

互联网平台用工劳动关系认定

谢增毅*

摘要 传统劳动关系概念和判定理论突出人格从属性和经济从属性,该理论主要以工业化时代的工厂劳动关系为模型。由于平台用工具有许多新特点,劳动关系理论在互联网平台用工背景下遭遇了巨大挑战;但传统劳动关系概念和判定标准具有较强的弹性和适应性,并非完全过时,仍可包容网络平台用工关系。与此同时,为适应网络平台用工的新特点,劳动关系的判定方法需作相应改进。对网络平台用工劳动关系的认定,应根据不同平台以及不同类型工人的实际用工特点,综合考虑个案全部事实进行具体分析,更加注重实质从属性,考虑平台工人工作时间和收入来源,以及社会保护的必要性等因素。由于网络平台用工的复杂性和差异性,我国目前暂时不必针对网络平台工人的身份制定专门规则,可通过最高人民法院出台司法解释来界定劳动关系的概念及判定因素。除劳动法外,还应完善社会保险制度以及网络平台监管制度等,多角度保护网络平台工人的权益。

关键词 劳动关系 互联网平台 平台工人 劳动关系认定

当前我国共享(分享)经济发展迅猛。据统计,2017年我国共享经济市场交易额约为49205亿元,比上年增长47.2%。2017年我国共享经济平台企业员工数约716万人,比上年增长131万人。2017年我国参与共享经济活动的人数超过7亿人,比上年增长1亿人左右。参与提供服务者人数约为7000万人,比上年增长1000万人。^{〔1〕}由于共享经济平台企业员工,以及参与提供服务者人数庞大且急剧增长,共享经济所涉及的劳动法问题极为重要。

关于共享(分享)经济的概念,2017年国家发展改革委等部门发布的《关于促进分享经济

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

〔1〕 国家信息中心分享经济研究中心、中国互联网协会分享经济工作委员会:《中国共享经济发展年度报告》2018年版,第1页。

发展的指导性意见》指出,“分享经济在现阶段主要表现为利用网络信息技术,通过互联网平台将分散资源进行优化配置,提高利用效率的新型经济形态。”〔2〕可见,互联网平台是共享经济的主要技术特征。〔3〕也有研究认为,相比“合作经济”(collaborative economy)、“共享经济”(sharing economy)等提法,“平台经济”(platform economy)是对这一新业态最为“客观”的描述。〔4〕为突出网络平台的地位以及互联网平台企业在共享经济用工中的主体地位,本文使用“互联网平台用工”的提法。〔5〕当前我国互联网平台发展迅速,不同平台的商业模式以及用工形式也不相同。有学者将平台经营模式和用工形式分为“平台自营模式”“信息服务模式”“新型共享模式”“多元混合模式”四种模式。〔6〕本文将“新型共享模式”和“多元混合模式”为主,兼顾其他模式,并以公众较为熟悉的交通出行、餐饮外卖等网络平台为例阐述平台用工的劳动关系认定问题。

由于共享经济服务提供者人数极为庞大,且数量仍在急剧增长,加上平台用工形式复杂灵活,如何保障网络平台服务提供者的权益,成为一个复杂而重要的课题。理论上,平台服务提供者与平台是否建立劳动关系,这一群体是否受劳动法保护,传统的“劳动者”概念或“劳动关系”判断标准是否已经过时等问题,是劳动法应予以应对的关键议题。实践中,劳动关系认定也是与互联网有关的劳动争议案件的焦点问题。例如,2015年至2018年第一季度,北京市朝阳区人民法院共受理互联网平台用工劳动争议案件188件,其中61.2%的案件,从业者要求确认劳动关系;在审结的171件案件中,超过84%的案件双方对是否建立劳动关系存在争议。〔7〕在美国,目前与共享经济有关的劳动争议问题也主要集中在平台工人是劳动者(雇

〔2〕 国家发展改革委等:《关于促进分享经济发展的指导性意见》2017年版,第1页。

〔3〕 国家信息中心信息化研究部、中国互联网协会分享经济工作委员会:《中国分享经济发展年度报告》2016年版,第1页。

〔4〕 Policy Department A: Economic and Scientific Policy, European Parliament, “The Social Protection of Workers in the Platform Economy”, November 2017, p.21, available at <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>, last visited 19th October, 2018.

〔5〕 对互联网平台用工的从业人员,本文根据语境,泛称为“互联网平台服务提供者”“互联网平台从业人员”,或“平台工人”。一些国家将平台经济的主要形式称为“众包”(crowdwork),即“众包商”(crowdsourcer)在平台发布业务或工作,由“众包工”(crowdworker)提供服务。本文根据文献出处,个别地方使用“众包”和“众包工”的提法。

〔6〕 “平台自营模式”指平台一般以用工主体的身份与从业人员建立劳动关系。“信息服务模式”指平台主要发挥中介作用,本身并不成为直接用工主体。“新型共享模式”指采取与传统用工模式不同的用工形式,平台和从业人员呈现合作特征,但从业人员在一定程度上仍接受平台规则的管理。“多元混合模式”指平台采取直接雇用、劳务派遣、劳务外包、新型用工等多种用工形式。参见刘燕斌主编:《中国劳动保障发展报告(2017)》,社会科学文献出版社2017年版,第296—300页。

〔7〕 北京市法院网:朝阳法院发布互联网平台用工劳动争议审判白皮书,<http://bjgy.chinacourt.org/article/detail/2018/04/id/3261190.shtml>,最后访问日期:2018年4月13日。

员)还是独立承包人(independent contractors)问题上。^{〔8〕}从我国典型案例看,由于平台用工具体形式并不相同,加上劳动关系的判断标准较具弹性,司法实践对平台用工劳动关系的认定并不统一。总体上看,目前网络平台服务提供者这一群体尚游离于劳动法保护范围之外,大部分平台工人尚未得到劳动法的保护。因此,迫切需要分析网络平台用工的法律性质,反思传统的劳动关系判断标准是否科学合理,从而为网络平台服务提供者提供应有的保护。对此问题的研究不仅事关劳动法完善,也是促进共享经济健康发展以及加强和改善民生、完善社会保障制度的重要内容。

一、传统劳动关系概念和判定理论的核心及主要特征

(一)传统劳动关系概念和判定理论的核心

劳动关系的概念及其判断标准是劳动法上经典而永恒的话题,是劳动法理论和制度的逻辑起点。网络平台用工劳动关系的判定也应从传统劳动关系标准理论谈起。通说认为,从属性是劳动法所调整的劳动关系以及保护对象——劳动者(雇员)的基本特征。史尚宽先生认为,“劳动法(亦称劳工法)上之劳动契约(Arbeitsvertrag)谓当事人之一方对于他方在从属的关系,提供其职业上之劳动力,而他方给付报酬之契约,乃为特种之雇佣契约,可称为从属的雇佣契约(Sog abhängiger Dienstvertrag)”。^{〔9〕}根据该定义,劳动契约的本质属性在于雇员的从属性。关于劳动关系内涵,欧陆国家和英美法系国家比较接近。德国学者普遍认为,“雇员是指基于私人合同,处于‘人格从属’关系中,而有义务为他人工作的人”“这一准则的核心要素是人格从属性”。^{〔10〕}人格从属性包括两个特征,即雇员融入了雇主的组织及在雇主指挥下工作。人格从属性强调劳务提供者在工作时间、工作地点、工作内容和具体履行方式方面都听从劳务受领者的指挥。^{〔11〕}在德国,判断从属性需要综合考虑各方面因素。德国学者指出,一开始就确立一个可以证明所有劳动关系存在的标准是不可能的,相反,劳动关系的存在依赖于“整体画面”(overall picture)。根据判例法,在认定人格从属性的多重标准中,没有任何单一标准是不可或缺的。^{〔12〕}

〔8〕 Miriam A. Cherry, “Are Uber and Transportation Network Companies the Future of Transportation (Law) and Employment (Law)”, *Texas A&M Law Review*, Vol. 4, 2017, p.185.本文根据习惯有时将劳动者称为“雇员”,有时将用人单位称为“雇主”,二者都是建立劳动关系的一方主体。

〔9〕 史尚宽:《债法各论》,中国政法大学出版社2000年版,第293页。

〔10〕 Manfred Weiss and Marlene Schmidt, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer Law International, 2008, p.45.

〔11〕 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42页。

〔12〕 Bernd Waas, Wilma B. Liebman, Andrew Lyubarsky and Katsutoshi Kezuka, *Crowdwork – A Comparative Law Perspective*, Bund-Verlag GmbH, 2017, p.147.

在美国,劳动关系的判断以及雇员(劳动者)身份的认定主要有两个体系。第一个体系是1935年《国家劳动关系法》所使用的普通法标准。这一标准主要来源于普通法的主仆关系和侵权责任规则。该标准强调一方控制(control)或有权控制另一方提供服务的工作细节。如果一方享有对另一方的控制,则双方存在雇主和雇员的劳动关系,如果缺乏控制的存在,劳务提供方则是独立承包人。在判断劳务提供者是雇员还是独立承包人时,需要考虑的因素包括:①雇用方对工作细节控制的程度;②个人从事的是否为特定的职业或业务;③职业的种类;④特定职业所需的技能;⑤哪一方提供工具;⑥雇用的时长;⑦报酬的支付方式,计时还是计件;⑧工作是否是雇主常规业务的组成部分;⑨当事人是否认为他们成立了劳动关系以及⑩雇主是否从事商业。根据该标准,没有任何一项因素是决定性的,劳动关系判断需要综合考虑所有因素。但是,雇主的控制程度是最重要的因素,雇主控制的程度非指实际的控制,而是指有权控制的程度。^[13]

劳动关系判断以及雇员(劳动者)身份认定的另一个体系是1938年《公平劳动标准法》确立的标准。该法涉及最低工资、加班补偿标准、童工限制、平等工资等待遇规则。该法对雇员的定义比普通法更为宽泛。根据该法,雇员是指“被雇主雇用的任何人”,^[14]雇主是指“直接或间接地为了与雇员相对应的雇用方的利益而行使的任何人”,^[15]而雇用则是“承受或允许工作”(suffer or permit to work)^[16]。法院根据该成文法的规定,在实践中形成了多重因素的所谓“经济现实标准”(economic reality test)。在判断雇员身份时通常需要考虑以下因素:①雇主控制的程度;②雇主和雇员对设备和材料投资的程度;③雇员通过管理技能分享利润和承担损失的机会;④工作所需的技术和主动性;⑤双方关系的持久性;⑥雇员所提供的服务是雇主业务不可分割的一部分的程度。^[17]可见,“经济现实标准”和上述普通法标准所需考虑的很多因素是重合的。“经济现实标准”最终的考虑因素是工人事实上为了自身的业务工作,还是在经济上依赖于其他人的业务。和上述普通法标准一样,在判断劳动关系是否存在时,工人和雇主双方关系的所有相关事实都应当考虑。^[18]

从大陆法系的典型代表德国和英美法系的典型代表美国关于劳动关系和雇员认定标准的理论看,二者的内容和主要原则是基本一致的。德国法强调人格“从属性”,是从雇员相对于雇主的地位来描述的,即雇员必须接受雇主的指挥、管理,相应地,雇主也有权对雇员施加“控制”;美国法强调“控制”,是从雇主相对于雇员的地位来描述的,从相反角度看,由于雇主对雇

[13] Mark A. Rothstein, Charles B. Craver, Elinor P. Schroeder, Elaine W. Shoben and L. Camille Herbert, *Employment Law* 5th ed., West Academic Publishing, 2015, p.70.

[14] Fair Labor Standards Act of 1938 § 3(e)(1), 29 U.S.C.A. § 203(e)(1).

[15] Fair Labor Standards Act of 1938 § 3(d), 29 U.S.C.A. § 203(d).

[16] Fair Labor Standards Act of 1938 § 3(g)(1), 29 U.S.C.A. § 203(g).

[17] Mark A. Rothstein et al., supra note 13, p.338.

[18] Bernd Waas et al., supra note 12, pp.45-46.

员有权施加控制,雇员相对于雇主也具有“从属性”。当然,“从属性”以及“控制”标准需要考虑的因素有所差别,相较而言,美国通过判例提供了更为具体的考量因素。

(二)传统劳动关系判定标准理论的主要特征

从德国和美国劳动关系理论可以总结出劳动关系和雇员判定标准的主要特征,认识这些特征则是分析如何认定互联网时代劳动关系的重要基础。

第一,劳动关系概念是以上世纪初工业化时代的劳动关系特征为原型的。劳动关系及从属性概念主要建立在工业化时代,以传统工厂为基本模型形成和发展的。20世纪初,欧美主要国家工业化程度已逐渐提高,传统工厂中,工人在固定时间、地点工作,接受雇主指挥管理,这是劳动关系及“从属性”理论的主要模型。从立法看,德国于1896年颁布了《民法典》,但起初《民法典》关于雇佣合同的规定是非常保守的。《民法典》对解雇保护、工厂代表等概念“一无所知”。^[19]《民法典》的不完备,导致了学术界尝试依靠其他制定法去填补法律漏洞。例如,菲利普·洛特玛在其两卷本的《德意志帝国私法中的劳动合同》一书中(1902、1908年版)描述了从依附性(从属性)劳动中产生的法律问题。当时,劳动法作为依附性劳动的特别法的观念还没有形成。^[20] 上世纪初,最普遍、最典型的雇员是工厂里的工人,基本都属于贫困无产阶级,完全靠出卖劳动力来养活自己和家人,工作是他们唯一的经济来源,所以帝国劳动法院曾经认为劳动关系的核心特征应该是“经济从属性”。^[21] 可见,从属性的概念也是从那时起开始受到法院的关注。德国学者也指出,魏玛时代不仅是集体谈判制度迅速发展的时期,也是现行德国劳动法基本概貌得以形成的时期。^[22] 因此,作为德国劳动法核心概念的从属理论也是上世纪初出现并不断发展的,类似地,美国的控制标准和经济现实标准理论也确立于20世纪上半叶。如前述,“控制标准”理论来源于普通法的主仆关系和侵权责任规则,1935年《国家劳动关系法》所使用的正是普通法的标准;“经济现实标准”则是根据1938年《公平劳动标准法》确立的标准。概言之,由于劳动关系理论主要确立于上世纪上半叶,而劳动关系以及现实中用工形式复杂多样且不断发展变化,因而传统劳动关系的判断理论和方法在当今时代尤其是网络时代不可避免地遭遇挑战。

第二,劳动关系的判断标准具有相当的弹性。由于现实中劳动关系复杂多样,在法律上难以具体、明确界定劳动关系的概念和判断方法,因此,立法或判例规则对劳动关系一般仅提供相对抽象的概念和原则。无论是德国“从属性”理论,还是美国“控制”标准或“经济现实”标准,不仅概念本身富有弹性,相应的判断因素亦是复杂多样,且存在理论上的争议。以“从属性”为例,其常常被分解为“人格从属性”“经济从属性”和“组织从属性”,但因对三个从属性的界定不

[19] 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31页。

[20] 参见瓦尔特曼,见前注[19],第31-32页。

[21] 参见王倩,见前注[11],第41页。

[22] Manfred Weiss et al., supra note 10, p.30.

清和理解不同,导致对三个“从属性”之间关系的认识混乱。^[23] 例如,有将“经济从属性”和“人格从属性”并列;^[24]有认为“经济从属性”仅是劳工从属性的重要特征,而非必然;有认为“组织从属性”应当与“人格从属性”并列,反对将组织从属性涵盖在人格从属性范围内;^[25]也有德国学者认为,组织从属性只是从人格从属性推导得出的,并不具有独立性;^[26]还有认为,“组织从属性完全可以为人格从属性及经济从属性所吸收”^[27];对从属性以及包含因素的理解可谓见仁见智。美国学者 Miriam Cherry 也指出,雇员的判断标准在任何情况下都具有显著弹性,即便在比较明确的情形下。^[28] 欧洲学者通过考察欧洲部分国家劳动关系的定义也指出,一国对劳动关系的定义总是相当“开放和灵活的”(open ended and flexible)。^[29] 当然,劳动关系概念和判断标准的弹性,并不意味着其缺乏核心要素。例如,德国的从属性理论强调“人格从属性”这一本质特征。德国帝国劳动法院曾经认为劳动关系的核心特征应该是“经济从属性”,后来逐渐认识到,经济从属性既不是认定劳动关系的必要条件,也不是充分条件。因此,帝国劳动法院更正了自己的观点,提出区分一般的雇佣合同和劳动合同的关键应该看劳务提供方是否对劳务受领者有“人格从属性”。^[30]

第三,劳动关系概念和理论具有很强的适应性。无论是德国“从属性”理论还是美国“控制”理论,虽然经历了约一个世纪,但其核心要义并没有实质变化。究其原因,一是这些理论本身揭示了劳动关系与其他民事关系,尤其是承揽、一般雇佣关系的本质区别,二是这些概念和理论本身具有很大的弹性和包容性。法官可以在司法实践中不断发展和完善。正是劳动关系概念的弹性和包容性,使其具有旺盛的生命力。因此,不管是大陆法系还是英美法系,有关劳动关系判定的规则主要是判例法,成文法一般只有非常原则的界定,鲜有国家在成文法中对劳动关系进行具体而明确的界定。德国也是在 2017 年才将劳动关系的概念纳入民法典。即便如此,德国民法典中劳动合同的概念仍比较原则化,主要是对以往判例规则的总结。^[31]

[23] 台湾劳动法学会编:《“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 2009 年版,第 55 页。

[24] 黄越钦:《劳动法新论》,翰芦图书出版有限公司 2006 年版,第 121—124 页。

[25] 台湾劳动法学会,见前注[23],第 54—59 页。

[26] Bernd Waas et al., supra note 12, p.148.

[27] 王天玉:“基于互联网平台提供劳务的劳动关系认定”,《法学》2016 年第 6 期,第 56 页。

[28] Miriam A. Cherry, supra note 8, p.186.

[29] Policy Department A: Economic and Scientific Policy, European Parliament, supra note 4, p.84.

[30] 王倩,见前注[11],第 42 页。

[31] 参见同济大学王倩副 2017 年 12 月 15 日在上海财经大学法学院举办的“新时代中国特色劳动法原理创新论坛暨《劳动合同法》十周年座谈会”所做的发言, http://www.sohu.com/a/211491028_729544, 最后访问日期:2018 年 10 月 30 日;有关德国 2017 年修法的情况,截至本文完稿时国内尚无公开发表的文献。

第四,劳动关系认定存在较大的不确定性。德国、美国的理论都强调个案中需综合考虑全部事实以及所有因素,而且都强调没有任何单一因素是决定性或不可或缺的。因此,劳动关系的判定结果往往难以预测,因人而异,存在较大的不确定性。美国学者指出,尽管《公平劳动标准法》确立的经济现实标准比普通法的标准更加聚焦于工人是否经营独立的业务,但很难预测多重因素标准应用的结果,因为决定的作出者或许比使用的标准更加重要。^[32] 劳动关系认定的复杂性和不确定性,对法官提出了更高要求。虽然概念和理论的抽象使案件的结果较难预测,也面临裁判不统一的风险,但也为个案更合理的处理提供了可能。

综上,由于劳动关系标准理论具备上述特征,一方面使其在互联网时代尤其是网络平台用工背景下面临挑战以及与现实的张力;另一方面由于其本身的弹性和适应性,又具备了很强的适应形势变化的调适能力。

二、互联网平台用工的劳动关系判定实践及面临的挑战

(一)美德两国劳动关系判定的实践及面临的挑战

网络平台用工具有许多有别于传统用工形式的特点,并且现实中出现了许多诉讼和纠纷。美国、德国的平台经济走在世界前列,有关网络平台用工的争议案件较多并广受关注,对其实践的考察于我国具有重要参考价值。

截至目前,美国法院并没有一般性地确立平台工人的“雇员”地位。在美国,近期影响较大的是2015—2016年Uber和Lyft两家交通出行平台公司在加州的案件,即O'Connor v. Uber和Cotter v. Lyft案。^[33] 在这两个案件中,法官注意到公司在向消费者的广告中直接声称自己是运输系统(transportation systems)或提供按需出行服务(on-demand ride services)。关于司机身份,两个案件的法官都认为,相关的法律因素存在两个指向——一些因素指向司机的雇员身份,一些因素指向司机的独立承包人身份。在Uber案中,法官的分析集中在按照加州法律Uber是否对实现预期结果的方式进行控制。Uber公司主张司机可以自行决定工作量的多少,但法官认为司机的这项自由并不能排除雇员的身份,而更相关的是Uber对司机工作(on duty)过程的控制。法官主要审查公司对司机的指示(包括着装以及对顾客的行为)以及对司机遵守指示情况的监督。通过客户对司机的评分制度,法官发现Uber司机提供的每次出行服务都受到顾客和监督。而且Uber的应用数据可以对司机行为进行实时监督。公司对司机应遵守的规则进行全时监督的程度,表明Uber对司机履职的方式方法(manner

[32] Bernd Waas et al., supra note 12, p.46.

[33] O'Connor v. Uber Techs., Inc., 82 F.Supp.3d 1133 (N.D. Cal. 2015), Cotter v. Lyft, Inc., 60 F.Supp.3d 1067 (N.D. Cal. 2015).

and means)享有很大程度的控制。^[34] 2016年Uber案的诉讼双方达成赔付1亿美元,但没有明确雇员身份的和解方案,法官以该方案并不“公平、充分和合理”为由没有批准该方案。^[35] 在Uber案件中,法官Edward Chen表达了已有劳动关系判断标准存在问题的看法,他指出产生传统的劳动关系判断标准的经济模式和新的“共享经济”有很大不同,将传统标准适用于Uber的商业模式带来了巨大挑战。传统标准所包括的很多因素在新的背景下显得过时,另外一些存在于现行经济现实的因素并没有被现有标准所明确涵盖。或许,立法机关或上诉法院可以在新经济的背景下改善或修改现有标准。可以想象,立法机关将为新的“共享经济”制定新规则。^[36]

在Lyft案中,法官认为,一旦司机选择了为Lyft公司工作,Lyft对司机如何工作保留了相当程度的控制。公司向司机发出了肯定的指示,保留了对违反规则的司机处罚的权力,而且公司有权根据服务条款禁止司机进入平台,此外,司机的工作整体融入Lyft公司的业务,没有司机公司无法生存,而且为Lyft工作所需的驾驶无需特别技术,这和独立承包人通常应具有的技能不同。但同时,一些因素将司机指向了独立承包人身份:司机享有工作频次和工作时间的灵活性,可以选择在城市的哪些地域接受订单,在驾驶过程中极少与公司管理层沟通,两位原告司机都不是全职提供驾驶服务,而且Lyft公司也不是他们收入的主要来源。2016年2月,双方达成了1225万美元的和解协议,但法官认为数额过低没有批准,而后双方达成了2700万美元的和解协议,法官于2016年6月批准了该和解协议。^[37] 在本案件中,法官Vince Chhabria暗示现行劳动法过时的观点被广为引用。他指出,加州法院在20世纪发展起来的雇员身份认定标准在解决21世纪面临的问题上帮助甚微:一些因素指向一个方向,一些因素指向另一个方向,一些因素模棱两可。也许,Lyft的司机总体上应当被认为是一种“新类型”的工人,需要另外一套保护。由于缺乏立法介入,加州已经过时(outmoded)的判断雇员身份的标准将继续使用,但这一标准无法提供清晰答案。^[38]

观察美国近年来有关Uber等交通网络公司(Transportation Network Companies,以下简称“TNC”)的案例可以看出,法院拒绝将TNC看做是“软件公司”,相反认识到交通服务提供中的劳动是所有TNC商业模式的重要部分。换言之,没有司机使用汽车和提供服务,手机

[34] Bernd Waas et al., supra note 12, pp.49-52.

[35] O'Connor v. Uber Techs., Inc., 201 F. Supp. 3d 1110, 1113 (N.D. Cal 2016).

[36] Bernd Waas et al., supra note 12, p.50.

[37] Cotter v. Lyft, Inc., Dkt. No. 94, 60 F. Supp. 3d 1067 (N.D. Cal. 2015); Cotter v. Lyft, Inc., Dkt. No. 200, 176 F. Supp. 3d 930 (N.D. Cal. 2016); Cotter v. Lyft, Inc., 193 F. Supp. 3d 1030 (N.D. Cal. 2016); Cotter v. Lyft, Inc., Dkt. No. 293, 13-cv-4065 (N.D. Cal. Dec 23, 2016); Cotter v. Lyft, Inc., No. 13-cv-04065-VC, (N.D. Cal. Mar. 16, 2017).

[38] Bernd Waas et al., supra note 12, pp.50-52.

运行的应用软件将毫无价值。^[39] 因此,从业务范围看,司机提供的服务是 TNC 业务的重要组成部分。同时,传统的劳动关系判断标准遭遇了重大挑战。根据“控制标准”,一些因素将 TNC 司机指向雇员,另外一些因素将司机指向独立承包人。一方面,司机享有决定工作时间的自由;司机可以选择全职工作,也可以兼职;他们使用自己的交通工具、手机和电脑;而且,有关的协议通常把他们贴上“独立承包人”的标签。这些因素将司机指向独立承包人。另一方面,许多因素支持司机是劳动者:TNC 对司机的控制程度很高,例如,Uber 使用顾客对司机的星级评价制度,实现了对司机几乎实时的监督,顾客代替公司管理层对工人进行监督;公司通常使用复杂的质量控制政策;而且根据“经济现实标准”,司机的商业机会以及风险和收益几乎不存在;司机通常都是低技能的,容易被盘剥,属于“需要被《公平劳动标准法》保护的群体”;以及虽然有关协议写明司机属于独立承包人,但此类协议属于格式化合同。^[40] 由于指向不同身份的事实同时存在,法官往往无所适从。在美国,关于网络平台工人的身份判定,许多案件本可以对此问题提供裁判规则,但由于案件采取或很可能采取和解方式,加上判断劳动者身份的标准模糊,法院未来如何处理这一问题仍具有不确定性。^[41] 这些和解导致一个不幸的事实,即法院不可能提供一个关于共享经济工人身份认定的清晰答案。^[42]

在德国,按照传统的从属性标准判断平台工人的劳动者身份也是困难重重。众包工作(crowdwork)存在不同的商业模式:在一些模式中,众包商(crowdsourcer)和众包工(crowdworker)之间可能存在合同关系,甚至是劳动关系;而在另一些模式中,众包工则和平台可能存在合同关系,甚至是劳动关系。但是,众包工往往因缺乏从属性(融入雇主)无法被认定为雇员。总体看,认定众包工为雇员面临巨大困难。^[43]

(二)我国互联网平台用工劳动关系认定的实践与面临的挑战

由于我国互联网技术以及平台经济发展较快,与互联网平台有关的劳动争议案件越来越多。从典型案例看,由于平台用工的具体方式并不相同,加上劳动关系判断标准较为弹性,司法实践对平台用工劳动关系的认定并不统一。

以影响较大的案例为例,在司机庄某与“e 代驾”公司的劳动争议中,二审法院认为,司机没有固定的工作场所,工作时间可自行掌握,司机亦非按月从平台公司获取劳动报酬,结合代驾司机的行业特点以及本案中庄某与平台公司签订了“e 代驾”驾驶员合作协议的情况,司机

[39] Miriam A. Cherry, *supra* note 8, p.182.

[40] Miriam A. Cherry, *supra* note 8, pp.186—187.

[41] Miriam A. Cherry, *supra* note 8, p.189.

[42] Miriam A. Cherry, “Beyond Misclassification: The Digital Transformation of Work”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol.37, 2016, p.578.

[43] Bernd Waas et al., *supra* note 12, pp.156—157.

与公司之间并非劳动关系。^[44]

在类似的一个代驾司机案件中,由于代驾公司与接受代驾服务的公司签署协议,法院认为:被告司机赵某并非协议当事人,故司机的代驾行为系接受被告平台公司的指令为履行协议作出的特定行为;其次,从司机和平台公司的约定看,司机系经被告平台公司考核并认可的代驾驾驶员,在其代驾服务过程中,必须接受平台公司制定的规章制度及行为规范,并需穿着公司统一的制服及胸卡,故司机在工作时间内接受平台公司的管理;另外,司机根据平台公司制定的标准收取费用,对于代驾费用并无议价权,其仅以付出的劳动获取相应报酬。因而本案被告赵某与被告平台公司之间符合雇佣关系的一般特征,应认为双方之间属于雇佣关系。^[45]

在郭某与北京某信息技术有限公司案件中,法院否认服务提供者美睫师和平台公司存在雇佣关系,但对服务提供者美睫师给客户造成的损失(人身损害),法院认为,平台公司仅对服务提供者的身份信息进行了认证,而对其今后提供的服务所可能涉及的相关资质等信息未进行审核,存在一定的过错,综合考虑被告平台公司的经营性质、过错程度以及其作为非直接侵权人的地位,酌情判令被告平台公司在 30% 的范围内对原告的损害后果承担补充赔偿责任。^[46]

在沈阳某科技有限公司与李某确认劳动关系纠纷案件中,法院则认为快递员和平台公司成立劳动关系。主要理由是:公司自认对配送的物品如有损坏,由其原价赔偿;快递员使用公司提供的运输工具;从事快递员工作是公司主营业务的组成部分;快递员在工作中必须遵守公司制定的配送规则;公司向其支付劳动报酬,因此,认定双方存在劳动关系。^[47]类似地,在 2017 年关于滴滴出行公司的两个案件中,因网约车平台司机发生交通事故,造成对第三人损害赔偿的责任,法院均判令滴滴公司承担对第三人的责任,但并没有明确司机和滴滴公司之间的法律关系。^[48]

[44] 北京市第一中级人民法院:庄燕生与北京亿心直行汽车技术开发服务有限公司劳动争议二审民事判决书,(2014)一中民终字第 6355 号。

[45] 上海市浦东新区人民法院:陶新国与北京亿心直行汽车技术开发服务有限公司、中国平安财产保险股份有限公司上海分公司等机动车交通事故责任纠纷一案一审民事判决书,(2014)浦民一(民)初字第 37776 号。后该案原审被告(平台公司)上诉,被上诉人暨原审原告陶新国向中院申请撤回起诉,法院裁定撤销一审判决。参见,上海市第一中级人民法院:北京亿心直行汽车技术开发服务有限公司诉陶新国等机动车交通事故责任纠纷一案二审民事裁定书,(2015)沪一中民一(民)终字第 1373 号。

[46] 上海市徐汇区人民法院:郭灵迪与北京河狸家信息技术有限公司、韩凯云生命权、健康权、身体权纠纷一案一审民事判决书,(2015)徐民一(民)初字第 1731 号。

[47] 辽宁省沈阳市中级人民法院:沈阳众业科技有限公司与李辉确认劳动关系纠纷二审民事判决书,(2017)辽 01 民终 7210 号。

[48] 成都市中级人民法院:滴滴出行科技有限公司、董丽机动车交通事故责任纠纷二审民事判决书,(2017)川 01 民终 9920 号;北京市西城区人民法院:尹广华与中国平安财产保险股份有限公司北京分公司、中国人民财产保险股份有限公司北京市西城支公司等机动车交通事故责任纠纷一案一审民事判决书,(2017)京 0102 民初 14100 号。

在2018年李某诉“闪送”平台案件中,闪送员李某自行购买配送车辆,在平台上抢单后从事快递配送服务,李某无底薪,“闪送”平台对李某无工作量、在线时长、服务区域方面的限制和要求,但对每单配送时间有具体规定,超时、货物损毁情况下有罚款,快递员不得同时为其他平台提供服务。法院经审理后认为:法律关系的性质,应根据事实审查认定,当事人不可以协议约定的方式排除劳动法之适用。“闪送”平台的经营模式为通过大量提供货物运输服务来获取利润,故闪送平台的运营公司并不是一家信息服务公司,而是一家从事货物运输业务经营的公司。本案平台公司在招聘闪送员时,对担任闪送员的条件作出了要求,李某提供服务时需佩戴工牌,按照服务流程的具体要求提供服务,在任平台闪送员期间李某并未从事其他工作,从事闪送员工作获取的报酬是李某的主要劳动收入,故平台公司与李某间具有从属性,双方间属于劳动关系。^[49]

概括以上案例,我国网络平台用工劳动纠纷的司法实践具有以下几个特点:第一,法官在大部分案件中都不认可网络平台用工劳动关系的存在,只有少部分案件明确认定劳动关系,还有个别案件认定双方存在雇佣关系,一些案件法官直接否定劳动关系或雇佣关系的存在,同时,很多案件法官回避了平台公司和平台工人之间法律关系的性质。第二,在处理结果上,类似案件可能存在不同的判决。例如,原告同是代驾司机,被告经营模式也基本相同,但二者的法律关系在不同案件中认定不同。第三,当司机等平台服务提供者造成第三人损害时,法院往往倾向于判决平台公司承担责任,即“损害结果同劳动关系认定呈现较强的相关性”。^[50]至于平台公司承担责任的法律基础,法院有时按侵权责任法的规则,有时认定双方存在雇佣关系,有时则回避当事人之间的法律关系性质。

值得关注的是,法院在一些案件中认定平台工人和平台公司之间存在雇佣关系,这一做法值得反思。我国并没有在成文法上采用“雇佣合同”或“雇佣关系”的概念,雇佣合同或雇佣关系当事人之间的权利义务并不清晰。雇佣的概念只出现在2003年最高人民法院出台的《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》中。^[51]法院之所以认定雇佣关系,目的在于让平台公司作为雇主承担责任,从而减轻平台服务提供者的责任,但当事人之间是否存在劳动关系,法院则回避了。从我国法院对网络平台案件的处理可以看出,法院在网络平台用工劳动关系的认定上也面临巨大挑战。

综上,不管在美国、德国,还是我国,网络平台用工的特点的确使传统劳动关系判定标准理论遭遇了严峻挑战。特别是,平台用工的一些新特点与经典劳动关系存在较大差异,使得平台用工的一些因素将司机等平台工人指向劳动者,一些因素则指向独立承包人,法官往往陷入两

[49] 北京市海淀区人民法院:“称闪送途中发生事故,闪送员起诉平台经营者要求确认劳动关系获支持”,<http://bjhdfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=5470>,最后访问日期:2018年7月1日。

[50] 王文珍、李文静:“平台经济发展对我国劳动关系的影响”,《中国劳动》2017年第1期,第9页。

[51] 最高人民法院:《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(2003年),第9条。

难选择,难以认定平台工人的劳动者身份。但是,根据以上国家的实践是否可以认为传统劳动关系判定标准理论已经过时了?结论恐怕为时尚早。

三、传统劳动关系判定理论过时了吗?

相比传统或经典劳动关系,互联网平台用工具有几个突出特点,使其与经典劳动关系存在较大差异,这些特点也使网络平台劳动关系的认定更加困难。第一,许多平台工人享有较强的自主性,包括是否提供服务、提供多少服务、何时何地提供服务等,而传统劳动者不能自由决定是否工作以及工作的数量、时间和地点。第二,在很多情况下,工人自己提供设备和工具,包括车辆等进行服务,而传统劳动者一般由雇主提供设备和工具。第三,很多平台用工实行计件工资而不是计时工资,而且工资支付几乎是实时支付。传统劳动者一般都是计时工资,且工资按一定周期支付。第四,平台工人的报酬一般来自于和平台按比例的分成,而传统劳动者工资一般是固定的,与雇主的营业收入并不直接挂钩。第五,平台对服务提供者的监督一般借助于顾客,通过顾客的评级制度等方式,实现对平台工人的监督。在传统劳动关系中,雇主对雇员的管理和监督一般都由雇主完成。第六,从业人员准入门槛较低,进入退出自由。^[52] 平台工人加入平台的程序较为简单,往往通过在线操作和有关证书的审核即可完成,平台工人退出平台的程序也较为简单,而传统劳动关系中,雇主对雇员的招聘程序较为严格。这几个特点,尤其是第一个特点,是对传统劳动关系“从属性”或“控制”因素的强有力否定,使平台用工劳动关系的认定遇到了强烈挑战,法官也往往陷入困境。即便如此,传统的劳动关系判定标准理论并没有完全过时,在网络平台用工背景下,传统理论仍有适用空间,无需彻底颠覆或者放弃。

如上述,传统劳动关系判定标准具有很强的弹性和包容性。无论是大陆法系的从属性标准,还是英美法系的控制标准或经济现实标准,均只提供了基本要义和判断要素。在判断劳动关系的诸多要素中,法官反复强调没有任何一项因素是决定性的,也没有任何一项要素是不可或缺的,对劳动关系的判断需要考虑全部事实和各项要素。平台工人在工作时间、工作地点和工作方式上的自由,虽然对劳动关系的认定有重要影响,但单凭这一点不能彻底否定劳动关系的存在。正如美国专家指出的,工人可以决定工作时间的现实相比公司有权对工人工作过程施加控制意义更小。^[53] 通过考察平台公司和工人之间的复杂关系和各种因素,运用传统的

[52] 参见刘燕斌,见前注[6],第298—299页。

[53] Gig Economy: Are Your Workers Employees? The 6-Part Test — Law360, May 4, 2016, 5/9, available at <http://www.law360.com/articles/791945/gig-economy-are-your-workers-employees-the-6-part-test>, last visited 19th October, 2018.

劳动关系认定标准,仍可以得出当事人之间是否存在劳动关系的结论。

(一)网络时代没有改变雇员从属性的实质

网络时代需要对从属性包含的诸因素的判断方式进行反思和更新。传统的用工强调雇主对雇员工作时间和地点的控制,但在网络时代,由于技术发展,雇主对雇员的控制方式和手段发生变化,尤其是在某些行业,雇主对雇员工作时间和地点的严格控制失去了原有意义,雇主选择通过其他方式施加控制。以交通出行平台为例,随着技术发展,网络平台公司要求司机在指定时间、指定地点提供服务或工作,并无多大实际意义。相反,通过技术手段,尤其是大数据,公司可以测算和控制某一时点提供服务的司机人数,而且通过定价机制,规定不同时段的浮动价格,也可以间接调控司机的数量和工作时间。首先,由于中国相对丰富的劳动力资源,通过平台提供服务的人数相当可观,即便允许服务提供者自由决定是否提供服务,也可以保证一定数量的服务提供者。其次,由于平台工人的报酬方式是计件收入,除非兼职从业人员,服务提供者为了保证其基本收入,必须提供一定数量或时长的服务。最后,平台通过定价和报酬制度设计,即通常服务提供者提供的服务时间和服务数量越多,提成比例或收入越高,且服务时间和服务数量达不到一定指标将面临收入损失甚至失去服务机会等规则,也将鼓励服务提供者提供更长时间的服务。因此,即便平台公司不做强制要求,通过技术手段和商业模式,也可以保证一定数量的服务提供者提供相当时间的服务。而且,现在的网络平台服务一般都是平台工人和顾客一对一的服务,和传统的工厂式“流水线”生产方式有很大不同,某个工人是否提供服务并不影响平台公司业务的开展。因此,由网络平台提供的服务内容和技术发展决定,很多网络平台工人享有是否工作、工作多少、工作时间和工作地点的自由也不足为奇了。换言之,平台工人享有工作时间工作地点等的自由,只是技术发展使平台的管理方式发生了变化,并不意味着劳动关系就不存在。德国学者也指出,如果劳务提供者在工作时间、工作地点、工作的内容和具体履行方式方面都听从劳务受领者的指挥,那么他们之间无疑存在劳动关系,但是认定劳动关系存在并不要求满足以上所有特征。^[54]

同时,虽然网络平台对服务提供者是否提供服务、服务时间、服务地点表面上减少控制了,但许多平台对服务提供者其他方面的控制和管理加强了。这些控制主要表现在:①网络平台大多制定了严格的规章制度,服务提供者必须严格遵守。服务提供者如果违反规章制度,可能面临平台公司的惩罚。②网络平台对工作或服务的过程进行严格管理。通过技术手段,一些网络平台实现了对工人的实时监督。以滴滴出行公司为例,在部分业务线,根据GPS信息,滴滴在每段行程中,从疲劳驾驶、超速、急加速、急转弯、急刹车五个维度来监测车主的驾驶行为。^[55]平台公司对平台工人的着装、服务标准均有严格而具体的要求。③平台通过客户的

[54] 参见王倩,见前注[11],第42页。

[55] 张车伟主编:《中国人口与劳动问题报告 No.18》,社会科学文献出版社2017年版,第127页。

评级等制度对司机等平台工人进行监督。平台经济的一个重要特征是将公司对服务提供者的监督权交给客户,通过客户的评级对平台工人进行监督。相比传统的公司对雇员的监督,这种一对一、全时的监督更加严密而有效。^④平台对服务享有完全的定价权。网络平台完全掌握定价权,服务提供者对服务价格没有议价权利,而且对服务价格的实时调整也完全由平台作出。^⑤平台不仅有严格的规章制度和监督,而且一般伴随着严格的惩戒措施。平台工人违反规章制度或者未按平台的指示提供服务,将在经济上遭受一定损失,甚至丧失继续提供服务的机会。美国学者也指出,通过技术和人力因素的组合,Uber对每一单出行服务各个方面如何提供施加了极为严密(extremely tight)的控制。^[56]概言之,虽然表面上平台工人享有是否工作以及决定工作时间和地点等自由,但一些网络平台通过对服务过程进行了严密监督,相比传统劳动关系,从某种意义上看,平台企业对工人的控制不是减少了而是加强了。

网络平台用工的其他特点,也非对传统劳动关系特征的颠覆。其一,工人在很多情况下自己提供工具,正是共享经济的重要特征,是现代经济资源共享的重要体现,并不会影响从属性的实质。其二,很多平台用工实行计件工资而不是计时工资,这一现象在传统劳动关系中既已出现,并非新鲜事物。平台用工工资实行实时支付主要是源于支付手段的技术发展,尤其是移动支付技术的进步,使实时支付成为可能。在传统劳动关系中,由于支付方式落后、支付成本较高,通常以月为周期计算工资,但也存在以周等为周期计算和支付工资的。目前也存在许多按一定周期结算平台工人报酬的平台公司。因此,工资或报酬的支付方式和支付周期并不影响劳动关系的实质。其三,很多平台工人的报酬来自于和平台收入按比例的分成,主要是因为平台的收入主要来自于工人提供的服务,而服务价格可以量化,加上平台往往无需计算传统企业场地、设备、原材料等成本,因此,平台和工人可以直接按收入的一定比例分成,这也是由服务内容的特点所决定的,也没有改变劳动关系的本质。而且,传统的用工关系中劳动者按收入比例“提成”获取工资的做法也早已存在。综上,平台工人享有一定的自由,并且具有与传统劳动关系不同的一些特征,并不意味着从属性的缺失以及劳动关系的否认。

(二)经济从属性的重要性和地位凸显

由于网络技术的发展,服务提供者在是否工作、工作时间、工作地点等人格从属性上的表面特征有所减弱,因此,经济从属性在判断劳动关系是否存在上可以发挥更大作用。关于经济从属性有不同理解。我国台湾地区学者认为经济从属性主要指劳工在经济上处于弱势地位,以至于必须依赖对雇主提供劳务获取工资以求生存,或寻求更多收入、累积更多财富;经济从属性还表现在企业风险由雇主负担、劳工不负担风险。^[57]德国对经济从属性的理解主要表

[56] Jeremias Prassl and Martin Risak, “Uber, Taskrabbit, and Co.: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork”, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Vol. 37, 2016, p.640.

[57] 参见台湾劳动法学会,见前注[23],第57—58页。

现为,雇员的主要收入来自于雇主。^[58] 根据上文分析,美国的经济从属性则主要体现在雇主享受经营利润、承担经营风险,以及雇员从事的工作是雇主业务的组成部分,且后者更为重要。在美国,不管是控制理论,还是经济现实标准理论都强调雇员从事的工作是雇主业务的组成部分。概括不同国家和地区关于经济从属性的含义,经济从属性主要体现在两个方面:一是雇员的收入主要来自于雇主,二是雇员的工作是雇主业务的组成部分。相较而言,后者更为重要。雇员可能同时从多个雇主获得工资或收入,雇员是否依赖雇主生存也难以判断。而雇员的工作是否是雇主业务的组成部分,将决定由何方享受利润和承担风险,以及雇员收入的来源。虽然德国在劳动关系的概念中突出了人格从属性,但经济从属性的地位仍不可小觑。就人格从属性和经济从属性关系而言,从某个角度看,经济从属性是人格从属性的基础和前提,正因为雇员对雇主的经济从属性,雇主对雇员施加控制,或者雇员从属于雇主才具有正当性。因此,经济从属性仍然是判断劳动关系存在与否的重要因素。

网络平台企业往往否认经济从属性,即宣称平台公司只是一个网络技术公司或信息服务公司,并不提供具体业务或服务,并以此为由,否认平台工人与平台公司之间劳动关系的存在。上文提及的美国案例,Uber 等公司都以此为由进行了辩解。平台工人提供的服务是否属于公司业务的组成部分,如何进行判断,是网络平台用工劳动关系认定的一个重要课题。

关于业务的归属,互联网时代,企业分工越来越细化,随着外包业务发展,判断某项业务是否是公司的业务越来越困难,公司的业务范围也越来越模糊,特别是随着政府对企业经营范围管制的放松,企业经营范围越来越多元化。即便如此,某项业务是否是平台公司的业务仍可确定。以交通出行网络平台为例,从各方面看,Uber 等交通出行平台公司,并不能否认提供出行服务是平台公司的业务。具体理由在于:第一,司机提供车辆和服务是 Uber 等公司赖以存在的基础,是公司获利的主要来源。公司获利并不是来自其所谓的软件销售或技术服务,软件或技术服务只是其获利的基础条件之一。第二,平台公司对出行服务这项业务进行了全面的控制,包括司机的进入和退出、业务招揽和广告、服务标准、服务监督、服务价格,尤其是公司对服务价格进行实时调控,司机没有任何决定权或议价权。质言之,平台公司对出行这项业务进行了严格管理和经营,而不是仅仅提供技术服务。第三,工具等由服务提供者自行提供并不能否认公司业务的存在。一些平台工具或部分工具由服务提供者提供正是共享经济的特征使然,这只是商业模式的特点之一,并不能否认公司业务的存在。事实上,不同公司可能采取不同商业模式或经营方式,但这并不影响业务的实质。以中国的交通出行平台为例,是否拥有自营车辆是公司是否开展业务的重要标志,但知名平台公司大都同时拥有自营车辆和社会加盟车辆,而且商业模式也是不断变化调整的,公司往往根据经营策略,选择持有自有车辆还是使用社会加盟车辆以及二者的比重。从业务实质看,这些平台公司和一般运输服务公司并没有本质差

[58] 王倩,见前注[11],第44页。

别。平台公司也难以否认交通出行服务属于他们的业务。对于某类服务提供者,尤其是专职服务提供者,平台公司完全也可以或应该与之签订劳动合同。在美国,也有一些平台公司,主动将平台服务提供者的身份从独立承包人转变为雇员。^{〔59〕} 美国学者也指出,通过分析 Uber 的雇主功能,可以清楚发现,平台事实上实施了提供出行或物流服务的雇主所从事的所有功能。^{〔60〕} 尽管 Uber 高度依赖于现代技术,但其和传统的、单一的将司机作为雇员的雇主无甚差别。^{〔61〕} 对 Uber 商业模式的深入考察表明,当平台实施了所有雇主功能,平台可以被轻易认定为雇主,司机可以被认定为雇员而不是独立承包人。^{〔62〕}

因此,从经济从属性角度,尤其是平台业务的归属看,网络平台企业和工人完全可能建立劳动关系。

(三)运用现有劳动关系判定标准依然可以判定劳动关系的存否

从美国、德国和英国等发达国家相关实践来看,传统的劳动关系判断理论和判断方法并非走到尽头,毫无用武之地,相反,这些国家运用传统劳动关系判定理论,通过通盘考虑各方因素,仍然可以作出劳动关系存否的裁判。在英国,关于 Uber 等网约车司机的身份,2016 年伦敦劳动法庭的一个判决给出了明确答案。在 *Aslam v. Uber B. V.* 案件中,^{〔63〕} 伦敦劳动法庭裁决司机是 Uber 的雇员。法庭否定了 Uber 关于其只是一家软件公司,而不是劳动服务提供者的主张。法庭指出,否认 Uber 提供交通服务是不符合现实的,Uber 并非只是销售软件,而是提供出行服务。法庭还暗示 Uber 试图使用网络合同和发明新的术语来隐藏劳动关系。法庭通过分析 Uber 和司机之间的合同指出,Uber 合同的条款与司机和组织之间关系的事实不符,因此,法庭对合同条款可以置之不理。这一问题至少部分源于缔约双方不平等的谈判地位。^{〔64〕} 通过对 13 个要点的分析,法庭指出,不是 Uber 在为司机工作,而是司机在为 Uber 工作。这些要点包括:司机的招聘、顾客信息的控制、Uber 对默认路线的设置、定价结构、司机条件、对司机的指示、惩戒和评分系统以及 Uber 处理顾客投诉的事实。2017 年 9 月,伦敦交通部门由于担心 Uber 缺乏公司社会责任,拒绝给予 Uber 交通许可的延期,Uber 决定对此提出上诉。^{〔65〕}

德国近期的案例也认定了平台服务提供者的雇员身份。在一个案件中,法院将一名 IT

〔59〕 Miriam A. Cherry and Antonio Aloisi, “‘Dependent Contractors’ in the Gig Economy: A Comparative Approach”, *American University Law Review*, Vol. 66, 2017, p.683.

〔60〕 Jeremias Prassl et al., *supra* note 56, p.637.

〔61〕 Jeremias Prassl et al., *supra* note 56, p.641.

〔62〕 Jeremias Prassl et al., *supra* note 56, p.650.

〔63〕 [2017] IRLR 4 [86].

〔64〕 Miriam A. Cherry, “The Sharing Economy and the Edges of Contract Law: Comparing U.S. and U.K. Approaches”, *The George Washington Law Review*, Vol. 85, 2017, pp.1820—1821.

〔65〕 Miriam A. Cherry, *supra* note 64, pp.1821—1822.

程序设计员认定为雇员,尽管他在家工作,在空间上并没有融入雇主经营场所。法院注意到雇员的确不存在时间和地点的从属性,但在法院看来,考虑到提供服务的实际类型,这些因素并不是决定性的。当然,法院并不是将劳动关系的大门都向众包工打开。法院这一决定表明,一方面,缺乏时间和地点的依赖性并不必然排除劳动合同的存在;另一方面,必须存在比缺乏时间和地点从属性更为重要的相反因素,才可能认定劳动关系的存在。^[66]从英国和德国判例可以看出,依据传统的判断标准仍可以明确判定劳动关系的存在。

在美国,虽然法官在 Uber 等案中并没有就司机是否是雇员作出明确判定,但法官认可当事人通过赔偿达成和解的态度实质上支持了司机的诉求,特别是当和解金额不高时,法官对和解方案的否定,事实上也表明了法官支持司机的态度。尽管法院并没有直接认定司机是雇员,但法院的裁决也暗示了法官认为工人的实质诉求是有价值的。^[67]除了法院,美国联邦监管当局,包括美国国税局(IRS)和全国劳动关系委员会(NLRB)可自行决定交通出行网络公司司机的身份是雇员,这将影响有关税收事务、赋予司机组建工会的权利。^[68]

在我国网络平台用工劳动关系认定的司机实践中,法院也可能综合考虑各种因素,包括平台对服务提供者的管理、服务是平台公司的业务组成部分等而认定劳动关系存在,并非仅因服务提供者具有较强的自主性和灵活性而否定劳动关系的存在,最典型的是上述“闪送”平台案。面对平台用工方式与传统用工方式差异所带来的挑战,各地法院在坚持现有劳动关系判定理论和规则的基础上,进行了积极探索,在实践中积累了有益经验,个别法院还对网络平台用工劳动关系认定问题进行了全面的梳理和分析。^[69]

综上,传统劳动关系判断标准理论和方法并非寿终正寝或走入穷途,相反,运用传统劳动关系判断理论和方法仍然可以判定网络平台企业与平台工人是否成立劳动关系。如上述,即便是美国 Uber 案的法官也仅仅指出,需要对劳动关系的认定标准进行“改进或修正”,并没有提出应根本性颠覆或者抛弃。此外,德国 2017 年将劳动关系概念纳入民法典,其内容主要是对判例规则的总结,并没有对传统劳动关系理论和标准做根本调整,^[70]也说明了传统劳动关系判断理论在互联网背景下,仍具有旺盛生命力和广阔适用空间。事实上,传统劳动关系理论和判定方法的模糊性和弹性早已存在,并非平台用工使然。正如美国学者 Orly Lobel 指出的,“尽管日益增多的诉讼表明平台工作性质存在巨大争议,但这些劳动法问题并非平台所独有。在《公平劳动标准法》通过之后近一个世纪,雇员和独立承包人区分边界的不确定性并未

[66] Bernd Waas et al., supra note 12, pp.151—152.

[67] Miriam A. Cherry, supra note 64, p.1820.

[68] Miriam A. Cherry, supra note 8, p.189.

[69] 见前注[7]。

[70] 见前注[31]。

减少。”^{〔71〕}因此,在互联网背景下,不宜轻易否定或推翻传统劳动关系判定理论,通过对传统理论进行合理解释和适用,依然可以解决网络平台用工劳动关系的认定问题。如果因为网络平台用工的兴起,而质疑或者放弃传统劳动关系判定理论及其标准,则可能走入歧途。

四、劳动关系判定方法的改进及我国相关规则的完善

(一)互联网背景下劳动关系判定方法的改进

尽管传统劳动关系判定理论总体上并没有过时,但面临网络平台用工形式与传统用工形式的差异,劳动关系的判定方法也应与时俱进。由于劳动关系判断标准较为抽象和原则,而平台用工的特点又使劳动关系的判断更加困难,个案中一些事实可能支持平台工人的劳动者身份,一些事实可能否定平台工人的劳动者身份,法院在认定劳动关系上面临更大挑战。2018年3月,北京市第一中级人民法院发布的《劳动争议审判白皮书(2010—2018)》在分析劳动争议审判面临的困难和挑战时,提及的第一个挑战即,“传统劳动关系认定标准难以完全适应不断涌现的‘新业态’就业的要求。”^{〔72〕}为此,在互联网时代,应改进劳动关系判定方法,在判定劳动关系时考虑新的因素,以适应网络平台用工的新特点。

第一,平台用工模式各不相同,劳动关系判断还需综合考虑各种因素进行个案处理。不同平台商业模式不同,也处于不断变化之中,特别是平台公司对服务提供者的管理和控制程度不同,同一平台对不同类型服务提供者的管理和控制程度也可能不同,包括服务提供者是否有权自行决定工作时间、工作地点,可否决定是否提供服务、拒绝提供服务的后果,平台采取“派单”还是“抢单”模式,平台对服务过程和服务质量的监督(包括评级制度),平台对客户投诉的处理,服务的定价机制以及双方的议价能力,服务设施和工具由哪方提供,对第三人的责任由哪方承担,平台公司对平台工人的惩戒措施等等,都各不相同。因此,必须综合考虑以上各种因素,进行个案的具体处理。不同平台的工人,同一平台不同类型的工人,甚至同一平台同一类型的不同工人与平台的关系都可能并不相同。对平台公司与平台工人是否建立劳动关系,没有放之四海而皆准的标准答案或统一答案。

第二,对从属性的判断应该更加注重实质性。互联网平台用工的一个普遍特点是灵活性,从业者往往在是否提供服务、服务时间、服务地点等方面具有较强的灵活性。这方面的特征是否定从属性和劳动关系的重要因素,但是,正如前文所述,在劳动关系判断中,没有一项因素是决定性的,需要通盘考虑其他因素,不能仅因劳动者在工作时间、工作地点和是否提供服务上

〔71〕 Orly Lobel, “The Gig Economy & the Future of Employment and Labor Law”, *University of San Francisco Law Review*, Vol. 51, 2017, p.61.

〔72〕 参见北京市第一中级人民法院:《劳动争议审判白皮书(2010—2018)》,2018年3月, <http://bj1zy.chinacourt.org/article/detail/2018/03/id/3252040.shtml>,最后访问日期:2018年4月8日。

享有自主性就简单否定劳动关系的存在。要对从属关系进行实质性考察,包括平台公司对服务过程的控制,平台公司对是否提供服务等行为的奖惩措施,平台定价机制及其对工作时间、工作数量的影响,平台公司对服务提供者进入和退出的管理、平台对工人的培训、平台对工人的惩戒等等。要透过平台商业模式以及对从业者各方面管理和政策的外在形式,对从属性进行实质性判断,不应局限于平台工人表面上的自由轻易做出判断。概言之,随着技术发展,平台公司对工人控制和管理的的方式更加隐蔽和复杂,对人格从属性和经济从属性的判断应注重综合性、实质性的考察。

第三,平台工人的工作时间和收入来源也是考虑的重要因素。根据传统劳动关系判断标准,工作的持续性以及工作时长就是劳动关系判定应该考虑的因素之一。对于网络平台用工,由于工作的灵活性,平台工人从事的是专职还是兼职,工作时间长短也是判断劳动关系是否存在应考虑的重要因素。平台工人工作时间长短在一定程度上也表明工人和平台公司二者关系的紧密程度以及工人接受指挥管理的程度,而且工作时间长短以及相应的收入高低也是经济从属性的重要体现。以滴滴公司的数据为例,自2016年6月30日至2017年6月30日,滴滴出行平台已经为全国提供了1484.1万个工作机会,其中兼职917.2万,专职566.9万(占比为38.2%)。全国范围内在滴滴平台开网约车的复员、专业军人总量为178.8万,其中专职50.54万,兼职128.29万人。^[73]从专职和兼职司机比例看,兼职占大多数,但专职司机的比例也不低。从收入看,网约车司机个人月均收入在3000—5000元之间的比例最大,为39.69%,个人月均收入3000元以下的占23.54%,个人月均收入5000—7000元之间的占20.38%。^[74]从平均收入看,相当比例的司机处于全职或接近全职的状态,对这部分人而言,从平台获得的收入是其收入的重要来源。从工作时长看,每天工作不到2小时的占比为50.67%,2—4小时的占比为19.66%,4—6小时的占比为12.91%,6—8小时的占比为8.74%,8小时以上的占比为8.02%,^[75]每天工作时间超过4小时的占比为29.67%。可见,虽然平台工人在工作时长上享有较大灵活性,且差异较大,但仍然有较大比例的平台工人从事全职工作,或者平台工作是其收入的主要来源。^[76]从境外看,一份针对欧洲网络平台用工的研究报告也指出,调研结果显示受调查的平台工人中大约四分之一比例的工人在经济上依赖于平台的工作,^[77]这一比例也不低。由于工作时长及收入多寡是判断劳动关系的重要因素,对于全职司机等工人而

[73] 张车伟,见前注[55],第142页。

[74] 张车伟,见前注[55],第113页。

[75] 张车伟,见前注[55],第121—122页。

[76] 关于工作是否全职的判断,可参考《劳动合同法》第68条关于非全日制工的概念和范围界定。关于收入主要来源的具体标准,可借鉴德国法上“类雇员”(具备经济从属性)的判定条件之一,即收入的一半以上来自于某个人(雇主)。如果平台从业人员的收入中一半以上来自于某个平台,可将该平台视为其收入的主要来源。See also, Manfred Weiss et al., supra note 10, p.45.

[77] Policy Department A: Economic and Scientific Policy, European Parliament, supra note 4, p.55.

言,成立劳动关系的可能性较大,法官认定劳动关系的必要性较大;对于兼职司机等工人,尤其是工作时间较短的工人成立劳动关系的可能性较小,认定劳动关系的必要性也较小。

第四,社会保护的必要性也是劳动关系判定应考虑的重要因素。劳动关系的判断标准虽然是一套客观标准,但由于其本身的弹性和包容性,劳动关系的认定也具有相当的主观性。因此,在认定服务提供者是否是劳动者时,也应考虑对其保护的必要性。尤其是对那些和传统劳动者没有实质区别,并缺乏保护的网络平台从业人员有必要给予劳动保护。在美国很有影响的 Lyft 案件中,法官 Chhabria 指出,对劳动关系的认定应该考察劳动法意图实现的目的以及意图保护的工人,尤其是那些低技能、低收入的工人。他进一步指出,至少一些 Lyft 公司的工人与加州法律意图保护的工人类型是类似的:他们主要或完全依赖于 Lyft 平台维持生活,但缺乏任何关于劳动条件和条款的谈判能力。^[78]从美国实践看,很多平台企业工人缺乏培训、工作不稳定、工资收入低、对完成任务缺乏自主性、工作过程无法和同事及主管沟通、无法获得技能提升、工作中往往缺乏正当程序,这些现象使平台工作被社会学家描述为“糟糕的工作”。这些因素说明网络平台用工是存在问题的,因此,需要考虑提供基本保护以及监管,以实现体面工作。^[79]现实中,许多平台工人工作时间长、工作条件差、谈判能力低、缺乏应有的社会保护,这些都是判定劳动关系的重要因素。特别是对于那些因服务于网络平台而表面上获得了一些自由,但实际上工作内容、工作时间等和传统行业工人并无实质差别的平台工人,可以考虑认定劳动关系。

(二)我国劳动关系判断规则的完善

劳动关系判断理论及其规则的适用,始终是劳动法的核心问题。从劳动法司法实践看,劳动关系认定始终是最重要的问题之一。例如,根据北京市第一中级人民法院的统计,2010年至2017年该院审结的21598件劳动争议案件中,涉及确认劳动关系的案件11053件,占比51.18%。^[80]根据北京市第二中级人民法院统计,2008年至2017年,二中院共受理劳动争议案件31101件,审理的案件类型中,涉及确认劳动关系的案件占比58.5%。^[81]因此,完善劳动关系认定规则的重要意义不言而喻。

目前,我国在司法实践中,对劳动关系的认定标准主要采用我国原劳动和社会保障部于2005年颁布的《关于确立劳动关系有关事项的通知》(以下简称《通知》,该《通知》明确了劳动关系判断的基本方法。即“用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同,但同时具备下列情形的,劳动关系成立。①用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格;②用人单位依法制

[78] Bernd Waas et al., supra note 12, p.50.

[79] Miriam A. Cherry, supra note 8, pp.193-195.

[80] 参见北京市第一中级人民法院,见前注[72]。

[81] 参见北京市第二中级人民法院:《劳动争议案件审判白皮书(2008-2017)》,2018年4月, <http://bj2zy.chinacourt.org/public/detail.php?id=1655>,最后访问日期:2018年4月29日。

定的各项劳动规章制度适用于劳动者,劳动者受用人单位的劳动管理,从事用人单位安排的有报酬的劳动;③劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。”^[82]可见《通知》强调“从属性”,包括人格从属性和经济从属性,和德国人格从属性以及美国控制标准和经济现实标准等理论具有类似之处,基本反映了劳动关系的本质特征,总体上是可取的。

但抛开《通知》本身的制定主体和效力,该条内容也存在不足。面对网络平台用工的新特点,该办法也需要完善。首先,《通知》采取的是“构成要件”式的立法,^[83]即突出“同时具备下列情形的”要求,但从劳动关系本身的复杂性和发达国家实践看,劳动关系的本质属性是“从属性”,而从属性是一个宽泛概念,需要考虑复杂多样的因素,理论和实践一般都认为没有任何一项因素是决定性的,也没有任何一项因素是不可或缺的,而且不同因素之间可能指向不同的答案,因此,劳动关系判断的科学方法是对全部事实和各个要素进行综合考虑,作出综合判断,要求所有因素同时具备并不科学。其次,《通知》对实质从属性的突出不够。以上分析表明,人格从属性是劳动关系的核心理要,但这种从属性是实质从属性,而不是形式从属性。因此,劳动关系的定义和判断方法应该强调实质从属性,而不应拘泥于个别的形式。《通知》强调“用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者”,但用人单位未必都制定有书面的规章制度,因此,规章制度只能作为参考,应着重于考察用人单位对劳动者的实质劳动管理。最后,《通知》对主体资格的规定导致了司法实践中受保护主体的不当限缩。“用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格”的规定导致实践中实习生、已达退休年龄就业者等时常被排除在劳动者定义之外。

综上,由于劳动关系定义的抽象性和弹性,少有国家将劳动关系的定义成文化,其主要原因在于避免定义的僵化。目前只有少数国家,包括意大利、^[84]德国等对劳动关系进行成文法的定义。考虑到我国缺乏判例法的传统,我国应当通过一定方式对劳动关系进行界定,以利于司法实践的准确适用和裁判统一。由于在劳动法或劳动合同法等立法中界定劳动关系的概念和判断方法难度较大,目前比较可行的办法是由最高人民法院通过司法解释规则对劳动关系进行界定。对劳动关系可以进行概括式界定,突出人格从属性,同时列明判定劳动关系需要考虑的主要因素。

值得注意的是,由于网络平台用工形式复杂多样,不同平台采取不同的商业模式和用工形式,即便在同一平台内部也可能针对不同群体,采取复杂多样、性质各异的用工形式,且平台的商业模式和用工形式仍处在不断的创新和变动中,加上传统的劳动关系概念和判定理论仍有

[82] 劳动和社会保障部:《关于确立劳动关系有关事项的通知》,劳社部发[2005]12号,2005年5月。

[83] 王天玉,见前注[27],第60页。

[84] 《意大利民法典》第2094条规定,“因获得薪金而服从于企业主,并且以在企业主的领导下提供自己智力或体力劳动的方式为企业服务的人,是从属性的劳务提供者。”参见费安玲等译:《意大利民法典》,中国政法大学出版社2004年版,第490页。

广阔的适用空间,因此,没有必要也不应专门针对网络平台用工群体制定专门的规则,更不应笼统地将网络平台从业员完全纳入劳动者范围,或完全将其排除在劳动者范围之外。目前应根据劳动关系理论和判定规则,结合上述劳动关系认定的改进方法,进行个案的处理。

五、劳动关系与社会保险的脱钩及平台监管制度的完善

由于劳动关系认定的模糊性以及现实中网络平台用工的复杂多样性,目前对劳动关系的认定以及对网络平台工人的劳动法保护往往是事后的、个别的、零散的。平台企业一般通过和服务提供者签订“合作协议”或合同,推定双方关系为一般的民事合同关系,只有个别劳动者事后通过仲裁或诉讼确认劳动关系获得劳动法保护。大量平台服务提供者的身份处于不确定或模糊的状态,而无法受到劳动法保护,因此,仅靠劳动法保护网络平台工人是不够的,必须通过社会保险等制度的完善加强对这类主体的保护。由于我国相当一部分社会保险项目,包括职工养老保险、职工医疗保险、工伤保险、失业保险、生育保险等是建立在劳动关系存在的前提下,从业人员如果无法明确劳动者身份,社会保险的权益就会受到影响。美国目前也面临类似的困境:许多社会福利和劳动关系关联,包括健康保险、退休福利、工伤保险以及休假等。美国学者也指出,“这种关联日益过时,并且产生了助推使用独立合同人或工人提供劳动的道德风险”。^[85] 未来劳动法的改革路径包括“将特定的基本保护扩展到所有劳动者,而不问其是否具有劳动关系”“基本社会福利项目与劳动关系的脱钩”。^[86] 这些理念和建议对我国不无启发意义。为了加强对网络平台服务提供者的保护,应当适当地阻隔存在劳动关系的劳动者身份和社会保险制度之间的关联,使网络平台工人在未明确其劳动者身份时也可以参加社会保险,享受社会保险权益。

目前我国大量网络平台服务提供者未参加职工养老保险、医疗保险等对个人和社会未来而言是巨大风险。应通过完善灵活就业人员参保制度,加强对网络平台服务提供者养老、医疗保险权益等的保护。根据《社会保险法》第10条、第23条的规定,用人单位并没有为灵活就业人员参加养老保险和医疗保险的法定义务,是否参保对于用人单位和灵活就业人员均属于自愿。而灵活就业人员自愿参保的,养老保险费和医疗保险费由个人承担,导致实践中许多职工并不愿意参保。而且,一些地方只允许本地城镇户籍的灵活就业人员参加职工养老保险和医疗保险,不允许外地户籍的灵活就业人口参保。^[87] 实践中,我国灵活就业人员数量不断增加,参保群体也不断扩大。例如,根据调研数据,就全国平均水平看,以个人身份参保的人数占

[85] Orly Lobel, *supra* note 71, pp.69-70.

[86] Orly Lobel, *supra* note 71, p.73.

[87] 田伟:“灵活就业人员参加社会保险的困惑与思考”,《山东人力资源和社会保障》2016年第8期,第34页。

企业职工养老保险参保人数的20%左右,有些地方甚至达到30%左右甚至40%左右,参保潜力很大。浙江省灵活就业人员参保人数,已经占到总参保人数的37%。^[88]因此,完善灵活就业人员的养老保险和医疗保险制度十分必要。在未明确网络服务提供者的劳动者身份前,应允许从业人员以灵活就业者的身份参保,且政府可给予社会保险费补贴,减轻灵活就业者包括网络平台服务提供者的缴费负担,这也是“互联网+”政策应包含的内容。2017年国家发展改革委等部门发布的《关于促进分享经济发展的指导性意见》也指出,“积极发挥分享经济促进就业的作用,研究完善适应分享经济特点的灵活就业人员社会保险参保缴费措施,切实加强劳动者权益保障。”^[89]总之,平台经济不应以牺牲服务提供者的社会保险权益为代价,不应减轻企业的社会责任,政府可通过社会保险补贴等扶持政策,减轻平台企业的成本和负担,但不宜减损从业者应有的权益。

由于劳动法的保护往往是事后的、个别的、不确定的,大量平台工人无法获得劳动法保护,而网络平台企业是共享经济的主要受益者,其理应对消费者和服务提供者承担相应的社会责任,因此,还应从经济法和民商法等角度加强对网络平台企业本身的监管,督促平台企业对服务提供者提供相应保护。例如,平台应保证服务提供者的人身安全和身体健康,通过技术手段控制服务提供者的工作时间,避免长时间工作;为司机和第三人购买人身意外等商业保险,保护司机等从业人员并限制司机等对第三人的责任。同时,由于网络平台企业一般都是规模巨大、拥有强大管理团队的企业,往往制定严密的格式合同和规章制度,而广大服务提供者极为分散、信息不对称、缺乏谈判能力,因此,应通过民法的意思表达自由、格式合同条款等规则保护服务提供者的利益。

此外,还应强化平台企业的信息披露义务。平台企业凭借其技术优势,掌握了服务提供者和消费者的大量信息,而有效监管的前提是监管者获得充分而有效的信息。从国内外实践看,互联网企业为了逃避监管或出于数据信息保护等原因,往往不愿公开信息。^[90]因此,应通过强化互联网平台企业信息披露或者向政府报送信息的义务,提高政府的监管能力和水平,加强社会监督。

总之,由于网络平台的特殊性,对服务提供者的劳动保护不能仅依赖劳动法,还应通过其他法律和制度从不同角度给予保护。

六、结 论

平台用工的新特点,使传统劳动关系概念和判定理论在互联网平台用工背景下遭遇了巨

[88] 刘燕斌,见前注[6],第201页。

[89] 国家发展改革委等,见前注[4],第5页。

[90] Policy Department A: Economic and Scientific Policy, European Parliament, *supra* note 4, p.13.

大挑战,法官在许多案件中面临裁判困境。但传统劳动关系概念和判定理论具有很强的弹性和适应性,其并非完全过时,仍可包容网络平台用工关系,因此,不应轻易放弃传统的劳动关系理论和判断方法。同时,为适应网络平台用工的新特点,应改进劳动关系的判定方法。对网络平台用工劳动关系的认定,应考虑不同平台以及同一平台不同类型平台工人的具体用工特点,综合考虑个案全部事实进行具体分析。在劳动关系认定上,应更加注重实质从属性,考虑平台工人工作时间和收入来源,以及社会保护的必要性等因素。由于平台用工的复杂性和多样性,目前,我国不必针对网络平台工人的身份制定专门规则。除了劳动法,还应通过完善社会保险制度以及网络平台监管制度等,多角度保护网络平台工人的权益。

Abstract: The traditional concept and theory of determination of labor relations emphasize the employee's "personal dependence" and "economic dependence", which have evolved from the practice of labor relations in factories in the industrialization era. Against the background of online platform work, such concept and theory are confronted with great challenges due to the new characteristics of platform work. However, this concept and theory are very flexible and adaptable and therefore are not completely out of date and still applicable to platform work. At the same time, in light of the new characteristics of platform work, the method of determination of labor relations should be updated and improved. As for the status of platform workers, it should be determined on the basis of all facts and factors in each individual case and the difference between different groups of workers in the same platform or different platforms, and more emphasis should be put on the substantive nature of "subordination", rather than its form. Moreover, the working time and income source of platform workers, and the necessity of social protection for them should also be taken into account. China can define the concept and multi-factor test of determination of labor relations in the judicial interpretation of the Supreme People's Court. At present, it is not necessary to formulate specific labor law rules for platform workers due to the complexity and divergence in online platform work. In addition to labor law, social insurance system, regulation of platform and other measures should be put in place to protect platform workers.

Key Words: Labor Relations; Online Platform; Platform Workers; Determination of Labor Relations

(学术编辑:陈一峰)

(技术编辑:周轩宇)