

广东省高级人民法院

民事判决书

(2011)粤高法民三终字第143号

上诉人(原审被告):四川菊乐食品有限公司(下称菊乐公司)。

被上诉人(原审原告):黑牛食品股份有限公司(下称黑牛公司)。

原审被告:陈贤宁。

上诉人菊乐公司因与被上诉人黑牛公司及原审被告陈贤宁侵犯商标专用权和企业名称权纠纷一案,不服汕头市中级人民法院(2010)汕中法知初字第36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,现已审理终结。

原审法院经审理查明:黑牛公司成立于1998年1月7日,经营范围为乳制品(奶粉)、米面制品加工销售、饮料(固体饮料)等。名称历经“汕头市黑牛食品工业有限公司”、“广东黑牛食品工业有限公司”、“黑牛食品工业有限公司”、“黑牛食品股份有限公司”等变更。同时拥有“揭东县黑牛食品工业有限公司”、“辽宁黑牛食品工业有限公司”、“安徽省黑牛食品工业有限公司”和“陕西省黑牛食品工业有限公司”四个子公司。2010年4月,黑牛公司股票在我国A股市场成功发行,“黑牛食品”为其公司在股票市场上公开使用的简称。

黑牛公司持有五个艺术体“黑牛”文字商标,其中商标注册证列3731654号的商标核定使用商品为第29类,包括牛奶、牛奶制品、牛奶饮料、豆奶粉等,注册人为林秀浩,注册有效期自2005年5月21日起,2008年8月28日该商标经国家工商行政管理总局商标局核准转让

给黑牛公司；商标注册证列3653336号的商标核定使用商品为第30类，包括咖啡、麦乳精等，注册人为林秀浩，注册有效期自2007年6月28日起，2008年8月28日该商标经国家工商行政管理总局商标局核准转让给黑牛公司；商标注册证列3731650号的商标核定使用商品为第30类，包括豆粉、豆浆精、豆奶粉，注册人为林秀浩，注册有效期自2005年5月7日起，2008年8月28日该商标经国家工商行政管理总局商标局核准转让给黑牛公司；商标注册证列3731675号的商标核定使用商品为第32类，包括啤酒、无酒精饮料、水(饮料)、豆奶、奶茶、植物饮料等，注册人为黑牛公司，注册有效期自2005年5月14日起；商标注册证列1441560号的商标核定使用商品为第30类，包括天然增甜剂、非医用营养粉等，注册人为汕头市金园区味味食品工业发展中心，注册有效期自2000年9月7日起，2003年3月14日该商标经国家工商行政管理总局商标局核准转让给汕头市黑牛食品工业有限公司，后于2008年8月28日经国家工商行政管理总局商标局核准转让给黑牛公司。同时，黑牛公司持有两个楷体“黑牛”文字商标，其中商标注册证列1173201号的商标核定使用商品为第30类，包括咖啡饮料、可可饮料、即溶咖啡等，注册人为海南椰风食品饮料工业城，注册有效期自1998年5月7日起，2008年3月7日该商标经国家工商行政管理总局商标局核准得以续展，续展注册有效期自2008年5月7日起，同年8月28日该商标经国家工商行政管理总局商标局核准转让给黑牛公司；商标注册证列1077524号的商标核定使用商品为第32类，包括啤酒、不含酒精饮料、果汁饮料、植物蛋白饮料等，注册人为海南椰风食品饮料工业城，

注册有效期自1997年8月14日起，2007年8月30日该商标经国家工商行政管理总局商标局核准得以续展，续展注册有效期自2007年8月14日起，次年8月28日该商标经国家工商行政管理总局商标局核准转让给黑牛公司。此外，黑牛公司还持有黑体“黑牛”文字与拼音组合商标，商标注册证列1096918号，核定使用商品为第29类，包括蛋粉、牛奶、奶茶、食用油、植物蛋白等，注册人为汕头市金园区味味食品工业发展中心，注册有效期自1997年9月7日起，2007年8月30日该商标经国家工商行政管理总局商标局核准得以续展，续展注册有效期自2007年9月7日起，次年8月28日该商标经国家工商行政管理总局商标局核准转让给黑牛公司。上述8个商标目前均在有效期间。

2007年3月，上述商标注册证列3731650号商标经广东省著名商标认定委员会认定为广东省著名商标，认定商品为“豆奶粉”。2009年11月24日，中国食品工业协会向国家工商总局商标评审委员会出具《关于推荐“黑牛”商标申请驰名商标的函》，称黑牛公司是我国食品行业骨干企业之一，主要产品豆奶粉畅销全国各地，深受消费者喜爱，其产品销量连年位居行业前10名。

黑牛公司的“黑牛”品牌产品销售范围覆盖全国各地区，2002年至2009年销售总额近25亿元，其中2007年销售额超过3亿元，2008年销售额超过5亿元，2009年销售额接近6亿元。2007年至2009年期间在四川、重庆、贵州、云南和西藏五个省、自治区的主营业务收入合计超过1.7亿元，约占全国主营业务收入12%。同时，黑牛公司还在全国各地对其“黑牛”品牌产品进行持续不断的广告宣传。2005年至

2009年期间，黑牛公司与北京、四川、重庆、安徽、广东、山东、吉林、河北、山西、黑龙江、陕西、云南、上海、甘肃等地签订多份广告发布合同，对其“黑牛”品牌产品进行广告宣传。

2005年以来，黑牛公司获得全国、省级、市级多个荣誉称号，包括“计量保证体系确认合格证书”、“价格计量信得过单位”、“守合同重信用企业”、“广东省标准化协会常务理事单位”、“标准化良好行为证书”、“食品安全管理体系认证证书”、“绿色食品证书”、“中国豆奶粉产业十大用户满意产品”、“民营科技企业资格证书”、“定量包装商品生产企业计量保证能力合格证”、“食品卫生等级A级单位”、“汕头知识产权优势培育企业”、“2006-2007年度科技工作先进单位”、“2006-2007年度重点骨干企业”、“2008年度纳税大户”等。2005年9月，黑牛公司生产的黑牛牌豆奶粉还被国家质量监督检验检疫总局授予“中国名牌产品”荣誉称号。

菊乐公司成立于1984年，为成都菊乐企业(集团)股份有限公司下属子公司。成都菊乐企业(集团)股份有限公司持有“菊乐”文字商标，商标注册证列第4622355号，核定使用商品为第29类，包括牛奶饮料等。同时，菊乐公司持有两个“菊乐”文字加图案组合商标，其中商标注册证列第1591232号的商标2009年被授予四川省著名商标证书，商标注册证列第226634号的商标2008年被授予成都市著名商标证书。

2007年1月，菊乐公司开始生产黑牛奶产品，该产品独立小包装正面为白底，左上角有红底白字“菊乐”商标；上半部分中央为竖列“黑.牛奶”字样，两边由两条麦穗图案环绕成圆形，两条麦穗图案

于“黑·牛奶”字样底部交叉，交叉处有“Jule Hei Niu Nai”字样，在两条麦穗中间各有“菊”、“乐”字样；包装正面中间部分标有“黑米黑豆黑芝麻”等字样；下半部分为一圆形图案，在该圆形图案上有扁长方框，方框中标有“纯牛奶+黑色谷物、豆类”字样。同时，菊乐公司产品的大包装箱除在侧面印有上述竖列“黑·牛奶”字样外，在上面、正面均印有横向排列的“黑·牛奶”字样。同年7月，菊乐公司推出无蔗糖黑牛奶产品，外包装与上述基本相同。2008年1月16日，菊乐公司取得专利号ZL200730090728.9外观设计专利证书，外观设计名称为“包装盒(黑牛奶)”，专利申请日为2007年3月5日，该外观设计与上述独立小包装盒基本一致，差别主要是主视图上半部分中央竖列的“黑牛奶”字样中间没有一圆点，两条麦穗中间也没有“菊”、“乐”字样。2008年6月14日，黑牛公司提出无效宣告请求，国家知识产权局专利复审委员会经审查，维持专利权有效。

2007年10月29日，成都菊乐企业(集团)股份有限公司向国家工商行政管理总局商标局申请注册“菊乐黑牛奶”商标，该商标与上述黑牛奶产品独立小包装正面上半部分的图案基本相同，即“黑牛奶”字样与麦穗等图案的组合，区别在于“黑牛奶”字样中间没有一圆点。2009年11月6日，上述商标经初步审定公告。公告后，黑牛公司提出异议，目前尚在异议审查中。

2008年2月13日，成都菊乐企业(集团)股份有限公司向国家工商行政管理总局商标局申请注册“菊乐黑·牛奶”商标，该商标与“黑·牛奶”产品独立小包装正面上半部分的图案一致，即“黑·牛奶”字

样与麦穗等图形的组合。同时其申请注册“菊乐黑牛奶”商标，该商标为上半部分“菊乐黑牛奶”字样和下半部分四条麦穗等的组合。2010年6月20日，上述两个商标经初步审定公告。

2010年11月23日，中国乳制品工业协会出具《关于“黑牛乳(奶)”产品的说明》，称“近些年，随着乳制品产品的发展，企业不断进行产品创新，新产品不断涌现。如一种以牛乳为主要原料，添加黑米、黑豆、黑芝麻等辅料制成的调制乳，由于所用辅料为黑色的植物籽实，故被称为‘黑牛乳(奶)’；……所谓‘黑牛乳(奶)’、‘红牛乳(奶)’是一种习惯称谓，是根据产品颜色进行描述的一种称谓，即黑颜色、红颜色的牛乳产品，这就是人们常说的‘黑面包’、‘黑啤酒’是一样的。由于‘黑牛乳(奶)’、‘红牛乳(奶)’名称被行业许多企业普遍使用多年，并形成了一个单独品种，已经为市场和消费者熟知。”

2008年6月6日，广东省汕头市汕头公证处公证员在该公证处操作计算机，登陆因特网，对黑牛公司指定的网页进行证据保全，并对过程进行了记录，制作《电脑操作记录》一份。按照该《电脑操作记录》中记录的方法获得以下信息：阿里巴巴网站登载2007年9月21日《菊乐再添新军无糖黑牛奶绚丽登场》一文；广西518招商信息网2008年6月登载《四川菊乐(黑牛奶\黑牛奶无糖型\红牛奶)面向全江苏省招商》一文，称菊乐公司拥有4个生产基地，分别在成都、温江、雅安、眉山。生产产品近70个，到现在已有12年生产乳制品的历史，年产值平均增长率超过35%，至07年产值已达5亿元；成都菊乐企业(集团)股份有限公司网页登载《决战2008》一文；新华网四川眉山分频道登

载2008年4月《菊乐集团公司眉山分公司简介》一文，称菊乐公司分辖4个分公司，菊乐股份有限公司眉山分公司是被告菊乐公司的第4个分公司。2007年1月推出的黑牛奶因其独特的口味及保健功能赢得消费者的青睐。公司目前发展势头迅猛，每年销售以20%以上的速度增长，2007年菊乐集团公司销售预计达4亿元。同日广东省汕头市汕头公证处出具(2008)汕市证经字第169号《公证书》对上述事实予以公证。

2008年9月1日，菊乐公司法定代表人童恩文在中国乳制品协会作题为《务实创新脚踏实地做好地方品牌》的发言，发言中称2007年菊乐公司实现销售收入4亿元，预计2008年销售收入比2007年增长25%，达到5亿元。并称到目前为止，公司不同品种、不同规格的产品已达40多种。

2010年7月21日，黑牛公司在广东省汕头市汕头公证处公证员的监督下，在汕头市公信路桂园47幢115号“黛琳公馆”购买了两箱标有由“四川菊乐食品有限公司出品”的“菊乐黑牛奶”，货款共84元。同月28日广东省汕头市汕头公证处出具(2010)汕市证经字第230号《公证书》对上述事实予以公证。黛琳公馆为陈贤宁所经营。陈贤宁销售的上述产品由成都市红发食品经营部购买而来。

2010年7月21日，黑牛公司委托代理人在广东省汕头市汕头公证处公证员的监督下，操作计算机，登陆因特网，搜索到成都菊乐企业(集团)股份有限公司网页，该网页介绍该司常温系列主要乳品有四个系列，其中盒装系列四个产品中以及枕头装系列五个产品中均有黑牛

奶产品。同月28日广东省汕头市汕头公证处出具(2010)汕市证经字第231号《公证书》对上述事实予以公证。

2010年12月8日,菊乐公司代理人在四川省成都市律政公证处公证员的监督下,操作计算机,登陆因特网,搜索到“黑牛奶生产技术”的介绍。同月10日四川省成都市律政公证处出具(2010)川律公证字第54017号《公证书》对上述事实予以公证。2010年12月8日,菊乐公司代理人在四川省成都市律政公证处公证员的监督下,操作计算机,登陆因特网,进入“中华人民共和国国家知识产权局”网站,搜索到名称包含“黑牛奶”的专利有11个,包括菊乐公司的外观设计专利。同月10日四川省成都市律政公证处出具(2010)川律公证字第54018号公证书》对上述事实予以公证。2010年12月9日,菊乐公司代理人在四川省成都市律政公证处公证员的监督下,操作计算机,登陆因特网,搜索“黑牛奶 德国CCTV”,搜索到《第二十届青岛国际啤酒节啤酒馆探秘之二》一文,该文称,在卡士堡众多品种中经典的一款是被称作“黑牛奶”的黑爵士。2010年12月10日四川省成都市律政公证处出具(2010)川律公证字第54020号《公证书》对上述事实予以公证。

2010年12月13日,菊乐公司代理人在四川省成都市律政公证处公证员的监督下,操作计算机,登陆因特网,搜索到多条“黑牛奶 黑牛”的信息索引以及《“黑牛奶”是“黑牛”挤出来的》的童言趣语一则。同月13日四川省成都市律政公证处出具(2010)川律公证字第54347号《公证书》对上述事实予以公证。

经黑牛公司申请,原审法院向四川省成都市国家税务局和成都红

旗连锁股份有限公司调查，成都市国家税务局出具证明，称根据该局征管信息系统数据反映，菊乐公司2007年申报增值税应税销售收入为333226791.29元；2008年申报增值税应税销售收入为421917414.13元；2009年申报增值税应税销售收入为482967247.31元；2010年申报增值税应税销售收入为503773833.63元。成都红旗连锁股份有限公司出具《菊乐黑牛奶三个单品2007年--2010年在我公司销售情况》表，反映2007年至2010年菊乐公司在该连锁店销售的三个黑牛奶单品的销售金额为14261390.38元。

据光明乳业股份有限公司、内蒙古伊利实业集团股份有限公司、广西皇氏甲天下乳业股份有限公司三个公司公布的年度报告，该三个公司的平均毛利率2007年为34.69%，2008年为33.2%，2009年为38.26%，2010年为36.05%。

黑牛公司为了制止被告侵犯其商标权和企业名称权，支付了公证费5800元、购买涉嫌侵权产品254元、律师费13万元，并提供了一系列发票证明其支付了调查取证费220992.1元。

根据黑牛公司的申请，原审法院作出(2010)汕中法知初字第36-1、36-2裁定，对菊乐公司和陈贤宁采取证据保全措施和财产保全措施。财产保全措施为冻结两被告的银行存款，或查封、扣押其财产，以500万元为限。证据保全措施为查封、扣押、复制或其他方法保全菊乐公司因生产、销售“黑牛奶”产品获利的全部证据，包括但不限于生产、销售“黑牛奶”产品的相关生产记录、销售记录、配送单据、收款票据、财务账册、财务报告等全部资料。原审法院于2010年9月1

5日执行了上述裁定，冻结菊乐公司450万元的银行存款；关于证据保全的资料，菊乐公司承诺在同月25日之前提交，但期届没有提交。本案开庭时，菊乐公司请求延期提交上述证据保全资料，经黑牛公司同意，原审法院限令菊乐公司在开庭后7日内提交，期届菊乐公司仍然没有提交。

另查明，2010年8月19日，黑牛公司以菊乐公司、陈贤宁侵犯该公司商标权和企业名称权为由，向汕头市中级人民法院提起诉讼，请求判令：1、菊乐公司立即停止生产和销售侵犯黑牛公司企业名称权和注册商标专用权的产品，陈贤宁停止销售侵犯黑牛公司企业名称权和注册商标专用权的产品；2、两被告赔偿因其侵权行为给黑牛公司造成的经济损失500万元以及黑牛公司为本案支付的合理支出32484元；3、两被告向黑牛公司赔礼道歉；4、两被告承担诉讼费用。本案一审庭审开庭时，黑牛公司在法庭辩论结束前，申请变更前述第二项请求为“两被告赔偿因其侵权行为给黑牛公司造成的经济损失1000万元以及黑牛公司为本案支付的合理费用357046元”，原审法院予以准许。

原审法院认为，本案为侵犯商标专用权和侵犯企业名称权纠纷。黑牛公司通过申请注册以及受让的方式，依法取得“黑牛”文字以及“黑牛”文字与拼音组合8个注册商标专用权，其权利应予以保护。同时，以“黑牛”为核心的黑牛公司的企业名称，经核准登记注册，依法也应予以保护。本案争议的焦点是：一、菊乐公司生产和销售黑牛奶产品是否侵犯黑牛公司的商标专用权和企业名称权；二、黑牛公

司提出的菊乐公司赔偿经济损失的金额，以及菊乐公司赔礼道歉的诉讼请求是否应予支持；三、陈贤宁是否应当承担侵权责任。

一、关于菊乐公司生产和销售黑牛奶产品是否侵犯黑牛公司的商标专用权和企业名称权。黑牛公司请求保护的各“黑牛”注册商标在被控侵权行为发生时均处于注册有效期或者续展注册有效期间，并延续至今，应当依法予以保护。前述商标中，部分商标为黑牛公司或者黑牛公司前身或者黑牛公司法定代表人直接申请注册，部分商标为黑牛公司从其他企业受让取得，目前黑牛公司合法享有全部注册商标专用权，故黑牛公司具有提起本案诉讼和请求实体保护其合法权益的资格。注册号为3731654号的“黑牛”商标核定使用的商品类别包括“以牛奶为主的”牛奶饮料，菊乐公司使用“黑牛奶”文字标识的产品亦为以牛奶为主料的牛奶饮料，应当认定二者属于同一种商品。注册号为3731650、3653336、3731675的“黑牛”商标核定使用的商品类别包括“豆奶粉”、“豆奶”，除豆奶直接以饮品形式消费以外，豆奶粉也需要冲调成饮品形式消费。由于牛奶饮料与豆奶饮料、豆奶粉饮品均属于日常营养品，且都以牛奶为原料，所以菊乐公司使用“黑牛奶”文字标识的产品与黑牛公司上述商标核定使用的商品在功能、用途、销售渠道、销售对象、消费方式等方面相同或者基本相同，属于类似商品。

从法院查明的前述事实来看，十余年来，标识有黑牛公司“黑牛”商标的豆奶粉、豆奶等产品在全国范围内广泛销售，并且在包括四川省在内的全国各地进行了大量持久的广告宣传，其中第3731650号注

册商标被评为广东省著名商标，也被中国食品工业协会向国家工商总局商标评审委员会推荐申报驰名商标。黑牛牌豆奶粉还被国家质量监督检验检疫总局授予“中国名牌产品”荣誉称号。根据黑牛公司产品的销售地域、销售数量及广告覆盖范围，可以认定“黑牛”系列商标已为广大消费者熟知，具有很强的显著性和很高的知名度。

将黑牛公司的“黑牛”文字商标与菊乐公司的“黑·牛奶”文字标识比对，菊乐公司使用的“黑·牛奶”标识，其中的文字完整地包含了黑牛公司的“黑牛”商标。该标识中还包含“奶”字，但“奶”字仅作为表示商品品类的文字，不具有显著性和识别性，标识中“·”的设计相对于具有发音属性的文字也不能起到明显的区分作用。菊乐公司以两种方式使用“黑·牛奶”标识，一种在大包装箱上横向排列使用，一种在独立小包装上纵向排列使用。横向排列使用的“黑·牛奶”标识，消费者容易连读连认；纵向排列的“黑·牛奶”标识，其中“·”位于“黑”字下面，与“黑”字的“----”间距很小，难以起到明显的隔离作用。因此，菊乐公司上述两种方式使用的“黑·牛奶”文字标识均与黑牛公司的“黑牛”商标构成近似。菊乐公司生产、销售的黑牛奶产品，无论独立小包装还是大包装箱，“黑·牛奶”标识均突出使用于产品外包装的正面、上面、侧面等显著位置，并且位于中部或上部，字号较其他文字更大，深蓝色字体与包装纯白底色的对比效果明显。在独立小包装上，深蓝色的“黑·牛奶”文字被环绕在黄色麦穗图案中，在麦穗衬托下更为突出；在大包装箱上，深蓝色的“黑·牛奶”文字经下面的同色飘带衬托，更容易引起消费者的注意。

而菊乐公司自有的“菊乐”商标为红底白色，位于包装左上角，无论字体大小、颜色构成还是所处位置，均远不如“黑·牛奶”标识显著和突出。消费者在购买“黑·牛奶”商品时，更容易看到“黑·牛奶”文字标识。

综上，“黑·牛奶”标识与黑牛公司“黑牛”商标近似，黑牛公司“黑牛”商标具有很高的知名度和很强的显著性，菊乐公司使用“黑·牛奶”文字的方式易于引起消费者的注意，使消费者很容易将“黑·牛奶”文字视为商品商标，误认为“黑·牛奶”商品来源于黑牛公司或者该商品生产者与黑牛公司具有许可使用关系或其他关联关系，故菊乐公司未经黑牛公司许可，在与黑牛公司同一种和类似商品上使用与黑牛公司注册商标文字近似的“黑·牛奶”文字作为商品标识，属于我国《商标法》第五十二条第（一）项规定的情形，构成对黑牛公司注册商标专用权的侵犯。

菊乐公司称，“黑·牛奶”标识系作为商品名称使用，其使用行为不构成对黑牛公司注册商标专用权的侵犯。但考察本案事实，菊乐公司的具体使用方式是“黑·牛奶”，这种在“黑”、“牛奶”中间加“·”来作为商品名称的使用方式，明显不属于商品名称的通常使用方式。因此，菊乐公司的上述主张不能成立。况且，即使可以认定“黑牛奶”为商品名称，菊乐公司突出使用与黑牛公司注册商标近似的“黑牛奶”文字的行为，也易于产生误导公众的后果。根据我国《商标法》第五十二条第（五）项规定以及《商标法实施条例》第五十条第（一）项规定，也应当认定菊乐公司侵犯了黑牛公司注册商标专用权。

菊乐公司辩称其使用的“菊乐黑·牛奶”在音、义以及整体外形上均与黑牛公司商标不同，没有侵犯黑牛公司的商标权。原审法院认为，判断文字商标是否近似，应当主要从读音、字形、含义等方面考量，如果其中的显著要素构成近似，易使相关公众对商品的来源产生误认，就足以认定近似。菊乐公司在被控侵权产品包装上，并未将“菊乐黑·牛奶”文字作为整体使用，而是把“菊乐”与“黑·牛奶”分开使用，“菊乐”与“黑·牛奶”文字很少在同一个平面上同时出现。在同一个平面出现时，“菊”、“乐”二字呈扁形，分开嵌于麦穗中，位置、颜色、大小均不明显，消费者施以一般注意力不易发觉。而突出使用的“黑·牛奶”文字，却与“黑牛”文字商标构成近似，足以造成公众误认。

菊乐公司辩称被控侵权产品中包含有黑米、黑豆、黑芝麻等黑色植物成分，“黑”字属于对其产品原料颜色属性的描述，故“黑·牛奶”文字组合以及“菊乐黑·牛奶”文字组合的使用均没有侵犯黑牛公司的商标权。但是，具体考察“黑·牛奶”文字的使用情况可以看出，“黑·牛奶”文字大小相同、排列整齐，属于对“黑牛奶”文字的完整使用，中间虽然用“·”来间隔，但如前所述，其分隔作用并不明显，故消费者不会对“黑”字单独施以特别注意力，更不会注意“黑”字的描述作用。况且黑牛公司的注册商标已经具有较强的显著性和较高的知名度，更容易使消费者认为被控侵权产品来源于黑牛公司而忽略“黑”字的单独描述作用。即使个别消费者特别注意了“黑·牛奶”中“黑”字的描述性，也难以判断该“黑”字究竟是指饮料的颜

色、原料中辅料的颜色，还是表明奶牛的颜色等等。故以消费者施以一般注意力识别商品来源为标准来判断，菊乐公司解释“黑”字具有描述性的不侵权抗辩理由，不能成立。

菊乐公司主张“黑牛奶”名称已经成为一种新产品的习惯称谓和通用名称，黑牛公司无权阻止国内乳制品企业使用。原审法院认为，在判断商品上的文字标识是否为通用名称时，应当审查其是否属于法定的或者约定俗成的商品名称。自涉案“黑牛”商标核准注册至今，我国任何法律文件以及国家标准、行业标准中均未出现“黑牛奶”为商品通用名称的表述，菊乐公司也没有提供充分证据证明国内相关公众已经普遍认可“黑牛奶”成为一种商品的通用名称。为证明其上述主张，菊乐公司提供了中国乳制品工业协会的证明。审查该证明的内容和形式可以看出，乳制品工业协会于2010年11月23日出具的证明中称“近些年”、“新产品不断涌现”、“称之为‘黑牛乳(奶)’”，又称“‘黑牛乳(奶)’名称”“普遍使用多年”。这些内容中有难以确定的“近些年”内容，也没有提供证据支持的“普遍使用多年”内容，且此两种说法本身存在自相矛盾之处，故对该证据难以采信。况且即使采信该证据，也仅能认定在特定范围内有部分企业使用“黑牛奶”名称，菊乐公司提供了五家企业生产“黑牛奶”产品的小包装盒，但均没有提供这些企业生产销售的有关情况，无法认定“黑牛奶”已经被相关公众接受为商品通用名称。故菊乐公司主张其使用商品通用名称不构成侵权的抗辩理由，不能成立。

黑牛公司除将“黑牛”文字注册为商标外，还将其作为企业字号

的核心组成要素持续使用于各阶段核准登记注册的企业名称中。在黑牛公司十余年的发展过程中，随着商品销售数量的增长和销售地域覆盖到全国范围，企业在市场上的知名度日益提高，且由于黑牛公司的“黑牛”文字商标属于其企业字号中的核心要素，随着商标知名度的提高和显著性的增强，企业字号也逐步为相关公众广泛知悉，故该企业字号应当认定为《反不正当竞争法》第五条第(三)项规定的“企业名称”。菊乐公司在同一种商品上突出使用完整包含黑牛公司字号中核心要素的“黑·牛奶”标识，容易使消费者将该商品误认为来源于黑牛公司或者菊乐公司与黑牛公司具有许可使用关系或者其他关联关系，侵犯了黑牛公司名称权，构成不正当竞争。在黑牛公司成功上市后，菊乐公司继续使用黑牛公司企业字号中的核心要素作为商品标识，更应予以制止。

菊乐公司提出国家专利局曾授予其外观设计专利，其使用行为依法受到我国专利法的保护。根据查明的事实可以认定，在菊乐公司申请外观设计专利前，黑牛公司的企业名称已经具有较高的知名度，为相关公众所知悉。原审法院认为，企业、公民合法在先取得的企业名称权，应当得到完整保护。在后取得的外观设计专利权等，不能作为对抗在先企业名称权的依据。即使菊乐公司对黑牛奶包装盒享有外观设计专利权，也并不影响其侵犯黑牛公司名称权的成立。

二、关于黑牛公司要求菊乐公司赔偿经济损失1000万元与合理支出357046元、并要求其赔礼道歉是否应予支持。关于赔偿损失的数额，由于黑牛公司未能举证证明菊乐公司在侵权期间因侵权行为所获得

的利益，或者其在侵权期间因被侵权所受到的实际损失，菊乐公司在法院作出证据保全裁定，要求其提交生产、销售“黑牛奶”产品获利的证据的情况下，没有正当理由不提交相关证据，故法院将根据现有证据合理计算菊乐公司生产、销售“黑牛奶”产品的利润，且菊乐公司应当承担不利的法律后果。菊乐公司自2007年1月开始生产“黑牛奶”产品，据成都市国家税务局反映，2007年至2010年菊乐公司申报增值税应税销售收入约为174189万元，以上述税务资料为基础，根据2008年菊乐公司法定代表人童恩文发言中所提到公司的品种已达40多种予以分摊得出单品的销售额，再以黑牛奶有蔗糖无蔗糖两个品种计算得出黑牛奶的销售金额约为7669万元。黑牛公司未能提供菊乐公司的利润率，但其提供的与菊乐公司为同一行业的光明乳业股份有限公司、内蒙古伊利实业集团股份有限公司、广西皇氏甲天下乳业股份有限公司的毛利率具有一定的参考价值，可以据此推算菊乐公司销售黑牛奶产品的获利约为3110万元。即使以2008年广西518招商信息网登载的《四川I菊乐(黑牛奶\黑牛奶无糖型\红牛奶)面向全江苏省招商》一文所称的菊乐公司生产产品近70个计算，推算得出的菊乐公司销售黑牛奶产品的获利也约为1776万元。菊乐公司因侵权行为所获利益巨大，从菊乐公司销售网络遍布全国二十多个省、市、自治区，而2007年至2010年菊乐公司在成都红旗连锁股份有限公司销售的三个黑牛奶单品的销售金额约为1426万元也进一步印证了前述事实。因此，黑牛公司要求菊乐公司赔偿经济损失1000万元，应予支持。此外，黑牛公司称其为制止侵权行为支付了357046元，虽然其中调查取证费

部分难以确认是否全部为本案维权所支付，但黑牛公司支付的公证费、购买侵权产品费以及律师费可予确认，据此酌定菊乐公司赔偿黑牛公司合理费用20万元。关于黑牛公司要求菊乐公司赔礼道歉的请求，原审法院认为，赔礼道歉是对当事人人身权利或者人身权利性质的权利受到损害的救济方式，黑牛公司在本案中并未主张人身权利或者其他人身权利性质的权利，同时也没有对此予以举证证明，故对黑牛公司的该项诉讼请求，不予支持。

三、关于陈贤宁是否应当承担侵权责任。陈贤宁销售菊乐公司生产的“黑牛奶”产品，侵犯了黑牛公司商标专用权和企业名称权，依法应当承担相应的民事责任。但由于陈贤宁提供的证据可以证明其所销售的产品是由四川成都市红发食品经营部购买而来，为合法取得，因此，根据《商标法》第五十六条第三款规定，可以不承担赔偿责任，但应当立即停止销售侵权产品的行为。综上，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十八条，《中华人民共和国商标法》第五十二条第(一)项、第(二)项、第(五)项、第五十六条，《中华人民共和国反不正当竞争法》第五条第(三)项、第二十条第一款，《中华人民共和国商标法实施条例》第五十条第(一)项，《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，《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第六条第一款、第十七条第一款的规定，判决如下：一、被告四川菊乐食品有限公司、被告陈贤宁应在本判决发生法律效力之日起立即停止生产和销售侵犯原告黑牛食品股份有限公司注册商标专用权和企

业名称权的所有产品。二、被告四川菊乐食品有限公司应在本判决发生法律效力之日起10日内赔偿原告黑牛食品股份有限公司经济损失以及为制止侵权支出的合理费用1020万元。三、驳回原告黑牛食品股份有限公司的其他诉讼请求。如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》第二百二十九条的规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。案件受理费78942.39元、证据保全费1000元、财产保全费5000元、管辖权异议案件受理费100元，共85042.39元，由被告四川菊乐食品有限公司负担。

菊乐公司不服一审判决，向本院提起上诉称：一、原审判决违反法定程序，违法受理黑牛公司超过举证期限增加、变更的诉讼请求，隐瞒菊乐公司民事答辩状和证据，且将未经当事人质证的材料作为认定案件事实的证据使用。黑牛公司当庭将请求赔偿额从500万增加到1000万，原审法院予以准许，违反司法解释规定。菊乐公司提交的答辩状和该公司相关2008、2009年的财务报告等，原审法院没有质证，也没有采纳。原审法院依职权调取的两份证据，即成都市国税局出具的菊乐公司应税销售收入和应纳税额的证明和成都红旗连锁股份有限公司出具的菊乐公司黑牛奶三个单品的销售情况证明，尽管原审法院传真给菊乐公司进行质证，菊乐公司对该两份证据的真实性与合法性没有异议，但在菊乐公司将书面质证意见递交法院前，原审法院就采信了上述证据并做出了判决，该情况违反了法律规定，前述证据应当是没有经过质证的，不能作为证据采用。二、原审判决认定事实错误。首先，“菊乐黑牛奶”产品没有侵犯黑牛公司的商标权，“菊

乐黑·牛奶”与黑牛公司的商标含义明显不同、读音不同、整体外形不同，根本不会导致公众对产品来源产生误认。其次，菊乐公司使用“菊乐黑·牛奶”属于描述性使用，根据我国商标法规定，注册商标专用权人无权禁止他人正当使用。第三，“黑牛奶”是商品的通用名称，中国乳制品工业协会出具的证明以及根据最高法院相关司法解释的精神和我国部分判例，均可以认定黑牛奶是商品的通用名称。另外，菊乐公司也没有侵犯黑牛公司的企业名称权。菊乐公司是知名企业，“菊乐”商标也是著名商标，菊乐公司的“黑·牛奶”产品不会导致公众混淆，因此，不存在侵犯黑牛公司企业名称权问题。三、原审判决计算侵权损失以及合理费用的依据是错误的。原审判决依据成都市国家税务局的证据以及参考光明乳业等的利润证据等，而没有采用上诉人提供的民事答辩状以及2008、2009年财务报告等新证据，而且从2007年起计算菊乐公司的获利，是极为不妥的。关于合理费用问题，调查费用22万余元、律师费用13万元等均没有充分的证据，有些费用包括差旅费等与案件无关，不应当计算在赔偿范围之内。四、原审判决适用法律错误。原审适用我国商标法第五十二条第一项规定和反不正当竞争法第五条第三项是错误的，即使侵权，也应当适用商标法第五十二条第五项以及商标法实施细则第五十条第一款。菊乐公司上诉请求：将本案发回重审，或者依法改判，驳回黑牛公司的全部诉讼请求。

黑牛公司答辩认为：一、本案原审程序合法，被答辩人的上诉理由不能成立。黑牛公司在举证期限届满前提出增加诉讼请求，原审法

院予以准许并指定了新的答辩期限。2010年12月15日开庭时，菊乐公司请求延长举证期限至2010年12月22日，原审法院予以同意，相应的黑牛公司的举证期限也应当延长至该日，黑牛公司在开庭时就赔偿数额问题增加诉讼请求也是在此期间，完全符合最高人民法院相关司法解释的规定。菊乐公司所谓的新证据，均是在原审法院指定的举证期限超过以后，即2011年1月14日才向法院提交，而且这些证据与本案的诉讼请求没有关系，原审法院未采纳是合法的。原审法院依职权取得的证据在2011年1月19日传真给菊乐公司质证，并指定了质证期限，该证据是经过质证的，应该作为证据采信。

二、原审法院认定事实清楚。被控侵权产品与涉案商标核定使用的类别相同或者基本相同，属于同一种或者类似商品。本案黑牛商标核定使用商品是牛奶饮料，被控产品与其相同。被控侵权产品上的“黑·牛奶”标识与黑牛公司的“黑牛”商标构成近似。菊乐公司突出使用“黑·牛奶”标识，将其用于产品的包装正面以及侧面的显著位置，该标识中完整包含了“黑牛”商标，无论是横向还是纵向使用，“黑·牛奶”均被消费者连续连认。黑牛公司长期使用其注册商标“黑牛”，在全国具有极强的显著性和知名度。菊乐公司认为该公司使用的“黑·牛奶”标识与黑牛公司的商标不相同或者不近似，无论是从读音、含义、形状上看，其理由均不成立。另外，现有证据也不能证明“黑·牛奶”是一种商品的通用名称。菊乐公司提交的中国乳制品工业协会出具的《关于“黑牛乳（奶）”产品的说明》是菊乐公司单方委托其出具的，该协会既无行政管理权也没有得到任何行政机关授权，在该份说明中也自相矛

盾，认为黑牛乳或者黑牛奶为产品颜色的描述或者习惯称谓，实际上被控产品颜色接近白色，该份说明随意解释，不应当采信。国家卫生部颁布的《食品安全国家标准》根本没有黑牛奶名称，也没有其他证据证明黑牛奶是通用名称。菊乐公司的行为还侵犯了黑牛公司的企业名称权构成了不正当竞争。三、原审判决确定的损失赔偿额也是公平公正的。原审法院根据菊乐公司的销售收入情况以及纳税情况，并参照第三方的利润率，客观计算出菊乐公司的侵权获利，其实际数字远远超过1000万元，在此情况下支持黑牛公司的诉讼请求是有事实和法律依据的。菊乐公司的该上诉主张不成立。黑牛公司请求二审法院维持原审判决。

本院经审理查明：原审所采信的证据真实合法，认定事实属实，本院予以认可。

另查明：根据本案一审卷宗材料记载，原审法院于2010年12月15日开庭审理本案，黑牛公司当庭提出变更诉讼请求，增加赔偿数额。菊乐公司当庭要求原审法院指定相应的答辩期限，原审法院也予以同意。2011年1月12日，菊乐公司向原审法院提交补充答辩状和2008、2009年的财务报告、部分广告费发票、《中国食品工业》杂志2010年第二期、“雪花”商标案件、“阳光”商标案件等材料。原审法院通知黑牛公司对这些材料进行质证，黑牛公司于2011年1月20日向原审法院递交了关于菊乐公司于2011年1月12日补充提交证据的质证意见，认为这些证据不能采信。2011年1月13日和14日，成都市国税局和成都红旗连锁股份有限公司分别向原审法院出具了关于菊乐公司

销售和纳税情况的证明。原审法院将前述两份证据传真给菊乐公司质证，菊乐公司在上诉状中也明确表示收到传真。菊乐公司质证后于2011年1月31日向原审法院递交了书面质证意见，明确表示对该两份证据的真实性与合法性没有异议，但对该两份证据与本案的关联性有异议。黑牛公司也对前述两份证据进行了质证，并于2011年1月20日向原审法院提交了书面质证意见。另外，本案一审期间，黑牛公司还向原审法院提交了一份由我国知识产权领域著名专家学者做出的《关于“黑牛”注册商标专用权和企业名称权侵权案的法律意见书》，该意见书认为菊乐公司的行为构成侵权。菊乐公司认为该法律意见书只是黑牛公司单方提供的意见，不能作为证据采纳。

本院二审期间，菊乐公司向本院提交了三份新的证据材料，一份是该公司2008、2009、2010年的年度财务审计报告，用以证明该公司的销售情况和利润情况，认为该公司的纯利润只有3%；一份是全国十七家乳制品企业给中国乳制品工业协会的回函，回函时间均在2011年3月中旬，内容是说明这些企业生产销售“黑牛乳(奶)”、“红牛乳(奶)”的时间，从各企业的回函看，生产销售“黑牛乳(奶)”、“红牛乳(奶)”的时间主要是2008、2009年以后，最早的是2007年。第三份是我国知识产权领域著名专家学者对本案的《法律意见书》，结论是认为原审判决的总体思路与现行法律精神有较大差距，判决有失偏颇。黑牛公司经质证后认为，菊乐公司提供的财务审计报告在一审时已经质证过，而且是超过举证期限提供的，审计报告是单方审计的，与本案没有关系，不能采信。关于17家企业的回函，只是

这些企业的说法，没有证明力，不能证明黑牛奶是通用名称。专家意见则只是一方的参考意见，不是证据。

本院认为：本案系侵犯商标专用权和侵犯企业名称权纠纷。根据本案二审期间菊乐公司的上诉和黑牛公司的答辩，本案争议焦点在于：1、原审判决是否违反法定审理程序的问题；2、原审判决认定事实是否属实，即菊乐公司的被控行为是否侵犯黑牛公司的商标专用权和企业名称权以及“黑牛奶”是否为产品通用名称问题。3、原审判决确定的赔偿数额是否适当的问题。

一、关于原审判决是否违反法定审理程序的问题。菊乐公司上诉认为原审判决在审理程序上存在三个问题，一是认为原审法院受理黑牛公司当庭增加、变更的诉讼请求不当；二是认为原审法院隐瞒菊乐公司民事答辩状和该公司提交的2008、2009年的财务报告等；三是认为原审法院将未经当事人质证的成都市国税局和成都红旗连锁股份有限公司出具的证明材料作为证据使用不当。首先，关于黑牛公司增加、变更诉讼请求问题，双方当事人均承认，2010年12月15日，黑牛公司在本案一审庭审开庭时，将原诉讼请求第二项变更为“两被告赔偿因其侵权行为给黑牛公司造成的经济损失1000万元以及黑牛公司为本案支付的合理费用357046元”，也就是将赔偿额从500万元增加到1000万元，合理费用从32484元增加到357046元。根据我国民事诉讼法规定，当事人可以在法庭上提出新证据，可以增加或者变更诉讼请求，也可以提起反诉。故黑牛公司庭审时变更诉讼请求、原审法院同意黑牛公司变更诉讼请求并不违反法律规定。本案中菊乐公司当庭

要求原审法院指定一定的答辩期限，原审法院也予以同意。经查，菊乐公司针对黑牛公司变更后的诉讼请求，于2011年1月12日向原审法院提交了补充民事答辩状，就黑牛公司变更赔偿数额和合理费用问题进行了答辩。因此，菊乐公司上诉认为原审法院同意黑牛公司变更诉讼请求，没有给菊乐公司合理的答辩期限，没有事实和法律依据，本院不予采纳。其次，关于菊乐公司上诉提出原审法院隐瞒菊乐公司民事答辩状和该公司提交的2008、2009年的财务报告等问题。经查，在菊乐公司向原审法院提交补充答辩状和2008、2009年的财务报告等材料后，原审法院并没有隐瞒该证据，而且将这些证据交由对方当事人进行了质证，黑牛公司还于2011年1月20日向原审法院递交了关于菊乐公司于2011年1月12日补充提交证据的质证意见。因此，菊乐公司上诉认为原审法院隐瞒该公司提交的证据，与事实不符，本院不予采信。另外，关于菊乐公司上诉提出原审法院将未经当事人质证的成都市国税局和成都红旗连锁股份有限公司出具的证明材料作为证据使用的问题。菊乐公司在上诉状中明确表示，原审法院将前述两份证据传真给了该公司让其质证，而且事实上，菊乐公司已经对前述证据进行了质证，并于2011年1月31日向原审法院递交了书面质证意见，明确表示对该两份证据的真实性与合法性没有异议，但对该两份证据与本案的关联性持有异议。黑牛公司也对前述两份证据进行了质证，并于2011年1月20日向原审法院提交了书面质证意见。可见，前述证据已经双方当事人质证，菊乐公司认为前述证据没有经过质证，与事实不符，本院不予采信。原审法院在本案一审判决书中没有对前述部分

证据的提交情况、证据内容以及质证情况予以表述，从而导致菊乐公司误解欠妥，但审理程序上并无不当。因此，菊乐公司上诉认为原审判决在审理程序上违反法律规定，依据不足，本院不予支持。

二、关于原审判决认定事实是否正确的问题。菊乐公司上诉认为原审判决认定该公司的行为侵犯黑牛公司的商标权和企业名称权不当，该公司的行为没有侵犯黑牛公司的商标权和企业名称权，而且“黑牛奶”是商品的通用名称。菊乐公司的理由是，“菊乐黑·牛奶”与黑牛公司的“黑牛”商标含义不同、读音不同、整体外形不同，不会导致公众误认，而且菊乐公司使用“菊乐黑·牛奶”属于描述性使用，黑牛公司无权禁止他人正当使用；中国乳制品工业协会出具的证明以及根据最高法院相关司法解释的精神和我国部分判例，均可以认定“黑牛奶”是商品的通用名称，菊乐公司使用“菊乐黑·牛奶”也不侵犯黑牛公司企业名称权。

本院认为，首先，黑牛公司是本案所涉“黑牛”商标的专用权人和“黑牛食品股份有限公司”的企业名称权人，其商标专用权和企业名称权应当依法予以保护。本案证据显示，黑牛公司通过自己申请注册或者受让的方式取得八个“黑牛”商标，其中包括五个艺术体“黑牛”文字商标、两个楷体“黑牛”文字商标和一个黑体“黑牛”文字与拼音组合商标，这些商标均在合法有效的保护期间内。核定使用的商品包括第29类、30类、32类，具体而言，包括牛奶、牛奶制品、牛奶饮料、豆奶粉、咖啡、麦乳精、豆粉、豆浆精、豆奶粉啤酒、无酒精饮料、水(饮料)、豆奶、奶茶、植物饮料、咖啡饮料、可可饮料、

啤酒、不含酒精饮料、果汁饮料、植物蛋白饮料、蛋粉、牛奶、奶茶、食用油、植物蛋白等。根据我国商标法第三条和第五十一条的规定，商标注册人享有商标专用权，受法律保护。注册商标专用权，以核准注册的商标和核定使用的商品为限。因此，黑牛公司的前述注册商标应当依法予以保护。同时，黑牛公司依法取得了“黑牛食品股份有限公司”的企业名称，根据我国企业名称登记管理规定第三条规定，企业名称经核准登记注册后方可使用，在规定的范围内享有专用权。因此，黑牛公司的企业名称亦应依法予以保护。

其次，菊乐公司在牛奶饮料的包装上突出使用了“黑·牛奶”字样。双方当事人均认可，菊乐公司生产并销售了标有“黑·牛奶”字样的牛奶饮料，具体使用形态是：被控产品独立小包装正面为白底，左上角有红底白字“菊乐”商标，上半部分中央为竖列“黑·牛奶”字样，字体较大，两边由两条麦穗图案环绕成圆形，两条麦穗图案于“黑·牛奶”字样底部交叉，交叉处有“Jule Hei Niu Nai”字样，在两条麦穗中间各有“菊”、“乐”字样，包装正面中间部分标有字体较小的“黑米黑豆黑芝麻”等字样，下半部分为一圆形图案，在该圆形图案上有扁长方框，方框中标有字体较小的“纯牛奶+黑色谷物、豆类”字样；被控产品的大包装箱除在侧面印有上述竖列“黑·牛奶”字样外，在上面、正面均印有横向排列的“黑·牛奶”字样。菊乐公司上诉提出该公司使用的是“菊乐黑·牛奶”字样，从本案被控侵权产品的包装上看，无论是单独的小包装还是大包装，均没有横排或者是竖排“菊乐黑·牛奶”字样，事实上，如前所述，“菊乐”二

字作为菊乐公司的商标，是标注在产品的左上角或者图案当中，与“黑·牛奶”字样分别标注在不同的位置，而且字体颜色和大小也不相同。因此，菊乐公司上诉称该公司使用的是“菊乐黑·牛奶”标识，与事实不符。而且该公司在此基础上认为“菊乐黑·牛奶”与黑牛公司的“黑牛”商标含义不同、读音不同、整体外形不同，不会导致公众误认，显然是比对对象的错误。根据本案证据，应当认定菊乐公司在牛奶饮料的包装上突出使用了“黑·牛奶”字样。

第三，关于菊乐公司在牛奶饮料上使用“黑·牛奶”字样是否属于合理使用问题。菊乐公司的主要理由是“黑牛奶”是产品的通用名称，而且属于对商品正当的描述性使用，故上诉认为黑牛公司无权禁止菊乐公司在牛奶饮料上使用“黑·牛奶”字样。根据我国商标法实施条例第四十九条规定：“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，或者含有地名，注册商标专用权人无权禁止他人正常使用。”在本案中，黑牛公司的注册商标是“黑牛”文字，目前并没有任何证据表明“黑牛”是牛奶或者饮料类商品的通用名称，“黑牛”二字也没有直接表示牛奶或者饮料类商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点，或者含有地名。而且“黑牛”文字能够在第29类、30类、32类商品上获得注册的事实，已经充分说明“黑牛”标志并非商标法规定的不得注册的情形，即“黑牛”不是某一类商品的通用名称，也没有直接表示商品的质量、主要原料等。因此，鉴于“黑牛”商标并不包含上述规定中可以被合理使用的情形，

菊乐公司在牛奶饮料上使用“黑·牛奶”字样不属于我国商标法实施条例中规定的合理使用情形。

至于“黑牛奶”是否属于商品通用名称问题。菊乐公司向法院提交了2010年11月23日中国乳制品工业协会出具《关于“黑牛乳(奶)”产品的说明》和国内部分厂家在牛奶饮料上使用“黑牛乳(奶)”名称的证据，菊乐公司据此认为“黑牛奶”是一种牛奶饮料的通用名称。中国乳制品工业协会出具的证明中认为，“近些年，随着乳制品产品的发展，企业不断进行产品创新，新产品不断涌现。如一种以牛乳为主要原料，添加黑米、黑豆、黑芝麻等辅料制成的调制乳，由于所用辅料为黑色的植物籽实，故被称为‘黑牛乳(奶)’；……所谓‘黑牛乳(奶)’、‘红牛乳(奶)’是一种习惯称谓，是根据产品颜色进行描述的一种称谓……”本院认为，商品的通用名称应当是国家标准、行业标准规定的或者约定俗成的商品的名称，包括全称、简称、缩写、俗称。在具体认定通用名称时，应当参考国家标准和行业标准、同行业经营者约定俗成普遍使用的情况、专业工具书或辞典等公开出版物的记载以及消费者的普遍认知情况进行综合考虑。最高人民法院法发(2010)12号《关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》中，就如何认定商品通用名称也规定：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。就“黑牛奶”是否属于商品通用名称问题，从菊乐公司提供的证据看，目前仅有中国乳制品工业协会出具的一份证明认为“黑牛乳(奶)、红牛乳(奶)是一种习惯称谓，是根据产品颜色进行描述的一种称谓”以及国内部分企业在牛奶饮料上使用了“黑牛奶”字样的情况。由于中国乳制品工业协会在本案诉讼中出具的证明，并不等同于国家标准或者行业标准，仅可作为本案证据参考使用，不能作为认定“黑牛奶”是否为某类商品通用名称的唯一证据。同样，菊乐公司所提供的国内其他企业使用黑牛奶的证据也只能作为本案证据参考使用。综合本案证据情况看，目前并没有法律规定或者国家标准、行业标准将“黑牛奶”规定或者认定为某类商品通用名称，也没有被专业工具书或者辞典将“黑牛奶”列为某类商品的名称，市场上的商品分类中也没有“黑牛奶”一类，更为重要的是，在牛奶或者牛奶饮料的相关消费群体中，尽管有企业将“黑牛奶”作为产品名称使用，但并没有达到相关公众普遍认为“黑牛奶”已经是约定俗成的一类商品的通用名称的程度，故不能以市场上有部分企业将“黑牛奶”作为产品名称使用为据，就认定相关公众已经普遍认为“黑牛奶”是某一类产品的通用名称。因此，菊乐公司上诉认为“黑牛奶”是商品的通用名称，该公司的使用行为是对商品正当的描述性使用，证据不充分，本院不予采纳。

第四，关于菊乐公司在牛奶饮料上使用“黑·牛奶”字样是否构成侵权的问题。本案中“黑牛”文字既是黑牛公司的注册商标，又是黑牛公司企业名称“黑牛股份有限公司”的核心字号。根据我国

商标法和企业名称管理规定，该公司的商标和企业名称均应当依法予以保护。如前所述，“黑牛奶”不属于某类商品的通用名称，菊乐公司在牛奶饮料上使用“黑·牛奶”字样也不属于对“黑牛”商标的合理使用。因此，菊乐公司在牛奶饮料上使用“黑·牛奶”字样没有合理合法的依据。鉴于黑牛公司的“黑牛”商标具有较高的知名度，且其中第3731650号黑牛商标曾被评为“广东省著名商标”，被中国食品工业协会推荐为驰名商标，黑牛公司的产品在全国范围内广泛销售，并进行了大量的长期的广告宣传，黑牛公司系上市公司，在广东、安徽、陕西、辽宁等省均有子公司，其产品在全国各地包括菊乐公司所在地进行大量销售，且该公司的商标与核心字号是相同的，故应当认定“黑牛”商标以及黑牛公司的企业名称均具有较高的显著性和知名度。根据我国商标法及其实施条例规定，在同一种或者类似商品上，将与他人注册商标相同或者近似的标志作为商品名称或者商品包装使用，误导公众的，属于商标侵权行为。根据我国企业名称管理规定和反不正当竞争法规定，企业名称专用权应当予以保护，擅自使用他人企业名称或者姓名，引人误认为是他人商品的行为，构成不正当竞争。菊乐公司在牛奶饮料上突出使用“黑·牛奶”字样，违反了前述规定，构成对黑牛公司商标专用权和企业名称权的侵犯。菊乐公司上诉认为其行为不构成侵权，没有事实和法律依据。综上，菊乐公司认为原审判决认定事实错误，理据不足，本院不予采纳。

三、关于原审判决确定的赔偿数额是否适当的问题。根据我国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。本案中，由于黑牛公司未能举证证明该公司因被侵权所受到的实际损失，该公司向原审法院申请证据保全，要求保全菊乐公司的财务资料并以菊乐公司的侵权获利作为赔偿数额，符合法律规定。本案中双方当事人提供的用于证明菊乐公司侵权获利的证据主要有：菊乐公司在本案诉讼期间向法院提交的该公司2008、2009、2010年的年度财务审计报告，认为该公司的净利润率为3%左右。黑牛公司提供的光明乳业股份有限公司、内蒙古伊利实业集团股份有限公司、广西皇氏甲天下乳业股份有限公司的年度报告，认为乳制品行业平均毛利润为30%左右。原审法院调查取证获得两份材料，一份是成都市国家税务局的证明，一份是成都红旗连锁股份有限公司的证明。鉴于双方当事人对法院调查取得的证据的真实性与合法性没有异议，故根据成都市国家税务局的证明可以确定从2007年至2010年菊乐公司申报增值税应税销售收入约为174189万元。原审法院根据菊乐公司法定代表人2008年童恩文发言中所提到公司的品种已达40多种予以分摊得出单品的销售额，再以黑牛奶有蔗糖无蔗糖两个品种计算得出黑牛奶的销售金额约为7669万元左右，也并无不当。双方当事人对菊乐公司的销售额也并无争议，争议的焦点在于利润率究竟是多少。黑牛公司没有提供证据证明菊乐公司的利润率，但提供了光明乳业股份有限公司、内蒙古伊利实业集团股份有限公司、广西皇氏甲天下乳业股份有限公司的利润率，这些公司的平均毛利率约为30%，并主张按此计算。菊乐公司则以该公司

提供的2008、2009、2010年财务审计报告为依据，认为该公司的纯利润率为3%左右，主张利润应当以此为依据计算。原审法院参考光明乳业股份有限公司、内蒙古伊利实业集团股份有限公司、广西皇氏甲天下乳业股份有限公司的毛利率推算出菊乐公司获利约3110万元。原审法院还认为，即使以菊乐公司销售品种达到七十个计算，获利也约为1776万元。本院经审查，光明乳业股份有限公司、内蒙古伊利实业集团股份有限公司、广西皇氏甲天下乳业股份有限公司的年度报告中的利润率的计算方法是，营业收入减去营业成本，得出毛利润，然后除以营业收入作为毛利率。菊乐公司提供的该公司的审计报告计算纯利润的方式是，营业收入减去营业成本、营业费用、管理费用、税金、财务费用等得出净利润，并以此计算利润率。本院认为，我国现行商标法及实施条例和最高人民法院司法解释均没有明确以毛利润或者纯利润作为商标侵权获利。目前可供参考的是国家工商行政管理局《关于商标行政执法中若干问题的意见》以及最高人民法院《关于侵犯商标专用权如何计算损失赔偿额和侵权期间的批复》，前述意见中提出侵权人侵权期间因侵权所获得的利润，一般是指销售收入减去成本及应缴纳的税金。前述批复中认为侵权所获得的利润是指除成本和税金以外的所有利润，因此，本案无论以黑牛公司或者菊乐公司所主张的利润计算方式，均与该意见和批复的计算方法不同。鉴于菊乐公司所主张的纯利润率是该公司所有生产经营活动的纯利润率，并非本案被控产品的利润率，不能确切反应被控产品的实际利润，而乳制品行业中其他企业的年度报告中的毛利润的计算并没有减去税金，故也

不能准确反应被控产品的实际利润。在此情况下，原审法院以双方当事人无争议的被控产品的销售数额7669万元为基础，参照各方关于利润率的计算意见，综合考虑菊乐公司的规模大、侵权时间较长、销售网络遍及全国二十多个省市自治区以及目前证据无法准确计算菊乐公司侵权产品的利润的实际情况，确定赔偿额为1000万元，并无明显不当。关于合理费用问题，黑牛公司主张其为制止侵权行为支付了合理费用357046元，原审法院考虑到其中部分调查取证费难以确认，酌情确定合理费用20万元也无不当。菊乐公司上诉认为原审判决确定的赔偿数额及合理费用不当，没有充分的事实和法律依据，本院不予支持。

综上所述，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，应当予以维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(一)项规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

本案二审案件受理费人民币78943元，由上诉人四川菊乐食品有限公司负担。

本判决为终审判决。

审判长

审判员

代理审判员

二〇一一年六月一日

书记员