

广州市荔湾区人民政府

荔湾府行复〔2020〕10号

行政复议决定书

申请人：艾某某（广东）健康咨询有限公司。

被申请人：广州市荔湾区市场监督管理局。

法定代表人：毕清。

住所地：广州市荔湾区长寿西路70号。

申请人艾某某（广东）健康咨询有限公司（以下简称申请人）不服被申请人广州市荔湾区市场监督管理局（以下简称被申请人）作出的穗荔工商处字〔2019〕743号《行政处罚决定书》，向广州市荔湾区人民政府申请行政复议，广州市荔湾区人民政府已依法予以受理，现已审查终结。

申请人请求：

撤销广州市荔湾区市场监督管理局作出的穗荔工商处字〔2019〕743号《行政处罚决定书》，免除对申请人所作的处罚。

申请人称：

一、宁波艾某某生物科技有限公司的鉴定证明存在严重错误。（一）鉴定标准是新款艾罐，鉴定对象是旧款艾罐，鉴定人

是投诉方，鉴定抽样存疑，故鉴定证明不真实，没有证明效力。

（二）被申请人在鉴定申请人的艾灸罐是否侵权的标准是一个宁波艾某某公司擅自改动的专利图案，并在产品上打上专利号生产的新款艾罐，以此鉴定其生产并销售给经销商的旧款符合专利图案的产品，参考标准有误。（三）申请人没有收到、没有看到鉴定证明，不知道鉴定证明是否真实存在。（四）艾灸罐来源清晰。宁波艾某某生物科技有限公司的前身是宁波艾某某公司，在 2016 年 1 月 30 日开始申请艾灸罐专利，并根据专利设计图开始生产没有专利号的旧款艾罐。2017 年 1 月 2 日，陈某某多次对外展示没有专利号的旧款艾罐。2017 年 3 月 1 日至 3 月 21 日期间，凌某群向宁波艾某某公司代理商顾某某购买没有专利号的旧款艾灸罐，来源清晰。涉案的艾灸罐是旧款，交易时间在 2017 年 3 月 1 日至 2017 年 3 月 21 日期间，早于宁波艾某某公司取得艾罐专利的时间 2017 年 3 月 22 日。

二、涉案艾灸罐产品来源于“艾某某”注册商标权利人的代理商销售给广东艾某某公司，是耐用品，并用于客户服务。一是在处罚书中提到的 40 个旧款艾灸罐，是由“艾某某”注册商标权利人的代理商于 2017 年 3 月 8 日销售给广东艾某某公司股东凌爱群的。2017 年 3 月 22 日，宁波艾某某公司取得了艾灸罐专利。2017 年 6 月 23 日，申请人向宁波艾某某公司订货并受到宁波艾某某公司的新款既有艾某某商标又有专利号的艾灸罐。申请人注意到此两批艾灸罐存在不同，并封存了旧款的 40 个艾灸罐，不对

外销售，仅用于客户试用等服务。这批产品的使用也得到了客户的满意，故沿用到 2019 年 8 月 13 日。

三、申请人股东凌某群作为宁波艾某某公司的代理商和合同销售代表，有资格使用涉案艾灸罐。2017 年 12 月 6 日，凌某群在宁波艾某某公司授权下，成为宁波艾某某公司的销售代表之一，并和东莞市代理商刘某娟、邵某芳签署《艾某某全息艾灸项目加盟合同》，2018 年 1 月 10 日，申请人向宁波艾某某公司订货。2018 年 3 月 12 日，凌某群在宁波艾某某公司授权下作为宁波艾某某公司的销售代表，和惠州代理商容某桥签署《艾某某全息艾灸项目加盟合同》。2018 年 6 月 2 日、6 月 26 日、7 月 4 日、9 月 29 日，申请人多次向宁波艾某某公司订货。凌爱群和宁波艾某某公司进旧款艾灸罐是事实，陈某某、郑某某国华都向凌某群发过艾灸罐。

被申请人答复称：

一、穗荔工商处字〔2019〕743 号行政处罚事实清楚、证据确凿。一是未登记机关变更，擅自在广州市荔湾区芳村大道东某号 C201-C203 从事销售艾灸罐、艾灸条、提供艾灸服务等经营活动。二是根据举报在申请人的经营现场查获印“艾某某”标识的艾灸罐 40 个，经商标权利人鉴定为侵犯“艾某某”注册商标专用权的商品。现场未发现上述商品的进货单据，也未发现有剩余库存，因此确认 40 个艾灸罐为侵权商品，并予以扣押。在调查中确认艾灸罐销售单价为 40 元，因此上述侵权商品的违法经营额为

1600 元。二、穗荔工商处字〔2019〕743 号行政处罚决定适用法律正确。一是申请人擅自变更经营地址违反了《中华人民共和国公司法》第七条第三项的规定，被申请人依据《中华人民共和国公司法》第二百一十一条第二款的规定，责令申请人自收到行政处罚决定书之日起 30 日内办理变更登记。二是依据《中华人民共和国商标法》第五十七条、第六十条第一款和第二款的规定，对申请人作出责令停止侵权行为、没收侵犯“艾某某”注册商标专用权的艾灸罐 40 个，并处罚款人民币六万元的行政处罚。三、被申请人作出穗荔工商处字〔2019〕743 号行政处罚决定的程序合法。被申请人作出的《行政处罚决定书》（穗荔工商处字〔2019〕743 号），严格依照《中华人民共和国行政处罚法》规定，经过了立案、调查取证、告知、作出决定、送达文书等程序，符合法律法规关于程序的规定。四、其他答复意见。（一）鉴定书真实有效。投诉人也就是本案注册商标专用权的权利人，对涉案商品作出的鉴定有效，符合商标法保护注册商标专用权的规定。（二）涉案艾灸罐来源不明。申请人在被申请人调查阶段和行政复议阶段提供的合同、转账记录等证据材料，无法证明转账记录与涉案物品有关，对申请人提供的证据材料之合法性、真实性、关联性不予认可。（三）申请人存在经营涉案艾灸罐的行为。被申请人通过对申请人调查取证取得的证据材料，可以确认申请人有经营艾灸罐的行为，且使用自身的产品提供艾灸服务。因此，申请人存在经营涉案艾灸罐的违法事实清楚。恳请复议机关依法驳回申

请人的复议请求，维持我局作出的行政处罚决定。

本府查明：

2019年7月19日，宁波艾某某生物技术有限公司（以下简称投诉举报人）向被申请人提交《商标侵权纠纷处理请求书》，请求被申请人查处申请人侵犯注册商标专用权的行为。投诉举报人称其拥有注册号分别为第22107252号（国际分类：10）、第30815329号（国际分类：35）、第30820129号（国际分类：41）、第23756190号（国际分类：10）、第27835760号（国际分类：5）的注册商标专用权，并提供了注册号分别为第22107252号和第23756190号的“商标注册证”复印件，核定使用商品、服务项目为国际分类：10类（火罐等）。

被申请人在调查时发现：申请人原登记的住所地是广州市南沙区丰泽东路某号（自编1号楼），未经登记机关变更，擅自在广州市荔湾区芳村大道东某号C201-C203从事销售艾灸罐、艾灸条、提供艾灸服务等经营活动。对此，申请人已经承认未办理变更登记。

被申请人收到投诉举报以后，依法于2019年8月2日、8月6日、8月13日、10月21日分别对申请人进行了询问或者到现场调查，其中8月13日现场调查发现申请人处有已经拆开使用的标记为“艾某某”的艾灸罐400个，尚未使用的“艾某某”艾灸罐40个，并于当日作出《实施行政强制措施决定书》（穗荔市监强字（2019）000049号），对上述40个艾灸罐实施扣押。涉案

艾灸罐单价为 40 元,因此被申请人确认申请人侵权商品违法金额为 1600 元。在此期间的 2019 年 8 月 19 日投诉举报人出具了《鉴定书》,向被申请人确认上述产品为侵犯其商标专用权、专利权的产品。

在被申请人对本案进行查处期间,申请人向被申请人提供了有关的转账记录、合伙合同、加盟合同、微信聊天记录、购买和销售“艾柱”“艾罐”的单据、发货清单、拿货明细表等材料,时间跨度从 2017 年 1 月到 2019 年 7 月,主张其与投诉举报人存在合作、代理关系以及其持有、销售、使用的“艾某某”艾灸罐等有合法来源。

2019 年 12 月 6 日被申请人作出《行政处罚告知书》(穗工商荔分告字(2019)第 0201908030000079-00003 号),责令申请人立即停止侵权行为,并拟作出如下处罚:1、没收上述 40 个艾灸罐;2、罚款人民币六万元整。被申请人向申请人有效送达了告知书,告知申请人可以在法定期限内行使陈述、申辩的权利。但申请人未在法定期限内进行陈述、申辩。

2019 年 12 月 13 日被申请人作出《行政处罚决定书》(穗荔工商处字〔2019〕743 号):一是认定申请人擅自变更经营地址违反了《中华人民共和国公司法》第七条第三项的规定,被申请人依据《中华人民共和国公司法》第二百一十一条第二款的规定,责令申请人自收到行政处罚决定书之日起 30 日内办理变更登记;二是依据《中华人民共和国商标法》第五十七条、第六十条第一

款和第二款的规定，责令申请人停止对投诉举报人注册商标的侵权行为，并作出如下处罚：1、没收侵犯“艾某某”注册商标（证号 22107252）专用权的艾灸罐共 40 个；2、罚款人民币六万元整。被申请人于 2020 年 1 月 6 日向申请人直接送达上述行政处罚决定书。

申请人不服上述行政处罚决定书，于 2020 年 3 月 2 日向本府申请行政复议。由于案件复杂，本府将案件审理期限依法延长 30 天，并告知申请人和被申请人。2020 年 5 月 8 日，本府对案件进行了开庭审理，申请人及其代理人与被申请人均有到庭。

在行政复议期间，申请人又陆续向本府补充提交了微信聊天记录（包括微信语音聊天的文字记录）、多幅有关艾灸罐正在使用的照片，以及申请人的法定代表人、公司其他“股东”等与投诉举报人的法定代表人、投资人等从事跟艾灸有关的活动合影照片、快递单据等，并对部分材料作了相应的文字说明，主张其与投诉举报人的商业合作关系和代理商的关系，以证明其销售和使用的、特别是被查处的艾灸罐有合法来源。

另外，本府在审理时查明：被申请人在申请人现场调查发现的已经拆开并且使用的 400 个艾灸罐与被被申请人已经扣押和查处的 40 个艾灸罐属同一类型的艾灸罐，被申请人对其他涉案产品未作处理。

又查，申请人于 2019 年 12 月已经对经营地址办理了变更登记，即现在的公司住所地。

本府认为：

根据《中华人民共和国商标法》第六十条、第六十一条、第六十二条、《中华人民共和国商标法实施条例》第七十七条、《广东省查处生产销售假冒伪劣商品违法行为条例》第四条等的规定，被申请人有查处商标侵权违法行为的法定职权。

申请人未经登记机关变更，擅自在广州市荔湾区芳村大道东某号 C201-C203 从事销售艾灸罐、艾灸条、提供艾灸服务等经营活动，违反了《中华人民共和国公司法》第七条第三项的规定，被申请人依据《中华人民共和国公司法》第二百一十一条第二款的规定，责令申请人自收到行政处罚决定书之日起 30 日内办理变更登记，并无不当。鉴于申请人已经作出整改，办理了变更登记，本府予以确认。

按照《中华人民共和国商标法》第三条的规定“经商标局核准注册的商标为注册商标，包括商品商标、服务商标和集体商标、证明商标；商标注册人享有商标专用权，受法律保护。”《中华人民共和国商标法》第二十二条第一款、第二款的规定：“商标注册申请人应当按规定的商品分类表填报使用商标的商品类别和商品名称，提出注册申请。商标注册申请人可以通过一份申请就多个类别的商品申请注册同一商标。”注册商标的使用是与特定的商品或者服务一一对应的，注册商标的权利人一经注册登记，就取得了在相应的商品或者服务上使用该商标的专用权。投诉举报人宁波艾某某生物科技有限公司申请的“艾某某”商标已经注

册，取得“商标注册证”，商标注册人就享有专用权。被申请人接到投诉举报以后，依法受理，到现场进行了调查取证，依据《中华人民共和国商标法》第六十二条的规定：“县级以上工商行政管理部门根据已经取得的违法嫌疑证据或者举报，对涉嫌侵犯他人注册商标专用权的行为进行查处时，可以行使下列职权：（一）询问有关当事人，调查与侵犯他人注册商标专用权有关的情况；（二）查阅、复制当事人与侵权活动有关的合同、发票、账簿以及其他有关资料；（三）对当事人涉嫌从事侵犯他人注册商标专用权活动的场所实施现场检查；（四）检查与侵权活动有关的物品；对有证据证明是侵犯他人注册商标专用权的物品，可以查封或者扣押……”被申请人据此扣押了涉案产品 40 个。被申请人依据《中华人民共和国商标法实施条例》第八十二条的规定：“在查处商标侵权案件过程中，工商行政管理部门可以要求权利人对涉案商品是否为权利人生产或者其许可生产的产品进行辨认。”要求投诉举报人也就是本案注册商标权利人对涉案产品进行辨认，出具《鉴定书》，于法有据。在此情况下，被申请人依据《中华人民共和国商标法》第五十七条的规定：“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，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的；（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；（三）销售侵犯注册商标专用权的商品的；（四）伪造、擅自制

造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的；(五)未经商标注册人同意，更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场的；(六)故意为侵犯他人商标专用权行为提供便利条件，帮助他人实施侵犯商标专用权行为的；(七)给他人的注册商标专用权造成其他损害的。”认定涉案产品侵犯了投诉举报人的注册商标专用权，符合法律规定。被申请人依据《中华人民共和国商标法》第六十条第二款的规定：“工商行政管理部门处理时，认定侵权行为成立的，责令立即停止侵权行为，没收、销毁侵权商品和主要用于制造侵权商品、伪造注册商标标识的工具，违法经营额五万元以上的，可以处违法经营额五倍以下的罚款，没有违法经营额或者违法经营额不足五万元的，可以处二十五万元以下的罚款……”，依据《广东省市场监督管理局关于行政处罚自由裁量权的适用规则》、《广东省市场监督管理局行政处罚自由裁量权标准》、《广州市工商行政管理机关规范行政处罚自由裁量权办法》和《广州市工商行政管理系统行政处罚裁量标准》的有关规定，并按照《行政处罚法》的有关规定，拟就涉案的 40 个艾灸罐侵犯注册商标专用权，对申请人进行行政处罚，作出《行政处罚告知书》并送达申请人，但申请人未在法定期限内进行陈述、申辩。因此，被申请人在法定期限内依法对申请人侵犯“艾某某”注册商标（证号 22107252）专用权的艾灸罐 40 个作出《行政处罚决定书》（穗荔工商处字〔2019〕743 号），并依法送达申请人，程序合法，认定事实清楚，适用法律法规正确。

对于申请人提出与投诉举报人之间是因为彼此合作出现了纠纷，投诉举报人是利用商标侵权对其进行打击报复、陷害，同时提出：一、在投诉举报人取得注册商标权以前一年多就已经开始使用有涉案商标的产品一直到案发，有权利继续使用；二、所使用的产品都是合法取得。法律法规固然保护商标注册人的合法权益，也保护其他公民或者组织的合法权益。对此，本府认为：一、《中华人民共和国商标法》第三十二条的规定：“申请商标注册不得损害他人现有的在先权利，也不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标。”《中华人民共和国商标法》第五十九条第三款规定：“商标注册人申请商标注册前，他人已经在同一种商品或者类似商品上先于商标注册人使用与注册商标相同或者近似并有一定影响的商标的，注册商标专用权人无权禁止该使用人在原使用范围内继续使用商标，但可以要求其附加适当区别标识。”据此，在先权利的构成至少应当同时具备以下几个条件：1. 时间节点：先于注册商标申请日前使用；或者先于注册商标申请人第一次使用日前使用该商标。而且是连续使用，没有间断。2. 使用主体和范围：权利人在跟注册商标相同或者类似的商品或者服务上使用。3. “有一定影响”：即在一定的范围内为群众所知晓，具有知名度和美誉。4、出于善意：其使用不构成不正当竞争。在行政复议期间，申请人虽然提供了一些书面材料和一些使用标有“艾某某”字样的产品图片、并标注了使用时间，但没有其它证据能证明图中那些产品使用的具体时间、场合、使

用人等，从而无法证明申请人在本案涉及的投诉举报人注册商标申请日前已经在涉案产品使用该商标、或者在投诉举报人第一次使用日前使用该商标，因此无法确认申请人享有在先权利。二、

《中华人民共和国商标法实施条例》第七十九条规定：“下列情形属于商标法第六十条规定的能证明该商品是自己合法取得的情形：（一）有供货单位合法签章的供货清单和货款收据且经查证属实或者供货单位认可的；（二）有供销双方签订的进货合同且经查证已真实履行的；（三）有合法进货发票且发票记载事项与涉案商品对应的；（四）其他能够证明合法取得涉案商品的情形。”据此，涉案商品的合法性至少应当同时具备以下几个条件：1. 主体合法；2. 主观上善意；3. 产品的来源合法；4. 使用合法。特别是对于其中“来源合法”，通常是指：1. 产品的“源头”合法：供应商或者生产厂家合法，有相应的生产经营资质，并获得授权生产或者销售。2. 获得产品的渠道合法：产品名称、型号、规格、数量、价款等能与申请人提供的有关合法单据、票证等一一对应，而且能够被查证。申请人虽然提供了一些图片、微信聊天记录、银行流水单、发货清单、快递单等材料，但都不能证明申请人所持有的或者已经使用、销售的涉案产品符合《中华人民共和国商标法实施条例》第七十九条规定的任何一种情形的合法取得，或者已经获得注册商标使用许可。进一步说，投诉举报人对申请人使用其注册商标的投诉举报，也就是对申请人涉案注册商标合法使用的否定，从而不能获得侵权豁免。因此，只要没有获得权利人的

许可，在相同或者类似的商品或者服务上使用跟注册商标相同或者近似的文字、图形以及文字与图形的组合，即构成侵犯注册商标专用权，并承担相应的侵权责任。

综上所述，申请人提出的复议请求理据不足，本府不予支持。至于申请人与投诉举报人之间纠纷，可以通过其他法律途径解决。

本府决定：

根据《中华人民共和国行政复议法》第二十八条第一款第（一）项、《中华人民共和国行政复议法实施条例》第五十一条的规定，维持被申请人作出《行政处罚决定书》（穗荔工商处字〔2019〕743号）。

申请人如不服本府复议决定，可在收到本《行政复议决定书》之日起15日内，向有管辖权的人民法院起诉。

广州市荔湾区人民政府

2020年5月25日