

上海市杨浦区人民法院

民事判决书

(2015)杨民三(知)初字第256号

原告上海三彩科技发展有限公司，住所地上海市宝山区。

法定代表人邹新建，董事长。

委托代理人张一奇，上海锦维律师事务所律师。

被告上海则正塑料排水板工程有限公司，住所地上海市崇明县富民支路XXX号XXX-XXX室(上海横泰经济开发区)

法定代表人汤则兵，总经理。

被告汤则兵，男，1965年7月25日出生，汉族，户籍地江苏省通州市。

上述两被告共同委托代理人张青，北京大成(上海)律师事务所律师。

原告上海三彩科技发展有限公司(简称“三彩公司”)与被告上海则正塑料排水板工程有限公司(简称“则正公司”)、被告汤则兵侵害作品复制权、信息网络传播权、虚假宣传纠纷一案，本院于2015年4月28日受理，依法组成合议庭，于2015年11月4日公开开庭审理本案。原告的委托代理人张一奇，被告则正公司法定代表人即被告汤则兵及两被告共同委托代理人张青到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告三彩公司诉称：原告成立于1994年，原告法定代表人一直致力于排水板领域的技术研究。原告于2002年创造完成了《建筑夹层塑料板防排水构造》图集，并就其著作权进行相应登记。被告汤则兵即被告则正公司的法定代表人在原告处工作期间，作为工程代表参与了原告承接的部分工程的全部过程，获取了大量的关于原告施工的工程信息以及其他商业信息，并于2009年12月3日秘密成立被告则正公司，从事与原告完全相同的行业，非法获取原告的商业机会。被告汤则兵与原告从未存在合作关系，汤则兵利用原告公章保管不善私自加盖了合作协议，被告汤则兵于2011年7月从被告处离职。在被告则正公司经营的公司网站及其宣传手册中，被告则正公司声称是“唯一一家从事地下室墙面排水板施工的企业”，自称成立时间2003年，将原告从1998年至2008年承接的7个项目自称为是被告则正公司“施工案例”，其行为属于我国《反不正当竞争法》中所规定的虚假宣传行为，对原告造成侵害。同时，上述网站和宣传册上所列部分施工构造图也来源于原告的《建筑夹层塑料板防排水构造》作品，被告的行为侵害了原告的信息网络传播权和复制权。在原告准备正式签订施工合同的紫荆广场工程中，被告则正公司基于虚假宣传的不正当竞争手段，使得原告被排挤出该工程。故原告诉至本院，请求判令：1、被告则正公司立即销毁2010年版、2012年版企业宣传册；2、被告则正公司、被告汤则兵在《解放日报》及<http://www.shzezheng.com>网站上刊登声明，消除因被告则正公司虚假宣传及侵权行为对原告造成的影响；3、被告则正公司、被告汤则兵共同赔偿因虚假宣传导致原告经济损失共计人民币(以下币种均为人民币)40,000元；4、被告则正公司、被告汤则兵共同赔偿因侵犯原告著作权导致原告经济损失共计40,000元；5、被告则正公司、被告汤则兵共同赔偿原告因维权产生的合理费用计10,000元(包括律师费5,000元、公证费3,040元、原告法定代表人及委托代理人参加庭审的差旅费1,960元)。

被告则正公司辩称：1、原被告是合作关系，被告则正公司成立之初与原告即建立密切联系，被告是经原告同意使用相关的施工图；2、原告主张的宣传册是在2010年印制，现在仅有公司留存的2、3本，2012年版也仅有留存的几本，被告也已删除网站上相关内容；3、被告对原告未造成不良影响，因此不必消除影响；4、原告无经济损失，被告不承担赔偿责任。综上，请求法院驳回原告的全部诉讼请求。

被告汤则兵辩称：其与原告一直是合作关系，与原告签订劳动合同仅是为了由原告代为缴纳社保，2009年以前是以原告的名义对外开展业务，2009年后应原告要求借用三彩公司的场地注册成立了则正公司，然后就以则正公司名义对外经营，2010年版宣传册上也注明了三彩公司是合作单位。当时与原告约定，原、被告施工结构图是可以互用的。综上，请求法院驳回原告的全部诉讼请求。

本院经审理查明：

一、原、被告基本情况

原告三彩公司成立于1994年12月，注册资本2,100,000元，经营范围包括自粘PE排水板、塑料排水板、三彩节能型多功能应用排水板加工、安装及销售等，登记机关为上海市工商行政管理局宝山分局。

被告则正公司成立于2009年12月，法定代表人为被告汤则兵，注册资本1,000,000元，经营范围包括塑料排水板、建筑夹层塑料板的安装及销售等，登记机关为上海市工商行政管理局崇明分局。

被告汤则兵于2006年12月与原告三彩公司签订劳动合同，约定合同期限为无固定期限，自2006年12月起就职于原告三彩公司营销部门施工岗位从事营销操作工作，基本月工资为1,300元。原告三彩公司自2007年1月起为被告汤则兵缴纳外来从业人员综合保险，直至2011年6月。

2009年12月20日，原告三彩公司与被告汤则兵签订三彩公司合作营销协议书一份，主要内容为：1、将三彩公司的产品分为常规不保护产品及登记保护产品。2、可以用三彩公司的名义营销，开票6%；汤则兵也可以用其他单位与三彩公司合作，代购废料加工。协议书对价格组成、结算价格进行了约定。

二、原告参与工程项目的事实

1999年1月，上海新慈厚房地产有限公司工程筹建处、上海第一测量师事务所、江苏省扬子江建筑工程总公司第一公司新慈厚北里项目经理部出具《用户意见书》载明，嘉里商务中心在选择地下工程疏水板时，由于三彩公司的塑料夹层板受力合理，而被建筑师选中。施工完毕至今，地下车库夹层地坪质量完好，无裂缝、无潮湿、承载强度高。经实例证明：塑料夹层板是永久解决地下工程防渗、防潮的好产品。

原告三彩公司与上海市第四建筑有限公司签订编号为SC-FD-XXXXXXXXXX的《产品购销合同》，约定由原告三彩公司就复旦大学新闻学院工程项目提供塑料夹层板、土工布。庭审中，原告陈述该合同签订于2005年，被告对此表示确认。

2006年11月18日，原告三彩公司与上海华盛建设(集团)有限公司签订《工矿产品购销合同》，约定由三彩公司就黄浦人大办公楼工程提供排水板等货物，并提供技术支持。2007年4月25日，上海华盛建设集团有限公司出具《地下室内墙采用三彩中空粉刷用

户意见书》载明：黄浦区人大地下工程的地下贮藏防潮及局部墙面渗漏的防治均采用三彩中空粉刷，并由三彩公司进行技术指导，竣工后工程质量达到一级质量，用这种构造措施永久解决了大型地下工程难以防治的渗漏问题，本技术有推广和实用性。

2007年5月29日，原告三彩公司与中建三局深圳装饰设计工程公司签订《物资采购合同》，签订地点为上海环球金融中心，约定由三彩公司提供塑料排水板，并约定货物单价包工包料、包安装、包工期，包文明施工等。

2007年7月5日，原告三彩公司与上海市建工机械工程有限公司签订《三林城W5(B)地块商品住宅金谊河畔住宅小区地下室塑料排水板工程制作安装及供料合同》，约定原告三彩公司负责三林城W5(B)地块商品住宅(金谊河畔住宅小区)地下室塑料排水板工程。

2007年9月11日，原告三彩公司与上海丰辰装饰工程有限公司签订《工矿产品购销合同》，约定由三彩公司向徐汇苑工地提供塑料夹层板等货物，并负责安装施工，

2007年9月28日，原告三彩公司与上海市第四建筑有限公司签订《地下室排水板补充施工分包合同》，约定由原告三彩公司承接上海市卢湾区107、108地块项目。

审理中，原告与被告汤则兵确认，被告汤则兵参与了环球金融中心、卢湾区107、108工程地块、金谊湖畔、徐汇苑、黄浦区政府大楼地下工程等五个项目；被告则正公司与被告汤则兵确认，涉案的七个项目均系以原告三彩公司的名义承接，被告则正公司没有承接过上述项目。

三、原告出版图集的事实及著作权权属

(一)图集：

图集号为2002沪J/T-301的《建筑夹层塑料板防排水构造(屋顶绿化、平屋面、地下工程)》一本。该图集首页载明：主编单位为同济大学建筑系、上海三彩科技发展有限公司，有效期为2002年3月-2005年3月。

该图集第5页刊载名为“构造A(绿化)”图片一幅、第7页刊载设计说明/应用范围的中间一幅、第9页刊载名为“综合构造二”图片一幅、第10页刊载名为“女儿墙(一)”、“女儿墙(二)”、“垂直出水口(一)”、“垂直出水口(二)”共四副、第11页刊载名为“伸出管道”、“塑料板搭接”、“土工布叠合”共三副、第25页刊载名为“顶板整体采用(构造A)”、“顶板整体采用(构造B)”。(前述共十二张图片分别简称为涉案图片1-12)。

2015年10月9日，三彩公司出具《建筑夹层塑料板防排水构造》2002沪J/T-301编制情况证明，该证明主要内容为：上海三彩科技发展有限公司是建筑夹层塑料板的科研、生产、施工单位，在图集第31、32、33页都作了介绍，图集内容和制作都由三彩公司独立完成。三彩公司对该图集享有完全的、独立的著作权利。根据上海市建筑产品推荐性应用图集的出版流程，由三彩公司邀请同济大学建筑系负责技术审定，并支付相关费用。同济大学建筑与城市规划学院建筑系于2015年10月10日对该证明盖章，认可上述内容与实际情况相符。

(二)著作权登记证书

中华人民共和国国家版权局出具的编号为XXXXXXXXX的《著作权登记证书》，该

证书载明，申请者上海三彩科技发展有限公司(中国)提交的文件符合规定要求，对于于2002年3月1日创作完成，并于2002年3月2日在上海首次发表的作品《<建筑夹层塑料板防水构造>图集号2002沪J/T-301》，申请者以法人作品著作权人身份依法享有著作权。经中国版权保护中心审核，对该作品的著作权予以登记。登记号为：国作登字-2012-L-XXXXXXXXX。登记日期为2012年9月14日。

四、原告享有专利权的事实

2010年11月3日，中华人民共和国国家知识产权局出具第694701号发明专利证书，该证书载明发明名称：塑料排水板在地下工程墙面的应用方法，发明人：邹新建，专利号：ZLXXXXXXXXXXXX.9，专利申请日：2006年6月29日，专利权人：邹新建，授权公告日：2010年11月3日。2003年6月20日，专利权人邹新建就该专利缴纳了年费。2010年12月1日，邹新建出具授权书，该授权书内容为：本人邹新建是《塑料排水板在地下工程墙面的应用方法》发明专利号为ZLXXXXXXXXXXXX.9的权利人，现授权上海三彩科技发展有限公司独占使用该发明专利，并对中国范围内侵犯上述专利的行为，独立采取维权措施。

五、被告则正公司2010年版宣传册被控侵权内容的事实

被告则正公司2010年版宣传册(白色封面)公司简介第1页载明“上海则正塑料排水板工程有限公司是在上海注册的国内唯一一家专业从事地下室车库墙面排水板施工的企业”、“本公司自2003年与全国最早生产塑料排水板厂家——上海三彩科技发展有限公司合作以来，……自行研发了墙面塑料排水板专用粘接剂、专用界面剂、专用防裂腻子”、第2页载明“自2003年以来，该地下室塑料排水板施工工艺先后在……上海黄浦区人民政府、上海环球金融中心(102层的三层地下车库)、……卢湾区107、108地块(四层、五层地下车库)、上海嘉里商务中心、……复旦大学、……上海徐汇苑、……上海金谊河畔三林住宅小区一期、二期、三期、四期、……等重点工程所采用……”、“本公司研发的地下室塑料排水板施工工艺属则正公司专利，各施工单位、网站、建筑师应尊重本公司的创造劳动成果，不得抄袭、转载、套用此施工工艺，未经本公司许可不得使用……否则我们将根据《中华人民共和国著作权法》等相关法律、法规追究其经济和法律的责任。”该宣传册第17页刊载标题为“上海市部分墙面、底板施工项目”的图表，该图表内载明“上海嘉里商务中心”、“上海黄浦区人民政府”、“上海环球金融中心”、“上海复旦大学”、“上海徐汇苑”、“上海金谊河畔三林住宅小区一期”、“上海金谊河畔三林住宅小区二期”、“上海金谊河畔三林住宅小区三期”、“上海金谊河畔三林住宅小区四期”、“上海卢湾区107地块”、“上海卢湾区108地块”。图表下方注明施工实例的公开是为了让用户可以直接了解上海则正塑料排水板工程有限公司所施工的工程最终质量。

该宣传册第14-15页刊载大标题为“地下车库顶板塑料排水板的应用构造与技术”，下小标题为“四、则正排水屋顶、车库顶绿化现场施工图集”的内容，第14页刊载一幅名为“屋顶构造”的图片与涉案图片3比对基本一致、下面一幅名为“平面构造”的图片与涉案图片11比对基本一致，第15页刊载左上一幅名为“排水板搭接”的图片与涉案图片9比对基本一致、右上一幅名为“土工布搭接”的图片与涉案图片10比对基本一

致、中左一幅图片与涉案图片12比对基本一致，中右一幅图片与涉案图片2比对基本一致。

六、被告则正公司2012年版宣传册被控侵权内容的事实

被告则正公司2012年版宣传册(红黑封面)第14页刊载一幅名为“屋顶构造”的图片与涉案图片3比对基本一致，中左一幅名为“排水板搭接”的图片与涉案图片9比对基本一致，中右一幅名为“土工布搭接”的图片与涉案图片10比对基本一致。

七、被告则正公司网站被控侵权内容的事实

2014年4月4日，上海市普陀公证处出具(2014)沪普证经字第1093号公证书，该公证书载明：申请人上海三彩塑料排水板工程有限公司以维权取证需要为由于2014年3月25日向该公证书提出申请，要求对相关网页内容办理保全证据公证，由申请人的委托代理人操作计算机，进行了如下保全证据的行为：一、连接“Internet Explorer”，在地址栏内输入网址www.shzezheng.com回车后，显示页面(即公证书后附网页打印件第5页)载明“上海则正塑料排水板工程有限公司是在上海注册的国内唯一一家专业从事地下室车库墙面排水板防霉、防潮、防结露、防渗漏的施工企业……”；二、点击上述页面中“关于则正”，进入页面(即公证书后附网页打印件第7-8页)载明“上海则正塑料排水板工程有限公司是在上海注册的国内唯一一家专业从事地下室车库墙面排水板防霉、防潮、防结露、防渗漏的施工企业……”、“则正公司自2003年首创发明此施工工艺实施以来……”、“自2003年以来，该地下室塑料排水板施工工艺先后在……上海黄浦区人民政府、上海环球金融中心(102层的三层地下车库、……卢湾区107、108地块(四层、五层地下车库)、上海嘉里商务中心、……复旦大学、……上海徐汇苑、……上海金谊河畔三林住宅小区一期、二期、三期、四期……”、“则正公司研发的地下室塑料排水板施工工艺属则正公司专利，各施工单位、网站、建筑师应尊重本公司的创造劳动成果，不得抄袭、转载、套用此施工工艺，未经本公司许可不得使用。请自觉遵守上述版权声明。凡有侵权行为的个人、法人或其他组织，必须立即停止侵权并对其因侵权造成的一切后果承担全部责任和相应赔偿。否则我们将依据《中华人民共和国著作权法》等相关法律、法规追究其经济和法律的责任”；三、点击导航栏“施工案例”后，点击进入页面中“项目目录”，打开页面(即公证书后附网页打印件第39-40页)载明“上海市部分墙面、底板施工项目”、“上海嘉里商务中心三层地下车库12000平方”、“上海黄浦区人民政府二层地下车库800平方”、“上海环球金融中心三层地下车库9000平方”、“上海复旦大学一层地下车库600平方”、“上海徐汇苑二层地下车库25000平方”、“上海金谊河畔三林住宅小区一期一层地下车库4000平方”、“上海金谊河畔三林住宅小区二期一层地下车库5000平方”、“上海金谊河畔三林住宅小区三期二层地下车库4500平方”、“上海金谊河畔三林住宅小区四期二层地下车库8000平方”；四、点击导航栏“施工案例”、进入页面点击左边的“排水板屋顶、车库顶绿化施工方案”，显示页面(即公证书后附网页打印件第48页)标题为““排水板屋顶、车库顶绿化施工方案”下载有8副图片，其中最上方一张图片与涉案图片1比对一致，左一与涉案图片4比对一致，右一与涉案图片5比对一致，左二与涉案图片7比对一致，右二与涉案图片6比对一致，左三与涉案图片8比对一致，右三与涉案图片9比对一致，左四与涉案图片10比对一致。

2014年3月25日，案外人上海三彩塑料排水板工程有限公司为(2014)沪普证经字第1093-1094号公证书支付公证费2,000元，副本费40元。审理中，原告确认1094号公证书与本案无关。

2015年10月28日，案外人上海三彩塑料排水板工程有限公司出具情况说明，载明因该公司欠上海三彩科技发展有限公司应付款，故上海三彩科技发展有限公司与则正公司等的纠纷案件中，该公司代为支付了(2014)沪普证经字第1093号公证费用。同时因公证程序要求，以该公司名义作为公证申请人，实际公证事项均为上海三彩科技发展有限公司的法定代表人邹新建进行的。

2014年5月16日，上海市徐汇公证处出具(2014)沪徐证经字第3058号公证书，该公证书载明：申请人上海科技发展有限公司因保全证据需要，委托代理人于2014年5月15日向该处申请保全证据公证，由申请人的委托代理人操作计算机，进行了如下保全证据的行为：在浏览器域名栏内输入www.miitbeian.gov.cn域名，回车，屏幕显示为“工业和信息化部”主页，点击“公共查询”，屏幕显示为“ICP/IP地址/域名信息备案管理系统”的页面，点击“备案信息查询”字样链接，屏幕显示为相关页面，在网站域名输入框中输入关键字“shzezhen.com”，输入验证码，点击“提交”字样按键，屏幕显示为查询结果页面，点击“详细”字样链接，输入验证码，屏幕显示审核通过时间2010-05-26，主办单位名称：上海则正塑料排水板工程有限公司，网站名称：上海则正塑料排水板工程有限公司，网站负责人：汤则兵，网站备案/许可证号：沪ICP备XXXXXXXXX号-1，网站首页网址www.shzezhen.com，网站域名：shzezhen.com。2014年7月22日，上海市徐汇公证处公证书发送回执单显示：当事人上海三彩科技发展有限公司，事项名称3058证据保全，应收费1,000元，实收费1,000元。

八、被告则正公司被行政处罚的事实

2014年6月30日，上海市工商行政管理局宝山分局出具沪工商宝案处字〔2014〕第XXXXXXXXXXXX号行政处罚决定书，该决定书主要内容为：则正公司于2009年12月23日通过网络委托某制作者制作“上海则正塑料板排水工程有限公司”广告宣传画册，广告设计、广告内容由则正公司提供，网络制作者提供印刷制作服务，共计制作上述广告画册100份，每份价格为5元，合计广告费为500元。则正公司于2010年1月1日起向建筑工地施工方免费发放。则正公司在未取得专利权的情况下在该宣传画册第二页中宣称“本公司研发的地下室塑料排水板施工工艺属则正公司专利。”则正公司制发的广告宣传画册中谎称取得专利权的行为违反了《中华人民共和国广告法》第十一条第二款：“未取得专利权的，不得在广告中谎称取得专利权”的有关规定。该行政处罚决定书除责令则正公司停止发布、公开更正并罚款1,500元上缴国库。被告则正公司在审理中表示其未就该行政处罚提出复议或起诉，已缴纳罚款。

九、被告主张涉案图片系他人在先发表且系公开信息的事实

(一)凯迪公司图集(2001年版)

上海凯迪科技实业公司出具的声明和对应的图集一份。2015年3月8日上海凯迪科技实业公司出具声明，内容为：此本图集是上海凯迪科技实业公司2001年成立后最初一本图集，出版日期为2001年3月。被告认为该图集第四页(包含封面)上的图3与原告诉称的

涉案图片9类似。

(二)《地下建筑防水构造》图集

2006年6月，中国建筑标准设计研究院编制编号为02J301的《地下建筑防水构造》，被告认为该图集第74页的左下图系被告2010版宣传册中第14页下图(对应原告涉案图片8)的来源。

(三)《凯迪排疏板防排水组合系统构造》图集

2010年，上海建筑设计研究院有限公司编制图集号为2010沪J/T-227的《凯迪排疏板防排水组合系统构造》，被告认为该图集第11页的图1系被告2010版宣传册中第15页左上图(对应原告涉案图片8)的来源。

(四)《HW塑料防护排水板组合系统》图集

2011年3月，上海沪望建筑科技发展有限公司、南通沪望塑料科技发展有限公司通过中国建筑标准设计研究院编辑出版发行编号为2011CPXY-J219总301的《HW塑料防护排水板组合系统》图集，被告认为该图集第5页中图2与被告2010年版宣传册中第15页左上图(对应原告涉案图片9)图形一致，图3与被告2010年版宣传册中第15页右上图(对应原告涉案图片10)图形一致。被告将该图集第7页中的图1、图2组合形成了2010年版宣传册中第14页中图(对应原告涉案图片3)。

(五)沪望公司宣传册

上海沪望建筑(材)科技发展有限公司、南通沪望塑料科技发展有限公司印制《沪望品牌——防排水保护板、生态植草格、垂直绿化墙北京奥运工程·上海世博园工程选用产品》，该宣传册无出版时间，被告认为该宣传册第6页的中右图与被告2010年版宣传册第14页中图(对应原告主张涉案图片3)大致相同，第7页的右上图与被告宣传册第14页下图(对应原告主张涉案图片11)大致相同。

(六)其他图集或宣传册

为证明原告诉称的作品系公共领域的公开信息，被告除提供了上述五本图集外，还提供：1、上海凯迪科技实业公司的宣传册(灰白封面)；2、上海凯迪科技实业公司的宣传册(白色封面)。

以上事实，有原告提供的企业法人营业执照、专利证书及授权书，《建筑夹层塑料板防排水构造》及著作权登记证书、工程合同及用户意见书、汤则兵劳动合同、社保缴纳记录、(2014)沪普证经字第1093号公证书、(2014)沪徐证经字第3058号公证书、被告则正公司宣传手册(2010年版)、宝山区工商局行政处罚决定书、律师费、公证费发票、2015年10月10日同济大学建筑与城市规划学院建筑系的情况说明、2015年10月28日上海三彩塑料排水板工程有限公司情况说明及营业执照复印件，被告则正公司与被告汤则兵提供的企业法人营业执照、营销协议书，被告则正公司2012版本宣传册、沪望公司宣传册、HW塑料防护排水板组合系统图集、地下建筑防水构造图集、案外人上海凯迪科技事业有限公司声明及图集和宣传册，(2014)杨民三(知)初字第232号证据交换笔录、庭审笔录，本案的证据交换笔录、庭审笔录等证据予以证实。

原告为证明其遭受的损失，提供了包括控江路紫荆广场商办楼会议纪要、洽谈资料、短信记录打印件及截屏，三份会计报表等在内的一组证据，被告认为紫荆广场的项目

是公开招标，原、被告均是公平竞争，且被告最终并未中标，而原告营业额的下降和利润的减少与被告无关，是因其经营不善导致。因该组证据无法证明因被告则正公司的虚假宣传导致原告失去紫荆广场项目、也不能证明原告利润的减少与被告存在关联关系，该组证据与本案不具有关联性，故本院对此组证据不予采纳。

两被告为证明原、被告之间互用施工构造图，提供施工构造图一份，证明原告竞标紫荆广场时使用了被告提供的施工构造图。原告认为原告竞标紫荆广场的施工图来源于原告的图集，只是将平面图改成立体图。本院认为，即使原告使用了被告的设计图，仅凭该证据无法证明原、被告之间存在互用施工构造图的约定，故对该证据本院不予采纳。

本院认为，本案的争议焦点为：一、原告与被告则正公司之间是否存在同业竞争关系，被告则正公司是否实施虚假宣传的不正当竞争行为；二、涉案的图片是否是著作权法意义上的作品，被告则正公司是否侵害了涉案作品的复制权、信息网络传播权；三、被告汤则兵是否帮助被告则正公司实施了上述侵权行为；四、若构成侵权，被告应承担的侵权责任。

关于争议焦点一，本院认为，原告三彩公司的主营范围是自粘PE排水板、塑料排水板、三彩节能型多功能应用排水板加工、安装及销售；被告则正公司的主营范围为塑料排水板、建筑夹层塑料板的安装及销售。从原告提供的工程项目合同来看，原告不仅向客户提供塑料夹层板等货物，也在一些项目工程中提供地下室的制作安装、施工等服务。因此被告则正公司主营的范围与原告部分重合，存在交易对象的争夺，应认定其与原告属于同业竞争者。

在市场交易中，经营者应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用原则，遵守公认的商业道德，经营者不得利用广告或者其他方法，对商品的质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效期限、产地等作引人误解的虚假宣传。被告通过开设网站、印制宣传册等方式公开传递其商品、服务信息，主观上是为了通过宣传自身而招揽交易对象，客观上起到了向社会公众公开传递其服务、技术等信息的宣传效果，该行为属于《反不正当竞争法》第九条第一款规定的“广告或者其他方法”。

关于涉案网站和宣传册上的内容是否构成“引人误解的虚假宣传”，应当根据日常生活经验、相关公众一般注意力、发生误解的事实和被宣传对象的实际情况等因素，对引人误解的虚假宣传行为进行认定。

首先，关于被告汤则兵在涉案7个项目中的身份。涉案的7个项目均为原告三彩公司在1999年至2007年间承接，根据现有证据，被告汤则兵与原告三彩公司于2006年12月签订劳动合同，2009年12月签订《营销协议书》，故被告汤则兵即使参与了其中的部分项目，也是以原告三彩公司员工的身份参与，而非其自称的与原告三彩公司合作的关系。现被告则正公司网站及宣传册上文字部分均表示涉案的七个项目采用的是被告则正公司的工艺，且在施工项目部分以涉案的7个项目名称等信息刊载，上述的行为易使相关公众产生被告则正公司承接了涉案7个项目的误解；

其次，关于被告则正公司网站和宣传册上的文字内容。1、被告则正公司称自己是在上海注册的国内唯一一家专业从事地下室车库墙面排水板防霉、防潮、防结露、防渗

漏的施工企业，从原告提供的工程项目合同来看，原告不仅向客户提供塑料夹层板等货物，也在一些项目工程中提供地下室的制作安装、施工等服务，被告虽辩称其本意是在上海地区其他公司都负责生产和施工，而仅被告则正公司从事施工业务，故其是上海唯一一家从事地下室排水板施工企业，但是原告作为上海注册的企业亦提供地下室排水板的施工服务，而被告的行为使公众产生了其系上海唯一一家从事地下室排水板施工企业，其他企业并不从事排水板施工的误解。2、被告则正公司称“本公司自2003年与全国最早生产塑料排水板厂家——上海三彩科技发展有限公司合作以来，……自行研发了墙面塑料排水板专用粘接剂、专用界面剂、专用防裂腻子”、“则正公司自2003年首创发明此施工工艺事实以来……”、“则正公司研发的地下室塑料排水板施工工艺属则正公司专利，各施工单位、网站、建筑师应尊重本公司的创造劳动成果，不得抄袭、转载、套用此施工工艺，未经本公司许可不得使用。请自觉遵守上述版权声明。凡有侵权行为的个人、法人或其他组织，必须立即停止侵权并对其因侵权造成的一切后果承担全部责任和相应赔偿。否则我们将依据《中华人民共和国著作权法》等相关法律、法规追究其经济 and 法律责任”，一方面则正公司成立于2009年，而非其所称的2003年，另一方面结合上述的内容，相关公众会产生被告则正公司研发了地下室塑料排水板施工工艺，并且该工艺系被告则正公司专利的误解，而本案中，被告则正公司并未举证其研发了该工艺并且拥有专利，相反，根据上海市工商行政管理局宝山分局出具沪工商宝案处字〔2014〕第XXXXXXXXXXXX号行政处罚决定书的内容，被告因系谎称其取得专利权而被处罚，因此被告则正公司2010版宣传册及网站的该部分文字使得相关公众对被告则正公司的成立时间、施工工艺具有特殊性产生误解。

综上，本院依法认定被告则正公司的上述行为均构成虚假宣传的不正当竞争行为。

关于争议焦点二，本院认为，著作权法所称作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果。本案中涉案图片为12幅施工构造图，是原告根据其产品的施工工艺所创作，该构造图系由点、线、面和各种几何图形组成的，包含着设计者所追求的精确、简洁与对称的科学之美，因此涉案的12幅施工构造图符合独创性标准方面的要求。被告提供了其他公司的多本宣传册、图集等，以证明原告主张的图片存在于公有领域，经比对其中的构造图与原告主张的图片并不相同。如涉案图片10中最上层选择了三根黑色的虚线并填充黄色来表示土工布，下面用链接的红色的颗粒突起表示排水板，下面黑白相间的直线表示防水层，最下面斜线加三角来表示结构面，同时对左边平行于结构面的土工布标注了自由叠合、对右边有一定折起的土工布部分标注了顺坡叠合，而被告提供的《凯迪公司图集》(2001年版)中是使用黑色的突起表示排水板，使用灰色掺杂几何体的矩形图形表示结构面，使用填充色为蓝色的长条表示防水层。此外，被告提供的《沪望品牌——防排水保护板、生态植草格、垂直绿化墙北京奥运工程会·上海世博园工程选用产品》，该图集集中的图片在排水板的描绘上使用了不连续的红色突起线条来表示，在结构图中用小的圆点表示渗漏水，采用“F”型的方式标注剖面各个部分的名称。这说明不同的作者对于同一施工方式的描述是有足够的自由创作空间，可以对线条、色彩、比例、角度、背景、描绘的部位等进行自由的选择，涉案的施工结构图并不存在表达方式有限而产生思想与表达混同的情况，因此涉案的

施工构造图符合著作权法上对于作品的构成要件，系著作权法意义上的作品。

著作权法规定，如无相反证明，在作品上署名的公民、法人或者其他组织为作者。原告提供了《建筑夹层塑料板防排水构造(屋顶绿化、平屋面、地下工程)》图集一本，该图集载明主编单位为同济大学建筑系、上海三彩科技发展有限公司，同时同济大学建筑系出具证明，证明该图集的内容和制作系由三彩公司独立完成，故可以认定原告三彩公司系《建筑夹层塑料板防排水构造(屋顶绿化、平屋面、地下工程)》图集的作者。

被告则正公司在公司宣传册以及公司网站上使用的图片与原告主张的涉案图片比对一致或基本一致，应当认为其在公司宣传册上使用图片的行为侵害了著作权人对涉案作品享有的复制权，在公司网站使用图片的行为侵害了著作权人对涉案作品享有的信息网络传播权。被告则正公司辩称被告的图片借鉴其他公司的图集或宣传册，但除了凯迪公司自称于2001年3月出版的宣传册及《地下建筑防水构造》图集外，其它或未标注印刷出版时间和出版日期晚于被告则正公司的2010版宣传册。就被告认为相类似的图片进行比对，也与被告的图片所采取的表达方式并不相同，被告提供的证据不能证明其使用施工构造图的来源，本院对被告抗辩意见不予采信。

被告则正公司辩称根据《营销协议书》的约定，其与原告建立合作关系，使用涉案施工构造图获得原告许可。原告虽对《营销协议书》提出质疑，辩称协议书上公章系保管不善汤则兵私盖，但认可公章的真实性，也未就其辩解意见提供证据证明，本院对于原告的意见不予采纳，本院认定2009年12月原告与被告汤则兵签订《营销协议书》。从协议书内容分析，该协议书是原告与被告汤则兵合作后对外营销、产品结算的协议，当时，被告则正公司已注册成立，但该协议并非以被告则正公司名义与原告签订，且该协议书并未涉及本案系争内容，被告的抗辩意见缺乏事实及法律依据，本院不予采信。

关于争议焦点三，本院认为，被告则正公司的行为侵害了原告三彩公司的民事权利，应当承担相应的民事责任。原告现有证据无法证明被告汤则兵作为被告则正公司的法定代表人，在其履行职务行为外，以个人名义实施或帮助被告则正公司实施了本案的侵权行为，故被告汤则兵不应对被告则正公司的涉案侵权行为承担连带责任。

关于争议焦点四，本院认为，被告则正公司侵害原告作品复制权、信息网络传播权，并构成虚假宣传的不正当竞争行为，应当承担停止侵权、消除影响和赔偿损失的民事责任。原告要求被告停止侵权的诉讼请求，于法有据，本院予以准许。关于消除影响，原告要求以《解放日报》及<http://www.shzezheng.com>为载体刊登声明，本院认为，刊登声明的方式、范围应与侵权行为造成的影响范围相适应，被告则正公司2010年宣传册印制数量为100册，2012年宣传册已将大部分侵权文字、图片删除，故被告则正公司侵权行为造成的影响主要存在于网络，被告则正公司在其网站上刊登声明，可以达到消除影响的效果。关于虚假宣传的不正当竞争行为损害赔偿数额，鉴于原告无法举证证明其实际损失，亦难以证明被告则正公司基于虚假宣传行为的获利，本院综合考虑原、被告的经营范围，被告则正公司的主观过错程度，实施虚假宣传行为的方式、范围、持续时间、造成的影响等因素，酌情确定相应的赔偿金额。关于侵害作品复制权、信息网络传播权侵权损害赔偿数额，由于原告因侵权所受的经济损失、被告因侵权所获的经济利益均难以确定，故本院依据本案的具体案情，综合考量原告涉案作品的类型、创作难

度和被告侵权行为的性质、情节等因素，依法酌定赔偿金额。关于原告主张的公证费，其中(2014)沪普证经字第1093号公证书发票涉及两份公证书，对此本院予以酌定，关于律师费以及差旅费，原告未提供差旅费的相关证据，本院结合依法维权的实际需要、相关收费标准及案件的难易程度，酌情予以确定。

据此，依照《中华人民共和国侵权责任法》第十五条第一款第(一)项、第(六)项、第(八)项，《中华人民共和国反不正当竞争法》第二条第三款、第九条第一款、第二十条，《中华人民共和国著作权法》第十条第一款第(五)项及第(十二)项、第十一条第四款、第四十八条第(一)项、第四十九条，《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》第八条第一款第(三)项、第十七条第一款，《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第七条、第二十五条第一款及第二款、第二十六条之规定，判决如下：

一、被告上海则正塑料排水板工程有限公司应停止虚假宣传、停止侵害涉案12幅图形作品复制权的行为，即被告上海则正塑料排水板工程有限公司应于本判决生效之日起销毁其2010年版、2012年版企业宣传册；

二、被告上海则正塑料排水板工程有限公司应于本判决生效之日起三十日内在其网站(网址为：www.shzezheng.com)首页连续三天刊登声明，消除侵权行为对原告上海三彩科技发展有限公司造成的影响(声明内容须经本院核准)；

三、被告上海则正塑料排水板工程有限公司应于本判决生效之日起十日内赔偿原告上海三彩科技发展有限公司因其虚假宣传行为造成的经济损失人民币20,000元；

四、被告上海则正塑料排水板工程有限公司应于本判决生效之日起十日内赔偿原告上海三彩科技发展有限公司因其侵害作品复制权、信息网络传播权的行为造成的经济损失人民币10,000元；

五、被告上海则正塑料排水板工程有限公司应于本判决生效之日起十日内赔偿原告上海三彩科技发展有限公司因维权支出的合理费用人民币7,000元；

六、驳回原告上海三彩科技发展有限公司其余的诉讼请求。

负有金钱给付义务的当事人，如果未按本判决指定的期间履行给付义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条的规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本案案件受理费人民币2,050元，由原告上海三彩科技发展有限公司负担人民币604元，被告上海则正塑料排水板工程有限公司负担人民币1,446元。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海知识产权法院。

审 判 长	张 谦
审 判 员	刘燕萍
人民陪审员	吴奎丽
书 记 员	倪贤锋

二〇一六年一月二十二日