

数字时代体育赛事视听盗播行为的刑法规制： 必要证成、分类解析与实现路径

周岩峰¹，王桢²

(1.广州体育学院 篮球教研室 广东 广州 510500; 2.深圳大学 体育学院 广东 深圳 518061)

摘要：对体育赛事视听盗播行为的刑法规制进行研究，能够更好保护赛事组织者、授权制播单位的合法权益，维护体育传媒市场的公平竞争秩序。研究发现，虽然著作权法、反不正当竞争法、民商法等多种非刑事手段在一定程度上也能挽救受害者的合法权益，但是由于盗播行为的技术门槛低、违法获利丰厚，使其效果渐显乏力，无法实现对行为的合理处罚与有效预防。这使得刑法介入该行为的规制、时机已经成熟。研究认为，刑法规制若想取得良好效果，一方面，必须进行犯罪构成分析，明确不同行为类型所构成的罪名，做到精准定罪；另一方面，必须妥善解释罪名的“溯及力”“罪数裁量”“帮助行为的正犯化”等适用问题，实现合理量刑。

关键词：体育法；体育赛事；视听盗播行为；罪名认定；刑法规制

中图分类号：G80-05 文献标志码：A 文章编号：1006-7116(2023)05-0030-08

The criminal law regulation of audio-visual bootlegging behavior from sports events in digital times: Necessary proof, classification analysis and implementation path

ZHOU Yanfeng¹, WANG Zhen²

(1. Teaching and Research Office of Basketball, Guangzhou Sport University, Guangzhou 510500, China;

2. School of Physical Education, Shenzhen University, Shenzhen 518061, China)

Abstract: The research on the criminal law regulation of the audio-visual bootlegging behavior from sports events could better protect the legitimate interests of event organizers and authorized producers, and also maintain the fair competition order in the sports media market. The study finds that even though the copyright law, anti-unfair competition law, civil and commercial law and other non-criminal means could also save the legitimate rights and interests of the victims to a certain extent, due to the low technical threshold and rich illegal profits, the effect of bootlegging is gradually weak, and it is impossible to attain reasonable punishment and effective prevention for those behaviors, which makes it ripe for criminal law to intervene in the regulation of this. The research suggests that if the criminal law regulation expects to achieve good effect, on the one hand, it is necessary to conduct an analysis of the composition of crimes so that clarifying the charges constituted by different types of behavior and then achieving accurate conviction from that. On the other hand, it is imperative to properly explain the applicable issues about accusations such as "retroactivity", "discretion of the number of crimes", "the principal offence of helping behavior", so as to achieve a reasonable sentencing

Keywords: sports law; sports events; audio-visual bootlegging behavior; accusation determination; criminal law regulation

收稿日期：2022-10-17

基金项目：2022年广东省教育科学规划项目(2022GXJK027)。

作者简介：周岩峰(1972-)，男，副教授，研究方向：体育赛事治理。E-mail: 1440415671@qq.com 通信作者：王桢

现代职业体育竞技水平的提高,使奥运会、世界杯等各类精彩赛事的观赛成为百姓热衷的社会活动,赛事运营企业和体育传媒也随之迎来较好的发展和投资机遇^[1]。许多电视台、传媒平台、视频网站不惜重金向赛事版权所有人购买体育赛事的视听制播权,在录制赛事实况后将其制作成体育赛事节目向公众进行传播并以此获益。特别是进入数字时代后,体育赛事视听传播逐渐形成庞大的产业链条,获益成为了体育的支柱产业^[2]。但在体育赛事传媒繁荣发展的同时,也出现了对赛事的视听盗播行为,且有愈演愈烈的趋势。根据中国网络版权监测中心提供的数据,在2017年举办的足球、篮球、乒乓球、格斗搏击等546场赛事中,共监测到视听盗播侵权链接62万条^[3]。2019年仅中超联赛累计监测到违法视听盗播链接3.18万条,预估给授权制播单位带来超1亿元的损失^[4]。2021年东京奥运会开幕式,有42家网站在未获得授权的情况下对其进行全程直播,给独家授权商腾讯带来巨额经济损失^[5]。一份海外研究报告指出,当前职业体育比赛的视听盗播行为猖獗,每场比赛至少会给赛事组织者、授权制播单位造成100万英镑的损失,一年损失预计超4亿元^[6]。从以上数据不难看出,该行为已经具备了严重的社会危害性,危害着体育传媒业的健康发展。

而从司法实践中发生的“凤凰网中超联赛盗播案”“深圳新感易奥运赛事盗播案”“爱奇艺NBA盗播案”“体奥动力诉风行网中超盗播案”等案件的裁判结果看,法律赋予赛事组织者、授权制播单位著作权法^[7]、民商法^[8]、反不正当竞争法^[9]等非刑事法律的维权途径,在一定程度上挽救和保障了受害者的合法权益。然而,事实证明,由于盗播技术门槛低、违法获利丰厚、法律维权成本高,仅靠非刑事法律难以抑制该行为的生长。故而,赛事组织者与授权制播单位期待国家能够采用更加强有力的手段保护自身的合法权益,寻求刑法介入予以规制的呼声越来越高。此前,由于该行为一直处于刑法研究的盲区,并未有深入理论探讨,同时,又因为该行为的构成较为复杂,盗播对象存在较大差异,所以可能产生是否应当运用刑法规制及选择何种罪名的困惑。有鉴于此,研究将从刑法规制的必要性出发,展开行为所涉罪名的构成分析,明确行为类型的罪名差异,为刑法的准确适用提供理论支持,为我国体育传媒业健康发展保驾护航。

1 体育赛事视听盗播行为刑法规制的必要证成

在部分体育产业发达国家中,适用刑法规制体育赛事视听盗播行为已成为保护体育传媒业发展的重要手段。例如英国刑法中该行为被认定为是较重的罪行,

行为人被判处监禁的已有先例可循,2020年英国诺丁汉法院就对一起非法利用IPTV网络电视技术盗播英超赛事的案件进行审理,分别判处盗播两名行为人4年、2年有期徒刑,此举给英国体育赛事传媒的保护注入一剂强心针^[10]。而美国作为世界上体育赛事传媒最发达的国家,亦通过刑事司法判例保护体育赛事互联网播放权和向公众表演权^[11]。此外,德国、法国、韩国、日本、澳大利亚等国对该行为进行附属刑法的相关立法。虽然上述国家采取了刑事规制的手段,但受到刑法谦抑性的影响,该行为在我国是否有必要进行刑法规制并非是不证自明的问题。有鉴于此,此处着重探讨该行为的刑法规制必要性。

1.1 行为法益侵害性莫此为甚

对法益具有严重的侵害性,是体育赛事视听盗播行为应当进行刑法规制的主要原因。所谓法益指的是刑法所要保护的利益,现代各国的刑法都强调刑法保护法益的目的性,如果缺少法益的加持,刑事立法、司法以及法律解释都将面临重大困境^[12]。在刑事司法中法益的主要作用在于决定刑罚必要性有无和衡量处刑期限的长短,违法行为对法益的侵害性越大,它的刑罚必要性就越高,处刑期间也随之越长。而体育赛事网络盗播行为对法益的侵害性表现为以下3个方面。

首先,该行为严重破坏公平竞争的市场秩序。市场经济活动准则要求具有竞争关系的主体应当遵循公平竞争的基本原则,通过符合法律、道德的手段实现获益,不得采取非法手段损害竞争方的利益。而体育赛事视听盗播行为与上述准则背道而驰,严重扰乱市场的公平竞争秩序,抑制市场应有的活力,妨碍正当竞争带来的资源合理分配。

其次,该行为大幅削减授权制播单位的经济收益。为获得体育赛事的传播权,授权制播单位付出高额传播费,其后再以付费播放的方式向公众传播并获取广告收入,以达到回本、盈利的目的^[13]。而盗播者窃取体育赛事视听后一般会免费向公众传播,以此换取观看流量牟取广告利益,这种行为将大量分流授权制播单位的网络流量,导致收视率、广告效率严重下降,因而其损害是巨大且显而易见的^[14]。据悉,用户的每一次点击链接,盗播者都可以从中获取0.2~0.5元的广告收益,通过这种方式短时间内点击量便可破千万,从而获得巨额收入。卡内基梅隆大学调查数据也可以反向证明盗播行为的危害性。例如2014年英国和澳大利亚政府通过封网禁令的手段屏蔽50多个盗版网站,使得赛事授权制播单位的网站访问量直线上升16%^[15]。

最后,该行为会损害体育赛事传媒业发展的根基。除上述危害外,体育赛事视听盗播行为还严重降低赛

事视听制播单位购买体育赛事传播权的意愿,更甚者会使原先获得授权的单位放弃购买转向实施盗播行为。同时,该行为还会削弱观众通过付费观看体育赛事的意识,在社会中散播“版权”廉价的风气。长此以往,体育赛事传媒的根基将被彻底颠覆。

1.2 非刑事规制手段效果不彰

虽然世界各国对于该行为都存在非刑事规制的手段,在这些手段中最常采用的是经济处罚,但效果往往不甚理想^[6]。波斯纳指出:“每个违法者都是理性的计算者,他的违法行为能够在利益驱动中找到合理的原因。”^[7]而考察体育赛事视听盗播行为的生成机制,违法成本与违法获益的不均衡性使该行为无法根治^[8]。

一方面,实施盗播行为的成本较低,使用同步录屏、破解防火墙等方式盗取体育赛事的原画面或节目基本无需花费费用,而购买盗播使用的硬件采集卡和建立传播网站费用也不超过万元,因此盗播行为相当于“无本之利”。另一方面,盗播行为的处罚和赔偿力度远低于获益。例如,新浪诉天盈九州体育赛事盗播案中,虽然最终再审法院认为天盈九州盗播体育比赛的行为构成侵权,但在赔偿数额方面判决被告人承担50万元的赔偿责任(2020京民再128号),而此赔偿数额远低于天盈九州通过盗播行为的获益。又如央视国际诉华夏公司、世纪龙公司案中,央视分别要求这两家公司承担自己因盗播行为而损失的210万和400万元,但法院最终仅判决这两家公司赔偿12万、20万元。

以上情形表明,仅靠赔偿、罚款、责令停止侵权、赔礼道歉等非刑事规制的手段,未能有效抑制盗播行为的增长,也未能实现对行为的合理处罚。刑法作为保护社会的“最后保障法”具有保障其他非刑事法律实施的重要功能,它是所有法律中最为严厉的法律制裁手段,其以刑罚、保安处分等法律效果为保障,从而构筑了规范社会各类秩序的最后防线。换言之,当其他法律手段皆无以有效防止不法行为时,就必须动用刑法以补充其不足。

1.3 体育行业迫切寻求刑法保护

体育行业迫切寻求刑法保护,是体育赛事视听盗播行为刑法规制另一考量因素。如埃及、意大利、匈牙利、法国等国对于体育赛事视听盗播行为采用刑法规制,背后都有体育行业协会和体育赛事制播单位的支持。例如,埃及警方在反盗版组织创意娱乐联盟(ACE)和体育广播公司拜因体育的支持下,于2022年6月初开展了反盗版行动,逮捕两个流媒体门户网站的运营商,关闭了9个盗版体育流媒体门户网站^[9]。又如,在英超联盟牵头发起的打击国际盗版行动中,全球体育界最大的电视盗版软件Mobdro的4名运营者

被欧洲刑警组织和西班牙警方联合逮捕^[20]。

在我国,通过采访、调查发现,奥体动力、腾讯、PPTV、乐视、虎扑体育等众多体育赛事传播平台期待国家能够对盗播行为采用更强手段予以惩治。例如,PPTV在2019年中超进入焦点战、欧洲足球赛事火热开赛期间,与警方合作,成立惩治盗播行为的专项小组,对盗播侵权行为进行严厉的追责,以确保自身权益不受侵犯^[21]。除此之外,政治协商机关、立法机关、行业主管与政策研究部门也建议要引入更有力的法律手段,加大保护力度。政协委员韩方明呼吁:“要维护体育赛事类节目权利人的合法权益,夯实体育赛事类节目保护的法律基础,加大对体育赛事知识产权的保护力度。”^[22]中宣部版权管理局局长于慈珂表示:国家版权局坚决鼓励和支持体育赛事组织者和制播单位维权,推动短视频平台以及自媒体、公众账号运营企业全面履行主体责任,完善版权投诉处理机制,有效履行违法犯罪线索报告和配合调查义务^[23]。不是法律决定社会,而是社会决定法律。行业呼求是国家立法与司法的重要考量因素。由于盗播行为承载的违法类型复杂,所以不仅需要非刑事法律的支持,更需要刑法介入形成综合的法律治理手段^[24]。刑法不应机械、被动地介入犯罪规制的过程中,而应考虑体育赛事传媒业的实际需要予以主动回应,如此便可以发挥不同法律范式的独特优势,以达到预防、惩治体育赛事视听盗播行为的理想效果,实现自治向回应的转变^[25]。

1.4 国家政策和刑法条文支撑

国家《“十四五”规划和2035年远景目标纲要》指出“要实行严格的知识产权保护制度,加快新领域新业态知识产权立法”。针对体育赛事视听盗播行为,国家知识产权中心决定加强对各类体育赛事直播、短视频等视听作品的保护,定期开展专项整治行动,既要追究盗播平台、服务器运营商责任,也要对技术开发者、盗播资源分享者采取相应措施,斩断上下游利益链条,提高侵权成本,震慑网络盗播行为。上述国家政策作用在刑事司法工作时转化为刑事政策,而刑事政策是刑法的灵魂和依据,对刑法的实施具有指导作用^[26]。在国家政策的支持下通过刑法追究盗播行为人的刑事责任顺理成章。

体育赛事视听盗播行为在各部门的附属刑法和《刑法》中有相关规定。所谓附属刑法,是附带规定于民法、经济法、行政法等非刑事法律的罪刑规范,由于其更契合惩治行业犯罪的语境,所以具有法典修补、条文指引、内容解释等实质机能。而对于体育赛事视听盗播行为的问题,《著作权法》《反不正当竞争法》《网络安全法》《广播电视法》等法律中均早已存

在附属刑法的内容。例如《著作权法》规定,未经著作权人许可复制、发行、表演、放映、广播、汇编、通过信息网络向公众传播作品将构成犯罪;《反不正当竞争法》规定,经营者利用技术手段影响用户选择,妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务将构成犯罪;《广播电视法》规定,非法转播、链接、聚合、集成广播电视节目,未经许可擅自利用卫星传输覆盖广播电视节目,传输、覆盖非法来源的广播电视节目将构成犯罪。由于附属刑法未规定上述行为具体构成哪款罪名,而在《刑法》中存在侵犯知识产权、破坏经营秩序、侵犯网络安全等相关罪名。

2 体育赛事视听盗播行为罪名构成的分类解析

体育赛事传播是一个复杂的过程,赛事开始前,电视台、视频供应商等制播单位需事先与赛事组织者或其他专有被许可人、代理人签订合同,从而获得传播赛事授权。获得授权后,在比赛进行时需要录制体育赛事的原画面并进行视频加工将其制作为体育赛事节目,再通过网络、电视、广播等渠道向公众传播。而盗播行为可能发生在其中的任一环节上,根据盗播对象的不同,该行为也呈现不同的类型,构成不同的罪名。

2.1 体育赛事视听原画面盗播行为

行为人盗取体育赛事原画面并予以传播,是体育赛事视听盗播行为的常见类型,分为两种行为方式:(1)行为人盗取他人录制的体育赛事原画面后再通过制作、剪辑、加工向公众传播,以谋取不正当利益;(2)派员进入比赛现场盗录体育赛事原画面后再通过制作、剪辑、加工向公众传播,以谋取不正当利益。为获取原画面,盗播者惯常采用黑客和截流等技术手段,盗取他人录制的体育赛事原画面。但是,由于转播者当前越来越注意自身的网络传播安全,想要突破其防火墙盗取赛事的原画面并不容易。因此,有的盗播者便变更盗播手法,采用自己派员携带录制设备进入比赛现场盗录体育赛事实况,以此取得赛事的原画面,再经网络回传对其进行加工、剪辑、解说、包装等,在自己的网络平台上播放,以谋取非法利益。

判断该行为符合哪款罪名的犯罪构成,关键在如何认定体育赛事视听原画面的属性。所谓体育赛事的原画面,是授权制播单位在体育赛事现场录制的竞赛实况画面,是对比赛经过的客观记录。虽然其有时具有多个拍摄视角并伴有近远景的切换,但是其中不包含公众在赛事节目里看到的剪辑回放、精彩瞬间,更没有竞赛解说与战术分析等内容,因此,该事物具有的独创性与智力投入都较低,只能作为制作体育赛事节目的原始素材^[27]。赛事原画面只有经过导演、解说

员、剪辑师等人员的后期加工制作才能形成公众在网络与电视传媒上看到的体育赛事节目^[28]。正因如此,赛事原画面难以达到著作权法规定作品独创性标准,所以世界绝大多数国家都没有将盗播赛事原画面的行为认定为侵犯著作权的行为^[29],只有巴西《版权法》将体育领域的足球运动、田径运动等列为作品,采用邻接权进行保护^[30]。虽然在我国原画面不属于作品,但由于其具有重要经济价值,即使不属于作品也可以成为财产法益的载体^[31],所以不能认为该行为没有法益侵害性。

研究认为由于当前体育赛事的传播授权具有排他性,未获得允许擅自传播原画面会严重降低授权制播单位的收视率,影响其经营收益与广告获益。因此,该行为应当认定为一种破坏授权制播单位生产经营的不正当竞争行为。对破坏生产经营秩序的行为,《反不正当竞争法》第12条、第31条存在附属刑法的内容,其规定“经营者利用技术手段,通过影响用户选择或者其他方式,实施妨碍、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构成犯罪的,依法追究刑事责任”。而上述附属刑法的内容在《刑法》中对应的罪名是第276条的破坏生产经营罪,此罪的犯罪构成为由于泄愤报复或者其他个人目的,毁坏机器设备、残害耕畜或者以其他方法破坏生产经营的行为。而行为只要无正当理由,既可以认为“出于个人目的”,而“其他方法”指的是除本条所列的方法以外的其他任何方法。盗取体育赛事视听原画面予以传播的行为属于以“其他方法”破坏生产经营。正因如此,将该行为符合破坏生产经营罪的犯罪构成。

2.2 体育赛事视听节目盗播行为

盗取体育赛事节目予以传播是体育赛事视听盗播行为最为常见的类型^[32],判断该行为符合哪款罪名的犯罪构成,关键在如何认定体育赛事视听节目的属性。所谓体育赛事视听节目,指的是通过制播单位加工赛事原画面产生,其中蕴含大量的镜头切换、摄像信息的截取、解说与回顾的视听形式。赛事节目体现创作者的智慧成果,整体上具有较高独创性和一定的艺术性。

在欧洲,从 Infopaq 案开始,欧盟法院判定体育赛事本身不受版权或邻接权保护,但体育赛事节目在具有独创性的情况下受到版权保护^[33]。而根据《欧盟刑事法》分论第1条的规定,体育赛事节目盗播行为属于欺诈欧盟财政利益罪及类似犯罪,对于犯罪人可判处监禁刑和高额的罚金^[34]。1976年美国《版权法》修改时就明确赛事节目具有独创性,应获得著作权保护。而《美国法典》第18章刑事部分第3553条规定对版权犯罪的刑罚,内容为:非法复制、发行和非法发行

或非法公开准备用于商业发行的作品,处 3 年以下有期徒刑,以商业目的或者个人经济目的实施上述行为的,处 5 年以下有期徒刑^[35]。

而我国,对体育赛事视听节目属性的认定在 2020 年前存在“是否构成作品”的争论,但随着 2020 年《著作权法》的修订,争议已经止息。现在赛事节目属于著作权法规定的视听作品。既然如此,那么现在盗取体育赛事节目予以传播的行为应当认定为侵犯授权制播单位著作权的行为。而对侵犯著作权的行为我国与欧盟法相同,都存在相关的刑事立法规定。《著作权法》第 53 条存在附属刑法的立法,其内容为:“侵犯他人著作权构成犯罪的,应当依法追究刑事责任。”而上述附属刑法的内容所对应的罪名是《刑法》第 217 条侵犯著作权罪,本罪规定了 6 种行为类型,其中与赛事节目视听盗播行为相关的类型为“未经著作权人许可,复制发行、通过信息网络向公众传播他人作品的”。此处的“复制”,指的是以复印、印刷、拓印、录音、录像、翻录、翻拍、数字化等方式将作品制作为多份;“发行”,指的是以出售或免费的方式向公众提供作品原件或者复制件的有形载体;而“通过信息网络向公众传播”,则指的是通过有线或无线的方式向公众提供,使公众可以在其选定的时间和地点获得作品。以上犯罪类型,需要达到违法数额较大或有其他严重情节才能认定为侵犯著作权罪。

2.3 体育赛事视听数据盗播行为

现代社会体育赛事传播的主要阵地已从电视广播转变为计算机信息网络。因此,想要盗取体育赛事视听原画面或节目,行为人常使用“盗链”“黑客”等技术突破授权制播单位设置的防火墙盗取存放在云端或系统内的相关数据,其后对其进行解密再向公众进行传播。这种行为,不仅侵犯授权制播单位的著作权、生产经营秩序,也是对其数据信息安全的侵犯。

所谓“盗链”技术,是绕过授权制播单位播放界面中的广告和付费的模块,将视频直接嵌入自己网站上向用户播放的一种手段。其由于体育赛事的视频数据并不是一次全部传送到用户的客户端中的,因此盗播者才可以在赛事授权制播单位传输第一次传输数据的过程中入侵网络,盗取正版链接,避开了制播单位的收费与广告界面^[36]。所谓“黑客”技术,是盗播者对制播单位的计算机和网络系统所存在的缺陷和漏洞进行攻击,突破版权方防火墙,拷贝下赛事的相关数据的一种手段。

对于上述行为,我国《网络安全法》第 27 条、第 74 条存在附属刑法的立法,规定:“非法侵入他人网络、干扰他人网络正常功能、窃取网络数据等危害网

络安全的活动构成犯罪的,应当依法追究刑事责任。”而上述附属刑法的内容所对应的罪名是我国《刑法》第 285 条非法获取计算机信息系统数据罪^①,此罪的犯罪构成为“侵入除却国家事务、国防建设、尖端科学技术以外的计算机信息系统,获取该计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据,情节严重的”。因此,只要是行为人通过非法入侵或其他技术手段,违反他人意志,获取他人系统数据均构成本罪的获取,而获取数据后行为人是否解密、是否利用并不影响本罪的成立。所以,盗取体育赛事网络数据予以传播行为符合非法获取计算机信息系统数据罪的犯罪构成。

2.4 体育赛事视听广播盗播行为

广播是通过无线电波或导线向广大地区播送音响、图像节目的传播媒介,只播送声音的称为声音广播,播送图像和声音的称为电视广播。而不管是声音广播还是电视广播,其传输都是以信号为载体。

而在体育赛事视听盗播行为中,盗播者有时会使用境外的卫星截取授权制播单位的广播信号,其后通过解密软件进行破译,从而获得比赛的原画面或赛事节目,最后再通过私设的电台、基站向公众进行传播。对于上述行为我国《广播电视法》第 67 条、第 77 条进行了附属刑法的立法,规定:“非法转播、链接、聚合、集成广播电视节目,未经许可擅自利用卫星传输覆盖广播电视节目,传输、覆盖非法来源的广播电视节目构成犯罪的,依法追究刑事责任。”上述附属刑法的内容所对应的罪名是我国《刑法》第 288 条扰乱无线电通讯管理秩序罪^②,其罪状为“擅自设置、使用无线电台(站),或擅自使用无线电频率,干扰无线电通讯秩序”。而根据《关于扰乱无线电通讯管理秩序等刑事案件适用法律若干问题的解释》第 1 条的规定,擅自设置、使用无线电台(站),或擅自使用无线电频率,干扰无线电通讯秩序包含:(1)未经批准设置无线广播电台,非法使用广播电视专用频段的频率的;(2)未经批准设置通信基站,强行向不特定用户发送信息,非法使用公众移动通信频率的;(3)未经批准使用卫星无线电频率的;(4)非法设置、使用无线电干扰器等行为类型。而“情节严重”包括:(1)同时使用 3 个以上的“黑广播”“伪基站”的;(2)“黑广播”的实测发射功率在 500 瓦以上或覆盖范围 10 公里以上的;(3)违法所得在 3 万元以上的。所以,盗取体育赛事视听广播信号予以传播行为,符合扰乱无线电通讯管理秩序罪的犯罪构成。

3 体育赛事视听盗播行为刑法规制的实现路径

前文在应然层面区分了不同类型的体育赛事视听

盗播行为的构成罪名,但是在具体适用上述罪名规制盗播行为时,受到刑法时间效力、罪刑相适应原则等因素的影响,仍需通过以下路径,才能保证对该行为的规制效果。

3.1 罪名溯及力的确定

溯及力是法律溯及既往的效力,即法律对其生效以前的事件和行为是否适用。如果适用则有溯及力,如果不适用则无溯及力^[37]。我国刑法在溯及力方面采用“从旧兼从轻原则”,除对非犯罪化(除罪化)、弱化惩罚或有利于行为人的规定之外,不得溯及既往^[38]。这一原则深刻影响着体育赛事视听盗播行为刑法规制的罪名适用。我国现行《著作权法》是1990年审议通过的,该法曾在2001、2010、2020年分别进行过3次修正。在立法之初及第一、二次修正时,该法对作品的认定采用了封闭式列举法,即只要不能归类为文字、口述等9种具有特定形式的事物都无法认定为作品^③。由于体育赛事节目无法归类到以上等9种作品中,所以在当时不属于该法所保护的作品。但是,在该法第3次修正时,对作品的范围进行了扩容,增加视听作品和符合作品特征的其他智力成果两种作品类别。这一修改摒弃了原来实际上并无法律、行政法规规定的其他作品的兜底规定,大幅扩容了作品的范围,为司法腾出可适用的自由空间^[39]。而这种变化既赋予了体育赛事节目可版权的正当性基础,也为国家规制体育赛事视听盗播行为带来了罪名适用选择的问题。

由于《著作权法》第3次修正的生效时间为2021年6月1日,这就意味着在这个时间点之前产生的体育赛事节目无法认定为作品,这个时间点之后产生的体育赛事节目才能认定为作品。因此,如果盗播体育赛事节目行为发生在《著作权法》第3次修正生效后,应当按照侵犯著作权罪定罪处罚。而如果盗播体育赛事节目行为发生在第3次修正生效前,受刑法“从旧兼从轻原则”的限制,无法按照侵犯著作权罪定罪处罚,只能按照破坏生产、经营罪定罪处罚。另外,如果盗播体育赛事节目行为具有时间上的连续性,其行为的发生跨越《著作权法》第3次修正的时间点,按照“从旧兼从轻原则”的规定,仍应当以破坏生产、经营罪定罪处罚。因为破坏生产经营罪的量刑幅度要轻于侵犯著作权罪,对于犯罪人而言更为有利,因此应当破坏生产经营罪定罪处罚。

3.2 罪数裁量及处罚规则

前文所述,想要盗取他人的赛事节目或赛事的原画面,行为人惯常采用的是“盗链”“黑客”“卫星截取”等技术盗取数据、信号,其后通过再加工向公众进行传播。以上行为实际上由盗取数据、截流信号和

向公众传播两个行为组合而成,如果独立看待这两个行为,前行为可以独立地构成非法获取计算机信息系统数据或扰乱无线电通讯管理秩序罪,后行为可以独立地构成侵犯著作权罪或破坏生产经营罪。这两者之间看似具有手段与目的之间的牵连关系,容易让人误认为刑法上的牵连犯,从而“从一重罪”进行处罚。然而,事实上两者并不属于牵连犯,应当数罪并罚才符合罪刑相适应原则的要求。牵连犯指的是造成数个危害结果、触犯数个罪名,符合数个犯罪构成的行为,该犯罪行为本来应当数罪并罚,但是鉴于手段行为与结果行为之间具有密不可分的联系性,因此按照“从一重罪”的处罚原则就可以实现罪刑相适应的要求,故而不再数罪并罚。

牵连犯的认定关键在手段行为与结果行为之间的紧密性^[40],判断的标准是手段行为是否必然导致结果行为的发生,答案肯定的就成立牵连犯,否则应当数罪并罚。例如,非法侵入住宅后进行的杀人行为应当认定为牵连犯,但非法盗窃枪支后进行的杀人行为则不宜认定为牵连犯^[41]。而研究认为盗取体育赛事传播数据、截取信号后再进行转播的行为不宜认定为牵连犯,原因在于盗窃数据、截流信号和再次进行传播两个行为之间不具有密不可分的牵连性。换言之,其不是实施盗播行为的必然手段。因为通过录屏、盗录等方式也可以实现对体育赛事的盗播,而且成本更低、风险更小、手段也更加简便。另外,盗窃数据、截取信号等技术多应用于网络盗窃、诈骗等财产性的犯罪中,与侵犯著作权和破坏生产经营罪的结合并不紧密。正因如此,对于以上行为应当以非法获取计算机信息系统数据或扰乱无线电通讯秩序罪与侵犯著作权罪或破坏生产、经营罪进行并罚。

3.3 帮助行为的正犯化

所谓帮助行为的正犯化,是指刑法分则条文直接将某种帮助行为规定为正犯行为并且设置独立的法定刑^[42]。这种做法的主要目的包括:其一,使帮助行为不再依附正犯实施符合构成要件的不法行为而独立构成犯罪,从而严格对犯罪帮助行为的定罪;其二,使帮助行为不再按照刑法总则关于从犯“应当从轻、减轻或者免除处罚”的规定进行处罚,从而加重对犯罪帮助行为的量刑;其三,帮助犯被正犯化后,由于原本的帮助行为被提升为正犯行为,故对该正犯行为的教唆、帮助行为又能成立共犯,从而加大了对帮助及辅助行为的打击力度^[43]。

体育赛事视听盗播行为罪名适用的过程也存在帮助犯的正犯化问题。现实中,一些体育赛事视听盗播者受限于“技术难题”,无法独自开展盗取数据的行为,

因而其常雇佣掌握盗播技术的单位或人员为自己提供侵入程序、工具的帮助,以达到盗播体育赛事的目的。对于上述提供“技术支持”的帮助者,我国《刑法》第285条第3款规定:行为人提供专门用于侵入计算机信息系统的程序、工具,或者明知他人实施侵入计算机信息系统的违法犯罪行为而为其提供程序、工具帮助的,依照非法获取计算机信息系统数据罪定罪处罚。因此,对于上述行为不能将其认定为非法获取计算机信息系统数据罪的帮助犯,而是应当直接按照此罪定罪处罚,不能从轻、减轻或者免除处罚。

体育竞赛进入数字时代后,赛事传媒业在整个国民经济发展中发挥着不容忽视的重要作用,已成为我国体育产业的核心组成部分。伴随数字传播技术的不断发展、融合,体育赛事视听传播利益的法律保护问题正日益受到法学界、体育学界的关注和重视。体育赛事传播的法律保护需要采用更加强力的手段,这既是对体育赛事传播权的肯定,也是对体育竞赛无形资产尊重,更是一国体育事业得以健康发展的基础。因此,行业需要刑法介入,更加有力打击盗播体育赛事视听盗播行为,以此维护体育赛事各个传播主体的合法权益,为我国体育传媒业的健康发展保驾护航。

注释:

- ① 非法获取计算机信息系统数据罪:违反国家规定,侵入计算机信息系统或者采用其他技术手段,获取该计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据,情节严重的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;情节特别严重的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。
- ② 扰乱无线电通讯管理秩序罪:违反国家规定,擅自设置、使用无线电台(站),或者擅自使用无线电频率,干扰无线电通讯秩序,情节严重的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金;情节特别严重的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。单位犯前款罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照前款的规定处罚。
- ③ 2021年修订的《著作权法》第3条规定,本法所称的作品包括以下列形式创作的文学、艺术和自然科学、社会科学、工程技术等作品:(一)文字作品;(二)口述作品;(三)音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术作品;(四)美术、建筑作品;(五)摄影作品;(六)电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品;(七)工程设计图、产品设计图、地图、示意图等图形作品和模

型作品;(八)计算机软件;(九)法律、行政法规规定的其他作品。

参考文献:

- [1] 张业安,肖焕禹,冉强辉.大型体育赛事媒介传播效果影响因素的多维考察[J].体育学刊,2013,20(1):38-43.
- [2] 姚鹤徽.论体育赛事类节目法律保护制度的缺陷与完善[J].体育科学,2015,35(5):10-15+97.
- [3] 张维.2017年监测到未授权赛事直播流链接4633条[EB/OL].(2017-12-25)[2022-03-20].<https://baijia hao.baidu.com/s?id=1599866238297268670&wfr=spider&for=pc>
- [4] 中超前20轮侵权链接超3万 PP体育表态将维权到底[EB/OL].(2018-12-25)[2022-05-20].<https://baijia hao.baidu.com/s?id=1642920.439789277155&wfr=spider&for=pc>
- [5] 新华社发文谴责网络平台“盗播”奥运赛事,呼吁依法严办[EB/OL].(2021-08-03)[2022-01-20].<https://baijia hao.baidu.com/s?Id=1707064294305182930&wfr=spider&for=pc2021-08-03>
- [6] 于也童,冯松龄,李典.治理网络盗播体育赛事难在哪儿?如何破?[N].新华每日电讯,2021-08-03(009).
- [7] 王迁.论体育赛事现场直播画面的著作权保护——兼评“凤凰网赛事转播案”[J].法律科学(西北政法大学学报),2016,34(1):182-191.
- [8] 刘铁光,赵银雀.体育赛事直播画面侵权案件法律适用的规范研究——基于新近案例的实证分析[J].体育科学,2018,38(1):90-95+97.
- [9] 祝建军,魏巍,陈洋.擅自网络实时转播体育赛事构成不正当竞争[J].人民司法(案例),2016(2):96-99.
- [10] 殷豪男.入狱4年!英超判决首例盗播案,给中国体育产业上了一课[EB/OL].(2018-12-25)[2022-05-20].<https://baijia hao.baidu.com/s?id=1553968743479647&wfr=spider&for=pc>
- [11] 宋雅馨.美国体育赛事反网络盗播案例研究[J].武大国际法评论,2016,19(2):371-386.
- [12] 许恒达.法益保护与行为刑法[M].台北:元照出版公司,2016:1.
- [13] 马法超.体育赛事转播权的正当性[J].体育学刊,2010,17(4):19-23.
- [14] 符豪.体育赛事直播画面的著作权保护问题研究[J].海南师范大学学报(社会科学版),2019,32(5):130-138.
- [15] 程娅.体育赛事节目网络盗播的治理困境和优化路径——以封网禁令的引入为视角[J].黑龙江省政法

- 管理干部学院学报, 2022(2): 48-53.
- [16] 柳春梅, 周爱光, 胡科. 我国网络电视服务中体育赛事传播权的保护与欧美镜鉴[J]. 体育学刊, 2022, 29(5): 47-53.
- [17] 王哲, 郭义贵. 效益与公平之间——波斯纳的法律经济学思想评析[J]. 北京大学学报(哲学社会科学版), 1999(3): 64-68.
- [18] 曾超, 王国军, 刘石军, 等. “互联网+”视域下体育赛事转播侵权行为的多重成因及规避研究[J]. 四川体育科学, 2021, 40(5): 117-124.
- [19] 中国保护知识产权网. 埃及持续打击体育盗版但主要盗版门户网站仍然存在[EB/OL]. (2022-09-08) [2022-08-26]. <http://ipr.mofcom.gov.cn/article/gjxw/gbhj/df/aj/202209/1973135.html>
- [20] Proletariat. 全球最大体育盗版 APP 运营者被捕[EB/OL]. (2021-03-14)[2022-08-26]. <https://www.dongqiudi.com/articles/1887984.html>
- [21] 搜狐网. PP 体育发布声明: 将对体育赛事盗播行为进行诉讼和追责[EB/OL]. (2019-08-12)[2022-03-20]. https://www.sohu.com/a/333174072_118778
- [22] 王辉. 中超首轮战罢新媒体打响中超版权保卫战[N]. 中国体育报, 2016-03-18(006).
- [23] 中国日报网. 中国加大体育版权保护, 坚决整治侵权内容[EB/OL]. (2021-04-26)[2022-08-27]. <http://ex.chinadaily.com.cn/exchange/partners/82/rss/channel/cn/columns/vyuatu/stories/WS60867ee4a3101e7ce974c240.html>
- [24] 王楨. 向死而生: 我国附属刑法的立法批判与体系重构[J]. 天府新论, 2019(1): 120-133.
- [25] P·诺内特, P·塞尔兹尼克. 转变中的法律与社会[M]. 张志铭, 译, 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 53, 81.
- [26] 陈尔彦. 刑事政策与刑法体系关系之梳理——兼论罗克辛目的理性犯罪论体系之变迁[J]. 刑事法评论, 2015, 36(1): 46-63.
- [27] 黄颖贤. 体育赛事画面转播的反不正当竞争法规制[J]. 北京政法职业学院学报, 2019, 107(3): 86-91.
- [28] 杜勇贤. 体育赛事节目独创性及网络盗播的法律适用[J]. 河南工程学院学报(社会科学版), 2020, 35(2): 43-49.
- [29] 李新天, 谭悦彤. 体育赛事直播画面法律性质探析[J]. 北京邮电大学学报(社会科学版), 2021, 23(1): 1-9.
- [30] 张玉超, 李红卫. 我国体育赛事新媒体转播权的法律保护[J]. 体育学刊, 2011, 18(4): 71-77.
- [31] 柏浪涛. 破坏生产经营罪问题辨析[J]. 中国刑事法杂志, 2010(3): 41-50.
- [32] 祝建军. 体育赛事节目的性质及保护方法[J]. 知识产权, 2015(11): 27-34.
- [33] MARGONI T. The protection of sports events in the EU: Property, intellectual property, unfair competition and special forms of protection[J]. International Review of Intellectual Property and Competition Law, 2016, 47(4): 386-417.
- [34] 玛蒂, 佛菲勒. 欧盟刑事法: 欧盟财政利益的刑事法保护[M]. 贾宇, 译, 北京: 法律出版社, 2009: 57.
- [35] 张燕龙. 美国的版权犯罪刑罚制度及对我国的启示——兼论人工智能时代我国的量刑规范化改革[J]. 中国政法大学学报, 2019, 71(3): 154-169+208-209.
- [36] 赵杰宏. 体育赛事网络盗链的法律属性辨析[J]. 社科纵横, 2014, 29(12): 77-80.
- [37] 朱力宇. 关于法的溯及力问题和法律不溯既往原则的若干新思考[J]. 法治研究, 2010, 41(5): 14-23.
- [38] 刘宪权. 我国刑法中溯及力相关问题探论[J]. 政治与法律, 2007(3): 112-116.
- [39] 刘承魁, 梁泽齐. 《著作权法》第三次修订对我国文化娱乐行业的影响[J]. 山东科技大学学报(社会科学版), 2021, 23(6): 29-37+53.
- [40] 谭钟毓. 论牵连犯的罪数形态与处断原则[J]. 求索, 2012(4): 232-234.
- [41] 张明楷. 罪数论与竞合论探究[J]. 法商研究, 2016, 33(1): 116-128.
- [42] 熊亚文. 从共犯论到法益论: 帮助行为正犯化再审视[J]. 法学, 2021(8): 83-95.
- [43] 于冲. 帮助行为正犯化的类型研究与入罪化思路[J]. 政法论坛, 2016(4): 164-175.