

网络游戏直播监管困境的法律出路

李爱年, 秦赞谨

(湖南师范大学法学院, 湖南长沙, 410081)

摘要:在互联网技术迭代更新的背景下,网络游戏直播活动面临新的规制难题。被监管主体当中存在网络游戏主播侵犯著作权行为、直播平台著作权侵权行为与不正当竞争行为竞合、直播用户使用行为违法违规等诸多乱象。原因在于网络游戏直播监管主体的监管规范阙漏、监管机构与部门权责不清、监管技术与方式存在缺陷。走出上述困境的法律出路,即从监管主体入手,加强网络游戏直播监管立法体系建设,理顺监管主体的内部权责分配,革新监管技术和监管方式。

关键词:网络游戏直播;监管困境;法律出路

中图分类号: D912.29

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2019)05-0038-09

一、提出问题

网络游戏直播作为网络直播的一种具体表现形式,是指直播者(即网络游戏主播)通过网络直播平台即时传输网络游戏操作画面并在线和观众互动的活动^①。在如火如荼的直播现象之中,在“人人都是主播,人人都能直播”的宣传口号下,涌动着各种由伦理失范与违法犯罪行为交织而成的暗流。日常以光鲜亮丽、幽默清朗形象示人的网络游戏主播不断挑战行业和法律的规范底线;理应恪守行业自律守则的网络游戏直播平台为牟取暴利而通过不正当手段在同行业平台之间进行恶性竞争;负责监督管理网络游戏直播领域的监管机构一次次铁腕整顿市场秩序却收效甚微。

如此种种,背后所关涉之问题既有源自网络游戏主播资格准入门槛过低而导致的主播素质参差不齐,也有源于网络直播行业自身管理规范的缺失。不可否认,目前围绕网络游戏直播的法律保护研究已经取得了一些成果,学界就网络游戏直播中形成的法律关系属性、各主体之间的权利义务状况进行了深入的探讨,对于一些基础概念性的命题,也基本达成了共识。从研究视角来看,大部分的研究成果集中在著作权法领域,也有少数学者基于反不正当竞争法,对网络游戏

直播中以直播平台为核心主体实施的不正当竞争行为作出了较为深入的研究。但是,对于网络游戏直播中面临的监管困境,特别是对由于监管主体自身的制度及行为缺陷所引发的被监管主体行为失范、制度失灵等一系列重大问题的研究成果却凤毛麟角,且在研究的广度和深度上都极为有限。

在网络游戏直播产业迅猛发展的同时,有关网络游戏主播、网络游戏直播平台、网络游戏直播用户的各种问题也随之浮出^[1]。这背后深层次的诱因在于网络游戏直播监管者权责配置、监管规范以及监管技术与方式欠缺科学性和合理性。为解决这些问题,本文基于被监管主体行为失范的三项表征,结合监管主体与被监管主体之间的责任承担要素,分析其因果关系,对监管主体所面临的三大困境详加剖析,最终提出对应的三项具体解决措施。

二、现象检视:网络游戏直播被监管主体之实践乱象

在深入探讨网络游戏直播监管主体存在的问题之前,还须了解在网络游戏直播中,被监管主体实施的违法违规行为所造成的直播乱象,以做到正本清源。

(一) 网络游戏主播侵犯著作权

网络游戏主播系网络游戏直播中的参与主体之

收稿日期: 2018-11-05; 修回日期: 2019-09-09

作者简介: 李爱年(1962—),女,湖南沅江人,湖南师范大学二级教授、博士生导师,主要研究方向:环境法学;秦赞谨(1994—),男,湖南新化人,湖南师范大学法学院硕士研究生,主要研究方向:经济法,联系邮箱: 497630700@qq.com

一, 也属于被监管主体, 是指使用网络游戏直播平台提供的网络技术服务的内容发布者。他们通过注册、登录、运行网络游戏直播平台账户并在该平台上向平台用户进行网络游戏直播。多数网络游戏主播的盈利方式是以提供优质的游戏解说以及与游戏相关的娱乐活动为主, 在直播过程中以普通玩家的身份对游戏进行完整的记录, 并穿插相关的技巧说明和玩法操作^[2], 吸引粉丝在直播中或者线下为其“刷礼物”等获取资金支持。但在网络游戏直播中极易产生侵权纠纷, 其中以著作权侵权最为典型。

网络游戏直播中的著作权侵权问题具体表现为: 未经著作权人合法授权, 擅自直播他人网络游戏画面。根据我国著作权法所保护的著作权人的权利范畴, 网络游戏直播产生的侵权行为通常包含以下两种: 第一, 网络游戏主播的直播行为侵犯游戏作品专有权; 第二, 网络游戏主播的直播行为因超出网络游戏作品合理使用范畴而侵权。这与网络直播的即时性、便捷性密切相关。移动网络技术的成熟突破了时空限制, 扩大了网络游戏直播的范围, 游戏主播只需简单注册, 具备基本设备如摄像头、话筒、电脑, 即可随时随地直播^[3]。网络游戏直播作为网络直播的一种具体表现形式, 既具备网络直播的一般共性, 还拥有游戏直播的特殊性, 即以直播者实时传输网络游戏操作的连贯性画面为核心内容, 并辅之以直播者的相关讲解、说明, 与以歌舞表演为内容的一般表演性直播相异。由于网络游戏画面本身是一种特殊的著作权权利客体, 在网络游戏直播中常常会产生著作权侵权问题。网络游戏直播用户违反网络游戏直播监管规范使用网络游戏直播服务, 常见的形式有: 在未取得网络游戏直播发布者和相关权利人授权许可的情况下, 以营利为目的, 违法转播并解说他人游戏直播画面。如果进行大规模传播且获利巨大, 则有可能导致违法犯罪。

(二) 网络游戏直播平台著作权侵权行为与不正当竞争行为竞合

网络游戏直播平台的著作权侵权行为与不正当竞争行为竞合, 是指网络游戏直播平台为牟取不正当竞争利益, 实施不正当竞争行为, 在此过程中直接或间接侵犯著作权人依法享有的网络游戏程序、直播画面等著作权。就本质而言, 这是一种以非法营利为目的且与不正当竞争手段相结合的行为, 在该行为实施过程中, 部分或全部吸收了著作权侵权行为要素, 致使前者与后者相互牵连, 进而使非法营利与不正当竞争

行为竞合。

例如, 上海耀宇文化传媒有限公司(简称“耀宇公司”)诉广州斗鱼网络科技有限公司(简称“斗鱼公司”)著作权侵权及不正当竞争纠纷案^②。该案被告斗鱼公司为谋取商业利益和获得竞争优势, 在未经耀宇公司授权的情况下, 斗鱼直播客户端进行大规模游戏赛事直播长达数月, 并抢夺了原本属于耀宇公司的观看用户, 造成了耀宇公司网站流量、广告收益的显著降低, 对其竞争优势和商业收益产生严重损害, 使其网络直播平台的增值力明显弱化^[4]。上海知识产权法院判定, 尽管游戏厂商鼓励视频直播平台播报游戏比赛, 但并不意味着游戏客户端的参与者、旁观者在未经授权的情况下有权对比赛画面进行转播、直播, 甚至于商业利用^③。此外, 在完美世界公司诉奇游公司侵害著作权及不正当竞争纠纷一案中^④, 北京市海淀区法院判决被告奇游公司构成著作权侵权以及不正当竞争, 并赔偿原告完美世界公司经济损失 60 万元^[5]。从上述两个案件可以看出, 实践中网络游戏直播平台著作权侵权行为与不正当竞争行为竞合的现象时有发生。

基于反不正当竞争法的基本条款, 网络游戏直播侵权行为还可以细化为两类: 一是违反一般条款之行为, 即违反《反不正当竞争法》第二条所规定之自愿、平等、公平、诚信的经营原则, 扰乱了市场竞争秩序, 损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为; 二是违反具体条款之行为, 即违反了《反不正当竞争法》分则中的妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为, 包括强迫用户目标跳转、用户被迫改变他者所供产品或者服务、恶意不兼容等行为^{⑤[6]}。总而言之, 在网络游戏直播当中, 以直播平台为行为主体所实施的侵权行为, 在很大程度上包含了上述两种侵权类型。作为近年来因网络游戏直播所兴起的新型侵权案件, 其内涵、特点以及法律关系属性等问题还有待深入探究, 由于本文重点探讨网络游戏直播的监管困境, 因此对此不做过多论述。

(三) 网络游戏直播用户使用行为违法违规

《互联网直播服务管理规定》第二条规定, 互联网直播服务使用者, 包括互联网直播发布者和用户^⑥。网络游戏直播用户是指在网络游戏直播平台注册、登录、使用、浏览、获取直播平台提供的技术服务的个人或组织。在网络游戏直播服务的使用中, 网络游戏直播用户的侵权多表现为用户违反公序良俗原则和网络游戏直播监管规范, 对他人直接或间接侵权的情形。

网络游戏直播用户违反公序良俗原则使用网络游戏直播服务,常见的表现形式有:在网络游戏直播中发布淫秽、色情、低俗信息,传播反党反社会主义的消极言论,煽动社会特定群体发表仇恨言论等。这些行为已经突破宪法赋予公民言论自由的界限,违反了民事实体法的公序良俗原则,属于应当抵制的不良行为。如以上行为情节恶劣,且违反相关法律法规,应当追究用户的法律责任。《互联网直播服务管理规定》也明确规定:“用户在参与直播互动时,应当遵守法律法规,文明互动,理性表达。”^⑧另外,网络游戏直播用户在弹幕中发布诋毁、侮辱他人人格的文字,也可能构成人格权侵权。

三、原因爬梳:网络游戏直播监管主体之现实困境

网络游戏直播中被监管主体既存乱象产生的根源在于,以网络游戏直播监管主体的监管活动为核心而构建起来的网络游戏直播监管体系存在漏洞^[7]。质言之,网络游戏直播监管主体的监管行为是因,而被监管主体违法侵权行为则是果。当然,并不是说监管行为所导致的必然结果是被监管主体实施违法侵权行为,恰恰相反,科学、合理的监管行为更有可能对被监管主体的行为产生积极而有序的规制作用。我们对于这种因果关系的讨论仅限于在“监管失灵”的特定情况下所导致的“监管失控”结果,换言之,是一个“坏因”产生了“坏果”。

下文将对网络游戏直播中监管主体监督管理规范阙漏、监管主体权责不清以及监管技术存在缺陷等问题进行详细阐述,以揭示诸多乱象产生的直接原因。

(一) 网络游戏直播监督管理规范阙漏

网络游戏直播具有互动性高、实时性强、用户流量大等特点,其监管难度较大^[8]。网络游戏直播存在两种监管模式:第一种是运用现有规范性文件来规制网络游戏直播的模式。此为网络游戏直播的一般规制模式,是网络直播和网络游戏直播之间的一般共性所决定的。第二种是采取《著作权法》《反不正当竞争法》以及《侵权责任法》等实体法来规制网络游戏直播的模式。此为网络游戏直播的特别规制模式,是网络游戏直播相异于网络直播的自身属性所决定的。

1. 网络游戏直播监管规范的一般规制模式

我国目前在网络直播领域的监管规范主要有《网

络安全法》《互联网视听节目服务管理规定》(简称《视听节目规定》)、《互联网直播服务管理规定》(简称《直播管理规定》)、《互联网等信息网络传播视听节目管理办法》(简称《网信管理办法》)、《互联网文化管理暂行规定》(简称《网络文化管理规定》)、《中国互联网行业自律公约》(简称《互联网自律公约》)等规范性文件。这些网络直播监管规范是我国网络直播监管体系的基石,其中规定的各种制度为网络直播活动的基本规范。这些关于网络直播的规定,同样适用于网络游戏直播,但由于网络游戏直播自身的特殊性,仍存在不少法外空间和灰色地带。

首先,从网络游戏直播监管规范之间的协调水平来看,上述规范性文件之间存在冲突性。《网信管理办法》第二十二条要求:“传播视听节目的名称、内容概要、播出时间、时长、来源等信息,持证机构应当至少保留三十日。”而《网络文化管理规定》第二十条则要求:“互联网文化单位应当记录备份所提供的文化产品内容及其时间、互联网地址或者域名;记录备份应当保存六十日,并在国家有关部门依法查询时予以提供。”网络直播的节目记录信息应当保存30日还是60日,这种最基本的保存期限规定都不统一,可见,网络游戏直播规范性文件之间的协调性还需进一步加强,以避免冲突的规定存在。

其次,从网络游戏直播监管规范所提供的外部救济途径来看,网络游戏直播监管还存在着公众维权渠道阻塞等问题。我国颁布的《网络安全法》中规定任何组织和个人应就危害网络安全的行为向网信、电信、公安等部门举报,相关接报部门要及时处置,同时网络游戏直播平台还应建立网络信息安全投诉与举报制度,公开举报方式以及投诉信息,及时受理并处理有关网络信息安全的投诉和举报^⑨。而事实上,许多主流网络游戏直播平台并未在平台设置对不良直播内容的举报电话和举报入口。诸如龙珠直播、虎牙直播等直播网站的首页均没有举报淫秽色情、暴力恐怖等不良信息的电话或入口^[9]。综合来说,一般规制模式中的规范性文件各自为政的较多,相互协调与互为支撑的较少^[10]。

2. 网络游戏直播监管规范的特别规制模式

网络游戏直播监管规范的一般规制模式往往是以网络直播监管主体所出台的一系列监管规范为核心,通过政府监管机关的行政命令等方式实施,行政机关多是依据这些规范所赋予的权力行使行政处罚权。在

网络游戏直播所致侵权案件的司法实践当中, 具体侵权行为实施人是网络游戏主播, 而侵权的连带责任人多是网络游戏直播平台^[1]。但这样的一般规制模式却存在着无法全面覆盖网络游戏直播侵权案件的特殊性。换言之, 这些监管规范多是原则性规范, 其可诉性较差, 当事人在司法实践中几乎不会以这些规范为诉讼依据主张自身实体权利。

这一论断源于近年网络游戏直播侵权行为所致的侵权案件。以“网络游戏直播”为关键词在无讼案例网中进行检索[®], 可以发现, 自2015年我国首例网络游戏直播引发的著作权侵权及不正当竞争纠纷案——耀宇公司诉斗鱼公司著作权侵权及不正当竞争纠纷案发生以来, 全国各地发生的同类型案件仅仅5例。从案由分布来看, 包含耀宇公司诉斗鱼公司一案在内, 以知识产权与竞争纠纷为案由的案件仅有2例, 余下4例的实体法依据则是《合同法》。所有案件的实体法依据为《著作权法》《反不正当竞争法》《侵权责任法》和《合同法》等法律, 而没有援引上述网络游戏直播监管的规范性文件。从案件裁判数量来看, 三年共发生6件, 年均2件。从审理法院层级以及审理程序来看, 多是基层法院一审即告审结。

既判案件少, 并不代表实践侵权纠纷少, 更不代表违规现象少。相反, 根据前述论证, 实践中的情况可能更加严峻。这些规范欠缺对当事人合法权益的实效保护, 而属原则性、宣示性规范的“软法”之列。

如此一来, 这些规范是否能在赋予网络游戏直播监管机关以监管职权的同时, 也能很好地保护被监管主体的合法权益? 是否存在监管规范虚置等风险? 这些都是亟待解决的问题。与此同时, 上述一系列的规范性文件在内容上显得分散且凌乱, 并没有一部专门针对网络游戏直播的规范性文件出台, 使得在网络游戏直播侵权案件中只能适用《著作权法》《侵权责任法》和《反不正当竞争法》等法律规范来进行规制。这也导致了司法实务部门在对待网络游戏直播问题上的做法不一, 产生了法律适用混乱等问题。

凡此种种, 都是被监管主体侵权行为无法得到有效规制的重要原因。短期来看, 对这些既存问题进行立法立规予以规制, 能对网络游戏直播行业的混乱状况起到一定的遏制作用, 但从长远来看, 构建一个网络游戏直播长效监管机制, 建成一个上下统一、协调规范的网络游戏直播立法体系才是问题的解决之道。

(二) 网络游戏直播监管主体权责不清

目前, 我国网络游戏直播的监管部门与机构多达5个, 其数量冠绝全球网络游戏直播发达国家。这些拥有网络游戏直播监管权限的部门与机构分别是: 国家互联网信息办公室(简称“网信办”)、文化和旅游部(简称“文化部”)、国家广播电视总局(简称“广电总局”)、工业和信息化部(简称“工信部”)以及公安部。

然而, 上述网络游戏直播监管主体在职权配置、分工合作方面, 存在职权交叉重叠、分工执行不明的问题, 其中最为典型的是网信办与广电总局的职责冲突。依据《直播管理规定》第四条, 全国网络直播服务信息内容的监管执法工作由国家网信办和地方各级网信办分别负责, 国务院相关的网络直播管理部门实施相应的监管职责。而《视听节目规定》第三条要求: “国务院广播电影电视主管部门作为互联网视听节目服务的行业主管部门, 负责对互联网视听节目服务实施监督管理, 统筹互联网视听节目服务的产业发展、行业管理、内容建设和安全监管。国务院信息产业主管部门作为互联网行业主管部门, 依据电信行业管理职责对互联网视听节目服务实施相应的监督管理。”由上述规定可知, 网络直播监管主体的职权划分还是存在一定的争议。网络游戏直播到底归哪个部门负责监管? 网络游戏直播监管权是否可以“一分为二”或者是“一分为多”? 当各个监管机构之间产生执法权冲突等问题时又该如何协调?

现有网络游戏监督管理规范和相关意见基本都是原则性的, 操作性的细则需进一步完善和出台并实施。否则, 网络游戏直播平台的监管会出现“要不都不管, 要不都来管”问题, 而网络游戏直播用户维权时必然跑断腿、磨破嘴, 面临维权无门的困境^[12]。如何走出“一管就死、一放就乱”的怪圈, 拿捏监管力度, 在放管之间达到平衡, 也是监管部门面临的一大难题。

(三) 网络游戏直播监管技术与方式落后

网络游戏直播具有准入资格宽松、直播内容传播迅速等特点。网络游戏直播行业逐步发展壮大, 与此同时, 网络游戏直播监管部门也开始遭遇技术瓶颈。目前, 网络游戏直播内容的审核采取机器识别和人工审核相结合的方式。机器识别指的是应用第三方图像识别服务, 通过关键帧画面的截图来分析和鉴别不良内容。目前对网络直播内容的审核仍以人工为主, 需要人员进行实时监控, 对人力成本的耗费较大^[13]。

在现有的网络直播监管中, 对于传统图像与视频

的监管基本是采取人工审核制,这种监管方式基于图像和视频的非即时性,从而使得监管机构有足够的时间对其进行审核。而网络游戏直播最大的特点则与之相反,直播的即时性使得监管机构几乎没有时间进行审核、查实,加之直播流量巨大、直播内容良莠不齐,令监管机构的监管难上加难。当网络上的涉黄、涉黑、涉恐等不良直播内容被监管机构发现时,直播早已进行了较长时间且吸引了大量用户观看^[14]。

《直播管理规定》明确要求直播平台“具备随时阻断网络直播的技术能力”^⑧,且必须有专人对直播弹幕和评论进行实时监控,同时还对互联网直播服务提供者的技术监管能力提出了要求。我国将流量监控技术应用在网络直播平台中,并对网络流量进行特征分析和智能监控。由于网络直播流量巨大,监控技术尚未全面覆盖^[15]。部分网络技术公司通过研发新型检测技术对网络直播中的关键帧画面进行实时识别并截取,以及在大数据人脸识别的基础上,进一步提高了主播实名认证的准确性,或者用智能鉴黄技术对直播中出现的淫秽色情内容进行智能识别^[16]。网络平台需要采取多元化的监管方案应对监管技术难题,然而,因为直播实时监测难以真正实现,且需要研发新的技术,才能有效过滤网络直播中的有害内容,所以不难发现,当前正在使用的网络游戏直播监管技术存在较大缺陷。这令监管机构的监管执法效率大打折扣,同时,这也是造成网络直播领域侵权事件频发且得不到有效遏制的重要原因之一。

四、障碍克服:网络游戏直播监管困境之法律出路

综上所述,网络游戏直播法律关系中的监管主体存在网络游戏直播监督管理规范阙漏、网络游戏直播监管主体职权竞合、网络游戏直播监管技术落后等问题,从而导致在网络游戏直播中,被监管主体无所忌惮地实施违法侵权行为。在这些监管与被监管、影响与被影响的法律关系背后,制度时时刻刻在发挥作用,不论是积极地推动网络游戏直播行业健康、快速、稳步发展,还是消极地阻碍国家对网络游戏直播活动的各方参与主体合法权益的保护,制度的力量始终是市场秩序和法治社会的基石。

对于网络游戏直播的监管问题,实际上从中央到地方尚未形成统一的制度体系,从而导致我国现有网

络游戏直播监管规范存在漏洞、执法主体权责不清、监管技术存在缺陷等问题,这在很大程度上限制了监管的有效性。所以,针对上述问题,本文将从网络游戏直播困境的法律视角尝试提供一些行之有效的解决方案。

(一) 网络游戏直播监管立法体系化建设

网络游戏直播的监督管理规范存在一般规制模式和特别规制模式之分。从外部关系来看,二者都是网络游戏直播监管的重要手段,二者相辅相成,互为表里,但真正的问题出现在二者内部关系的协调上。由于我国现阶段尚未出台一部网络游戏直播专门管理规范,且由于一般规制模式下的基本规范不具有可诉性,因此对于网络游戏直播所致之侵权案件的处理大多参考《著作权法》《反不正当竞争法》《侵权责任法》以及《合同法》的相关法律条文。这种迫使当事人回归传统民事实体法救济路径的现状,实质上造成了已出台的网络直播监管规范在司法实践过程中被虚置化,实是浪费司法资源,降低监管效率。为此,基于将来网络游戏直播专门立法的可能性之有无^[17],本文分别提供网络游戏直播监管立法体系化建设的递进方案:现阶段,完善既有监管规范;条件成熟后,构建统一监管规范。

1. 既有型监管规范模式:增强网络游戏直播监管规范的可诉性

如果我国立法部门将来对网络游戏直播进行专门立法不予考虑,即无可能通过专门立法对网络游戏直播进行统一规制。那么,我国就只能继续沿用既有的规制模式,也就是前文所述的“一般规制模式+特别规制模式”,来监督和管理网络游戏直播活动。一是通过调整两种模式之间的内部关系来协调诸多监管规范之间的冲突性规定;二是通过修改规范的效力性规定,使规范中原来的原则性规定、宣示性规定转变为具体性规定、效力性规定,从而增强网络游戏直播监管规范的可诉性。

具体的做法是在某些条文之后增加法律后果的规定。如《互联网直播服务管理规定》第十四条:“互联网直播服务提供者应当对违反法律法规和服务协议的互联网直播服务使用者,视情形采取警示、暂停发布、关闭账号等处置措施,及时消除违法违规直播信息内容,保存记录并向有关主管部门报告。”^[18]该条是关于互联网直播服务提供者在发现直播用户存在违法违规行为时应及时采取适当处置措施的规定。其仅原则

性规定了互联网直播服务提供者的处置义务,却没有关于其违反该条规定所应承担的法律责任。所以,在修改《互联网直播服务管理规定》时,可以增加违反该条规定的法律责任条文,如“互联网直播服务提供者如违反本条规定不及时采取警示、暂停发布、关闭账号等处置措施,应当承担同互联网直播服务使用者违反法律法规和服务协议时同等的法律责任”。这样一来,条文不仅具备实体法依据,其可诉性也大大增强。同理,也可以在规范正文中单列一章“法律责任”,以专章形式统一针对违反本规范的法律作详尽规定。

2. 新设型监管规范模式: 出台统一的“网络游戏直播管理规定”

待时机成熟,可以就网络游戏直播进行专门立法,即通过专门立法对网络游戏直播进行统一规制。此举可以大大减少原有监管规范之间的冲突,使网络游戏直播领域所出现的特殊问题得到立法解决,从而形成以“网络游戏直播管理规定”为核心,兼顾现有网络直播监管规范的一般性、通用性,摒弃原来零散、局部、非体系化的监管规范,形成一个有机统一的游戏直播监管法律体系。

具体来说,“网络游戏直播管理规定”应当包含下列内容:

其一,网络游戏直播监督管理权的行使主体。为消除现有监管部门之间“九龙治水”的监管权交叉重叠等问题,必须在“网络游戏直播管理规定”中明确监管权的行使主体。目前来看,最为合适的措施是新设网络游戏直播监督管理办公室,归广电总局或者文化部统一领导,并在公安部设立网络游戏直播监管执法办公室,以补齐上述机构在执法人员和执法经验上的短板。

其二,网络游戏直播被监管主体的权利义务关系。在已有的网络直播监督规范的基础上,进一步明确各被监管主体的权利义务关系。由于既有规范对网络游戏直播平台的规定较为完善,因此应当更加注重对网络游戏主播和网络游戏直播用户的权利义务作出详尽规定,以使得整个被监管主体的法律关系更为清晰。

其三,网络游戏直播基本管理制度的设置。在正文的一般条款中规定基本管理制度,有利于形成体系化的管理体制,如监管机关专门派驻人员定期巡视制度。具体而言,可以在使用日常监管技术的情况下,加入专业督查人员对直播平台的日常运行状况、平台

所属公司的经营状况以及网络游戏直播内容作专门检查,对发现的问题责令整改并向上级汇报以及申请处罚。

其四,网络游戏直播法律责任的一般规定。现行网络游戏直播监管规范的一大通病是缺乏对违法违规直播行为法律责任的规定,这也是违法违规直播行为泛滥的直接原因。因此,制定“网络游戏直播管理规定”最重要的内容应当是法律责任部分的规则设计。对于网络游戏主播的法律责任,需要重点防范其在直播过程中违反公序良俗以及其他强制性规范的行为,应当就其具体表现形式分门别类,从而进行相应的规制。对于网络游戏直播平台,则应重点规制其著作权侵权与不正当竞争竞合的行为,这必须基于网络游戏直播侵权相关研究成果的突破。当前的可行办法是在认定直播行为侵犯著作权的基本判断上,按照《反不正当竞争法》中对于不正当竞争行为一般或具体条款的规定予以处罚,这与著作权侵权行为并不冲突,在具体案件中可由法官视情况裁量。对于直播用户在观看直播中的违法违规行为,多数情况下应根据其行为的性质予以分别处理,应采取民事责任、刑事责任、行政责任“三驾马车”并行的处理模式。

(二) 理顺网络游戏直播监管主体的内部权责

针对我国网络游戏直播的监管主体权责不清以及职权竞合等问题,我国应积极理顺网络游戏直播监管主体内部的权责分配。权责不清的问题实质上是由于上层制度的构建尚未形成、监管规范的制定主体分属不同主管机构以及分管部门执法权限不清等所导致。因此,为厘清网络游戏直播监管主体的内部职权配置,需要确立监管策略,构建监管机制。

就监管策略而言,应明晰各监管部门的职责,构建完善的协同机制和监管体系,在必要的情况下针对具体事件展开联合调查执法^[19]。由于缺乏良好的监管策略,在具体实践中,网络直播行业中存在着大量违法违规现象。这就需要监管部门切实履行职责,广电总局和文化部尤其要肩负全责,对直播内容进行严格的审核和监控,避免出现涉黄、涉黑、涉恐的直播表演内容。对于严重违规违法的直播,以及触犯刑事法律的直播,必须依法采取强制措施,必要时可以由公安机关及时介入,立案调查。

理顺网络游戏直播监管主体的内部权责分配是同网络游戏直播监管立法体系化建设密切相关的,操作层面的制度构建应该以联动执法机制为基础,再辅之

以专门的监管办公室配合监管,形成常态性监管与应急性监管并行的治理模式。

1. 联动执法

各部门就网络游戏直播监管协调联动执法,此举对应于既有型监管规范模式。在网络游戏直播监管立法未出台之前,整合现有监管部门,再对网络游戏直播监管权进行划分,并将监管权分别归属为不同监管机构。直播监管权具体可分为直播主体准入权、直播内容审核权、直播参与者行为适法性审查权等专门职权。同时,在监管机构内设置专门执法办公室,配备专门执法人员以行使其职权。并在多部门之间设置网络游戏直播监管联席会议,定期就出现的热点问题商讨,出台统一举措,以解决当前权责不一的难题。

2. 专门管理

设立网络游戏直播监管办公室对网络游戏直播进行专门化管理,此举对应于新设型监管规范模式。在统一的“网络游戏直播管理规定”出台之后,成立专门的网络游戏直播监管办公室司职专项监督、执法,同时取消各部门就网络游戏直播这一领域所拥有的执法权,能够最大程度地消除网络游戏直播监管主体内部权责不清的问题。

对于上述两种监管模式,目前最有可能实现的是第一种监管模式,这要求我们在构建体系化监管规范的前提下,借此完善具体的监管规范。在监管主体的内部职权分工上进行分解整合,真正做到“不该管的不要管,应该管的要管好”。

(三) 革新网络游戏直播监管技术和监管方式

在网络游戏直播监管立法体系化的构建过程中,监管技术与监管方式等因素始终占据重要的地位。如果没有行之有效的监管技术方案,纵使有科学合理的上层制度设计,在监管主体的具体监管执法活动中,同样也会面临“想管管不到,要管管不着”的棘手难题,进而严重削弱网络游戏直播的监管力度,使监管体系虚置化,浪费司法资源,加重网络游戏直播监管困境。现阶段,互联网直播监管技术还存在一些不足,无法及时发现直播中出现的违法违规行为^[20],故应当尽快革新网络游戏直播监管技术和监管方式,使行之有效的监管技术成为监管体系的重要保障。

1. 研发监管技术

网络游戏直播监管中所面临的技术瓶颈是一块不折不扣的“硬骨头”。对此必须进行坚定的技术攻关,真真正正攻克技术难题,开展以“国家专门开发、鼓

励企业参与”为基本模式的新型网络游戏直播监管技术研发活动。

具体而言,对网络游戏直播平台和网络直播信息发布者进行信用状况的评估并实行分级管理。网络游戏直播监管机构可以对第三方技术研发平台进行评估认证,取得技术等级合格证的技术平台可以参与网络直播监管的具体技术工作^[21]。这也是我国网络游戏直播监管面临执法力量匮乏、执法手段单一等现实困境时的可行之举和必要之举。重要的是,构建完善的技术支撑体系,将身份信息库和人脸识别技术结合起来以实现主播的实名认证,同时借助色情识别技术对直播内容进行实时审核^[22]。

2. 创新监管方式

我国除了自行研发新型网络游戏直播监管技术之外,还可借鉴美国、韩国等网络游戏直播发达国家对网络游戏直播实行“分级—过滤”的监管方式。

网络直播包括多种形式,涉及的内容更是多种多样。所以有必要研发新型的监管系统,对违规内容进行自动过滤,比如违规识别系统与智能打码禁声系统。首先,这些系统能实时监测直播画面和识别直播语音,做到监管智能化,同时节约大量人力资源。其次,这些系统能对直播内容实行智能分类处理,可以同时处理多个频道的内容,并给每个直播频道的内容贴上相关标签,由此可以实现更加智能化的搜索。更重要的是,在直播信息的筛选与过滤中必须包括以下内容:第一,过滤必须符合不同行业的标准,过滤体系要分层分级;第二,建立黑名单机制,对违规主播实行禁播处理;第三,建立白名单体系,推广符合监管要求的直播者和直播内容;第四,屏蔽敏感信息和词汇,积极保护未成年人^[23]。最终建立科学的网络安全标准,保证网络游戏直播的健康发展。

五、结语

我国正处于社会转型的关键时期,网络游戏直播这一新生事物在发展过程中必然会产生许多问题。对于这些新问题、新情况,监管机构一方面应当首当其责,要主动研究并掌握其特点和发展规律,不能因为不了解、不清楚新生事物就斥之为洪水猛兽而一概打压。另一方面应该在积极履行职责的同时构建相关制度,并补齐制度漏洞形成规则之治,厘清权责划分增

强内部治理,推动技术革新保证执法手段科学、合理。另外,构建体系化的网络游戏直播监管机制不仅要依靠政府执法部门,还应将作为被监管对象的游戏直播平台纳入监管体系中,使其承担一部分监管职能,以发挥直播平台“懂情况”“接地气”的先天优势,同时解决政府监管执法力量短缺的现实难题。不过在这当中,也应注意保证直播平台的自律性,防止其既当运动员又当裁判员的状况出现。

注释:

- ① 网络游戏直播中的直播内容发布者即网络游戏主播。从直播内容来看,可以将网络游戏直播分为两类:其一是以播放既有游戏操作画面或者主播即时操作游戏并配以游戏解说为直播内容的游戏操作类直播,这是网络游戏直播的主要表现形式;其二是以与游戏相关联的信息实时交流、互动活动为直播内容的游戏关联类直播。
- ② 该案亦系我国首例由电子竞技类游戏赛事网络直播引发的著作权侵权及不正当竞争纠纷案,可以作为直播平台竞争性侵权问题的典型案例。
- ③ 参见上海知识产权法院(2016)沪知民终字第 641 号民事判决书。
- ④ 在北京市海淀区人民法院审理的原告完美世界公司诉被告奇游公司侵害著作权及不正当竞争纠纷一案中,原告完美世界公司经过金庸先生的授权,取得了《笑傲江湖》等四部小说的独家游戏改编权,而原告发现被告奇游公司未经许可在其研发的《全民武侠》游戏中,将金庸先生的上述四部小说从整体上进行糅合,将其中的元素和桥段导入《全民武侠》游戏中。法院认定,被告奇游公司大量使用四部小说中的人物、情节、道具和武术等因素,其改编的《全民武侠》游戏,已超出合理使用的范畴,构成著作权侵权及不正当竞争,判决被告赔偿原告经济损失 60 万元。
- ⑤ 《反不正当竞争法》第二条规定:“经营者在生产经营活动中,应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则,遵守法律和商业道德。本法所称的不正当竞争行为,是指经营者在生产经营活动中,违反本法规定,扰乱市场竞争秩序,损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为。”《反不正当竞争法》第十二条规定:“经营者利用网络从事生产经营活动,应当遵守本法的各项规定。经营者不得利用技术手段,通过影响用户选择或者其他方式,实施下列妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为:(一)未经其他经营者同意,在其合法提供的网络产品或者服务中,插入链接、强制进行目标跳转;(二)误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品或者服务;(三)恶意对其他经营者合法提供的网络产品或者服务实施不兼容;(四)其他妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为。”
- ⑥ 《互联网直播服务管理规定》第二条规定:“本规定所称互联

网直播,是指基于互联网,以视频、音频、图文等形式向公众持续发布实时信息的活动;本规定所称互联网直播服务提供者,是指提供互联网直播平台服务的主体;本规定所称互联网直播服务使用者,包括互联网直播发布者和用户。”

- ⑦ 参见《互联网视听节目服务管理规定》第八条。
- ⑧ 参见《互联网直播服务管理规定》第十一条。
- ⑨ 参见“无讼案例网”<https://www.itslaw.com/search?searchMode=Judgements&sortType=1&conditions=searchWord%2B%E7%BD%91%E7%BB%9C%E6%B8%B8%E6%88%8F%E7%9B%B4%E6%92%AD%2B1%2B%E7%BD%91%E7%BB%9C%E6%B8%B8%E6%88%8F%E7%9B%B4%E6%92%AD>。
- ⑩ 《互联网直播服务管理规定》第八条规定:“互联网直播服务提供者应当具备与其服务相适应的技术条件,应当具备即时阻断互联网直播的技术能力,技术方案应符合国家相关标准。”

参考文献:

- [1] 崔国斌. 认真对待游戏著作权[J]. 知识产权, 2016(2): 3-18.
- [2] 黄玉烨, 王骁. 论游戏直播画面的法律属性[J]. 河南财经政法大学学报, 2017(4): 1-7.
- [3] 秦赞谨. 论我国网络直播的法律规制[J]. 网络安全技术与应用, 2018(8): 123-124, 127.
- [4] 王羽. 国内首起电竞游戏赛事网络直播纠纷案落锤:“斗鱼”构成不正当竞争赔偿 110 万[J]. 上海企业, 2016(6): 84-86.
- [5] 祝建军. 网络游戏直播的著作权问题研究[J]. 知识产权, 2017(1): 25-31.
- [6] 肖顺武. 网络游戏直播中不正当竞争行为的竞争法规制[J]. 法商研究, 2017(5): 36-45.
- [7] 陈丽苹. 与知识产权有关的不正当竞争行为类型研究——以我国《反不正当竞争法》的修改为视角[J]. 法学杂志, 2016(8): 62-69.
- [8] 李梦琳. 论网络直播平台的监管机制——以看门人理论的新发展为视角[J]. 行政法研究, 2019(4): 123-132.
- [9] 刘金星. 论网络直播监管“最后一公里”的打通路径[J]. 现代视听, 2017(3): 25-28.
- [10] 肖燕雄, 李梦. 我国网络直播节目规制中的制度失调问题[J]. 湖南大学学报(社会科学版), 2017(6): 163-168.
- [11] 王丽娜. 网络游戏直播画面是否构成作品之辨析——兼评耀宇诉斗鱼案一审判决[J]. 中国版权, 2016(2): 46-49.
- [12] 刘金星. 论网络直播监管痛点与善治之道[J]. 新闻前哨, 2017(7): 13-15, 23.
- [13] 王欢, 庞林源. 网络直播监管机制及路径研究[J]. 出版广角, 2017(3): 78-82.
- [14] 李扬. 网络游戏直播中的著作权问题[J]. 知识产权, 2017(1): 14-24.
- [15] 王欢, 庞林源. 网络直播监管机制及路径研究[J]. 出版广角, 2017(3): 78-82.
- [16] 孙柏霖. 公安执法网络直播问题研究[J]. 北京警察学院学报, 2017(4): 83-87.
- [17] 潘滨. 网络游戏直播的著作权侵权研究[D]. 广州: 华南理工

- 大学, 2017.
- [18] 孙道萃. 网络直播刑事风险的制裁逻辑[J]. 暨南学报(哲学社会科学版), 2018(1): 60-70.
- [19] 吕思源. 网络直播的法律边际与规范——从吴永宁坠楼及水滴直播事件谈开去[J]. 中国律师, 2018(3): 54-55.
- [20] 周刚志, 李家伟. 论网络直播产业的法律性质及其立法规制[J]. 邵阳学院学报(社会科学版), 2017(3): 15-21.
- [21] 魏宏岩. 国外网络直播监管掠影[J]. 检察风云, 2017(13): 15-17.
- [22] 许向东. 我国网络直播的发展现状、治理困境及应对策略[J]. 暨南学报(哲学社会科学版), 2018(3): 70-81.
- [23] 赵墨林. 网络直播的法律规制[D]. 长春: 吉林大学, 2017.

The legal outlet for supervision dilemma of online game live broadcasting

LI Ainian, QIN Zanjin

(School of Law, Hunan Normal University, Changsha 410081, China)

Abstract: In the context of rapid iteration of Internet technology, online game live events are facing new regulatory challenges. There are many infringements of online game anchors infringing copyrights, online platform copyright infringements, unfair competition behaviors, and live users' illegal behaviors. The reasons include the supervision of online game broadcast supervisors lacking regulatory norms, unclear powers and responsibilities of regulatory system and departments, and the defects of regulatory technology and methods. The legal way out of the above dilemma is to start from the main body of supervision, strengthen the systematization of online game supervision and regulation, rationalize the internal powers and responsibilities of the regulatory body, and promote the innovation of supervision technology and supervision methods.

Key Words: online game live broadcasting; supervision dilemma; legal outlet

[编辑: 苏慧]