

网络主播劳动关系认定研究

冯 旭

浙江工商大学法学院, 浙江 杭州

收稿日期: 2023年7月19日; 录用日期: 2023年8月1日; 发布日期: 2023年9月6日

摘 要

随着平台经济的迅速发展, 网络主播作为一种新型职业也应运而生。网络主播的工作时间和工作地点更加灵活, 报酬支付方式也更加多样, 与传统工厂用工相比劳动从属性极大的弱化, 导致司法实践中出现劳动关系认定率低、同案不同判现象显著等问题。这反映了目前我国面临的“二元框架”制约网络直播形态、传统劳动认定标准过于僵化以及司法审判规则流于形式等问题。因此本文认为可以通过构建劳动关系分层调整模式, 完善关系认定标准以及司法裁判规则来准确判断网络主播的劳动关系。

关键词

网络主播, 劳动关系, 认定标准

Study on the Recognition of Labor Relationship of Network Anchors

Xu Feng

School of Law, Zhejiang Gongshang University, Hangzhou Zhejiang

Received: Jul. 19th, 2023; accepted: Aug. 1st, 2023; published: Sep. 6th, 2023

Abstract

With the rapid development of the platform economy, network anchor, as a new type of occupation, also came into being. Network anchor's work time and workplace are more flexible, and the payment method is more diverse. Compared with traditional factory employment, the subordinate nature of labor is greatly weakened, which leads to problems such as low recognition rate of labor relations and obvious phenomenon of different judgments in the same case in judicial practice. This reflects the problems that China is facing at present, such as the "dual framework" restricting the form of webcasting, the traditional labor identification standard being too rigid, and the judicial trial rules becoming a mere formality. Therefore, this paper believes that we can build a hierarchical

文章引用: 冯旭. 网络主播劳动关系认定研究[J]. 法学, 2023, 11(5): 3849-3854.

DOI: 10.12677/ojls.2023.115548

adjustment model of labor relations, and improve the relationship recognition standards and judicial rules to accurately judge the labor relationship of network anchors.

Keywords

Network Anchors, Labor Relationships, Criteria for Determination

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

平台劳动颠覆了传统意义上全职、稳定的雇佣关系，强调从业者的高灵活性、流动性，而网络主播行业相较于外卖员、网约车等互联网化的传统行业而言，更是呈现出一种生活行为与生产行为相结合的独特属性，进而使得用工模式表现出很多新的特点，如管理模式更加松散、计薪方式更加多元、合同目的更加模糊以及劳资关系更加缓和。据《中国网络表演(直播)行业发展报告(2021~2022)》统计，截至2021年12月，我国网络表演(直播)行业主播账号累计近1.4亿个，活跃账号(一年内有过开播行为)约1亿个，其中月开播时长不低于15小时的账号数量达1053.4万个，2022年1月至6月，新增开播账号826万个。如此规模庞大的平台从业者一旦被确认劳动关系，就意味着劳动法确立的最低工资、工作时间等劳动基准，以及解雇保护、社会保险等诸多制度将同步适用于网络主播，而这将可能严重影响平台经济的发展效率。因此网络主播与平台之间是否建立劳动关系，这一群体是否受劳动法保护，传统的“劳动者”概念或“劳动关系”判断标准是否已经过时等问题，已经成为劳动法必须予以应对的关键议题。

2. 网络主播劳动关系认定之裁判现状

随着互联网和数字技术的快速发展，网络直播已经成为了高速发展的新兴行业，并吸引了大量的主播加入其中。然而，主播与经纪公司之间的法律关系一直是一个备受争议的问题，一方面经纪公司在规范用工方面存在诸多问题，另一方面主播的维权意识不断增强，使得劳资矛盾日趋激烈。在这个背景下，出现了大量网络主播与经纪公司之间的纠纷，解决这类纠纷的关键在于确定双方之间是否构成劳动关系，这将直接影响到双方的责任分配和权益保障。实践中，司法机关在认定双方法律关系时依据的是《关于确立劳动关系有关事项的通知》(以下简称《通知》)第一条规定，但仍会出现同案不同判的问题，并且适用此标准也导致网络主播劳动关系认定率较低，不符合其用工实质。本文认为出现这些裁判困境的原因主要是网络主播过于灵活的用工模式导致其人格和经济从属性大大降低，难与传统从属性标准相契合。

2.1. 宽松劳动管理下人格从属性减弱

人格从属性是指劳动者因为用人单位的指挥管控而丧失一定的工作自主权，形成对用人单位的人身依附，在认定劳动关系时主要从三个方面进行考察，分别为雇主对雇员的指挥权、监督权和惩戒权^[1]。具体而言：在指挥权方面，合作协议并未规定具体的直播地点和直播时间，只规定了每日有效直播时长和每月最低直播天数，以防止主播出现懒播、惰播的情况。在直播的形式和内容上，合作协议虽然只要要求直播内容符合直播规范即可，但经纪公司对主播的干涉也并非没有。例如游戏区的签约主播若长时间直播其他分区的内容就会受到经纪公司的警告，并从月末总时长中减去该部分时长，若主播存在屡禁不止的情况，经纪公司甚至会暂时关停其直播间，这无疑是对主播的强制管理和意志干涉。在监督权方面，

经纪公司通常不会对主播进行签到、考核，主播只需达到协议约定的总时长要求即可。在惩戒权方面，经纪公司往往仅在网络主播未达到要求的直播总时长或缺席规定的培训课程时，才会收取一定的罚款，在其他方面很少对网络主播进行惩处。

因此本文认为，网络主播的人格从属性只是因劳动工具变化以及网络主播工作性质导致的表面弱化，经纪公司在该劳动结构中仍然处于一定的优势支配地位。

2.2. 弹性报酬支付下经济从属性弱化

网络主播主要是通过“底薪 + 提成”的方式获取薪酬。就底薪而言，主播需要每天付出大部分时间才能达到领取底薪的最低时长要求，也正如此直播行为应当被视为主播的主要工作行为，其报酬也应是主要收入来源。就提成而言，主播的直播打赏收入依赖于主播自身的劳动，经纪公司并不能直接决定主播收入的多少，因此与传统工资由雇主掌控不同，网络主播对经纪公司的经济依附性明显减弱。也有学者认为，虽然主播“底薪+提成”的薪酬构成因职业特性和行业惯例有别于传统意义上的工资，但实质上仍属于绩效工资给付方式[2]。就薪酬分配方式而言，提成部分往往需要经过经纪公司扣除归属于其的部分以及因主播违约造成的罚款后，才将剩余收益发放至主播账户。

综上，网络主播在收入来源方面具有较高的自主性，导致其经济从属性与传统劳动关系相比明显弱化，但仍存在一定程度上的经济依附性和弱势地位。

3. 网络主播用工关系认定之法治困境

3.1. “劳动二分”体系的制约

我国目前的劳务给付法律关系分类采用“劳动关系 - 非劳动关系”的二元框架体系，就业主体要么被赋予劳动者身份，受到全面的劳动法保护，要么被定位为劳务提供者身份，完全排除在劳动法的保护范围之外[3]。这种极端的分类体系基于工业时代的传统劳动关系建立，以标准化、中央控制、集体化劳动为主要用工模式，能够快速准确地判断具有强从属性的传统劳动关系和无从属性的劳务关系。而当平台经济逐渐开始占据劳动力市场时，直播行业灵活的用工模式突破了传统劳动关系中支配与被支配的从属关系，使得在“劳动二分”体系下，网络主播很难被认定传统意义上的劳动者，实质上的弱势地位也使其难以通过民法途径维护应有的权利。具体来讲，“劳动二分”体系的不足之处主要有两个方面：

一方面，“劳动二分”体系无法准确认定网络主播的劳动者身份。在传统用工过程中，雇员在雇主提供的工作场所中劳动，期间受到雇主全程的监督管理，并获得固定的工资。但在平台经济时代，网络主播可以自由选择合适的工作场所和喜欢的工作时间，其受到的劳动管理与传统用工相比大大降低。传统劳动关系中，员工的工资主要由用人单位决定，经济依附性极强，而网络主播的主要收入来源于粉丝打赏，经纪公司并不起决定性作用。加之网络平台的类型纷繁复杂，其业务范围混乱模糊，且往往通过合作协议对网络主播进行管理，使得二者间的用工关系更显合作化。因此网络主播相较于传统劳动关系而言从属性大大减弱。“劳动二分”体系主要考察用人单位和劳动者之间从属性的有无，并不会进一步判定从属性强弱，这使得网络主播用工法律关系的认定出现诸多分歧。

另一方面，“劳动二分”体系不利于网络主播劳动权利的保障。我国采用的二元认定框架对劳动者采取完全肯定或者完全否定的模式，这种“一刀切”的模式在工业时代有着高效、准确的适用，但在如今新型劳动关系层出不穷的互联网时代，已经无法很好地平衡用工双方权利义务关系。新型平台用工模式下，不同行业的从属性均呈现不同程度的弱化，一味地给予同等的劳动法保护既不符合市场需求，也不符合《宪法》所规定的平等要求。聚焦于网络直播行业，若认为双方具有劳动关系，则即使主播得到了全部的劳动法保护，但企业用工成本的增加会导致市场效率的降低，进而甚至可能使得用工岗位缩减，

既损害了主播的最终利益，也不利于新型行业的发展。若认为双方是平等的合作关系，则全面排除劳动保护，致使网络主播的基本劳动权益暴露在真空中，并且由于主播实质上的弱势地位，将产生拖欠工资、职业不稳定等问题。这一矛盾也使得法官在面对直播行业用工关系的认定时处于两难境地。在突破从属性标准赋予主播劳动者的身份，还是坚持合同意思自治原则以民法规则处理纠纷之间，法官更倾向于选择对法律突破最小且对社会效率影响最小的民事合作关系。由此可见，“劳动二分”体系已经很难合理解决网络直播行业的保护需求。

3.2. 认定标准的固有不足

就具体法律规范而言，我国《劳动法》和《劳动合同法》均未明确规定劳动关系的认定标准，仅在《通知》第一条中对劳动关系的认定标准进行了具体规定，且该部门规章的颁布实施日期为2005年。该标准以传统用工模式为基础建立，除判断双方主体是否适格外，采取构成要件式认定方式，即只要同时存在人格从属性和经济从属性就可以认定劳动关系成立。然而经过将近二十年的发展，当前社会的用工模式早已变得灵活多样，劳动者对用人单位的从属性也出现不同程度的减弱，该条规定在适用过程中已经暴露出僵硬、滞后的问题。

一方面，司法裁判中虽然关注到主播与经纪公司之间从属性存在不同程度的弱化，但囿于认定标准的固化，使得法官只能以传统的强从属性标准作为认定基础，将网络主播认定为合作关系。但是相比传统形式用工，网络主播用工只不过改变了劳动力与生产资料或劳动条件结合的方式，使企业生产要素内外组合，但并未改变其劳动本质。因此只判断从属性的“有无”已经无法在用工模式灵活多变的当下合理区分用工法律关系，需要从中提炼出从属性的“多少”，加以对比才能准确认定。并且《通知》对“劳动管理”、“报酬”、“业务”等概念的内涵没有明确，也没有司法解释或指导性案例对此做出回应，导致网络主播此类新型用工模式出现的时候法官对同一客观事实所作的法律解释存在较大差异。

另一方面，我国的认定标准缺乏对实质管理的规定。不论是大陆法系的从属标准还是英美法系的控制性标准，都强调劳动关系的本质特征是用人单位对劳动者的控制管理，人格从属性也因此被视为核心标准。但人格从属性是实质从属性，而非形式从属性^[4]。利用人格从属性进行认定时，不应局限于用工双方的形式管理，更应注重实质管理的考察。具体而言，根据《通知》第一条的规定，人格从属性和经济从属性需要同时具备，这种“要件齐备式”认定标准过于僵硬，并且没有突出人格从属性在从属性标准中的核心地位。传统用工往往着重于用人单位对劳动者工作条件的严格要求，但得益于技术发展，用人单位也在不断升级对工作流程的管控手段和方式，尤其是在平台经济中，传统的现场管控模式已经不具有参考价值，用人单位往往选择通过其他更隐蔽的方式实现效果相当的管控。

3.3. 司法审判规则存在瑕疵

在审理网络主播的案件中，经常出现相同案情下但结论截然相反的判决，这是由于法院在认定主播的用工性质时都是从合同目的、双方的人格从属性和经济从属性进行判断的，这种裁判规则看似完整统一，并严格按照法律规范，但实则过于僵化。在经纪公司为减少用工成本，有意去劳动化，通过灵活的用工模式与合作协议的形式掩盖其用工实质的情况下，法官很难保持高效统一的认定结论。否认劳动关系的法官认为与传统劳动者相比，网络主播在人身从属性、经济从属性等方面依附性不强，在缔结法律关系意向方面，二者所签订的合作协议往往约定不存在劳动关系，且协议内容更多体现出的是二者如何完成直播活动的合作事项，而非体现出经纪公司对网络主播的劳动管理，因此二者的法律关系为合作关系而非劳动关系。这种审理思路看似完整依照法律规范严格进行审理，但实际上只是对合作协议进行形式审查，并未深入探究主体双方的内心真意。

4. 网络主播用工关系认定之完善路径

4.1. 建立“劳动三分”体系

2021年7月16日发布的《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》中，在“符合确立劳动关系情形”和“按照民事法律调整双方权利义务”的两种法律关系之外，增加了“不完全符合确立劳动关系情形”。该情形事实上将众包骑手、互联网营销师等第三类劳动者情形进行了“兜底”性质的概括确认[5]。该条文具有标志性意义，打破了劳动关系和民事关系的传统“二分法”，增加了用工关系的第三类范畴[6]。

本文认为，从属性是一个“射程”概念，以其典型形态作为原点向外发射，随着劳动者自主性的增强和用人单位拘束程度的降低，从属性逐步减弱，最终在劳务自主超越指挥监督状态下达到从属性“射程”的边缘，此临界状态为劳动关系与委任关系等其他劳务给付关系之间的过渡地带，亦划出了劳动法适用的大致边界。在新就业形态下，一方面在从属性原点的典型劳动者规模日趋缩减，另一方面在从属性射程之内的各类型劳动者则显著分化，特殊劳动群体及不同类型劳动者之间的从属性强弱差异可以在法律适用上可以识别及归类。

根据新业态用工模式从属性强弱的程度，合理划分中间层劳动关系，并赋予其相匹配的劳动权利和救济途径。德国的“类雇员”制度将劳动权利分为三个层次：第一层次所有的劳务提供者都应享有，包括确保人身安全、人格自由和平等、职业教育培训和能力开发等；第二层次将自营业者纳入保护范围，享有集体谈判、个别争议解决制度以及签订契约的规则；第三层次适用于处于劳动者与自营业者中间区域的劳务提供者，享有解雇制度、支付报酬保护、社会保险等。网络主播作为介于劳动者和自营者之间的中间层劳动者，应该享有劳动报酬、工作时间、保险福利等内容。并且在劳动报酬方面，考虑到网络主播的扩散性，可以实行工资集体协商制度，有效遏制经纪公司无端克扣主播的收益，确保主播的最低收入标准和及时支付权益。相对方在与网络主播签约时，制定的标准只能高于集体劳动合同，使网络主播在劳动条件、方式和保护等方面享有最基本的保护。

4.2. 完善劳动关系认定标准

从属性标准是认定劳动关系的重要参考，但传统的从属性标准已经无法有效解决网络主播的认定问题。在新业态下，对于从属性的认定不仅需要考虑“有无”，还要考虑“强弱”。本文认为，针对网络主播用工模式的特点，应从属性的审查思维从“要件齐备式”转向“要素考察式”，更有效、灵活、准确地认定新业态劳动者。

在考察要素上，人格从属性可重点考察工作时间、工作场所、工作内容、绩效考核、奖惩制度等要素，经济从属性可重点考察设备供给、直播场所、报酬获取方式、社会福利待遇等要素。总之，一方面需要优化全有或者全无的从属性认定标准，另一方面也要掌握尺度、明晰界限，切忌将不存在劳动关系的网络主播纳入劳动法保护范围。

在认定方法上，可借鉴民事证据规则中的高度盖然性理论。所谓高度盖然性理论是指在民事案件的审理中，证据对待证事实的证明无法达到确实充分的情况下，如果一方当事人提供的证据已经证明该事实的存在具有高度的盖然性，即存在的可能性明显大于不存在的可能性，即可对该事实予以确认。这就意味着对从属性要素的判断并非孤立地对每个要素分别进行判断，也非简单的数量比较，而是需要将各要素赋予不同的权重，并综合考量要素之间的内在联系是否达到高度盖然性的标准。

4.3. 完善审理裁判规则

司法机关一般仅对合作协议的表现形式进行审查，并没有对合作协议的具体内容进行深入分析，客

观上忽略了直播平台对网络主播的实质劳动管理,不利于准确认定合作协议的本质属性。本文建议司法机关在对合作协议应进行实质判断,可以从以下两个方面来进行审查:

第一,司法机关不能完全放任当事人的意思自治,既要适当尊重合同双方的形式合意,也要对实质合意进行严格审查。几乎在所有的直播协议中均明确约定“双方不属于劳动关系”,但这种条款表述究竟是双方明示合意的结果,还是用工方隐藏的格式条款,需要在案件审理阶段予以审查。法官应着重查明公司是否在与网络主播进行了充分说明权利义务之后,网络主播在完全自由的意志支配下与公司达成协议。

第二,司法机关应判断双方地位是否平等,是否存在实质管理。即使双方在签订协议时经过有效的合意约定建立非劳动关系,但在实际履行过程中仍有存在隐蔽雇佣的可能。因此司法机关在案件审理过程中还要审查经纪公司对主播是否存在实质管理,损害劳动者的合法权益。具体到合作协议,应判断在直播时间、直播内容、考核惩罚以及其他方面上,是否使经纪公司具有指挥、监督以及惩罚的权利。若将直播时长与底薪挂钩,这就使得原本平等的合作分成关系转化为具有经济从属性的管理关系。

5. 结语

“凡权利必有救济”是对正义的最朴素回应。劳动法的正义性恰恰在于通过对弱势劳动者予以倾斜保护,才能矫正失衡的劳动法律关系。在网络虚拟时空中,劳动者的虚幻自主权掩饰不了其从属性的本质,“抽象平等自由的法律人格并没有真正改变劳动者备受奴役的境况,”这也是劳动法得以适用的正当性根基。网络新兴职业的集中爆发,对劳动关系的精确认定提出了更高要求,倒逼劳动关系的认定标准从统一向分立、从抽象向具体演进,催生了非标准劳动关系的产生,非标准劳动关系的积极适用,将有助于拨开劳动关系的认定迷雾,有助于构建和谐劳动关系。

参考文献

- [1] 肖竹. 劳动关系从属性认定标准的理论解释与体系构成[J]. 法学, 2021(2): 160-176.
- [2] 田思路, 童文娟. 远程劳动者权益保护探究: 以网络平台主播和居家办公形式为例[J]. 中国人力资源开发, 2020, 37(6): 17-27.
- [3] 班小辉. 论“分享经济”下我国劳动法保护对象的扩张——以互联网专车为视角[J]. 四川大学学报(哲学社会科学版), 2017(2): 154-161.
- [4] 谢增毅. 互联网平台用工劳动关系认定[J]. 中外法学, 2018, 30(6): 1546-1569.
- [5] 李怡然. 困住骑手的是系统吗?——论互联网外卖平台灵活用工保障制度的完善[J]. 中国劳动关系学院学报, 2022, 36(1): 67-79.
- [6] 田野. 平台外包经营中的用工责任分配——基于“算法管理”的“相应责任”厘定[J]. 政治与法律, 2022(8): 16-32.