

新业态下网络主播法律地位认定 及权益保障的制度回应

袁文全 毛 嘉

摘要 随着数字时代的到来,互联网平台逐渐成为人们创造劳动价值、推动经济创新发展的重要工具,法律规定的滞后性导致互联网从业人员权利义务边界处于模糊状态。网络直播作为近年发展迅速的互联网平台灵活用工方式之一,其从业人员的权益保障问题已引发诸多关注与讨论。全面深入认识网络直播用工特点及其从业人员权益保障现状,分析现行法律框架下网络主播的法律地位认定与权益保障面临的尴尬境地,判断网络直播用工过程中从属性强弱并将其作为网络主播法律地位认定的依据和前提,根据倾斜保护原则和利益平衡理念规范网络主播群体最为需要的权益保障类别,最终实现用工双方之间的实质平等,对于保障此类灵活就业群体的劳动权益显得尤为重要。网络直播用工方式的特殊性决定了其从业者群体工作内容和工作要求有别于他种新业态用工方式,为更好地保护网络直播行业从业人员合法权益,同时保持劳动法律体系的稳定性,我国可尝试将其作为特定群体给予单独保护,特别重视工伤保险制度、休息制度和竞业限制违约责任制度的完善与调整,促进网络直播行业健康稳定发展。

关键词 网络主播;法律地位;权益保障;实质正义;倾斜保护;平台经济;新业态用工

中图分类号 D912 **文献标识码** A **文章编号** 1672-7320(2022)06-0144-10

基金项目 国家社会科学基金项目(15BFX159)

平台经济的兴起及劳动者工作理念的转变等促成新型灵活就业群体产生并不断壮大,新就业形态表现出的劳动关系灵活化、工作内容多样化、工作方式弹性化、工作安排去组织化等新特征,导致传统用工法律关系中劳动关系抑或劳务关系“二元论”的划分标准已不再合时宜,这也给传统的以单位为依托、以标准劳动关系为基础的劳动保护模式带来新的挑战。针对当前普遍存在的新业态从业人员权益保障不健全、不统一问题,国家有关部门出台相关文件指出,要切实保护平台从业人员合法权益,明确平台在劳动者权益保护等方面的相应责任(人社部发[2021]56号),表明国家对新业态劳动者权益保障的高度重视和政策制度导向。其中,网络直播行业作为众多新业态之一,其从业者网络主播群体的劳动权益保障日益备受关注。据统计显示,截至2021年12月,我国网络直播用户规模达7.03亿人,较2020年12月增长8652万人,占网民整体的68.2%^[1]。网络直播有利于稳步推进数字乡村建设、促进数字贸易繁荣发展^[2],未来直播行业将继续保持稳健发展态势。可以预见,直播行业的持续发展必将对其从业人员权益保障提出更严格的要求,但我们也应看到对其从业人员权益保障在现有法制框架下难以完全有效实现。因此,探索新业态下网络主播的法律地位认定及相关权益保障的制度规范具有重要的现实意义。

一、网络主播法律地位认定及权益保障的现状

根据《互联网直播服务管理规定》(2016年),互联网直播是指基于互联网,以视频、音频、图文等形式向公众持续发布实时信息的活动。当前,网络直播流行于哔哩哔哩、抖音、斗鱼等各大平台,直播题材非

常广泛,涉及游戏、电商、教育、公益、美妆等诸多方面,在丰富人们精神文化生活的同时形成一种经济发展新模式。与此同时,主播所享权利不明确、平台避谈劳动关系成潜规则、主播遭遇欠薪和“金牌协议”、直播平台“挖角”频发等涉及直播行业从业者群体的权益问题引起诸多关注。上述所涉问题的存在使得新业态下网络直播行业中网络主播与经纪公司或平台之间的劳动争议案件数量呈逐年上升趋势,各地法院依据具体情形进行司法裁判,并形成部分典型案例(参见表1)。

表1 网络主播与经纪公司的劳动争议案件

案件名称	主要争议	裁判结果	裁判要点
网络主播某娇要求确认与某经纪公司劳动关系案 ^[3]	认定劳动关系、支付经济补偿金	非劳动关系	双方无订立劳动合同的合意、无需到公司办公场所上班、无需遵守公司规章制度
主播张某与某演艺经纪公司确认劳动关系纠纷案 ^[4]	认定劳动关系、支付工资	非劳动关系	双方是合作共赢的民事合作关系,不符合劳动关系的法律特征
李某某与重庆某文化传播有限公司劳动争议案 ^[5]	认定劳动关系、支付工资、支付二倍工资差额、支付经济补偿金	非劳动关系	双方法律关系不具人身从属性、组织从属性和经济从属性,不符合劳动关系的法律特征

从目前司法裁判实践来看,网络主播理应处于何种法律地位并无定论,各地法院对此认知不一、判法不一,尚缺乏统一的司法裁判适用规则,严重有损司法权威。从学术界现有关于网络主播权益保障的相关研究来看,对直播行业用工关系的法律调整亦持有不同观点,比如认为可以完善劳动关系认定标准^[6](P23)、构建非标准劳动者概念模型^[7](P3)等。尽管如此,对于论及网络主播权益保障问题,几乎都主张应当积极采取有效保障措施加以应对。网络主播和直播平台之间的关系主要可分为三种情形,即授权直播、签约模式和代理模式^[8]。因授权直播大多为个人自娱自乐,希望通过直播展示自己生活,不以营利为目的,与平台关系单一,不属于本文探讨范畴。在签约模式和代理模式中,主播通过此种方式谋生,获取直播报酬,与经纪公司或平台之间的关系更为紧密和复杂,涉及诸多利益纠纷,但主播所处法律地位不明、权益保障不清。习近平总书记曾指出,新冠肺炎疫情突如其来,新就业形态也是脱颖而出,要顺势而为,补齐制度短板,不断完善^[9]。因此,本文聚焦签约模式和代理模式下的网络主播,探究互联网平台主播所处法律关系及其法律地位,以期在规范层面寻求对网络平台主播从业者群体劳动权益保障的法律路径,实现对此类从业者群体劳动权益进行更合乎常理且体现法律制度理性的有效保障。

二、网络主播法律地位认定及权益保障面临的法治困境

传统劳动关系呈现出较强的人身从属性和经济依赖性。新就业形态下劳动者在一定程度上摆脱了其用人单位的束缚,在工作时间和空间上拥有一定的自主支配权,现行法律法规对该领域社会关系的调整表现出明显的滞后性和不适应性。当下,网络主播与平台或经纪公司之间的法律地位认定及其权益保障问题愈发突出,但现有立法与司法现状表明,现行法制有效应对存在明显短板。

(一) 现有劳动法律规范无法有效调整网络直播行业用工关系

获得劳动法保护的基本前提是劳动关系成立,判断是否成立劳动关系的标准为劳资双方之间是否具有从属性。从属性标准主要包括人格从属性、经济从属性和组织从属性三个方面,学者多有对从属性的内涵进行研究阐释^[10](P94-96),从以上一个或多个方面展开,虽侧重点不一,但本质上仍具有相通性。自从《关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部发[2005]12号)确立劳动关系认定的从属性标准后,至今该标准仍是实务界判定劳动关系是否成立时所遵循的基本准绳。

在传统全日制用工占据绝对主流地位的年代,通过判断从属性“有”或“无”的“一刀切”模式即可解决法律调整问题,若有从属性则享有劳动法规定的权利而受劳动法调整,若无则按平等主体权利义务关系处理而受民法调整。直播行业的用工形态在工作时间、工作地点、劳动报酬等方面均有别于传统行

业用工,网络主播和平台或经纪公司之间并不具有完全的从属性,“有”或“无”的传统二分法不再那么完全符合当前新业态用工的实际需求。一方面,认定网络主播具有劳动者资格会给经纪公司或平台增加额外负担和风险,甚至可能使得用工岗位缩减而妨碍新经济发展;另一方面,将其作为民事主体对待又会使网络主播某些迫切需要获得法律保护的权益处于缺失状态。这一矛盾的对立性使得现行法律对直播行业用工关系的调整处于两难境地。

(二) 网络主播法律地位认定不明确

相较于传统业态下的全日制用工,作为新业态的网络直播行业用工表现出其特殊性。一方面,网络主播的直播时间、直播地点、直播内容并不固定,主播有一定的自由调整的空间,这种情形下主播易于被认定为平等合同关系中的民事主体;另一方面,网络主播需要服从经纪公司或平台安排,每月直播要求达到有效天数和有效总时长,协议期间禁止到第三方平台进行直播,并规定有违约金条款,这种情形下主播又更像是劳动合同关系中的劳动者。灵活的用工方式给网络主播法律地位的确立蒙上了面纱。

针对上述具体而言,如果网络主播与经纪公司或平台的合作协议具备劳动合同应当具备的主要条款,司法实践中法院倾向于认定双方成立劳动关系(江西省宜春市中级人民法院[2020]赣09民终1888号民事裁定书)。除此类具有鲜明劳动关系特征的争议案件外,法院对于网络主播所处法律关系的认定不尽相同,甚至针对同一个案件,劳动争议仲裁委员会、一审法院、二审法院之间也会持有不同意见(河南省周口市中级人民法院[2021]豫16民终444号民事判决书),在裁判思路上大多从建立某一具体法律关系的意思表示、获取报酬方式、隶属管理关系三方面要素进行综合考察,并在此基础上作出裁判。此外,法院在对上述某一要素进行分析时极易出现仅因侧重点不同而裁判结果截然相反的情形(参见表2)。还有值得注意的是,部分二审法院在处理当事人此类诉求过程中,并未就双方法律关系定性的更改而改变一审法院最终确定的支付数额(上海市第一中级人民法院[2019]沪01民终4651号民事判决书),法院总是在寻求一个合法合理的裁判结果。综上,在网络主播法律地位认定的司法实践中,不同法院的裁判之间仍存在较大的同案不同判风险,应尽快确立统一的相对完善而稳定的裁判要素与认定思路。

表2 同一考察要素法院的不同认定结果

考察要素	法院认定结果1	法院认定结果2
经纪公司或平台的监督管理行为	基于公司的演艺经纪行为衍生的管理行为,属于合同服务内容之一(湖南省株洲市中级人民法院[2021]湘02民终346号民事判决书)	属于劳动关系中的管理与被管理行为(安徽省合肥市包河区人民法院[2019]皖0111民初18539号民事裁定书)
订立《网络视频直播艺人经纪合约》的双方意思	具有建立劳动关系的合意(湖南省长沙市雨花区人民法院[2018]湘0111民初2296号民事裁定书)	无建立劳动关系的合意(湖南省长沙市雨花区人民法院[2019]湘0111民初4953号民事判决书)
获取报酬方式	根据网络打赏金额进行利润分成,不属于劳动法上的工资(安徽省六安市中级人民法院[2021]皖15民终80号民事判决书)	可被看作是劳动法上的劳动报酬支付方式(江苏省徐州市泉山区人民法院[2017]苏0311民初4221号民事裁定书)

(三) 网络主播权益保障内容缺乏规范性

网络主播法律地位的不确定性将极大影响该群体得以享有的权益保障,司法实践中的裁判现状也直观地反映了这一系列问题。在法院认定存在劳动关系的案件中,网络主播可以享有劳动报酬给付、未签订劳动合同的二倍工资支付以及违法解除劳动合同支付赔偿金的请求权(安徽省合肥高新技术产业开发区人民法院[2020]皖0191民初3245号民事判决书)。若法院不予认定存在劳动关系,网络主播请求劳动法保护则无法得到支持(山东省临沂经济技术开发区人民法院[2020]鲁1392民初922号民事裁

定书)。同时,也有仲裁委员会认定存在劳动关系但又仅选择性地部分支持网络主播所主张的劳动法上的权益(济南市历下区劳动人事争议仲裁委员会济历下劳人仲案[2019]1793号劳动仲裁裁决书),疑似解绑了网络主播所处的法律地位与其应有权益保障之间的对应关系,还有法院对此情形在认可案件为普通合同纠纷的前提下却又支持竞业限制条款的适用(广东省深圳市中级人民法院[2018]粤03民终4623号民事判决书)。此外,大多数网络主播患有职业病,根据《2018主播职业报告》显示,困扰网络主播的三大职业病为颈椎腰椎不好、失眠和声带受损^[11]。因此,为妥当处理网络直播行业纠纷提供可资借鉴的司法裁判思路和参考指引,明确网络主播所应享有的权益保障是亟待解决的重要现实问题。

三、网络主播法律地位认定及权益保障的法理证成

从属性是区分民事合同与劳动合同的关键依据,其早已成为理论界与实务界的共识。在网络平台用工背景下,判断是否存在劳动关系、是否需要倾斜保护,传统的从属性理论仍有适用空间^[12](P1562),在无法实现从属性“有”或“无”一刀切的情形下,或许可以试着从强弱的角度出发探讨新就业形态下网络主播所处法律地位,进而探究其权益保障的法理逻辑。

(一)网络主播法律地位应予以合理认定:弱从属性是倾斜保护的依据

保障公民自由和平等权利是现代法治社会追求的共同目标。这一理念在1789年法国《人权宣言》中被提及,即“人生来就是而且始终是自由的,在权利方面一律平等”,也在1976年联合国《经济、社会及文化权利国际公约》中作为原则出现,旨在保护源于人自身的固有尊严,实现人类自由理想。

在社会化大生产过程中,资本的出现和积累造就了一种新经济模式,将出卖劳动力的雇员置于资本所有者的指挥与管理之下,雇员通过劳动换取自身所需的生活资料。正如马克思所言:“资本来到世间,从头到脚,每个毛孔都滴着血和肮脏的东西。”^[13](P829)资本所有者为了自身利益无限制追求剩余价值,迫使雇员从事高强度劳动,使劳动力发挥最大效用。这种只重经济利益的生产方式极易把雇员变成工具,雇员在经年累月的劳作中最终成为一颗机械的螺丝钉,无法获得作为一个人应有的全面发展。为解决这一问题,保障雇员自由和平等基本权利、实现人类自由理想,倾斜保护被作为一种在世界范围内广泛使用的有效的基本原则,即法律给予雇员适当保护藉以平衡劳资之间的力量悬殊。倾斜保护原则在英、美等国家体现为“控制标准”,雇主如果能指挥和命令雇员行为则认定存在劳动关系;在我国和德、日等国家则表现为“从属标准”,意为雇员在劳动过程中需要依赖于雇主的生产资料和管理。“从属标准”在传统全日制用工关系中具有极强的适用性,成为法律上认定劳动关系是否成立的判断标准。

网络主播作为互联网时代诞生的新业态,探究其是否需要劳动法保护,同样也是考量用工过程中双方主体地位是否平等、是否具有倾斜保护的必要性。与传统用工模式相比,这种新型用工主要表现出以下特点:其一,网络主播不具有固定的上下班时间,经纪公司或平台仅对每月有效直播天数及时长进行规范,网络主播可自行安排直播时间段,最终有效天数和总时长达到规定要求即可;其二,网络主播没有固定的工作地点,可选择经纪公司或平台提供的房间和设备,也可选择居家直播;其三,网络主播的收入报酬一般采用“基本工资+提成”的模式,基本工资为合同约定的每月固定收入,一般数额较少,提成则以观众打赏总额的一定比例计算。上述特点使得网络主播与经纪公司或平台的法律关系在形式上更像是平等的民事关系,但实质上在互联网平台用工中,从业者所做的任何行为都已经被平台预先设定,受到网络程序的全程监控^[14](P122),经纪公司或平台凭借先进技术对网络主播直播内容和直播时长进行监督并统计,可以实现相较于传统劳动更为严格的行为控制。此外,经纪公司或平台掌握着对网络主播进行包装推广的资源,网络主播的部分收入报酬仍以固定的基本工资形式存在。综上所述,网络主播与经纪公司或平台之间存在弱人格从属性和弱经济从属性,并非完全平等,理应获得倾斜保护。法律主体地位及法律关系的确立是为规范随之而来的权利享有和义务履行,前者只是一个名义,后者才是最终目的。在实践中,网络主播究竟以何种名义获得倾斜保护,可结合我国劳动法律法规体系及实施情况进

行判断,做到非必要情况下不增加新的法律概念,保持劳动法律体系的完整性和稳定性。

(二) 网络主播劳动权益应予以合法保障:实质平等是倾斜保护的必然要求

罗尔斯提出的正义原则包括两个内容,一是平等自由原则,二是机会的公正平等原则和差别原则的结合。这一论述反映了罗尔斯不仅关心“合乎每一个人的利益”,而且关心“合乎最少受惠者的最大利益”,后者是对最少受惠者的偏爱,希望通过补偿或再分配等方式实现所有社会成员实质意义上的平等。要实现“合乎最少受惠者的最大利益”有两个步骤,一是确定最少受惠者的范围,二是衡量人们的利益或者说合法期望的水平^[15](前言P7)。我国《宪法》第33条规定公民在法律面前一律平等,核心要义就是“相同者同等对待,不同者不同等对待”,同时涵括形式平等与实质平等。我国《劳动法》和《劳动合同法》均在总则第一条列明“保护劳动者的合法权益”之立法目的,体现了在特定领域国家主动对劳动群体给予倾斜保护实现实质平等。具体到本文研究的网络主播,由上述分析可知其在与经纪公司或网络平台用工关系中处于弱势地位,需要获得一定程度的倾斜保护,接下来就需要衡量网络主播合法期望水平,衡量标准可以从其作为自由平等的从业主体和理性参与合作的社会成员所需要的东西出发去综合考量。

同时,在倾斜保护中对倾斜程度的判断应当符合比例原则。在新业态用工背景下,如前所述,“一刀切”模式已无法很好平衡用工双方权利义务关系。此时若要实现实质平等,应对不同用工形态下从业者群体给予不同保护,而非同等劳动法保护,将更能体现《宪法》所规定的平等要求。差别保护的一个重要标准即是符合比例原则。根据已有学者对比例原则在公法领域的适用研究,此原则在侵益行政行为、授益行政行为和互益行政行为领域均可获得精准适用^[16](P66),也有学者对此原则在私法领域的适用进行研究,精髓在于“禁止过度”,确保民事主体的权利和自由不被过度干预^[17](P143)。劳动法作为社会法的重要组成部分,是私法与公法融合的第三法域,国家本位、个人本位和社会本位共存,存在比例原则适用空间并对适用比例原则具有更高要求,即在哪些方面、在何种程度上应当尊重私法自治,同时在哪些方面、在何种程度上又应当展现法律父爱主义为弱势方提供保护。

具体而言,在新业态劳动用工领域,从业者所获得的劳动法上的特别保护应当跟其与用人单位形成的用工关系的从属性强弱相关联,综合考量从业者的合法期望水平。例如,外卖骑手工作的灵活性决定了其无法享有与传统用工劳动者同等的保护,但根据用工实际情况,外卖骑手几乎所有的工作时间都在取餐与送餐途中,加之平台对时间的严格限制,使得外卖骑手面临较高的安全风险,职业伤害保障是此类从业者群体最需获得的劳动保障权益类别。比例原则可以作为分析从业者合法期望水平的工具,并为之提供一种分析进路和框架,通过实用主义推理,具体细致地研究新事物、发现新问题,使得网络主播权益保护制度设置体现手段与目的的统一、制度内容安排得以妥当实现真正的实质平等。

四、网络主播法律地位认定及权益保障的实现路径

新就业形态劳动者的劳动保障权益问题不容小觑,法律制度应当在最大程度上保障新就业形态劳动者权益。以倾斜保护为逻辑起点,劳动法将实现劳资双方的实质平等作为其基本任务,蕴含了强烈的对劳动者的人文关怀精神,但当前我国劳动法律法规的“滞后性”导致对这种用工“新常态”的规制明显不足。因此,应对网络直播行业从业者群体网络主播的法律地位给予合理认定并保障其劳动者权益,彰显劳动法调整社会关系的独特制度价值。

(一) 制度设置应遵循的基本价值理念

对于网络主播权益的保障,从整体主义视角出发,制度设置过程中应着眼于行业发展和进步,确保法律制度实施有助于实现直播行业健康可持续发展。由此,多元利益平衡成为首要判断标准,如何妥善协调各方利益是制度设置的基本价值考量。利益平衡理念是社会学法学派中的一个支派即利益法学派的理论基础,强调各种相互冲突利益之间的平衡。

在依托于网络科技成长起来的直播用工领域,利益平衡需要考虑行业发展、直播运营效益、主播权

益三方面之间的关系。在直播行业用工过程中,我们应当看到其积极方面的主要表现:一是直播电商市场规模不断扩大,直播用户数量显著增长,直播行业为经济社会发展做出积极贡献;二是新业态的出现让“斜杠青年”在职业发展上有更多选择空间,根据自身兴趣爱好全职或兼职从事某一工作,选择成为网络主播的从业者可以在相对自由的时间管理中去展现真实自我,获得自我认同和自我实现^[18](P93-95)。同时,也应当看到其消极方面的主要表现:一是新业态用工发展到一定阶段,个体化工作进入瓶颈阶段,资本和流量的裹挟迫使网络主播追求量化数据,进行重复机械劳动,陷入内卷化困境,由此导致的后果是创作内容固化、失去创意、逐量生产,异化个体劳动^[19](P72-79);二是数字平台令人迷惑的时间机制,看似增加了网络主播对时间的支配权,但实际上夜间是直播的黄金时段,为提升直播效益,绝大部分网络主播不得不在夜间开播,违反自然作息的时刻表将主播个人健康置于风险之中;三是技术文化与管理控制并存于新业态用工过程中,两者共同作用促进剩余价值的生成,互联网技术崇尚自由、平等、开放、合作的文化,有着显著的技术文化特征,然而科层制的管理控制方式在用工过程中占据主要方面^[20](P87-100),强势的用工方主导制定收入规则使被隶属方别无选择,这或许也是大多数网络主播收入微薄的部分原因。从成本效益角度分析,直播运营成本主要包括直播系统搭建、服务器费用、技术维护费、推广引流及人工等方面成本;在效益方面,以直播平台两大巨头斗鱼和虎牙为例,两者的主要收入为直播收入和广告收入。2019-2020年,斗鱼和虎牙持续盈利,但在2021年斗鱼由盈转亏且净亏损6.2亿元,虎牙公司2021年营收放缓,全年净利润5.83亿元,同比下滑33.9%,在2022年一季度两者均处于亏损状态,均遭遇直播收入减少和付费用户减少的困境^[21]。由此可以看出,随着直播行业持续发展,行业竞争模式已由最初的用户规模竞争转向全方位竞争,沿用当前模式不仅导致行业无法获得新经济增长点,而且使得从业者的重复劳动只为挤占他人生存空间。鼓励和支持优质内容创作无疑是改善直播行业发展现状的重要一环,有利于激发从业者职业潜能、增加直播行业用户粘性、提升直播运营效益,促进用工双方共同发展。因此,如何给予网络直播从业者群体网络主播权益适当的制度保障,使其保有足够的时间和精力发挥主观能动性,将成为应对行业发展困境的关键。

(二) 把网络主播作为特定群体给予单独保护的调整模式

如何对处于民事关系与劳动关系二元体系之外的新业态从业人员群体权益给予法律保障是当下国内乃至全球范围内讨论较多的话题。不少国家从不同角度对新业态从业者身份性质进行定位。例如,加拿大将此类从业者定义为依赖性承包人;英国将其界定为非雇员劳动者;德国称其为类雇员^[22](P79)。虽然对灵活用工从业人员给予单独保护这一解决方式兼具优劣势,例如能够更有针对性、更高效率地保护从业人员,不过在一般民事主体与劳动者之外创设“第三类主体”将导致所有劳动者主体法律地位的确认复杂化,用人单位在签订劳动合同时可能为节约用工成本而将劳动者转为“第三类主体”,但也可以看出不少国家最终选择不同于民事关系和劳动关系的单独保护方式。国际劳工组织在2006年的《雇佣关系建议书》中指出,应根据事实确定原则判断是否存在雇佣关系,不得使用其它形式的合同掩盖工人真实法律地位,国家应及时掌握全国范围内各行业用工形式的变化,采取有效措施消除试图建立隐蔽雇佣关系的诱因^[23]。据此,我国也应当完善对直播行业从业者群体的法律保护,可以尝试将网络主播作为二元体系之外的直播行业从业者给予单独保护。

其一,将网络主播作为特定群体给予单独保护符合我国劳动法理论和实践现状。网络直播行业用工不同于传统的全日制用工,也不属于民事法律调整范围,具有给予单独保护的现实基础。需要说明的是,此处所说的单独保护并非如英国等国家以设立“第三类主体”的方式给予法律保护,而只是将直播行业从业者群体作为一个特定群体进行法律调整,他种行业从业人员无法被纳入这一特定群体,因此也就能消解上文所述创设“第三类主体”带来的潜在风险。我国当前劳动法理论和实践仍不成熟,引入第三类主体的概念和制度将带来诸多问题和挑战^[24](P116)。此外,由于新业态用工方式种类繁多,对所有用工方式均给予单独保护既不现实又容易使法律规范错综复杂,为此可以通过“概括+列举”方式对目标用

工方式进行规范,统一调整需要普遍保护的社会权益,列举规定需要特别调整的权益保障类别。可以预见,采取此种新业态用工保护进路虽然可以使从业者获得相对精准的保护,但也需要耗费大量人力与时间研制各行业具体权益保障制度,未来仍有很长的路要走。

其二,单独保护是由网络直播区别于其他新业态用工方式的特征所决定的。2021年11月交通运输部等部门联合发布《关于加强交通运输新业态从业人员权益保障工作的意见》(交运发[2021]122号,以下简称《意见》),专门对与交通运输新业态从业人员权益保障关系密切的几个方面进行规定,例如完善利益分配机制、支持参加社会保险、保障合理劳动报酬等。同理,直播行业也有其自身特性。理性经济人假说指出,在市场经济中每个人都在力所能及的范围内努力让自己所能支配的资源实现利益最大化。网络主播出于追求自身利益最大化目的,如前所述,将会选择在夜间工作,同时需要坐在镜头前不断表达自己,相比其他新业态用工方式更容易引发失眠、颈椎及咽喉问题,应建立更为完善的休息与工伤保险制度。对于可以普遍适用于新业态从业者的权益保障类别可进行统一规定,例如,2021年重庆市明确灵活就业人员可以自愿缴存使用住房公积金,适用对象涵盖灵活就业的各类人员。

其三,当前对网络主播的单独保护可以采用效力层级较低的规范性文件等形式。当下网络直播行业仍在快速发展中,我国对新业态从业人员的权益保障还在不断探索中,目前若采用修法的方式进行保障未免显得操之过急,不利于提供真正长久有效保障的同时也浪费立法资源,破坏法律的稳定性,宜待未来条件成熟时,可以参照非全日制用工和劳务派遣的规范方式纳入法律保护框架。因此,当前可采用国务院及其部门规范性文件等形式进行规定,以便更有针对性地依法保护直播行业从业者权益,保证劳动法律体系的完整性。此外,法院及其他机构发布典型案例、地方开展试点工作均为可行方案。

(三)网络主播权益保障的制度优化

新业态用工种类繁多,在我国当前劳动立法的现实状况下,难以在短期内实现对各类新业态从业者群体权益的全方位保护。笔者认为,对新业态从业者群体的权益保障可以循序渐进,不同种类的权益保障对某一从业者群体的影响程度不同,同一种类的权益保障对不同从业者群体具有不同吸引力,应当从该群体最需要获得保障的权益出发逐步完善。上述提及的比例原则作为分析工具,可以借此将从业者群体的合法期望水平具体化,评估某种权益保障的合法性、合理性问题。

直播行业发展到当前阶段,对从业者权益给予制度保障有利于用工双方长远发展,但劳资双方总是有利益分歧存在,应考虑在哪些方面、在何种程度上实现倾斜保护与利益平衡。比例原则作为成本收益分析的另一种表达,指实现目的所带来的价值(效益)能够压倒手段之副作用(成本)^[25](P96-97),可为平衡利益之用。比例原则包含合法性与合理性两方面内涵。第一,从劳动保护的合法性基础来看,我国《劳动法》对劳动基准问题进行了明确规定,包含工作时间、休息休假、工资、劳动安全卫生等,对这些权益给予保障是最基本要求。第二,从劳动保护的合理性来看,司法实践与用工情况表明网络主播劳动安全卫生和休息休假方面的基础性权益亟须获得保护,同时由行业特殊性所引发的竞业限制争议是直播领域纷争焦点,对这一问题的解决符合正当性与适当性要求。综合考虑合法性和合理性,又鉴于直播行业用工关系介于民事关系和劳动关系之间,当前阶段应先行对以下三方面制度予以完善和调整。

一是工伤保险制度的完善。在传统用工领域,工伤保险待遇的享有往往以劳动关系的存在作为前置条件。在新业态用工盛行背景下,为加强对平台从业者的保护,应适当阻隔社保关系与劳动关系之间的关联^[12](P1567)。《社会保险法》第10条和第23条规定灵活就业人员可以参加职工基本养老保险和职工基本医疗保险,但未对其参加工伤保险情形进行规定。国际劳工组织指出可以降低参加工伤保险的要求和条件,使灵活就业人员能够享受工伤保险待遇,增加对此类群体的社会保护^[26](P5)。网络主播普遍患有慢性咽炎等职业病^[127](P155-156),工伤保险可提供相应保障。在具体制度设计上应注意以下几

① 目前这些疾病不属于我国法定职业病,但随着人们工作方式的改变,这些疾病未来可能被纳入职业病目录。

点:第一,为节省人力物力,不建议另设它种职业伤害保障类别和保险经办机构,可以规定网络主播可直接参保职工工伤保险,由社会保险经办机构进行统一管理,同时为便于实施初期工伤保险基金收支情况统计及后续调整,可专设“灵活就业人员”栏。第二,《社会保险法》规定灵活就业者参与养老保险和医疗保险的费用需全部由个人承担,不利于调动灵活就业群体参与社保的积极性,可在工伤保险缴费金额设计上进行相应改善,例如可以规定政府或用工单位给予一定补贴,补贴标准可参考网络主播薪资收入水平,减轻网络主播参与保险的支付压力,且作为具有一定控制权的用工主体理应承担部分工伤保险费。第三,可引入商业人身意外伤害保险,作为工伤保险的补充,由网络主播与经纪公司或平台协商选择性购买,扩大从业者的选择范围。第四,在工伤保险制度具体实施过程中,可借助现代科技简化工伤保险费的收支流程,例如实现参保咨询、账号注册、费用缴纳及申领等过程的电子化^[28](P110),从业人员借助互联网即能随时随地了解并参加工伤保险,提升从业人员参与工伤保险的积极性。

二是休息制度的规范。网络主播与经纪公司或平台之间约定的每月直播时间较为灵活,例如有的约定月直播有效天数为24天,时长至少为70个小时,有效天内每天不低于2小时(江苏省连云港市中级人民法院[2018]苏07民终3681号民事判决书),有的约定每月直播时间不低于200小时(湖北省武汉市中级人民法院[2018]鄂01民终10645号民事判决书),但很多主播经常选择工作到深夜,甚至有主播因此丧失生命。休息权是劳动者的基本权利和法定权利,优先于用工单位利益,保障网络主播休息权才能保证其高效地参与劳动。因此,保护休息权在一定程度上符合从业者、用工单位、行业发展的共同利益。工作时间和休息时间的模糊性极易侵占网络主播的休息时间并使其陷入随时都要工作的紧张状态,在对灵活就业群体权益进行保障过程中,这方面问题应引起足够重视。2021年7月,国家市场监督管理总局等机构强调要优化平台派单机制,切实保障外卖送餐员劳动安全,对于连续送单超过4小时的,应强制休息20分钟(国市监网监发[2021]38号)。同年11月,《意见》强调对网约车驾驶员的权益保障,其中指出要“保障从业人员获得合理休息”,网约车平台要科学确定驾驶员工作时长和劳动强度,优化派单机制,提高车辆的运营效率,不得以冲单奖励等方式引诱驾驶员超时劳动。对网络主播休息时间的保障可以借鉴对外卖送餐员、网约车驾驶员的保障方式,通过有效的计划和记录区分工作时间和休息时间,严格控制网络主播的直播时段、时长,加强行业监管,不提倡网络主播为博取关注和流量进行通宵连续直播。

三是竞业限制违约责任制度的规制。网络主播所拥有的粉丝数量和流量决定了网络主播自身收入高低,同时也为平台带来经济效益,因此导致网络平台之间互相“挖角”、主播违约跳槽事件频发。经纪公司或平台与网络主播在签署协议时往往约定高额竞业限制违约金,由于签约时双方地位的不对等性,违约金数额多体现为用工方意志,这也使得争议发生时大量当事人因违约金数额无法达成一致而起诉至法院。在竞业限制协议中,双方相矛盾的法益是用人单位的经营权益与劳动者的劳动权和自主选择权,适用于负有保密义务的人员,主要指劳动法上的劳动者和公司法上的高级管理人员、高级技术人员。由于网络主播不属于前述人群范围,其所签署的竞业限制协议是否有效仍应存疑。鉴于平台或经纪公司在合作期间需对网络主播进行包装,提供推广资源,将花费大量成本,网络主播跳槽必然违反诚实信用原则和忠实义务,为使双方更好地开展合作,可将竞业限制契约适当扩展至直播行业,但这并非竞业限制契约自由之滥用。网络直播是个特殊的行业,一个人气很高的主播若被禁止在其他任何平台上从事直播活动,其影响力会迅速消减,将导致无效率的福利损失,在争议发生时由客观形势决定双方合作无法继续,可以考虑降低标准以赔偿损失的方式代替协议义务的履行^[29](P54)。对于违约金赔偿金额的确定,由于网络主播跳槽主观恶意明显,赔偿损失已为降低要求、有利于网络主播的解决方案,且直播平台相互“挖角”将严重影响行业发展,陷入恶性竞争,因此确定赔偿金额时需着重考虑用工方合法权益和维护行业正当竞争秩序。具体而言,一方面,法院可参考用工方投入成本、主播实际收益、未来预期利益确定违约金数额;另一方面,网络主播尤其是头部主播跳槽总伴随着竞争对手平台承诺的高额签约费和高薪待遇,利诱网络主播违反合同约定,法院应综合考量主播跳槽后的收益,适当增加赔偿金额,这样可

同时有效预防其他从业者的跳槽行为,发挥违约金的补偿、惩罚和预防功能。如此,影响力较小的普通主播或只需承担远低于协议约定的数额,头部主播或需承担最高额赔偿,符合从业者、用工方及行业发展的利益要求,也符合多元利益平衡理念内在的基本价值追求。

网络直播行业发展迅速,为庞大的用户群体提供信息交流平台,现今已成为社会发展不可或缺的部分。为促进直播行业健康可持续发展,我国正在积极探索保障直播行业从业者权益的有效措施。对网络主播进行单独保护的方式能够有针对性地提供权益保障类别,在对多种新业态用工进行法律调整时,可以采用“概括+列举”的方式,但由于不同用工方式形态各异,实质上仍需根据具体用工特性做出对应规范。无论在疫情或者后疫情时代,加强社会保护都将是促进经济恢复并实现经济可持续发展的重要举措^[30](P15-16),以人权保障为出发点和落脚点也是实现我国长治久安的前提^[31](P90)。在当前,对工伤保险待遇、休息资格以及竞业限制违约责任制度进行完善与调整,符合保障网络主播基础性权益的现实要求。在未来,网络主播的权益保障内容将逐渐完善,直播行业用工关系将进一步获得良性发展。

参考文献

- [1] 第49次《中国互联网络发展状况统计报告》.中国互联网络信息中心网,2022-02-25. [2022-03-26]<http://www.cnnic.net.cn/n4/2022/0401/c88-1131.html>.
- [2] 国家互联网信息办公室发布《数字中国发展报告(2020年)》.中华人民共和国中央人民政府网,2021-07-03. [2022-03-26]http://www.gov.cn/xinwen/2021-07/03/content_5622668.htm.
- [3] 网络主播成“网红”要求确认劳动关系.新华网,2017-02-14. [2022-03-10]http://www.xinhuanet.com/tech/2017-02/14/c_1120460855.htm.
- [4] 2019年度无锡法院劳动争议审判典型案例.澎湃新闻网,2020-04-28. [2022-03-10]https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_7182529.
- [5] 最高院公报!网络主播与合作公司是否建立劳动关系.腾讯新闻网,2020-11-01. [2022-03-10]<https://view.inews.qq.com/a/20201101A005HG00>.
- [6] 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.中国人力资源开发,2020,(6).
- [7] 王立明,邵辉.网络主播劳动者地位认定的困境、反思和出路.时代法学,2018,(5).
- [8] 马鞍山市劳动人事争议仲裁委员会.网络主播与平台的三种运行模式.劳动报,2022-03-21. [2022-03-28]<https://www.51ldb.com/shslldb/wq/content/017faa17f909c0010000df844d7e124a.html>.
- [9] 习近平谈“新就业形态”:顺势而为、补齐短板.人民日报,2020-05-23. [2022-03-03]<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1667480259620483722&wfr=spider&for=pc>.
- [10] 黄越钦.劳动法新论.北京:中国政法大学出版社,2003.
- [11] 《2018主播职业报告》发布 90后主播占68.4%.中国新闻网,2019-01-08. [2022-03-13]<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1622061612613627733&wfr=spider&for=pc>.
- [12] 谢增毅.互联网平台用工劳动关系认定.中外法学,2018,(6).
- [13] 马克思恩格斯全集:第23卷.北京:人民出版社,1972.
- [14] 袁文全,徐新鹏.共享经济视阈下隐蔽雇佣关系的法律规制.政法论坛,2018,(1).
- [15] 约翰·罗尔斯.正义论.何怀宏、何包钢、廖申白译.北京:中国社会科学出版社,2009.
- [16] 梅扬.比例原则的适用范围与限度.法学研究,2020,(2).
- [17] 郑晓剑.比例原则在民法上的适用及展开.中国法学,2016,(2).
- [18] 牛天,张帆.嵌入、表达、认同:斜杠青年的自我实现研究.中国青年研究,2020,(6).
- [19] 牛天.数字灵工的内卷化困境及其逻辑.中国青年研究,2022,(3).
- [20] 梁萌.技术变迁视角下的劳动过程研究——以互联网虚拟团队为例.社会学研究,2016,(2).
- [21] 斗鱼亏损后虎牙也亏了,游戏直播还有翻身机会吗.经济观察报,2022-05-19. [2022-05-27]<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1733248618767128364&wfr=spider&for=pc>.
- [22] 肖竹.第三类劳动者的理论反思与替代路径.环球法律评论,2018,(6).

- [23] Employment Relationship Recommendation. International Labour Organization, 2006-06-15. [2022-03-28]https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R198.
- [24] 谢增毅. 平台用工劳动权益保护的立法进路. 中外法学, 2022, (1).
- [25] 纪海龙. 比例原则在私法中的普适性及其例证. 政法论坛, 2016, (3).
- [26] International Labour Organization. *Non-standard Employment Around the World: Understanding Challenges, Shaping Prospects[key findings]*. Geneva: ILO Publication, 2016.
- [27] 班小辉. 远程工作形态下职业安全保护制度的困境与因应. 甘肃政法学院学报, 2019, (5).
- [28] Janine Berg, Marianne Furrer, Ellie Harmon, et al. *Digital Labour Platforms and the Future of Work: Towards Decent Work in the Online World*. Geneva: ILO Publication, 2018.
- [29] 薛军. 网络直播平台与网络主播之间合同关系的几个疑难问题. 人民司法(应用), 2018, (22).
- [30] International Labour Standards Department. *ILO Standards and COVID-19*. Geneva: ILO Publication, 2021.
- [31] 李龙, 任颖. 论国家治理与人权保障. 武汉大学学报(哲学社会科学版), 2014, (5).

Institutional Responses to Streamers' Legal Status Determination And Legal Protection in the Platform Economy

Yuan Wenquan, Mao Jia (Chongqing University)

Abstract With the arrival of digital era, the platform economy has created numerous new positions for people, which greatly facilitates economic growth in a completely new way. However, rules and regulations always lag behind the changing world and this consequently blurs the boundary of legal protection for all platform workers. Live streaming is one of the most rapidly-growing platform employments in recent years and how to protect its workers better has provoked much attention and discussion. The following are the fundamental aspects to tackle with this problem: have a comprehensive and thorough understanding of the characteristics of live streaming employment and the current condition of legal protection for workers in this growing sector, find out the main difficulties when we determine streamers' legal status and their legal rights, compare live streaming employment with standard employment relationship, analyze the exact higher or lower degree that streamers are subordinate to their employers more than just discerning whether there is any subordination in the relationship or not, which is the basis of streamers' legal status determination; introduce laws to protect the most needed legal rights and interests for streamers according to inclined protection principle and the concept of balance of interests, and finally realize a real balance between both sides. Live streaming employment has quite different characteristics from other platform industries and thus streamers need to meet different job requirements from other workers of the platform economy. In order to achieve better legal protection and keep a stable system of labor law, we can regard streamers as a particular group to protect their legal rights and interests exclusively. In addition, we should refine work-related injury insurance regulations, rest period policy and responsibility arrangements of breaching covenants not to compete especially. Eventually, we will help facilitate live streaming industry towards healthy and sustainable development.

Key words streamers; legal status; legal protection; substantive justice; inclined protection; platform economy; new forms of employment

■ 收稿日期 2022-04-19

■ 作者简介 袁文全, 法学博士, 重庆大学法学院教授、博士生导师; 重庆 400044;
毛 嘉, 重庆大学法学院博士研究生。

■ 责任编辑 李 媛