



整体行业扫描及关键法律问题聚焦



微信扫一扫或搜索公众号  
上海交通大学知识产权与竞争法研究院

地址：上海市华山路1954号交通大学廖凯原法学楼316办公室  
官网：[www.ipca.sjtu.edu.cn](http://www.ipca.sjtu.edu.cn)  
邮箱：[sjtuipca@163.com](mailto:sjtuipca@163.com)

上海交通大学知识产权与竞争法研究院

2019年8月31日

网络游戏与直播节目相结合、相互促进, 创生出一种新型互动的社交模式, 即游戏直播。游戏直播行业的参与主体包括版权方、游戏直播平台、公会/经纪公司、主播、用户。这一行业在2016年后迅猛发展, 如今已进入成熟期, 市场规模与用户规模稳步增长, 行业内外的竞争与合作共生, 直播平台的盈利模式趋向多元化, 有效监管、政策扶持、裁判指引与行业自律并行, 网络游戏直播行业朝着规范化的方向发展。

本白皮书结合近年来网络游戏直播的著作权侵权、不正当竞争及合同纠纷案件情况, 基于网络游戏直播行业监管及舆论的观察, 梳理出当前网络游戏直播行业中面临的主要问题和挑战。这些挑战包括但不限于, 著作权侵权、不正当竞争及恶意挖角纠纷时有发生、部分从业主播缺乏契约精神、公会/经纪公司的专业化程度有待提高、直播行业的整体口碑亟待提升等, 这些挑战揭示了游戏直播行业所面临深层次的法律、监管和政策问题, 游戏直播行业的健康长远发展迫切需要更前瞻、更统一、更稳定的政策法律环境。

为推动游戏直播行业的持续健康发展, 本白皮书提出如下建议: 第一, 进一步细化《著作权法》的有关法律条文, 顺应技术和产业发展的新需求。破解实践中关于“独创性高低”的认定难题, 重新审视“电影作品”、“录像制品”的分类; 明确在线内容分享行为的法律性质; 完善平台的版权治理, 重新考察平台注意义务的认定。第二, 从加强知识产权保护, 规范竞争秩序, 提升契约意识等角度出发, 理顺游戏直播行业各参与主体之间的权利义务, 明晰作品使用规则和免责条件, 出台一部专门性的涉及网络游戏纠纷案件的裁判指引。第三, 在网络游戏的行政监管及执法层面, 需要进一步完善及细化相关规章及政策规定, 带动行业的精细化监管。第四, 应强化对主播权益的保障及行为的约束, 强化对直播内容的审核。相关主体应主动承担社会责任, 推动建立游戏直播行业的自治组织, 使自治组织发挥更有效的自律功能。



摘要	1
<b>游戏直播行业的现状及发展趋势</b>	3
(一) 游戏直播行业的现状	4
(二) 游戏直播行业的发展趋势	10
<b>游戏直播行业面临的主要问题和挑战</b>	12
(一) 政府监管从“缺位”到“补位”	13
(二) 知识产权侵权及不正当竞争问题突出	14
(三) 直播平台间的恶性挖角时有发生	17
(四) 部分从业主播缺乏契约精神	18
(五) 公会 / 经纪公司专业性有待提高	20
(六) 游戏直播行业的健康发展需要制度的规范	21
(七) 行业整体口碑亟待提升	22
<b>推动游戏直播行业持续发展之路径</b>	24
(一) 完善游戏直播行业相关立法	25
(二) 强化对相关主体合法权益的保护	27
(三) 强化游戏直播平台的治理水平	31
(四) 推动建立游戏直播行业的自治组织	33
结语	34

# 游戏直播行业 现状及发展趋势

网络游戏直播行业近年来取得迅猛发展，本章在调查该行业发展历程与市场概况的基础上，梳理了行业主要参与者及其扮演的角色，并对目前游戏直播行业的发展趋势进行了分析。

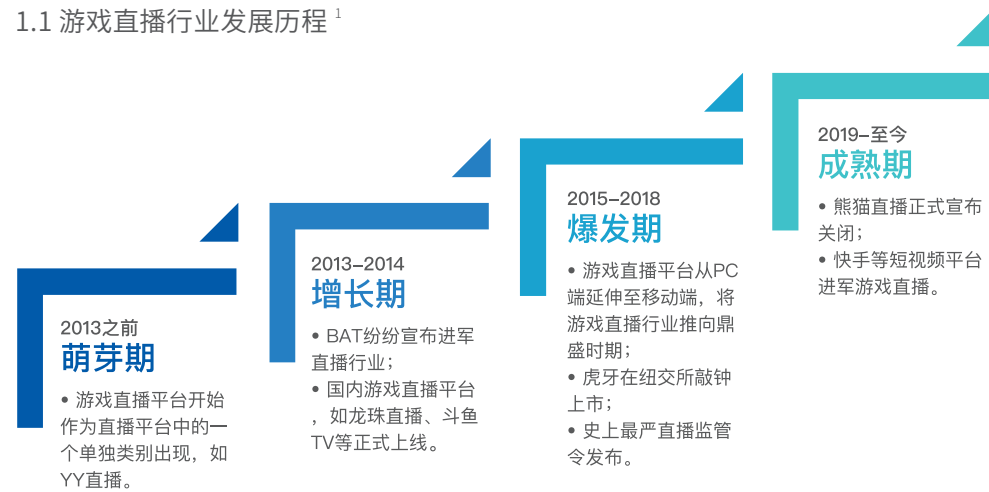


# 游戏直播

## (一) 游戏直播行业的现状

### 1. 行业概况

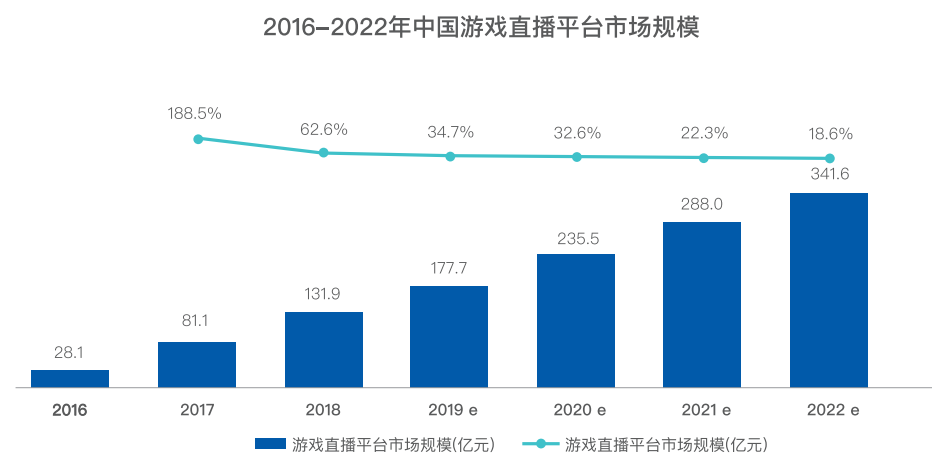
#### 1.1 游戏直播行业发展历程<sup>1</sup>



#### 1.2 游戏直播平台市场概况

##### 游戏直播平台市场规模

游戏直播行业市场规模在2016年后取得迅猛发展，据艾瑞咨询发布的《2019年中国游戏直播行业研究报告》显示，2018年中国游戏直播平台市场规模达到131.9亿元，同比增长62.6%。<sup>2</sup>



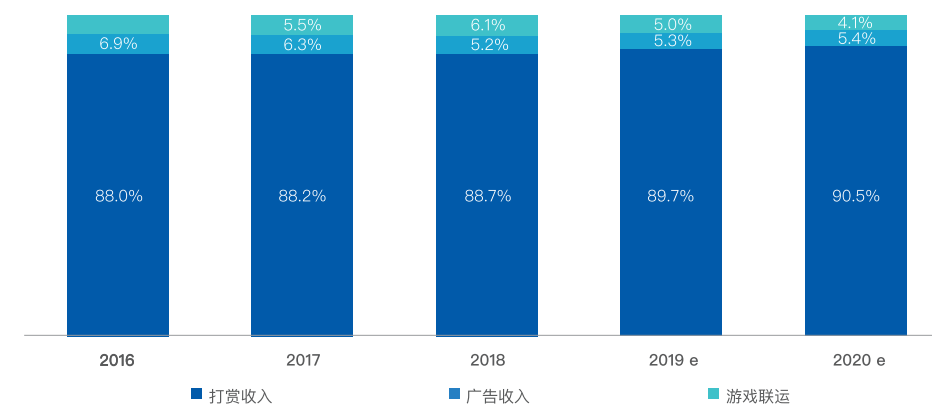
\*图表来源于艾瑞咨询：《2019年中国游戏直播行业研究报告》

<sup>1</sup> 参见艾瑞咨询：《2019年中国游戏直播行业研究报告》。  
<sup>2</sup> 参见艾瑞咨询：《2019年中国游戏直播行业研究报告》。

### 游戏直播平台收入结构

目前，游戏直播平台的收入结构较为固定，用户打赏、广告收入及游戏联运是游戏直播平台的三大主要收入来源。其中，用户打赏是游戏直播平台的主要收入来源，收入占比平稳保持在接近90%的水平。<sup>3</sup>

2016-2020年中国游戏直播市场规模分布



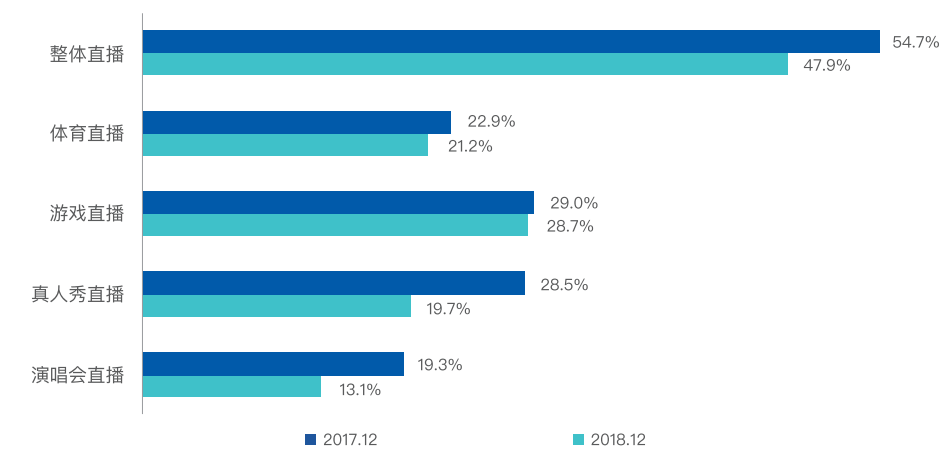
\*图表来源于艾瑞咨询：《2019年中国游戏直播行业研究报告》

#### 1.3 游戏直播市场的用户规模及画像

##### 用户规模

根据中国互联网络信息中心发布的《中国互联网络发展状况统计报告》显示，截至2018年12月，中国网络直播用户规模达3.97亿，网民渗透率为47.9%。其中，游戏直播用户网民渗透率为28.7%，达2.4亿人。<sup>4</sup>

2017.12-2018.12 网络直播使用率



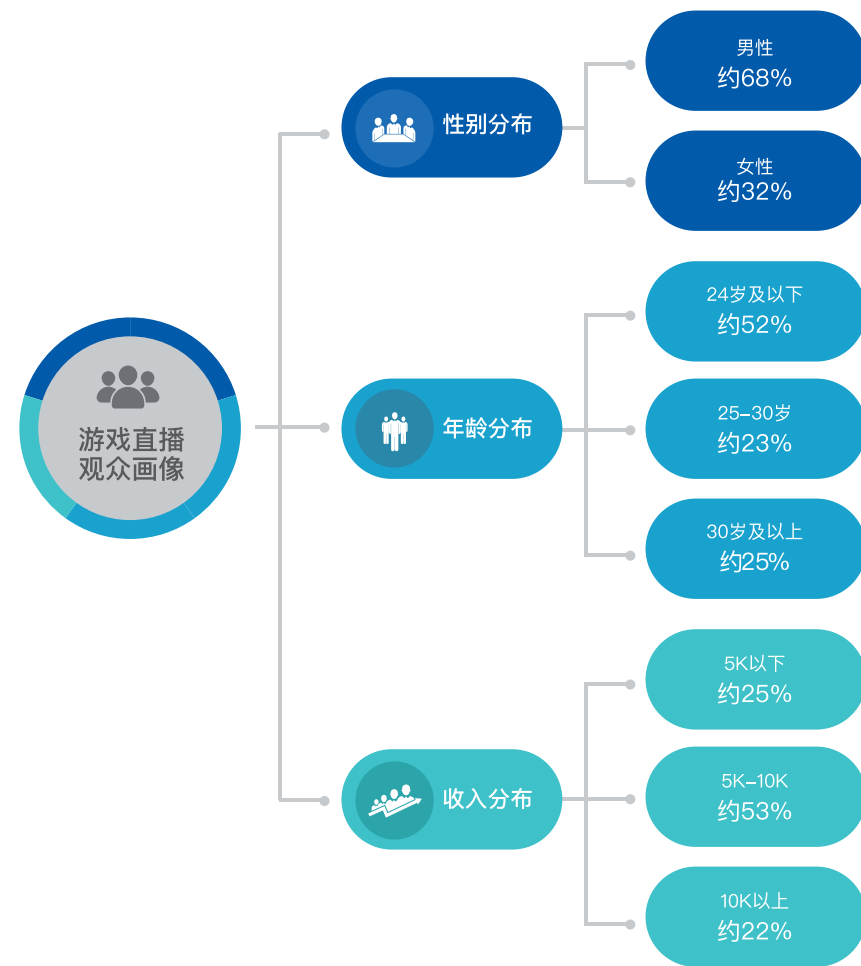
\*图表来源于中国互联网络信息中心：《中国互联网络发展状况统计报告》

<sup>3</sup> 参见艾瑞咨询：《2019年中国游戏直播行业研究报告》。  
<sup>4</sup> 参见中国互联网络信息中心：《中国互联网络发展状况统计报告》。本文所提网民渗透率占比分母为网民人数8.29亿（2018年）。

# 游戏直播

## 用户画像

游戏直播用户整体以男性占比较多,30岁及以下年龄段用户为观看游戏直播的主力军,用户个人月经济收入主要集中在10000元及以下档位。



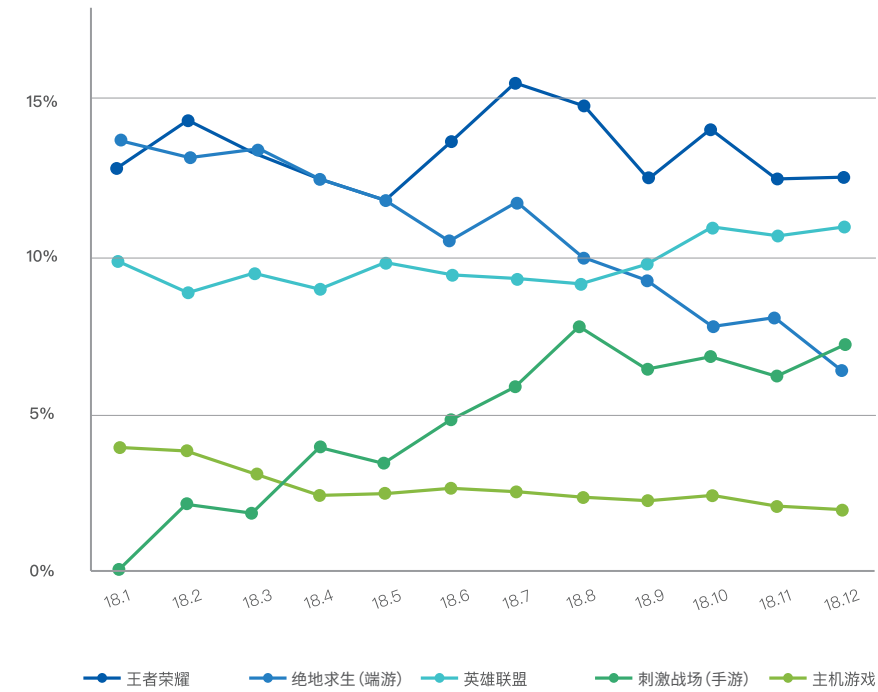
### 1.4 游戏主播直播游戏分布及收入概况

#### 游戏主播直播游戏分布

根据《2019年中国游戏直播行业研究报告》,2018年MOBA类分区游戏主播人气较高,各游戏直播平台的头部游戏主播主要出自于王者荣耀与英雄联盟专区。<sup>5</sup>

<sup>5</sup> 参见艾瑞咨询:《2019年中国游戏直播行业研究报告》。

2018年TOP1000游戏直播平台主播  
游戏分区分布

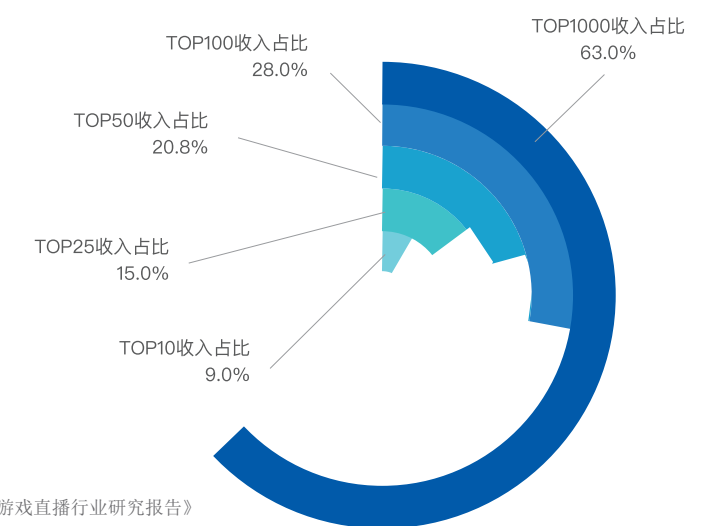


\*图表来源于艾瑞咨询:《2019年中国游戏直播行业研究报告》

#### 游戏主播收入概况

游戏直播行业的主播收入差距较大,集中度高。根据《2019年中国游戏直播行业研究报告》,2018年游戏直播平台收入前1,000名的主播礼物收入总和占总体礼物收入的63%,排名前10的主播收入总和超10亿。<sup>6</sup>

2018年中国游戏直播平台各层级主播占全平台  
总收入情况



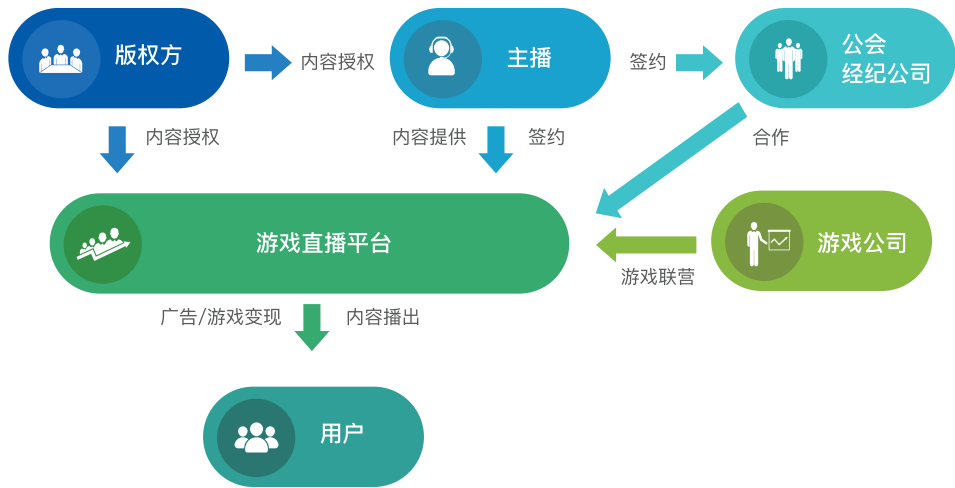
\*图表来源于艾瑞咨询:《2019年中国游戏直播行业研究报告》

<sup>6</sup> 参见艾瑞咨询:《2019年中国游戏直播行业研究报告》。

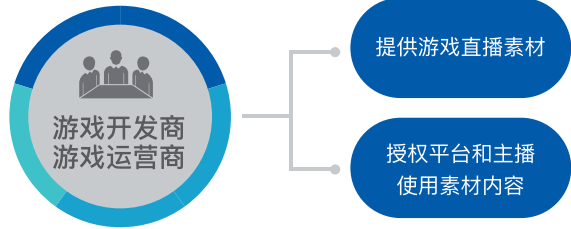
# 游戏直播

## 2. 行业主要参与者及其扮演的角色

游戏直播行业产业链



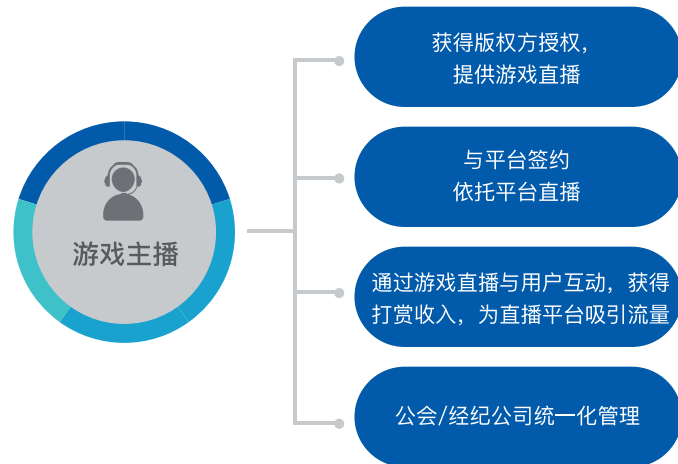
### 版权方



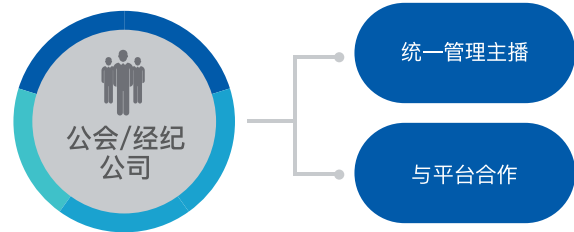
### 游戏直播平台



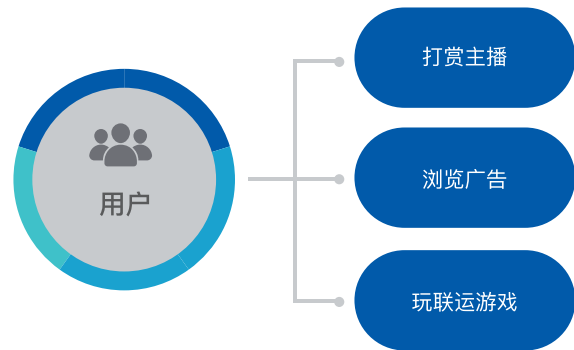
### 主播



### 公会 / 经纪公司



### 用户



## 3. 游戏直播行业对社会发展具有重要的促进意义

网络游戏与直播节目相结合、相互促进, 创生出一种新型互动的社交模式, 即游戏直播。游戏直播丰富了群众的文化精神生活, 健康、规范的游戏直播行业是优质直播内容的高产区, 正在成为年轻人互动社交的重要方式。

游戏直播行业的蓬勃发展带来了全新的发展机遇,促进了邻近产业的整合,构建了多元的行业盈利渠道,形成完整的供需产业链条,成为文创领域重要的经济增长点。比如,游戏直播行业的蓬勃发展需要有优质的网络游戏作品,这必然对网络游戏创作产业提出了新的需求,从而带动该产业的发展;其次,游戏直播对平台、主播、用户的需求,直接催生了大量直播相关的新岗位和工作机会,帮助缓解社会就业压力,同时,得益于公会/经纪公司、教练、陪练、电竞数据分析师等传统行业与游戏直播相结合的主体加入,游戏直播行业的生态正逐步构建。随着游戏直播行业进入成熟期,其蓬勃发展仍将继续,仍将持续对文创产业提出新目标与新需求,促进游戏文创产业的进一步发展。

## (二) 游戏直播行业的发展趋势

在经历了萌芽期、增长期、爆发期之后,中国的游戏直播行业已经进入了成熟期。整个游戏直播行业表现出机遇与挑战并存、竞争与合作并行、问题与发展共生的趋势。游戏直播行业总体上存在着不可估量的商业价值和巨大的发展前景。

### 1. 游戏直播市场与用户规模稳步增长

游戏直播行业经历了市场规模急剧扩大、用户群体人数指数式增长的阶段,目前表现出稳步增长的趋势。<sup>7</sup> 市场规模与用户群体的平稳发展,意味着游戏直播行业可持续发展的动力依然强劲,市场的地域分布、用户群体的年龄段及性别分布,将在下一阶段的发展中趋于多元化与均衡化。

### 2. 行业内外竞争与合作共生

游戏直播行业内部的竞争压力急剧增长,各类游戏直播平台与直播形式纷纷涌现。良性的竞争能够提升游戏直播产品的质量、促进行业的发展、提高消费者福利,但恶性竞争则会破坏行业的正常生态、拖垮行业的整体口碑,阻碍行业的长远发展。与此同时,行业外部的竞争为游戏直播行业带来不小的挑战,比如短视频等新型传播方式成为游戏直播或传播游戏直播画面的一种手段,对传统的游戏直播方式具有一定的替代效果,对传统游戏直播平台和作品的直播市场产生一定冲击。

行业内部和外部的竞争在加剧的同时,也为行业的发展提供了长远发展的机遇。行业内部的竞争态势,势必要求游戏直播平台提高直播质量,促进行业共同体的加速形成,强化行业自治,解决社会各界对行业长期以来的诟病顽疾,共同打造健康、立体的直播生态,共谋行业的持续发展之道。行业外部的竞争压力,将会促使行业内部、监管及有关部门共同反思游戏直播涉及的各种经济、法律问题,更有效地发挥游戏直播对社会、尤其是青少年的正面引领价值,促进游戏直播产品的规范使用和游戏行业管理秩序的形成。

<sup>7</sup> 据艾瑞咨询《2019年中国游戏直播行业研究报告》,中国游戏平台用户规模的增长率从2016年的143.1%下降至2018年的21.6%。

### 3. 游戏直播平台盈利模式趋向多元化

长期以来,打赏收入是游戏直播平台的主要盈利模式,目前游戏直播平台的盈利模式正在朝着多元、可持续化的方向发展,广告收入和游戏联合运营收入的比重逐年增长。伴随着游戏直播周边产业的迅速发展、游戏直播产业链的深度融合,新型商业模式不断出现,带动了新型盈利模式的产生和发展。在继续深挖与完善现有的业务盈利模式的基础上,游戏直播行业需要注重整合周边的产业资源,提高运营水平,通过与游戏公司、赞助商等合作,打造游戏直播产业生态链,丰富和完善游戏直播平台的盈利模式。

### 4. 有效监管、政策扶持、裁判指引与行业自律并行

游戏直播行业在产生初期存在蓬勃发展和野蛮生长共存的现象:一些低俗、暴力的直播内容拉低了行业的整体口碑,游戏直播平台未经授权或审批提供游戏直播业务、盗播游戏电竞赛事直播信号、直播平台 and 公会/经纪公司欠薪、游戏主播违约跳槽、游戏画面及直播画面版权争议等法律纠纷不断出现,一些涉及行业长远健康发展的深层次法律问题也逐渐浮出水面。近年来,监管部门针对行业内出现的有关问题加强了监管力度,从中央部门到地方政府纷纷出台了与游戏直播相关的法规或政策,既涉及监管层面,又涉及扶持层面,有效地规范和促进了直播行业的发展;司法部门审理了相当数量的法律纠纷,为游戏直播行业的规范发展提供了行为指引;与此同时,游戏直播行业本身也更强化行业自律,一些有代表性的行业协会相继成立。



# 游戏直播行业面临的主要问题和挑战

为引导游戏直播行业长远、健康发展，相关监管部门采取了多种手段进行综合整治，但目前行业中针对各主体之间的行为规范尚未形成共识。基于此，本章对当前游戏直播行业中面临的主要问题和挑战进行了深入的探讨和分析。

## （一）政府监管从“缺位”到“补位”

游戏直播行业蕴含巨大商机和经济利益，在其兴起早期，相关法律、政策和行业规范还未颁布，政府监管一度“缺位”。为了引导游戏直播行业长远、健康发展，相关监管部门陆续出台了系列政策性文件，并采取多种手段进行综合整治，政府监管的“补位”促进了游戏直播行业的规范和成熟。

### 1. 重要政策法规的出台

自2016年开始，有关部门陆续出台了涉及游戏直播的系列规章、政策。

施行日期	颁布单位	法规名称
2016.7	文化和旅游部	《关于加强网络表演管理工作的通知》
2016.9	国家广播电视总局	《关于加强网络视听节目直播服务管理有关问题的通知》
2016.12	国家互联网信息办公室	《互联网直播服务管理规定》
2016.12	文化和旅游部	《网络表演经营活动管理办法》
2018.8	全国“扫黄打非”办公室等六部门联合发布	《关于加强网络直播服务管理工作的通知》

### 2. 主要监管部门

政府部门	与直播行业有关的监管职责
国家互联网信息办公室	负责全国互联网信息内容管理工作，并负责监督管理执法。
工业和信息化部	依法监督管理电信与信息服务市场。
文化和旅游部	指导文化市场综合执法工作。
国家市场监督管理总局	承担依法查处取缔无照经营的责任。
公安部	重点整治三类网络直播平台。

### 3. 主要监管内容

总体来说，上述规章和政策主要从行业准入限制、直播内容规范管理及运营合规三个方面对游戏



直播行业进行监管。

从行业准入限制而言,游戏直播平台为合法开展业务需要获得《网络文化经营许可证》以及《信息网络传播视听节目许可证》。

为规范游戏直播内容,监管部门着重从建立健全内容管理制度、监管游戏直播内容、建立相应内容管理措施、用户互动环节管理、对违法违规网络表演的处罚等五个方面进行规范。

在运营合规层面,通过颁布系列规章政策对游戏直播参与者的实名注册、用户信息储存与保护、用户投诉举报流程等各方面进行详细规定,严格规范游戏直播平台的日常运营。

#### 4. 系列整治措施

2016年7月至10月,公安部在全国范围内组织开展网络直播平台专项整治工作。

2016年12月,国家网信办、文化和旅游部、国家广播电视总局组成联合检查组,整治网络直播平台乱象,根据《互联网直播服务管理规定》,将1879名严重违规网络主播纳入黑名单,禁止其在各直播平台重新注册账号。

2017年4月,国家网信办依法关停18款传播低俗信息直播类应用软件。

2017年5月,文化和旅游部在专项清理整治中关停10家网络直播平台,行政处罚48家网络表演经营单位,关闭直播间30235间,整改直播间3382间,处理表演者31371人次,解约表演者547人。

2018年2月,网信办针对网络直播存在的低俗媚俗、斗富炫富、调侃恶搞、价值导向偏差等问题,对直播平台和主播进行专项整治,关停账号1401个、直播间5400余个,删除短视频37万条。

……

随着政府监管措施的完善和监管力度的强化,行业整体朝着更加规范化的方向发展。对于游戏直播平台和游戏直播行业从业者而言,不断加强自身规范意识,遵守各项规章制度,尊重行业各主体的权利,行业发展的环境将得到进一步优化。

## (二) 知识产权侵权及不正当竞争问题突出

目前,游戏直播行业中针对各主体之间的行为规范尚未形成共识,著作权侵权及不正当竞争纠纷时有发生,法院针对网络游戏动态画面、直播画面的法律属性等核心问题仍存在争议,以下列举代表

性的法律问题:

### 1. 关于直播、录播、转播游戏画面的纠纷

2017年,全国首例游戏直播侵权案的判决引起关注。广州知识产权法院曾经详细阐述网络游戏动态画面的作品属性以及直播行为的性质,“涉案电子游戏《梦幻西游》、《梦幻西游2》作为网络游戏,核心内容包括游戏引擎和游戏资源库,经由用户在终端设备上操作后,引擎系统调用资源库的素材在终端设备上呈现,产生一系列连续画面,这些画面表达了创作者的思想个性,且能以有形形式复制,此创作过程与摄制电影的方法类似,因此涉案电子游戏在终端设备上运行呈现的连续画面可认定为类电作品,该作品的制片者应归属于游戏软件的权利人。华多在其网络平台上开设直播窗口、组织主播人员进行涉案电子游戏直播、录播和转播行为,侵害了网易对其游戏画面作为类电作品的著作权。”<sup>8</sup>上海知识产权法院也将游戏运行的连续画面认定为类电作品。<sup>9</sup>

2019年1月,广州知识产权法院作出游戏直播行业的第一个行为保全禁令,裁定“西瓜视频”App相关联的“运城市阳光文化传媒有限公司”、“今日头条有限公司”、“北京字节跳动科技有限公司”三家公司立即停止通过“西瓜视频”App以直播方式传播《王者荣耀》游戏内容,因其未获得著作权人的许可并支付相应对价,抢占了涉案游戏直播市场资源,对腾讯公司的合法权益造成损害。

目前的司法实践中已有多个司法判决,将网络游戏所运行的连续动态画面归入类电作品进行保护。<sup>10</sup>同时,北京市高级人民法院发布的《侵害著作权案件审理指南》第2.14条规定,运行网络游戏产生的连续动态游戏画面,符合以类似摄制电影的方法创作的作品构成要件的,受著作权法保护。<sup>11</sup>

### 2. 关于盗播电竞赛事直播画面的纠纷

除了游戏开发商与游戏直播平台产生的纠纷外,不同的直播平台之间因游戏直播画面的转播而产生的纠纷也时有发生。2015年的“耀宇诉斗鱼案<sup>12</sup>”便是此种纠纷类型的典型案件。2014年,耀宇公司与涉案游戏代理商签订战略合作协议,获得该赛事在中国大陆地区的独家视频转播权。斗鱼公司未经授权,以通过客户端旁观模式截取赛事画面配以主播点评的方式实时直播该赛事,且在直播时使用了耀宇公司的标识,后耀宇公司以斗鱼公司构成著作权侵权及不正当竞争为由向上海市浦东新区人民法院提起诉讼。此案核心问题是游戏电竞赛事画面是否构成作品,如果不构成“作品”,盗播游戏电竞赛事画面的行为又该如何规制?

一审法院认定电竞赛事比赛画面不受著作权法保护,但被告行为构成不正当竞争。斗鱼公司系专

<sup>8</sup> 参见广州知识产权法院 (2015) 粤知法著民初字第16号民事判决书。

<sup>9</sup> 参见上海知识产权法院 (2016) 沪73民终190号民事判决书。

<sup>10</sup> 包括: 2017年年初, 上海知识产权法院判决的“《奇迹神话》侵权《奇迹mu》案”, 参见(2016)沪73民终190号民事判决书; 2018年初, 苏州中级人民法院判决的“《花千骨》侵权《太极熊猫》案”, 参见(2015)苏中知民初字第201号民事判决书和2019年初广州互联网法院判决的“《昆仑墟》案”等, 参见(2018)粤0192民初1号民事判决书。

<sup>11</sup> 参见北京市高级人民法院: 《侵害著作权案件审理指南》。

<sup>12</sup> 参见上海市浦东新区人民法院 (2015) 浦民三 (知) 初字第191号民事判决书和上海知识产权法院 (2015) 沪知民终字第641号民事判决书。

业的网络游戏视频直播网站经营者，双方具有同业竞争关系，在明知涉案赛事由原告举办、原告享有涉案赛事的独家视频转播权、原告付出了较大的办赛成本，明知转播他人举办的游戏比赛须获得相关授权许可系视频网站行业的商业惯例，但在未取得任何授权许可的情况下，向其用户提供了涉案赛事的部分场次比赛的视频直播。其行为直接损害了耀宇公司的合法权益，损害了网络游戏直播网站行业的正常经营秩序，违反了诚实信用原则和公认的商业道德，构成对耀宇公司的不正当竞争。

### 3. 关于主播游戏解说的著作权问题

随着全民电竞和游戏直播的崛起，知名主播的解说催生出“解说经济”，带来了庞大的流量和商业利益。主播游戏解说能否构成新作品，也是焦点问题之一。

在武汉鱼趣网络科技有限公司（以下简称“鱼趣公司”）等与朱浩、武汉斗鱼网络科技有限公司（以下简称“斗鱼公司”）侵害著作权及不正当竞争纠纷案中，原告的诉讼请求之一即为请求法院确认对被告朱浩在双方合约期内制作的协议游戏解说作品享有著作权。二审法院判决认定，游戏主播的解说，有构成作品的可能性。游戏主播的解说形式，通常是边操作游戏边进行解说，包括对网络游戏的介绍、游戏技巧、策略的讲解以及对进行中游戏的分析等，为吸引用户，主播通常还会与用户互动，以及讲述趣味性的话题。该解说系主播的即兴口头表达，通常结合了个人游戏及生活经验和感悟，会在一定程度上体现主播之个性和解说风格，从而吸引不同的用户。解说风格和精彩程度之不同，也往往直接影响用户数量的高低。<sup>13</sup>

由此，在特定情形时，解说可能符合独创性的要求从而构成作品。但若该种口头表达过于简单、简短或为生活中长期重复的表达，因不符合独创性的要求，自无法认定为具备独创性的作品。总体而言，游戏解说具备构成作品的可能性，但应根据具体解说内容进行个案判定，且涉及主播解说的著作权权利归属将依据直播平台和游戏主播所签订的合作协议进行认定。

### 4. 关于录制、传播短视频的著作权问题

由于短视频易传播且社交性与互动性强等特点，短视频产业从2018年初以来异军突起、站上风口，游戏行业的高速发展为短视频的制作提供了大量优质直播内容，游戏短视频成为热门短视频的主要类型之一。一些主播、用户随意剪辑、搬运、抄袭原创内容形成短视频，并且通过网络转发等传播行为博取流量和热度，甚至获取商业利益，著作权侵权问题日益凸显。

在短视频侵权纠纷中，多数被告希望通过主张合理使用抗辩从而使其未经许可的传播行为免责。在北京爱奇艺科技有限公司（以下简称“爱奇艺”）诉华数传媒网络有限公司（以下简称“华数公司”）侵害作品信息网络传播权纠纷案<sup>14</sup>，华数公司主张涉案片段并未实质性再现涉案作品《花千骨》，客观上未对涉案作品起到替代作用，属于合理使用。法院认定，爱奇艺公司主张侵权的片段共计56个，

<sup>13</sup> 参见广东省广州市中级人民法院（2018）粤01民终13951号民事判决书。

<sup>14</sup> 参见北京市知识产权人民法院（2018）京73民终1941号民事判决书。

且每个片段的时长均在二至四分钟左右，总时长约两百余分钟，该使用行为显然已超出了合理的限度。且消费者在观看了涉案片段后可能因对相关情节有所了解后便认为无需观看完整作品，从而损害了爱奇艺公司作为著作权人本应获得的合法利益。故华数公司的涉案行为并不构成合理使用。

## （三）直播平台间的恶意挖角时有发生

游戏直播平台之间的竞争已经从“争地盘”过度到“抢人”阶段，优质主播往往能够为游戏直播平台带来巨大的观看流量，成为各大游戏直播平台争夺的“重要资源”。在这样的背景之下，游戏直播平台间的恶意挖角现象越来越多，引发社会广泛关注。

主播与游戏直播平台之间的法律关系，从劳动关系、劳务关系逐渐发展到没有任何人身依附性的平等主体之间的合作合同关系。在出现主播“跳槽”的情况后，游戏直播平台通常采取诉讼的方式积极维权。通过梳理发现，近年来由恶意挖角引发的法律纠纷呈现如下特点：

### 1. 涉案金额越来越高，法院支持违约金责任

2018年11月，广州中级人民法院判决江海涛需向虎牙公司支付违约金4900万元，并承担案件受理费等40余万元；2018年9月，斗鱼直播平台所属公司与知名主播曹海（网名：蛇哥colin）的合同纠纷吸引诸多关注，斗鱼直播平台所属的公司除了要求法院判令曹海继续在斗鱼平台进行直播外，还需向斗鱼平台所属公司支付违约金约1.5亿元。<sup>15</sup>以这两个案例为典型，近年来由恶意挖角导致的主播跳槽纠纷所涉及的金額往往是“天价”，而且有越来越高的趋势。在具体案件中，原被告双方的争议焦点通常是违约金是否过高。

在虎牙公司诉江海涛网络服务合同纠纷案中，广州市中级人民法院认为，互联网企业以“用户为王”、“流量为王”，这是与传统企业显著不同的特点。用户数量与流量，是互联网企业命脉之所在，是关系其生存发展的核心问题。只有不断吸引用户，才能支撑其不断融资、生存与发展及盈利。游戏主播在借助游戏直播平台的知名度、用户基数以及推广、技术服务资源成名后，本应继续严格履行合同，但其在合同期内故意到有竞争关系的平台进行长期直播的违约行为，不仅使原平台付出的推广、服务资源化为泡影，更为严重的是，造成原平台用户流失。根据江海涛根本违约会造成的基础用户、活跃用户以及用户注意力的流失情况综合考虑，原被告双方对于违约金的约定合理，符合互联网企业的特点及实际情况。法院最终全额支持了原告的诉请4900万元。<sup>16</sup>

### 2. 以合同纠纷为主，以不正当竞争纠纷为辅

主播违约跳槽以后，如果游戏直播平台只将该主播起诉至法院，一方面，主播的赔偿能力有限往

<sup>15</sup> 屈畅：《索赔上亿主播跳槽频现天价违约金》，《北京青年报》2019年1月3日。

<sup>16</sup> 参见广东省广州市中级人民法院（2018）粤01民终13951号民事判决书。

往不能保证充分的赔偿,另一方面,恶意挖角、引诱违约的平台作为真正的“幕后黑手”,却没有承担应有的法律责任。于是,守约平台要求引诱违约平台承担不正当竞争责任,成为一种诉讼策略。在武汉鱼趣网络科技有限公司诉上海炫魔网络科技有限公司、上海脉淼信息科技有限公司侵害著作权及不正当竞争纠纷案中,斗鱼直播平台以不正当纠纷为案由将全名TV直播平台诉至法院,湖北省武汉市中级人民法院从游戏直播行业的竞争特点、被告挖角平台是否违反网络直播行业公认的商业道德、反不正当竞争法介入的必要性考察三个方面综合衡量,最终认为被告平台构成不正当竞争,判令跳槽主播与挖角平台承担连带赔偿责任。<sup>17</sup>

### 3. 保全措施的重要性凸显

财产保全和行为保全在此类案件中都很重要。由于诉讼往往需要耗费一定的时间周期,如果守约平台不采取一定的财产保全措施,可能会导致胜诉之后,被告已无可供执行的财产。在广州虎牙信息科技有限公司诉江海涛、第三人武汉斗鱼网络科技有限公司网络服务纠纷一案中,原告就曾向法院提出财产保全申请,请求冻结、查封、扣押被申请人江海涛价值4970万元的财产,并获法院准许。<sup>18</sup>

对于违约主播而言,可能通过诉讼期间在新游戏平台直播即可弥补或部分弥补违约金损失,但对守约平台的流量损失却是无可挽回的,因此,游戏直播平台在诉讼中提出行为保全的申请,要求主播不能在新游戏直播平台进行直播,这对违约主播是致命打击,对守约平台是止伤的良药。前述江海涛案中,虎牙直播平台向法院申请在诉讼期间禁止江海涛在其他平台进行直播,获得了法院的支持。在深圳市腾讯计算机系统有限公司诉张宏发(张大仙)、第三人武汉斗鱼网络科技有限公司合同纠纷案中,原告申请继续履行游戏主播入驻协议得到了法院的支持,法院判令被告张宏发在合同约定期限范围内不得在其他平台直播。<sup>19</sup>

## (四) 部分从业主播缺乏契约精神

游戏直播平台连接了主播与用户。平台和主播之间相互依赖,互补共生,为获得双方互惠共赢的结果,游戏直播平台和游戏主播通过订立契约的方式来实现双方的合作,通过资源和优势的双向互补,促进平台网络效应的赋能。双方合作事宜包括平台通过对游戏主播的包装,资源的供给以及年薪的给付等方式来换取游戏主播进驻签约平台。

优质主播是游戏直播平台流量的重要保证,对于普通游戏主播而言,在某一直播平台的进驻和退出较为自由,而对于优质游戏主播而言,平台试图将其打造为本平台的核心竞争力。由于一些游戏主播是游戏的资深玩家,因具备普通玩家所不具备的游戏技巧而具有稀缺性,能够吸引大批粉丝的关注,游戏直播平台可以利用“粉丝效应”提升平台和游戏的价值。为吸引更多的用户,游戏直播平台之间对优质主播的争夺极其激烈,游戏直播平台与优质主播往往签订独家协议,以锁定该主播的流量。

<sup>17</sup> 参见湖北省武汉市中级人民法院(2017)鄂01民终4950号民事判决书。

<sup>18</sup> 参见广东省广州市番禺区人民法院(2017)粤0113民初7261-1号民事裁定书。

<sup>19</sup> 参见广东省深圳市中级人民法院(2018)粤03民终4623号民事判决书。

例如双方约定的主播“竞业禁止”条款,即主播在某游戏直播平台进行独家解说,未经书面许可,主播不得在包括但不限于第三方竞争平台的他方平台进行解说或表演。

## 1. 主播违约纠纷频发

按照契约精神,如果直播平台和主播之间的合作协议基于双方真实意思表示,则该合同系合法有效,双方均应当按照合同约定和法律规定行使权利并履行义务,双方应当朝着实现合同目的的方向为民事行为。为了带红一名游戏主播,游戏直播平台常常需要在人力、物力和财力等方面做出大量的投入。从目前平台与主播之间爆发的法律纠纷看,主播在其他平台高额的利益诱惑之下违背契约有关条款的案件多发,比如进入第三方平台开展直播活动,造成签约平台的用户分流和流量损失等后果。

就游戏直播平台与游戏主播之间关于合同的纠纷案例的梳理中,可以发现如下特点:

**(1) 诉讼当事人方面:**平台与主播之间的合同纠纷,多以平台方提起诉讼,以主播违反协议而对平台造成损害为由。法院多支持平台诉请,判决被告承担违约金责任。<sup>20</sup>

**(2) 纠纷内容方面:**游戏主播违约的形态主要有以下几种:①擅自在第三方平台进行直播。<sup>21</sup>②直播时长没有达到合同约定的条件,停播时间过长。<sup>22</sup>③在合作期限届满前提前解除合同。<sup>23</sup>④在合同期限内无充分理由离开平台。<sup>24</sup>⑤通过一些系统操作,例如自行“刷礼物”等行为,违反合同本意以及诚实信用原则,<sup>25</sup>引起普遍关注的是“主播跳槽”的违约行为,主播的劳动自由与平台利益的维护以及契约精神的遵循之间的博弈与平衡。

**(3) 违约诱因方面:**根据对主播违约纠纷中的案情梳理,主播之所以实施违反契约的行为,是因为经济诱因的存在,如直接无视竞业限制的协议,试图通过其他平台获得更多的价值回报;或者竞争对手平台以高薪向主播发出橄榄枝,试图将其招揽到自己平台中,主播实施违约行为既有自主型违约,即主动追求违约,又有被动型违约,即平台以高薪引诱其违约。<sup>26</sup>

## 2. 主播违反契约精神的后果

在市场经济下,市场主体在有效协议的存续期间,均应按照合同之约定安排、调整、约束自身的行为。在具有履行能力的情况下,双方应本着契约精神,致力于合同目的的实现。由于用户进入游戏直播平台的成本非常低(多为免费模式),用户在不同游戏直播平台之间的转换成本非常低,主播成为用户选择游戏直播平台的重要指标,因此主播是游戏直播平台之间竞争的核心资源。一些头部主播能够直

<sup>20</sup> 参见(2017)沪01民终13747号民事判决,(2019)粤01民终3743号民事判决,(2018)鄂01民终9201号民事判决等。

<sup>21</sup> 参见(2018)鄂12民终285号民事判决,(2017)沪01民终13745号民事判决等。

<sup>22</sup> 参见(2018)鄂01民终9201号民事判决等。

<sup>23</sup> 参见(2017)苏05民终6298号民事判决等。

<sup>24</sup> 参见(2018)豫09民终1687号民事判决等。

<sup>25</sup> 参见(2016)沪0115民初70340号民事判决等。

<sup>26</sup> 参见(2018)鄂01民终10838号民事判决,(2017)鄂01民终5281号民事判决等。



接带红一款游戏产品和一个游戏直播平台，因此游戏直播平台不惜重金“挖角”，也促使游戏直播平台与主播之间约定高额的违约金责任。一旦主播违背双方的有效约定，分流大批粉丝，使直播平台的资源投入付诸流水，严重损害直播平台的利益，主播应按照协议约定承担巨额的违约金责任。

与此同时，主播罔顾协议约定，在其他平台的引诱之下违约，扰乱游戏直播平台行业的竞争秩序。我国有司法机构指出，游戏直播行业中，主播并非企业员工，更类似于传统行业中参与竞争的企业产品，特别是自行发掘并培养的主播，实际上就是平台推向市场直接参与市场竞争，抢占市场占有率，获取流量的“优质产品”。主播的流失，将直接导致平台竞争力和市场占有率的下降。使用他人签约主播，实质上就是直接攫取他人竞争果实——不仅仅是平台花费大量人财物所培养的优质主播资源，也包括了平台通过激烈竞争和长期经营所积累的用户及流量。<sup>27</sup>主播的频繁“跳槽”将弱化行业的契约精神以及守法遵法的意识，使整个行业的竞争陷入恶性循环，这对于整个游戏直播行业和消费者而言，都是巨大的损失。

作为新兴的产业形式，大量主播的违约行为将会极大打击游戏直播平台的投资信心，对主播能否履行合同约定产生质疑和担忧，这势必影响游戏直播产业的健康良性发展，损害包括游戏玩家（用户）在内的消费者福利，引发“多米诺”连锁反应，危及整个互联网投资生态，导致社会创新和竞争的降低，最终降低社会总福利，对社会经济、文化的长远发展造成不良影响。

## （五）公会 / 经纪公司专业性有待提高

网络游戏产业的火爆与公会/经纪公司的发展互为推动。公会/经纪公司作为连接主播和游戏直播平台的渠道，是游戏直播市场的重要参与主体。游戏直播平台与公会/经纪公司深入合作的趋势明显，对游戏直播平台而言，公会/经纪公司能够更好地对主播进行管理、培训和包装，降低主播管理成本；对主播而言，公会/经纪公司能使其获得直播内容的策划帮助，可以获得更多平台资源、提升打赏收入。<sup>28</sup>然而，从当前游戏直播行业发展的现状看，公会/经纪公司在专业性和规范化方面存在提升空间。

### 1. 游戏直播数据的造假

公会/经纪公司的主要功能是招募和培训主播，对主播进行包装和宣传。为提升主播人气，一些公会/经纪公司造假游戏直播数据，他们向游戏直播平台进行大额充值，将充值换得的虚拟货币打赏自己签约的主播，随后主播收入由公会/经纪公司与平台分成。通过大额充值、游戏直播数据造假，制造出某主播在线人气旺的假象，使普通用户因主播的高人气产生好奇，进入直播间后又处于从众心态进行打赏，公会/经纪公司与平台借此捞取经济利益，并趁势捧红本不出名的主播。

<sup>27</sup> 参见湖北省武汉市中级人民法院（2017）鄂01民终4950号民事判决书。

<sup>28</sup> 参见艾瑞咨询：《2019年中国网络直播营销市场研究报告》。

公会/经纪公司造假游戏直播数据，制造行业泡沫，有违诚实守信和商业伦理，容易混淆用户视听，误导用户判断，不利于游戏直播行业的透明健康发展。

### 2. 内部管理措施的缺失

在逐利心理的驱使下，一些公会/经纪公司的内部管理简单粗糙，未对主播的行为进行管理和培训，主播缺乏法律和职业道德意识。在游戏更新速度快、行业逐利性和娱乐性强的环境下，公会/经纪公司培训重心放在如何吸引用户、提高流量上，也因为对主播法律法规及游戏直播规范的教育不够透彻，对道德规范的引导不够有力，一部分游戏主播在直播过程中会出现鼓励长时间竞技的情况、罔顾未成年人身心健康，不利于游戏直播环境的净化。

## （六）游戏直播行业的健康发展需要制度的规范

除了拥有极高人气的头部主播外，多数主播在与游戏直播平台及公会/经纪公司之间的谈判中处于弱势地位。在游戏直播行业蓬勃发展的今天，游戏直播行业应当拥有更为规范的行为准则，为主播的行为和主播行业的发展提供更明确的指引。一方面要明确主播享有的权利，另一方面要规范主播行业的发展，比如明确主播的直播行为应得到游戏权利人的授权，或者，在游戏直播平台与游戏权利人之间做出授权安排之后，游戏主播从游戏直播平台获得游戏直播权利的转授权。

### 1. 主播的报酬发放标准缺乏明确指引

主播以其游戏直播行为，获得相应的报酬，其报酬通常有基本报酬（底薪）、激励与打赏分成三大部分。基本报酬的数额与主播的签约档次相关，签约档次通常以礼物或流量为标准，考核未达标则对基本报酬做相应扣减。激励的数额随着主播的努力程度和劳动成果的变化而变化，符合特定要求的主播可以得到激励收入。打赏分成又称为礼物流水分成，是用户在游戏直播平台上用人民币充值，通过购买虚拟道具打赏主播，该虚拟道具将被换算为主播的经济收入，平台及公会/经纪公司对主播收到的礼物收取一定的提成。一般而言，平台会从主播的收入中抽取30%至70%的流水，各大平台分成比例存在不小差异。

目前，许多平台取消了主播的基本报酬，初级主播的收入主要来源是礼物流水分成，达到一定签约档次的主播才会拥有基本报酬与激励收入。因此，相当数量的主播以打赏分成作为主要收入，但是分成比例不透明，往往取决于平台与公会/经纪公司之间的约定，平台能够影响直播的基础数据、报酬计算公式等，还能够左右给与公会/经纪公司的待遇，因此在平台、公会/经纪公司、主播的三角结构中，主播的权利可能得不到充分保障。

## 2. 主播难以了解公会 / 经纪公司的必要信息

游戏直播行业的竞争极其激烈,初级主播想要通过“单打独斗”获得生存空间十分困难,因此要靠公会/经纪公司的资金和资源扶持才能有更好的发展。但由于主播与游戏直播平台、公会/经纪公司之间的信息不对称、谈判地位不对等,初级主播常常难以了解公会/经纪公司的质量、特点、运营能力、资源好坏以及平台对公会/经纪公司的待遇等信息,而这些信息将影响到公会/经纪公司给主播的分成收入。

## 3. 主播获取报酬的权利得不到保障

主播与游戏直播平台之间通过合作协议就直播和报酬等权利义务进行约定。但近年来,平台拖欠主播报酬的新闻时有发生,不少热门主播曾在公开场合指出平台或公会/经纪公司拖欠其数个月的报酬。由于平台及公会/经纪公司与主播之间的用工关系复杂,大多数主播维权困难,“讨薪”并不顺利,甚至部分主播选择以跳槽的方式解决问题,爆发更多纠纷。

## (七) 行业整体口碑亟待提升

外部舆论的偏见、内部管理规范和监管措施的缺失一度让游戏直播行业整体口碑蒙上了一层阴影,给游戏直播产业的健康、持续发展形成阻力。

### 1. 主流舆论的评价有待提升

随着网络游戏的风靡,一些青少年沉迷其中、无法自拔。网络游戏对青少年身心健康产生的消极影响一定层面上导致社会公众对网络游戏形成了“耗人时间、损人心智、不务正业”的印象。由于游戏直播行业准入门槛较低、行业监管和行业自治尚处于探索阶段,加之主播素质与内容质量良莠不齐等因素,游戏直播行业一度乱象丛生。游戏直播行业也不乏部分博主、网红为了出名、获取打赏收入,言语失当、行为出格。在互联网和大数据时代,这些直播事件借着网络效应被放大,使网络游戏的整体评价下降。有些主播,虽然没有发生上述直播事件,但却游走在上述事件的边缘,或者通过各种方式向用户索取礼物或财物。正是有了这种总体观感,部分群体对游戏直播的评价总体不高。

### 2. 著作权管理和运营需要规范

游戏直播是一个新生产业,立法的滞后、司法的冲突、行政监管的缺位、行业自律的不足等原因导

致著作权侵权纠纷频发。比如,网络游戏画面、网络游戏直播画面的性质还存在一些争议。再比如,由于游戏直播涉及的主体众多,利益链条延伸较长,行为的种类繁多(不仅涉及游戏直播行为,还有主播的讲解行为,还可能对游戏直播画面的长时间或短时间录制及后续的转发、传播等)各主体在著作权法上的权利义务关系错综复杂,使游戏直播行业成为著作权侵权行为频发的一个新领域。虽然法院已经积累了越来越多的判决,但这些判决意见有待整理和总结,并在行业中推广。



## 推动游戏直播行业持续发展之路径

本章从立法、监管和行业自治等方面提出相关建议与对策，分析如何克服和解决游戏直播行业当下面临的主要问题和挑战，探求推动其持续健康发展之路径，进一步促进游戏直播行业的规范和成熟，使其创造更高的经济价值与社会价值。

### （一）完善游戏直播行业相关立法

游戏直播行业的知识产权侵权和不正当竞争纠纷增多，根源在于一些新行为和新客体的法律性质在现行法律规则体系中很难找准定位，新产业、新模式和旧法律之间存在距离，随着人工智能、5G通信等新技术的迅速商业化，以及网络游戏与这些新技术的深入融合，这些问题会越来越突出，需要立法部门、监管部门、裁判部门积极回应、梳理和总结，给出更为明确的法律规则、监管规则和裁判规则，为游戏直播行业的发展提供更好的制度红利。

#### 1. 进一步细化立法条文

目前我国正在进行《著作权法》的修订，借此契机，应当就游戏直播所涉及的相关著作权法问题进行全面回应，固定目前理论和实践中比较成熟的认识，尽可能地澄清学术和实践中存在的争议，激励创作者的积极性，提升从业者的可预期性。

第一，顺应技术和产业发展的新需求，删除《著作权法》对于“录像制品”的原有规定，破解实践中关于“独创性高低”的认定难题，通过新设立“视听作品”的方式涵盖原有“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”和“录像制品”的规定内容，并将网络游戏画面、游戏直播画面纳入视听作品的保护范围之内，不因摄制方法不同而对作品做出不同分类。

第二，明确在线内容分享行为的法律性质。在线内容分享平台越来越多地具有内容聚合的功能，在线内容分享行为究竟是作品提供行为还是服务提供行为，实践中长期存在着“服务器标准”与“用户感知标准”、“实质呈现标准”等不同标准的争论，需要明确标准。作品提供行为的判断是一个法律问题，应当采取法律标准，一些不具有服务器外观、但侵害权利人在网络环境中对作品传播行为的控制的，应认定为作品提供行为。

第三，完善平台的版权治理，重新考察平台注意义务的认定。基于应对互联网技术对版权保护的冲击与制衡美国互联网产业发展等方面的考虑，以及人工智能技术、过滤技术、平台经济迅猛发展的现实，《欧盟版权指令》第17条要求在线内容分享平台如果未获相关内容授权，则应当对于权利人事先提供了相关必要信息的特定作品，根据专业注意义务的较高行业标准尽最大努力阻止其出现在平台上，或者在接到权利人发出的通知后，迅速移除或限制访问侵权内容并尽最大努力阻止其将来被再次上传。当然，为避免对平台业务造成误伤，《欧盟版权指令》严格限定了其适用范围并设定了豁免条款。我国是否应当借鉴《欧盟版权指令》第17条的规定，给平台设定版权过滤义务和授权寻求义务，值得研究，我们应谨慎考察其法律修改的特定背景与目的，鼓励在线内容分享平台采取积极措施进行平台版权治理，但应避免在时机尚不成熟之时进行简单的法律移植。



## 2. 出台相关纠纷的审理指引

涉及网络游戏的法律纠纷广泛覆盖了著作权侵权、不正当竞争、商标侵权、合同纠纷等领域,为此,我国法院虽已经积累了丰富的裁判经验,但不同法院在一些问题的理解和裁判上持不同的法律意见,给行为遵从和企业合规带来了不确定性,亟待统一共识。比如,对于主播或用户录制并分享直播画面的行为,是否构成合理使用?如果在《著作权法》第22条框架中借鉴适用“转换性使用”规则,上述行为在功能上是否具有转换性、是否足以产生替代直播市场的效果等问题,并不明确。而且转换性使用规则本身仍充满模糊性,即便在美国也面临较大适用上的不确定。在这种情况下,法院应当严格遵循《著作权法》第22条。

2018年,北京市高级人民法院发布《侵害著作权案件审理指南》,在“权利客体的审查”一章中,专门有两条规定了“网络游戏”、“网络游戏组成要素”,明晰了网络游戏作品的类型及权利基础,但是没有规定游戏直播过程中各类行为的属性。这种综合性的裁判指引,确实无法专门为网络游戏直播所涉及的各方面问题做出解答。要实现这一目的,需要制定专门性的裁判指引。2010年,为解决当时审理涉及网吧著作权纠纷案件中存在的突出问题,最高人民法院通过出台《关于做好涉及网吧著作权纠纷案件审判工作的通知》,提出了审理此类案件的原则,明晰了相关规则。2016年,北京市高级人民法院就审理综艺节目著作权纠纷案件中涉及到的疑难法律问题进行了深入调研,出台了《关于审理涉及综艺节目著作权纠纷案件若干问题的解答》,并取得了很好的效果。在游戏直播行业,有关裁判机关可以积极调研,从加强知识产权保护,规范竞争秩序,提升契约意识等角度出发,理顺游戏直播行业各参与主体之间的权利义务,明晰作品使用规则和免责条件,出台一部专门性的涉及网络游戏纠纷案件的裁判指引。

## 3. 进一步明确有关监管细则

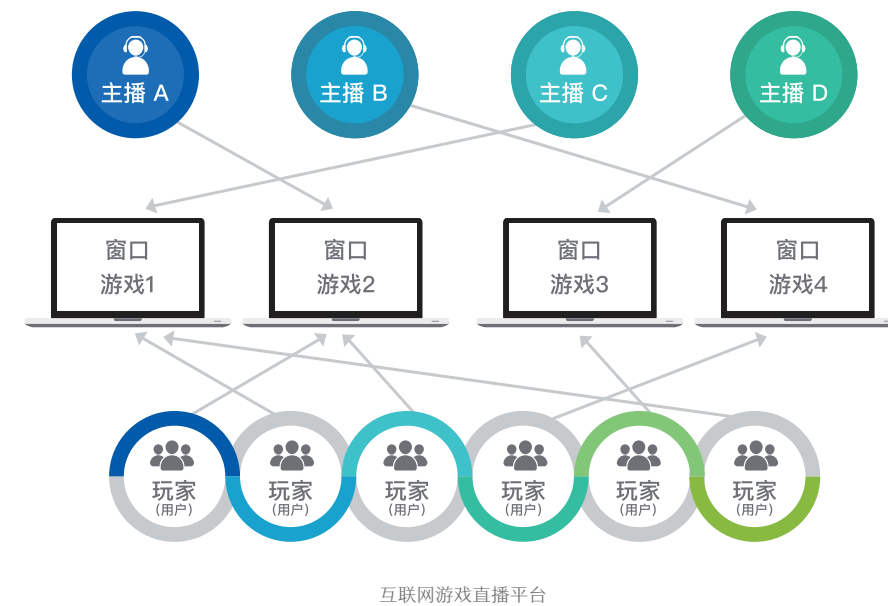
在网络游戏的行政监管及执法层面,需要进一步完善及细化相关标准,带动行业的精细化管理,提升行业的治理水平。比如文化和旅游部在2016年出台的《网络表演经营活动管理办法》对于提升游戏直播质量、规范游戏直播平台 and 主播的行为、遏制游戏直播行业野蛮生长具有积极作用。但该办法中的一些条文在实践中究竟如何把握和理解,有待监管部门进一步细化。该办法第6条对网络表演的内容作出禁止性规定,并指向《互联网文化管理暂行规定》第16条的规定,这些规定本身含有大量裁量性空间,究竟如何细化和把握有待进一步澄清;该办法和《互联网文化管理暂行规定》均规定了信用惩戒制度和黑名单制度,究竟在实践中如何实施、如何限制过于宽泛的实施、有无可能以及如何如何进行信用恢复等等问题,还不明确。随着监管政策法规的密集出台,不同政策法规之间的条件是否存在相互冲突甚至矛盾的地方,会不会让从业者“如入规则的丛林”而无所适从。诸如此类的问题,直播行业的从业者在实践中存在较大困扰和担忧,给行业的发展和创新带来了一定的阻滞效应,需要监管和执法部门重视。

## (二) 强化对相关主体合法权益的保护

游戏直播行业的参与者主要有游戏开发商、游戏直播平台、主播、用户、游戏直播画面或视频的传播平台以及公会/经纪公司,这些参与者在游戏直播行业中代表了不同的角色与主体。打造和维护游戏直播行业的健康生态,首先需要厘清游戏直播行业的参与者之间的法律关系,明确和规范各类参与者的权利义务,进而形成明确的行为规范指引。

### 1. 游戏直播平台中的二元网络

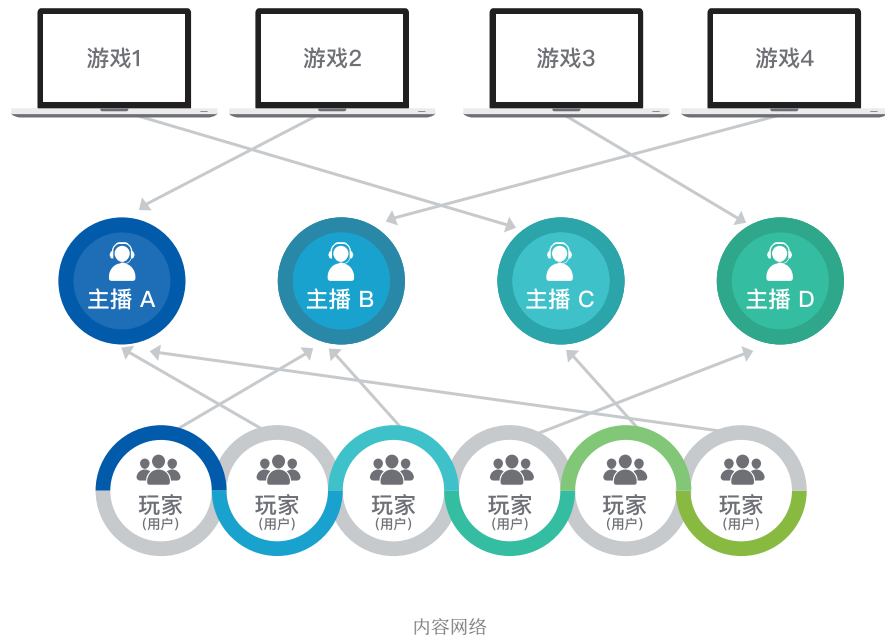
在游戏直播平台中,游戏主播、游戏直播平台及公会/经纪公司、用户在游戏直播行业扮演着不同的角色,发挥着不同的作用,依托于互联网形成新的网络经济产业范式。



互联网游戏直播平台

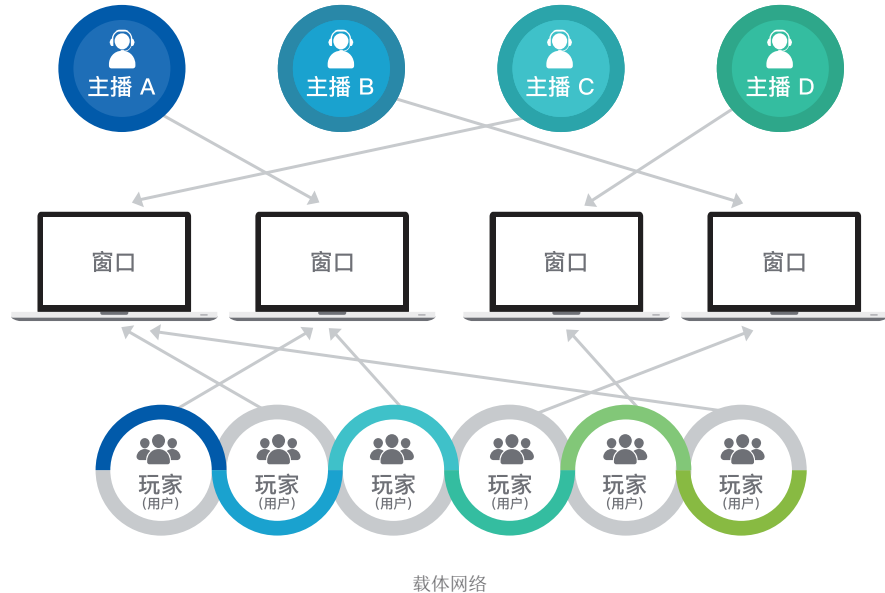
#### 网络架构一:内容网络:游戏+主播+玩家(用户)

主播依赖游戏,游戏为主播提供直播的素材,一旦缺乏游戏资源或者游戏不再热门,游戏主播将面临粉丝减少,收入减少的局面。同时,游戏依托于直播得以在更大范围内传播,吸引更多的玩家作为游戏直播平台的用户加入。游戏、主播和玩家形成游戏直播平台的内容网络。



### 网络架构二:载体网络:主播+平台+用户

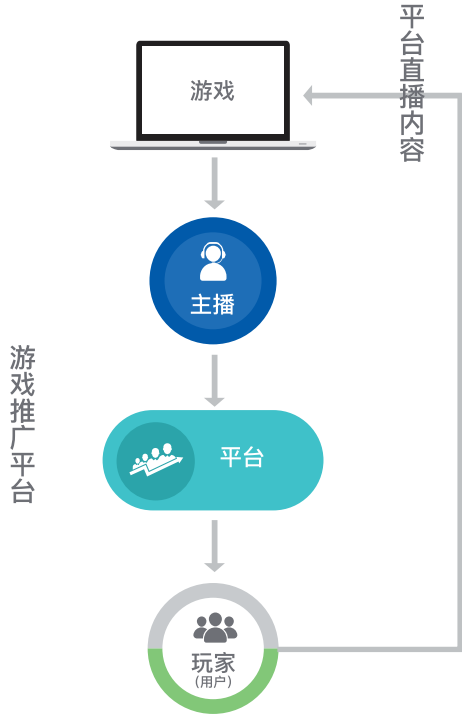
平台、主播和用户构成了游戏直播平台的载体网络,游戏直播平台为游戏主播和用户构建了传播媒介和管道,用户与主播通过平台进行双向互动,主播依托平台进行个人传播,平台通过主播吸引流量,利用平台的网络效应,将平台优势流量和资源引入新的领域。



## 2. 相关主体的权益及保障

### 2.1 网络游戏开发商的权益及保障

游戏由开发商开发、设计、制作,由此衍生出了电子竞技行业、游戏直播行业等,作为网络游戏的权利人,其理应享有基于投资和劳动等所产生的法益。游戏开发商授权游戏直播平台开展游戏直播,在游戏直播行业的所有参与者中具有基础地位,基于网络游戏内容构建了网络游戏行业的生态。网络游戏的创作者、版权人为游戏主播提供了操作素材,是游戏直播平台网络得以构建的基本要素,因此网络游戏本身在游戏直播行业中不可或缺。网络游戏的内容可分为多种形式和载体受到法律保护,包括游戏构成要素、游戏运行呈现的连续动态画面等。游戏直播平台组织游戏直播以及用户、主播使用游戏进行直播,均涉及到对网络游戏的使用,原则上都需获得网络游戏开发商或相关权利人的授权。



### 2.2 游戏开发商享有的权益

游戏开发商作为游戏的权利人,有权控制他人对游戏画面的直播行为,也可以控制他人抄袭或利用游戏规则的行为,网络游戏构成元素的权利人有权控制他人对这些元素的特定使用。如北京市高级人民法院发布《侵害著作权案件审理指南》第2.14条规定,运行网络游戏产生的静态游戏画面符合美术

作品要件的,受著作权法保护。运行网络游戏产生的连续动态游戏画面,符合以类似摄制电影的方法创作的作品构成要件的,受著作权法保护。网络游戏可以作为计算机软件受著作权法保护。第2.15条规定,网络游戏的组成要素可以单独构成作品,包括但不限于如下情形:(1)人物形象、服装、道具、地图、场景等可以构成美术作品;(2)片头、片尾及过场音乐,主题歌、插曲等可以构成音乐作品;(3)台词、旁白、故事叙述、游戏介绍等可以构成文字作品;(4)片头、片尾及过场动画、视频等可以构成以类似摄制电影的方法创作的作品。

游戏的权利人有权控制他人对游戏运行画面的直播。网络游戏中开发者撰写的代码化指令序列及其文档为计算机软件作品。运行这些代码化指令序列产生的连续动态游戏画面,可能构成类电作品。一帧一帧静态游戏画面、网络游戏的人物形象、服装、道具、地图、场景等可能构成美术作品,片头、片尾及过场音乐,主题歌、插曲等可能构成音乐作品,台词、旁白、故事叙述、游戏介绍等可能构成文字作品,片头、片尾及过场动画、视频等可能构成类电作品。这些作品都受到著作权法的保护,权利人有权控制他人对这些作品的特定使用行为,未经授权对游戏画面进行直播、录播或转播的行为,构成对网络游戏相关法益的侵犯。

### 2.3 游戏直播平台的投资及合同利益

游戏直播平台获得网络游戏开发者的授权,与网络游戏主播签署合作协议,为主播开展游戏直播提供平台和资源,投入大量的技术、资金与人力,游戏直播平台的投入受到法律保护。游戏直播平台有权控制其他游戏直播平台对游戏直播画面的录播或者盗播,按照现行司法实践的观点,未经许可的录播或盗播行为构成不正当竞争。

游戏直播平台还可依照合同约定请求主播履约,及特定情形下请求竞争性游戏直播平台停止不正当的恶意挖角行为。

### 2.4 游戏直播主播的权益

主播依照合同约定享有债权请求权。主播与游戏直播平台之间的合作协议中,通常会就收入的分成比例、工作时间等进行约定,主播享有获取报酬的权利。就主播与游戏直播平台之间的合作协议,需要进一步保障主播的知情权和选择权,平台和公会/经纪公司要加强对有关必要信息的披露,确保主播能够通过公开渠道了解平台和公会/经纪公司的必要信息,也确保从平台领取的报酬的组成及标准更为透明。

主播的直播画面受到法律保护。在游戏直播中,主播通过丰富的经验与独特的言辞对游戏过程进行讲解,(很多时候)同步展示其高超的游戏技巧,让用户得到游戏参与者的体验感。主播出于对用户心理的准确了解,借助幽默风趣的解说风格来调动现场用户的气氛。对于主播在游戏直播画面中独立添加的直播元素,如音乐、解说词、舞蹈等,如果是主播创作的作品,则主播对这些作品享有著作权。这

些直播元素与游戏画面的结合,并没有产生一个新作品,但主播精心设计、努力打造的直播画面,如果被其他主播或直播平台擅自盗用,不仅会严重损害原主播的利益,还会对整个游戏直播行业的竞争秩序造成损害。

### 2.5 游戏直播用户的行为规范

用户在进行游戏或观看游戏直播的同时为主播打赏、送礼,是游戏厂商与游戏直播平台努力争取的目标对象。

随着新的商业模式的出现,与游戏直播相关的其他参与者的法益需要得到厘清。当下正处于短视频创业热潮期,创业者和资本还在不断涌入。目前游戏短视频影响力最大的两个部分,一是头部或优秀主播自制的视频内容,二是大型MCN机构或者外部人员上传主播直播的画面,这类视频从业者在短视频内容上投入了大量成本,尝试利用网络游戏进行盈利。无论上述哪种行为的视频录制,录制者必然会使用相关游戏画面,即对游戏的使用行为。该行为如果无法定免责事由,则侵犯了游戏版权人的相关法益。因此,主播或者大型机构录制、上传、转播上述游戏画面,即便以短视频的方式呈现,都应当事先经过游戏权利人的授权。

如果传播平台为用户交流网络游戏专门设立论坛版块或交流专区,从目前的法律及实践看,此类传播平台只承担共同侵权的责任,即只在其“知道或应当知道”平台上的视频或图片构成侵权的前提下承担责任。是否“知道或应当知道”,则采取“通知删除规则”及“红旗标准”进行认定。前述,《欧盟版权指令》第17条对平台设立更重的事前审查义务,是否值得我国借鉴,则需要考察平台过滤技术的发展、平台运营成本的增加程度等因素做出判断。

## (三) 强化游戏直播平台的治理水平

游戏直播平台是连接主播和用户的重要渠道,面对游戏直播平台水平参差,公会/经纪公司专业性缺失、规范化缺位的问题,建议从以下方面入手,弘扬竞技竞争,抵制低俗娱乐,积极提升游戏直播平台的治理水平。

### 1. 强化约束主播行为

游戏直播平台应当在法律法规政策和合同约定的框架下积极约束、引导主播的行为,自主播进入游戏直播行业之际至退出行业进行更明确有力的指引。可以通过法律法规政策规定与合同约定相结合的方式,将涉及行业长远发展的重要事项作为合同必备条款进行约定。

首先,可以通过合同约定的方式对主播的进入门槛提出要求,比如明确要求主播接受公会/经纪



公司组织的主播培训，以此确保主播通过参加培训了解游戏直播行业的相关法律法规政策和职业道德。

其次，完善信用评价体系和黑名单制度。《互联网直播服务管理规定》第15条第1款规定<sup>29</sup>，互联网直播服务提供者应当建立互联网直播发布者信用等级管理体系，提供与信用等级挂钩的管理和服务。直播平台通过建立和完善平台内信用评价体系和黑名单制度，鼓励提供优质内容的主播，惩罚进行低俗违法直播的主播。

最后，促进主播收入的多元化发展。为克服主播对打赏收入的过度依赖，应积极鼓励平台拓展主播的收入渠道，实现主播收入的多元化健康发展。

## 2. 加强游戏直播内容审核

游戏直播平台应当积极采取有效措施，鼓励优质游戏直播内容的生产和传播，严惩劣质低俗直播内容的生产和传播，为广大网民特别是青少年成长营造风清气正的网络空间。根据《互联网直播服务管理规定》第7条<sup>30</sup>，游戏直播平台应当落实主体责任，配备与服务规模相适应的专业人员，健全信息审核、信息安全管理、值班巡查、应急处置、技术保障等制度。通过制度创新，进一步有效确保游戏直播的合法、合规、合约，比如实施“打赏”延迟结算的制约措施等。

第一，针对违法违规信息的审查，游戏直播平台应当设计一套可行的节目监控方案，确保能够及时封停信息；针对无法及时有效封停的信息，设置网警连接通道。

第二，针对游戏直播内容可能出现的著作权侵权问题，借鉴其他网络服务提供者的成熟做法，建立健全游戏直播内容的侵权审核机制。

第三，畅通场外用户的监督投诉渠道。游戏直播平台应积极发掘用户监督的资源，如在游戏直播间设置举报监督按钮，通过积分等奖励鼓励用户对网络游戏直播中的低俗、暴力内容进行举报，对不适合低龄用户却未进行年龄审核的直播进行举报。

第四，找准游戏直播平台的定位。目前，游戏直播行业逐渐出现内容同质化、受众增速趋缓的问题。可以预见，未来平台间的竞争不再是扩张速度的比拼，而是优质内容、优质用户的竞争，通过优质的作品和优秀的服务打造具有较高美誉度的优质直播品牌。事实上，随着游戏直播行业的规范化发展，作为头部游戏直播平台的斗鱼直播、虎牙直播已逐渐成为行业优质内容聚集地，其用户质量和观看质量(时长)远优于短视频平台的游戏直播。而对于短视频平台而言，其虽在内容和用户质量上不如核心直播平台，但其拥有流量大、用户受众面广的特点。因此，对于游戏主播、游戏厂商和内容机构而言，不应单纯以DAU (Daily Active User) 或者收入来判断平台的价值，应根据平台不同用户和内容的特点，因地制宜发展。未来游戏直播平台应当改变当前相对单一的经营方式，不再完全依靠网红主播带

流量，而是应当重新定位，通过优质的作品和到位的服务以打造品牌形象，带动广告收入等的增长，打造具有较高美誉度的优质直播品牌。

## (四) 推动建立游戏直播行业的自治组织

游戏直播行业的长远发展离不开行业内的相关主体主动承担社会责任，维护游戏直播的健康环境，积极向社会传播游戏行业正能量。为使游戏直播行业得到更加有效的监管，也使游戏直播行业参与主体的行为得到更明确的规范及引导，政府需要以更积极和主动的态度主导并推动建立游戏直播行业协会等行业自治组织。通过行业自治组织凝聚游戏直播行业的共识，建立游戏直播行业共同遵守的行为准则和职业道德。

这类行业自治组织的职能可以包括：1、制定游戏直播行业的各项标准与规范，规范行业秩序；2、组织发布游戏直播公约，加强行业自治；3、开展行业培训，提升从业人员整体素质；4、加强政府与行业之间的沟通和协调，共同推进行业发展；5、组织直播平台经营者之间进行交流；6、维护行业整体利益和消费者利益，协调各方主体的利益关系等。如韩国文化体育观光部于1999年审批成立以推广和规范电子竞技为职责、对游戏直播进行管理的韩国电子竞技协会(简称 KesPa)，负责行业自治规则的强化与管理，保障电竞行业的稳定有序发展。

近年来我国已经成立的直播行业自治组织主要有中国主播行业协会(2014年成立)、中国演出行业协会网络表演(直播)分会(2017年成立)和中国电子商务协会网络直播委员会(2018年成立，后电子商务协会被撤销登记)，但以上行业协会目前发挥的行业监管作用有限，未来仍然应当进一步成立地方性的行业协会，以全面充分地覆盖更多游戏直播行业从业者；同时，各类行业自治组织应当结合其自身职责、作用和运作模式，建立必要的规范制度，发挥行业规范作用。如中国演出行业协会网络表演(直播)分会可制定相关标准规范网络直播表演、提升表演内容质量，定期组织职业培训以提高从业者整体素质。

在加强版权内容监管和保护的局面，中国版权协会、中国互联网协会网络版权联盟等团体组织应大力推动行业自律，加强与有关部门和直播行业的沟通、交流与研讨，积极探索对游戏直播行业中网络版权侵权现象的有效规范与治理。2018年12月20日，由腾讯、百度、爱奇艺、搜狐、新浪、快手等公司共同发起和参与的中国网络版权产业联盟，发布了《中国网络短视频版权自律公约》。该自律公约得到联盟成员的支持，对于引导网络短视频的版权保护有着重要意义。

<sup>29</sup> 参见国家互联网信息办公室《互联网直播服务管理规定》，[http://www.cac.gov.cn/2016-11/04/c\\_1119846202.htm](http://www.cac.gov.cn/2016-11/04/c_1119846202.htm)。

<sup>30</sup> 参见国家互联网信息办公室《互联网直播服务管理规定》，[http://www.cac.gov.cn/2016-11/04/c\\_1119846202.htm](http://www.cac.gov.cn/2016-11/04/c_1119846202.htm)。

## 结语

游戏直播行业的蓬勃发展带来了全新的发展机遇,促进了邻近产业的整合,构建了多元的行业盈利途径,形成了完整的供需产业链条,使其成为文创领域重要的经济增长点,为当代年轻人提供了多元的职业选择,对社会发展具有重要的促进意义。随着政府监管措施的完善和监管力度的强化,游戏直播行业整体朝着更加规范化的方向发展。游戏直播行业中裁判经验的累积也为划定参与主体之间的权利义务奠定了基础。随着游戏直播行业与传播技术的进一步融合,新型的政策法律问题不断涌现。一些问题需要在立法上做出针对性回应,固定理论和实践中较为成熟的认识,尽可能地澄清学术和实践中存在的争议,激励创作者的积极性,提升从业者的可预期性;一些问题需要行政监管和司法裁判机构统一政策法规的解释标尺,避免从业者在政策法规或司法裁判规则的丛林中“无所适从”;一些问题需要行业整体更积极地发挥自律功能,推动建立游戏直播行业的版权管理规范,使游戏直播行业从业者的准入门槛更加科学化,推动完善游戏直播行业从业者的信用管理及行为准则,推动游戏直播行业的持续健康发展。

上海交通大学知识产权与竞争法研究院

课题组负责人  
孔祥俊

课题组主要成员  
包奕宁 侯楠竹 李晓枚 刘维 彭官棋 向强 谢宜璋 张汇若