



网红经济下主播跳槽的违约责任研究

——以“江海涛和虎牙公司合同纠纷案”为例

倪龙燕, 章鉴港

(浙江理工大学法政学院, 杭州 310018)

摘 要: 网红经济和直播行业是互联网和通讯技术不断发展下的产物,但是其中也伴随许多乱象,主播随意跳槽、平台相互挖角便是其中的主要现象。以江海涛与虎牙公司的合同纠纷为例,分析主播跳槽产生的损害赔偿问题。该类案件涉及两个问题:一是主播违约的认定,二是违约金的计算。主播违约的认定,前提是网络主播与平台存在合法有效的合同。网络主播与平台之间为劳务合同关系,且并不是格式合同,但其中某些条款可以“显失公平”为由主张撤销。违约金的计算,涉及违约金和实际损失两个要素,然而网络主播跳槽中平台损失难以计算。国内理论与实务界均肯定了“惩罚性违约金”的效力,在直播平台实际损失难以认定的情况下,法院在进行司法酌减时,可以以当事人的合同收入作为酌减的基准,同时综合考虑合同履行情况、当事人过错、预期利益等因素。

关键词: 违约金;违约合同纠纷;主播跳槽

中图分类号: D923.6

文献标志码: A

文章编号: 1673-3851(2019)10-0569-09

Research on responsibility for breach of contract for job-hopping of anchors in the economy of network celebrities: Case study of "contract dispute case between Jiang Haitao and Huya Company"

NI Longyan, ZHANG Jiangan

(School of Law and Politics, Zhejiang University of Technology, Hangzhou 310018, China)

Abstract: Internet celebrity economy and live broadcast industry are the products of the continuous development of Internet and communication technology, but it is also accompanied by a lot of chaos, one of which is anchors' job-hopping at will and platforms' talent competition. This paper takes the contract dispute between Jiang Haitao and Huya Company as an example to investigate the damage compensation in the job-hopping of anchors. This kind of case involves two problems: one is to determine the anchor's breach of contract, and the other one is the calculation of liquidated damages. To determine the anchor's breach of contract, the premise is that there is a legitimate and valid contract between the anchor and the platform. The relationship between the network anchor and the platform is the labor contract relationship, and it is not a format contract, but some of the provisions can be revoked on the grounds that it is "obviously unfair". For the calculation of liquidated damages, there are two elements: liquidated damages and actual losses. The platform loss in job-hopping of network anchors is difficult to calculate. Both the theoretical and practical circles in our country have affirmed the effect of "punitive liquidated damages". Under the circumstances that the actual loss of the live broadcast platform is difficult to determine, the court can use the contract income of the parties as the basis of discretion when making judicial discretion. At the same time, contract performance, party fault, expected interests and other factors are

收稿日期:2019-08-16 网络出版日期:2019-09-16

基金项目:浙江省哲学社会科学重点研究基地“浙江理工大学浙江省丝绸与时尚文化研究中心”项目;中国法学会2018年度部级法学研究课题(CLS(2018)D66)

作者简介:倪龙燕(1989—),女,安徽安庆人,讲师,博士,主要从事民商法、时尚法方面的研究。

comprehensively considered.

Key words: liquidated damages; breach of contract disputes; anchor's job-hopping

近年来,网络直播行业发展迅速。《2017年中国网络表演(直播)发展报告》显示:“2017年网络直播行业受偿营收达到304.5亿元,相比2016年的218.5亿元增长39%,网络表演(直播)已经成为网络文化内容供应、技术创新、商业模式创新的代表,成为网络文化市场重要组成部分”^[1]。在网络直播行业迅猛发展、带来巨大流量经济利益的同时,网络直播行业也存在许多乱象,如以斗鱼、虎牙为首的网络直播平台相互挖角,进行不正当竞争。此外,网络主播为了新平台开出的“转会费”等优厚条件而纷纷选择跳槽转会,从而引发原平台与主播之间“天价违约金”问题。这类案件的出现近几年已成为一种频繁的现象。在虎牙公司与主播蛇哥(曹海)违约金案中,法院一审判决蛇哥赔偿华源信息科技有限公司的违约金高达2400余万元^[2]。此类主播跳槽案件主要涉及两个问题:一是游戏平台的相互挖角的不正当竞争行为问题,已有学者对此进行研究^①。二是游戏主播跳槽而引发的巨额违约金问题,此类研究较少,而针对一般违约金下的诸如违约金的功能定位、违约金的司法酌减问题,学者的研究成果较多^②。有鉴于此,本文针对网红经济下的网络直播行业,以江海涛(“嗨氏”)和虎牙公司的网络服务合同纠纷为切入点,探讨主播跳槽而产生的损害赔偿问题。

一、网红经济下的网络直播行业

(一)网红发展与网红经济

在互联网与信息通信技术不断发展的当下,催生了许多依托于互联网而生长的群体和文化,“网红”就是汇集多元众生相的互联网生态中极具特色的一类群体。网红可以简单理解为依靠网络平台积聚个人影响力,并且在各自领域内受到粉丝追捧的一类群体。敖鹏^[3]依据互联网媒介技术的更新迭代,将网红的发展相应地划为三个阶段,分别是:始于网络文学的“红人”雏形时代、图文并茂的草根红人时代、网红泛化的富媒体时代。

网红得以发展,不光是因为网红主播们在网络时代下想要展示自己、获得关注的内心驱动与受众客体为了填补碎片化时间、寻求内心认同感的精神需求,更主要的是注意力经济下网红的利益驱动。奚路阳等^[4]认为:“网红经济是受众注意力资源的货币化。在我们当前所处的信息社会,与极大丰富的

信息相比,相对稀缺的是人们的注意力。因此,如果说农业社会的核心资源是‘土地’、工业社会的核心是‘能源’,那么信息社会的核心资源便是‘注意力’。从产业链的角度看,现代意义上的媒体扮演着唯一规模化导入消费者入口的角色,各类产品和服务需要通过媒体快速、大规模地吸引消费者的注意,而网红群体通过聚集粉丝所获得的有效流量,即粉丝的有效注意力,正是商家梦寐以求的资源。”此外,网红团队也在使用专业化的传播策略进行注意力资源的争夺,“在资本和注意力经济的驱动下,网红及其团队为了增强所谓的‘吸粉能力’,所采用的传播策略更是日益专业,这些系统而丰富的传播策略也在无形中成为网红现象日趋红火的中间推手。”^[3]

(二)网红直播与主播跳槽

在网红经济和注意力经济的发展之下,网络直播行业相伴而生。依据网红直播的内容可以将网红直播大致分为以下三类:一是电竞直播。此类主播主要是网红主播对游戏内容进行讲解,游戏主播既可以通过解说主要赛事比赛来进行直播又可以通过直播自己打游戏的画面来展示自己高超的游戏操作技术。此类直播主要面向电子竞技类游戏的玩家和

① 学者普遍支持将游戏平台挖角归入反不正当竞争行为,如李杨等研究了行业规范缺失、合同的相对性、侵权责任司法适用难题,认为对竞争者之家的引诱违约行为进行反不正当竞争法评价具有必要性。参见:李杨,蓝小燕.引诱违约行为的反不正当竞争法评价[J].知识产权,2018(7):8-16.余杰则认为:“在网络主播跳槽案件中,合同法可用于约束跳槽主播,但不应约束挖角平台;反之,反不正当竞争法在约束和规制挖角平台上有适用之余地,但不应直接约束跳槽主播。”参见:余杰.反不正当竞争法视野下网络主播跳槽问题研究[J].人民司法,2018(10):28-33.

② 姚明斌认为《合同法》第114条中的违约金属于约定的违约责任,可表现为确定金额或计算方法,兼具补偿功能和担保功能。违约金发生效力的前提是有效的违约金约定与相应的约定情事。迟延履行以外的违约金原则上对应违约行为所引发的全部损害赔偿额的预定。此外,违约金可与合同解除并用,违约金司法酌减中的“实际损失”包括所受损失与所失利益。参见:姚明斌.《合同法》第114条(约定违约金)评注[J].法学家,2017(5):154-174.王洪亮针对违约金的司法酌减问题,认为在判断违约金数额是否过高时,应当抛弃以实际损失为基础的模式,而应考虑债权人基于合同可以享有的所有利益,具体根据违约情况、违约结果、债务人利益以及合同损害继续发展的状况综合衡量违约金数额是否过高。参见:王洪亮.违约金酌减规则论[J].法学家,2015(3):138-151.韩强认为“依违约金的设立目的和功能定位,违约金应分为作为担保工具的违约金(固有意义的违约金和惩罚性违约金)与作为损害赔偿总额预定的违约金”。参见:韩强.违约金担保功能的异化与回归——以对违约金类型的考察为中心[J].法学研究,2015(3):47-61.

爱好者。二是电商直播。此类主播在直播中向粉丝多角度地展示商品性能,并积极回答粉丝的问题;亦或是通过发放打折券,从而引导粉丝购买商品。此类网红直播作为一种营销手段,与电商平台进行结合从而创造出更多的经济效益。三是秀场直播。此类主播在生活中比较常见,直播的方式也显得丰富多样,比如通过唱歌、跳舞的方式展示自身才艺,又比如通过与粉丝互动聊天、回答问题的方式进行直播,还有的则是通过直播吃饭、化妆,将自己的生活状态展示给粉丝^[5]。本文接下来要讨论的“江海涛、广州虎牙信息科技有限公司网络服务合同纠纷案”^[6]中的网红主播“嗨氏”江海涛就属于第一类的电竞主播,其直播的游戏是当前最热的手游之一“王者荣耀”。

二、案例引入

(一)基本案情

2017年1月19日,虎牙公司(甲方)、江海涛(乙方)与关谷公司(丙方)签订了《虎牙主播服务合作协议》(简称《协议》)。该《协议》在合同第1.2条排他条款约定:乙方承诺在合作期间内,不得在与甲方存在或可能存在竞争关系的现有及未来的网络直播平台及移动端应用程序(包括但不限于斗鱼直播等平台)以任何形式进行或参与直播,包括任职、兼职、挂职或免费直播;不得承接竞争平台的商业活动。合同违约责任第7.3条约定:若乙方未经甲方同意擅自终止本协议或乙方违反1.2款排他条款的约定,甲方有权收回乙方在甲方平台已经获得的所有收益,并要求乙方赔偿2400万元人民币或乙方在甲方平台已经获取的所有收益的5倍(以较高者为准)作为违约金,并赔偿由此给甲方造成的全部损失。合同约定的合作期限为12个月,即从2017年2月1日至2018年1月31日。

2017年6月8日,虎牙公司、江海涛签订了《高能少年团》合作之补充协议书,双方确认将投入600万为江海涛依据原协议合作取得的收益。自2017年8月27日,江海涛未经虎牙公司同意,开始在与虎牙公司具有直接竞争关系的斗鱼直播平台进行直播,首播开播前人气值就已经超过190万。2017年8月28日,虎牙公司申请和江海涛、斗鱼公司的行为保全,请求停止其直播行为,并在随后起诉。

(二)裁判要点

一审法院肯定了《虎牙主播服务合作协议》和《高能少年团》补充协议的效力,同时肯定了虎牙公司出具的用于证明其损失的评估报告,并以江海涛

违约恶意明显为由拒绝其违约金司法酌减的请求,全额支持虎牙公司4900万的违约金请求。

二审法院在审理中认为,虎牙公司提供的评估报告不具有关联性而不予采纳,同时对一审法院认定的有关评估报告的事实不予确认。二审法院的争议焦点是:涉案服务协议网络直播跳槽是否构成违约?涉案违约责任应如何认定及处理?

关于违约方的认定问题。江海涛提出虎牙公司违约在先,且属根本违约,江海涛有权解除合同,且为单方合同解除权。因此江海涛需承担举证责任,证明虎牙公司成立根本违约。在二审上诉中,江海涛提出其在网络上遭受虎牙公司平台其他主播有组织的弹幕刷屏谩骂,导致其无法正常直播。二审法院认为,网络主播尤其是长期从事网络直播的主体应当有能力正确面对和处理来自网络褒贬不一的评价乃至谩骂,江海涛作为长期从事网络直播的主播应当有能力应对网络言论攻击。其次,江海涛和其他主播之间就直播事项发生的争议属于个人纠纷,从涉案服务协议中无法认定虎牙公司在出现该类主播与观众之间、主播与其他主播之间发生线上言语纠纷时要进行何种程度的干预和处理。因此,江海涛无法举证虎牙公司存在根本违约行为,其自然也不享有单方的合同解除权。同时根据服务协议第1.2条排他条款(竞业禁止条款)和合同违约责任7.3条(违约条款)有关违约金约定,江海涛在合同期内违约离开虎牙平台,在斗鱼平台进行直播,构成重大违约。

关于违约责任的认定和处理问题。江海涛在庭审中自认实际收到的收益金额为518万元。关于双方争议的600万元,虎牙公司、江海涛在2017年6月8日签订的《高能少年团》合作之补充协议书中,明确约定了双方确认将该等600万元投入确认为江海涛依据原协议合作取得的收益。江海涛作为完全民事行为能力人,应受合同效力的拘束。因此二审法院对以1118万元(518万元+600万元)为基数计算出五倍金额为5593万元,同时基于虎牙公司主张的违约金4900万元低于收益的五倍从而支持了虎牙公司的诉讼请求与合同约定相符。关于该违约金金额的合理性问题。二审法院认为江海涛签约时明知订立了违约金计算方式,且知晓斗鱼直播罗列在合同约定的第1.2条排他条款的首位仍要违约去斗鱼平台直播,其违约的故意非常明显。综合合同约定、江海涛“王者荣耀第一人”的地位和价值、虎牙公司的投入、虎牙公司因江海涛违约所遭受的损失、继续履行合同虎牙公司的可期待利益等因素,一审法院判决

支持虎牙公司有关 4900 万元违约金的主张合理,二审予以支持。二审法院最终驳回起诉,维持原判。

(三)问题解构

1. 主播违约认定

对于合同项下的违约行为,其前提是存在合法有效的合同。因此,合同的性质将影响到违约行为的认定。若定性为劳动合同,由于劳动合同的“从属性”,劳动者隶属于用人单位,

根据《劳动合同法》第 18 条,劳动者提前 30 天以书面形式告知用人单位,可以解除合同。因此不存在劳动者因为离职而需要支付“违约金”的问题。若认定合同为格式合同,根据《合同法》第 40 条,直播平台与主播所签合同中的“违约金”条款将因加重对方责任、排除对方主要权利而无效。其次是合同成立的情况下,某些条款是否因为“显失公平”而可以主张撤销,尤其是“相关投入作为受益”这一条款。

关于江海涛的“违约行为”,根据双方合同第 1.2 条排他条款(竞业禁止条款)和合同违约责任 7.3 条(该条款将竞业行为规定为重大违约),江海涛在合作期间内,擅自离开虎牙公司平台,在斗鱼直播平台直播,显然属于重大违约行为。此处没有异议。

2. 对于违约金的计算

此处涉及两个问题:其一是违约金的约定过高问题,其二是违约金过高情况下的司法酌减问题。

对于违约金过高的问题。根据双方合同第 7.3 条,违约金的计算方式为:乙方直接赔偿 2400 万元人民币或乙方在甲方平台已经获取的所有收益的 5 倍(以较高者为准)作为违约金定。江海涛在庭审中自认的收入为 518 万,加上 600 万投入,总和收入之 5 倍即达到 5593 万之巨。此处需要考虑平台因为主播跳槽而遭受的损失,两者对比方能明确违约金是否过高。

在违约金过高的情况下,司法酌减应当如何适用,尤其是在主播平台损失难以计算的情况下,如何理解《合同法司法解释(二)》第 29 条中“以实际损失为基础,兼顾合同履行情况、当事人过错程度以及预期利益等综合因素,根据公平原则和诚实信用原则予以衡量,并作出裁决”这一条款,是本文接下来着重探讨的问题。

三、主播与平台所签合同合法效力

(一)主播与平台所签合同性质

1. 网络主播与网络平台间为劳务合同关系

对于网络主播与网络平台之间的法律关系,将两者的合同性质界定为劳动合同还是劳务合同的意义

义在于:若定性为劳动合同,尽管江海涛和虎牙的合同中未设有关于主播在受到同平台其他主播的言词攻击中该如何处置的条款,但是根据《劳动法》第 54 条,用人单位应当为劳动者提供符合国家规定的劳动安全卫生条件,则虎牙公司有作为的义务,其不作为构成违约。若定性为劳务合同,则因合同中未约定相关作为条款,双方为平等主体,则虎牙公司的不作为不构成违约。此外,根据《劳动合同法》第 18 条,劳动者提前 30 日以书面形式通知用人单位,可以解除劳动合同。此为劳动的“预告解除”权利,不需要用人单位同意。再认定劳务合同的场合,主播即可单方宣告解除劳动关系,自然也不能认定存在违约行为。

对于劳动合同与劳务合同的区分,郑尚元^[7]指出两者在契约属性、雇主特点、受雇人特点、给付内容、报酬形式、是否存在劳动基准、解雇是否受限制、解雇后有无补偿、能否组建工会、公法规制村否、雇主是否为受雇人缴纳社保、劳工主管部门是否主管该类业务这些方面存在差异。李海明^[8]在比较总结了从属性理论和依附性理论的一般表征后,认为劳动者的认定需要具备以下几个特征:一是人格上的拘束,二是身份上的依附,三是经济收入上的依靠,四是经济风险上的依靠。“从属性”标准是界定劳动者身份与其他法律关系主体(特别是民事主体)身份的最重要标准,其内容主要包括人格从属性和经济从属性^①。在具体运用从属性标准界定劳动者身份时,应以人格从属性作为主要判断标准,以经济从属性作为辅助判断标准。

若以具体不同点对本案进行分析:1)江海涛与虎牙间的合同由双方自由拟定,为私约;2)虎牙公司为依法登记注册的法人;3)江海涛为电竞主播,并非传统职业,不应认定具备职业性,技能源自自我养成,技能不划分登记;4)江海涛的直播劳动为继续性劳动,

① 所谓人格从属性,是指劳动者必须被纳入用人单位的组织体系当中,成为用人单位的一名成员,在用人单位的指挥、命令、管理下提供劳动,用人单位对劳动者拥有广泛的指挥权,例如:用人单位有权对劳动者布置生产任务或者下达劳动定额;有权确定劳动者的工作地点、工作时间和岗位职业;有权作出指示;有权依法制定和实施内部劳动规则;对违反单位规章制度和劳动纪律的劳动者作出惩戒决定。所谓经济从属性,是指劳动者必须为他人提供劳动,以及劳动者与用人单位之间存在着经济上的依赖关系,例如:劳动者并非为自己提供劳动,而是为他人提供劳动,并以他人所给付之劳动报酬和其他待遇作为其主要生活来源;用人单位应向劳动者提供劳动所需的生产资料和劳动条件,支付劳动力的“对价”(工资和福利)。参见:林嘉,杨飞. 劳动法和社会保障法[M]. 北京:中国人民大学出版社,2016: 59-60.

时间较长;5)虎牙给予江海涛的报酬按年来进行支付,且有礼物等提成;6)江海涛的劳动相对自由,劳动时间由其自由决定,不存在劳动基准;7)虎牙公司对于游戏主播的解雇应当依据两者间的合同,解雇相对受限;8)江海涛与虎牙间约定了双方各自违约的违约金,并未约定虎牙解雇的补偿金;9)江海涛并未加入工会;10)两者的合同并未受到相关劳动监察部门的规制;11)虎牙公司并未替江海涛缴纳过社保;12)劳动主管部门并未对游戏直播类业务进行管理。

若以从属性的角度进行分析,江海涛将与虎牙公司间的劳动报酬收入作为主要生活来源,两者存在经济上的依赖关系,即存在经济从属性。但是,江海涛与虎牙公司签合同后,其工作地点并非在公司,而是在自己家中,且工作时间不固定,且并没有存在受拘束的劳动规章制度,从而江海涛与虎牙之间不存在人格上的从属性。综上所述,应认定为江海涛与虎牙公司所签合同为劳务合同或者说服务合同,虎牙公司对江海涛面对同平台主播的弹幕辱骂行为的不作为不受《劳动法》调整,且不够成违约行为。实务中的法院对于主播与平台所签合同的性质也多采取否认劳动合同的态度^①。

2. 主播与平台所签并非格式合同

在主播与平台因跳槽引发的纠纷当中,主播往往以格式合同并以《合同法》第40条为由主张合同无效^②。我国《合同法》在第39条至第41条^③对格式条款,进行了规定。“格式条款”是当事人为了重复使用而预先拟定^[9],并在订立合同时未与对方协商的条款。格式条款需要与个别协议相区别,所谓个别协议,是指双方当事人经过协商谈判达成的协议,即人们常说的合同。虽然格式合同(格式条款)与个别协议互为对立物,但是,如果双方就格式合同(格式条款)的具体内容进行了实际的磋商,且达成了一致意见,格式合同(格式条款)就成了个别协议,从而不再是格式合同(格式条款)。如果格式合同(格式条款)中的有关条款通过双方的实际磋商得以修改,或条款利用人为了原封不动地将格式条款订入合同,而在其他方面给相对人照顾以达成妥协,即在一定程度上为此付出了代价,就属于这种情形^[10]。

在本案当中,当事人双方江海涛与虎牙公司为平等的缔约主体,具有相应民事行为能力 and 风险识别能力,双方对网络服务合同的订立进行了磋商,且虎牙与每个缔约主体订立合同的违约金条款设置都是不一样的。虽然虎牙公司基于其经济能力在磋商环节是具有相应的强势地位,但不能就此肯定双方

所签订的为格式合同。在“广州斗鱼网络科技有限公司、胡凯利合同纠纷案”中,二审法院亦认为合同是双方真实意思表示,因而合法有效。

(二) 相关投入不能构成收益

在本案当中,虎牙公司将《高能少年团》的投入作为江海涛的工资收入,虽然不能认定为格式条款,但是能否以显失公平(乘人之危)而请求撤销该合同条款。我国《合同法》第54条和《民法总则》第151条^④规定了当事人在合同条款“显失公平”的情况下享有撤销权。而所谓显失公平,是指双方当事人的权利义务明显不平等,使一方遭受重大不利。其构成要件为:双方当事人的权利义务明显不对等;这种

① 在“吴凡诉上海幻电信息科技有限公司合同纠纷一案”中,二审法院上海市中院认为:“从合同目的而言,双方系具有合作共赢的目的,而非仅仅吴凡为了幻电公司利益而付出劳动或劳务,且涉案协议第13条第2项亦明确约定‘本协议任何内容均不得解释为在双方之间产生或构成雇主/雇员关系、特许经营授予人/特许经营被授予人或合伙关系、劳动关系’。”本案中,幻电公司提供直播的平台,吴凡提供直播服务,系共同合作、互利共赢的关系,幻电公司未就直播内容下达指令,吴凡系自行安排直播的时间、频率及直播内容,从而否认了主播吴凡请求认定双方协议为劳动合同的主张。参见:上海市中级人民法院判决书(2018)沪01民终9934号。在“荀彩瑶诉上海幻电信息科技有限公司合同纠纷案”中,法院也采用了类似的观点,参见:上海市中级人民法院判决书(2018)沪01民终9933号。

② 在“广州斗鱼网络科技有限公司、胡凯利合同纠纷案”中,胡凯利认为其为格式合同:“对于广州斗鱼公司陈述的案件基本事实没有异议。但是广州斗鱼公司和胡凯利签订的合作协议是广州斗鱼公司提供的格式合同,该合同严重违背了合同双方基本平等的权利义务原则。广州斗鱼公司利用其在合同谈判中的强势地位,严重限制了胡凯利的解约权利,该约定应视为无效”。参见:武汉市中级人民法院判决书(2017)鄂01民终2453号。在“袁大海、武汉斗鱼网络科技有限公司合同纠纷案”中,袁大海亦上诉称:“合同条款为斗鱼公司格式条款,该公司利用强势地位签订的不平等条款不应作为判决依据。”参见:武汉市中级人民法院判决书(2017)鄂01民终5281号。

③ 《合同法》第39条:“采用格式条款订立合同的,提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务,并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款,按照对方的要求,对该条款予以说明。格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定,并在订立合同时未与对方协商的条款。”第40条:“格式条款具有本法第52条和第53条规定的情形的,或者提供格式条款的一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的,该条款无效。”第41条:“对格式条款的理解发生争议的,应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的,应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的,应当采用非格式条款。”

④ 《合同法》54条:“下列合同,当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销:(一)因重大误解订立的;(二)在订立合同时显失公平的。一方以欺诈、胁迫手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立的合同,受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。当事人请求变更的,人民法院或者仲裁机构不得撤销。”《民法总则》第151条:“一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形,致使民事法律行为成立时显失公平的,受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”

不对等违反公平原则,超过了法律允许的限度;这不属于因欺诈、胁迫、恶意串通损害他人利益等原因造成的显失公平^{[10]100}。通说认为,我国《民法总则》第151条对“显失公平”的规定为客观与主观双重要件说,客观要件是指双方在对待给付上的明显不平等,主观要件是指一方故意利用对方的困境、无经验、缺乏判断能力或者意志力明显薄弱^[11-12]。

在本案当中,客观上虎牙公司在补充协议中将《高能少年团》的投入作为江海涛的资金收入,虎牙公司的权利是通过江海涛的薪资而取得提成,以及增加了其违约金计算的基数,虎牙公司的义务却是不存在的。主观上虎牙公司利用其优势地位以及江海涛正处于直播服务合同当中的困境,签订补充协议。双方权利义务明显不对等,符合“显失公平”的构成要件,因此江海涛可以“显失公平”为由主张撤销将《高能少年团》的投入作为江海涛的工资收入的补充协议。关于“显失公平”在“违约金司法酌减”当中的考虑,本文将在下文详述。

四、违约金计算问题

判定违约金过高涉及两个要素:一是平台的实际损失,二是赔偿的违约金,两者加以对比方能确定违约金是否过高的问题。接下来本文首先讨论直播平台的损害赔偿计算,再次分析惩罚性违约金的含义及意义,最后通过司法酌减规则讨论对过高的违约金进行酌减的问题。

(一)网络主播跳槽中平台损失难以计算

依“差额说”^①,所谓损害是指损害事实发生之前与损害事实发生之后,两者状态相比得出的差额。在本案当中,虎牙直播平台在主播违约前的状态与主播违约后的状态即为虎牙公司的损失,且虎牙公司的因主播违约所遭受的经济损失属于所失利益(因主播的违约而消极妨碍了虎牙公司取得预期的经济收入)、间接损害(主播违约导致虎牙公司无法像之前一样提供某些明星主播的直播观看服务,即虎牙公司无法正常营业)、履行利益(主播若正常履行合同,将给虎牙公司带来较大的经济收入)。

在本案当中,虎牙公司一审提供了深圳市银通联公司的评估报告书(深银专评报字 2017 第 156 号),用以证明江海涛违约给虎牙直播平台造成的用户流失的商业价值损失,该评估报告对数据进行分析,欢聚时代公司(虎牙公司为欢聚时代旗下公司)平均单活跃用户价值为 201.23 元/户,而江海涛在斗鱼平台首次开播人气达 190 万人,两者相乘达

3.8 亿即为虎牙公司因主播跳槽违约所遭受的损失。一审法院的分析说理存在不少问题:第一,虎牙公司为欢聚时代旗下子公司,且“欢聚时代”已经在美国纳斯达克上市,而虎牙公司虽在国内直播平台网站占有重要地位但远未达到“欢聚时代”的经济水平,用“欢聚时代”的市值来估算虎牙公司的损失,将扩大虎牙公司的损失。第二,根据《资产评估执业准则——企业价值》的规定,对企业价值的判断应结合企业资产状况、收益预测、市场价格、宏观经济因素、所在行业市场前景等因素来考虑。评估报告对用户的价值赋予方式却是将“欢聚时代”的市值平均分摊到单位活跃用户上,即将虎牙直播平台的活跃用户价值等同于“欢聚时代”的市值,违背了资产评估执业准则的规定。第三,“欢聚时代”为在美国纳斯达克上市的公司,其公司市值受股市波动影响较大,何况其在美国上市,将受到全球股市的影响,通过对“欢聚时代”市值分析得出的平均活跃用户价值为 201.23 元,其结果受到股市股价影响,则其真实性因此遭受质疑。第四,江海涛在斗鱼平台首次开播人气达 190 万,如此之高的观看人数一方面与江海涛本身人气有关,一方面也与斗鱼平台本身经营有关,质言之,观看江海涛直播平台用户并不直接等于虎牙直播平台流失的用户。法院应当以江海涛主播在虎牙直播时的日常在线人数进行计算,而不能将江海涛在斗鱼平台首次开播人数作为虎牙公司损害的计算依据。第五,银通联(评估报告出具机构)登记核准的经营范围是“企业整体资产评估、单项资产评估(包括房地产、机械设备、流动资产、无形资产等)”。直播平台用户不属于公司拥有或控制的资产,更不属于无形资产。因此,损失评估报告系银通联超越其核准登记的评估资质范围违规出具的报告,不应被采信。

二审法院认为虎牙公司提供的评估报告为其单方出具,数据未经验证,且评估并非直接针对江海涛违约给虎牙公司造成的损失,因此不予采纳。综上,虎牙公司因主播跳槽离职而遭受的损失难以计算。

① 关于“差额说”,王泽鉴先生曾在其书中进行了具体陈述:“差额说系以侵害事故所造成‘财产差额’作为被害人所受之损害,其基本内容有三:1.以总财产计算差额(其据以比较差额而算定损害的,系侵害事故发生后的财产状况及若无该侵害事故时所应有的财产状态。前者为现实财产状态;后者为假设财产状态。);2.损害的主观性(损害的有无及其大小,应就被害人的情况,斟酌有利及不利因素而为认定);3.全部损害赔偿原则(以总财产的差额算定损害,并斟酌及于被害人的情事,旨在实现全部赔偿原则)。”参见:王泽鉴.损害赔偿[M].北京:北京大学出版社,2016:65。

在此类案件中,考虑到直播平台并非传统企业,而为新型互联网企业,法院在审理中均作平台损失难以计算的认定^①。

(二)惩罚性违约金的含义

所谓违约金,是由当事人约定的或由法律直接规定的,一方当事人向另一方当事人支付一定数额的金钱或其他给付。违约金分为惩罚性违约金和赔偿性违约金。惩罚性违约金,是对债务人过错违约的一种私的制裁,以确保债权效力的违约金。惩罚性违约金的意义在于,债权人不仅可以请求债务人支付违约金,还可以请求损害赔偿。而赔偿性违约金则是当事人预先估计的损害赔偿总额。赔偿性违约金的效果在于,债权人仅得请求债务人支付违约金,而不得同时请求支付违约金和损害赔偿^{[9]272-273}。姚明斌^[13]认为惩罚性违约金的意义,源自其本身的“压力功能”,具体表现为损害举证简化功能、不可赔偿损害的填补功能、最低损害赔偿额预定功能、独立罚金允诺功能这四个功能。

惩罚性违约金来源于履约担保这一功能^②。当前主流学说肯定了“惩罚性违约金”的效力,是以违约金是否排斥强制履行或损害赔偿等法定责任作为区分基础,即按照德国法系关于违约金与实际履行能够并存为惩罚性违约金的衡量标准,并行于法定责任的属于惩罚性违约金,反之则为赔偿性违约金。具体何种类型取决于当事人约定,约定不明时就推定为赔偿性违约金^[14]。姚明斌^{[13]111}对违约金的“惩罚”功能持不同意见,认为主流学说对“惩罚性违约金”的界定是在超额赔偿的结果意义上使用“赔偿”的,但是鉴于域外考察中违约金的双重功能(压力功能和补偿功能),超额赔偿功能包含在双重功能之中,独立的惩罚功能不存在了。

但是司法实践对我国违约金的惩罚性与赔偿性已形成较为普遍的认识,即《合同法》第114条所确立的违约金制度,以补偿性(或赔偿性)为主,以惩罚性为辅。最高人民法院认为“违约金具有补偿性和惩罚性双重性质,合同当事人可以约定高于实际损失的违约金”^[15]。可见实务中倾向采用“损失比较”的方法来界定惩罚性赔偿金,约定金额高于实际损害表现为惩罚性,约定金额低于实际损害凸显补偿性。

(三)违约金司法酌减规则

1. 违约金酌减的综合考虑

对于违约金司法酌减的正当性理由,王洪亮^[16]将其概括为三个方面:一是允许自由约定无限制违约金则每个交易人都可能承担无限制的责任;二是

缔约时债务人的预见义务与其违约时承担的超出预见的责任相比显得不公平;三是缔约时双方的谈判力量不对等。

我国《合同法》第114条规定了“酌减规则”,即在约定的违约金过分高于造成的损失的情况下,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。《合同法司法解释二》第29条对“酌减规则”进行具体阐述:“人民法院应当以实际损失为基础,兼顾合同履行情况、当事人过错以及预期利益等综合因素,根据公平原则和诚实信用原则予以衡量,并作出裁决。当事人约定的违约金超过损失的百分之三十的,一般可以认定为合同法第114条第2款规定的‘过分高于造成的损失’。”我国学界通说对29条第1款的理解是以实际损失为基础,之后综合其他情况来进行酌减^{[13]315}。王洪亮^[16]在考虑到违约金的功能在于实际履行担保,因此应对《合同法司法解释二》第29条第1款以实际损失作为基础的规则进行修正,应抛弃以实际损失为基础的模式,考虑债权人给予合同可以享有的所有利益,具体根据违约情况(具体是指债务人的义务违反的程度、过错程度以及对于债权人的危险性)、违约结果、债务人利益以及合同损害继续发展的状况综合衡量违约金数额是否过高。

姚明斌^{[13]334-335}主张在《合同法》第114条第2款的违约金酌减的场合可以考虑“显失公平”问题。由于《民法总则》第151条采取了“乘人之危”和“显失公平”合一规制的思路,且只保留撤销的法律效果,而不允许变更。因此,无须将我国法之“显示公平”完全系于给付和对待给付关系层面,应认为乘人之危导致显失公平规则与司法酌减之间存在竞合关系,允许当事人在诉讼中选择适用。质言之,即便当事人不能以“显失公平”为由主张违约金条款无效,但可以“显失公平”为由(考虑到双方缔约时的经济

① 在“广州斗鱼网络科技有限公司、胡凯利合同纠纷案”中,二审法院认为“广州斗鱼公司作为新型网络直播公司,其盈利模式不同于传统公司,主播流失导致的经济损失难以举证证明”,参见:武汉市中级人民法院判决书(2017)鄂01民终2453号。在“董超、武汉斗鱼网络科技有限公司合同纠纷案”中,二审法院认为“斗鱼公司并非如传统企业通过生产、贸易、服务等方式直接获取利润,故董超的违约行为导致该公司的损失难以直接证据进行计算”。参见:武汉市中级人民法院判决书(2017)鄂01民终4576号。

② 基于违约金具有履约担保这一规范目的,债务人的违约行为是否产生了实际损害以及损害大小,并非违约金请求权的构成要件。即使债务人能证明损害并未发生或者小于约定的金额,违约金责任亦不受影响。因为债务人不履行合同即足以启动担保性违约金。当然,固有意义上的违约金,也有减轻债权人损害证明之功能。参见:王洪亮,违约金酌减规则论[J],法学家,2015(3):138-151。

地位),请求违约金酌减。将“显失公平”纳入违约金司法酌减的范畴,需要考虑一个不可回避的问题,即违约金司法酌减与“显失公平”的判断时点。通说认为,违约金司法酌减的判断时点为违约金请求权产生之时,甚至可以延伸到法庭辩论终结之时。而“显失公平”的判断时点为违约金条款的订立之时,两者判断时点不同^[12],如何调和两者的时点此时成为关键。姚明斌^{[13]343}进而提出,以当事人缔约时、当事人违约时、当事人请求时(债权人主张违约金)均无法包括司法酌减时需要考虑的各项因素,应将法庭辩论终结前的所有情事均考虑在内,即将“判断时间”由原先的时点扩展为一个时间段,将当事人缔约时至事实审最后言词辩论终结时此时间段内发生的情事均应考虑在内。笔者赞同该看法。

笔者结合实务中对于法院的认定,认为违约金的“酌减规则”应当按照29条第1款的规定来进行酌减。第一,首先需要考虑的是当事人的“实际损失”,在实际损失难以认定的场合可以当事人的合同收入来作为酌减的基准。实务中有以直播平台无法举证其损失为由而对其请求的违约金予以酌减的判决^①。第二,综合考虑其他因素,即合同履行情况、当事人过错、预期利益等。“合同履行情况”包括约定履行合同的总的时间、已经履行合同的的时间、剩下履行合同的的时间。实务中有法院因为主播在签订合同较短时间内即违约(合同履行情况较差),从而在依法酌减时作出对其不利的判决。在考虑“当事人的过错”^②时,法院往往对恶意违约的当事人直接否认其违约金酌减请求,如在本案“江海涛、广州虎牙信息科技有限公司网络服务合同案”中,两审法院均认为江海涛系故意违约,主观恶性较大,从而否认其违约金“酌减权”。然而笔者对此表示怀疑,并在后文中详述。第三,在考虑“预期利益”时,相应的法条是《合同法》第113条,当事人的赔偿损失不得超过一方订立合同时预见或应当预见的因违反合同可能造成的损失。该条款暗含需要考虑当事人在缔约时的双方的经济地位问题,即缔约时是否有显失公平,即便违约金条款因其“惩罚性违约金”的性质不能被认为是“显失公平”,但是在违约金酌减的环节,需要考虑在缔约时双方的经济地位,并以此为由对违约金进行酌减,并且酌减的判断时间是当事人缔约时至事实审最后言词辩论终结时这一时间段。

2. 主播的违约金酌减主张应得到支持

综合两审裁判,在违约金酌减问题上,两审法院均考虑到当事人违约的主观恶意、虎牙公司的履约

情况、虎牙公司的损失情况,并且将违约的主观恶意均予以重点考察^③。笔者认为这是当今社会游戏直播平台相互挖人的不正当竞争相当普遍,游戏主播为了其他平台高额的“跳槽费”而纷纷选择主动违约跳槽,而给原平台带来巨大损失,法院为了遏制这种不正之风,而采用支持高额的违约金来进行管制。

但是,笔者对二审法院否定违约金酌减的做法有不同看法。第一,实际损失。虽然法院通过支持高额违约金来间接遏制游戏平台相互挖人的不正当竞争行为,但是,不可忽视的问题是,《合同法解释二》第29条第一款规定的是首先考虑“实际损失”,在实际损失难以认定的场合可以当事人的合同收入进行计算。而本案中虎牙公司是以一审中提交的深圳市银通联资产评估有限公司评估报告书(深银专评报字2017第156号)来证明其财产损失。但在二审法院中,二审法院认为评估报告并非直接针对虎牙公司的损失,因此不予采纳。综上,虎牙公司因江海涛跳槽而遭受的实际损失在本案中为无法证明的状态。在这种情况下,应当以当事人的合同收入来作为违约金酌减的基准。实务中的此类案例在实际

① 在“广州斗鱼网络科技有限公司、胡凯利合同纠纷案”中,二审法院认为:“广州斗鱼公司作为新型网络直播公司,其盈利模式不同于传统公司,主播流失导致的经济损失难以举证证明。30000000元的违约金与胡凯利的收入相比明显过高……在广州斗鱼公司无法举证证明其实际损失的情形下,可以胡凯利可能获得的最低收益,即双方约定的年酬金作为违约金计算基准。”参见:武汉市中级人民法院判决书(2017)鄂01民终2453号。

② 王洪亮在其文中认为:“所谓过错程度,针对的是债务人的主观状态,是故意还是过失。在故意甚或恶意的情况下,通常即不再酌减违约金,因为恶意或故意行为的侵害人不值得免受严格惩罚的保护。在债务人与有过失的情况下,过错程度应有所减轻。如果债权人通过自己的义务违反行为导致债务人违反义务,则债务人的过错承担也应有所减轻。”参见:王洪亮,违约金酌减规则论[J],法学家,2015(3):138-151。

③ 在“江海涛、广州虎牙信息科技有限公司网络服务合同纠纷案”中,一审法院认为:“江海涛违约,恶意明显,拒不执行人民法院生效裁定,拒不到庭接受询问,虎牙公司投入巨大,因江海涛违约造成的用户流失损失巨大,江海涛也因违约获得巨额收益,应由江海涛承担不利后果,若调低违约金,于理不合,于法不容。”二审法院则认为:“江海涛签约时明知订立了违约金计算方式,且知晓斗鱼直播罗列在合同约定的第1.2条排他条款的首位仍要违约去斗鱼平台直播,其违约的故意可见一斑……一审法院根据合同约定、江海涛‘王者荣耀第一人’的地位和价值、虎牙公司的投入、虎牙公司因江海涛违约所遭受的损失、继续履行合同虎牙公司的可期待利益等角度分析支持了虎牙公司有关4900万元违约金的主张合理,本院予以支持。”参见:广州市中级人民法院判决书(2018)粤01民终13951号。

损失无法证明的情况下,也大都以当事人收入作为酌减基准^①。

第二,缔约时双方当事人的经济地位。虎牙公司在缔约时利用其优势地位订立了高额的违约金,虽然违约金因其“惩罚性违约金”的性质而不得以“显失公平”进行撤销,但是在违约金酌减的场合,应将当事人缔约时至事实审最后言词辩论终结前的所有因素均考虑在内,考虑到缔约时双方当事人的经济地位,江海涛可以“显失公平”为由请求对违约金进行相应酌减。综述所述,笔者反对两审法院对全额支持斗鱼违约金的做法,应当对违约金进行司法酌减。

五、结 语

网红经济和直播行业是当前互联网技术和信息通讯技术蓬勃发展之下的产物,但是因为缺乏相应的规制,直播行业存在不少乱象,主播擅自跳槽和平台相互挖角便是其中的主要现象。本文以江海涛(嗨氏)与虎牙公司的合同纠纷为例,来讨论当前网红经济下主播跳槽的损害赔偿问题,特别是其中的“天价违约金”问题。归结这些案件的共性,主要存在以下问题:一是主播违约的认定,二是违约金的计算。通过分析逐步得出,该协议为劳务合同,且合同并非格式合同,但在本案中,江海涛可以“显失公平”为由主张撤销将《高能少年团》的投入作为江海涛的工资收入的补充协议。针对违约金的计算,需要比较平台的实际损失与赔偿的违约金,但是网络主播跳槽中平台损失往往难以计算。对至于违约金酌减问题,笔者肯定实务中对违约金性质的认定,即以“赔偿性违约金为主,惩罚性违约金为辅”。在具体考虑违约金酌减时,应按照《合同法司法解释二》第29条第1款的规定来进行操作,首先应当考虑的是当事人的“实际损失”,然后综合考虑其他因素,即合同履行情况、当事人过错、预期利益、缔约时双方地位等;在考虑“实际损失”时,由于直播平台并非传统公司,其损失往往难以计算,可以按照主播的合同收入来进行计算;或按照合同履行情况即已经实际履行的时间在约定总履行时间中所占的比重;在主播恶意违约的场合,不能否定主播的违约金酌减权,而应考虑平台在主观上是否存在“与有过失”;考虑缔约时双方经济地位,在违约金酌减场合需要考虑缔约时“显失公平”的问题。

参考文献:

- [1] 中国演出娱乐行业协会网络表演(直播)分会,中娱智库. 2017 中国网络表演(直播)发展报告[R/OL]. (2018-02-01)[2019-05-08]. <https://www.useit.com.cn/thread-17929-1-1.html>.
- [2] 广东省广州市番禺区人民法院. 执行裁定书(2018)粤0113 执 1815 号[A].
- [3] 敖鹏. 网红为什么这样红?: 基于网红现象的解读和思考[J]. 当代传播, 2016(4): 40-44.
- [4] 奚路阳, 程明. 试论网红经济及其发展路径: 基于传播逻辑与商业逻辑的双重视角[J]. 企业经济, 2017, 36(12): 102-108.
- [5] 管雅月. 网红直播的兴起、演变路径及盈利方式[J]. 新闻论坛, 2018(5): 49-52.
- [6] 广东省高院. 判决书(2018)粤 01 民终 13951 号[A].
- [7] 郑尚元. 民法典制定中民事雇佣合同与劳动合同之功能与定位[J]. 法学家, 2016(6): 57-69.
- [8] 李海明. 论劳动法上的劳动者[J]. 清华法学, 2011, 5(2): 115-129.
- [9] 杨祥瑞. 网络用户协议中个人信息保护的合同法研究: 以《淘宝平台服务协议》为例[J]. 吉林工商学院学报, 35(3): 99-103.
- [10] 崔建远. 合同法[M]. 北京: 法律出版社, 2016.
- [11] 武腾. 显失公平规定的解释论构造: 基于相关裁判经验的实证考察[J]. 法学, 2018(1): 124-140.
- [12] 朱庆育. 民法总论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2016: 289.
- [13] 姚明斌. 违约金论[M]. 北京: 中国法制出版社, 2018.
- [14] 姚明斌. 《合同法》第 114 条(约定违约金)评注[J]. 法学家, 2017(5): 154-174.
- [15] 最高人民法院. 民事裁定书(2011)民再申字第 84 号[A].
- [16] 王洪亮. 违约金酌减规则论[J]. 法学家, 2015(3): 138-151.

(责任编辑:秦红嫚)

① 在“广州斗鱼网络科技有限公司、胡凯利合同纠纷案”中,二审法院将主播合同收入作为违约金酌减的基准,参见:武汉市中级人民法院判决书(2017)鄂 01 民终 2453 号。而在“董超、武汉斗鱼网络科技有限公司合同纠纷案”中,二审法院亦以类似理由支持了违约金的酌减:“斗鱼公司并非如传统企业通过生产、贸易、服务等方式直接获取利润,故董超的违约行为导致该公司的损失难有直接证据进行计算,但解说合作协议中约定的合作费用可以体现主播的商业价值及协议履行后商业回报的大小。因此合作费用以及协议的履行程度可以作为考量因违约而造成的损失参考依据。原审法院依据董超的服务期限及薪酬标准,酌情确定董超应当支付的违约金,符合协议约定及法律规定,并无不当。”参见:武汉市中级人民法院判决书(2017)鄂 01 民终 4576 号。