

北京市高级人民法院

民事判决书

(2023)京民终 621 号

上诉人（原审原告）：华佗国药股份有限公司。

法定代表人：李龙飞，董事长兼总经理。

上诉人（原审被告）：北京悦泰方泽商贸有限公司。

法定代表人：李蓉晶，经理。

上诉人（原审被告）：华佗国药（广东）大健康产业有限公司。

法定代表人：梁港锐，经理。

上诉人（原审被告）：华佗国药（广东）大药房有限公司。

法定代表人：梁江彬，经理。

上诉人（原审被告）：沧州前卫医疗用品有限公司。

法定代表人：李中路，总经理。

上诉人华佗国药股份有限公司（以下简称华佗国药公司）因与上诉人北京悦泰方泽商贸有限公司（以下简称悦泰方泽公司）、上诉人华佗国药（广东）大健康产业有限公司（以下简称大健康公司）、上诉人华佗国药（广东）大药房有限公司（以下简称大药房公司）、上诉人沧州前卫医疗用品有限公司（以下简称前卫公司）侵害商标权及不正当竞争纠纷一案，不服北京知识产权法院（2020）京 73 民初 639 号民事判决（以下简称一审判决），向本院提起上诉。本院于 2023 年 7 月 10 日受理后，依法组成合议庭，并于 2023 年 9 月 19 日公开开庭进行了审理。上诉人华佗国药公司的委托诉讼代理人王华、张瑜，上诉人悦泰方泽公司、前卫公司的共同委托诉讼代理人李玉林，上诉人大健康公司的委托诉讼代理人欧晓英，上诉人大药房公司的法定代表人梁江彬及其委托诉讼代理人欧晓英到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

华佗国药公司上诉请求：1. 撤销一审判决；2. 撤销一审判决第三项、第四项；3. 改判大健康公司、大药房公司立即停止不正当竞争行为；4. 改判悦泰方泽

公司、前卫公司、大健康公司、大药房公司共同赔偿因侵害注册商标专用权给华佗国药公司造成的经济损失 300 万元,悦泰方泽公司对其中 50 万元承担连带责任;5. 大健康公司依法赔偿因不正当竞争给华佗国药公司造成的经济损失 100 万元;6, 大药房公司依法赔偿因不正当竞争给华佗国药公司造成的经济损失 100 万元; 7. 悦泰方泽公司、前卫公司、大健康公司、大药房公司依法承担华佗国药公司因维权而支出的律师费、公证费、差旅费等合理费用共计 68000 元; 8. 一、二审诉讼费用由悦泰方泽公司、前卫公司、大健康公司、大药房公司承担。事实和理由: 一、一审判决认定事实不清。1. 一审判决对于华佗国药公司提交一审证据 68 及证据 74 所体现的事实未予认定, 应予纠正。一审中, 悦泰方泽公司、前卫公司、大健康公司、大药房公司并未否认上述证据的真实性, 仅否认关联性, 但一审法院认定悦泰方泽公司、前卫公司、大健康公司、大药房公司对上述证据三性均不予认可。2. 一审判决认为华佗国药公司未明确反对大药房公司、大健康公司使用“华佗国药”字号, 该事实认定错误。大健康公司与大药房公司在企业名称上各自独立, 并不能等同为一个主体, 没有证据体现大健康公司经授权可使用华佗国药作为字号, 一审法院并非查清该事实。华佗国药公司在 2018 年初给大药房公司法定代表人发送函件, 并在网上进行刊登, 告知其使用华佗国药涉及商标侵权和不正当竞争, 要求停止使用。一审法院认为最初的使用源自于“投资协议书”, 但双方协议及合作均已终止, 依附于协议或合作而获得的权益即告终结, 该内容在协议中进行了约定, 据此亦应判定停止使用。3. 一审判决认为华佗国药公司提交的证据不足以证明权利商标已达驰名状态, 属于认定事实不清。4. 一审判决对于是否适用惩罚性赔偿的事实认定有误, 应予纠正。华佗国药公司于 2018 年发出行政投诉, 之后大药房公司被行政机关确认构成侵权, 虽然行政处罚经历复议、诉讼等程序, 但行政处罚决定的效力并不因后续程序而自然中止。在投诉及本案诉讼持续的 5 年过程中, 大药房公司及大健康公司从未停止侵权行为, 符合情节严重的情形, 应当适用惩罚性赔偿。此外, 大药房公司与华佗国药公司之前曾存在合作关系, 对华佗国药公司的注册商标及字号权明确知晓, 在双方合作终止且经华佗国药公司通知、警告后仍继续恶意实施商标侵权及不正当竞争行为, 且侵权行为规模与非法获利巨大, 这些因素也都足以认定大药房公司侵权“情节严重”, 应适用惩罚性赔偿。二、一审判决对于是否构成不正当竞争的法律适用存在错误。1. 一审判决漏审了华佗国药公司的主张。针对大药房公司、大健康公司使用华佗国药公司企业字号的行为, 华佗国药公司主张该行为违反《最高人民法院关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件应用法律若干问题的解释》第二条、《中华人民共和国商标法》(以下简称商标法) 第五

十八条、《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)第六条第四项、反不正当竞争法第二条的规定,一审法院仅针对是否违反反不正当竞争法第六条第二项规定进行了审理,漏审了其他主张。2. 大药房公司、大健康公司使用华佗国药字号的影响恶劣,不停止使用并进行更名则无法消除影响。三、华佗国药公司商标及字号所处的药品行业,直接与消费者的身体健康相关,悦泰方泽公司、前卫公司、大健康公司、大药房公司的侵权行为,会给消费者带来安全隐患,且严重损害了华佗国药公司的商业形象,应当赔偿。

悦泰方泽公司、前卫公司辩称,同意华佗国药公司对于撤销一审判决第三项和第四项的主张,但是停止侵权的主张与悦泰方泽公司、前卫公司无关。

大健康公司、大药房公司辩称,不同意华佗国药公司的上诉请求。一审法院判决赔偿 60 万元没有依据,华佗国药公司主张赔偿 300 万元更无依据,而且一审法院未查清大健康公司、大药房公司与华佗国药公司之间的历史关系。一审判决认定涉案侵权行为侵犯权利商标在第 5 类商品的商标专用权,属于认定错误。

悦泰方泽公司上诉请求:1. 改判悦泰方泽公司不在《中国知识产权报》《广州日报》上刊登声明;2. 请求改判悦泰方泽公司不承担 5 万元的连带赔偿责任;3. 本案一、二审诉讼费用由华佗国药公司负担。事实和理由:一、大健康公司于 2017 年 8 月 10 日设立。设立时,唯一股东为大药房公司。广东淡酸平碱保健品有限公司是第 20535366 号“HrGr”商标(第 10 类)的商标专用权人,授权大健康公司使用,大健康公司授权前卫公司使用第 20535366 号“HrGr”商标、

“华佗国药”字号生产涉案产品,前卫公司授权悦泰方泽公司销售涉案产品。广州市工商行政管理局 2018 年 10 月 14 日作出《广州市工商行政管理局关于华佗国药(广东)大健康产业有限公司申请企业名称简化的批复》(穗工商企函[2018]986 号),大健康公司在从事商业依法简化成本企业字号“华佗国药”合法使用。在 2016 年 8 月 1 日大药房公司的股东会决议中载明,同意大药房公司以公司字号“华佗国药”委托生产:苳葛无糖茶、淡酸茶、系列蛋白质粉、足康散、贴膏等非药品(保健食品、食品、医疗器械、消毒用品、化妆品),药品除外。二、涉案侵权行为不应认定为构成商标侵权。1. 广州市天河区市场监督管理局于 2018 年 4 月 20 日作出《关于政府信息公开申请的答复》(穗天市监公开[2018]第 7 号),该答复明确了不予认定大健康公司侵犯了华佗国药公司注册商标专用权。2. 广州市天河区市场监督管理局于 2019 年 11 月 8 日作出

《广州市天河区市场监督管理局关于对华佗国药(广东)大药房有限公司申请再次答复的复函》(穗天市监举复[2019]271 号),该复函明确写明:不予认定

大药房公司侵犯华佗国药公司的“华佗”注册商标专用权,同时不能认定大药房公司、大健康公司、华佗国药(广东)中医馆有限公司三家企业名称不适用。

3. 2019年1月25日,广州市市场监督管理局作出《行政处罚决定书》(穗工商处字[2019]7号)。2019年6月4日,广东省市场监督管理局作出《行政复议决定书》((粤)市监工行复字[2019]116号),复议决定:撤销广州市市场监督管理局作出的《行政处罚决定书》(穗工商处字[2019]7号)。2020年11月26日,广州知识产权法院作出(2019)粤73民初7号行政判决书,撤销广东省市场监督管理局2019年6月4日作出的(粤)市监工行复字[2019]116号行政复议决定,责令广东省市场监督管理局在法定期限内重新作出行政行为。2021年7月16日,广东省高级人民法院作出(2021)粤行终563号行政判决书,驳回上诉,维持原判。在第19页写明,“对《股东会决议》真伪的鉴定只是为了确定证据本身的真实性,而该份证据能否证明华佗大药房公司获得商标授权,还需根据证据内容以及相关证据予以认定,尤其是《股东会决议》记载的以公司字号‘华佗国药’委托生产内容,与涉案注册商标权有何关系,对认定被诉行为侵权与否有何影响等,还需进一步分析。”三、悦泰方泽公司的涉案行为并未侵害华佗国药公司的商标专用权。悦泰方泽公司销售涉案产品都是经过授权的、正规的合法产品,符合相关法律法规。处理商标专用权纠纷的行政部门亦认定不构成商标侵权。悦泰方泽公司销售的产品为第10类医疗器械产品,与华佗国药公司的第5类药品、人用药产品属于不同类别。四、退一步讲,即便悦泰方泽公司侵犯了华佗国药公司的商标专用权,但悦泰方泽公司已证明该商品是自己合法取得并说明了提供者,依法亦不应当承担赔偿责任。悦泰方泽公司是从前卫公司购买的涉案产品,不存在主观过错,不应当承担赔偿责任。

华佗国药公司辩称,不同意悦泰方泽公司的上诉请求,请求法院支持华佗国药公司的上诉请求。

大健康公司、大药房公司辩称,认可悦泰方泽公司的上诉请求。

前卫公司辩称,认可悦泰方泽公司的上诉请求。

前卫公司上诉请求:1.改判前卫公司不在《中国知识产权报》《广州日报》上刊登声明;2.请求改判前卫公司不承担60万元的共同赔偿责任;3.本案一、二审诉讼费用由华佗国药公司负担。事实和理由:一、大健康公司于2017年8月10日设立。设立时,唯一股东为大药房公司。广东淡酸平碱保健品有限公司是第20535366号“HiGr”商标(第10类)的商标专用权人,授权大健康公司使用,大健康公司授权前卫公司使用第20535366号“HrGy”商标、“华佗国药”字号生产涉案产品,前卫公司授权悦泰方泽公司销售涉案产品。广州市工

商行政管理局 2018 年 10 月 14 日作出《广州市工商行政管理局关于华佗国药(广东)大健康产业有限公司申请企业名称简化的批复》(穗工商企函[2018]986 号),大健康公司在从事商业依法简化成本企业字号“华佗国药”合法使用。在 2016 年 8 月 1 日大药房公司的股东会决议中载明,同意大药房公司以公司字号“华佗国药”委托生产:苳葛无糖茶、淡酸茶、系列蛋白质粉、足康散、贴膏等非药品(保健食品、食品、医疗器械、消毒用品、化妆品),药品除外。二、涉案侵权行为不应认定为构成商标侵权。1. 广州市天河区市场和质量监督管理局于 2018 年 4 月 20 日作出《关于政府信息公开申请的答复》(穗天市监公开[2018]第 7 号),该答复明确了不予认定大健康公司侵犯了华佗国药公司注册商标专用权。2. 广州市天河区市场监督管理局于 2019 年 11 月 8 日作出《广州市天河区市场监督管理局关于对华佗国药(广东)大药房有限公司申请再次答复的复函》(穗天市监举复[2019]271 号),该复函明确写明:不予认定大药房公司侵犯华佗国药公司的“华佗”注册商标专用权,同时不能认定大药房公司、大健康公司、华佗国药(广东)中医馆有限公司三家企业名称不适用。3. 2019 年 1 月 25 日,广州市市场监督管理局作出《行政处罚决定书》(穗工商处字[2019]7 号)。2019 年 6 月 4 日,广东省市场监督管理局作出《行政复议决定书》((粤)市监工行复字[2019]116 号),复议决定:撤销广州市市场监督管理局作出的《行政处罚决定书》(穗工商处字[2019]7 号)。2020 年 11 月 26 日,广州知识产权法院作出(2019)粤 73 民初 7 号行政判决书,撤销广东省市场监督管理局 2019 年 6 月 4 日作出的(粤)市监工行复字[2019]116 号行政复议决定,责令广东省市场监督管理局在法定期限内重新作出行政行为。2021 年 7 月 16 日,广东省高级人民法院作出(2021)粤写明,“对《股东会决议》真伪的鉴定只是为了确定证据本身的真实性,而该份证据能否证明华佗大药房公司获得商标授权,还需根据证据内容以及相关证据予以认定,尤其是《股东会决议》记载的以公司字号‘华佗国药’委托生产内容,与涉案注册商标权有何关系,对认定被诉行为侵权与否有何影响等,还需进一步分析。”三、前卫公司未侵害华佗国药公司的注册商标专用权。前卫公司生产、销售涉案产品,都是获得相应授权许可的,是正规的合法产品,符合相关法律法规。处理商标专用权纠纷的行政部门认为不构成侵犯商标专用权。该类行为是否构成侵犯商标专用权的判断具有更高的专业性,远远超出了前卫公司作为生产商的预见能力和预见范围。广州市市场监督管理局、广东省市场监督管理局作出了不同的判断;广东省高级人民法院认为须结合相关证据予以认定。2021 年 7 月 16 日,广东省高级人民法院作出(2021)粤行终 563 号行政判决书,判决驳回上诉,维持原判。在第 19 页写明,对《股东会

决议》真伪的鉴定只是为了确定证据本身的真实性, 而该份证据能否证明华佗大药房公司获得商标授权, 还需根据证据内容以及相关证据予以认定, 尤其是《股东会决议》记载的“以公司字号“华佗国药”委托生产”内容, 与涉案注册商标权有何关系, 对认定被诉行为侵权与否有何影响等, 还需进一步分析。

三、前卫公司生产、销售的产品为第 10 类医疗器械产品, 与华佗国药公司的第 5 类药品、人用药产品属于不同类别。四、前卫公司不存在主观过错, 不应当承担赔偿责任。

华佗国药公司辩称, 不同意前卫公司的上诉请求, 请求法院支持华佗国药公司的上诉请求。

大健康公司、大药房公司辩称, 认可前卫公司的上诉请求。

悦泰方泽公司辩称, 认可前卫公司的上诉请求。

大健康公司、大药房公司上诉请求: 1. 依法撤销一审判决第二项、第三项, 改判驳回华佗国药公司的全部诉讼请求; 2. 本案一、二审诉讼费用由华佗国药公司负担。事实和理由: 一、一审判决认定涉案产品“其非完全等同于分类表中第 10 类医疗器械类商品, 而是更接近于第 5 类商品中的“膏药, 等商品”, 不仅作出了违背商品分类的认定, 也违背了市场监督管理局行政许可的管理范畴, 同时也不符合大众对于药品和医疗器械的认知。首先, 涉案侵权产品属于第 10 类医疗器械, 其与第 5 类药品的行政管理、市场经营、标识均有明显区别。其次, 在广州市市场监督管理局作出的穗工商处字[2019]7 号《行政处罚决定书》以及重新作出的行政处罚决定书中均认定了涉案侵权产品属于医疗器械, 侵犯的是苏州医疗用品厂有限公司在第 10 类商品上的商标权, 而一审判决认定涉案产品更接近第 5 类商品, 该认定不仅不符合商品分类的认定, 也与市场监督管理局的行政管理行为和行政认定不相符合。再次, 若涉案侵权产品被认定侵犯了华佗国药公司第 5 类商品的商标权, 而在市场监督管理局中却被认定侵犯苏州医疗用品厂有限公司在第 10 类的商标权, 则会导致法院适用法律结果与市场监督管理局适用法律结果不同。二、大健康公司、大药房公司生产涉案侵权商品的行为源自华佗国药公司的授权, 且大健康公司、大药房公司已经为该授权付出了相应的对价, 大健康公司、大药房公司不存在侵犯商标权的行为。首先, 2016 年 8 月 1 日, 华佗国药公司作为大健康公司、大药房公司的大股东时在《股东会决议》向大健康公司、大药房公司作出授权: “同意华佗国药(广东)大药房有限公司以公司字号‘华佗国药’委托生产: 苳葛无糖茶、淡酸茶、系列蛋白质粉、足康散、贴膏等非药品(保健品、食品、医疗器械、消毒用品、化妆品)药品除外”。大健康公司、大药房公司自该决议作出后就开始委托前卫公司生产涉案

产品。根据 2018 年 4 月 26 日华佗国药公司在配合广州市工商行政管理局《询问笔录》中的相关记载,涉案产品的生产系基于华佗国药公司的同意,也系落实了 2016 年 8 月 1 日《股东会决议》(手写版)在产品上使用“华佗国药”的授权。华佗国药公司的高层和业务员也曾经销售带有“华佗国药”字样产品,可见,涉案产品的生产和销售均是华佗国药公司同意和授权的行为。其次,2017 年 1 月 3 日,华佗国药公司子公司华佗国药(安徽)营销有限公司转让在大健康公司、大药房公司的全部股份时,大健康公司、大药房公司处于亏损状态,股东梁江彬之所以会购买华佗国药公司子公司的股权,正是因为有 2016 年 8 月 1 日《股东会决议》(手写版)在产品上使用“华佗国药”的授权,以及已经有华佗国药公司认可的且在标注“华佗国药”字样的商品在销售。股权对价中已经包括了 2016 年 8 月 1 日《股东会决议》中华佗国药公司作出的在产品上使用“华佗国药”的授权和承诺,而且该授权和承诺不可由华佗国药公司随意终止。再次,华佗国药公司在 2018 年 5 月 17 日的广州市工商行政管理局《询问笔录》中明确,大健康公司、大药房公司自 2014 年 5 月成立到 2018 年 3 月 31 日,华佗国药公司都有供应原厂产品给大健康公司、大药房公司销售。即使双方的合作一直到 2018 年 3 月 31 日,而在产品上使用“华佗国药”字样的产品自 2016 年即开始生产。华佗国药公司在长期的合作中均未提出任何异议。故本案不能简单以字面意思解释 2016 年 8 月 1 日《股东会决议》的内容,更应结合实际履行的情况,以及《股东会决议》签署时各方当事人的真实意思表示,因为文字的表述总是有些歧义,而当事人的真实意思表示在实际履行中才真正体现出来。一审法院的相关认定并未从实际履行中解读 2016 年 8 月 1 日《股东会决议》,也未理清大健康公司、大药房公司与华佗国药公司的复杂关系的结果,该认定不符合事实,理应予以纠正。三、一审判决认定赔偿经济损失 60 万元,属于事实认定不清,证据不足。

华佗国药公司辩称,不同意大健康公司、大药房公司的上诉请求,请求法院支持华佗国药公司的上诉请求。

悦泰方泽公司、前卫公司辩称,认可大健康公司、大药房公司的上诉请求。

华佗国药公司向一审法院起诉请求:1. 前卫公司、大健康公司、大药房公司立即停止侵犯华佗国药公司商标专用权的行为;2. 大健康公司及大药房公司立即停止不正当竞争行为;3. 前卫公司、大健康公司、大药房公司赔偿因侵犯注册商标专用权而给华佗国药公司造成的经济损失 300 万元,悦泰方泽公司在 50 万元范围内承担连带责任;4. 大健康公司赔偿因不正当竞争而给华佗国药公司造成

的经济损失 100 万元;5. 大药房公司赔偿因不正当竞争而给华佗国药公司造成的经济损失 100 万元; 6, 悦泰方泽公司、前卫公司、大健康公司、大药房公司承担华佗国药公司因维权支出的律师费、公证费、差旅费等合理费用共计 68000 元, 其中律师费 60000 元, 公证费 8000 元;7. 悦泰方泽公司、前卫公司、大健康公司、大药房公司在《中国知识产权报》《广州日报》《羊城晚报》上共同发布声明消除影响, 内容 by 法院审定; 8. 悦泰方泽公司、前卫公司、大健康公司、大药房公司承担本案诉讼费用及公证保全费用。

一审法院认定事实:

一、权利商标的基本情况

第 130962 号“华佗及图”商标, 于 2003 年 3 月 1 日获准注册, 经续展, 商标权专用期限至 2033 年 2 月 28 日, 核定使用商品为第 5 类“药品(出口产品)”商品, 现注册人为华佗国药公司。

第 3469238 号“华佗”商标, 于 2005 年 6 月 28 日被核准注册, 经续展, 商标权专用期限至 2025 年 6 月 27 日, 核定使用商品为第 5 类“人用药; 消毒剂; 药酒; 医用营养品; 空气清新剂; 卫生球; 中药袋; 出牙剂; 治头痛药条”商品, 现注册人为华佗国药公司。

第 4258613 号“华佗”商标, 于 2007 年 12 月 15 日被核准注册, 经续展, 商标权专用期限至 2027 年 12 月 13 日, 核定使用商品为第 5 类“人用药; 消毒剂; 医用营养品; 消灭有害动物制剂; 医用保健袋; 牙用光洁剂”商品, 现注册人为华佗国药公司。

第 4269421 号“华佗及图”商标, 于 2007 年 12 月 7 日被核准注册, 经续展, 商标权专用期限至 2027 年 12 月 6 日, 核定使用商品为第 5 类“人用药; 消毒剂; 医用营养品; 消灭有害动物制剂; 医用保健袋; 牙用光洁剂”商品, 现注册人为华佗国药公司。

第 4528901 号“华佗及图”商标, 于 2009 年 5 月 7 日被核准注册, 经续展, 商标权专用期限至 2029 年 5 月 6 日, 核定使用商品为第 5 类“卫生消毒剂; 隐形眼镜用洗液; 卫生巾; 卫生毛巾带(毛巾); 中药袋; 药枕; 医用保健袋; 消灭有害动物制剂”商品, 现注册人为华佗国药公司。

第 5402728 号“华佗”商标, 于 2009 年 10 月 7 日被核准注册, 经续展, 商标权专用期限至 2029 年 10 月 6 日, 核定使用商品为第 5 类“人用药; 补药(药); 药用胶囊; 片剂; 原料药; 生化药品; 中药成药; 医用保健袋; 药酒; 医用营养品”商品, 现注册人为华佗国药公司。

第 8653749 号“华佗及图”商标, 于 2013 年 9 月 28 日被核准注册, 商标

权专用期限至 2033 年 9 月 27 日,核定使用商品为第 5 类“药酒;消毒剂;空气清新剂;兽医用药;蚊香;卫生巾;中药袋;牙用光洁剂”商品,现注册人为华佗国药公司。

第 10360637 号“华佗及图”商标,于 2013 年 7 月 21 日被核准注册,商标权专用期限至 2033 年 7 月 20 日,核定使用商品为第 5 类“消毒剂;空气清新剂;医用气体;隐形眼镜清洗液;卫生巾;牙用光洁剂”商品,现注册人为华佗国药公司。

第 10833570 号“华佗及图”商标,于 2013 年 11 月 14 日被核准注册,商标权专用期限至 2033 年 11 月 13 日,核定使用商品为第 5 类“中药成药;消毒剂;净化剂;兽医用药;杀虫剂;中药袋;出牙剂;卫生巾”商品,现注册人为华佗国药公司。

第 12688046 号“华佗及图”商标,于 2015 年 2 月 28 日被核准注册,商标权专用期限至 2025 年 2 月 27 日,核定使用商品为第 5 类“医药制剂;医用药物;药茶;医用佐药;片剂;中药成药;药用洗液;放射性药品;医用敷料;药酒”商品,现注册人为华佗国药公司。

上述事实,有华佗国药公司提交的商标注册证明、商标档案等证据在案佐证。

二、权利商标知名度及受司法和行政保护的情况 2004 年 6 月,安徽省工商行政管理局认定华佗国药公司的华佗牌及图商标为最具发展潜力商标;2009 年 12 月,安徽省工商行政管理局认定华佗国药公司在复方丹参片、六味地黄丸商品上的“华佗及图”商标为安徽省著名商标(2010 年-2013 年);2013 年 12 月 31 日,华佗国药公司药品上的“华佗及图”商标被安徽省工商行政管理局认定为安徽省著名商标(有效期四年)。

2008 年至 2012 年,安徽省科学技术厅先后认定华佗国药公司的华佗牌阿胶养血颗粒、救心丸、止泻保童颗粒、六味地黄丸、复方丹参片为安徽省高新技术产品;2010 年至 2016 年,安徽省质量技术监督局及安徽省名牌战略推进委员会先后认定华佗国药公司华佗牌六味地黄丸、阿胶养血颗粒、复方丹参片、救心丸为安徽名牌产品。

2006 年至 2017 年,华佗国药公司企业及其产品、项目等还先后获得过国家火炬计划产业化示范项目、安徽省质量奖、安徽省专利优秀奖、安徽省自主创新品牌示范企业、安徽省卓越绩效奖、安徽省技术创新示范企业、安徽省中医药科学技术奖、亳州市科学技术奖等荣誉。

2013 年 6 月 28 日,中衡国泰(北京)资产评估有限责任公司出具的资产评

估报告中说明，华佗国药公司拥有的“华佗”商标权无形资产价值 25235.88 万元。

由安徽安泰普信会计师事务所有限公司出具的 2014 年度至 2018 年度华佗国药公司财务报表审计报告显示，2013 年至 2018 年，华佗国药公司营业收入从 4 亿元逐步增长至 6.5 亿元。

2006 年 9 月 15 日，安徽省亳州市中级人民法院作出的(2006)亳民三初字第 03 号民事判决书中认定华佗国药公司的第 130962 号“华佗及图”商标为驰名商标。

2018 年至 2020 年，国家知识产权局曾作出多份商标无效宣告请求裁定，认定其他含有“华佗”文字的商标与华佗国药公司“华佗”系列商标构成近似商标。

上述事实，有华佗国药公司提交的(2014)皖亳金公证字第 972 号公证书、中衡国泰评报字[2013]第 017 号资产评估报告、审计报告、无效裁定书、相关荣誉证书等证据在案佐证。

三、被控侵权及不正当竞争行为的相关事实

一审庭审中，华佗国药公司明确本案中其主张的商标侵权行为包括悦泰方泽公司在其经营的京东网店宣传及销售带有侵权标识的被控侵权产品的行为；前卫公司生产被控侵权产品的行为；大健康公司生产、销售被控侵权产品的行为；大药房公司生产、销售被控侵权产品并在其运营的微信公众号及办公场所中使用“华佗国药”进行宣传的行为。华佗国药公司亦明确主张大健康公司、大药房公司在公司名称中使用“华佗国药”构成不正当竞争，违反了反不正当竞争法第六条第二项的规定。一审庭审中，华佗国药公司明确撤回本案中对前卫公司、大健康公司、大药房公司生产、销售的被控侵权产品通过线下门店销售行为的诉讼主张，并撤回本案中提交的证据 67。

华佗国药公司为证明悦泰方泽公司、前卫公司、大健康公司、大药房公司实施了被控侵权行为，提交了如下证据(以华佗国药公司证据编号为准)：

证据 11:北京市国信公证处 2020 年 3 月 31 日出具的(2020)京国信内经证字第 1222 号公证书，载明：2020 年 3 月 24 日，使用公证处电脑登录京东商城网站，搜索“悦泰方泽医疗器械专营店”，进入店铺查看其证照信息，显示企业名称为“北京悦泰方泽商贸有限公司”，点击店铺首页上方“华佗国药品牌专区”，该页面显示商品名称中带有“华佗国药”“华佗国药(HTGY)”字样，依次点击并公证购买足部冷敷贴(足跟痛贴)颈椎冷敷贴、小儿止咳贴、冷敷理疗凝露(颈肩腰腿痛喷剂)、腰椎间盘突出冷敷贴、晕车冷敷贴(晕车贴)、腰腿部冷

敷贴、冷敷理疗贴(滑膜康冷敷理疗贴)、小儿腹泻贴、关节冷敷贴、冷敷理疗凝露(跌打损伤喷剂)、冷敷理疗凝露(风湿骨痛喷剂)、医用热敷贴(痛经贴)、冷敷理疗凝露(消肿止痛喷剂)、跌打损伤冷敷贴、医用退热贴 16 种商品,上述商品详情及实物包装图片上有“HTGy 华佗国药”()标志,商品介绍中说明商品品牌为“华佗国药(HTGY)”,商品评价页面有“拍的华佗足跟痛贴收到了,看了说明书说的还不错,还没试用,先好评”“买的华佗,发货这个……”

“‘华佗牌’晕车贴货我下午收到了……”等评价。2022 年 3 月 26 日,公证人员签收快递包裹。经勘验,快递包裹内有 16 种商品,其中无足部冷敷贴(足跟痛贴)商品,除“滑膜炎贴”“滑膜炎冷敷理疗凝露”外,商品包装上均有“HrGr 华佗国药”()标志,华佗国药公司称“滑膜炎贴”“滑膜炎冷敷理疗凝露”系公证员在公证购买“冷敷理疗贴(滑膜康冷敷理疗贴)”时误操作购买,并非被控侵权产品。除“滑膜炎贴”“滑膜炎冷敷理疗凝露”外的商品外包装信息显示总经销为大健康公司。上述 16 种商品中除“医用热敷贴(痛经贴)”外,外包装背面显示生产单位均为被告前卫公司。上述商品生产日期显示为 2018 年 4 月至 2020 年 1 月。

证据 12、13:广州市市场监督管理局于 2019 年 1 月 25 日针对华佗国药公司投诉大药房公司商标侵权行为作出的穗工商处字[2019]7 号行政处罚决定书及 2018 年 8 月 15 日广州市工商行政管理局的询问笔录、广州知识产权法院于 2021 年 2 月 1 日作出的(2019)粤 73 行初 7 号行政判决书、广东省高级人民法院于 2021 年 7 月 16 日作出的(2021)粤行终 563 号行政判决书、广东省市场监督管理局于 2021 年 10 月 25 日作出的(粤)市监工行复字[2019]116 号行政复议决定书。上述询问笔录中,大药房公司法定代表人梁江彬称:“大健康公司和大药房公司是同一家公司,经营是没有区分的,大健康公司是大药房公司的全资子公司,法律责任都由大药房公司承担”。梁江彬在询 HGY 问笔录中亦认可“HTGY 华佗国药”()标识为其设计并委托他人印刷。

证据 68、74:“华佗国药官网”微信公众号截图、京东及淘宝网等平台搜索“华佗国药”的检索结果截图、“天眼查”APP 搜索大药房公司分支机构情况截图。

证据 72:穗工商处字[2019]7 号行政处罚决定涉及的“证据复制(提取)单”,内容为大药房公司在广州的办公地点的照片,显示在办公场所墙上有“華佗國藥”字样。

悦泰方泽公司、前卫公司、大健康公司、大药房公司对前述证据 11、12、13、72 的真实性不持异议,对证据 68、74 的三性不予认可。对当事人真实性

不持异议的证据部分,一审法院对其真实性亦予以认可。证据 68、74 未经公证认证,真实性无法确认,一审法院对该部分证据不予采纳。

一审法院经查,遗漏的足部冷敷贴(足跟痛贴)商品和因误操作未购买的“冷敷理疗贴(滑膜康冷敷理疗贴)”商品,在公证书拷屏的商品详情页面均有商品正、反面包装图片,外包装正面有“HTGYR 华佗国药”(H)标志,底部有大健康公司名称,背面产品信息显示总经销为大健康公司、生产单位 of 前卫公司。

一审庭审中,悦泰方泽公司认可其为前述“悦泰方泽医疗器械专营店”的经营者;前卫公司认可除“医用热敷贴”以外的被控侵权产品为其生产;大健康公司认可委托前卫公司生产及宣传、销售被控侵权产品;华佗国药公司认可悦泰方泽公司已停止在京东平台宣传、销售被控侵权产品。

一审诉讼中,华佗国药公司明确主张公证购买的 16 种被控侵权产品名称均非规范性商品名称,其中小儿止咳贴、小儿腹泻贴、医用退热贴、冷敷理疗凝露(消肿止痛喷剂)、冷敷理疗凝露(颈肩腰腿痛)、冷敷理疗凝露(风湿骨痛喷剂)、冷敷理疗凝露(跌打损伤喷剂)、医用热敷贴(痛经贴)八种商品属于第 5 类商品,颈椎冷敷贴、腰椎间盘突出冷敷贴、足部冷敷贴(足跟痛贴)、晕车冷敷贴(晕车贴)、腰腿部冷敷贴、跌打损伤冷敷贴、关节冷敷贴、冷敷理疗贴(滑膜康冷敷理疗贴)八种商品属于第 10 类商品。悦泰方泽公司、前卫公司、大健康公司、大药房公司认为上述 16 种商品均属于第 10 类商品。

上述事实,有华佗国药公司提交的相关公证书、行政处罚决定书、行政判决书及当事人陈述等在案佐证。

四、与悦泰方泽公司、前卫公司、大健康公司、大药房公司被控侵权获利及华佗国药公司合理支出相关的事实对于商标侵权行为的损害赔偿数额,华佗国药公司主张依据销售额*利润率*5 倍惩罚性赔偿的计算方式确定赔偿数额。销售额可依据侵权公证中所显示的被控侵权产品评价数量及网上查询的医药零售行业利润率。另外,考虑到大药房公司、大健康公司的侵权持续时间、主观恶意程度、侵权情节等因素,华佗国药公司申请适用 5 倍惩罚性赔偿,并最终起诉主张悦泰方泽公司、前卫公司、大健康公司、大药房公司赔偿因商标侵权造成的经济损失 300 万元。关于责任承担划分,华佗国药公司认为悦泰方泽公司自 2018 年至本案起诉时销售“华佗国药 HTGY”系列产品的获利在 17 万至 116 万之间,故华佗国药公司请求悦泰方泽公司在 50 万元范围内承担连带责任。大健康公司、大药房公司、前卫公司作为生产、销售方,长期共同侵权,给华佗国药公司造成巨大经济损失,应当在 300 万范围内承担连带责任。

针对大健康公司、大药房公司的被控不正当竞争行为的损害赔偿数额,华佗国药公司主张大健康公司、大药房公司使用“华佗国药”字号导致华佗国药公司损失及其因此获利的数额难以确定,因此请求适用法定赔偿,判令大健康公司、大药房公司各赔偿华佗国药公司经济损失 100 万元。

关于合理支出,华佗国药公司提交了金额为 6 万元的律师发票及金额为 8000 元的公证费发票,但未提交相应的律师代理合同。

上述事实,有华佗国药公司提交的相关公证书、律师费发票、公证费发票及当事人陈述等证据在案佐证。

五、与悦泰方泽公司、前卫公司、大健康公司、大药房公司抗辩相关的事实

悦泰方泽公司与前卫公司提交以下主要证据(复印件):

1. 广东淡酸平碱保健品有限公司授权大健康公司使用第 20535366 号“HTGY”商标(第 10 类)的授权书,授权期限自 2017 年 8 月 28 日至 2022 年 8 月 27 日;
2. 第 20535366 号“HTGY”商标注册证,注册人广东淡酸平碱保健品有限公司,注册日期 2017 年 8 月 28 日,有效期至 2027 年 8 月 27 日,核定使用在第 10 类“口罩;火罐;医用体温计;按摩器械;医疗器械和仪器;避孕套;血压计;护理器械;健美按摩设备;电疗器械”商品上;
3. 大健康公司授权前卫公司使用第 20535366 号“HTGY”商标及“华佗国药”字号生产涉案产品的授权书,授权有效期自 2017 年 9 月 2 日至 2022 年 9 月 1 日;
4. 前卫公司授权悦泰方泽公司在旗下京东店铺“悦泰方泽医疗器械专营店”销售第 20535366 号“HTGY”商标及“华佗国药”字号产品的授权书,授权期限自 2017 年 8 月 28 日至 2022 年 8 月 27 日;
5. 2018 年至 2020 年 3 月发货量及货款统计列表;
6. 华佗国药产品京东商城订单统计表(含刷单),悦泰方泽公司与前卫公司称进货没有发票或收据,均通过微信联系,年底会进行对账。

大健康公司、大药房公司提交以下主要证据(复印件)(编号续前):

7. 关于大药房公司设立、登记、股权变更的投资协议书、准予设立(开业)登记通知书、关于股权变更的股东会决议等。其中落款日期为 2016 年 8 月 1 日的大药房公司股东会决议记载出席会议股东为华佗国药公司、梁江彬、张旭宏、罗军,新增股东为华佗国药营销公司,决议事项内容部分为手写,股东签名处有手写签字及华佗国药公司、华佗国药营销公司、大药房公司公章。决议事项

第1条记载“同意取消2016年8月份之前签署的所有合作协议……”,第3条记载“同意华佗国药(广东)大药房有限公司以公司字号‘华佗国药’委托生产:芷葛无糖茶、淡酸茶、系列蛋白质粉、足康散、贴膏等非药品(保健食品、食品、医疗器械、消毒用品、化妆品),药品除外”。大药房公司补充提交了广州市天河区市场监督管理局关于对股东会决议组织鉴定的告知函及广东省绿色产品认证检测中心司法鉴定所出具的司法鉴定意见书,鉴定意见为股东会决议上的印章印文及签名笔迹与现场检验并提取的同名样本印文和签名笔迹样本均为同一枚印章盖印的印文及同一人的笔迹。

8. 已生效的(2021)皖16民终164号民事裁定书,该案中,华佗国药公司提交的两份公证书内容显示,2013年12月16日,华佗国药公司与梁江彬(大药房公司的法定代表人,也是大健康公司的前法定代表人)曾签订《广东华佗国药大药房连锁有限公司投资协议书》。

9. 《广州市工商行政管理局关于华佗国药(广东)大健康产业有限公司申请企业名称简化的批复》。

10. 穗天市监公开(2018)第7号关于政府信息公开申请的答复及广东省市场监督管理局作出的(粤)市监工行复字[2019]116号行政复议决定书。经查,上述行政复议决定已经被法院判决撤销。

对于上述大健康公司、大药房公司提交的证据,华佗国药公司认可证据8、9、10的真实性;在有原件的前提下,认可证据1-4的真实性;对证据5、6、7的三性均不予认可。对于前述当事人对真实性不持异议的证据,一审法院对其真实性亦予以认可。

一审法院认为,本案争议焦点为:一、悦泰方泽公司、前卫公司、大健康公司、大药房公司的行为是否构成商标侵权;二、大健康公司、大药房公司在企业名称中使用“华佗”字样的行为是否构成不正当竞争;三、在侵权或不正当竞争成立的前提下,悦泰方泽公司、前卫公司、大健康公司、大药房公司民事责任的承担问题。

一、悦泰方泽公司、前卫公司、大健康公司、大药房公司的行为是否侵害华佗国药公司的注册商标专用权

(一)本案是否具有认定驰名商标的必要性

本案中,华佗国药公司公证购买的16种被控侵权产品“小儿止咳贴、小儿腹泻贴、医用退热贴、冷敷理疗凝露(消肿止痛喷剂)、冷敷理疗凝露(颈肩腰腿痛)、冷敷理疗凝露(风湿骨痛喷剂)、冷敷理疗凝露(跌打损伤喷剂)、医用热敷贴(痛经贴)、颈椎冷敷贴、腰椎间盘突出冷敷贴、足部冷敷贴(足跟

痛贴)、晕车冷敷贴(晕车贴)、腰腿部冷敷贴、跌打损伤冷敷贴、关节冷敷贴、冷敷理疗贴(滑膜康冷敷理疗贴)”均为非规范商品名称。《类似商品和服务区分表》第5类药品商品中包含“膏药、绷敷材料、医用保健袋、医用按摩凝胶”等商品,第10类医疗用辅助器具、用品中也包含“医用冷敷贴”等商品。根据前述16种被控侵权产品的成分、功能描述等,其非完全等同于分类表中的第10类医疗器械类商品,而是更接近于第5类商品中的“膏药”等商品。另外,根据相关公众的日常生活认知,也较容易将其与药品作为类似商品加以识别。故综合考虑商品功能、用途、生产部门、销售渠道、消费对象等因素,涉案16种被控侵权产品与华佗国药公司主张的权利商标指定使用的药品具有较强关联性,已构成类似商品。在上述认定基础上,本案不存在认定驰名商标的必要性,故对于华佗国药公司要求认定其第130962号“华佗及图”商标及第3469238号“华佗”商标构成驰名商标的主张,一审法院不予支持。

(二)悦泰方泽公司、前卫公司、大健康公司、大药房公司的行为是否侵害华佗国药公司的注册商标专用权

本案中,悦泰方泽公司销售的被控侵权产品包装上带有“HTGYR 华佗国药”()标志,悦泰方泽公司在其经营的网店中亦突出性的使用“华佗国药”字样进行宣传,其对于HGN“HTGYR 华佗国药”()“华佗国药”标识的使用属于指示商品来源的商标性使用。上述标识完整包含了华佗国药公司主张的权利商标的显著识别部分“华佗”,与华佗国药公司主张的权利商标已构成近似。华佗国药公司提交的证据虽不足以证明其权利商标已达成驰名状态,但仍可以证明权利商标经宣传使用已具有一定知名度,在被控侵权产品与涉案权利商标指定使用的药品属于类似商品的情况下,相关公众容易认为被控侵权产品与华佗国药公司具有联系,从而导致消费者的混淆误认,损害了华佗国药公司的利益。因此,悦泰方泽公司在京东平台“悦泰方泽医疗器械专营店”中宣传、销售被控侵权产品的行为已构成商标侵权。

根据查明的事实及当事人的陈述,被控侵权产品系前卫公司授权悦泰方泽公司销售,前卫公司受大健康公司委托生产除“医用热敷贴”以外的被控侵权产品。被控侵权产品包装中亦显示经销商为大健康公司,故前卫公司生产被控侵权产品、大健康公司委托生产、销售被控侵权产品的行为构成商标侵权。

根据华佗国药公司提交的广州市工商行政管理局的询问笔录,大药房公司法定代表人暨大健康公司的前法定代表人梁江彬承认大药房公司与大健康公司是“同一家公司”,“HTGY 华佗国药”()标识由大药房公司设计、委托他人印刷并在销售中使用。本案大药房公司答辩中亦认可:“大健康公司系我公司设立,

辅助我公司进行市场经营的主体,与我公司行为具有同一性”。据此,可以认定大药房公司、大健康公司及前卫公司、悦泰方泽公司存在侵权的意思联络及共同的侵权故意,构成共同侵权。

对于华佗国药公司关于大药房公司在微信公众号中使用“华佗国药”进行宣传的行为构成商标侵权的主张,因华佗国药公司提交的微信截图未经公证认证,在对方当事人对该证据真实性持有异议的情况下,上述证据真实性无法确认,故现有证据不足以证明大药房公司在微信公众号中宣传使用侵权标识。关于华佗国药公司主张的大药房公司在其办公场所使用“华佗国药”进行宣传构成商标侵权的主张,该种使用方式非商标法意义上区分商品来源的商标性使用行为。综上,华佗国药公司关于大药房公司在微信公众号及办公场所使用侵权标识进行宣传构成商标侵权的主张缺乏事实及法律依据,一审法院不予支持。

(三)关于悦泰方泽公司、前卫公司、大健康公司、大药房公司的抗辩意见

对于悦泰方泽公司、前卫公司、大健康公司、大药房公司提交的广东淡酸平碱保健品有限公司授权大健康公司使用第 20535366 号“HTGY”商标(第 10 类)的授权书,因缺少原件,无法确定其真实性。且即使上述授权书真实性予以确认,但悦泰方泽公司、前卫公司、大健康公司、大药房公司使用的侵权标识为“HTGYR 华佗国药”(),不属于对第 20535366 号“HTGY”商标的规范性使用,故对于悦泰方泽公司、前卫公司、大健康公司、大药房公司使用被控侵权标识具有合法来源的抗辩,一审法院不予采纳。

对于大健康公司、大药房公司提交的 2016 年 8 月 1 日的《股东会决议》,其中并未明确华佗国药公司同意大健康公司或大药房公司可以商标性地使用“华佗国药”字样,故对于大健康公司、大药房公司该项抗辩,一审法院亦不予采纳。

二、大健康公司、大药房公司在企业名称中使用“华佗”字样的行为是否构成不正当竞争

本案中,根据已生效的(2021)皖 16 民终 164 号民事裁定书中认定的事实,2013 年 12 月 16 日,华佗国药公司与梁江彬(大药房公司的法定代表人,也是大健康公司的前法定代表人)曾签订《广东华佗国药大药房连锁有限公司投资协议书》,即华佗国药公司明知并曾明确同意大药房公司在其字号中使用“华佗国药”的字样,而本案中未有证据证明华佗国药公司之后明确反对大药房公司及其关联公司大健康公司使用“华佗国药”字号,故大药房公司及大健康公司在其公司名称中使用“华佗国药”,不属于“擅自使用”情形,也不构成反不正当竞争法第六条第二项规定的不正当竞争行为。综上,华佗国药公司关于大健康公

司、大药房公司构成不正当竞争的主张缺乏事实及法律依据，一审法院不予支持。

三、关于民事责任承担

本案中，悦泰方泽公司、前卫公司、大健康公司、大药房公司的行为构成商标共同侵权，应当对此承担法律责任。

（一）关于停止侵害

本案中，经各方当事人确认，悦泰方泽公司经营的京东网店中已经停止宣传销售被控侵权产品，故本案不再判决悦泰方泽公司停止侵权。现有证据不足以证明前卫公司、大健康公司、大药房公司的被诉行为已经停止，故前卫公司、大健康公司、大药房公司应当停止侵害华佗国药公司涉案权利商标的被控侵权行为。

（二）关于消除影响

因悦泰方泽公司、前卫公司、大健康公司、大药房公司均实施了侵犯华佗国药公司注册商标专用权的行为，误导了相关公众，对华佗国药公司的商誉产生不利影响，故华佗国药公司要求悦泰方泽公司、前卫公司、大健康公司、大药房公司在报纸上刊登声明，消除影响的诉讼主张，于法有据。根据与悦泰方泽公司、前卫公司、大健康公司、大药房公司侵权行为给华佗国药公司造成影响的范围相当的原则，以足以消除不良影响为标准，确定消除影响的方式为：在《中国知识产权报》及《广州日报》上分别刊登声明，消除因侵权行为造成的不良影响。

（三）关于赔偿损失和合理支出

本案中，华佗国药公司主张悦泰方泽公司、前卫公司、大健康公司、大药房公司获利计算所依据的事实不足，且其提交的证明其成本或利润率的证据缺乏真实性及科学性论证，不足以证明悦泰方泽公司、前卫公司、大健康公司、大药房公司的实际获利情况，华佗国药公司亦无证据证明其因侵权行为所受到的损失。因此，对于商标侵权行为的赔偿数额，一审法院综合考虑权利商标知名度、侵权情节、侵权持续时间、主观过错程度、侵权公证书显示的商品评价数量的真实性、华佗国药公司与大健康公司、大药房公司曾经的关联关系等因素予以酌情确定。至于华佗国药公司主张的合理支出，其中的公证费部分能够与证据中的公证书相对应，一审法院予以支持，律师费部分，虽有发票，但缺少对应合同，无法确定是否为本案中的支出，故一审法院综合考虑本案中华佗国药公司代理律师的综合工作量等因素予以酌定。

至于悦泰方泽公司作为被控侵权产品销售者承担连带赔偿责任的范围问

题，本案中，虽然华佗国药公司的权利商标具有一定知名度，但证明知名度的证据多限于安徽省内，且自商标局网站上查询，注册在第5类、第10类商品上包含“华佗”字样的商标众多，注册人也遍布全国各地，悦泰方泽公司作为销售商，其审查被控侵权标识合法性的难度较大。因此，酌定悦泰方泽公司在5万元范围内承担连带赔偿责任。

关于华佗国药公司惩罚性赔偿的诉讼请求，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。被告有下列情形之一的，人民法院可以认定为情节严重：（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）以侵害知识产权为业；（三）伪造、毁坏或者隐匿侵权证据；（四）拒不履行保全裁定；（五）侵权获利或者权利人受损巨大；（六）侵权行为可能危害国家安全、公共利益或者人身健康；（七）其他可以认定为情节严重的情形。”现本案无证据表明悦泰方泽公司、前卫公司、大健康公司、大药房公司具有上述情形，因此，对华佗国药公司关于惩罚性赔偿的主张，一审法院不予支持。

综上，依照商标法第五十七条、《中华人民共和国民法典》第一百七十九条的规定，一审法院判决如下：一、大健康公司、大药房公司、前卫公司于本判决生效之日起立即停止涉案侵害华佗国药公司注册商标专用权的行为；二、悦泰方泽公司、大健康公司、大药房公司、前卫公司于本判决生效之日起三十日内在《中国知识产权报》《广州日报》上分别刊登声明，消除因侵权行为造成的不良影响（声明内容需经本院审核，如逾期未刊登声明，本院将刊登本判决相关内容，费用由悦泰方泽公司、大健康公司、大药房公司、前卫公司承担）；三、大健康公司、大药房公司、前卫公司于本判决生效之日起十五日内共同赔偿华佗国药公司经济损失（含合理支出）60万元，悦泰方泽公司就其中5万元承担连带赔偿责任；四、驳回华佗国药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。

本院经审理查明，一审法院查明的事实属实，且有经过庭审质证的各方当事人提交的证据以及当事人陈述等在案佐证，本院予以确认。

二审中，华佗国药公司向本院提交了以下证据：

1. 北京市国信公证处于2023年3月23日作出（2023）京国信内经证字第01666号公证书，其中载明，申请人北京派道律师事务所的委托代理人尚洁于

2023年3月23日向北京市国信公证处申请办理保全证据公证。在公证处,公证员和公证人员检查用于此次保全证据活动的摄像机,经检查,该摄像机内无任何相关内容。随后,委托代理人尚洁使用公证处提供的“小米”手机,在公证人员的监督下,由委托代理人尚洁使用摄像机对保全证据的过程进行摄像,委托代理人尚洁使用上述手机连接至无线网络“GX”,并进行了如下操作:1. 委托代理人将“小米”手机恢复出厂设置,恢复完毕后连接至无线网络“GX”,进行相关设置后进入手机主页面;2. 在上述页面中,点击“设置”,查看相关系统参数;3. 返回手机主页面,点击打开“应用商店”,在搜索栏中输入“微信”进行搜索,之后下载并安装“微信”程序;4. 上述“微信”程序安装完成后,点击“打开”,进入相关页面,点击“登录”,输入相关登录信息,完成相关验证,登录“微信”程序,进入“微信”程序主页面,点击“我”,点击“设置”,依次点击“关于微信”“账号与安全”,分别显示相关页面并进行查看;5. 返回“微信”程序主页面,点击页面右上方相关图标,点击“添加朋友”,点击“公众号”,在搜索栏中输入“华佗国药”进行搜索,显示相关页面,点击“华佗国药官网”,进入相关页面;该页面显示“华佗国药官网”“华佗国药(广东)大药房有限公司”;6. 点击“关注公众号”,进入相关页面,点击“>”,进入相关页面,显示“华佗国药始终坚持”质量第一,人民用药安全有效至上,的经营理念,保障人民身体健康,促进医药经济大发展做出更大贡献。”认证主体为大药房公司。返回相关页面并对微信公众号发表文章内容进行查看,部分页面中的照片显示办公场所或者店铺名称使用“华佗国药”字样,二维码位置显示有“華佗國藥”字样,上述证据保全过程系在公证员及公证人员监督下完成,用以证明一审证据中“华佗国药官网”显示的侵权信息依然存在,恶意明显,一审判决认定事实不清。

2. 广东省广州市天河区人民法院作出(2023)粤0106行初1号行政判决书,用以证明大药房公司的涉案行为构成侵权。

3. 通过百度、搜狗的搜索引擎搜索“华佗国药”及大健康公司、大药房公司全称的搜索结果,用以证明相关公众产生混淆误认,不能区分华佗国药公司与大药房公司、大健康公司。

4. 大药房公司、大健康公司相关分公司受到行政处罚的新闻报道,用以证明大药房公司存在多个负面信息,如果不停止使用字号并登报消除影响,会使相关公众产生混淆误认。

5. 大药房公司、大健康公司授权生产或经销的部分商品、在京东平台的销售情况列表,用以证明大健康公司、大药房公司的侵权行为未停止,恶意明显。

6. 大药房公司申请的“华佗”商标列表,用以证明大药房公司申请注册行为具有明显恶意。

大健康公司、大药房公司对证据 1 的真实性予以认可,不认可证据 1 的关联性和证明目的;对证据 2 的真实性、合法性予以认可,不认可证据的关联性和证明目的;对证据 3、4 的真实性予以认可,但不认可其关联性和证明目的;对证据 5、6 的真实性、合法性、关联性不予认可。悦泰方泽公司、前卫公司对证据 1 的真实性、关联性、证明目的均不认可,其认为,公证过程中,委托代理人尚洁对保全证据的过程进行了摄像,其公正性和真实性存疑;对证据 2 的真实性予以认可,不认可关联性、证明目的;对证据 3、4 的真实性、关联性、证明目的不认可;对证据 5、6 的真实性、合法性、关联性、证明目的均不认可。

大健康公司、大药房公司向本院提交了以下证据:

1. 张旭宏、梁江彬、李勇的笔录;用以证明股东会协议的真实意思为华佗国药公司同意大药房公司同意并授权大药房公司在产品上标注“华佗国药”,自 2016 年生产标注“华佗国药”字样产品至 2018 年 3 月 28 日合作期间,华佗国药公司知道、同意、授权大药房公司生产标注“华佗国药”字样的涉案产品。

2. 与本案相同的案例及大健康公司、大药房公司与华佗国药公司产品的对比图;用以证明不应认定大药房公司、大健康公司存在侵权行为。

3. 广州市工商行政管理局于 2018 年 10 月 14 日作出《广州市工商行政管理局关于华佗国药(广东)大健康产业有限公司申请企业名称简化的批复》;用以证明大健康公司使用简化字号“华佗国药”是合法的。

4. 第 20535366 号“HrGr”商标注册证及授权书;用以证明大药房公司、大健康公司对商标标识的使用是合法的。

5. 广州市天河区市场和质量监督管理局于 2018 年 4 月 20 日作出的《关于政府信息公开申请的答复》、2019 年 11 月 8 日作出《关于对华佗国药(广东)大药房有限公司申请再次答复的复函》;用以证明大药房公司的涉案行为不构成侵权。

6. 华佗国药公司与大药房公司于 2016 年 11 月 12 日签订的《协议书》。

7. 华佗国药(安徽)营销有限公司与梁江彬、罗军、大药房公司于 2017 年 1 月 3 日签署的《股东转让出资合同书》。

8. 授权书,其中载明,大药房公司授权大健康公司以公司字号“华佗国药”名义全权负责授权生产“保健食品、食品、化妆品、消毒用品、医疗器械、日用品等非药品”;用以证明大药房公司授权大健康公司进行非药品生产。

9. 2015 年 7 月 4 日, 华佗国药(安徽)营销有限公司、张旭宏、梁江彬、罗军签署《华佗国药(广东)大药房有限公司投资协议书》, 其中约定, 华佗国药(安徽)营销有限公司、张旭宏、梁江彬经协商一致同意在广东省设立“华佗国药大药房连锁有限公司”, 该公司不得帮助第三方使用或模仿与“华佗国药大药房”相同或相近的字号、商标、特许标识及其他与连锁药店经营体系有关的任何标识; 用以证明 2016 年 8 月 1 日手写版股东会协议内容的真实性以及华佗国药公司授权大药房公司在非药品商品上使用“华佗国药”字号。

华佗国药公司认可上述证据的真实性, 但是不认可关联性。悦泰方泽公司、前卫公司认可上述证据的真实性、合法性、关联性和证明目的。

悦泰方泽公司、前卫公司未向本院提交证据。

本院根据当事人提交的证据, 另查明以下事实:

1. (2020)京国信内经证字第 1222 号公证书中, 部分商品介绍中有“华佗国药”标志。

2. 2013 年 12 月 16 日, 华佗国药公司、张旭宏、梁江彬、罗军签署《广东华佗国药大药房有限公司投资协议书》, 其中约定, 华佗国药公司、张旭宏、梁江彬经协商一致同意在广东省设立“华佗国药大药房连锁有限公司”, 该公司不得帮助第三方使用或模仿与“华佗国药大药房”相同或相近的字号、商标、特许标识及其他与连锁药店经营体系有关的任何标识。

2015 年 7 月 4 日, 华佗国药(安徽)营销有限公司、张旭宏、梁江彬、罗军签署《华佗国药(广东)大药房有限公司投资协议书》, 其中约定, 华佗国药(安徽)营销有限公司、张旭宏、梁江彬经协商一致同意在广东省设立“华佗国药大药房连锁有限公司”, 该公司不得帮助第三方使用或模仿与“华佗国药大药房”相同或相近的字号、商标、特许标识及其他与连锁药店经营体系有关的任何标识。

2016 年 8 月 1 日的《华佗国药(广东)大药房有限公司股东会决议》载明: 出席会议股东为华佗国药公司、梁江彬、张旭宏、罗军, 新增股东为华佗国药(安徽)营销有限公司; 同意原股东华佗国药公司将原出资 510 万元(占公司注册资本的 51%)的全部 510 万元转让给华佗国药(安徽)营销有限公司, 转让金 20 万元; 同意原股东张旭宏将原出资 200 万元(占公司注册资本的 20%)的全部 200 万元转让给梁江彬, 转让金 20 万元; 股权变更后股东的出资情况: 华佗国药(安徽)营销有限公司出资 510 万元(占公司注册资本 51%); 梁江彬出资 400 万元(占公司注册资本 40%); 罗军出资 90 万元(占公司注册资本 9%); 公司旧章程作废, 启用新章程。

2016年8月30日的《华佗国药(广东)大药房有限公司股东会决议》载明:出资会议股东为华佗国药公司、梁江彬、张旭宏、罗军,新增股东为华佗国药(安徽)营销有限公司。同意原股东华佗国药公司将原出资510万元(占公司注册资本的51%)的全部510万元转让给华佗国药(安徽)营销有限公司,转让金0万元;同意原股东张旭宏将原出资200万元(占公司注册资本的20%)的全部200万元转让给梁江彬,转让金0万元;股东变更后股东的出资情况:华佗国药(安徽)营销有限公司出资510万元(占公司注册资本51%);梁江彬出资400万元(占公司注册资本40%);罗军出资90万元(占公司注册资本9%);公司旧章程作废,启用新章程。

2016年8月30日,华佗国药公司、张旭宏与华佗国药(安徽)营销有限公司、梁江彬签订《股东转让出资合同书》,其中载明:同意原股东华佗国药公司将原出资510万元(占公司注册资本的51%)的全部510万元转让给华佗国药(安徽)营销有限公司,转让金0万元;同意原股东张旭宏将原出资200万元(占公司注册资本的20%)的全部200万元转让给梁江彬,转让金0万元;股东变更后股东的出资情况:华佗国药(安徽)营销有限公司出资510万元(占公司注册资本51%);梁江彬出资400万元(占公司注册资本40%);罗军出资90万元(占公司注册资本的9%);从2016年8月30日起华佗国药(安徽)营销有限公司成为本公司的股东;华佗国药公司、张旭宏自转让之日起,不再是公司股东,不得以公司的名义对外从事任何活动。

2016年9月9日,华佗国药(安徽)营销有限公司与梁江彬、罗军签订《股权转让协议》,华佗国药(安徽)营销有限公司将其持有的大药房公司51%全部股权转让给梁江彬和罗军。

2016年11月12日,华佗国药公司与大药房公司签订《协议书》,其中载明:经双方友好协商,就大药房公司使用华佗国药公司及其子公司的商标和服务标志“华佗国药大药房”及标记、记号、招牌、标签、样式及其他一切营业象征;大药房公司不得损害华佗国药公司形象,不得损害华佗国药公司商标及经营技术资产;除华佗国药公司特别授权外,大药房公司不得向第三方泄露任何商业信息,包括但不限于连锁药店经营模式、管理办法及技术资料,不得帮助第三方使用或模仿与“华佗国药大药房”相同或相近的字号、商标、特许标识及其他与连锁药店经营体系有关的任何标识。

2017年1月3日,《华佗国药(广东)大药房有限公司股东会决议》载明:出席会议股东为梁江彬、罗军、华佗国药(安徽)营销有限公司;同意原股东华佗国药(安徽)营销有限公司出资510万元(占公司注册资本的51%)的部分400万元转让给梁江彬,转让金

10 万元;司将原出资 510 万元(占公司注册资本的 51%)的部分 400 万元转让给梁江彬,转让金 15 万元;同意原股东华佗国药(安徽)营销有限公司将原出资 10 万元(占公司注册资本的 51%)的部分 110 万元转让给罗军,转让金 5 万元;股权变更后股东的出资情况:梁江彬出资 800 万元(占公司注册资本 80%),罗军出资 200 万元(占公司注册资本 20%);启用新章程,旧章程作废。

2017 年 1 月 3 日,华佗国药(安徽)营销有限公司与梁江彬、罗军签订《股东转让出资合同书》,约定:同意原股东华佗国药(安徽)营销有限公司将原出资 510 万元(占公司注册同意原股东华佗国药(安徽)营销有限公司将原出资 510 万元(占公司注册资本的 51%)的部分 110 万元转让给罗军,转让金 5 万元;华佗国药(安徽)营销有限公司股东自转让之日起不再是公司股东,不得以公司的名义对外从事任何活动;另在其他约定条款处有手写内容“2016 年 12 月 31 日前签署的所有合同协议全部取消,包括 2016 年 9 月 9 日签署的《股权转让协议》及 2016 年 11 月 12 日在于亳州市与华佗国药公司签署的《协议书》全部取消,并以本合同条款为准。”3. 一审庭审笔录载明,华佗国药公司关于不正当竞争的主张适用反不正当竞争法第六条第二项规定。

4. 华佗国药公司成立于 2009 年 11 月 11 日,其经营范围包括:中成药(片剂、颗粒剂、丸剂、硬胶囊剂等),喷雾剂,搽剂,泡沫剂,抗(抑)菌制剂(液体),中药饮片,华佗牌固之源片,食品、外用贴剂、洗护用品的生产和销售;中药材(系未经炮制及药品标准或炮制规范允许加工的中药材)销售等。大药房公司成立于 2014 年 5 月 7 日,其经营范围包括:药品研发;医疗用品及器材零售(不含药品及医疗器械);中成药、中药饮片批发;中药材批发(收购);药品零售等。大健康公司成立于 2017 年 8 月 10 日,股东为大药房公司,其经营范围为包括:医疗、医药咨询服务(不涉及医疗诊断、治疗及康复服务);非许可类医疗器械经营;西药批发:化学药制剂、生物制品(含疫苗)批发:中成药、中药饮片批发;中药材批发(收购);中药材批发:血液制品经营;医疗诊断、监护及治疗设备批发;药品零售;中药饮片零售等。

5. 广州市工商行政管理局在 2018 年 4 月 19 日的询问笔录载明,被询问人为梁江彬;询问人:2018 年 4 月 2 日,华佗国药公司在其官方网站上的新闻资讯栏目公布涉及大药房公司的《声明》,声明的主要内容是大药房公司违反协议约定,擅自设立大健康公司,且未经授权及许可擅自生产、销售“华佗”“华佗国药”等系列注册商标、字号的产品;该行为已严重违反相关法律法规:对违法设立的大健康公司,华佗国药公司已向市场监督管理局申请并责成该企业股东及法定代表人等进行注销或者更名;华佗国药公司已向相关部门申请进行处理并

责成其立即停止生产、销售“华佗”“华佗国药”等相关产品。请问梁江彬是否收到华佗国药公司的声明?梁江彬:在2018年4月6日通过顺丰公司快递方式收到声明,随即大药房公司向华佗国药公司作出回应(以挂号信方式寄给对方),2018年4月8日作出声明,声明主要内容如下:大药房公司已收到华佗国药公司的声明,不认同华佗国药公司的声明。大药房公司并非华佗国药公司所称的华佗国药(广州)大药房连锁有限公司,大药房公司是2014年5月由华佗国药公司授权、控股合法成立的,华佗国药公司于2016年6月30日将占51%的股份转让其子公司华佗国药(安徽)营销有限公司,于2017年1月9日再由华佗国药(安徽)营销有限公司转让给梁江彬及罗军,转让合同合法有效。大药房公司为业务发展需要于2017年8月成立子公司大健康公司及其他分公司,并未侵权。大药房公司授权生产的产品从未使用华佗国药公司的驰名商标“华佗”,大药房公司依法在产品上标识公司前序字号“华佗国药”是合法的。在该询问笔录中还显示有华佗国药公司网站发布声明的截图以及大药房公司声明的图片,其中华佗国药公司网站发布声明的截图显示,大药房公司严重违反与华佗国药公司签署的投资协议书的约定,擅自设立大健康公司,属违约行为,同时未经华佗国药公司授权及许可使用华佗国药公司“华佗”“华佗国药”等商标及字号。

6,广州市市场监督管理局于2019年1月25日针对华佗国药公司投诉大药房公司商标侵权行为作出的穗工商处字[2019]7号行政处罚决定书载明,大药房公司销售的带有“华佗国药”等标识的食品类饮品和医疗器械类产品侵犯了第6844004号注册商标、第1108026号注册商标的商标专用权;大药房公司销售的带有“华佗国药”等标识的医疗器械类产品侵犯了第8664316号注册商标的商标专用权。大药房公司未经许可,擅自在与他人注册商标核定使用商品相类似的食物类及医疗器械类商品上使用与该注册商标近似的标识的行为,构成商标侵权行为。

7.广东省市场监督管理局针对大药房公司关于穗工商处字[2019]7号行政处罚决定书提出的行政复议申请作出(粤)市监工行复字[2019]116号《行政复议决定书》载明,大药房公司销售的标有“华佗国药”字样的各种蛋白质粉,与第8664316号注册商标的第32类“无酒精饮料”等商品不属于类似商品,且两种商品的功能特征、销售渠道、消费群体存在一定差异,不宜导致商品来源混淆,不宜定性为商标侵权行为,根据大药房公司在复议审理期间提交的《股东会决议》,大药房公司可能与华佗国药公司之间构成商标使用许可合同关系,广州市监局在未经查证的情况下,不宜径行认定大药房公司未经商标注册人的许可,侵犯注册商标专用权。最终决定撤销穗工商处字[2019]7号行政处罚决定

书。

8. 广州知识产权法院于 2021 年 2 月 1 日作出的（2019）粤 73 行初 7 号行政判决书载明，广东省市场监督管理局在复议程序中未通知与具体行政行为有利害关系的华佗国药公司作为第三人参加复议程序，违反正当程序，被诉复议决定应予撤销，并重新作出复议决定；广州市市场监督管理局的行政处罚决定将大药房公司的被诉侵权商品中的食品类饮品分别与华佗国药公司的第 6844004 号“华佗 HUATUO”商标、第 8664316 号注册商标的核定种类进行比对，并作出相应认定；大药房公司的复议申请中亦认为被诉侵权商品不侵害第 6844004 号商标和第 8664316 号商标的商标权。而复议决定仅对大药房公司销售的蛋白质粉是否侵害第 8664316 号商标作出认定，未审查认定该行为是否侵害第 6844004 号商标权，亦未审查认定销售淡酸茶、芷葛无糖茶、冷敷贴和退烧贴等被诉侵权商品是否构成商标侵权，属遗漏审查，应在重新作出复议决定中予以纠正。被诉侵权商品蛋白质粉，与涉案商标第 32 类商品不构成类似商品。综上，判决撤销广东省市场监督管理局作出的（粤）市建工行复字[2019]116 号《行政复议决定书》并责令其在法定期限内重新作出行政行为。

9. 广东省高级人民法院于 2021 年 7 月 16 日作出的（2021）粤行终 563 号行政判决书载明，广东省市场监督管理局在作出决定之前，应当通知有利害关系，可能对其产生不利影响的华佗国药公司作为第三人参加行政复议，广东省市场监督管理局未通知华佗国药公司参加行政复议，未听取其陈述意见，不符合程序正当原则。广州市市场监督管理局审查认定三种商标侵权行为，大药房公司针对前述三项认定提出复议申请，而广东省市场监督管理局仅审查其中一种行为，却撤销了全部处罚决定，其复议决定的理据和结果不对应。作为复议机关，广东省市场监督管理局既未全面审查复议申请，也没有规范行使复议职能，未有效促进行政争议的实质性解决，其一并撤销处罚决定的方式还可能导致新的行政争议的产生，因此，被诉复议决定不合法，广东省市场监督管理局在重新作出复议决定时应予纠正。第 8664316 号商标核定在第 32 类的无酒精饮料等商品上，与蛋白质粉商品不相同，不构成类似商品。

10. 广东省市场监督管理局于 2021 年 10 月 25 日作出的（粤）市监工行复字[2019]116 号行政复议决定书载明，涉案商品上使用的“华佗国药”“華佗國藥”的显著性部分“华佗”，与涉案的第 1108026 号、第 6844004 号、第 8664316 号注册商标的中文部分构成近似；涉案冷敷贴、小儿止咳贴、退热贴等医疗器械类商品与第 1108026 号注册商标核定使用商品“医用特质家具”属于同一组别，构成类似商品；涉案淡酸茶、芷葛无糖茶等食品类饮品，与第

6844004 号注册商标核定使用商品“茶”属于同一组别,构成类似商品。第 8664316 号商标核定使用的第 32 类无酒精饮料等商品与蛋白质粉不相同,不宜定性为商标侵权行为。因此决定撤销穗工商处字[2019]7 号行政处罚决定书,广州市市场监督管理局重新作出具体行政行为。

本院认为,关于法律适用。鉴于华佗国药公司的取证行为及其主张的侵害商标权及不正当竞争行为持续至本院二审审理期间,故本案应当适用 2019 年修正的商标法(2019 年 11 月 1 日施行)和 2019 年修正的反不正当竞争法(2019 年 4 月 23 日施行)。

本案的争议焦点问题主要在于:一、涉案行为是否侵犯华佗国药公司的注册商标专用权;二、涉案行为是否构成不正当竞争;三、如若侵权成立,一审判决确定的赔偿数额是否合理。

一、关于涉案行为是否侵犯华佗国药公司的注册商标专用权的问题。

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;(四)伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的;(五)未经商标注册人同意,更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场的;(六)故意为侵犯他人商标专用权行为提供便利条件,帮助他人实施侵犯商标专用权行为的;(七)给他人的注册商标专用权造成其他损害的。

本案中,华佗国药公司作为涉案第 130962 号“华佗及图”商标、第 3469238 号“华佗”商标、第 4258613 号“华佗”商标、第 4269421 号“华佗及图”商标、第 4528901 号“华佗及图”商标、第 5402728 号“華佗”商标、第 8653749 号“华佗 1 及图”商标、第 10360637 号“华佗及图”商标、第 10833570 号“华佗及图”商标、第 12688046 号“华佗及图”商标的权利人,其所享有的注册商标专用权受我国法律保护。

《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》第九条规定,“商标法第五十七条第(一)(二)项规定的商标相同,是指被控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。商标法第五十七条第(二)项规定的商标近似,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。”根据在案证据,悦泰方泽公司在京东网站中销售的由前卫公司生产、销售的被控侵权产品包装上带有“HTGYR 华佗国药”()标志,并在其经营的网店中使用“华佗国药”“HTGYR 华佗国药”()标志进行宣传,上述标识与华佗国药公司主张的权利商标的显著识别部分“华佗”,在文字构成、呼叫、含义等方面十分相近,构成近似标志。

《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》第十一条规定,“商标法第五十七条第(二)项规定的类似商品,是指在功能、用途、生产部门、销售渠道、消费对象等方面相同,或者相关公众一般认为其存在特定联系、容易造成混淆的商品。”根据现有证据,华佗国药公司公证购买了“小儿止咳贴、小儿腹泻贴、医用退热贴、冷敷理疗凝露(消肿止痛喷剂)、冷敷理疗凝露(颈肩腰腿痛)、冷敷理疗凝露(风湿骨痛喷剂)、冷敷理疗凝露(跌打损伤喷剂)、医用热敷贴(痛经贴)、颈椎冷敷贴、腰椎间盘突出冷敷贴、足部冷敷贴(足跟痛贴)、晕车冷敷贴(晕车贴)、腰腿部冷敷贴、跌打损伤冷敷贴、关节冷敷贴、冷敷理疗贴(滑膜康冷敷理疗贴)”等16种被控侵权产品,上述产品均非规范商品名称。被控侵权产品与华佗国药公司主张的权利商标核定使用的第5类商品名称并不完全重合,但是二者在商品的功能用途、销售渠道、消费对象等方面密切关联,容易使相关公众对商品来源产生混淆误认,应当认定为类似商品。考虑到涉案第130962号“华佗及图”商标、第3469238号“华佗”商标经过华佗国药公司的宣传使用取得了一定知名度,涉案侵权标识与华佗国药公司主张的权利商标若同时使用在上述同一种或存在较大关联的商品上,相关公众施以一般注意力时,容易导致对商品来源产生混淆、误认,或者认为经营者之间具有许可使用、关联企业等特定联系,故本院认定二者构成使用在同一种或类似商品上的近似商标。因此,前卫公司生产除“医用热敷贴”以外的被控侵权产品的行为,大健康公司、悦泰方泽公司销售涉案被控侵权产品的行为,侵犯了华佗国药公司对权利商标所享有的注册商标专用权。根据广州市工商行政管理局的询问笔录以及一审答辩书的记载,大药房公司法定代表人暨大健康公司的前法定代表人梁江彬承认大药房公司与大健康公司是“同一家公司”,“HTGY 华佗国药”()标识由大药房公司设计、委托他人印刷并在销售中使用,以及大健康公司与大药房公司行为具有同一性,因此可以认定大药房公司、大健康公司及前卫公司、悦泰方泽公司存在侵权的意思联络及共同的侵权故意,构成共同侵权。

上述被诉侵权行为已经通过商标法第五十七条的规定予以规制,因此无需通过认定第130962号“华佗及图”商标、第3469238号“华佗”商标为驰名商标进行保护。

另,大药房公司在其微信公众号、办公场所使用“华佗国药”的方式非商标法意义上区分商品来源的商标性使用行为。故一审判决关于大药房公司在微信公众号及办公场所使用侵权标识进行宣传未构成商标侵权的认定并无不当,本院予以维持。

对于悦泰方泽公司关于其从前卫公司购买的涉案产品,不存在主观过错,不应承担赔偿责任的主张,本院认为,悦泰方泽公司作为药品、医疗器械的经营者,应知晓华佗国药公司及其权利商标的知名度,其并未尽到合理注意义务,且悦泰方泽公司亦未提交充分证据证明其支付了合理对价,故对其合法来源抗辩不能成立,本院不予支持。

二、关于涉案侵权行为是否构成不正当竞争的问题

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)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,大药房公司的成立是基于华佗国药公司、张旭宏、梁江彬、罗军于2013年12月16日签署的《广东华佗国药大药房连锁有限公司投资协议书》。该协议载明,各方一致同意在广东省设立“华佗国药大药房连锁有限公司”,该公司不得帮助第三方使用或模仿与“华佗国药大药房”相同或相近的字号、商标、特许标识及其他与连锁药店经营体系有关的任何标识。之后大药房公司股东发生多次变动,直至2017年1月3日,股东变更为梁江彬、罗军。至此,华佗国药公司及其子公司华佗国药(安徽)营销有限公司不再持有大药房公司的股份。华佗国药公司在本案中主张大药房公司、大健康公司不应再使用“华佗国药”字号,对此本院认为,大药房公司、大健康公司使用“华佗国药”字号是否构成不正当竞争,应当满足两个条件,一是华佗国药公司的企业名称是否具有“一定影响”,二是大药房公司、大健康公司是否擅自使用“华佗国药”字号且“引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系”,即构成混淆。首先,在案证据显示,华佗国药公司(曾用名华佗国药股份有限公司)在药品上的“华佗”商标曾经被安徽省工商行政管理局认定为安徽省著名商标,2006年9月15日,安徽省亳州市中级人民法院作出的(2006)亳民三初字第03号民事判决书认定华佗国药公司的第130962号“华佗及图”商标为驰名商标,2006年至2017年,华佗国药公司及其产品、项目等先后获得过国家火炬计划产业化示范项目、安

安徽省质量奖、安徽省专利优秀奖、安徽省自主创新品牌示范企业、安徽省卓越绩效奖、安徽省技术创新示范企业、安徽省中医药科学技术奖、亳州市科学技术奖等荣誉,上述事实可以证明华佗国药公司的字号在所属行业具有一定知名度,属于反不正当竞争法第六条第二项所规定的“有一定影响的企业名称(包括简称、字号等)”。其次,至2017年1月3日,华佗国药公司及其子公司均不再持有大药房公司的股份,二者之间不再具有法律上的联系,故大药房公司不再具有使用“华佗国药”字号的法律基础。同时,华佗国药公司的经营范围包括中成药的生产和销售,而大药房公司的经营范围亦包括中成药的批发、药品零售,二者业务范围部分重合,在华佗国药公司具有一定知名度的情况下,容易使相关公众误认为大药房公司与华佗国药公司存在一定联系,从而造成混淆,损害华佗国药公司的企业名称权。大药房公司使用“华佗国药”字号的依据来源于《广东华佗国药大药房连锁有限公司投资协议书》,该协议已经被2016年8月1日《华佗国药(广东)大药房有限公司股东会决议》取消。根据2016年8月1日《华佗国药(广东)大药房有限公司股东会决议》,同意大药房公司以“华佗国药”字号委托生产除药品外的淡酸茶等商品。而根据华佗国药(安徽)营销有限公司与梁江彬、罗军于2017年1月3日签订的《股东转让出资合同书》约定,2016年12月31日前签署的所有合同协议全部取消,包括2016年9月9日签署的《股权转让协议》及2016年11月12日与华佗国药公司签署的《协议书》全部取消。该2017年1月3日签订的《股东转让出资合同书》虽然并未明确2016年8月1日《华佗国药(广东)大药房有限公司股东会决议》亦属于被取消范围,但该股东决议的签署主体为华佗国药公司、华佗国药(安徽)营销有限公司、梁江彬、张旭宏、罗军,“2016年12月31日前签署的所有合同协议”均由上述主体签署,且“2016年12月31日前签署的所有合同协议”亦是股东决议签署的基础。大药房公司使用“华佗国药”字号本质上是基于华佗国药公司的授权,而根据2017年1月3日《股东转让出资合同书》取消了2016年12月31日前签署的所有合同协议,华佗国药公司及其子公司华佗国药(安徽)营销有限公司并未授权大药房公司继续使用“华佗国药”字号。2018年4月2日,华佗国药公司曾在其官方网站上的新闻资讯栏目发布声明,其认为大药房公司违反协议约定,擅自设立大健康公司,且未经华佗国药公司授权及许可使用华佗国药公司“华佗”“华佗国药”等商标及字号。大药房公司的法定代表人梁江彬明确表示收到华佗国药公司邮寄的声明,故华佗国药公司不同意大药房公司、大健康公司使用“华佗国药”字号,大药房公司的法定代表人对此是知晓的。故大药房公司使用“华佗国药”字号亦缺乏授权基础。因此,大药房公司使用“华佗

国药”字号的行为构成反不正当竞争法第六条第二项规定的不正当竞争行为。

对于大健康公司在企业名称中使用“华佗国药”字号的行为是否构成不正当竞争,本院认为,首先,大健康公司的情形与大药房公司基本一致,其使用“华佗国药”字号缺乏法律基础,且大健康公司的经营范围亦包括中成药的批发、药品零售,与华佗国药公司的业务范围部分重合,容易使相关公众误认为大健康公司与华佗国药公司存在一定联系。其次,虽然大药房公司、大健康公司提交了授权书,用以证明大药房公司授权大健康公司使用“华佗国药”字号负责授权生产“保健食品、食品、化妆品、消毒用品、医疗器械、日用品等非药品”,但是该授权书是大药房公司出具,并非华佗国药公司出具,不能当然证明大健康公司有权在其公司名称中使用华佗国药公司的企业字号。因此,大健康公司使用“华佗国药”字号的行为构成反不正当竞争法第六条第二项规定的不正当竞争行为。一审判决对此认定有误,本院予以纠正。

对于华佗国药公司关于其在一审曾主张涉案行为违反《最高人民法院关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件应用法律若干问题的解释》第二条、商标法第五十八条、反不正当竞争法第六条第四项、反不正当竞争法第二条的规定,一审法院仅针对涉案行为是否违反反不正当竞争法第六条第二项进行了审理,存在漏审的主张,本院认为,根据一审开庭笔录载明,华佗国药公司仅主张涉案侵权行为违反反不正当竞争法第六条第二项规定,并未涉及其他条款,故一审判决不存在漏审情形。

三、关于一审判决确定的赔偿数额是否合理的问题

商标法第六十三条规定,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。

反不正当竞争法第二十条规定,经营者违反本法规定,给被侵害的经营者造成损害的,应当承担损害赔偿责任,被侵害的经营者的损失难以计算的,赔偿额为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润;并应当承担被侵害的经营者因调查该经营者侵害其合法权益的不正当竞争行为所支付的合理费用。《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》第十七条规定,确定反不正当竞争法第五条、第九条、第十四条规定的不正当竞争行为的损害赔偿额,可以参照确定侵犯注册商标专用权的损害赔偿额的方法进行。

《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。被告有下列情形之一的,人民法院可以认定为情节严重:(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)以侵害知识产权为业;(三)伪造、毁坏或者隐匿侵权证据;(四)拒不履行保全裁定;(五)侵权获利或者权利人受损巨大;(六)侵权行为可能危害国家安全、公共利益或者人身健康;(七)其他可以认定为情节严重的情形。

本案中,华佗国药公司提交的在案证据不足以证明因涉案被诉侵权行为受到损失以及悦泰方泽公司、大健康公司、大药房公司、前卫公司因涉案被诉侵权行为获得利润,故本案无法依据被侵害的经营者受到的实际损失或侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润确定具体的赔偿数额。对于商标侵权行为的赔偿数额,考虑到涉案第130962号“华佗及图”商标、第3469238号“华佗”商标经过华佗国药公司的宣传使用取得了较高知名度,且大健康公司、大药房公司明知权利商标的知名度,涉案被诉侵权产品的销售数量较大,结合侵权情节,侵权持续时间以及华佗国药公司与大健康公司、大药房公司曾经的关联关系等因素,对一审判决确定的大健康公司、大药房公司、前卫公司、悦泰方泽公司的赔偿数额酌情予以增加。对于不正当竞争行为的赔偿数额,考虑到大健康公司、大药房公司的涉案行为构成不正当竞争,本院亦将根据华佗国药公司字号的知名度,侵权行为的具体情况,大健康公司、大药房公司的主观过错程度以及华佗国药公司与大健康公司、大药房公司曾经的关联关系等因素对大健康公司、大药房公司的赔偿数额酌情予以确定。

虽然本院认定大药房公司、大健康公司的涉案行为构成不正当竞争,但华佗国药公司为制止本案侵权行为支出的公证费、律师费并未发生变化,故一审法院考虑代理律师的综合工作量等因素酌情确定合理支出数额亦无不当。

对于华佗国药公司提出适用惩罚性赔偿的主张,本院认为,华佗国药公司提交的广州市市场监督管理局于2019年1月25日作出的穗工商处字[2019]7号行政处罚决定书以及广东省市场监督管理局于2019年6月4日作出的(粤)市监工行复字[2019]116号《行政复议决定书》已被撤销,广东省市场监督管理局于2019年10月25日重新作出的(粤)市监工行复字[2019]116号《行政复议决定书》决定撤销穗工商处字[2019]7号行政处罚决定书并要求广州市市场监督管理局重新作出决定,故目前尚无证据证明大药房公司的涉案行为已被生效裁判文书认定构成商标侵权。且在案证据亦未能证明大药房公司、大健康公司以侵

害知识产权为业或者存在伪造、毁坏或者隐匿侵权、拒不履行保全裁定的行为,或者侵权获利或者权利人受损巨大、侵权行为可能危害国家安全、公共利益或者人身健康等,同时考虑到华佗国药公司与大健康公司、大药房公司曾经存在的关联关系,故本案证据尚不足以证明大健康公司、大药房公司存在法律规定的情节严重的情形。因此,一审判决未支持华佗国药公司的惩罚性赔偿的诉讼主张并无不当,本院予以维持。

对于悦泰方泽公司、前卫公司提出其对华佗国药公司提交的公证书真实性不认可,公证过程中,委托代理人尚洁对保全证据的过程进行了摄像,其公正性和真实性存疑的上诉主张,本院认为,首先,华佗国药公司提交的公证书中明确记载在公证人员的监督下,委托代理人尚洁对保全证据的过程进行了摄像,相关证据保全过程系在公证员及公证人员监督下完成;其次,悦泰方泽公司、前卫公司并未提交相反证据足以推翻公证书的效力,故悦泰方泽公司、前卫公司的相关上诉主张不能成立,本院不予支持。

另,一审庭审笔录载明,大药房公司、大健康公司对华佗国药公司一审提交的证据 30 至证据 74 关联性不认可,并非一审判决认定的大药房公司、大健康公司对证据 68、74 的三性不予认可,本院予以纠正。

综上所述,华佗国药公司关于大药房公司、大健康公司使用“华佗国药”字号的行为构成不正当竞争的相关上诉请求成立,本院予以支持。悦泰方泽公司、大健康公司、大药房公司、前卫公司的上诉请求,以及华佗国药公司的其他上诉请求不能成立,应予驳回。依照《中华人民共和国商标法》第五十七条、第六十三条、《中华人民共和国反不正当竞争法》第六条第二项、第二十条、《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、第十一条、《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规定,判决如下:

一、维持北京知识产权法院(2020)京 73 民初 693 号民事判决第一、二项;

二、撤销北京知识产权法院(2020)京 73 民初 693 号民事判决第四项;

三、变更北京知识产权法院(2020)京 73 民初 693 号民事判决第三项为华佗国药(广东)大健康产业有限公司、华佗国药(广东)大药房有限公司、沧州前卫医疗用品有限公司于本判决生效之日起十五日内共同赔偿华佗国药股份有限公司侵害注册商标专用权行为造成的经济损失(含合理支出)150 万元,北京悦泰方泽商贸有限公司就其中 20 万元承担连带赔偿责任;华佗国药(广东)大健康产业有限公司于本判决生效之日起十五日内赔偿华佗国药股份有限公司因不正

当竞争行为造成的经济损失(含合理支出)40 万元；华佗国药（广东）大药房有限公司于本判决生效之日起十五日内赔偿华佗国药股份有限公司因不正当竞争行为造成的经济损失(含合理支出)40 万元；

四、华佗国药(广东)大药房有限公司、华佗国药(广东)大健康产业有限公司停止使用含有“华佗国药”字样的企业名称,并于本判决生效后三十日内对企业名称进行变更登记,变更名称登记后不得含有“华佗国药”字样；

五、驳回华佗国药股份有限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。

一审案件受理费 47276 元,由华佗国药股份有限公司负担 25820 元（已交纳）；剩余 21456 元,由华佗国药（广东）大健康产业有限公司、华佗国药（广东）大药房有限公司、沧州前卫医疗用品有限公司共同负担 13992 元(其中:北京悦泰方泽商贸有限公司共同负担 1865 元)，由华佗国药（广东)大健康产业有限公司、华佗国药(广东)大药房有限公司各自负担 3732 元（于本判决生效之日起七日内交纳）。

二审案件受理费 63194 元,由华佗国药股份有限公司负担 26356 元（已交纳）；剩余 36838 元,由华佗国药（广东）大健康产业有限公司、华佗国药（广东）大药房有限公司、沧州前卫医疗用品有限公司共同负担 8570 元（其中：北京悦泰方泽商贸有限公司共同负担 1428 元;以上费用于本判决生效之日起七日内交纳），由华佗国药（广东）大药房有限公司负担 13609 元(已交纳 9800 元，剩余费用于本判决生效之日起七日内交纳)，由华佗国药(广东)大健康产业有限公司负担 3809 元(于本判决生效之日起七日内交纳)，由北京悦泰方泽商贸有限公司负担 1050 元（已交纳），由沧州前卫医疗用品有限公司负担 9800 元（已交纳）。

本判决为终审判决。

审判长杨绍煜

审判员毛天鹏

审判员刘君婕

二〇二四年五月三十一日

法官助理赵楠

书记员赵天琪

根据知产宝用户注册的服务条款：本网站中所含的资料、文书供您在线阅读，引用时应以正式文本为准，提交行政机关及司法机关时请以司法文书正本为准。由用户超出在线阅读范围而使用本网站内资料、文书引起的一切法律纠纷，均与使用者本人相关，本网站概不负责。

用户只对‘知产宝’数据库及数据库软件享有占有权和内部的使用权，未经知产宝公司的允许，任何用户不得将数据库、数据库软件、资料及文书，以任何形式复制、转让、出售、发布、汇编、整理，也不得以任何方式提供给第三方。

当用户依据知产宝（IPHOUSE）平台中的裁判文书做出任何书面研究成果时，请于文章显明位置标注数据来源，明确标注以下元素：（1）“数据来源”字样；（2）“知产宝（IPHOUSE）”字样；（3）知产宝网站“www.iphouse.cn”字样。