

网络游戏 知识产权司法保护

孙磊 曹丽萍◎著

FIGHT
FOR
VIDEO GAME WITH THE
WEAPON OF IP

系统化解析网络游戏知识产权纠纷中涉及的著作权、商标权、专利权、合同纠纷、反不正当竞争法等原理与规则

专题分析行业常见的实务问题，为网络游戏市场提供知识产权保护指引和风险防控措施

深度剖析大量中外典型案例，直观展现法官裁判原理与当事人诉讼技巧

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



网络游戏

知识产权司法保护

孙磊 曹丽萍◎著

FIGHT
FOR

VIDEO GAME WITH THE
WEAPON OF IP

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

网络游戏知识产权司法保护 / 孙磊, 曹丽萍著.

—北京: 中国法制出版社, 2017. 8

ISBN 978 - 7 - 5093 - 8761 - 0

I. ①网… II. ①孙…②曹… III. ①网络游戏 - 知识产权保护 - 研究 - 中国 IV. ①D923. 404

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 193108 号

策划编辑 李小草

责任编辑 李小草 王熹

封面设计 杨鑫宇

网络游戏知识产权司法保护

WANGLUO YOUXI ZHISHI CHANQUAN SIFA BAOHU

著者/孙磊, 曹丽萍

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/710 毫米×1000 毫米 16 开

版次/2017 年 9 月第 1 版

印张/22.75 字数/248 千

2017 年 9 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 8761 - 0

定价: 68.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66010493

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

序

网络游戏与体育有着不解之缘。2004 年国家体育总局承认电子竞技为第 99 个正式体育项目，2008 年国家体育总局整合合并我国现有的体育项目，将电子竞技重新定义为第 78 项体育运动项目，至今都已有十年上下的时间。这期间，中国体育事业成就辉煌，网络游戏产业艰难扎根，直到 2016 年以“移动游戏市场份额居世界第一”的成绩惊艳世界。

然而，需要正视的是，十年之间我国无论是对体育事业的法律保护，还是对网络游戏产业的法律保护，都没有追上它们迅速发展的脚步：美、日、韩等网络游戏产业成熟的国家游戏分级制度已实行多年，国外赛事组织者的权利界限非常明确，韩国和法国针对电子竞技项目进行立法，在法律层面明确了优惠政策，而我国网络游戏目前仍处于立法空白，有关赛事组织者、参与者的权利义务的规定依然不明朗。此外，国外涉及网络游戏的理论专著众多，而我国尚没有一本针对网络游戏知识产权司法保护的专著。这些问题亟待我们正视与解决。

《网络游戏知识产权司法保护》作为国内第一本网络游戏知识产权法律研究的著述，系统地论述了网络游戏知识产权诉讼中出现的各方面问题，详实地分析了国内外判例，为处于混乱竞争局面的网络游戏市场提供了宝贵的建议和指引。作者孙磊、曹丽萍作为 80 后的法律人，几年来把他们几乎全部的热情与时间投入到网络游戏司法保护研究工作之中，非常值得鼓励。希望他们继续在电子竞技、体育赛事司法保护领域深入研究，为我国体育事业暨游戏产业的大发展、大繁荣做出更多的贡献。

是为序。

刘岩 中国法学会体育法学研究会会长

前言

继 NBA 费城 76 人队率先染指电竞业之后，最近火箭队聘请了 25 岁的专家塞巴斯蒂安·帕克分管电竞事业。这个年轻的老外说得很实在：“大部分人看待电子竞技的目光非常短浅，看起来就像对待一件一周时间就可以彻底研究透彻的事情一样。”其实对于网络游戏司法保护，我国目前学界和实务界的态度何尝不是如此。

网络游戏在中国有着根深蒂固的偏见，在某些时期甚至被认为类似于毒品。然而，中国的网络游戏产业还是迎风发展起来了。据 2016 年娱乐业产值报告，游戏产业贡献了 1800 亿元，占到了一半以上，力压电影、电视剧、动漫等其他传统娱乐产业。游戏成为了“泛娱乐”布局中变现的核心力量；另一方面，2017 年依然是游戏业的“寒武纪”——涉及游戏的侵权诉讼激增说明了游戏圈中竞争秩序的混乱，而对应的是很多游戏公司法务人员短缺、法务部门不受重视：一些法务部门大量的精力投入到公司的投融资和 IPO 工作中，一些法务部门的直线汇报领导是财务总监，甚至一些公司的法务总监是做广告传媒出身……怎么合理竞争，如何有序发展，是大家真正关心的。

起飞得太快，理论界和实务界显然还没有做好准备，这种“措手不及”是自内向外的：对内而言，最近的网络游戏法律著述是 2009 年出版的，涉及的只是网络游戏虚拟财产的刑事问题，随后的 7 年间没再有过网络游戏的专门法律著述，甚至在 2015 年之前，鲜有网络游戏的专门法律论文，没有国外翻译资料，没有国外司法实践参考，没有理论研究积淀。一些热情高涨的硕士生、博士生的毕业论文选题纷纷都选择了网络游戏法律保护，然而在写作

中才发现，国内文献少之又少，国外文献无人翻译，其中游戏立法最为先进的韩国、美国及法国的相关立法更是无人翻译、无人解读；对外而言，2016年中国在手机游戏市场方面超越美国、站在世界顶端“封神”的时候，世界对于中国网络游戏的司法保护的认识还是停留在2013年WIPO的一篇报告之中，而现实情况与报告所言有所偏差。在与美国加州洛约拉法学院著名网络游戏研究学者 Jay Dougherty 教授在邮件中讨论网络游戏司法保护政策时，Dougherty 教授也表现出对中国网络游戏司法保护现状的密切关注。高楼已经建起，然而留给它的城市还是空地。如何做到有序竞争、合理发展，如何让世界听到中国网络游戏司法保护的声音，这不是一两个人可以做的，这需要每一个为网络游戏司法保护奋斗的朋友一起努力。

应该说，中国目前对于网络游戏司法保护的水平和力度，在世界诸国之中并不弱，甚至某些方面可以说很强（当然，诸如游戏分级等问题，依然需要向韩国等国家学习），所以不可妄自菲薄，其实其他国家也都是摸着石头过河而已。

谨以此书，献给投身轰轰烈烈的网络游戏司法保护事业的人们。

孙 磊

2017年8月



第一编 原理解析与规则适用

第一章 游戏产业现状及国际司法实践..... 3

一、日本 / 3

二、韩国 / 6

三、美国 / 9

四、法国 / 13

第二章 著作权..... 16

第一节 网络游戏作品类型划分 / 16

一、现状及问题提出 / 16

二、单独为电子游戏设立作品类型的假设与分析 / 22

第二节 改编权问题 / 29

一、忠于原作的再创作属于改编 / 30

二、歪曲、篡改原作属于侵害保护作品完整权 / 31

三、谨慎主张不正当竞争 / 33

四、元素名称的改编权 / 35

第三节 网络游戏的设计及规则 / 44

一、电子游戏设计的法律内涵 / 45

二、电子游戏设计的保护路径 / 52

三、电子游戏认定为类电作品对于保护游戏设计的意义 / 63

第四节 电子游戏竞技网络直播问题 / 64

一、各方关系 / 65

二、相关法律问题 / 68

第五节 网络游戏分发平台的责任认定 / 80

一、网络游戏分发平台的性质 / 80

二、网络游戏分发平台经营者应承担的侵权责任 / 82

第三章 合同纠纷..... 86

一、改编合同纠纷 / 86

二、其他合同纠纷 / 90

第四章 商标权..... 97

第一节 商标行政 / 97

一、游戏名称是否天然地存在不可注册性 / 97

二、一般注册的商品类别 / 98

三、注册申请被驳回的常见情形 / 99

第二节 商标民事 / 108

一、民事诉讼中突破商品类别 / 108

二、“混淆测试”的效力 / 109

第五章 反不正当竞争法..... 114

第一节 仿冒的认定 / 114

一、《反不正当竞争法》意义上的仿冒 / 114

二、网络游戏涉及的仿冒纠纷 / 119

第二节 虚假宣传 / 127

一、虚假宣传的构成要件 / 127

二、网络游戏虚假宣传纠纷 / 128

三、网络游戏下载量虚假问题 / 130

第三节 商业秘密 / 133

一、网络游戏商业秘密民事案件的特点 / 133

二、网络游戏商业秘密刑事案件的特点 / 147

第四节 技术措施的破解 / 154

一、技术保护措施的定义及分类 / 154

二、其他国家的立法及判例 / 158

三、我国关于技术保护措施的规定与案例 / 172

第六章 专利权..... 180

一、网络游戏专利保护概况 / 180

二、我国目前网络游戏专利申请情况 / 192

第二编 常见问题与典型案例

第七章 “游戏特效”的法律性质..... 203

一、游戏特效的法律性质 / 203

二、典型案例 / 207

第八章 游戏界面的法律性质..... 216

一、游戏图形用户界面的特点 / 216

二、网络游戏图形界面 (UI) 的法律保护 / 222

第九章 网络游戏的著作权登记..... 240

一、著作权取得与著作权登记 / 240

二、我国网络游戏著作权登记 / 241

三、典型案例 / 243

第十章 联运方的责任认定..... 252

一、网络游戏联合运营的概念 / 252

二、侵权责任承担 / 256

第十一章 认定侵权时的“接触+实质性相似”原则..... 273

一、网络游戏侵权案件与“接触+实质性相似”原则 / 273

二、不同的游戏要素类型适用不同的对比标准 / 285

三、应用中的常见问题 / 288

第十二章 停止侵权问题..... 305

一、网络游戏侵犯著作权案件的特点与类型 / 305

二、我国司法实践中的“停止侵权” / 308

三、网络游戏著作权侵权诉讼中停止侵权的相关问题 / 314

第十三章 侵权案件赔偿情况分析..... 322

一、网络游戏案件收案情况 / 322

二、各地法院典型案件中判赔情况分析 / 327

三、对于影响赔偿数额的常规因素 / 334

第十四章 对网络游戏整体画面认定为影视作品的思考..... 346

一、影视作品与网络游戏 / 346

二、将网络游戏认定为影视作品的益处 / 348

三、将网络游戏认定为影视作品需要考虑的问题 / 350



FIGHT
FOR
VIDEO GAME WITH THE
WEAPON OF IP

第一编

原理解析与规则适用

第一章 游戏产业现状及国际司法实践

一、日本

(一) 概况

日本游戏产业分为两块，一块是网络游戏业务，另一块是固守不放的游戏机实体业务。相比于中国和美国，日本的游戏业并不似想象得那么如以往一样赚钱了，因为现今推出一款大型热门游戏已经不是一家大型公司可以单独运作的了，以近期全球大火的《pokemon go》AR 游戏为例，实际上任天堂公司只是负责该款游戏的运营和推广，根据彭博社 7 月 25 日的通讯，任天堂日本股价在经历大涨后，迅速又下跌了 16%，业内分析热门游戏《pokemon go》不能真正拯救任天堂公司。实际上，这款游戏是包括任天堂公司在内的三家公司参与分成的，Niantic 公司是负责开发、设计这款“轻 AR”游戏（这么说是因为，游戏业内并不认为这是一款真正的 AR 游戏，因为它还没有使用游戏画面和实际地理图像 100% 的融合渲染技术），而宠物小精灵的著作权是属于宝可梦公司的，任天堂公司作为运营方，获得分红的比例其实并不高，而且目前看来，利润贡献率最高的地区是美国。

日本《著作权法》（1970 年）第十条并未针对电子游戏单独设计规定，

但由于第十条采取的是非穷竭式的罗列，所以电子游戏自然也是可以受著作权法保护的。

（二）定性

虽然日本成文法中未有针对电子游戏的单独表述，但有判例认可了电子游戏可以作为《著作权法》第二条第三款中规定的“电影作品”受到保护（这点同我国目前的情况是一致的）。起初，日本各地方法院对电子游戏的法律定性问题态度并不统一，直到最高裁判所在 2002 年通过 H12 - JU - 952 号案件中统一标准，把电子游戏归类于“电影作品”，认为电子游戏的性质是符合电影作品的。但需要说明，并非所有的电子游戏都有机会被认定为“电影作品”，如果一款游戏的游戏画面是静态图像而非动画，则显然不能归类于电影作品。

电子游戏整体归类于电影作品，提供了一个非常之宽泛的救济，为了适当限制这个范围，日本法院给电子游戏提供的保护范围是小于传统电影作品的。举个例子，最高裁判所规定，传统电影作品的发行权是不受“一次销售权利用尽”的限制的，但电子游戏是受此限制的。

同时，电子游戏视听元素对应的计算机程序中原创、独创的源代码（排除了中间件）仍可以作为文字作品受到保护——当然，编程语言（JAVA、C、C++ 等）、编程规则、算法不是受著作权法保护的客体。

（三）针对“孤儿游戏”的特殊规定

由于日本的游戏产业发展得非常早，一些老游戏成为了“孤儿作品”。针对这些游戏，日本《著作权法》第六十七条规定了著作权人不明等情况下的作品使用强制许可制度。

游戏发烧友和游戏开发者可以取得并使用那些在市场上已经停止销售、权属不明的老游戏（Abandonware Video Games）——即“孤儿作品”。游戏开

发者向文化事务管理委员会（CACA）提交许可申请，申请内容包括公开使用的时间段、通过尽职调查无法找到权利人、律师的担保等。经文化厅长裁定并待权利人寄存使用补偿金后，游戏开发者可以采用裁定规定的方式加以二次利用。

近几年，日本学界已经不满足于最高裁判所目前“将部分电子游戏归类于电影作品或视听作品”的方法，主张立法者应为电子游戏“量身定制”法律规定，以此来促进游戏产业的发展。

（四）针对破解技术措施的规定

因为日本的游戏硬件产业同样发达，其针对游戏破解的法律规定相比于其他国家要更加细致、更有特色。

按照日本学者田村善之的分类标准，技术措施可以分为“信号妨碍型措施”和“密码型措施”两种，其实，日本直译更加通俗易懂：“反复制技术措施”和“反接入技术措施”。

在1999年、2003年两次修法时，日本把规避“反复制技术措施”行为保留在《著作权法》第二条第一款第二十项、第三十条第一款第二项、第一百二十条第二项，把规避“反接入技术措施”行为放在了《不正当竞争防止法》第二条第一款第十项、十一项。这种区分是有用意的：因为规避反复制技术措施侵犯了复制权，所以在《著作权法》中，除了民事侵权责任，还设定了严苛的刑事责任；而规避“反接入技术措施”行为属于侵权的“其他权利”，《不正当竞争防止法》只规定了民事侵权责任，惩罚力度要小于前者。^{〔1〕}比如用烧录卡破解任天堂NDS游戏掌机的行为，就是典型的规避“反接入技术措施”行为。

〔1〕〔日〕田村善之：《日本知识产权法》第4版，知识产权出版社2011年版，第50～52页。

二、韩国

韩国的电子游戏产业主要由文化观光部管理，基于《游戏产业促进法案》，2006 年成立了游戏振兴委员会，负责推广游戏文化、发展游戏产业。游戏振兴委员会有权独立地根据游戏内容进行分类，同时可以规制非法网络发行、大型电玩游戏机、非法电子赌博游戏等，防止非法赌博、国际的暴力及裸露镜头给社会带来的副作用。

韩国的游戏等级划分由影像物等级委员会负责，为流通（发行）、视听或提供使用的目的而制作或购入玩家，必须将游戏内容向委员会申请等级分类并得到等级分类。针对游戏中的虚拟货币，仍由文化观光部负责。虽然韩国的网络游戏业发达，但对于游戏虚拟货币却一直持保守态度。

韩国专门针对电子游戏的法律有《唱片、录像物及游戏物的相关法律》、文化观光部 1999 年出台的《网络数码内容物产业发展法》《文化产业振兴基本法》等。尽管韩国拥有高规模的电子游戏产业，但韩国著作权法中没有针对电子游戏进行专门的定义或分类。在文化观光部于 1999 年制定的《唱片、录像物及游戏物相关法律》中，有关于“游戏物”的定义为：利用计算机程序等信息处理技术或机械设备，为了能够进行娱乐，善用余暇、提高学习及运动效果而制作的电影作品或机器——可以由此看出，文化观光部的倾向意见已把电子游戏看做类电作品。

然而，法理学界和法院普遍的观点还是将电子游戏归类于计算机程序。针对计算机程序，韩国专门有《计算机程序保护法案》（1986 年），类似于我国的《计算机软件保护条例》。

由于韩国电子游戏工业在近些年的迅猛发展，关于如何有效保护电子游戏的争论越发激烈。于是，法学界及法院在实践中根据《著作权法》（2009 年）第二条第十三款中关于类电作品的定义，将电子游戏归类于视听作品或

者类电作品，同时与商标权、针对专业选手的公开权一并列为电子游戏的保护路径。

法学界对于电子游戏玩家是否享受著作权保护并无争议，他们普遍认为，玩家操作的游戏并不视为受著作权保护的对象。少数人认为，可以给部分玩家提供“表演者权”的邻接权保护。

韩国电子竞技产业非常发达，很多专业玩家的主要收入来自于所属战队的工资、签约直播平台的授权费以及电子游戏公司的现金奖励。如果可以从一名普通玩家成为明星选手（Star players），其通过专业的操作技巧和个人风格，可以像其他行业的明星一样形成“眼球经济”，那么就可以赚取广告费等额外的高额收入。这时，法律为该明星选手提供了公开权，这项公开权甚至可以对抗竞赛组织者及游戏开发者。这是在世界其他国家所没有的。

韩国电子游戏的特点之一就是电子竞技产业化，权利人已经不再满足于开发游戏、销售游戏本身，而开始拓展像电子竞技这样的“二次开发”。电子竞技活动的主体包含了竞赛主办方、专业电竞选手、信息网络传输单位等，这说明韩国在某层意义上讲，是最有规则性的国家之一，其整个体系包括：

1. 游戏开发商是电子游戏最主要的权利人，其作为类电作品的作者。
2. 初始著作权人，就是游戏用以改编的小说、漫画、戏剧等著作权人。
3. 做出创造性贡献的每名游戏开发人员，可以作为类电作品的作者。比如编辑、图形设计师、游戏测试员、软件工程师。
4. 对专业玩家（Gamers）和选手（Players）进行公开传播行为的传媒公司，涉及竞技直播画面的相应权利。
5. 电子游戏竞赛的组织者，其权利与“春晚”摄制行为类似，在编排、设计、拍摄角度等方面享有权利。
6. 专业玩家（Gamers）和选手（Players），极个别的享有公开权。

游戏开发者作为类电作品的作者当然地享有传播权、出版权、演绎权及二次开发等权利，如果第三方需要得到类电作品的授权，就必须将作品的权