

上海市浦东新区人民法院

民事判决书

(2014)浦民三(知)初字第763号

原告上海玄霆娱乐信息科技有限公司，住所地上海市浦东新区张江镇中心路739号106-D座。

法定代表人崔嵬，总经理。

委托代理人陈敏，上海瀛泰律师事务所律师。

委托代理人邹晓晨，上海瀛泰律师事务所律师。

被告杭州乐港科技有限公司，住所地浙江省杭州市西湖区文一西路98号数娱大厦1008室。

法定代表人陈博，总经理。

委托代理人倪琼丹，浙江杭天信律师事务所律师。

原告上海玄霆娱乐信息科技有限公司（以下至判决主文前简称玄霆公司）与被告杭州乐港科技有限公司（以下至判决主文前简称乐港公司）侵害商标权、不正当竞争纠纷一案，本院于2014年8月14日受理后，依法适用普通程序，组成合议庭审理。被告乐港公司在提交答辩状期间提出本案应由其住所地人民法院管辖的异议，本院于2014年9月11日依法裁定驳回上述管辖权异议，上海市第一中级人民法院于2014年11月4日依法裁定驳回被告对本院上述裁定所提起的上诉。经庭前会议后，本院于2015年1月12日对本案进行了公开开庭审理。原告玄霆公司的委托代理人陈敏、被告乐港公司的委托代理人倪琼丹到庭参加了诉讼。本案现已审理终结。

原告玄霆公司诉称：一、原告系国内原创文学门户网站“起点中文网”的运营商，是小说《凡人修仙传》的著作权人。该小说系中国修真、仙侠类小说的王者之作，在原告网站上有近亿次的点击量，并获有数以百计的荣誉，还出版了实体图书。该小说的改编权具有极高的商业价值，原告通过自行改编、授权第三方改编等多种方式行使改编权，推出了同名网络游戏，该游戏吸引了庞大用户群，已成为国内知名网络游戏。因此，经原告推广和经营，小说《凡人修仙传》具有极高知名度、商业价值，属于知名商品，其名称“凡人修仙传”属于知名商品的特有名称，作者姓名（忘语）、作品类型（修真、仙侠）、主要人物姓名（男主角韩立、女主角南宫婉）及其形象、特定诗词等该小说的特有要素属于知名商品的特有包装。同时，原告在第9类的计算机程序、计算机游戏软件等商品上注册了第7971332号“凡人修仙传”商标，经原告使用、推广及授权第三方使用等，该商标已为公众熟知，具有良好声誉和极高知名度。二、被告系“乐都网”（首页网址www.ledu.com）的经营者，在该网站上运营网络游戏“热血三国2”。原告发现，在“百度”网站搜索“凡人修仙传”得到的搜索结果中存在链接至“乐都网”的名称为“全新凡人修仙传改编游戏”的推广链接，所链接的网页系“凡人修仙传”游戏的开始页面，页面的左上角突出使用了“凡人修仙传”字样，右上角使用了“忘语古典仙侠小说改编网游”字样，中间使用了韩立、南宫婉的姓名及人物形象，左侧使用了“朝游南海暮苍梧”等特定诗句，但按页面提示注册进入游戏后发现该游戏并非

根据小说《凡人修仙传》改编的游戏，而是“热血三国2”游戏。原告在此后又发现，在“百度”网站搜索“凡人修仙传”得到的搜索结果中存在链接至“乐都网”的名称为“全新凡人修仙传改编游戏”的推广链接，所链接的网页内容与前述“全新凡人修仙传改编游戏”推广链接所链接的网页内容基本相同，注册进入的游戏亦为“热血三国2”。三、原告认为，被告未经许可，在推广网络游戏的经营活动中，使用“凡人修仙传”商标，构成侵害原告注册商标专用权；使用“凡人修仙传”名称以及作品类型、作者姓名、主要人物姓名及其形象、特定诗词等，构成擅自使用原告知名商品的特有名称、包装的不正当竞争；以“凡人修仙传改编游戏”、“凡人修仙传改编游戏”的名义宣传与《凡人修仙传》小说及其改编游戏毫无关联的“热血三国2”游戏，构成引人误解的虚假宣传的不正当竞争。被告违背商业道德、影响公平竞争，造成了原告重大经济损失，并损害了原告的商誉。据上，请求判令：1、被告立即在侵权网站上刊文以消除影响；2、被告赔偿原告经济损失人民币300万元（以下币种相同）；3、被告承担原告为制止侵权行为所支出的合理费用153,084.30元（含公证费3,000元、律师费15万元、图书购买费84.30元）。

被告乐港公司辩称：一、原告举证的第一份证据保全公证书称原告于2014年2月21日在“乐都网”注册游戏账号并登录，但根据“乐都网”用户管理中心的信息，该账号在该日并未登录该网站，故对该公证书的真实性有异议。在被告提出上述异议、原告当庭未提及存在其他公证书的情况下，原告在此后又举证第二份证据保全公证书，且该公证书载明的公证日期为2014年5月，但公证费发票开具日期为2014年12月，故对该公证书的真实性也有异议。因此，原告的证据不能证明被告实施了侵权行为。二、即使涉案公证书真实，但被告使用的“凡人修仙传”文字与原告商标在字体、外观上不相同，两者不属于相同或者近似商标，且被告在网络游戏上使用，原告商标使用在书籍上，不属于在相同或者类似商品上使用，故被告不构成侵害原告商标权。即使被告构成商标侵权，因网络游戏领域普遍存在设置关键词进行推广链接的宣传方式，被告在设置涉案推广链接时并未意识到可能构成侵权，但在意识到后的第一时间就停止了该链接的使用，故被告在主观上不存在恶意。同时，涉案推广链接的存在时间非常短暂、用户访问量及注册数屈指可数、被告就“热血三国2”游戏的创收甚微，原告也无证据证明其经济损失或者被告所获利益，故侵权情节轻微，未对原告造成经济损失等损害后果，原告主张巨额赔偿金及律师费于法无据、于理不合。另外，原告早在2013年10月就已发现涉案推广链接，但一直未与被告联系或者予以制止，在近一年以后才提起本案诉讼，故原告对被控侵权行为持放任态度，表明被控侵权行为没有也不可能对原告造成经济损失和不良影响，如存在经济损失，原告也应自负损失的扩大部分。三、原告主张小说《凡人修仙传》为知名商品，该主张无证据证实，原告不享有所谓知名商品的特有名称、包装方面的权益。同时，原告无证据证明其开发、运营了“凡人修仙传”游戏，且被告在经营“热血三国2”游戏中未实施误导、混淆商品来源等行为，故双方之间不存在同业竞争关系，被告不构成不正当竞争。据上，请求判决驳回原告的全部诉讼请求。

为证明诉讼请求所依据的事实，原告玄霆公司提供了如下证据：1、第7971332号商标注册证，用以证明原告系“凡人修仙传”注册商标的权利人；2、《委托创作协议》

及其附件，用以证明小说《凡人修仙传》的著作权及其相关一切衍生权利均归原告所有；3、小说《凡人修仙传》图书（第1册、第10册及第24册），用以证明该小说的内容以及作品类型、作者姓名、主要人物姓名，原告通过网络传播、出版实体书等对涉案商标进行了大力宣传、推广，该小说及其游戏改编权等均具有巨大商业价值、极高知名度；4、上海市卢湾公证处（2013）沪卢证经字第3229号公证书和（2014）沪卢证经字第549号公证书，用以证明被告对原告持续实施了同一侵权行为；5、网页打印材料，用以证明小说《凡人修仙传》的知名度、影响力；6、购书费发票、公证费发票、《法律服务合同》及律师费发票、银行转账付款凭证，用以证明原告为维权支出的合理费用。

为证明反驳原告诉讼请求所依据的事实，被告乐港公司提供了如下证据：1、“乐都网”用户管理中心信息材料打印件，用以证明原告举证的第一份公证书载明的注册登录信息不真实；2、“乐都网”后台管理系统信息材料打印件，用以证明涉案推广链接的“热血三国2”游戏的用户登录数、充值金额及被告获得的利润等，被告未因上述游戏获得巨额利益；3、中国版权中心网站软件登记信息材料打印件，用以证明“凡人修仙传”网络游戏的著作权归案外人所有。

为查明案件事实，本院于2015年1月12日依法主持原、被告双方在本院使用本院连接互联网的计算机上网进行了相关勘验，对勘验情况制作了勘验笔录。

对于上述证据，原、被告双方进行了质证。本院认为，能够反映案件真实情况、与待证事实存在关联、来源和形式符合法律规定的证据，应当作为认定案件事实的根据。因此，结合双方的质证意见，本院对涉案证据依法认定如下：一、关于原告证据。1、被告对证据1、2、3的真实性、合法性、关联性无异议，上述证据可作为定案证据。2、被告对证据4的真实性有异议，因证据4系公证文书，故依法应由被告承担证明其内容不真实的举证责任。被告称第一份公证书载明的原告注册登录被告网站的时间不真实，为此提供其网站用户管理中心信息材料打印件作为证据。因原告不认可被告的该证据真实，被告也未举证证明该证据的内容与其网站中的原始信息相同，该证据也未经公证证据保全，且被告控制了其网站信息，故被告的该证据难以采信。在被告未能举证足以推翻第一份公证书相关内容真实的证据的情况下，应当认定该公证书真实，可作为定案证据。被告对第二份公证书的真实性也有异议，因原告先后举证、公证费发票延迟开具等情况与公证事项不真实之间并无因果关系，故应当认定该公证书真实，可作为定案证据。3、被告对证据5的真实性有异议，因该证据系未经公证证据保全的网页材料打印件，故证据5不得作为定案证据。4、被告对证据6中的第一次公证的公证费发票及购书费发票无异议，上述证据可作为定案证据。被告对证据6中的其他证据有异议，因第二次公证的公证费发票与第二份公证书相对应，而《法律服务合同》、律师费发票、银行转账付款凭证之间能够互相佐证，且被告无证据证明该些证据不真实，故上述证据可作为定案证据。二、关于被告证据。原告对被告证据的真实性均不予认可，因被告未举证证明证据1、2的内容与其网站中的相关原始信息相同，且被告控制其网站，该些证据也未经证据保全公证，故不得作为定案证据；证据3的内容与本院勘验查明的双方当事人无异议的相关网页内容相同，故可作为定案证据。三、关于本院勘验笔录。原、被告双方对勘验过程以及所得内容均无异议，故该证据可作为定案证据。根据上述定案证据，结合原

、被告双方的当庭陈述、工商注册登记材料，本院依法认定本案事实如下：

原告玄霆公司于2004年8月成立，注册资本10,800万元，经营范围为计算机软硬件、网络工程等领域内的技术开发、服务、产品销售及图书、电子出版物的批发零售和互联网信息服务等，系国内原创文学门户网站“起点中文网”（首页网址www.qidian.com）的经营者。被告乐港公司于2008年4月成立，注册资本3,500万元，经营范围为互联网游戏出版、利用信息网络经营游戏产品等。被告经营“乐都网”（域名ledu.com、首页网址www.ledu.com），通过该网站运营网络游戏“热血三国2”（网址sg2.ledu.com），该网站的后台登录界面的网址为pop.ledu.com、搜索界面的网址为frsg.ledu.com。

2009年4月28日，原告与案外人丁凌滔（笔名“忘语”）签订《委托创作协议》，约定：《凡人修仙传》系原告委托丁凌滔创作的作品，作品形式包括但不限于我国著作权法第三条所列的所有作品种类，作品著作权及相关的一切衍生权利完全排他性的归属于原告，原告享有的著作权包括但不限于我国著作权法第十条所列的各项著作人身权和财产权。2011年3月7日，原告经国家工商行政管理总局商标局核准注册了第7971332号“凡人修仙传”（印刷体中文）商标，有效期为2011年3月7日至2021年3月6日，核定使用商品为第9类计算机软件（已录制）、电子出版物（可下载）、计算机游戏软件、计算机程序（可下载软件）等。

《凡人修仙传》系奇幻、修真类题材的网络小说，于2008年2月20日起在“起点中文网”首发、连载，该小说叙述了一个乡村少年得到一个神秘小瓶、认识修仙者、踏上寻觅仙缘天道之路的故事，男主角为韩立，女主角为南宫婉。案外人太白文艺出版社出版发行了该小说，前10册共300万字，定价280元，第1册《七玄门风云》于2010年1月出版（2011年12月第2次印刷，系该小说的第1章至第20章），第10册《天南魔影》于2010年7月出版（系该小说的第157章至第172章），第24册《血光魔影》于2013年6月出版（系该小说的第381章至第396章，定价28元，30万字）。上述图书在封面署名“忘语”，在封面、封底、书脊及封面内折页、扉页、目录页、偶数页上突出使用了相同的手写体的上下排列的“凡人修仙传”字样；在版权页的图书在版编目信息栏及作者、出版社、书号、版次等信息栏中使用了印刷体的“凡人修仙传”字样。

进入“起点中文网”搜索关键词“凡人修仙传”的勘验结果显示：小说《凡人修仙传》的作者为忘语、性质为VIP作品、类别为奇幻修真、总点击9,984万多次、月点击28,889次、总推荐1,313万多次、月推荐4,471次、完成字数767万多字，最新更新小说章节的时间为2014年12月18日，系需付费才能阅读的小说；上述页面突出使用了“凡人修仙传”、“凡人修仙”字样，存在“点击阅读”、“投推荐票”、“打赏作品”、“试玩游戏 本书改编”等标记以及“经典必读”、“很好看很好看”等读者点评信息；点击上述“试玩游戏 本书改编”标记，进入“起点游戏平台”网页（网址game.qidian.com），其内容系《凡人修仙传》改编的同名网络游戏的介绍，页面突出使用了“凡人修仙传”、“凡人修仙”字样，并有“进入游戏官网”标记。

中国版权保护中心网站的计算机软件著作权登记信息载明，《凡人修仙传web游戏软件》的著作权人登记为原告，登记日期为2012年4月27日，另有3个名称中含有“凡人

修仙传”字样的游戏软件，登记的著作权人为案外人。通过“百度”网站，搜索关键词“凡人修仙传”，搜索结果约4,410万个，内容包括“起点中文网”上的小说《凡人修仙传》、改编自该小说的单机版游戏及网络游戏等；搜索关键词“凡人修仙传游戏”，搜索结果约420万个，内容包括《凡人修仙传OL》系根据同名小说打造的修真类网游、凡人修仙全新改编游戏、凡人修仙传改编游戏等；搜索关键词“凡人修仙传”，得到对“凡人修仙传”的搜索结果。

2013年10月18日，原告向上海市卢湾公证处申请办理证据保全公证。2014年2月21日，在上述公证处公证员宋澄和工作人员王恒冰的现场监督下，原告的委托代理人潘虹在该公证处使用该处的计算机及网络接入互联网，进行了相关操作，该公证处对操作过程及所得内容于2014年3月3日出具（2013）沪卢证经字第3229号公证书。该公证书载明：1、进入“百度”网站（网址www.baidu.com），在搜索框内输入关键词“凡人修仙传”，搜索结果显示约有3,890万个相关结果，首页搜索结果的第1条中有“凡人修仙传、凡人修仙传唯一官方入口、《凡人修仙传》高清游戏、凡人小说改编”等内容，第2条中有“2013凡人修仙传、12月火爆凡人修仙传官网、凡人游戏官网”等内容，第3条中有“凡人修仙传连载中、最新章节官网第一时间更新、起点中文网”等内容，第4条为“凡人修仙传吧百度贴吧”，有“月活跃用户246万人、累计发帖4,863万”等内容，第5条为“凡人修仙传百度百科”，有“凡人修仙传是忘语所撰的仙侠小说，连载于起点中文网”等内容。2、在上述搜索结果的首页页面的右侧有“推广链接”栏目，其中有3条在文字内容与“凡人修仙传”游戏相关的推广链接，第3条的标题为“全新凡人修仙传改编游戏打”，标题下的内容为“凡人修仙传一本经典小说一款全新游戏“凡人修仙传“让你体验凡人修仙纵横仙界的豪情”，链接的网址为“Frsg.ledu.com”。3、点击上述第3条推广链接，进入网址为“pop.ledu.com...”的网页，网页标签为“2013最新网页游戏”，网页内容主要为：中间突出两个仙侠情侣模样的青年人物形象，为服饰、发型等造型夸张的动漫、游戏类人物，女者标注“南宫婉”，身体侧面向左坐，男者标注“韩立”，身体倒悬空中，头部抵住女者左手，两人眼睛对视，两个人物形象的面积约占页面总面积的一半；左上角突出手写体的“凡人修仙传”字样，在上述字样的下方为突出的“朝游南海暮苍梧，袖里青蛇胆气粗，三醉岳阳人不识，朗吟飞过洞庭湖”文字；右上角有字体较小的“忘语古典仙侠小说改编网游戏”等内容；下方为“开始游戏”标记。4、点击上述“开始游戏”标记，在以上述网页内容为背景的面中出现一个标注“乐都网游戏”字样的注册登录框，有注册新用户、老用户登录两个选项，在输入用户名shyt1403及登录密码123456并确认密码后，点击该登录框中的“开始游戏”标记，显示进入了网址为“s9903.sg2.ledu.com”、网页标签为“乐都网-《热血三国2》”等内容的网页，网页内容为“热血三国2”游戏的开始界面。在该界面上创建游戏角色后，点击界面上的“开始游戏”标记，显示能够正常进行“热血三国2”游戏的操作，游戏内容显示其为“三国”题材游戏，有关羽、诸葛亮、司马懿等人物。5、点击上述“热血三国2”游戏中的“访问官网”标记，显示进入了网址为“sg2.ledu.com”的页面，网页中有“乐都网”、“热血三国2”等突出的标记和充值、账号等栏目，显示“热血三国2”游戏的官网网址为“sg2.ledu.com”，网页底部标注“版权所有 杭州乐港

科技有限公司”等内容。上述公证还对被告的网站备案信息、网站服务器物理地址信息及《热血三国2》游戏的批准运营信息等内容进行了证据保全公证。

2014年3月4日，原告向上海市卢湾公证处申请办理证据保全公证。2014年5月6日，在上述公证处公证员宋澄和工作人员王恒冰的现场监督下，原告的委托代理人潘虹在该公证处使用该处的计算机及网络接入互联网，进行了相关操作，该公证处对操作过程及所得内容于2014年5月12日出具（2014）沪卢证经字第549号公证书。该公证书载明的操作过程及所得内容与前述（2013）沪卢证经字第3229号公证书载明的内容基本相同。在上述公证中，通过“百度”网站搜索关键词“凡人修仙传”得到的搜索结果中的推广链接与涉案第3229号公证中的第3条推广链接的标题及内容相同，但前3个“凡”字均已改为“烦”字，链接的网址已改为“www.ledu.com”，点击该推广链接进入的网址为“p.ledu.com...”、网页标签为“凡人修仙传”，该网页的内容主要为：最上部有“热门排名第一VIP小说同步页游”字样，中上部有突出的手写体的“凡人修仙传”字样，上述字样下方有“章节直至：韩立冒死...结识南宫婉”字样，右侧为一个仙侠模样的男青年形象；在上述页面以用户名dfgqeree注册登录，能够正常进行“热血三国2”游戏的操作，该游戏运行的网址为“s681.sg2.ledu.com”。

2014年2月28日，原告与上海瀛泰律师事务所签订《法律服务合同》，约定：就本案纠纷，由上海瀛泰律师事务所为原告提供法律服务，原告应付律师费15万元等。2014年3月11日，该律所开具收到原告律师费5万元、10万元的发票各1张。2014年5月27日，原告通过银行转账支付该律所律师费15万元。为涉案证据保全公证，原告支付公证费3,000元。为购买涉案图书，原告支付购书费84.30元。

审理中，原告确认：其对“凡人修仙传”字样既作商品名称使用，又作商标使用；其主张的知名商品为小说《凡人修仙传》；其按商标法规定的法定赔偿额的上限主张经济损失赔偿金，对侵害商标权、不正当竞争行为的赔偿金不作区分；被告在诉讼中已经停止侵权行为。被告确认：其因知道小说《凡人修仙传》，且利用热门关键词搜索设置推广链接系行业普遍现象，故在“百度”网站设置了涉案第3229号公证书载明的推广链接，设链时间为2013年9月1日至2014年3月31日；上述公证书载明的游戏注册页面真实，注册进入的是其网站运行的“热血三国2”游戏，该游戏与“凡人修仙传”改编游戏无任何关联，其网站也无“凡人修仙传”改编游戏；涉案第549号公证书载明的推广链接也由其设置，因可能涉嫌侵权而将原链接中的“凡”改为“烦”。

本院认为，根据本案案情及原、被告双方的诉辩意见，本案系侵害注册商标专用权和不正当竞争纠纷案件，争议焦点主要是：被告是否侵害原告商标权；被告是否构成对原告的不正当竞争；侵权构成前提下被告应当承担的民事责任。

一、关于侵害商标权

注册商标专用权依法受到保护。原告系第7971332号“凡人修仙传”商标的注册人，该商标在注册有效期内，故原告对该商标享有的专用权受到法律保护。未经原告许可，在同一种商品上使用与原告商标相同的商标的，或者在同一种商品上使用与原告商标近似的商标、在类似商品上使用与原告商标相同或者近似的商标，容易导致相关公众混淆的，均构成侵害原告注册商标专用权。

被告在宣传推广其“热血三国2”网络游戏商品的经营活动中，在“百度”网站上刻意设置关键词为“凡（烦）人修仙传”的推广链接，在主观上具有将其选定的上述关键词作为区别、指示其推广的商品来源的目的。被告的推广链接的标题分别为“全新凡人修仙传改编游戏打”、“全新烦人修仙传改编游戏打”，其中的“凡（烦）人修仙传”字样虽非突出使用，但因标题的长度较短，上述字样为标题的主要部分、显著部分，明确指示了推广链接的游戏是“凡（烦）人修仙传”改编的游戏而非其他游戏，具有标识商品来源的作用，故属于商标使用。被告在上述推广链接所链接的其网站的网页标签上使用“凡人修仙传”字样，因网页标签高度提示了网页内容，具有标识作用，故属于商标使用。被告在其网站的网页左上角突出使用了手写体的“凡人修仙传”字样，中上部突出使用了手写体的“凡人修仙传”字样，起到了标识商品来源的作用，亦属于商标使用。被告在推广链接的标题、网页标签中使用的“凡人修仙传”商标与原告商标相同，在网页内容中使用的手写体“凡人修仙传”商标与原告商标在文字组成、读音、含义、排列方式等方面完全相同，两者在视觉上基本无差别，故被告使用了与原告商标相同的商标。被告在推广链接的标题中使用“烦人修仙传”商标，该商标与原告商标仅一字之别，两者的主要部分相同，读音相同、含义基本相同，属于近似商标，故被告使用了与原告商标近似的商标。原告商标核定使用的商品包括了计算机游戏软件，实际经营同名网络游戏商品，被告在网络游戏商品的宣传推广中使用商标，而网络游戏属于计算机游戏软件，故被告在与原告商标核定使用的同一种商品上使用商标。相关公众只有在按照被告网页提示内容注册为其游戏用户后才能发现进入的是被告的“热血三国2”游戏而非原告的“凡人修仙传”小说改编游戏，故被告的商标使用行为已造成了混淆。因此，本院认定，被告的上述行为构成侵害原告注册商标专用权。被告在推广链接的标题下的内容中使用“凡（烦）人修仙传”字样，系对小说、游戏名称的描述，也非突出使用，故不属于商标使用，不构成侵害原告商标权。

二、关于不正当竞争

根据相关网络搜索结果及涉案《凡人修仙传》小说出版发行的情况，考虑“起点中文网”系具有较高知名度、影响力的原创文学门户网站，“百度”网站的搜索引擎功能在互联网信息搜索领域具有较大知名度、影响力，网络小说在内容传播、相关公众知悉程度、商誉评价与积累等方面具有一定的特殊性等因素，结合涉案小说被改编为同名网络游戏，以及被告确认因知道涉案小说而刻意将小说名称作为关键词对其网络游戏设置推广链接，其网页上有“热门排名第一VIP小说同步页游”字样等情况，可以认为涉案小说在相关公众中已具有一定的市场知名度，为相关公众所知悉，属于知名商品。“凡人修仙传”是涉案知名商品的名称，鉴于无证据证明该名称系奇幻修真类网络小说的通用名称，“凡人”与“修仙”亦非固定搭配词组，且该名称经原告使用而已具有一定的市场知名度，故该名称已具有一定的显著性、识别性，能够起到区别于其他商品的标识作用，属于知名商品的特有名称。涉案小说的作者姓名（忘语）、主要人物姓名（韩立、南宫婉）虽不属于商品的包装，但作者与涉案小说之间具有密切联系，主要人物是涉案小说的基本元素，组合性地同时使用涉案知名商品的特有名称以及作者姓名、主要人物姓名，将提升宣传效果，导致相关公众进一步认为宣传的是涉案知名商品，故作者姓

名或者主要人物姓名在与特有名称作为组合进行使用时，属于原告在知名商品上拥有的竞争优势。因此，原告作为小说《凡人修仙传》的著作权人，系该小说商品的权利人，对该知名商品的特有名称“凡人修仙传”与作者姓名或者主要人物姓名的组合使用依法享有制止他人不正当竞争的權利。

经营者在市场经营活动中，应当遵循诚实信用原则、遵守公认的商业道德，攀附他人商誉并足以导致相关公众混淆、误认的行为属于不正当竞争行为。原、被告均经营网络游戏商品，双方存在同业竞争关系。被告使用与原告知名商品的特有名称相同、近似的名称“凡（烦）人修仙传”，还一并使用涉案小说的作者姓名、主要人物姓名，其主观目的是利用原告知名商品的特有名称的显著性、知名度，并辅以作者姓名、主要人物姓名等原告知名商品的重要元素，以此吸引关注原告知名商品以及根据该小说改编的同名网络游戏商品的相关公众，误导本意注册进入原告游戏商品的相关公众实际注册成为被告游戏商品的用戶，从而扩大其游戏商品的知名度并获得经济利益。被告的上述行为显属刻意攀附原告知名商品的商誉、搭乘原告知名商品的牌便车，违背了诚实信用原则和公认的商业道德，损害了原告的竞争优势，具有主观恶意。因此，本院认定，被告违反了《中华人民共和国反不正当竞争法》第二条第一款的规定，构成对原告的不正当竞争。上述不正当竞争行为的表现形式为宣传，相关宣传内容纯属虚假，足以造成相关公众误解，但由于被告虚假宣传行为的实质是利用原告知名商品的商誉，且被告行为本身未对原告商品进行虚假宣传，也未对其商品与原告商品进行片面对比等宣传，故从维护诚实信用原则、加强保护原告合法权益出发，不应从引人误解的虚假宣传的角度制止被告的不正当竞争行为。

应当指出，第一，被告的商标侵权行为侵害的是原告在网络游戏商品上享有的商标权，被告的不正当竞争行为侵害的是原告在小说类知名商品上享有的民事权益，故上述商标侵权行为、不正当竞争行为系各自独立存在的不同侵权行为，两者并不重合或者竞合，应当依法分别予以规制。第二，对知名商品的保护是基于其名称等经使用而已具有标识性，构成擅自使用知名商品的特有名称等不正当竞争行为一般应当发生在相同或者类似商品上。小说由文字组成，网络游戏系计算机软件，两者在内容、功能、用途、载体等方面不同，不存在需要结合使用等方面的关系，相关公众通常不会将两者混淆，故小说商品《凡人修仙传》与网络游戏商品“凡人修仙传”不属于相同或者类似商品。在原告主张权利的知名商品为小说《凡人修仙传》、被告行为发生在对网络游戏商品的宣传推广上的情况下，被告行为不属于《中华人民共和国反不正当竞争法》第五条第（二）项规定的仿冒类的不正当竞争。第三，原告主张涉案小说的作品类型、主要人物形象、特定词句为知名商品的特有包装。涉案作品类型系小说的一类通用题材，不为原告垄断，不受法律保护。主要人物形象、特定词句不属于商品包装，原告也未举证证明其小说中存在涉案人物形象、特定词句并且上述元素已具有一定的知名度、标识性，故原告主张的主要人物形象、特定词句不属于其在涉案知名商品上拥有的合法权益。

三、关于民事责任

侵害注册商标专用权、不正当竞争的，应当依法承担消除影响、赔偿经济损失等相应的民事责任。首先，被告的侵权行为误导了相关公众，对原告的商誉造成了一定的不

良影响，故应当消除影响。因被告在网络上实施侵权行为，故可在其网站上刊文以消除影响。其次，被告通过侵权行为增加了其游戏商品的用户从而获得了一定的经济利益，对原告造成了一定的经济损失，故应当赔偿原告经济损失。原告要求按商标法规定的法定赔偿额的上限确定赔偿额，缺乏事实依据，本院不予采纳。由于原告因侵权行为遭受的实际损失、被告因侵权行为获得的经济利益均难以确定，又不存在可以参照的商标许可使用费等情节，故应当依法酌定赔偿额。本院综合考虑以下因素，酌定经济损失赔偿额为5万元：一是被告具有较大的经营规模，存在商标侵权、不正当竞争两方面的侵权行为，侵权行为的表现形式多样、持续时间较长、主观过错严重，但在诉讼中已经停止侵权；二是被告的侵权行为发生在商品宣传推广环节中，未将其商品本身直接假冒为原告商品，损害后果相对较轻；三是原告的小说商品具有较高商誉，原告的商标使用在具有一定知名度的网络游戏商品上。再次，被告还应当赔偿原告为维权支出的合理费用。涉案公证费、图书购买费系原告维权的正当开支，应予支持；律师费系原告维权的正当开支，但原告主张15万元显属过高，本院综合考虑本案较为疑难、原告律师的工作量、本市律师服务业收费政府指导价标准等因素，酌情支持2万元。

综上所述，为保护当事人合法权益，维护市场竞争秩序，依照《中华人民共和国商标法》（2013年8月30日修正）第三条第一款、第四十八条、第五十六条、第五十七条第（一）项、第（二）项、第六十三条第一款、第三款、《中华人民共和国反不正当竞争法》第二条第一款、《中华人民共和国侵权责任法》第十五条第一款第（六）项、第（八）项、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》第九条、第十条、第十一条第一款、第十二条第一款、第十六条第一款、第二款、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》第一条第一款、第二条、第七条的规定，判决如下：

一、被告杭州乐港科技有限公司于本判决生效之日起十日内在“乐都网”网站（域名ledu.com、首页网址www.ledu.com）的首页显著位置刊登声明，消除因对原告上海玄霆娱乐信息科技有限公司实施商标侵权行为、不正当竞争行为而造成的不良影响，声明的内容、位置须经本院审核，声明的面积不小于6（长）×5（宽）厘米，声明须连续保留三十日。如不履行，本院将在相关媒体发布本判决的主要内容，费用由被告杭州乐港科技有限公司承担；

二、被告杭州乐港科技有限公司于本判决生效之日起十日内赔偿原告上海玄霆娱乐信息科技有限公司经济损失人民币50,000元；

三、被告杭州乐港科技有限公司于本判决生效之日起十日内赔偿原告上海玄霆娱乐信息科技有限公司合理费用人民币23,084.30元。

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。

案件受理费人民币32,025元，由原告上海玄霆娱乐信息科技有限公司负担14,385元（已预交32,062元），由被告杭州乐港科技有限公司负担17,640元，于本判决生效之日起七日内向本院缴纳。

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	许根华		
审	判	员	郭杰		
	人	民陪	审	员	孙宝祥
书	记	员	徐弘韬		

二〇一五年四月十日