

上海交通大学知识产权研究中心学术文库

网络游戏 法律政策研究

2008

寿步 主编

上海交通大学出版社

网络游戏法律政策研究

中国政法大学网络与法治研究中心

网络游戏 法律政策研究

2008

第十一卷

中国政法大学出版社

上海交通大学知识产权研究中心学术文库
司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目
上海市信息化政策法规调研项目

网络游戏法律政策研究 2008

主 编 寿 步
副主编 徐彦冰

著译者:(按文章先后排序)

林 鸿	李 勇	徐彦冰	寿 步	融天明
钟 成	薛 昌	陈雪明	陈惠珍	蔡东辉
杨 闰	翁晓健	陈 石	王海燕	朱红霞
沈立安	游植龙	王 伟	梁肖艳	文昶集
金亨列	金润俞			

上海交通大学出版社

内 容 提 要

本社 2005 年出版的《网络游戏法律政策研究》一书是国内第一部系统研究网络游戏法律政策问题的专著。该书于 2007 年先后荣获国家信息化专家咨询委员会颁发的首届全国信息化研究成果奖优秀奖和中国科学技术法学学会颁发的科技法学优秀作品奖。本书是在前书基础上进一步的研究成果。

本书分为三部分,分别对网络游戏相关的刑事法律问题、网络游戏相关的民事法律问题、韩国与网络游戏相关的立法和学说进行研究。在附录中收录了 2005 年 7 月至 2007 年 12 月的网络游戏相关规范性文件。

本书适合于相关的立法机关、行政机关、司法机关、产业界、法律界、法学界人士以及网络游戏玩家和其他相关人士阅读和参考。

图书在版编目(CIP)数据

网络游戏法律政策研究. 2008 / 寿步主编. —2 版.

—上海: 上海交通大学出版社, 2008

(上海交通大学知识产权研究中心学术文库)

ISBN 978-7-313-04254-5

I. 网... II. 寿... III. 计算机网络—游戏—
法律—研究—中国 IV. D922.174 D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 053743 号

网络游戏法律政策研究 2008

寿 步 主 编

上海交通大学出版社出版发行

(上海市番禺路 877 号 邮政编码 200030)

电话: 64071208 出版人: 韩建民

常熟市华通印刷有限公司印刷 全国新华书店经销

开本: 787mm×960mm 1/16 印张: 23 字数: 430 千字

2005 年 9 月第 1 版 2008 年 5 月第 2 版 2008 年 5 月第 2 次印刷

ISBN 978-7-313-04254-5/D·118 定价: 38.00 元

前 言

网络游戏产业近几年在我国的迅猛发展引发了一系列法律政策新问题。在此背景下,寿步先后主持承担了由上海市信息化委员会和上海市新闻出版局提供支持的上海市信息化政策法规调研项目《网络游戏法律政策问题研究》和司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目《网络游戏产业法律问题研究》。

由寿步和陈跃华主编、陈潜副主编的《网络游戏法律政策研究》一书于2005年10月在上海交通大学出版社出版,该书是上述研究课题的成果。2007年该书已经连获两奖。一是在2005年6月启动的由国家信息化专家咨询委员会主办的“首届全国信息化研究优秀成果评选”活动中,在申报评选的6000多项分别覆盖了经济、法律、管理、工程和技术等领域的信息化科研成果中,该书于2007年4月荣获国家信息化专家咨询委员会颁发的首届全国信息化研究成果奖优秀奖。这是法律类信息化科研成果在此次评选中获得的最高奖项。二是2007年11月该书荣获中国科学技术法学会颁发的科技法学优秀作品奖。

《网络游戏法律政策研究2008》是上述研究课题的进一步成果。

第一部分是网络游戏刑事法律问题研究。这里首先对近年来我国法院审理与网络游戏相关刑事案件的情况按照虚拟物相关案件、私服类案件、外挂类案件的分类进行了介绍;接着重点讨论了对网络游戏虚拟物的刑法保护问题,其中包括虚拟物刑法保护的必要性、虚拟物基本概念的界定、虚拟物刑法保护的难点与对策、以刑法为底线的虚拟物保护体系之构建等内容;然后通过对王一辉以非正常途径制作网络游戏虚拟装备并销售牟利一案的分析,提出了王一辉的行为属于“法无明文规定不为罪”的情形、对其行为不应定罪处罚的观点,同时提供该案的5份法律文书供研究参考;最后讨论了网络游戏外挂和私服的刑事可罚性。

第二部分是网络游戏民事法律问题研究。这里首先讨论了网络游戏虚拟物的民事司法保护,通过对司法实例的类型化分析,对相关民事案件审理过程中遇到的一些重要问题进行了探索,并着重就游戏规则的完善、失窃虚拟物是否适用善意取得等进行了论述;接着论证了网络游戏道具的法律属性;然后讨论了网络游戏虚拟物交易的法律管制问题、网络游戏虚拟物民事纠纷的解决问题;还对网络游戏虚拟物民事纠纷方面的两个案例进行了分析;并就网络化身权问题、虚拟货币法律问题、打击网络游戏外挂法律问题等进行了专题讨论。

他山之石,可以攻玉。本书第三部分是韩国与网络游戏相关的立法和学说的

借鉴与评析。这里首先收录了韩国的《唱片、录像物及游戏物相关法律》;接着收录了韩国金亨列和金润命的著作《网络游戏内容与数字版权》的节译;最后是专文讨论韩国网络游戏法相关问题及改善方案。

为了与 2005 年出版的《网络游戏法律政策研究》的附录《网络游戏相关的部分规范性文件》(2000 年 9 月至 2005 年 7 月)衔接,本书在附录中收录了 2005 年 7 月至 2007 年 12 月的《网络游戏相关规范性文件》。

本书是众人拾柴、八方支援的结果。因此,我愿借此机会真诚致谢:

感谢韩国著作《网络游戏内容与数字版权》的作者金亨列和金润命授权梁肖艳翻译该著作并允许我们在本书中刊出该著作的节译;

感谢一直以来支持我们进行网络游戏法律政策研究的上海市信息化委员会和上海市新闻出版局(上海市版权局),特别感谢上海市信息化委员会政策法规处陈潜处长、上海市新闻出版局音像电子和网络出版管理处沈宪华处长和版权管理处武幼章处长的支持;

感谢惠赐最新研究成果收入本书的上海市浦东新区人民法院陈雪明副院长、陈惠珍庭长、蔡东辉法官,特别感谢知识产权庭陈惠珍庭长的帮助;

感谢惠赐作品收入本书的上海市国策律师事务所钟成律师,上海切问商务咨询有限公司薛昌董事长,广东省广大律师事务所合伙人杨闰律师,上海市通力律师事务所翁晓健律师,上海市永乐律师事务所沈立安律师,广东省经纶律师事务所游植龙律师;

感谢向我们课题组提供网络游戏相关刑事案例裁判文书的下列单位:广东省广州市天河区人民法院,广东省广州市中级人民法院,广东省深圳市南山区人民法院,浙江省高级人民法院,上海市普陀区人民法院,上海市浦东新区人民法院,福建省厦门市思明区人民法院,山东省烟台市芝罘区人民法院,北京市海淀区人民法院,北京市第一中级人民法院。这些法院为我们课题组提供了近三年来在上海、北京、广东、福建、浙江、山东等地发生的除王一辉案之外的其他 13 个网络游戏刑事案例的法律文书。由于篇幅所限,这些法律文书不在本书中收录。读者可在中国网络律师网站(www.netlawcn.com, www.shoubu.com)下载阅读;

感谢上海市信息服务业行业协会数码互动娱乐专业委员会(原上海市信息服务业行业协会网络游戏专业委员会)以及张明秘书长的支持;

感谢新华国际知识产权(厦门)事务有限公司以及沈敦仁总经理、许琼琳律师和朱凌经理的长期支持;

感谢上海交通大学下列学生对此项研究的积极参与和贡献:李勇(2003 级法学硕士生),王海燕(2004 级法学硕士生),梁肖艳(2003 级材料学院本科生、知识产权法学第二专业毕业生),融天明(2005 级法学硕士生),朱红霞(2005 级法学硕士

生),文昶集(2005 级法学硕士生,韩国留学生),王伟(2005 级法律硕士生),林鸿(2005 级法律硕士生),陈石(2005 级法律硕士生)。

本书由寿步任主编、徐彦冰任副主编。各章节的撰稿人分别为:

第一编中,第一章,林鸿;第二章,李勇;第三章中,第一节,徐彦冰;第二节,寿步、徐彦冰、融天明;第三节中,一审辩护词,钟成;二审辩护词,寿步;第四章,薛昌。

第二编中,第五章,陈雪明、陈惠珍、蔡东辉;第六章,杨闰、翁晓健;第七章中,第一节,陈石;第二节,王海燕;第八章,朱红霞;第九章中,第一节,沈立安;第二节,游植龙;第十章中,第一节,徐彦冰;第二节,融天明;第三节,王伟。

第三编中,第十一章,文昶集译,梁肖艳校;第十二章中,引言,梁肖艳;第一节至第六节,[韩国]金亨列、金润命著,梁肖艳译;第十三章,文昶集。

另外,附录由朱红霞、陈石收集整理。

由于水平所限、时间所限,本书有错谬不足之处欢迎读者批评指正。来信请寄:shoubu@online.sh.cn。

寿 步

2008 年 3 月 26 日

目 录

第一编 网络游戏刑事法律问题研究

第一章 网络游戏相关刑事案件概述	3
第一节 网络游戏典型案例综述	3
第二节 虚拟物相关案件	8
第三节 私服类案件	10
第四节 外挂类案件	11
第二章 网络游戏虚拟物的刑法保护	15
第一节 网络游戏虚拟物刑法保护的必要性	16
第二节 网络游戏虚拟物基本概念的界定	42
第三节 网络游戏虚拟物刑法保护的难点与对策	51
第四节 以刑法为底线的虚拟物保护体系之构建	64
第三章 网络游戏虚拟物的刑事司法保护——对典型案例的分析	69
第一节 网络游戏中虚拟物刑法保护的困境	69
第二节 对非正常途径制作销售虚拟装备不应定罪处罚	75
第三节 王一辉案法律文书	82
第四章 私服、外挂的刑事可罚性分析	112

第二编 网络游戏民事法律问题研究

第五章 网络游戏虚拟财产的民事司法保护	119
第一节 网络游戏虚拟财产概述	120
第二节 网络游戏虚拟财产民事纠纷的典型种类及结合实例的分析	123
第三节 网络游戏虚拟财产纠纷引出的几个核心法律问题	127
第六章 网络游戏道具的法律属性论证	135
第一节 “网络虚拟物”是否属于财产	135
第二节 网络游戏玩家对游戏道具的权利属性	139
第七章 网络游戏虚拟物交易的法律管制	151

第一节	网络游戏虚拟物交易若干法律问题	151
第二节	网络游戏虚拟物交易纠纷之证据问题探析	168
第八章	网络游戏虚拟物民事纠纷的解决	181
第一节	网络游戏民事纠纷基础理论	184
第二节	虚拟物民事纠纷处理中的归责原则和举证责任	190
第三节	电子证据的取证和认证规则	196
第四节	国内外现有法律规定述评	202
第五节	网络游戏虚拟物民事纠纷的解决	206
第九章	网络游戏虚拟物的民事司法保护——对典型案例的分析	215
第一节	从一起用户服务纠纷谈规范网络游戏服务商行为	215
第二节	从《大话西游Ⅱ》玩家告网易案谈起	220
第十章	网络游戏特殊民事法律问题专论	227
第一节	网络化身权反思	227
第二节	虚拟货币法律问题初探	231
第三节	打击网络游戏外挂法律问题研究	239

第三编 韩国相关立法和学说的借鉴与评析

第十一章	韩国《唱片、录像物及游戏物相关法律》	261
第十二章	韩国著作《网络游戏内容与数字版权》节译	264
第一节	保护客体和保护范围	265
第二节	作品和作者	268
第三节	程序著作权	279
第四节	程序著作权的限制	286
第五节	使用许可、许可证、合同	289
第六节	其他	292
第十三章	韩国网络游戏法相关问题及改善方案	294
第一节	数码内容物(Digital Contents)的意义	294
第二节	网络游戏与网络法	297
第三节	网络游戏及网络游戏产业引发的问题	304
第四节	游戏著作权相关的合同解释与纠纷调解	315
第五节	游戏相关版权纠纷案例	318
第六节	网络游戏相关的立法建议	326

附录 我国网络游戏相关规范性文件(2005 年 7 月~2007 年 12 月)	331
文化部游戏内容审查委员会《关于正确引导未成年人健康上网 游戏的意见》	331
《中国互联网网络版权自律公约》	332
《互联网新闻信息服务管理规定》	334
《信息网络传播权保护条例》	340
《关于进一步加强网吧及网络游戏管理工作的通知》	346
《关于保护未成年人身心健康实施网络游戏防沉迷系统的通知》	351
《关于开展查处取缔黑网吧专项行动的通知》	353

第一编 网络游戏刑事 法律问题研究

第一章 网络游戏相关刑事案件概述^①

20 世纪 90 年代,网络游戏开始进入中国,伴随着我国信息技术的飞速发展,成千上万的网络用户在这个虚拟的世界里生活、工作和游戏,网络游戏也已经逐步形成了一个巨大的消费市场,发展成为一个不可忽视的产业,但是,随之也产生了大量的与网络游戏相关的纠纷,从而引出了与网络游戏相关的众多案例和探讨,特别是近几年来,国内的相关刑事案例层出不穷,公安部门、检察机关和各级法院在被告行为如何定性以及如何具体适用法律定罪量刑等方面有着许多的困惑,这也提出了很好的研究课题,本章即希望通过对实践中相关典型刑事案例的归纳和分析,研究探讨与网络游戏相关的刑事法律问题。

第一节 网络游戏典型案例综述

网络游戏作为人与人之间交往的延伸,在带给人们欢乐的同时,现实社会中常见的各种犯罪行为,也总是如影随形地发生在网络游戏各个角落。根据瑞星公司与网游网早在 2003 年 12 月共同完成的一项《网络游戏安全调查报告》显示:61%的网络游戏玩家经历过装备和虚拟物等虚拟财产被盗,其中被盗号的占 33%,13%的玩家会使用盗号工具,39%的玩家想使用盗号工具与黑客工具盗取别人的资料;超过 22%的玩家正在使用各种盗号及黑客工具。而这三年多来,由于虚拟财产侵害案的高发性和法律规定的滞后性,导致虚拟财产受到侵害的消费者长期以来得不到应有的法律保护。与此同时,一些恶意侵占他人虚拟财产的行为人,因没有得到相应的法律制裁而变得更加肆无忌惮。可以说,网络游戏相关犯罪愈演愈烈,已经造成了较大的社会危害,有必要适用刑法加以规制。

一、我国网络游戏刑事案例的产生与发展

2003 年 11 月 6 日,北京市朝阳区法院开庭审理了国内首例网络游戏虚拟物纠纷案件。玩家李宏晨以游戏运营商侵犯了他的私人财产权为由,将北极冰科技发展有限公司告上了法庭。2005 年,深圳南山区发生了首起虚拟物盗窃案。在这两

^① 本章撰写者:林鸿,上海交通大学法律硕士。本章来源于作者在上海交通大学完成的硕士学位论文。作者对寿步教授和徐彦冰老师的指导表示诚挚的谢意。

个案件中,双方为了维护各自的利益,在对网络游戏虚拟财产的看法上产生分歧当然是无法避免的,而这种分歧也正是当今法律面对的难题,在还没有明确法律可以参照的情况下,考虑到虚拟物定性的敏感性,主审的两个法院都不约而同地回避了虚拟物的价值这个问题,而分别以服务合同的违约责任和侵犯通信自由罪追究被告的责任^①。

两年来,形势发生了巨大的变化,我国网络游戏市场已经成为蓬勃发展的朝阳产业,市场规模巨大,参与网络游戏的人数日益增多。法律作为规制社会的手段,需要应因社会变动的需要。面对日益深入我们生活的网络游戏,司法机关逐步改变了做法,开始逐渐尝试以刑法来规制网络游戏领域的一些社会危害较大的行为。比如国家更是将制作“外挂”、“私服”的行为明确认定为非法互联网出版行为^②。而且从判决情况来看,国内法院在一些主要问题上的认识已经趋于一致,针对网络游戏犯罪频发的态势,量刑也在逐步加重,体现出一些新的特点和动向,比如经常发生社会危害巨大的犯罪行为无法找到完全适合犯罪构成要件的刑法罪名,或者涉及好几个可能的罪名,从而导致法院入罪困难的情况,实践中还常常表现为司法机关之间对于具体犯罪行为适用什么刑法条款也存在着不同的理解。这都值得我们关注。

二、本次调研刑事案例概述

本次调研笔者共收集到 14 个近三年发生的网络游戏刑事案例的共计 21 份(含王一辉案的 5 份)司法文书资料,这些案件分别来自上海、北京、广东、福建、浙江、山东六个沿海开放地区省份。经过分析和比较,根据不同案件表现出来的共同点,笔者把上述网络游戏相关刑事案例划分为三个大类:虚拟物相关犯罪、私服相关犯罪、外挂相关犯罪。

(一) 三大类刑事案件的数量分布

案件类别	案件数量	案件名称
虚拟物	4	颜亿凡案,胥磊案,曾智峰案,王一辉案
外挂类	8	游唐存案,罗治国案,武进案,龙联公司案,罗亮案,张宗为案,马宁案,天成公司案
私服类	2	张左峰案,谈文明案

^① 《盗卖 QQ 号不属盗窃 法院裁定侵犯通信自由》,载 <http://it.sohu.com/20060114/n241434686.shtml>,最后访问日期:2007 年 10 月 4 日。

^② 新闻出版总署、信息产业部、国家工商行政管理总局、国家版权局、全国“扫黄”“打非”工作小组办公室五部委 2003 年 12 月 18 日颁布的《关于开展对“私服”、“外挂”专项治理的通知》,新出联[2003]19 号。

(二) 按照是否经过二审划分

是否二审	案件数量	案件名称
一审终审	10	曾智峰案,罗亮案,游唐存案,罗治国案,武进案,龙联公司案,张宗为案,马宁案,天成公司案,张左峰案
二审终审	4	颜亿凡案,谈文明案,胥磊案,王一辉案

(三) 按照被告人人数划分

被告人人数	案件名称
一个被告	颜亿凡案,胥磊案,游唐存案,罗治国案,武进案,罗亮案
一个以上的被告	曾智峰案,王一辉案,龙联公司案,天成公司案,张宗为案,马宁案,张左峰案,谈文明案

(四) 按照刑罚种类划分

刑罚种类	案件名称
罚金	颜亿凡案
拘役	曾智峰案,罗亮案
有期徒刑	游唐存案,罗治国案,胥磊案,武进案,龙联公司案,张宗为案,马宁案,天成公司案,张左峰案,谈文明案,王一辉案

(五) 判处有期徒刑的案件中按照是否适用缓刑划分

是否适用缓刑	案件名称
不适用缓刑的案件	胥磊案,王一辉案
适用缓刑的案件	曾智峰案,罗亮案,游唐存案,罗治国案,武进案,龙联公司案,马宁案,张宗为案,天成公司案,张左峰案,颜亿凡案,谈文明案

(六) 按照是否适用罚金刑划分

是否适用罚金	案件名称
不适用罚金的案件	曾智峰案,王一辉案
适用罚金的案件	胥磊案,罗亮案,游唐存案,罗治国案,武进案,龙联公司案,张宗为案,马宁案,天成公司案,张左峰案,颜亿凡案,谈文明案

(七) 按照是否构成单位犯罪划分

是否构成单位犯罪	案件名称
构成单位犯罪的案件	天成公司案,龙联公司案
不构成单位犯罪的案件	胥磊案,罗亮案,游唐存案,罗治国案,武进案,张宗为案,马宁案,曾智峰案,张左峰案,颜亿凡案,谈文明案,王一辉案

(八) 按照是否涉及未成年人来划分

只有张宗为案涉及。

(九) 按照作案时间划分

作案年份	案件名称
2004 年	颜亿凡案,游唐存案,罗治国案
2005 年	曾智峰案,张左峰案
2006 年	武进案,龙联公司案,天成公司案
跨年案件	胥磊案,罗亮案,张宗为案,马宁案,谈文明案,王一辉案

(十) 从最高刑期来划分

刑 期	案件名称
3 年以下有期徒刑	游唐存案,罗治国案,龙联公司案,张左峰案,张宗为案,马宁案,武进案,天成公司案
3~7 年有期徒刑	谈文明案,王一辉案
7 年以上	胥磊案

(十一) 十四个案件其他指标详细对比

被告	作案期间 (月)	宣判时间	涉案金额 (元)	最高刑罚
颜亿凡	3	2005 年 12 月 13 日	4605	罚金 5000 元
胥磊	5	2007 年 6 月 12 日	874 480	有期徒刑 11 年,并处罚金 20 万元
曾智峰	4	2006 年 1 月 13 日	61 650	拘役 6 个月
王一辉	11	2007 年 3 月 23 日	2 000 000	有期徒刑 5 年
游唐存	2	2005 年 12 月 19 日	500 000	有期徒刑 3 年,缓刑 3 年,罚金 4 万元
罗治国	2	2007 年 1 月 15 日	500 000	有期徒刑 2.5 年,缓刑 2.5 年,罚金 5 万元
武进	2	2007 年 2 月 2 日	290 000	有期徒刑 3 年,缓刑 4 年,罚金 3 万元
龙联公司	2	2007 年 2 月 15 日	290 000	有期徒刑 1 年,缓刑 1 年,罚金 2 万元
罗亮	26	2007 年 3 月 6 日	86 840	拘役 6 个月,罚金 1 万元
张宗为	24	2007 年 2 月 9 日	1 740 000	有期徒刑 3 年,缓刑 5 年,罚金 6 万元

(续表)

被告	作案期间 (月)	宣判时间	涉案金额 (元)	最高刑罚
马宁	16	2007年5月24日	2109643	有期徒刑3年,缓刑4年,罚金10万元
大成公司	5	2007年6月8日	2000000	有期徒刑3年,缓刑4年,罚金10万元
张左峰	4	2007年1月3日	194534	有期徒刑1.5年,罚金16万元
谈文明	15	2007年2月9日	2817187	有期徒刑2.5年,罚金5万元
谈案二审		2007年8月		有期徒刑6年,罚金50万元

总结本次调研收集的典型案件,可以归纳出以下共同点:

(1) 从被告的角度看,被告人都在较短时间内获得数额巨大的利润,严重扰乱了市场秩序,属于情节特别严重,正是由于这一特点,使得司法实践需要从其社会危害性的角度出发,追究案件中被告人的刑事责任。在没有对应的符合犯罪构成要件,而刑法又不能很快得到修正的情况下,如何理解社会危害性以及“罪刑法定”原则,是摆在我们面前的一个严肃的课题,几个典型案例中都体现出了这一点。

(2) 从诉讼的角度看,虚拟物和私服两类犯罪中,都出现了由检察院以侵犯著作权罪提起公诉,但经过漫长的审理之后,最后一审法院均改变了公诉机关而以非著作权犯罪作出被告承担刑事责任的判决:外挂类的犯罪,深圳和北京案例法院所定罪名都是“非法经营罪”;虚拟物类犯罪,深圳的案例法院判处被告构成侵犯“通信自由罪”,而类似案情的上海案例法院所定罪名却是“职务侵占罪”,另外还有一起广州天河法院以“盗窃罪”定罪。这种法院直接改变公诉机关指控的罪名的做法是不正常的,虽然可能并不违法^①,但在法理上还是存在较大的争议^②。

(3) 从法院的角度看,立法上的空白给法院在定罪、量刑上带来了极大的困难。比如在虚拟物类犯罪中证据的认定上,被告非法获利与游戏运营商的实际损失都没有明确的可供依照的计算标准。如果说被告的非法获利在某种程度上还可以通过被告之间的资金往来数额来帮助认定^③的话,游戏运营商的损失则变成看不

① 最高人民法院关于执行《中华人民共和国刑事诉讼法》若干问题的解释(法释[1998]23号,1998年6月29日最高人民法院审判委员会第989次会议通过)中的第176条第1款第2项。该条款规定:“起诉指控的事实清楚,证据确实、充分,指控的罪名与人民法院认定的罪名不一致的,应当作出有罪判决”。

② 学界有多篇文章论证反对这种法院直接改判的行为,比如:<http://www.fzgl.gov.cn/gb/info/ztbd/njlst/2003-12/01/1347045997.html>,最后访问日期:2007年5月16日。

③ 这种认定的方式也被认为并不科学,因为并不能排除主犯与从犯间基于合法的借贷关系而产生的资金往来。