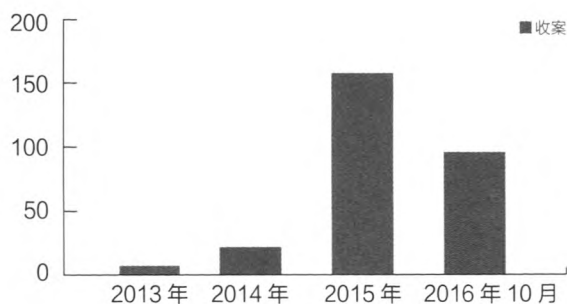


北京市石景山区法院关于涉动漫游戏知识产权案件新情况、新问题的调研报告

文 / 北京市石景山区法院知识产权庭调研课题组

近年来,我国网络游戏及动漫市场发展迅速,动漫游戏作品大量涌现,游戏玩家用户呈现几何级数增长。顺应“互联网+”的时代潮流,石景山区近年来一直大力发展文化创意产业,动漫游戏产业亦随之取得了长足发展,目前石景山区的年动漫游戏产值已占到北京市的一半。与此同时,体现产业发展“晴雨表”作用的知识产权纠纷亦呈现大幅上升趋势。为进一步延伸知识产权审判职能,立足审判实践积极开展司法调研与建议工作,石景山区法院专门成立课题组对本院2013年至2016年10月受理的涉动漫游戏一审知识产权民事纠纷案件进行了专题调研。在司法统计、查阅案卷、深入十余家知名动漫游戏公司走访座谈的基础上,课题组对上述案件的基本情况、案件特点、审理中遇到的新情况、新问题及其成因进行了分析,并提出相应的对策和建议,以期对动漫游戏产业健康、有序发展有所裨益。

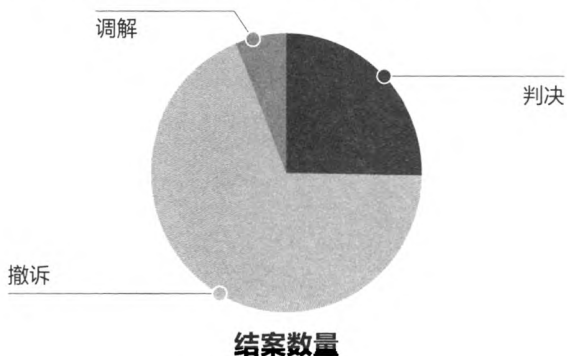
一、石景山区法院涉动漫游戏知识产权案件概况



2013年至2016年10月,我院共受理涉动漫游戏知识产权民事案件283件,案件数量呈逐年

明显上升趋势:2013年收案7件,2014年收案22件,2015年收案158件,2016年截止10月份已收案96件。

2013年至2016年10月,我院共审结涉动漫游戏知识产权民事案件272件,其中以判决方式审结案件69件(2014年4件,2015年48件,截止至2016年10月份17件),判决率为25.37%;调解、撤诉案件203件,调撤诉率为74.63%。



从案由分布来看,侵犯著作权纠纷案件有268件,占比高达94.68%,多为游戏内容涉嫌侵犯他人动漫美术作品、音乐作品、文字作品等著作权,其中侵害作品信息网络传播权纠纷案件有225件,侵害改编权、游戏人物形象复制权纠纷案件有13件,其他著作权权属、侵权纠纷(例如图片侵权、动漫形象侵权等)30件,且都涉及网络;不正当竞争纠纷案件6件,为被诉游戏在推广过程中存在虚假宣传行为攀附在先知名游戏商誉,或者发行类似游戏的游戏公司的一方起诉另一方存在不正当竞争行为;侵害商标权纠纷案件6件,多为被诉游戏名称与他人游戏产品服务上的注册商标相同或者近似;涉游戏的知产合

* 课题主持人:杨森;课题主要执笔人:易珍春、刘丹;课题参与人:郑天晓、闫翼骏

同纠纷共3件,主要为游戏开发过程中产生的合同纠纷,其中技术委托开发合同纠纷1件,计算机软件著作权许可使用合同纠纷1件,委托创作合同纠纷1件。

从诉讼标的数额来看,案件标的额呈大幅上升趋势,特别是在2014和2016年,分别出现了几个大标的案件。2013年,涉网络游戏案件共7件,标的总金额为22.80万元,平均每个案件标的额为3.25万元;2014年,涉动漫游戏案件标的额总额为1808万元,除有4件大标的案件外,其他每个案件平均标的额为4.37万元;2015年,涉动漫游戏案件标的额总额为2299.38万元,平均每个案件标的额为14.55万元;截止至2016年10月,涉动漫游戏案件标的额总额为2698.03万元,平均每个案件标的额为28.11万元。2016年我院受理的一起涉及游戏的不正当竞争纠纷案件,标的额高达900多万元,是目前我院受理的标的额最高的知产案件。

从诉讼主体来看,涵盖了动漫游戏研发商(制作电子游戏的企业)、运营商(指通过自主开发或取得其他游戏开发商的代理权运营网络游戏,以出售游戏时间、游戏道具或者相关服务为玩家提供增值服务和放置游戏内置广告)、游戏渠道平台商(包括应用商店和游戏平台)及网络服务提供商(指提供互联网服务的公司),许多争议大、标的大的案件往往涉及包括游戏研发商、运营商、渠道平台商在内的多名被告,因此多诉讼主体的案件比例明显增大。

另外,自2015年管辖权下沉、基层法院有权受理涉外、涉港澳台案件以来,我院共受理涉外涉动漫游戏案件2件,均为不正当竞争纠纷案件。

在涉动漫游戏刑事案件方面,自2013年以来,我院共审理涉游戏知识产权刑事案件2件,涉及被告人5名。在2013年审理的被告人王某某侵犯

著作权罪一案中,王某某因制作《新破天一剑》游戏的辅助工具,并将该辅助工具放在网站上供玩家下载,同时其通过网络平台向销售代理商及玩家销售该辅助工具的卡号和密码,获利140万元,被判处有期徒刑3年6个月,并处罚金80万元。在2015年审理的余某某等4人非法经营一案中,因被告人余某某通过其开设的淘宝店铺,对外销售新天龙八部如意系列外挂辅助软件激活码并以代理身份向下家夏某、罗某、宋某开设的网点批发出售上述软件激活码,获利69万元,4名被告人分别被判处有期徒刑3年、3年、2年和1年6个月,罚金数额分别为40万元、40万元、30万元和20万元。

此外,我院尚未受理过涉动漫游戏的知识产权行政案件。

二、涉动漫游戏案件出现的新特点及成因分析

(一) 案件数量增速明显且案件爆发点与游戏产业新的增长点密切相关

近年来,涉动漫游戏知识产权案件数量呈明显增长态势,且随着网络游戏的开发热点由电脑端转向手机端,案件涉及的游戏从端游转变为以手机游戏为主,游戏中使用未经授权的动漫形象的案件明显增多。由于手机游戏开发周期和生命周期较短,一些企业为了抓取用户眼球、扩大宣传效果,或擅自使用与他在先知名游戏相同或近似的游戏名称、人物形象,多为手游侵犯知名端游的注册商标权;或者通过虚假宣传使用户误认为其游戏与在先游戏系相关产品,攀附在先知名游戏商誉,涉嫌不正当竞争。而虚拟现实¹及增强现实²等新技术的

1. 虚拟现实,翻译自英文 virtual reality,简称VR,是一种利用双目视觉原理,借助特殊设备,创建和体验虚拟世界的计算机仿真系统。

2. 增强现实,翻译自英文 augmented reality,简称AR,是一种实时计算摄影机影像的位置及角度并融合预设图像、视频、3D模型,把虚拟信息融合在现实环境中的技术。

成熟和应用亦会催生新的游戏形态、经营模式，必将导致新类型诉讼纠纷不断发生。

（二）案由从单一到几乎涵盖了基层法院所能受理的全部知识产权案件类型

2013年至2014年间，我院涉动漫游戏知识产权案件数量不多，且案由集中在侵犯著作权纠纷上，以被诉游戏擅自使用原告享有著作权的游戏人物形象、美术作品及个体工商户未经授权许可销售侵犯喜羊羊、铠甲勇士、小魔仙、熊出没等知名动漫形象的商品为主。2015年至2016年10月，我院受理的涉动漫游戏知识产权案件几乎涵盖了基层法院所能受理的全部知识产权案由，其中侵犯著作权纠纷案件占比高达94.68%。随着畅销文学、影视、动漫、游戏等行业深度融合并形成泛娱乐化生态系统，游戏研发往往借助于在先知名IP的热度，以畅销热映的小说、漫画、动画片、电影或者电视剧为蓝本进行改编创作。而游戏研发商版权意识不强，未经授权许可使用他人作品成为侵权重灾区，应是涉游戏侵害著作权案件居高不下的原因之一。而随着产业的精细划分与分工，美工设计、音乐创作、代码编写等工作分别外包给其他公司的情况较为常见，因迟延履行、验收条款约定不明、合同款项给付条件约定不明等导致的涉游戏知识产权合同纠纷亦时有发生。

（三）诉讼标的额明显提高

从案件标的来看，2014年及以前，涉游戏知识产权案件多为游戏中动漫人物形象被用在儿童玩具、文具等小商品或者网页小游戏，案件标的额平均在2-3万元左右。近两年涉游戏知识产权案件标的额显著提高，2016年上半年我院连续受理多起标的额超过500万元甚至接近千万元的案件，多为涉及知名游戏的不正当竞争纠纷案件。这一现象与被诉行为日益纷繁复杂密切相关，不再局限于简单的抄袭源代码、模仿游戏人物形象等，出现了涉嫌于对方游戏产品推广及公司上市等重要时间节点发布涉嫌侵权声明或者起诉、冒用知名游戏名

称攀附在先游戏商誉等不正当竞争行为，亦与游戏行业竞争日益激烈、行为界限有待明确规范及游戏产品变现能力惊人有一定关系。

（四）案件审理难度明显增大

案件审理难度增大表现在以下三个方面：一是涉游戏案件中新技术的运用层出不穷，例如证明原告作品创作完成及发表时间的时间戳认证技术、证明被告侵权所运用的数据抓包解析地址软件等，在对方当事人对这些新技术或证明方法提出异议的情况下，缺乏相关专业背景的法官如何判断这些技术或软件的功能、客观性以及由此认定其证明内容的有效性尚有争议，同时也增加了证据采纳与事实认定的难度。此外，新游戏产品的出现、新技术的运用亦增加了法律适用、法官释法的难度。例如我院审理的畅游公司诉厦门某公司侵犯H5游戏模板复制权及信息网络传播权一案，涉及游戏模板是否属于著作权法保护对象的法律定性问题；乐动卓越公司诉某服务器提供商侵害作品信息网络传播权纠纷一案，系北京市甚至可能是全国首例服务器商因他人提供网络游戏“私服”而成为被告的案件。二是合并案由案件明显增多，出现了权利人同时起诉著作权侵权或者商标权侵权“加”不正当竞争。在我院审理的原告奥飞公司诉被告某儿童剧团、某移动公司一案中，针对两被告未经许可擅自演出巴拉拉小魔仙舞台剧，原告同时主张了侵害著作权、商标权及不正当竞争三种案由。三是案件受社会关注度高，涉外案件和涉外因素增多，如我院审理的多起案件，分别涉及《仙剑奇侠传》、《大富翁》、《POPstar》等台湾、韩国知名游戏及相关权利人。

（五）产业链条的专业化、精细化导致当事人的主体范围不断扩大

随着游戏产业的长足发展，游戏产业分工的精细化、专业化导致产业链条逐步完善，出现了游戏开发商、游戏运营商、游戏渠道平台商等。涉游戏知识产权案件的涉诉主体范围不断扩大，从奥飞动漫、原创动力等公司起

诉小商户侵害喜羊羊等动漫形象著作权,到游戏研发商起诉另一游戏研发商抄袭、模仿,再到游戏研发商诉另一游戏的研发商、发行商、渠道商等一条龙的诉讼模式,导致多被告案件数量的上升。不同主体之间责任如何划分,渠道商承担连带责任的判断标准等问题亟待明确规范。

三、涉动漫游戏知识产权案件疑难复杂问题分析

(一) 知识产权法对于动漫游戏的保护范围与救济方式

司法实践中,涉动漫游戏知识产权民事案件类型涵盖著作权、商标权及不正当竞争及软件开发、转让合同等,鲜少涉及专利权,因为动漫与游戏主要依靠娱乐性与观赏性吸引客户,与注重实用性、功能性的专利权并不契合。其中,网络游戏的核心内容包括游戏引擎和游戏资源库³,其中游戏引擎是由指令序列组成的计算机程序,属于著作权法规定的计算机软件;游戏资源库是指游戏软件中各种素材片段组成的资源库,包括音频、视频、图片、文字等,可分别构成受著作权法上的音乐、类电、美术摄影、文字等作品,与专利权保护的技术方案亦不相同。对于计算机软件与游戏硬件设施作为整体能否申请发明专利、游戏界面是否构成外观设计,游戏规则是否构成专利法保护的技术方案,目前理论界及实务界均存在较大争议,故在此不再展开论述。

网络游戏由游戏名称、商标标识、程序源代码、游戏规则、场景地图、故事情节、人物形象、文字介绍、对话旁白、背景音乐等多种元素复合组成,构成的复杂性与较高的制作成

本与电影作品相似,但我国著作权法并未将网络游戏整体定义为一种单独的作品类型。司法实践中,适用著作权法对网络游戏加以保护往往遵循以下原则:首先,根据“思想表达二分法”,对网络游戏各种元素进行过滤筛选,排除属于思想范畴的因素;其次,排除公知公有领域与惯常表达方式、历史记载、事实经过等内容,对具有独创性且能以有形形式复制的完整表达予以保护。表达不仅包含表达形式,也包含其表达的特定内容。游戏创作完成,游戏研发商往往将游戏引擎即指令集合进行计算机软件著作权登记,并作为维权诉讼的权属证据之一。角色形象、场景布置、背景音乐、内嵌视频、故事情节、旁白对话等,在符合独创性高度要求的情况下,分别可构成美术作品、类电作品、文字作品等。游戏权利主体通常将网络游戏元素拆分,根据不同作品类型分别主张权利。然而,涉动漫游戏案件新类型不断涌现,需要法官在把握立法精神的基础上、在现有法律框架内妥善解释和适用法律。例如我院新受理的畅游公司诉厦门某公司盗用游戏模板侵犯著作权纠纷一案,需要对游戏模板是否构成作品、哪些元素构成作品、构成何种作品类型等问题予以明确。

游戏名称与主要角色名称对于识别商品与服务来源具有较高的显著性,将游戏名称、主要角色名称在第9类⁴与第41类⁵等商品与服务类别上注册为商标已成为游戏行业常态,因此当前使用与具有一定知名度的在先游戏相同或近似游戏名称被诉侵犯商标权的案件较为多发。我院审理的腾讯公司诉两家公司侵害“地下城与勇士”商标权一案判决认定,判断二被告行为是否构成侵权,需从被控侵权游戏名称与涉案注册商标是否相同或近似,被控侵权游戏名称与涉案注册商

3. 崔国斌:《认真对待游戏著作权》,载《知识产权》2016年第2期。

4. 计算机、计算机软件、数据处理装置等商品,与游戏相关的主要是录制在相关载体上的软件和程序。

5. 文娱、体育活动的服务;组织和安排文化、娱乐、教育等活动。

标核定使用的商品是否相同或类似,以及是否容易导致混淆三个方面予以考虑。

由于网络游戏本身元素的多重性与复杂性,权利人寻求法律救济的内容或可超出著作权法与商标权法保护的范围,但确能带来一定的经济效益,此时可援引反不正当竞争法拓展对于游戏的保护空间。例如游戏中思想与表达的并不清晰,例如游戏玩法与规则、人物名称与关系、武器武功、关卡设定等,属于思想范畴或不构成完整表达则不受著作权法保护;他人未经许可利用这些元素获取利益是否具有不正当性,往往需要结合使用方式、用户对于游戏的认知程度综合判断。例如我院在审理一起不正当竞争纠纷中,被诉侵权游戏“富甲三国”在宣传中发布了“大富翁终结版《富甲三国》”、“汇集钱夫人等所有经典角色”、“骰子机器娃娃,邪恶的卡片,勾出你的回忆”等内容被控虚假宣传,后本案以调解结案。此外,很短的游戏名称虽具有一定的独创性但不能单独构成完整表达,也未注册成为商标且非行业通用名称,在该游戏具有较高知名度时,或可构成知名商品或服务特有的名称,他人未经许可使用与其相同或近似的游戏名称则涉嫌仿冒。我院审理的掌游天下公司诉某公司不正当竞争一案中,原告认为其游戏获得较高知名度,被告游戏名称包含与原告游戏相同的“消灭星星”字样,且在美术设计、菜单结构、页面布局等方面抄袭原告游戏,构成不正当竞争。

网络游戏元素的多元性和综合性导致其权利客体具有多样性,寻求专利法、著作权法与商标法保护均需满足各部门法对权利客体的本质要求并遵循侵权与否的判断标准。对于可带来经济利益但不构成上述部门法权利客体的元素,反不正当竞争法亦可发挥兜底补充作用。虽然知识产权法对于网络游戏的保护是否周延有探讨的余地,但司法活动系在现有法律框架下,根据立法精神

与法律原则,秉持权利平衡原则,妥善理解与适用法律作出裁判,故对于立法问题不作深入讨论。

(二) 文字作品游戏改编权如何认定与保护

优质IP吸睛与变现能力惊人,目前游戏研发的一大热点为根据知名小说、漫画、电视剧、电影等进行改编。网络游戏被诉侵犯他人文字作品改编权较为常见。改编权是指在原有作品基础上,不改变原有创作思想的基本表达形式,创作出具有独创性的新作品的权利。改编应当是新的创作行为,实现新的表达效果或者创作目的;原有作品的基本表达应构成改编作品的基础或实质内容,在改编作品中占有重要地位。判断网络游戏是否侵犯文字作品的改编权,首先应确定哪些元素构成原有文字作品基本表达。通常认为,武侠小说中人物设置及人物关系是情节的组成部分,因为表达的有限性或者是词组或短语不能相对完整地表达或反映出作者的思想情感、传达一定的信息,而无法被简单归入思想或表达。被控侵权作品如果仅使用了小说作品中部分人物姓名及人物关系内容,而没有使用任何构成情节的其他要素,则很难构成表达上的实质性相似;但是当相应的故事情节及语句赋予了这些人物以独特的内涵,人物与故事情节和语句能够表达具体的完整内容,则可构成著作权法保护的对象。人物特征、人物关系,以及与之相应的故事情节已不可能简单割裂,人物和叙事已为有机融合的整体,使特定的人物特征、人物关系,能够构成完整的意思表达,则相关内容本身符合文字作品的创作性要求,能够实现文字作品的基本功能,就可以获得著作权法保护。

判断侵权与否的一条基本原则,就是看被诉侵权的作品是否以非独创的方式包含了版权人原创作品中的独创性成果。⁶将获得著作权法保护的内容与被控侵权游戏所用表达形式一一比对,构成实质性相同或近似的标准应与作品的独创性高

6. 郑成思:《版权法》,中国人民大学出版社2009年7月版,第239页。

度呈反比,即独创性越高的作品,构成实质性相同或近似的标准越高。被控游戏未经许可使用他人文字作品中的人物名称、人物关系、人物特征、故事情节等超出了合理使用范围,使用户对该游戏与文字作品产生来源同一性或者存在关联关系的认知,则涉嫌构成侵害文字作品改编权。另外,接触可能性亦是判断侵权与否的要素之一,若被诉侵权人系独立创作而非复制,属于创作上的“巧合”则不构成侵权。我院审结的畅游公司诉广州某公司等侵犯著作权及不正当竞争一案中,畅游公司获得金庸多部知名武侠小说独家改编权且有《天龙八部》等在先游戏上线运行,被控侵权游戏《幻想江湖》出现了“双双被绑架,小宝营救”、“神龙教主利用豹胎易经丸控制教众”、“铁面喜欢阿紫”、“单人副本之玲珑棋局”等游戏故事情节,对金庸小说《鹿鼎记》、《天龙八部》等故事情节的适用超出了合理范围而无合法授权,构成侵犯文字作品改编权。

（三）涉动漫游戏知产案件中比对方法与判断标准

网络游戏的内容复杂性 with 要素多元性使得游戏作品比对、认定侵权内容的比例等存在一定困难。如果欲证明侵权元素贯穿整个被诉游戏,就需要公证被诉游戏的全部内容,但大型游戏往往存在多个支线或副本,全部通关所需时间与金钱成本较高,增加了权利人维权难度与法院比对的工作量。此外,不同作品类型表达方式表现形式差异较大,判断是否构成侵权的比对方法与比对重点亦有所区别。例如在文字作品与网络游戏的比对过程中,不涉及游戏界面、美术造型与音乐等表现形式,关注重点在于游戏背景设定、故事情节、剧情走向、人物名称、人物关系等内容和结构与原有文字作品是否相同或者实质性近似。比对不限于逐字逐句的字面表述,还延及表达的具体内容,例

如被诉侵权游戏使用小说中的某个故事情节但将原作中的对话稍作修改,仍可能构成侵权。网络游戏之间是否构成著作权侵权,则根据其受著作权法保护的不同作品类型与特有的表现形式,分别加以比对。例如不同游戏的界面设计,若构成平面美术作品,在排除受限于功能的有限表达形式之外,从色彩模块、线条走向及其组合方式等方面加以比对。

在涉及动漫人物形象的案件中,二维平面美术作品与三维演员服装造型、3D游戏角色形象之间在创作方法、表达形式、细节呈现等方面的差异也增加了比对难度。我院审理的原告奥飞公司诉某剧团等被告侵害著作权及不正当竞争纠纷一案中,原告奥飞公司主张权利的作品为《巴拉啦小魔仙》系列作品中的小蓝、美琪、美雪等美术作品形象,认为被告某剧团演出的舞台剧芭拉芭拉《小魔仙与白雪公主》中演员造型擅自使用了上述作品。办案法官对发型设计、面罩造型、服装款式和颜色搭配以及鞋的配色和跟部等要素进行逐一比对分析,认为上述细节与整体呈现效果均具有明显的差异,不构成相同或实质性近似。

此外,判断是否构成侵犯商标权亦会涉及不同商标之间的比对。从法律意义上,商标近似至少有三种情况,一是比对两个商标均不具有太高的知名度,对此通常按照音、形、义等自然因素进行整体的对比;二是比对的两个商标具有旗鼓相当的较高知名度,构成近似的比对就不限于自然因素,而考虑其实际使用背景等深度的因素;三是比对商标的知名度相关悬殊,此时通常采取比较主要部分决定其近似性,而不采取整体比对。⁷在涉网络游戏名称近似侵犯商标权案件中,被诉侵权游戏往往具有利用在先游戏商誉的商业考虑,游戏之间市场占有率、排名情况与知名度等相差较大,故判断

7. 孔祥俊:《商标与不正当竞争法原理和判例》,法律出版社2009年7月版,第11页。

商标近似主要考虑商标的主要部分。通常认为,文字商标中非惯常用语或具有一定独创性的文字、中英文组合商标的中文部分、文字图形组合商标中独创性较高的美术作品等对于识别商品或服务来源的显著性更高。我院审理的腾讯公司诉某公司侵害“地下城与勇士”商标权一案判决认定,“地下城”与“勇士”系原告商标的主要部分,被诉游戏名称“地下城勇士与魔女”在短短几个字的选择上同时使用“地下城”与“勇士”,构成商标近似。

(四) 游戏渠道平台商责任认定问题

如今,将一个完整的游戏呈现给游戏用户,一般会涉及到游戏的研发商、运营商以及渠道平台商等主体。游戏研发商将游戏开发完成后,交由运营商推广发行,游戏用户可在游戏渠道平台商提供的网站或手机APP平台中下载该游戏,由三方按照一定比例进行分成。绝大部分网络游戏尤其是手机游戏都会通过网络游戏推广平台提供给公众,渠道平台商的作用日益显现,有些游戏渠道平台商的分成比例甚至高于研发商、运营商。基于渠道平台商参与游戏利润分成这一事实,在越来越多的游戏维权案件中,权利人会选择将游戏渠道平台商与游戏研发、运营商一起作为共同被告进行诉讼,与对游戏研发商、运营商的责任认定相比,游戏渠道平台商的责任认定更为复杂,往往会成为审理中的焦点和难点问题。

目前游戏渠道平台商大致可以分成三类:自己研发游戏,将游戏研发、运营、渠道一体化;代理其他研发商开发出来的游戏,包括独家代理和非独家代理两种;为用户提供游戏平台服务并负责网站维护,其中的游戏均来自于用户上传。

依据我国《侵权责任法》第36条规定,对游戏渠道平台商责任的认定主要适用过错原则。由于游戏渠道平台商不同的经营模式,使得他们所发布的游戏被控侵权时其所负的法律責任也不尽相同。首先,对于自主研发

游戏以及独家代理游戏的渠道平台商来说,他们无疑负有更高的注意义务,需要对平台游戏进行实质审查,如果出现比较明显的侵权内容,例如游戏名称,主要游戏人物的名称或形象,直接认定他们具有主观过错。其次,对于非独家代理游戏的平台来说,大多数情况下他们仅进行形式审查,不进行实质审查。一些非独家代理的游戏平台作为被诉侵权游戏推广流程中的末端,有可能对于游戏侵权事实并不知情。我院在实际审理过程中遇到过类似案件,游戏渠道平台商在未收到游戏研发商、运营商所提供的著作权人版权文件或授权文件之前,出于谨慎并未立即运营被诉游戏,有些仅是发布了被诉游戏的相关评论,按照最低游戏运营配置设置了网页格式及图片,也未采取在网站首页显眼位置突出宣传被诉游戏、列入排行榜等行为。这类行为既不会增强被诉侵权游戏的知名度,也不会增加游戏渠道平台商的竞争优势,更不会损害原有权利人的竞争优势,那么应当认定游戏渠道平台商不具有过错,不应承担责任。再次,对于那些仅为用户提供一些必要的技术支持、站内游戏均为用户上传的游戏渠道平台商而言,他们对站内游戏仅具有形式审查的义务,对于未经授权侵权性显著的游戏而言,在形式审查过程中就应当不予上线、封号,但需注意不应过分加重其审查责任,对于类似游戏元素侵权等不易认定的侵权案件来说,认定侵权过程较为复杂,在形式审查过程中可能难以查出侵权事实。但无论哪种经营模式,游戏渠道平台商在收到权利人发送的侵权警告函和初步证据之后,必须采取包括游戏下线,或通知游戏开发商删除侵权因素等必要措施,而不能听之任之,否则就需要对扩大的损失承担连带责任。

(五) 适用法定赔偿确定赔偿数额的思路方法

我国《著作权法》及《商标法》相关规定,侵犯他人著作权、商标权的,主要有以下三

种损害赔偿计算方法：一是通过权利人实际损失计算；二是在实际损失难以计算的前提下按照侵权人违法所得给予赔偿；三是以上两种都不能确定的，由人民法院适用法定赔偿。涉及商标侵权的，还可参照商标许可使用费的倍数合理确定。对于涉动漫游戏案件，同样适用以上损害赔偿计算方法。目前不正当竞争案件的赔偿方式参照著作权和商标案件，但由于不正当竞争案件极具个性化，因此赔偿标准在司法实践中需要根据每个案件的具体情况确定。

第一种方式，按照权利人实际损失确定赔偿数额。通过此种方法确定赔额，对权利人即原告的举证要求较高。知识产权的判赔额度不高是老问题，权利人的举证不利也是导致判赔数额较低的重要原因之一。在具体案件中，权利人可能向法院提供被告侵权游戏上线或者开服后己方被侵权游戏营业收入减少的证据，但是被告往往会通过抗辩该证据不具有真实性，特别是在原告提出巨额赔偿时，法院也很难凭借一份孤立的证据就认定权利人的实际损失，最后不得不又适用法定赔偿，使得权利人的利益不能受到充分的保障。同时，根据商标法规定，赔额还可参照商标许可使用费的倍数合理确定，这一方法也可适用于网络游戏著作权侵权案件，权利人可以就自己获得授权或授权他人的许可费用进行举证（一般可提供与他方签订的授权许可使用协议等），将其作为己方损失的一种形式，依据许可使用费来确定赔偿数额。在石景山法院审理的某作曲家诉某游戏公司一案中，被告运营的游戏未经授权使用了原告创作的音乐，原告即通过举证自己授权他人在游戏中使用涉案音乐的许可使用费来证明己方损失。

第二种方式，按照侵权人违法所得确定赔额。权利人也可尽力举证证明侵权人的违法所得，对于网络游戏来说，权利人可以通过使用权威的第三方或行业协会出具的行业

报告（例如 GAMELOOK、口袋巴士，其会定期发布行业发展的数据）、被告服务器数量与荷载量、用户付费情况、被告游戏推广情况、游戏收费标准、顾客平均利润净现值、游戏下载量等方面判断侵权方获利情况，同时综合考量侵权元素所占侵权游戏的比例来确定侵权方违法所得。另外，权利人也可使用与侵权方类似规模或者类似运营状况的主体的经营情况作为证明侵权方违法所得的参考依据。若权利人的举证涉及侵权人的财务账册、财务数据、产品库存量等由侵权人持有的证据，法院可按照最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第七十五条规定及《商标法》第六十三条第二款规定，要求侵权方提供，若侵权方不提供相应证据或者提交了不完整或者虚假的证据是，应当推定权利人主张的赔偿数额成立。但是在具体案件中，容易出现侵权方不愿意提供相关证据证明己方损失的情形。因为根据最高法《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定，非法经营额五万元以上或者违法所得三万元以上就会受到刑事追诉。因此导致即使权利人主张侵权方违法所得数额大于三万，侵权方为了规避犯罪风险，一般不会自证其违法所得超过三万或者认可原告提供的证据。商标法第六十三条与刑事追诉条款的并存导致在某些涉游戏商标侵权案件中很难按照侵权人违法所得确定赔额。

此外，在确定侵权人违法所得时，还可以考虑适用“禁反言”原则。若侵权人在进行游戏推广或者宣传过程中，向公众宣传己方获利情况或者游戏运营状况，权利人以此作为证据证明侵权方违法所得，除非侵权方提供充分、有效的证据推翻其在先言论，否则法院应当对权利人提出的证据予以采纳。

第三种方式，适用法定赔偿。现行法律规定的法定赔偿额度（著作权法规定的上限是50万元，商标法规定的上限为300万元）相比游戏研发、运营成本、购买版权的成本来

说过低,近年来陆续出现了一些突破法定赔偿上限的案例⁸。但是,在何种情况下可以突破法定赔偿的上限,应当具体问题具体分析。一般来说,若权利人的实际损失难以查明,但是有证据证明该损失明显超过法定赔偿最高限额的,在法定最高限额以上合理确定赔偿额。适用法定赔偿,不意味着弱化权利人的举证义务,法院应当引导当事人对被侵权游戏的知名度(例如涉案游戏的报道、游戏获奖情况、行业排名等证据)、是否支付巨额版权费、侵权方经营规模、侵权方侵权时间长短和主观过错程度尽力举证。

同时,鉴于现在网络游戏同质化问题严重,涉网络游戏的纠纷越来越多,案件标的也越来越大,应当引入类似于商标法中规定的惩罚性赔偿的规定,对主观恶意明显、手段恶劣、侵权获利巨大的侵权行为适用惩罚性赔偿,以打击网络游戏领域的违法乱象,指引行业规范。

(六) 涉动漫网游刑事案件与民事案件之比较

与涉动漫游戏民事案件逐年递增有所不同,有关刑事案件并未出现数量大幅上升的趋势,自2013年以来,我院仅受理并审结涉游戏刑事案件2件,这与全市乃至全国的情形基本一致。这2件案件涉及的犯罪事实均为开发或销售网络游戏辅助工具及其激活码获利,即游戏“外挂”行为,涉案非法软件往往可以实现24小时挂机、大量增加游戏道具、非法截取并修改发送给游戏服务器的数据等功能,使游戏经营者的经营利润减少。调研中我们了解到,目前在全国范围内涉网游的刑事案件以打击“私服”、“外挂”行为为主。从上述行为涉及的罪名来看,在2011年以前,此类犯罪行

为一般被定性为“非法经营罪”,后根据最高院、最高检、公安部《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》的规定,此类行为按照侵犯著作权罪定罪处罚,不再认定为非法经营罪。

对比涉游戏知识产权民事侵权案件和刑事案件,两者存在以下不同之处:一是从涉案主体看,刑事案件被告多为个人,民事案件被告多为公司。二是从行为人实施的具体行为来看,目前通过刑事程序打击处理的主要是“私服”、“外挂”等侵犯著作权的行为,打击范围比较有限,而对于民事侵权案件中常见的“盗版游戏”、“盗用游戏形象”、“游戏名称相似”等行为很难通过刑事程序解决。三是涉及侵权行为的证据种类和证明标准不同。民事案件证明侵权的常见证据为公证机关出具的公证书,而刑事案件多为鉴定机关出具的鉴定报告、检验报告、游戏公司管理人员或技术人员出具的证人证言等,刑事案件中要求证据达到的证明标准更高,需要证明排除一切可能,而民事案件中的证据只需达到高度概然性即可。四是对于被告获利的认定,由于在刑事案件中被告获利涉及起刑点的问题,因此公安机关往往会运用侦查手段通过对被告人使用的帐户交易记录进行勘验来证明被告人获利金额,而在民事案件中,由于权利人不具备上述侦查手段,其往往没有能力或无法充分证明被告获利情况,需要法院适用法定赔偿方式确定赔偿数额。尽管如此,却并不能因此就得出权利人通过刑事诉讼就能获得比民事诉讼更多赔偿的结论,因为在刑事案件中,侦查机关往往只能查实被告人一段时间的非法获利而无法将其全部获利查清,被告人也往往会对获利数额以“存在刷单行为”等

8. 如海淀法院在涉全民武俠游戏中,法院在法定赔偿限额之上酌定被告赔偿数额为150万元;广州知识产权法院梦幻西游案中,法院在法定赔偿限额之上酌定被告赔偿数额为1500万元。

理由进行抗辩,法院在判决时也会考虑扣除被告人的经营成本⁹,认定的数额极有可能少于被告人的实际获利。五是从保护的范围、及时性和效果上看,刑事诉讼程序具有打击力度大、威慑力大,对于非常隐蔽的个人行为可以动用侦查手段“挖”到行为人,但也存在立案门槛高、打击范围比较有限、用时较长¹⁰的问题。而民事诉讼程序则具有立案便捷、保护范围广、用时较短的特点,而且民事程序中还设有保全措施,可以有效救济权利人所受损害,在一定条件还可以通过适用惩罚性赔偿的方式打击恶意侵权行为,给予权利人较为充分的保护,但同时需要权利人具备较强的举证能力。

四、对策及建议

(一) 对涉游戏行业主体的建议

1. 建议游戏开发运营商全盘把控知识产权风险,防范侵权。提前就拟采用的游戏名称、主要人物名称、故事设定等重要游戏内容排查侵权风险,使用他人作品需事先取得权利人的授权许可,确定不存在侵权内容后,或将游戏名称与主要角色名称申请注册商标,或就整个游戏软件作品或其中独创性较高的角色形象等进行著作权登记。游戏开发企业将美工、音乐等内容委托第三方开发时,在合同中要明确约定知识产权归属、委托内容不得侵犯第三方知识产权以及出现侵权争议时责任承担的主体、方式等。

2. 建议游戏渠道商提高知识产权保护意识,注重审核把关。游戏渠道商对代理的游戏应尽到一定的审查注意义务,包括对其著作权软件登记证、商标注册证、游戏名称、主要人

物形象和名称、游戏主要内容等进行审查,在接到侵权投诉并初步核实侵权事实较为明显或严重的,应及时采取将游戏下线或与开发商协商删除游戏中的侵权内容等有效措施,避免侵权事实持续或扩大。

3. 建议权利人根据案情选择案由,充分举证。涉动漫游戏案件特别是涉及游戏整体抄袭、多元素抄袭的著作权和反不正当竞争案件中,由于侵权游戏内容庞杂、侵权内容不定时出现等因素,导致上述案件普通存在取证难度大的问题,但并不能因此免除权利人的全部举证责任,权利人应尽力做到公证内容完整、全面、清洁,并提供权利作品与侵权作品之间相同或实质性相似内容的详细对比表。在赔偿数额方面,权利人可以围绕动漫游戏作品许可使用费、游戏的知名度及美誉度、权威第三方或行业协会出具的行业报告、被告服务器数量与荷载量、玩家平均付费数额等内容尽力举证。

4. 建议权利人合理选择民事、刑事与行政手段积极维权。根据本报告前文分析,涉网游侵权刑事、民事案件在涉案主体、立案标准、保护的范围、及时性、效果、证据及证明标准等方面均存在较大差异。此外,如果能精准确定侵权游戏的开发、运营主体,发起行政投诉相对于诉讼程序更为便捷,但行政处罚限于罚款、责令停止侵权等方式,权利人难以获得直接赔偿。基于以上分析,我们认为游戏权利人在考虑刑事报案、民事立案或者行政投诉时,需要对行为主体是个人还是公司、具体侵权行为方式、己方举证能力以及赔偿方式等因素综合考量后做出选择。

(二) 对行政管理机关与行业协会的建议

行业协会对于技术突破、研发热点和行

9. 在民事侵权诉讼中,法院一般是按照被告因实施侵权行为的全部获利乘以侵权元素占侵权游戏的比例来计算,不会考虑扣除被告方的经营成本。

10. 调研中我们了解到,涉网络游戏侵权案件进入刑事诉讼程序后,审理时间并不长,但在立案和刑事侦查阶段一般用时较长

业趋势等的感知与把握更为敏锐,加强行业协会的自律性与引导性对于促进整个行业健康有序发展具有重要意义。一是建议游戏产业协会根据行业发展现状制定行业自律规则与行业标准,定期发布行业风险评估报告与侵权游戏、研发运营商黑名单,提升整个游戏产业的知识产权意识,形成尊重正版、崇尚原创的行业氛围。二是探索诉调对接机制,提升行业协会调解的专业性与权威性。或可尝试与司法机关合作建立合作调解机制,发挥行业协会熟悉技术问题与行业运营机制、司法机关熟悉法律规则与适用等优势,避免“和稀泥”、“各打五十大板”式的调解方式,在查清事实、辨明是非曲直的基础上开展调解工作,提升调解成功率与信服力。三是建议行业协会积极为司法机关提供专业性意见,充分利用专业技术人才资源,让专家资源库成为“法院外脑”,为法官查清案件事实提供有益帮助。

除了行业自律以外,行政管理机关的审查、监管对于规范游戏行业秩序、营造健康游戏环境亦非常关键。建议行政机关加强游戏市场的准入审查、内容审核与主体备案,定期发布重点保护游戏名单、典型侵权游戏与企业黑名单等,畅通权利人行政投诉渠道,完善应对措施与操作规范,对于侵权行为及时作出行政强制措施或行政处罚决定,促进涉动漫游戏知识产权纠纷早发现、早处理、早化解。

(三) 对于法院自身的建议

为了回应游戏行业对于“正版”的需求,引导形成公平有序的市场环境,区法院将从以下四个方面加大保护力度:一是提高判赔数额,综合考虑侵权情节及性质、游戏知名度及美誉度、被告服务器数量与荷载量、玩家平均付费数额

等因素,确定与市场价值相适宜、公平合理的赔偿数额。尤其是对于重复侵权、大规模侵权等恶意侵权行为在自由裁量权范围内加大判赔力度,有充分证据足以使法官形成内心确信时,敢于做出超过法定赔偿数额上限的判决。同时对于有票据、合同等在案佐证的合理费用支出予以支持。我院审理的涉地下城与勇士游戏侵害商标权案、涉金庸武侠小说游戏改编权案等案件,判赔数额均超过30万元,虽与2014年之前平均判赔额在几万元相比有明显提高,与游戏市场价值与相比仍有所不足。二是完善举证责任分配制度,合理降低当事人的维权成本。例如权利人欲证明侵权元素贯穿整个被诉游戏,就需要对被诉游戏的全部内容进行公证,但若被诉游戏为存在多个支线或副本的大型游戏,全部通关所需时间与金钱成本较高,此时法院可责令被告提供可全部通关账号,无正当理由拒不提供则举证责任倒置并进行合理推断,被告可能承担举证不能的法律后果。三是合理运用诉讼保全制度,对于情况紧急、不及时采取保全措施将使权利人遭受难以弥补的损失,审慎积极的运用诉前与诉中保全制度,避免权利人“赢了官司、输了市场”,同时严格要求担保形式与担保金额,强化程序保障,防止诉权滥用。四是推行知识产权“三审合一”后,充分认识到民事、行政、审判在审判理念、裁判方法和证明标准等方面的差异,注意适用民事、行政和刑事司法保护的层次性。目前涉动漫游戏刑事知产案件限于“私服”、“外挂”等侵犯著作权犯罪,保护范围较小。在遵循刑法谦抑性原则、先民后刑的基础上,在法定范围内拓展适用范围,利用刑事审判震慑性强、打击力度大等特点,结合民事诉讼形成全方位司法保护。^[32]