

# 支配性劳动管理认定的考量要素与权重分配规则

劳动争议  
前沿观察

王 俊 刘 毅

**开栏的话:**习近平总书记多次对灵活就业和新就业形态劳动者权益保障作出重要指示批示。党的二十大报告强调,要完善劳动者权益保障制度,加强灵活就业和新就业形态劳动者权益保障。《国务院关于灵活就业和新就业形态劳动者权益保障工作情况的报告》强调,维护好灵活就业和新就业形态劳动者权益,事关高质量充分就业,事关社

会和谐稳定。最高人民法院高度重视劳动者特别是新业态就业人员权益保障,发布了新业态劳动争议专题指导性案例以及劳动争议案件相关司法解释,确立了劳动关系认定的新标准——“支配性劳动管理”。为了加强劳动争议领域实践问题研究和相关政策解读,促进理论研究与审判实践的深度融合,本报特开设“劳动争议前沿观察”栏目。敬请关注。

党的二十大报告指出,加强灵活就业和新就业形态劳动者权益保障。近年来,人民法院围绕新就业形态(以下简称新业态)法律关系的认定、侵权场景责任的承担及职业伤害保障等问题进行了深入探索,其中从业者与用工者之间是否构成劳动关系,是解决新业态领域相关纠纷过程中最关键的问题。最高人民法院通过第42批指导性案例及新业态用工典型案例明确,新业态用工模式下劳动关系认定的本质在于存在支配性劳动管理。为实现劳动关系认定的精准化与可预期性,有必要明确支配性劳动管理的认定理念、方式、要素范围及各要素间的权重分配规则。

## 一、新业态行业劳动关系认定的现状及问题

笔者在中国裁判文书网以“互联网”“劳动关系”“民事案件”案由一劳动争议”“判决书”及以用工因素涉及APP、网络平台、小程序等为筛选标准,再归并串案、一二再审案等因素,筛选出新业态用工领域的判决书共计3861份。分析上述判决书发现,新业态用工劳动关系的认定距离有序、稳定、可预测的理想状态仍有一些差距。

1. 对从属性理论及劳动管理的理解不一。部分判决认为劳动关系成立要件包含人格、经济、组织从属性,部分仅认可其中两项;对经济从属性的解读分化为收入依赖、工具依赖、定价权归属等不同标准。同时,对劳动管理的界定亦存在分歧,如直播行业中同类管理措施可能被认定为异质的劳动管理措施和行业惯例。

2. 确认劳动关系的事实要素选择和认定具有随机性,考察重点不一。裁判者选取的考量要素有数百种之多,范围零散、数量及侧重点不同。不同行业选取要素类型差距较大,无法看出因素选取的理由及各因素所占权重,难以明确关键要素及考量分量。

3. 对于事实要素之间的逻辑处理不一。判决书事实查明部分时常出现部分要素指向劳动关系存在(以下简称正向要素)、部分要素否定劳动关系存在(以下简称反向要素)的情况。例如,头部主播案中查明MCN机构存在强管理现象的同时,又查明双方曾签署协议约定双方系合作关系而非劳动关系,但判决书说理部分常选择论述支持结论的要素,对反向要素淡化处理或说理不透彻。

4. 缺乏要素与结论的深层论证。部分判决将要素的选定局限于“外观审查”,缺乏对要素关联及逻辑的深入论证,未阐明要素影响劳动关系构成

的原理与程度。例如,考勤一般被视为存在劳动管理及人格从属性的正向要素,但部分用工者设置考勤仅为方便排班或统计工时,从业者不遵守并无负面影响,此类情形需对考勤与劳动管理之间的内在联系作进一步分析。

出现上述问题的原因主要为三个方面:一是新业态行业通过拉长用工链条、切割从业者服务时间与管理手段软化等方式试图淡化传统劳动行业较为刚性的管理。二是劳动管理算法客观上使得法律关系的认定趋向复杂,加大了裁判者对法律关系本质的辨析难度。三是举证责任主体不明及依据不足。新业态用工痕迹多体现为电子数据,且主要由平台掌控。若法院未能成功调取相关材料,或平台拒绝提供、提供不实数据,将直接影响裁判结果的准确性、公正性。

## 二、支配性劳动管理的认定思路

鉴于新业态用工管理与传统模式存在差异,实践中认定是否构成支配性劳动管理时,应坚持如下思路:

1. 秉持“双保护”审判理念。既要尊重新业态领域自由、灵活的用工方式,保障平台经济业务有序运行,也要充分重视新业态从业者对合法权益的诉求,对于确实构成劳动关系的,依法予以认定。

2. 采用整体性审查思维及深度审查导向。支配性劳动管理的认定需要系统分析用工者管理强度,结合不同劳动形态和场景中的管理方式与程度,进行综合考量。鉴于各标准无权重之分,且正向要素与反向要素通常并存,故要求裁判者秉持整体性思维,综合所有情况进行定性分析,既不能偏重单一要素,也不能被部分反向要素左右整体判断。同时,应秉持深度审查理念,运用“手段—目的”思维穿透表象探究实质,考量用工措施对从业者自由度的实际影响,注重各审查要素间的内在联系,全盘考察以平衡各方权利义务。比如,审查考勤要素时需要明确其产生基础及负面效果与收入的关联,审查网约车司机工作自由程度时需要关注上下线时间要求、上线地点限制等。

3. 采用类型化的审判方式。新业态用工在头部平台带动下呈现模式趋同性,采用类型化审判方式能极大提高审判效率,且有助于准确认定事实关系及保持裁判尺度统一。以网约车为例,确定平台和骑手类型后,其工作模式、上下线模式、接单模式等共性因素在一段时间内相同且公开,裁判者可集中核实这些共性要素,节省事实查明时间,同时减轻从业者举证责

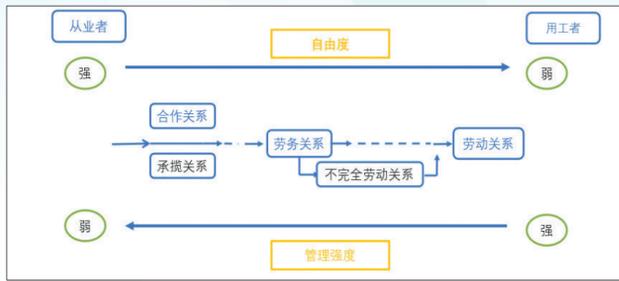


图3 为管理强度与自主度对比衡量示意图。

任,对于该平台同类配送员的法律关系可以迅速以类型化方式进行判定。

## 三、支配性劳动管理的审查方法

1. 由静向动——管理强度与自主程度的动态对比衡量方法。传统劳动关系认定严格遵循原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部发[2005]12号)所确立的“三位一体”标准(主体资格、劳动管理、业务组成),做到全要素形式契合(归入式)。考虑到新业态灵活性、多元性、技术性等特点,及该类案件确认劳动关系的正反要素并存的实际情况,审查方法应由传统的机械归入式转向动态衡量式,以适应新业态用工模式的迭代发展。

动态衡量方式的合理性基于以下几点:一是劳动法律体系的现实需求和理论基础是劳资双方实质不平等,应通过劳动法律法规强制倾斜调整双方权利义务,而这种不平等与用工端管理强度、从业者自由度密切相关,二者力量的对比决定着普通民事关系向劳动关系转变的节点(见图四)。二是从用工者角度看,对从业者管理行为越多、强度越高、程度越深、时间越长,对从业者劳动力支配程度越高,就应承担更重责任;从从业者角度看,获得劳动保障是以让渡工作时间内部分自由为代价,若用人单位还部分自由则相应减少义务,符合权利义务一致原则,不完全劳动关系可理解为用工者部分掌控从业者劳动力、释放部分自由。三是劳动管理强度与从业者自由度是从用工者和从业者两个维度对实质法律关系的评判,二者一体两面,综合考量方能准确、全面评价用工状态。

2. 由虚入实——场景化的认定方法。新业态用工背景下,支配性劳动管理的理解和认定需遵循“语境性”原则,即支配性劳动管理概念的内涵与外延需依托具体场景、社会背景或使用语境确定。由于新业态用工模式多

样,劳动关系认定的核心要素“支配性管理”在不同场景下表现形式各异,传统的、基于工厂式用工场景构建的认定思路不再适宜部分新业态用工法律关系的认定。故实践中,应当调整“是否成立劳动关系的关键在于双方是否存在从属性”的“以事实就理论”的认定方法,将是否构成支配性管理置于具体社会情境与行业场景中考察。以网络主播行业为例,头部主播与平台合作时自主性强,收益分成与内容创作自由度高,而尾部主播常受平台固定直播时长、内容审核等规则约束,工作从属性明显。若仅依据抽象标准认定,易造成误判。场景化认定要求裁判者聚焦主播与平台合作的具体场景,分析平台对主播工作内容、时间、收益分配等方面的实际管控程度,精准界定法律关系。再以外卖配送领域为例,有考勤限制的专送骑手与日均定时提供稳定配送服务的众包骑手在提供配送服务外观表现相同,如仅依据抽象标准认定,也易造成误判。场景化审判需要裁判者考量算法控制强度、骑手自主选择权等场景要素,避免因单一形式的表面特征而误判法律关系性质。

## 四、支配性劳动管理认定的考量要素

当前新业态用工模式复杂多样,其与用工管理相关的要素以不同形式展现,部分要素适用于所有场景,可称之为共性要素,部分要素在典型场景下以个性化方式呈现。二者共同组成场景化语境下的要素目录,可辅助裁判者在个案中准确衡量支配性劳动管理是否成立。

1. 通用场景下的共性要素。一是实质合意。劳动关系成立的基本前提仍为用工者与从业者之间的合意,故合意仍是法律关系认定的重要考量因素。此处的合意,不仅指协议中对法律关系的明确约定,还需结合用工过程中是否体现劳动者的真实合意,从协

议签订过程、时间节点、实际履行情况、约定与执行的偏差,以及签订时从业者是否有自主选择等因素综合认定。

二是用工管理及强度。用工管理是普通劳动管理与支配性劳动管理共同具有的基础要素,而管理强度的不同则是区分两种管理的关键点,其可从劳动时间及地点、劳动内容、劳动强度三个维度进行综合探查。对于劳动时间的自由度,可以根据从业者能否自主决定在何地劳动、何时开始提供劳动及结束劳动、以何种强度提供劳动、能否随时中止劳动等进行综合探查。对于劳动地点的自由度,可以根据从业者是否需要遵守限制性条件等进行综合探查。如网约车司机能否自行决定何时在何处上下线,平台有无通过设置积分激励等方式直接或间接引导司机在固定时段、热门地点提供服务。对于劳动强度的自由度,可以根据从业者能否自行决定一段时间内的工作量进行探查。如外卖骑手是抢单还是强制接单,能否自由接单等。

三是工资/报酬。报酬作为劳动对价,其发放主体为何、数额如何确定、如何发放是判断双方是否存在支配关系的重要依据。可根据包括劳动对价由谁支付、如何决定、如何发放等因素探查。同时,针对新业态行业用工链条复杂、管理与薪酬分离的现状,必须穿透式思维追溯真正掌握薪资决定权的主体,避免简单认定发薪主体。

2. 典型场景的个性要素。因各行业用工方式、从业者从事的细分职业类型不同,故在场景化语境下,除上述通用考量要素之外,裁判者还需结合典型场景下的个性化要素,才能准确认定事实关系。

个性化要素具有两个特点。一是具有独特性,反映该场景下独有的行业特性和职业特性。二是相较于相对稳定的共性要素,其具有一定的时效性,会随着行业发展及用工模式的更迭而发生变化。如外卖骑手类型曾经分为众包骑手及专送骑手两类,如今衍生出介于二者之间、具有特有的时段特性的乐跑/畅跑骑手。

结合判决书查明事实部分中出现的高频要素,一般而言,网约车行业的常见个性化因素有:车辆由谁提供;油费、过路过桥费、违规罚款等由谁承担;涉及软件公司时,三方协议的签订情况;平台软件基于GPS对于司机行驶路线的监测情况;多平台接单情况等。主播行业的常见个性化因素有:主播的业务类别(带货主播、娱乐主播、游戏主播);主播的粉丝数量(增长情况);主播主要收入的性质(打赏、分红、保底收入);用工方有无对主播进行资源投入(如引流、培训、广告等);主播对于直播平台有无选择权;主播与直播平台、用工者之间协议签订情况;主播账号的对外显示及归属约定,是

否提供住宿或先行给付主播一定数额的生活费等。外卖配送行业的常见个性化因素有:外卖配送员的类型;是否存在电瓶车租赁费用,由谁承担;有无背单量的限制;有无购买保险,受益人的约定情况;有无归属站点等。快递行业的常见个性化因素有:车辆由谁提供,登记在谁名下;驾驶证、货运证等证照登记信息;长途或短途,是否有餐饮住宿费报销;超速、超载等情形下罚款由谁承担等。

## 五、不同场景下要素的权重分配

对前述要素进行权重分配,有助于解决个案中正反向要素并存时如何综合衡量的问题。

1. 权重分配的原则。根据对支配性劳动管理证明力的大小,对各场景下证据目录内的要素进行权重分配时,应依据以下原则进行:①实质大于形式。指能够实际反映用工情况的要素权重应大于对法律关系形式约定的要素,如指导性案例237号、238号中,用工者与从业者均签订协议否认劳动关系的存在,但法院均确认“事实优先”的审查原则,实质审查实际用工情况,并最终确认劳动关系存在;②一般情形下(不存在劳务派遣或劳务外包等情形时),人格从属性相关要素权重大于体现经济从属性相关要素。这主要是针对新业态行业常见的管理与发展环节分离,或部分用工模式由平台直接向从业者发薪的情况,以及实际用工者常以平台logo对外而少以自身组织名称对外的情况。此时,能反映用工管理本质特征的人格从属性证据要素的权重大于体现经济从属性、组织从属性的证据要素;③核心大于枝节。如指导性案例239号中,网络主播王某虽存在钉钉考勤的情形,但该考勤不对王某产生负面影响,在王某休息天数多于正常工作天数时,北京某文化传媒有限公司并未对王某采取惩戒措施,与之相对的是王某对北京某文化传媒有限公司在收益分成方面享有较强议价权,故在该场景下,考勤要素并非核心要素;④整体大于局部。如判决书显示,配送站点对于专送骑手实行了日常考勤管理,但允许骑手自行选择小休时间,因小休仅能反映骑手对劳动时间享有局部的选择权,考勤则能反映骑手对更为整体的日工作时间无选择权,故日常考勤要素的权重高于小休选择要素。

2. 典型场景下常见要素的权重对比。结合各典型场景的用工情况,各场景的要素目录的简要权重对比如下:①外卖配送场景:考勤、接单模式、惩戒规则>个体提供、薪资发放周期、协议签订、个体工商户身份的注册等;②网约车运输场景:上下线的自由度、接单模式、热地图地区强制接单要求>配送费提取方式、薪资发放、评分规则等;③网络直播场景:主播的身份及相应的议价权、收益分配方式、直播内容选择权、直播时间的选择权>实际的直播时长、钉钉形式签到等。如此,在个案中,裁判者应根据场景化要素目录尽可能地查明具体要素,若出现正反要素共存时,根据各要素的权重进行综合衡量,并作出评判。

(作者单位:江苏省南京市中级人民法院)

# 新公司法视角下先公司合同责任的认定

民商聚焦

李亚彬

在公司设立时的股东承担了对外从事民事活动的职责,之后,当股东或者公司不履行义务时,作为合同相对方的第三人应当如何主张权利,法院如何认定股东和公司的责任,此即公司法理论上的先公司合同责任的认定问题。在公司设立失败时,所涉主体仅为股东和第三人,第三人只能向股东主张权利,并依据新公司法第四十四条第二款的规定要求设立时的各股东承担连带责任,此种情形在实践中并无争议。在公司设立成功时,所涉主体为股东、公司和第三人,且存在股东以自己的名义和以公司的名义签订两种情况,造成第三人主张权利的不同情形,需要结合民法典、公司法及相关司法解释进行体系性分析。

## 一、股东为设立公司以设立中公司的名义从事民事活动的情形

在这种情形下,股东以公司名义进

行民事活动的“履职”属性,决定了第三人只能向公司主张权利。从内部看,也就是从公司与股东的关系上看,设立中的公司与成立后的公司虽然会有一个时间差,但如同胎儿与出生后的自然人一样,不影响其主体的同一性。由于此时的股东行为系职务行为,而设立中的公司与成立后公司又是一体的,基于如此的“等量代换”,设立时的股东因设立行为所产生的权利义务自然归属于将来成立后的公司。从外部看,也就是从第三人与股东的关系上看,因股东向第三人披露了其是为设立中的公司所进行的民事法律行为,对于第三人来说,其对股东是在从事职务行为是明知的,当然只能向公司主张权利。这就如同在直接代理的场合,代理人实施的民事法律行为的后果应由被代理人承担一样。从第三人期待利益的角度看,其在签订合同时亦会考虑将来公司成立后经济能力与前景等因素,进而作出是否与其“代理人”股东缔约的决定。如果第三人做出了决定,就说明其认可了公司的偿债能力,并接受了相应的风险,所以由成立后的公司承担责任亦不违背第三人的合理预期。

可见,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(三)(以下简称《公司法解释三》)第三条关于“发起人以设立中公司名义对外签订合同,公司成立后合同相对人请求

公司承担合同责任的,人民法院应予支持”的规定,以及民法典第七十五条第一款关于“设立人为设立法人从事的民事活动,其法律后果由法人承受”的规定,均被新公司法第四十四条第一款吸收并规定为“有限责任公司设立时的股东为设立公司从事的民事活动,其法律后果由公司承受”。这几条与民法典第一百六十二条“代理人在代理权限内,以被代理人名义实施的民事法律行为,对被代理人发生效力”的直接代理制度相契合。

## 二、股东为设立公司以自己的名义从事民事活动且第三人不知道的情形

在公司设立阶段,股东以自己的名义对外从事民事活动会存在两种情形,一种是股东在以自己的名义从事民事活动时,对设立公司一事“只字不提”,导致第三人对该设立公司一事并不知情;另一种情况是股东在以自己的名义从事民事活动时,对设立公司一事“如实告知”,使得第三人对该设立公司一事已经知情。

对于第一种情形,因此时股东与第三人之间的法律关系对公司而言完全符合合同代理中的隐名代理。是故,根据民法典第九百二十六条关于“受托人以自己的名义与第三人订立合同时,第

三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的,……受托人因委托人的原因对第三人不承担义务,受托人应当向第三人披露委托人,第三人因此可以向受托人主张权利”的规定,此时的第三人将会有选择权,既可以选择向股东承担责任,也可以选择向公司承担责任。之所以如此规定,一是根据合同相对性,设立时的股东是合同的当事人,无论是从第三人形成意思表示的“对象”,还是从第三人追求合同效果的合理预期角度看,都应允许第三人要求设立时的股东承担责任;二是设立时的股东虽然是以自己的名义对外签订合同,但毕竟是为了设立中的公司而履职,且其职务行为的获利者为公司,从保护第三人信赖利益的角度看,亦应允许其选择成立后的公司承担责任。

可见,《公司法解释三》第二条关于“发起人为设立公司以自己名义对外签订合同,合同相对人请求该发起人承担合同责任的,人民法院应予支持”的规定,以及民法典第七十五条第二款“设立人为设立法人以自己的名义从事民事活动产生的民事责任,第三人有权选择请求法人或者设立人承担”的规定,均被新公司法第四十四条第三款所吸收,并规定为“设立时的股

东为设立公司以自己的名义从事民事活动产生的民事责任,第三人有权选择请求公司或者公司设立时的股东承担”。其实,这几条条文与民法典第九百二十六条第二款代理中的隐名代理的规定也是契合的。

## 三、股东为设立公司以自己的名义从事民事活动且第三人知道的情形

此即前面提到的第二种情形。此时,第三人能否适用新公司法第四十四条第三款的规定在股东与公司之间进行选择呢?如果仅从字面上去理解,新公司法第四十四条第三款仅提到了“以自己名义”这一前置条件,对于第三人是否知道却未作区分。但从该款最后的结论性语言“第三人有权选择请求公司或者公司设立时的股东承担”的表述,再结合民法典第九百二十六条第一款的第一句“受托人以自己的名义与第三人订立合同时,第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的”规定,就会发现第三人有权选择权的前提条件应该是其不知道股东是在为设立公司而签订合同。

值得一提的是,最高人民法院民事审判第二庭编著的《中华人民共和国公司法理解与适用》一书在对第四十四条进行解读时提到“发起人对外从事民事活动,相对人不知道发起人是为设立中

公司的利益时,根据隐名代理的规定,公司成立后应享有介入权,相对人应享有选择权”,这说明第三人享有选择权的前提是“不知道”,相反,若第三人“知道”就不应享有选择权。

所以,公司法第四十四条对“第三人知道”的情形未作规定,需要结合相关规定进行解释和填补。根据民法典第九百二十五条关于“受托人以自己的名义,在委托人的授权范围内与第三人订立的合同,第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的,该合同直接约束委托人和第三人”的规定,此时,这个合同将直接约束第三人和公司,第三人只能向公司主张权利。至此,通过民法典第九百二十五条间接代理中的显名代理制度对公司法第四十四条第三款进行填补,可以解决设立时的股东为设立公司以自己的名义从事民事活动且第三人知道情形下的责任认定问题。同时,这也在公司法与民法典之间形成了体系性“闭环”,实现了法秩序的统一。

此外,新公司法第四十四条第四款规定的股东为履行设立职责造成他人损害的责任承担问题,以及《公司法解释三》第四条规定的公司设立失败时股东内部的责任分担问题,与前述规定共同构成了先公司合同责任的责任体系。

(作者单位:吉林省吉林市船营区人民法院)