

流氓软件：游走在法律的边缘 PDF转换可能丢失图片或格式
，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E6_B5_81_E6_B0_93_E8_BD_AF_E4_c122_484760.htm 网民们对流氓软件的不满最近达到了高潮----9月4日，北京海淀法院正式受理了由全国各地“流氓软件受害者”组成的网友联盟提起的诉讼案件，此次诉讼是我国第一次以民间团体形式起诉“流氓软件”。这次诉讼在业内产生了重大的影响并成为当前的热点话题。笔者想借此次诉讼中原告提出的法律依据谈一下流氓软件的法律问题。流氓软件介于合法商业软件和电脑病毒之间的灰色区域，它既不属于正规商业软件，也不属于真正的病毒。正因为它的模糊地位，导致法律难以对它进行有效的定义，这就形成了流氓软件泛滥而法律无法监管的尴尬局面。流氓软件到底违反了哪些现行法律呢？从“流氓软件”第一案??“百度、搜狐、中搜诉8848插件案”看，流氓软件违反了《反不正当竞争法》、《著作权法》相关条款，但这仅仅适用于企业维权。针对广大的个人网络用户，目前比较有代表性的观点认为流氓软件违反了《民法通则》、《消费者权益保护法》。在此次诉讼中，网友（网络个人用户）联盟所依据的法律就是《民法通则》和《消法》中的第八条知情权、第九条选择权、第十条公平交易权、“财产损害赔偿”。但笔者认为以这两部法律作为诉讼的主要依据多少有些勉强。对于诉讼中涉及《民法通则》的法律依据，网友联盟的某位负责人在面对媒体采访时谈到：“我们最终确定了以民法中的隐私权和财产权为主要起诉请求的策略。电脑不仅关系到网民的隐私，也涉及虚拟财产的概念，流氓软件任何侵占电

脑内存空间，等于对虚拟财产的侵犯”。首先，流氓软件种类繁多，单就其某一类来看，其不必然侵犯用户的隐私权，例如：广告软件、浏览器劫持。而涉及窃取隐私的间谍软件、行为记录软件、恶意共享软件，因技术问题将导致证据难以取得。并且，现阶段我国的民法体系没有把隐私权确认为一种独立的民事权利，对隐私权采取的是间接保护，名誉权是否被侵害成为隐私权是否被侵害的前提条件。虽然最高院《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》规定：违反社会公共利益、社会公德侵害他人隐私或者其他人格利益，受害人以侵权为由向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。但这对于流氓软件来说，所谓的侵害行为和侵害过程并不适用。其次，虚拟财产因是一种新兴的事物，至今还没有一个严谨的、科学的定义和解释。业界比较认同的是虚拟财产的两种主要表现形式：一是特定网络游戏的玩家资料，即玩家在进行网络游戏过程中所使用的游戏人物和游戏装备。另一种是特定软件的用户资料，主要指网站给网络用户提供的通讯服务载体，例如即时通讯软件、电子邮箱。故“流氓软件任何侵占电脑内存空间，等于对虚拟财产的侵犯”一说并不准确。另对于在诉讼中，网友联盟提出的“财产损害”这一概念并不十分恰当。笔者以为：根据《民法通则》规定，公民的合法财产受法律保护，禁止任何组织或者个人破坏。流氓软件在大量耗费用户电脑的硬盘、内存、CPU的同时，还会对电脑中的其它软件进行某种程度的修改，侵害的是用户对电脑硬件与软件拥有的财产所有权中的使用权。再来看该诉讼中是否适用《消费者权益保护法》相关条款。这里需要明确指出的一点是：网

络个人用户在上网时和网络信息服务提供商之间并不必然发生消费行为。我国《消法》中明确规定：只有为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务才能成为消费者。构成消费者的要件第一是消费者的消费性质必须是生活消费；第二是消费者的消费客体是进入流通领域、与生活消费有关的商品和商业性服务；第三是消费者与经营者之间要存在以生活消费为目的的交易行为。而流氓软件大多是在网络个人用户浏览网页、注册ID、下载软件等过程中，在用户未经许可或不知情的情况下强制下载并安装，用户与流氓软件发布者之间不存在消费行为。这种情况下，也很难认定流氓软件的发布者构成经营者。所以主动或被动接受流氓软件的网络用户们与流氓软件发布者间很难形成既有法律事实上的消费关系。从以上分析可以看出，目前要依据《民法通则》和《消法》相关条款来保护网络用户的权利是很困难的。事实上，流氓软件自出生之日起就一直处于法律的边缘地带。在现今法律未对流氓软件做出明确规定的阶段，依据什么法律进行维权成为这起诉讼中最为敏感的部分，法院的判决可能将直接面对这一领域内的法律空白。从这个角度来说，该案件的诉讼意义远远大于判决结果。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com