

蒙特莎公司与费列罗公司、天津正元公司不正当竞争纠纷申请再审案判决书

发布者: 本网编辑 发布日期: 2008-4-10 浏览次数: 37 次

中华人民共和国最高人民法院

民事判决书

(2006) 民三提字第 3 号

再审申请人 (一审被告、二审被上诉人) : 蒙特莎 (张家港) 食品有限公司, 住所地: 中华人民共和国江苏省张家港市振兴路 9 号。

法定代表人: 蔡兴华, 该公司董事长。

委托代理人: 黄斌, 该公司行政部经理。

委托代理人: 周緬, 北京市同昊林律师事务所律师。

再审被申请人 (一审原告、二审上诉人) : 意大利费列罗公司 (FERRERO S.p.A), 住所地: 意大利共和国库纳奥省阿尔巴市彼得罗·费列罗广场 1 号。

法定代表人: 塞尔焦·特斯塔 (SERGIO TESTA)、马斯姆·格丹诺 (MASSIMO GAIDANO)。

委托代理人: 白涛, 北京市君合律师事务所律师。

委托代理人: 滕悦, 北京市君合律师事务所律师。

原审被告: 天津经济技术开发区正元行销有限公司, 住所地: 中华人民共和国天津市河西区南京路凯旋门大厦 B 座 12E。

法定代表人: 郭永新, 该公司经理。

蒙特莎 (张家港) 食品有限公司 (以下简称蒙特莎公司) 因与意大利费列罗公司 (FERRERO S.p.A) (以下简称费列罗公司)、天津经济技术开发区正元行销有限公司 (以下简称正元公司) 不正当竞争纠纷一案, 不服天津市高级人民法院 (2005) 津高民三终字第 36 号民事判决, 向本院申请再审。本院经审查认为, 再审申请人的申请符合《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十九条第一款第(三)项规定的再审立案条件, 于 2006 年 5 月 10 日以(2006)民三监字第 4 号民事裁定提审本案。2007 年 1 月 10 日, 本院依法组成由民事审判第三庭副庭长孔祥俊担任审判长、审判员王永

昌、代理审判员邵中林参加的合议庭，公开开庭进行了审理，书记员王新担任法庭记录。蒙特莎公司的委托代理人黄斌、周缙，费列罗公司的委托代理人白涛、滕悦到庭参加诉讼。正元公司经本院依法传唤，无正当理由拒不到庭，本院依法缺席审理。本案现已审理终结。

费列罗公司向天津市第二中级人民法院起诉称：费列罗公司自1984年起通过中国粮油食品进出口总公司在中国市场销售巧克力产品，目前该产品在中国市场有很大的占有率。原告产品不仅在世界范围内，而且在中国也是尽人皆知的知名商品。多年来该产品一直保持特有的包装、装潢，其涵盖了原告商标、外观设计、著作权等多项知识产权，具有独创性，是原告知识产权的综合性体现。费列罗公司的巧克力产品使用的特有包装、装潢为：①金色呈球状的纸质包装；②在金纸球状包装上配以椭圆形金边并且印有原告“FERRERO ROCHER”商标的标签作为装潢；③每一粒金纸球状包装的巧克力均有咖啡色纸质底托作为装潢；④具有各种形状的塑料制硬包装盒，但包装盒的盒盖均为透明，以呈现金纸球状内包装；⑤使用原告所持有的配有产品图案的组合商标作为装潢，并由商标标识处延伸出红金颜色的绶带状图案。该产品的金纸球状包装，以及金纸球状包装上贴有的椭圆形金边标签，实际上构成了原告产品的立体商标，在广大消费者中具有极高的认知度，任何消费者看到符合上述包装、装潢的巧克力产品都会认同为原告的产品。被告蒙特莎公司多年来一直仿冒原告产品，擅自使用与原告知名商品特有的包装、装潢相同或近似的包装、装潢，误导消费者，使消费者产生混淆。而且，原告一推出新产品或时节性产品马上就会遭到蒙特莎公司仿冒，甚至在欧洲推出的新产品尚未进入中国市场即遭仿冒。蒙特莎公司的上述行为及被告正元公司销售仿冒产品的行为已经给原告的生产与销售造成了恶劣影响，并侵害了广大消费者的合法权益，造成原告重大经济损失。请求判令蒙特莎公司不得生产、销售，正元公司不得销售符合前述费列罗公司巧克力产品特有的任意一项或者几项组合的包装、装潢的产品或者任何与费列罗公司的上述包装、装潢相似的足以引起消费者误认的巧克力产品，并赔礼道歉、消除影响、承担诉讼费用，蒙特莎公司赔偿原告经济损失人民币300万元。

蒙特莎公司答辩称：原告涉案产品在中国境内市场并没有被相关公众所知悉，无证据证明其在中国境内的市场销售量和占有率。相反，蒙特莎公司生产的金莎巧克力产品在中国境内消费者中享有很高的知名度，多次获奖，属于知名商品。原告诉请中要求保护的包装、装潢是国内外同类巧克力产品的通用包装、装潢，不具有独创性和特异性。而且，该包装、装潢是由商品的功能性质所决定的，不能认定是特有的包装、装潢。蒙特莎公司生产的金莎巧克力使用的包装、装潢是自己的工作人员和张家港市工艺美术印刷厂的专业设计人员合作开发，经过多次改进最终定型的，并非仿冒他人已有的包装、装潢。普通消费者在购买时只需施加一般的注意义务，就不会混淆原告、被告各自生产的巧克力产品。原告认为自己产品的包装涵盖了商标、外观设计、著作权等多项知识产权，但未明确指出被控侵权产品的包装、装潢具体侵犯了其何种权利，其起诉要求保护的客体模糊不清。故，原告起诉无事实和法律依据，请求驳回原告的诉讼请求。

被告正元公司未答辩亦未提供证据。

天津市第二中级人民法院一审查明：1986年费列罗公司在中国核准注册了“FERRERO ROCHER”商标，其“FERRERO ROCHER”系列巧克力产品（以下简称 FERRERO ROCHER 巧克力）在 1988 年前通过中国粮油食品进出口总公司采取寄售方式进入中国市场。其产品总体外观、布局与其当前销售的产品基本没有差别，细节略有变化。费列罗公司自 1993 年开始，以广东、上海、北京地区为核心逐步加大 FERRERO ROCHER 巧克力在国内的报纸、期刊和室外广告的宣传力度。相继在一些大中城市设立专柜进行销售，并通过赞助一些商业和体育活动，提高其产品的知名度。2000 年 6 月，其“FERRERO ROCHER”商标被国家工商行政管理部门列入全国重点商标保护名录。

蒙特莎公司是 1991 年 12 月张家港市乳品一厂与比利时费塔代尔有限公司合资成立的生产、销售各种花色巧克力的中外合资企业。张家港市乳品一厂是 1989 年 12 月成立的经营麦乳精、巧克力等产品的集体企业。1993 年 6 月经江苏省体制改革委员会批准，以张家港市乳品一厂为主体，成立了江苏梁丰食品集团公司，后变更为江苏梁丰食品集团有限公司。蒙特莎公司为江苏梁丰食品集团有限公司所属的紧密层企业之一，其中方投资者随后变更为江苏梁丰食品集团有限公司。1990 年 4 月 23 日，张家港市乳品一厂申请注册“金莎”文字商标，1991 年 4 月经国家工商行政管理局商标局核准注册。费列罗公司在 1994 年曾向国家工商行政管理局商标评审委员会提出撤销该商标，但未获支持。上海外贸申港食品厂是 1989 年 3 月成立的非法人国家、集体联营企业，1992 年 3 月取得法人资格，主营麦乳精、巧克力产品。张家港市乳品一厂为其联营企业之一，同时，上海外贸申港食品厂也是江苏梁丰食品集团有限公司的下属公司。有关政府部门对张家港市乳品一厂的资质认证中均同时附注上海外贸申港食品厂。1993 年以前，使用“金莎”商标的巧克力（以下简称金莎巧克力）获得的荣誉均颁发给张家港市乳品一厂。1992 年下半年开始，金莎巧克力的宣传、销售均冠以上海外贸申港食品厂或者在上海外贸申港食品厂前加注江苏梁丰食品集团有限公司。

张家港市乳品一厂自 1990 年开始生产金莎巧克力，该巧克力的包装、装潢与蒙特莎公司自 2002 年起生产销售的被控侵权巧克力使用的包装、装潢基本一致，与 FERRERO ROCHER 巧克力使用的包装、装潢较为近似。该产品 1990 年被张家港市经济委员会确认为市级新产品；1991 年荣获北京市第二届国际博览会银奖、江苏省第七届轻工业优秀新产品金奖、江苏省第三届轻工美术设计展评会二等奖；1992 年获得苏州市第二届优秀新产品。在此期间，金莎巧克力也作为上海外贸申港食品厂的产品对外宣传并销售。金莎巧克力在 1998 年被中国焙烤食品糖制品工业协会评为中国市场优秀品牌巧克力推荐产品之一；在 2000 年和 2001 年连续被中国食品工业协会评为国家质量达标食品，并在 2000 年获得中国知名食品信誉品牌；在 2000 年被江苏省质量技术监督局认定为江苏省重点保护产品；在 2001 年获得西部名牌产品贸易洽谈会金奖；在 2004 年被评为中国名牌产品并被确定为国家免检产品。“金莎”商标在 2001 年被认定为苏州市知名商标、江苏省著名商标。经上海外贸申港食品厂及江苏梁丰食品集团有限公司自 1992 年以来的对金莎巧克力的广

泛宣传，其知名度逐步提高，在获得上述荣誉的同时，在《中国食品报》公布的由中华全国商业信息中心或者全国连锁店超市信息办公室等单位发布的全国食品市场调查及全国连锁店销售统计、监测排行中，1997年至2002年，金莎巧克力排名靠前。该统计排名中未出现 FERRERO ROCHER 巧克力。

2002年张家港市乳品一厂向蒙特莎公司转让“金莎”商标（2002年11月25日提出申请，2004年4月21日国家工商管理总局商标局核准转让），蒙特莎公司开始生产、销售金莎巧克力。正元公司为蒙特莎公司生产的金莎巧克力在天津市的经销商。2003年1月，费列罗公司经天津市公证处公证，在天津市河东区正元公司处购买了被控侵权产品。

天津市第二中级人民法院一审审理认为：知名商品是在市场上具有一定知名度，为相关公众所知悉的商品。由于其具有明显的地域特点，商品在国外的知名程度并不代表在中国境内的知名度，商品是否知名以及知名程度应根据其存在的市场具体情况予以认定。早在上世纪七十年代，采用金色锡箔纸包裹球状巧克力，使用透明塑料外包装，呈现巧克力内包装，已为其他巧克力生产企业所使用，并非 FERRERO ROCHER 巧克力所特有，该包装属通用包装，不应保护。但是，FERRERO ROCHER 巧克力的装潢是费列罗公司在 1988 年前进入国内市场即已使用，具有识别和美化商品、区别商品来源的显著特征，构成其特有的装潢。蒙特莎公司生产、销售的金莎巧克力虽是延续使用张家港市乳品一厂的装潢，但金莎巧克力最早使用该装潢是在 1990 年，晚于费列罗公司。蒙特莎公司提供的其他证据不足以否定 FERRERO ROCHER 巧克力产品装潢的特有性。应当认定费列罗公司诉状中请求保护的②、④、⑤项装潢为 FERRERO ROCHER 巧克力所特有。蒙特莎公司生产、销售被控侵权的金莎巧克力产品是江苏梁丰食品集团有限公司对所属公司经营该产品采取的营销策略。蒙特莎公司承继张家港市乳品一厂、上海外贸申港食品厂生产该产品，具有延续性。不能因集团内部生产厂家的调整而将金莎巧克力的发展过程割裂，而应以产品的整体连续性作为其考察、评价基准。金莎巧克力自张家港市乳品一厂于 1990 年推出以来，一直采用与被控侵权巧克力一致、同时与 FERRERO ROCHER 巧克力近似的装潢。此后，经过以江苏梁丰食品集团有限公司为龙头的各生产企业的广泛宣传，金莎巧克力的市场占有率在巧克力产品中名列前茅，并多次获得国家政府部门和相关协会的褒奖，成为在中国知名度较高的商品。在原、被告的巧克力商品均为我国知名商品的情况下，二者商品知名的时间先后及知名度的高低应当作为普通消费者能否将被告商品误认为原告商品的具体认定因素。从双方巧克力商品知名的时间分析，蒙特莎公司生产的金莎巧克力至上世纪九十年代中期已经逐步从地方政府及消费者认可的商品发展为全国知名商品，市场占有率较高，并于 2004 年被评为中国名牌产品。FERRERO ROCHER 巧克力进入国内市场后的一段时间直至 1993 年前，仅在一些城市的免税商店、机场等场所销售，与普通消费者的生活距离较远，其在该段时间不具有知名度。1993 年以后，FERRERO ROCHER 巧克力以广东、上海、北京为主要宣传、销售市场，并以此三地为核心逐步扩展销售范围，近几年成为国内知名商品，其知名的时间要晚于蒙特莎公司生产的金莎巧克力。就双方巧克力商品的知名度而言，蒙特莎公司提供的连续多年的市场销售占有率排行榜表明，消费者对金莎巧克力商品的认可度较高，经常出现在排行榜前列，而排行榜写游

阆魇?SPAN lang=EN-US>FERRERO ROCHER 巧克力，足以说明金莎巧克力知名度明显高于 FERRERO ROCHER 巧克力。由于金莎巧克力的知名度高、知名持续时间长，使其相对于其他品牌的巧克力产生较强的区别性特征，产品外观的显著性日益提高，在此种情况下，消费者不会将蒙特莎公司的金莎巧克力误认为是费列罗公司的 FERRERO ROCHER 巧克力。再者，蒙特莎公司与费列罗公司的巧克力产品在国内市场十多年的并行存在和宣传、销售的过程中，对各自产品的商标及产地来源极为注重，对产品的质量、价格、口味及消费层次的不同需要使双方拥有各自的消费群。由于费列罗公司的“FERRERO ROCHER”商标与蒙特莎公司的“金莎”商标均处于产品包装的显著位置，消费者能从巧克力的商标及生产厂家等不同之处进行分辨，购买自己所需要的产品，近似的装潢已经不能成为消费者选择的障碍。因此，尽管二者产品装潢近似，亦不足以使消费者产生误认，混淆二者的产品。综上，蒙特莎公司生产的金莎巧克力使用的包装、装潢不构成对费列罗公司的不正当竞争，正元公司销售金莎巧克力的行为亦不构成侵权。

2005年2月7日，天津市第二中级人民法院一审判决：驳回费列罗公司对蒙特莎公司、正元公司的诉讼请求。

费列罗公司对一审判决不服，提起上诉称：1、一审法院将蒙特莎公司生产的 TRESOR DORE 巧克力与使用“金莎”商标的糖果食品混为一谈，错误认定了 FERRERO ROCHER 巧克力在中国境内知名的时间以及被控侵权产品 TRESOR DORE 巧克力在中国境内知名的事实。2、一审法院忽视 FERRERO ROCHER 巧克力在国际范围内的知名性证据，错误认定产品在国外的知名程度并不延伸至国内。而实际上，国家工商行政管理总局商标局及商标评审委员会均认可 FERRERO ROCHER 巧克力早在上世纪八十年代即有广泛的知名性，这与其在国际上形成的知名程度有重要联系。3、一审法院错误否定 FERRERO ROCHER 巧克力使用的部分包装、装潢的特有性，忽视基本的隔离比对、整体比对和主要部分的比对原则，违背有关法律法规的基本原则，导致已经认定 TRESOR DORE 巧克力与 FERRERO ROCHER 巧克力使用的包装、装潢近似却得出不构成混淆的错误结论。4、一审法院错误理解相关公众的概念，将接触免税商店商品的消费者错误地排除在相关公众之外，并将相关公众按照商品的价格及消费层次的不同需求进行分层。5、一审法院对费列罗公司坚持主张蒙特莎公司违反诚实信用原则，如抢注“金莎”商标以及在商标标签上虚假标注“始于 1968 年”等恶意行为也未予认定。故，请求二审法院撤销一审判决，支持其诉讼请求，本案全部诉讼费用由蒙特莎公司负担。

蒙特莎公司答辩称：被控侵权商品就是金莎巧克力，被控侵权商品的包装、装潢就是金莎巧克力使用的包装、装潢。“TRESOR DORE”商标是 2003 年获得注册的商标，蒙特莎公司将“TRESOR DORE”商标和“金莎”组合使用在自己的产品上并没有改变产品的来源。仅从费列罗公司寄售方式销售 FERRERO ROCHER 巧克力这一事实就可以认定其在上世纪九十年代的国内市场不可能知名。一审判决综合考虑商品的销售时间、范围、市场占有率及广告宣传等要素，认定 FERRERO ROCHER 巧克力近几年才逐渐发展为在相关公众中知名的商品，知名时间晚于蒙特莎公司完全正确。FERRERO ROCHER 巧克力使用的包装、装潢除涉及商标的部分外不具有特有性。一审法院除认定费列罗公司诉请中②、④、⑤项为特有有以外，其他基本正确。费列罗公司错误理解了相关公众和判断的标准。一审判决在认定事实、法律适用和实体裁决上正确。故，请求驳回上诉，维持原判。

天津市高级人民法院二审经审理认定了一审法院查明的大部分事实。同时另查明：费列罗公司于 1946 年在意大利成立，1982 年其生产的 FERRERO ROCHER 巧克力投放市场，在亚洲多个国家和地区的电视、报刊、杂志曾发布广告。在我国台湾地区和香港市场，FERRERO ROCHER 巧克力取名“金莎”巧克力，并分别于 1990 年 6 月和 1993 年在我国台湾地区和香港地区注册“金莎”商标。1984 年 2 月，FERRERO ROCHER 巧克力通过中国粮油食品进出口总公司采取寄售方式进入了国内市场，主要在免税店和机场商店等当时政策所允许的场所销售，并延续到 1993 年前。1986 年 10 月，费列罗公司在中国核准注册了“FERRERO ROCHER”和图形（椭圆花边图案）以及其组合的系列商标，并在中国境内销售的巧克力商品上使用。FERRERO ROCHER 巧克力使用的包装、装潢的主要特征是：1、每一粒球状巧克力用金色纸质包装；2、在金色球状包装上配以印有“FERRERO ROCHER”商标的椭圆形金边标签作为装潢；3、每一粒金球状巧克力均有咖啡色纸质底托作为装潢；4、若干形状的塑料透明包装，以呈现金球状内包装；5、塑料透明包装上使用椭圆形金边图案作为装潢，椭圆形内配有产品图案和商标，并由商标处延伸出红金颜色的绶带状图案。FERRERO ROCHER 巧克力产品的 8 粒装、16 粒装、24 粒装以及 30 粒装立体包装于 1984 年在世界知识产权组织申请为立体商标。我国广东、河北等地工商行政管理部门曾多次查处仿冒 FERRERO ROCHER 巧克力包装、装潢的行为。蒙特莎公司生产、销售金莎 TRESOR DORE 巧克力商品，其除将“金莎”更换为“金莎 TRESOR DORE”组合商标外，仍延续使用张家港市乳品一厂金莎巧克力商品使用的包装、装潢。2003 年 7 月，“TRESOR DORE”商标经国家工商行政管理总局商标局核准注册，注册人为江苏梁丰食品集团有限公司。正元公司所经销的蒙特莎公司生产的金莎 TRESOR DORE 巧克力商品使用的包装、装潢与 FERRERO ROCHER 巧克力使用的包装、装潢主要特征基本相同。

天津市高级人民法院二审审理认为，我国反不正当竞争法规定的知名商品，是指已在特定市场销售并为相关公众知晓的商品。对商品的知名状况的评价应根据其在国内外特定市场的知名度综合判定，不能理解为仅指在中国境内知名的商品。费列罗公司作为专业生产巧克力食品的国际知名企业，此系该行业公知的事实。其生产的 FERRERO ROCHER

巧克力在 1984 年进入国内市场销售前，已经在巧克力市场为相关公众知晓，具有较高的知名度。该产品自 1984 年开始在国内公开销售，在当时中国市场上，FERRERO ROCHER 巧克力商品特有的包装、装潢作为整体，具有显著的视觉特征和效果。此后，该产品在中国市场长期销售，已为相关公众知晓，应当认定为知名商品。FERRERO ROCHER 巧克力使用的包装、装潢为整体设计，表达了特定的含义，形成特有的包装、装潢形式。蒙特莎公司金莎 TRESOR DORE 巧克力使用了与 FERRERO ROCHER 巧克力基本相同的包装、装潢，而蒙特莎公司不能证明系自己独立设计或者在先使用，因此，认定其擅自使用了 FERRERO ROCHER 巧克力特有的包装、装潢。根据诚实信用原则和公认的商业道德准则，知名商品应当是诚实经营的成果。在法律上不能把使用不正当竞争手段获取的经营成果作为商品知名度的评价依据。蒙特莎公司擅自使用 FERRERO ROCHER 巧克力特有的包装、装潢，生产、销售金莎 TRESOR DORE 巧克力，直接影响了 FERRERO ROCHER 巧克力的销售和知名度。故，如果以蒙特莎公司生产的金莎 TRESOR DORE 巧克力现在在我国的市场知名度高于 FERRERO ROCHER 巧克力的知名度为由，驳回费列罗公司的诉讼请求，实际上是维持了本案不正当竞争的后果。本案的审理根据《中华人民共和国民事诉讼法》关于涉外民事关系法律适用之规定，应适用《中华人民共和国反不正当竞争法》。同时，我国与意大利共和国均为《保护工业产权巴黎公约》成员国，遇有我国法律与公约有不同规定的情形，应当适用《保护工业产权巴黎公约》的规定。依据《保护工业产权巴黎公约》第十条之二的规定，本案在适用《中华人民共和国反不正当竞争法》第五条第（二）项时，应当不限于法律所列举的一般情形，本案应认定蒙特莎公司的行为构成对费列罗公司的商品及商业活动造成混淆的不正当竞争，依法应予制止。故本案的审理应依据我国反不正当竞争法规定的宗旨和原则及相关国际公约规定，维护商业活动的诚实信用和公平竞争。一审判决适用法律不当，处理有失公允。上诉人费列罗公司的主要上诉理由成立，予以支持。

2006 年 1 月 9 日，天津市高级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十条、第一百五十三条第一款第二项，《中华人民共和国反不正当竞争法》第一条、第二条和第五条第（二）项，并适用《保护工业产权巴黎公约》第十条之二、之三的规定，判决：一、撤销一审判决；二、蒙特莎公司立即停止使用金莎 TRESOR DORE 系列巧克力侵权包装、装潢；三、蒙特莎公司赔偿费列罗公司人民币 700,000 元，于本判决生效后十五日内给付；四、责令元公司立即停止销售使用侵权包装、装潢的金莎 TRESOR DORE 系列巧克力；五、驳回费列罗公司其他诉讼请求。一审案件受理费 25,010 元，由蒙特莎公司承担 20,000 元，费列罗公司负担 5010 元。二审案件受理费 25,010 元，由蒙特莎公司承担 20,000 元，费列罗公司负担 5010 元。

蒙特莎公司不服二审判决，向本院提出再审申请称，二审判决在事实认定、法律依据以及实体判决中均存在错误。主要理由为：1、二审判决对特定市场作出的扩大解释不符合《保护工业产权巴黎公约》的规定，而且，该公约并未就如何认定知名商品作出具体规定。费列罗公司的产品在国际市场上的知名不能当然地推导其在国内市场也知名。2、FERRERO ROCHER 巧克力的市场占有率低于金莎巧克力，二审在无相反证据情况下，错误地推翻了一审认定的

FERRERO ROCHER 巧克力知名的时间晚于蒙特莎公司生产的金莎 TRESOR DORE 巧克力的事实。3、FERRERO ROCHER 巧克力使用的包装、装潢是国际巧克力行业通用的包装、装潢，不具有特有性。认定该包装、装潢为特有会使巧克力行业的通用包装、装潢被费列罗公司排他性独占使用，垄断国内球形巧克力市场。而且，我国台湾地区“行政院公平交易委员会”就费列罗公司检举台湾大昌贸易有限公司涉嫌违反公平交易法一案中认为，FERRERO ROCHER 巧克力使用的包装、装潢不具有特有性。蒙特莎公司使用的金莎巧克力产品的包装、装潢是委托专业人员自主开发设计的。蒙特莎公司自 1990 年起对此包装、装潢已经使用了长达 15 年，且此种包装、装潢现已被国内外众多巧克力生产企业所采用。费列罗公司从未依照反不正当竞争法向人民法院或者行政机关主张过蒙特莎公司仿冒 FERRERO ROCHER 巧克力的包装、装潢，现该主张权利已无保护价值。4、巧克力作为高档甜食，消费者购买时主要依靠对商标的识别，不会根据包装、装潢进行识别，相似的包装、装潢不会导致消费者混淆。5、二审判决超越了当事人诉讼请求，费列罗公司仅起诉金莎 TRESOR DORE 巧克力 T3、T8、T16、T24（分别指 3 粒装、8 粒装、16 粒装、24 粒装）使用的包装、装潢侵权，但二审判决蒙特莎公司立即停止使用金莎 TRESOR DORE 系列巧克力使用的包装、装潢，不合法地包括了蒙特莎公司生产的 T12、T36、T42、T45 以及纸盒包装的 4 粒、8 粒、16 粒等七种产品，违反了民事诉讼不告不理的原则。故，请求撤销二审判决，维持一审判决并判令费列罗公司承担本案全部诉讼费用。

费列罗公司答辩称，二审判决认定事实清楚，适用法律正确，蒙特莎公司的再审理由缺乏事实和法律依据。主要理由为：1、二审对 FERRERO ROCHER 巧克力知名性以及 FERRERO ROCHER 巧克力 1984 年进入中国市场的认定正确。2、蒙特莎公司不能证明涉案包装、装潢是自己独立设计或者在先使用。3、二审认定蒙特莎公司违反诚实信用原则和公认的道德准则，仿冒 FERRERO ROCHER 巧克力使用的包装、装潢，不能认定其产品为知名商品，故没有就其知名的时间进行认定；同时反驳了一审法院对两个产品知名度进行比较的做法。因此，二审判决从根本上维护了我国反不正当竞争法确立的诚实信用准则。4、FERRERO ROCHER 巧克力使用的包装、装潢具有区别其他产品的显著特征，具有特有性。该包装、装潢通过形状、大小、图案、颜色以及排列组合、摆放位置综合形成了 FERRERO ROCHER 巧克力的独有识别性。一般消费者看到该特有包装、装潢即可识别并联想到是 FERRERO ROCHER 巧克力。5、张家港市乳品一厂生产的金莎巧克力使用的包装、装潢自上世纪九十年代面世以来，出现了很多次变动，发展至今，蒙特莎公司生产的金莎 TRESOR DORE 巧克力已经与当初面世使用的包装、装潢有很大区别，且与 FERRERO ROCHER 巧克力使用的包装、装潢非常相似，足以使消费者造成混淆，引起误认。即使蒙特莎公司长期使用现有包装、装潢，也不影响费列罗公司申请保护相关权利。6、我国台湾地区法院对 FERRERO ROCHER 巧克力使用的包装、装潢的司法判决不能作为本案审理的参考依据。7、二审判决蒙特莎公司停止使用金莎 TRESOR DORE 系列巧克力的侵权包装、装潢正是费列罗公司一审诉请所请求保护的包装、装潢，并没有超越诉讼请求。故请求驳回蒙特莎公司的再审申请，维持二审判决。

在举证期限内，再审申请人蒙特莎公司向本院提交的新证据有：1、中国焙烤食品糖制品工业协会出具的证明 FERRERO ROCHER 巧克力使用的包装、装潢是通用包装、装潢的函。2、国家工商行政管理总局商标评审委员会驳回费列罗公司申请其三个立体商标领土延伸保护的复审决定书，分别为商评字（2006）第 3190 号、商评字（2006）第 3191 号、商评字（2006）第 3192 号。证明费列罗公司就涉案产品的包装、装潢申请的立体商标已被驳回。3、国家知识产权局专利复审委员会对费列罗公司的三项外观设计专利无效宣告请求审查决定书，分别为第 6606 号、第 6607 号、第 6913 号。证明费列罗公司就涉案产品的包装、装潢申请的外观设计专利被宣告无效。4、我国台湾地区“最高行政法院”裁定，证明 FERRERO ROCHER 巧克力使用的包装、装潢不具有特有性。5、三种在中国市场以外生产和销售的与 FERRERO ROCHER 巧克力使用的包装、装潢相似的巧克力产品，分别为 Capitol、Capricci、Anio 巧克力。证明 FERRERO ROCHER 巧克力使用的包装、装潢是通用包装、装潢。6、国家工商行政管理总局商标评审委员会的三份商标异议复审裁定书，分别为商评字（2006）第 4134 号、商评字（2006）第 4135 号、商评字（2006）第 4136 号。证明商标评审委员会的在先案例中虽然认定费列罗公司“FERRERO ROCHER 及图”商标有较高的知名度，但不足以引证该商标在 1995 年 11 月 27 日前在中国境内已具有较高知名度。

在举证期限内，再审被申请人费列罗公司向本院提交的新证据有：1、国外法院对仿冒 FERRERO ROCHER 巧克力包装、装潢构成侵权的判决。证明法国、德国、捷克、土耳其等国的法院认定 FERRERO ROCHER 巧克力包装、装潢具有特有性，并给予了保护。2、以色列特拉维夫地方法院认定蒙特莎公司生产的金莎 TRESOR DORE 巧克力产品为侵权产品的判决。3、我国台湾地区士林法院及台湾地区高等法院的判决。证明蒙特莎公司提及的在台湾地区的涉及 FERRERO ROCHER 巧克力包装、装潢的侵权诉讼案件尚未终审。4、中企商标鉴定中心出具的《商标法律论证意见书》。证明 FERRERO ROCHER 巧克力使用的包装、装潢并非通用包装、装潢，具有特有性。5、FERRERO ROCHER 巧克力三维立体商标在台湾地区注册的文件。证明 FERRERO ROCHER 巧克力使用的包装、装潢具有特有性。6、北京华通明略信息咨询有限公司市场调查报告。证明 FERRERO ROCHER 巧克力的品牌认知度和市场渗透度均高于金莎 TRESOR DORE 巧克力产品。7、上海尼尔森市场研究有限公司就 FERRERO ROCHER 巧克力及金莎 TRESOR DORE 巧克力的调查数据。证明 FERRERO ROCHER 巧克力 2004 年和 2005 年的销售量及市场占有率在全国大城市均高于金莎 TRESOR DORE 巧克力。8、在 1990 年第四期《中国民航》杂志上刊登的广告。证明与涉案包装、装潢一致的 FERRERO ROCHER 巧克力在 1990 年是以“金莎”巧克力的名义在中国进行的广告宣传及销售。9、蒙特莎公司模仿的费列罗公司尚未在中国销售的其他巧克力产品以及其他国外知名巧克力产品实物。证明蒙特莎公司仿冒行为的主观恶意。

本院经再审审查查明：一、二审法院认定的事实基本属实。

本院另查明：被控侵权的金莎 TRESOR DORE 巧克力包装、装潢为：每粒金莎 TRESOR DORE 巧克力呈球状并由金色锡纸包装；在每粒金球状包装顶部均配以印有“金莎 TRESOR DORE”商标的椭圆形金边标签；每粒金球状巧克力均配有底面平滑无褶皱、侧面带波浪褶皱的呈碗状的咖啡色纸质底托；外包装为透明塑料纸或塑料盒；外包装正中处使用椭圆金边图案，内配产品图案及金莎 TRESOR DORE 商标，并由此延伸出红金色绶带。以上特征与费列罗公司起诉中请求保护的包装、装潢在整体印象和主要部分上相近似。

本院认为，本案主要涉及 FERRERO ROCHER 巧克力是否为在知名商品，FERRERO ROCHER 巧克力使用的包装、装潢是否为特有包装、装潢，以及蒙特莎公司生产的金莎 TRESOR DORE 巧克力使用包装、装潢是否构成不正当竞争行为等争议焦点问题。

一、关于 FERRERO ROCHER 巧克力是否为在知名商品

根据中国粮油食品进出口总公司与费列罗公司签订的寄售合同、寄售合同确认书等有关证据，二审法院认定 FERRERO ROCHER 巧克力自 1984 年开始在中国境内销售无误。反不正当竞争法所指的知名商品，是在中国境内具有一定的市场知名度，为相关公众所知悉的商品。在国际已知名的商品，我国法律对其特有名称、包装、装潢的保护，仍应以在中国境内为相关公众所知悉为必要。所主张的商品或者服务具有知名度，通常系由在中国境内生产、销售或者从事其他经营活动而产生。认定知名商品，应当考虑该商品的销售时间、销售区域、销售额和销售对象，进行任何宣传的持续时间、程度和地域范围，作为知名商品受保护的情况等因素，进行综合判断；也不排除适当考虑国外已知名的因素。本案二审判决中关于“对商品知名状况的评价应根据其在国内外特定市场的知名度综合判定，不能理解为仅指在中国境内知名的商品”的表述欠当，但根据 FERRERO ROCHER 巧克力进入中国市场的时间、销售情况以及费列罗公司进行的多项宣传活动，认定其属于在中国境内的相关市场中具有较高知名度的知名商品正确。再审申请人关于 FERRERO ROCHER 巧克力在中国境内市场知名的时间晚于金莎 TRESOR DORE 巧克力的主张不能成立。

二、关于 FERRERO ROCHER 巧克力使用的包装、装潢是否具有特有性

盛装或者保护商品的容器等包装，以及在商品或者其包装上附加的文字、图案、色彩及其排列组合所构成的装潢，在其能够区别商品来源时，即属于反不正当竞争法保护的特定包装、装潢。费列罗公司请求保护的 FERRERO ROCHER 巧克力使用的包装、装潢系由一系列要素构成。如果仅仅以锡箔纸包裹球状巧克力，采用透明塑料外包装，呈现巧克力内包装等方式进行简单的组合，所形成的包装、装潢因无区别商品来源的显著特征而不具有特有性；而且，这种组合中的各个要素也属于食品包装行业中通用的包装、装潢元素，不能被独占使用。但是，锡纸、纸托、塑料盒等

包装材质与形状、颜色的排列组合有很大的选择空间；将商标标签附加在包装上，该标签的尺寸、图案、构图方法等亦有很大的设计自由度。在可以自由设计的范围内，将包装、装潢各要素独特排列组合，使其具有区别商品来源的显著特征，可以构成商品特有的包装、装潢。FERRERO ROCHER 巧克力所使用的包装、装潢因其构成要素在文字、图形、色彩、形状、大小等方面的排列组合具有独特性，形成了显著的整体形象，且与商品的功能性无关，经过长时间使用和大量宣传，已足以使相关公众将上述包装、装潢的整体形象与费列罗公司的 FERRERO ROCHER 巧克力商品联系起来，具有识别其商品来源的作用，应当属于反不正当竞争法第五条第（二）项所保护的特有的包装、装潢。再审申请人关于判定涉案包装、装潢为特有会使巧克力行业的通用包装、装潢被费列罗公司排他性独占使用，垄断国内球形巧克力市场等理由不能成立。

此外，费列罗公司 FERRERO ROCHER 巧克力的包装、装潢使用在先，蒙特莎公司主张其使用的涉案包装、装潢为自主开发设计缺乏充分证据支持，二审判决认定蒙特莎公司擅自使用 FERRERO ROCHER 巧克力特有包装、装潢正确。

本案诉请是以制止不正当竞争行为的方式保护 FERRERO ROCHER 巧克力使用的由文字、图形、色彩、形状、大小等诸要素构成的包装、装潢的整体设计，该受保护的整体形象设计不同于三维标志性的立体商标，不影响相关部门对于有关立体商标可注册性的独立判断。蒙特莎公司提交的国家工商行政管理总局商标评审委员会驳回费列罗公司立体商标领土延伸保护的复审决定等与本案并无直接关联，不影响本案的处理。知名商品的特有包装、装潢与外观设计专利的法律保护要求也不同，蒙特莎公司提交的国家知识产权局专利复审委员会对费列罗公司外观设计专利无效宣告请求审查决定与判断 FERRERO ROCHER 巧克力使用的包装、装潢是否具有特有性亦无直接关联。蒙特莎公司提交的我国台湾地区“最高行政法院”的裁定以及费列罗公司提交的国外法院的判决等亦与本案所涉相关市场不具有关联性，不能作为本案认定事实的依据。

三、关于相关公众是否容易对 FERRERO ROCHER 巧克力与金莎 TRESOR DORE 巧克力引起混淆、误认

对商品包装、装潢的设计，不同经营者之间可以相互学习、借鉴，并在此基础上进行创新设计，形成有明显区别各自商品的包装、装潢。这种作法是市场经营和竞争的必然要求。就本案而言，蒙特莎公司可以充分利用巧克力包装、装潢设计中的通用要素，自由设计与他人先使用的特有包装、装潢具有明显区别的包装、装潢。但是，对他人具有识别商品来源意义的特有包装、装潢，则不能作足以引起市场混淆、误认的全面模仿，否则就会构成不正当的市场竞争。我国反不正当竞争法中规定的混淆、误认，是指足以使相关公众对商品的来源产生误认，包括误认为与知名商品的经营者具有许可使用、关联企业关系等特定联系。本案中，由于 FERRERO ROCHER 巧克力使用的包装、装潢的整体形象具

有区别商品来源的显著特征，蒙特莎公司在其巧克力商品上使用的包装、装潢与 FERRERO ROCHER 巧克力特有包装、装潢又达到在视觉上非常近似的程度，即使双方商品存在价格、质量、口味、消费层次等方面的差异和厂商名称、商标不同等因素，仍不免使相关公众易于误认金莎 TRESOR DORE 巧克力与 FERRERO ROCHER 巧克力存在某种经济上的联系。据此，再审申请人关于本案相似包装、装潢不会构成消费者混淆、误认的理由不能成立。

四、关于二审判决是否超越当事人诉讼请求以及判决赔偿数额是否适当

在原审审理期间，费列罗公司列举提出蒙特莎公司生产的 T3、T8、T16、T24 金莎 TRESOR DORE 巧克力擅自使用了与其特有包装、装潢近似的包装、装潢，使消费者产生混淆、误认。虽然未明确列举对蒙特莎公司生产的 T12、T36、T42、T45 以及纸盒包装的 4 粒、8 粒、16 粒等 7 种巧克力商品的侵权指控，但在费列罗公司的起诉状中，请求判令不得生产、销售符合 FERRERO ROCHER 巧克力特有的任意一项或者几项组合的包装、装潢的产品或者任何与 FERRERO ROCHER 巧克力特有包装、装潢相似的足以引起消费者误认的产品。蒙特莎公司生产的上述另外 7 种巧克力也均采用了与 FERRERO ROCHER 巧克力特有包装、装潢近似的包装、装潢。二审判令蒙特莎公司立即停止使用金莎 TRESOR DORE 系列巧克力侵权包装、装潢并未超出费列罗公司的诉讼请求。

知名商品的特有包装、装潢属于商业标识的范畴，确定反不正当竞争法第五条第（二）项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。由于费列罗公司未能提供证据证明其因本案不正当竞争行为所遭受的经济损失或者蒙特莎公司因本案不正当竞争行为所获得的利润，人民法院在确定赔偿数额时可以参照商标法有关法定赔偿的规定，根据侵权行为的情节，给予人民币 50 万元以下的赔偿。据此，二审法院判令蒙特莎公司赔偿费列罗公司人民币 70 万元于法无据，应予纠正。本院综合考虑 FERRERO ROCHER 巧克力的知名度、蒙特莎公司实施不正当竞争行为的时间、规模等因素，酌情确定蒙特莎公司赔偿费列罗公司人民币 50 万元的经济损失。

此外，本案费列罗公司请求保护的是知名商品特有的包装、装潢，我国反不正当竞争法第五条第（二）项对此已有明确的保护规定，而且该规定与《保护工业产权巴黎公约》的有关规定并无不合，在国内已有符合条约要求的法律规定的情况下，无需再援引条约的相关规定。因此，二审判决关于“遇有我国法律与《保护工业产权巴黎公约》有不同规定的情形，应当适用公约的规定，本案适用反不正当竞争法第五条第（二）项时，应当不限于法律所列举的一般情形，应认定蒙特莎公司的行为构成对费列罗公司的商品及商业活动造成混淆的不正当竞争”的理由不当，应予纠正。

综上，蒙特莎公司在其生产的金莎 TRESOR DORE 巧克力商品上，擅自使用与费列罗公司的 FERRERO ROCHER 巧克力包装、装潢相近似的包装、装潢，足以引起相关公众对商品来源的混淆、误认，构成不正当竞争行

为。二审判决部分理由不妥，但判决蒙特莎公司的行为构成不正当竞争并责令立即停止使用金莎 TRESOR DORE 系列巧克力违法包装、装潢并无不当。为划清本案依法应受保护的包装、装潢整体形象的特有性与其中某些构成要素的通用性，以及该特有包装、装潢与费列罗公司另案主张的相关立体商标之间的界限，更加准确地界定本案不正当竞争行为的范围，对二审有关判决主文作适当调整。二审判决对赔偿额的确定不当，应予纠正。根据《中华人民共和国反不正当竞争法》第五条第（二）项和《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十七条第二款的规定，判决如下：

一、维持天津市高级人民法院（2005）津高民三终字第 36 号民事判决第一项、第五项；

二、变更天津市高级人民法院（2005）津高民三终字第 36 号民事判决第二项为：蒙特莎（张家港）食品有限公司立即停止在本案金莎 TRESOR DORE 系列巧克力商品上使用与意大利费列罗公司（FERRERO S.p.A）的 FERRERO ROCHER 系列巧克力商品的特有包装、装潢相近似的包装、装潢的不正当竞争行为；

三、变更天津市高级人民法院（2005）津高民三终字第 36 号民事判决第三项为：蒙特莎（张家港）食品有限公司自本判决送达后十五日内，赔偿意大利费列罗公司（FERRERO S.p.A）人民币 500,000 元。逾期支付，按照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十二条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

四、变更天津市高级人民法院（2005）津高民三终字第 36 号民事判决第四项为：责令天津经济技术开发区正元行销有限公司立即停止销售上述金莎 TRESOR DORE 系列巧克力商品。

本案一审案件受理费 25,010 元，由蒙特莎（张家港）食品有限公司承担 20,000 元，意大利费列罗公司（FERRERO S.p.A）负担 5010 元。二审案件受理费 25,010 元，由蒙特莎（张家港）食品有限公司承担 20,000 元，意大利费列罗公司（FERRERO S.p.A）负担 5010 元。

本判决为终审判决。

审 判 长 孔祥俊

审 判 员 王永昌

代理审判员 郜中林

二〇〇八年三月二十四日

书 记 员 王新