

[ 劳动法研究 ]

超越“劳动二分法”：平台用工法律调整的基本立场<sup>\*</sup>

王天玉

(中国社会科学院 法学研究所, 北京 100720)

**[摘要]** 平台用工是一个宽泛的概念, 具有劳动法讨论意义的是组织型平台, 包括基于劳动合同的模式和非基于劳动合同的模式, 后者是法律关系定性争论的对象。此种非基于劳动合同的平台用工模式不同于常规劳动关系, 在劳动过程中同时存在一定程度的平台控制与劳务提供者自主, 不符合现有从属性标准, 不成立劳动关系, 在现行法中属于民事非典型合同中的混合合同。此种平台用工在当前“从属性劳动—独立性劳动”构成的“劳动二分法”框架下不能实现有效调整, 给予劳务提供者的权益保障不足。问题的成因在于劳务提供者的学理定位是“类雇员”, 此种平台用工的本质是承揽合同社会化, 属于“劳动二分法”下的制度空白地带。因此, 应根据此种平台用工中劳务提供者的社会保护必要性, 构建介于民法与劳动法之间的“类雇员”规范体系, 推动法律对社会劳务给付的调整框架从“劳动二分法”向“劳动三分法”转型。

**[关键词]** 平台用工; 劳动关系; 类雇员; 从属性

**[中图分类号]** F246; D922.5 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1673-2375(2020)04-0066-17

### 一、模糊概念下的分歧与误解

“当我们在谈论平台用工时, 我们在谈论什么?”作为近年来劳动法的热点议题, 平台用工的研究成果迭出, 观点纷呈。人们对新生事物存有认识分歧是再自然不过的事情, 但学术层面的分歧应针对确定的对象并以清晰的概念表达, 否则难免演变为误解, 导致各方无法在同一层面下讨论, 更难以达成共识。而只有以基本共识为前提, 才能在制度层面解决调整对象是什么、如何设计调整方案等问题, 形成平台用工法律调整的基本立场。因此, 作为论证的起点, 有必要厘清现有讨论中的模糊概念, 聚焦真正的分歧所在。

#### (一) 平台用工的规模

平台用工的劳务提供者有多少? 这个数字能够直接证明问题的严重性与法律调整的紧迫性。

在法学文献中较早出现的一个数字是7000万, 来源于国家信息中心分享经济研究中心和中国互联网协会分享经济工作委员会联合发布的《中国共享经济发展年度报告(2018)》, 该报告显示的是2017年我国共享经济服务提供者人数,<sup>[1]</sup>2018年这一数字增长为7500万。<sup>[2]</sup>

需要澄清的第一个误解就是, 7500万这一数字不等同于平台用工的规模, 平台用工的劳务提供者不等同于共享经济的服务提供者。平台用工是共享经济的一种形态, 平台用工的劳务提供者是共享经济服务提供者的一种类型。这7500万人并非都存在适用劳动法之疑难问题, 或者说有劳动权益保障需求的人群并非如此庞大。《中国共享经济发展年度报告(2019)》指明, 一方面共享经济服务提供者“绝大多数都是兼职人员”,

\* [收稿日期] 2020-03-30

[基金项目] 本文系北京市社会科学基金项目“网约车平台劳动关系认定问题研究”(项目编号: 16FXC037)的阶段性研究成果。

[作者简介] 王天玉(1982—), 男, 吉林长春人, 法学博士, 中国社会科学院法学研究所社会法室副主任、副研究员, 研究方向为劳动法和社会保障法。

另一方面“服务”是广义的概念，除了提供劳务的“司机、骑手、主播”等，还有共享住宿平台的“房东”，并且随着共享经济向生产领域的扩展，“服务”已包括生产性共享，“沈阳机床集团推出的i5智能共享机床……为我国26省、161市的2000余家企业客户提供服务。”<sup>[2]</sup>可见，共享经济中“服务”的概念远大于平台用工所针对的“劳务”概念。

既然平台用工的劳务提供者人数不是7500万，那么规模大概是多少？目前没有确切的统计数据。在平台用工复杂多样的背景下，只有先对“劳务提供者”进行限定，才能估算规模。限定的标准是“劳动法所讨论的平台用工”，这部分劳务提供者有明确的劳动权益保障需求，是当前劳动法研究的关注对象。限定的方法是对平台用工进行分类，根据平台组织劳动力的模式将其分为自治型平台和组织型平台。<sup>[3]</sup><sup>168-170</sup>自治型平台是依据居间合同为劳务供需双方提供交易的平台，平台不参与劳务交易及定价，仅在交易完成后收取一定比例的服务费，典型代表是美国的Amazon's Mechanical Turk (AMT)<sup>[4]</sup>和我国的猪八戒网<sup>[5]</sup>。自治型平台的劳务供需双方成立承揽合同关系，二者与平台的居间合同关系明确，劳动法文献几乎不讨论这一类平台的劳动问题。<sup>①</sup>组织型平台是劳务交易的组织者，分别与劳务供需双方缔约，网约车、外卖配送、同城快递、网约代驾等主要用工平台均属于组织型平台。作为劳动法讨论对象的平台用工是组织型平台。

组织型平台用工的主要市场已形成一家或几家主导的格局，估算参与人数应该抓住就业人数最多的网约车、代驾、同城快递和外卖送餐平台。如果能大致估算这几种平台用工的劳务提供者数量，就能对平台用工的规模有一个基本判断。毕竟网约厨师、网约美甲等市场占有率很低，参与

人数十分有限，而网约车司机、代驾司机、闪送员、外卖骑手是劳动关系认定争议的主要对象，亦是有社会保护需求的典型群体。

在网约车司机方面，据网约车监管信息交互平台统计，截至2019年8月，各地共发放网约车驾驶员证150多万本，每日实际提供运输服务的驾驶员约200万人。<sup>[6]</sup>在代驾司机方面，滴滴代驾在代驾行业市场占有率第一，其2016年发布的《全国代驾消费报告》显示已通过各项考核正式上岗的司机有25万。<sup>[7]</sup>另一家主要代驾平台“e代驾”显示目前有司机20万。<sup>②</sup>在同城快递方面，主要平台“闪送”网站显示该平台在2020年已有90万闪送员。<sup>③</sup>“达达快送”显示有“几十万众包骑士”，但没有具体数字。<sup>④</sup>在外卖送餐方面，据美团研究院报告，2018年有270万骑手配送外卖订单；<sup>[8]</sup>排名第二的送餐平台“饿了么”报告显示，该平台的蜂鸟配送注册骑手已达300万。<sup>[9]</sup>将上述数据相加，可粗略估算出平台用工的主要群体应该不超过1000万。在近两年平台用工没有爆发式增长的情况下，用最宽泛的标准推断，劳动法所讨论的平台用工人数规模应在2000万以内，在全国7.7亿的各类就业人口中占比很低。<sup>[10]</sup>那么，可以说平台用工是一种新兴的就业形态，但尚不足以证明其对主流就业市场造成了严重冲击。

## （二）平台用工能否等同于“去劳动关系化”

“去劳动关系化”是现有文献对平台用工的主要评价之一，不同的是劳动经济学用此概念描述平台用工的特点，即“传统劳动关系已不适用分享经济新业态，而去劳动关系化则被视为数字经济时代用工的特点”。<sup>[11]</sup>而法学界对此多持批评态度，例如“平台用工去劳动关系化对整个社会风险防范机制造成巨大冲击”，<sup>[12]</sup>“去劳动关系化的方式在实践中可能会进一步扩大劳动关系灰色地带的问

① 美国曾发生劳务提供者主张与劳务需求者成立劳动关系的诉讼，但其并未主张与平台之间成立劳动关系，最终法院判决劳务提供者是独立承包人（independent contractor）。参见：Otey v. CrowdFlower, Inc., No. 12-CV-05524-JST, 2013 WL 5734146 (N. D. Cal. Oct. 22, 2013)。

② 此数据为笔者2020年3月25日查询e代驾官网所得。

③ 此数据为笔者2020年3月25日查询闪送官网所得。

④ 此数据为笔者2020年3月25日查询达达快送官网所得。

题：第一，虚假自雇，即通过合同安排将劳动关系伪装成非劳动合同关系；第二，部分劳务提供者对平台企业存在经济上的依赖性，若适用民法的调整方式，会使其直接暴露于市场风险之下。”<sup>[13]</sup><sup>112</sup>笔者认为对平台用工是否“去劳动关系化”不应一概而论，应从平台用工的类型予以剖析。

1. 在平台用工的分类下讨论“去劳动关系化”。在自治型平台与组织型平台的基本分类下，自治型平台不存在劳动关系问题，而对组织型平台也不能一概而论。组织型平台可分为：平台直接雇用劳务提供者的A模式，代理商雇用劳务提供者的B模式，劳务提供者自主注册和接单的模式。<sup>[3]</sup><sup>169-171</sup>在这三种模式中，A和B两种模式存在劳动关系，只有C模式不存在劳动关系，具有所谓“去劳动关系化”的特征。可见，平台用工不等同于“去劳动关系化”，平台通过劳动关系组织劳动力仍是其用工的基本方式之一。而C模式比例能有多大？笔者在某大型外卖送餐平台调研得知，该平台已于2018年停止了A模式，目前只有B和C两种模式，大致各占一半。如果按照组织型平台1000万劳务提供者的估算，所谓“去劳动关系化”的C模式人数必然是百万级的，就其规模而言，不能说已经对中国劳动力组织体系造成了重大影响。

2. 有必要检讨“去劳动关系化”的概念表述。在劳动法理学中，“去劳动关系化”是一个新表述，并无严格的概念界定。按照语义理解，“去劳动关系化”在逻辑上应以“劳动关系”为前提，可能的情形是事实上已存在劳动关系或者虽不存在劳动关系但法律上有建立劳动关系的义务，那么将已存在的劳动关系改造为民事关系，或者采取其他劳务给付合同形式以规避建立劳动关系的法定义务，可称之为“去劳动关系化”。而现有文献对“去劳动关系化”的使用主要是作为“劳动关系”的相对概念，即“市场经济条件下，不同所有者之间劳动力和生产资料的结合方式可分为

‘基于劳动关系’和‘去劳动关系化’两类”。在该语境下，“去劳动关系化”的“实质是去除雇佣或从事从属性劳动的束缚。”<sup>[14]</sup>据此内涵，不应使用“去劳动关系化”的表述，而应是“非劳动关系”，连“化”字都没有必要，既然无劳动关系的前提，何来“去”之？因此，平台用工中具有自主性特征的C模式不应是“去劳动关系化”，而应是“非劳动关系”。这两种表述相比较，前者具有价值判断的内涵，而后者更强调事实判断，可更为清晰地表明平台用工作为一种新型劳务给付方式，不是通过规避劳动法、获取违法利益而发展起来的劳务交易形态。

### （三）平台用工能否等同于“隐蔽雇佣”

隐蔽雇佣的概念是国际劳工组织在《关于雇佣关系的建议书》（第198号建议书）第四条提出的，意指“雇主以一种掩盖着某人作为雇员的真实法律地位的方式不把他（或她）当作一个雇员对待”。<sup>[15]</sup>有观点认为平台用工“实质上具有以民事关系掩盖雇佣关系、以非标准劳动关系掩盖标准劳动关系的隐蔽性”，<sup>[16]</sup>进而将平台用工等同于隐蔽雇佣。对于二者的关系，应从以下四个方面来理解：

1. 平台用工在整体上不等同于隐蔽雇佣。如前文所述，平台用工的类型多样，且处于不断发展变化中，难以对平台用工作出整体性判断，任何关于平台用工法律问题的分析都应首先明确针对何种平台类型。不论是“去劳动关系化”还是“隐蔽雇佣”都不能对平台用工一概而论。因此，可以说平台用工中存在隐蔽雇佣的问题，但不能断言平台用工就是隐蔽雇佣。

2. 平台用工中存在隐蔽雇佣的问题。隐蔽雇佣的第一种情形是以民事关系掩盖雇佣关系，平台用工A模式下存在这种情况，相关文献引用的典型案例是“好厨师案”，<sup>[13]</sup><sup>112</sup><sup>[17]</sup><sup>96</sup>该案中合同约定内容与平台实际管理不符。<sup>①</sup>笔者认为“该案

<sup>①</sup> 虽然该案中平台主张其仅提供在线预约厨师上门服务，但根据法院查明的事实，厨师须每天10点到公司办公室报到打卡，迟到扣钱，受公司管理，由公司负责派工，没有订单时厨师穿着工作服为公司上街宣传。平台亦在宣传中强调全职厨师为其特色。参见：北京市第三中级人民法院民事判决书（2017）京03民终11768号，北京市第三中级人民法院民事判决书（2017）京03民终11769号。



中的用工模式与常规劳动关系无差别”，<sup>[3]173</sup>无疑构成隐蔽雇佣。隐蔽雇佣的另一种情形是“以非标准劳动关系掩盖标准劳动关系”，此处所指的是在B模式下，平台将业务外包给代理商，而代理商并非真正的雇主，只是承担劳务派遣中介的角色。据此理解，这种隐蔽雇佣就是通常所说的“假外包、真派遣”。《劳务派遣暂行规定》第二十七条规定：用人单位以承揽、外包等名义，按劳务派遣用工形式使用劳动者的，按照本规定处理。由于平台用工的代理商B模式广泛存在，各地操作的规范性不一致，存在一部分“假外包、真派遣”是有可能的。

3. 隐蔽雇佣与模糊雇佣应明确区分。隐蔽雇佣是将劳务给付之从属性以其他法律形式予以掩盖，而模糊雇佣是劳务给付之从属性本身存疑。<sup>①</sup>在上述文献中，“闪送案”是用以论证隐蔽雇佣的基本材料之一，<sup>②</sup>但是此案与“好厨师案”有根本区别，其合同约定内容与实际履行内容无明显差别，闪送平台并未如好厨师平台一样实施直接的指挥管理行为。因此，“闪送案”可能涉及“模糊雇佣”，而很难说是“隐蔽雇佣”。笔者认为，目前学术争论主要是组织型平台C模式下的劳动关系认定问题，可以结合“模糊雇佣”进行讨论，但并非“隐蔽雇佣”。

4. 不能用隐蔽雇佣来倒推平台用工的法律关系。隐蔽雇佣是劳动世界中长期存在的一种社会现象，平台用工产生之后亦不能避免。既然隐蔽雇佣的实质是劳动关系，存在用人单位的指挥监督，则能够依据从属性理论予以辨识和认定。但是，不能借此作逆向推理，即从平台用工中存在隐蔽雇佣出发，推论“网约工”均可认定为劳动关系。<sup>[18]69</sup>“好厨师案”作为平台用工中的典型争议可以证明存在隐蔽雇佣，但不足以证明平台用工均为劳动关系。

#### （四）小结：区分学理问题与执行问题

平台用工的讨论一直未能明确区分劳动法之学理问题与执行问题，再加上概念使用的不规范，

使得讨论难以聚焦，分歧不断变为误解，增添了问题分析的难度。笔者认为，应当建立“学理问题与执行问题”的框架，在事实层面讨论执行问题，在理论层面讨论学理问题。

1. 执行问题。首先，必须建立平台用工类型化的思维，笔者一直主张不能将平台用工视为一个整体。平台用工虽然在形式上都是通过互联网平台给付劳务，但劳动力组织方式的差别甚大，无论是主张适用劳动法还是采取其他调整方式，都须有针对性地阐明适用于哪一种平台用工。若非如此，任一论断都是片面的。其次，厘清有法律依据的问题，主要是隐蔽雇佣。无论是A模式下以民事关系掩盖劳动关系，还是B模式下“假外包、真派遣”，劳动法均有相应规定，可以按照劳动违法行为处理，也有明确的劳动争议救济程序，笔者称之为“披着平台外衣”的常规用工模式，并不因平台而存在适用劳动法的障碍。与其他用工方式一样，平台用工也存在着一些不规范的情形。但在学理研究中须谨防将执行问题作为学理问题，尤其是使用案例作为论证依据，不能将涉及平台的案例一律等同视之，而应根据案件事实，区分案例要点是常规劳动法问题还是平台用工新型法律问题。例如“好厨师案”就是披着平台外衣的常规劳动法问题，而“闪送案”则是平台用工新型法律问题。

2. 学理问题。笔者认为，平台用工真正的学理问题是组织型平台C模式的法律关系定性及调整机制。事实上，很多研究所指向的正是该模式，但由于未对平台用工予以分类，且未区分学理问题与执行问题，使得执行层面的隐蔽雇佣干扰了理论层面的法律关系定性。简言之，问题指向与论证材料不统一，存在用执行层面的材料解决学理问题的误区。此外，笔者反对“去劳动关系化”的概念表述，该表述应限定为以劳动关系为前提，无论是事实上的还是法律上的。若要表达平台与劳务提供者之间的关系不同于劳动关系，应使用“非劳动

<sup>①</sup> “模糊雇佣关系”是客观上难以确定的雇佣关系，其与“隐蔽雇佣关系”的区别请参见：董保华，“隐蔽雇佣关系”研究[J]. 法商研究, 2011(5): 111.

<sup>②</sup> 参见：北京市海淀区人民法院民事判决书（2017）京0108民初53634号。

关系”。理论研究之关切应是平台用工因何而构成“非劳动关系”，“非劳动关系”是什么关系，此关系中的弱者权益应当如何加以保障等问题。

综上，在学理问题与执行问题的区分下，本研究专注学理问题，研究对象为组织型平台用工C模式，为行文简便，下文以平台用工指代。

## 二、控制与自主：平台用工法律关系的学理之争

平台对劳务提供者施加了何种控制？该控制能否证明存在劳动关系之从属性？这是争论的源头。与平台控制相对应的是劳务提供者的自主，二者构成了矛盾的两极。从现有文献来看，一方强调控制，主张平台控制是信息条件下的新型控制方式，以便证明成立劳动关系；另一方强调自主，主张劳务提供者具有不同于劳动关系中劳动者的自主性，以此主张不成立劳动关系。在此争论中，至少我们可以确定平台用工在“控制与自主”的基本特征上不同于常规劳动关系。那么，就应检讨我们回答“平台用工是什么”这一核心问题的思路，厘清我们是如何讨论的。

### （一）“控制”与“自主”的迷思

平台用工的事实在研究中的界定是清楚的，被研究者所关注的两个最具法律意义的要点是：一方面是平台通过评分机制和数据收集对劳务提供者的服务过程进行控制。以网约车为例，“司机完成工作的方式与工作环境受到评分机制的管控……评分机制暗含监督管理权与冲突的转移”。<sup>[19]</sup>另一方面是劳务提供者享有很大的工作自主权，能够决定是否工作、在何时以及何地工作，这是常规劳动关系下不可能存在的。

1. 关注“控制”的学者主张平台与劳务提供者之间成立劳动关系。在德国学界，Kocher & Hensel主张平台与劳务提供者之间存在劳动关系最主要的证据是平台建立了针对劳务提供者的反馈、评价和排名体系。<sup>[20]</sup>Krause提出顾客评价的标准是平台设定的，平台在与劳务提供者的合同中单方面决定了强制性的服务方式，例如车辆的类型和状况、劳务提供者面对顾客的衣着和举止。<sup>[21]</sup>

我国学者对平台控制的评价分为两种：一种

认为平台对劳务提供者的控制比常规劳动关系更强。例如，常凯教授指出：“劳动者在平台上的任何操作都在互联网企业已设定的程序范围之内，可以说，互联网企业无时无刻不在对平台劳动者下达工作指令、进行工作指挥……互联网经济中的劳动者受到相比传统企业中的直接监控更加严格的人格约束”。<sup>[22]</sup><sup>83</sup>谢增毅研究员亦认为“相比传统劳动关系，从某种意义上看，平台企业对工人的控制不是减少了而是加强了”。<sup>[23]</sup><sup>1559</sup>

另一种认为平台对劳务提供者的控制比常规劳动关系更弱，结果是劳务提供者的从属性随之减弱。为了描述这一状态，现有文献发展出了“非典型劳动关系”的概念。张素凤副教授在对网约车的研究中提出，“专车软件运营商和专车司机之间形成了一种从属性弱化、用工关系性质模糊的非典型劳动关系”。<sup>[24]</sup>田思路教授主张，网络平台共享劳动等灵活就业形态弱化了从属性，“比如从业者依据用户企业或网络平台公司的指示提供服务，具有了部分从属性的特征，处于雇佣与自营业的中间领域。”<sup>[25]</sup><sup>83</sup>

2. 关注“自主”的学者主张平台与劳务提供者之间不成立劳动关系。德国学者Lingemann & Otte认为，即使平台用工存在几项劳动关系的特征，但法院在多数案件中都否定了劳动关系，一个主要原因是劳务提供者有充分的自由来决定在何时以及如何地提供服务。<sup>[26]</sup>Schubert指出，劳务提供者并不是在平台指令下进行常规性工作。<sup>[27]</sup>Bourazeri主张，平台的技术标准和质量要求并不是雇主的指示权，而仅是给付劳务方式的描述。<sup>[28]</sup>

我国持此观点的学者主张平台用工不符合劳动关系从属性标准。其中于莹教授指出：“由于劳动提供者可以自己掌握工作的时间和强度，其人格的从属性很弱。在报酬上，劳动提供者一般是按次计酬，平台并不控制工资，经济上的从属性也相对弱化。另外，此时劳动提供者更是不从属于企业的体系，也未纳入企业组织之中，组织的从属性也较难符合，不符合从属性理论的要求。”<sup>[29]</sup><sup>57</sup>班小辉副研究员认为，平台用工作为“零工经济的任务化用工”，“劳务提供者受到

平台企业控制的特征并不明显”，与常规劳动关系相比，平台用工“削弱了用工关系的继续性、模糊了用工关系的人身从属性、弱化了用工关系的组织从属性、降低了用工关系的经济从属性”。<sup>[13]109-112</sup> 娄宇副教授更是直接指出：“劳动者参与经济生活和获取报酬的方式也发生了本质的变化，他们不再是雇主组织中的雇员，而演变成为与平台企业合作的自我雇佣者。”<sup>[30]</sup>

3. 小结。现有讨论未能形成共识的症结在于，平台对劳务提供者的控制相比于常规劳动关系中雇主对劳动者的控制是更强了还是更弱了？这一问题的答案决定着劳务提供者是否具有劳动关系下劳动者的从属性。如果平台控制更强了，那么以现有的从属性理论应该能够清晰认定，平台用工的问题也就是现有从属性规则的执行问题。如果平台控制更弱了，导致“模糊雇佣”，那么是否应修正现有的从属性理论和标准，将平台用工纳入劳动法调整？抑或根据平台用工的特点，另行构建保障机制？可见，无论如何提问，从属性都是绕不过去的“必经之路”。

## （二）“众说纷纭”的从属性标准

学界公认从属性是劳动关系的本质特征，是劳动者在雇主指挥监督下给付劳务的法律抽象，但对于从属性的构成、各构成要件的内涵、从属性的判断则尚未形成共识。与平台用工相关的分歧包括：

第一种观点认为应坚持现有从属性标准。“传统劳动关系概念和判定标准具有较强的弹性和适应性，并非完全过时，仍可包容网络平台用工关系”，<sup>[23]1569</sup> 现有的问题是面对用工关系的新形式，“直接套用现有的法律规定会面临适应性问题”，<sup>[22]87</sup> 相应的对策是“应该在坚持劳动关系的认定标准以及相应劳动立法的基础上，针对平台以及平台从业者的特点进行针对性的适当调整”。<sup>[31]141</sup> 可见，该观点建立在平台用工之控制更强的基础上，认为平台用工符合现有从属性标准。

第二种观点认为应通过修正从属性理论以放宽劳动关系认定标准。例如王全兴教授认为，“依据劳动关系是从属性、继续性之用工关系的原理，以部分组织从属性、外部经济从属性、继

续性等要素探索据以认定非典型劳动关系的指标系列……将从属性达到一定程度且有继续性的‘网约工’认定为非典型劳动关系”，并有选择地适用劳动法保护手段。<sup>[18]69</sup> 田思路教授指出：“即使从业者没有人的从属性，但被认为存在经济的从属性时，可以较为广泛地对符合劳动契约目的的法律规定加以适用，并提供与该从属性程度相对应的一定的法律保护。”<sup>[25]85</sup> 可见，该观点建立在平台用工之控制程度更弱的基础上，按照现有从属性标准难以认定劳动关系，因此通过修正或放宽标准，实现适用劳动法之目的，并且借助“非典型劳动关系”的定位使得平台用工的劳动法保护有别于常规劳动关系。

第三种观点亦认为应坚持现有从属性标准认定劳动关系，既然平台用工不符合现行标准，那就不是劳动关系，应创设一种新型法律关系。班小辉副研究员认为，可以将劳动法的调整对象从传统的“劳动关系”变为“工作关系”，“将在经济依赖地位下亲自提供劳务的就业主体纳入劳动法的保护范围”。<sup>[13]117</sup> 于莹教授认为，“在劳务关系与劳动关系的中间建立第三种用工关系模式——零工关系”，不纳入劳动法调整，但给予工资、工时和社保方面的保障。<sup>[29]59</sup>

综上，从属性分歧之根源仍在于对平台控制的不同判断，由此导致劳动关系定性的不同结论，以及是否适用劳动法和如何适用的不同观点。笔者所理解的各方论证逻辑如图1所示。

## 三、劳动关系还是民事关系：现行法下平台用工法律关系的认定

平台用工的法律关系为何，是否符合从属性标准？须首先在现行法下进行分析。现行法须对平台用工这一“矛盾体”作出解释，涵盖平台在劳动过程中对劳务提供者的“控制”以及劳务提供者可以决定是否工作、何时以及何地工作的“自主”，以判断法律关系，决定适用劳动法还是民法。现行法的分析重点在于阐释事实要点的法律效果，亦为学理分析做准备。

### （一）现行法下的劳动关系认定

现行法对劳务给付行为的调整框架是“从属



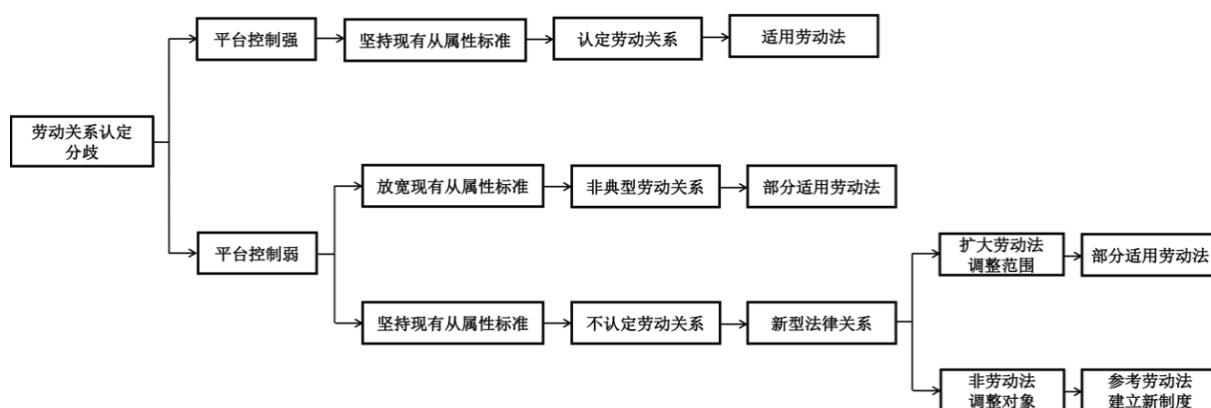


图1 平台用工劳动关系认定的学说分歧

性劳动—独立性劳动”的二分法，即独立性劳动由民法调整，从属性劳动由劳动法调整。那么，现行法下对平台用工的分析进路是先判断是否符合劳动关系之从属性标准，以便确定是否应由劳动法调整。如果不符合从属性标准，则在民事合同体系内分析平台用工的合同类型。

从属性之所以会产生如此分歧，一个重要原因是学界对其理解不统一。在此，笔者首先申明自己对从属性的理解：无论是在从属性理论上主张“人格从属性与经济从属性”的二要件论还是“人格从属性、经济从属性与组织从属性”的三要件论，一个法律标准要适用于个案必须有明确的指引，即什么证据足以证明从属性。这个证据可以是单个关于控制的直接证据，也可以是多个关于控制的间接证据。从属是一种事实评价，在劳务给付关系中，接受劳务的一方对提供劳务的一方有指示权的情况下，都可以说存在某种从属。而作为劳动关系认定标准的从属性是从属程度的总结，是一种法律评价。因此，我们可以说从属程度强，抑或控制程度强，但对于从属性只能说有或无，这是性质判断，而不是程度判断。当给付劳务一方对接受劳务一方的从属程度足够强，我们可以得出存在从属性的结论。而如何证明从属程度足够强呢？这需要从属性的构成要件来回答。

在从属性的构成要件中，笔者始终认为人格从属性是主要要件，把握雇佣劳动的本质；经济从属性是次要要件，描述劳动过程；组织从属性是对人格从属性和经济从属性缺乏领悟所致，没

有必要单列。<sup>[32]</sup> 无论将从属性分解为几个要件，核心都是人格从属性。笔者对“人格从属性”的理解深受日本法学家我妻荣先生影响。按照我妻荣先生的观点，使用人（雇主）的指挥命令权能只是便利其自身的利益，而不当地拘束了劳务人（劳动者）的人格……从而使劳雇双方“形成了一定程度上的人格性结合关系”，使此劳务共同体带有大量的人格法色彩。而在其他劳务供给契约中，例如委任，劳务与人格之间的不可分离也不会构成对债务人人格的不当拘束。<sup>[33]</sup> 据此，从属性的本质是劳雇双方在劳务给付过程中形成了人格性结合关系，或者说带有人格法色彩的劳务共同体。

回到平台用工的具体场景，考察平台对劳务提供者的控制是否更强了，以及劳务提供者是否符合从属性标准，要看二者是否形成了更紧密的人格性结合关系。笔者提出四点意见：

1. 平台在劳动过程中对数据信息的收集和记录不等同于控制。劳动关系语境下的控制应包含明确的指挥监督，其与隐含在该指挥监督后的惩戒构成了人格性结合的基础。但平台并非在劳动过程中针对劳务提供者发出具体而明确的指令，其所收集和记录的信息本质上是事后评价劳务质量的证据。并且，这种劳动过程的监督也包含平台履行政府强制安全保障义务的内容。应当注意的是，我们在讨论控制时设想的场景大多为网约车或代驾，存在司机与乘客直接接触的服务过程，而在大量其他平台用工场景中，例如外卖送餐和同城快递，平台很

少主动监管劳动过程，而是重视劳务结果（一般是准时和完好）。因此，笔者认为平台对劳动的控制并非更强，而是更弱了。

2. 顾客评价体系不足以证明存在劳动关系。德国学者 Waas 认为顾客对服务的事后评价不能被视为判定从属性的重要依据。评价体系对劳务提供者的影响主要是未来与平台订立合同的机会，不能导致人格从属性，至多是经济从属性。而顾客评价体系的惩罚效果也仅是合同罚则，在劳动关系以外的合同中亦十分常见，难以证明劳动关系的存在。<sup>[34]154-155</sup> 笔者亦认为，顾客的评价体系在于帮助平台进行服务质量控制，可以说平台将对劳务结果的管理转移给了顾客，而对劳务结果的管理并不等同于雇主。雇主的权力包括对劳动全过程的管理，或者说雇主通过对劳动过程的管理实现对劳务结果的控制。顾客评价体系中的惩戒实质是劳务提供者未充分履行平台用工合同约定的违约责任，而不是雇主的惩戒。后者是劳动者违反雇主广泛指示权的后果，属于雇主管理行为。据此，平台用工之顾客评价体系不能证明人格从属性，而其对经济从属性的影响不足以证明存在劳动关系。正如德国慕尼黑地方法院在 2019 年一份平台用工争议判决中指出的，以平台用工为主要收入来源的劳务提供者认为其迫于压力而持续与平台缔约，该事实不意味着劳务提供者有权适用针对雇员的保护规定。<sup>①</sup>

3. 劳务提供者的自主性是否否定劳动关系的重要证据。美国著名劳动关系学者哈瑞斯认为，“独立从业者可以自行决定何时以及是否向顾客提供服务”是“平台—独立从业者关系中最重要创新”，由此导致的结果是“平台与独立工作者都会对工作有所控制”，“但关键决策权仍由独立从业者控制。也许最重要的是，没有雇员可以像独立从业者一样选择何时、是否、如何以及在何地工作。”<sup>[35]</sup> 前文所述的学理争论中，主张平台

用工控制更强的观点未能充分说明劳务提供者的自主性问题。假定平台对劳动过程的控制增强了，但劳务提供者可以自主决定是否工作以及工作的时间和地点，那么能否说平台用工在整体上对劳务提供者的控制更强了？对于这一问题，主张平台用工控制更弱的观点将劳务提供者的自主性归结为用工灵活性，从而调和了这一矛盾。否定劳动关系的观点则将劳务提供者的自主性拓展至劳动过程，并且在一定程度上弱化了平台的控制。笔者认为，我们应当对劳务提供者的自主性予以充分的考量。平台用工通过赋予劳务提供者自主性，打破了工业时代建立起的立体化劳动组织模式，形成了基于网络平台的平面化劳动组织模式，平台经济的灵活、效率与劳务提供者的自主性是互为一体的。劳务提供者的自主性在科层制的立体劳动组织中是不可能存在的，这正是哈瑞斯所说的“没有雇员可以像独立从业者一样”，也是平台用工的创新所在。凭借此自主性，劳务提供者几乎不可能与平台形成人格性结合。

4. 多指标的综合判断须以人格从属性为依归。平台用工存在多个相互冲突的指标，包括平台对信息的独占、平台的价格决定、劳务提供者佩戴平台标识及穿着平台服装等行为外观因素等。笔者认为，平台在信息、技术以及定价上的强势地位能证明的是劳务提供者在此关系中的弱者性，但不能证明劳务提供者的从属性，平台外观因素也是如此。无论如何列举用工的指标，个案中对全部指标的综合判断都要归结到是否形成了人格从属性。需要特别指出的是，大陆法系的从属性理论与英美法系的控制理论虽然都是对劳动关系本质的法律抽象，但在个案中的推理方法有所不同。从属性理论以归纳为重点，将现实中形态各异的用工特征代入从属性“公式”以得出结论；而控制理论则强调演绎，追求充分列举劳动关系典型用工特征，<sup>②</sup> 作为法官裁判指引。那么，在我

① 参见：LAG München, 4. 12. 2019-8 Sa 146/19.

② 参见：S. G. Borello & Sons, Inc. v. Dep't of Indus. Relations, 48 Cal. 3d 357 (1989); United States v. Silk, 331 U.S. 704 (1947).



国大陆法系的体制下,<sup>①</sup>将判断从属性的各种用工特征予以列举或者指标化,有助于法律关系的定性。但是不应将大陆法系与英美法系两套裁判推理思维混淆,个案中的全部指标均服务于从属性“公式”,最终仍要采用归纳的方法,判断从属的程度是否构成人格性结合。各项从属性指标并非具有相同的法律意义,只有能够直接证明人格从属性的指标才是证明力最强的,包括过程控制、指示频率、拘束程度,而生产条件、劳动对价、经营风险作为证明经济从属性的指标,是辅助性的,证明力相对较弱。<sup>②</sup>

综上,笔者认为在现行法下,平台对劳务提供者的控制程度弱,未形成人格性结合,无人格从属性,不符合从属性标准,不成立劳动关系。

## (二) 现行法下的民事合同类型

劳动法所讨论的平台用工是以劳务为标的,本质是“劳务之债”,“以劳务履行为内容,自不外雇佣、承揽、委任,乃至其他无名契约形式”。<sup>[36]</sup>虽然平台对劳务提供者的控制较弱,未达到人格从属性的程度,但显著区别于承揽、委任等要求当事人平等的民事典型合同。有必要单独辨析的是平台用工与雇佣关系,以及若是不构成雇佣关系,应属于什么合同类型。

1. 平台用工不构成雇佣关系。有学者在网约车的研究中主张即使平台与司机之间不能成立稳定的劳动关系,但至少可以成立雇佣关系。<sup>[37]</sup>司法裁判中也有判决将平台与劳务提供者之间的关系认定为雇佣关系,<sup>③</sup>这又涉及劳动关系与雇佣关系在理论上的复杂认识。谢增毅研究员认为,“雇佣合同的规则主要立足于劳务的提供和报酬的支付,当事人的财产利益,是其关注的焦点”,而“作为主要规范财产关系的合同法规则本身是难以照

顾到标的(劳务)之外的提供者的身份属性及其人格要求的”。在这个意义上,劳动合同区别于一般雇佣合同之处在于劳动者从事的是“从属性”或“依附性”劳动。<sup>[38]99</sup>这一论断凸显了作为劳动关系本质的人格从属性,也表明劳务给付行为从雇佣关系到劳动关系的规则演变。郑尚元教授提出“某种程度上,现代劳工关系可以称为产业雇佣关系”,“劳动关系的调整不仅涉及个别雇佣契约之法理构造,更为重要的是,从整体上追求劳资关系的协调”。<sup>[39]84</sup>据此,雇佣关系与劳动关系在内容上都是劳务给付行为,区别在于当事人在该行为过程中的结合程度。那么,具体到平台用工,笔者认为平台通过顾客评价系统等方式对劳务提供者施加的控制主要针对劳务结果,而非针对劳务给付行为,那么平台用工与雇佣关系的根本区别不在于当事人的结合程度,而在于前者的标的为劳务给付结果,而后者的标的为劳务给付行为。

2. 平台用工的合同定性属于非典型合同中的混合合同。笔者认为,应充分认识平台用工的创新性以及现行法对其解释的方式。平台用工的创新性在于其混合了多种用工特征,不符合现有的典型合同,不管以劳动关系还是雇佣关系来解释,都会陷入“单一契约说”的局限。以往人们认识中的非典型合同都是针对零散、个别的交易方式,常见、普遍的交易方式均是在较长时间内形成的,使得民法有充分时间将其提炼为典型合同。但网络对社会生活的改造速度超越了以往任何时代,平台用工正是在短时间内形成了大规模的社会交易方式,是以非典型合同的形式实现了典型合同的社会效果。在非典型合同视角下,平台用工中既包含承揽合同对劳务结果的要求,又涉及劳务

<sup>①</sup> 我国司法实践中判断劳动关系的基本依据是原劳动和社会保障部发布的《关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部发〔2005〕12号),该文将从属性审查模式确立为“构成要件”式。参见:王玉.基于互联网平台提供劳务的劳动关系认定——以“e代驾”在京、沪、穗三地法院的判决为切入点[J].法学,2016(6):60.

<sup>②</sup> 关于判断从属性程度的指标体系请参见:王玉.经理雇佣合同与委任合同之分辨[J].中国法学,2016(3):291-292.

<sup>③</sup> 参见:上海市浦东新区人民法院民事判决书(2014)浦民一(民)初字第37776号,广州市中级人民法院民事判决书(2017)粤01民终13837号,上海铁路运输人民法院民事判决书(2017)沪7101民初621号,上海铁路运输人民法院民事判决书(2017)沪7101民初617号,天津市第二中级人民法院刑事判决书(2017)津02刑终62号。

提供者在经济上的从属性，属于承揽合同与劳动合同特征混合构成的“类型融合契约”，<sup>①</sup>“原则上应当适用此两种类型的规定”。<sup>[40]</sup>

#### 四、从类雇员到承揽合同社会化：平台用工学理认识的两个层次

现行法对平台用工调整的不足是当前讨论的重点，而如何对现行法进行修正和完善？未来制度应向哪个方向发展？这些问题的回答应建立在对平台用工的学理认识基础上。

##### （一）平台用工的学理画像：类雇员

平台用工在现行法下已定性为非典型合同，这并不妨碍对其进行学理构造。在理论层面上的阐释应形成一个研究原型的基本想象，称之为“学理画像”。笔者认为平台用工之劳务提供者在学理上应是“类雇员”，这一概念如同从属性一样源自德国，或者说是从属性在学理上的副产品。德国在劳动立法的早期就意识到工人并非是唯一有保护需求的人。<sup>[41]23</sup> 在1869年就有人提出扩大劳动法保障群体的范围，将那些不在工厂生产组织中劳动，却有一定保护需求的人视为在工厂工作的人。<sup>②</sup>1923年，梅尔斯巴赫提出，对与劳动者同样有保护需求的人，应当制定专门规定（特别调整、单独调整），或者将这类人视为类雇员，通过类比的方法适用劳动法。<sup>[41]24</sup> 德国《劳动法院法》于1926年首次在法律上界定了类雇员，即不存在于一种劳动关系之中、代表他人并为他人工作负责的人。此后在1934年，经济从属性作为类雇员的基本特征被纳入规范中。<sup>[41]25</sup> 类雇员的主要形态是家内工作者，其工作本质上是一种“经营性劳动”，家内工作者与相对方之间的合同关系“很少是纯粹的雇佣合同，而原则上是买卖合同、承揽合同的要素与雇佣合同的结合。在法律上，家庭劳动者（家内工作者）的地位介于自由企业主和劳动者之间”。<sup>[42]</sup> 德国《集体协议法》

(TVG)、《联邦休假法》(BUrlG)、《员工保护法》(BeschäftigtenschutzG)、《劳动保护法》(ArbSchG)等诸多立法均有针对类雇员的规定，将劳动法中关于工资、工时、职业安全等方面的部分制度予以组合，形成了适用于类雇员的规范体系。由此，德国形成了“自营业者—类雇员—劳动者”的“劳动三分法”调整框架，法律保障强度随劳动过程受拘束程度而递增。

范围教授在分析平台用工权益保障困境时提出“旧瓶新酒”还是“新瓶旧酒”的说法。<sup>[31]135</sup> 笔者借用这一形象说法，在德国这种有类雇员规范体系的国家，用类雇员规范调整平台用工，如Waas等学者所主张的那样，是“旧瓶新酒”。而在我国这种“从属性劳动—独立性劳动”或者说“劳动者—民事主体”的“劳动二分法”框架下，平台用工的法律调整是“新瓶新酒”，应根据类雇员之学理，在劳动法中选取适当制度，针对劳务提供者自身的保障需求，构建规范体系，推动现有的“劳动二分法”向“劳动三分法”转型。

##### （二）关于平台用工本质的一种假说：承揽合同的社会化

如果类雇员的学理阐释还不能满足我们对平台用工的认识，那么继续追问能得到怎样的答案？笔者的思路是将平台用工包含的劳务给付抽象为最基本的概念，在此基础上进行“假设—求证”。在此，笔者提出一个关于平台用工本质的假说，即平台用工是承揽合同的社会化。

这一假说可以借助雇佣合同到劳动合同的演变来理解。劳动合同的逻辑起点是雇佣合同，如果说雇佣合同的当事人以平等地位实现劳务交易，接受劳务的一方未与给付劳务的一方形成人格性结合，那么可以说该劳动过程仍是“自由劳动”。随着工业化兴起，“自由劳动同实现自由劳动的客观条件相分离”，形成了“一无所有且只能靠

<sup>①</sup> 平台用工非典型合同的详细论证过程参见：王天玉，互联网平台用工的合同定性及法律适用[J]，法学，2019(10)：178-179。

<sup>②</sup> 1869年《工商业管理条例》(GewO)第119条继承了当时的《北德联邦工商业管理条例》第136条，在工资保护方面，确立了家内工作者与工厂工人同样的权利，理由是他们虽然不在工厂内部工作，但有不低于工人的保护需求。参见：NEUVIANS N. Die arbeitnehmerähnliche person[M]. Berlin: Verlag Duncker & Humblot, 2002: 23.

出售自身劳动力来维持生存的劳动大军”。<sup>[43]</sup> 自由劳动不复存在,雇佣合同为劳动合同所替代。“不具从属性的一般雇佣关系的比例低、数量少。因此,大部分劳务提供者都作为雇员或‘劳动者’受到劳动法的调整和保护。”<sup>[38]99</sup> 劳动合同及其制度的形成是雇佣合同社会化的结果。郑尚元教授认为,“雇佣契约实际上已经社会化了,契约的履行不单纯是雇佣关系主体之间的私人事件,而是渗入了社会要素”。<sup>[39]84</sup> 从雇佣合同到劳动合同,社会化未改变劳务给付行为这一合同标的,但改变了劳务给付行为过程中人的结合方式,从独立性到从属性,劳动立法获得了脱离民法的基础。

笔者认为,从劳动法出发解释平台用工难以顺畅的根本原因在于,平台用工的逻辑起点是承揽合同,是承揽合同社会化的结果。由于承揽与雇佣在实践中本就存在区分难题,<sup>[44]</sup>且承揽在合同法上又主要针对有形物,<sup>①</sup>进而在网络技术推动下发生了社会化,导致平台用工中包含的法律关系更易与劳动关系相混淆。就根本特征而言,承揽要求承揽人独立完成劳务,交付特定结果。定作人不干预承揽人的劳动过程,而承揽人主要服务于一个定作人的情形亦通常不在我们想象之内。但是,工业化将雇佣合同予以社会化的同时,也将承揽合同予以社会化。例如德国工业化形成的社会分工中,存在大量为工厂提供配套加工或服务的人,早在十九世纪就已经出现“圆珠笔的生产厂家生产出零件以后把组装的工作交给好几个家庭来完成”的现象。<sup>[45]</sup>在此生产结构下,为工厂提供配套加工或服务的人以不自觉的方式融入了社会生产分工体系,其作为承揽人虽然仍以交付特定成果作为获得报酬的对价,但由于其维持生计的主要报酬来自有某个特定合同的相对方,就使得这一长期存续的承揽合同成为其生存权保障,进而与国家对个人的生存权保障义务相关联。同时,这一类型承揽合同作为社会生产分工体系

的组成部分,并非是个案的孤立存在,而是塑造了一个依靠承揽合同谋生的群体。虽然此群体的规模没有劳动者群体庞大,但也是不可忽视的、有社会保护需求的重要群体,既是生产社会化的劳动单元,也是社会共同体的组成部分。据此,承揽人与工厂之间的承揽合同已经社会化了,该合同的履行不单纯是承揽关系主体之间的私人事件,而是渗入了社会要素。这正是类雇员的起源。基于此社会化过程,承揽合同中承揽人的独立性逐步丧失,在承揽合同上附加经济从属性之后,承揽人也就变成了类雇员。

平台用工作为类雇员工作模式在网络环境下的新形式,本质上是将零散、个别发生的、以劳务为内容的承揽,通过网络技术快速升级为社会化的服务形态。常见之外卖送餐、同城快递的承揽特征鲜明,即便是网约车、代驾,作为运送合同在性质上也属于承揽合同。<sup>②</sup>基于这一视角,平台用工是承揽人(劳务提供者)面向定作人(平台)以外的第三人完成特定劳务结果,而该劳务结果是定作人与第三人约定的,因此承揽合同亦约定了承揽人面向第三人完成劳务结果的方式和标准,这就是行为外观因素。而顾客评价系统实质是将定作人(平台)对承揽人(劳务提供者)完成劳务结果的评价权部分转移给了第三人(顾客),但最终作为评价的仍是定作人(平台)作出的,即定作人(平台)根据第三人(顾客)的评价对承揽人(劳务提供者)作出奖惩决定。由于该承揽关系在一段时间内连续发生,因此承揽人的劳务完成情况以及第三人评价对其承揽对价和缔约机会造成影响,这种影响已经客观化为“平台积分”。笔者认为可以将其纳入“经济从属性”来理解。劳务提供者因“平台积分”与平台之间的经济性结合更紧密,其遵从平台定价机制和服务标准要求的意愿也更强烈,劳务提供者作为承揽人的独立性渐趋弱化,获得社会保护的需求则

① 特殊场合下,承揽合同中承揽人所提供的是劳务的实施,并要求此种劳务须具有完成特定结果的特性。参见:李超.非典型承揽合同的判定及定作人过失的责任承担[J].人民司法,2014(14):94.

② 通说以为运送系具有承揽性质之契约类型,其一定工作之完成即达到目的地,并经交付物品或使旅客安全离开。参见:林诚二.民法债编各论:中[M].北京:中国人民大学出版社,2007:303.



不断强化。可见，劳务提供者已成为互联网时代社会分工体系的组成部分，既有明确的社会保护需求，又因网络匹配的高效性，使其与大量不特定第三人（顾客）发生联系，承揽合同的社会化程度随着网络时代的效率而不断加深。

综上，笔者认为，理解平台用工的内核是承揽合同，脉络是承揽合同社会化，由此导致承揽人的经济从属性增强，使之成为需要社会保护的一类群体，介于劳动者与民事主体之间。

### 五、从“劳动二分法”到“劳动三分法”：平台用工中弱者权益的保障

我国现行调整劳动的法律框架是“劳动法—民法”的“劳动二分法”，从主体上说是“劳动者—民事主体”，从劳动类型上说是“从属性劳动—独立性劳动”，在这二者之间不存在过渡类型。既然平台用工在现行“劳动二分法”下不能得到有效调整，那么是在“二分法”下扩大劳动法的调整范围，还是在“二分法”外建立新的机制以形成“三分法”，这两种方案的取舍对未来的制度走向有重要影响。

#### （一）检讨“劳动二分法”是平台用工制度构建的起点

在平台用工进入劳动法学术视野那一刻起，“平台用工对劳动法构成了挑战”就似乎成为研究必要性的注脚。那么，我们在平台类型化的基础上，基于平台用工的学理分析来反思这一问题，应当问平台用工是否对劳动法构成了挑战？若对劳动法构成了挑战，那么挑战了什么？若不是对劳动法的挑战，那么又挑战了什么？若平台用工是对劳动法的挑战，则应通过修正劳动法以解决现有问题；若平台用工不是对劳动法的挑战，则应跳出劳动法来寻求解决问题的方案。

##### 1. 平台用工挑战了劳动法吗

这一问题的形成有一个潜在的前提，就是先入为主地假定平台用工应由劳动法调整，但实践中因平台用工未遵从劳动法的调整，以至于大量劳务提供者的权益未能得到充分保障，因此平台用工构成了对劳动法的挑战。笔者认为，这一前提应当予以检讨，理由有三个方面：第一，“平

台用工应属于劳动法调整”是需要论证的。前文对平台用工进行了分类，提出组织型平台A和B模式有明确的劳动关系，属于劳动法调整范围，而C模式即此处所说的平台用工，是否适用劳动法存在争议。经过对平台用工的从属性考察及学理画像，笔者认为平台用工不成立劳动关系，不适用劳动法。那么，既然平台用工不应由劳动法调整，当然不存在对劳动法挑战一说。第二，“实践中因平台用工未遵从劳动法的调整”这一点也要区分对象。如果组织型平台A和B模式存在此问题可能构成“隐蔽雇佣”，劳动法均有相应规定，属于执行问题，而C模式经过论证，不适用劳动法，也就无劳动法落实问题。第三，“劳务提供者的权益未能得到充分保障”这一点应当从两方面来看。如果发生在组织型平台A和B模式下，仍是劳动法执行不到位的问题。如果发生在C模式下，因不在劳动法调整范围内，而适用民法又无法给予充分保障，那么应是现行法律框架存在缺陷的问题。

#### 2. 平台用工挑战的是“劳动二分法”的法律结构

在“劳动二分法”框架下，全社会各类劳务给付行为要么适用劳动法，要么适用民法，而二者保障水平相差甚大。劳动法提供全方位保障，有劳动关系则全部适用，无劳动关系则全部不适用。学界将此概括为“全有全无”的保障机制。然而，在劳动法与民法之间缺乏一个保障强度递减的法律层次，使得平台用工中因欠缺从属性而溢出劳动法的劳务提供者无法获得相应的保障，直接归入民法调整。可见，“劳动二分法”在结构上是两极化的，两极之间缺乏过渡性保障机制，未建立起多层次的保障体系。平台用工在“劳动二分法”下无法实现有效的调整，导致劳务提供者的权益未能获得充分保障，此为平台用工对“劳动二分法”的挑战。

对于“放宽从属性标准，扩大劳动法适用范围”的观点，笔者认为，这一观点并非证明“平台用工是对劳动法的挑战”，而是针对“劳动二分法”的改革方案。如果用逻辑关系来表示，将

“平台用工是对劳动法的挑战”表示为X，“放宽从属性标准，扩大劳动法适用范围”表示为Y，那么二者之间，X是Y的前提，Y是X的结果，能从X推导出Y，而不能从Y推导出X。Y也可以是其他原因的结果，例如“劳动二分法”。从法律效果来看，“放宽从属性标准，扩大劳动法适用范围”是通过改造劳动法这“一极”来填补“二分法”下“两极”之间的制度空白，即延续“二分法”的结构，用扩大劳动法来填补这一空白，在劳动世界中形成“大劳动法、小民法”的格局。在此方案中，“大劳动法”是由现有从属性标准确定的“典型劳动关系”和放宽后从属性标准确定的“非典型劳动关系”构成的。

## （二）修正现行“劳动二分法”的两种方案

对于如何填补现行“劳动二分法”下的制度空白，现有讨论可归结为两种方案：一种是“三分法”下的“类雇员”，另一种是“二分法”下的“大劳动法”。

### 1. “劳动三分法”下的“类雇员”方案更为可取

第一，“二分法”下空白地带的形成主要是社会分工中存在大量未形成人格性结合的劳务给付形态。平台用工就是“无人格从属性、有经济从属性”，本质是承揽社会化，而非雇佣社会化。因此，不应执着于将其纳入劳动法调整，应就其特征构建独立的规范体系，创造劳务给付形态多元化的制度空间，适应劳动灵活化的发展趋势。

第二，劳动法是保障劳动权益的工具箱，从中选取适当的制度可以构建“类雇员”规范体系。例如工资保障、工时保障、职业安全等，仅需满足类雇员的经济从属性即可，不以劳动关系为前提，也不属于劳动法调整范围。由此形成的“三分法”体系下各部分关系清晰，便于区分。

### 2. “劳动二分法”下的“大劳动法”方案不可取

“大劳动法”为了填补“二分法”的制度空

白必须放宽从属性标准，那么放宽到什么程度合适？用“非典型劳动关系”的概念来说，“非典型”可以到什么程度？从前文所述观点来看，非典型劳动关系不要求人格从属性，而以经济从属性、用工继续性为依据。据此，“大劳动法”涵盖“非典型劳动关系”，以“部分保护”来扩大劳动法调整范围，即对“非典型劳动关系”适用一部分劳动法制度，改变劳动法适用“全有全无”的状况。对此，笔者有三点疑问：

第一，欠缺人格从属性的劳务给付行为是否可以称为“非典型劳动关系”？如果可以，现有以人格从属性为核心的劳动关系就应称为“典型劳动关系”，那么作为二者上位概念的“劳动关系”应如何界定？若该上位概念“劳动关系”须体现“典型劳动关系”与“非典型劳动关系”的共性，该共性只能是“经济从属性”，则“劳动关系”的基本特征应是“经济从属性”，那么仅具备“经济从属性”的“劳动关系”才应是“典型”，而在“经济从属性”之外增加了“人格从属性”的“劳动关系”是“非典型”。

第二，“部分保护”的前提应是“劳动关系获得劳动法全部保护，但因非典型关系的特殊性而给予部分保护”，那么由谁、经什么程序确定非典型劳动关系下的劳动者获得什么样的部分保护？有文献以“好厨师案”和“闪送案”说明“部分保护”已有的司法探索。<sup>[46]</sup>笔者认为，现行法下法院无权进行“部分保护”的探索，如果认定劳动关系，劳动者就有权主张全方位的劳动保护，法院不能决定给予什么和不给予什么，法院能掌握的是根据当事人的诉讼请求和证据进行判断。如果当事人仅主张部分劳动权益，那么法院判决不涉及其他劳动权益，如“闪送案”；<sup>①</sup>或者当事人提出诉讼请求，但证据不足以支持，法院则不予支持，如“好厨师案”。<sup>②</sup>

第三，若是“大劳动法”方案下的“部分保护”是以立法的形式作出，实质上仍是针对“无人格

① 参见：北京市海淀区人民法院民事判决书（2017）京0108民初53634号。

② 法院在“好厨师案”中认为双方当事人签订的《合作协议》是履行劳动关系的协议，因而未支持双倍工资；加班费请求因缺乏证据未予以支持；补缴社会保险费因不属于法院受理范围，未予以审处。参见：北京市第三中级人民法院民事判决书（2017）京03民终11768号，北京市第三中级人民法院民事判决书（2017）京03民终11769号。

从属性、有经济从属性”的群体进行了单独立法，只是不用“类雇员”的表述，而是采用“非典型劳动关系”的表述，在“二分法”形式下发展为“三分法”的结构，这种进路是否妥当？“大劳动法”应分为基于“典型劳动关系”的现行劳动法和基于“非典型劳动关系”的扩大劳动法。已有文献将现行劳动法称为“传统劳动法”，那么扩大的劳动法按照“传统”的反义词，似乎可以对应地称为“现代劳动法或前卫劳动法”，或许更适当的表述是根据调整对象将二者称为“典型劳动法与非典型劳动法”。这一结构的实质是将“劳动二分法”下的制度空白转移到了“大劳动法”内部，形成了现行劳动法之“典型劳动法”与填补空白之“非典型劳动法”的新“二分法”，且二者的调整对象在从属性上有根本性差异，即便名称上仍是劳动法，但与当前劳动法的内涵已经不同。“大劳动法”内部也会冲突不断，典型劳动法与非典型劳动法的边界难以划清，实务操作将更为复杂，须先认定劳动关系，再认定是典型劳动关系还是非典型劳动关系，进而决定适用哪些制度。虽然劳动法在形式上扩大了调整范围，但对于解决现实问题是弊大于利。

肖竹教授就调整平台用工的法律对策指出，二分法的区分在我国尚未有成熟的立法、理论与实践，若加入第三种分类，恐怕会让本已混沌不清、迷雾重重的局面更加让人无所适从。<sup>[17]92</sup>笔者同意二分法在我国尚未成熟的观点，正因为如此，对于难以适用现行法的平台用工才应在二分法之外构建规范体系，推动建立“劳动三分法”，使劳动法在现有轨道上继续发展完善，也能丰富法律对劳动的表达，并给予平台用工等灵活就业形式适当的保障。

### （三）平台用工弱者权益保障的法律新思维

对于平台用工中的劳务提供者，不认定劳动关系并非否认其是弱者。需要区分的概念是社会保护必要性与从属性。社会保护必要性包括但不限于从属性。一方面，有从属性就有社会保护必

要性，“根据从属性标准认定劳动关系的劳动者，当然具有社会保护必要性”；<sup>[47]</sup>另一方面，有社会保护必要性不一定有从属性，“劳动法上的特别社会保护是劳动关系的结果，而不是劳动关系的前提”，<sup>[48]</sup>类雇员也有社会保护必要性。<sup>①</sup>因此，笔者认为，社会保护必要性是与弱者相联系的概念，在某一关系中处于弱者地位的当事人有社会保护必要性。典型形态是劳动关系中的劳动者，因其是社会分工的基本角色，将其社会保护必要性特别抽象为“从属性”。但全社会各类劳务给付关系中处于弱者地位的当事人并不止劳动者，除劳动者以外的弱势群体仍有社会保护必要性。平台用工中的劳务提供者就属于此类人群，身份是类雇员，其弱者性是劳动过程中“控制”与“自主”冲突融合的结果，不同于劳动者的从属性，因此社会保护必要性也不同，应据此构建保障力度适当的规范体系。

如何保护平台用工中的弱者，各国都在探索之中。意大利学者斯莫尔托认为，“弱势群体与掌握着专业知识的交易对手相比缺乏平等协商的能力”，那么当劳动法等“相关部门法无法提供救济时，监管干预则是必要的”。<sup>[49]</sup>日本学者土田和博提出，平台用工中的劳务提供者“往往不被认为是劳动基准法意义上的劳动者”，那么“当自由职业者无法被认定为任一意义上的劳动者时，反垄断法应当适用于作为经营者的自由职业者与其交易对象间的关系”。<sup>[50]</sup>上述市场交易法层面的探索当然有意义，笔者亦认为，平台用工之劳务提供者属于《电子商务法》所规定的“平台内经营者”，<sup>[3]166</sup>但毕竟劳务交易因其人身属性不同于以物为标的之一般市场交易。那么针对劳务提供者的社会保护必要性，虽然不排除市场交易法的监管干预，但基本的法律规范仍应围绕“劳务给付”来构建，制度来源是劳动法这个保障措施“工具箱”。可参照德国类雇员之保障方式，在平台用工之定价与报酬保障、连续在线时长控制、职业风险保障、纠纷申诉及救济等方面建立

① 参见：§ 12a Abs. 1Nr. 1TVG.



相应的制度。<sup>[51]</sup>

## 六、结语：我们在焦虑什么

霍夫曼斯塔尔在《风景中的少年》里写道：陌生阻止你认识陌生的事物，熟悉妨碍你理解熟悉的事物。无疑，平台用工对于我们是陌生的，而当我们用熟悉的劳动法去认识陌生的平台用工时，在争论中似乎形成了一种焦虑，既有陌生事物为何的焦虑，也有熟悉事物为何的焦虑。

对于陌生事物的焦虑是平台用工会引发其他企业效仿，可能大幅度破坏现有的劳动关系，导致全社会范围内“去劳动关系化”的后果。笔者从平台用工的现状来观察，并不认为会发生如此后果。如前文所述，平台用工自2014年兴起至今，去除有明确劳动关系的组织型平台模式，作为劳动法争论对象的平台用工主要群体不超过1000万人，即便会改变部分企业的劳动组织方式，比例也是很低的，尚不构成对现有劳动关系的冲击。笔者倾向于认为，平台用工是基于移动互联网技术催生的一类新型就业形态，在现有劳动关系之外创设了一种社会化劳务给付方式，而不是通过破坏现有劳动关系发展起来的。至于现有劳动关系受到的影响，主要是平台用工为进城务工人员提供了一种新的就业选择，对其常规就业方式产生了人力竞争压力。以往进城务工人员的主要就业领域是建筑业和生产制造业，在有了平台用工这一渠道之后，进城务工人员获得了一种劳动强度相对可控、自主性较强，并且几乎不存在拖欠工资的就业选择。因此一部分进城务工人员从建筑业和生产制造业转移到平台用工，应承认这是进城务工人员的理性就业选择。同时，劳动力的流动也有助于倒逼建筑业和生产制造业提高工人的保障水平和薪资福利，这是平台用工对人力竞争的效应，应予以肯定。此外，现有劳动关系仍是有生命力的。在全世界范围内观察，平台用工经过几年的发展并未对现有劳动关系造成显著影响，主流的用工方式仍是基于劳动关系，乃至组

织型平台有一半左右的用工也是基于劳动关系，这同样是企业的理性选择。现有劳动关系与平台用工各有特点，企业会在用工成本和效益的权衡中给出答案。假设平台用工能够严重地冲击现有劳动关系，乃至全面瓦解基于劳动关系的用工体系，则应视之为一个新的劳动时代来临。正如汽车对马车的替代势不可挡，即便制定“红旗法案”也不可能阻止生产方式的变革，<sup>①</sup>那么更不应固守劳动关系，而是顺应用工变革的潮流全面修正立法。就当前情况看，笔者认为不会发生这种情况，平台用工有其创新性，现有劳动关系有其生命力，二者对劳动力有一定的竞争关系，但涉及的人数规模不大，现有劳动关系仍是主流的用工形式。概括来说，平台用工虽然重要，但切勿夸大其影响力。

对于熟悉事物的焦虑是平台用工对劳动法学理论造成的影响。平台用工之争论不足为奇，在欧美等国均是如此，笔者所关心的是我们用怎样的概念来进行争论。首先，什么是“传统的”？在平台用工讨论中，“传统劳动法”“传统劳动关系”“传统从属性”被普遍使用，不仅中文文献如此，英文文献也大量使用了“traditional”的表述。<sup>[34]13-20</sup>问题是讨论中所使用的“传统”并无明确的界定，仅是作为“平台用工”的相对概念，或许透过“传统”传达了“过时”的评价，主要是“从属性理论生成于大工业时代，已不符合现代生产方式”。对于劳动法是否“过时”、是否“不符合现代生产方式”，需要专门的研究。而笔者所关注的是“传统”这一概念表述，如果不能给出清晰的界定，笔者认为相对准确的表述是“现行劳动法”“现有从属性标准”“常规劳动关系”，以便明确我们当前所处的状态，亦标示未来改革之出发点。此外，“非典型劳动关系”的表述也需要反思。笔者理解的“非典型劳动关系”乃是作为“典型劳动关系”的配套概念，非因“从属性”上存在差异，而是不具有正规就业的无固定期限、直接

<sup>①</sup> 机动车刚刚问世时，人们认为这是一种危险的车辆，且与传统交通工具马车产生了矛盾。于是，英国1865年出台《机动车法案》规定，机动车上路必须由3人驾驶，其中一人在车前50米执红旗引导，旨在限制车速不得超过每小时6.4公里，让汽车等于马车。参见：刘奇. 让“红旗法案”少些再少些[J]. 中国发展观察. 2017(17): 43.

雇佣、全日制等特征。常见情形是固定期限劳动合同、劳务派遣、非全日制用工。<sup>[52]</sup> 三种情况均有明确之人格从属性，显然与平台用工有根本性区分，并非能用“非典型劳动关系”一体概括。笔者所坚持的是劳动关系须以人格从属性为本质，区别于其他法律关系，此为劳动法大厦之基石，不可因规模有限的新兴就业形态而轻言改变。劳动法学理之重点应是围绕从属性进一步形成共识，并在此基础上编制从属性指标体系，继而将学界通说转化为司法裁判指引，从根本上减少分歧和误解。

#### [参考文献]

- [1] 国家信息中心分享经济研究中心，中国互联网协会分享经济工作委员会．中国共享经济发展年度报告（2018）[R]．北京：国家信息中心信息化和产业发展部，2018．
- [2] 国家信息中心分享经济研究中心．中国共享经济发展年度报告（2019）[R]．北京：国家信息中心信息化和产业发展部，2019．
- [3] 王天玉．互联网平台用工的合同定性及法律适用[J]．法学，2019(10)．
- [4] IPEIROTIS P G. Analyzing the Amazon mechanical turk marketplace [J]. ACM Crossroads Student Magazine, 2010, 17(2): 16.
- [5] 猪八戒平台服务规则 [EB/OL]. (2019-01-09) [2020-03-25]. <https://rule.zbj.com/ruleshow-0?pid=158&categoryId=278>.
- [6] 合法网约车驾驶员超 150 万 [EB/OL]. (2019-08-29) [2020-03-25]. [http://www.xinhuanet.com/tech/2019-08/29/c\\_1124934243.htm](http://www.xinhuanet.com/tech/2019-08/29/c_1124934243.htm).
- [7] 滴滴代驾发布《全国代驾消费报告》[EB/OL]. (2016-02-01) [2020-03-30]. <http://www.techwalker.com/2016/0201/3072467.shtml>.
- [8] 美团研究院．城市新青年：2018 外卖骑手就业报告 [R/OL]. (2019-01-17) [2020-03-26]. <https://mri.meituan.com/institute>.
- [9] 饿了么蜂鸟配送发布《2018 外卖骑手群体洞察报告》[EB/OL]. (2018-12-28) [2020-04-30]. <http://www.nbd.com.cn/articles/2018-12-28/1286600.html>.
- [10] 娄宇．平台经济从业者社会保险法律制度的构建[J]．法学研究，2020(2)：192．
- [11] 杨伟国，张成刚，辛茜莉．数字经济范式与工作关系变革[J]．中国劳动关系学院学报，2018(5)：56-60．
- [12] 范围．网络平台用工模式对社会风险分担机制的冲击及其化解路径[J]．中国法律评论，2018(6)：132-135．
- [13] 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)．
- [14] 胡磊．网络平台经济中“去劳动关系化”的动因及治理[J]．理论月刊，2019(9)：122-127．
- [15] 国际劳工组织．关于雇佣关系的建议书（第 198 号建议书）[EB/OL]. (2006-06-15)[2020-03-11]. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms\\_r198\\_zh.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_r198_zh.pdf).
- [16] 袁文全，徐新鹏．共享经济视阈下隐蔽雇佣关系的法律规制[J]．政法论坛，2018(1)：119-130．
- [17] 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)．
- [18] 王全兴，王茜．我国“网约工”的劳动关系认定及权益保护[J]．法学，2018(4)．
- [19] 吴清军，李贞．分享经济下的劳动控制与工作自主性——关于网约车司机工作的混合研究[J]．社会学研究，2018(4)：137-162．
- [20] KOCHER E, HENSEL I. Herausforderungen des Arbeitsrechts durch digitale Plattformen – ein neuer Koordinationsmodus von Erwerbsarbeit [J]. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2016(16): 984.
- [21] KRAUSE R. Herausforderung Digitalisierung der Arbeitswelt und Arbeiten 4. 0 [J]. NZA-Beilage, 2017(2): 53-59.
- [22] 常凯，郑小静．雇佣关系还是合作关系？——互联网经济中用工关系性质辨析[J]．中国人民大学学报，2019(2)．
- [23] 谢增毅．互联网平台用工劳动关系认定[J]．中外法学，2018(6)．
- [24] 张素凤．“专车”运营中的非典型用工问题及其规范[J]．华东政法大学学报，2016(6)：77．
- [25] 田思路．工业 4.0 时代的从属劳动论[J]．法学评论，2019(1)．
- [26] LINGEMANN S, OTTE J C. Arbeitsrechtliche Fragen der economy on demand [J]. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2015(17): 1043.
- [27] SCHUBERT C. Neue Beschäftigungsformen in der digitalen Wirtschaft – Rückzug des Arbeitsrechts? [J]. Recht der Arbeit, 2018(4): 200-203.
- [28] BOURAZERI K. Neue Beschäftigungsformen in der digitalen Wirtschaft am Beispiel soloselbstständiger Crowdworker [J]. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2019(11): 741-744.
- [29] 于莹．共享经济用工关系的认定及其法律规制——以认识当前“共享经济”的语域为起点[J]．华东政法大学学报，2018(3)．
- [30] 娄宇．新就业形态群体的社会保险制度设计[J]．中国医疗保险，2020(1)：9．
- [31] 范围．互联网平台从业人员的权利保障困境及其司法裁判分析[J]．中国人力资源开发，2019(12)．
- [32] 王天玉．经理雇佣合同与委任合同之分辨[J]．中国法学，2016(3)：292．
- [33] 我妻荣．债权各论：中卷二[M]．周江洪，译．北京：中国法制出版社，2008：4-13．
- [34] WAAS B, LIEBMAN W B, LYUBARSKY A, et al. Crowdwork—A Comparative Law Perspective [M]. Frankfurt: Bund-Verlag GmbH, 2017.
- [35] 哈瑞斯．美国“零工经济”中的从业者、保障和福利[J]．汪雨蕙，译．环球法律评论，2018(4)：15．
- [36] 林佳和．劳工定义：古典还是新兴问题？从保险业务员谈起[J]．月旦法学杂志，2015(10)：19．

- [37] 丁宇翔. 跨越责任鸿沟——共享经营模式下平台侵权责任的体系化展开 [J]. 清华法学, 2019(4): 126.
- [38] 谢增毅. 民法典编纂与雇佣(劳动)合同规则 [J]. 中国法学, 2016(4).
- [39] 郑尚元. 雇佣关系调整的法律分界——民法与劳动法调整雇佣类合同关系的制度与理念 [J]. 中国法学, 2005(3).
- [40] 王泽鉴. 债法原理 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2013: 141.
- [41] NEUVIANS N. N. Die arbeitnehmerähnliche Person [M]. Berlin: Verlag Duncker & Humblot, 2002.
- [42] 瓦尔特曼. 德国劳动法 [M]. 沈建峰, 译. 北京: 法律出版社, 2014: 356.
- [43] 林密. 马克思“以时间消灭空间”的空间生产思想及其深层逻辑探微 [J]. 哲学研究, 2019(12): 28.
- [44] 崔建远. 承揽合同四论 [J]. 河南省政法管理干部学院学报, 2010(2): 75.
- [45] 王倩. 德国法中劳动关系的认定 [J]. 暨南学报(哲学社会科学版), 2017(6): 45.
- [46] 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): 91.
- [47] ROST F. Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen im Betriebsverfassungsgesetz [J]. NZA, 1999(3): 114.
- [48] BOEMKE B. Neue Selbständigkeit und Arbeitsverhältnis [J]. ZfA, 1998(3): 299.
- [49] 斯莫尔托. 平台经济中的弱势群体保护 [J]. 宁萌, 译. 环球法律评论, 2018(4): 68.
- [50] 土田和博. 分享经济与经济法、劳动法 [J]. 王威骊, 陈丹舟, 译. 环球法律评论, 2018(4): 38.
- [51] 王天玉. 互联网平台用工的“类雇员”解释路径及其规范体系 [J]. 环球法律评论, 2020(3): 85-100.
- [52] 荒木尚志. 労働法 [M]. 3版. 東京: 有斐閣, 2016: 409-410.

## Beyond the "Labor Dichotomy": A Study of the Basic Stand of the Platform's Employment Law Adjustment

WANG Tianyu

(*Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 100720*)

**Abstract:** Platform employment is a broad concept. What is meaningful in the discussion of labor law is an organizational platform, including a model based on labor contracts and one on non-labor contracts. The latter is the object of qualitative disputes in legal relations. However, this non-labor contract-based platform employment model differs itself from conventional labor relations. There is a certain degree of platform control and labor provider autonomy in the labor process. It does not meet the existing subordination standards, as the labor relationship is not established. It is classified into the mixed contract in civil atypical contracts in the current law. This platform employment cannot be effectively adjusted under the framework of the "labor dichotomy" constituted by the current "subordinate labor-independent labor", as the rights and interests of labor providers are insufficiently protected. The cause of the problem lies in the academic positioning of labor service providers as "class employees", whilst the nature of such platform employment is the socialization of the contract, which belongs to the blank area of the system under the "labor dichotomy". Therefore, in accordance with the necessity of social protection for labor providers in the employment of such platforms, a normative system of "employees" between civil law and labor law should be constructed to promote the transition of the legal framework for adjusting social labor payment from the "labor dichotomy" to the "tripartite law of labor".

**Key words:** platform employment; labor relations; class employees; subordination

[责任编辑: 孙蕊]