

四川省高级人民法院

民事判决书

(2019)川知民终154号

上诉人(原审原告):四川好医生药业集团有限公司,住所地四川省绵阳市安州工业园区。

法定代表人:耿福昌,总经理。

委托诉讼代理人:罗铭君,北京德恒律师事务所律师。

委托诉讼代理人:杜诗仲,北京德恒(成都)律师事务所律师。

上诉人(原审被告):平安健康互联网股份有限公司,住所地广东省深圳市前海深港合作区前湾一路1号A栋201室。

法定代表人:秦戩。

委托诉讼代理人:杨和平,北京中伦(成都)律师事务所律师。

委托诉讼代理人:张毅,北京中伦(成都)律师事务所律师。

上诉人四川好医生药业集团有限公司(以下简称好医生公

司)、上诉人平安健康互联网股份有限公司(以下简称平安公司)因侵害商标权纠纷一案,不服四川省成都市中级人民法院(2018)川01民初1608号民事判决,向本院提起上诉。本院于2019年5月24日受理后,依法组成合议庭,于2019年7月12日对本案进行了公开开庭审理。好医生公司的委托诉讼代理人罗铭君、杜诗仲,平安公司的委托诉讼代理人杨和平、张毅到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

好医生公司上诉请求:1.请求依法纠正四川省成都市中级人民法院(2018)川01民初1608号民事判决第一项,在认定第1908463号“**好医生**”注册商标(以下简称涉案商标)为驰名商标的基础上予以保护,并判令平安公司立即停止标志使用“平安好医生”“好医生”“好医生来了”等侵犯好医生公司注册商标专用权的行为。2.依法撤销四川省成都市中级人民法院(2018)川01民初1608号民事判决第二项,判令平安公司赔偿经济损失及合理开支9000万元。3.判令平安公司承担本案一、二审诉讼费用。事实和理由:一、应根据《中华人民共和国商标法》及相关司法解释认定涉案商标为驰名商标予以保护。涉案商标自2002年9月21日核准注册以来,持续在人用药等商品上使用,并持续进行了广告宣传,获得了众多的荣誉,2010年被国家工商行政管理总局商标评审委员会(以下简称商评委)认定为驰名商标,该商标已具备《中华人民共和国商标法》规定的认定为驰名商标的条件。被上诉人是在涉案商标已经具有被认定为驰名商标的记录

之后进行申请的，并在已经使用了“平安健康”的情况下进行更名，且在经营过程中不断突出使用“好医生”，具有明显的主观恶意。被上诉人突出使用“好医生”或“平安好医生”商业标识的行为，仍然是模仿上诉人驰名商标，并构成侵犯商标权。依照《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》第十一条的规定，应被禁止。二、一审判决对被上诉人突出使用的“好医生来了”商业标识和名称是否构成侵权的问题表述不清，应当依法予以纠正。一审判决将“好医生来了”归在“相关宣传和报道”之中，然而“好医生来了”事实上是中国平安保险（集团）股份有限公司（以下简称平安集团）旗下平安好医生推出的2017年国内首档大型健康科普节目，其播出渠道又仅限于“平安好医生APP”，就节目本身而言，属于第41类，因此，在解决该行为是否构成侵权时，也需要对是否构成驰名商标的事实问题进行认定。平安公司使用“好医生来了”构成侵害涉案商标专用权的行为之一。但一审判决并未清晰界定该行为是否构成侵权，构成何种侵权，且将其归于“宣传和报道”存在错误，应予以纠正。三、被上诉人因为侵权行为客观上已经大量获利，一审判决赔偿300万元过低，不利于实现权利人的权利保护。

平安公司辩称，第一，本案好医生公司主张的涉案商标是第5类，而平安公司使用的是第35类、44类的“平安好医生及图”注册商标，与涉案商标不相同不近似，不会出现混淆误认，不构

成侵权。第二，“好医生来了”文章是第三方发布，不是平安公司实施的行为，且不是商标性的使用行为。第三，平安公司不构成侵权，不应该承担赔偿责任。本案好医生公司没有损失，而平安公司却处于亏损状态。一审判赔 300 万元金额极高。

平安公司上诉请求：1. 撤销四川省成都市中级人民法院作出的（2018）川 01 民初 1608 号民事判决，依法将本案发回重审或查清事实后依法改判驳回好医生公司的全部诉讼请求。2. 一、二审诉讼费用由好医生公司承担。事实和理由：一、一审审理程序错误，损害了平安公司合法权益。好医生公司多次向一审法院提交大量证据，一审法院开庭前组织了三次证据交换，由于证据量过大，导致平安公司虽在庭外多次核实证据，但仍有大量证据原件未能核对，无法对证据三性发表意见，明显程序错误。二、一审判决部分事实认定错误，部分事实认定不清，证据不足。（一）一审判决认定的好医生公司知名度部分事实认定错误，证据不足。1. 平安公司对好医生公司提交的大量有关审计报告附件的证据材料真实性没有核实，没有发表质证意见。一审判决以此作为定案依据认定好医生公司的宣传推广支出和收入情况，以及认定好医生公司的知名度，属于事实认定错误。2. 一审判决认定好医生公司对“好医生”的宣传情况认定错误。一审判决认定的宣传签约主体均不是本案好医生公司，好医生公司也没有举证证明其与签约主体之间的关系、协议的履行情况、以及宣传推广的是涉案商标。3. 一审判决认定事实与本案无关。一审判决第六页认定了安

县工商行政管理局出具的《好医生注册商标使用证明》，但该证明所提及的商标并非涉案商标。4. 一审判决认定的所获荣誉的事实错误。入选“第二次中药饮片诚信品牌”的主体是四川佳能达攀西药业有限公司（以下简称佳能达公司），获得“好医生牌康复新液、抗感颗粒（儿童装）四川名牌称号”的主体应该是四川好医生攀西药业有限责任公司。5. 一审判决认定好医生公司所举证据足以证明“好医生”商标有较高知名度的事实错误。从一审判决认定的荣誉情况看，大部分是企业获得的荣誉，且大部分是四川省内的荣誉，不能证明涉案商标的知名度，即使是企业的知名度也是有限的。（二）一审判决对平安公司在官网显著位置标注“平安好医生”字样，在手机APP“自营药房”栏目显著位置，“健康商城”板块中部分代售商品下方标注“好医生自营药房”及“平安好医生自营药房”字样，并在手机APP、健康手环、问诊卡的商品名称中冠以“平安好医生”或者“好医生”字样等情形是《中华人民共和国商标法》意义上标志性使用行为，以及对这些行为的其他相关认定错误。平安公司没有将“平安好医生”或者“好医生”使用在任何商品上，而是使用在了自己的服务上，并且是经合法授权的“平安好医生及图”注册商标。另外，就使用“平安好医生”文字部分，是上诉人使用“平安好医生及图”商标的呼叫部分，符合商业惯例和商业习惯。再次，在整个APP及进入APP之后的功能板块中，平安公司使用“平安好医生”或“好医生”字体基本与其他字体大小一样，是描述性或说明性的介绍

平安公司服务特色或内容，不属于商标性使用。（三）一审判决认定平安公司标志性使用“平安好医生”“好医生”字样的行为构成商标侵权，属于事实认定错误，适用法律错误。“平安好医生”商标与“好医生”商标不构成近似，且好医生公司的第五类药品与平安公司 APP 提供的服务不类似，相关公众不会产生混淆。（四）一审判决平安公司承担 300 万元赔偿和登报消除影响的民事责任，没有事实和法律依据。三、一审判决适用法律错误。一审判决错误适用了《中华人民共和国商标法》第五十七条第二项，《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》第十一条第三款和《中华人民共和国侵权责任法》第十五条。综上，一审法院审理程序错误，事实认定不清，法律适用不当。

好医生公司辩称，平安公司的上诉请求不成立，请求依法驳回。一、平安公司认为一审审理程序错误，损害其合法权益的上诉观点不成立。一审法院认为本案商标侵权纠纷不需要进行驰名商标认定，证据质证是司法审查的一部分，对好医生公司提交的驰名商标认定的证据也就没有质证审查的必要。二、平安公司认为，一审判决对证明好医生公司知名度的部分事实认定错误，证据不足，该上诉观点不能成立。平安公司认为好医生公司提供的《媒体广告及业务推广费用情况专项审计报告》的附件即好医生公司申请驰名商标认定的证据未质证，一审判决直接引用该项审计报告的数字存在事实认定错误的观点不成立。首先，上述审计报告是经过一审质证的。其次，平安公司尽管对上述审计报告的

关联性和证明目的不认可，但未提供直接证据证明该项审计报告是虚假的、伪造的、不合法的，未就证据的真实性予以否认。而法院有权独立对证据的真实性、关联性、合法性进行审查和判断。

三、平安公司认为，一审判决对“好医生”宣传情况的相关事实认定错误，该上诉观点不成立。好医生公司下属近 30 余家关联公司，关联公司对“好医生”商标品牌的使用是合理、合法的，一审中好医生公司已提供集团企业名单。好医生公司的关联公司就“好医生”品牌获得的荣誉，并将其作为好医生公司用于宣传使用并无不妥。

四、平安公司认为其并无在商品上使用“平安好医生”或“好医生”等标志的行为，与事实不符。首先，平安公司已确认其在“平安好医生 APP”及其服务上使用了“平安好医生”“好医生”等标志。其次，“平安好医生 APP”在安卓和苹果手机软件平台下载，其表现形式为“软件商品”；而其在京东商城等平台售卖的“平安好医生”问诊卡，无论作为实体卡还是虚拟卡，显然也是商品。“平安好医生 APP”及问诊卡等，经过下载购买、开卡后形成的是服务。无论在商品还是在服务上，平安公司都突出使用了“平安好医生”“好医生”标志，上述行为都是侵权。

五、平安公司认为，“好医生”商标显著性弱，因此其使用“平安好医生”“好医生”标志的行为不构成商标侵权的观点不能成立。首先，商标一旦获得注册，必然获得司法保护，而所谓“显著性”，也会随着商标权人的使用和商誉的积累愈加明确。其次，商标的“显著性”不是法定的商标不侵权抗辩理由。再次，即使从所谓的知

名度来讲，“平安”作为商标的知名度，主要体现在金融保险行业；相关公众并未将“平安”与医药企业或医疗产业联系起来，“平安”二字在医疗行业中并不存在，也从未形成与平安集团或其旗下任何公司唯一指代性的联系。六、平安公司认为，“好医生”文字组合是“通用词汇”，因此其使用“平安好医生”或“好医生”标志的行为不构成商标侵权的观点是不成立的。“好医生”不是平安公司所认为的通用词汇。七、平安公司认为其使用“平安好医生”标志的行为已形成客观市场格局，该观点没有事实依据，也不能成立。综上所述，一审判决认定事实清楚，适用法律正确，平安公司的全部上诉理由没有事实或法律基础，应予以驳回。

好医生公司向四川省成都市中级人民法院起诉请求：1. 认定第 1908463 号“**好医生**”注册商标为驰名商标，判令平安公司立即停止侵害涉案商标权及擅自使用好医生公司名称的不正当竞争行为；2. 判令平安公司赔偿好医生公司经济损失及合理开支 9000 万元；3. 判令平安公司在其官网及《中国消费者报》刊登声明，以消除影响。

一审法院审理查明：

一、好医生公司相关情况

（一）主体

1998 年 12 月 18 日，好医生公司注册成立，经营范围包括保健食品、片剂、口服液等商品的生产、销售等。

（二）权利

2002年9月21日，涉案商标被核准注册在第5类“轻便药箱（已装药的）；人用药；食用植物纤维（非营养性）；药茶；医药用洗液；医用保健袋；医用生物制剂；医用营养品；医用营养食物；医用营养添加剂（商品截止）”商品上，注册号为第1908463号，权利人为佳能达公司。涉案商标被核准续展至2022年9月20日。

2004年10月21日，好医生公司继受取得涉案商标权。

庭审中，好医生公司追加主张第1951785号“好医生”图文商标（以下简称涉案商标二）和第6834054号“好医生”图文商标（以下简称涉案商标三）被侵害。

涉案商标二被核定使用在第35类“推销（替他人）”服务上，注册时间为2003年2月14日，注册人为好医生公司。

涉案商标三被核定使用在第9类“电子计分器、测速仪（照相）”等商品上，注册时间为2010年7月14日，注册人为好医生公司。

（三）知名度

1. 宣传情况

2002年8月29日，佳能达公司在重庆市的“231#”“372#”“601#”“403#”路公交车的车身上投放“好医生”品牌商品的广告。

2005年10月26日，四川星动力广告传媒有限公司与国家广播电影电视总局电影卫星频道节目制作中心广告部分别作为甲

方、乙方签订《电影频道广告播放协议书》，约定：在2005年11月2日至2005年11月30日期间，甲方就客户佳能达公司的“桑姜感冒片”商品向乙方投放15次、长度为5秒的广告，金额为282450元。

2005年10月31日，四川好医生攀西药业有限责任公司与四川星动力广告传媒有限公司分别作为甲方、乙方签订《广告发布委托合同》，约定：2005年11月1日至2006年4月30日，甲方委托乙方在“CCTV-6《晚间套》《导视套》、CCTV-1、CCTV-新闻频道《新闻30分》”发布时长为5秒的产品广告。

2006年2月，北京中天星河经济信息咨询有限公司发布“好医生”品牌的《移动媒体监测报告》，其上载明：成都市“24”“4”路部分公交车的车身上被投放了“好医生”品牌商品的广告。

2009年4月27日、2009年5月12日，四川好医生制药有限公司与成都媒体伯乐公交广告有限公司签订《发布合同》，约定在12个月的期限内，前者就“好医生”品牌的商品向成都市的“52”“58”“99”“11”“59”“77”路的部分大巴车上投放广告，金额共计425000元。

2009年，四川好医生攀西药业有限责任公司与健康报社签订为期11个月的广告投放合同，金额共计448500元。

2010年10月18日，商评委作出商评字〔2010〕第28873号争议裁定书，其上载明：“好医生商标已经为全国范围内的消费者所熟知，可以认定引证商标二为人用药商品上的驰名商标”；引证

商标二即涉案商标。

2010年12月16日,《中国中医药报》在其首页右上角登载了“好医生”牌“桑姜感冒胶囊”的广告。

2015年2月4日,安县工商行政管理局出具《“好医生”注册商标使用证明》,其上载明:“‘好医生’商标为四川好医生药业集团有限公司的注册商标,该注册商标于2000年2月21日-2010年2月20日注册,又于2010年2月21日-2020年2月20日续展,且该企业已连续使用该注册商标15年”。

2018年8月23日,四川兴瑞会计师事务所有限责任公司(以下简称兴瑞公司)出具《媒体广告及业务推广费用支出项目专项审计报告》,其中载明:“我们接受委托,对四川好医生药业集团有限公司等按照《中华人民共和国商标法》律法规的相关规定编制的2010年度至2015年度媒体广告及业务推广费用支出情况表进行了专项审计”“2010-2015年媒体广告及业务推广费用总体情况如下:……总计:1212671193.24元”。

同日,兴瑞公司出具《2014-2016年的媒体广告及业务推广费用情况专项审计报告》,其中载明:“我们审计了后附的四川好医生药业集团有限公司(以下简称‘贵公司’)等13家关联公司关于‘好医生’品牌在2014-2016年的媒体广告及业务推广费用情况”“2014-2016年媒体广告及业务推广费……总计:868741936.58元”。

2018年9月19日,兴瑞公司出具《专项审计报告》,其中载

明：“我们审计了后附的四川好医生药业集团有限公司（以下简称‘贵公司’）等 12 家关联公司关于‘好医生’品牌在 2017-2018 年 6 月的媒体广告及业务推广费用情况”“2017-2018.6 媒体广告及业务推广费……总计：565991524.76 元”。

2. 产品销售情况

2018 年 8 月 23 日，兴瑞公司出具《好医生药业集团有限公司 2014-2016 年的收入专项审计报告》，其中载明：“我们审计了后附的四川好医生药业集团有限公司（以下简称‘贵公司’）等 18 家关联公司 2014-2016 年的收入情况”“2014-2016 年收入情况表……总计：14834298574.89 元”。

2018 年 9 月 19 日，兴瑞公司出具《专项审计报告》，其中载明：“我们审计了后附的四川好医生药业集团有限公司（以下简称‘贵公司’）等 20 家关联公司 2017-2018.6 的收入情况”“2017-2018.6 收入情况表……合计：3296371879.73 元”。

3. 所获荣誉

2002 年 12 月，中国市场调查研究中心就“好医生”品牌颁发“中国著名品牌”证书。

2006 年 11 月，《当代经理人》杂志社向好医生公司颁发“2006 年中国成长百强 最具公信力品牌奖”及“2006 年中国成长百强第三十二名”奖项。

2008 年 9 月 21 日，中国医药企业管理协会、人民日报社网络中心向好医生公司颁发“2008 中国医药企业 企业社会责任贡

献奖”证书。

2008年9月，四川省质量技术监督局向好医生公司授予A级《质量信用等级证书》。

2010年4月，中国经济报刊协会、名牌时报社等机构向好医生公司颁发“中国骄傲·第10届中国时代十大品牌企业”荣誉证书。

2010年8月，中国医药协会、中国医疗卫生事业发展促进会等单位向好医生公司颁发“中国制药行业 百强影响力品牌企业”证书。

2011年11月，中国中药协会、中国医药商业协会等单位向好医生公司颁发“中药行业企业百强”荣誉证书。

2013年11月，中国中药协会中药饮片专业委员会认定好医生公司“入选第二次中药饮片诚信品牌”。

2013年12月，好医生公司的“桑姜感冒胶囊”等五种产品被列入“2013年四川省地方名优产品推荐目录”。

2014年5月，国家食品药品监督管理总局等单位向好医生公司颁发“2013年度中国制药工业百强名列第49位”荣誉证书。

2014年12月，四川省质量协会、四川用户委员会向好医生公司颁发“2014年四川省实施用户满意工程先进单位”荣誉证书。

2014年，四川省人民政府授予好医生公司“好医生牌桑姜感冒胶囊”“好医生牌康复新液、抗感颗粒（儿童装）”“四川名牌产品称号”。

2016年5月，中华全国工商业联合会医药业商会向好医生公司颁发“中国医药制造业百强企业”荣誉证书。

2016年11月，中共四川省委办公厅、四川省人民政府办公厅授予好医生公司“优秀民营企业”称号。


2017年12月，四川省质量协会、四川用户委员会就“好医生牌小儿解表颗粒”向好医生公司颁发“四川省用户满意产品”荣誉证书，并将好医生公司评为“四川省用户满意企业”。

2018年1月，川商杂志社、川商全国理事会就“好医生”颁发“2017卓越川商品牌奖”。

2018年8月，好医生公司在2018年（第35届）全国医药工业信息年会上被评为“2017年度中国医药工业百强企业第71名”。

二、被控行为

2018年4月23日，在四川省成都市律政公证处的见证下，好医生公司的代理人王桃利用公证处的电脑进行网页浏览、页面打印等操作。公证处就此出具了（2018）川律公证内民字第24983号《公证书》。

《公证书》所附网页打印件显示：1. 网址为“www.jk.cn”的网站首页左上方标注有“ 平安好医生”图文标识（以下简称被控标识），顶部正中位置标注有“平安好医生-在线健康咨询及健康管理”字样；网站“公司简介”页面左上角标注有被控标识，顶部正中位置标注有“公司简介-平安好医生”字样；网页下方载明“版权所有©平安健康互联网股份有限公司”；2. 在百度搜索栏

中输入“平安好医生”字样后，得到“平安好医生 百度百科”“平安好医生的最新相关信息”“平安好医生 5月4日挂牌 港股迎来今年首家‘独角兽’ 港股”等搜索结果；点击“平安好医生 百度百科”链接，得到“平安好医生”词条内容，即“平安好医生，原名平安健康管家。是在线健康咨询及健康管理 app，由平安健康推出”“2015年4月21日，中国平安今日宣布上线互联网健康管理产品‘平安好医生’”及被控标识；3. 在百度搜索栏中输入“平安健康管家 APP 上线公测”字样后，得到“平安健康管家 APP 上线公测 儿科名医鲍一笑免费在线咨询”“平安好医生 APP 下载”等搜索结果；点击“平安健康管家 APP 上线公测 儿科名医鲍一笑免费在线咨询”链接，得到相关文章内容，即“平安健康管家，是中国平安集团旗下成员平安健康推出的在线健康咨询 APP，已经上架各大手机应用商店，目前正在公测，健康管家问诊大厅已开设外科、内科、儿科等数 10 个科室，近百位平安自聘专职医生实时解答，用户免费咨询，不出家门就能看医生”。

2018年4月24日，在四川省成都市律政公证处的见证下，好医生公司的代理人钱强利用其手机进行“平安好医生 APP”的安装、浏览、截屏、打印等操作。公证处就此出具了（2018）川律公证内民字第 24984 号《公证书》。

《公证书》所附网页打印件显示，在手机“应用市场”中搜索“好医生”字样，得到“平安好医生 APP”的搜索结果，其安装界面显示的安装次数为 7742 万次、评论 8246 条；其应用详情

页面的“应用介绍”显示“好医生拥有近千名全职医学团队，在线开设妇产科、儿科、皮肤科、男科、骨科等22个科室；合作医院覆盖30多个省直辖市，3000余家医院，每天帮助近40万人解决问诊、挂号难题”，“专业医疗服务”包括“医生咨询”“专家问诊”“在线挂号”“预约体检”“口腔/眼科护理”等项目，“一站式购药体验”包括“在线购药——常用药、专科药一应俱全，专业药师实时提供用药咨询”“健康商城——保健品、药妆、运动用品、体检卡、洁牙卡等五万多款商品送货上门，平安质保，假一赔十，帮用户一站式购健康闪电购药——全国14城市支持1小时闪电送药服务，超时赔付。更有b2c药品支持全国闪电发货”，“随身健康锦囊”包括“步步夺金”“健康直播”“健康管家”“健康工具”等项目，“同开发者的其他应用”包括“平安好医生村医版”“平安好医生极速版”“平安好医生医生版”“平安好医生APP”启动界面的正中位置标注有“-顶尖名医尽在-胡润·平安 中国好医生榜”字样，该字样由若干医生头像包围，界面右下角标注有被控标识；“平安好医生APP”登陆界面的中部偏上位置标注有被控标识；“平安好医生APP”健康首页的正上方横向排列了“快速问诊”“血压管理”“找名医”“闪电购药”四个项目，其正下方横向排列了“健康首页”“健康头条”“健康商城”“我的”四个板块；“平安好医生APP”的“健康商城”板块罗列了“全部分类”“中西药品”“运动居家”等项目，其中“好医生自营药房”页面的正中位置标注有“好医生自营 全场特惠”；在“健康商城”板块顶部搜

索栏中搜索“好医生”字样，得到“恒健 磺胺嘧啶银乳膏 40g 好医生自营药房”“999 感冒灵颗粒 10g*9 袋好医生自营药房”“好医生桑姜感冒片 36 片德生堂大药房”等搜索结果；点击前述“恒健 磺胺嘧啶银乳膏 40g 好医生自营药房”链接，进入该商品的详情界面，其中展现了商品图片、商品名称及规格、单价以及“在线咨询”“购物车”“加入购物车”“立即购买”等功能选项，并注明“本商品由好医生自营药房提供”。

根据（2018）川律公证内民字第 28352 号《公证书》的记载，在上述“健康商城”板块的搜索结果中，具体药品名称下方关于“好医生自营药房”“本商品由好医生自营药房提供”的标注在后来被分别修改为“平安好医生自营药房”“本商品由平安好医生自营药房提供”。在（2018）川律公证内民字第 29208 号、（2018）川律公证内民字第 63184 号《公证书》的记载中，“健康商城”的药品信息里又出现了“平安好医生官方旗舰店”“平安好医生大药房”的称谓。

根据（2018）川律公证内民字第 28355 号《公证书》的记载，“平安好医生 APP”进入后，其广告页面展示了名称为“好医生手环”的商品。

根据（2018）川律公证内民字第 33435 号《公证书》的记载，“京东网”的“平安好医生自营旗舰店”提供“平安好医生（GOOD DOCTOR）”问诊卡的销售。

根据（2018）川律公证内民字第 35308 号《公证书》的记载，


“App Store”上提供“平安好医生 APP”下载。


三、平安公司相关情况


(一) 主体


2014年8月20日，平安公司注册成立，经营范围包括健康管理、健康管理咨询、企业管理咨询、保健食品销售等。

(二) 权利

2016年9月21日，平安集团就“平安好医生”图文组合商标在第35类“为商品和服务的买卖双方提供在线市场”“药用、兽医用、卫生用制剂和医疗用品的零售或批发服务”等服务种类上获得授权，注册号为第17556160号（以下简称相关商标一）。



同日，平安集团就“平安好医生”图文组合商标在第35类“为商品和服务的买卖双方提供在线市场”“药用、兽医用、卫生用制剂和医疗用品的零售或批发服务”等服务种类上获得授权，注册号为第17556302号（以下简称相关商标二）。

同日，平安集团就“平安好医生”图文组合商标在第44类“医药咨询……远程医学服务……健康咨询……饮食营养指导”等服务种类上获得授权，注册号为第17554836号（以下简称相关商标三）。

同日，平安集团就“平安好医生”图文组合商标在第44类“医药咨询……远程医学服务……健康咨询……饮食营养指导”等服务种类上获得授权，注册号为第17554844号（以下简称相关商标四）。

2017年12月15日，平安集团出具《授权证明函》，将上述相关商标一、二、三、四在商标有效期内授权给平安公司使用。

（三）相关报道与宣传

庭审中，平安公司提供了有关为“”“ 平安好医生”标识在广告牌、电影院投放广告的图片，同时还提供了“sina 新浪新闻”“oppo”“21世纪药店”等单位为“平安好医生”颁发的“最具价值移动医疗平台 APP”“最受用户喜爱应用”“平台口碑奖”等奖状图片。

2015年12月，“中金在线”“A5创业网”“比特网”等平台相继发布了题为“平安好医生携手开元集团 企业版好医生正式起航”的文章。

2017年8月7日，“凤凰网”在其“互联网”板块发布了题为“平安好医生发布线上医疗健康科普直播栏目发力内容消费”的文章，其中载明：“平安好医生正式发布线上医疗健康科普直播栏目《好医生来了》。据介绍，平安好医生希望通过《好医生来了》为用户提供真正好看、有用的各类健康科普信息。该栏目第一阶段将重点围绕人体400多种常见疾病和健康问题，通过名医日播直播的方式向用户提供医疗健康科普服务”“平安好医生首席产品官吴宗逊表示：‘咨询问题是好医生历时3年多重资源布局的一大流量入口，随着好医生来了等健康直播、健康头条内容的丰富、开放，平安好医生将诞生医疗健康内容消费另一个行业现象级的流量产品’”“据介绍，《好医生来了》于8月7日19:00在平安好

医生 APP 中正式开播”。

2017 年 8 月 8 日，“搜狐网”在其“健康”板块发布了题为“好医生来了首个网上医疗健康专家科普直播开播”的文章，其中载明：“8 月 7 日 19:00，一档线上医疗健康科普直播节目《好医生来了》在平安好医生 APP 平台开播，分不同疾病和健康问题，每期邀请一位权威名医，向大众传播最具实用性、科学性、权威性和趣味性的医学知识。这是国内首个网上医疗健康科普日播栏目，100 多位专家将参与直播”“此前，平安好医生宣布完成了‘一站式健康医疗服务平台’的打造，构建了健康医疗内容入口、多元化医疗服务及医药电商的完整闭环。截至 2017 年 5 月，平安好医生注册用户数量已经突破 1.5 亿。平安好医生此举意在构建并完善内容消费、医疗服务、人工智能、药品交易、保险保障等移动医疗完整生态闭环”。

“人民网”于 2017 年 8 月 10 日发布了类似的文章。

2018 年 4 月 23 日，“搜狐网”在其“财经”板块发布题为“定了！平安好医生 5 月 4 日登陆港股 全球发售 1.6 亿股”的文章，载明：“由中国平安（601318.SH/02318.HK）分拆的平安健康医疗科技（业务主体为平安好医生）在香港召开了全球发售的新闻发布会。据了解，平安健康医疗科技将在 5 月 4 日上午九时在香港正式挂牌上市，股票代码为 1833.HK”“平安好医生成立于 2014 年 8 月，以医生资源为核心，利用移动互联网平台进行医患实时沟通，包括预防保健、导医初诊、预约挂号等诊前服务，以及复

诊随访、慢病管理、用药提醒等诊后服务；按业务线划分为家庭医生服务、消费型医疗、健康商城、健康管理及健康互动”“2017年营业收入为18.68亿元，同比增长210.6%；虽然营收连续增长，但好医生自成立以来却持续亏损，从2015年-2017年净利润分别亏损了3.24亿元、7.58亿元、10.02亿元”。

网址为“www.jk.cn”的“平安好医生”网站在其“新闻动态”栏目转发了一篇来源于“全景网”的文章，其上载明：“4月23日，平安集团旗下平安健康医疗科技有限公司（以下简称：平安好医生）在港正式招股”“资料显示，平安好医生是中国互联网医疗市场的先行者，以平均月活跃用户和日均在线问诊量计，是全国最大规模的互联网医疗平台。2018年春节，平安好医生的注册用户突破了2亿大关，平均月活跃用户超过3000万名，日均问诊量近40万次。从财务数据来看，在2015年、2016年及2017年，平安好医生分别收入2.79亿元、6.02亿元和18.68亿元，营收保持快速增长势头。平安好医生按业务线划分为家庭医生服务、消费型医疗、健康商城、健康管理及健康互动，2017年四大板块的营业收入占比分别为13.0%、35.0%、48.0%、4.0%”。同时，该网站在其“关于我们”栏目中注明：“截止到2016年6月，平安好医生注册用户超过8000万，日咨询量25万次，位列中国Top50最活跃App”。

“硅谷网”“新浪网”“云财经”“今日头条”“百度”等平台于2018年上半年相继发布了“IPO即将开启，富途证券看懂平安

好医生的前世今生”“分拆子公司赴港上市？平安确认好医生已进入上市流程”“撸了 11 遍招股书 平安好医生该这么玩”“富途证券：平安好医生成功通过港股上市聆讯 冲刺互联网医疗第一股”“平安好医生 5 月 4 日将赴港上市，成立 4 年连亏 3 年”“中国平安：好医生计划 5 月初在港交所挂牌上市”等多篇文章。

“平安银行网”“搜狐网”“中青在线网”等平台于 2018 年 1 月相继发布了“平安银行携手好医生落地快闪店”“创意营销新思路 平安银行携手好医生落地快闪店”等多篇文章。

2018 年 6 月 13 日，“中国平安”网发布了一篇题为“平安津村合资公司正式成立 致力提升中药研发与制药技术”的文章，其中载明：“近日，中国平安与日本津村共同设立的合资公司‘平安津村有限公司’（下称‘平安津村’）正式成立……目前，平安津村已经与平安集团旗下寿险、好医生、万家诊所等子公司全面对接开展合作”。

在（2018）川律公证内民字第 28351 号《公证书》保全的“平安好医生 APP”的宣传视频及“中国平安保险（集团）股份有限公司 2017 年年度业绩发布会”的视频中，介绍人出现了用“好医生”指称“平安好医生 APP”及相关服务的情况。

根据（2018）川律公证内民字第 63185 号《公证书》的记载，由“10691378516119652”发送的 13808096153 号码上的短信内容为：“【平安好医生】亲爱的，好医生喊你回来领金啦……”。

四、其他情况

2018年11月，北京尚普信息咨询有限公司出具一份《关于平安好医生及图商标市场调研分析报告》，其上载明：“受委托方（平安健康互联网股份有限公司）委托，我司对北京、上海、深圳、成都四座城市各300名，总共1200名普通市民进行线下问卷调研，了解‘平安好医生及图’注册商标与‘好医生’注册商标的知晓程度及‘平安好医生及图’注册商标与‘好医生’注册商标的相似度”“第三章 调查结果及分析……针对‘平安好医生’APP运营商和‘好医生’药品生产商是否属于同一公司调查，受访者中81.3%选择‘否，不同公司生产和运营的’，受访者中4.8%认为属于同一公司生产和运营”。

一审法院认为，本案中，好医生公司主张平安公司擅自在其网页、手机APP上标注“平安好医生”“好医生”图文标识，并将“平安好医生”“好医生”用作其企业简称及股票简称，构成侵害涉案商标权及企业名称权的行为，应承担停止侵权、赔偿损失等民事责任。平安公司则认为，无论是从标识还是服务上看，被控标识与涉案商标均差距甚远，不会导致市场混淆，同时平安公司系使用自己的注册商标，即便发生商标冲突，相关纠纷也应通过行政程序而非诉讼程序解决，因此，平安公司不应承担任何民事责任。一审法院认为，根据上述诉辩意见，要判断好医生公司的诉讼请求是否成立，需要对以下问题进行考察：

一、本案是否应通过行政程序解决


《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机关申请解决。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。”现有证据显示，相关商标一、二、三、四均获得注册，并已授权平安公司使用。根据上述规定，在上述商标未被行政程序撤销的情况下，平安公司有权完整、规范地对商标进行使用，他人不得妨碍。但是，好医生公司在本案中并非直接针对平安公司使用上述相关商标的行为提起诉讼，而是认为平安公司在其网页、手机 APP 等媒介上使用“平安好医生”“好医生”等标识的行为构成商标侵权及不正当竞争。因此，好医生公司所诉称的上述使用行为是否存在、使用的标识是否为完整的商标、使用的标识与涉案商标相比是否构成相同或近似等问题，在本案纠纷中均无法回避，只能在诉讼程序中一一进行考察、解决。

二、平安公司是否侵害涉案商标权




好医生公司主张，平安公司未经许可，在其网页、手机 APP 的下载界面上标注平安好医生图文标识，在 APP 的操作界面上使用“平安好医生”、“好医生”标识，构成对涉案商标权的侵害。

一审法院认为，依据现有证据，平安公司在其官网、手机 APP

启动及登录界面等位置上标注有被控标识，即“ 平安好医生”；同时，平安公司还在其官网的显著位置标注“平安好医生”字样，在其手机 APP “自营药房”栏目的显著位置、“健康商城”板块中部分待售药品下方标注“好医生自营药房”及“平安好医生自营药房”字样，并在手机 APP、健康手环、问诊卡的商品名称中冠以“好医生”或“平安好医生”字样。上述行为，均属于《中华人民共和国商标法》意义上的标志性使用行为，应纳入本案的审查范围。至于好医生公司在本案中所举示的新闻文章，虽然其系对平安公司及“平安好医生 APP”的报道，但主要源于有关新闻媒体，且其对“平安好医生”“好医生”等字样的使用行为属于叙述性使用，而非《中华人民共和国商标法》所要调整的标志性使用行为，不可能构成商标侵权，故不纳入是否侵权的评价范围。

（一）关于使用被控标识的行为是否构成侵权的问题

一审法院认为，根据现有证据，平安公司在商标有效期内获得了相关商标一、二、三、四的使用许可。同时，上述商标的核准注册日均为 2016 年 9 月 21 日，早于本案有关被控标识使用行为的公证取证时间。

从标识本身而言，平安公司被许可使用的相关商标中，一、四相同，为“ 平安好医生”；二、三相同，为“ 平安好医生”。四件相关商标均为图文搭配，并且其图案部分、文字部分完全相同。相对应的，平安公司所实际使用的被控标识，即“ 平安好医生”中，其增加了“要健康上平安好医生”的文字，但该字样较小，

并不醒目，其中也重复提及了“平安好医生”的内容，同时该被控标识完整的包含了与相关商标相同的图案部分、文字部分，相关商标的图文搭配的总体格局未被破坏，相关商标的显著特征得以保留。

从服务种类上看，现有证据显示，“平安好医生 APP”主要提供健康管理、医疗咨询、健康资讯、预约挂号、在线购药等服务，从普通健康信息推送到个人诊断信息获取，从线上疾病保健咨询到医疗辅助服务供给，由远至近、由表及里地为公众提供综合性、立体式的健康、医疗服务，核心在于疾病治疗、健康维护。从这个角度分析，“平安好医生 APP”及其官网以及其背后的上述服务，并没有超出相关商标一、二、三、四所核定使用的服务种类，即“饮食营养指导”“医药咨询”“健康咨询”“远程医学服务”“药用、兽医用、卫生用制剂和医疗用品的零售或批发服务”等。

综上，平安好医生在其“平安好医生 APP”及官网上使用被控标识，源于相关商标一、二、三、四的使用许可。根据《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》第一条第二款的上述规定，好医生公司应就被控标识与涉案商标之间的争议向相关行政主管机关申请解决。

（二）关于标注“平安好医生”“好医生”字样的行为是否构成侵权的问题

《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：……（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”。根据该规定，要回答上述问题，需要从商品与服务是否类似、标识是否近似两个方面进行分析。



就商品与服务是否类似而言，一审法院认为，平安公司系在其手机 APP 的药品销售板块、官网上标注“好医生”“平安好医生”字样，并在该手机 APP、健康手环、问诊卡的商品名称中冠以“好医生”“平安好医生”的字样。可以看出，平安公司使用上述文字的领域，包括药品销售服务在内的健康、医疗服务。相对应的，涉案商标被核准使用的商品为第 5 类“人用药”“医药用洗液”“医用保健袋”“医用生物制剂”等商品上。诚然，二者存在服务与商品之别，但却在用途或消费目的上是相同或基本重合的，即治疗疾病、维护健康，这在药品销售服务上体现的尤为明显，由此导致二者在受众上具有相当程度的一致性。另外，从药品的消费过程上讲，相关公众是否用药、如何用药，往往会在诊疗后由医生给出专业意见。这种先医后药的医治思路使得医疗服务以及药品使用相继发生、联系紧密。实际上，“平安好医生 APP”在提供医疗咨询等服务的情况下，同时还提供药品销售服务，正是契合了这样一种思路。《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》第十一条第三款规定：“商品与服务类似，是指商品和服务之间存在特定联系，容易使相关公众混淆”。根据该

规定，在受众往往趋同且经常连续发生的情况下，一审法院认为涉案商标所核定使用的商品种类与平安公司使用上述文字的服务领域存在特定联系，容易使相关公众混淆，构成类似。

就标识是否近似而言，首先，涉案商标“**好医生**”的显著部分为“好医生”字样；其次，好医生公司所举证据足以证明涉案商标具有较高的知名度；再次，平安公司所使用的“平安好医生”由“平安”及“好医生”两部分构成，从公众的语言习惯上讲，“好医生”为“平安”所修饰，构成该词组的主要部分，易于被公众所呼叫。比较典型的是，平安公司及相关媒体在作介绍和报道时出现了用“好医生”指称“平安好医生 APP”及相关服务的情况。因此，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》第十条关于“人民法院依据《中华人民共和国商标法》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”之规定，“平安好医生”与涉案商标构成近似，易使相关公众产生混淆。从举轻以明重的角度，平安公司所使用的“好医生”字样与涉案商标构成近似。

本案中，平安公司认为其使用行为不足以导致混淆，并举出了基于问卷调查的分析报告加以证明。一审法院认为，商标侵权

意义上的混淆，应是指一种混淆的可能性。无论该可能性大或小，均属于上述混淆的范畴。因此，对此种混淆有无的判断，应立足于虚拟的相关公众群体，从商标和商品两个方面，通过一定的规则来加以分析；相反，如果采用面向特定真实人群的问卷调查来论证混淆可能性的不存在，基于人群选择上的局限性，这种分析难以得出“混淆可能性不存在”这一绝对结论。实际上，报告所记载的“受访者中 4.8%认为属于同一公司生产和运营”的结论，反而印证了关于混淆可能性存在的上述结论。

此外，平安公司还认为，其对“平安好医生”字样的使用已经形成了区别于涉案商标的公众群体，在客观上实现了市场区分，故不构成侵权。对此，一审法院认为，判断特定公众群体是否形成的核心标准在于相关公众能否在客观上进行市场区分并避免混淆误认的产生。就本案而言，首先，承载“平安好医生”字样的相关商标的注册时间为 2016 年 9 月 21 日，距离现在不到三年。其次，平安公司所举示的投放广告等证据，主要是集中在对“平安好医生”“平安好医生”标识而非“平安好医生”字样的宣传上，不仅数量较少，而且地域范围及时间跨度不明；其提供的相关荣誉等材料，数量较少外，几乎均为“21 世纪药店”“sina 新浪新闻”等商业机构出具；其援引的好医生公司所举出的新闻网页，主要是对与“平安好医生 APP”有关的节目推出、企业合作、新股上市等活动的客观报道，上述证据尚不足以证明相关公众在客观上已能够实现市场区分并避免混淆，尤其是关联混淆。再次，

平安公司自己所举出的调查报告也说明上述混淆仍然存在。该院认为，判断特定的公众群体是否形成，需要在严格把握市场区分以及混淆避免的标准，以及主张一方充分举证的基础上谨慎地进行，否则将会对商标注册制度造成不当冲击。因此，对平安公司的相关主张不予支持。

综上，平安公司在包括药品销售服务在内的健康、医疗服务上对“平安好医生”“好医生”字样标志性使用的行为，构成对涉案商标权的侵害。

《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》第三条第一款第（一）项规定：“在下列民事纠纷案件中，人民法院对于所涉商标是否驰名不予审查：（一）被诉侵犯商标权或者不正当竞争行为的成立不以商标驰名为事实根据的”。根据该规定，由于现有情况已足以认定涉案商标权被侵害，一审法院对涉案商标是否驰名不予审查。

对好医生公司针对相同被诉行为、基于相同诉讼目的所追加的涉案商标二、三被侵害的主张，以及所提起的侵害包含“好医生”字样的企业名称及特有商品名称的不正当竞争行为，因认定涉案商标被侵害已足以制止本案侵权行为，该院不再做重复审查和评价。至于好医生公司关于平安公司将新股命名为“平安好医生”的行为构成不正当竞争的主张，因好医生公司、平安公司均一致陈述新股发行公司并非平安公司，一审法院不予支持。

三、关于民事责任承担问题

《中华人民共和国侵权责任法》第二条、第十五条规定，侵害民事权益，应当承担包括停止侵害、赔偿损失、消除影响在内的侵权责任。由于平安公司构成对涉案商标权的侵害，应当对好医生公司承担停止侵害、赔偿损失、消除影响的民事责任。

关于赔偿数额，《中华人民共和国商标法》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。人民法院为确定赔偿数额，在权利人已经尽力举证，而与侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握的情况下，可以责令侵权人提供与侵权行为相关的账簿、资料；侵权人不提供或者提供虚假的账簿、资料的，人民法院可以参考权利人的主张和提供的证据判定赔偿数额。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元以下的赔偿。”

本案中，基于现有证据无法准确锁定好医生公司被侵权所受的损失以及平安公司的侵权获益，也无法反映可以参照的商标许可使用费的情况，一审法院综合考虑涉案商标所具有的较高知名度，尤其考虑到平安公司自行披露“2018年春节，平安好医生的注册

用户就突破 2 亿大关，平均月活跃用户超过 3000 万名，日均问诊量近 40 万次”的情况，以及好医生公司为制止侵权而委托公证、聘请律师等因素，酌情确定平安公司赔偿好医生公司经济损失及合理开支共计 300 万元。

至于消除影响，基于本案现有证据所反映出的涉案商标的知名程度及范围，一审法院认为平安公司应在《中国消费者报》上刊登声明以消除影响。

据此，依照《中华人民共和国侵权责任法》第二条、第十五条，《中华人民共和国商标法》第五十七条、第六十三条，《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，《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、第十一条第三款，《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》第三条第一款第（一）项，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十八条第一款、第二款、第三款之规定，四川省成都市中级人民法院作出（2018）川 01 民初 1608 号民事判决：一、平安公司于判决生效之日起立即停止标志性地使用“平安好医生”“好医生”字样等侵害第 1908463 号“**好医生**”注册商标专用权的行为；二、平安公司于判决生效之日起十五日内赔偿好医生公司经济损失及合理开支共计 300 万元；三、平安公司于判决生效之日起三十日内在《中国消费者报》上刊登声明（内容须经法院审核），以消除影响；逾期不履行的，好医生公司

可申请法院刊登判决书的主要内容，费用由平安公司承担。四、驳回好医生公司的其他诉讼请求。一审案件受理费 491800 元，由好医生公司负担 122950 元，平安公司负担 368850 元。

本院二审期间，当事人围绕上诉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。

平安公司向本院提交了以下证据：

第一组证据：商评委作出的无效宣告裁定书 14 份。拟证明：

1. 平安公司提供的服务及平安公司商标的知名度，平安公司商标与好医生公司涉案商标不相同也不近似，不会导致相关公众混淆误认；2. 好医生公司的涉案商标不是驰名商标，不能进行跨类保护。

第二组证据：(2019)川成蜀证内经字第 115898 号《公证书》。拟证明平安公司是最早聘请全职医生的互联网医疗平台，在市场上广受好评，有良好口碑。

第三组证据：(2019)川成蜀证内经字第 114087 号《公证书》。拟证明“好医生”是一个通用词汇，指代医术高明的医生，广大媒体在日常新闻报道中频繁使用“好医生”“好医生”缺乏显著性。

第四组证据：平安好医生用户画像 2018。拟证明平安公司通过使用“平安好医生”标识，已经形成了稳定的用户群体和市场格局，没有造成相关主体混淆误认。

第五组证据：平安公司获得的奖杯及证书。拟证明平安公司通过使用“平安好医生”，已经获得了良好的市场反应，广受好评。

第六组证据：平安公司获得的证书。拟证明平安公司的“平安”商标以及平安公司很知名，“平安”商标具有极高的品牌商业价值。

第七组证据：第 17554272 号商标流程状态。拟证明平安公司已经向国家知识产权局就(2019)商标异字第 0000027545 号决定提出复审申请，国家知识产权局已经受理。

第八组证据：第 31483784 号商标驳回通知书，拟证明好医生公司曾在第 44 类上申请注册“好医生”商标，但国家知识产权局以“好医生”使用在指定服务上，仅直接表示了服务的内容特点，不得作为商标注册为理由，驳回了其申请。

好医生公司质证认为：对第一组证据的真实性认可，好医生公司对其中大部分无效宣告裁定提起了行政诉讼，对证据的合法性、关联性和证明目的不予认可；对第二组、第三组证据的真实性认可，对其关联性不予认可，两组证据均形成于一审判决之前，不属于二审新证据；对第四组、第五组和第六组证据的真实性、关联性和证明目的均不认可；对第七组证据的真实性不发表质证意见，但是关联性和证明力不认可；对第八组证据真实性，请法院依法核实，关联性不认可。

本院审查认为：第一组证据因好医生公司已对商评委作出的驳回无效宣告申请的裁定已提起行政诉讼，该证据的证明力待定，本院不予采信。第二组、第三组证据属于有关平安公司和“人民好医生”的相关新闻报道，但该两组证据能否实现证明目的，需

结合本案其他证据予以认定；第四组证据是平安公司单方制作，第五组、第六组证据没有提供证据原件，好医生公司对该三组证据真实性均不予认可，本院对上述证据不予采信；第七组证据反映国家知识产权局已经受理平安公司就（2019）商标异字第0000027545号决定提起的复审申请，第八组证据反映国家知识产权局驳回了好医生公司在第44类上注册“好医生”商标的申请，但该两组证据能否实现平安公司的证明目的，需结合本案其他证据予以认定。

好医生公司向本院提交了以下证据：

第一组证据：国家知识产权局（2019）商标异字第0000027545号决定书，拟证明“平安好医生及图”商标与“好医生及图”商标构成近似。

第二组证据：（2019）川律公证内民字第27132号、27134号、28930号《公证书》。拟证明一审判决后，平安公司仍继续实施一审判决认定的侵权行为。

第三组证据：（2019）川律公证内民字第27133号《公证书》。拟证明：1. 一审判决后，平安公司仍在实施一审判决认定的侵权行为；2. 平安公司2018年全年业务收入数据，相关数据与平安公司实施侵权行为有关联，应作为本案裁判赔偿金额的参考。

平安公司质证认为：第一组证据没有原件，真实性无法核实；第二组证据，是好医生公司的员工，使用自己的手机进行下载，没有对手机进行清洁，对第二组证据的真实性、合法性和有效性

均不认可。对第三组证据，真实性、合法性和关联性均不认可。

本院审查认为：第一组证据能够反映国家知识产权局作出（2019）商标异字第0000027545号决定，不予注册第17554274号“平安好医生及图”商标，但证据能否实现好医生公司的证明目的，需结合本案其他证据予以认定；第二组、第三组证据呈现了“平安好医生APP”内使用“平安好医生”等内容的相关情况，但该两组证据能否实现好医生公司的证明目的，需结合本案其他证据予以认定。对第三组证据中有关平安公司2018年全年业务收入数据，经审查，上述业务数据发布主体是平安健康医疗科技有限公司，而非平安公司，故对该份证据本院不予采信。

本院对一审法院查明的案件基本事实依法予以确认。


二审庭审中，好医生公司称因一审法院对驰名商标未予以审查认定，二审撤回认定涉案商标为驰名商标的请求。故本院对涉案商标是否属于驰名商标的事实不再审查。

本院认为，结合各方当事人的诉辩主张和本案事实，本案的争议焦点主要涉及：1. 平安公司使用“平安好医生”“好医生”标识及字样的行为是否侵害好医生公司涉案商标专用权。2. 一审法院判决的赔偿金额是否恰当。


一、平安公司使用被控标识及字样的行为是否侵害好医生公司注册商标专用权

本院认为，好医生公司依法注册了涉案第1908463号“好医生及图”图文组合商标，涉案商标仍在有效期内。好医生公司对

涉案商标依法享有的商标专用权受法律保护。

关于平安公司是否标志性使用被控标识的问题。平安公司上诉称，一审法院认定平安公司标志性使用被控标识和字样的行为属于认定事实错误。本院认为，商标是具有显著性的标志，商标的功能是区分商品和服务来源。本案中，平安公司在其官网、手机 APP 启动及登录界面等位置上使用“ 平安好医生”标识；同时，在其官网的显著位置使用“平安好医生”字样，在手机 APP “自营药房”栏目的显著位置、“健康商城”板块中部分待售药品下方使用“好医生自营药房”及“平安好医生自营药房”字样，并在手机 APP、健康手环、问诊卡的商品名称中冠以“好医生”或“平安好医生”字样。对相关公众而言，通过识别上述标识或字样，实际起到了指示商品和服务来源的作用。平安公司认为不属于标志性使用的上诉理由不能成立，一审法院将上述使用行为认定为《中华人民共和国商标法》意义上的标志性使用并无不当。此外，好医生公司上诉称，一审法院对“好医生来了”的突出使用是否构成侵权表述不清，将 APP 上播出的“好医生来了”节目归入“宣传和报道”存在错误。对此，本院认为，好医生公司在本案中所举示的相关新闻文章，包括“平安好医生 APP”上播出“好医生来了”健康科普节目等报道内容，系相关新闻媒体对平安公司及“平安好医生 APP”的报道，上述报道中对“平安好医生”“好医生”“好医生来了”等字样的使用行为更多体现为描述性使用，并非《中华人民共和国商标法》意义上的标志性使用行

为，相关公众不会因此对好医生公司和平安公司的商品和服务来源产生混淆。一审法院将其归入“宣传和报道”并无不当，好医生公司的该项上诉理由不成立，本院不予支持。



关于平安公司使用被控标识的行为是否构成侵权。本院认为，平安公司在其官网、手机 APP 启动及登录界面等位置上使用的“ 平安好医生”标识，系经权利人授权许可使用。被控标识与平安公司被许可使用的商标标识基本相同，显著性特征明显，整体未做改变。而且，被控标识使用在“平安好医生 APP”、官网以及其提供的服务领域，与平安公司被许可使用的注册商标服务范围一致，并未超出核准使用范围。对涉案商标与被控标识之间的争议应当根据《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》第一条第二款的规定，向行政主管部门申请解决，本院对此不予审查。

关于平安公司使用“平安好医生”“好医生”字样的行为是否侵犯好医生公司涉案商标专用权。平安公司上诉称，其使用的“平安好医生”“好医生”字样是对“平安好医生及图”商标文字部分的使用，符合商业惯例，不构成侵权。本院认为，本案中认定平安公司是否构成商标侵权的关键在于平安公司是否在类似商品或服务上使用了近似商标，是否足以造成相关公众的混淆。《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》第十一条第三款规定：“商品与服务类似，是指商品和服务之间存在特定联系，容易使相关公众混淆”。涉案商标核定使用的第 5

类“人用药”“医用保健袋”等商品和被控标识使用在第44类的“医药咨询；保健；远程医学服务；健康咨询”服务等以及第35类的“为商品和服务的买卖双方提供在线市场；药用、兽医用卫生用制剂和医疗用品的零售和批发服务”等，虽然存在商品和服务范围的区别，但在用途或消费目的上是相同的。通常，从相关公众的角度，医疗服务行为是通过医生诊疗、对症下药、购买药品，从而实现治疗疾病维护健康的目的。平安公司的“平安好医生APP”上提供的在线健康咨询与管理，不仅包括医疗咨询等服务，同时还提供药品销售服务。通过提供一站式服务，满足相关公众健康维护的需求。这种互联网+大健康的产业模式，整合相关产业类资源，统筹健康管理、医疗医药、康复智能等组织体系，搭建健康管理平台，提供健康产业服务。与传统的健康产业相比，其不单是提供产品，而且还提供解决方案，满足相关公众的多元化需求。其中药品在医疗和健康维护中的作用是不可替代的，提供医药产品亦是互联网健康产业中重要的部分。在医疗健康服务中，先诊后药的行为相继发生，相关公众重叠，在此情形下，商品和服务难以截然划分。故本院亦认为，涉案商标所核定使用的商品与平安公司使用上述文字的服务领域存在特定联系，两者构成类似。

关于涉案商标与被控标识是否近似。本案中，涉案商标“**好医生**”的显著部分为“好医生”字样；平安公司被控使用的“平安好医生”“好医生”文字中，其中“平安好医生”由“平

安”及“好医生”两部分构成，“平安”是对“好医生”的修饰，从语言习惯上，“好医生”构成该词组的主要部分。“平安好医生”

“好医生”文字与涉案商标在文字构成、读音呼叫、整体外观等方面构成近似。尽管平安公司上诉称，其所使用的“平安好医生”显著部分是“平安”，而“好医生”文字属于通用词汇，不具有显著性。然而，即使“好医生”文字属于平安公司所称的“通用词汇”，显著性弱，但好医生公司将其作为商标注册后，经过其长期使用和广泛宣传，承载和积累了商誉，已被相关公众所知晓并享有较高的知名度，涉案商标与好医生公司已建立固定联系，涉案商标在商品上的显著性已经凸显，并在2010年被商评委认定为驰名商标。平安公司在本案中所使用的“平安好医生及图”商标注册在后，即使如其所称，其“平安”商标具有显著性，然而，被控标识是“平安好医生及图”，平安公司既未举证证明其对“平安”商标享有使用权，也未证明“平安”商标与本案的关联性。况且“平安”商标与被控标识核定使用的类别不同，“平安”商标的知名度并不能当然及与被控标识。在一审判决前，平安公司使用被控商标标识的时间仅为三年，其在一审中所举示的宣传、推广等证据，亦是对被控标识即  “平安好医生” “ 平安好医生”商标而非“平安好医生”字样的宣传，其所举示的证据难以支持其关于“平安好医生”字样的使用已形成了固定的公众群体并区别于涉案商标，实现了市场区分的上诉理由。因此，平安公司在相关商品和服务上使用“平安好医生”“好医生”的字样，与涉案商标构成近似。

《中华人民共和国商标法》》第五十七条第（二）项规定，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，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，容易造成混淆的行为，属于侵犯注册商标专用权的行为。本院认为，互联网时代，互联网大健康，既是对传统医疗健康产业的承继，也是对传统健康服务的整合和创新，互联互通，互联共生，是健康产业发展的大趋势。平安公司作为互联网大健康的经营者，在好医生公司涉案商标与其使用被控标识的服务领域类似，且“平安好医生”“好医生”字样与涉案商标近似的情况下，平安公司在经营活动中应注意避让，尊重他人的商标权利，规范使用被控标识，诚实信用经营，避免相关公众的混淆。然而，其采取组合、拆分使用被控标识中的“平安好医生”“好医生”字样，既不是对自己注册商标的规范使用，也不符合商业模式和习惯，将导致相关公众误认为好医生公司与平安公司存在某种关联性，混淆不可避免，其主观过错明显，平安公司对此难辞其咎。因此，平安公司实施的标志性使用“好医生”或“平安好医生”的行为，构成对好医生公司涉案商标权的侵害。根据《中华人民共和国侵权责任法》第十五条的规定，依法应当承担停止侵害、赔偿损失、消除影响的民事责任。平安公司关于其不构成侵权的上诉理由不能成立，本院不予支持。

二、关于一审法院确定的赔偿金额是否恰当

好医生公司上诉称，一审法院判赔 300 万元过低，不利于实

现权利人的权利保护。平安公司上诉称，一审判决平安公司承担300万元赔偿和登报消除影响的民事责任，没有事实和法律依据。本院认为，本案中，由于现有证据不能确定好医生公司因侵权所受到的损失以及平安公司的侵权获利，也没有可以参照的商标许可使用费的情况，一审法院依据《中华人民共和国商标法》第六十三条的规定，综合考虑涉案商标有较高知名度，以及平安公司所披露的“平安好医生 APP”注册用户、平均月活跃用户、日均问诊量等情况，结合好医生公司为制止侵权而委托公证、聘请律师等因素，酌情确定平安公司赔偿好医生公司经济损失及合理开支共计300万元并无明显不当。好医生公司和平安公司关于确定的赔偿金额不妥的上诉请求和理由均不能成立。同时，一审法院结合涉案商标的知名程度及范围，判决平安公司在《中国消费者报》上刊登声明以消除影响亦无不当。平安公司关于不应承担消除影响的民事责任的上诉理由不成立，本院不予支持。

此外，关于本案一审法院是否存在程序违法的问题。平安公司上诉称，一审法院在其对好医生公司提供的证据原件尚未核对完毕且未对该部分证据发表质证意见即作出判决程序违法。本院认为，根据查明的事实，一审法院就好医生公司所举示的相关证据包括一审判决所采信的证据已先后三次组织双方当事人质证，平安公司对此亦予以认可，但并未就其认为一审判决中未核对以及未发表质证意见的证据部分予以指出。因此，在一审法院已组织双方交换证据并质证后，是否发表质证意见不影响法院对证据

的依法审查，法院有权决定是否采信证据。平安公司关于一审程序违法的上诉理由没有事实和法律依据，不能成立，本院不予支持。

综上所述，好医生公司、平安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 522600 元，由四川好医生药业集团有限公司负担 491800 元；平安健康互联网股份有限公司负担 30800 元。

本判决为终审判决。

审	判	长	杨 丽
审	判	员	韦丽婧
审	判	员	刘巧英

二〇一九年十二月三十日

本件与原本核对无异

法 官 助 理	赵文文
书 记 员	黄易(兼)