

## 互联网平台用工的“类雇员”解释路径及其规范体系

王天玉

**内容提要:**现行法对劳动的分类是“从属性劳动—独立性劳动”,分别适用劳动法和民法,形成了“劳动二分法”的制度框架和知识体系。随着互联网平台用工的兴起,此种新型劳务给付形态无法根据“二分法”予以周延解释和适当调整。在世界范围内,各国都在试图通过解释现有劳动法规则或创设新规则,以应对平台用工这一问题。德国“类雇员”理论在相当程度上可以作为平台用工的重要解释路径,从“类雇员”的构成要件来看,劳务提供者所为之劳务活动属于“经营性劳动”,具有显著的个人属性,同时其并不是真正的市场参与者,但是其通过平台所获取的报酬具有生存权属性,构成其对平台的“经济从属性”,这些特征都符合类雇员的构成要件。构建平台用工的规范体系应立足于类雇员的定位,通过“民法做加法”的进路,在平台用工合同基础上引入强制性保障机制,包括定价与报酬保障制度、连续在线时长控制制度、职业风险保障制度、纠纷申诉及救济制度等。这些制度能够填补“劳动二分法”下的制度空白,丰富法律对劳动本身的认知、回应与表达,推动制度框架实现“从属性劳动—经营性劳动—独立性劳动”的“三分法转型”,以发展多层次的劳动群体保障体系。

**关键词:**平台用工 从属性 类雇员 经营性劳动

王天玉,中国社会科学院法学研究所副研究员。

### 一 问题的提出

在网络信息技术与分享经济的双重推动下,互联网平台作为信息汇集、加工和传播的枢纽地位得以确立,并持续、深度地改变着社会生产和交易方式,其中,在服务领域最主要的变革是互联网平台用工的兴起和蓬勃发展。<sup>[1]</sup>事实上,“平台用工”本身并非是一个规

[1] See Alek Felstiner, Working the Crowd: Employment and Labor Law in the Crowdsourcing Industry, 32 *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, p. 45 (2011).

范的法律概念,其通常用以表述劳务提供者基于互联网平台提供特定内容的劳务活动。

互联网平台在劳务交易中的地位和功能不同,据此可分为自治型平台和组织型平台,前者是平台不参与劳务交易,属于居间人;<sup>[2]</sup>后者是平台作为劳务交易的组织者,分别与劳务供需双方缔约,网约车、外卖配送、同城快递、网约代驾等常见的用工平台均属于组织型平台。组织型平台又可根据是否基于劳动合同进行再分类,包括平台直接雇佣劳务提供者的 A 模式、代理商雇佣劳务提供者的 B 模式以及劳务提供者自主参与的 C 模式。<sup>[3]</sup>其中,A 和 B 两种模式有明确的劳动关系,属于劳动法调整的范畴,虽然可能存在“隐蔽雇佣”的问题,<sup>[4]</sup>但现有劳动法已有相应规定,可在执行层面解决,例如“好厨师案”,<sup>[5]</sup>就属于“披着平台外衣的常规用工”。C 模式是平台用工中真正具有创新意义的形态,可称之为“平台用工创新模式”。该模式的创新性体现在劳务提供者拥有不同于劳动关系中劳动者的自主权,可以自主决定是否工作、何时以及何地工作;虽然平台对劳动过程有一定的控制,但不同于劳动关系中雇主对劳动者的指挥监督,由此导致产生“模糊雇佣”问题,<sup>[6]</sup>平台与劳务提供者之间的法律关系定性成为争议的焦点。在广受关注的“闪送案”中,<sup>[7]</sup>该平台用工的劳动过程显然不同于一般劳动关系,而劳务提供者因受伤又有获得工伤保障的强烈需求,这一矛盾凸显出既有法律制度对平台用工创新模式的解释乏力和适用难题。正如“分享经济”是一种“非法兴起”,<sup>[8]</sup>平台用工创新模式亦对现行调整劳务给付关系的法律框架提出了挑战。这种挑战的背后不仅有劳务提供者的权益保障,更有分享经济下如何促进社会公平的问题。<sup>[9]</sup>可见,在平台用工诸形态中,亟待学理阐释和制度回应的是平台用工创新模式,即组织型平台 C 模式,本文以此为研究对象,为行文简便,下文以“平台用工”指代。

## 二 “劳动二分法”及其面对平台用工之局限

近年来针对“平台用工”的制度规范、司法裁判、学理讨论均在“劳动二分法”框架下

[2] 典型代表是美国的 Amazon's Mechanical Turk (AMT), 参见 Panagiotis G. Ipeirotis, Analyzing the Amazon Mechanical Turk Marketplace, <https://archive.nyu.edu/bitstream/2451/29801/4/CeDER-10-04.pdf>, 最近访问时间[2020-03-15]; 以及我国的猪八戒网, 参见《猪八戒平台服务规则》, <https://rule.zbj.com/ruleshow-0?pid=158&categoryId=278>, 最近访问时间[2020-03-11]。

[3] 参见王天玉:《互联网平台用工的合同定性及法律适用》,《法学》2019 年第 10 期,第 168-171 页。

[4] 按照国际劳工组织的定义,隐蔽雇佣是指“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”。参见国际劳工组织《关于雇佣关系的建议书》(第 198 号建议书), [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), 最近访问时间[2020-03-18]。

[5] 平台用工中存在“隐蔽雇佣”不等同于平台用工是“隐蔽雇佣”。“好厨师案”的重点在于其中合同约定内容与平台实际管理不符,法院根据平台管理事实认定劳动关系。参见北京市第三中级人民法院(2017)京 03 民终 11768 号;北京市第三中级人民法院(2017)京 03 民终 11769 号。

[6] “模糊雇佣”是客观上难以确定雇佣关系,其与“隐蔽雇佣”存在区别,参见董保华:《“隐蔽雇佣关系”研究》,《法商研究》2011 年第 5 期,第 111 页。

[7] 参见北京市海淀区人民法院(2017)京 0108 民初 53634 号民事判决书。

[8] 参见张效羽:《互联网分享经济对行政法规范的挑战与应对》,《环球法律评论》2016 年第 5 期,第 156-157 页。

[9] 参见刘晗:《分享经济平台的社会公平问题与规制重构》,《行政法学研究》2020 年第 1 期,第 56 页。

发生。所谓“劳动二分法”是指现行法将各类劳务给付活动分为“从属性劳动”与“独立性劳动”，劳动法调整以“从属性劳动”为内容的劳动关系，强调劳动者与用人单位之间的不平等；民法调整以“独立性劳动”为内容的民事关系，以双方当事人之平等为出发点，包括雇佣、委托、承揽、保管等多种形式。又因我国劳动法在历史上形成了独立发展路径，始终未与民法血脉贯通，使得二者发展为各自独立的法律部门，<sup>[10]</sup>“从属性劳动”与“独立性劳动”亦分野为两个并行的领域。在此二分法下，劳务给付关系的定性决定了当事人权益的保障水平，而仅有的劳动法与民法两个选项形成了非此即彼的“两极”，要么是因大量强制性规范而保障过度的劳动关系，要么是缺乏强制性规范而难言保障的民事关系。平台用工在这一法律框架下兴起，制度、司法和学理均试图在“二选一”中给予回应。

在制度层面，现行规范对平台用工的立场是不予以强制要求，尊重平台与劳务提供者之间的合同自由，可在“从属性劳动”之劳动合同与“独立性劳动”之民事合同二者中选择，再根据合同类型适用相应规则。直接针对平台用工的规范性文件主要是2016年实施的《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》和2019年实施的《电子商务法》。前者虽然是针对网约车的专门规定，但作为第一部涉及平台用工的规范性文件，其具有示范意义。该办法第18条规定了网约车平台与驾驶员根据工作时长、服务频次等特点签订多种形式的劳动合同或者协议，可理解为平台与网约车司机通过意思自治选择合同类型，签订劳动合同则适用劳动法，签订其他协议则适用民法。《电子商务法》将平台劳务提供者归为“电子商务经营者”，该法第9条规定“本法所称电子商务经营者，是指通过互联网等信息网络从事销售商品或者提供服务的经营活动的自然人、法人和非法人组织”，此处所称之“经营活动”由第10条予以解释，包括“个人利用自己的技能从事依法无须取得许可的便民劳务活动”，无疑可以涵盖现有的各类平台用工形式。电子商务经营者的法律适用依据是该法第47条，“订立和履行合同适用本法、《民法总则》和《合同法》等法律规定”，显然其已被纳入民法调整范围。

在司法层面，法院处理平台用工争议是在“从属性劳动”与“独立性劳动”之间作出选择，以决定责任承担方式，导致了两极化的裁判结果：认定劳动关系或按劳动关系处理的结果是由平台承担全部责任，否定劳动关系的结果是由劳务提供者承担全部责任。经检索“裁判文书网”2014年-2018年平台用工案例发现，涉及损害赔偿的争议有两类：第一类是劳务提供者因交通事故造成自身损害，法院须判断平台是否承担损害赔偿或支付工伤待遇；第二类是劳务提供者造成第三人损害，法院须判断是由平台还是劳务提供者对第三人承担损害赔偿。两类争议的焦点都是平台是否应承担雇主责任，亦即平台与劳务提供者之间是否成立劳动关系。法院对此存在分歧，根据已有判决分析，少数法院认定了劳动关系，多数法院予以否定。<sup>[11]</sup>

[10] 沈建峰教授曾就此指出，我国劳动法发展的起点是计划经济体制，其制度发展首先是为了引入市场经济的规则，解决市场化不足的问题，而不是解决过度市场化带来的社会问题。参见沈建峰：《劳动法作为特别私法——〈民法典〉制定背景下的劳动法定位》，《中外法学》2017年第6期，第1513页。

[11] 在笔者检索的案例中，劳务提供者自身损害的案件共有8件，其中法院认定劳动关系的有3件，否定劳动关系的有5件；劳务提供者致第三人损害的案件共有34件，其中法院判决平台承担雇主责任的有14件，判决劳务提供者个人承担责任的有20件。相关案件号及分析，参见王天玉：《互联网平台用工的合同定性及法律适用》，《法学》2019年第10期，第166-168页。

在学理层面,劳动法学界的讨论是以“从属性劳动”与“独立性劳动”之二分法为基础,主要是在“从属性劳动”这一侧进行理论分析和改造。劳动法学者对于平台用工的研究重点是劳务提供者的权益保障,基本方向是将平台用工纳入到劳动法的调整范围,意涵是既然民法“独立性劳动”的调整模式不能提供有效的保障,那么应由劳动法予以系统性的权益保障。为了将平台用工纳入劳动法的调整范围,必须解决平台用工的自主性与劳动法上劳动从属性之间的矛盾,那么从属性的扩大解释就成为论证的抓手。为此大致形成了两种解释进路:其一是以既有从属性理论为基础,主张发挥从属性理论的解释弹性,更为灵活地理解和适用从属性理论;<sup>[12]</sup> 其二是改造既有从属性理论,在从属性构成中的人格从属性与经济从属性二者相分离的基础上,将欠缺人格从属性的劳务提供者也纳入到劳动法的调整范围。<sup>[13]</sup> 应当说明的是,学界主张将平台用工纳入到劳动法调整范围并未忽视其与常规用工的不同,因此提出了“劳动法规则的有限适用”“劳动法部分保护”“变通适用劳动法的一般规则”以及“劳动权利的具体化扩展”等差异化调整方案。<sup>[14]</sup>

“从属性劳动—独立性劳动”的二分法及其思维方式将现实世界丰富多样的劳务给付活动生硬地一分为二,认为非独立即为从属。但是由于平台用工在“自主”与“受控”两方面均与既往观念中的“独立性劳动”与“从属性劳动”不同,使得现有制度与司法面对两难选择:适用民法太弱,适用劳动法则太强,在制度层面缺乏选项,以致借自治的名义回避;司法裁判“二选一”的结果不仅是“同案不同判”,还会导致判决难以执行。<sup>[15]</sup> 若从学理上看,“独立”相对清晰,而“从属”则可拓展出较大解释空间。在平台用工兴起之前,从属性劳动对应的组织化用工是主流的、易于识别的,可根据用人单位的指挥命令确认人格从属性的存在,并以此为核心构建从属性理论。但以平台用工为代表,信息时代的劳务给付方式日益多元,越来越多的工作形态难以简单地归入“独立”或“从属”的两极。如果固守既有的二分法,只能不断地对“从属性”进行扩大解释,这会导致劳动法的边界随之扩张,并造成二分法内部的矛盾与张力。例如,长期为某个企业加工零件的个人,或者长期为某个企业运送产品的个人,均以长期的承揽业务作为其主要收入来源,已形成经济上的依赖。若扩大解释从属性则可能将此类劳务给付形式作为劳动法适用对象,造成劳动法与民法的冲突,使二者在持续性劳务给付关系上发生边界重叠,导致法律适用的混乱。

综上,“劳动二分法”的制度框架和思维方式固执于维护自身体系的完整性,难以对“新生”事物作出充分的解释,亦无助于拓展法律在数字时代对劳动的认识和表达。客观世界终究是法律规则创制和发展的基础,法律结构随生产方式变革而演进也是必然。故

[12] 参见谢增毅:《互联网平台用工劳动关系认定》,《中外法学》2018年第6期,第1551页。

[13] 参见王全兴、王茜:《我国“网约工”的劳动关系认定及权益保护》,《法学》2018年第4期,第66页;田思路:《工业4.0时代的从属性劳动论》,《法学评论》2019年第1期,第84-85页。

[14] 参见王全兴、王茜:《我国“网约工”的劳动关系认定及权益保护》,《法学》2018年第4期,第69-70页;班小辉:《“零工经济”下任务化用工的劳动法规制》,《法学评论》2019年第3期,第117页;战东升:《民法典编纂背景下劳动法与民法的立法关系——以“类似劳动者型劳务提供者”的保护为切入点》,《法学》2018年第10期,第106页;肖竹:《第三类劳动者的理论反思及替代路径》,《环球法律评论》2018年第6期,第97页。

[15] “判决难以执行”的一般情形是劳务提供者造成第三人损害,法院判决劳务提供者对第三人承担损害赔偿责任。由于平台用工的劳务提供者大量是进城务工人员,经济能力差,事实上无力承担损害赔偿责任,即便判决了也难以执行。

此,为顺应劳务给付方式灵活多元的发展趋势,应突破“从属性劳动”与“独立性劳动”的二分法束缚,以平台用工为契机探索新的学理解释路径,并构建相对独立的规范体系。

### 三 类雇员:从属性劳动与独立性劳动之间的过渡形态

#### (一)工业化催生之劳动及其法律表达

作为劳务的基本形式,劳动在近代以来被法律重新塑造。在自然法思想的指导下,法律以去除劳动之主仆身份属性为要务,强调劳雇双方在主体地位上的平等和独立,劳动关系成为“纯债权债务关系”,即“两个人格者间劳务与报酬之交换关系,劳动成为买卖关系中之商品”。<sup>[16]</sup>但在西方工业化进程中,个体劳动者在事实上相对于工厂的弱势打破了主体抽象平等、独立的教条。在围绕着工厂建构起来的生产组织中,劳动关系表现出极强的从属性特征。在这个意义上说,从属性劳动是工业革命的产物。<sup>[17]</sup>随着劳动立法的加强并渐成体系,从属性劳动与独立性劳动逐步分离。但这并不意味着从属性劳动是工业革命的唯—产物。以德国为例,其工业化所形成的社会分工中,除工厂制下的从属性劳动外,还存在大量为工厂提供配套加工或服务的人。这部分人不是劳动者,但在保护需求上与劳动者有一定的相似性,最典型的是家内工作者(Hausgewerbetreibende, Hausindustrielle),其劳动方式是基于相对方的委托在家中或者其他自己的场所内,独自、与家庭成员或不超过两名非家庭成员辅助人共同工作,以劳动成果交付而获取报酬,劳动内容多是简单的原件组装工作。<sup>[18]</sup>这种用工形式早在19世纪就已经出现,例如“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”。<sup>[19]</sup>以此为代表,工业革命在从属性劳动之外催生出一类介于自营职业者与劳动者之间的过渡类型,一般称之为“类雇员”或“类似劳动者”(Arbeitnehmerähnliche Personen)。<sup>[20]</sup>

相比之下,我国的工业化不是一个自生自发的过程。在中华人民共和国成立后的工业体系建设与社会主义改造中,不仅从属性劳动不被承认,甚至个人之间的独立性劳动也被消灭。<sup>[21]</sup>随着改革开放,从属性劳动在1986年劳动合同制改革后出现,并在1994年社会主义市场经济体制确立后纳入到法律体系中。这一时期也是劳动力逐步从农村和国有工厂中溢出并开始流动,形成全国性劳动力市场的阶段,<sup>[22]</sup>委托、承揽、雇佣等个人之间的独立性劳动亦随之出现。因此可以说,在我国特定的历史脉络下,从属性劳动与独立

[16] 参见黄越钦著:《劳动法新论》,中国政法大学出版社2003年版,第5页。

[17] 参见田思路:《工业4.0时代的从属性劳动论》,《法学评论》2019年第1期,第76-78页。

[18] Vgl. Wolfgang Hromadka: Arbeitnehmerähnliche Personen-Rechtsgeschichtliche, dogmatische und rechtspolitische Überlegungen, 23 NZA, S. 1249-1250 (1997).

[19] 王倩:《德国法中劳动关系的认定》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2017年第6期,第45页。

[20] Vgl. Wolfgang Hromadka, Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsrecht-Zur Diskussion um die "neue Selbständigkeit", 11 NZA, S. 569-573 (1997).

[21] 参见郑尚元著:《劳动法与社会保障法前沿问题》,清华大学出版社2011年版,第3页。

[22] See Mary E. Gallagher & Dong Baohua, Legislating Harmony: Labour Law Reform in Contemporary China, in Sarosh Kuruvilla, Ching Kwan Lee & Mary E. Gallagher (eds.), *From Iron Rice Bowl to Informalization: Markets, Workers, and the State in Changing China*, ILR Press, 2011, p. 36.

性劳动是大致同步恢复的,而二者之间的过渡类型从未成为规模化的劳动形态,这也就奠定了“劳动二分法”的基本格局。进入信息时代,以平台用工为代表的新兴劳动方式对二分法构成挑战,实质是要在法律上对工业化社会分工进行“补课”,补上从属性劳动与独立性劳动之间的过渡形态。为此,学理也要“补课”,补上“类雇员”之观念与理论。

## (二)类雇员之学理界说

### 1. 类雇员的起源

如同从属性理论一样,类雇员亦起源于德国,也可以说是从属性理论的副产品。德国劳动立法初期的目标群体是典型的劳动者——工厂工人,但立法者很快意识到工人并非是唯一有保护需求的人。<sup>[23]</sup> 在 1869 年就有人提出扩大劳动法保障群体的范围,目的是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>[24]</sup> 此项立法倡议的主要受益者是家内工作者,使其在劳动报酬上获得了与劳动者同等的保护。因涉及劳动者的医疗保险问题,在立法过程中,家内工作者因其经济地位不同于劳动者,作为自营职业者(独立性劳动)与劳动者(从属性劳动)之间的过渡形态而存在。<sup>[25]</sup>

由于家内工作者既无法被纳入到劳动法,又不能忽视其保护需求,德国采取了单项立法的进路,于 1911 年通过了《家内工作法》(*Heimarbeitsgesetz*),为企业家公司(*Betriebe eine Unternehmer*)之外的人提供社会保护。当时,有些雇主为了规避劳动法对女性、青少年和儿童的保护,将通常基于从属性劳动完成的任务以委托的方式变为家内工作,导致家内工作的工作时间长、工资低。<sup>[26]</sup> 这种状况凸显出家内工作者特殊的保护需求:他们处在工厂之外相对孤立的环境,既不能与其他劳动者进行信息沟通,更无法通过结社或其他团结的方式争取权益,并且“通过私人自治无法实现社会可接受的合同安排”。<sup>[27]</sup> 基于上述原因,立法者认为,家内工作者与劳动者有一定程度的类似性,需要特别规范之保护。<sup>[28]</sup> 因此,《家内工作法》第一次出台了类似于劳动者的保护规则。<sup>[29]</sup>

然而,关于家内工作者法律地位的争议并未就此终结。1923 年,梅尔斯巴赫(*Melsbach*)再次提出,对于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>[30]</sup> 同年,《劳动合同法》(*Arbeitsvertragsrecht*)草案欲将类雇员与劳动者平等对待,但该法案最终没有通过。<sup>[31]</sup> 在

[23] Vgl. Nicole Neuvians, *Die arbeitnehmerähnliche Person*, Berlin: Verlag Duncker & Humblot, 2002, S. 23.

[24] 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。Vgl. Pfarr, in: *Festschrift für Karl Kehrmann*, S. 75 (77), nach Nicole Neuvians, *Die arbeitnehmerähnliche Person*, S. 23.

[25] Vgl. Hromadka, 11 NZA, S. 569 – 573 (1997).

[26] Vgl. Rohmer, *Hausarbeitsgesetz*, Einleitung, S. VII, IX. nach Nicole Neuvians, *Die arbeitnehmerähnliche Person*, S. 24.

[27] Kempfen/Zachert, TVG, § 12a Rz. 1. nach Nicole Neuvians, *Die arbeitnehmerähnliche Person*, S. 24.

[28] Vgl. Nicole Neuvians, *Die arbeitnehmerähnliche Person*, S. 24.

[29] 《家内工作保护法》(1911 年 12 月)在第一稿中几乎只包含了关于家内工作经营保护和健康保护的规则。《家内工作者工资保护法》(1923 年 6 月)既改善了健康保护,又改善了工资保护,使得《家内工作法》的劳动保护涵盖劳动时间保护、危险保护、工资保护等。参见[德]雷蒙德·瓦尔特曼著:《德国劳动法》,沈建峰译,法律出版社 2014 年版,第 356 页。

[30] Vgl. Melsbach, *Deutsches Arbeitsrecht*, 1923, S. 23, 24. nach Nicole Neuvians, *Die arbeitnehmerähnliche Person*, S. 24.

[31] Vgl. Pfarr, in: *Festschrift für Karl Kehrmann*, S. 75 (81). nach Nicole Neuvians, *Die arbeitnehmerähnliche Person*, S. 24.

实体法难以推进的情况下,程序法另辟蹊径,为类雇员提供专门的救济渠道。1926年的《劳动法院法》(*Arbeitsgerichtsgesetz*)首次规定了类雇员,并明确劳动法院对其争议有管辖权。<sup>[32]</sup>此后,《集体协议法》(*Tarifvertragsgesetz*)、《联邦休假法》(*Bundesurlaubsgesetz*)、《员工保护法》(*Beschäftigtenschutzgesetz*)以及《劳动保护法》(*Arbeitsschutzgesetz*)等诸多立法均有针对类雇员的规定,适用于类雇员的情形越加多样复杂,保障事项逐步增加。

## 2. 类雇员的法律定义

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到规范中。<sup>[33]</sup>

关于类雇员最详细、常用的界定是《集体协议法》第12a条第1款,类雇员是指具有经济从属性并且像劳动者一样具有保护需求的人。根据这一界定可知:

首先,类雇员不是劳动者,他没有融入合同相对方的经营组织,无须或者很少受到其指示和管理,类雇员与合同相对方之间不具有人格从属性。

其次,类雇员必须对合同相对方有经济从属性,即该类雇员从合同相对方获得的报酬构成了其主要的经济来源。<sup>[34]</sup>在类雇员有多个合同相对方的情况下,认定经济从属的标准是该类雇员从某个合同相对方获得的报酬占到其全部报酬的一半以上。<sup>[35]</sup>类雇员以经济从属为判断要素,又因其经济从属而具有保护的需求。可以说类雇员制度的出发点和落脚点都在于经济从属性。

最后,类雇员必须具有一定的保护需求,这一点需要结合个案的具体情况和一般社会观念进行认定。通常来说,如果提供劳务者对合同相对方有较大从属性,且与劳动关系类似,就会被认定为类雇员。<sup>[36]</sup>在这一层面上,法官的自由裁量权较大。综上,基于从属性理论的分析,类雇员与合同相对方之间“无人格从属性、有经济从属性”,并因此需要社会保护。应当说明的是,《集体协议法》对类雇员的界定和判断标准不适用于其他法律,也不可拓展到一般法上,由此导致的状况是类雇员没有统一的法律界定,其概念须根据特定法律的规定与立法目的予以解释。<sup>[37]</sup>关于类雇员无统一概念的问题是在2000年左右被提出的,但随着时间的发展,这一问题并没有实质性进展。<sup>[38]</sup>

不过,从现有法律对类雇员的界定来看,认定类雇员的要件已形成基本共识,即经济

[32] Vgl. RGBI. I 1926, S. 507. nach Nicole Neuvians, *Die arbeitnehmerähnliche Person*, S. 24.

[33] Vgl. RGBI. I 1934, S. 319. nach Nicole Neuvians, *Die arbeitnehmerähnliche Person*, S. 25.

[34] Vgl. BAG 15. 4. 1993, AP Nr. 12 zu § 5 ArbGG 1979. 转引自王倩:《德国法中劳动关系的认定》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2017年第6期,第44页。

[35] Vgl. BAG 25. 2. 2005, NZA 2006, 223ff. 转引自王倩:《德国法中劳动关系的认定》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2017年第6期,第44页。

[36] Vgl. BAG 2. 10. 1990, AP Nr. 1 zu § 12a TVG; BAG 15. 4. 1993, AP Nr. 12 zu § 5 ArbGG 1979. 转引自王倩:《德国法中劳动关系的认定》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2017年第6期,第44页。

[37] Vgl. Nicole Neuvians, *Die arbeitnehmerähnliche Person*, S. 49.

[38] Vgl. Däubler/Klebe, *Crowdwork: Die neue Form der Arbeit-Arbeitgeber auf der Flucht?*, 17 NZA, S. 1032 - 1036 (2015).

从属性以及由此形成的社会保护需求。<sup>[39]</sup> 但限于成文法的抽象性,法官在个案中需要对相关因素进行综合考量,即便是基本情节类似的案件也可能出现不同的裁判结果。<sup>[40]</sup> 学界的关注点是对经济从属性予以细化,例如,除报酬比例以外,合同的持续性也成为认定经济从属性的要点。虽然目前尚无统一、明确的期限规定,但判例法上一般要求九个月。<sup>[41]</sup>

### 3. 类雇员的基本形态

通说认为,家内工作者是类雇员的基本形态。从类雇员概念的发展脉络来看,先有家内工作者,后形成家内工作立法,在此基础上才抽象出类雇员的概念。因此,基于不同法律规定所形成的“类雇员谱系”中,家内工作者与劳动法上的劳动者最类似,也因此可以无差别地适用某些劳动法规则。<sup>[42]</sup>

家内工作者根据参与工作的人员可分为两种形态:一种是独自或在家庭成员的辅助下从事劳动,这是典型的家内工作者形态;另一种是在不超过两名非家庭成员的辅助下从事劳动,这是非典型的家内工作者形态。对于后者,如果辅助人超过两人,应由家内工作委员会(Heimarbeitssausschuss)认定其是否存在社会保护需求,考察要点包括:辅助人数、对合同相对方的经济从属性、直接进入销售市场的可能性、投资的额度以及一定时期的交易量。<sup>[43]</sup> 家内工作委员会是依据《家内工作法》设立的,由三名家内工作者代表、三名合同相对方代表以及一名当地劳动主管部门任命的主席组成,主要职责是确定本地家内工作者的最低工资和工作条件。<sup>[44]</sup>

#### (三) 类雇员之构成要件

##### 1. 类雇员之劳动是经营性劳动

以家内工作者为例,瓦尔特曼(Raimund Waltermann)认为家内工作本质上是一种“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(工作者)的地位介于自由企业主和劳动者之间”。<sup>[45]</sup> 因此,类雇员并不处于合同相对方的直接指挥监督之下,具有完全不同于劳动者的自主性,在工作成果和工作进度的掌握上有决定权,这是无法将类雇员完全纳入劳动法调整范围的根本原因。

##### 2. 类雇员之经营性劳动具有明显的个人属性

仍以家内工作者为例,无论是个人独立工作,还是家庭成员辅助,抑或两名非家庭成

[39] 德国学者对类雇员概念的讨论集中在《集体协议法》第 12a 条,毕竟只有这个条文给出了明确的界定。在此界定中,立法者采取了类型学的方法,通过类雇员与劳动者的类比证明前者有社会保护需求。类雇员结合了劳动者与自雇者两者的特征,既不存在劳动关系,又有劳动者中经常存在的经济从属性。Vgl. Nicole Neuvians, *Die arbeitnehmerähnliche Person*, S. 29, 49.

[40] See Wolfgang Däubler, Working People in Germany, 21 *Comparative Labor & Policy Journal*, p. 88 (1999).

[41] Vgl. Willemsen/Müntefering, Begriff und Rechtsstellung arbeitnehmerähnlicher Personen: Versuch einer Präzisierung, 4 NZA, S. 193 - 194 (2008).

[42] See Manfred Weiss & Marlene Schmidt, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer Law International B. V., 2008, p. 48.

[43] See Manfred Weiss & Marlene Schmidt, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer Law International B. V., 2008, pp. 48 - 49.

[44] See Manfred Weiss & Marlene Schmidt, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer Law International B. V., 2008, p. 49.

[45] [德]雷蒙德·瓦尔特曼著:《德国劳动法》,沈建峰译,法律出版社 2014 年版,第 356 页。

员辅助,家内工作均以特定个人为中心,他人仅为辅助作用并且人数很少。因此,家内工作的性质限定了其经营规模,只能是个体性的,无法形成组织化经营,因此与公司或“自由企业主”之营利性商事活动截然不同。

### 3. 家内工作者不是真正的市场参与者

家内工作的经营性体现在合同双方之间,是一个相对封闭的关系,由此导致家内工作者并不直接参与市场竞争,只是与合同相对方进行“一对一”的稳定交易,“人们在家庭劳动者身上没有发现企业主的经济和社会优势,因为他们失去了亲自将其产品带往市场的可能性;他们远离销售市场而生产并原则上只有一个买主,也就是他的委托人”。<sup>[46]</sup> 这种与市场隔离的现实使得家内工作者在交易机会上对合同相对方存在依赖,并限制了其议价和协商能力,这一点与劳动者仅向单一雇主给付劳动的特征相类似。

### 4. 类雇员之报酬具有生存权属性

类雇员之弱者性或者说社会保护需求,乃是在其生计上高度依赖合同相对方,将个体化的经营性劳动作为谋生手段,构成其个人或家庭的主要生活来源,此为类雇员与劳动者最为相似之处:二者都是在一个具有持续性且相对封闭的合同关系中,向单一或主要合同相对方给付劳务,形成了经济上的依赖关系。合同相对方是否给付报酬、给付报酬的标准和期限、要求的工作量和工作条件对类劳动者的生活来源与生活状况有直接影响。

上述四个方面作为判断类雇员之要件,可一并概括为经济从属性,并由此决定其法律地位。虽然使用了经济从属性这一概念,但其与劳动者从属性构成中的经济从属性仍有区别。理解类雇员的经济从属性应把握其“经营性劳动”的本质:一是类雇员在报酬上对合同相对方有依赖性;二是类雇员的经营性劳动缺乏充分的市场条件;三是类雇员在与相对方持续的关系中仍有劳动自主权。比较而言,劳动者之劳动是“从属性劳动”,在学理上单列经济从属性乃是为了辅助理解人格从属性,以便形成对从属性劳动的全面把握,即人格从属性把握了雇佣劳动的本质,应为主要要件;经济从属性重在描述劳动过程,应为次要要件。综上,法律通过强化合同相对方义务的方式保障类雇员的生存权,引入部分劳动法规则而非作为劳动关系调整,<sup>[47]</sup> 以便平衡类雇员之从属性与自主性。

## 四 类雇员理论对平台用工的解释力

### (一) 从家内工作到平台用工:类雇员的“旧貌新颜”

以类雇员为契机,德国法构建了“劳动三分法”的制度框架,即独立性劳动、经营性劳动与从属性劳动,使得包含劳务给付的交易行为不在民法与劳动法之间作非此即彼的取舍,而是在二者之间形成过渡性的保障机制,在法律结构上呈现为由劳动法到类雇员保护法,再到民法的立体保障网络。因欠缺人格从属性而从劳动法溢出的人群仍可获得一定

[46] [德]雷蒙德·瓦尔特曼著:《德国劳动法》,沈建峰译,法律出版社2014年版,第356页。

[47] 类雇员主要受到以下保护:与合同相对方的争议管辖权归属劳动法院,而不是一般法院;具有与劳动者相同的休假权,包括年假和公休日;享有集体协议下调整工作条件的权利,除非有特殊规定;享受在种族或民族、性别、宗教信仰、残疾、年龄和性取向方面的反歧视保护。See Manfred Weiss & Marlene Schmidt, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer Law International B. V., 2008, p. 48.

程度的强制性保护,不致直接落入民法之平等关系调整机制。

类雇员之演进与实用性须从现象与本质两个层面予以认识。在现象层面,作为类雇员最典型形态的家内工作者,在数量上不断减少。德国在 20 世纪 70 年代登记人数为 221802 人,到 1998 年仅为 96882 人,其中约半数登记在巴伐利亚州(Bayern)和北威州(Northrhine-Westphalia);在产业上则以金属和电力行业的人数最多(共 25009 人),其次为化工和塑料行业、纺织业、造纸业。<sup>[48]</sup> 虽然家内工作的规模趋于没落,但这并不意味着类雇员理论和制度的终结,“家内工作者是类雇员制度在法律发展史上的阶段性象征”。<sup>[49]</sup> 随着技术进步和生产的复杂化,虽然类雇员的形态不断演进,但经济从属与劳动自主相结合的本质并非改变。现阶段,德国国内也不断出现基于互联网平台给付劳务之新型工作模式,有学者建议以类雇员制度对平台经济(Platform Ökonomie)及其用工模式进行规制。<sup>[50]</sup> 瓦尔特曼也指出,“在现代信息技术各种可能性的背景下,家庭劳动及其法律规则获得了很大的现实性和吸引力”。<sup>[51]</sup>

可见,技术对于劳动形态有强大的塑造作用。工业化的发展使得生产流程日益复杂,通过家内工作为工厂提供配套加工或服务的空间被不断压缩。而随着信息化的兴起,以工业化为基础之工厂制生产体系被解构,劳动组织模式由立体化向扁平化转型的趋势日益显著。<sup>[52]</sup> 从家内工作兴起之 19 世纪至平台用工兴起之 21 世纪,在这一较长的历史周期内可以观察到,以工厂为中心、家内工作者参与的生产型网络经历了萎缩乃至衰亡的过程。然而时代变迁,借助于信息技术和智能终端,以互联网平台为中心、劳务提供者参与的服务型网络快速生成并扩张,形成了规模化的平台用工。

## (二)平台用工符合类雇员之构成要件

### 1. 平台用工之劳务提供属于“经营性劳动”

从目前主要的平台用工形式来看,劳务提供者所为之运送、代驾等服务以实现一定服务成果作为获得报酬的对价。劳务提供者一般自备车辆或租用平台配送箱等劳动工具,并自主决定是否工作、何时工作以及何地工作。美国学者哈瑞斯(Seth D. Harris)将这一特征视为“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”。<sup>[53]</sup>

由于劳务提供者在一定时期内参与平台用工,在平台形成“积分”这一虚拟资产,并

[48] 在 1998 年后已无确切统计数据可查。See Manfred Weiss & Marlene Schmidt, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer Law International B. V., 2008, p. 49.

[49] Vgl. Hromadka, 23 *NZA*, S. 1249 (1997).

[50] Vgl. Däubler/Klebe, 17 *NZA*, S. 1032 - 1036 (2015); See Waas, Liebman, Lyubarsky, Kezuka, *Crowdwork— A Comparative Law Perspective*, Bund-Verlag GmbH 2017, pp. 154 - 155.

[51] [德]雷蒙德·瓦尔特曼著:《德国劳动法》,沈建峰译,法律出版社 2014 年版,第 356 页。

[52] 早在 1988 年,沃克(James W. Walker)就提出 20 世纪 90 年代人力资源管理的趋势是扁平化、精细化和弹性化。See James W. Walker, *Managing Human Resources in Flat, Lean and Flexible Organizations; Trends for the 1990's*, 11 *Human Resource Planning*, p. 125 (1988). 这一预测为此后的实践所证实,企业在劳动力组织方面越发扁平化,劳动力供给方式亦多元化。See Martina Huemann, Anne Keegan & Rodney Turner, *Human Resource Management in the Project-oriented Company: A Review*, 25 *International Journal of Project Management*, pp. 315 - 323 (2007).

[53] 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》,《环球法律评论》2018 年第 4 期,第 14 - 15 页。

因积分与提成挂钩的机制使劳务提供者受制于平台规则。平台规则及其对劳务提供者的限制与劳动关系中用人单位的指令是不同的,关键在于平台规则在事前公示并统一适用于全部劳务提供者,不存在平台就某个劳务提供者的劳动过程发出具体指示,因此应解释为劳务提供者完成特定承揽业务所须遵循的一般性规则,是具有承揽内容的合同附件集合。平台规则中的顾客评价体系也不是雇主转移管理权,德国学者瓦斯(Waas)认为顾客对服务的事后评价几乎不能被视为从属性工作,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,不会产生人格上的从属性,顶多是经济从属性。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>[54]</sup>

平台与劳务提供者之间的合同通常以“合作”为名,其性质应是包含“承揽、劳动”合同因素之混合合同,<sup>[55]</sup>与家内工作者的合同基本相同。其中,承揽合同因素表现为劳务提供者接收平台发送的订单信息,自主完成并收取报酬;劳动合同因素表现为劳务提供者因持续性工作而对平台形成的经济依赖,其中包括因积分形成的虚拟财产及因此受到的规则控制,导致劳务提供者的独立性不断减弱。因此,劳务提供者未与平台形成人格性结合,欠缺人格从属性,但有明确的经济从属性,符合经营性劳动之特征。

## 2. 平台用工之劳务提供具有显著的个人属性

当前主要平台提供的服务项目均由个体劳务提供者独立完成,对技能水平要求较低,无论是网约车、代驾,还是外卖配送、同城速递,一般仅需具备驾驶能力,除此之外的行进路线可由平台提供。相对于家内工作者需要辅助者的劳动状态,平台通过算法和智能终端充当了事实上的辅助者,使得劳务活动的个人属性更为凸显,可以形容为“平台中心化、个体原子化”,与工业时代的组织化、科层制生产方式截然不同。就其产生机理而言,平台用工之个人属性并非参与者的主观选择,也很难说完全是由平台创制的,根本上是信息化生产方式的产物,平台也是其产物之一。信息化条件下的社群被进一步解构,个体越发“原子化”,平台用工也只是其在生产领域的表现形式之一。

## 3. 平台用工之劳务提供者不是真正的市场参与者

如同家内工作者从合同相对方(工厂)获得生产任务,而不是直接进入市场与同业者竞争,平台用工之劳务提供者亦不与劳务需求者发生直接的缔约行为,而只能从平台获得劳务信息。在此模式下,平台基于对劳务需求信息的垄断而形成了一个隔离于劳务需求市场的“内部劳动力市场”,由平台与众多劳务提供者构成,劳务提供者的交易对象只能是平台。劳务提供者无论使用哪个平台软件或者同时使用多个平台软件,都不能直接与劳务需求者缔约,直观的例证是网约车与巡游出租车的区别,前者路遇招手示意的乘客也不能搭载,否则即构成非法运营。可见,劳务提供者处于平台垄断信息所形成的“内部市场”中,不是真正的市场参与者。<sup>[56]</sup>

[54] See Waas, Liebman, Lyubarsky, Kezuka, *Crowdwork-A Comparative Law Perspective*, Bund-Verlag GmbH 2017, pp. 154 - 155.

[55] 参见王天玉:《互联网平台用工的合同定性及法律适用》,《法学》2019年第10期,第178-179页。

[56] 平台对大量数据的收集使其与劳务提供者之间产生信息不对称,进而使劳务提供者的议价能力、影响交易规则的能力和沟通能力上处于弱势地位。参见[意]圭多·斯莫尔托:《平台经济中的弱势群体保护》,《环球法律评论》2018年第4期,第56-60页。

#### 4. 平台用工之劳务报酬具有生存权属性

作为平台用工研究对象的劳务提供者并非是利用空闲时间偶尔为之的兼职者,而是以平台用工为主业,获得主要生活来源者。受平台积分规则的影响,劳务提供者只有持续地在一个平台工作才能提升等级,赚取更高比例的提成。这就使得劳务提供者虽然可以同时使用多个平台软件,但主要还是为一个平台服务。其结果是劳务提供者从单一或某个主要平台获得的报酬构成其收入的主要来源,亦即其生存权之经济保障。从这个角度说,平台对于劳务定价及调价规则、假日及高峰时段的补贴规则、违规的处罚与拉黑规则等与劳务提供者之生存权直接相关,换言之,平台与劳务提供者在经济上的依存关系反映出后者的弱势地位和社会保护需求。

综合上述四点,平台用工之劳务提供者既因“经营性劳动”而具有一定的自主性,又因其劳动方式、市场地位、生存依赖等因素而形成对平台的经济从属性,符合类雇员要件,可视为类雇员在信息化时代之新形象。

## 五 “劳动三分法”框架下的平台用工规范体系

### (一) 构建平台用工独立规范体系之必要性

现有方案的分歧在于是将劳务提供者纳入到劳动法的保护范围,并有选择地适用劳动法规则,还是就平台用工设置独立的调整制度。前者基于二分法,通过强调经济从属性来认定劳动关系;后者基于三分法,将经济从属性单列,界定为类雇员,构建符合其劳动特征的法律制度。笔者认为,对于符合类雇员要件之平台用工只能构建独立的调整机制,采取三分法模式,而无法在劳动法框架下获得妥善应对,理由有三:

#### 1. 劳动法是以人格从属性为核心构建的有机整体而不能选择性适用

所谓“从属性劳动”,根本在于人格从属性,按照日本学者我妻荣先生的阐释,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>[57]</sup> 如果将仅有经济从属性的劳务提供者纳入劳动法调整范围,会形成基于人格从属性和基于经济从属性的两种劳动关系,实质是将现有二分法面对平台用工的局限吸收到劳动法内部,将形成“劳动二分法”下“大劳动法、小民法”的格局,这既会造成劳动关系认识之混乱,也会导致劳动法与民法的冲突,如前文提到的长期承揽合同。即便制度上要实现部分适用劳动法的结果,也无法在劳动法内部实现,原因在于劳动法制度可以微调,但不能选择性适用。所谓微调是指劳动法分类调整的规制技术,在人格从属性的基础上根据劳动者从属程度不同,通过“适用除外”和“特别规制”的方法对极少数规则进行差异化适用。以管理人员为例,“适用除外”针对高级经理,主要是最高工时、加班报酬以及结社等集体劳动关系法的免于适用;“特别规制”针对低级

[57] 参见[日]我妻荣著:《民法讲义·债法各论》(中卷二),周江洪译,中国法制出版社2008年版,第4、13页。

经理,不涉及劳动基准,只是在结社、罢工和团体协议等集体劳动关系事项上有专门规定。<sup>[58]</sup>而选择性适用则是要将劳动基准、劳动合同的各项制度予以拆解、分割,再加以选择,而问题是由谁选择、选择什么,以及对于未形成人格性结合的平台用工,能否摒弃“解雇保护”这一劳动法之基本制度。<sup>[59]</sup>可见,选择性适用不是劳动法的分类治理,其可能导致劳动法碎片化,劳动法的各项制度不可能如拼图一样随意组合。

## 2. 只有通过独立的调整机制才能直接规范劳务提供者的个人行为

若由劳动法调整平台用工,必然以劳动关系为前提,无论是典型劳动关系还是非典型劳动关系,平台都处于用人单位之地位。那么,对于劳务提供者给付劳务行为的日常规制只能通过平台,也就是说先规定平台作为用人单位的管理义务,再由平台对劳务提供者进行监督,而这又回到了工业时代立体组织化劳动管理的老路上。在信息时代,互联网平台之业务已然突破地域的限制,例如最大的外卖配送平台的单日订单峰值已达三千万件,<sup>[60]</sup>除去劳动关系模式,以创新模式完成的大致占到一半比例。面对如此量级的业务量和劳务给付密度,平台不可能有效完成用人单位的监管义务。那么,通过劳动关系来促使平台承担管理者责任就是用工业时代的思维来处理信息时代的问题,必然困难重重。对此,应当回归劳务提供者作为类雇员之“经营性劳动”本质,将其作为一类独立的劳务活动,制定专门的调整机制,直接规范劳务参与者的个人行为。

## 3. 经营性劳动立法是构建劳动群体多重保障网络的基础

二分法只有劳动法与民法两种调整机制,保障力度呈现两极化。对于类雇员之权益保障,劳动法太强,民法则太弱,通过拆解劳动法的方法来适应“类劳动者”也并不可行。基于三分法,加入经济从属性之类雇员,构建专门调整机制,能够使两极化的调整结构向多层次的保障网络转变。也有学者表达了对构建该制度的担忧,“我国特殊的制度背景与相对薄弱的理论基础,更使该制度在我国缺乏一定适用性和可行性”。<sup>[61]</sup>此担忧所针对的是“抽象的第三类劳动者制度”,而考察德国类雇员立法可知,类雇员的学理构造在于证明其不同于劳动者,不能纳入劳动法调整范围,而立法针对具体的类雇员形态,在不同单行法中确立相应的保障机制,例如由《家内工作法》《集体协议法》《劳动法院法》根据各自的立法目的予以分别规定。那么,平台用工的立法逻辑不是先行制定一个抽象的类雇员法,而是基于类雇员的定位,对平台用工之混合合同增设强制性规范,例如报酬保障、职业安全等。若后续出现其他经营性劳动形态,再予以专门规范。就类雇员立法与劳动法的关系而言,劳动实体法无须规定类雇员,类雇员本就不是劳动实体法的适用对象,但劳动程序法可以适用于类雇员,为保障其生存权提供便捷的救济方式。概括来说,类雇

[58] 参见[日]大内伸哉:《従属労働者と自営労働者の均衡を求めて——労働保護法の再構成のための一つの試み》,载中嶋士元也先生選歴記念編集刊行委員会編《労働関係法の現代的展開:中嶋士元也先生選歴記念論集》,信山社2004年版,第47页。

[59] 王泽鉴先生认为,为保护处于弱势的劳工,在雇佣之外发展出劳动契约,尤其是对劳动契约的终止设有特别规定,劳动法乃是以此为基础建构的。参见王泽鉴著:《民法概要》(第二版),北京大学出版社2011年版,第300页。

[60] “美团外卖达成里程碑:单日订单达3000万单”,<http://news.zol.com.cn/723/7230165.html>,最近访问时间[2020-03-20]。

[61] 肖竹:《第三类劳动者的理论反思及替代路径》,《环球法律评论》2018年第6期,第79页。

员立法不是在整体上对劳动法做减法,而是在具体问题上对民法做加法。

## (二)平台用工规范体系之构想

### 1. 定价与报酬保障制度

平台用工之报酬具有生存权保障属性,应为规范重点,包括两个方面:一是报酬决定机制,即定价权;二是报酬给付机制,即请求权。平台基于资本和信息优势自始就掌握定价权,包括劳务给付的常规价格、特殊时段价格、提成条件及比例、调价机制等。可以从生存权保障之目的出发,参照工资保障建立平台用工的定价与报酬保障制度。在定价方面,可借鉴德国的家内工作委员会制度,由政府人力主管机关、平台与工会三方代表组成平台用工委员会,参照当地工资水平确定平台用工之最低单价。平台之调价也须经由该委员会。<sup>[62]</sup>在报酬给付方面,应规定平台建立备付金制度,用以确保报酬提取,且报酬提取应确定基本时限,例如每日提取,此为劳务提供者报酬请求权之时间条件。是否行使请求权由劳务提供者决定,平台不得干预。

### 2. 连续在线时长控制制度

在平台用工的主要形态中,外卖配送、代驾具有明显的时段波动特点,而网约车和同城速递则不受时段限制,尤其是网约车可以连续运营。网约车司机长时间疲劳驾驶会大幅度增加事故风险,为此应强制此类平台建立连续在线时长控制制度,即通过车内信息识别系统确定司机身份后,对该人连续驾驶的时间进行监控并在达到一定时长后予以干预。具体时长可由平台用工委员会确定。

### 3. 职业风险保障制度

目前各大平台均基于商业保险建立了保障机制,但是商业保险主要针对一次性伤害事故的治疗,在发生严重事故的情况下,难以满足劳务提供者长期治疗、康复和未来生活来源的需要。为此,有必要通过社会保险和年金给付的方式提供类雇员的职业风险保障,最直接的方式当然是工伤保险,但工伤保险是针对劳动者的团体保险,以劳动关系为前提,适用于非劳动关系的类雇员存在制度障碍。针对这一问题,国务院办公厅发布的《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)中提出,“抓紧研究完善平台企业用工和灵活就业等从业人员社保政策,开展职业伤害保障试点,积极推进全民参保计划,引导更多平台从业人员参保”。这可解读为平台用工之劳务参与者的社保模式以“职业伤害”为基础,不拘泥于劳动关系,破解了灵活就业的类雇员参保难题。至于类雇员职业风险保障制度的建构,核心问题在于是依附于现有工伤保险制度,还是另行构建独立的灵活就业人员职业伤害保险。有学者考察了我国一些地方开展的灵活就业工伤保险实践后指出,有的地方是主要依附于《工伤保险条例》,有的地方是在《工伤保险条

[62] 在类雇员的议价方式上,除德国由家内工作委员会予以集中定价之外,加拿大、西班牙、意大利等国通过赋予类雇员结社和集体谈判的权利,使其能与合同相对方进行价格谈判。参见肖竹:《第三类劳动者的理论反思及替代路径》,《环球法律评论》2018年第6期,第81-90页。笔者认为,集体协商虽然是一可能选项,但基于我国劳动法制之现状,集体合同制度尚未有效落实,再用集体协商保障类雇员的权益未免不切实际。即便是德国学者也指出,德国类雇员有关工资和其他劳动条件的集体协议在理论上是可能的,但实践中并未发挥任何作用。See Manfred Weiss & Marlene Schmidt, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer Law International B. V., 2008, p. 49. 因此,现阶段更为可行的选择是德国式集中定价模式。

例》基础上作一定的改变,有的地方是在更大的程度上脱离了《工伤保险条例》。<sup>[63]</sup> 实践为未来制度构建提供了选择样本,考虑到工伤与职业伤害本质相同,仅是针对人群不同,为此构建职业伤害保险制度既须保持一定的独立性,亦应与工伤保险制度保持紧密联系,其法理与制度构造需要专项研究。

#### 4. 纠纷申诉及救济制度

劳务提供者因持续工作而在平台形成了积分的虚拟财产,平台规则包含惩戒的内容可减损该积分,乃至因严重违规而拉黑。劳务提供者只能向平台内设机构申诉。秉着“任何人不得做自己案件的法官”之基本法理,应由第三方机构解决劳务提供者对平台之申诉,适当的主体应是三方代表组成之平台用工委员会,由其独立判断平台处罚行为是否适当。劳务提供者若不满该委员会处理决定,可向法院提起诉讼。

## 六 结 论

平台用工提供了一个审视和反思“劳动二分法”及其知识体系的契机,提出了“法律应如何表达劳动”这一命题。在互联网时代之前,我们已经习惯了“从属性劳动—独立性劳动”的制度框架和思考方式,劳动法与民法的分工配合似乎是制度演进的自然结果。因此,面对所谓“非法兴起”的平台用工,制度惯性、司法逻辑以及学理思维的“下意识反应”就是要将平台用工纳入“劳动二分法”,或者说用“劳动二分法”来解释和规制平台用工,而在这种“二选一”的过程中,无论将平台用工界定为从属性劳动还是独立性劳动,说理的周延性和对策的可行性都难以令人信服。这种尝试的失败恰恰反映出现行法对劳动的“两极化”理解和表达存在明显缺陷,平台用工不归属于二分法中的任何一极。

鉴于我国所经历的独有的工业化进程,我们似乎未曾意识到“劳动二分法”之外还存在其他大规模、社会化劳动方式的可能性,而当互联网在短时间内将这种可能性变成现实性后,我们需要客观地面对和承认平台用工的创新意义,以便对现行法及其知识体系进行“补课”。德国在其工业化过程中对劳动进行了精细化的归纳和抽象,形成了“从属性劳动—经营性劳动—独立性劳动”的三分法,对应“雇员—类雇员—自雇者”的主体结构,在劳动变革中具有很强的制度弹性。类雇员理论对平台用工有充分的解释力,平台用工之劳务提供者所为劳务活动属于经营性劳动,是类雇员在信息化时代的新形象。

[63] 李坤刚教授指出,目前潍坊市、南通市和太仓市已经有了关于将灵活就业纳入工伤保险的地方制度。潍坊市人社局《关于灵活就业人员参加工伤保险的通知》(下称“《潍坊工伤通知》”)、《南通市灵活就业人员工作伤害保险暂行办法》(下称“《南通暂行办法》”)和《太仓市灵活就业人员职业伤害保险暂行办法》(下称“《太仓暂行办法》”)分属于三种类型,其中《潍坊工伤通知》是依附于《工伤保险条例》的,其特点为:(1)允许灵活就业者个人单独缴纳工伤保险;(2)按照《工伤保险条例》的规定支付相关待遇,但用人单位支付的待遇除外。《南通暂行办法》是在《工伤保险条例》的基础上作了一定的改变,其特点为:(1)灵活就业者个人缴纳工伤保险费,但与养老和医疗保险捆绑缴纳;(2)在工伤认定范围和补偿制度方面,针对灵活就业的特点作了适当调整。《太仓暂行办法》在更大的程度上脱离了《工伤保险条例》,其特点为:(1)较好地确定了灵活就业的范围,较合理地处理了灵活就业者工伤保险与劳动关系工伤保险之间的关系;(2)采取了较好的地方财政补贴制度,有利于促进灵活就业者参加保险;(3)对工伤补偿项目作了较大的调整。参见李坤刚:《“互联网+”背景下灵活就业者的工伤保险问题研究》,《法学评论》2019年第3期,第147页。

据此,“如何对平台用工进行法律规制”的问题可以转变为“如何构建类雇员的规范体系”,亦即“如何填补劳动二分法下的制度空白”。通过“劳动法做减法”的方案不可行,该方案是在二分法下超越“人格从属性”对劳动关系作扩大解释,以扩张劳动法来填补制度空白,既不符合平台用工的类雇员本质,又会导致劳动关系泛化,形成二分法下“大劳动法、小民法”的结构,难以避免制度冲突,亦无助于丰富法律对劳动的认知。着眼于互联网时代多元灵活的劳务给付方式,应利用混合合同的包容性,先在民法层面对平台用工合同进行解释,确认劳务提供者之“经营性劳动”后,根据其“经济从属性”规定相应的强制性保障机制,以“民法做加法”的进路实现私法与公法的结合,从而构建类雇员规范体系,并向“劳动三分法”的制度框架转型。

[本文为作者主持的 2016 年度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”(16FXC037)的研究成果。感谢哈尔滨市中级人民法院关爽法官在德文资料方面给予的支持。]

---

[**Abstract**] The existing laws classify labor into two categories: subordinate labor and independent labor, which are regulated by Employment Law and Civil Law respectively, thus forming the institutional framework and knowledge system of “labor dichotomy”. However, with the rise of platform employment, this new form of labor cannot be interpreted and regulated properly with the “labor dichotomy”. All countries in the world are interpreting the existing rules or creating new rules in labor law to deal with the problem of platform employment. The employee-like person theory in Germany could be taken as a path to the explanation of platform employment. According to this theory, labor activities performed by labor providers pertain to “operational labor”, with a significant personal attribute. The labor providers are not real market participants. However, their remuneration obtained through the platform has the attribute of the right to subsistence and constitutes their “economic subordination” to the platform — which are consistent with the constitutive requirements of employee-like person. In the construction of the platform employment regulatory system, China should take employee-like person as the orientation and through the approach of “addition of the civil law”, introduce such compulsory protection mechanism as pricing and remuneration protection system, continuous online time control system, occupational risk protection system, and appeal and relief system based on the platform employment contract, so as to fill in the institutional gaps in the labor dichotomy, enrich the legal understanding and expression of and response to labor itself, promote the transformation of institutional framework towards the trichotomy of subordinate labor, operational labor and independent labor, and develop a multi-level labor group protection system.

---

(责任编辑:姚 佳)