广东省东莞市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2016）粤19民终2291号

上诉人（原审原告）：深圳市宏亿邦电子有限公司，住所地：广东省深圳市罗湖区。

法定代表人：申洪旭，该公司执行董事、总经理。

委托代理人：赵国彬，广东广孚律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：东莞市晓峰实业有限公司，住所地：广东省东莞市南城区。

法定代表人：姚辉云，该公司董事长。

委托代理人：于春生，北京市怡丰律师事务所律师。

委托代理人：屠灵芬，北京市怡丰律师事务所律师。

上诉人深圳市宏亿邦电子有限公司与被上诉人东莞市晓峰实业有限公司侵害商标权一案，深圳市宏亿邦电子有限公司不服广东省东莞市第一人民法院（2015）东一法知民初字第49号民事判决，向本院提起上诉。本院受理后依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

深圳市宏亿邦电子有限公司于2015年1月20日向原审法院提起诉讼，请求判令：一、东莞市晓峰实业有限公司停止生产销售侵犯第15××606号注册商标专用权的商品的行为；二、东莞市晓峰实业有限公司赔偿损失50万元；三、本案公证费1600元、律师费25000元、购买侵权物品费849元由东莞市晓峰实业有限公司承担。

原审法院经审理查明，第15××606号注册商标“TANITA特需他”核定使用商品属第9类，包括酒精测试仪（截止），注册人原为深圳市科恒佳电子有限公司，2011年6月13日经核准转让给本案深圳市宏亿邦电子有限公司，注册有效期原为2001年5月21日至2011年5月20日，经核准续展至2021年5月20日。株式会社百利达于2012年8月13日就上述注册商标向国家工商行政管理总局商标评审委员会提起争议申请，评审委员会后作出《争议裁定书》，裁定维持该争议商标。

2011年8月18日，本案深圳市宏亿邦电子有限公司作为甲方，与作为乙方的深圳市威雷斯科技有限公司签订《产品委托加工协议》，双方约定甲方委托乙方代为加工酒精测试仪等产品，产品验收合格后，甲方向乙方支付委托加工费。深圳市威雷斯科技有限公司后向本案深圳市宏亿邦电子有限公司开具了收款收据，确认收到本案深圳市宏亿邦电子有限公司支付的加工产品费。

2012年1月8日，作为甲方的本案深圳市宏亿邦电子有限公司，与作为乙方的深圳市易迈数码开发技术有限公司签订《TANITA酒精测试仪代理商协议书》，约定甲方授权乙方为TANITA酒精测试仪产品在2012年度深圳区域代理，乙方承诺试合作期内在本区域内月销售800台，试合作期结束后承诺月销售1200台。深圳市宏亿邦电子有限公司后向该公司出具收据，确认收到上述酒精测试仪款项。

2014年9月1日，深圳市宏亿邦电子有限公司的委托代理人来到广东省深圳市深圳公证处，在公证员及工作人员的监督下，通过公证处的计算机登陆“http：／／www.tanita.com.cn／”，进入该页面，通过操作在该网站购买“百利达TANITA口气口臭检测测试仪（HC-212S）”并取得发票，总价315元。公证处公证上述购买过程并出具《公证书》。2014年9月3日、9月15日，该公证处应深圳市宏亿邦电子有限公司的委托代理人申请，公证了上述购买行为后的收货过程，显示深圳市宏亿邦电子有限公司的委托代理人收到带有“TANITA”标识，注明制造商为“东莞市晓峰实业有限公司”，地址为“东莞市南城区雅园工业区广园街3号二楼”，产品名为“口气检测计（型号：HC-212S）”的产品。该产品的介绍中指“口气检测计……检测呼出气体主要成分，于瞬间对结果做出六级判定”、“口气人人皆有，因年龄、××、唾液分泌量等因素有个体差异，并随身体状态、进食与否……等而变化”、“口气的成分，经分拆，口气主要由挥发性硫化物、碳氢化合物属性等气体组成”。

深圳市宏亿邦电子有限公司当庭另提交带有“TANITA”标识的白色口气测试仪（型号：HC-212S），包装上注明制造商为东莞市晓峰实业有限公司。东莞市晓峰实业有限公司认为该两实物并非公证实物，不认可真实性。

2013年12月12日，深圳市罗湖区人民法院作出《民事裁定书》，就本案深圳市宏亿邦电子有限公司诉深圳市亚洲大药房连锁有限公司、本案东莞市晓峰实业有限公司以及百利达（上海）商贸有限公司侵害商标权纠纷一案作出裁定，称因国家工商行政管理总局商标评审委员会受理了本案深圳市宏亿邦电子有限公司诉请保护的第15××606号注册商标的争议，该争议仍在审理中，而本案深圳市宏亿邦电子有限公司对在该案中诉请保护的该注册商标是否享有合法权利需待评审委员会的评审结果确定，故裁定中止诉讼。

深圳市宏亿邦电子有限公司在本案中提交了《民事委托代理合同》及《广东省律师收费服务标准》，拟证明其为本案支出的律师费用。东莞市晓峰实业有限公司认为第15××606号注册商标的原注册人深圳市科恒佳电子有限公司并不生产酒精测试仪产品且已经被吊销营业执照，其申请注册该商标属于抢注，“TANITA”系株式会社百利达在商品“磅秤”上申请的注册商标。

另查明，深圳市宏亿邦电子有限公司成立于2005年8月25日，系有限责任公司；东莞市晓峰实业有限公司成立于2006年4月6日，系有限责任公司（自然人投资或控股），经营范围包括产销电子产品、康体检测功能电子产品等。

经当庭拆封封存实物比对，可知封存实物上的“TANITA”标识，与第15××606号注册商标的英文字母部分基本相似。

原审法院认为，深圳市宏亿邦电子有限公司为第15××606号注册商标的注册人，该注册商标仍在注册有效期内。深圳市宏亿邦电子有限公司有权就生产、销售侵犯其注册商标专用权的商品的行为，依法主张权利。

根据《中华人民共和国商标法》第五十七条第（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，属于侵犯注册商标专用权的行为。第15××606号注册商标核定使用商品为酒精测试仪，而被封存产品名为“口气测试仪”，两者名称不同。在名称存在较大差异等情况下，判断两商品是否相同或相似，应从商品的构造、功能、用途等方面综合判断。从商品功能上看，被封存产品的功能为检测呼出气体主要成分并对结果做出判定，而对于深圳市宏亿邦电子有限公司授权案外人生产的产品之功能及用途等，深圳市宏亿邦电子有限公司在本案中却未举证证明。虽然第15××606号注册商标的英文字母部分“TANITA”，与被封存产品上的标识“TANITA”相似，但因深圳市宏亿邦电子有限公司未举证证明被封存产品与酒精测试仪是相同或相似商品，故深圳市宏亿邦电子有限公司关于东莞市晓峰实业有限公司侵犯案涉注册商标专用权的主张，没有事实及法律依据，原审法院依法不支持。

综上，原审法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、第一百四十二条的规定，判决如下：驳回深圳市宏亿邦电子有限公司的全部诉讼请求。

深圳市宏亿邦电子有限公司不服原审判决，向本院提起上诉称：深圳市宏亿邦电子有限公司系注册号为15××606用于第9类商品酒精测试仪标识为“TANITA特需他“的商标的拥有者，具有对此商标的专有使用权。百利达口气检测仪HC-212S“使用“TANITA百利达”、“TANITA关爱健康“的标志跟第15××606号的商标构成近似，根据《商标法》第五十七条、《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》第九条、第十条、第十一条、第十二条、第十五条的规定侵害深圳市宏亿邦电子有限公司的商标权。故请求法院：一、依法撤销原审判决。判决东莞市晓峰实业有限公司赔偿其侵犯所述商标专用权损失赔偿金20万元。二、依法判决赔偿深圳市宏亿邦电子有限公司购买侵权物品费849元（315元＋534元）和公证费1600元（600元＋1000元）及律师费25000元‘合计27449元。

东莞市晓峰实业有限公司答辩称：一、商标号15××606与东莞市晓峰实业有限公司口气检测器上的标识并不构成近似商标；二、深圳市宏亿邦电子有限公司的产品酒精测试仪与东莞市晓峰实业有限公司的口气检测器并不构成近似商品，深圳市宏亿邦电子有限公司在其上诉状中第5页提到深圳市宏亿邦电子有限公司在一审提交的证据28（第9693080号商标的详细信息）清楚证明了酒精测试仪与口气测试仪都属于第九类0910测试群，深圳市宏亿邦电子有限公司由此认为两种商品构成近似，但在国家商标局中类似商品区分条中关于第九类0910群组中标明不属于近似，深圳市宏亿邦电子有限公司的酒精测试仪属于哪一部分并不明确，深圳市宏亿邦电子有限公司在一审过程中没有证据证明酒精测试仪的功能、用途、消费群体等，这不能判定两种商品属于类似商品，深圳市宏亿邦电子有限公司没有完成证明责任；三、我方在一审中提交的证据可以证明我方的口气测试仪的利润小，上诉人的赔偿请求毫无依据；四、我方不是恶意侵权，深圳市宏亿邦电子有限公司的商标是由案外人提出异议，直到深圳市宏亿邦电子有限公司到法院起诉我方才知道深圳市宏亿邦电子有限公司的商标存在。因此我方认为该案的判赔过高，该案侵权期间不明确。2013年3月28日我方已经停止生产、销售本案涉案产品。

二审期间，深圳市宏亿邦电子有限公司提交了4096208、9693080号商标及商评委文件，拟证明酒精测试仪与口气测试仪列0910类似群，本案两产品属于类似商品；

二审期间，东莞市晓峰实业有限公司向本院提交了商标区分表，拟证明9693080号商标已被提出商标异议，不可能获得授权；百度网站对TANITA的搜索结果及多个翻译网站对TANITA的翻译结果，拟证明案外人株式会社百利达的TANITA商标在中国具有很高知名度，TANITA与株式会社百利达形成了一一对应的关系。

深圳市宏亿邦电子有限公司确认涉案产品的总经销及售后服务是百利达（上海）商贸有限公司，百利达（上海）商贸有限公司属于株式会社百利达的子公司，株式会社百利达是百利达（上海）商贸有限公司的唯一外资股东，即涉案产品系百利达（上海）商贸有限公司委托东莞市晓峰实业有限公司生产并标注“TANITA百利达”标志。

本院另查明：一、百度、有道及金山翻译将TANITA翻译成“百利达”；二、在百度上搜索TANITA，出现若干TANITA磅秤产品，而并未出现深圳市宏亿邦电子有限公司的产品；三、深圳市宏亿邦电子有限公司提交的易迈商城网页截图显示的产品为“特需他酒精测试仪”；四、TANITA商标的所有人为株式会社百利达，核准类别为磅秤，申请日期为1982年11月25日。

原审查明事实清楚，本院予以确认。

本院认为，本案为商标侵权纠纷。本案的争议焦点为：东莞市晓峰实业有限公司是否侵犯了深圳市宏亿邦电子有限公司的商标专用权。

首先，虽然“TANITA”商标为株式会社百利达所有，东莞市晓峰实业有限公司也是经株式会社百利达子公司百利达（上海）商贸有限公司委托生产及贴标，但“TANITA”商标被核准的范围系磅秤而非酒精测试仪，故东莞市晓峰实业有限公司的行为系对商标的不当使用；其次，根据在搜索引擎上搜索TANITA，结果均为磅秤而非酒精测试仪，可见“TANITA特需他”市场份额不大，影响力较小，知名度也较小；再次，“TANITA特需他”与“TANITA百利达”相比较，根据习惯，普通消费者更容易注意到中文部分，且根据深圳市宏亿邦电子有限公司提交的易迈商城网页截图可知，深圳市宏亿邦电子有限公司在网络上销售的系“特需他酒精测试仪”，故上述标识不相同，也不会混淆；最后，从搭便车角度，根据“TANITA”的知名度及所有情况，东莞市晓峰实业有限公司对商标的不当使用仅有可能搭株式会社百利达的便车，而不可能搭“TANITA特需他”的便车，相反，“TANITA特需他”存在搭株式会社百利达便车的可能。综上所述，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》第十条“人民法院依据商标法（2001年）第五十二条第（一）项的规定，认定商标相同或者近似按照以下原则进行：（一）以相关公众的一般注意力为标准；（二）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；（三）判断商标是否近似，应当考虑请求保护注册商标的显著性和知名度”的规定，虽然东莞市晓峰实业有限公司存在对商标不当使用的行为，但“TANITA百利达”与“TANITA特需他”不相同也不近似，不会造成消费者混淆，也不会产生搭便车效应，无论酒精测试仪与口气测试仪是否属于同一商品类别，东莞市晓峰实业有限公司均未侵犯深圳市宏亿邦电子有限公司的商标专用权。

另外，深圳市宏亿邦电子有限公司申请中止本案审理，已无必要，本院予以驳回。

综上所述，原审判决认定事实清楚，适用法律得当，应予以维持。依据《中华人民共和国商标法》第五十七条，《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》第十条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项的规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

本案二审案件受理费4711.73元，由上诉人深圳市宏亿邦电子有限公司（已预缴）负担。

本判决为终审判决。

审　判　长　　谢冠东

代理审判员　　苗卉卉

代理审判员　　邹　越

二〇一六年六月二十九日

书　记　员　　陈　琨

黎志均