

新就业形态法律关系认定规则

娄宇*

内容提要 在平台经济时代,新就业形态劳动管理方式产生了新的特点,从属性被赋予了新的教义学内涵,而且也为不完全劳动关系确定了基本标准。人力资源和社会保障部、最高人民法院联合发布的第三批劳动人事争议典型案例为构建新就业形态法律关系教义学体系提供了良好的素材,可以将其归纳为“行业类型化从属性权重顺位定性审查模式”。在“从属性+要素式”的认定思路下,发掘人格从属性、经济从属性和组织从属性在不同行业的表现形式:以用工事实为准,排除合意的影响,在考量三类从属性时遵循各行业通用的核心判断要素以及适用于本行业的个性化要素。其中经济从属性是解读不完全劳动关系的一把钥匙,可以将新就业形态法律关系精准定位并实现劳动权益靶向赋权。

关键词 新就业形态 劳动关系认定 从属性 不完全劳动关系 教义学

目次

- 一、问题的提出
- 二、“典型案例”的判决理由归纳与典型意义
- 三、新就业形态劳动关系从属性的教义学构建
- 四、不完全劳动关系的教义学体系与劳动权益保障
- 五、结语

* 中国政法大学民商经济法学院教授。

一、问题的提出

“劳动管理”是劳动关系的核心特征,可以细化为人格从属性、经济从属性、组织从属性。与传统劳动关系相比,三类从属性在新就业形态劳动关系中呈现出不同的特征。通说认为,从属性的强弱决定了劳动关系和民事劳务关系的认定,但是就平台用工中从属性的类型和审查要素没有形成定论。而人力资源和社会保障部等八部委发布的《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》(以下简称“56号文”)中提出了“不完全符合确立劳动关系的情形”(以下简称“不完全劳动关系”),理论界一时间众说纷纭,亦无法院通过判决界定过其认定标准与对应的劳动权益。司法实务界对各类互联网平台用工合同的性质也存在分歧,形成了居间、劳动、劳务或雇佣多种判决。有些案件即使判决结果一致,考察的从属性类型以及审查要素也不完全一致。

党的二十届三中全会通过的《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》(以下简称《决定》)指出,要促进平台经济创新发展,健全平台经济常态化监管制度。法治是保障制度常态化长效化实施的有力武器,因此平台用工治理法治化是实现平台经济常态化监管的必由之路。2023年4月24日,人力资源和社会保障部、最高人民法院联合发布了《第三批劳动人事争议典型案例》(以下简称“典型案例”),首次发布平台用工劳动争议典型案例,不仅明确了“事实优先”的劳动关系认定原则和“从属性+要素式”的劳动关系认定思路,而且还首次明确了不完全确认劳动关系的情形及相应劳动权益。综合来看,这些案例的判决理由充分借鉴了我国已有的劳动关系认定理论,充分吸收了比较法上的共通规则,在秉承部分通说的基础上,还进行了不少实质上的改造。

本文立足于“典型案例”体现出的新业态法律关系认定规则,在案例研究的基础上致力于从解释论的角度构建规范化的教义学体系,在增强相关领域劳动关系认定的安定性和可预见性的同时,尝试发掘不完全劳动关系的从属性审查标准以及与各类劳动权益的对应关系。

二、“典型案例”的判决理由归纳与典型意义

“典型案例”旨在以案说法,提供新就业形态法律关系认定的一般规则,这些规则至少可以解读出三项特征。

(一)“从属性+要素式”认定思路

1. 比较法上的两类认定模式

劳动关系认定模式有两类,一是只着眼于人格从属性的“一元标准”,二是多项标准并存的“二元标准”。

从属性是以德国为代表的大陆法系国家在劳动关系认定实践中总结出来的抽象

理论。该理论认为,劳动关系的本质是人格从属性,即雇主对雇员施以主观上持续的管理指挥而形成的人格上的隶属关系,雇员长期为单一雇主提供劳动会在客观上形成经济上的依赖关系,即经济从属性,因此劳动关系认定标准只有人格从属性“一元”。一旦确认了劳动关系,劳动者即可享受各类劳动权益保障,但是如果一些不具备人格从属性的法律关系具备了经济从属性,劳务提供者也可以享受最低工资、工时、工作环境与集体协商等社会性保护权益,即适用某些劳动法规则,这类劳动者被称为“类雇员”(Arbeitnehmerähnliche Person)。^①现代企业多以稳定的生产组织作为表现形态,雇员接受雇主的指挥和管理,也就在客观上加入了组织,成为其中的一员。^②由于指挥管理构成加入组织的充分且必要条件,因此所谓组织从属性在劳动关系认定中不作为独立的标准。

在以美国为代表的“二元标准”下,“控制权”(The Right-to-Control Test)和“经济现实性”(The Economic Realities Test)都会作为劳动关系的认定标准。前者强调雇主对劳动时间和劳动过程的掌握,以及劳动是否构成雇主经营业务的组成部分;后者着眼于雇主无需施加官僚性的管理或者设立严格的经济条款就可以实现对雇员的控制。两类标准都有若干项认定要素,这些要素并无权重上的高低,法官依据这些要素综合考量。不同的法律采用了不同的标准,例如美国规定工会事务的《劳动关系法》采用了“控制权”标准,规范工资、工时等劳动标准事务的《公平劳动标准法》采用了“经济现实性”标准。^③由于美国劳动法也采用了劳动关系对应全面的劳动权益保障的模式,而争议往往指向某一项或几项劳动权益,实际上形成了不同劳动权益对应不同劳动关系认定标准的情况;考虑到美国劳动法体系中并无严格解雇保护制度,^④劳动关系认定领域饱受诟病的“一有全有、一无全无”现象得到了一定的遏制。

对于平台用工,两类模式最初也没有发展出新的认定方法,基本上沿用了传统的劳动关系认定思路。德国在司法实务中并未将类雇员关系适用于平台劳动,因为类雇员关系的特征是没有人格从属性,即不存在劳动过程中的指挥管理,但是存在经济从属性,一般针对的是接受某个企业大量订单的居家工作,其实质是“买卖合同、承揽合同的因素与雇佣合同的结合”。^⑤这与新就业形态是有着本质区别的,平台劳动的劳动者可以自主决定接单,但在完成订单过程中接受平台以及相关机构的指挥管理,也可能由于持续稳定在一家平台接单从而与之形成经济上的依附关系,即具备一定的人格从属性和经济从属性。

美国加州法院在2018年确定的Borello测试法仍然沿用了“二分法”。该法院将判断网约车司机与平台之间关系的标准列为司机为平台主要收入来源提供劳动、平台

① Vgl. Martin Henssler u.a. (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2019, § 611, Rn. 200ff.

② 参见〔德〕雷蒙德·瓦尔特曼:《德国劳动法》,沈建峰译,法律出版社2014年版,第49页。

③ 参见柯振兴:《美国网约工劳动关系认定标准:进展与启示》,载《上海工会管理职业学院学报》2019年第6期,第58页。

④ 参见胡立峰:《论任意雇佣原则在美国劳动法中的衰落》,载《现代法学》2009年第4期,第75-76页。

⑤ 参见前注②,雷蒙德·瓦尔特曼书,第355-357页。

审查司机资质并进行考核培训、司机的运营账号为平台控制、车辆行驶轨迹及路线和车况为平台实时掌控等四项,并以最终是否形成了“企业家机会”(The Entrepreneurial Opportunity)为判断标准。^⑥实质上是把“经济现实性”标准的多项要素进行了删减,降低了司法认定的难度。直到2019年加州议会颁布了“AB5法案”,确定了所谓“ABC标准”。除非平台企业能够证明同时存在以下三种情形,否则都认定为劳动关系:A.从双方的合同以及事实履行来看,都不存在企业的指挥和管理;B.网约工的工作不属于企业的日常经营范围;C.网约工的工作虽然与普通职工的工作内容一致,但是前者是独立完成。^⑦“ABC标准”选择了“控制权”标准中的两项要素以及借鉴了组织从属性的融入雇主组织要素,且将举证责任完全交由平台企业。

2. “典型案例”的守正与创新

“典型案例”延续了2005年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》(以下简称《通知》)确认的劳动关系认定规则,同时指出,平台企业的生产经营方式与传统企业有较大差异,应该认清劳动关系体现形式的新特点,综合考量三类从属性中各包含的要素,从而判断从属性的有无和强弱,最终确定法律关系的性质和劳动权益保障。

从外观来看,“典型案例”移植了德国劳动关系认定的教义学内容,将从属性作为解开劳动关系谜团的一把钥匙,可以认为是对欧陆国家既有理论的“守正”。但是从内核来看,“典型案例”已经把德国“一元标准”发展成为了三类从属性的“三元标准”,也就是说,钥匙从“一把”变成了“三把”,当前一把无从奏效时随即启用后两把,而且每一元标准内部都仿照美国的模式,列举了多项要素,即“典型案例”前言说明中强调的“从属性+要素式”的劳动关系认定思路,不仅每一项从属性内部需要综合考量要素,而且三项从属性之间也要综合考量。

(二) 从属性审查模式

“典型案例”基本上涵盖了目前重要的行业 and 实践中争议较大的用工模式。在不同的行业 and 不同的用工模式下,三类从属性被依次考量,根据有无和强弱的定性和定量结论来确定相关平台用工的法律关系,这是“典型案例”形成的另一项教义学内容,也形成了中国特色平台用工关系的认定模式。

^⑥ See Nicholas L. DeBruyne, *Uber Drivers: A Disputed Employment Relationship in Light of the Sharing Economy*, Chicago-Kent Law Review, Vol.92(1):289, p.289-315 (2017). “企业家机会”侧重考察劳动者是否能够通过资本投入获得盈利和亏损的可能性。在网约车这种需要司机重资本投入的行业,只要平台管理相对宽松,例如不要求在线时间、将乘客评价作为确定薪酬的标准等等,就容易给人留下网约工成为“企业家”的印象。已有学者提出,若认为网约司机是与平台企业平等合作的“企业家”,那么前者有权知悉关乎合作双方共同利益的营销内幕以及与此相关的交易信息,通过此信息公开机制亦可实现对司机收入的保障。参见赵红梅:《平台从业者收入相关权益的法律保护》,载《上海财经大学学报》2021年第5期,第128页。

^⑦ 参见“AB5法案”,载美国加州参议院官网: https://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201920200AB5, 2024年8月14日访问。

1. 行业类型化考量

网约货运由劳动者自备载货车,通过在平台注册和上线接单,获得一定区域的客户信息并提供运输服务,由平台与客户结算货物运输费,而后定期向劳动者支付服务费以及奖励金等,油费、过路费等依双方约定各自负担。案例1主张,司法机关应当审查货运平台的运营方式和算法规则,尤其是算法规则基于数据信息建立,这些信息系新业态劳动者从业必需的生产资料。如果平台通过制定算法规则对劳动者的工作机会、劳动条件、劳动方式、劳动收入、进出平台自由等进行限制和施加影响,并从劳动者劳动成果中获益则认定双方构成了劳动关系。这一主张着重强调了数据信息作为生产资料的稀缺性与重要性,至少与自备工具具有相同的地位。

网约配送行业通过移动互联网技术接受、验视客户订单,按照平台算法规划路线,在一定时间内将订单物品送到指定地点。该行业注重配送的及时性和配送员队伍的稳定性,可能通过自由的众包形式和配送站点招募管理的形式开展业务。案例2和3分别涉及该行业的众包和站点专送两种用工形式。众包形式的法律主体简单,仅平台与网约配送员两方,平台对上线时间、接单量都无要求,但是掌握着配送业务必需的数据信息,制定服务规则和服务费结算规则。在该案例的分析中认为,众包的典型意义在于人格从属性较标准劳动关系有所弱化,且劳动者未承担组织成员义务,但是收入来源于平台的客观事实形成了一定的经济从属性,因此系“不完全符合确定劳动关系的情形”。此论断对于众包配送行业的法律关系认定颇有启示。站点专送涉及多方法律主体,平台三角用工关系呈现出了从属性程度和劳动形态的“双重”非典型性特征,实践中业已出现了劳动者不知向哪一方主张权利的困境,^⑧有学者认为,应当根据平台企业和承包组织线上线下管理权限比重来确定,^⑨但认定过程会非常繁琐,可操作性和可预见性都存在难度。案例3仍然遵循了“劳动管理”的理念,选择了一个较强程度的管理主体作为用人单位,其典型意义在于,确认了承担用人单位责任的主体只能是一个,无论转包多少次,距离劳动者最近、在实质上实施管理的主体仍是用人单位。

网络主播行业的商业模式非常多元化,包括文化传播企业通过委托合同、中介合同、行纪合同对艺人进行管理,艺人在平台为其他企业直播带货的模式;文化传播公司负责为艺人推广宣传,艺人在平台上直播和发布短视频,双方约定分配后台礼物价值的模式;艺人自行接受其他企业委托,利用网络影响力销售企业产品,与企业分成的模式。无论哪种,都可能存在艺人受到企业的管理,也就可能与该企业形成劳动关系。^⑩案例5牢牢地抓住网络直播时间和内容决定权、艺人通过平等协商权获得专属的个性化发展和盈利机会两项内容,提供了网络主播行业劳动关系的认定标准。

家政服务行业的运营模式主要包括中介制和员工制。中介制家政企业发挥中介功

^⑧ 参见《外卖平台用工模式法律研究报告》,载北京致诚农民工法律援助与研究中心网, <https://zgngm.org/wp-content/uploads/2021/09/zhicheng-report-on-food-delivery-workers.pdf>, 2024年8月10日访问。

^⑨ 参见王茜:《平台三角用工的劳动关系认定及责任承担》,载《法学》2020年第12期,第188页。

^⑩ 参见孟续铎:《网络主播劳动关系认定及劳动权益保障问题》,载《中国人力资源社会保障》2019年第9期,第47-48页。

能,不开展培训和管理,服务内容和费用由服务人员和客户自由约定;员工制家政企业可能与招用的服务人员签订劳动合同或服务协议,对服务人员进行持续培训管理。案例6中的服务人员在接受家政服务公司的培训之后,通过公司的平台接收系统自动匹配的客户信息,服务人员与公司订立的协议系固定期限合同。平台发挥的作用仅仅是派单,与传统的线下面对面交代工作任务并无本质区别,而且将客户评价作为奖惩依据系公司制定的制度。鉴于雇主管理权的核心是规则制定权,而非实施权,^⑪因此客户打分作为确定薪酬的依据并不能改变其劳动关系的本质。

2. 从属性权重顺位定性审查

从属性在我国劳动关系认定的理论和实践中居于核心地位,但是关于三类从属性是否具有不同的内容指向、重要性程度上的差异以及逻辑关系如何,众说纷纭。大致有四种代表性观点:第一种认为从属性认定标准无法实现体系化构建,因为各类行业和岗位无法遵循统一的判断标准,^⑫只能在具体个案中以一个普通人的角度与一个法律人的专业素养凭借常识与经验判断^⑬;第二种认为人格从属性和经济从属性都是判断劳动关系的决定性因素,其中经济从属性包括生产组织体系归于雇主所有、生产工具或器械归于雇主所有、原料由雇主提供、责任与危险由雇主承担、^⑭劳动者因依赖工资生存而在资力上处于相对弱势等要素;^⑮第三种主张人格从属性是判断劳动关系的唯一标准,该从属性包含持续履行和指挥管理两项内容,^⑯经济从属性和组织从属性都不是从属性劳动义务;第四种主张以组织从属性为主、经济从属性为辅予以认定,并衡量其下属各要素的权重与位序^⑰。在司法实务中,大多从“劳动管理”展开审查,全面接受三类从属性理论指导的审判亦不多见,裁判结果也不尽相同。^⑱

“典型案例”汇总了四种观点各自合理的成分,形成了一种全新的认定模式。首先,认可不同行业采用不同的判断标准,但是此标准的差异不体现在三类从属性上,而是体现在各从属性内部的审查要素上,可以总结出各行业共通的核心要素以及该行业的个性要素;其次,三类从属性都具有独立的地位和差异化的要素,不能相互取代,个案中都应该全面审查之,不能遗漏;再次,三类从属性虽各自独立,但权重不同,由此决定了审查有先后顺序,其中人格从属性最重要,经济从属性次之,组织从属性再次之,当前一类从属

^⑪ Vgl. Rudi Müller-Glöge u.a. (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 2023, S.1171ff.

^⑫ 参见王倩:《德国法中劳动关系的认定》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2017年第6期,第43页。

^⑬ 参见冯彦君、张颖慧:《“劳动关系”判定标准的反思与重构》,载《当代法学》2011年第6期,第98页。

^⑭ 参见黄越钦:《劳动法新论》,中国政法大学出版社2003年版,第95-96页。

^⑮ 参见我国台湾地区劳动法学会:《劳动基准法释义——施行二十年之回顾与展望》,新学林出版股份有限公司2005年版,第55页。

^⑯ 参见姜宇:《民法典的选择:劳动合同抑或雇佣合同——《德国民法典》第611a条修订的教义学分析与启示》,载《法律科学》2019年第5期,第141-155页。

^⑰ 参见叶嘉敏、李少军:《共享经济视域下网约车平台用工劳动关系从属性认定标准研究——以“权重位序法”为核心进路》,载《河北法学》2020年第11期,第186-187页。

^⑱ 参见北京市海淀区法院课题组:《涉互联网行业劳动争议现状分析及对策建议——基于海淀区涉互联网企业劳动争议情况的调研分析》,载《法律适用》2019年第8期,第101页。

性表现不显著时,再结合后一种综合判断;最后,每一类从属性都进行量化考核,给予定性判断,在一类从属性内部重点考察行为主体和性质的强弱,由此将该从属性归于强(明显)、较强、较弱、弱四个等级,最后界定该法律关系的性质。

基于这种认定模式的四个特点,可将其总结为“行业类型化从属性权重顺位定性审查模式”。“典型案例”至少可以在实践层面上终结理论界的争执,为未来的司法实务提供步骤性的审查思路。

(三)“事实优先”原则对合意的否定

劳动关系究竟是基于合意的契约还是法律规定的事实?这个难题在工业时代就困扰着劳动法,在平台经济时代依旧存在。案例4确认的认定方案是,个体工商户的法律身份不影响劳动关系的建立,关键还要审查用工事实是否符合劳动管理以及从属性的特征,而非注册为个体工商户和签订承包协议的行为基于何类性质的意思表示作出。

私法自治以“合意”为基础,一直被奉为自由经济的制度圭臬。^{①⑨}支持合意系劳动关系本质的理由大致上包括劳动合同既能确定劳动关系的内容,也能安排劳动关系的终止。^{②⑩}有瑕疵的合意可以解决劳动合同无效、撤销之后的尴尬问题,即资方无须返还已付出的劳动力,^{③⑪}劳动关系的继续性特征要求认可合同长期履行中劳资不断达成的合意,以应对随时可能出现的新情况等。^{④⑫}这些支持的理由系从合同法的一般原理出发、结合既有的私法教义学形成,在逻辑上可以自洽,但是在应对技术革命带来的新就业形态时不免显得过于学究气。也许将合意的契约作为传统劳动关系的理论基础有一定的合理性,但新就业形态呈现出来的用工特征理应更加倾向“事实优先”原则。

“典型案例”反映出的“事实优先”教义学的理由至少包括三方面:

首先,新就业形态从业人员与平台企业的力量对比悬殊。根据相关调研报告,我国的新业态从业人员都集中于网约配送、网约客运和货运、快递等行业,绝大多数在几大头部平台就业,多为外地农村和小城镇户籍人员,学历和年龄都偏低,以二、三代农民工为主。这个群体掌握的知识、信息和社会资源与平台企业相比差距悬殊,很难认为双方之间能够形成平等的合意。^{⑤⑬}

其次,新就业形态法律关系的短期化。调研报告显示,网约配送工作时长、工作压力大,多被从业者作为寻找正规工作的替代性工作,而网约车工作被用作兼职工作的较多;这些群体的从业时间普遍较短,流动性高,几乎没有人表示能够从事一辈子网约工作。^{⑥⑭}新就业形态法律关系普遍呈现出短期化的现象,继续性债务关系的特征并不明显,再考虑到平台用工的工种单一且简单,在合同实施过程中双方通过合意变更履行方式的

^{①⑨} 参见曹燕:《合意在劳动法中的命运》,载《政法论坛》2016年第3期,第154页。

^{②⑩} 参见沈建峰:《论劳动合同在劳动关系协调中的地位》,载《法学》2016年第9期,第90页。

^{③⑪} Vgl. Wolfgang Zöllner u.a., Arbeitsrecht, 2015, S.132ff.

^{④⑫} See Malcolm Sargeant & David Lewis, *Employment Law*, CIPD-Kogan, 2019, p.205-207.

^{⑤⑬} 参见《新业态从业人员劳动权益保护2020年度调研报告(一)》,载北京义联劳动法援助与研究中心网, <http://www.yilianlabor.cn/yanjiu/2021/1909.html>, 2024年8月14日访问。

^{⑥⑭} 参见前注^{⑤⑬},《新业态从业人员劳动权益保护2020年度调研报告(一)》。

机会寥寥无几。这也决定了一些基于劳动关系长期连续性特征的制度,如参保缴费和领取待遇的年限都较长的职工养老保险和医疗保险不适合引入。^{②5}

最后,平台算法加剧了隐蔽性用工现象。平台企业基于大数据和人工智能驱动的算法派发订单任务、规划路线、搜集和应用客户评价信息,可以更加容易地通过自动化的人力管理系统和向关联企业发包的方式转移雇主义务,之前即已存在的隐蔽性用工现象更加频繁地发生,为新业态领域的劳动关系认定带来更多的困难。因此,理应将“事实认定”作为新就业形态劳动关系认定的基本原则,同时明确实践中争议较大的认定要素。

案例4明确列出了两项揭露隐蔽劳动关系的要素:个体工商户可以作为自然人与其他用人单位建立劳动关系;协议的名称和内容不作为劳动关系的认定要素。除此之外,“典型案例”也列出了其他要素:平台企业制定的工作规则、劳动纪律、奖惩办法等是否适用于劳动者,而非审查这些规则办法由哪个主体实施(案例1);书面协议不影响劳动关系的认定(案例3);在外包模式下,承包协议由哪个主体实际履行(案例3);平台仅用作派发订单的渠道,不发挥指挥管理的功能(案例6)等。

三、新就业形态劳动关系从属性的教义学构建

“典型案例”1—6全部在分析中明确应用了从属性理论,并且除了案例4之外,全部提及了三类从属性,可将教义学内容归纳如下:

(一) 人格从属性

我国劳动法通说认为,劳动关系具有主体上的从属性、权利义务的强制性、客体的相对单一性三项突出特征,其中第一项是劳动关系的前提要件,后两项系劳动关系认定之后的法律效力和法律后果。从属性系为实现劳动合同订立的目的,用人单位被赋予劳动力调配、组织、指挥、劳动规范订立、劳动过程管理等特殊权力,劳动者必须履行相应的义务。虽然劳动合同在平等、自愿基础上经协商订立,但是由于工作和休息时间、最低工资、劳动卫生条件、社会保险等与劳动者基本人权直接关联,因此不得违反基准而随意约定,即权利义务具有强制性;且劳动法调整的劳动法律关系客体仅为劳动者向单位提供劳动的行为,劳动条件和劳保用品等都是该行为派生的,因此劳动关系不直接关注这些内容。^{②6}

“典型案例”在很大程度上接受了以上理论,并归纳出能够通用于各行业的人格从属性核心审查要素以及适用于特殊行业和特殊用工方式的个性要素,这些要素均着眼于劳动管理和劳动实施的行为主体。在具体的个案中,核心要素和个性化要素都是重要的考察内容,并无先后和主次之分。当大多数要素都可以指向单一主体时,即可认定劳动者与该主体存在相当程度的人格从属性。

^{②5} 参见姜宇:《新业态从业人员专属保险的法理探微与制度构建》,载《保险研究》2022年第6期,第112页。

^{②6} 参见编写组:《劳动与社会保障法学》,高等教育出版社2018年版,第27-28页。

1. 服务规则与规章制度的制定主体

平台用工领域的服务规则主要指的是将订单完成时间、客户评价等作为平台结算服务费的依据（案例2），完成订单时的行为状态（案例6）以及通过设定算法对配送员的配送行为进行控制和管理，对劳动者的工作机会、劳动条件、劳动方式、劳动收入和进出平台自由等进行限制或施加影响，并从劳动者劳动成果中获益（案例1、2、6）等。服务规则系制定主体对不特定多数的网约工设计，在实践中可能采用工作规则、管理规则、劳动纪律、奖惩办法等名称。

在服务规则这一核心要素方面，“典型案例”展现出来的教义学内容如下：

首先，劳动者与服务规则的制定方建立劳动关系，而非服务规则的实施方。在平台用工实践中，平台企业通过加盟合作、外包以及层层分包，形成对骑手的网络状管理。让用人单位的劳动管理职能被多个主体分摊，从而让劳动关系认定十分困难。^{②7}“典型案例”正面回应了这一问题，服务规则由哪个主体负责实施不列入审查范围，制定方才是真正的用人单位。平台企业可能自行制定服务规则并负责实施（案例2），也可能交由承包商或分包商制定并负责实施（案例3），那么实施主体则可能构成潜在的用人单位，当然是否真正构成，还需要综合其他要素共同考量。

其次，平台设定算法并实施自动化管理对劳动关系的认定有一定的影响。在平台经济中，智能算法处理过的劳务供求信息成为重要的生产资料，其价值甚至超越了有形的生产资料，有学者称之为劳动者对雇主算法权力的“技术从属性”。^{②8}“典型案例”肯定了平台劳动者受到算法控制对劳动关系认定的影响，要求司法机关重点审查平台的运营方式和算法规则（案例1），但是，算法技术仅被作为人格从属性的一个判断要素，尚不具备能够与三类从属性平起平坐的地位。第一，在当前的技术条件下，单纯依靠算法技术还难以实现全过程的劳动管理，将算法提升到独立从属性的地位将忽略各类线下管理的要素，即便是对算法驱动依赖较强的货运和客运行业也是如此，算法技术还要辅之以人格从属性下的服务规则主体要素来综合判断法律关系。第二，算法技术仅仅是劳动管理的一种方式，人格从属性指向的内容可以涵盖之，究竟劳动者从属于用人单位的某个具体的管理人员还是其布置的一种自动化工具，本质上并无区别，不能“转嫁运营管理以及服务质量等本应由雇主承担的风险”。^{②9}

最后，需要将作为人格从属性判断要素的平台算法理解为一种自动化的用工决策和控制工具。如果平台仅发挥了根据客户需求信息匹配度派单的中介功能或者被新业态劳动者用作劳动工具，仍然是传统的用工形式，比如案例6涉及的通过家政公司的服务平台接受和发放订单，以及案例5中的艺人利用直播平台成长为知名主播。在这里，应当区分真正的新业态用工案例和不真正的新业态用工案例，区分标准即互联网信息平台

^{②7} 参见前注⑧，《外卖平台用工模式法律研究报告》。

^{②8} 参见田思路：《技术从属性下雇主的算法权力与法律规制》，载《法学研究》2022年第6期，第141-142页。

^{②9} See Andrew Stewart & Jim Stanford, *Regulating Work in the Gig Economy: What are the Options?*, The Economics and Labor Relations Review, Vol.28:420, p.420-437 (2017).

发挥的功能是自动化人力资源管理工具还是单纯的信息传输工具,后者仍然沿用传统的劳动关系认定标准。

规章制度这一概念从传统劳动法移植过来,是指用人单位依法制定,并在本单位实施的组织劳动和进行管理的规则。^⑩在传统劳动关系中,作为用人单位管理对象的劳动者是特定且单一的主体,其进出劳动关系需要较高的成本,但同时保证了劳动者队伍的稳定,实现了用人单位的生产经营目标,规章制度即是达成该目标的有力手段。平台用工的实质是通过算法即时匹配劳务的供需,用各种激励手段引导劳动者上线接单,如果平台已经制定了适用特定接单群体的规章制度,且通过最低接单量等要求形成了相对稳定的群体,则被认定为较强人格从属性的可能性较大。

2. 工作时间与接单决定主体

案例1、2、3、4、6都将上线工作时间和接单决定权的主体作为界定人格从属性的要素,已经形成了适用于各行业的核心标准。在传统劳动关系的人格从属性要件中,工作时间一般体现为考勤制度。^⑪值得指出的是,考勤制度并非传统劳动关系中人格从属性的重要要素,很多行业都没有严格的考勤要求,比如出租车、远程办公等,劳动者可自主安排工作时间。劳动者接受用人单位工作安排的义务才是实质性审查要素。

“典型案例”的意义在于拓展了人格从属性的要件,构建了适用于新就业形态法律关系认定的教义学内容。平台用工的特点是通过算法即时匹配劳务供求信息,为了给顾客提供良好的体验,必然希望有足够多的网约工处于随时在线接单状态且不拒单,在线工作时间和接单是维系平台用工行业的重要条件,在这里二者实现了高度的统一。建立劳动关系是保障运力最好的方式,但是如果平台想要通过低成本达到经营的目的,则只能绕开人格从属性要求的工作时间要素,“典型案例”将累计或固定的上线工作时间、最低接单量作为认定人格从属性的重要要素。

3. 工作主体与派单主体

劳动关系中的劳动者必须亲自实施劳动,不能由他人代理行使。^⑫这是判断劳动关系与承揽关系的重要标准之一,但是不适宜将其作为核心要素。大多数网约配送和快递行业平台企业都允许骑手们之间“转单”,网约客运和货运行业则会对司机进行严格的资质审查,且一般不允许“转单”。这主要是出于安全的考虑,网约车承载运输的人身和货物价值较高,平台企业提供保障的义务也要提升。^⑬仅案例1涉及的网约货运行业将工作主体是司机本人列为了判断要素,因此可以认为工作主体是行业个性要素。

新就业形态的派单主体是掌握大数据和算法技术的平台,但是当平台工作被层层转包和分包之后,服务规则制定、配送过程监督、工作时间和接单行为决定、服务质量控

^⑩ 参见前注^⑥,编写组书,第77-78页。

^⑪ 参见郑尚元、李海明、扈春海:《劳动和社会保障法学》,中国政法大学出版社2008年版,第77页。

^⑫ 参见前注^⑥,编写组书,第31页。

^⑬ See Aude Cefaliello, *Pimlico Plumbers Ltd. v. Smith: The Definition of "Worker" in Employment Law and the Scope of the Obligation to Perform Work Personally*, *Juridical Review*, Vol.4:292, p.292-298 (2018).

制可能由不同的主体实施,这种商业模式在需要区域化和集约化管理的外卖行业非常普遍。针对案例3可从教义学上归纳为:此时派单主体不再重要,人格从属性认定的要素转向实际用工管理的主体,如果该主体具备用人单位主体资格,则构成不同程度的人格从属性。

(二) 经济从属性

“典型案例”采用了从属性权重顺位量化考察模式,三类从属性都被列入审查的范围,当人格从属性被认定为强、较强或者较弱时仍然无法定论,就需要继续考察经济从属性。一方面,经济从属性对认定劳动关系同样具有相当的意义,至少能够发挥佐证的功能;另一方面,经济从属性是判断构成不完全劳动关系的重要指标。“典型案例”展示的经济从属性要素类型明显多于人格性从属性,且行业个性要素纷繁复杂,由此导致了人格从属性的程度不甚强时,通过经济从属性来认定法律关系的难度更大。

1. 核心要素

许多国家劳动法理论体系中都存在经济从属性的概念,并有可操作性的量化标准,例如前述的德国“类雇员”,其经济从属性的标准为经由某份工作获得的收入占到总收入的50%,在西班牙和加拿大,这个标准是75%和80%。^{③④}但是,我国劳动立法中没有出现过这个概念,理论界也未形成定论。

“典型案例”通过列举的方式指出了适用于各行业的核心要素和个性要素,为构建相关的教义学体系提供了很好的素材。核心要素包括:(1)数据信息占有主体。平台劳动者从业所必需的数据信息为平台占有,主要指的是用户需求信息(案例1、6)。(2)服务价格制定主体。服务价格(包括结算标准和办法、奖惩、薪资结构)由平台或相关企业单方制定,还是允许与劳动者商定(案例1、2、3、4、5)。(3)报酬计算依据。劳动报酬的计算依据是单量决定的统一标准(案例1、6),还是劳动成果经济价值的分成(案例5)。

可以发现,“典型案例”更加关注平台用工领域发挥着实质性经济功能的生产资料占有主体以及服务价格的确定方式和计算方式。社会学研究认为,数字时代的生产资料以无形的信息、数据、算法等更为隐蔽的高科技载体形式存在,让平台对网约工的工作方式有了极大的掌控权,成为了“算法化的、无法协商的雇主”。^{③⑤}“典型案例”充分吸收了上述研究成果,同时也平抑了数据生产资料和定价方式在劳动关系认定中的功能,仅将相关要素作为第二顺位的经济从属性的核心要素,这体现了司法的中立态度,契合了“充分实现平台经济良性发展与劳动者权益保护互促共进”的政策目标。当然,这种态度在客观上也打开了不完全劳动关系的大门,可以预见,这类立法将成为未来平台用工领域的“重头戏”。

^{③④} 参见肖竹:《第三类劳动者的理论反思与替代路径》,载《环球法律评论》2018年第6期,第84-86页。

^{③⑤} See Srnicek, *Platform Capitalism*, Cambridge Polity Press, 2017, p.95-96.

2. 行业个性要素

(1) 持续性与稳定性。一般而言,持续而稳定的工作让劳方在经济上依附于资方的程度加强,较长的工作预期一旦被解雇、疾病或工伤、失业等打破,即产生了保障劳动者经济权利的必要性。^{③⑥} 在各类平台行业中,网约配送是人员流动性最高、就业最不稳定的行业,^{③⑦} 过于短期的工作对于长期获益的保障项目需求不大,因此将此要素适用于配送行业(案例1),用于检验经济从属性的程度具有合理性。

(2) 劳动工具。在网约货运和客运行业,劳动者多自备工具,如果将此作为核心要素,那么与数据信息的占有主体要素相结合,这些行业被认定为具备较强经济从属性的可能性陡增,这不仅不利于行业的发展,更难以落实“政治效果、法律效果与社会效果有机统一”的审判目标。因此,该要素应用于轻资本投入的家政服务行业更为合理(案例6)。

(3) 稳定收入来源。收入比例被认可经济从属性的国家普遍作为量化标准,“典型案例”一方面将收入占比高和稳定作为判断标准,突破了单一的比例要求;另一方面将该标准审查局限于网约货运这一重资本投入行业(案例1),符合了行业特点,因为劳方投入的资本数额与经济依附的关联度高。劳动者投入高,却从中获得的收益不高且不稳定,概可以说明其并不依赖于这份工作谋生。提出新的标准是一大进步,将之应用于特定行业亦值得肯定,但是无量化标准是一大遗憾。

3. 关于“自主经营可能性”

曾有德国学者将“不享受经营机会且不承担经营风险”作为判断劳动关系的条件,试图较之人格从属性在更深的层次上揭示劳动关系的本质。由于“经营”本身即是一种经济行为,因此“自主经营可能性”被视为经济从属性的要件,经济从属性成为劳动关系的唯一认定标准。^{③⑧} 然而此观点不为学界普遍认可。理由是该方案本身无法区分劳动者和“类雇员”,盲目扩大了劳动法的保护范围,而且该条件可以被视为“劳动者不掌握实质意义上的生产工具”的必然结果,已经被经济从属性中的生产资料要素吸收了,至多可以作为经济从属性的审查要素之一。^{③⑨}

我国学者曾提出借鉴德国“自主经营可能性”学说,并结合前述英美法上经济现实测试发展劳动关系认定标准的主张,即将三大从属性归结为劳动从属性,综合考量各类要素,达到“丧失自主经营可能性”即认定为劳动关系,同时坚持劳动关系和民事劳务关系的“二分法”,不承认不完全劳动关系系独立的法律关系,理由是确定一元的定性标准更有利于实践操作。^{④①}

^{③⑥} 参见王天玉:《从身份险到行为险:新业态从业人员职业伤害保障研究》,载《保险研究》2022年第6期,第126页。

^{③⑦} 参见前注^{②③},《新业态从业人员劳动权益保护2020年度调研报告(一)》。

^{③⑧} Vgl. Rolf Wank, Arbeitnehmer und Selbstständige, 1988, S. 257f.

^{③⑨} Vgl. Martin Henssler/Steffen J. Roth, Formen von Erwerbstätigkeit und Anpassungsbedarf des Arbeitnehmer- und Betriebsbegriffs unter arbeitsrechtlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten, Vergabenummer 18358RU, Gutachten Nr. 2, Enquete-Kommission I, in Landtag Nordrhein-Westfalen 17. Wahlperiode, Information 17/185, A.40, S. 129ff.

^{④①} 参见朱军:《劳动关系认定的理论澄清与规范建构》,载《法学研究》2023年第6期,第137-138页。

笔者认为,这一主张不仅没有为传统领域劳动关系的认定提供有效的方案,也会让新业态法律关系认定更加僵化,不适宜作为构建教义学的素材。一方面,如果认为“类雇员”也存在自主经营可能性,则案例4中涉及的“注册为个体工商户的劳动者”无法被认定为劳动者,这不符合目前的政策倡导;另一方面,“从属性+要素式”方案已经可以为归纳新业态法律关系教义学提供足够多且明确的素材了,没有必要舍近求远,去重拾一个被西方国家抛弃多年的理论,而且发展教义学必须立足本国的司法政策,比较法只适合服务于立法论,这也是不言而喻的。

(三) 组织从属性

《通知》将“劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分”作为劳动关系的认定标准之一,已经在立法层面上认可了组织从属性,但是在司法审判中甚少提及,难以为构建教义学体系提供丰富的素材。而在国内外新业态劳动关系认定案例中,却越来越多地出现了组织从属性的审查标准,即将网约工作是否为平台整体业务的一部分作为审查标准。^⑪此标准赋予了组织从属性不同于其他两类从属性的内容,但同时又带来了“平台整体业务”如何界定的新难题。

“典型案例”坚持将组织从属性作为新业态劳动关系的审查标准,位列人格从属性和经济从属性之后,提出了“纳入组织管理”和“组织成员义务”两项核心要素,以及“生产经营组织的有机部分”“对外提供服务的名义”“多平台就业限制”三项行业个性要素。

从列出的案例分析和典型意义来看,“纳入组织管理”与接受作为组织的用人单位管理实际上涵义相同。承担“组织成员义务”也就是履行雇员的劳动义务,两项核心要素并无独立的内容,人格从属性要求的指挥和管理完全可以吸收这两项要素。这意味着,当人格从属性的认定结果被确定为有无以及强弱之后,这两项审查也会得出同样的结论。司法机关重复审查实则是做了“无用功”,不适宜作为构建新业态法律关系教义学体系的素材。

在教义学层面上,“典型案例”确定的三项行业个性要素具有重要意义。

第一,生产经营组织的有机部分。这一提法源于“平台整体业务”的概念,“有机部分”意味着该部分与其他部分是矛盾统一体,就像一个生物体那样,彼此相互联系且不可分割,其强调了整体的综合性和内容的相互依存关系,意即其各个部分并非简单的相加,而是形成了一个具有独特属性和功能的整体。从企业的组织结构来看,应当重点审查平台企业是否为网约工作设置了高度专业化和严格划分的部门、有无清晰的指挥链等,各个部门与网约工作是否展现出沟通和合作、有无不断调整的职责等。^⑫当然,在新技术的加持下,这种管理方式可能越来越呈现出非正式、分散以及扁平的结构,网约工也需要承担更多的责任并具备独立工作的能力,但是这并不影响“有机组成部分”的实质

^⑪ 参见美国“ABS法案”; Razak v. Uber Technologies Techs., Inc., 951 F. 3d 137; Lawson v. Grubhub, Inc., 302 F. Supp. 3d 1071; 宁波捷顺食品配送有限公司与秦雅静、秦某等确认劳动关系纠纷案,江苏省苏州市中级人民法院(2019)苏05民终212号民事判决书。

^⑫ 参见[美]斯蒂芬·P·罗宾斯等:《管理学原理与实践》,毛蕴诗等译,机械工业出版社2019年版,第153-154页。

判断。在此意义上,这项要素在平台用工法律关系认定中非常普遍,适宜作为组织从属性的核心要素。

第二,对外提供服务的名义。该要素主要应用于网约货运、家政服务行业(案例1、6),概因为网约配送行业大多要求统一着装和使用带有平台标识的装备,如将其作为核心要素,配送行业可能全部被认定为具备组织从属性。值得注意的是,案例3中特别提到了劳动者虽然以平台名义提供服务,但是接受关联企业的用工组织和管理的情形,也就是当人格从属性与组织从属性呈现出不同的认定结果时,应当以人格从属性的判断为准,即以实际劳动管理的主体为用人单位,这也体现了从属性之间的权重顺位关系。

第三,多平台就业限制。目前该要素多用于家政服务行业和网络主播行业,由于政府反垄断监管和站点管理的原因,在网约车行业 and 网约配送行业应用甚少。在家政服务行业,家政工获取业务信息的方式很多,平台如果不限制其在其他平台就业,则很难维持一支稳定的员工队伍,同时也会降低客户的服务体验;在网络主播行业,由于直播App的用户粘性较高,限制主播在其他平台直播的做法可以有效地聚集观众,形成粉丝经济的规模效应,而限制多平台接单则可能会被认定为形成了组织从属性,将此作为行业性要素是合理的,因为建立劳动关系肯定是最有效率的用工方式,但是也必须承担高昂的人力成本代价。

四、不完全劳动关系的教义学体系与劳动权益保障

不完全劳动关系的提法源自“56号文”。一方面,该文件没有强制执行效力,仅能够“指导和督促企业依法合规用工,积极履行用工责任”;另一方面,该文件没有明确不完全劳动关系的法律性质以及认定要素,也没有指出与传统的民事劳务关系和劳动关系的区别。虽然文件提出,在该法律关系下,为新业态劳动者建立最低工资和支付保障制度、职业伤害保障制度,但仅是列出了这两项彼此孤立的劳动基准法和社会保险法制度。这些法律领域的其他制度是否也可以适用于该群体,即该群体的哪种身份属性可以让其与某项劳动权益制度联系在一起,都需要理论界和实务界进一步探索。

有学者认为,与此前平台“去劳动关系化”的用工实践及其司法裁判相比,不完全劳动关系的认定增加了平台的成本,给企业和工人带来了更多的不确定性。^④笔者并不否定此观点,因为任何解决方案皆有优缺点。为了克服劳务关系和劳动关系“二元体系”下的“极化”弊病,有必要创设一种新的类型,但是为该类型清晰定位和精准赋权也是非常困难的。“典型案例”从经济从属性入手,以该从属性与人格从属性的权重和顺位关系为不完全劳动关系的认定提供了解决思路,同时还列出了“56号文”未尽的权益类型。如果说,“56号文”吹响了中国平台用工时代劳动权益保障的号角,那么“典型案例”则迈出了识别不完全劳动关系和保障新业态劳动者权益的第一步。

^④ 参见范围:《不完全劳动关系的困惑:未解的三个问题》,载《人民司法》2022年第7期,第33页。

（一）教义学层面上的剖析

三类从属性的概念和认定要素是大陆法系劳动法理论的基础性贡献,我国在继受之后也赋予其更加丰富而充实的教义学内容。经济从属性在法律关系认定中地位凸显,组织从属性也被赋予新的审查要素,发挥了前所未有的功能。

1. 三类从属性的权重顺位

案例2涉及的法律关系被认定为不完全劳动关系,基本认定思路是人格从属性较标准劳动关系弱化(平台企业制定服务规则,此要素为强;平台企业不限制上线接单时间和接单量,劳动者自己决定,此要素为弱);具有一定的经济从属性(平台企业掌握必需的数据信息,此要素为强;平台企业制定服务费用结算标准和办法,此要素为强;劳动者通过平台获得收入,但累计工作时间未超过非全日制用工标准,此要素为弱);组织从属性较弱(平台企业未将劳动者纳入业务组织管理,此要素为弱;平台企业未要求劳动者承担组织成员义务,此要素为弱)。可归纳教义学为:当网约劳动者与平台企业成立人格从属性和组织从属性,但都相对较弱,且成立一定的经济从属性时,双方构成不完全劳动关系。其中,三种从属性的权重顺位和各自的构成要素还值得深入探究,并进一步归纳成为教义学体系。

从三类从属性的权重顺位来看,人格从属性位于审查的第一顺位,且占权重最高。如果人格从属性审查的结论是无或者较弱,则可以初步排除劳动关系和不完全劳动关系。当然,此时还不能得出最终结论,需要继续审查经济从属性中的各项要素。如果经济从属性的审查结论也为弱,则可认定为双方系民事劳务关系(案例5);如果经济从属性的审查结论为“一定程度”,那么仍然需要继续审查组织从属性,如果组织从属性为弱,则可认定不完全劳动关系。

2. “非典型”情形下的教义学方案

此方案简便易行,但是三类从属性的审查结论呈现出近乎一致的方向,可能会被诟病为“过于典型”,忽略了新业态用工和司法实践的多样性和复杂性。尤其是在以下四类“非典型”情形下,法律关系的性质似乎不明确:一是如果人格从属性为强,经济从属性为“一定程度”;二是如果人格从属性和经济从属性都为强或较强,组织从属性为弱;三是如果人格从属性为弱或较弱,经济从属性为强;四是如果人格从属性和经济从属性都为弱或较弱,组织从属性为强。

第一,人格从属性反映的是雇主对雇员的人身控制程度以及由此推断的后者能够开展独立劳动的可能性。^④如果存在相当强度的人格从属性,却呈现出较弱的经济从属性,按照“典型案例”列出的经济从属性要素来看,则可能是作为核心要素的平台不掌握数据信息、平台不制定服务费用结算标准和办法、报酬是劳动成果经济价值的分成,或者作为行业要素的工作不持续不稳定、劳动者自备工具、收入不主要来源于平台工作。平台不掌握数据信息不是新业态用工的特征,不应该按照“典型案例”列出的方法审查。不

^④ Vgl. Reinhard Richardi, Arbeitsrecht im Wandel der Zeit, 2019, S. 24ff.

制定服务定价规则和报酬分成只可能是中介型平台的商业模式,可以直接排除劳动关系的认定。劳动者自备工具仅作为轻资本网约行业的个性要素,对于认定的重要性不高。工作不持续不稳定在大多数情况下是收入不主要来源于平台工作的主要原因,由于“典型案例”没有为后者规定量化的认定条件,因此可结合前者已有的立法综合判断。我国《劳动合同法》将非全日制用工界定为劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过4小时、每周工作时间累计不超过24小时的用工形式,可以作为不持续不稳定的量化标准。整体来看,虽“典型案例”未指出第一种情形的认定方案,但依据平台经济的商业模式和类推适用现有立法,构建从属性教义学体系的难度不大。

第二,如前文分析,“典型案例”中列出的组织从属性核心要素与人格从属性的服务规则制定要素本质上具有同质性,因此不存在人格从属性较强但是组织从属性较弱的情形。值得探讨的是三个行业个性要素,如果网约工作不是平台业务的有机组成部分、劳动者不以平台名义提供服务、平台不限制在其他平台接单,如何认定不完全劳动关系?按照前述的某一项从属性内部核心要素和个性要素权重高低的原则,需要首先考察核心要素的构成情况。此情形下核心要素为强,而三项个性要素却不满足,这就需要依据人格从属性的审查要素综合判断。如网约工作与平台业务相对独立,则证明平台无需建立复杂的管理部门和管理机制,劳动管理的程度也较弱,人格从属性也会较弱;如劳动者以自己的名义提供服务,则需要审查平台是否通过要求劳动者注册个体工商户或订立合作协议规避了劳动关系,此时重新回归到了人格从属性的审查;如不限制多平台接单,则需要审查客观上的经济从属性是否形成,包括工作是否连续稳定、平台工作是否是稳定的收入来源等。整体来看,在全面审查了人格从属性和经济从属性并能够得出明确结论的情况下,可以借助组织从属性的要素再复查一次,验证结论的正确性。可以发现,行业个性要素在这些情形中发挥了“线索指引”的功能,其本身并不适宜作为独立的审查要素,这也构成了从属性教义学的重要内容。

第三,“典型案例”将不完全劳动关系的标准确定为人格从属性较弱,有一定的经济从属性。如前者较弱、后者为强或较强,如何认定?结合经济从属性的若干要素,这种情形只可能出现在劳动者的网约工作持续稳定以及收入大多来源于平台的情况中。首先,如果工作持续稳定系平台主观行为所致,即与劳动者签订了较长期的协议,那么一般都会要求固定的上线接单时间和接单量,否则约定协议期限没有意义。其次,如果工作持续稳定系劳动者客观的接单情况所致,即劳动者出于各种考虑自发多接单,那么可以认为双方形成了较强的不完全劳动关系,劳动者的权益理当得到更好的保障。但是,这种情形仅存在于理论中,实践中如果人格从属性弱意味着平台对劳动者的管理甚少,那么从一开始即会被归入中介型平台或众包平台,该关系认定为居间关系或承揽关系,以及演艺行业中的行纪、委托关系。

第四,人格从属性弱,则组织从属性的核心要素也难以满足,一旦某项行业个性化要素呈现出较强的组织从属性特征,那么意味着发出了提示人格从属性或经济从属性审查可能有误的信号,此时需要立即重启审查、校正结果。

就从属性的构成要素来看,案例2构建了一套可以自洽以及他恰的教义学体系。其列举的人格从属性审查要素包括服务规则制定、规章制度制定、费用结算依据、接单时间和接单量决定主体。由于前两项由平台实施,扮演了传统劳动关系中用人单位的角色,第三项虽由平台制定,但是不由平台具体操作,订单完成时间由算法控制,客户评价也是费用的决定因素,第四项由劳动者自己决定,因此部分地满足了人格从属性的标准。经济从属性审查要素包括数据信息、服务费用标准、持续性和稳定性、稳定收入来源四项,前两项由平台企业占有和制定,第三项和第四项程度较弱,因此一定程度上具备了经济从属性。

社会学研究成果认为,算法控制以及建立在此基础上的客户评价重新分配了雇主的控制权,虽然平台企业表面上放弃了对骑手的控制,但是其通过技术手段潜移默化地收集分析数据,并即时反作用于骑手,削弱了其反抗意愿,实质上蚕食着他们自主性的空间,^④即所谓“工作的自由”是虚假的自由。不难发现,“典型案例”在构建不完全劳动关系体系时,没有借鉴社会学的研究成果,其对人格从属性的理解在形式意义上开展。如果平台企业或者相关企业不设置固定的工作时间和接单量,仅依赖劳动者自主的选择,即只依赖劳动力市场上的供需关系和实时调整的服务费用来调动劳动者的积极性,达到“无须扬鞭自奋蹄”的激励效果,那么人格从属性中的控制要素就被淡化了,该从属性也就被弱化了,此时需要结合经济从属性审查来确定法律关系的性质。由此可以解读出来的教义学内容是:在标准劳动关系中,雇主系采用负向的惩戒措施来要求雇员随时处于待命状态,并在工作任务布置完毕之后,不得拒绝执行;而在弱化的平台用工关系中,平台通过现代技术手段以正向的激励措施促进劳动者主动地完成工作任务,至少在形式上,劳动者是自由的,在完成一单之后可以自主决定是否接下一单。究竟哪一种观点更能契合平台用工的本质,教义学理论本身难以作出价值判断。笔者认为,目前“典型案例”采用形式控制权认定标准,为人格从属性的接单时间和接单量决定要素赋予了明确的教义学内容,至少在司法审判的层面上是可操作的。

我国非全日制用工的界定标准是连续的工作时间,“典型案例”对不完全劳动关系经济从属性的强弱判断可与之实现逻辑上的融洽。工作时间达到全日制的工作时间标准,可以认为是工作持续稳定,这样的工作亦可以实现“接单收入构成稳定的收入来源”。由此,在教义学的意义上,持续稳定可认为是原因要素,稳定来源是结果要素,后者为前者是否成立的判断标准。

(二) 解释论对立法论的启示

教义学是根据立法和判例进行法律解释工作。当然,解释论的成果应当发挥隐形批判和指引立法的作用。“典型案例”通过三类从属性的强弱程度与排列组合关系界定了不完全劳动关系,不仅在法理逻辑上贡献了解读该法律关系的线索,同时也可以进一步

^④ 参见陈龙:《“数字控制”下的劳动秩序——外卖骑手的劳动控制研究》,载《社会学研究》2020年第6期,第124-125、244页。

探索该劳动者群体的权益保障需求,为未来的立法指明了方向。

1. 不完全劳动关系的法律性质

“典型案例”界定的劳动关系标准是“人格从属性强(较强)+经济从属性明显(或较强)+组织从属性强(较强)”,民事劳务关系标准是“人格从属性弱+经济从属性不明显”。我国《劳动合同法》上列出了劳务派遣和非全日制用工两类非标准劳动关系。前一类的劳动者享有标准劳动关系下大多数劳动权益,只是承担主体由单一用人单位变成了派遣单位和用人单位;后一类由于工作时间较短导致了合同的短期化,持续性和稳定性不强,因此人格从属性强,但是只具备了一定的经济从属性。那么从逻辑的角度推断,如果人格从属性强且经济从属性明显,则构成了标准劳动关系,而人格从属性与标准劳动关系相当,但是经济从属性性较弱则构成了非标准劳动关系。^⑥与“典型案例”中界定的不完全劳动关系标准(“人格从属性较弱+经济从属性一定程度+组织从属性较弱”)相关联,大概可以得出这类法律关系的定位,即独立于劳动关系(含非标准劳动关系)和民事劳务关系的一类新型法律关系。原因在于标准劳动关系的特征是三类从属性都强或者较强,非标准劳动关系下仅一项从属性较弱或具备一定程度的从属性,那么其在实质上仍然可以归于劳动关系的范畴,而不完全劳动关系下两项从属性都较弱,已经在比例上背离了劳动关系。如果坚持“二分法”,则该关系仍然处于民事劳务关系的范围中,但是从其具备相当的人格从属性,劳动者群体理应获得较民事关系劳务提供者更多法律保障的角度考虑,将其独立作为一种新的类型更为恰当。

“典型案例”借鉴了德国法上的从属性审查框架,但是却为从属性赋予了不一样的要素,即将“工作持续稳定”从人格从属性中取出,放置于经济从属性之中,将之作为形成“稳定收入来源”的客观原因,此做法值得肯定。首先,这种“从属性+要素式”的审查方法同样为辨识不完全劳动关系提供了明确的思路,在法理逻辑上不逊于德国的“类雇员”审查模式。其次,德国的“类雇员”不具备人格从属性,“典型案例”基于平台和相关机构的指挥管理,关注这一从属性类型,更加符合平台用工的实践。最后,“工作持续稳定”和“稳定收入来源”被共同作为经济从属性的要素,加强了二者的逻辑联系,未来可以在此基础上将工作时间作为认定“持续稳定”的标准,与作为非标准劳动关系的非全日制用工标准相统一。与德国法上将收入数额比例作为经济从属性的判断要素相比,工作时间标准具备更强的普适性特征,可以增加司法审判的确定性,更值得推广。因为灵活就业人员的雇主难以获悉该人员在其他雇主那里的收入,从而无法控制与其形成经济从属性,以收入数额比例作为经济从属性的判断要素于雇主不公。不同收入水平的雇员对每一份工作的经济依赖程度不同,为了实现公正,需要司法者在个案中对比例标准作变通考虑,审判结果的可预见性差,而工作时间对于每一位劳动者都是相同的,且我国已有相关的法律制度,类推适用的成本较低。

^⑥ 此处没有提及组织从属性,是因为该从属性的独立内容较少,主要发挥复检相关劳动者人格从属性有无和程度强弱的功能。

2. 不完全劳动关系对应的权益类型

不完全劳动关系只是赋予新业态劳动者一项法律身份,其背后对应的是更为重要的、作为新就业形态法律关系研究终极目标的劳动权益保障制度。因此,“典型案例”贡献的法律关系认定教义学还可以服务于为新业态群体赋权,即以对现行法律制度的解释反哺制度建设,以解释论促进立法论。

首先,“典型案例”提出了最低工资和休息休假保障制度。结合“56号文”中提出的最低工资和支付保障制度、职业伤害保障制度进行体系解释可以发现,无论执法机关还是司法机关,重点关注的都是劳动基准保障,实际上已经将劳动基准法中的四项制度全部列出。一方面,文件采用了将特定制度单独提出的赋权路径,相当于在民事劳务关系上附加权益保障类型,即“做加法”的方式,这与前述的“不完全劳动关系系民事关系,但是需要更多的法律保障”的教义学内容相一致。另一方面,也体现了司法机关对新业态劳动者权益保障务实且谨慎的态度,劳动基准“通过立法规定用人单位对劳动者的基本义务,保护劳动者的基础权益”,具有国家强制性,^{①7}可以通过要求平台企业承担雇主法定责任来为劳动权益的实现保驾护航^{①8}。同时,文件除了劳动基准保障制度之外,也没有提及其他的保障类型,涉及更高保障水平和层次的个别劳动合同、集体合同、就业促进等制度尚不纳入立法规划,相关权益可以通过促进政策以平台社会责任的方式有步骤地实现。

其次,“典型案例”提出的三类从属性可以实现靶向赋权。劳动者能够享受哪些权益,不但受到所在国家和地区社会历史条件的制约,同时也来源于法理考量,也就是与各类从属性的对应关系。“典型案例”的一大教义学贡献是明确了不完全劳动关系在三类从属性上的有无和强弱以及内部各要素呈现的特征,由此,各类传统劳动法上的权益保障制度获得了能否适用的法理逻辑。在该法律关系下,人格从属性中的服务规则制定主体要素与传统劳动关系相同,因此劳动者可以享有劳动合同中的规章制度类权益保障;虽然劳动者自主决定上线时间和接单量,但是平台企业基于算法管理对从业者仍保有一定程度的控制,因此当与劳动者共同承担职业伤害保障责任;^{①9}劳动者自主选择接单,工作过程被分割成一个又一个的任务,且平台施以负向惩戒措施很容易被认定为劳动关系,因此以解雇保护为代表的个别劳动合同权益没有必要适用;劳动者在客观上持续和稳定地服务于某一平台企业,获得了稳定的收入,则社会保险等经济类权益保障制度也获得了类推适用的依据;费用结算依据和办法由平台掌握,劳动者的议价能力弱,那么集体协商制度也可以考虑引入。

^{①7} 参见前注^{②6},编写组书,第152-153页。

^{①8} 参见王天玉:《平台用工劳动基准的建构路径》,载《政治与法律》2022年第8期,第46页。

^{①9} 有学者认为,外包企业对从业者进行直接的劳动管理,应负首要的用工责任;平台企业基于算法管理应负与之相应的补充责任。从“典型案例”确立的教义学内容来看,在同一平台用工案件中,劳动者只能与一个主体成立一种法律关系,不可能在与外包企业成立劳动关系的同时,与平台再成立不完全劳动关系。此做法对于简化司法认定,明确责任主体大有裨益。参见田野:《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》,载《政治与法律》2022年第8期,第23-24页。

五、结 语

“典型案例”以从属性为抓手,为构建我国新就业形态法律关系认定的教义学体系贡献了重要的素材,尤其是首次揭示了不完全劳动关系的从属性特征,不但提供了认定思路,还指明了未来的立法方向。虽然组织从属性的个别要素存在指代不明、与人格从属性的要素重复的缺陷,但是通过不同视角下的系统性解释,也可以被赋予独立的复查功能。整体来看,“典型案例”的发布是我国社会法学界的一件大事,其在推动我国平台经济时代社会法理论的反省和升华方面的功能不言而喻。

Abstract: In the era of the platform economy, the mode of labor management has developed new characteristics. Its subordination is endowed with new doctrinal connotations and also establishes basic standards for incomplete labor relations. The third batch of typical cases of labor and personnel disputes jointly released by the Ministry of Human Resources and Social Security and the Supreme People's Court provides good materials for constructing a new legal relationship doctrinal system for employment. It can be summarized as the 'qualitative review model of industry typification based on subordination weight order'. Under the 'subordination + element-based' recognition concept, exploring the manifestations of personality, economic, and organizational subordination in different industries, based on the actual use of labor, excluding the influence of consensus, and following the core judgment elements commonly used in each industry and personalized elements applicable to the industry when considering the three types of subordination. Economic subordination is a key to interpreting incomplete labor relations, which can accurately position the legal relationship of new forms of employment and achieve targeted empowerment of labor rights.

(责任编辑:王莉萍)