

# 网络直播用工劳动关系认定研究

董兴佩<sup>1</sup>, 李明倩<sup>2</sup>

(1. 山东科技大学 期刊社, 山东 青岛 266590; 2. 山东省东营市垦利区人民法院, 山东 东营 257599)

**摘要:**网络直播用工关系纷繁复杂,司法实践中主要依据《关于确立劳动关系有关事项的通知》将网络直播用工关系认定为平等民事关系,使得大部分网络主播权益未得到充分保障。第三产业发展的显著特点即灵活就业普遍化,传统劳动关系认定方式已经难以适应灵活就业环境,从而陷入了网络直播用工系劳动关系还是民事关系的认定困境。网络直播用工关系的性质认定,应综合考量网络直播用工模式、劳动关系从属性标准及网络主播权益社会保护必要性等因素。可以将网络直播用工关系划分为标准劳动关系、非标准劳动关系和劳务关系三种类型,对不同用工模式下的网络主播进行全面保护,从而实现网络主播与直播平台之间权益的平衡。

**关键词:**网络主播;劳动关系;非标准劳动关系;从属性

中图分类号:D922.5

文献标识码:A

文章编号:1008-7699(2021)06-0038-08

网络直播用工作为互联网时代的新型用工方式,在就业方面发挥了很大的作用,但网络主播劳动权益却没有得到很好的保护。比如,网络直播用工关系中存在解约难的问题。网络直播合作协议中,通常会约定超高违约金,以试图通过此种方式阻止网络主播“跳槽”,这一约定严重限制了网络主播的自主择业权。“平台经济中主要的市场风险向劳动者一端转移,增加了其工作脆弱性和不稳定性。”<sup>[1]</sup>若单纯地按照民法意思自治原则处理相应纠纷,可能会在短期内减轻网络直播用工单位的压力,但从长远来看,缺乏对网络主播劳动权益的充分保护将最终阻碍网络直播行业的发展。本文关注网络直播这一用工形式,旨在厘清劳动法规范在网络直播用工关系中的法律适用,探寻网络直播用工劳动关系认定困境的破解思路。

## 一、网络直播用工关系认定之困境及原因

### (一)网络直播用工关系认定之困境

有关网络直播用工关系的纠纷在司法实践中并不少见,在中国裁判文书网中,以“网络主播”和“劳动关系”为关键词进行检索,可以检索到183篇裁判文书。<sup>①</sup>通过分析案例可以发现,不同案件中的网络直播用工关系法律性质的认定及相应裁判结果存在很大差异。

针对网络直播这一行业,当前并没有专门规制网络直播用工关系的法律规范,只在《互联网直播服务管理规定》《关于加强网络视听节目直播服务管理有关问题的通知》《关于加强网络直播服务管理工作的通知》等规范性文件中涉及了网络直播。从内容上来说,这些规范性文件都是从维护社会秩序的角度出发,对网络直播活动进行规范管理,比如提供网络直播服务需具备相应的资质,网络直播内容不能违反法律规定、不能违背社会公序良俗等,但其中并未涉及网络直播用工关系法律性质的认定及网络主播权益保障等问题。

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

收稿日期:2021-08-10

作者简介:董兴佩(1969—),男,山东济宁人,山东科技大学期刊社副编审,文法学院硕士研究生导师。

① 检索时间为2021年4月16日。

范。网络直播用工关系应该具体适用民法规范还是劳动法规范在理论界和司法实践中存在很大争议。网络主播与直播平台用工构成平等民事关系是司法实践中的主流观点,其主要表现就是认定其构成劳动关系的案例较少。大部分司法案例否定了其劳动关系性质,认为其属于平等民事主体之间发生的民事关系,从而适用相关民法规范。而少数认定构成劳动关系的案例,其共同点是用工关系的从属性在外在形式上表现得比较明显。比如,直播平台对网络主播具体工作时间、地点、内容等进行安排和管理,网络主播接受平台考核和奖惩,网络主播的收入主要来源于固定薪资等。其他未严格符合从属性构成要件的案件则认定网络直播用工合同为无名合同、服务合同、新类型的网络直播合同、合作合同或具有综合性质的合同等。这种司法裁判的混乱状况显然有违法律适用的统一、平等与公平,应该予以改变。

## (二)网络直播用工关系认定困境之原因

究其上述网络直播用工关系认定困境之原因,主要有以下两点。

### 1.网络直播用工的灵活性是法律适用陷入困境的客观原因

网络直播用工与传统劳动用工最大的区别在于用工形式上的灵活性,即网络主播在工作中具有一定的自主性,签约直播平台对网络主播的管理形式上强度较小,主要体现在工作时间、工作场所、工作内容、计酬方式等方面。

工作时间方面。劳动法针对传统劳动关系规定了八小时工时制,以保障劳动者的休息权。在网络直播合作协议中,网络主播工作时长不统一,并且在具体时间的选择上享有自主决定权,网络主播相比于传统劳动者更加自由,直播平台的管理似乎弱了一些。

工作场所方面。传统劳动关系中,用人单位有固定的地址,劳动者一般集中到固定的工作场所工作。但网络直播以互联网为依托,不同网络主播之间合作需求小,对工作场所的要求低,且不同内容的网络直播对地点的要求也不同。比如,游戏直播等工作场所要求极低,户外直播则需要经常变换不同的工作场所,因此直播平台也不会对直播场所作过多限制,网络主播工作场所较为灵活。

工作内容方面。传统劳动者接受用人单位安排,需要完成用人单位分配的任务,在单位内部存在明确分工,员工之间相互合作。网络主播的工作内容不同于这一传统模式,没有限定的内容,在法律允许的范围内以流量为导向,直播平台也鼓励网络主播利用自己的特长吸引更多流量。另外,网络主播之间相互独立,进行合作不是工作的必要内容。因此,直播平台虽对单个网络主播进行管理,但管理内容各不相同,这也是网络主播劳动关系难以认定的原因之一。

计酬方式方面。计酬方式的灵活也使得网络直播用工关系不同于传统劳动关系。网络主播的报酬主要由底薪、提成、观众打赏三部分组成,但具体如何约定则非常灵活,有的合作协议中甚至不约定底薪。网络主播是否能够获得薪资与直播质量挂钩,若未达到要求的人气标准可能还会扣除部分薪资作为惩罚。

上述网络直播用工形式区别于传统劳动用工形式的主要特征系工作形式上的“自主性”,这使得网络直播用工关系似乎具有了平等的民事关系部分要素,而不再具有传统劳动关系的从属性,似乎应该适用调整平等民事法律关系的民法规范,这是网络直播用工法律适用上陷入困境的客观原因。

### 2.司法裁判中机械适用劳动关系认定的规范性文件

我国现行调整劳动关系的法律框架是“劳动法—民法”的“劳动二分法”,在这二者之间不存在过渡类型。<sup>[2]</sup>法律法规层面,如劳动法、劳动合同法等对于劳动关系的界定以及劳动关系的认定要件并无具体规定,司法裁判的基本依据为原劳动和社会保障部于2005年发布的《关于确立劳动关系有关事项的通知》,这个政府部门规范性文件详细地规定了用人单位未与劳动者签订劳动合同时认定事实劳动关系可资参照的凭证。由于裁判能力和思维习惯的限制,司法实践中法官适用这一规定时往往将“标准劳动关系”<sup>①</sup>

① “标准劳动关系”与前文“传统劳动关系”内涵一致,各自在不同语境下使用。

等同为“劳动关系”,并且将标准劳动关系与民事关系进行非此即彼的选择;而不是对现实的网络直播用工关系进行法益衡量,以追求网络主播和直播平台法益结构的最优化配置。<sup>[3]</sup>其结果就是,用工形式上具有一定自主性的网络主播用工关系很难纳入劳动关系的范畴,因而通常被认定为民事关系。

## 二、网络直播用工关系法律属性之考察分析

从网络直播行业内部来看,主播大致可以分为两类,包括非签约主播和签约主播。非签约主播是指在直播平台上自主注册直播账号并按照自身意愿开展直播活动的主播;签约主播是指与直播平台签订合作协议,按照协议约定开展直播活动的主播。实践中的法律纠纷通常发生在网络主播签约的情况下,本文界分了网络主播不同的签约模式,以此作为后文讨论网络直播用工关系之基础。

### (一)网络直播签约用工的基本模式:明星签约模式与培养签约模式

网络直播行业并没有统一的用工模式,不同签约模式对网络主播与直播平台之间的关系有很大的影响。本文基于探讨网络主播用工关系法律属性认定的需要,根据实践中双方协议约定的权利义务的基本内容,特别是双方协议的目的、主播自身资质及其接受直播平台管理程度的不同,将网络直播签约模式划分为明星签约模式和培养签约模式两种。

明星签约模式是指直播平台与具有一定知名度的网络主播签订协议,由该主播在指定平台开展直播活动。明星签约模式最大的特点就是网络主播自身已经积累了直播经验,并在此过程中拥有了一定的粉丝群体。也就是说,网络主播在入驻该直播平台时自带流量,不需要直播平台另外花费资源和精力对其进行培训。吸引明星网络主播入驻平台的一般是不菲的薪资报酬和平台的用户资源,而直播平台看中的则是明星网络主播的资质和流量,双方签订合作协议的目的更倾向于资源共享。

由于网络直播以流量为核心,不管是直播观众打赏收益还是广告收益,都是以流量为评判标准,因此直播平台更青睐那些已经具有一定知名度的主播。目前,网络直播行业仍然处于发展初期,优质的网络主播属于稀缺资源,不同直播平台也会展开人才争夺大战,通过薪资吸引优质网络主播,因此大部分直播平台会在签订协议时要求网络主播在协议约定的期限内只能在指定平台开展直播,并通过约定超高的违约金限制网络主播解约。

培养签约模式下的网络主播可以称为“培养式签约主播”,是指签约时能力不足、知名度低,需要平台投入大量资源进行培训,逐渐提高其知名度的网络主播。培养式签约主播需要参加指定的培训,在直播平台的指导下开展直播活动,而这种培训使得直播平台对网络主播的管理程度大大加强。培养式签约主播工作内容以培训课程为导向,需要接受培训方的工作安排和管理。另外,培训虽能提高主播的能力,但最终目的还是要吸引流量,为平台带来更多的收益。

很多新手网络主播对直播行业现状及发展前景缺乏了解,网络主播与直播平台信息不对称,双方地位悬殊,网络主播处于较弱地位。而直播平台为了实现培养目标及利润最大化,会对培养式签约主播进行多种限制。比如,由于知名度的形成有一个长期的过程,双方直播协议会约定专属性条款以防止主播去其他平台工作,会约定较长工作期限并且设置超高的违约金以防止主播“跳槽”。这些条款使得培养式签约主播不敢轻言解约,如果网络主播在该平台得不到发展又不能选择其他平台去工作,将会严重影响其择业自由以及后续发展,甚至危及生存。

### (二)不同签约模式下网络直播用工关系的从属性考察分析

网络直播用工关系是否具有从属性,要结合网络直播不同用工模式,根据双方合作目的、所处地位、权利义务关系等进行考察分析。

#### 1.网络直播用工生产条件结构比例

传统劳动关系下,物质生产资料相对劳动力占主导地位,这就是劳动者相对资本方处于弱势地位的最深层次的原因,正是因为这一生产条件的结构比例才造成了劳动关系的人格从属性和经济从属性。在

信息时代这一大背景下,互联网用工关系中占主导地位的资源并不是传统劳动关系中的物质生产资料,而是信息等无形资源。一部手机或一台电脑就可以满足直播的需求,但直播效果却并不取决于这些。在网络直播用工关系中,直播平台通常拥有一定的用户资源、技术资源和信息资源。明星签约主播在直播的过程中会生产并传播具有吸引力的信息,以此获得具有粘性的用户资源,即使不依靠直播平台,也拥有直播所需的关键资源;而培养签约模式下,直播平台生产资料相对劳动力仍然占主导地位,网络主播能力不足,信息生产质量低,对观众的吸引力小,因此对作为资本方的直播平台资源依赖性较强。

## 2. 网络直播用工关系人格从属性考察

从当前直播行业整体来看,明星签约网络主播仍然是少数,大部分网络主播能力和经验不足,因此直播平台会提供相应途径对网络主播进行培训,培训费用由直播平台承担。这种培训也使得直播平台对网络主播的管理性更强,网络主播要接受培训安排,按照指示开展直播并参与考核。另外,直播平台这种培训虽能促进网络主播素养和能力的提高,但其最终目的是借助网络主播能力的提高和人气的增加,以获取更多的流量和用户资源。流量的积累意味着经济效益的增长,网络主播发展向好时,直播平台更希望培养签约模式下的网络主播留在该平台,因此对网络主播的约束也更严格。

## 3. 网络直播用工关系经济从属性考察

网络主播的薪资构成一般包括底薪和提成两个部分。底薪又称为每月固定薪资,但是也有少部分合作协议中不约定底薪;提成是按照网络主播直播人气或所获打赏收入一定比例计算。明星签约主播直播时获得的人气和打赏一般高于底薪,即使没有底薪,也有可观的收入;而培养签约模式下的网络主播在直播初期人气还没有积累起来,获得的打赏也非常少,如某案例中显示,“网络主播按照直播平台的安排进行直播,其中6月份收入87元、7月份收入659元、8月份收入762元,主播兑换比例均为46%”<sup>①</sup>,很多主播只能以底薪作为收入来源。但是否约定底薪仍然由双方约定,或者由网络主播接受直播平台的格式合同,因此他们较缺乏议价能力。

网络主播是为直播平台的业务进行劳动,而不是自己开展经营活动。虽然网络主播的部分收入来自于观众打赏,但这并不意味着直播是网络主播的独立经营活动,这种打赏收入只是观众对网络主播工作成果认可的一种表现形式,最终能否成为网络主播的收入仍然需要由直播平台兑付。培养模式下的签约主播主要依赖直播平台的用户资源、技术资源和信息资源,与直播平台相比处于绝对的弱势地位。<sup>[4]</sup>另外,即使约定了每月固定薪资,直播平台依然会在网络主播达不到直播要求时扣除部分薪资作为惩罚,这也导致网络主播没有最低工资保障。直播平台不需要负担网络主播最低工资,用工压力小,可以通过招聘大量网络主播获取平台收入,但网络直播平台应当承担一定社会责任,维持与网络主播之间关系的平衡,这样才能促进网络直播行业的长期稳定发展。

由以上网络直播用工关系的从属性考察可知,明星签约模式下的网络主播与直播平台用工关系不具有从属性,属于平等的民事主体之间的劳务关系。而培养签约模式网络主播与直播平台用工关系具有人格从属性和经济从属性,但是由于其用工形式的灵活性、自主性,故而这一用工关系并不具有标准劳动关系的组织从属性,那么这种用工关系属于劳动关系还是民事关系?这需要结合非标准劳动关系理论进行进一步的分析。

### (三) 培养签约模式网络直播用工与非标准劳动关系

第三产业的发展催生了非标准劳动关系,渐渐地劳务也成为了一种商品,劳动关系随之变得灵活多样。面对灵活用工对传统劳动关系法律规制模式的冲击,许多国家都在积极探索解决方法,如意大利建立了准从属性劳动制度,对“持续协同合作者”给予社会保障等方面的倾斜保护<sup>[5]</sup>;德国法中划分出了“类雇员人”,依然受劳动法院管辖<sup>[6]</sup>。对我国而言,非标准劳动关系是在灵活就业与制度转轨中产生出来的

① 参见青橙美联(大连)文化传媒有限公司与李东苹合同纠纷案,大连市西岗区人民法院(2020)辽0203民初2612号民事判决书。

一种特殊类型的劳动关系。“非标准劳动关系是指在劳动时间、劳动报酬、工作场所、保险福利等几方面不同于传统固定用工形式和就业形式的特殊类型的劳动关系。”<sup>[7]</sup>一方面,用人单位为了节约用工成本,只与核心员工确立劳动关系,而对其他员工采取灵活用工方式,最大限度利用劳动力资源;另一方面,劳动者就业需求也呈现多样化趋势,非全日制就业、互联网远程就业、兼职就业等情况越来越多,非标准劳动关系应运而生。

当前网络直播领域遇到的问题是,司法实践中劳动关系从属性认定较为严苛,即将劳动关系等同于标准劳动关系,并因此将不符合标准劳动关系构成要件的网络直播关系认定为平等主体之间的民事法律关系,从而难以充分保障网络主播的劳动权益。非标准劳动关系理论的提出为解决这一问题提供了很好的思路。非标准劳动关系处在标准劳动关系与劳务关系的中间地带,其与标准劳动关系的区别在于外在组织形式上较为灵活,从组织形式上而言,劳务提供者具有一定的自主性,这与劳务关系非常相似。“标准劳动关系的人格从属性、经济从属性主要通过组织从属性体现。”“非标准劳动关系是人格从属性、经济从属性与组织从属性相分离而产生的。”<sup>[8]</sup>可见,用工组织形式的不同系标准劳动关系与非标准劳动关系之区别,在非标准劳动关系下,其用工组织形式较为灵活,其组织上的从属性不那么典型。但是,只有人格从属性和经济从属性才是劳动关系从属性的根本特征,属于实质意义上的从属性;而所谓组织从属性只是标准劳动关系中从属性的表现形式,不能反映劳动关系的本质特征。只有实质意义上的从属性才决定劳动者相对于资本方的弱势地位,因此有必要给予其劳动法的倾斜保护。

由前述网络直播用工灵活性特点以及培养式签约模式下网络直播用工的人格从属性、经济从属性分析可知,培养式签约模式下网络直播用工具有实质意义上的从属性这一劳动关系的本质特征,虽然其不能认定为标准劳动关系,但是其构成非标准劳动关系,仍然需要法律的倾斜保护。

### 三、网络直播用工非标准劳动关系认定之策略

“我国劳动法存在一些功能缺陷,由于采取了单一调整模式,模板化了劳动关系,导致灵活就业下非标准劳动关系适用性不足。”<sup>[9]</sup>网络直播行业的复杂性对司法实践提出了更高的要求,网络主播能否被认定为劳动者不能一概而论,需要探索灵活化的认定方式,从而在直播行业经济发展与主播权益保护之间寻求平衡。从合同目的及用工协议约定的权利义务关系来看,明星签约模式中的网络主播基于资源共享、互利共赢的意图与直播平台签订合作协议,双方建立的是平等的民事关系;培养签约模式中的网络主播受到直播平台不同程度的管理,应当综合各种因素对是否构成从属性进行实质性判定,在具体法律适用时可以将社会保护必要性作为考量因素,给予处在“灰色地带”上的网络直播用工关系以明确的定位。

#### (一)从属性的实质性考察

非标准劳动关系允许形式上自主性因素的存在,因此对从属性的审查从形式上不宜过于严格。“应当以劳动者从事劳务并获得报酬的相关事实为指导,而不考虑在各方当事人之间可能商定的任何契约性或者其他性质的相反安排中的法律关系特点”。<sup>[10]</sup>前述网络主播在人格上和经济上的从属性是网络直播用工关系从属性因素的具体表现,司法实践中可以结合以下因素进行审查。

网络主播人格从属性主要体现在网络主播对直播平台业务上的依赖以及直播平台对网络主播的管理,审查要素包括:(1)网络主播连续而非一次性在该平台直播;(2)网络主播开展直播需按要求进行培训并接受考核评价,直播平台有权对网络主播工作时间、工作地点和工作内容进行指挥;(3)网络主播受专属条款的约束,合同约定期间内不允许在其他平台开展直播活动;(4)直播平台根据直播情况对网络主播进行奖惩。若具备上述因素可以认定为构成人格从属性,避免仅仅因为具体工作时间、工作地点及工作内容上具有一定组织形式上的自主性而否定其实质上的从属性。

网络主播经济从属性主要体现为网络主播对直播平台经济上的依赖,司法机关进行认定时应着重考虑以下因素:(1)网络主播收入中固定薪资所占比重大于打赏和广告等分成收入;(2)网络主播开展直播

活动依赖直播平台提供的用户、信息和技术等资源;(3)网络主播为全职独家主播,于特定直播平台获取经济来源。在网络直播用工关系中,网络主播薪资构成方式的灵活性导致形式上从属性的弱化,根据上述因素对网络主播及直播平台的经济关系进行比较,可以对经济从属性进行更深入的考察,进而判断是否构成劳动关系。

通过对从属性的分析,网络直播用工关系可以划分为三种,即标准劳动关系、非标准劳动关系和劳务关系。当网络直播用工关系符合传统的劳动关系的从属性要求时,应当将其认定为标准劳动关系,这种情况在网络直播行业比较少但仍然存在;若网络主播开展直播活动虽然具有一定的自主性,但具备实质上的从属性,对直播平台依赖性较强的,就可以将其认定为非标准劳动关系,根据具体的用工情况选择相应劳动法规范对其进行倾斜性保护,通常培养签约模式下的网络直播用工属于这种情况;当网络主播与直播平台具有相当的议价能力,自主性占主导地位亦即不具有实质上的从属性,就应当将其认定为劳务关系,应根据具体用工情况选择相应民事法律规范对其进行平等保护,通常明星签约模式下的直播用工属于这种情况。

## (二) 社会保护必要性作为补充考量因素

网络直播用工关系中存在着众多从属性因素,需要根据案件情况综合考虑是否构成从属性。同时,要从法益平衡的角度,全面衡量劳动关系认定给网络主播及网络直播平台带来的影响。如果不区分情况,盲目扩大劳动关系的认定范围,将会导致直播平台承担过高的用工成本,负担大大加重,从而不利于网络直播行业健康发展,因此最重要的是平衡网络主播与直播平台之间的法益,使得网络主播权益获得最大限度保护的同时对直播平台的利益和行业发展利益予以关注。

本文认为可以将社会保护必要性作为认定网络直播用工关系性质的补充考量因素。劳动法属于社会法领域,私法在某些领域不能实现实质平等,从而产生了通过社会法进行矫正的必要,因此社会法领域更多表现为国家力量干预,通过强制性法律规范保护弱势群体利益。<sup>[11]</sup>“劳动法体现了公法与私法融合的特点,劳动法中的强制性规范体现了公法中的国家干预性质,其自治性规范则体现了私法的意思自治理念。”<sup>[12]</sup>因此,社会保护必要性是劳动法存在的价值之所在,也正是基于此,社会保护必要性才可以作为网络直播用工关系认定的补充考量因素。

研究网络新型用工关系的学者往往从标准劳动关系和非标准劳动关系的角度入手,来论证扩大劳动关系认定范围的必要性和合理性,并取得了一定的成效。但由于网络新型用工关系本身千差万别,劳动领域与民事领域的界限也并不明确,处在这一范围内的关系如何进行界定和保护也值得探讨。将研究的关注点放在非标准劳动关系与劳务关系的认定上,是研究网络直播用工关系的另一个视角。本文认为,在探讨是否构成非标准劳动关系的过程中,不仅要将其与劳动关系进行比较,也不能忽视其与劳务关系的比较。在非标准劳动关系与劳务关系的选择上,首先应当考虑对其进行一般民法领域中的保护,若民法领域不能给予强有力的保护,民事主体的关系仍然不能实现实质平等,此时可以考虑进行社会性保护。这样的顺位考虑将关注点放在非标准劳动关系与劳务关系的认定上,使网络直播用工关系的认定更清晰。

明星签约模式下的网络主播对工作时间、工作地点、工作内容等享有较强的自主性,虽然也面临着专属条款的约束,但明星签约主播在直播领域仍属于稀缺资源,具有竞争关系的公司会给出更优质的条件吸引主播,违约金并不会对其造成绝对的限制,可见明星签约主播的议价能力可以与直播平台抗衡。在这种情况下,对明星签约主播进行社会保护的必要性并不大,其与直播平台之间的关系更接近民商事合作,目的是资源共享、互惠互利,认定为劳务关系比较恰当。培养签约模式下的网络主播直播经验欠缺,培训的过程中要接受较高级别的管理和监督,在业务和经济上都对直播平台有较强的依赖性,缺乏议价能力。法院不应只关注协议的书面条款而忽略了劳务提供者与雇主之间议价能力的不平等。<sup>[13]</sup>此时,网络主播明显处于弱势地位,需要一定程度的社会保护,因此将其认定为非标准劳动关系更合理。

### (三)完善劳动法规范与民法规范之间的衔接

劳动法规范与民法规范的割裂是网络直播用工关系难以寻找可适用法律规范的主要原因之一。很多学者提出借鉴国外立法经验以调整我国劳动立法体系,如设立第三类劳动者制度<sup>[14]</sup>。因为我国对劳动关系进行规制的法律规范包括《劳动法》《劳动合同法》等,若双方未签订劳动合同,事实劳动关系的认定只能依靠《关于确立劳动关系有关事项的通知》这一部门规范性文件,该文件2005年制定实施,效力层级较低且没能将互联网新型用工关系纳入调整范围,立法的滞后导致新型用工关系性质认定较为困难。但本文认为法律修改必须立足我国实际,我国互联网新型用工实践中还存在很多问题没有厘清,比如网约车、外卖配送、网络直播等互联网用工关系之间的差异及其对劳动关系认定的影响,若不对互联网新型用工现状进行充分的研究,就很难以法律调整不同的用工类型。因此,应当先分析不同的用工关系在司法实践中遇到的问题,从司法方面寻找衔接劳动法规范与民法规范的路径,待到时机成熟时再进行立法修改。

首先,可以根据司法裁判实践完善网络直播劳动关系认定相关司法解释。比如,司法解释应当对网络直播合作协议条款设置进行规制,特别是专属条款和超高违约金条款。网络主播在职期间被禁止在其他直播平台直播具有其合理性,培养签约模式下的网络主播经过培训所吸引的流量离不开直播平台的投入;明星签约模式下的网路主播在具有平等议价能力的情况下,与直播平台约定排他性直播,属于意思自治的范畴,应当遵守。但若在网络主播离职后仍然不允许其在其他平台直播的条款,类似于劳动合同中的竞业限制条款,是否可以适用于其他合同仍需要进一步探讨。另外,超高违约金是否酌减及酌减因素也应当在司法解释中明确,比如网络主播的影响力及其直播所获收益、直播平台的损失、合同履行情况等。

其次,可以通过指导性案例、公报案例为司法裁判提供指引。目前,关于网络直播用工关系的公报案例只有一个,即2020年最高人民法院公报案例第10期“李林霞诉重庆漫咖文化传播有限公司劳动合同纠纷案”。这一案件中的网络主播与本文明星签约模式下的网络主播相似,合作公司对网络主播进行包装推荐,但并不对网络主播进行严格的管理,网络主播自行在第三方直播平台进行注册并开展直播活动,按比例获取报酬。该案判决综合协议内容以及从属性等因素,最终认定双方并不构成劳动关系,这将为今后的类似案件的处理提供指引。但,这一公报案例并不能涵盖所有的网络直播关系,仍需要针对不同的签约模式发布不同的指导性案例或公报案例,促进其体系化,从而为网络直播用工关系的法律适用提供全面指引。

## 四、结语

网络主播是否能够认定为劳动者并受到劳动法规范的保护是当前网络直播行业面临的主要问题,这也反映出当前我国劳动法律规范的不足,灵活用工已经趋向于普遍化,若僵化地套用当前法律规范将不利于第三产业健康发展。灵活用工方式催生了非标准劳动关系理论,这为网络直播用工关系认定提供了理论基础,结合对明星签约模式和培养签约模式的比较,可以对网络主播法律身份作更细致的认定。非标准劳动关系作为标准劳动关系与劳务关系间的衔接,弥补了法律适用的空缺,既不会过度加重直播平台等主体的负担,又能够保护网络主播基本的就业权益。当然灵活用工方式多种多样,如何对非标准劳动关系予以统一规定及其在实践中具体应用,还需要结合其他类型灵活用工情况进行系统化研究。

### 参考文献:

- [1]王全兴,刘琦.我国新经济下灵活用工的特点、挑战和法律规制[J].法学评论,2019(4):85.
- [2]王天玉.超越“劳动二分法”:平台用工法律调整的基本立场[J].中国劳动关系学院学报,2020(4):77.
- [3]董兴佩.法益:法律的中心问题[J].北方法学,2008(3):30-32.
- [4]班小辉.“零工经济”下任务化用工的劳动法规制[J].法学评论,2019(3):114.

- [5]COUNTOURIS N.The changing law of the employment relationship: Comparative analyses in the European context[M]. Aldershot: Ashgate Publishing, 2007: 72.
- [6]SORGE S.German law on dependent self-employed workers: A comparison to the current situation under Spanish law[J]. Comparative labor law and policy journal, 2010(2): 249-250.
- [7]陈晓宁.论非标准劳动关系的法律规制[J].时代法学, 2010(3): 70.
- [8]董保华.论非标准劳动关系[J].学术研究, 2008(7): 51.
- [9]谢德成.新时代劳动法的功能拓展与制度调适[J].当代法学, 2019(4): 109.
- [10]周国良.劳动法律体系亟待完善与重构[J].中国法律评论, 2018(6): 138.
- [11]李干.试论劳动法的社会法特质[J].中国劳动关系学院学报, 2019(4): 16.
- [12]涂永前.应对灵活用工的劳动法制度重构[J].中国法学, 2018(5): 228.
- [13]BOGG A L.Sham self-employment in the supreme court[J].Industrial law journal, 2012(3): 331.
- [14]肖竹.第三类劳动者的理论反思与替代路径[J].环球法律评论, 2018(6): 80.

## Research on the Recognition of Employment Relationship via Live Webcast

DONG Xingpei<sup>1</sup>, LI Mingqian<sup>2</sup>

(1. Journal Editorial Department, Shandong University of Science and Technology, Qingdao, Shandong 266590, China;

2. People's Court of Kenli District, Dongying, Shandong 257599, China)

**Abstract:** The employment relationship via live webcast is growing increasingly more complex. In judicial practice, the employment relationship via live webcast is recognized as an equal civil relationship in accordance with the *Notice on Matters Concerning the Establishment of Labor Relationship*, which fails to fully protect the rights and interests of most network anchors. The tertiary industry is featured with the generalization of flexible employment, and the traditional way to recognize labor relationship is hard to adapt to the flexible employment environment, thus falling into the dilemma of recognizing the labor relationship in the live webcast as the civil relationship. To determine the nature of the employment relationship via live webcast, comprehensive consideration should be given to the webcasting employment models, labor relationship subordination standards, and the social necessity to protect the rights and interests of network anchors. The webcast employment relationship can be divided into three types: standard labor relationship, non-standard labor relationship and labor service relationship, so as to fully protect the network anchors under different employment models and realize the balance of the rights and interests between the network anchors and the live broadcast platforms.

**Key words:** network anchors; labor relationship; non-standard labor relationship; subordination

(责任编辑:魏 霄)