

# 论《民法典》视野下网络服务合同的认定及规范适用

## ——以泛娱乐网络直播打赏为例

狄行思

**摘要：**我国《民法典》合同编并未将服务合同有名化，实践中对服务合同的认定依据亦缺乏可操作性规则。服务合同依学理大致可分为委托型服务合同、承揽性服务合同和保管型服务合同，实践中应该根据网络平台的服务内容及商业模式，将其纳入某一类服务合同类型，而非简单将其归纳为非典型服务合同。随着网络直播行业的兴起，网络直播打赏的性质在司法实践中多存争议。网络直播打赏关涉用户、主播与平台三方法律关系，平台向用户提供信息共享和娱乐消费服务，成立双务有偿的网络直播服务合同，可归于承揽型服务合同的大类别。网络直播服务的对价不仅包括平台提供的功能性服务，还包括深层次的精神满足，二者均构成打赏所形成的对价。网络直播打赏存在效力瑕疵的情况下，用户与平台订立的网络服务合同确定有效，但物权行为是否有效则涉及善意取得的适用。用户的打赏数额只须法律上的充分性，无须在金钱价值上内容等值，此亦符合《民法典》合理对价要求和私法自治原则，保障网络直播行业健康有序发展。

**关键词：**服务合同；效力瑕疵；直播打赏

[中图分类号] D923.6 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2022) 03-0084-15

《中华人民共和国民法典》（下称《民法典》）规定了 19 类典型合同，其中保证合同、保理合同、物业服务合同和合伙合同为新增类型，而服务合同未能纳入合同分编予以立法层面的类型化。尽管有观点认为服务合同应在《民法典》中予以有名化对待<sup>〔1〕</sup>，但因服务合同繁杂综合的特性及我国立法习惯，最终未予以类型化处理，而是将一部分单列为典型合同。在这种情况下，《民法典》明显欠缺服务合同认定一般规则的供给，仅有合同分编中的承揽合同、建设工程合同、运输合同、委托合同、物业服务合同，可以作为服务合同的特殊样态予以参照。但新的服务类型层出不穷，

【作者简介】狄行思，香港大学法学院博士研究生。

〔1〕周江洪：《作为典型合同之服务合同的未来——再论服务合同典型化之必要性和可行性》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 1 期；谢鸿飞：《民法典的外部体系效益及其扩张》，载《环球法律评论》2018 年第 2 期；方新军：《关于民法典合同分则的立法建议》，载《交大法学》2017 年第 1 期；战东升：《民法典编纂视野下的服务合同立法——日本立法经验及其借鉴》，载《法商研究》2017 年第 2 期。

特别是随着互联网时代的到来，网络直播作为一种新型娱乐服务走入公众视野。<sup>(2)</sup>作为移动互联网的“风口产业”，网络直播以其互动性、开放性和即时性优点，愈发深入人们的生活中。自新冠肺炎疫情后，这种足不出户的娱乐形式也成为更多网络用户的选择。根据中国互联网信息中心的统计数据显示，截至2020年12月末，中国网络直播用户规模达到了6.17亿人，比2018年12月末增加了2.2亿人。<sup>(3)</sup>不过，网络直播服务中出现的法律争议日渐增加，近五年来，有关网络直播打赏的民事和刑事案件已经多达六百余件，且仍旧呈现不断增长的态势。<sup>(4)</sup>实际上，探究对网络直播特别是打赏问题进行规制，实质上关涉在《民法典》合同编体系下，互联网服务合同的认定依据及法律适用问题。笔者从泛娱乐直播行业商业模式入手，讨论《民法典》中服务合同的一般认定规则及实践依据，以期为相关司法实践提供些许指引。

## 一、问题的提出

一般而言，服务合同即指全部或者部分以劳务为债务内容的合同。<sup>(5)</sup>关于服务合同的类别，一直以来有“超大服务主义”“大服务主义”“中服务主义”“小服务主义”和“个别服务合同主义”等观点<sup>(6)</sup>，区别在于服务能够囊括的范围，如若采超大服务主义或大服务主义，委托、承揽等有名合同亦可囊括在内，这一争议也导致了服务合同很难作为有名合同。不过，目前学界基本已形成服务合同属于一类独立合同的共识，而在实践中，服务合同类型通常根据人们的生活观念确定。随着社会日新月异，新交易模式、服务样态层出不穷，在缺少服务合同一般规则的背景下，应如何解决非典型服务合同认定问题难有明确规则。

学理上看，服务内容可以大致被分为“服务型工作”和“物型工作”<sup>(7)</sup>，但这种分类在瑕疵担保责任制度、债务不完全履行规则上无法完全分别一致，而以“结果之债”或“方式之债”区分，对于品质标准、数量范围、履行程度同样存在模糊之处。而根据生活观念确定合同类型是一种依靠经验主义判定合同类型的方式，带有极大的不确定性，同时需要司法工作者对特定商业模式有着深入理解。因此，不论是学理上还是实践中，对此问题均欠缺系统理解。我国《民法典》颁行实施后，这种困境愈发凸显。在此背景下，网络直播服务作为互联网服务中的典型，

---

【2】一般而言，网络直播可以与多种业态有机结合，形成“直播+”结构，但就功能而言，其大致可分为两大类型，一类是娱乐性质较强的泛娱乐直播，包括YY直播、一直播等娱乐直播，以及虎牙直播、斗鱼直播等游戏直播；另一类则是以电商、体育、教育等为主的非娱乐性直播，例如淘宝直播、PP直播、51Talk等。就盈利模式而言，直播平台的盈利模式主要包括打赏分成、会员订阅、广告收入、自营电商收入等，其中，泛娱乐平台的核心营收主要为直播打赏或者广告分成，而电商平台的核心营收则为佣金分成。本文研究对象为以直播打赏为主要收入来源的国内泛娱乐网络平台。

【3】前瞻产业研究院：《2021年中国网络直播行业市场现状及发展趋势分析》，2021年3月。

【4】在中国裁判文书网(<https://wenshu.court.gov.cn/>)检索关键词“直播”+“打赏”，可检索到民事案由596件，刑事案由33件，且2020年以来的案件已高达400余件。

【5】周江洪：《服务合同在我国民法典中的行为及其制度构建》，载《法学》2008年第1期，第76-83页。

【6】杨立新：《网络交易平台提供服务的损害赔偿责任及规则》，载《法学论坛》2016年第1期，第85-92页。

【7】周江洪：《服务合同的类型化及服务瑕疵研究》，载《中外法学》2009年第1期，第655-670页。

其性质认定不是纯粹的教义学探讨，而在很大程度上关涉《民法典》合同编体系性适用问题。

解决此类问题，如若从实践中备受争议的问题出发，或可以事半功倍。网络直播服务产生的纠纷因数量激增，关于网络直播打赏的法律讨论趋于系统化。目前，学界有如下问题备受关注：首先，关于网络直播打赏这一法律行为的定性，主流观点分为服务合同说与赠与合同说，核心争议点集中在该法律关系中是否存在对价。赞同服务合同说者认为，直播打赏对应的服务内容属于混合服务，包括思想和物的综合交易。<sup>(8)</sup>不论是事前打赏还是事后打赏，即便存在商业模式的差异，也都存在对价，只不过服务费用的对价权转移给了服务接受方，由服务的接受方决定支付的价格。同时，每一次打赏都是单独的服务合同，不应当累计金额。<sup>(9)</sup>而支持赠与合同说者则认为，用户充值为购买虚拟礼物的行为，打赏即向主播转移虚拟礼物，观众和主播不具有受到服务合同拘束的意思，且双方所负担的义务不构成对价。<sup>(10)</sup>同时，也有少数学者认为网络直播打赏的性质应当依情况而定。<sup>(11)</sup>但实际上，这类讨论仅从法律行为的外观入手，没有与平台经济商业模式的实质性特征相结合，同时，服务合同与赠与合同的本质区别是否在于有无对价，目前仍缺乏理论论证成。

随着研究的逐步深入，特别是未成年人打赏、夫妻一方未经配偶同意使用夫妻共同财产打赏、以犯罪所得打赏等案件的增多，学界和实务界还对网络直播打赏中的效力瑕疵问题进行了广泛讨论。经检索，法院一般会在此类案例的判决中讨论网络直播服务的法律性质、打赏行为是否属于效力待定或无效合同、该打赏行为是否可以撤销等问题。不过，从近三年来的类似案例来看，同案不同判的问题仍广泛存在。

厘清网络服务合同的判定规范及法律适用，并由此客观分析网络直播服务中的民事法律关系，正确认识和定位直播打赏的法律定性，具有现实迫切性。笔者以泛娱乐直播行业的商业模式为例，围绕网络直播服务及打赏的商业环节，探究网络服务合同的一般性认定依据及法律适用问题。为此，首先要对网络直播行业的商业模式有正确深入的理解，进而分析网络直播打赏涉及的法律纠纷如何适用《民法典》合同编及其他相关法律规范，剖析其他类似服务合同的认定规则和法律适用。同时，针对现实中常出现的直播打赏效力瑕疵等问题，笔者将相关案例作类型化处理，探究该处分行为存在效力瑕疵时司法机关的处理，归纳司法实践对直播打赏法律性质的观念转变。针对同案不同判的现象，笔者主张应尽快形成统一观点，不仅应平衡各当事人间的利益，还应将维护商业社会的安全和效率作为原则和目标。

---

(8) 潘红艳、罗团：《网络直播打赏的法律性质认定及撤销权行使》，载《湖北警官学院学报》2018年第4期，第92-99页。

(9) 姚欢庆：《直播打赏的法律思考》，载法治网2021年3月3日，[http://www.legaldaily.com.cn/index/content/2021-03/03/content\\_8445981.htm](http://www.legaldaily.com.cn/index/content/2021-03/03/content_8445981.htm)。

(10) 程啸、樊竞合：《网络直播中未成年人充值打赏行为的法律分析》，载《经贸法律评论》2019年第3期，第1-15页。

(11) 贾良缘：《网络打赏的法律性质研究》，载《法制与经济》2020年第9期，第76-78页。

## 二、网络服务合同的认定路径及规范适用

一般而言,合同有名化的意义在于便于法官“找法”、维护私法的稳定、利于合同类型的创新、促进合同法体系性和科学性等,但在判断具体交易类型时,不能简单机械地将其归入某个类别,还应通过探求当事人真意、衡量效益等进行整体性评价。<sup>[12]</sup>作为无名合同中的一个典型类型,服务合同因其内涵丰富且形式多样,在很多情况下糅合了其他有名合同的属性,但在法律关系认定、合同履行和责任承担上,其无法完全适用某一类有名合同的规则。实践中,人们已将多种服务合同确定为典型的服务合同,即无名合同中的典型合同。随着互联网时代的到来,网络为人们提供了更加丰富多样的服务形式,其中网络直播服务似乎成为服务合同中的一种非典型形式。以下以网络直播服务为例探索服务合同的本质特征及认定依据,以及其他类型网络服务合同的认定及规则适用是否能形成统一路径。

### (一) 服务合同的立法模式

从历史上看,无名合同的产生解决了合同须局限于特定的交易种类的问题,最初指“一方当事人允诺给某物或者做某事,以换取对方当事人的一个类似的允诺”。<sup>[13]</sup>这种允诺的强制执行效力指向对等之给付,由此强制执行允诺被视为合同的一般法律基础,并在普通法系和大陆法系中分别建立。<sup>[14]</sup>综观国内外对于服务合同的立法模式,服务合同法律规制分为类型化模式和基本型模式。类型化立法模式指在服务合同这一总体架构下设立基本类型,例如在《欧洲示范民法典草案》的框架下,服务合同有一般性规定,其被定义为“一方当事人承诺为他方当事人提供服务的合同”,主要指以服务换取报酬的合同,只有“经适当调整”,才可适用于无偿服务合同。同时,《欧洲示范民法典草案》第IV.C-2:101条规定,服务提供人是经营者的,经营者有权获取价款。<sup>[15]</sup>而基本型立法模式则仅设立基本类型规则,另外在其他独立章节中设定法律适用规则。目前,我国实务中对服务合同的规定,仿照德国和日本的模式,将服务按照一定标准作类型化处理,再确定个别服务类型。

我国《民法典》合同编通则第467条第1款延续《中华人民共和国合同法》(已废止,下称《合同法》)第124条的规定,一般被认为是非典型合同的法律适用依据。该条云,非典型合同应适用合同编通则的一般规定,同时可以参照适用合同编或者其他法律最相类似合同的规定。基于实践

[12] 宁红丽:《论合同类型的认定》,载《法商研究》2011年第6期,第90页。

[13] E. Allan Farnsworth, *Farnsworth on Contracts*, Third Edition, Aspen Publishers, 2003.

[14] F. H. Lawson, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*, University of Michigan 1955; P. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford University Press, 1979.

[15] *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, CCBE, [https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality\\_distribution/public/documents/EUROPEAN\\_PRIVATE\\_LAW/EN\\_EPL\\_20100107\\_Principles\\_definitions\\_and\\_model\\_rules\\_of\\_European\\_private\\_law\\_-\\_Draft\\_Common\\_Frame\\_of\\_Reference\\_DCFR\\_.pdf](https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles_definitions_and_model_rules_of_European_private_law_-_Draft_Common_Frame_of_Reference_DCFR_.pdf).

中服务性消费的普遍性,有人主张构建以消费者型服务合同为中心的服务合同一般规范。<sup>[16]</sup>但是,我国《民法典》采取的是“个别服务合同主义”的立法模式,即只对部分的服务合同依一定标准进行有名化规定。此种立法模式力求涵盖社会中尽可能多的合同类别,尤其考量服务合同的典型性及重要性程度,是决定其能够被纳入《民法典》有名合同体系内的重要依据。在这种立法模式下,非典型服务合同作为脱离合同分则大框架的一类,须依照其特性进行系统性分析,之后才能参照适用合同编通则的规定。同时,非典型合同有其自身的特殊性,因此应更关注其特性问题。<sup>[17]</sup>

我国有关服务合同的规范体系与日本民法相似,因此有学者提出可以借鉴日本服务合同类型化的理论,将服务合同分为承揽性服务合同、委托型服务合同、保管型服务合同。只不过,网络服务合同很多时候难以被纳入其中任何一种类型,似只能归于非典型服务合同。对于非典型合同的法律适用问题,《民法典》第467条的立法逻辑是,在对法律行为进行准确性的前提下,再确定该合同最接近何种典型合同,之后参照适用该有名合同的规范。还须注意的是,非典型服务合同不可避免地适用严格责任规则,会对债权债务双方产生重大影响。实际上,由于服务的本质是劳动与报酬的交换,此时就需要审视网络服务是否构成“结果与报酬的交换”,根据平台商业模式的不同,尽可能将其归入三大类服务的体系内。因此,在互联网服务这一语境下,确定平台上各类法律行为的性质至关重要,同时须对平台经济的模式有较为清楚的认知。以下以网络直播服务合同为例,探究互联网服务合同认定的一般依据。

## (二) 网络直播服务中的法律关系

《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》依据平台的连接对象和主要功能,将平台分为网络销售类、生活服务类、社交娱乐类、信息资讯类、金融服务类和计算应用类。尽管功能各异,但从商业模式上看,互联网服务一般均满足以下特征:在宏观上,平台、第三方服务者与用户共同构建出某一平台经济的商业模式。从外部视角看,平台能够提供的服务具有综合性特征。以网络直播为例,一般而言,网络直播的产业链分为内容提供、内容分发和内容观看三个环节,其中直播平台位于产业链中游,属于内容分发方。<sup>[18]</sup>在该产业链中,不论是对用户还是主播,直播平台提供了一系列综合性网络服务,建立起综合社区的社区秩序和规则:一方面,平台为主播提供了线上直播场地,根据与主播签约模式的不同,平台与主播间形成经纪关系或合作关系;另一方面,平台也为用户搭建了体验互动式情景式直播的场地,为其提供各类直播观看服务、技术支持和保障、客户服务以及平台自制内容等。用户只须完成注册程序,就可获得进入这一场地观看的机会。用户与平台之间签订的《用户注册协议》对双方权利义务作出具体安排,二者由此形成网络服务法律关系。

[16] 占东升:《民法典编纂视野下的服务合同——日本立法经验及其借鉴》,载《法商研究》2017年第2期,第132页。

[17] 谢鸿飞:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第639页。

[18] 东方证券:《马太效应加剧,头部平台盈利加速提升——游戏直播行业深度报告》,载东方财富网2018年9月13日,[https://pdf.dfcfw.com/pdf/H3\\_AP201809131194592567\\_1.pdf?1536829673000.pdf](https://pdf.dfcfw.com/pdf/H3_AP201809131194592567_1.pdf?1536829673000.pdf)。

从交易流程上看，在很多情况下，用户需要在平台充值或付费才能享受平台的很多功能。此时，用户与平台签订了《用户充值协议》，其购买的“平台货币”一般界定为虚拟财产。我国《民法典》第127条赋予了网络虚拟财产的财产权客体地位，这种虚拟财产对应的是网络服务提供者向权利人给付的服务行为<sup>〔19〕</sup>，其价值依赖于本身附随的法律和经济意义。在互联网经济模式下，网络交易已非传统的“一手交钱、一手交货”的模式，用户在充值时实际已经完成了消费，其充值的金额通常可无期限或者在固定期限内向网络服务提供者主张服务兑现。具体到网络直播这一具体情境下，用户购买了平台货币后，其可以此向直播平台主张一系列完整的、具有相互关联的服务，使用这种虚拟财产购买礼物和道具的行为，是用户享受网络直播服务的一个环节。用户将道具和礼物“支出”的同时，获得的不仅包括主播提供的相关服务，且享受到平台提供的独特的礼物设计和礼物特效，以及相关头衔、特殊的标志，还可以享受贵宾待遇，并能够在直播间的贡献榜中显示自己的名字。

由此可见，互联网平台是具备互动特性的综合性社区，其提供的网络服务，不仅包括向不特定多数人提供的标准化服务，还包括向购买并支出了虚拟财产的用户提供的专属性服务（即对应后文所述的基础服务和升级服务类型），且多数互联网平台亦符合这种商业模式。这种综合性致使平台交易法律关系呈现辐射性和牵连性特定，也正是因为非强制性内容的网络服务合同，才成就了这种平台经济。在该经济模式下，平台起到核心的组织、运营及内容分发功能，而用户则可根据自身需求进行选择。因此，从服务合同的内容上看，网络直播平台及其有合作关系的第三方，为用户提供的更类似于一种承揽型服务，即提供平台的特定功能，如网约车平台、外卖平台、销售平台等，且这类承揽型服务的报酬在很多情况下具有灵活性特性。不过，因平台的商业模式的不同，有时平台与用户间形成的则是委托型服务。

### （三）网络直播服务合同的特性及规范适用

根据2021年2月出台的《关于加强网络直播规范管理工作的指导意见》，“建立直播打赏服务管理规则，明确平台向用户提供的打赏服务为信息和娱乐的消费服务”。该意见确定了网络平台向用户提供的服务类型，二者本质为消费关系。作为服务合同的下位概念，网络直播服务不仅受到服务合同一般规则的限制，还受到直播服务合同规则的特殊约束。因此，从服务合同的角度看，其客体为具有无形性特征的服务，一般以亲自履行为限，服务合同在成立、履行以及解除、违约责任等方面，具有如下独特性。

第一，在网络直播服务合同的成立方面，由于平台与用户之间信息具有不对称性，相较于物的买卖合同，某些服务合同的服务对服务人技能、专业和能力等资质条件要求较高，因此平台通常会履行信息公开的先合同义务。同时，由于服务的无形性，合同内容往往具有不确定性，难以评价服务品质，这就需要在该服务合同中尽可能细化主体的义务和责任，以便于对合同履行情况

〔19〕 陈甦主编：《民法总则评注》（下册），法律出版社2017年版，第885页。

作适当客观的评价；不过，在比较法上，回归合同形成的基础，一个对价可以支持许多允诺，进而只要为了与允诺相交换而提供的东西中有一部分符合对价的要求，那么即使其他部分不构成对价也无妨。第二，在履行方式上，服务合同受制于特定服务人限制，以“亲自履行”为原则。网络直播打赏针对的是特定平台上的特定主播，对主体有严格限制，一般不能替代履行。这种合同是在各方互相信任的基础上成立的，用户选择对特定主播进行打赏，是因为对该主播的服务满意，与该主播产生了信赖关系。第三，在合同解除后和违约责任方面，服务合同的解除一般不具有溯及力，服务合同当事人享有任意解除权，限制适用合同解除引起的恢复原状民事责任。<sup>(20)</sup>网络直播服务合同的履行具有即时性，用户打赏行为和主播、平台提供服务行为，双方履行是同步进行的，当发生合同解除时，平台返还财产数量应酌情考虑合同履行程度、双方过错等因素。

同时，网络直播服务合同在法律适用方面，受到以下三方面的限制。首先，买卖合同规范准用《民法典》第646条的规定，网络直播打赏实为用户自愿向平台支付一定货币，换取平台及第三方的个性化服务，用户与平台成立的是消费关系，网络直播服务合同可以参照适用买卖合同相关规范。其次，网络直播服务合同适用合同编通则规范。申言之，网络直播服务合同适用合同成立与生效、合同效力、合同履行、合同保全、合同变更与转让、合同权利义务终止以及违约责任等通则规定。最后，网络直播本质是用户向平台购买服务进行网络交易，还应受到《中华人民共和国消费者权益保护法》的规制。用户在平台购买服务也应认定为消费者，对其第2条“为生活消费需要”的界定应从宽。<sup>(21)</sup>用户享有自主选择主播、选择平台产品和服务类型的权利，还享有知情权、安全保障权、公平交易权、信息得到保护权、获得赔偿的权利和监督权等。同时，平台负有安全保障义务、提供真实全面信息义务、听取意见接受监督义务、服务质量担保义务等。

### 三、网络服务合同“对价”的体系性解释

从商业模式及服务内容角度确定网络平台与用户建立的服务合同类型，具有逻辑合理性。但这类承揽型服务的对价为何，值得探寻。如上文所述，强制执行允诺是合同的一般法律基础，对价自16世纪起作为一个技术概念予以适用，成为决定一个允诺是否可以强制执行的判断标准。在衡平交易原则下，对价是经当事人充分考量后，让度自身利益来换取他人做某事的承诺并使各方获得补偿。<sup>(22)</sup>因此，对价作为服务合同中不可或缺的要件，同样在网络服务合同中具有重要意义。网络平台的内部生态系统中，持有“平台货币”在某种意义上可以看作是用户向平台主张债权的权利凭证。<sup>(23)</sup>不过，不同平台上的虚拟财产也呈现出一定的区别。例如，相较于部分游戏账号中

(20) 周江洪：《服务合同在我国民法典中的定位及其制度构建》，载《法学》2008年第1期，第81页。

(21) 杨立新：《网络交易中的消费者之民法定位》，载《财经法学》2016年第5期，第33页。

(22) 徐璋：《知识产权的正当性——论知识产权法中的对价与衡平》，载《中国社会科学》2003年第4期，第144-154、207页。

(23) 陈旭琴、戈壁泉：《论网络虚拟财产的法律属性》，载《浙江学刊》2004年第5期，第143-147页。

的虚拟财产而言，直播平台中的虚拟财产几乎不存在动态扩张的特性，因此物权化特征较为明显。以下从直播网络平台消费的角度，进一步阐述网络服务合同中的对价。

### （一）网络直播打赏的法律定性

一直以来，网络直播打赏的法律定性存在争议，大致分为服务合同说与赠与合同说两种观点，前者是双务有偿的，后者是单务无偿的。笔者认为，网络直播打赏不能契合赠与合同的构成要素。我国《民法典》合同编第 657 条规定：“赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。”首先，从构成要件上看，直播打赏这一法律行为并不满足赠与合同的构成。赠与合同涉及财产所有权的转移，如果将用户的打赏行为看作是赠与合同，那么赠与的应当是其用虚拟财产购买的道具和礼物，但道具和礼物到主播的账号中，不能直接兑换成人民币，其更类似于一种在平台内结算的工具，未发生财产所有权的直接转移，因而不符合赠与合同中赠与标的物交付的特点，而是一种商业模式中的合作费用结算方式。其次，赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与，但在通常情况下，用户充值后平台并不提供退还或逆向兑换服务<sup>〔24〕</sup>，充值行为具有封闭性和单向性特征，是消费的预备行为，而使用平台虚拟货币购买礼物和道具的行为，则是消费的实际发生行为。

同时，直播打赏也不构成《民法典》合同编第 661 条规定的附义务赠与。附义务的赠与也称为附负担的赠与，是赠与人在赠与时使受赠人对赠与人或第三人负担一定义务的赠与，但是这种负担并不构成双务合同中的对价给付。<sup>〔25〕</sup>首先，一般而言，附义务的赠与中，受赠人负担的给付价值不得超过赠与物的价值，否则合同丧失无偿性。在直播打赏的过程中，用户的消费金额实际是自由决定的，特别在部分服务难以有明确的市场定价时，用户的消费金额并不一定存在一一对应关系，这一点从主播收入中可见一斑，以游戏直播为例，2020 年各游戏直播平台热度前一千的主播收入占平台收入大致三成左右。<sup>〔26〕</sup>因此，直播作为一种商业模式、平台用户作为一个消费整体，亦无法用附负担的赠与囊括进去。其次，在附负担的赠与中，仅在赠与人先为给付后，受赠人才有履行负担的义务。但直播打赏通常是在主播进行直播行为后，用户才进行打赏。总体上看，平台和主播共同作为直播内容的输出者，在直播经济中起到支撑作用。主播的表演是传统表演的互联网化，主播与用户依靠平台进行即时互动，同时打赏具有利润驱动性，促使主播能够提供更优质的服务，促进良性循环，这与传统的到茶馆听相声、到剧院看演出本质相同，都是表演者依靠自身才能进行展示，只要表演内容合法，不违背公序良俗，则其收益应当得到保护。<sup>〔27〕</sup>主播作为当今社会中的一种职业，也存在着激烈的竞争关系。为了呈现出较好的直播内容，主播须付出大量时间精力参加培训，许多主播亦通过专业的直播经纪公司逐步培养发展起来。在这一过程

〔24〕 参见《YY 充值服务协议》第 5 条、《虎牙充值服务协议》第 4 条、《花椒直播用户充值服务协议》第 4 条等。

〔25〕 谢鸿飞、朱广新主编：《民法典评注：合同编 典型合同与准合同》，中国法制出版社 2020 年版，第 338-339 页。

〔26〕 艾瑞咨询：《2020 年中国游戏直播行业研究报告》，载艾瑞网 2020 年 7 月，[https://report.iresearch.cn/report\\_pdf.aspx?id=3625](https://report.iresearch.cn/report_pdf.aspx?id=3625)。

〔27〕 韩丹东、梁晨：《自愿打赏符合网络服务合同特征》，载法制网，[http://www.xinhuanet.com/legal/2020-07/04/c\\_1126195396.htm](http://www.xinhuanet.com/legal/2020-07/04/c_1126195396.htm)。



中,不管是经纪公司还是主播自身,都需要投入大量时间成本和物质成本。因此,这种直播生态正是在利益驱动下,主播和平台将传统的表演服务互联网化,加上科技手段为用户提供更好的服务体验。

曾有观点认为,直播打赏类似于传统街头卖艺的盈利模式,用户不打赏也能享受到直播服务,打赏具有自愿性特征。这种观点陷入的误区是,没有正确理解单一个体的表演和群体性规模化表演的区别,亦未理解平台经济的本质,即这种表面上的自愿实际是选择不同服务内容的自愿,是一种消费选择权。应注意到,用户在打赏之后实际也获得了升级服务的内容,这一内容是具有持续性特征的。用户与主播间的网络服务合同并非没有对价,而是没有固定对价。比较法上的规定也类似,例如《欧洲示范民法典草案》中就有示例,当事人未确定价款的事实并不意味着合同不成立,原因可能是一些服务在订立合同前是无法确定价款的。<sup>(28)</sup>根据服务类型的不同,价款的确定方式也很多样。具有非强制性付费特征的商业模式,在互联网行业中并不鲜见。用户在享受某一服务时,仅须完成注册程序,享有基础服务内容往往不需要付费,但付费可以获得升级体验。例如,在电商平台中会员用户可以享受优先发货、会员专享产品等,在游戏平台中会员用户可以获得更优良的装备、精美的皮肤和界面等。实际上,这种灵活、机动的商业模式,恰恰体现了互联网服务的个性化特性。

## (二) 网络直播打赏中的对价辨析

从经济学角度出发,对价表现为交换价值,其根本属性是商品的使用价值,不过在交易过程中会根据双方的需求产生较大的波动。从法律角度看,对价是相对允诺(return promise),对价原则也成为合同法的理论基础之一。<sup>(29)</sup>同时,对价并不意味着当事人间须就协议的每项具体条款进行实际磋商。一般而言,主播通过开立直播间、开始直播活动,向用户发起网络服务合同的要约,而用户默认留在直播间视为接受主播的要约。用户支出虚拟财产后,获得的是具有商品经济属性的服务,这一网络服务合同囊括范围甚广,用户可以主张的债权,不仅是针对平台的各种技术服务,还针对平台和主播提供的直播服务等。具体而言,直播平台提供的服务主要包括如下两类。

### 1. 基础服务

基础服务即用户能够直接体验到的视听互动,包括观看网络表演、感受主播魅力、平台提供的技术服务,例如页面设计和礼物特效,与主播及其他用户间的互动服务,以及在这一过程中收获的心理满足和精神享受<sup>(30)</sup>,这些都是主播服务带来的使用价值。其中,用户购买的道具和礼物

---

(28) 相似的规定还有《奥地利民法典》第 1152 条,英国 1982 年《商品和服务供应法》第 15 条第 1 款,芬兰《消费者保护法》第 8 章第 25 条,《法国民法典》第 1710 条,《意大利民法典》第 1655 条,《荷兰民法典》第 7:750 条第 1 款以及第 7:764 条,《葡萄牙民法典》第 1154 条,《西班牙民法典》第 1544 条。

(29) Melvin Aron Eisenberg, *The Responsive Model of Contract Law*, 36 *Stanford Law Review* 1107, 1107–1112 (1984).

(30) 价值既包括功利价值,更包括超越其上的人的内在的精神价值。参见张建云:《马克思“价值”范畴的深层解读》,载《马克思主义研究》2016 年第 9 期,第 43–51 页。笔者主张认可精神价值本身带来的交换价值,这种交换价值在商品经济中直接可以体现为物质交易。

是产生并储存于平台数据库中的数据信息等衍生物。这些基础服务对应的只是一种浅层互动，用户仅需要注册账号并进入直播间，即可享受到基础服务。不过，这一基础服务并非没有对价，用户本身具有流量价值，其在观看直播的同时，正是以该价值作为对价换取服务，用户留在主播的直播间即默认接受了以自身流量价值为对价换取基础服务的要约。

## 2. 升级服务

除上述的浅层互动外，升级服务还包括了具有直接商业价值的服务，例如个性化服务、引流广告等。个性化服务即定制化表演服务选择权，打赏者往往可以通过打赏而获得定制化服务的选择权，如打赏后进行点歌等。而引流广告的作用则体现在当用户进行高额打赏之后，如果用户能成为主播打赏榜单中的前几名，这种曝光就可以为用户直接带来广告宣传作用。

升级服务项下也包含着用户更深层次的情感满足，在其他用户的围观下，用户与主播及其他观众间的社会融合、用户在观看直播中得到的自我认同与释放压力，以及满足获取信息和知识的需求。<sup>(31)</sup> 显而易见，付费用户通过打赏可以获得深层互动，获得深度的情感交流，这种精神满足也被部分法院认定为增值服务，从而间接肯定了精神满足的物质价值。<sup>(32)</sup> 具体来看，打赏者进行打赏后，主播往往会口播感谢词，直播间其他用户会弹幕称赞打赏者，因人之社交属性的存在，这种围观效应会使打赏者心理得到满足，获得成就感。而且，用户进行打赏特别是巨额打赏之后，其可以迅速获得心仪主播的关注，一方面在直播间能够更好地实现跟主播的互动交流，另一方面可通过私聊系统与主播建立社交联系。

通过打赏获得的心理满足，与在网络游戏中充值消费获得的心理满足具有相似性。游戏玩家可以通过消费而获得在游戏中的优势地位，例如获得特殊的游戏装备或武器、快速获得游戏人物等级的提升，从而能在服务器中获得具有支配性地位的身份。同理在网络直播打赏中，大额打赏用户可以获得：第一，直播账号等级的提升。直播账号本身也是虚拟财产的一种，具有物质属性，平台通常也会设置账号等级体系，不同等级的账号进入直播间的效果不同，高级别账号进入时会有特效，同时整个服务器都会进行信息提示，此项服务可以类比于网游中的人物等级。第二，礼物和道具的视觉特效。不同价值的礼物打赏对应不同效果的特效，其视觉和听觉效果完全不同，高额礼物会产生更酷炫的特效，如果累计打赏额达到一定程度，还会触发全站特效展示效果，平台上数千万用户都可以看到该打赏信息。

## 四、网络直播服务合同之效力瑕疵情形

目前，有关网络直播纠纷的案件激增，其中多涉及该合同效力瑕疵之情形。直播打赏的效力须综合考量合同成立时行为人的行为能力、打赏环境、打赏人与主播之间的关系和前期磋商交流

---

(31) Yi Li, Chongli Wang & Jing Liu, *A Systematic Review of Literature on User Behavior in Video Game Live Streaming*, 9 International Journal of Environmental Research and Public Health 3328, 3328 (2020).

(32) 程某、北京陌陌科技有限公司不当得利纠纷案，浙江省金华市中级人民法院民事判决书（2020）浙 07 民终 4515 号。

情况等综合因素进行全面评判。用户打赏的心理动机、用户选择的打赏方式、打赏的经济后果及法律效果等,均为探寻直播打赏中法律关系的重要因素。具体而言,从用户打赏的心理动机方面来看,用户对于直播打赏的出发点各不相同,有研究表明,根据主播的情感控制能力高低与网络观众情感卷入的程度,可以分为攀比型打赏、补偿型打赏、炫耀型打赏、爱好型打赏和爱心型打赏,同时可能兼具多种特性。<sup>(33)</sup>同时,用户打赏已逐渐从“需求一打赏”向“认同一打赏”转变,这也侧面反映了直播经济这种商业模式的逐步普及,用户的打赏意愿更加强烈。从打赏方式看,其直接涉及直播经济的商业模式,并根据平台的不同呈现出多元化和创新性特征。从打赏的效果来看,这不仅涉及打赏的社会属性,也是讨论打赏是否具有确定对价的必经之路。因此,对直播打赏中处分行为效力瑕疵的案件进行类型化分类,探讨其效力及处理路径,具有较强的现实性意义。

### (一) 直播打赏中处分行为效力瑕疵案例的类型化

一般而言,网络直播打赏中处分行为效力瑕疵的案件主要表现为如下两类。

#### 1. 民事行为能力欠缺

该类案件主要表现在限制行为能力人或者无行为能力人进行的打赏。一般而言,未成年人打赏的案件中,国家和政府特别针对未成年人直播打赏行为予以倾斜性的保护。<sup>(34)</sup>实践中,大多数法院认可了未成年人打赏主播是一种网络消费行为,用户与直播间构成的是网络服务合同。因未成年人的民事行为能力欠缺,该网络服务合同是效力待定的,需要其法定代理人追认才可生效。如果法定代理人未追认,该合同则确定无效。不过,法定代理人如长期默许未成年人使用自己的账号进行消费,则会因难以举证其对未成年人的行为不知情,而很难获得法院的支持。

#### 2. 无权处分

无权处分案件一般分为如下两种类型:第一,夫妻一方未经配偶同意使用夫妻共同财产打赏。在这类案件中,尽管大多数法院亦承认打赏是一种消费行为而非赠与行为,不能因网络直播的开放性、即时性而否定其对价性<sup>(35)</sup>,夫妻一方可以在家事代理权的范围内打赏。同时,夫妻一方如果长期未能察觉配偶使用过多的夫妻共同财产打赏的情况,以不当得利或合同无效为由主张返还,则不能得到支持<sup>(36)</sup>,此时可以适用善意取得规则。同时,关于网络直播平台的责任,法院在此类案件中亦有较为清晰的阐述,例如“网络服务提供者在接受服务购买人支付的充值款时并无义务

---

(33) 于铁山:《剧场表演与情感卷入:网络直播礼物打赏现象研究——基于30余起典型案例的分析》,载《中国青年研究》2020年第2期,第92-99页。

(34) 《最高人民法院关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见(二)》(法发〔2020〕17号)第9条规定,限制民事行为能力人未经其监护人同意,参与网络付费游戏或者网络直播平台“打赏”等方式支出与其年龄、智力不相适应的款项,监护人请求网络服务提供者返还该款项的,人民法院应予支持。

(35) 例如,王某、隋某赠与合同纠纷案,浙江省杭州市中级人民法院民事判决书(2020)浙01民终3982号。

(36) 干蓓琼与武汉斗鱼网络科技有限公司、沈国凯等赠与合同纠纷案,上海市第二中级人民法院民事判决书(2020)沪02民终9826号。

审查购买者的婚姻状况及是否已取得配偶同意，且网络服务提供者也无从推断用户是否侵害他人的财产处分权”。<sup>(37)</sup>

第二，以犯罪所得进行打赏。在这类案件中，法院在判断被告人应当对受害人予以退赔后，通常会区分其未消费的赃款和已消费的赃款，来判断追索和退赔的范围。<sup>(38)</sup>其中，对于用户已经在直播平台打赏的金额，有法院会援引《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》和《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，认为主播及平台属于以“明显低于市场的价格”获得涉案财产，因此认为平台负有退赔责任。<sup>(39)</sup>但是，也有人认为直播平台与主播提供的网络服务，既然作为一种服务合同，理论上具备不可撤销性。类似地如游戏平台提供的增值服务，大部分法院在处理以犯罪所得充值游戏平台的案件时，并不把游戏平台当作追缴的对象<sup>(40)</sup>，原因是认为充值游戏能够换取物质性经济利益。

这两种情况均涉及无权处分效力瑕疵的问题。在我国《民法典》物权编第 215 条的框架之下，债权行为和物权行为分开，无权处分有效，即当事人与平台及主播订立的网络服务合同是确定有效的，但关于物权行为是否有效，则涉及善意取得的适用。该问题实际涉及两个层面，一是用户与权利人之间的关系如何处理，二是平台和主播是否属于善意相对人，能否适用善意取得规则，如何处理才能维护交易安全 and 经济秩序。对于盗赃物能否善意取得的问题因牵扯民刑交叉和刑事追缴，甚至须考虑国家和公共利益，因此略显复杂。不过，也有学者从法经济学角度分析了盗赃物可以善意取得的正当性，包括增进物尽其用，有利于社会整体收益的提高，使日后的市场交易更有效率等。<sup>(41)</sup>以下结合无权处分的具体情形，分析善意取得制度的适用。

## （二）关于善意取得制度的适用

作为外观主义的一种表现形式，我国《民法典》物权编第 311 条所确立的善意取得制度，承继并修改了《中华人民共和国物权法》（已废止，下称《物权法》）第 106 条。该制度的目的是阻断在无权处分情况下原所有权人对物的追及权，实现对善意受让人的利益保护，进而促进交易安全和便捷。这种制度安排的逻辑基础是无权公示公信原则，也为受让人提供了信赖保护，是指受让人基于登记或占有这种权利外观的情况下，对无权处分人产生其具有处分权的信赖。

根据《民法典》物权编第 311 条规定的善意取得的成立要件，交易相对人必须是善意的，且登记或者交付已经完成。该要求也在一定程度上体现了诚实信用的原则。但是，我国立法和司法对善意的规定方式和认定标准尚不统一，未将善意的认定标准具体化。一般而言，在判断相对人

〔37〕程某、北京陌陌科技有限公司不当得利纠纷，浙江省金华市中级人民法院（2020）浙 07 民终 4515 号。

〔38〕陈美华挪用资金案，北京市朝阳区人民法院（2020）京 0105 刑初 2355 号。

〔39〕李磊职务侵占案，山东省济南高新技术产业开发区人民法院（2020）鲁 0191 刑初 206 号。

〔40〕邹德锦盗窃案，广西壮族自治区平南县人民法院（2020）桂 0821 刑初 291 号；郑周杰盗窃案，浙江省温州市龙湾区人民法院（2018）浙 0303 刑初 1117 号；陈齐、廖某甲等盗窃案，浙江省杭州市西湖区人民法院（2016）浙 0106 刑初 421 号；王某诈骗案，浙江省杭州市萧山区人民法院（2015）杭萧刑初字第 1600 号。

〔41〕费安玲、汪源：《论盗赃物善意取得之正当性——以法经济学为分析视角》，载《法学杂志》2018 年第 7 期，第 55-66 页。

是否具有善意时，应考虑当事人在交易时的客观情况，例如财产的性质、价格的高低、处分人的状况以及受让人的经验等。但是，这种认定方式过于笼统，可操作性不强。

笔者认为，在网络服务交易中，反面认定善意的方式可资借鉴。网络直播平台作为一个商业场所，与用户的交易遵守等价有偿原则。由于经济人即为理性人，互联网平台作为交易相对人，这种“善意”是应该被推定的，因为权利外观已经具有了法律上的推定力。<sup>〔42〕</sup>如果主张交易相对人不构成善意，原权利人则需要负举证责任。善意相对人基于物权归属的外观而发动、形成交易，如果仅因为真正的权利人主张无权处分从而否决该项交易，若依旧遵循所有权至高无上的逻辑，则显然亏待了有理由地信赖公示（外观）的善意交易相对人。<sup>〔43〕</sup>

因此，原则上平台只要不存在重大过失，善意取得成立的要件就是成立的。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释（一）》（已废止，下称《物权法解释（一）》），第17条规定：“受让人受让动产时，交易的对象、场所或者时机等不符合交易习惯的，应当认定受让人具有重大过失。”交易习惯代表一种交易的常态，将其作为一般情况下判断交易主体是否已经尽到了一个理性人在同等情形下应尽的注意义务的主要标准，符合过失认定的一般原理。以网络直播平台为例，从主播角度看，其与用户的互动仅存在于虚拟空间中，打赏内容亦均为虚拟财产，这种普遍性使主播一般无法判断用户的打赏来源。从平台角度看，网络直播平台作为互联网平台的一个分支，作为以营利为目的的企业法人，尽管当今立法倾向愈发注重平台治理和平台责任，但在用户消费时，同样很难审查用户是否对其已占有并使用的资金具有处分权。因此，在直播打赏中无权处分的情形下，平台通常是可以作为无重大过失的善意相对人的。不过，由于平台与用户的地位相差过于悬殊，且目前的政策趋势对平台责任的要求增加，平台在许多情况下应当主动承担起审查义务。因此，如果平台没有承担审查义务，则很难被推定为善意。

### （三）互联网服务中如何判别“合理的对价”

“以合理的价格转让”在《民法典》第311条中单列为一个构成要件，出发点是对原所有权人的保护。不过，关于合理对价的界定，一直以来在理论界和实务界均多有争议。一般而言，价格是否合理是依客观标准来判定的，之前的《物权法解释（一）》中也明确了合理的价格“应当根据转让标的物的性质、数量以及付款方式等具体情况，参考转让时交易地市场价格以及交易习惯等因素综合认定的”。

但是，作为一种网络消费行为，如上标准在直播经济商业模式下，市场价格的计算方式可能有所不同。尽管主播的“身价”可以通过历史收入流水展现，但针对用户个人对其打赏是否合理，必须逐一而论。以全平台游戏类直播为例，据统计，2020年全年打赏总金额在1000元至1万元区间的人数占比为60.20%，有34.72%的用户打赏总金额区间是1万元至10万元，打赏总金额在

〔42〕 孙宪忠、朱广新主编：《民法典评注：物权编2》，中国法制出版社2020年版，第457页。

〔43〕 崔建远：《论外观主义的运用边界》，载《清华法学》2019年第5期，第5-17页。

10 万元以上的用户占比 5.08%。<sup>(44)</sup> 在强调民事交易行为自由平等的市场经济条件下，用户的消费金额是否合理，实际是根据其消费能力判定的，这就需要在个案中予以甄别。也有法官曾就此提出计算公式，不过仍需要结合行业标准予以纠偏。<sup>(45)</sup> 同时，从经济学角度看，直播服务作为一种商品，其价格是由价值决定并受供求关系影响的。如果用户对某主播非常喜爱，那么这一特定主播在用户这里是独一无二的，用户的高额打赏实际上也体现了这种价格规律。因此，此时用户的打赏行为既然出于其真实的意思表示，则是充分具备合理性的。合同法上对对价的要求，只需要法律上的充分性，无须在金钱价值上内容等值，否则就违背了意思自治原则。因此，除非用户的消费金额极为夸张，否则一般情况下不应当被认为是明显不合理的对价。

## 五、余论

在《民法典》合同编的规范下，网络服务合同认定宜从商业模式及服务内容出发，将其归入委托型或承揽性服务合同，而非将其简单归纳为非典型服务合同。作为一个仍旧年轻的业态，网络直播行业固然有其独特之处，但同时与其他互联网产业的经济模式具有共同之处。网络直播服务应适用《民法典》合同编第 467 条的统合性规则及其他相似合同的具体规范。同时，现代市场经济理性以交易安全和边界为目标，应明确用户与平台间形成的网络服务合同关系，肯定虚拟财产的消费是为了换取网络服务中的对价，并在涉及无权处分导致的合同效力瑕疵的案例中推定平台的善意相对人身份。互联网商业秩序中亦有自身最高价值，这种商业社会中的正义实际是建立在将每个交易主体视为理性经济人的前提之下的，各主体均具有商业市场中选择的自由。正如罗尔斯在《正义论》中提出正义的两个原则之一那样，“每个人对其他人所拥有最广泛的基本自由，体系相容的类似自由体系都应当有一种平等权利”，这样构建出的互联网商业秩序中的正义，各方的利益与整体公平才可兼顾。

---

(44) 小葫芦大数据研究院：《2020 游戏直播行业数据报告》，2021 年 3 月。

(45) 成都铁路运输法院周捷法官提出公式  $X = P - (M/N)$  ( $X$  = 追缴数额； $P$  = 犯罪所得的打赏额； $M$  = 本次服务获得的赏金总额； $N$  = 本次服务打赏总人数)，但该公式在观看直播人数较少时可能会存在计算出的市场平均价值与合理价格有一定差距的缺陷。参见刘立杰等：《直播打赏的法律性质分析——以刑民交叉问题为研究视角》，载京都律师事务所网，<https://www.king-capital.com/Content/2022/01-05/1326004101.html>。

## Identification and Rules Application of Internet Service Contract in Civil Code

—Taking Pan Entertainment Livestreaming Reward as an Example

DI Xingsi

**Abstract:** The contract part of The Civil Code of China does not name the service contract. Service contracts can be roughly divided into entrusted service contracts, hired service contracts and custodian service contracts. In practice, according to the service content and business model of the Internet platform, service contract of Internet platform should be included into a certain type of service contracts, rather than simply classified as atypical service contracts. With the rise of livestreaming industry, the nature of livestreaming rewards is controversial in judicial practice. The platform provides users with information sharing and entertainment consumption services, and sets up a double paid livestreaming service contract, which is similar to a hired service contract. The consideration of livestreaming services not only includes the functional services provided by the platform, but also includes the deep spiritual satisfaction, which constitutes the consideration by rewards. In the case of validity defects, the network service contract concluded between users and the platform is definitely valid, but whether the act of disposition is valid involves bona fide acquisition. The amount of users' rewards only needs to be legally sufficient and does not need to be equivalent in monetary value, which also conforms to the requirements of reasonable consideration in the Civil Code and the principle of autonomy of private law, and could ensure the healthy and orderly development of livestreaming industry.

**Keywords:** Service Contract; Validity Defect; Livestreaming Rewards

(责任编辑: 楼秋然 汪友年)