



知识产权法官论坛

电子游戏 司法保护研究


◎孙磊 著

非
外
借



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



知识产权法官论坛

电子游戏 司法保护研究

◎孙磊 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

电子游戏司法保护研究/孙磊著. —北京: 知识产权出版社, 2018. 1
(知识产权法官论坛)
ISBN 978-7-5130-5382-2

I. ①电… II. ①孙… III. ①电子游戏—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 325456 号

内容提要

中国网络游戏产业的蓬勃发展, 离不开法律法规的保驾护航, 本书从知识产权民事、刑事及行政法规等热点问题进行理论探讨, 对比中外游戏法理论及司法实践经验, 并搭建中国特色的游戏法理论体系, 为对游戏产业法律进一步进行研究 with 保护提供思路与方法。

责任编辑: 崔 玲

责任校对: 王 岩

装帧设计: **SUN**工作室 韩建文

责任出版: 刘译文

电子游戏司法保护研究

孙 磊 著

出版发行: 知识产权出版社 有限责任公司 网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区气象路 50 号院

邮 编: 100081

责编电话: 010-82000860 转 8121

责编邮箱: cuiling@cnipr.com

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

印 刷: 北京科信印刷有限公司

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 880mm×1230mm 1/32

印 张: 11.5

版 次: 2018 年 1 月第 1 版

印 次: 2018 年 1 月第 1 次印刷

字 数: 280 千字

定 价: 48.00 元

ISBN 978-7-5130-5382-2

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

序

对于大多数学者与司法工作者而言，网络游戏产业是一个陌生的领域，这大约与这一群体很少玩网络游戏有关。应该说，要对由一门产业引发的法律问题进行深入研究，前提是了解产业本身。笔者曾经受托对网络游戏虚拟物品监管现状及对策进行研究，由于笔者不玩游戏良久，只能召集一群研究生打了几个月的网络游戏，这才基本在“实践”中搞清了网络游戏中各类虚拟物品的产生与交易的模式。以此为基础，才能发现问题并提出监管对策。如果只躲在象牙塔内凭空琢磨，而不去接触产业，相关的研究成果难逃隔靴搔痒的命运。

与此相对，一个产业想要持续性地健康发展，也需要扎实的学术研究为其保驾护航。电影产业就是典型的实例，自1888年第一部电影诞生，百余年来学术界与司法界一直在密切关注并热烈讨论对电影的法律保护，促使各国著作权法将电影规定为独立的作品类型，并逐步提高了保护水平，完善了保护机制，成就了电影产业的大繁荣。如今，网络游戏作为新兴的娱乐产业之一，从产值和规模上逐渐有超越电影产业之势。但与此同时，对网络游戏相关的学术研究并没有完全跟上。

本书作者孙磊作为一名法律工作者，将自己的热情与时间

都奉献给了网络游戏的理论研究工作，于 2017 年合著出版了《网络游戏知识产权司法保护》一书，从司法实践角度对网络游戏侵权问题进行了分解、梳理，而本书更多地从基础理论层面分析了网络游戏法律问题。许多观点具有新颖性，令人耳目一新，也为进一步的讨论提供了基础。希望本书可以帮助学者与司法工作者们了解游戏产业，提高对网络游戏相关问题的研究水平，共同促进网络游戏产业的有序、和谐发展。

王 迁
华东政法大学

目 录

第一章	“游戏软件名称”及“游戏元素名称”	1
第一节	游戏软件名称的知识产权保护	1
第二节	游戏元素名称的知识产权保护	39
第二章	动漫、游戏角色的保护	59
第一节	游戏角色的配音	59
第二节	动漫、游戏角色中“公开权”的界限	64
第三节	游戏角色中的保护期限	73
第三章	游戏相关合同纠纷	77
第一节	改编合同	77
第二节	其他合同纠纷	91
第四章	电子游戏设计及规则的保护	109
第一节	电子游戏设计的法律内涵	110
第二节	电子游戏设计的保护路径	118

第三节	电子游戏认定为类电作品对于保护游戏设计的意义 / 131	
第五章	电子游戏技术措施的破解	133
第一节	技术保护措施的定义及分类 / 133	
第二节	其他国家的立法及判例 / 138	
第三节	我国关于技术保护措施的规定与案例 / 155	
第六章	电子游戏插件	164
第一节	游戏内嵌字体 / 164	
第二节	游戏外挂 / 170	
第三节	游戏操作界面净化插件 / 173	
第四节	游戏汉化补丁 / 177	
第七章	电子游戏竞技网络直播	181
第一节	各方关系 / 181	
第二节	相关法律问题 / 186	
第八章	电子游戏的专利权保护	199
第一节	电子游戏专利保护概况 / 199	
第二节	我国目前网络游戏专利申请情况 / 214	
第三节	国内网络游戏专利诉讼情况分析 / 218	
第九章	电子游戏刑事保护	224
第一节	侵犯著作权罪的刑事立法进程 / 224	

第二节	外挂入刑问题 / 231
第三节	DNS 劫持 / 237
第四节	电子游戏虚拟物 / 240
第五节	贴牌加工 / 249
第十章	其他国家关于电子游戏的法律规定 253
第一节	电子游戏的宏观历史 / 253
第二节	各国电子游戏保护情况 / 259
第三节	各国对电子游戏的行政监管 / 281
第四节	各国关于侵犯著作权罪的规定 / 291
附录：部分涉游戏法规、规章	
(2009 年至 2016 年 12 月) 299
网络出版服务管理规定	/ 299
关于移动游戏出版服务管理的通知	/ 313
关于贯彻落实国务院《“三定”规定》和中央编办有关解 释，进一步加强网络游戏前置审批和进口网络游戏审 批管理的通知	/ 317
网络游戏管理暂行办法	/ 321
文化部关于改进和加强网络游戏内容管理工作的通知	/ 330
关于加强对进口网络游戏审批管理的通知	/ 334
关于加强网络游戏虚拟货币管理工作的通知	/ 336
文化部办公厅关于规范进口网络游戏产品内容审查申报工 作的公告	/ 341

文化部办公厅关于立即查处“黑帮”主题非法网络游戏的通知 / 343

关于开展对“私服”、“外挂”专项治理的通知 / 344

中央机构编制委员会办公室关于印发《中央编办对文化部、广电总局、新闻出版总署〈“三定”规定〉中有关动漫、网络游戏和文化市场综合执法的部分条文的解释》的通知 / 348

文化部关于规范网络游戏运营加强事中事后监管工作的通知 / 352

第一章 “游戏软件名称”及 “游戏元素名称”

第一节 游戏软件名称的知识产权保护

一、游戏软件名称的著作权保护

游戏软件名称可以参考关于“图书标题可版权性”的分析路径。对于标题的可版权性，中外的观点并不一致。我国理论界和实务界普遍认为标题不受著作权保护，主要理由是：第一，标题属于思想的范畴，表达量小，独创性空间小；第二，“一举两得”即作品和作品标题同时受著作权法保护的做法不符合法律逻辑。

在“五朵金花”案中，原告（上诉人）赵季康、王公浦于1958年创作了电影文学剧本《五朵金花》，作品署名为季康、公浦，同名电影《五朵金花》于1959年公映。被告（被上诉人）云南省曲靖卷烟厂于1983年将“五朵金花”文字注册为商标，“五朵金花”牌香烟销售至今。赵季康、王公浦以云南省曲靖卷烟厂侵犯其著作权、构成不正当竞争为由，诉至一审云南省昆明市中级人民法院。一审法院判决驳回了原告的诉讼请求，赵季康、王公浦提起上诉。二审法院在判决中指出：“如果把

‘是否具有独创性’作为判断作品名称是否享有著作权的唯一标准，势必造成作品名称有独立于作品的著作权的效果。即如果该作品名称具有独创性即可享有著作权，则会形成作品名称有一个独立的著作权、正文又有一个著作权，那么基于同一部作品，相同的作者可以享有两个或两个以上的著作权，这既不符合法律逻辑，也不符合法律规定”。^①实际上，云南省高级人民法院是针对电影这种作品类型来说的，因为电影的标题虽不受著作权保护，但其有反不正当竞争法或者商标法为救济途径。在生活中，即便是电影，一样存在标题比电影作品本身更有知名度的情况。比如涉案电影《五朵金花》，受众从电影标题就可联想到模糊的剧情，这就是标题和电影本身的“连接性”。像美国电影《我还是知道去年夏天你干了什么》，^②大部分人没有看过，但是都知道这个名字，因为该标题有很强的独创性，这就是属于标题比电影内容本身有价值。如果作品类型不限于电影作品，该案的裁判思路是否可以类推适用到其他类型作品还有待商榷。一些诗歌的标题与诗歌内容几乎一样长，诗歌内容虽然短，但有很强的独创性，标题也很有独创性。如中国诗人白居易的诗歌《自河南经乱，关内阻饥，兄弟离散，各在一处。因望月有感，聊书所怀，寄上浮梁大兄，于潜七兄，乌江十五兄，兼示符离及下邳弟妹》，诗文共计五十六个字，而标题为五十个字，与诗文长度几乎相同。这种情况，是否应该给予标题著作权保护值得进一步讨论。我国澳门特区、法国、加拿大承认标题可以受到版权保护。我国澳门特区主要审查标题的独创性，加拿大主要审查标题的原创性和可区别性，如标题“This

① 云南省高级人民法院（2003）民三终字第16号民事判决书。

② *I Still Know What You did last summer*, Jim Gillespie 导演，1997年10月17日于美国公映。

hour has sixty minutes”没有原创性，“This hour has seven days”则有原创性，而“生命中不能承受之轻”有很强的独创性。至于可区别性，实际上借鉴了商标法中的混淆理论。^①应该看到，我国澳门特区、法国和加拿大对受版权法保护的作品的独创性要求比较低，所以标题能够受到版权法保护。加拿大对此的态度一直很坚定，其最早于1931年《版权法》就规定了标题的可版权性，直到2005年针对《版权现代化法案》改革的“C-60”法案中，出于社会公共利益，在扩大了《版权法》中使用者权利的同时相应减少了对版权人的保护强度，但对于标题的法律条文始终没有删减。实际上，即便给标题提供著作权保护，侵权者也很容易以“戏仿、致敬”等合理使用的形式抗辩。比如美国作家雷蒙德·卡佛经典的短篇小说《当我们谈论爱情，我们在谈论什么》，这本书的标题如此有独创性，以至于一直到现在很多文章、娱乐节目都还在使用“当我们在谈论某某，我们在谈论什么”这种表达句式。

游戏软件名称是否受到著作权法保护，需要考虑以下因素：首先，游戏软件名称的独创性的发挥空间和文学性要比文章标题狭窄很多。一般情况下电子游戏名称多为两个字如“奇迹MU”、三个字如“轩辕剑”、四个字如“魔兽争霸”“梦幻西游”，或五个字如“仙剑奇侠传”，基本不存在类似“当我们谈论爱情，我们在谈论什么”“我还是知道你去年夏天干了什么”这种冗长名字。当然，并不是绝对没有长名字，比如“是男人就过100关”这种网页Flash小游戏，再比如游戏“植物大战僵尸”，其标题名称也就维持在六到七个字的长度，因为过长将不方便玩家记忆。其次，游戏名称要体现游戏本身的内容，而游

① 卢海君. 版权客体论 [M]. 2版. 北京: 知识产权出版社, 2014: 352.

戏的内容一般涉及题材有限。这点，从几年前著名的日本游戏公司抢注中国“四大名著”商标事件就可以看出。由于取得其他知名作品改编权的成本日益攀高，很多游戏公司时至今日也喜欢用已进入公共领域的小说加以改编，那么名字无非就限定在“某某西游”“某某三国”“某某孔明”“某某水浒”等，难有独创性发挥的余地，这种情况在移动端游戏中更为明显。但是，这只是说游戏名称目前不能受到著作权保护，因为目前现有的游戏名称很难达到独创性测试的标准。但这条路是否走不通，有待讨论。毕竟，我们无法预测某天是否会出现一款名称足够长，而且有足够的显著性和独创性的游戏。

二、游戏软件名称的商标保护

（一）游戏软件名称的商标行政保护

1. 游戏软件名称是否天然缺乏显著性

对于标题的商标法地位，经典案例是美国的 Cooper 案。美国专利商标局认为，文学作品的标题仅仅是要求“获得”（call for）商品时必须使用的描述性术语；单个作品的标题是识别特定作品用的，而不是识别商品来源用的；版权是有限的，商标在理论上可以通过续展而无限，一个版权的有限保护都不能给的东西，更不能给它无限的保护；描述性的标志不能作为注册商标。^①然而，美国版权法区分单个作品的标题和丛书的标题。对于丛书的标题，由于其摆脱了描述内容的问题，逐渐建立起作品与出版商、作者的对应联系，故可以注册为商标。应该说，游戏名称更接近于丛书的标题，因为一款游戏升级和换代的频

^① 卢海君. 版权客体论 [M]. 2 版. 北京: 知识产权出版社, 2014: 353.

率很快，游戏玩家会更关注游戏开发者和游戏运营者。在涉及游戏名称的商标驳回复审行政案件中，真正以“缺乏显著性”为由被驳回的案件虽不多，但依然存在。

在“倩女幽魂 ONLINE”案中，原告（上诉人）网易（杭州）网络有限公司因商标驳回复审行政纠纷，不服被告（被上诉人）国家工商行政管理总局商标评审委员会作出的商评字〔2015〕第56600号关于第12962288号“倩女幽魂 ONLINE 及图”商标驳回复审决定，向北京知识产权法院提起行政诉讼。该被诉决定认定：诉争商标“倩女幽魂 ONLINE”为网络游戏名称，指定使用在计算机网络上提供在线游戏等服务上，消费者不易将其作为表明服务来源的标志进行识别，缺乏商标应有的显著性，诉争商标的注册已构成《商标法》第十一条第一款第（三）项^①所指之情形。一审法院驳回了原告的诉讼请求，原因在于游戏名称直接取自古典小说《聊斋志异》，描述了游戏内容。原告提出上诉，二审法院维持了一审判决。^②在“MODERN WARFARE 现代战争”案中，原告阿克蒂弗辛出版公司因商标驳回复审行政纠纷，不服被告国家工商行政管理总局商标评审委员会于2013年2月25日作出的商评字〔2013〕第04927号关于第8180204号“MODERN WARFARE”商标驳回复审决定，向北京市第一中级人民法院提起行政诉讼。被诉决定认定：申请商标“MODERN WARFARE”为网络游戏名称，指定使用

^① 《商标法》第十一条第一款规定：“下列标志不得作为商标注册：（一）仅有本商品的通用名称、图形、型号的；（二）仅直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点的；（三）其他缺乏显著特征的。”

^② 北京知识产权法院（2015）京知行初字第5404号行政判决书，北京市高级人民法院（2016）京行终字第2151号行政判决书。后于（2016）最高法行申4722案、4724案中被驳回再审申请。

(在计算机网络上)提供在线游戏、娱乐等服务上,消费者不易将其作为表明服务来源的标志进行识别,缺乏商标应有的显著性,属于《商标法》第十一条第一款第(三)项所指不得作为商标注册之标志。一审判决维持了被诉决定,因为现代和战争皆为无独创性用语,而原告只提供百度和谷歌的搜索结果证据,不能证明消费者将游戏名称与游戏开发者形成对应关系。^①原告未提出上诉,该案一审判决已生效。

在“奥拉星”案中,该案第三人(原审第三人)蓝新公司向被告(被上诉人)国家工商行政管理总局商标局申请注册第8506916号“奥拉星及图”商标并在第41类提供在线电子出版物(非下载的)、(在计算机网络上)提供在线游戏等商品、服务上获得注册,百田公司向商标评审委员会提出争议申请被驳回。原告(上诉人)广州百田信息科技有限公司不服被告国家工商行政管理总局商标评审委员会作出的商评字〔2014〕第053576号关于第8506916号“奥拉星及图”商标争议裁定,向一审法院提起行政诉讼。原告起诉理由为争议商标违反了《商标法》第三十一条及第四十一条第一款之规定。^②一审法院维持了被诉裁定。二审法院认为:“‘奥拉星’是电子游戏名称,属于作品名称,不具有商标区分商品或者服务来源的功能。根据百田公司提交的证据,‘奥拉星’是其开发的网络游戏名称,同时也是计算机软件作品的名称,通过该公司的广告宣传、游戏

① 北京市第一中级人民法院(2013)一中知行初字第1222号行政判决书。

② 《商标法》第三十二条规定:“申请商标注册不得损害他人现有的在先权利,也不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标。”《商标法》第四十四条第一款规定:“已经注册的商标,违反本法第十条、第十一条、第十二条规定的,或者是以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册的,由商标局宣告该注册商标无效;其他单位或者个人可以请求商标评审委员会宣告该注册商标无效。”

内测、签订游戏卡销售合同等使用方式，使该名称可以与作品提供者产生源上的联系，使之具有了商标的识别功能。百田公司在行政程序以及诉讼程序中提交的证据可以证明，自2009年8月至争议商标申请日，其通过网络推广、游戏内测、签订游戏卡销售合同等方式，已使‘奥拉星’在相关公众中具有了一定影响。由于‘奥拉星’游戏的受众多为学龄儿童，因此，已能够涵盖争议商标核定使用的各项服务所涉及的相关公众。蓝新公司作为同行业经营者，理应知晓‘奥拉星’为百田公司开发的‘奥拉星’电子游戏，其提交的使用证据不足以证明争议商标已能够与百田公司的‘奥拉星’区分开来，故其申请注册争议商标属于抢注有一定影响未注册商标的行为，违反了《商标法》第三十一条的规定，应予撤销。”^① 二审法院撤销了一审判决及被诉裁定。原告通过举证证明，虽然电子游戏名称属于作品名称不具有商标区分商品或者服务来源的功能，但通过使用获得了识别性。

2. 游戏软件名称申请注册商标涉及的商品、服务类别

实践中，游戏公司在商品、服务注册类别的选择上会呈现两个极端：第一种是多类别注册，一般都是大游戏公司针对某款热门游戏的策略。忽略每年的年费，这种注册优劣都比较明显。好处为：因为取得的是注册商标，日后在开展针对商标侵权的维权活动中，无论是进行行政举报还是提起商标侵权诉讼，商标获得注册是前提条件，尤其是针对知名游戏商标在其他商品、服务类别的周边商品上被冒用的侵权行为，多类别注册往往可以提供较为全面的保护。在举证时，只要证明商标的近似

^① 北京市第一中级人民法院（2014）一中知行初字第6319号行政判决书，北京市高级人民法院（2015）高行（知）终字第301号行政判决书。

即可。劣处为：目前我国驰名商标被抢注的情况比较严重，实现“全类别注册”的商标布局很困难，当然，一些商标管理较成熟的国内大游戏公司，多类别注册可能会实现（如网易公司拥有的“梦幻西游”商标），而对于一些国外游戏公司和一些国内新成立的游戏公司，准备在中国境内注册游戏名称的商标时才发现自身的主力游戏名称在诸多类别上已被他人先注册，此时，往往只能通过商标交易或者发起商标行政程序来解决。第二种是有针对性选择类别：游戏软件名称可以选择的常用商品、服务类别基本与其他计算机软件一样，包括针对“单机游戏”的第9类，针对“游戏机”的第28类，针对“通讯、电视节目服务”的第38类，针对“网络在线游戏”的第41类，针对“软件服务”的第42类。

在商标行政授权案件中，商标授权机关根据《类似商品与服务区分表》将第9类单机游戏、第41类网络在线游戏的商品类别明确划分为两个类别。但是在商标民事侵权诉讼中，有的法院根据《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》第十一条第三款的规定认定第9类和第41类属于类似商品或者服务。^①在“古剑奇谭”案中，原告（上诉人）北京网元圣唐娱乐科技有限公司拥有“古剑”及“古剑奇谭”商标在全球范围内的普通使用许可权利及相关权利，“古剑奇谭”作为一款知名单机游戏，最早于2009年7月发行运营。原告发现被告（被上诉人）广州菲音信息科技有限公司、深圳市迅雷网络技术有限公司发行运营游戏“古剑奇侠”，原告认为，该款游戏与原告的“古剑”商标之文字相同，与“古剑奇

^① 该款规定：“商品与服务类似，是指商品和服务之间存在特定联系，容易使相关公众混淆。”