

平台用工劳动关系二分法的替代与进路

鲁 茜

上海海洋大学海洋生物资源与管理学院, 上海

收稿日期: 2024年3月14日; 录用日期: 2024年3月22日; 发布日期: 2024年4月30日

摘 要

平台用工劳动关系难以界定, 实践中法院判决也不尽相同。平台用工关系究竟属于承揽合同关系还是劳动关系未有定数。承揽合同不论其自身特性还是经历时代发展, 都不能完全概括平台用工。判断劳动关系是否存在的从属性标准亦有过时之处。很多学者认为在平台经济下从属性程度变弱, 因而不能认定为劳动关系。基于对平台劳务提供者一方的保护, 按照普通合同处理也似有不妥。故有了类劳动者的制度构想, 但类劳动者是定海针还是银样镞枪头, 结合实际来看其不具有现实可行性或者可以落地但收益未知。回归平台用工, 在算法系统的裹挟下, 劳工没有逃离剥削的现实。面对从属性标准的脱节, 以解释论为优, 立法论为次, 扩充新的指标, 为从属性理论注入时代的解释, 是最为稳健的选择。

关键词

平台用工, 劳动关系, 二分法, 类劳动者, 从属性

Alternatives and Approaches to the Dichotomy of Employment and Labor Relations on the Platform

Xi Lu

School of Marine Biological Resources and Management, Shanghai Ocean University, Shanghai

Received: Mar. 14th, 2024; accepted: Mar. 22nd, 2024; published: Apr. 30th, 2024

Abstract

The legal relationship of platform employment is difficult to define, and court judgments vary in practice. It is uncertain whether the employment relationship on the platform belongs to a contractual relationship or a labor relationship. Regardless of its inherent characteristics or historical

development, the contract cannot fully summarize platform employment. There are also outdated criteria for determining the existence of labor relations. Many scholars believe that under the platform economy, the degree of dependency weakens, and therefore cannot be recognized as labor relations. Based on the protection of the platform's labor service provider, it seems inappropriate to handle it according to ordinary contracts. Therefore, there is a system concept for quasi laborers, but whether they are Dinghai needles or silver like pewter spearheads is not feasible or can be implemented in reality, but the benefits are unknown. Returning to the platform for employment, under the coercion of the algorithm system, labor did not escape the reality of exploitation. Faced with the disconnection of the standard of dependent attributes, the most robust choice is to prioritize interpretive theory, prioritize legislative theory, expand new indicators, and inject contemporary interpretations into the theory of dependent attributes.

Keywords

Platform Employment, Labor Relations, Dichotomy, Quasi-Workers, Subordination

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 前言

实践中, 众包外卖员在送餐时撞到人, 法院判决肯定其职务行为, 要求平台承担责任¹。网络主播、外卖员诉讼请求认定和平台构成劳动关系时法院给出相反的判决²。外卖员送餐时受伤请求认定工伤时法院支持其认定劳动关系存在的请求。³ 这些不同地区的法院判决似乎将平台用工关系归属带向扑朔迷离的境地, 平台用工劳动关系也变成了司法实践中的悖论存在。

在我国, 平台劳动者⁴ 权益保障首先应当论证他们的劳动者身份。而作为论证劳动关系是否存在的法理, “从属性”标准是绕不开的话题。有的学者认为劳动者的从属性程度减弱[1] [2] [3], 有的学者认为从属性程度加强[4], 亦有观点认为从属性呈现模糊化[5]。但不论认为从属性程度减弱、增强, 抑或模糊化, 这些学者有个基本的共识: 即保护平台从业者的权益。不论是以从属性程度减弱为由提出类劳动者构想[2], 还是以应当肯定平台用工从属性为由批判现有从属性标准进而提出类劳动者构想[6], 类劳动者在学界呼声一片, 有大势所趋的意味。类劳动者制度是否能成为解决平台用工关系的定海针, 还需将视角拉回到现实做考量。

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)所列举的“人格从属、经济从属、组织从属”是进行劳动关系的认定的要素。从属性只能或有或无, 而非或强或弱, [2]所以必然无法解决平台用工强弱控制带来的问题。目前学界对于从属性的批判严格意义上是对构成要素的诘问, 而非该标准是否该存在的责难。

¹https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_9167814 浦江头条《外卖小哥送餐时撞伤人, 平台要担责吗? 法院作出判决》。

² 参见《公司与外卖小哥网络用工依然构成劳动关系》河南法制报《本市首例“网红”主播劳动关系案宣判》上海人大。

³ <https://new.qq.com/omn/20210704/20210704A07P3E00.html#:~:text=%E2%80%9C%E5%A4%96%E5%8D%96%E5%B0%8F%E5%93%A5%E2%80%9D%E7%9A%84%E5%B7%A5.%E9%97%B4%E5%AD%98%E5%9C%A8%E5%8A%B3%E5%8A%A8%E5%85%B3%E7%B3%BB%E3%80%82> “外卖小哥”送餐遇车祸, 如何判断工伤认定中的劳动关系? (判决全文)腾讯网。

⁴ 本文所指平台是《电子商务法》第9条第2款所称的电子商务经营平台中的商业平台。第9条第2款包括居间平台和商业平台。前者如“58同城”、“猪八戒网”, 后者如“美团外卖”、“滴滴打车”。居间平台一般不参与劳务定价, 只在劳动供需方完成交易前或交易后收取一定费用。本质上起中介作用。一般法律关系明确, 劳务供需方与此类平台也不会发生复杂法律关系纠纷。因体力劳动与知识劳动面对的平台控制与剥削机制本质相似, 笔者未将平台用工群体做进一步区分。

2. 平台用工劳动关系归属

在法学视角下探究平台用工，实质是定性与规制问题。在劳动法语境下讨论平台用工定性本质就是在讨论平台用工的身份归属问题。确定平台用工身份归属，首要问题是对最重要的平台祛魅。平台经济的雇员身份争议源于美国网约车平台 Uber 和 Lyft 的价格战。随着平台经济日新月异的发展，也带来了平台用工关系在传统法律的框架下难进行界定的问题：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，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。^[2]身份带来的归属感重要程度牵一发而动全身，面对平台用工，法律需持谨慎态度。

2.1. 揭开平台神秘化面纱

根据科斯定理，数字平台介于“企业”和“市场”之间。在成为经济概念之前，“平台”是 IT 领域常用的泛指术语。当“平台”一词渐渐渗入进了经济领域，平台经济就可以被形容为一处虚拟的技术集会所，它让以各种形式相互需要的不同人群聚集在一起。^[7]根据《关于平台经济领域的反垄断指南》中的定义，平台是指通过网络信息技术、使相互依赖的双边或者多边主体在特定载体提供的规则下交互，以此共同创造价值的商业组织形态。

马克思指出，实际上我们遇到的一切事物要么是被创造出来的，要么是被人努力以某种方式转变了的。平台作为 21 世纪出现的新型商业组织形态，同样也是“工业和社会状况的产物，是历史的产物，是世代活动的结果，其中每一代都立足于前一代所达到的基础上，……是由于社会发展、由于工业和商业交往才提供给他。”正如克里斯蒂安·福克斯认为互联网没有改变资本主义的本质^[8]，平台也没有改变劳动关系被资本主义主导的本质。

平台经济兴起时采取“让子弹飞一会儿”的抽离态度无可厚非，但它带来的问题愈演愈烈，已经成为熟视无睹的存在时，再采取雾里看花的态度是极其不明智的。竞争必然带来垄断，平台自产生时起以其“烧钱”模式进入大众视野，逐利的野心便已昭然若揭。消费者和平台的关系较之于劳动者和平台的关系简单，平台对于消费者仍需做足表面功课。一是消费者协会起到了很大的作用，二是消费者维权意识较之从前大大增强，三是国家颁布的《消费者权益保护法》得到了充分的落实。观之劳动者处境，平台用工下劳动者与平台的关系模糊不清，这种对劳动者错位化、模糊化的定位必然带来身份感的缺失，发生纠纷时也将面临着申诉无据的迷茫和尴尬。

笔者认为，平台是轻资产化的公司，是一种虚拟化的商业组织形式，是重资产持有者在数字网络场域的延伸。对它进行“祛魅”、理解“控制”是解决平台用工关系定位的两个关键词。在算法的加持下，平台为劳动者搭建了一座新型的全景敞视监狱。数字控制表明，资本控制手段不仅正从专制转向霸权，而且正从实体转向虚拟。^[9]

2.2. 虚假自由的隐性剥削

传统资方通过“在场”和“直接压迫”来实施劳动控制，随着资本平台化，对劳动者一方的控制方式也发生了创新性的改变，使得剥削变得更加隐形。平台以“灵活”、“自由”的工作特性，成为劳方据理力争的支点。“平台用工因其创新性而对现行劳动规范体系造成挑战”，^[10]成为治理问题的逻辑起点。

以外卖行业为例，外卖平台主要有三类用工模式：直营模式、代理商模式和众包模式，与之相对，骑手分别被称为直营骑手、专送骑手和众包骑手。直营骑手是直接受雇于外卖平台的骑手，专送骑手是受雇于劳务派遣公司的骑手，众包骑手是通过平台提供的信息、通过注册自主送单的骑手。工作的不稳定性会降低劳动者一方的职业认同感，而“直营骑手”，“专送骑手”、“众包骑手”等的身份差异化

建构，加剧着骑手职业的不稳定感。2020年，国际劳工组织官方网站发布一篇工作报告论文，该论文指出，2018年4月以后，美团将所有的自营模式用工全部转成了加盟或外包模式。目前众包物流模式成为骑手的主流用工方式，比例为60%，加盟或代理占比为40%左右。数字平台通过区分身份，制造出了众包骑手与直营、专送骑手的边界，隐形地规定了对内部群体的权利义务，通过强调这种身份差异，来完成对骑手的规训。与此同时，能者多劳在“去技能化”的情形下听上去更像是“一个愿打一个愿挨”的状态，数字平台模糊了劳动力生产和再生产的界限，也使骑手在不知不觉间，或是有意识但无可奈何中处于随时待命的劳动状态。有学者指出，“等单”并非不产生任何价值，也不应当被定义为非生产性劳动时间。外卖员等单过程中，后台的技术系统也在实时的收集数据……从这个意义上说，等单的在线时间外卖员也在生产数据，与送单时无异。[11]

在灵活的工作制下，组织者对劳动者进行“放任式管理”。以网络主播为例，主播群体和签约者达成协议只需要每个月完成多少时长的直播时间，可以自由灵活选择时间。如果网络主播今天有特殊情况，那么今天可以不直播。或者今天状态不好，直播时间可以少一些。这比传统的“朝九晚五”工作模式似乎多了很多自主性，但恰恰看似赋予劳动者较大的自主权，却实际隐形的要求劳动者随时待命和主动进行工作。这种自由灵活选择时间的积极性的迫地调动，劳动者消耗了更多的精力。在流量为王的网络世界里，数据最为关键，而平台也事实掌握着数据权。通过数据分析对平台进行优化，并向受众推出排名榜单。有观点认为，平台的激励排名和评级系统的目的是对工人进行管理和监督。[12]

平台通过“大数据”、“算法”等进一步实现了监管便利，在虚拟空间下，个人实体一览无余。以网约车为例，国内平台在网约车接到客人之后都会提示开启全程录音录像以示监督。在国外，Uber公司规定客户可以通过Uber应用程序评估他们收到的服务，这将决定驾驶员在公司的永久性。[13]隐私让渡于安全、注重客户体验带来的社会效果是积极的，但从平台视角，监管程度较之于传统出租车无疑加强了很多。

平台裹挟下的劳动者，更像是去主体化的原子。雇主会通过不同的手段对劳动者进行控制，比如，系统的评价体系、市场的准入，以及各种惩罚机制。他们面临着劳动保护和社会保障缺乏以及双向制约机制缺失的问题，且劳动风险和成本被转移给了劳动者。[10]布维洛曾表示：作为数字平台下的劳动者没有组织起来的能力。[14]这就是说，这些非传统型劳工并没有与平台谈判的能力，失去工会与劳动法的保护，他们的实际状况只会更糟糕。

2.3. 平台劳动关系的再思考

平台的奇妙之处在于它对劳动关系进行了“现象级解构”，在重申平台劳动关系的时候宜进行回归现实，落到实处的思考。共享经济零工劳动对传统劳动关系的解构在于其通过共享平台解除劳动者与用人单位或雇主的劳动关系，仅建立纯粹的用工关系，使雇主与劳动者的劳动合同关系转化为自由的劳务提供或是劳动力买卖的民事合同关系。[15]这是目前平台作为资方获取用工剩余劳动价值的法律优势。

基于对学界从属性程度减弱的回应，平台用工似乎走向了一个“上不去，下不来”的尴尬境地。学者基于此，对平台用工合同类型给予了创新性构想。有观点认为平台用工的逻辑起点是承揽合同，所以平台用工本质是承揽合同社会化。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。按照该观点：承揽合同的社会化+经济从属性=学理画像“类雇员”。

笔者对于平台用工实质是否是在承揽合同基础上的社会化有以下的疑惑：第一，平台用工的基础是否为承揽合同。如果对这一定性产生怀疑，是否还可以得出“类雇员”的学理画像。第二，承揽合同社会化应该进行怎样的法律定位。它是否有相对应的请求权基础。第三，除了承揽合同在法律上有明确

规定，社会化与经济从属性都是变量，这样会不会使“类雇员”画像变得更加的模糊，以模糊的学理画像构建明确的法律制度是否有所不妥。

承揽合同已经不足以涵摄平台用工劳动关系的事实范围，平台用工关系并非是承揽合同关系。在实践中，区别承揽合同与劳动合同，首先看当事人双方的约定，无约定时看补充协议；达不成补充协议的，遵循交易习惯；无习惯可循的，按照承揽合同处理。在当事人双方约定的条款不全、中性，尤其是没有约定由谁向第三人承担损害赔偿责任等场合，合同类型认定为雇佣合同或承揽合同都是可以的。因为承揽合同是有名合同，所以便优先适用。^[10]如果承认平台用工基础是承揽合同，无疑默认了平台居间方的法律地位。按照此逻辑，以外卖行业为例，定作人是消费者，承揽人是外卖骑手。将骑手和商家自动定位成民事关系，骑手和消费者也构成民事关系。这一法律定位显然对骑手群体不利，且实质上超出了民法调整的“平等主体之间的财产关系和人身关系”范畴。现实情况下，平台往往要求骑手注册成为独立承包商再与之签订合同。这种做法明显违背了实质正义理念。平台经济蓬勃发展至今，出现了网络主播等新型职业群体，如果按照承揽合同对平台用工关系进行定位，则不符合承揽人完成劳务须有一定结果的特征。典型的例子有网络主播在直播间与粉丝或其他主播互动聊天，不乏有很多主播关闭直播打赏功能，很难说有结果存在；电竞主播进行电子竞技，也没有实质结果发生。所以承揽合同并不具有很强的说服力。以模糊的学理画像构建明确的法律制度则更是有悖于法律追求稳定的特质，有学者指出，将工人分类置于法律的灰色地带可能会导致相当严重的后果：真正的风险在于，持续的法律模糊将会导致产生高昂的交易成本，因此各方被迫去寻求途径以澄清法律的模糊性。^[16]

3. 劳动关系二分法替代构想

作为解决平台用工关系定性的类劳动者，以不同的名称存在于很多国家之中。如西班牙的“经济依赖型自雇佣劳动者”、意大利的“准从属性劳动者”、德国的“类雇员人”。如上，各国的第三类劳动者制度的创设，是以一种类型化的路径，向无法被(完全)归类为雇员和自雇佣劳动者的劳动者全体，提供或扩展劳动保护。^[13]但这种类型化的解决路径有多少可行性，还需要进一步的谈论。

3.1. 不符合中国国情

我国对劳动关系采取的是二分法分类，所以类劳动者在我国是“新瓶添新酒”。劳动二分法的世界里，同样也是众说纷纭：有学者呼吁把雇佣关系纳入民法典的体系中^[17]，在民法典框架下解决问题。有学者建议扩大劳动法的调整范围，在“大劳动法”框架下定分止争。

法律移植要首先要考虑本土化问题，一项新制度的设立，落地，落实，不仅需要经济成本，更需要时间成本，盘根错节的制度背景和本土文化都会将新制度在空间范围里加以吸收融合，并使其“同质化”。新制度如果融合失败，就会出现“规避法律”现象，将会实质架空法律。想依靠法律移植一劳永逸地解决问题，并不具有现实性。我国在制定《海商法》时大量移植国际海事条约，随着实践发展，其中移植国际海事条约而来的法律与国家实际经济利益产生越来越大的矛盾，如何调和矛盾又成为一个棘手的问题，有此前车之鉴，法律移植更需持审慎态度。其次，“从属性”和“独立性”已在逻辑层面自洽。如果再增添“类劳动者”，在黑白二分世界里增加灰色地带，究竟是“稳定帐篷的第三根杆子”还是画蛇添足都不得而知。类劳动者制度好似一个可变维度区间，这也就说明了类劳动者本身就带有“不确定性”，以“不确定性”在谋求法律层面的确定性无疑为异想天开。再次，劳动关系问题在“从属性”和“独立性”构成的二分世界里推搡，当新兴事物——平台用工出现，民法和劳动法力所不逮，出现真空地带时，首先需要审视民法与劳动法的相关法律制度规范，完善现有的相关制度，而不是“头痛医头脚痛医脚”式的增设新制度。而且，民法已经做了加法，如：此次《民法典》中增加“……等与对方有重大利益关

系的条款”的内容，扩大了提请对方注意的内容，如果未提及，对方可以主张条款不构成合同内容。这说明传统私法也可以作为产生平台用工纠纷时的请求权依据。实践中，劳动法亦只需要按照比例原则增加相应的指标就能包揽用工权益保护，没有增加新制度的必要。一言以蔽之，制度重构需要一个更为审慎的态度。

3.2. 缺失法理依据

无论是对新政的期待，还是对旧制的批判，都说明了现在的上层建筑不能回应经济基础的问题。实践中法院对该类案件的判决亦有“盲目飞行”之味。2017年“好厨师”一案中⁵，朝阳法院以双方具有较强的从属关系，所建立的关系符合劳动关系特点为由，认定双方具有劳动关系。同年，上海市首例网红主播劳动关系案宣判，法官从合同视角否认了双方订立劳动合同的合意，双方之间对权利义务关系的约定不符合劳动关系的特征，判定主播与经纪公司之间不存在劳动关系。2019年许昌市中院对外卖小哥诉外卖平台公司是否构成劳动关系一案中支持了外卖小哥的诉求，法院参照劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》中确认劳动关系的有关规定，认定双方之间存在事实上的劳动关系。⁶ 学者论文中评析的案例，外卖小哥与平台之间是否构成劳动关系，法院以缺乏事实及法律依据为由，判决驳回外卖小哥的全部诉讼请求。⁷

有学者认为我国司法上存在的判决分歧恰好说明了确定“类劳动者”法律主体地位的可行性和必要性。^[18]事实可能并非如此，存在司法悖论只能说明现行立法存在问题，并不必然推导出“类劳动者”制度具有可行性。

有观点认为，如果将平台用工都纳入《劳动法》的保护范围内，意味着平台用工适用《劳动法》规定的一系列配套制度，会加重企业的负担，不利于平台经济的发展，最终会使平台放弃非传统用工。这种观点从平台经济效益出发似乎有合理性，但也带有一叶障目式的袒护倾向：本能地忽视平台自带的“垄断”基因。平台自孵化时起，追求垄断只能是一种无法控制的必然，追求劳动者、平台、政府三者之间的平衡，实现三者的和谐发展在自然状态下无法实现。平台的发展要求政府有所作为，用政治权力制衡经济权力，才能实现劳动者弱势群体一方的权益保障。如果单单将平台经济发展惨淡归结于是平台用工的费用负担所累，无疑是狡猾的托词。立法时需要高屋建瓴，充分考虑平台成本、国家成本、社会成本、个人成本，坚持短期利益和长远利益的平衡，才能实现三者的宏观平衡。

就类雇员与劳动法的关系而言，学者提出，劳动实体法无法规定类雇员，类雇员也不是劳动实体法的适用对象，但类雇员可以适用于劳动程序法，程序法为保障其生存权提供救济方式。概括地说，类雇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。这种观点隐晦地表达了对“大劳动法，小民法”的担忧。相较于世界发展“私法公法化”潮流，我国“公法私法化”的国情使得很多学者在坚守私法阵营。此类观点存在一个不能忽视的问题，即：如果实体法不能规定类雇员，那么作为程序法又怎么能保护实体法上不存在的制度？类雇员的本体究竟是权利还是权益？如果是权利，则不能存在实体规定不能的情形；如果是权益，类雇员即缺乏明确的法律依据，这就会带来保护无据的问题。在具体问题上对民法做加法，实则又回到了“承揽合同社会化”的观点上来，究竟在民法的框架下做怎样的加法？加到何种程度是合适的？是否与劳动法保护有了重叠？是否有必要绕过劳动法突破民法的私法属性？都需要对类劳动者进行法理探讨。

最后，从法经济学角度出发，制度重构远高于制度叠加的成本。就成本最优化而言，制度叠加是更好的选择。

⁵https://www.sohu.com/a/154245603_162758。

⁶《公司与外卖小哥网络用工依然构成劳动关系》河南法制报 2019 年。

⁷蔡笑：《怎样判断网约工与平台的从属性》经济参考报 2021 年。

3.3. 制度存在缺憾

德国的“类雇员人”，英国的“非雇员劳动者”，加拿大的“依赖性承包人”，对劳动关系进行了三分法划分。这些国家都有针对“第三类劳动者”的制度，但认定方式存在差异，没有统一的标准，随着历史的演进，具体内容也有所删改或补充。

“从属性——独立性”的二分法及其思维方式被学界诟病过于僵硬，有学者提出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，会导致劳动法边界的扩张，进而造成二分法内部的矛盾和张力。[18]在民法或者劳动法之间进行“二选一”适用，结果不仅是“同案不同判”，还会导致判决难以执行：司法判决中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，但由于平台用工劳务提供者多数是进城务工人员，事实上也不能承担损害赔偿责任，即使判决也难以执行；法院有时判决平台用工劳务提供者造成第三人损害时由平台承担责任。类雇员人由此应运而生。但类雇员人能否解决责任承担仍需进一步考证。因为类雇员人不享有法定的社会保险制度，平台雇主基于逐利目的，极大可能将数千万计劳务提供者定位为类劳动者。这些支持类雇员制度支持者为避免“泛劳动化”的顾虑很可能最终转为“去劳动化”的忧思。

类劳动者制度不能消除风险社会转嫁给个人的风险，也就不能消除随之而来的诉讼与仲裁风险，所以该制度构想在我国更像无源之水、无本之木。黄越钦提到：“未来之劳动关系将以社会安全体系为基础”[19]，类劳动者的出现不但未能解决实质问题，更甚会造成劳动关系的断层和割裂，更无所谓之未来劳动关系的构想。

类雇员制度在国外的发展也并非一帆风顺。在意大利的“准从属性劳动”制度经历了漫长而复杂的立法变动。从持续协同的合作者，经历比亚吉改革与项目工作，再到蒙蒂——富尔内罗改革，最终到2015年、2016年的立法修补，立法的目的从未真正实现，始终无法扭转企业将其作为对标准雇佣关系的廉价替代的局面[17]。

4. 劳动关系二分法的进路

基于对交易成本的考虑，科斯认为“雇佣”是企业资源配置的方式。而人作为企业的一种资源，与土地资源、房产资源、经济资源等在价值层面并无区别。但是人作为资源的特殊性在于在法律的世界里，人是目的，不是手段。这就会与资方的立场产生冲突，从属性作为在经济学上的分析工具需要法律加以限制。随着现代性经济的发展，认定从属性即意味着在法律上占据优势。平台在对人力资源进行整合时，根据组织成本和交易成本确定何种形式的雇佣。隐蔽性雇佣、劳务派遣和外包即是现在已经出现的被法律关注并进行规制的形式。资方想要“事实的从属性”而非“法律的从属性”，而网络技术的发展使得平台整合人力资源更加便利，信息不对称也将会导致供需关系向资方有利的方向发展。平台经济引发的对劳动关系现存认定规则的质疑与挑战，仍需要“回归常识”，在传统从属性标准下去判断。

4.1. 路径依赖合理性

我国多年以来认定劳动关系都是跳过法律关系的认定，从从属性入手，对从属性标准进行改良符合本土情况。有学者亦提出路径依赖的现实性：在美国，“任意雇佣”作为解雇法的默示规则，自1980年代以来被法律设定的各种例外破坏。即便适用任意雇佣法则的场合已不多，但是该法则仍然适合作为思考解雇法的逻辑起点，一旦废除就意味着要彻底重建解雇法的思维模型。至少到目前为止，美国法律还不愿意刹住制度的惯性，承担重建的成本。[20]

制度替代需要进行审慎思考。类劳动者似可变维度区间，难以用法律的框架将其固定。缺少相应的

本土化制度解释和实施举措显得多此一举。参考利益法学，笔者制作以下表 1，以期展示类劳动者制度是否迫切且现实。根据以下表格，难以看出类劳动者带来的明显收益。

Table 1. Benefit allocation chart

表 1. 利益划分图

是否设立 中间类劳 动者	当事人具体利益				结果		制度利益 有序规整	社会公共利益 公平正义利 益：如保护弱 者
	平台劳 动者	平台	平台劳动者 签约公司	平台劳动 者群体	平台群体	平台劳动 者签约公 司群体		
							平台劳动者	平台劳动者
是	√	×	×	√	×	×	√	√
否	×	√	√	×	√	√	×	×

4.2. 再解释从属性标准

回归从属性的分析框架中，对平台用工进行标准的再解释。从以平台为代表的“非传统用工”，有意识地针对从属性判断标准进行了法律规避转移，使从属性判断标准从外观上日益难以做出判断。江西省高级人民法院、省人社厅在 2020 年联合出台《关于办理劳动争议案件若干问题的解答(试行)》针对网络平台经营者与相关从业人员之间是否成立劳动关系的问题，采用“合同 + 人格从属性 + 要素式”的综合审查方式，以期统一裁判标准。⁸可见，纷纷扰扰十几年，作为所谓主流判定标准的从属性，在适用过程中更具有稳定性，被引用的频率更高，但也说明了该标准在实践中仍有不确定性。滥觞于现代化生产作业中个人对组织的依附的从属性在我国几经波折，实现了从学理到法律的跨越。正视这一标准的不足，才能避免法律以其昏昏，使人昭昭之嫌。

组织从属性是指劳动者进入企业中，成为企业组织中的一员并与他人配合完成工作。对于平台用工，劳务提供方较之于传统的工人，应聘形式的多样化，在固定场所办公的非强制化以及作为独立个体谋求自身利益的可能性都使得组织从属性程度减弱。

经济从属性，包括“生产组织体系属于雇主所有”“生产工具或器械属于雇主所有”“原料由雇主供应”“责任与危险负担问题”四个方面，[7]平台劳务提供方通常以自备生产工具或器械为由，被认定为经济从属性程度显著减弱。这样的认定难以抓住矛盾的主要方面，将会对问题的本质理解产生偏差。在经济从属性中，占据主要方面的是“责任与危险负担问题”，明确这个方面的归属，才能明晰经济从属性在平台经济下作何解。事实上，“责任与危险负担问题”在资强劳弱的今天还是需要“大而不倒”的资方承担更多的经济责任，这既是现实选择，也是法理依归。

无论是“从属三性”论还是“从属二性”论，人格从属性作为劳动关系的本质属性已是法学界的共识。有观点认为“劳动者的人格从属性只应当是合目的性的、仅涉及部分人格内容的，需提防他方对劳动者人格的过度吸收。”[21]这种观点在平台用工劳动关系中显得过于理想化，以外卖小哥的工作为例，他只有在下班时是自由的，然而这种自由时间又需要为第二天的工作做准备。在工作的强从属和等待接单的待命状态下度过，平台实际将外卖员的时间切割成模糊块状，他只有工作和等待工作的状态。平台将送餐劳动异化为一种“赶工游戏”，对于人格的操纵已经由硬性转向软性，由显性转向隐性。这场“盛世嘉年华”的资方游戏，将传统工厂的“必须”命令句式巧妙地变成了工人的“不得不”状态，将身份保障变成了责任自负的“个体玩家”。

⁸http://www.mohrss.gov.cn/SYrlzyhshbzb/dongtaixinwen/dfdt/202005/t20200521_369308.html。

综上,在处理平台用工劳动关系时需要“回归常识”,并秉持“劳资政”三方平衡收益的理念。常凯教授认为:不完全劳动关系是新类型的劳动关系,基本特征是具有经济和人身双重从属性。对于不完全劳动关系适用劳动法律规制。笔者亦赞同此观点,平台祛魅,回归常识,才是认清平台用工劳动关系的关键。

4.3. 增加信息从属性

经上述论证,平台非传统劳动关系都有一个特征:组织从属性虽然有所减弱,但是平台控制实际增强。

目前学界对于完善平台用工劳动关系的意见难逃从属性标准的窠臼。平台经济是否应该回归劳动关系的认定[21],对平台用工进行不同性质的区分,建立多层次的分类保护机制[22],抑或是提出自雇者,类劳动者以期构成劳动主体三分法体系[5][23],本质都是对劳动二分法还是三分法的争论。

基于法律整体谦抑性的特征,从属性标准确有可取之处,但是也要正视它与社会脱节的地方。这并非需要“壮士断腕”的决绝,但也要有“刀刃向内”的勇气。笔者倾向于从属性标准的批判式改进,与时俱进,在民法的谦抑性和社会法的政策性之间寻找平衡点,以解释论为优,立法论为次,扩充新的指标,为从属性理论注入时代的解释。增加信息从属性是为了方便保护平台用工者。

平台控制下的劳动关系,劳动力供需不平衡,劳资博弈悬殊。信息不对称产生了移植同意等条件性因素,劳动者缺少了知情权,也失去了很多为权利斗争的机会。在传统从属性理论中,人格从属性,组织从属性和经济从属性似乎都不能涵盖这一新的特性。笔者基于信息不对称,产生了以虚拟对抗虚拟的想法,在利益衡量框架下改进,以制度叠加为路径,在从属性标准中增加“信息从属性”标准,避免利益期待的盲目飞行。“信息从属性”的具体落地构想是在个案衡量中以法官为主导,根据双方提供的证据判断劳资双方哪一方掌握的信息更全面,再通过诉讼中举证责任倒置,即资方证明劳方知道或者应当知道关键信息存在,以达到保护弱势劳工一方的权益的目标。

5. 结语

在平台经济日益扩张的今天,平台用工在“自由”,“灵活”等充满希望的字眼下迷失,平台用工下劳动关系也显得扑朔迷离。学术争论“二分抑或三分”问题并非没有意义,相反,这是探讨平台用工背景下劳动关系是否存在的前置性问题,甚至将决定未来“劳资政”三方的走向和发展。毋庸置疑的是,先行从属性标准在今天确已呈现力所不逮的趋势。拨开重重迷雾,唤醒沉睡的法律则是我们法律人肩负的使命。当然,只依赖从属性标准认定劳动关系是否存在,或者只期待基于对从属性标准进行改良适用认定不足以保护平台用工的权益。法律联动规制平台也尤为重要,通过《反垄断法》对平台垄断行为进行规制,通过《劳动法》对非传统用工进行保护,双管齐下方能相得益彰。

参考文献

- [1] 李骏,宋嘉玲. 互联网平台用工方式及责任的解构与重构——以生产要素的集成方式为视角[J]. 中国应用法学, 2021(4): 33-47.
- [2] 王天玉.“超越劳动二分法”:平台用工法律调整的基本立场[J]. 中国劳动关系学院学报, 2020(4): 66-82.
- [3] 戚聿东,丁述磊,刘翠花. 数字经济时代新职业发展与新型劳动关系的构建[J]. 改革, 2021(9): 65-81.
- [4] 佚名. 周绍东、武天森:网约车平台的劳资关系本质[J]. 政治经济学研究, 2021(3): 170.
- [5] 俞寅杰. 互联网新型用工形态劳动关系的司法认定——以网络主播行业为例[D]: [硕士学位论文]. 上海:华东政法大学, 2017.
- [6] 田园.“互联网+”背景下劳动关系认定标准研究[D]: [硕士学位论文]. 长春:吉林财经大学, 2021.

- [7] 伊莎贝尔·道格林, 克里斯多夫·德格里斯, 菲利普·波谢. 平台经济与劳动立法国际趋势[M]. 涂伟, 译. 北京: 中国工人出版社, 2020: 24-25.
- [8] 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, 36(12): 134-143.
- [9] 陈龙. “数字控制”下的劳动秩序——外卖骑手的劳动控制研究[J]. 社会学研究, 2020, 35(6): 113-135.
- [10] 王天玉. 平台用工的“劳动三分法”治理模式[J]. 中国法学, 2023(2): 266-284.
- [11] 孙萍, 陈玉洁. “时间套利”与平台劳动: 一项关于外卖配送的时间性研究[J]. 新视野, 2021(5): 109-116.
- [12] Gandini, A. (2019) Labour Process Theory and the Gig Economy. *Human Relations*, 72, 1039-1056. <https://doi.org/10.1177/0018726718790002>
- [13] Atocha Castro, A.C.A. (2017) Las plataformas virtuales. Análisis del caso UBER ¿Una nueva modalidad de contratación laboral? Bachelor's, Thesis, Universidad de Piura, Piura.
- [14] 张伟佳. 多频道网络(MCN)机构与网络主播劳动关系认定的困境与路径研究[J]. 山东工会论坛, 2021, 27(4): 63-69, 100.
- [15] 董成惠. 共享经济基本理论及法律问题研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2020: 211.
- [16] 赛思·D.哈瑞斯, 汪雨蕙. 美国“零工经济”中的从业者、保障和福利[J]. 环球法律评论, 2018, 40(4): 5-37.
- [17] 谢富胜, 吴越. 零工经济是一种劳资双赢的新型用工关系吗[J]. 经济学家, 2019(6): 5-14.
- [18] 谢增毅. 民法典编纂与雇佣(劳动)合同规则[J]. 中国法学, 2016(4): 92-110.
- [19] 黄越钦. 劳动法新论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 自序第1页, 95-96.
- [20] 蔡笑. 约人员与企业间属于劳动关系吗? [J]. 中关村, 2021(10): 86-87.
- [21] 盖建华. 共享经济下“类劳动者”法律主体的制度设计[J]. 改革, 2018(4): 102-109.
- [22] 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, 42(3): 85-100.
- [23] 李干. 劳动者人格从属性的理论阐述[D]: [博士学位论文]. 上海: 华东政法大学, 2017.