

# 平台用工的“劳动三分法”治理模式

王天玉\*

**内容提要** 平台用工治理争论的实质是现行劳动法的知识体系和制度构造能否涵盖平台信息技术推动的劳动变革。考察域外主要立法例发现,各国依托自身法律框架在司法裁判和立法修订上形成了差异化的治理目标和实践逻辑,显示出“第三类劳动形态”平衡劳动灵活性与规范性的弹性优势。我国平台用工突破了劳动二分的法律抽象,平台化灵活就业政策组合已经开拓了“第三类劳动形态”的制度空间,平台用工治理应着眼于“类雇员权益保障清单”,基于“民法做加法”的立法进路,通过任务计量型劳动基准、突破劳动关系的集体协商、新业态职业伤害保障等配套制度实现底线保障,并随着劳动形态演进增设权益规范,逐步实现全方位保障和系统性治理。

**关键词** 平台用工 新就业形态 类雇员 劳动三分法

## 目 次

- 一、问题与争论
- 二、劳动三分法的规范构造
- 三、劳动三分法的实践逻辑
- 四、我国劳动三分法的建构
- 五、结语

\* 中国社会科学院法学研究所副研究员,法学博士。本文系2021年度最高人民法院司法案例研究课题“新业态从业人员合法权益保障典型案例研究”(项目批准号:2021SFAL023)的阶段成果。

## 一、问题与争论

以平台用工为代表的新就业形态在网络技术、大数据算法和平台经济的推动下快速发展,创新了劳务供需匹配机制和灵活就业参与方式,渐趋成为社会主要劳动形态之一。党的二十大报告提出“支持和规范发展新就业形态”“健全劳动法律法规”“加强灵活就业和新就业形态劳动者权益保障”。为贯彻此项顶层设计,须对新就业形态的治理模式及其立法演进予以学理研究及阐释,以期提供体系化的法治解决方案。

“平台用工因其创新性而对现行劳动规范体系造成挑战”,这是治理问题的逻辑起点。《人力资源社会保障部对政协十三届全国委员会第三次会议第 3391 号提案的答复》(以下简称“答复”)指出:“新就业形态人员大多通过平台自主接单承接工作任务,准入和退出门槛低,工作时间相对自由,劳动所得从消费者支付的费用中直接分成,其与平台的关系有别于传统的‘企业+雇员’模式,导致新就业形态人员难以纳入现行的劳动法律法规保障范围。”<sup>①</sup>如何认识和应对这种挑战,形成了二分法<sup>②</sup>与三分法两种主要学说。二分法认为,平台用工挑战的是现行劳动法,首当其冲的是劳动关系认定标准,因此可通过改造既有标准,将此类新兴劳动形态纳入现行法的调整范围。<sup>③</sup>又因平台用工与劳动法所调整之常规用工有显著差异,为涵盖这种差异性,配合劳动关系认定标准的改造,该学说主张将平台用工界定为非标准或非典型劳动关系,相应地通过“劳动法做减法”剔除某些保障制度,实现劳动法部分适用。<sup>④</sup>三分法认为,平台用工挑战的是“民法—劳动法”构成的法律框架,其实践形态相对于拘束性劳动已发生根本变化,明显不符合劳动法的对象假设和制度设计,应以“民法做加法”的进路确立权益保障底线,并逐步建构“类雇员法”,以填补现行二分法下的制度空白,推动劳动法律框架转型。<sup>⑤</sup>

在学说争论之际,人社部等八部门于 2021 年 7 月 16 日联合印发了《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》(人社部发〔2021〕56 号)(以下简称 56 号文),将依托互联网平台就业的新就业形态分为三种类型:(1)符合确立劳动关系情形的,企业应当依法与劳动者订立劳动合同。(2)不完全符合确立劳动关系情形但企业对劳动者进行劳动管理(简称不完全符合确立劳动关系情形)的,指导企业与劳动者订立书面协议,合理确定企业与劳动者的权利义务。(3)个人依托平台自主开展经营活动、从事

① 《人力资源社会保障部对政协十三届全国委员会第三次会议第 3391 号提案的答复》,载人社部网站, [http://www.mohrss.gov.cn/xxgk2020/fdzdgknr/zhgl/jytabl/tadf/202101/t20210113\\_407557.html](http://www.mohrss.gov.cn/xxgk2020/fdzdgknr/zhgl/jytabl/tadf/202101/t20210113_407557.html), 2022 年 10 月 26 日访问。

② 二分法是本文的概括,其核心观点是依据现行劳动法调整平台用工,从法律框架上是沿用“民法—劳动法”构成的二分法。

③ 参见谢增毅:《互联网平台用工劳动关系认定》,载《中外法学》2018 年第 6 期,第 30 页;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》,载《中国人民大学学报》2019 年第 2 期,第 33 页。

④ 参见王全兴、王茜:《我国“网约工”的劳动关系认定及权益保护》,载《法学》2018 年第 4 期,第 69 页;田思路:《工业 4.0 时代的从属劳动论》,载《法学评论》2019 年第 1 期,第 37 页。

⑤ 参见娄宇:《新就业形态人员的身份认定与劳动权益保障制度建设——基于比较法的研究》,载《中国法律评论》2021 年第 4 期,第 61 页。

自由职业等,按照民事法律调整双方的权利义务。

56号文在我国劳动政策体系中首次引入了“不完全符合确立劳动关系情形”,作为与劳动关系和民事关系并列的新表述。由于这一表述从未出现在学术文献中,也未见相关政策文件的界定和解释,导致不同学说对政策走向的理解发生显著分歧,焦点在于“不完全符合确立劳动关系情形”是否意味着我国引入了第三类劳动形态,平台用工治理是纳入现行劳动法抑或是探索相对独立的规范体系。二分法学说在争论中提出了两项重要理由:其一,国际上不存在“第三类劳动者”以及“劳动三分法”的法律概念;其二,现行劳动法不仅适用于具有人格和经济双重从属性的传统的雇佣劳动者,也适用于只有经济从属性的类雇员劳动者,这种劳动法律适用的扩张,在市场经济国家是一个普遍的现象。这两点理由可拆解为三个关键问题:国际比较层面是否存在劳动三分法、法理层面是否存在劳动三分法、规范层面能否建构劳动三分法。

双方之争实际上提出了劳动法学理的一个根本性问题,这就是劳动法的边界,即现行劳动法的调整范围能否持续扩张,以涵盖新就业形态乃至全社会各类劳动的权益保障需求。如果继续追问,现行法对劳动的抽象及其制度设计能否有效地解释、应对互联网技术和平台经济催生的劳动变革,换言之,能否用工业时代所形成的知识体系和思维方式解决数字时代的劳动保障问题。此争论不仅关涉平台用工的治理模式,也将影响我国劳动法律框架并塑造全社会的劳动权益保障机制。本文将从国际、国内两个维度阐释劳动三分法的规范构造、实践逻辑与本土建构,剖析世界范围内劳动规范变革的趋势与法理,并依据中国国情提出第三类劳动形态的保障方案。

## 二、劳动三分法的规范构造

### (一) 劳务给付主体的法律抽象

所谓“第三类劳动者”是在“雇员—自营职业者”或“雇员—独立承包人”的基本分类之外创设的第三类劳动主体。<sup>⑥</sup>劳动问题的讨论以就业状态为基点,表明劳务提供者在劳动过程中相对于用人者所处的地位。<sup>⑦</sup>“雇员—自营职业者”是就业形态的两种原型,据此建构的法律框架在域外文献中亦称为“二分法”<sup>⑧</sup>或二元论<sup>⑨</sup>,例如欧盟法

<sup>⑥</sup> 自雇 (self-employed) 与独立承包人 (independent contractor) 在英语文献中是同义概念,只是美国表述习惯使用独立承包人,官方原文是 “If you are an independent contractor, then you are self-employed.” See IRS, *Independent Contractor Defined*, at <https://www.irs.gov/businesses/small-businesses-self-employed/independent-contractor-defined> (Last visited on October 24, 2022).

<sup>⑦</sup> Status 的准确含义应为“就业中的相对地位”,本文为符合中文表述习惯将其抽象为“状态”,故此说明,感谢阎天博士给予指导。

<sup>⑧</sup> See Mark Freedland & Nicola Kountouris, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford University Press, 2011, p.104.

<sup>⑨</sup> See Veena Dubal, *Wage Slave or Entrepreneur?: Contesting the Dualism of Legal Worker Identities*, California Law Review, Vol.105:101, p.104–105 (2017).

称之为“二元区分”<sup>⑩</sup>。

除雇员与自营职业者外,工人(worker)也是欧美法律中的重要概念,在英语中通常指“所有工作的人”(all who work),包括雇员和自营职业者。<sup>⑪</sup>在该一般性表述基础上,各国立法赋予工人不同的法律内涵。美国文献对“工人”的使用遵循了一般性表述,大致是劳务给付的事实判断,法律上须进行“雇员或独立承包人”的定性判断,以便与保障制度对接。在这个意义上,美国法将平台工人能否获得劳动法保护的问题表述为工人分类问题,对应我国的劳动关系认定问题。欧盟法则将“工人”作为“雇员”的同义概念,以遵循欧盟法院在“Lawrie Blum案”中对“工人”的定义,即“一定时期内在另一个人的指导下提供服务并获得报酬的自然人”。<sup>⑫</sup>据此,欧盟法用工人替代雇员,从而将欧盟法院对工人的界定引入成文法,以克服部分成员国立法对雇员的过高要求,扩大欧盟法的保护范围。

## (二) 第三类劳动形态的规范样本

### 1. 欧盟法对第三类劳动形态的开放式制度设计

欧盟委员会在2021年6月15日发布的《应对平台工作条件相关挑战的可能行动第二阶段社会伙伴磋商报告书》中指出:“一些成员国创设了第三类形态,介于工人和自营职业者之间,以便向独立的或类似雇员的自营职业者提供更多权利。”<sup>⑬</sup>该报告书指明,已经将中间类或第三类形态适用于平台用工的成员国有奥地利、德国、西班牙、意大利和斯洛文尼亚。

欧盟专家中心(ECE)在《平台用工2021年专题评论综述报告》中的表述是“第三类、中间类或子类别就业形态”,这种法律技术的目标是“将劳动和社会保护部分或全部扩大到经济上依赖单一客户或‘用人者’的个人自营职业者”,具体包括奥地利和德国的“类雇员”、西班牙和斯洛文尼亚的“经济依赖型自营职业者”、意大利的“准从属型自营职业者”。还有一些国家正在就是否引入第三类形态进行讨论,包括比利时、法国、爱尔兰和芬兰。<sup>⑭</sup>

欧盟委员会已表态无意在欧盟层面创设第三类就业形态,但尊重各成员国在国内

<sup>⑩</sup> See European Commission, *First Phase Consultation of Social Partners under Article 154 TFEU on Possible Action Addressing the Challenges Related to Working Conditions in Platform Work*, at <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=522&furtherNews=yes&newsId=9932> (Last visited on October 24, 2022).

<sup>⑪</sup> See European Commission, *Study to Gather Evidence on the Working Conditions of Platform Workers*, at <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8280> (Last visited on October 26, 2022).

<sup>⑫</sup> See *Lawrie Blum v. Free Movement of Persons* Land Baden-Wurtenburg, Case 66/85 (1986) ECR 2121.

<sup>⑬</sup> “A few Member States have created a third status – falling between worker and self-employed – to provide dependent or employee-like self-employed people with more rights.” European Commission, *Second Phase Consultation of Social Partners under Article 154 TFEU on Possible Action Addressing the Challenges Related to Working Conditions in Platform Work*, at <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=522&furtherNews=yes&newsId=10025> (Last visited on October 24, 2022).

<sup>⑭</sup> See European Centre of Expertise (ECE) in the field of labour law, employment and labour market policies, *Thematic Review 2021 on Platform Work Synthesis Report*, at <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8419&furtherPubs=yes> (Last visited on October 24, 2022).

立法中引入这一形态。<sup>⑮</sup> 欧盟法对二分法的维系并不能有效解决平台用工的劳动保障问题,这一点集中体现在“Yodel案”中。Yodel是一家英国物流快递平台,业务规则是快递员可自主决定工作时间、交货安排、运输线路,并可自主设定一段时间内的接单数量,还可同时为其他公司和竞争对手送货。快递员B向英国劳动法庭起诉,主张认定其身份为英国法上的工人,以获得最低工资和工作时间方面的保障。因涉及欧盟工作时间指令(Directive 2003/88),该案提交欧盟法院后,法院依据“Lawrie Blum案”否定了快递员B的诉求,判定他为自营职业者。<sup>⑯</sup> 在欧盟二分法下,即便工人的从属性比部分成员国对雇员的要求低,但仍高于不要求人格从属性的第三类劳动形态,这就使得欧盟法院在判例法的约束下很难将劳动过程自主性很强的平台用工纳入工人保护范围,只能归为自营职业者,仍然没有权益保障,劳动二分法下的制度空白问题并未改变。各成员国的劳动法治和实践差异甚大,须在平台用工治理的探索过程中发挥自主性,“从事平台工作的人是否被认为是雇员,从而是否属于劳动法的管辖和保护范围,取决于每个成员国关于就业状况的一般性规则”<sup>⑰</sup>。

## 2. “雇员—类雇员—自营职业者”的德国三分结构

德国劳动立法的规范起点是《民法典》第611条,“民法典第611条以下关于雇佣合同的规定构成了劳动法的基点”<sup>⑱</sup>,2017年修订的第611a条增加了劳动合同及相关概念<sup>⑲</sup>。雇员作为劳动法的适用对象,在判例法上的界定是“根据私法合同,有义务遵循指示并在个人依赖的状态下为另一个人工作的人”<sup>⑳</sup>。司法及主流学说称之为“人格从属性”,“劳动关系和委托人与自由劳动者之间法律关系的区别在于劳务给付义务人人身依附的不同程度”。<sup>㉑</sup> 在雇员之外,德国法区分出了“无人格从属性、有经济从属性,相较于雇员也需要受到保护的人”,即类似雇员的人,简称类雇员。

由于德国采取大量单行法的劳动立法模式,规范层面缺乏一个明确连贯的劳动主体概念。类雇员在多个单行法中以经济从属性为特征,诸如《联邦休假法》第2(2)条、《劳动法院法》第5(1)条和第6(1)条,最明确的法律定义是《集体合同法》第12a(1)条:“经济上依赖并需要与雇员相当的社会保护的人。他们根据服务合同或工作合同为其他人工作,须亲自提供约定的服务,基本上没有雇员的合作,并且(a)他们主要是为一个人工作;或(b)他们从一个人那里得到的报酬平均超过他们劳动报酬的一半。如

<sup>⑮</sup> See European Commission, *supra* note 10.

<sup>⑯</sup> See CJEU, Case C-692/19, B v. Yodel Delivery Network Ltd [2020] ECLI: EU: C: 2020:288.

<sup>⑰</sup> Eurofound, *Employment and Working Conditions of Selected Types of Platform Work*, at <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2018/employment-and-working-conditions-of-selected-types-of-platform-work> (Last visited on October 27, 2022).

<sup>⑱</sup> [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9页。

<sup>⑲</sup> 参见娄宇:《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页。

<sup>⑳</sup> BAG 11.8.2015 – 9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, 288.

<sup>㉑</sup> 参见前注<sup>⑱</sup>,雷蒙德·瓦尔特曼书,第44-49页。

果无法预见这一点,除非集体协议中另有约定,应以最近6个月为基础进行计算,如果就业时间较短,则以该期间为基础进行计算”<sup>②②</sup>。

德国立法者近年来频繁使用更为宽泛的“员工”(Beschäftigte)概念,在此概念下划分雇员与类雇员,例如《联邦数据保护法》第26(8)条、《薪酬透明法》第5条采取列举的方式确定员工的范围,包括雇员(Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmer)、受雇于家庭工作的人(in Heimarbeit Beschäftigte)等。《护理时间法》第7条和《家庭护理休假法》第2条将雇员与类雇员作为“员工”这一总括概念下的并列主体。<sup>②③</sup>

基于前述劳动规范,类雇员的法律地位体现在两个方面:其一,类雇员不是劳动法的调整对象,乃是依据单行法的特别规定而获得某些劳动保护,主要是法定带薪休假、集体协商、养老保险以及特定情况下的事故保险。此外,类雇员由于不存在人格从属性,不享有雇员的基本权利,包括不能参与企业共同决策、不适用《解雇保护法》和《最低工资法》等劳动法制度。<sup>②④</sup>其二,类雇员是独立的劳动形态,不是自营职业者下的一个特殊类型。这一点集中反映在德国学界关于劳动法边界的讨论中。自20世纪80年代起,部分学者主张用新理论替代人格从属性,以便重新划定劳动法的边界,其中具有代表性的是Wank“经营风险理论”,核心观点是雇员依靠持续、稳定的工资,不承担经营风险,而自营职业者承担经营风险。<sup>②⑤</sup>此外,Brammsen提出“盈利机会理论”,将雇员定义为“因劳动合同剥离了经济处置自由,进而剥离了盈利机会的人”,而有盈利机会的人是自营职业者。<sup>②⑥</sup>但是,这种学说并未被学界主流所接受,根本原因在于“这些建议设想用一个二分法取代雇员、类雇员和自营职业者的三分法”<sup>②⑦</sup>。

用德国学者Reinhard Richardi的话来总结,“德国现行法采取的是三分法,即经济和人格都独立的自雇者、人格独立但经济上有从属性的类雇员、人格不独立的雇员”<sup>②⑧</sup>。

### 3.“雇员—非雇员工人—自营职业者”的英国三分结构

英国议会于1875年通过了《雇主与工人法》,引入了“工作者”(Workmen)的概念,意指“根据雇佣合同或亲自履行劳务合同,为雇主工作的体力劳动者”。此项立法并不包含保障劳动权益的内容,而是为了给予法院处理此类争议的管辖权。<sup>②⑨</sup>当时,英国实体

<sup>②②</sup> Martin Henssler/Steffen J. Roth, Formen von Erwerbstätigkeit und Anpassungsbedarf des Arbeitnehmer- und Betriebsbegriffs unter arbeitsrechtlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten, izieren, URL: <https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMI17-185.pdf>, S.57. 2.html. (abgerufen am 25. Oktober 2022).

<sup>②③</sup> Vgl. Martin Henssler/Steffen J. Roth (Fn. 22), S. 52.

<sup>②④</sup> Vgl. Martin Henssler/Steffen J. Roth (Fn. 22), S. 53.

<sup>②⑤</sup> Vgl. Wank, RdA 2011, S.178 f; Wank, NZA 1999, S. 225 ff.

<sup>②⑥</sup> Vgl. Joerg Brammsen, Der Arbeitnehmerbegriff, Versuch einer einheitlichen Neubestimmung, RdA 2010, S. 267 ff.

<sup>②⑦</sup> “Die Vorschläge sehen im Ganzen eine Ablösung der Trichotomie aus Arbeitnehmerinnen bzw. Arbeitnehmern, arbeitnehmerähnlichen Personen und Selbstständigen durch ein dichotomes System vor.” Martin Henssler/Steffen J. Roth (Fn. 22), S. 31.

<sup>②⑧</sup> Reinhard Richardi, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl., 2009, § 16 Rn. 40,转引自王倩:《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44页。

<sup>②⑨</sup> See Pimlico Plumbers Ltd. and Another v. Smith [2018] UK.SC 29.

法律结构仍是“雇员—自营职业者”构成的二分法,区分依据是雇佣合同。<sup>③①</sup>在普通法上,雇佣合同源自侵权法中的替代责任原则,核心要件是“控制”,即用人者对另一个人的工作施加了足够的控制,<sup>③②</sup>不符合雇佣合同控制要求的人不受劳动法保护。这一概念逻辑延续至《1996年就业权利法》,该法第230(1)条对“雇员”的定义是“订立雇佣合同或依据雇佣合同工作的个人”。<sup>③③</sup>20世纪70年代后,大量自营职业者的服务嵌入了他人的业务中,这些人不符合雇员定义,却有保障需求。英国议会借用1875年立法中的“工作者”概念,在《1971年劳资关系法》中引入了“工人”(worker)概念,《1996年就业权利法》第230(3)条将其定义为“根据劳动合同或其他合同工作的人”“该个人承诺或实际亲自为合同另一方工作或服务”,也据此确定了最低工资、工时休假、反歧视等制度的适用范围。<sup>③④</sup>

对于工人概念的法律意义,Freedland的评价是建立了个人工作合同及关系的“三元分类法”<sup>③⑤</sup>。Prassl的评价是“工人这个新的综合类别在目标上和逻辑上被设定为介于先前存在的两个类别中间的第三类别(intermediate third category),它代表了契约性工作状态分类的三方系统”<sup>③⑥</sup>。可见,英国模式的劳动三分法是基于已经存在的“雇员—自营职业者”二分结构,在雇员外围画出“同心圆”,大圆整体为工人,小圆为雇员(a类工人),两圆之间的环形部分为非雇员工人(b类工人),由此形成了“雇员—非雇员工人—真正自营职业者”的三分结构。近年来,英国显示出调整工人分类结构的动向。2017年的《泰勒报告书》提出用“依赖型承包人”(dependent contractors)替代现有的“工人”概念,<sup>③⑦</sup>实质是将“工人”拆分为“雇员”和“依赖型承包人”,使劳动主体分类结构从同心圆转变为平行线,与“自营职业者”共同构成三分法,基本等同于德国三分结构。

### (三) 小结: 劳动三分法的争点厘清

“有没有劳动三分法”作为一个基本事实不存在争论,争论的问题是“要不要劳动三分法”,这是当前欧美多国关于平台用工治理分歧的基本概括。劳动三分与否的讨论确实是在某种立法趋势下发生的,但这种趋势并不能简单用“市场经济国家劳动法普遍扩张”来描述。在20世纪的大部分时间里,世界各国劳动法的总体趋势是不断扩大适

<sup>③①</sup> See Mark Freedland & Jeremias Prassl, *Employees, Workers and the 'Sharing Economy' Changing Practices and Changing concepts in The United Kingdom*, Spanish Labour Law and Employment Relations Journal, Vol.6:16, p.16-19 (2017).

<sup>③②</sup> See *Performing Right Society Ltd. v. Mitchell & Booker Ltd.*, 1 KB 762 (1924); *Mersey Docks and Harbour Board v. Coggins and Griffiths (Liverpool) Ltd.*, A.C. 1 (1947).

<sup>③③</sup> See Luke Mason, *Locating Unity in the Fragmented Platform Economy: Labour law and the Platform Economy in the United Kingdom*, Comparative Labor Law and Policy Journal, Vol.41:329, p.331-332 (2020).

<sup>③④</sup> *Id.*, 333-335.

<sup>③⑤</sup> See Mark Freedland & Jeremias Prassl, *supra* note 30, 24.

<sup>③⑥</sup> Jeremias Prassl, *Employee Shareholder 'Status': Dismantling the Contract of Employment*, Industrial Law Journal, Vol.42:307, p.325-327 (2013).

<sup>③⑦</sup> See Matthew Taylor et al., *Good Work: The Taylor Review of Modern Working Practices*, at <https://www.gov.uk/government/publications/good-work-the-taylor-review-of-modern-working-practices> (Last visited on October 28, 2022).

用范围,并且逐步消除了体力劳动者与非体力劳动者之间的法律差别。<sup>③⑦</sup>但是,在过去二三十年间,各国劳动法普遍开始收缩,通常是扩大已有的豁免适用范围或者创设新的豁免适用类型。<sup>③⑧</sup>由于劳动法的适用需要依据“从属”或“控制”,当这种劳动结合程度达到极限时,劳动法的边界扩张自然也达到极限。Guy Davidov 对此趋势的解释是:“过去三十年里的国际劳动法治发展趋势从普遍主义转向选择主义,只有选择性群体被劳动法所覆盖。”<sup>③⑨</sup>从英国工人概念和德国类雇员概念的发展来看,第三种劳动形态通过“自营职业者权利做加法”,在雇员所限定的劳动法边界外实现了非标准就业的权益保障,构建了非劳动法的劳动保障规范。

因应平台用工治理问题,扩张现行劳动法与制定类雇员法都是解决方案,不仅在我国存在显著分歧,在欧美学界也是激烈争论的议题。既有坚持劳动二分法的观点,<sup>④①</sup>亦有推动三分变革的主张,例如 Guy Davidov 建议引入第三类劳动形态并命名为“依赖型承包人”,建立相应的权利清单<sup>④②</sup>。可见,在平台用工治理问题上,各国在相似的困境下发生了相似的争论,既不存在所谓的国际共识或立法趋势,也不存在毫无瑕疵的完美解决方案。学术讨论的理性体现在全面客观呈现不同解决方案的构造与价值,在充分论证的基础上权衡制度选择的得失。为实现这一目标,除分析文本层面的劳动三分法构造,还需考察第三类劳动形态的实践逻辑。

### 三、劳动三分法的实践逻辑

#### (一) 基于司法裁判的治理进路

##### 1. 非雇员工人在英国司法中的适用

“Pimlico Plumbers Ltd. v. Smith 案”是英国最高法院关于平台用工的早期代表性案例。Pimlico Plumbers 是房屋水管维修及相关服务平台,水管工可自主决定是否工作和工作时间,并可将订单转给其他人,但平台没有义务为水管工提供足够的订单。水管工 Smith 依托该平台工作近 6 年,后因疾病导致平台终止派单,他于 2011 年 8 月诉请法院认定他为雇员,主张遭受了不公平解雇。平台认为水管工是自营职业者,劳动法庭和上诉法院均判决 Smith 是工人而非雇员,最高法院支持了前述法院判决。<sup>④③</sup>最高法院在判

<sup>③⑦</sup> See Simon Deakin & Frank Wilkinson, *The Law of the Labour Market: Industrialization, Employment and Legal Evolution*, Oxford Press, 2005, p.87-95; Berndt Keller, *The Public Sector in the United States and Germany: Comparative Aspects in an Employment Relations Perspective*, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol.34:415, p.429 (2013).

<sup>③⑧</sup> See Guy Davidov, *Setting Labour Law's Coverage: Between Universalism and Selectivity*, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.34:543, p.551-552 (2014).

<sup>③⑨</sup> *Id.*, 551.

<sup>④①</sup> Hascöet, M. Le contrat de projet: le nouveau visage de la parasubordination en Italie, *Droit Social*, 2007, 879; Garofalo, M.G. La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni, *RGL*, 2003, 362.

<sup>④②</sup> See Guy Davidov, *supra* note 38, 558.

<sup>④③</sup> See *Pimlico Plumbers Ltd. and Another v. Smith* [2018] UK.SC 29.

决中并未强调平台控制,而主要分析了“亲自工作”这一要件,这是英国法上工人的基本特征之一。可见,法院对该案的审理重点自始就不是雇员身份认定,而是非雇员工人与自营职业者之间的区分,隐含的前提是平台业务模式不构成雇佣合同意义上的控制。

最受关注的英国平台用工案例是“Uber B.V. v. Aslam 案”。2021年2月,最高法院确认了五个方面的调查结果,包括平台单方确定合同条款、运费,控制服务和接单,司机无充分的合同自由,与乘客之间的交流受到限制,平台防止司机与乘客建立超越行程的个人关系。最高法院认定司机参与服务过程中产生了依赖性,致使其没有能力改变经济地位,据此判决司机是工人。<sup>④③</sup> 在外卖平台“Deliveroo 案”中,英国独立工人工会向中央仲裁委员会请求认定骑手为工人,以便获得集体谈判的权利。但是仲裁委员会否定了这一请求,认定骑手是自营职业者,一个重要理由是骑手可以将订单转给他人并收取报酬,这不符合工人定义中的亲自履行义务。<sup>④④</sup> 2021年6月,英国上诉法院确认了这一仲裁结果。<sup>④⑤</sup>

英国法院在维持劳动法边界的同时,基于第三类劳动形态给予平台从业者以工资、工时方面的底线保障,但又对主张集体谈判权的诉求予以回避,显示出了司法的谨慎与谦抑。笔者认为,如果“Deliveroo 案”是骑手个体提出,可能获得工人的权益保障,但赋予集体谈判权则超出了法院的能力范围。可见,司法试图实现一种“精细平衡”,英国学者对此评价为“考虑到平台经济的异质性,这种更为宽泛的方法可能比天真地试图在一个单一的定义中掌控这些新的工作形式更为合适,因为后者很快会被不断发展的行业实践所超越”<sup>④⑥</sup>。

## 2. 西班牙和意大利在雇员与自营职业者子类别中的选择

西班牙和意大利一般被认为是劳动三分法结构的立法例,前述欧盟文件已有论及,比较研究的文献中也有此观点。<sup>④⑦</sup> 实际上,西班牙的“经济依赖型自营职业者”和意大利的“准从属型自营职业者”均不是与雇员和自营职业者并列的劳动形态,而是自营职业者之下的子类别。

对于这种普遍性误解,西班牙学者指出,该国劳动立法反映了两种传统的工作模式,即依附性工作和自主性工作,2007年立法引入的“经济依赖型自营职业者”不是“半依赖”而是自营职业者。<sup>④⑧</sup> 此外,意大利学者的阐释是,意大利工作形态包括雇员和自营职业者,自营职业者包含经济从属性的工人类型,一般称之为准从属工人,包括委托人组

<sup>④③</sup> See Uber BV and others (Appellants) v. Aslam and others (Respondents) [2021] UKSC 5.

<sup>④④</sup> See Independent Workers' Union of Great Britain (IGWB) v. RooFoods Limited T/A Deliveroo, Central Arbitration Committee (CAC), TUR1/985 (2016), 2017.

<sup>④⑤</sup> See Independent Workers Union of Great Britain v. Central Arbitration Committee and another [2021] EWCA Civ 260.

<sup>④⑥</sup> Luke Mason, *supra* note 32, 340.

<sup>④⑦</sup> See Pablo Sanz de Miguel, Tania Bazzani & Juan Arasanz, *The Definition of Worker in the Platform Economy: Exploring Workers' Risks And Regulatory Solutions*, at [https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/files/qe-05-21-286-en-n\\_0.pdf](https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/files/qe-05-21-286-en-n_0.pdf), p.45 (Last visited on October 25, 2022).

<sup>④⑧</sup> See Miguel Rodríguez-Pinero Royot, *Platforms and Platform Work in Spanish Industrial Relations*, Comparative Labor Law and Policy Journal, Vol.41:443, p.445 (2020).

织合作者、凭证工人、临时合作者、持续协调合作者等。<sup>④</sup>司法运作流程是先在“雇员—自营职业者”中选择其一,如果认定为雇员则结案,如果认定为自营职业者再判断子类归属。对于基本相同的平台用工事实,西意两国司法作出了不同选择。

西班牙平台用工的主要争议群体是外卖骑手,法院已形成了认定劳动关系的多数意见。这种司法立场的独特背景是西班牙《工人法》第8(1)规定了“劳动合同推定规则”,<sup>⑤</sup>使得法院在平台用工治理上具有更大的主动性,正如 Todolí Signes 所说,“西班牙是平台工作分类争端司法化程度最高的国家之一”<sup>⑥</sup>。梳理该国相关裁判可以发现,法院对是否认定劳动关系的分歧自始存在,但多数法院依据“劳动关系推定规则”认定骑手是雇员,例如 2019 年马德里法院判决骑手是 Deliveroo 平台的雇员,<sup>⑦</sup>2020 年巴塞罗那社会法院判决 Deliveroo 平台骑手是虚假自雇。<sup>⑧</sup>最终决定司法走向的是西班牙最高法院在外卖平台“Glovo 案”的判决,核心观点是平台从业者虽然有权决定工作时间和工作量,亦可拒绝服务,但依据推定规则仍应认定为劳动关系。<sup>⑨</sup>

意大利同样面对骑手争议问题,法院给出了不同的回答。都灵法院在 2018 年审理了第一个平台用工争议案件,判决外卖平台 Foodora 的骑手不是雇员,也不是自营职业者下的准从属工人,理由是他们可以自由决定工作时间,并且不受轮班的约束。<sup>⑩</sup>但都灵上诉法院认为,平台组织了骑手的劳动,涉及工作时间和地点,判决骑手是准从属工人中的委托人组织合作者。<sup>⑪</sup>意大利最高法院于 2020 年 1 月确认了这一判决结果,并引用 2019 年出台的《骑手法令》,明确表示骑手有权获得基本劳动保护。<sup>⑫</sup>

## (二) 基于立法修订的治理进路

### 1. 立法对平台用工治理的回应

域外立法对平台用工的回应具有明显的探索性,主要方法是依托现行法引入修正案。从几个典型国家立法动向来看,西班牙在 2021 年 5 月出台的《骑手法》不是专门立法,而是《工人法》的修正案,仅有两个条文,分别是算法知情权和骑手的雇员身份推定。<sup>⑬</sup>更具体地说,这一修正案是以列举的方式将骑手纳入《工人法》第 8(1)条“劳

<sup>④</sup> See Silvia Borellit, *Fitting the Panoply in A Binary Perspective: The Italian Platform Workers in the European Context*, Comparative Labor Law and Policy Journal, Vol.41:365, p.373 (2020).

<sup>⑤</sup> 西班牙《工人法》第 8(1)条规定,劳动合同可以书面形式或口头形式签订。它应被推定存在于为他人提供服务并在他人的组织和指导范围内的任何人与从前者那里获得报酬的任何人之间。参见《西班牙工人法》,载国际劳工组织网, <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/37817/64929/S94ESP01.htm>, 2022 年 10 月 26 日访问。

<sup>⑥</sup> Adrián Todolí Signes, *Notes on the Spanish Supreme Court Ruling that Considers Riders to be Employees*, Comparative Labor Law & Policy Journal, Dispatch 30:1, p.1 (2020).

<sup>⑦</sup> NIG 28.079.00.4-2018/0023411 of 22 July 2019.

<sup>⑧</sup> Juzgado de lo Social N 24 de Bracelona, Sentencia n° 259/2020. D.

<sup>⑨</sup> Véase Appeal n° 4746/2019, Sobre [https://www.ilawnetwork.com/wp-content/uploads/2021/03/STS\\_2924\\_2020-en.pdf](https://www.ilawnetwork.com/wp-content/uploads/2021/03/STS_2924_2020-en.pdf), Última visita el 26 de octubre, 2022.

<sup>⑩</sup> Cfr. Tribunale Di Torino – Sentenza 07 Maggio 2018, N. 778.

<sup>⑪</sup> Cfr. Sentenza Corte D’Appello Di Torino 4 Febbraio 2019 N. 26.

<sup>⑫</sup> Cfr. Corte Di Cassazione – Sentenza 24 Gennaio 2020, n°. 1663.

<sup>⑬</sup> Véase Real Decreto-ley 9/2021.

动关系推定规则”的适用范围。在已经形成基本司法共识的情况下,此项修法是法院判例法的成文化,旨在确立行业性的劳动秩序。意大利《骑手法令》是以政府第101/2019号法令(Decree-Law)的形式出台,此类法令是政府在必要和紧急情况下采取的具有法律效力的临时措施,须在60天内获得议会合法性确认。为此,《骑手法令》经议会确认才成为第128/2019号法律。<sup>⑤9</sup>法国《El Khomri法》(全称《关于工作、社会对话现代化和保障职业的第2016-1088号法律》)不是平台用工专门立法,而是《法国劳动法典》的修正案,仅有个别条文涉及平台从业者,将之界定为“自营职业者”。<sup>⑥0</sup>美国最为知名的平台用工立法是加州AB5法案,该法案是《加州劳动法典》的修正案,旨在改变司法裁判的劳动关系认定规则,不规定平台用工实体保护,但经2020年大选投票已对网约车司机豁免适用,客观上未发生预期的效果。<sup>⑥1</sup>

## 2. 平台用工立法的治理目标

(1) 以西班牙为代表的典型劳动关系目标。西班牙《骑手法》的效力是将外卖行业完全塑造为典型劳动关系,一个重要证据是西班牙最高法院作出认定骑手劳动关系的判决后,有平台宣称将在法律修订之前仍维持其运营模式,<sup>⑥2</sup>这促使西班牙及时进行修法。更为深层的原因是西班牙国内就业机会匮乏,从事平台用工是因为这类人没有其他就业机会,“平台用工不是次要活动或收入补充,而是唯一的职业”<sup>⑥3</sup>。西班牙将外卖行业劳动关系化的同时也显示出必要谨慎,并未将劳动关系推定规则扩张到其他平台用工领域。典型劳动关系当然能实现较高的劳动保障水平,但意味着完全取消了灵活就业的空间,亦将丧失相当的就业机会。

(2) 以美国为代表的劳动高度灵活目标。虽然加州在2020年投票后引入了“有工作和报酬保障的独立承包人”,但美国整体上仍坚持劳动二分法。如哈瑞斯所说,美国一半的州对网约车进行了立法,以不同方式宣称网约车司机不是雇员,应运用新的测试标准考察雇员的法律地位。<sup>⑥4</sup>新测试很有可能导致放松管制的结果,以哈瑞斯所举的阿拉斯加州《2017 HB 132法》为例,该法规定如果平台不单方面规定司机上线时间、不限制司机使用其他平台、不限制司机从事其他职业、订立独立承包人的书面协议,则司机是独立

<sup>⑤9</sup> See Andrea Gangemi & Valentina Turco, *The Protection of Riders in Italy: A Work In Progress*, at <https://portolano.it/newsletter/portolano-cavallo-inform-employment-equality/the-protection-of-riders-in-italy-a-work-in-progress-> (Last visited on October 2, 2022).

<sup>⑥0</sup> See Isabelle Daugareilh, *The Legal Status of Platform Workers In France*, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Vol.41:405, p.406 (2020).

<sup>⑥1</sup> See Kate Conger, *Uber and Lyft Drivers in California Will Remain Contractors*, at <https://www.nytimes.com/2020/11/04/technology/california-uber-lyft-prop-22.html> (Last visited on October 25, 2022).

<sup>⑥2</sup> Véase Carlos R. Cózar, *Glovo desafía al Tribunal Supremo: “Vamos a seguir trabajando con el mismo modelo”*, Sobre at [https://www.economiadigital.es/finanzas-y-macro/glovo-desafia-al-tribunal-supremo-vamos-a-seguir-trabajando-con-el-mismo-modelo\\_20108986\\_102.html](https://www.economiadigital.es/finanzas-y-macro/glovo-desafia-al-tribunal-supremo-vamos-a-seguir-trabajando-con-el-mismo-modelo_20108986_102.html), Última visita el 27 de octubre, 2022.

<sup>⑥3</sup> Miguel Rodríguez-Pinero Royot, *supra* note 48, 445.

<sup>⑥4</sup> 参见[美]赛思·D.哈瑞斯:《美国“零工经济”中的从业者、保障和福利》,汪雨蕙译,载《环球法律评论》2018年第4期,第27页。

承包人。<sup>⑥5</sup> 结合美国主要平台的业务模式,司机很难被认定为雇员。可以预见,美国平台用工仍将处于放任式的灵活就业状态,平台从业者在二分法下大概率归类为独立承包人。

(3) 以意大利和法国为代表的灵活与保障平衡目标。意大利《骑手法令》将外卖骑手明确为自营职业者下委托人组织合作者,可获得报酬、职业安全、强制保险等方面的权利。<sup>⑥6</sup> 法国是典型的劳动二分法国家,但《El Khomri 法》并未延续法国扩大劳动法适用范围的趋势,而是规定了平台从业者作为自营职业者享有的三项劳动保障制度,包括职业事故保护、职业培训和集体谈判,“新制度是建立在平台社会责任上,而不是建立在雇主法定责任上”<sup>⑥7</sup>。法国学者 Daugareilh 认为,此项立法是“引入了第三类劳动形态却不实际命名的尝试”<sup>⑥8</sup>。如果分析两国在实践过程中的差异性,意大利是司法对骑手这一特定群体形成了初步共识,进而政府法令与司法建立了相互支持关系,有利于平衡目标的实现。而法国立法主要是政府推动的,未与司法形成有效的互动,并且法国立法对平台用工的涵盖面过宽,更加难以形成共识,因此才出现了最高法院判决 Uber 司机是雇员的案例,<sup>⑥9</sup> 这种冲突无疑成为实现平衡目标的阻力。

### 3. 扩大集体谈判权的立法动向

面对平台用工的多样性和复杂性,人们越来越认识到无法在劳动二分法下采取“一刀切”式的治理模式,“将所有形式的工作群体纳入劳动法,与从属雇员享有同等地位,是一种误导”<sup>⑦0</sup>。在此背景下,通过集体谈判保障平台从业者权益成为域外讨论的重要议题,具体情况分为两类:第一类是已在立法上获得集体谈判权的平台从业者群体,包括西班牙雇员身份的骑手、意大利准从属工人身份的骑手、英国工人身份的平台从业者。第二类是劳动二分法下处于自营职业者地位的平台从业者,无权进行集体谈判。<sup>⑦1</sup>

面对平台用工的挑战及劳动二分法自身的僵化,欧盟委员会谨小慎微地探索将集体谈判扩大到平台用工领域,在《第一阶段社会伙伴磋商报告书》提出“竞争规则不应妨碍个体自营职业者集体谈判”后,特别说明“此项倡议不是将集体谈判纳入欧盟竞争规则的范围”<sup>⑦2</sup>。到了磋商第二阶段,欧盟委员会已明确表示将出台一项单独倡议,旨在确保欧盟的竞争法不妨碍需要集体谈判的自营职业者,而竞争法的其他方面仍适用于自营职

<sup>⑥5</sup> See The Alaska State Legislature HB 132, at <http://www.akleg.gov/basis/Bill/Text/30?Hsid=HB0132A> (Last visited on October 24, 2022).

<sup>⑥6</sup> See Silvia Borellit, *supra* note 49, 378.

<sup>⑥7</sup> Isabelle Daugareilh, *supra* note 60, 406.

<sup>⑥8</sup> Isabelle Daugareilh, Christophe Degryse & Christophe DegrysePhilippe PochetPhilippe Pochet (eds.), *The Platform Economy and Social Law: Key Issues in Comparative Perspective*, at <https://www.etui.org/sites/default/files/WP-2019.10-EN-v3-WEB.pdf> (Last visited on October 27, 2022).

<sup>⑥9</sup> Cour de cassation - Chambre sociale. Arrêt n° 374 du 4 mars 2020 (19-13.316).

<sup>⑦0</sup> Vgl. Martin Henssler/Steffen J. Roth (Fn. 22), S. 71 f.

<sup>⑦1</sup> 法国是例外,《El Khomri 法》首次在集体谈判事项上将自营职业者与雇员置于同一地位。See Isabelle Daugareilh, *supra* note 60, 406.

<sup>⑦2</sup> See European Commission, *supra* note 10.

业者和平台。<sup>⑦③</sup>

### （三）基于平台用工类型化的治理逻辑

德国文献显示出明确的分类治理趋向。德国联邦劳动和社会事务部报告采纳了Schmidt的学说,将平台用工定义为“以平台为中介的有偿劳动”,并分类为与地点无关的“云工作”、与地点有关的“零工”。<sup>⑦④</sup>该报告系统分析了德国各党派、社团、联合会以及欧盟和国际劳工组织关于平台用工的分歧后指出,各方关注平台用工的不同层面和形态,目前尚无整体性的研究,也忽视了云工作与零工在个人工作价值方面的差异性。<sup>⑦⑤</sup>德国类型化研究思路是将平台用工按照工作成果类型与交付方式予以分类,云工作是在线自主接受劳务需求并线上交付工作成果,如商标设计、软件开发等。零工是在平台接单后提供线下服务,如网约车、外卖等。

在分类思路下,德国2016年《劳动4.0白皮书》提出“立法者应明确特定类型工人的保护需求,根据各自的情况将之纳入劳动和社会法的保护范围”<sup>⑦⑥</sup>。Krause指出,以《家内工作法》为出发点构建监管框架,确立工作时间、职业风险、工资等方面的保护制度。<sup>⑦⑦</sup>Selzer认为,只要平台不只是充当中介的角色,就可以根据现行法将平台从业者定性为类似于雇员或在家工作的人。<sup>⑦⑧</sup>同时,有学者提出了《家内工作法》的现代化,以便涵盖新就业方式,例如Deinert认为《家内工作法》比《最低工资法》更为可行,应扩大至各类平台用工。<sup>⑦⑨</sup>Pacha同意扩大《家内工作法》的适用范围,但须排除不定时在平台工作的人。<sup>⑦⑩</sup>Schubert主张修正传统的家内工作者概念,根据平台用工的新形态建立一个统一的类雇员概念。<sup>⑦⑪</sup>用Henssler的话总结,德国立法提供了一个渐进的保护体系,在这个体系中,不在劳动关系中但仍被视为需要保护的人也享有相应的保护。为了控制不确定性,最好是调整“类雇员”这一中间形态,并作为规范平台用工的制度基础,而不是调整“雇员”的概念。<sup>⑦⑫</sup>

### （四）小结：第三类劳动形态在实践中的弹性

无论是德国的类雇员,还是英国的工人,第三类劳动形态及其制度安排虽然不是因

<sup>⑦③</sup> See European Commission, *Staff Working Document Accompanying the Consultation on Working Conditions in Platform Work (2021)*, at <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=522&furtherNews=yes&newsId=10025> (Last visited on October 28, 2022).

<sup>⑦④</sup> Vgl. Florian Alexander Schmidt, *Arbeitsmärkte in der Plattformökonomie – Zur Funktionsweise und den Herausforderungen von Crowdwork und Gigwork*, URL: <http://library.fes.de/pdf-files/wiso/12826.pdf>. (abgerufen am 26. Oktober 2022).

<sup>⑦⑤</sup> Vgl. Samuel Greef u.a. (Fn. 86), S. 71.

<sup>⑦⑥</sup> BMAS Weißbuch Arbeiten 4.0, URL: [https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/a883-weissbuch.pdf;jsessionid=5E41291E3EF1FDBF96C6FF60F00C6857.delivery2-replication?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/a883-weissbuch.pdf;jsessionid=5E41291E3EF1FDBF96C6FF60F00C6857.delivery2-replication?__blob=publicationFile&v=1), S. 176. (abgerufen am 27. Oktober 2022).

<sup>⑦⑦</sup> Vgl. Krause, Gutachten B DJT 2016, B 106.

<sup>⑦⑧</sup> Vgl. Selzer, Assistententagung im Arbeitsrecht, 2015, S. 27 ff.

<sup>⑦⑨</sup> Vgl. Deinert, RdA 2018, S. 359 ff.

<sup>⑦⑩</sup> Vgl. Julia Pacha, *Crowdwork: arbeitsrechtlicher Schutz einer neuen Beschäftigungsform*, ZAAR Verlag, 2018, S. 353 ff.

<sup>⑦⑪</sup> Vgl. Schubert, RdA 2018, S. 200 ff.

<sup>⑦⑫</sup> Vgl. Martin Henssler/Steffen J. Roth (Fn. 22), S. 70.

平台用工而产生,但在逻辑上契合了劳动的灵活性,能够在维护灵活性的基础上构建劳动保障机制。当然,第三类劳动形态的学理和制度尚不成熟,但这并不妨碍其提供治理平台用工的规范思路 and 知识框架。相对于现行劳动法,第三类劳动形态具有显著的弹性,支持实现以下目标:

1. 劳动灵活性与保障性的平衡。平台用工区别于标准就业的核心特征是劳动灵活性,从业者通过自主安排工作时间和工作量,建构私人领域中就业与生活的关系。过度灵活以及灵活形式下的保障缺失是平台用工问题所在,那么平台治理目标必然是加强劳动保障并控制灵活性。治理模式须回答的问题是控制灵活性的程度,乃至是否消灭灵活性。如果严格遵守劳动二分法,如西班牙对骑手行业的治理是完全回归典型劳动关系,几乎不存在灵活性。如果仍要保持平台用工的适度灵活,如英国和德国,以基本权利和集体谈判的组合实现劳动保障,发挥第三类劳动形态的制度弹性,将有利于规范和促进平台用工的发展。

2. 整体治理与局部治理的协调。由于平台用工复杂多变,各国文献普遍缺乏全面的调查和数据,治理实践均针对问题最为突出的行业,例如西班牙和意大利的外卖行业、美国的网约车行业。在局部治理中,各国立法和司法实践显示出不同的治理目标,也意识到不同行业显著的差异性。即便是将外卖行业劳动关系化的西班牙,也没有证据表明各类型平台用工将完全劳动关系化的动向。德国以分类为基础探索平台用工整体治理思路,在避免“以偏概全”的基础上较易形成共识,在三分法框架内确立了局部治理的“保底线”方案。

3. 司法实践与治理规则的互动。平台用工治理规则的形成有赖于司法共识。在平台用工规范不明情况下,司法共识意味着该国法律治理平台用工的能力边界。西班牙和意大利因司法共识推动了成文规则的形成,亦統合了多个法律执行机构,有利于实现治理目标。而法国的平台治理规则因缺乏司法共识的支撑,恐难发挥预期效果。

## 四、我国劳动三分法的建构

### (一) 我国劳动法律框架变革的现实基础

为什么要推动我国劳动二分法向三分法转型?对此问题的解答,不应停留在从属性构成与解释的层面,而应深入到劳动的法律抽象层面。在二分法框架下,民法与劳动法构造了各自对劳动的抽象。民法将以劳务为标的的合同抽象为承揽、委托、中介等多种类型,劳动法则对劳动关系进行分类,形成无固定期限劳动合同、固定期限劳动合同等类型,并发展出劳务派遣、非全日制用工等非典型合同,既适应劳动权益保障的需要,也建立符合组织化用工的劳动秩序。

科层制组织化用工既是劳动法进行概念抽象的默认前提,也是制度设计的主要对象。在这一逻辑指引下,劳动法根据劳动者与用人单位结合的紧密程度,建构了以无固定期限合同为中心、依紧密度逐级递减的“固定期限劳动合同—劳务派遣—非全日制用

工—其他灵活用工”圈层谱系。可见,劳动法的抽象结构是以用人单位为单一中心,保障强度与结合程度成正比,非全日制用工是劳动关系下最灵活的用工方式,比之更灵活的用工方式甚至没有得以抽象,已脱离劳动法边界进入民法领域。从社会保险的规定来看,除了经验层面区分出非全日制用工和个体工商户之外,各种形式的灵活用工一概归入“其他灵活就业人员”。平台用工对劳动配置方式的变革集中体现为灵活用工的普遍化、规模化,这使得以往未进入劳动法视野的“其他灵活就业人员”逐渐成长为独立的劳动群体。灵活用工在劳动抽象的谱系上不再依附于劳动关系,而是借助网络技术的赋能升级为新就业形态。这一劳动变革过程如下图所示:

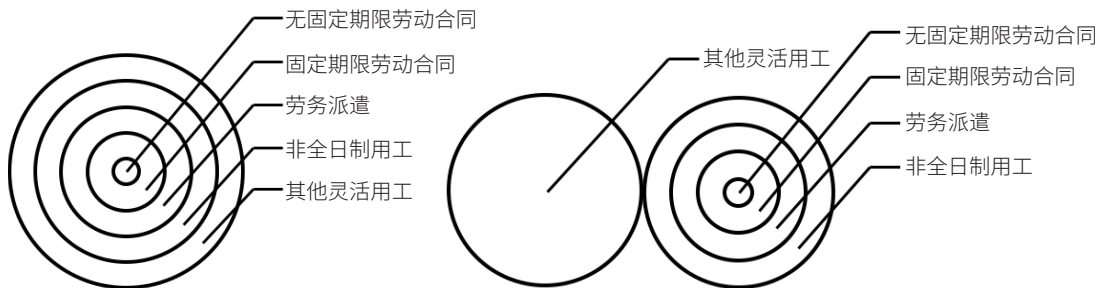


图1 从现行法的劳动抽象到平台用工的变革

新实践与旧制度的冲突在于劳动法对劳动的抽象无法涵盖平台用工。平台经济兴起后,灵活就业方兴未艾。<sup>⑧</sup> 凭借个人的技术能力在平台从事设计、开发等工作大量增加,在线完成工作成果的约定与交付,对应德国文献中的“云工作”。平台经济亦催生了网络主播、直播带货等诸多新职业,劳动形态和收益方式与单位科层制下标准就业的差异越发显著。在二分法的抽象谱系下,只有用人单位的科层制劳动组织方式才能形成如此规模的就业形态,并且规模化用工要依靠“控制—结合—稳定”的模式才能持续,这就必然导致灵活就业的边缘化,或者说劳动法的抽象不可想象灵活就业能够支撑规模化用工。当大量个人可以借助平台直接向社会提供服务或工作成果,而不必进入某个单位组织体时,建立在组织体抽象假设上的劳动法也就无力应对了。纵观前述欧美各国,平台用工被视为“21世纪劳动力市场新实践的标志,这也解释了为什么就整个市场而言,一个小现象会引起如此大的争论”<sup>⑨</sup>。

综上,劳动二分法的实质是将全社会的劳动形态“一分为二”地抽象为组织化用工与个人化劳务,平台经济不仅催生了“平台化用工”这一新形态,也在争论中进一步反思了劳动法边界的老问题。劳动法律框架的变革因平台用工而起,但并非仅针对平台用

<sup>⑧</sup> 《中国共享经济发展报告(2020)》报告指出,由于共享经济灵活用工、弹性就业的特点,使得服务提供者能够以兼职形式获得收入。滴滴平台上兼职司机大约占到九成,78.9%的兼职司机每天在线时间少于5小时;美团平台上52%的骑手每天工作4个小时以下。参见国家信息中心:《中国共享经济发展报告(2020)》,载国家信息中心网, <http://www.sic.gov.cn/News/568/10429.htm>, 2022年7月25日访问。

<sup>⑨</sup> Miguel Rodriguez-Pinero Royot, *supra* note 48, 444.

工,更不是仅针对某一个热点行业,而是重新构造劳动的法律抽象,搭建多层次的劳动保障网络,适应组织化用工之外日益丰富的劳动形态。

## (二) 劳动三分法探索中的政策组合

我国对平台用工的政策演进经历了“支持鼓励创新—包容审慎监管—全面规范管理”三个阶段。2019年《国务院办公厅关于促进平台经济规范健康发展的指导意见》(国办发〔2019〕38号)提出“避免用老办法管理新业态”,将平台从业者分为“平台企业用工和灵活就业”,显示出常规劳动关系与灵活就业分类治理的取向。2020年《国务院办公厅关于支持多渠道灵活就业的意见》(国办发〔2020〕27号,简称27号文)明确支持“个体经营、非全日制以及新就业形态等灵活多样的就业方式”,将灵活就业作为一种独立的劳动形态。到2021年7月7日,国务院常务会议提出“适应新就业形态,推动建立多种形式、有利于保障劳动者权益的劳动关系”<sup>⑧5</sup>。这既是对前期政策探索的总结,也是对此后政策走向的指引,表明我国在平台用工问题上采取了“灵活与保障兼顾”的治理目标,既不可能如美国放任平台用工自由发展,也不可能如西班牙完全取消某一行业用工的灵活性。

在政策组合中,争论的焦点是如何理解“不完全符合确立劳动关系情形”(以下简称“不完全劳动情形”)。首先应明确的是,我国现行劳动法没有任何条文规定了“不完全劳动情形”,或者说劳动关系只有“是与否”,而没有“完全与不完全”。即便非全日制用工也是劳动关系,劳动过程仍以人格从属性为本质,只是与“单一用人单位、全日制、无固定期限”构成的典型劳动关系不同,属于非典型劳动关系。但平台用工中的灵活就业不符合从属性标准,在各地法院的司法裁判中普遍未认定劳动关系。<sup>⑧6</sup>据此,“不完全劳动情形”的政策分析有了一个基本维度,即不在现行劳动法适用范围内、不作为一般民事关系对待、须给予基本劳动权益保障。笔者认为,“不完全劳动情形”提供了“民法做加法”的政策空间,是规范层面构造第三类劳动形态的初步准备,可从三个角度予以解释:

(1) 按56号文的文义解释,“不完全劳动情形”下从业者在劳动权益部分的称谓是“新就业形态劳动者”,在社保权益部分的称谓是“灵活就业人员”,这两个称谓在文件中作为同一被保障对象交替使用,甚至在“基本养老保险、医疗保险”的一个段落内同时存在。考虑到人社部《答复》已说明“由于平台用工方式的特殊性,难以按照现行确立劳动关系的有关标准认定双方为劳动关系”,可以推定“不完全劳动情形”下从业者是无劳动关系的灵活就业人员。

(2) 按教义学的规范解释,“不完全劳动情形”下从业者获得劳动保障的依据有两类:一类是不以劳动关系为前提的公平就业、劳动安全卫生标准,规范依据是《就业促进法》和《安全生产法》,56号文用语是“落实”“不得”和“严格执行”;另一类是以政府指导

<sup>⑧5</sup> 《国务院常务会议(2021年7月7日)》,载中国政府网, <http://www.gov.cn/guowuyuan/cwhy/20210707c21/index.htm>, 2022年10月26日访问。

<sup>⑧6</sup> See Tianyu Wang & Fang Lee Cooke, *Internet Platform Employment in China: Legal Challenges for Gig Workers through the Lens of Court Rulings*, *Relations industrielles / Industrial Relations*, Vol.76:541, p.548-555 (2021).

平台用工协议为基础的劳动权益内容,因劳动法未规定“不完全劳动情形”,且56号文作为政策文件没有修法效力,所以报酬、休息方面的权益保障须转化为平台协议条款或行业劳动标准,以此作为从业者实际权利的基础。文件用语是“推动”“督促”“引导”,虽然不同于劳动法实施机制,但也使平台用工中的灵活就业人员获得了以往没有的劳动保障。

(3) 按相关规范性文件的体系解释,市场监管总局牵头的《关于落实网络餐饮平台责任 切实维护外卖送餐员权益的指导意见》(国市监网监发〔2021〕38号)和交通部牵头的《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)针对平台用工中争议最为集中的外卖和网约车行业,以行政指导的形式建立了行业性的劳动标准,不管是否存在劳动关系均须遵守,而在社保权益部分依然区分了劳动关系与灵活就业,将56号文确立的分类框架贯彻到特定行业,灵活就业的权益保障也因行业特点而更为具体。

综上,在劳动二分法下缺乏保障的灵活就业人员藉由平台用工政策组合获得了报酬、休息、安全等多项保障,但在规章制度、解雇保护、经济补偿、社会保险等方面又完全不同于劳动关系下的劳动者。平台与灵活就业人员在遵守政府指导和行业劳动标准的前提下签订平台用工协议,实现了劳务给付合同与行政管制措施的结合,开启了“民法做加法”的探索。

### (三) 劳动三分法治理模式的基本架构

着眼于数字时代的劳动变革,劳动三分法应如何进行本土建构,不仅关涉新就业形态劳动权益保障和规范发展,亦将重新塑造全社会的劳动权益保障体系,连带推动社会保险制度改革,影响重大而深远。在现行劳动法所调整的组织化用工形态外,平台用工的治理借助“民法做加法”,将以劳动结果为标的之承揽劳务提供者纳入保障范围,或者说因应平台用工催生的“承揽社会化”,<sup>⑧7</sup> 开拓独立于“雇佣社会化”<sup>⑧8</sup> 的新保障领域,实现“保障对象做加法”,在规范层面塑造“类雇员”这一独立主体类型。同时,为适应平台用工的灵活性,保障制度的构建逻辑应不同于劳动关系之过程控制与雇主责任,既在劳动条件保障上探索针对承揽工作量的新基准,又要在职业伤害风险配置上建立有别于现行工伤保险的新险种,实现“保障手段做加法”。这一系列保障制度的构建将为平台用工从业者创设“类雇员权利保障清单”,该清单可随着治理模式的不断成熟而加以充实,从当前的底线保障向全方位保障发展。

1. 任务计量型劳动基准。劳动基准制度的核心功能是确立一个均衡工作量,旨在实现劳动者以日常可负担之体脑劳动力消耗获得合理的劳动报酬。现行劳动基准基于雇主控制劳动过程的机制已难以适应平台用工,平台用工劳动基准应从过程控制转向成果控制。这一制度转变遵循均衡工作量的宗旨,保障从业者以可负担的体脑劳动力消耗、在合理时间内获得正常生活水平之报酬,并在灵活就业自主性基础上,通过任务计量施

<sup>⑧7</sup> 参见王天玉:《超越“劳动二分法”:平台用工法律调整的基本立场》,载《中国劳动关系学院学报》2020年第4期,第75-77页。

<sup>⑧8</sup> 参见郑尚元:《雇佣关系调整的法律分界》,载《中国法学》2005年第3期,第84页。

加工作总量控制。任务计量型劳动基准旨在因应承揽社会化及由此形成的经济性结合关系,将平台用工劳动条件保障的逻辑起点从雇主义务型劳动基准的人格从属性,转向以任务成果计算对价的经济从属性。如果说雇员身份及其人格从属性是在“享有大量监管支持的工人群体和必须接受市场力量支配的群体之间划定了一条界限”,那么经济从属性则是在“接受市场力量支配的群体”中“再划定了一条界限”,在原本依据民法调整、完全受市场支配的灵活就业群体中,区分出依托平台就业并形成经济从属性的人群,将之塑造为“类雇员”,根据所承揽合同的任务计量设定强制性劳动条件,建立不可约定变更或免除的权利清单。据此,平台用工劳动基准应以任务承揽为内容的劳动形态为基础,将“正常劳动”转变为“正常定价”,“劳动定额”转变为“任务总量”,进而规制单个任务的劳动对价以及一天内任务的连续性和总量。<sup>⑧</sup>

2. 突破劳动关系的集体协商机制。我国《集体合同规定》将集体协商的主体规定为“职工”,有学者认为“职工”概念具有时代烙印,在全面推行劳动合同制度后,应当等同于劳动关系下的劳动者,因而自营职业者没有集体协商权。<sup>⑨</sup>随着平台用工治理的深入,扩大集体协商范围逐步成为政策走向。27号文将集体协商作为平台用工治理的重要手段,包括平台及关联企业劳动者的协商、产业(行业、地方)工会与行业协会的协商。全国总工会在《关于切实维护新就业形态劳动者劳动保障权益的意见》(总工发〔2021〕12号)将集体协商作为工会维护从业者合法权益的主要工作。2021年12月,修订后的《工会法》明确新就业形态从业者参加和组建工会的权利,不以劳动关系为前提,将灵活就业的从业者纳入集体协商机制,突破了劳动关系的限制,实现了集体劳动权在非劳动关系领域的适用。<sup>⑩</sup>据此,我国劳动保障体系中已增加了一类无劳动关系,但享有集体劳动权的第三类劳动群体。

3. 新业态职业伤害保障制度。灵活就业人员职业伤害保障的制度短板早已存在,并非因平台用工而产生。在《社会保险法》的险种规定上,基本养老保险和基本医疗保险均设置了灵活就业人员自愿参保的制度入口,工伤保险并未采取这一开放结构,严格限定在劳动关系范围内,排除了无雇工的工商户和其他灵活就业人员。究其实质,现行工伤保险的“无过错补偿、单方缴费、预防康复与补偿相结合”三大原则植根于“劳动关系的人格从属性”,法理基础在于“雇员在雇主可控的时间和 workflows 中受到的侵害都可以归责于雇主”。<sup>⑪</sup>在此背景下,“第三类劳动形态”构造的首要意义是将平台灵活就业的职业伤害保障建构路径从现行工伤保险中分离出来,确定独立发展的制度走向。从承揽社会化的视角看,平台用工风险存在于任意一次完成订单任务的行为中,应当从“类雇员身份”中抽离出“行为”要素,将保障对象设定为每一个在平台用工中给付劳务的个人,将平台用工职业风险与每一次劳务给付行为“绑定”,确立“行为风险保障”主导

<sup>⑧</sup> 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45-49页。

<sup>⑨</sup> 参见李干:《网约车司机在集体劳动法的身份定位》,载《中国劳动关系学院学报》2017年第1期,第45页。

<sup>⑩</sup> 参见班小辉:《超越劳动关系:平台经济下集体劳动权的扩张及路径》,载《法学》2020年第8期,第172页。

<sup>⑪</sup> 参见娄宇:《新业态从业人员职业伤害保障的法理基础与制度构建》,载《社会科学》2021年第6期,第24页。

的制度结构,在此基础上构建“从业者—行业”的实施模式。从业者仅须履行特定平台用工行业的订单即可获得保障,无须将其行为与某个平台相对应。

## 五、结 语

平台用工不仅挑战了劳动二分法的制度框架,也冲击了其内在的知识体系与思维方式。在二分法下,劳动法在法律体系内独占劳动权益保障的道德性,由此形成的思维惯性是“依据劳动法解决劳动问题”。这一观念在普遍且稳定的组织化用工环境下是适当的,但我们应认识到这种观念须以现实的劳动形态为基础,构成劳动法边界的内在约束。在平台用工引发的劳动变革下,一套适应新就业形态、新劳动理念、新保障需求的规范体系必然要破茧而出。社会劳动形态在信息技术的驱动下愈加复杂多元,我们回应劳动保障需求的制度工具也需要不断充实。在劳动三分法框架下,既有调整组织化劳动关系的劳动法,也有调整平台化灵活就业的类雇员法,旨在实现不同法律部门的分工协作。在立法条件成熟后,可将劳动法与类雇员法纳入《劳动法典》,构建涵盖全社会各类劳动行为的统一规范体系。在劳动二分法与三分法的争论中,不应纠结于扩张劳动法的边界,而应聚焦于扩张解决劳动问题的制度边界,并扩张法学对劳动的知识边界。

---

**Abstract:** The essence of the debate on platform labor governance is whether the knowledge system and institutional structure of the existing labor law can cover the labor changes driven by platform information technology. Examining the major legislation in foreign countries, it can be found that each country has formed differentiated governance objectives and practical logic in judicial decisions and legislative amendments based on its own legal framework, showing the flexible advantage of the ‘third type of labor form’ in balancing labor flexibility and normativity. China’s platform employment has broken through the legal abstraction of labor dichotomy, and the combination of platform-based flexible employment policies has opened up the institutional space of ‘the third type of labor form’, and the governance of platform employment should focus on the ‘protection list of employee-like rights and interests’, adopt the legislative approach of the ‘addition of civil law’, realize the bottom-line protection through the supporting systems of task-based labor standards, collective bargaining without employment relations, and occupational injury protection for the new employment patterns, etc., and gradually realize the all-round protection and systematic governance by improving rights and interests regulation with the evolution of labor forms.

---

(责任编辑:王莉萍)