

# “全民直播”背景下网络主播跳槽违约责任的承担

——以“张宏发与腾讯公司、虎牙公司合同纠纷案”为例

刘能斌

上海政法学院法律学院，上海

收稿日期：2023年5月29日；录用日期：2023年7月12日；发布日期：2023年7月21日

## 摘要

“全民直播”是互联网技术进步推动直播行业、直播经济发展的结果，在推动文化娱乐、电子商务市场繁荣的同时，其中也存在着许多问题。直播生态内容的违法违规自不待言，同时直播平台之间为争取流量而互挖墙脚、不正当竞争也是其中的重要表现。由主播“跳槽”而引发的“天价违约金”也常常成为公众讨论的热点问题。本文以张宏发和腾讯公司的合同纠纷为切入点，分析主播跳槽后产生的违约责任问题，特别对其中的违约金问题进行梳理和研究，从而关注此类问题在实际案例当中如何应用，以期今后对同类案件的解读、研究提供经验。

## 关键词

网络直播，违约责任，违约金，主播跳槽

# The Network Anchor's Job-Hopping and Breach of Contract Responsibility of Bearing the Consequences under the Background of "Live Broadcasting for All"

—Taking the "Contract Dispute Case between Zhang Hongfa and Tencent and Huya" as an Example

Nengbin Liu

School of Law, Shanghai University of Political Science and Law, Shanghai

Received: May 29<sup>th</sup>, 2023; accepted: Jul. 12<sup>th</sup>, 2023; published: Jul. 21<sup>st</sup>, 2023

## Abstract

“Live broadcasting for all” is the result of the advancement of Internet technology to promote the development of the live broadcasting industry and the live broadcasting economy. While promoting the prosperity of the cultural entertainment and e-commerce markets, there are also many problems in it. It goes without saying that live broadcast ecological content violates laws and regulations. At the same time, live broadcast platforms poach each other and improper competitions in order to gain traffic are also important manifestations. The “sky-high liquidated damages” caused by the anchor’s “job-hopping” has often become a hot topic of public discussion. This article takes the contract dispute between Zhang Hongfa and Tencent as the starting point, analyzes the liability for breach of contract after the anchor quits, and especially sorts out and studies the issue of liquidated damages, so as to pay attention to how such issues are applied in actual cases, with a view to provide experience for future analysis, interpretation and research of similar cases.

## Keywords

Live Stream, Liability for Breach of Contract, Damages for Breach of Contract, Anchor Job-Hopping

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

随着移动互联网，尤其是近些年 5G 技术的推广应用，越来越多的网民通过智能手机、平板电脑等终端更加方便地收看各式各样的互联网直播节目。截至 2021 年 6 月，我国网络直播用户规模达 6.38 亿，与 2020 年同期相比增长 47.2%，占网民整体的 63.1% [1]。

网络直播行业发展迅速发展，在带来巨大流量经济效益的同时，也产生了诸多乱象，如内容低俗猎奇、诱导未成年人消费充值、销售侵权或假冒伪劣产品等。在诸多乱象中，能够直接引起直播平台舆论与流量巨大波动的，便是主播“跳槽”所引发的违约及平台间不正当竞争问题。网络主播对于平台而言，是一种“稀缺资源”，网络直播行业的竞争，实际上就是平台主播资源的竞争[2]。曾被称为“中国直播违约第一案”的韦朕(网名“韦神”)与鱼行天下公司(斗鱼全资子公司)合同纠纷案，湖北高院认定韦朕的跳槽行为构成根本违约，须向鱼行天下公司支付违约金 8522 万元<sup>1</sup>。

## 2. 问题的引出与文献综述

此类游戏主播违约跳槽主要涉及的合同法上的最关键的问题在于由跳槽所产生的巨额违约金问题。针对网络直播行业中的违约，国内学者研究的成果相对较少。而适用于一般情形下的违约金相关问题，特别是违约金的性质与定位，以及违约金的酌减调整问题，则有了一定的研究成果。在违约金的性质与定位这一问题上，姚明斌认为《合同法》第 114 条<sup>2</sup>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

<sup>1</sup> 参见湖北省高级人民法院(2019)鄂民初 32 号民事判决书。

<sup>2</sup> 对应《中华人民共和国民法典》第 585 条，笔者注。

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限定。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[3]。罗昆认为基于功能主义视角，违约金性质应在“单一属性说”的基础上坚持以赔偿性为原则、以担保性为例外做事前判断；赔偿性违约金是否过高应以债权人为观察对象判断，惩罚性违约金是否过高应以债务人为观察对象独立判断。能否并用继续履行或替代履行的损害赔偿取决于违约金所针对的违约事由，整体上与违约金的性质没有必然联系，但可以作为是否应调整违约金的考量因素[4]。在违约金的酌减问题上，韩世远认为法院或仲裁机构在对是否对约定的违约金减额进行裁量时，可将违约金与实际损失之间的差额作为重要的考量因素，但不应作为唯一的考量因素，还应考虑债权人的其他合法权益，比如寻求替代交易的难易程度，是否信赖该合同会依约履行而签订连环合同，另外，也可考虑债务人是否属于故意违约等因素[5]。王洪亮认为违约金的司法酌减问题，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[6]。在现有学者对相关问题丰硕研究成果的基础之上，本文针对“全民直播”背景下的网络直播行业，以张宏发与腾讯公司、虎牙公司合同纠纷案<sup>3</sup>为例研究探讨主播跳槽所产生的合同法上的相关问题。

### 3. “张大仙”与腾讯公司合同纠纷案的引入

#### 3.1. 基本案情

“张大仙”(本名张宏发)与腾讯公司所属直播平台企鹅电竞之间的合同纠纷彼时在互联网直播界当中引起了相当程度的关注。“张大仙”是腾讯热门手机游戏《王者荣耀》的头部流量主播，由于其对游戏本身以及玩法操作、攻防策略的见解与研究，幽默诙谐的直播风格，加之腾讯旗下企鹅电竞的宣传推广，使得其在企鹅电竞平台拥有了大量粉丝并依此得到了大量的直播礼物打赏。其与腾讯公司签订有《入驻协议》与《补充协议》，协议当中约定“张宏发网络主播活动的形式包括但不限于网络出版、演出、解说、直播、访谈、广告、录音、录像等与演艺有关和/或与公众形象有关的任何线上活动，张宏发开展上述主播活动均需征求腾讯公司同意。张宏发不与任何其他同类平台(包括但不限于YY语音、斗鱼、战旗、熊猫、触手、6间房、9158虚拟社区、呱呱视频、ISpeak等语音、视频平台)开展网络主播活动或开展相关相似的任何形式的合作。”关于违约责任，双方约定：“1……6.7、要求张宏发于收到腾讯公司书面通知之日起5个工作日内向腾讯公司支付金额相当于张宏发已经获得的报酬总金额50%~100%的违约金(具体比例由腾讯公司届时依据张宏发违约行为的严重程度单方面确定)，如果上述违约金金额仍不足以补偿腾讯公司损失的，腾讯公司还可以要求张宏发另行给予相应的赔偿。”但是其在2017年8月3日起开始于武汉斗鱼网络科技有限公司旗下“斗鱼网”进行直播。在腾讯公司发出《关于企鹅电竞主播“张大仙”严重违约的公告》后，张宏发在其新浪微博发文，说明其因斗鱼公司开出了更高的足以覆盖其违约金的签约费，从而不再继续履行合同，并由此承担与腾讯公司之间的合同违约责任。

随后腾讯公司向广东省深圳市南山区人民法院对张宏发申请行为保全，南山法院裁定：1) 张宏发不得在企鹅电竞直播平台以外的其他网络直播平台开展网络主播活动或开展相关相似的任何形式的合作行为；2) 斗鱼公司不得以任何方式将张宏发作为其直播主播进行推广或录制、使用、发布(直播或转播)、播放张宏发直播视频内容。但张宏发与斗鱼公司在收到裁定后，并未停止在“斗鱼网”的直播活动。后腾讯公司向深圳南山法院提起诉讼。南山法院在做出判决后，被告张宏发不服，并向广东省深圳市中级人民法院提起上诉。

<sup>3</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。

### 3.2. 案件争点

一审法院认定被告张宏发的行为构成对其与腾讯公司签订的《入驻协议》和《补充协议》的违约。同时也认为张宏发在企鹅电竞的直播行为具有人身依附性，属于债务标的不适于强制履行的情形，认为涉案协议无法继续履行。但一审法院同时支持了腾讯公司提出的张宏发不得在企鹅电竞以外平台开展直播活动或相关相似的任何形式的合作。在违约金问题上，一审法院支持了腾讯公司按照报酬总金额的100%支付违约金，并酌定赔偿腾讯公司300万元损失。二审法院在确认事实后，归纳争点为：1)《入驻协议》及《补充协议》中的排他性条款即张宏发在协议期限内不得到其他同类网站平台从事同性质的网络主播活动的合同效力；2)原审判决认定的张宏发向腾讯公司支付的违约金和损失赔偿是否正确。

关于《入驻协议》与《补充协议》的排他性条款的效力问题。根据双方当事人签署的协议，及双方当事人庭审时的陈述，张宏发与腾讯公司之间的合作模式为：由腾讯公司提供网络带宽和平台资源，张宏发利用自身技术和能力在平台上操作网络游戏，实现众多网友的关注和“打赏”，并进行相应的利益分成。张宏发履行协议的方式是通过自己对于游戏的理解进行操作并通过企鹅电竞直播平台展示的特定行为。换成其他的人完成同样的内容则无法达到同样的效果，即张宏发的履行行为具有人性专属性和不可复制性。正是基于此种性质，双方在上述协议中约定的排他性条款属于确保上述协议能够正常履行并仅在双方当事人之间实现利益分享的核心保障条款。现张宏发违反协议约定，擅自到其他平台从事网络主播活动，腾讯公司作为守约方得以通过司法强制力禁止张宏发的继续从事违约行为。且该排他性条款的内容不属于《中华人民共和国合同法》第110条规定的阻却非金钱债务强制履行的法定情形，故该排他性条款是有效的。被告张宏发主张的该排他性条款约定的合同关系与其同斗鱼公司形成的劳动合同关系不是同一性质，该排他性条款的履行也并未限制其“使用其唯一生存技能获得报酬”的基本人身权利。

关于违约金与赔偿金的数额问题。法院首先对张宏发的行为定性为利益驱使、毫无诚信的违约行为，违反了民法的诚信原则。张宏发首先应当以实际已经收到的419973.26元为基数计算违约金，而非特定指向的“腾讯公司的合作奖励”的15.6万元。支付合同中约定的其获得的报酬总金额的100%，即419973.26元。腾讯公司所主张的200万元违约金，法院以腾讯公司要求继续履行合同而非解除合同，未达到协议中请求支付该笔违约金的条件为由不予支持。关于赔偿腾讯公司主张的700万元的损失问题，法院结合腾讯公司的实际支出成本损失、预期利益损失、张宏发的违约行为，酌定在违约金外另行赔偿腾讯公司300万元。二审法院最终驳回上诉，维持原判。

### 3.3. 核心问题

#### 3.3.1. 排他性条款的争议

网络游戏主播，由于其职业的特点，其在特定的直播平台操作游戏并辅以解说，观众收看游戏解说节目并通过平台的礼物机制为喜欢的主播“打赏”，这些打赏也成为了主播从事游戏直播收入的主要来源。但由于游戏直播行业的快速发展，入行人数的急剧增多，平台为了使得自身收益最大化，会有意地将自身的培养、宣传资源向头部流量主播倾斜，借助主播自身的人气和“粉丝”粘性，实现平台流量的稳定增长。这也意味着一旦主播“跳槽”到其他平台从事游戏直播活动，也势必会将其粉丝和流量引导至其他平台，从而使得自身前期的巨大投入“打水漂”，为其他平台“做嫁衣”。平台在努力倾斜自身资源，培养、扶植游戏主播的时候，往往会在相关合作协议、入驻协议当中与主播约定排他性条款，即在合同约定期限内，该主播不得在其他性质的网络平台从事网络主播活动。特定的主播其对游戏的操作、解说的风格往往是独具特色的，换成另外一个人玩同一款游戏，其直播的节目效果往往就大打折扣甚至大相径庭，相应的这一合同的履行行为就具有人身专属性和不可复制性。主播不到其他平台从事直播相关活动是保障合同能够顺利履行并仅在合同当事人之间实现利益分享的核心保障条款。从商业竞争的角



度来看，和主播约定排他性条款也是平台保证自身竞争力的重要条件，是符合商业习惯和商业逻辑的。本案中，张宏发因利益驱使违反排他性条款，属于重大违约行为。法院对此的判决并不存在争议。

### 3.3.2. 违约金与损失赔偿的计算

近年来由于网络游戏直播行业竞争白热化，一些平台为聚集流量从而提高竞争力，而在自身培养主播收益明显欠佳的前提下，从其他平台“挖来”高流量高人气主播，实现粉丝引流、人气引流、话题引流，无疑是最经济的做法，其往往也乐于支付主播跳槽后与原东家之间产生的违约金与赔偿金，与代为支付的违约金、赔偿金相比，头部主播的巨大人气、流量与话题往往能够带来更高的收益，利害平衡下，“挖人”大战愈演愈烈。近些年主播跳槽遭索赔天价违约金的报道时常见诸报端。而在违约金与赔偿金的计算上，突出的问题就在于违约金过高，以及由此产生的过高的违约金下司法酌减的问题。

在本案中，腾讯公司对张宏发主张的违约金和赔偿金，是分部分予以主张的。第一部分是张宏发违约后，依据收益为基数计算的赔偿金，比例为 50%~100%，腾讯公司主张以张宏发税前收入作为违约金计算的基础，为 538676.8 元，法院根据对合同的解释，认定该项赔偿款应以张宏发实际收到的款项数额为计算基数，即 419973.26 元；第二部分是《补充协议》中腾讯公司解除原协议与补充协议要求张宏发支付的违约金，现腾讯公司要求继续履行合同而非解除合同，故该项违约金未予支持；第三部分则是赔偿损失，在合同中约定为违约金无法补偿腾讯公司损失的差额，腾讯对此主张为 700 万元，一审法院支持的金额为 300 万元，鉴于腾讯公司在二审中未对此提出上诉或异议，可以视作其对该 300 万元赔偿金额的认可。

## 4. 主播与平台企业间合同性质及其解读

在本案中，法院查明的事实当中包括一项，即 2017 年 9 月 30 日，斗鱼公司与张宏发签订《员工劳动合同》，约定斗鱼公司聘用张宏发从事主播工作，每月基本工资为 3500 元。在二审期间，张宏发提供了社保证明，证明其与斗鱼公司之间存在劳动关系。这与张宏发同腾讯公司间签订的《入驻协议》显然是不同性质的两种合同类型。关于网络主播与平台间签订协议之性质，根据直播的样态、具体工作内容与情况，会存在若干差异。

对于网络直播用工关系法律性质的认定，宏观上有两种可适用的法律规范，即民法规范和劳动法规范<sup>[7]</sup>。在司法实务案件中，在未有明确签订劳动合同的情况下，法院倾向于将主播与平台之间认定为构成平等主体之间的民事关系，适用民事法律规范。形成这一现象的根本原因在于网络直播用工和其他各类灵活用工的情况相似，都遇到了劳动关系认定上的瓶颈与困难。在学理上，通常认为认定劳动关系最关键的因素在于“从属性”，包括人格从属性与经济从属性。劳动者在人格上依附于用人单位，听从用人单位的指挥、命令与管理，并提供劳动，此为人格从属性。而经济从属性意味着劳动者以提供劳动的方式，与用人单位之间存在着经济上的依赖关系。具体到网络主播与直播平台之间，也应当依据网络主播所提供服务的形态和特点进行判断，如平台对主播的工作时间、工作地点、工作内容有明确的安排，由平台为主播配置直播所需的电脑、手机、控制台、麦克风等必需设备，网络主播接受平台的考勤、考核、培训，服从直播平台的管理，并由平台按时发放工资及其他待遇，直播发生事故后由平台承担风险。这种情况下，主播与平台间存在明显的依附关系，具备从属性，这种情况下应当认为网络主播与平台之间构成劳动关系。

如上文所述，直播平台在快速扩大自身流量与市场的过程中，往往倾向于“挖人”而非由自己平台培养，这也涉及到如今网络游戏直播用工的不同签约类型，即“明星入驻”式和“平台培养”式。两种模式，都是平台为扩大自身流量与市场份额的路径。但从网络直播实际用工情况来看，其与传统的劳动关系有着较为显著的区别，尤其是在从属性的角度来看，游戏主播将其与平台之间的报酬作为收入主要

生活来源,存在客观上的经济从属性,但是,主播同平台签订合同后,其工作地点往往并非在公司,而是在自己家中,直播的设备往往是由主播自己配置的。工作时间不固定,主播由较大的自由选择工作时间的空间,且主播与平台间也没有使主播受拘束、管理的劳动规章制度,从而应当认为,主播与平台之间并没有人格上的从属性。从双方的利益、风险分配的角度来看,双方均参与利润分配、风险各担,而非劳动关系中劳动者不参与利润分配、风险由用人单位承担。综上所述,这类网络直播用工,主播与平台之间的关系认定为劳务关系或合作关系,相应签订的合同为劳务合同或民事合作合同。

## 5. 违约金的计算问题

### 5.1. 主播跳槽后平台实际损失难以计算

依“损害差额说”,损害即被害人的财产状况,与有损害事故的发生与无损害事故下所发生的差额[5]。具体到本案中,腾讯公司的损失即企鹅电竞平台在张宏发违约前的财产状况与违约后的财产状况的差额。从类型上看,该损失属于履行损害(腾讯公司因张宏发没有履行合同义务所遭受的损害)、所失利益(因张宏发的违约赔偿腾讯公司收益应增加而未增加的额数)、间接损害(张宏发违约导致腾讯公司无法继续提供“张大仙”王者荣耀游戏直播收看服务,影响腾讯公司企鹅电竞平台的正常营业)。

具体到本案中,腾讯公司主张张宏发应赔偿700万元损失,共包括四个部分:1)双方预期可得收益,腾讯公司按照张宏发直播期间平均每月直播间礼物收入乘以违约后仍未履行的18个月,共计97.2万元,且该数额还会随着后期人气提高而有所增加;2)已投入推广资源损失共计222万元及消息推送3万元,共计225万元。3)文章推送、现场活动共计价值300万元。4)经腾讯公司测算,张宏发直播间贷款成本高达1315万元,腾讯公司主张的77.8万元为估算。腾讯公司主张的第1项损失为预期利益损失,第2、3、4项为实际支出成本损失。因腾讯公司在张宏发违约后所受到的损失是客观存在的,但具体详细数目并无法通过量化计算准确得出,根据《合同法》第113条规定,当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定,给对方造成损失的,损失赔偿数额应当相当于因违约所造成的损失,包括合同履行后可以获得的利益,但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。一审法院并未全额支持腾讯公司的赔偿损失请求的数额,而是酌定到300万,不达最初主张的50%。二审法院在裁判中补充说理到,关于腾讯公司主张的损失赔偿范围,腾讯公司虽未能举证其为张宏发宣传行为所支付的对价,但其已举证为张宏发实施了大量的宣传工作。结合网络直播行业的一般性运营成本水平,以及张宏发的违约情形、其在该行业的影响度等因素,确认了原审法院酌定300万元的酌定数额。在此类案件中,由于直播平台并非传统的制造业或服务类型企业,而是互联网企业,其主张的如信息传播的价值、推广所需成本等损失难以通过计算认定。

### 5.2. 违约金的调整

我国《民法典》第585条(原《合同法》第114条)规定了违约金的“酌减规则”,即在约定违约金过分高于造成损失的情况下,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构适当减少。最高人民法院曾对于该条在《合同法司法解释二》第29条做出解释,当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的,人民法院应当以实际损失为基础,兼顾合同履行情况、当事人的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,并做出裁决。同时解释中还指出违约金高于造成损失30%的,为“过分高于造成的损失”。司法实务的观点也是将实际损失作为基础,兼顾其他因素进行调整。但对此,有学者对此有不同观点,王洪亮教授认为,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,考虑债权人基于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[6]。

回到本案中,腾讯公司主张的各项违约金与损失赔偿,法院均根据第 114 条及合同法司法解释二第 29 条之规定,选择性地予以支持。第 29 条的精神在于考虑当事人的“实际损失”确定违约金,但如上文所述,以直播平台为代表的互联网公司,其损失难以计算,在此情形下可以当事人的合同收入作为酌减的基准。尽管对依照《入驻协议》计算的 53 万余元违约金重新确定了计算基数,即张宏发实际收到的收入,但此处法院仍考虑了张宏发系故意违约,主观恶性较大,支持了腾讯公司按照协议约定的 50%~100%比例取最高(100%)来主张违约金。但对于腾讯公司主张的另外 200 万元违约金,法院则根据腾讯公司实际要求合同继续履行的主张(而非解除合同),对该笔违约金未予支持。最终确定违约金为 419973.26 元。

## 6. 结语

“全民直播”现象的形成,依靠的是互联网技术蓬勃发展的推动,“全民看直播”“全民做直播”也正是“全民直播”的生动写实。直播行业的兴起,同时带动了电竞、电商、物流、经纪等行业,由此也为社会创造了大量的就业岗位。但蓬勃发展的背后由于缺少相关法律法规的规制,主播跳槽引发的法律、舆论等纠纷即为直播行业乱象的典型代表。本文以张宏发与腾讯公司、虎牙公司合同纠纷为例,来讨论网络主播跳槽后违约责任承担的问题,主播与平台之间,在通常情况下,不构成劳动关系,而构成合作关系或劳务关系。对于“排他性条款”是否具有效力这一问题上,基于互联网直播的行业特点及正常的商业竞争逻辑,主播与平台之间达成“排他性条款”是合法有效的。本文重点结合案例讨论了主播跳槽过程中的违约金和损害赔偿问题,考虑到互联网企业由此产生纠纷所造成的实际损失难以计算,故在依照合同确立的违约金数额或计算方法,最终确定违约金的同时,应当以尊重当事人意思自治为原则,以诚实信用为指导,综合考虑合同的履行情况、网络直播行业的特点、主播的过错与恶意等综合确定违约金数额。

## 参考文献

- [1] 艾媒咨询. 2022 年中国直播行业发展现状及市场调研分析报告[EB/OL]. <https://mp.weixin.qq.com/s/31A56MEsPF2RqHQn9J-UIQ>, 2022-04-18.
- [2] 杨一凡. 论网络主播与 MCN 机构的法律关系界定[J]. 娱乐法内参, 2022(21): 2.
- [3] 姚明斌. 《合同法》第 114 条(约定违约金)评注[J]. 法学家, 2017(5): 154-174.
- [4] 罗昆. 违约金的性质反思与类型重构——一种功能主义的视角[J]. 法商研究, 2015, 32(5): 100-110.
- [5] 韩世远. 合同法总论[M]. 第四版. 北京: 法律出版社, 2018: 778-832.
- [6] 王洪亮. 违约金酌减规则论[J]. 法学家, 2015(3): 138-151.
- [7] 董兴佩, 李明倩. 网络直播用工劳动关系认定研究[J]. 山东科技大学学报(社会科学版), 2021, 23(6): 38-45.