 生及图”商标（以下简称被诉标识），核定使用在第 32 类“水（饮料）”；大豆为主的饮料（非牛奶替代品）；植物饮料；汽水；啤酒；果汁；无酒精饮料；乳酸饮料（果制品，非奶）；豆类饮料；不含酒精的啤酒味饮料上。被诉标识于 2018 年 4 月 14 日注册公告。2019 年 2 月 25 日，河北某饮品公司就被诉标识向国家知识产权局提出无效宣告请求。2019 年 11 月 21 日，国家知识产品局做出商评字〔2019〕

第XXXX号《第23634XXX号“XXX生及图”商标无效宣告请求裁定》（以下简称无效裁定），认定被诉标识与涉案商标构成相同或类似商品上的近似商标，违反了《中华人民共和国商标法》第三十条之规定，裁定被诉标识予以无效宣告。某集团公司对无效裁定不服，起诉至北京知识产权法院。北京知识产权法院于2021年4月29日做出（2020）京73行初XXX号行政判决书，认定被诉标识与涉案商标标志，二者中的文字部分“养生”均占较大比例、且图形部分视觉效果近似，二者在整体外观上近似程度较高，已构成近似标识，若共存于上述相同或类似商品之上，容易使相关公众对商品来源产生混淆，被诉标识的申请注册已违反2013年《中华人民共和国商标法》第三十条之规定。据此，被诉裁定事实认定清楚，适用法律正确，驳回某集团公司的诉讼请求。该判决生效后，国家知识产权局于2021年10月8日对被诉标识进行了宣告无效公告。

河北某饮品公司于2019年4月1日以被告某集团公司构成不正当竞争为由，将某集团公司起诉至漯河市中级人民法院，漯河市中级人民法院以（2019）豫11知民初XXX号案予以受理（以下简称前案）。在该案中，河北某饮品公司主张某集团公司生产、销售的“XXXX桃”产品擅自使用了与河北某饮品公司“XXXX桃”核桃乳近似的包装、装潢，构成不正当竞争。该案查明，某集团公司饮品生产线的产能年产10万吨植物蛋白饮料，其饮品在2015年、2016年、2017年全年及2018年的上半年销售情况分别为83673503.48元、79517529.21元、70939300.66元、25825016.15元。该案中，被诉侵权产品上使用有“XXX生XX及图”标识。综合考虑商标知名度、某集团公司的经营规模、侵权产品销售范围、侵权性质、后果及其对侵权行为的认识程度，结合河北某饮品公司为制止侵权行为的合理开支等因素以及某集团公司因侵权行为所获得的利益，酌定某集团公司的赔偿数额为230万元，判决某集团公司立即停止不正当竞争行为，并赔偿河北某饮品公司经济损失及合理开支共计230万元。某集团公司不服前述判决，提出上诉。河南省高级人民法院于2020年7月10日作出（2019）豫知民终XXX号民事判决，驳回上诉，维持原判。

2019年6月12日，南京市石城公证处出具（2019）宁石证经内字第XXX号《公证书》。公证书显示，2019年6月4日，河北某饮品公司代理人通过互联网查看某集团公司网站。某集团公司网站显示，其生产经营的饮品类产品共四款，“XXXX桃”的产品是其中一款；在XXX网上查询某集团公司历年年度报告显示：某集团公司饮

品在2015年、2016年、2017年全年及2018年的上半年销售情况分别为83673503.48元、79517529.21元、70939300.66元、25825016.15元。

江苏省宿迁市宿豫公证处（2019）宿豫证民内字第XXX号《公证书》记载，2019年4月12日，河北某饮品公司代理人窦金乐在宿迁市宿城区西湖路与青年路交会处宝龙广场红立A+生活超市内，购买了“XXXX桃奶”一箱，价格60元，“同XXXX桃乳”一箱，价格55元。前述“XXXXX奶”、“XXXX桃乳”均在包装箱上使用了“XXX生及图”被诉标识。前述被诉产品，由某集团公司生产并销售。

（2019）豫漯临证内民字第XXX号公证书记载，2019年12月19日，河北某饮品公司代理人车路、李浩在临颍县某烟酒礼品店购买了两箱不同包装的XXXX桃植物蛋白饮料，两箱饮料上都使用有“XXX生及图”标识。前述被诉产品，由某集团公司生产并销售。

（2021）皖淮国公证字第XXX号公证书记载，2021年4月27日，河北某饮品公司代理人方春波在淮北市相山区渠沟镇钟楼街的“飞洋购物广场”内购买了印有“XXX生及图”标识的被诉产品。前述被诉产品，由某集团公司生产并销售。

（2021）豫漯地证内民字第XXX号公证书记载，2021年11月11日，河北某饮品公司代理人车路通过互联网查看某集团公司网站。某集团公司网站分别经营推广了使用蓝色底色包装箱的“XXXX桃”产品及使用红色底色包装箱的“XXXX桃”。前述产品均使用了“养生XX及图”的被诉标识。

某集团公司2017年及2018年的审计报告显示，2017年某集团公司“XXXX桃”销售收入为30489873.53元，2018年无糖型同X养生植物蛋白饮料单价为23.01元/箱，同X养生植物蛋白饮料单价为21.60元/箱。

河北某饮品公司申请本院调取了某集团公司灌装供应商XXX食品包装股份有限公司（以下简称XXX公司）生产“同X养生”罐的相应数据。XXX公司提供的材料显示，2017年至2019年期间，XXX公司共生产“同X养生核桃”红罐21232678个，生产“同X养生核桃”蓝罐1334580个。某集团公司2017年上市公司公告显示，XXX食品包装股份有限公司占某集团公司供应量的12.86%。

根据原被告的诉辩主张及已查明的事实，本院对焦点问题分析认定如下：

本案的争议焦点为：一、被告是否构成商标权侵权？二、如果构成侵权，被告该如何承担责任。

一、被告是否构成商标权侵权？

《中华人民共和国商标法》第四十七条规定，“依照本法第四十四条、第四十五条的规定宣告无效的注册商标，由商标局予以公告，该注册商标专用权视为自始即不存在。宣告注册商标无效的决定或者裁定，对宣告无效前人民法院做出并已执行的商标侵权案件的判决、裁定、调解书和工商行政管理部门做出并已执行的商标侵权案件的处理决定以及已经履行的商标转让或者使用许可合同不具有追溯力。但是，因商标注册人的恶意给他人造成的损失，应当给予赔偿。.....”。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。”第五十七条的规定：“有下列行为之一的，均属侵犯注册商标专用权：（一）未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的；…

（三）销售侵犯注册商标专用权的商品的；…”

原告河北某饮品公司系第15440XXX号注册商标（以下简称涉案商标）的权利人，且在保护期内，故原告河北某饮品公司的商标专用权应受法律保护。根据上述法律规定，如果商标注册人在申请商标注册时或者使用注册商标时，主观上存在恶意，即明知其申请注册或使用的商标侵害他人在先权利，那么商标注册人值得保护的信赖利益便不复存在。注册商标被宣告无效的，对于无效之前的商标注册权人的使用行为原则上没有溯及力，但因商标注册人的恶意给他人造成的损失，应当给予赔偿。本案中，因国家知识产权局就某集团公司被诉标识作出了无效宣告裁定，北京知识产权法院做出的生效判决对该裁定予以维持。基于此，某集团公司原本享有的被诉标识商标权被宣告无效，视为自始即不存在。因此，被诉标识使用行为是否构成对权利商标的侵害，应当以被诉标识注册商标被无效为时间点进行区分判断。被诉标识注册商标被无效前的使用行为是否构成侵权，应当以某集团公司是否存在主观恶意为前提。本案中，国家知识产权局于2019年11月21日作出被诉标识无效宣告的裁定。现有证据显示，某集团公司在2019年11月21日以后还存在继续生产、销售被诉侵权商品的行为，主观上具有恶意。但2019年11月21日之前的行为是否构成侵权，需判断某集团公司是否存在恶意。根据当事人的诉辩意见，本院认为，被诉标识注册商标被宣告无效前的使用行为是否构成侵权，当事人主要存在两个方面的

争议，一是某集团公司主观上是否存在恶意；二是某集团公司使用被诉标识的行为是否构成使用在与涉案商标相同商品上的近似标识，是否容易导致相关公众的混淆误认。

首先，关于某集团公司主观上是否存在恶意。根据前案生效判决查明的事实，前案被诉的产品使用了与河北某饮品公司“XXXXXX 桃”产品近似的装潢，与此同时，前案被诉产品同时还使用了“XXX 生及图”被诉标识。某集团公司在相同商品上同时使用与河北某饮品公司近似的装潢与商标，且不能对使用与河北某饮品公司近似的商标作出合理解释，主观上存在傍附河北某饮品公司注册商标的恶意。其次，关于某集团公司使用被诉标识的行为是否构成使用在与涉案商标相同商品上的近似标识，是否容易导致相关公众的混淆误认。北京知识产权法院（2020）京 73 行初 XXXX 桃号行政判决已认定，被诉标识与涉案商标标志，二者中的文字部分“养生”均占较大比例、且图形部分视觉效果近似，二者在整体外观上近似程度较高，

已构成近似标识，若共存于上述相同或类似商品之上，容易使相关公众对商品来源产生混淆。某集团公司举证的其他案件的生效判决或裁定，与本案无关，某集团公司据此提出的被诉标识显著部分与涉案商标不构成近似的主张，本院不予支持。

因此，本院认为，被告某集团公司在相同商品上使用与涉案商标近似的标识，客观上容易导致消费者的混淆及误认。某集团公司在被诉标识宣告无效前及宣告无效后，均存在不同程度的主观恶意，因此，某集团公司使用被诉商标标识的行为构成对原告涉案商标的侵害。被告某集团公司关于不构成商标侵权，原告起诉没有任何事实和法律依据的辩解不成立，本院不予支持。被告 XXX 销售被诉侵权产品的行为，构成对原告河北某饮品公司注册商标专用权的侵犯，原告诉请被告 XXX 停止销售侵犯原告商标权产品于法有据，本院予以支持。

二、如果构成侵权，被告该承担何种民事责任。

《中华人民共和国商标法》第六十三条第一款规定，“侵犯商标专用权的赔偿数额，按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定；权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该商标许可使用费的倍数合理确定。对恶意侵犯商标专用权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支”。《中华人民共和国商标法》第六十

三条第三款规定，“权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益、注册商标许可使用费难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予五百万元以下的赔偿”。

本院认为，被诉行为的持续时间自2017年起算，根据某集团公司XXXX年及XXXX年的审计报告显示，2017年某集团公司“XXXX桃”销售收入为30489873.53元。且根据某集团公司2017年年报，XXX公司向某集团公司供应的灌装数量占某集团公司总量的12.83%。结合某集团公司2018年审计报告，被诉产品同X养生核桃（红箱）销售价格为21.60元/箱，被诉产品同X养生核桃（蓝箱）销售价格为23.01元/箱。每一箱装15罐，结合XXX公司自2017年至2019年期间，向某集团公司提供的被诉产品包装数量，2017年至2019年期间的由XXX公司生产的被诉产品销售额已达到32622302.04元（21232678÷15×21.60+1334580÷15×23.01元）。根据河北某饮品公司提供的（2021）皖淮公证字第XXXX桃号公证书及（2021）豫漯地证内民字第XXXX桃号公证书显示，2019年后，某集团公司还在生产被诉产品。某集团公司主张，河北某饮品公司主张的侵权行为属于重复主张，某集团公司销售一份产品只可能获得一份利润，在之前的案件已经对涉案产品的销售获利作出判赔的情况下，法院不能在重复作出判赔，让河北某饮品公司重复获利。但前案的案由为不正当竞争纠纷，本案案由为侵害商标权纠纷，两案不是同一法律关系，且前案判决参照的为某集团公司2018年下半年至2019年全年的侵权产品的销售金额，而某集团公司在前案判决生效后还在生产销售侵害原告河北某饮品公司商标权的商品。

本院认为，被告某集团公司即使在河南省高级人民法院涉案判决生效后仍继续生产销售侵害原告河北某饮品公司商标专用权的产品，具有明显的侵权恶意，应受到法律的惩戒。被告某集团公司的不应给予原告任何赔偿的理由不成立，本院不予支持。因原告河北某饮品公司未提供证据证明其因侵权行为遭受的损失或某集团公司因侵权所获得利益，因此，本院充分综合考虑涉案商标的知名度、某集团公司的经营规模、侵权产品销售范围、侵权性质、后果及其对侵权行为的认识程度及河北某饮品公司为制止侵权行为的合理开支等因素，尤其是被告某集团公司使用被诉标识存在明显主观恶意且在被诉标识无效宣告后还在使用的情形，酌情确定某集团公司赔偿河北某饮品公司经济损失及合理开支3000000元。本院综合考虑被告XXX作为个体工商户经营者，其销售被诉侵权产品的销售价格，河北某饮品公司为宣传其

产品投入费用，酌定XXX的赔偿金额为3000元。

关于河北某饮品公司请求判令某集团公司在《中国食品安全报刊》上刊登声明，向原告公开赔礼道歉一个月的诉讼请求，因河北某饮品公司未举证证明某集团公司的侵权行为确已损害了河北某饮品公司商誉的后果，故本院对该项诉讼请求不予支持。

综上，原告河北某饮品公司的部分诉讼请求部分成立，本院予以支持。依照《中华人民共和国商标法》第四十七条、第四十八条、第五十七条第二项，第六十三条第一款、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十七条规定，判决如下：

一、被告某集团公司于本判决生效之日起立即停止侵犯原告河北某饮品公司第15440XXX号“XXXX桃”注册商标专用权的行为；

二、被告XXX于本判决生效之日起立即停止销售侵犯原告河北某饮品公司第15440XXX号“XXXX桃”注册商标专用权的商品；

三、被告某集团公司于本判决生效之日起十日内赔偿原告河北某饮品公司经济损失及合理开支共计3000000元；

四、被告XXX于本判决生效之日起十日内赔偿原告河北某饮品公司经济损失及合理开支共计3000元；

五、驳回原告河北某饮品公司的其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十条之规定，应当加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费46800元，由原告河北某饮品公司负担18720元，被告某集团公司负担28052元，被告XXX负担28元。

如不服本判决，可以在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人或者代表人的人数提出副本上诉于河南省高级人民法院。

审 判 长　刘继伟

审 判 员　张素丽

审 判 员　石笑云

二〇二二年八月十七日

法 官助 理　马甲恒

书 记 员　许　娇

滑县某烧鸡公司与滑县张某海烧鸡店、河南某食品公司侵害商标权纠纷案

——河南东耀律师事务所　付春冰

案例简介：

案件背景：根据《滑县县志》记载，“清顺治十八年（公元1661年）卫河之畔，张姓商户，制作烧鸡……”从记载可知，道口烧鸡始创于公元1661年，距今已有三百多年的历史。乾隆五十二年（公元1787年）“义X张”字号先祖张炳接手烧鸡生意，得御厨好友刘义指点后确立“要想烧鸡香；八宝加老汤”的烧鸡制作工艺，生意日渐兴隆。张炳为感激好友刘义为烧鸡商铺确定字号“义X张”。

“义X张”烧鸡经过张氏后人不断传承已延续到第九代。张长贵系“义X张”第六代传人，第八代传承人张某有父亲张某修和张某海父亲张某胜均系张长贵之子。1982年张某有参与“义X张”商标设计并以河南省滑县食品有限公司的名义注册159XXX号“义X张”商标，后商标几经易手，最终于2019年4月11日归属于张某有创办的滑县某烧鸡公司。

案件纠纷：“义X张”后人之一张某海先后注册滑县张某海烧鸡店和河南某食品公司。其所生产、销售的烧鸡产品在包装显著位置标注有“义X张”字样，义X张烧鸡有限公司在发现后随即向人民法院主张权利，要求张某海烧鸡店、河南某食品公司停止侵犯其注册商标专用权并赔偿损失。

经安阳市中级人民法院、河南省高级人民法院审理，张某海烧鸡店、河南某食品公司的经营行为构成侵权，需立即停止，河南某食品公司需赔偿义X张烧鸡公司经济损失及维权合理开支80万元。

参评理由：

1.本案中出现“在先使用权与注册商标专用权对抗”、“著作权与注册商标专用权对抗”、“限制性使用指定字号”、“关于字号合理使用的必要性说明程度”等诸多法律实践问题，最高人民法院以判决形式确定，传统老字号后人可以在没有取得注册商标专用权的情况下，应严格限制性使用品牌商标标识，且不可以超过必要的说明程度，这值得承办人在内的法律工作者继续深入学习和总结。

2.“义X张”品牌烧鸡拥有数百年的发展历史，是重要的传统非物质文化的代表之一，人民法院依法处理“义X张”这样带有特殊家族文化背景的侵害商标权纠纷，对于活跃区域文化氛围、保护代表性非物质文化具有积极的推动作用；也给予像“义X张”一样历史悠久、技艺独特、品牌鲜明且为大众所熟知的老字号品牌处理如何合法、持续传承问题具有十分重要的研究、借鉴作用；

法律文书：一审代理词

代理词

审判长、审判员：

河南东耀律师事务所接受滑县某烧鸡公司托指派付春冰律师担任滑县某烧鸡公司与滑县张某海烧鸡店、河南某食品公司侵害商标权纠纷一案滑县某烧鸡公司的代理人，现代理人依据本案原告、被告提交证据并结合庭审情况发表如下代理意见：

一、两被告的经营行为已经侵害了原告的注册商标专用权，应当立即停止侵权行为。

1.本案中，被诉产品为烧鸡，与原告持有的159XXX号等注册商标核准使用类别一致，被告所生产和销售的产品除在包装中间偏左位置印制有较小的“张某海”商标外，还在包装袋中间偏右位置突出印制有颜色更深、字体更大的“义X张世家”字样，意在表明被诉侵权产品除来自于“张某海”和河南某食品公司之外，还来自于原告公司或者拥有原告授权。普通消费者在“认牌购货”过程中除注意到“张某海”商标以外，势必会注意到字体更大、颜色更突出的“义X张世家”字样，因此该字样具有识别商品和服务来源的作用，应当认定为商标意义上的使用，

2.被诉侵权产品上的“义X张世家”字样与原告持有的159XXX号等诉请保护的商标在核心识别元素构成、文字排列、读音及含义上一致，仅仅在局部字体上稍有差别，属于《商标法》第五十七条第二款规定的“未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的”情形。

二、两被告并不享有在先使用权利，张某海的著作权不能对抗原告的注册商标专用权。

1.原告并不否认张某海为“义X张”字号创始人张炳先生后人，但是这并不代

表其可以在没有取得相应权利或获得授权的情况下擅自以超过必要说明程度的形式在生产、销售烧鸡产品的过程中将“义X张”以商标的形式使用，更无权以获取经济利益为目的授权第二被告以上述方式使用“义X张”字样和标识。

2.第一被告经营者张某海没有任何证据其在159XXX号商标注册前已经将“义X张”文字使用在烧鸡产品生产、销售中，并且取得了一定的影响力，因此张某海和两被告均不能在实际经营过程中上字使用“义X张”字样和标识；

3.著作权保护的是在文学、艺术和科学方面有所创作的作品，属于智力成果。著作权人也应当正确行使自身权利，不能以使用作品为侵害他人商标权的依据。

4.被告所出示的美术作品“义X张世家”创作完成时间为2010年10月10日，首次发表日期为2011年7月10日,大幅度晚于159XXX号注册商标登记注册时间1982年6月30日，159XXX号注册商标设计、创作时，对该美术作品没有“接触可能性”，因此不存在“在先著作权”。

5.原告将保留追诉案外人“八代中和公司”违法、违规使用、授权商标的该行为。

综上所述，两被告在经营过程中未经允许擅自使用与原告诉请保护商标相同或近似的“义X张”标识（字样），已经侵犯了原告的注册商标专用权，依法应当立即停止侵权并且赔偿原告的经济损失。

以上代理意见供合议庭在评价、认定案件时参考。

此致

安阳市中级人民法院

代理人：河南东耀律师事务所律师

付春冰

年　月　日

裁判文书：二审判决书

河南省高级人民法院

民事判决书

（2022）豫知民终676号

上诉人（原审被告）：滑县张某海烧鸡店，住所地河南省安阳市。

经营者：张某海。

上诉人（原审被告）：河南某食品公司，住所地河南省安阳市。

法定代表人：卢某。

委托诉讼代理人：张某海。男，住址河南省滑县。

被上诉人（原审原告）：滑县某烧鸡公司，住所地河南省安阳市。

法定代表人：张某有，该公司总经理。

委托诉讼代理人：付春冰，河南东耀律师事务所律师。

上诉人滑县张某海烧鸡店、河南某食品公司因与被上诉人滑县某烧鸡公司侵害商标权纠纷一案，不服河南省安阳市中级人民法院（以下简称一审法院）（2022）豫05知民初245号民事判决，向本院提起上诉。本院于2022年10月12日立案后，依法组成合议庭，开庭审理了本案。上诉人张某海烧鸡店的经营者、河南某食品公司的委托诉讼代理人张某海，被上诉人义X张烧鸡公司的委托诉讼代理人付春冰到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

张某海烧鸡店、河南某食品公司上诉请求：请求撤销一审判决，改判驳回义X张烧鸡公司的诉讼请求或发回一审法院重审。事实和理由：一、本案“义X张”烧鸡字号系我国著名地方特色食品，是张某海烧鸡店经营者张某海的先人张炳独创的知名烧鸡品牌，创立至今已有二百三十多年，具有非常深厚的历史渊源，经过义X张创立人张炳及其传人的传承和发扬，以及国家和地方政府的保护，“义X张”品牌在烧鸡行业具有比较高的知名度和影响力。数代以来，道口“义X张”烧鸡品牌创始人张炳的子孙后代世代相传，张某海烧鸡店的经营者张某海与义X张烧鸡公司的法定代表人张某有均是义X张第六代传人张长贵的嫡亲孙子，张某有的父亲张某修与张某海的父亲张某胜是亲兄弟，本是同宗同族，同根同源的一家人，义X张烧鸡品牌系张炳的后人所共同享有的家族性品牌。因此，张氏后人在经营“义X张”烧鸡多年来形成了一个不成文的规定，特别是六到十代传人分枝众多，遍布各地，其制作工厂和作坊已达20多个，他们各自按照以下使用原则：1、张氏后人均有权使用“义X张”烧鸡相关品牌，共同发展“义X张”品牌；2、为便于区分来源，在使用中，加上各自的姓名要素以做区别，如第七代传人张某胜设立了“滑县道口某盛烧鸡有限公司”、第八代传人张某海设立了“滑县张某海烧鸡店”、“河南某食品公司”、第八代传人张仲玉设立了“洛阳市涧西区仲玉道口烧鸡店”、第八代传

人张某春设立了“滑县道口八代新春义X张烧鸡老铺”等等。张某海烧鸡店成立于2012年、河南某食品公司成立于2017年，自始均长期使用“义X张”和“义X张世家”的品牌，对“义X张”烧鸡品牌的传承和弘扬起到了积极的促进作用，并先后被河南省委宣传部授予“河南省民间文化杰出传承人”、河南省文化厅授予“河南省非遗项目代表性传承人”，安阳市人民政府颁授“义X张道口烧鸡”非遗项目保护单位。义X张烧鸡公司是在2019年11月28日取得29类第159XXX号义X张商标的使用权，故根据上述规定，张某海烧鸡店、河南某食品公司都具有在先使用权。河南某食品公司成立于2017年，系张某海烧鸡店的经营者张某海独自全资创立，公司成立后一直在使用“义X张”和“义X张世家”品牌。对此，原第29类159XXX号义X张商标的持有人，滑县食品公司和滑县某超市公司都未对张某海烧鸡店、河南某食品公司的经营使用加以干涉和阻止，张某海在使用“义X张”和“义X张世家”烧鸡品牌时，义X张烧鸡公司尚未取得商标使用权，根据商标法的规定，河南某食品公司也具有在先使用权。义X张烧鸡公司无权禁止张某海烧鸡店、河南某食品公司使用该烧鸡品牌。义X张烧鸡公司于2019年取得商标使用权后，也没有向张某海烧鸡店、河南某食品公司提出“附加适当区别标识”的意见、通知和要求，而直接向法院提起诉讼，张某海烧鸡店、河南某食品公司认为义X张烧鸡公司的理由不能成立。在一审中，义X张烧鸡公司为混淆是非，转移视线，使用虚假数字，谎称“第159XXX号”“第28634XXX号”“第28634XXX”“第33373XXX”等商标，“经原告数十年的经营及大量的广告宣传，具有很高的知名度”等等，自2019年11月28日至2021年并非经营数十年。一审判决认定张某海烧鸡店、河南某食品公司构成侵权错误。

二、“义X张”第八代传人张某有在设立义X张烧鸡公司时将“义X张”单独作为企业名称进行登记，违背了张氏家族的共同权益和利益。1982年《商标法》实施后，鉴于当时的企业体制，“义X张”商标注册在滑县食品公司名下，属于国有资产。随着市场经济的发展，企业改革，该商标于2014年转让至滑县某超市公司名下，该公司曾于2017年以义X张商标持有人的身份向国家知识产权局申请维权被驳回，由此可见，张氏后人在先使用的权利是受到国家商标法的保护和支持的，符合国家的相关法律法规。2018年7月份，张某有隐瞒事实，哄骗第八代传人张某和撤销了向安阳市中级人民法院递交的上诉状，背离张氏族人的整体意愿，私下以义X

张烧鸡公司的名义与滑县某超市公司签订商标转让协议，以770万元的价格购买了第29类第159XXX号“义X张”商标。义X张烧鸡公司的法定代表人张某有在取得“义X张”商标权后，超出其真实使用需求大量抢注“义X张”系列商标，以达到蓄意囤积和恶意独占“义X张”烧鸡品牌，垄断烧鸡市场的目的，不仅侵犯了张某海及其整个张氏后人众多烧鸡厂商和店铺对“义X张”商标所共同享有的包括商号权、字号权和历史传承内容的客观描述等在内的在先权利，同时其一系列的申请注册行为还涉嫌抢注其他张氏后人在先使用的并具有一定影响的“义X张祥纪”、“义X张老铺”等相关标识，而且也扰乱三百年来已在烧鸡行业所形成的稳定市场秩序，有损消费者的信赖利益，同时有违诚实信用原则。违反了《中华人民共和国民法典》、《中华人民共和国商标法》、《中华人民共和国反不正当竞争法》的相关规定和原则。为此，2021年11月26日，张某海烧鸡店、河南某食品公司的经营者张某海及其义X张传承人张某和、张某胜、张某春等向国家知识产权局提出申请，要求宣告义X张烧鸡公司于2019年5月21日注册的第28634XXX号“义X张世家”、第28634XXX号“义X张老铺”2020年5月1日第30838XXX号“义X张”、2020年7月2日第28634XXX号“义X张烧鸡老铺祥记”等在内的抢注系列商标无效。综上，张某海烧鸡店、河南某食品公司的行为不构成侵犯义X张烧鸡公司的商标专用权，请求二审法院依法裁决。

义X张烧鸡有限公司辩称，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，依法应当予以维持。具体理由：

一、张某海烧鸡店因为经营者张某海的身份才获得限制性“义X张”字样使用权利。首先，义X张烧鸡公司一审已经说明，并不否认张某海系“义X张”字号创始人张炳先生后人，基于此张某海才获得了在原有范围内不能超出必要说明程度的限制性“义X张”字样使用权利。同时表明，张炳先生后人的身份也不代表张某海个人及张某海烧鸡店可以在没有获得任何授权的情况下擅自将“义X张”相关字样或标识以商标的性质、形式在出售烧鸡产品过程中使用，并且在限制性使用“义X张”字样时也要配和鲜明的区分性标识用于将其生产、销售的烧鸡产品与义X张烧鸡公司的产品进行严格的来源性区分，避免给消费者造成混淆。其次，义X张烧鸡公司诉请保护的159XXX号商标注册时间为1982年6月30日，张某海烧鸡店及经营者均没有任何证据证明其在上述商标注册前已经在烧鸡行业中合法使用过“义X张”

字样或标识，并且已经取得一定的市场影响力，张某海烧鸡店成立时间为2012年5月4日，晚于159XXX号商标注册时间20年之久。而且需要注意的是，张某海烧鸡店一审时曾提交八代中和烧鸡公司对其关于159XXX号商标的使用授权书，并且明确表示滑县道口中和烧鸡店和河南某食品公司于2021年5月才开始被授权及使用159XXX号商标的，张某海烧鸡店在上诉状中的表述与一审当庭陈述完全相悖。因此滑县张某海烧鸡店及张某海个人并不享有将“义X张”字样作为商标使用的权利，仅仅因其张炳先生后人的特殊身份，可以在一定范围内，以不超过说明必要的程度使用“义X张”文字对其个人身世进行简单介绍，即严格的限制性使用“义X张”字样。

二、河南某食品公司不享有“义X张”字样、商标在先使用权利。首先，从河南某食品公司成立性质和时间上看，河南某食品公司于2017年5月11日由张某海独资设立，作为公司法人其没有获得任何“义X张”商标使用授权，在生产、销售烧鸡类产品过程中不能将任何“义X张”文字用于宣传和商品当中，即便是非必要性说明也属于攀附“义X张”商标市场影响力的行为，同时涉嫌违反《商标法》、《反不正当竞争法》相关法律规定。

其次，公司创立人张某海即便享有限制性“义X张”文字使用权利，但是依据商标法第五十九条之规定也不能超过原有使用范围，更不能授权他人使用。张某海于2017年成立河南某食品公司已经明显是在原有使用范围之外的新的经营行为，河南某食品公司不能在任何经营行为中使用“义X张”字样和标识。综上所述，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，请求法院依法驳回张某海烧鸡店、河南某食品公司的上诉请求，维持原判。

义X张烧鸡公司向一审法院起诉请求：1、判令张某海烧鸡店、河南某食品公司停止侵犯义X张烧鸡公司注册商标专用权的行为，包括但不限于销毁所有侵权产品、标识、相关包装盒、包装纸；2、判令张某海烧鸡店、河南某食品公司赔偿义X张烧鸡公司经济损失150万元（含调查取证、制止侵权、聘请律师等合理费用）；3、本案诉讼费由张某海烧鸡店、河南某食品公司承担。

一审法院认定事实：

一、义X张烧鸡公司成立于1999年6月25日，企业类型为有限责任公司（自然人投资或控股），经营范围：鲜烧鸡、软包装烧鸡、肉制品加工销售。张某海烧

鸡店成立于2012年5月4日，企业类型为个体工商户，所属行业为零售业，经营范围：零售烟、预包装食品、散装食品。河南某食品公司成立于2017年5月11日，企业类型为有限责任公司（自然人独资），所属行业为农副食品加工业，经营范围：生产销售卤制品；销售预包装食品兼散装食品。

二、1982年6月30日，河南省滑县食品公司经国家工商行政管理总局商标局核准，注册了第159XXX号“义X张”商标，核定使用商品/服务项目为第29类，包括：烧鸡。经多次续展，注册有效期至2023年2月28日。该商标于2015年3月5日转让予滑县某超市公司，于2019年4月11日转让予义X张烧鸡公司。

2019年2月14日，义X张烧鸡公司经国家工商行政管理总局商标局核准，注册了第28634XXX号“义X张世家”商标，核定使用商品/服务项目为第29类，包括：肉，鸡肉，加工过的肉，熟肉制品，动物肝，家禽（非活），注册有效期至2029年2月13日。

2019年2月14日，义X张烧鸡公司经国家工商行政管理总局商标局核准，注册了第28634XXX号“义X张老铺”商标，核定使用商品/服务项目为第29类，包括：熟肉制品，加工过的肉，鸡肉，家禽（非活），肉，动物肝，注册有效期至2029年2月13日。

2019年7月21日，义X张烧鸡公司经国家工商行政管理总局商标局核准，注册了第33373XXX号“义X张”商标，核定使用商品/服务项目为第29类，包括：肉，家禽（非活），腌制品，加工过的肉，鸡肉，包装好的肉，熟肉制品，肝，肉干，冷冻肉。注册有效期至2029年7月20日。

三、2020年11月23日，义X张烧鸡公司的委托代理人杜振杰、程国锋向安阳市豫安公证处申请保全证据公证。2020年11月24日下午，该公证处公证员王华、工作人员杨帆与申请人的委托代理人杜振杰、程国锋来到洛阳市涧西区湖北路天翔花园6号楼一间门楣处标有“道口烧鸡义X张世家电话13598499XXX”字样的商店，由杜振杰、程国锋、公证人员在商店内外使用公证处提供的手机进行拍照，取得照片3张；杜振杰以普通消费者的身份用其手机以支付宝支付方式支付了商品价款（人民币47元），在该商店购得烧鸡1只，取得名片1张，杜振杰将付款账单详情截屏，使用微信发给公证员王华，取得图片1张，所购商品由工作人员杨帆保管，杨帆在所购商品及名片上标注编号“10”。上述购买行为结束后，公证员王华、工作人员

杨帆在车内将所购买的烧鸡取出，对包装纸及包装袋进行封存。并对上述所购商品及封存情况进行拍照，取得照片5张。封存后的物品由杜振杰、程国锋保管。2020年12月30日，该公证处出具（2020）豫安豫证内民字第2132号公证书，对上述保全过程进行公证。

封存实物中，有白色塑料袋1个、红色标签纸1张、名片1张，其中：白色塑料袋左上角显示有“X胜”商标字样，上部显示有“道口义X张烧鸡”字样；中间部分显示有“义X张第八代嫡传人”字样；下部显示有“义X张第八代嫡传人张某海主理”字样。标签纸顶部显示有“义X张烧鸡老铺祥记”、“义X张嫡传第七代张某胜监理”字样，字体较小，右上角显示有“张某海”商标标　识，标识下面显示有“义X张八代嫡传人”字样；上部圆形图案中间竖排版有“义X张烧鸡老铺祥记”字样。名片左上角显示有“X胜”商标标识，中间位置显示有“烧鸡世家义X张第九代传人”字样，其中“义X张”三字为红色字，字体较大。

四、2021年1月20日，义X张烧鸡公司的委托代理人田红波、程国锋向安阳市豫安公证处申请保全证据公证。2021年1月21日下午，该公证处公证员王华、工作人员杨帆与申请人的委托代理人田红波、程国锋来到滑县焦虎乡S223省道与X008县道交叉口往南一间门楣处标有“八代X海烧鸡”字样的商店，由田红波、程国锋、公证人员在商店内外使用公证处提供的手机进行拍照，取得照片6张；程国锋以普通消费者的身份用其手机以微信支付方式支付了商品价款（人民币46元），在该商店购得烧鸡1只，程国锋将付款账单详情截屏，使用微信发给公证员王华，取得图片1张，所购商品由工作人员杨帆保管，杨帆在所购商品及名片上标注编号“14”。上述购买行为结束后，公证员王华、工作人员杨帆在车内将所购买的烧鸡取出，对包装纸及包装袋进行封存，并对上述所购商品及封存情况进行拍照，取得照片5张。封存后的物品由田红波、程国锋保管。2021年1月26日，该公证处出具（2021）豫安豫证内民字第595号公证书，对上述保全过程进行公证。

封存实物中，有红色手提袋1个、红色标签纸1张，其中：红色手提袋左上角显示有“X胜”商标标识，上部显示有“嫡传世家义X张”字样，“义X张”三字较大；左侧显示有“正宗八代义X张”字样；下部显示有“滑县X海烧鸡店”字样。标签纸顶部显示“义X张烧鸡老铺祥记”、“义X张嫡传第七代张某胜监理”字样，字体较小，右上角显示有“张某海”商标标识，标识下面显示有“义X张八代嫡传

人”字样；上部圆形图案中间竖排版有“义X张烧鸡老铺祥记”字样。

五、2021年1月26日，申请人义X张烧鸡公司的委托代理人田红波、程国锋向安阳市豫安公证处申请保全证据公证。2021年11月27日上午，该公证处公证员王华、工作人员杨帆与申请人的委托代理人田红波、程国锋来到内黄县朝阳路西318号一间门楣处标有“祖传义X张道口烧鸡”字样的商店，由田红波、程国锋、公证人员在商店内外使用公证处提供的手机进行拍照，取得照片2张；程国锋以普通消费者的身份用其手机以微信支付方式支付了商品价款（人民币45元），在该商店购得烧鸡1只，程国锋将付款账单详情截屏，使用微信发给公证员王华，取得图片1张，所购商品由工作人员杨帆保管，杨帆在所购商品及名片上标注编号“1”。上述购买行为结束后，公证员王华、工作人员杨帆在车内将所购买的烧鸡取出，对包装纸及包装袋进行封存，并对上述所购商品及封存情况进行拍照，取得照片5张。封存后的物品由田红波、程国锋保管。2021年1月29日，该公证处出具（2021）豫安豫证内民字第562号公证书，对上述保全过程进行公证。

封存实物中，有白色塑料袋1个、红色标签纸1张，其中：白色塑料袋左上角显示有“X胜”商标标识，上部显示有“张炳道口烧鸡”字样；中间部分显示有“义X张第八代嫡传人”字样；下部显示有“滑县X海烧鸡店”字样。标签纸顶部显示“义X张烧鸡老铺祥记”、“义X张嫡传第七代张某胜监理”字样，字体较小，右上角显示有“张某海”商标标识，标识下面显示有“义X张八代嫡传人”字样；上部圆形图案中间竖排版有“义X张烧鸡老铺祥记”字样。

六、申请人付春冰于2022年3月31日向联合信任时间戳服务中心申请时间戳认证，取证位置：安阳市文峰区朝阳路591号靠近中国建设银行（安阳朝阳支行），取证时间为2022年3月31日9：44分、11：29分、12：05分，取证图片显示：拼多多、京东商城网络平台上也在销售包装袋显示“义X张、”“义X张世家”字样的烧鸡，包装袋显示的生产企业为河南某食品公司。

七、义X张烧鸡公司提供的（2020）豫安豫证内民字第885号公证书载明：汤阴县城关镇人民路英英地方特产门市销售的道口烧鸡，手提袋上显示有“义X张世家”、“河南某食品公司”字样，标签纸显示有“义X张烧鸡老铺祥记”字样。

河南省高级人民法院于2021年7月30日作出（2021）豫知民终283号民事判决，判令河南某食品公司停止商标侵权，并赔偿义X张烧鸡公司经济损失及维权合

理开支2万元。

义X张烧鸡公司提供的（2020）豫安豫证内民字第890号公证书载明：安阳市殷都区鑫原副食日杂门市部销售的道口烧鸡，手提袋上显示有“义X张世家”、“河南某食品公司”字样，标签纸显示有“义X张烧鸡老铺祥记”字样。河南省高级人民法院于2021年8月3日作出（2021）豫知民终284号民事判决，判令河南某食品公司停止商标侵权，并赔偿义X张烧鸡公司经济损失及维权合理开支2万元。

义X张烧鸡公司提供的（2020）豫安豫证内民字第1882号公证书载明：原阳县鑫源生活超市销售的道口烧鸡手提袋上显示有“义X张世家”、“河南某食品公司”字样，标签纸显示有“义X张烧鸡老铺祥记”字样。

义X张烧鸡公司提供的（2021）豫安豫证内民字第660号公证书载明：滑县王庄镇X海烧鸡店销售的道口烧鸡手提袋上显示有“义X张世家”、“河南某食品公司”字样，标签纸显示有“义X张烧鸡老铺祥记”字样。

义X张烧鸡公司提供的（2021）豫安豫证内民字第2044号公证书载明：滑县道口镇解放中路县宾馆楼下张某海烧鸡店销售的道口烧鸡手提袋上显示有“义X张世家”、“河南某食品公司”字样，标签纸显示有“义X张烧鸡老铺祥记”字样。

一审法院认为，义X张烧鸡公司系第159XXX号、第28634XXX号、第28634XXX号、第33373XXX号等商标的注册权利人，上述商标取证时均在注册有效期内，依法应予以保护。《中华人民共和国商标法》第五十七条规定：有下列行为之一的，均属侵犯注册商标专用权：（一）未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的；（二）未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的；（三）销售侵犯注册商标专用权的商品的；……，（七）给他人的注册商标专用权造成其他损害的。

关于张某海烧鸡店经营者张某海是否享有“义X张”字号在先使用权的问题。《中华人民共和国商标法》第五十九条第三款规定：商标注册人申请商标注册前，他人已经在同一种商品或者类似商品上先于商标注册人使用与注册商标相同或者近似并有一定影响的商标的，注册商标专用权人无权禁止该使用人在原使用范围内继续使用该商标，但可以要求其附加适当区别标志。本案中，“义X张”字号系清朝顺治年间张炳所创，之后，经数代后人持续经营和发扬传承，“义X张”字号在烧

鸡行业具有一定的知名度和影响力。“义X张”商标的影响力来源于“义X张”历代经营主体的持续使用，张长贵系“义X张”字号的第六代传人，张某有的父亲张某修和张某海的父亲张某胜均是张长贵之子。张某有经营的义X张烧鸡公司虽然在2019年4月取得了第159XXX号商标的注册使用权，但在此之前和之后，张长贵后人张某胜、张某海也在长期从事烧鸡经营，并长期使用“义X张”字号，对“义X张”字号的传承和弘扬也起了一定的促进作用。张某海烧鸡店成立于2012年5月4日，其作为张某海个人经营的个体工商户，主张基于历史原因享有“义X张”字号的在先使用权，理由成立，该院予以支持。

《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第一条规定：下列行为属于商标法第五十七条第（七）项规定的给他人注册商标专用权造成其他损害的行为：（一）将与他人注册商标相同或者近似的文字作为企业的字号，在相同或者类似商品上突出使用，容易使相关公众产生误认的。根据该项规定，字号使用构成商标侵权的法定要件为：“商标性使用字号（突出使用字号）＋混淆的可能性”，故此，即使是在先字号，只要符合了上述法定构成要件，也同样会构成商标侵权。本案中，从义X张烧鸡公司提供的证据来看，张某海烧鸡店虽然在包装纸、包装袋上标注有“X胜”商标、“张某海”商标、滑县X海烧鸡店等字样，意在对商品的不同来源进行区分，但其在相同商品的包装纸、包装袋上突出使用“义X张”字号，仍会造成消费者的混淆和误认，符合商标侵权的构成要件，构成商标侵权。鉴于张某海烧鸡店经营者张某海系基于历史渊源等原因而使用，不具有主观恶意，应免于承担赔偿损失的侵权责任，但是，其使用“义X张”字号应限于原使用范围，不得许可或转让给他人（其他民事主体）使用，亦不得突出使用，并应在店面装潢、商品包装、宣传推广等方面附加显著区别标识，防止消费者的混淆和误认。

关于河南某食品公司是否构成商标侵权的问题。义X张烧鸡公司的第159XXX号商标于1982年6月30日被核准注册，第28634XXX号商标、第28634XXX号商标于2019年2月14日被核准注册，第33373XXX号商标于2019年7月21日被核准注册，河南某食品公司作为在相同地域、相同商品的经营者，在明知存在上述已注册商标的情况下，未经义X张烧鸡公司许可，仍在涉案商品包装上突出使用“义X张”字样，容易导致相关公众的混淆和误认，侵犯了义X张烧鸡公司的注册商标专用权，依法应当承担停止侵权、赔偿损失的民事责任。

河南某食品公司辩称其对“义X张”字号享有在先使用权，但 是，其并未举证证明在义X张烧鸡公司取得第159XXX号等 商标之前，已经在先使用“义X张”标识。河南某食品公司辩称其股东张某海系张炳后人，对“义X张”字号享有在先使用权，因张某海与河南某食品公司一个是自然人，一个是有限公司，分属不同的民事法律关系主体，张某海基于历史渊源等原因对“义X张”字号享有在先使用权，并不能当然推定出其亦享有在先使用权，而且，张某海再授权其使用“义X张”字号，已经超越了张某海的原使用范围，故河南某食品公司的该项抗辩理由亦不能成立，该院不予采纳。

关于河南某食品公司的赔偿数额的问题。根据《中华人民共和国商标法》第六十三条第一款、第三款的规定，侵犯商标专用权的赔偿数额，按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定；权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该商标许可使用费的倍数合理确定。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益、注册商标许可使用费难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予五百万元以下的赔偿。根据《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十六条第二款的规定，人民法院在适用商标法第六十三条第三款规定确定赔偿数额时，应当考虑侵权行为的性质、期间、后果，侵权人的主观过错程度、商标的声誉及制止侵权行为的合理开支等因素综合确定。本案中，义X张烧鸡公司未举证证明因被侵权所受到的实际损失，也未能提供证明河南某食品公司获得利益数额方面的证据，该院在法定赔偿限额范围内，综合考虑涉案商标的知名度、河南某食品公司侵权行为的性质、期间、侵权方式和销售范围、主观过错程度以及义X张烧鸡公司为制止侵权所支出的合理开支等因素，确定河南某食品公司赔偿义X张烧鸡公司经济损失及维权合理开支共计80万元，对义X张烧鸡公司主张的超出部分不予支持。

综上所述，一审法院综合考虑“义X张”品牌的历史渊源、后期贡献情况、商标注册情况，以及民法的诚实信用原则，在维护有序竞争的同时，实现竞争者之间的包容性发展，依照《中华人民共和国商标法》第五十七条、第五十九条第三款，第六十三条第一款、第三款，《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第一条第（一）项，第十六条第二款的规定，判决：一、张某海

烧鸡店、河南某食品公司立即停止侵害义X张烧鸡公司注册商标专用权的行为；二、河南某食品公司于本判决生效之日起10日内赔偿义X张烧鸡公司经济损失及维权合理开支共计80万元；三、驳回义X张烧鸡公司的其他诉讼请求。案件受理费18,300元，由义X张烧鸡公司负担6,400元，由张某海烧鸡店负担100元，由河南某食品公司负担11,800元。

本院二审期间，当事人未提交新证据。本院对一审法院查明的事实予以确认。

根据当事人上诉和答辩情况并询问各方当事人意见，本院归纳本案二审的争议焦点为：张某海烧鸡店和河南某食品公司是否享有涉案商标的在先使用权，张某海烧鸡店和河南某食品公司是否侵犯了义X张烧鸡公司注册商标专用权。

本院认为，一、关于张某海烧鸡店和河南某食品公司是否享有涉案商标的在先使用权的问题。（一）关于张某海烧鸡店是否享有涉案商标的在先使用权的问题。《中华人民共和国商标法》第五十九条第三款规定：商标注册人申请商标注册前，他人已经在同一种商品或者类似商品上先于商标注册人使用与注册商标相同或者近似并有一定影响的商标的，注册商标专用权人无权禁止该使用人在原使用范围内继续使用该商标，但可以要求其附加适当区别标识。本案中，“义X张”是无固定含义的臆造词，具有较强的固有显著性。从历史渊源看，“义X张”字号系张炳所创，由张炳家族世代传承和持续使用至今，已有两百余年，在烧鸡行业具有一定的知名度和影响力。张某海烧鸡店经营人张某海和义X张烧鸡公司法人张某有均为张炳后人，均从事烧鸡制作经营并持续使用“义X张”字号，虽然第159XXX号“义X张”商标于2019年转让至义X张烧鸡公司，但不能因此否认张某海在“义X张”字号在使用上的合理承继，且张某海获得的“河南省民间文化杰出传承人”“河南省非遗项目代表性传承人”等荣誉说明其对“义X张”字号的传承和弘扬起到了积极地促进作用，其合理使用“义X张”字号并不具有攀附“义X张”商标的主观意图，张某海烧鸡店作为张某海个人经营的店铺，在其生产经营的产品名称中使用“义X张”有其合理依据，且该店铺已持续经营十余年，通过多年的产品销售、广告宣传等已有相对固定的消费群体，在相关公众中产生了一定的影响，故享有涉案商标的在先使用权，可在原使用范围内继续使用。

（二）关于河南某食品公司是否享有涉案商标的在先使用权的问题。义X张烧鸡公司享有注册商标专用权的第159XXX号商标于1982年6月30日被核准注册，而

河南某食品公司于2017年5月11日注册成立，在明知存在“义X张”商标的情况下，仍在其商品上使用“义X张”字样，并非善意使用；且河南某食品公司未提供充分证据证明在义X张烧鸡公司取得第28634XXX号、第28634XXX号、第33373XXX号注册商标权专用权之前，已经在先使用并具备了一定的影响力，因此河南某食品公司不能构成商标的在先使用，对于张某海烧鸡店、河南某食品公司的该项上诉理由，本院不予支持。张某海烧鸡店、河南某食品公司关于其股东张某海系张炳后人、享有在先使用权的问题，张某海与河南某食品公司并非同一民事法律关系主体，无论张某海是否享有在先使用权，都不能证明河南某食品公司享有在先使用权；即便张某海享有在先使用权，其再授权河南某食品公司使用，已经超出了“原使用范围”，不符合商标法的相关规定，故张某海烧鸡店、河南某食品公司的该项上诉理由亦不成立，本院不予采信。

二、关于河南某食品公司是否侵犯义X张烧鸡公司注册商标专用权的问题。《中华人民共和国商标法》第五十七条第一款、第二款规定，未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的；未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的，均属侵犯注册商标专用权。本案中，义X张烧鸡公司依法取得第159XXX号、第28634XXX号、第28634XXX号、第33373XXX号注册商标，核定使用商品/服务项目为第29类：烧鸡等，诉讼期间处于有效存续期间，依法应当受到法律保护。被控侵权商品上使用“义X张”标识，与义X张烧鸡公司的第159XXX号、第28634XXX号、第28634XXX号、第33373XXX号注册商标的文字相同或近似，容易使相关公众对商品的来源产生误认，或认为其来源与权利人注册商标的商品有特定的联系，河南某食品公司未经义X张烧鸡公司许可，在涉案侵权产品包装以及包装袋上印有“义X张”字样，侵犯了义X张烧鸡公司的注册商标专用权，依法应当承担相应的民事责任。关于张某海烧鸡店、河南某食品公司上诉主张的义X张烧鸡公司恶意申请注册28634XXX号“义X张世家”、第28634XXX号“义X张老铺”、第30838XXX号“义X张”、第28634XXX号“义X张烧鸡老铺祥记”等在内的抢注系列商标无效、应属无效的理由，应向商标行政机关提出行政异议，并非本案民事纠纷的审理范围，本院对此不予评述。

综上所述，张某海烧鸡店、河南某食品公司的上诉请求不能成立，应予驳回；

一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十七条第一款第一项规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费12,800元，由滑县张某海烧鸡店负担1000元，河南某食品公司负担1,1800元。

本判决为终审判决。

审 判 长　宋旺兴

审 判 员　赵玉香

审 判 员　闫　冬

二〇二三年三月十七日

法 官助 理　王　靖

书 记 员　李侦侦

洛阳某工艺美术品有限公司诉高某军著作权权属、侵权纠纷案

——河南洛太律师事务所　栗倚龙、姚显营

案例简介：

洛阳某工艺美术品有限公司是名称为“唐三彩剪鬃马”、作品登记号为国作登字-2021-F-0017XXXX的美术作品（以下简称涉案作品）的被独占许可人，有权独自对侵犯该美术作品著作权的行为追究法律责任，该美术作品的作者为洛阳某工艺美术品有限公司法定代表人冯某。

洛阳某工艺美术品有限公司经调查发现，被告高某军未经许可擅自复制、发行洛阳某工艺美术品有限公司享有著作权美术作品的商品，并在自营的熠辉三彩店内展示销售了该作品。经洛阳某工艺美术品有限公司取证后比对，发现被控侵权产品与涉案作品在整体上高度近似，已经构成了实质性相似，洛阳某工艺美术品有限公司认为熠辉三彩店未经许可擅自销售被控侵权产品的行为，已经属于侵犯著作权之发行权、复制权行为，双方私下协商未果，洛阳某工艺美术品有限公司遂起诉至洛阳市老城区人民法院，并委托河南洛太（郑州）律师事务所栗倚龙、河南洛太律师事务所姚显营为其代理人。

洛阳市老城区人民法院经过两次开庭审理，认为该案为洛阳唐三彩首例侵权纠纷，涉及洛阳市唐三彩非遗产业，案件原被告同为唐三彩从业人员，且是同村，案件结果对非遗产业有重大影响，遂提请洛阳市中级人民法院提级审理。洛阳市中级人民法院研究认为该案决定将本案移送中级人民法院审理，由洛阳中院党组书记、院长徐哲担任审判长。洛阳市中级人民法院对本案召开三次庭前会议，并于2023年10月19日下午公开审理本案。

参评理由：

本案系典型美术作品著作权权属、侵权纠纷，争议焦点为：1.涉案《唐三彩剪鬃马》是否具备独创性，构成受著作权法保护的美术作品；2.被诉侵权产品与权利作品是否构成实质性相似；3.原告主张的赔偿数额是否具有法律依据。

案件特殊性与难点在于：1.原被告系同村唐三彩从业者，南石山村作为国家级

非遗“唐三彩烧制技艺”核心传承地，占据全国九成市场份额，本案系该领域首例同业侵权纠纷；2.需在传承与创新间划定法律边界：既要保护创新成果，又需兼顾千年传统工艺的创作空间限制；3.裁判尺度影响深远：若认定独创性标准过高，将抑制从业者创新；若标准过低，或引发滥诉并抬高司法门槛，最终反噬行业发展。

审理过程中，合议庭与代理人形成共识：1.需通过个案明确传统工艺品的独创性认定规则，平衡保护与行业发展；2.倡导柔性解纷方式，避免刚性裁判对非遗生态的潜在冲击。经多次论证，确立“法律释明+行业调解”双轨思路：1.结合唐三彩工艺特点，向当事人阐释作品相似性认定标准；2.推动双方达成行业示范性和解。

最终经多方努力，原被告达成和解：1.被告立即停止生产、销售涉案侵权产品；2.被告赔偿原告经济损失；3.原告撤回起诉。法院同步向唐三彩协会发出非遗保护司法建议。

总结与启示：

1.行业视角的办案思维突破：代理人从单纯诉讼代理转向行业治理参与者，通过个案推动建立“政府监管+协会自律+法律保障”的三彩产业知识产权保护体系；

2.非遗司法保护方法论创新：采用“提级审理+示范调解+司法建议”组合拳，实现“审理一案、治理一片”效果；

3.诉源治理实践样本意义：联合行业协会、村委会建立侵权预警机制，开发唐三彩作品著作权登记指引，从源头减少纠纷。

法律文书：一审代理词

代理词

洛阳市中级人民法院：

河南洛太（郑州）律师事务所接受洛阳某工艺美术品有限公司委托指派栗倚龙律师为代理人，现代理人就原告洛阳某工艺美术品有限公司诉被告孟津县某工艺厂、高某军侵害著作权纠纷一案中关于原告是否享有著作权及被告是否构成侵权发表以下代理意见：

一、案涉名为“唐三彩剪鬃马”的唐三彩立马俑符合著作权法关于作品独创性的要求，应当认定原告享有著作权。

结合《中华人民共和国著作权法》及《北京高院著作权审理指南》第2.2条从

“独”和“创”两方面对独创性判断作出规定，“独”要求作者独立创作完成，“创”要求对表达的安排体现作者的选择、判断。原告名为“唐三彩剪鬃马”的唐三彩立马俑系作者冯某独立创作完成，且作品体现了作者的智力创作成果。

（一）在独立完成方面，原告已向法院提交了创作原稿、淘宝网发表记录和销售记录，以及原告作品的著作权登记证书。该组证据能够证明案涉“唐三彩剪鬃马”系作者冯某个人独立创作完成。

同时，案涉“唐三彩剪鬃马”虽然是仿古马，但原告并非对唐三彩立马俑出土文物或其他人立马俑作品的简单复制，而是在已有出土文物的基础上进行再创作，该马匹采用的概括与变形手法相结合、配饰选择和颜色搭配方面融入了作者对唐三彩艺术的理解，投入了作者艺术创作的智慧，既有对传统唐三彩立马俑的传承，又有作者自己的创新。

（二）关于案涉作品的创新分析

首先，唐三彩马的造型表现手法

1.概括手法（写实手法）

概括手法是在马的外观制作上，参照现实生活中马的造型融入三彩马的制作中，塑造形象栩栩如生，常见造型有奔马俑、提腿马俑和立马俑三种造型。其中立马俑是唐三彩马中最常见的马俑形象。

2.夸张手法

工匠在三彩马的制作中加入了一定的夸张手法，具体表现在对唐三彩马的颜色运用和装饰的绘制，而装饰又是陶器外观造型上最吸引人注意的一部分。合理颜色的搭配以及丰富的装饰手法更能体现工匠对艺术的理解。唐三彩马的颜色多以黄、白、绿三种颜色为主要颜色，马身饰以丰富元素，尤以铃铛、雕花配饰、马鞍和披毯为主。

3.变形手法

变形手法是在制作过程中，为了突出表现作品的特点，改变原有物体的形态，刻意夸大或缩小原有形象的造型比例，将每个部位往人们认为美的方向创作。在马俑的制作上，工匠用变形的手法将马俑的身材比例细节进行调整，将马俑制作得更“肥”，用变形的手法将马俑的身材比例细节进行调整，形成强烈对比的艺术效果。

其次，原告作品的创新分析

首先，原告作品的创新主要体现在立马俑的整体造型上，在造型方面结合概括手法和变形手法在保留唐三彩马的神韵，在唐三彩马体态肥硕、颈部宽大、臀部丰满基础上，融合写实马的特点，将三彩马的“肥”转变成“健壮”，具体体现在以下几方面：

1.缩小马臀部的比例，传统三彩马臀部圆润丰满，马背凹陷夸张，原告作品借鉴写实马的特征，减小马臀部的尺寸，并在臀部与后腿的衔接处线条更加平顺，更能突出马后腿的健壮。

2.缩小马胸部的尺寸，增强线条，降低了传统三彩马胸部突出有下坠感的视觉效果，马胸部和马头至胸部顺向沿马脖刻画的线条增加了马匹的肌肉感，使马匹在整体造型上凸显出健壮而非肥硕的艺术效果。

3.原告作品同时保留了三彩马颈部宽大的传统，采用直脖微微上扬的造型，马头的比例较为写实，较传统三彩头小、颈长、膘肥体壮的结构，原告马头尺寸较大，且马头方向为正面朝前，马头与马颈的组合在整体结构上，宽大的马颈和较大的马头与相对较小的马臀使得整匹马的重心往前移，落在马前腿的位置，配合直立状态的前腿，使得马匹整体观感上具有良好的平衡感。

4.唐三彩马在颜色运用和装饰手法的绘制上展现了匠人对三彩艺术的理解。颜色搭配方面，原告马匹整体以棕色为主，颜色偏深色，因此在配饰设计与颜色选择方面采用亮色，马鞍披毯、流苏铃铛、马臀部的贴花均以绿色为主，披毯、贴花又选择黄色作为点缀。马匹的棕色能够突出绿色的配饰，而绿色又能凸显黄色。配饰选择方面，原告马匹整体设计是立马俑，为静态设计，因此在铃铛配饰的选择上使用流苏造型，而非铜铃铛造型，静态马使用铜铃铛难以体现动与静的感官体验。由于马匹的重心靠前，有随时向前走动的延伸感觉，马胸前流苏状的铃铛会给人随马匹走动或被风吹动而摇晃的感觉，马虽未动，但又有动态的视觉。

综上所述，原告名为“三彩剪鬃马”虽然所使用的元素均为唐三彩艺术领域的公共元素，但该马匹采用的概括与变形手法相结合、配饰选择和颜色搭配方面融入了作者对唐三彩艺术的理解，投入了作者艺术创作的智慧，既有对传统唐三彩立马俑的传承，又有作者自己的创新。

根据《中华人民共和国著作权法实施条例》第二条规定，著作权法所称作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果。第

四条第八项规定，美术作品，是指绘画、书法、雕塑等以线条、色彩或者其他方式构成的有审美意义的平面或者立体的造型艺术作品。本案涉案名为“三彩剪鬃马”符合著作权法保护的作品特征，应当受到著作权法的保护。

再次，关于原告作品与高水旺飞霞骠（证书编号：FXB50SCJF200500120010）作品的比对分析。

原告作品与高水旺证书编号：FXB50SCJF200500120010 名为飞霞骠作品具有明显的差异，具体表现在以下方面：

1.整体造型方面，高水旺飞霞骠作品整体造型虽然也为立马俑造型，但马身更为肥壮，马身与马腿比例更小，马脖与马身过渡不明显，且马脖更短，马身尤其是马胸部和马脖处的肌肉线条不明显，整体造型视觉效果更“肥”。这与唐三彩马以肥为显著特征的传统造型相符。

2.马首歪向一侧，并非直向朝前。马首的不同对整匹马的造型立意具有至关重要的影响，原告作品马首直向朝前展现的是礼仪马静态肃穆端庄的造型，高水旺飞霞骠马首侧向一边则打破了静态的感受。

3.佩饰与颜色方面。佩饰与颜色的不同具有最直观的视觉差异。高水旺作品立马俑采用深蓝色，马鞍披布配以橙色，整体视觉以蓝、橙、白三色为主。原告作品马匹通体为棕色，马匹披布配以绿色，其他元素配以黄色为点缀，整体视觉以棕、绿、黄三色为主。在配饰方面，高水旺马匹的铃铛配以写实铜铃铛，马臀部的贴花造型较小，数量较多，采取上下错落分布；原告作品的铃铛以流苏造型，马臀部贴花配为玉佩状，造型较大，纹饰较复杂，并列排布，与高水旺作品有明显的不同。

综上分析，高水旺作品仍以传统马的“肥”为主要特点，整体直立的静止状态采用“歪头”的方式体现动静的结合。而原告作品偏向写实手法，体现马匹的“壮”。在配饰、颜色等公共元素使用方面具有完全不同的搭配，两者的作品具有明显的差异。

（三）关于认定作品是否具有独创性的尺度及唐三彩创作空间分析

首先，司法实践中关于认定作品独创性的尺度

北京市高级人民法院（2020）京民再 128 号民事再审判决指出，从文义解释的角度来看，作品一般定义中的“独创性”要求系指“具有独创性”。作品的独创性源自作者的创作。作品是否具有独创性与作者是否从事了创作，属于同一个问题的

两个判断角度，而创作是一种事实行为，对于是否存在创作这一事实行为，只能定性，而无法定量；同理对于作品的独创性判断，只能定性其独创性之有无，而无法定量其独创性之高低。北京市高级人民法院认为，作品的独创性是有无之分，也就是说，具有独创性即构成作品，而非独创性高或者较高才构成作品。无论是作品还是独创性，均系《中华人民共和国著作权法》上的法律概念，法律概念是否成立系法律判断，故在判断标准上以有无区分更为妥当和周延。（摘自《著作权法原理解读与审判实务》北京市高级人民法院知识产权庭编著）

华东政法大学教授、博士生导师王迁在其《知识产权法教程》（第六版）也指出，作品独创性中“创”的要求与质量和价值毫无关系。美国著名的霍姆斯法官曾经说过：“由那些只受过法律训练的人来判断美术作品的价值是危险的。一方面，有些极具天才的绘画一开始不被人们欣赏，另一方面，有些在法官看来缺乏美学价值和教育意义的作品却能够被一些民众所接受。不能因为这些民众的口味低就认为这幅绘画不受版权保护”。（摘自王迁《知识产权法教程》第六版，第 37 页）。

其次，关于唐三彩创作空间及创新环境分析

唐三彩行业目前受困于多方面因素阻碍三彩行业的发展，并且经过将近两千年的发展，传统唐三彩的创新空间已经变得非常狭小。

1. 唐三彩行业产业分布和从业人员分布过于集中，且缺乏创新能力。

2021 年孟津县文化广电和旅游局王勉、杨超敏共同发表的名为《南石山·唐三彩产业发展现状及对策》一文中指出三彩产业发展现状，南石山村每年的唐三彩产品占据了全世界产量的 90%以上。在发展困境部分也指出非物质文化遗产后继乏人，面临失传以及唐三彩产业整体效益不高，产业失衡的问题。绝大部分唐三彩企业以传统唐三彩生产为主，产品品质一般，特色不鲜明。

目前从事唐三彩行业的人员 90%以上集中在南石山村，基本是南石山村的村民，唐三彩行业发展是 20 世纪 30 年代，孟津县南石山村高良田等民间艺人在修复三彩文物的基础上，成功制作出仿制品起步的。1949 年新中国成立后仍是以提升仿制技艺为主，并没有重点培育创新人才，导致现在三彩行业从业人员仍缺乏创新能力。

2. 内部人员相互抄袭已成惯例，从业人员创新动力不足

前述已讲明，目前三彩行业从业人员集中在南石山村，且为南石村的村民。村民之间存在着错综复杂的社会关系，村内以高姓为主，彼此之间沾亲带故。对于创

新作品往往一经发布就引来其他村民的争相模仿，加之同村关系，往往抱着抬头不见低头见的心理对模仿抄袭忍气吞声，反过来，被模仿者也会主动模仿别人作品，形成相互抄袭的行业潜规则。久而久之，主动创新且有版权保护意识的人成为少数，在复制传统作品成为主流。

3.历史发展对唐三彩特点形成固有印象，大胆创新不被市场认可，只能在继承传统的基础上进行细微创新。

唐三彩与其他瓷器的市场认可不同，对于其他瓷器是以窑口作为划分标准，比如汝窑、哥窑、景德镇等，对于瓷器的器型并没有过多要求，因此，对于其他瓷器的发展不局限于工艺品领域，可以生产实用品。但唐三彩不同，社会对唐三彩的认可是以器型、颜色为标准，并且以器型为主，形成固有标准。市场以出土文物为基础，只认可与出土文物相似的器型，比如肥硕的马匹、骆驼、仕女俑等。导致从业人员也以生产模仿出土文物造型为主。对于创新造型市场往往不予认可，且不认为是唐三彩制品，故，三彩行业的从业人员以市场为导向的创新空间非常小。

基于此，代理人认为，原告的作品能在如此狭小的创作空间中有所创新属实不易，在如此混乱的市场环境中敢于保护自己作品更为不易。

二、被告作品系对原告作品的抄袭，应认定为侵犯原告著作权。

我国司法实践中对侵权作品的认定遵循“接触+实质性相似”原则，代理人认为，原告作品发布后，被告能够通过多种渠道接触原告作品，并且经比对，被告作品与原告作品构成实质性相似，可以认定被告作品为侵权作品，具体理由如下：

（一）原告作品完成后即上网销售，同时也在原告自营的店铺出售，被告与原告同村，完全能够接触到原告作品。

首先，原告与被告同村，被告还向原告学习过唐三彩的烧制工艺，并且，被告烧制唐三彩的窑炉还经过原告法定代表人的指点与帮助。双方平时有非常多的接触机会。同时，原告作品在创作完成后于2019年7月9日在淘宝网上上架销售，并于2019年8月20日在网上销售出第一匹三彩马。同时，在原告自己的线下店铺中也上架案涉三彩马进行销售。因此，被告有多种机会和渠道可以接触到原告案涉作品。

其次，被告销售的三彩马与原告作品构成实质相似。

被告销售产品与原告作品在整体造型和马匹佩饰方面均构成相似

1.整体造型方面

本案原告作品仿唐三彩马整体为直腿站立状态的马匹造型，马头直向朝前，马匹口部微张，马唇呈自然向下状态；马脖为粗壮直线造型，呈现三角形状；马鬃呈长方体整齐修剪形状，马额头处留有一束马毛；马身上有马鞍、披布、挂铃、流苏、挂绳、贴花等佩饰；马尾短小，呈向上翘起的状态。

马匹整体为棕色，马腿膝关节以下部分和马尾为白色，马蹄为黑色设计。

2.马匹佩饰方面

（1）马头处和环绕马背有挂绳设计。

在马头处分别在马脸部左右呈对称状设计挂绳，马嘴处有环绕一圈的挂绳；马背的挂绳在马尾和马脖处绕至马尾和马脖下方形成绕马背一圈的挂绳，在马背正中间被马鞍和披布遮盖。从马匹的正上方观看马背处的挂绳被分割成前后两个部分，挂绳呈白色，挂绳上均匀分布黄色正方形绳结

（2）在马额头正中间和马匹胸前有挂铃佩饰，马胸部的挂铃共5个，马胸部正中间1个，左右两侧各两个呈对称设计挂铃与绕胸部的挂绳绳结相连接，呈现出在挂绳上的状态；挂铃为黄绿配色，整体为绿色，挂铃上部有黄色缠绕设计，整体呈流苏状；

（3）马臀部的挂绳上挂有贴花佩饰，在马臀部两侧的挂绳绳结上呈对称设计，两侧各有三个；贴花佩饰中间为黄色，外部为绿色，整体呈玉佩状；

（4）马背上有马鞍设计，在马上挂有披布，披布能覆盖整个马鞍，并自然下垂至马腹部，微微低于马腹部。披布为绿色，在披布上有点状分布的黄色流苏装饰；

经比对，涉案侵权仿唐三彩马与原告作品在整体造型、马匹佩饰及佩饰形状、数量等方面相近似，已构成实质性相似。

第三，被告举证自己作品的《作品登记证书》不能作为被告不侵权的抗辩理由

首先，作品登记证书并非著作权权属证书，根据《作品自愿登记试行办法》第一条规定：为维护作者或其他著作权人和作品使用者的合法权益，有助于解决因著作权归属造成的著作权纠纷，并为解决著作权纠纷提供初步证据，特制定本办法”。该条明确了登记的意义是为解决著作权纠纷提供初步证据，而非认定著作权权属，因此，在著作权纠纷中《登记证书》并不是作为判定是否享有著作权以及著作权归属的依据。

其次，被告在做作品登记时提供的作品完成时间为2007年3月25日，发表时

间为2017年1月6日。但并未向法庭提交任何有关创作完成以及发表的相关记录。不能够证明被告对案涉侵权作品享有著作权。

另外，原告于2022年7月28日在洛阳市老城区人民法院进行立案登记，被告于2022年10月8日进行作品登记。被告对其白色三彩马作品进行登记且无法提供创作和发表的相关证据，代理人认为，被告的登记行为并不能对抗其三彩马的侵权认定。

综上，代理人认为，原告名为“唐三彩剪鬃马”的唐三彩立马俑符合著作权法关于作品独创性的要求，应当认定原告享有著作权。同时，被告售卖的案涉唐三彩马匹与原告作品构成实质性相似，应当判定被告侵权行为成立。以上意见供合议庭参考，望予以采信。

此致

洛阳市中级人民法院

代理人：河南洛太（郑州）律师事务所

栗倚龙

年　月　日

裁判文书：一审裁定书

河南省洛阳市中级人民法院

民事裁定书

（2023）豫03知民初35号

原告：洛阳某工艺美术品有限公司，住所地河南省洛阳市。

法定代表人：冯某，该公司总经理。

委托诉讼代理人：栗倚龙，河南洛太（郑州）律师事务所律师。

委托诉讼代理人：姚显营，河南洛太律师事务所律师。

被告：高某军，男，汉族，住河南省洛阳市。

委托诉讼代理人：高某（系高某军之子），男，汉族，住河南省洛阳市。

委托诉讼代理人：王嘉诚，河南周鼎律师事务所律师。

原告洛阳某工艺美术品有限公司与被告高某军著作权权属、侵权纠纷一案，本院于2023年4月28日立案后，原告洛阳某工艺美术品有限公司于2024年1月26

日以双方达成和解协议并已履行为由，向本院提出撤诉申请。

本院认为，原告洛阳某工艺美术品有限公司的撤诉申请系其真实意思表示，且不违反法律、行政法规的规定，也未损害国家利益、社会公共利益及他人的合法权益，应予准许。

依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十八条第一款规定，裁定如下：

准许原告洛阳某工艺美术品有限公司撤诉。

案件受理费1150元，减半收取575元，由原告洛阳某工艺美术品有限公司负担。

审 判 长　徐　哲

审 判 员　杨　楚

审 判 员　杨　帆

二〇二四年一月二十六日

法官助理　刘育芳

书 记 员　付艺博

某品牌策划公司诉程某、河南某知识产权代理公司侵犯商业秘密纠纷案

——河南法铎律师事务所　郑雨晴

案例简介：

原告某品牌策划公司（以下简称“原告”）成立于2020年，主营知识产权服务、商标代理、版权代理等业务。被告程XX于2022年9月1日入职原告公司，担任知识产权顾问主管，利用原告提供的客户信息，通过电话、微信销售的方式办理商标、版权、专利的注册代理业务。

2022年12月22日被告程XX（在原告任职期间）借用其妻子党XX的名义注册了被告河南XX知识产权代理有限公司（以下简称“X航公司”）。2023年2月1日，被告程XX无故旷工，并私自携带原告客户、工作微信等材料（均属于原告的经营秘密），随即入职X航公司，利用其了解和掌握的原告公司的客户资料等经营信息，以被告X航公司的名义成交业务。

2023年3月20日，原告依法向洛阳市老城区人民法院提起民事诉讼，并于2023年5月18日向洛阳市洛龙区市场监督管理局举报程XX等涉嫌侵犯该公司商业秘密。经听证程序后，2023年10月16日洛阳市洛龙区市场监督管理局做出洛龙市监罚字【2023】80号行政处罚决定书、洛龙市监罚字【2023】82号行政处罚决定书，程XX及X航公司分别被罚款人民币10万元。2024年8月2日洛阳市老城区人民法院出具（2024）豫0302知民初118号民事判决书，判定被告程XX及被告X航公司共同侵犯原告商业秘密，并依法承担赔偿责任。

参评理由：

当前，在知识产权代理行业公司间存在大量相互窃取客户信息的行为，这不仅会破坏公平竞争环境，加剧恶性竞争，也会引发市场主体对知识产权代理的信任危机。

商业秘密侵权案件取证和认定是相对困难的，本案代理律师前期为原告做了企业商业秘密合规管理工作，包括客户信息的整理加密、签署《保密协议》、商业秘密保护培训等，保障了公司商业秘密的三性。被侵权后，律师立即对被告程XX的EC客户管理系统进行取证，统计客户信息、收集侵权证据、起草报案材料提交市场监

督管理局，同时提请法院民事诉讼。

在市场监督管理局听证程序和民事侵权诉讼程序中，代理律师关于原告的客户信息属于商业秘密的代理意见均被采纳，切实维护了原告的合法权益。

法律文书：一审代理词

代理词

尊敬的审判长：

河南法铎律师事务所接受本案某品牌策划公司的委托，指派郑雨晴律师作为其与程某、河南某知识产权代理公司不正当竞争纠纷一案的诉讼代理人。通过庭审程序举证、质证及辩论，代理人对本案所涉及的事实及证据已经有了非常全面的掌握，针对本案涉及的争议焦点，简要发表如下代理意见：

根据《中华人民共和国反不正当竞争法》第九条第三款所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息和经营信息。商业秘密中的客户名单，根据《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第十三条第一款的规定，一般是指客户的名称、地址、联系方式以及交易的习惯、意向、内容等构成的区别于相关公知信息的特殊客户信息，包括汇集众多客户的客户名册，以及保持长期稳定交易关系的特定客户。从上述规定可以看出，商业秘密具有三个构成要件：不为公众所知悉、具有商业价值、采取了保密措施。

（一）关于某品牌策划公司的客户资料是否属于其商业秘密的问题。

首先，《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第九条第一款规定：有关信息不为其所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得，应当认定为反不正当竞争法规定的“不为公众所知悉”。本案中，某品牌策划公司的客户资料是其在开发市场过程中购买而来的，并通过对客户的接洽、跟踪、反馈等方式筛选、整理而形成的，是某品牌策划公司对外进行业务销售的重要参考依据。经洛阳市洛龙区市场监督管理局调查取证可知，某品牌策划公司的客户资料（EC 库）中明确记载了客户的详细地址、联系人名字、电话、微信号、业务类型、成交合同、业务进展情况、与客户沟通消息记录、效果反馈等经营信息，特别是记载的客户的信息，与某品牌策划公司提供的合同明细单结合在一起，清晰反映了该客户对知识产权业务需求、业务成交数量、单价的需求以及双方之间的交易规律、成交价格等

秘密点，这些信息是某品牌策划公司通过花费时间、精力和心血等代价而获得的，他人无法通过公开途径获取，符合“不为公众所知悉”的构成要件。

其次，《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第十条规定：有关信息具有现实的或者潜在的商业价值，能为权利人带来竞争优势的，应当认定为反不正当竞争法规定的“能为权利人带来经济利益、具有实用性”。本案中，根据河南某知识产权代理公司提交的洛阳市洛龙区市场监督管理局调查取证材料以、听证报告及行政处罚决定书等一系列证据，可知，被告程某在某品牌策划公司任职期间以业务员身份与客户沟通并可成交业务合同，某品牌策划公司已经成交的业务合同载明了与各客户成交的知识产权业务类型、数量、单价、金额等情况，能够证明成交客户均系某品牌策划公司的稳定客户，与某品牌策划公司存在良好的交易关系，在生产经营中具有实用性，能够为某品牌策划公司带来经济利益和竞争优势，符合“能为权利人带来经济利益、具有实用性”的构成要件。

再次，《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第十一条规定：权利人为防止信息泄露所采取的与其商业价值等具体情况相适应的合理保护措施，应当认定为反不正当竞争法规定的“保密措施”；人民法院应当根据所涉信息载体的特性、权利人保密的意愿、保密措施的可识别程度、他人通过正当方式获得的难易程度等因素，认定权利人是否采取了保密措施；具有下列情形之一，在正常情况下足以防止涉密信息泄露的，应当认定权利人采取了保密措施：（一）限定涉密信息的知悉范围，只对必须知悉的相关人员告知其内容；（五）签订保密协议；（七）确保信息秘密的其他合理措施。本案中，原告某品牌策划公司为防止经营信息泄露，制定了《商业秘密保密制度》、《公司商业秘密保护人员工作职责》、《公司商业秘密保护员工行为规范》等具体的保密制度，对客户信息采取了必要的保密措施，并定期组织全体员工学习，另外，还与员工程某签订了《保密协议》，明确了保密条款和竞业限制条款，可以认定某品牌策划公司采取了合理的保密措施，符合“采取了保密措施”的构成要件。

综上所述，某品牌策划公司的客户资料构成了其商业秘密。

（二）关于被告程某、河南某知识产权代理公司是否侵犯原告某品牌策划公司商业秘密构成不正当竞争。

根据《中华人民共和国反不正当竞争法》第九条第一款第（三）项规定：经营

者不得实施下列侵犯商业秘密的行为：违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。第二款规定：第三人明知或者应知商业秘密权利人的员工、前员工或者其他单位、个人实施前款所列违法行为，仍获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的，视为侵犯商业秘密。

首先，被告程某严重侵犯了原告某品牌策划公司的商业秘密。经核实，被告程某自2022年7月18日入职中部某公司，2022年11月开始在原告某品牌策划公司工作，均从事知识产权代理业务，前期因从事知识产权代理业务需要与大量客户沟通需要，而公司企业微信数量有限，公司遂通过员工个人身份证为员工办理电话卡并同步微信，以作为员工工作手机号、工作微信号使用（公司提供电话话费补助费用），用以添加公司客户信息并进行业务沟通，根据公司管理制度以及公司与员工签署的保密协议均明确表明公司不允许员工通过个人私号添加客户信息！本案中，根据原告某品牌策划公司提交的被告程某正在使用的微信号主页截图、微信朋友圈截图、微信聊天记录截图以及原告庭审中展示的微信聊天内容可知，该微信账号是被告程某在中部某公司以及原告某品牌策划公司任职期间添加客户信息并对接客户成交业务的工作微信，而此时该微信账号已经被被告程某以被告河南某知识产权代理公司的员工李某（原告某品牌策划公司前员工）名义使用并对外宣传知识产权业务。

被告程某在某品牌策划公司任职时，中部某公司与原告某品牌策划公司此时是关联公司（中部某公司控股原告某品牌策划公司），某品牌策划公司与其签署了《劳动合同》、《保密协议》。程某辩称某品牌策划公司未向其缴纳社保与事实不符，经查询被告程某在任职期间，原告某品牌策划公司依法为其缴纳了社保，被告程某所述原告某品牌策划公司未交社保不符合事实，且该理由并不能对抗其应保守商业秘密的义务，其该项抗辩理由不能成立。

被告程某任职期间接触并知悉了某品牌策划公司的客户资料，并知悉某品牌策划公司的经营模式、销售价格、利润空间，其明知某品牌策划公司有保守商业秘密的规定以及自己承担有保守商业秘密的义务，却私自携带某品牌策划公司工作微信，在还未从某品牌策划公司离职并进行离职工作交接的情况下，以其妻子党某的名义成立河南某知识产权代理公司，并在较短时间内2023年1月31日单方提出离职，2023年2月14日就入职被告河南某知识产权代理公司，而被告河南某知识产权代理公司与原告某品牌策划公司经营范围高度一致，二者为同行业竞争关系，被告程某

利用其掌握的某品牌策划公司的客户资料以被告河南某知识产权代理公司名义向原告某品牌策划公司的稳定客户以及潜在客户推送知识产权业务，结合程某、党某是夫妻关系，程某之前是某品牌策划公司知识产权业务员，现在是河南某知识产权代理公司创始人、经营管理人员、业务员；而河南某知识产权代理公司是以程某妻子党某名义独资成立等事实，可以认定程某使用并向河南某知识产权代理公司披露、允许其使用所掌握的某品牌策划公司的客户资料，其行为严重侵犯了某品牌策划公司的商业秘密，根据《保密协议》约定，被告程某严重违反合同约定，构成违约，应依法承担违约及赔偿责任。

其次，被告河南某知识产权代理公司明知被告程某是原告某品牌策划公司的员工（前员工），仍获取、披露、使用程某掌握的原告某品牌策划公司的商业秘密，其侵犯原告商业秘密主观恶意明显。本案被告程某及另案被告苑某均系原告某品牌策划公司的员工（前员工），程某现是被告河南某知识产权代理公司创始人、经营管理人员、业务员，而被告河南某知识产权代理公司是以程某妻子党某名义独资成立，再结合被告程某未从原告离职情况下私自带走工作微信，并在入职被告河南某知识产权代理公司后私自与原某品牌策划公司客户联系等一系列行为可以认定被告程某使用并向被告河南某知识产权代理公司披露、允许其使用所掌握的原告某品牌策划公司的客户资料，侵犯了原告某品牌策划公司的商业秘密。被告河南某知识产权代理公司明知被告程某未从原告某品牌策划公司离职并办理离职交接的情况下，仍然默认被告程某的侵犯原告某品牌策划公司商业秘密的行为，属于严重不正当竞争行为，亦严重侵犯了原告某品牌策划公司的合法权益，其二者构成共同侵权，且主观恶意明显，应依法承担连带赔偿责任。被告程某公司辩称未侵犯原告某品牌策划公司的商业秘密，理由不能成立，于法无据。

再次，被告程某辩称的自2023年1月31日就已经从原告某品牌策划公司离职，原告某品牌策划公司此不予认可：1、被告程某在原告某品牌策划公司任职期间，公司依法为其缴纳了社保，并不存在未缴、欠缴社保情况，而被告程某之所以以未缴纳社保为由向原告发送的离职短信，其真实目的是带走原告客户资料并尽早在被告河南某知识产权代理公司任职；2、被告程某发送离职短信后，原告某品牌策划公司通过邮政快递依法告知其应当依法办理离职交接手续，并退还工作手机、工作微信等，被告程某对此置之不理，至今并未进行离职交接，原告也从未给其出具离职证

明，因此可知，被告程某尚属于原告某品牌策划公司员工，其随即入职被告河南某知识产权代理公司的行为属于在原告某品牌策划公司任职期间就入职被告公司，因此，依照《保密协议》第三条第七、八款、第四条的约定，被告程某应依法承担违约责任。

关于被告程某、河南某知识产权代理公司辩称的客户系基于对被告程某个人的信赖才与其进行交易，该信赖原则的抗辩，原告某品牌策划公司不予认可：1、被告程某、河南某知识产权代理公司提交的《情况说明》等文件，应当载明客户单位负责人以及制作该说明材料的人员的签字，再加盖单位印章，仅有印章无法证明其内容的真实性；2、本案中因涉及的客户与案件的处理结果会存在一定的利害关系，所以仅凭客户出具的说明或者声明，是不足以证实二被告是合法正当获取客户信息的；3、信赖原则的抗辩多适用于较为强调个人技能的行业领域，例如法律服务、医疗服务等，客户是基于与侵权人之间的特殊信任关系才与侵权人的前公司进行交易的，如果侵权人是利用了前公司所提供的一些交易平台、信誉名誉或者是前公司条件才获取的该交易机会，则该客户信息的权属应当属于前单位，是前单位的无形财产，而本案被告程某则是利用原告某品牌策划公司的任职条件、交易平台获取到客户信息，并以原告公司名义成交业务，因此其主张信赖原则抗辩理由不能成立。

最后，被告河南某知识产权代理公司辩称其没有必要使用原告的客户信息，某品牌策划公司对此不予认可，根据原告某品牌策划公司提交的洛阳市洛龙区市场监督管理局的调查取证资料、听证报告、行政处罚决定书等证据可知，被告河南某知识产权代理公司虽辩称不需要获取原告客户信息，但客观事实上被告河南某知识产权代理公司已经披露并使用了原告某品牌策划公司的客户资料且成交了业务，因此，被告河南某知识产权代理公司已经侵犯了原告的合法权益，已经实施了不正当竞争行为。

综上，本案被告程某违反法定及约定的保守商业秘密的义务，并允许被告河南某知识产权代理公司使用其所掌握的商业秘密，被告河南某知识产权代理公司在明知的前提下，披露、使用了上述商业秘密，二者均严重侵犯原告某品牌策划公司的商业秘密，构成不正当竞争，应依法承担侵权的法律责任，请法院综合考虑二被告恶意侵权的主观故意情况，依法加重对二被告的惩罚性赔偿责任。

代理人：郑雨晴

年　月　日

裁判文书：一审判决书

河南省洛阳市老城区人民法院

民事判决书

（2024）豫0302知民初118号

原告：某品牌策划公司，住所地河南省洛阳市。

法定代表人：孟某，该公司执行董事兼总经理。

委托诉讼代理人：杜晓利，北京恒都（杭州）律师事务所律师。

委托诉讼代理人：郑雨晴，河南法铎律师事务所律师。

被告：程某，男，汉族，住河南省洛宁县。

被告：河南某知识产权代理公司，住所地河南省洛阳市洛龙区。

法定代表人：党某，该公司执行董事兼总经理。

共同委托诉讼代理人：宋争奇，河南兴川律师事务所律师。

共同委托诉讼代理人：崔莹，河南兴川律师事务所律师。

原告某品牌策划公司与被告程某、河南某知识产权代理公司不正当竞争纠纷一案，本院于2024年2月4日立案后，依法适用普通程序，组成合议庭公开开庭进行了审理。原告某品牌策划公司的委托诉讼代理人杜晓利、郑雨晴，被告程某以及被告程某、河南某知识产权代理公司的共同委托诉讼代理人宋争奇到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

某品牌策划公司向本院提出诉讼请求：1.判令被告程某、河南某知识产权代理公司立即停止对原告某品牌策划公司经营秘密的侵权行为，不准使用原告某品牌策划公司所拥有的经营秘密；2.判令被告程某向原告支付违约金、补偿金、律师费共计116000元；3.判令被告程某、河南某知识产权代理公司共同赔偿原告某品牌策划公司经济损失10万元；4.案件受理费由二被告共同承担。事实和理由：原告某品牌策划公司成立于2020年，经营范围为品牌策划服务；产品营销策划；企业形象策划；知识产权服务；计算机硬软件开发；技术咨询；技术服务；技术转让、销售；网络

技术开发；网站维护；国内广告设计、制作等。被告程某自2022年9月1日起在原告某品牌策划公司工作，被告程某任知识产权顾问主管，主要负责商标、版权、专利的注册代理服务，利用原告某品牌策划公司提供的客户信息，通过电话、微信销售的方式办理上述业务；原告某品牌策划公司客户的相关资料等经营信息涉及到公司经营秘密，原告某品牌策划公司制定有相应的保密制度并与公司相关人员签订有保密协议，被告程某应承担保密义务。2023年2月1日，被告程某未向原告某品牌策划公司请假，擅自离岗，无故旷工至今。且被告程某擅自离岗时，私自携带原告某品牌策划公司客户、工作微信、工作手机等材料（均属于原告所有的经营秘密），严重违反公司管理制度及规定，已经违反《保密协议》约定，给公司带来了极其恶劣的影响和财产损失。后原告某品牌策划公司经了解，被告程某在从原告某品牌策划公司任职期间，借用程某妻子党某的名义注册了被告河南某知识产权代理公司，该公司经营范围为知识产权服务（专利代理服务除外）；商标代理；版权代理；品牌管理；咨询策划服务；项目策划与公关服务；市场营销策划；企业形象策划；技术服务、技术开发、技术咨询、技术交流、技术转让、技术推广等。被告河南某知识产权代理公司注册成立后，被告程某利用其了解和掌握的原告某品牌策划公司的客户资料等经营信息，违反有关保密义务，以被告河南某知识产权代理公司的名义擅自向原告某品牌策划公司的客户及潜在客户推销知识产权代理业务，致使原告某品牌策划公司的销售量下滑，给原告某品牌策划公司造成了较大的经济损失。根据法律规定，行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任。本案被告程某借用其亲属的名义成立河南某知识产权代理公司，违反保密义务以被告河南某知识产权代理公司的名义擅自向原告某品牌策划公司的客户及潜在客户推销知识产权代理业务，二被告构成共同侵权，应共同承担责任，特提起诉讼。

程某、河南某知识产权代理公司共同辩称，一、答辩人程某2022年9月1日与原告某品牌策划公司签订《劳动合同》，劳动合同期限自2022年9月1日至2025年8月31日，岗位为知识产权顾问主管。答辩人程某在职期间，原告某品牌策划公司自2022年9月开始未按照法律规定为答辩人程某及时足额缴纳社保。答辩人程某根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条“用人单位有下列情形之一的，劳

动者可以解除劳动合同：（三）未依法为劳动者缴纳社会保险费的；”之规定，依法于2023年1月31日向原告某品牌策划公司发送解除合同通知，解除与原告之间的劳动合同。因此，原告主张答辩人程某擅自离岗，无故旷工，无事实和法律依据。二、答辩人程某离职时并未携带原告某品牌策划公司的客户、工作微信、工作手机。1、原告的客户信息全部录入在原告方的EC库中，答辩人程某从未复制、拷贝或者以及其他方式获取过原告客户。2、答辩人程某入职时原告并未向其提供过工作手机，因此也不存在将原告公司工作手机带回的事实。3、答辩人程某已经将原告公司的企业微信交回原告公司，也不存在带走工作微信的事实。三、答辩人河南某知识产权代理公司于2022年12月22日成立,该公司为一人公司,股东为党某,持股比例100%。答辩人河南某知识产权代理公司于2023年2月份才开始经营，该公司实际由股东党某管理，根本不存在答辩人程某借用党某名义成立公司的事实。答辩人程某于2023年1月31日从原告某品牌策划公司离职，于2023年2月底入职答辩人河南某知识产权代理公司。党某和答辩人程某均系独立的民事主体，不能因二人系夫妻关系就猜测答辩人程某是借用党某名义成立的公司的事实。四、答辩人程某未私自获取过原告某品牌策划公司的客户资料，更不存在向原告客户推销知识产权业务的事实。答辩人河南某知识产权代理公司通过百度、企查查、标天下获客系统等合法渠道获取客户，根本不存在不正当竞争行为。五、原告某品牌策划公司销售量下滑，与答辩人无关，答辩人无需承担其任何损失。据答辩人了解，原告公司2020年左右公司人数为100人左右。由于原告管理不善，给员工的待遇较差，并且员工正常离职时，克扣工资，不支付经济补偿金，存在不缴社保，拖欠社保等情形，导致人员流失。六、从答辩人程某与原告公司签订的劳动合同可知，程某月工资为2000元，与《保密协议》中约定的违约责任严重不对等，该违约条款约定违背了公平原则，应属无效。综上，二答辩人不存在侵犯原告经营秘密的行为，也未违反保密协议，原告要求二答辩人支付违约金、补偿金、律师费以及赔偿损失，无事实及法律依据。请求人民法院依法驳回原告诉讼请求。

当事人围绕诉讼请求依法提交了证据，本院组织当事人进行了证据交换和质证。根据法庭审理，本院认定事实如下：

某品牌策划公司成立于2020年9月8日，类型为有限责任公司（自然人投资或控股），经营范围为，一般项目：品牌管理；企业形象策划；市场营销策划；项目策划与公关服务；咨询策划服务；知识产权服务（专利代理服务除外）；商标代理；版权代理；软件开发；软件销售；计算机系统服务；网络与信息安全软件开发；网络技术服务；广告制作；广告设计、代理；平面设计；专业设计服务。2023年5月6日，某品牌策划公司投资人变更，由中部某公司（出资比例71%）、孟某（出资比例29%）变更为孟某（出资比例51%）、王某（出资比例49%）。

2020年8月10日，中部某公司与程某签订《劳动合同》一份，约定合同为固定期限劳动合同，自2020年8月10日起至2021年8月10日止，程某在业务部门承担知识产权顾问岗位工作，工作区域为洛龙区及所在区相邻区范围内可调整，月工资标准为2000元，同时对工作时间、社保待遇、知识产权及相关保密约定、合同解除、终止和经济补偿等事项进行了约定。

2022年9月1日，某品牌策划公司与程某签订《劳动合同》一份，约定合同期限自2022年9月1日起至2025年8月31日止，程某在业务部门承担知识产权顾问主管岗位工作，其他合同内容与前述合同内容基本一致。同日，某品牌策划公司（甲方）与程某（乙方）签订《保密协议》一份，协议约定：一、保密范围1.客户信息，包括甲方为乙方所提供的以及乙方在履行职务过程中，形成或拥有的客户任何形式的信息；2.技术信息，包括技术资料、技术方案、操作流程、技术文档、设计信息、公司网站运营信息和方法、计算机软件、数据库等信息；3.经营信息，包括内部机构及人事信息、薪资结构、内部管理文件、重要会议纪要、业务报表、经营方针、投资决策意向、产品服务定价、市场分析、合作计划、采购资料、广告策略以及不公开的财务资料、合作渠道、交易网络、经营方法、招投标中的标底及标书内容等信息。二、保密期限1.本协议自乙方入职或本协议签订之日起生效（以在先者为准）；2.乙方离职后无限期承担本协议约定的保密义务，直至甲方宣布解密或保密信息合法进入公有领域。乙方认可，甲方在支付乙方的工资报酬时，已考虑了乙方在职和离职后需要承担的保密义务。三、权利和义务……7.乙方在甲方任职期间不得在与甲方有竞争关系的用人单位任职，也不得自己开设经营同类业务的代理公司。否则

甲方有权无条件辞退乙方，不给予任何补偿，此外乙方应向甲方支付拾万元的违约金；8.在乙方准备离职前（本协议所称的离职包括但不限于劳动合同的期满、退休、调动、辞职、辞退、自动离职、除名等）应做好离职工作交接，乙方应将其手里的客户资源全部完整的归还甲方（特别是工作微信中的客户信息）并向客户逐一告知其离职的信息（客户的来源包括但不限于甲方分配、乙方自己开发的客户等）。如无法完成上述交接及告知事项，乙方应向甲方支付壹万元补偿金；四、违约责任 1.在乙方离职后的三年，不得以任何形式与其在职期间归属甲方所有的客户联系，也不得利用其在甲方任职期间的客户信息签订新的订单，否则甲方有权追究乙方的违约责任，违约责任包括但不限于：乙方应向甲方支付成交订单合同额三倍的违约金以及甲方因追究乙方违约责任支出的律师费、诉讼费、交通费、食宿费等一切费用……。某品牌策划公司于 2023 年 1 月 11 日组织员工进行了《商业秘密保护制度》学习的培训课程，程某参加培训并签到。

2023 年 1 月 31 日，程某向某品牌策划公司法定代表人孟某及人力王某阁发送解除劳动关系通知的短信，短信内容：“某品牌策划公司：由于公司无故停止缴纳我的社会保险，迫使我不得以向公司提出解除劳动关系，特此通知。程某 2023 年 1 月 31 日”。

河南某知识产权代理公司成立于 2022 年 12 月 22 日，类型为有限责任公司（自然人独资），经营范围为，一般项目：知识产权服务（专利代理服务除外）；商标代理；版权代理；品牌管理；咨询策划服务；项目策划与公关服务；市场营销策划；企业形象策划；技术服务、技术开发、技术咨询、技术交流、技术转让、技术推广；网络与信息安全软件开发；数据处理和存储支持服务；数据处理服务；广告设计、代理；广告制作；信息安全设备销售；许可项目：专利代理。法定代表人为党某，被告程某与党某系夫妻关系。

本院查明，2023 年 5 月 18 日，洛阳市洛龙区市场监督管理局收到某品牌策划公司举报材料，举报程某涉嫌侵犯该公司商业秘密。

2023 年 5 月 25 日，洛阳市洛龙区市场监督管理局执法人员对河南某知识产权代理公司进行现场检查，在该公司经营场所和程某工作电脑中现场发现有某品牌策划

公司客户资料、公司文件等，洛阳市洛龙区市场监督管理局于2023年5月25日立案调查。经查，程某于2020年7月入职中部某公司，2022年8月入职某品牌策划公司。2022年疫情期间，程某因居家办公需要将某品牌策划公司知识产权服务合同、商标担保注册合同、专利代理服务合同、专利保密协议、著作权登记合同、商标转让合同、专利交易合同、某品牌策划公司报件资料、某品牌策划公司培训资料、自有商标、业务成本报价表等某品牌策划公司涉密文件拷贝到个人优盘并复制到自己家里的个人电脑，并将某品牌策划公司内部培训资料拿回家中。2022年12月程某妻子党某注册了河南某知识产权代理公司，为有限责任公司（自然人独资），公司法定代表人党某，公司股东仅有党某一人，认缴出资比例100%。

2023年1月底，程某通过短信告知从某品牌策划公司离职，但一直没有办理离职手续。之后某品牌策划公司向程某发送通知及微信，要求程某与公司取得联系，并妥善保管工作微信、公司客户、工作手机等材料，以及到公司办理离职交接手续，但程某均未回应并交接。2023年2月程某携带装有某品牌策划公司涉密文件的个人电脑和某品牌策划公司内部培训资料纸质版，加入了其妻子党某创办的与某品牌策划公司存在竞争关系的河南某知识产权代理公司。

另查明，河南某知识产权代理公司客户信息来源主要为通过百度推广购买客户信息，通过企查查等网络推广平台筛查目标群体，以及购买标卫士软件获取客户需求，同时也有部分客户信息来自程某在某品牌策划公司任职期间服务的老客户。河南某知识产权代理公司通过筛选客户信息资源，将意向客户录入河南某知识产权代理公司EC平台库，以便于后期跟进。EC平台库是一个方便管理目标用户信息的收费平台，通过该平台可以实时查看客户销售进度、成交金额、对接次数、对接人等信息。洛阳市洛龙区市场监督管理局在对河南某知识产权代理公司进行现场检查时，现场有程某、苑某等8名工作人员，电脑正常打开。执法人员在该公司发现有中部某公司内部资料，在程某使用的电脑中发现某品牌策划公司“知识产权服务合同、商标担保注册合同专利代理服务合同、专利保密协议、著作权登记合同、商标转让合同、专利交易合同、某品牌策划公司报件资料、某品牌策划公司培训资料、自有商标、业务成本报价表”等文档，以及客户信息表格，经执法人员核对，该表格与

某品牌策划公司举报材料中提供的程某客户名单客户信息内容高度重叠。经对河南某知识产权代理公司EC系统与某品牌策划公司提交的“程某客户名单”进行比对，客户“高勇发洛阳北易三轮摩托车有限公司、周哥正道兴、王海峰、臧猛飞、李智广西贵阳医药有限公司、张莹朱有才徐州骄韦商贸有限公司”等17个客户信息与某品牌策划公司提交的EC系统跟进人程某客户名单内容重叠。以上客户都是程某在某品牌策划公司任职期间由其负责服务的客户，程某从某品牌策划公司离职之后，将以上客户信息录入了河南某知识产权代理公司EC系统，继续与以上客户联系合作。其中有5个客户在河南某知识产权代理公司签订合同成交，据程某称，其从某品牌策划公司离职后，某品牌策划公司换对接人负责跟进程某服务的原客户，但客户对服务人员不太信任，又找到程某继续办理代理业务。具体为1、“高勇发洛阳北易三轮摩托车有限公司”成交金额1000元，其中商标局收费450元，河南某知识产权代理公司收取佣金550元；2、“周哥正道兴”成交金额680元，注册费270，河南某知识产权代理公司收取佣金410元;3、“李智广西贵阳医药有限公司”成交金额24040元，成本18000元，河南某知识产权代理公司收取佣金6000元左右；4、“张莹朱有才徐州骄韦商贸有限公司”成交金额3000元，该笔业务是纯服务，服务期限1年；5、“臧猛飞”成交金额2000元，成本1050元，河南某知识产权代理公司收取佣金950元，跟进人均为程某。除以上5笔已成交业务外，在河南某知识产权代理公司EC系统内还有“安好贤山西依安诺贸易有限公司”客户信息，该客户也是程某在某品牌策划公司任职期间办理过一笔商标注册业务的客户，但商标注册证还没有下来，2023年1月程某从某品牌策划公司离职后，客户给程某打电话问进度，程某告知已从起派离职，询问客户是否变更代理机构，客户未同意，程某仍将该客户信息添加在河南某知识产权代理公司EC系统里。河南某知识产权代理公司办理上述5笔已成交业务共获利10910元。

2023年10月16日,洛龙区市场监督管理局分别作出洛龙市监罚字[2023]80号、82号行政处罚决定书，责令河南某知识产权代理公司立即停止违法行为并对其作出没收违法所得1.091万元、罚款10万元的处罚；责令程某立即停止违法行为并对其作出罚款10万元的处罚。程某、某品牌策划公司不服处罚决定，已提起行政诉讼。

再查明，某品牌策划公司为本案支出律师费6000元。

本院认为，在违约责任与侵权责任竞合的情况下，受害人可以根据自己的利益判断选择行使请求权，既可以基于侵权行为提起侵权责任之诉，也可以基于违约行为提起违约责任之诉。二者均以损害赔偿为给付内容，故债权人不得双重请求。经法庭释明后，原告某品牌策划公司仍坚持一并起诉，但表示首先请求侵权责任之诉，因此本案只对侵权责任之诉进行审理。

本案系不正当竞争纠纷，本院认为争议焦点有三点，一、关于原告某品牌策划公司主张的信息是否属于商业秘密的问题；二、关于被告程某、河南某知识产权代理公司是否实施了侵害原告某品牌策划公司商业秘密的行为的问题；三、关于被告程某、河南某知识产权代理公司的赔偿责任的问题。

关于原告某品牌策划公司主张的信息是否属于商业秘密的问题。

《中华人民共和国反不正当竞争法》第九条第四款规定，商业秘密是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。本案中，原告某品牌策划公司与被告程某签订的《保密协议》中约定其对客户信息、技术信息、经营信息等事项在任职期间及离职后均负有保密义务，并且被告程某参加过原告某品牌策划公司组织的商业秘密保护相关培训，可视为原告某品牌策划公司对其主张的信息采取了相应的保密措施。原告某品牌策划公司主张的与公司有稳定交易关系的客户信息包括客户名称、业务成交类型、合同订单数量、单价、联系人、电话、地址，业务跟进记录等，虽然部分客户的名称、电话、地址等基础信息可以通过企查查公开途径查询得知，但是客户业务成交类型、客户知识产权成交意向与交易内容等深度信息并非所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得的，且其对于原告某品牌策划公司谋取交易机会、获取竞争优势有一定的商业价值。因此，原告某品牌策划公司主张的客户信息属于《中华人民共和国反不正当竞争法》规定的商业秘密。

关于被告程某、河南某知识产权代理公司是否实施了侵害原告某品牌策划公司商业秘密的行为的问题。《中华人民共和国反不正当竞争法》第九条第一款第三项规定，经营者不得实施下列侵犯商业秘密的行为：（三）违反保密义务或者违反权

利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。被告程某从原告某品牌策划公司离职后未办理交接手续，将装有在原告某品牌策划公司获取的原告某品牌策划公司客户资料、合同文本、培训资料的电脑和文字材料带至被告河南某知识产权代理公司，并将其所掌握的17个原告某品牌策划公司客户信息录入了被告河南某知识产权代理公司EC系统并完成5笔实际交易，同时在被告河南某知识产权代理公司微信群聊和办公室内披露、使用上述某品牌策划公司资料；被告河南某知识产权代理公司法定代表人和唯一股东党某，与被告程某系夫妻关系，被告河南某知识产权代理公司应知案涉商业秘密是被告程某实施侵犯原告某品牌策划公司商业秘密行为获取的，仍然使用案涉商业秘密开展业务，获取利润。关于被告程某、河南某知识产权代理公司辩称与被告河南某知识产权代理公司成交的5个客户是基于对被告程某个人信任和工作能力的认可，自愿与其合作的抗辩理由，因个人信赖抗辩的适用一般发生在医疗、法律服务等较为强调个人技能的行业领域，而被告程某是基于原告某品牌策划公司提供的平台获得的交易机会，并且在被告程某离职后存在主动询问客户是否变更代理机构，客户未同意但仍将该客户信息添加至被告河南某知识产权代理公司EC系统的情形，故本院对该抗辩理由不予采信。被告程某、河南某知识产权代理公司的上述行为导致原告某品牌策划公司客户流失，给其造成损失。因此，二被告均构成侵犯原告商业秘密，应承担停止侵权、赔偿损失的法律责任。

关于被告程某、河南某知识产权代理公司的赔偿责任的问题。《中华人民共和国反不正当竞争法》第十七条第三款规定，因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定。赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开支。因原告某品牌策划公司未举证证明其实际损失，故本院综合考虑被告河南某知识产权代理公司实际获利金额以及原告某品牌策划公司律师费支出情况，认定被告程某、河南某知识产权代理公司共同向原告某品牌策划公司赔偿经济损失10910元，合理开支6000元，合计16910元。

综上所述，依照《中华人民共和国民法典》第一百八十六条、《中华人民共和

国反不正当竞争法》第九条、第十七条、《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第一条、第三条、第五条、第六条、第七条规定，判决如下：

一、被告程某、河南某知识产权代理公司立即停止侵犯原告某品牌策划公司的案涉商业秘密；

二、被告程某、河南某知识产权代理公司于本判决生效之日起十日内共同赔偿原告某品牌策划公司经济损失10910元，合理开支6000元，合计16910元；

三、驳回原告某品牌策划公司的其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十四条规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费4540元，由某品牌策划公司负担4184.58元，由被告程某、河南某知识产权代理公司负担355.42元。

如不服本判决，可以在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按照对方当事人或者代表人的人数提出副本，上诉于河南省洛阳市中级人民法院。

审　　判　　长　　张　朕

审　　判　　员　　高继英

人 民 陪 审 员　　陈红雅

二〇二四年八月二日

法　官　助　理　　范悦晨

书　　记　　员　　卢盼超