

北京知识产权法院 民事判决书

(2022)京73民终984号

上诉人(原审原告):北京武神世纪网络技术有限公司,
住所地北京市石景山区实兴大街30号院3号楼2层B-0407
房间。

法定代表人:刘绍荣,执行董事、经理。

委托诉讼代理人: [REDACTED]。

委托诉讼代理人: [REDACTED]。

上诉人(原审被告):广州多益网络股份有限公司,住
所地广东省广州市萝岗区伴河路90号自编一栋301房。

法定代表人:徐骞,董事兼总经理。

委托诉讼代理人: [REDACTED]。

委托诉讼代理人: [REDACTED]。

被上诉人(原审被告): [REDACTED]公司,
住所地 [REDACTED]。

法定代表人: [REDACTED], 总经理。

委托诉讼代理人: [REDACTED]。

上诉人北京武神世纪网络技术有限公司(以下简称武神
公司)、上诉人广州多益网络股份有限公司(以下简称多益
公司)及被上诉人北京 [REDACTED] 有限公司(以下简称
[REDACTED] 公司)侵害商标权纠纷一案,不服北京市石景山区人
民法院(简称一审法院)作出的(2020)京0107民初16283
号民事判决(简称一审判决),于法定期限内向本院提起上

诉。本院受理后，依法组成合议庭进行了审理。上诉人武神公司的委托诉讼代理人 [REDACTED]，上诉人多益公司的委托诉讼代理人 [REDACTED]、[REDACTED]，被上诉人 [REDACTED] 公司的委托诉讼代理人 [REDACTED] 到本院接受了询问。本案现已审理终结。

武神公司上诉请求：一、撤销一审判决第三项关于经济损失部分的认定，判决多益公司赔偿经济损失 4 894 707 元。二、撤销一审判决第四项，判决多益公司在《羊城晚报》《北京晚报》刊登声明以消除影响。三、判决多益公司承担本案一审、二审的全部诉讼费用。事实和理由及答辩意见：一、一审判决认定无证据证明多益公司侵权获利，因此适用法定赔偿方式确定赔偿金额 35 万元存在不当。武神公司提交了“神武 4”游戏的下载量及评价量、广州知识产权法院相关判决中认定的神武端游、手游系列的年收入以及确定赔偿金额时考虑的利润率和贡献率等证据。被控侵权游戏“神武 4”自 2019 年底至 2020 年初开始运营，直到一审判决作出时已运营两年，结合多益公司 2017 年的销售收入以及其收入持续增长的事实，可以合理推定“神武 4”游戏在上述两年运营期间的收入至少应超过 30 亿元，按照 10%的利润率计算，其销售利润至少达到 3 亿元。“神武 4”游戏的官方网站、论坛、微播、微信、游戏产品和下载页面、游戏登录页面、合作方网站上均大量、突出且在显著位置上使用“神武 4”标识，多益公司亦持续大量申请“神武”系列商标，充分证明“神武”标识对于“神武”游戏的重要性。结合多益公司的侵权行为时间、游戏下载量、主观恶意、“武神”游戏的知名度以及多益公司在一审程序中无正当理由拒绝提交账册的举证妨碍行为，应全额支持武神公司在一审中主张的赔

偿金额共 500 万元。二、一审判决有关多益公司注册“神武肆”商标后不规范使用的认定存在不当。本案与“神武肆”商标的不规范使用问题无关，多益公司在官方网站、论坛、微博、微信、游戏产品及下载界面、游戏登录界面、合作方网站上所使用的的商标标志均是其曾经申请但已被驳回的商标，上述标识也与“神武肆”的商标标识截然不同，因此本案被控侵权行为与“神武肆”无关，无需对其进行论述。三、一审判决有关武神公司曾中断经营武神游戏的认定与事实不符。武神公司提交的一审证据能够证明其对“武神”商标的持续使用和宣传，2015 年至 2018 年期间有生效判决认定“武神”游戏运营以及“武神”商标实际使用，二审证据可以证明 2021 年 2023 年“武神”游戏网站可以正常运营、下载、充值等，且武神公司是否曾中断经营武神游戏不应纳入确定多益公司损害赔偿金额的因素。四、多益公司主张的双方长期共存并非合理抗辩，多益公司系在明知“武神”游戏存在的前提下申请“神武”商标、运营“神武”游戏，存在主观恶意。综上，一审判决认定事实部分不清，请求二审法院予以改判。

多益公司上诉请求：一、撤销一审判决，改判为驳回武神公司一审全部诉讼请求。二、判令武神公司承担本案一审、二审全部诉讼费用。事实和理由及答辩意见：一、一审判决没有充分考虑“神武 4”游戏上线时武神公司游戏已停止运营、无知名度的事实，也没有考虑游戏行业相关公众认知的特殊性以及两款游戏长期共存的客观情况，认定“神武 4”与武神公司商标构成混淆属于事实认定错误。第一，武神公司的“武神”游戏在 2014 年至 2017 年期间逐渐停止更新和

运营、玩家稀少，在 2019 年多益公司推出“神武 4”游戏时，武神公司的“武神”游戏不具有知名度，相关公众不会将“神武 4”与武神公司的商标混淆。至于武神公司在 2009 年推出“武神”游戏时是否具有知名度，与本案没有必然联系。同时，多益公司在一审提交了其他游戏中使用“武神”作为游戏名称、角色、技能、职业等名称的证据，证明“武神”商标在网络游戏领域具有较高通用性，其作为注册商标本身显著性不强，针对“武神”商标的司法保护力度不宜过大，一审法院认定上述证据与本案缺乏关联性有误。第二，多益公司提交了实地调查报告，证明无论是单独比对还是结合实际使用场景，大多数公众对于“武神”和“神武”并未发生实际混淆，一审判决将该调查报告作为认定“易导致混淆”的依据，存在事实认定错误。第三，一审判决没有考虑到网络游戏领域的特殊性，即武神公司“武神”游戏与多益公司“神武 4”游戏之间在游戏类型、题材、风格、玩法上存在的显著区别及相关公众在进入游戏前进行搜索、下载、安装、注册等环节的注意程度，属于事实认定不清。第四，武神公司与多益公司同为游戏公司，其在知晓“神武”系列游戏十余年间未提出过异议，双方已各自积累了不同的玩家群体，武神公司在相当长的时间基本放弃“武神”游戏的运营，放任“武神”商标的显著性和知名度下降，武神公司长期未起诉的行为属于事实上已认可双方商标共存于市场并不会对其造成损害，一审判决有关两款游戏多年共存但对一般公众而言仍存在混淆可能性的认定缺乏充分依据。第五，多益公司使用“神武 4”作为游戏名称存在正当性。多益公司使用“神武”作为游戏名称代表“英明神武”之意，同时也体现游戏

背景设定的朝代，多益公司不存在攀附武神公司商标及游戏名称的主观故意；武神公司在第41类上注册“武神”商标的时间晚于多益公司推出“神武”游戏的时间，多益公司在第41类服务上亦注册有“神武肆”商标，该商标能够与“神武4”相对应指代“《神武》游戏第四代”这一特定游戏，属于合法使用；多益公司“神武”游戏推出直到2019年“神武4”上线，始终具有较高知名度，而武神公司“武神”游戏和商标实际上处于弃置状态。此外，两款游戏在2010年先后推出，正式公测时间相隔不超过半年，“神武”游戏作为大型网游，在正式上线前需经历很长的研发和筹备周期，多益公司不可能在看到“武神”游戏上线后才开始筹备、制作并在短时间内推出“神武”游戏，多益公司不具有主观故意。二、即使多益公司使用“神武4”作为游戏名称构成商标侵权，一审法院酌定赔偿金额也过高。第一，由于武神公司的“武神”游戏在2017年之后已不再正常运营，在案证据不足以证明“武神”游戏在2016年之后的营销情况，其“武神”商标处于弃置状态，不能为武神公司带来任何商业利益，因此多益公司的行为不会压缩市场份额，没有给武神公司造成损失。第二，多益公司未提交账册的行为不构成举证妨碍的情形，武神公司在无法证明其存在实际损失的情况下，不合理地要求多益公司提供账册，多益公司拒绝提供有正当理由，不应被认定为举证妨碍行为。综上，一审判决认定事实不清，适用法律错误，应予撤销。

公司辩称：公司是媒体推广平台，与二上诉人的侵权争议无关，若多益公司的被控侵权游戏侵害了武神公司的商标权，公司将停止对该游戏进行宣传。

一审法院认定事实：

2009年5月20日，武神公司向原国家工商行政管理总局商标局（以下简称商标局）申请注册商标。经原商标局核准，武神公司获准注册第7409660号“武神”文字商标（以下称涉案商标一），核定使用商品为：国际分类第9类电脑软件（录制好的）；计算机；计算机程序（可下载软件）；计算机游戏软件等，注册有效期限自2010年12月28日起至2030年12月27日止。

2011年3月29日，武神公司向原商标局申请注册商标，经原商标局核准，武神公司获准注册第9272476号“武神”文字商标（以下称涉案商标二），核定使用商品为：国际分类第41类（在计算机网络上）提供在线游戏，注册有效期限自2014年1月7日起至2024年1月6日止。

为证明“武神”游戏上线时间，武神公司提交了（2021）
证字第20319号公证书，内容为多个网站在2009年9月对武神游戏的多篇游戏介绍或宣传文章，显示2009年9月“武神”游戏已进行封闭测试。武神公司当庭陈述，“武神”游戏在2009年9月2日开始对外上线，（2021）

字第20319号公证书中的公证内容能够证明该游戏上线时间及当时武神公司宣传推广该游戏的情况；“武神2”于2012年上线；“武神3”于2013年上线。多益公司认为，根据武神公司官网显示，武神游戏在2014年之后没有任何的更新信息，到2020年8月才有新信息，并提交了武神公司官网截屏打印件予以证明。主要内容为：打开首页-公司新闻，显示2013年-2014年，武神公司共发布多条涉及武神游戏的新闻，2014年10月28日至2020年8月13日未发布相

关新闻，2020年8月14日发布关于“武神3”新闻5条。

武神公司为证明其对“武神”系列商标进行了持续运营，提交了2014年至2019年《武神一卡通经销合同》、相应发票及订单，2019年11-12月 [] 公司“武神”游戏技术服务费发票、 [] 公司武神游戏软件服务费发票。上述合同载明：武神公司旗下产品“武神”“神话”“水浒无双”等游戏使用《武神一卡通》作为支付手段之一。

武神公司为证明其运营的“武神”系列游戏具有较高知名度，提交了分别与 [] 公司、 [] 公司、 [] 公司、 [] 公司签订的推广、营销或技术服务合同、发票或发送统计单、武神公司官网公司简介打印件以及多份荣誉证书和奖杯，可证实“武神”游戏曾荣获“2010年度百度游戏风云榜十大新锐网游奖”、2012年“动漫北京”首届民族原创动漫形象大赛客户端游戏类三等奖、2010年北京市动漫游戏优秀作品——北京市动漫游戏技术创新奖。

2020年10月26日， [] 事务所向 [] 公证处申请证据保全公证。主要公证过程如下：委托代理人 [] 使用公证处计算机，清空“360安全浏览器”历史记录后，在地址栏输入“https://sw4.duoyi.com/z”，进入“神武4游戏官网”首页，页面左侧显示“神武4”，页面内显示“新闻动态”“游戏下载”“游戏攻略”“论坛热点”等内容，内容中均涉及“神武4”；页面下方显示“广州多益网络股份有限公司 ICP粤B2-20060723”；在浏览器地址栏输入“https://sw.17173.com/”进入17173网站，页面上

方显示“17173-神武4专区”“神武4今日公测”，页面内为“神武4”游戏介绍等相关内容，页面多次使用“神武4”标识，点击“游戏下载”显示“更新时间：2020-10-23 运营商：多益网络 累计下载：316937 本周下载 81”；在浏览器地址栏输入分别“https://www.gamedog.cn/games/sw4/”“https://sw.yzz.cn/”“https://shouyou.3dmgame.com/zt/103880/”进入游戏狗、叶子猪及三鼎梦网站，页面内均显示“神武4”游戏介绍及下载等相关内容，页面多次使用“神武4”标识；在浏览器地址栏输入“新浪微博”进入搜索页面，点击“微博-随时随地发现新鲜事”进入新浪微博页面，在搜索栏输入“神武4”显示“神武4官博 多益网络有限公司 关注 24 粉丝 85 万 微博 2108 简介：回合战斗，快乐社交...”右侧“相关用户”显示“神武4小昕 广州多益网络股份有限公司”，点击“神武4官博”，微博内容均为“神武4”游戏相关宣传内容，页面多次使用“神武4”标识。点击“神武4小昕”，微博认证显示“广州多益网络股份有限公司”，页面内容均使用“神武4”标识对“神武4”游戏进行宣传推广。针对上述内容，[] 公证处出具了（2020）[] 证字第 41870 号公证书。

2020年10月26日，[] 事务所向 [] 公证处申请证据保全公证。主要公证过程如下：委托代理人 [] 使用公证处计算机，清空“360 安全浏览器”历史记录后，在地址栏输入“https://shouhu.3dmgame.com/zt/103880”，进入 [] 网站，显示“神武4与你同行”“神武4”类型：角色扮演 下方按钮

显示：安卓版 苹果版 下方显示游戏攻略等相关内容，后点击“关于 [] ，显示“ [] 公司 [] 创立于2001年，总部位于北京，2010年正式转型为公司运作的大型游戏门户网”；返回“360安全浏览器”，在地址栏输入“https://www.taptap.com/app/172654”进入相应页面，显示“神武4 类型：角色扮演 厂商：广州多益网络股份有限公司”“神武4 手游官网地址：https://sw4sy.duoyi.com”“官方微信：神武4 手游（搜索 shenwusy）”“当前版本：4.0.29 更新时间：2020年7月16日”及游戏介绍、宣传视频/截图，页面右侧“相关推荐 神武3 神武2”；返回“360安全浏览器”，在地址栏输入“https://www.87g.com/youxi/29961.html”进入相应页面，显示“当前位置：手机游戏首页>游戏下载>角色扮演>神武4”“其他信息 类型：角色扮演 类型：网游 版本：4.0.20 更新：2020-10-23 支持平台：安卓、苹果 开发商：广州多益网络科技有限公司”及游戏介绍、截图等信息；返回“360安全浏览器”，在地址栏分别输入“https://ku.18183.com/shenwu4.html” “https://dl.pconline.com.cn/download/2716866.html” “https://www.pipaw.com/shenwu/gonglue/” “https://www.xyaz.cn/gc/detail-1569-1.html/” “https://www.155.cn/game/27028.html” “https://www.downcc.com/soft/421501.html” “https://down.52pk.com/xiazai/164461.shtml” “https://www.downxia.com/downinfo/274933.html” “https://www.emumax.com/shouyou/19316.html” “https:

//www.yxbao.com/shouyou/165823.html ” “ https :
//m.ali213.net/ios/183155.html?bdkp ” “ https :
//www.qh24.com/shouyou/66423.html ” “ https :
//sw4.duoyi.com/” , 均使用“神武4”标识对“神武4”游
戏进行介绍、宣传及推广。针对上述内容, 公证
处出具了(2020) 证字第41871号公证书。

2021年5月20日, 事务所向
公证处申请证据保全公证。主要公证过程如下: 委托代理人
使用公证处计算机, 清空“IE 浏览器”历史记录后,
在 地 址 栏 中 输 入
https://sw4.bbs.duoyi.com/posts/26785646, 进入神武4
游戏官方论坛, 显示“神武4”游戏相关信息, 楼主名称为
“神武4电子版”, 头像为神武4文字组合, 帖子内容为“《神
武4》电脑版2020盛典上线……1月3日公测”, 浏览量
15150 ; 在 地 址 栏 中 输 入
https://shouji.baidu.com/game/28474196.html, 显示“百
度手机助手”, 页面内容为“神武4”一键安装 应用介绍:
快乐社交手游《神武4》……, 显示下载次数2863万; 在地
址栏中输入 https://www.xyaz.cn/gc/apps-1569-1.html,
显示: 逍遥模拟器 下载神武4电脑版, 显示下载量191万;
在地址栏中输入 https://sw4sy.duoyi.com/、https://sw4.
duoyi.com/ 、 https://sw4bbs.duoyi.com/ 、
https://sw4sybbs.duoyi.com/, 显示: 多益网络《神武4》
手游等内容, 页面多处使用“神武”或“神武4”标识, 页面
底部显示著作权人: 多益网络有限公司; 在地址栏中输入
https://weixin.sogou.com/weixin?type=1&s

<https://sw.yzz.cn/> 、 <https://sw.17173.com/> 、
<https://gamedog.cn/games/sw4/>，进入“神武4”游戏官方微信、叶子猪、17173、游戏狗网站，页面均显示“神武4”游戏相关内容；在地址栏中输入<https://weibo.com/swduoyi?is-all=1>，进入“神武4”官博，显示粉丝：849 149，微博：2157，页面均显示“神武4”游戏相关内容；在地址栏中输入<https://zhidao.baidu.com/question/115320910.html>，显示Mrs-Ren-于2009年9月2日回答“自全3D的《武神》发布了100%真实场景视频……今日继续爆出又一特色功能”；在地址栏中输入<https://xin.52pk.com/game>……，显示52PK新游戏页面，内容为09-09-28发布的武神职业剑侠介绍；在地址栏中输入<https://news.17173.com/content/2009-11-08>……，显示17173新闻中心，内容为2009-11-08发布的“圆少年英雄梦！隋唐3D网游《武神》”；在地址栏中输入<https://news.17173.com/content/2009-09-02>……，显示17173新闻中心，内容为2009-09-02发布的“《武神》创新军旗系统提升战术档次”；在地址栏中输入<https://games.sina.com.cn/o/n/2009-09-24>……，显示新浪游戏相关页面，内容为2009年9月24日发布的“《武神》封测无码有因玩家有爱有囍” 《武神》的二次封测即将在9月28日上午10点开启……。针对上述内容，北京市长安公证处出具了（2021）京长安内经证字第20319号公证书。

为证明“武神3”游戏虽未彻底停止运营但缺乏人员维护和管理，多益公司提交了网友对《武神3》游戏的评论，

主要内容如下：百度贴吧 武神 3 吧 网友长*于 2020-08-16 发帖“我想说几句怀旧服，10 年的老玩家昨天收到短信说开怀旧……”，网友凤*于 2020-09-02 跟帖“怀旧服开了有十几二十几天了吧……做副本都没人，果断退游了”，网友大*于 2021-02-22 跟帖“怀旧区没人喽，每天也就 20 多个活人”。网友龙*于 2021-04-16 发帖“差不多有十来年没玩这个游戏了，现在想回归看看……”，网友 D*于 2021-04-29 回复“回归再送点钱给策划？这种夕阳游戏说不定哪天就倒闭了……一个区活人不过十”。网友 C*于 2019-01-08 发帖“有玩过武神 3 的吗？几年前玩过，现在不玩了！想找一个类似这种的游戏”，网友我*于 2019-02-19 跟帖“神武讲道理回合制里算良心了”，网友 C*于 2020-02-19 回复“是武神 3 不是神武 3”。

为证明“神武”系列游戏是多益公司早在 2010 年就推出的回合制网络游戏，时间早于武神公司申请注册商标的时间，多益公司提交了多份新闻报道。上述报道可证实，2010 年 6 月 25 日，多益公司运营的“神武逍遥外传”开启技术封测；2015 年 7 月 3 日，“神武 2”游戏正式公测；2017 年 11 月 24 日，“神武 3”游戏上线；2019 年 12 月 24 日，“神武 4”手游开始公测；2020 年 1 月 31 日，“神武 4”游戏电脑版正式公测。多益公司当庭陈述“神武逍遥外传”正式公测时间是 2010 年 9 月 17 日，武神公司则认为该游戏正式公测时间应为 2011 年 9 月，双方就此均未提交相应证据加以证明。

为证明“神武”系列游戏具有较高知名度，多益公司提交了国家信息产业公共服务平台出具的神武荣获 2013、2014、2015 年度中国最具影响力产品奖荣誉证书，中国音像与数字

出版协会出具的“神武2”荣获2016、2017年度中国游戏十强大奖荣誉证书等。

经在国家新闻出版署官网查询“神武4”，显示如下内容：1. 游戏名称：神武4 出版单位：广州多益网络股份有限公司 文号：国新出审【2019】3612号 出版物号：ISBN978-7-498-07159-0；2. 游戏名称：神武4 出版单位：广州多益网络股份有限公司 文号：国新出审【2019】3525号 出版物号：ISBN978-7-498-07135-4。经国家知识产权局核准，多益公司获准注册第36511543号“神武肆”文字商标，核定使用商品为：国际分类第41类在计算机网络上提供在线游戏；组织电子竞技游戏比赛；通过互联网方式提供的电子游戏服务等，注册有效期限自2019年10月14日起至2029年10月13日止。庭审中，法庭询问多益公司为何在游戏中不使用经核准注册的“神武肆”商标标识时，多益公司称因版本号登记名称为“神武4”，发行游戏必须以版本号登记名称为准。

为证明“神武”及“武神”词语含义不同，多益公司提交了百度百科中关于“武神”的搜索网页，载明：武神，古代指火。这是一个多义词，包括小说作品、2012年韩国电视剧、北京武神公司开发3D网络游戏、《仙剑奇侠传》经典技能等含义。

为证明大多数公众对涉案两款游戏及其名称能够进行区分，多益公司提交了 [] 公司于2021年6月作出的《游戏商标消费者认知调查报告》一关于“神武”“武神”商标混淆市场调查。报告载明：北京 [] 有限公司……是独立的专业性调查研究机构。在调查内容上，本次调查旨在于了解“神武”在相关公众的认知中是否能和

游戏产生唯一联系，以及相关公证是否能区分“神武”“武神”两个商标标识，同时进一步讨论在实际使用场景中是否会对使用者造成误导、混淆。……全体 667 名受访者中，累计有 507 名受访者在游戏产品上可区分“神武”“武神”商标，占比 76%；有 160 名受访者表示“不能区分”，占比 24%。向受访者隔离出示两款游戏官方网站的主要位置截图，图中包含游戏商标、导航栏、宣传横幅等内容，在全体 667 名受访者中，累计有 565 名受访者在实际浏览、下载中可以区分“神武”“武神”两款游戏，占比 84.7%；有 101 名受访者表示“不能区分”，占比 15.1%；另有 1 名受访者表示“不知道/不清楚/说不清”。

另查明，双方当事人就涉案的“武神”及“神武”标识进行过多次注册商标申请、异议及诉讼。

2017 年 11 月 15 日，商评字【2017】第 0000140133 号《关于第 15244378 号“神武”商标驳回复审决定书》，载明：申请人多益公司，申请商标“神武”与引证商标二、三（第 7409660 号“武神”、第 11655681 号“武神 WUSHEN”）在文字构成及呼叫上相近，已构成近似标识。

2019 年 8 月 19 日，商评字【2019】第 0000194733 号《关于第 30380270 号“神武 3”商标驳回复审决定书》，载明：申请人多益公司……经复审认为，申请商标文字“神武 3”与引证商标文字“武神”在文字构成、呼叫、视觉效果等方面相近，且含义上无明显区别，已构成近似商标。两商标指定使用在计算机游戏软件等同一或类似商品上，易导致相关公众对商品来源产生混淆和误认。

2019 年 8 月 19 日，商评字【2019】第 0000194752 号

《关于第 30352510 号“神武 3”商标驳回复审决定书》，载明：申请人多益公司……申请人复审的主要理由…申请人“神武”系列商标经过宣传使用，已为相关公众所熟知，获得较高的知名度…经复审认为，申请商标文字“神武 3”与引证商标一文字“神武三国”、引证商标二文字“武神”在文字构成、呼叫、视觉效果等方面相近，且含义上无明显区别，已构成近似商标。申请商标与两引证商标指定使用在计算机游戏软件等同一或类似商品上，易导致相关公众对商品来源产生混淆和误认。

2019 年 10 月 28 日，商评字【2019】第 0000258321 号《关于第 31681621 号“神武”商标驳回复审决定书》，载明：申请人多益公司……经复审查明，申请商标文字“神武”与引证商标文字“武神”在文字构成、呼叫、视觉效果等方面相近，且含义上无明显区别，已构成近似商标。

2019 年 10 月 28 日，商评字【2019】第 0000258323 号《关于第 31689283 号“神武”商标驳回复审决定书》，载明：申请人多益公司……经复审查明，申请商标文字“神武”与引证商标文字“武神”在文字构成、呼叫、视觉效果等方面相近，且含义上无明显区别，已构成近似商标。

2020 年 5 月 15 日，商评字【2020】第 0000126848 号《关于第 36522732 号“神武 4 手游”商标驳回复审决定书》，载明：申请人多益公司……经复审查明…申请商标文字“神武 4 手游”与引证商标文字“武神”在文字构成、呼叫、视觉效果等方面相近，且含义上无明显区别，已构成近似商标。

2020 年 1 月 20 日，北京知识产权法院出具（2019）京 73 行初 15569 号多益公司诉国家知识产权局驳回复审（商

标)一审行政判决书,载明:一、诉争商标:31681621;二、引证商标:9272476,诉争商标与引证商标均为纯文字商标。诉争商标“神武”与引证商标“武神”在文字构成上相同,仅字体与排序不同,且相关公众对汉字识读有从左到右和从右到左两种认读方式,诉争商标“神武”易被认读为“武神”,两商标使用在相同或类似商品上,容易造成相关公众对商品的来源产生混淆、误认,故判决驳回多益公司的诉讼请求。

多益公司不服一审判决结果提出上诉,2020年8月31日,北京市高级人民法院出具(2020)京行终3958号行政判决书,载明:诉争商标由中文文字“神武”构成,引证商标由中文文字“武神”构成,二者在文字构成、呼叫等方面相近,仅文字排列顺序不同,构成近似商标。相关公众在隔离观察并施以一般注意力的情况下,容易认为使用前述商标的商品来源于同一主体或者商品提供者之间具有特定关系,从而导致混淆、误认,故驳回上诉,维持原判。

2020年1月20日,北京知识产权法院出具(2019)京73行初15570号多益公司诉国家知识产权局驳回复审(商标)一审行政判决书,载明:一、诉争商标:31689283;二、引证商标:7409660。诉争商标与引证商标均为纯文字商标。诉争商标“神武”与引证商标“武神”在文字构成上相同,仅字体与排序不同,且相关公众对汉字识读有从左到右和从右到左两种认读方式,诉争商标“神武”易被认读为“武神”,两商标使用在相同或类似商品上,容易造成相关公众对商品的来源产生混淆、误认,故判决驳回多益公司的诉讼请求。

多益公司不服一审判决结果提出上诉,2020年8月31日,北京市高级人民法院出具(2020)京行终3959号行政判

决书，载明：诉争商标由中文文字“神武”构成，引证商标由中文文字“武神”构成，二者在文字构成、呼叫等方面相近，仅文字排列顺序不同，构成近似商标。相关公众在隔离观察并施以一般注意力的情况下，容易认为使用前述商标的商品来源于同一主体或者商品提供者之间具有特定关系，从而导致混淆、误认，故驳回上诉，维持原判。

2020年10月29日至2021年3月18日，商评字【2020】第0000278400号《关于第42019440号“神武”商标驳回复审决定书》、【2021】第0000071427号《关于第42019878号“神武”商标驳回复审决定书》，载明：申请人多益公司……经复审查明，申请商标文字“神武”与引证商标文字“武神”在文字构成、呼叫、视觉效果等方面相近，且含义上无明显区别，已构成近似商标。

2020年10月29日至2020年11月13日，商评字【2020】第0000278427号《关于第41893501号“神武4及图”商标驳回复审决定书》、【2020】第0000291794号《关于第41873297号“神武4及图”商标驳回复审决定书》，载明：申请人多益公司……经复审查明，申请商标显著认读文字“神武4”与引证商标文字“武神”在文字构成、呼叫、视觉效果等方面相近，且含义上无明显区别，已构成近似商标。

2020年10月29日，商评字【2020】第0000278414号《关于第41873290号“神武4”商标驳回复审决定书》、【2020】第0000278424号《关于第41872621号“神武4”商标驳回复审决定书》，载明：申请人多益公司……经复审查明，申请商标显著认读文字“神武4”与引证商标文字“武神”在文字构成、呼叫、视觉效果等方面相近，且含义上无

明显区别，已构成近似商标。

2020年9月18日，北京知识产权法院出具（2020）京73行初8030号行政判决书，载明：2015年10月26日至2018年10月25日（简称指定期间），对于第9272476号“武神”商标，注册人武神公司提供证据表明其委托其他公司于2018年1月对网络游戏《武神3》提供网络宣传推广服务，并有发票予以佐证……结合武神公司在评审程序和诉讼程序提交的宣传资料、游戏页面等证据可以证明，其于指定期间内在“（计算机网络上）提供在线游戏”上对诉争商标进行了商业使用，鉴于“（计算机网络上）提供在线游戏”服务与“文娱活动”为类似服务，故在案证据可以证明诉争商标于指定期间内在核定使用范围内进行了商标法意义上的使用。

2020年9月18日，北京知识产权法院出具（2020）京73行初8035号行政判决书，载明：2015年10月26日至2018年10月25日（简称指定期间），对于第7409660号“武神”商标，注册人武神公司提供证据表明其委托其他公司于2018年1月对网络游戏《武神3》提供网络宣传推广服务，并有发票予以佐证……结合武神公司在评审程序和诉讼程序提交的宣传资料、游戏页面等证据可以证明，其于指定期间内在游戏软件上对诉争商标进行了商业使用，鉴于诉争商标核定使用的“计算机、已录制的计算机程序（程序）”等商品与游戏软件为相同或类似商品，故在案证据可以证明诉争商标在核定使用的商品上于指定期间内进行商标法意义上的使用。

一审中，武神公司主张以多益公司侵权获利确定赔偿数

额，武神公司认为 500 万元远小于多益公司侵权获利，并要求多益公司提供“神武”游戏近三年账册，但多益公司并未提供相关证据。

另查，武神公司为本案支出公证费 5293 元、律师费 10 万元，并提供了相应票据。

一审法院认为：

本案中，武神公司主张多益公司对“神武 4”游戏进行推广、宣传、下载等商业活动中使用“神武 4”标识，侵犯了武神公司享有的注册商标专用权。

根据双方当事人提交的证据及当庭陈述，多益公司将其开发运营的游戏命名为“神武 4”并在游戏下载、宣传等商业活动中使用“神武 4”文字标识，依法应认定为商标性使用，故对多益公司关于不构成商标性使用的抗辩意见不予采纳。被诉侵权商品为网络游戏，该商品类别与武神公司享有权利的两枚注册商标的核准使用范围相同和类似，故对于多益公司称网络游戏属于第 41 类商品，不属于第 9 类，武神公司以注册在第 9 类商品上的商标作为权利基础不应予以考虑的抗辩意见，一审法院亦不予采纳。

关于多益公司将“神武 4”作为游戏名称使用是否会与武神公司注册的两枚武神商标构成混淆。

首先，将“神武 4”标识与武神公司涉案商标一、二进行比对，“神武 4”由汉字“神武”加数字“4”组成，与原告涉案二枚“武神”商标的汉字相同，仅对文字顺序进行颠倒，因此两者在文字构成、呼叫、视觉效果等方面构成近似。

其次，两者含义虽有所不同，但区别并不明显，而且在仅为两字前后顺序颠倒的情况下，一般公众很难予以明确区

分。以“饭盒”与“盒饭”两词为例，其含义分别为“装饭的盒子”和“装在盒子里的饭”，两者含义确有一定区别，但在相关公众分别单独观察并施以一般注意力的情况下，容易造成混淆。同理，“武神”和“神武”同时作为游戏名称进行使用时，虽然两者在词义上略有不同，但仍然会导致社会公众混淆误认。多益公司提交的市场调查报告显示，在向受访者隔离出示两款游戏官方网站的主要位置截图，图中包含游戏商标、导航栏、宣传横幅等内容，即两个截图中除文字分别为“武神”和“神武”外、其他元素完全不同，在全体 667 名受访者中，仍有占 15.1% 共 101 名受访者表示“不能区分”，这也从一个侧面印证了当“武”和“神”两个完全相同的字前后颠倒顺序组成不同词语并在相同或类似商品上进行使用时，易导致相关公众混淆误认。

关于多益公司抗辩称“神武”及“武神”系列游戏已经并存多年，不会引起相关消费者混淆误认。一审认为，虽然两个游戏多年来处于共存状态，但对一般公众来讲依然存在混淆可能性。且多益公司于 2010 年上线“神武”游戏之时，“武神”游戏已经具有一定知名度并已被注册为商标，而且当时多益公司的游戏名称为“神武逍遥外传”，与“武神”游戏名称区别较大，但此后多益公司神武系列游戏分别取名为“神武 2”“神武 3”和“神武 4”，致使双方两个系列游戏名称构成近似，但鉴于武神公司在本案中明确仅主张“神武 4”标识侵权，故本案仅针对多益公司使用“神武 4”作为游戏名称是否构成商标侵权行为进行判断。

综观全案，武神公司上线武神游戏在先、在游戏软件商品上申请注册武神商标在先、取得该注册商标亦在先，多益

公司在上线运营“神武 4”游戏时未合理避让武神公司注册商标，且在申请注册“神武肆”商标后又不规范使用，主观上具有过错，其相关抗辩意见不构成合理解释，其经国家新闻出版署批准使用的游戏名称亦不能对抗武神公司合法注册的商标权利。

综上，多益公司使用“神武 4”游戏名称侵犯了武神公司涉案两枚注册商标专用权，依法应当承担停止侵权、赔偿损失的民事责任。根据本案查明的事实，[]公司在其网站上对“神武 4”游戏进行介绍、推广并提供下载，上述行为亦侵犯了武神公司涉案两枚注册商标，因武神公司仅对 []公司主张停止侵权，故 []公司应当承担停止侵权的民事责任。[]公司抗辩称其未提供“神武 4”游戏下载服务，与本案查明的事实不符且未提交相应反证，故对其上述抗辩意见本院不予支持。

对于武神公司主张多益公司消除影响的诉讼请求，一审法院认为因无证据或事实表明涉案侵权行为给武神公司及其“武神”游戏的商誉造成损害，故武神公司该项诉讼请求无事实和法律依据，一审法院不予支持。

关于赔偿经济损失的数额。本案中，武神公司主张以多益公司的侵权获利来确定赔偿损失的具体数额，并申请多益公司提交相关账册，多益公司对此予以拒绝，故在无证据证明武神公司实际损失，亦无证据证明多益公司侵权获利的情况下，一审法院适用法定赔偿方式确定赔偿数额，同时将多益公司无正当理由拒绝提交账册的行为认定为举证妨碍行为，应由多益公司承担不利的法律后果。综上，一审法院将结合武神公司注册商标的知名度、武神公司曾中断经营武神

游戏的情况、多益公司主观过错程度、具体情节、行为持续时间、经营规模及多益公司拒绝提交账册的事实，酌定多益公司赔偿武神公司经济损失 35 万元。

关于合理支出，鉴于武神公司提供了相应公证费、律师费票据，且上述支出为本案必要支出，故一审法院予以全额支持。

综上所述，一审法院依照依照《中华人民共和国商标法》第四十八条、第五十七条第（二）项、第六十三条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，判决如下：一、多益公司于一审判决生效后立即停止侵犯武神公司第 7409660 号、第 9272476 号注册商标专用权的行为，即停止将“神武 4”作为相关游戏名称使用并进行宣传、推广；二、[]公司于一审判决生效后立即停止对“神武 4”游戏进行宣传、推广及提供下载；三、多益公司于一审判决生效后十日内赔偿武神公司经济损失 350 000 元及合理维权费用 105 293 元，两项共计 455 293 元；四、驳回武神公司其他诉讼请求。

二审阶段，武神公司向本院提交了以下主要证据：

1. 北京市高级人民法院（2021）京行终 8581、8582 号行政判决书，两判决中认定武神公司提交的证据能够证明在 2015 年 10 月 26 日至 2018 年 10 月 25 日，涉案商标一、二在其分别核定使用的“计算机游戏软件”商品及“在计算机网络上提供在线游戏”服务上进行了公开、真实、合法的商业使用。

2. 商评字（2021）第 337047 号关于第 36511543 号“神武肆”商标无效宣告请求裁定书及商标无效公告、商评字

(2021)第337109号关于第36497617号“神武肆”商标无效宣告请求裁定书及商标无效公告。在上述行政裁定中国家知识产权局认定多益公司的上述两个“神武肆”商标核定使用在部分商品或服务上与武神公司在先注册的“武神”商标构成商标法第三十条所指情形。

3. 多益公司曾申请的其他包含“神武”商标的无效宣告行政裁决及公告。

4. “神武4”游戏(包括端游及手游)、官网、官方论坛、微博、微信、可供下载的游戏软件、安装页面及合作方网站的相关截图。

5. taptap网站搜索“神武4”的结果,显示“神武4”的游戏类型为“角色扮演”类游戏。

6. (2018)粤73民初684号民事判决书。

7. 多益公司申请的“神武”商标情况列表。

8. 《武神3》游戏官网截图及2020年至2023年期间《武神3》游戏微信公众号发布的推广内容。

9. 多益公司《神武逍遥外传》的相关报道及相关商标档案。商标包括“神武逍遥外传”“逍遥外传”“逍遥传说”“神武乐逍遥”等。

多益公司向本院提交了以下主要证据:

1. 《多益<神武>9月17日公测 真免费痛快玩》的新闻及时间戳证书,拟证明“神武”游戏公测时间为2010年9月17日。

2. 《武神3怀旧版》的网站页面及时间戳证书和录屏文件

3. 新浪游戏报道《<神武>不删档技术封测今日火爆开

启》、游久网报道《<神武>公测在即 多张精美原画欣赏》、新浪游戏报道《神武打造人性化系统 休闲网游首选》、百度贴吧《神武封测官网-6月25日技术封测开启：2010最新回合制免费网络游戏》。拟证明“神武”游戏封测时间2010年6月25日。

4. 17173网站报道《图文：网游新作<神武OL>7月封测!》、《组图：<神武Online>7月23日封测》、《<神武Online>第三波封测开放申请》。拟证明在武神公司申请注册“武神”商标之前，业内就存在以“神武”命名的游戏。

5. 新浪游戏报道《5月1日<武神>战神公测 倾情打造旷世经典》及时间戳证书、52PK网报道《首款还原题材3D网游<武神>宣布5月1日公测》及时间戳证书。拟证明“武神”游戏的公测时间为2010年5月1日，一审判决有关多益公司在2010年6月推出“神武”游戏时，“武神”游戏已经具有一定知名度的认定有误。

本院二审阶段，多益公司表示对一审判决认定的以下事实存在异议：一、武神公司在一审阶段认可多益公司一审证据“2012、2013中国游戏风云榜获奖名单”的真实性，但一审法院并未采信该证据。二、一审判决有关武神公司及多益公司未提交证据证明“神武逍遥外传”公测时间的认定有误。三、一审判决认定多益公司于2010年上线“神武”游戏之时，“武神”已被注册为商标的事实有误，同时一审判决将武神公司在第41类上注册的涉案商标二作为权利基础的认定有误。 公司主张其门户网站页面展示的下按钮为虚拟链接，一审阶段并无证据能够证明 公司提供了下载服务。武神公司对于一审判决认定的事实无异议。

上述事实，有一审法院的庭审笔录、当事人在一审、二审阶段提交的证据及本院询问笔录等在案佐证。

本院认为：

一、一审法院认定多益公司涉案行为侵犯了武神公司享有的注册商标专用权是否正确

根据商标法第五十七条第（二）项的规定，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，属于侵犯注册商标专用权的行为。

首先，多益公司经营的“神武4”游戏为网络在线游戏，网络在线游戏与武神公司涉案商标一核定使用的第9类“计算机游戏软件”商品、涉案商标二核定使用的第41类“（在计算机网络上）提供在线游戏”服务均存在密切关联，已构成类似商品或服务。多益公司关于一审判决将武神公司在第41类服务上注册的涉案商标二作为权利基础的认定有误不能成立，本院不予支持。

其次，关于多益公司经营的“神武4”游戏名称和涉案商标一、二“武神”是否构成混淆性近似。多益公司认为，第一，“武神”作为游戏名称本身缺乏显著性，“神武”与“武神”含义不同，不会造成相关公众的混淆；第二，多益公司的“神武”系列游戏及武神公司的“武神”游戏推出时间较为接近，多益公司主观上不存在攀附“武神”游戏名称及商标的恶意；第三，“神武”系列游戏具有较高知名度，而“武神”游戏在2014年之后已不再实际运营，且两款游戏长期共存于市场，并未实际造成混淆。对此本院认为，首先，被控侵权标识“神武4”的主要识别部分为“神武”，“神

武”与涉案商标一、二“武神”相比，文字构成相同，仅排列顺序不同，相关公众施以一般注意力，容易对二者产生混淆。其次，在案证据无法证明“武神”作为游戏名称或者计算机游戏软件商品、提供在线游戏服务上的商标缺乏显著性，亦无证据表明相关公众可以明确区分“神武4”与“武神”，不会产生混淆。在认定商标侵权与否时，考虑的是混淆的可能性，鉴于“神武4”游戏名称与“武神”商标近似程度较高，故无法排除混淆的可能性。且多益公司提交的市场调查报告也显示，一定比例的消费者无法区分二者。另外，武神公司推出“武神”游戏及申请注册涉案商标一均早于多益公司推出“神武逍遥外传”游戏的时间，多益公司作为同业经营者，有合理避让义务，多益公司是否有攀附“武神”游戏名称及商标的恶意并非排除侵权认定的理由。

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该商标，但可以要求其附加适当区别标识。

在案证据显示，武神公司于2009年5月20日申请涉案商标一“武神”，2009年9月起“武神”游戏开始封测，有游戏介绍或宣传文章提到“武神”游戏，2010年5月1日“武神”游戏开始公测，武神公司同时提交了“武神”游戏自2010年起的部分获奖情况以证明其“武神”游戏名称及商标的知名度。而多益公司最早开始在其游戏产品中使用“神武”一词的时间为2010年6月25日其“神武逍遥外传”开始封测。鉴于武神公司申请涉案商标一的时间以及在网络游

戏商品上使用“武神”的时间均早于多益公司开始使用“神武”标识的时间，故多益公司有关其在先使用“神武”标识的抗辩理由不能成立。

对于多益公司一审中提交的证据“2012、2013 中国游戏风云榜获奖名单”，武神公司的质证意见为“在没有其他证据佐证，如获奖证书、奖杯等情况下，对其获奖情况暂不予认可”。一审判决据此认定武神公司不认可该证据的真实性并无不妥。此外，多益公司在一审中提交的网页报道能够表明其“神武逍遥外传”游戏公测时间为 2010 年 9 月 17 日，一审判决认定多益公司未提交证据对此加以证明有误，本院予以纠正。

综上，一审法院认定多益公司使用“神武 4”游戏名称侵犯了武神公司涉案两枚注册商标专用权并无不当，本院予以支持。

二、一审法院关于责任承担的认定是否合理

商标法第六十四条第一款规定，注册商标专用权人请求赔偿，被控侵权人以注册商标专用权人未使用注册商标提出抗辩的，人民法院可以要求注册商标专用权人提供此前三年内实际使用该注册商标的证据。注册商标专用权人不能证明此前三年内实际使用过该注册商标，也不能证明因侵权行为受到其他损失的，被控侵权人不承担赔偿责任。

本案中，北京市高级人民法院(2021)京行终 8581、8582 号行政判决书已认定武神公司的两枚涉案商标在 2015 年 10 月 26 日至 2018 年 10 月 25 日期间进行了真实、有效的商业使用。武神公司在一审期间亦提交了 2014 年至 2019 年《武神一卡通经销合同》、相应发票及订单，2019 年 11-12 月上

海神往科技有限公司“武神”游戏技术服务费发票、神州付科技有限公司武神游戏软件服务费发票作为使用证据，上述合同载明：武神公司旗下产品“武神”“神话”“水浒无双”等游戏使用《武神一卡通》作为支付手段之一。本案一审起诉时间为2020年10月19日，上述生效判决及相关使用证据所显示的时间已覆盖本案一审起诉前三年期间，在没有相反证据的情况下，本院对于涉案商标一、二在本案一审起诉前三年有实际使用的事实予以认可。

关于赔偿经济损失的数额，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五倍以下确定赔偿数额。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。

本案一审期间，武神公司申请法院要求多益公司提供“神武”游戏近三年账册，但多益公司不同意提交，在一审法院告知不提交可能产生的相关后果后，多益公司仍拒绝提交，一审法院因此认定多益公司承担举证不能的不利后果并无不当。鉴于在案证据无法证明权利人因被侵权所受到的实际损失或者侵权人因侵权所获得的利益，一审法院综合考虑

武神公司注册商标的知名度、武神公司经营“武神”游戏的实际情况、多益公司主观过错程度、被控侵权行为的具体情节及持续时间、多益公司经营规模等因素，酌定多益公司赔偿武神公司经济损失 35 万元并无不当，本院予以支持。同时，一审判决全额支持 105 293 元合理支出亦无不当，本院予以支持。

关于武神公司要求多益公司消除影响的诉讼请求，一审法院考虑到在案证据不足以证明多益公司的涉案侵权行为给武神公司及其“武神”游戏的商誉造成损害，故对此并未支持并无不当，本院予以支持。

关于一审法院认定 公司应承担停止侵权的民事责任是否正确。 公司在二审阶段主张其门户网站页面展示的下载按钮为虚拟链接，并无在案证据直接证明其提供了下载被控侵权游戏的服务。对此本院认为，根据在案证据显示的网页截图， 公司网站展示的“神武 4”游戏界面下方有“本地下载”按钮，更新时间为 2020 年 6 月 10 日， 公司未提交反证证明在被控侵权期间其下载链接是不能使用的，故一审判决的相关认定并无不当，本院予以支持。

综上所述，武神公司、多益公司的上诉请求均不能成立，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》第一百七十七条第一款第（一）项规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 51286.66 元，由北京武神世纪网络技术有限公司负担 43157.66 元（已交纳），由广州多益网络股

份有限公司负担 8129 元（已交纳）。

本判决为终审判决。

审 判 长 周丽婷
审 判 员 刘义军
审 判 员 马兴芳

二〇二三年六月二十六日



本件与原本核对无异

法 官 助 理 李金珠
书 记 员 范飞华

