

一、“五粮液 vs 九粮液”

最高人民法院

民事判决书

(2017)最高法民再234号

再审申请人（一审原告、二审上诉人）：宜宾五粮液股份有限公司。住所地：四川省宜宾市翠屏区岷江西路150号。

法定代表人：刘中国，该公司董事长。

委托诉讼代理人：刘一宏，四川景上律师事务所律师。

委托诉讼代理人：李铭，北京市众泽律师事务所律师。

被申请人（一审被告、二审上诉人）：甘肃滨河食品工业（集团）有限责任公司。住所地：甘肃省张掖市民乐县城东门105号。

法定代表人：许福林，该公司董事长。

委托诉讼代理人：王华，北京恒都（天津）律师事务所律师。

委托诉讼代理人：文萁，北京恒都（深圳）律师事务所律师。

被申请人（一审被告、二审被上诉人）：北京谭氏瑞丰商贸有限公司。住所地：北京市海淀区远大路39号1号楼508—3室。

法定代表人：谭永会，该公司总经理。

再审申请人宜宾五粮液股份有限公司（以下简称五粮液股份公司）因与被申请人甘肃滨河食品工业（集团）有限责任公司（以下简称滨河公司）、北京谭氏瑞丰商贸有限公司（以下简称谭氏公司）侵害商标权纠纷一案，不服北京市高级人民法院（2014）高民终字第2462号民事判决，向本院申请再审。

本院于2017年6月27日作出（2016）最高法民申3716号民事裁定，提审本案。

本院依法组成合议庭，开庭审理了本案。再审申请人五粮液的委托诉讼代理人刘一宏、李铭，被申请人滨河公司的委托诉讼代理人王华、文萁到庭参加诉讼；被申请人谭氏公司经本院合法传唤未到庭参加诉讼。

本案现已审理终结。

本院再审审理另查明：

滨河公司于2005年5月申请注册第4646265号“滨河九粮液”商标（以下简称被异议商标），2007年11月28日该商标初审公告，五粮液公司在法定期间内提出了异议申请，商标局2010年8月4日作出裁定，认定五粮液公司所提异议理由成立，被异议商标不予注册。滨河公司向国家工商行政管理总局商标评审委员会（以下简称商标评审委员会）申请异议复审，商标评审委员会2012年7月30日作出商标异议复审裁定，裁定被异议商标予以核准注册。

五粮液公司不服该裁定向北京市第一中级人民法院提起行政诉讼，该院判决撤销被诉裁定，判令商标评审委员会重新作出裁定。商标评审委员会及滨河公司不服一审判决，向北京市高级人民法院提起上诉，该院判决撤销一审判决，维持被诉裁定。五粮液公司不服该二审判决，向本院申请再审，本院于2017年6月30日作出（2014）知行字第37号行政裁定书，裁定驳回五粮液的再审申请。

该案被异议商标标识为“滨河九粮液”文字，文字为横向排列，与本案滨河公司主张享有注册商标专用权的第6054117号商标“滨河九粮液”相比，二者仅在字体和文字排列的横、竖方向上存在区别。

根据五粮液公司在上述案件中提交的证据，本院又查明以下事实：

2006年8月，商标局向吉林省工商局作出的《关于“四粮液”是否与“五粮液”注册商标近似的批复》（商标案字[2006]第151号），明确认定“四粮液”与“五粮液”商标构成近似。二审法院在另案（2011）高民终字第3898号民事判决中，也认定“七粮液”商标与“五粮液”构成近似。

除“五粮液”系列商标外，五粮液公司名下还拥有“五粮春”“五粮王”“五粮醇”“五粮神”等商标，上述商标均在商标专用权有效期内。

2002年7月15日，2005年5月9日，2006年1月24日滨河公司在第33类酒(饮料)等商品上分别申请注册了“**九粮液**”文字商标，上述商标均未被核准注册。

2002年7月15日，滨河公司在第33类酒(饮料)等商品上申请注册了“九粮王”文字商标，该商标未被核准注册。

2002年7月22日，滨河公司在第33类酒(饮料)等商品上申请注册了“九粮春”文字商标，该商标未被核准注册。

2002年7月22日，滨河公司在第33类酒(饮料)等商品上申请注册了“九粮神”文字商标，该商标未被核准注册。

2002年7月15日，2007年5月17日，滨河公司在第33类酒(饮料)等商品上分别申请注册了“滨河九粮液”文字商标，两商标分别于2003年7月21日和2009年12月21日被核准注册，注册号为第3241213号和第6054117号，第3241213号商标专用权有效期经续展至2023年7月20日，第6054117号商标专用权有效期至2019年12月20日。

2002年7月15日，2007年5月17日，滨河公司在第33类酒(饮料)等商品上分别申请注册了三个“滨河九粮春”文字商标，注册号分别为第3241208号，第6054099号和第6054105号。其中，第3241208号商标于2003年7月21日被核准注册，商标专用权有效期经续展至2023年7月20日；第6054099号和第6054105号商标经过异议、异议复审和一审、二审，未被核准注册。

2002年7月15日，2007年5月17日，滨河公司在第33类酒（饮料）等商品上分别申请注册了“滨河九粮王”文字商标，分别于2003年7月21日和2009年12月21日被核准注册，注册号分别为第3241210号和第6054100号，第3241210号商标专用权有效期经续展至2023年7月20日，第6054100号商标专用权有效期至2019年12月20日。

2010年11月11日，滨河公司在第33类酒（饮料）等商品上申请注册了“滨河九粮醇”文字商标，于2011年11月28日被核准注册，注册号为第8835586号，商标专用权有效期至2021年11月27日。

2002年7月15日，2007年5月17日，滨河公司在第33类酒（饮料）等商品上分别申请注册了“滨河九粮神”文字商标，注册号分别为第3241214号和第6054116号。其中，第3241214号商标于2003年7月21日核准注册，商标专用权有效期经续展至2023年7月20日；第6054116号商标经过异议、异议复审和一、二审，未被核准注册。

本院再审认为，

本案争议焦点为：（一）二审判决对五粮液股份公司的诉讼请求及相应的法律依据是否存在遗漏。（二）滨河公司生产、销售被诉侵权商品的行为以及谭氏公司销售被诉侵权商品的行为是否侵害五粮液股份公司的注册商标专用权。（三）

如果滨河公司和谭氏公司的行为构成侵害商标权，应当如何承担侵权责任。

（一）二审判决对五粮液股份公司的诉讼请求及相应的法律依据是否存在遗漏

根据二审查明的事实，一审庭审中，五粮液股份公司明确主张滨河公司生产、销售和许诺销售被诉侵权商品的行为分别构成对五粮液股份公司主张保护的三个注册商标专用权的侵害，法律依据分别是商标法第五十二条第一项、第二项和第五项；谭氏公司销售被诉侵权商品的行为构成对五粮液股份公司相应注册商标专用权的侵害，法律依据是商标法第五十二条第二项。

因此，一、二审法院对滨河公司和谭氏公司的行为是否违反商标法第五十二条第一项、第二项的问题进行查明和论述，并无不当，不存在遗漏五粮液股份公司法律依据的情形。

而且，五粮液股份公司主张注册商标专用权保护的商标核定使用的商品和被诉侵权商品均为酒类商品，因此，对于被诉侵权标识是否属于商标法第十三条规定之情形无审查的必要。即使一、二审法院没有专门就驰名商标的问题作出认定，也并不会因此影响案件的处理结果。

况且，一、二审法院对于“五粮液”商标的高知名度予以认可，并且在判决中也有相应论述，只是在考虑此知名度的

前提下仍然作出了被诉侵权标识不会造成相关公众混淆误认的结论。

另外，二审判决明确说明，根据五粮液股份公司提交的公证书中所附的被诉侵权商品包装照片，被诉侵权商品包装上使用的是“滨河九粮液”或“九粮液”。而五粮液股份公司主张被诉侵权产品还包括手提袋、酒瓶、外包装箱，其上标注的也是“九粮液”标识。

虽然二审判决没有明确列明上述被诉侵权产品，但其实际审理的范围已经考虑到了相应的标识内容。故二审法院关于被诉侵权行为的认定并无不当，亦不存在遗漏五粮液股份公司诉讼请求的情形。

（二）滨河公司生产、销售被诉侵权商品的行为以及谭氏公司销售被诉侵权商品的行为是否侵害五粮液股份公司的注册商标专用权

1. 滨河公司生产、销售被诉侵权商品的行为是否侵害五粮液股份公司的注册商标专用权

商标法第五十二条规定：“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，在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标的；（二）销售侵犯注册商标专用权的商品的；……（五）给他人的注册商标专用权造成其他损害的。”《最高人民法院关于审理注册商标、企业名称与在先权利冲突的民事纠纷案

件若干问题的规定》第一条第二款规定：“原告以他人使用在核定商品上的注册商标与其在先的注册商标相同或者近似为由提起诉讼的，人民法院应当根据民事诉讼法第一百一十一条第三项的规定，告知原告向有关行政主管部门申请解决。但原告以他人超出核定商品的范围或者以改变显著特征、拆分、组合等方式使用的注册商标，与其注册商标相同或者近似为由提起诉讼的，人民法院应当受理。”

本案中，根据五粮液股份公司提交的公证书中所附的被告侵权商品包装照片，被告侵权商品包装上使用的是“滨河九粮液”或“九粮液”，其中“滨河九粮液”中的“滨河”二字较小、“九粮液”三字较为突出，两者呈现拆分的形式，因此滨河公司实际使用的标志与其在本案中主张获得注册商标专用权的商标标志并不相同，属于《最高人民法院关于审理注册商标、企业名称与在先权利冲突的民事纠纷案件若干问题的规定》第一条第二款规定的情形，故属于民事案件的受理范围。

在此情况下，需要审理的是滨河公司在被告侵权商品上的这种使用方式是否构成对五粮液股份公司注册商标专用权的侵害。

五粮液股份公司主张专用权保护的三个注册商标为“WULIANGYE 五粮液及图”“五粮液 68”和“五粮液”，其中“五粮液”文字为主要识别部分。滨河公司被告侵权商品

上使用的标识是“滨河九粮液”或“九粮液”，“滨河九粮液”标识中的“滨河”二字较小、“九粮液”三字较为突出。被诉侵权标识“九粮液”或者主要识别部分“九粮液”与“五粮液”相比，仅一字之差，且区别为两个表示数字的文字，同时使用在酒类商品上，易使相关公众对商品的来源产生混淆误认或者认为二者之间存在关联关系。

对于五粮液股份公司核定使用在第 35 类广告等服务上的“五粮液”注册商标，该商标核定使用的服务类别与被诉侵权标识使用的商品在功能、用途等方面均存在较大差异，且五粮液股份公司并未提交证据证明上述“五粮液”商标在第 35 类服务上进行过使用或产生一定的知名度，使相关公众能够将该商标与五粮液股份公司形成对应联系。

因此，被诉侵权商品上的标识并不会造成相关公众将其与在广告等服务上的“五粮液”商标产生混淆误认，被诉侵权行为不构成对五粮液股份公司第 35 类服务上“五粮液”注册商标权的侵害。

此外，根据已经查明的事实，自 2002 年 7 月起，滨河公司就开始在第 33 类白酒等商品上申请注册了“九粮液”“九粮春”“九粮醇”“九粮王”等商标，与五粮液股份公司旗下的“五粮液”“五粮春”“五粮醇”“五粮王”系列商标形式相同；

滨河公司还在白酒类商品上申请注册并使用了“滨河九粮液”“滨河九粮春”“滨河九粮王”“滨河九粮醇”“滨河九粮神”等商标，并且在产品瓶体及外包装上突出使用“九粮液”“九粮春”等商标字样，特别是“液”“春”等字的书写方式与五粮液股份公司的产品较为近似，上述事实反映了滨河公司比较明显的借用他人商标商誉的主观意图。

综上，滨河公司生产、销售被诉侵权商品的行为构成对五粮液股份公司“WULIANGYE 五粮液及图”“五粮液 68”注册商标专用权的侵害。二审法院认为被诉侵权标识的使用不足以使相关公众对商品来源产生混淆误认，并进而认定滨河公司生产、销售被诉侵权商品的行为不构成侵害商标权存在错误，应当予以纠正。

2. 谭氏公司销售被诉侵权商品的行为是否侵害五粮液股份公司的注册商标专用权

根据一、二审查明的事实，谭氏公司销售的被诉侵权商品系来源于滨河公司，各方当事人对此亦无异议，本院予以确认。鉴于滨河公司生产、销售被诉侵权商品的行为构成对五粮液股份公司注册商标专用权的侵害，故谭氏公司销售被诉侵权商品的行为亦构成对五粮液股份公司注册商标专用权的侵害。二审法院基于对滨河公司行为不构成侵害商标权的错误认定，亦认为谭氏公司的行为不构成对五粮液股份公司商标权的侵害，事实认定和法律适用错误，应当予以纠正。

（三）滨河公司和谭氏公司应当承担的侵权责任

1. 滨河公司应当承担的侵权责任

商标法第五十六条规定：“侵犯商标专用权的赔偿数额，为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利益，或者被侵权人在被侵权期间因被侵权所受到的损失，包括被侵权人为制止侵权行为所支付的合理开支。前款所称侵权人因侵权所得利益，或者被侵权人因被侵权所受损失难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予五十万元以下的赔偿。”

商标民事司法解释第十三条规定：“人民法院依据商标法第五十六条第一款的规定确定侵权人的赔偿责任时，可以根据权利人选择的计算方法计算赔偿数额。”

第二十一条第一款规定：“人民法院在审理侵犯注册商标专用权纠纷案件中，依据民法通则第一百三十四条、商标法第五十三条的规定和案件具体情况，可以判决侵权人承担停止侵害、排除妨碍、消除危险、赔偿损失、消除影响等民事责任，还可以作出罚款，收缴侵权商品、伪造的商标标识和专门用于生产侵权商品的材料、工具、设备等财物的民事制裁决定。罚款数额可以参照《中华人民共和国商标法实施条例》的有关规定确定。”

本案中，五粮液股份公司主张依据滨河公司在侵权期间因侵权所获得的利益确定赔偿数额，上述主张具有法律依据，本院予以认可。

滨河公司在侵权期间因侵权所获得的利益，应当指在被诉侵权期间，滨河公司因生产、销售被诉侵权商品而获得的利益，鉴于除被诉侵权商品外，滨河公司还从事诸多其他品牌商品的生产及销售业务，故在计算侵权获利时，应当扣除被诉侵权商品以外的生产、销售利润。

五粮液股份公司在一审、二审及再审阶段提交了证明滨河公司因侵权所获得利益的相关证据，主要包括刊登关于滨河公司企业发展、商品销售情况及商标使用情况的杂志及网页打印件公证件；滨河公司商品电视广告视频及网络视频公证件；以及应五粮液股份公司申请，由一审法院向相关部门调取的证据等。

上述证据中，杂志和广告视频、网页打印件的公证件所涉及的内容均系滨河公司的宣传资料，大多包含滨河公司及其关联企业的总体发展情况及商品生产、销售情况，无法从中区分被诉侵权商品的生产量和销售量，且无相应合同、票据等证据予以佐证，不足以证明滨河公司在侵权期间因侵权行为所获得的利益。

对于一审法院向相关部门调取的证据，中国酒类流通协会、甘肃省民乐县统计局及民乐县地方税务局均在给一审法院的复函中表示无法提供关于滨河公司在侵权期间销售被诉侵权商品及其获利的情况。民乐县地方税务局同时向一审法院提供了滨河公司 2011 年度及 2012 年度的财务报告，鉴于

该财务报告来源于地方税务主管机关，且由一审法院调取，本院对其真实性予以认可。该财务报告显示：滨河公司 2011 年商品销售总利润累计为 9451600.36 元，当年净利润总额为 -3049323.68 元；2012 年商品销售总利润累计为 8273493.28 元，当年净利润总额为 -3949403.89 元。

上述数据包含滨河公司的商品销售利润，但是根据现有证据无法区分被诉侵权商品在其中所占的比例和具体利润，故仍无法清楚证明滨河公司因侵权所获得的利益。鉴于上述数据已经远远高于商标法第五十六条规定的 50 万元的法定赔偿最高限额，综合考虑被诉侵权行为的表现形式、滨河公司被诉侵权期间商品的销售利润和销售范围、滨河公司的主观恶意，以及五粮液股份公司注册商标的知名度、为制止本案侵权行为支付的合理费用等因素，本院确定滨河公司向五粮液股份公司支付赔偿金人民币 500 万元。

另外，根据五粮液股份公司提交的相关证据，滨河公司的被诉侵权行为容易造成相关公众对商品来源的混淆误认，相关被诉侵权商品在北京、上海、深圳、广东、广西、河北等多地均进行销售，对五粮液股份公司注册商标的声誉造成了较为广泛的负面影响。根据商标民事司法解释第二十一条的规定，五粮液股份公司关于滨河公司在《中国知识产权报》《法制晚报》上登载声明，消除不良影响的诉讼请求具有事实和法律依据，本院予以支持。

2. 谭氏公司应当承担的侵权责任

商标法第五十六条第三款规定：“销售不知道是侵犯注册商标专用权的商品，能证明该商品是自己合法取得的并说明提供者的，不承担赔偿责任。”

本案中，根据一、二审查明的事实，谭氏公司销售的被诉侵权商品来源于滨河公司，各方当事人对此亦无异议，根据商标法第五十六条第三款的规定，谭氏公司仅应承担停止销售被诉侵权商品的责任，无需承担侵权赔偿责任。

综上所述，滨河公司在其生产的白酒类商品及商品包装上突出使用“九粮液”的行为构成对五粮液股份公司注册商标专用权的侵害，应当承担停止侵权责任和侵权赔偿责任；谭氏公司销售上述侵权商品，亦构成对五粮液股份公司注册商标专用权的侵害，应当承担停止侵权责任。一、二审法院认定事实不清，适用法律错误，本院予以纠正。

依照 2001 年修正的《中华人民共和国商标法》第五十二条第一项、第二项、第五十六条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第二项、第二百零七条规定，判决如下：

一、撤销北京市高级人民法院（2014）高民终字第 2462 号民事判决；

二、**撤销**北京市第一中级人民法院（2013）一中民初字第4718号民事判决；

三、甘肃滨河食品工业（集团）有限责任公司于本判决生效之日起立即停止侵害宜宾五粮液股份有限公司注册商标专用权的行为，即**停止生产**、销售标有“**九粮液**”文字或突出标有“九粮液”文字的白酒商品；

四、北京谭氏瑞丰商贸有限公司于本判决生效之日起立即停止侵害宜宾五粮液股份有限公司注册商标专用权的行为，即**停止销售**标有“**九粮液**”文字或突出标有“九粮液”文字的白酒商品；

五、甘肃滨河食品工业（集团）有限责任公司于本判决生效之日起十日内向宜宾五粮液股份有限公司支付赔偿金共计人民币**500万元**；

六、甘肃滨河食品工业（集团）有限责任公司于本判决生效之日起三十日内在《中国知识产权报》《法制晚报》上**刊登声明**，为宜宾五粮液股份有限公司消除影响[声明内容须经法院审核，逾期不履行，除依法承担拒不履行生效判决的法律责任外，法院还将依宜宾五粮液股份有限公司申请，公布本判决主要内容，费用由甘肃滨河食品工业（集团）有限责任公司承担]；

七、**驳回**宜宾五粮液股份有限公司的其他诉讼请求。

一审案件受理费人民币 391800 元，由宜宾五粮液股份有限公司负担 191800 元，由甘肃滨河食品工业（集团）有限责任公司负担 200000 元；二审案件受理费 392550 元，由宜宾五粮液股份有限公司负担 192550 元，由甘肃滨河食品工业（集团）有限责任公司负担 200000 元。

本判决为终审判决。

审 判 长 夏 君 丽

审 判 员 郎 贵 梅

审 判 员 马 秀 荣

二零一九年五月二十八日

法 官 助 理 曹 佳 音

书 记 员 石 华 亚

书 记 员 王 沛 泽