

【劳动法学】

劳动关系从属性认定标准的 理论解释与体系构成

肖竹

【摘要】雇佣(劳动)关系从属性认定标准的体系化研究不能被逾越以致被忽略。源于生产资料所有权的资本控制劳动理论及新制度经济学企业理论,可以为雇佣(劳动)关系认定的从属性标准提供解释路径。雇佣(劳动)关系从属性认定的体系化展开当以人格、经济和组织从属性为制度构成,包含各从属性下之要素特征及其在雇佣(劳动)关系认定中的角色与权重;需在捋清从属性劳动与平等性劳务给付区分一般规则的基础上,探讨劳动力使用形式的变化对从属性认定标准的不断挑战,特别是对当下零工经济、平台用工背景下该理论的解释张力与适用能力予以反思并做出回应。

【关键词】劳动关系;从属性;认定标准;理论解释;体系构成

【作者简介】肖竹,中国劳动关系学院法学院。

【原文出处】《法学》(沪),2021.2.160~176

【基金项目】2020年度国家社科基金一般项目“‘稳就业’背景下就业弹性与安全的法律平衡机制研究”(项目编号:20BFX187)的阶段性成果。

一、问题的提出

雇佣(劳动)关系^①从属性,是劳动法产生、发展、适用的原点性问题。我国劳动立法对劳动关系成立与认定并未规定明确标准,实践中以《关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部发[2005]12号)作为司法裁量依据,但寥寥数条规定,内在缺乏学术机理,外在缺乏具体适用要素与解释,使司法者同时面临依据不明与依据过宽的困境,导致司法实践异样频发,法官释法造法缺乏约束与预期。而在理论研究上,学界基本承继大陆法系劳动关系从属性理论,体系上以人格、经济、组织从属性为其展开,^②但总体上看,研究仍属笼统,无论是比较法研究还是案例阐释,各判断要素多呈现堆积性、罗列性的研究形态,各从属性概念映射的内涵不明,三者之间缺乏体系化关联与逻辑延伸的学理解释,各自内辖要素不作

具象化区分与阐释,对司法实践的指引性作用较弱。更为重要的是,“三新”(新技术、新业态、新模式)背景下的用工实践已然触动劳动关系从属性的根本逻辑,而从拥有成熟理论积累与司法适用的国家(地区)经验看,在劳动关系的认定上“不存在适用于所有行业和岗位的判断标准,需在具体个案中综合考虑所有相关情况判断做出总体评价”,^③“需考量不同行业和工种的差异,灵活地决定哪些因素将占较多的权重”,^④而晚近对从属性的解释亦以综合判断说为主流。^⑤既然如此,应对错综复杂的实践作出综合性、个案性、权衡性与灵活性之考量,是否意味着从属性认定标准的体系化构建,及其下辖各要素的权重分析注定是一场屠龙之术呢?

从法学研究的一般范式而言,劳动关系从属性认定标准的体系化研究不能被直接逾越以致被忽

略。“体系的意义在于,其一旦大功告成,就成为一个具备自我发展与再生能力的活体。它不仅保障法律适用完全奉行形式主义与普遍主义,还具有使司法者‘作茧自缚’的功能。”^⑥劳动关系从属性的认定标准需在理论解释的基础上,在相互关联的意义整体下研究“人格”“经济”“组织”从属性的体系构成,才有可能对各从属性的内涵界定,及其对劳动关系认定的意义进行通盘考量,避免因研究对象本身的界定不清而自说自话;才有可能对被缺乏逻辑意义的、各自罗列的微观判断要素进行学术上的机理性探讨,为司法者的案件甄别与判决展开提供要素选择与权重赋予上的指引。

二、从属性作为雇佣(劳动)关系认定标准的理论解释与现实挑战

传统劳动关系的建构是以雇佣身份的确认来定义劳资双方的权利和义务。英国工业革命塑造了“等级体系”的服务模式,起源于《主仆法》,而后影响到普通法。^⑦在传统上,工作关系中的等级权力(hierarchical power)和由此产生的雇员的“从属性”(subordinate),无论是在成文法国家还是判例法国家,皆被视为雇佣(劳动)关系与自雇佣相区分的显著要素。劳动法理论一般认为,从属性导致劳资失衡以及雇员权利受不公正侵害现象的产生,为了矫正民法雇佣契约的平等原则,实现劳资关系的实质平衡,需要将具有从属性的雇佣关系纳入劳动法的保护范围,这亦与雇佣关系发展至劳动关系的历史脉络相一致。

“从属性→不平等性→矫正自由→劳动法的干预与调整”这一基本逻辑产生于典型工业时代阶层的组织与规训式的管理模式,传统劳动法也与该时代工厂的“泰勒式”管理且强调纪律为生产力之本的组织文化相匹配。在垂直与整合的企业中,雇主的法律概念边界与工作场所的经济组织边界相重合,二者的一致性又反过来强化了“双方”雇佣(劳动)关系的构建,最终在制度呈现上,雇佣(劳动)关系“与一个人和另一个人的从属关系有关,无论是通过英国法院设计的‘控制检验’,还是法国和其他大

陆法律体系的典型‘法律从属关系’,所有国家对于雇佣合同的定义都有一个前提,即基于内在的雇主与雇员之间的垂直权力关系的工作范式。”^⑧雇佣(劳动)关系及雇员的从属性地位,成为标准雇佣(劳动)关系规则的核心认定标准,以及为雇员提供劳动法保护的基本前提。

然而,从属性、雇佣(劳动)关系认定、标准劳动关系和劳动法的调整对象,这几者间的逻辑自治随着非标准就业的繁荣导致的雇佣(劳动)关系边界的模糊而不断受到挑战。随着商业中信息技术的使用和服务业中新的工作形态的扩展,工作中等级管理的减少实质上改变了工作行为的履行方式,特别是当越来越多的工作行为发生在指挥权和科层制组织日益松散的情况下,原有的分类和雇佣(劳动)关系认定标准便会导致严重的问题,并随着零工经济(gig economy)和平台用工的日益活跃而陷入白热化。于是,人们开始反思,传统劳动关系认定理论与标准对新形态的工作是否丧失了解释力?以从属性作为劳动关系法律调整的逻辑起点是否本身已为谬误,或应为时代的发展所摒弃?

当我们再次回看“从属性→不平等性→矫正自由→劳动法的干预与调整”这一基本逻辑时便会发现,劳动者对雇主毫无限制的从属关系是大机器时代雇佣关系的重要特征,正是劳动力的商品化与其人格属性形成的冲突,成了劳动立法保护的根源。但事实上,雇主对雇员的“控制”和雇员对雇主的“从属性”,与其说是雇佣关系的特征,倒不如说是雇佣关系的后果。劳动法理论将该后果反过来作为判断雇佣(劳动)关系成立的标准与依据,并就此认为与雇主控制的权力相对应,要求其对其雇员的劳动条件保障承担相应的责任。这种一定程度上的“倒果为因”其实并未能解决为何“从属性”成为雇佣关系认定标准及其制度展开的理论问题,仍需另外的理论解释。

德国学者辛茨海默曾尝试根据马克思的理论从生产资料的所有权角度进行解释,认为对生产资料的所有权导致了依附性劳动以及决定依附性的支配

权限,并认为所有权是从属性理论合理性的最终根源。^⑨哈特在某种程度上回答了马克思,认为所有权的意义在于资产的“剩余控制权”,即可以按任何不与先前的法律、合同、惯例相违背的方式决定资产使用的权利。^⑩该解释路径赋予了资本控制劳动的合理性与效率性,并揭示了以所有权为基础的控制意义在于“剩余控制权”。科斯则在其《企业的性质》一文中,将“雇佣”作为企业资源配置的方式,认为作为雇佣关系核心特征的“控制”要素,是区别于价格机制配置资源的典型特征。西蒙承袭了科斯的观点,认为当有限理性的企业无法缔结完全契约的情况下,通过实施控制权而行使“剩余决策权”是节约交易成本的行为。^⑪在新制度经济学的解释框架下,雇佣被看作是企业资源配置的本质特征,雇佣关系中雇主的等级权力为雇主提供了很大的灵活性,使企业能够利用等级结构作为降低交易成本的一种方式。^⑫此外,雇佣关系下雇主的控制权激励企业对人力资本进行投资,从而让工人获得对本企业有用但对其他公司价值有限的技能,也会让企业为维持控制权的持续性而选择建立雇佣关系。总体而言,雇佣关系的存在使企业能够获得管理特权和权威,并能保证工人工作的稳定性和连续性,相比使用独立劳动进行重复性经济交换的做法,建立雇佣关系的产出效率更高。

上述理论可在一定程度上解释为何等级权力和从属性构成雇佣关系认定标准的合理性,并就此展开雇主、雇员的权利义务配置。从法律的角度看,等级权力、控制与从属性是雇佣关系的核心,而对雇员的法律保护传统上则以减少上述特征所造成的冲突为重点,也即回到最通常的劳动法逻辑——矫正合同自由与实现劳资平等上,如减少工作时间、管制加班、解雇保护等,最明显的是雇员有权组织起来与雇主进行集体谈判,劳动法的劳动基准及集体劳权规则体系就此展开。雇佣关系的出现,加上有限责任制释放出的重要资金资源,推动了垂直整合的现代企业的兴起,大规模企业的出现也为雇佣关系内社会保护的扩大提供了机会。同时,国家成了第三方,

负责通过社会保险体系调节经济不安全感给整个劳动力群体带来的风险,并通过社会保障缴纳和征税收入支持福利服务的公共供给。然而,对雇主等级权力的限制,特别是对雇员集体劳权的保障最终将导致整个企业灵活性的降低,因此雇佣关系的法律规制会给企业带来组织成本。此际,雇主就会在决定是内部执行还是外包生产阶段时,对组织成本和交易成本进行权衡。事实上,雇主也一直在为减少和规避组织成本而改变劳动力使用方式,隐蔽性雇佣、劳务派遣和外包等均为其体现。而互联网技术的发展进一步方便了平台供需撮合,极大地降低了企业的交易成本,由此催生零工经济特别是众包工作形态的迅速发展,引发对雇佣关系既有认定规则的不断质疑与挑战。基于此,本文对雇佣(劳动)关系从属性认定规则的体系化研究,以学界通说的从属性范畴构成为展开,将等级权力、控制与从属性给雇主带来的“剩余控制(决策)权”纳入分析架构,在探究雇主义务来源的思路下,分析各从属性及其要素组成,以及各要素在雇佣(劳动)关系认定中的意义与权重。同时,在分析从属性劳动与平等性劳务给付区分规则的基础上,不断思考劳动力使用形式变化对雇佣关系认定规则的冲击,特别是零工经济、平台用工背景下雇佣(劳动)关系认定实践对从属性标准适用带来的挑战,并给予回应。

三、作为从属性核心认定标准的人格从属性:雇主与雇员的视角

(一)雇主视角的人格从属性:基于雇主“控制”的指挥、监督与惩戒权

不同国家和法律传统中雇佣关系的主要特征表现为雇主对雇员的等级权力(hierarchical power),主要由三个相关因素组成:(1)分配任务并给雇员以命令和指示的权力,即指挥权;(2)对雇员履行任务和对命令和指挥的遵守进行监督的权力,即监督权;(3)对分配任务不适当或疏忽履行,以及为违反给定任务和指示的行为进行惩罚的权力,即惩戒权。^⑬这三项权力是雇主得以最终实现对雇员的“控制”,从而获得比一般性的劳务市场交易行为(如承揽、委

托)更有效率的收益,因此能成为雇主“控制”与雇员“从属性”认定的最核心要素。

1. 指挥权:分配任务的命令和指示

指挥权为雇主在从属性劳动中最本源性的权利,是人格从属性最重要的特征。^⑭日耳曼法以身份法的奉公关系予以规范,继承日耳曼法思想的英国法,关于劳务契约最初仍然规定于主从间的身份法契约中。传统上,主人与仆人之法理,不仅指主人有权控制(control)仆人做什么(what),亦包括主人有权控制仆人如何(how)执行职务之方式(manner)。上述法理成为英美法雇佣关系、雇员身份认定的理论依据。^⑮德国法上,根据联邦劳动法院、社会法院、最高法院判决以及主流学说,作为劳动关系和委托人与自由劳动者之间界限的“人格从属性”最为重要的特征就是雇员在雇主的指挥下工作。^⑯

雇主的指挥权包括由雇主决定雇员从事何种工作、完成工作的手段、工作时间的指定和工作地点的安排。当企业具备相当规模时,指挥权则更多透过管理体系和工作规则,以整体的分工来决定雇员的劳务给付方式。我国《关于确立劳动关系有关事项的通知》规定的劳动关系认定标准之一,“用人单位依法制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”,即为从属性指挥权之体现。

指挥权作为人格从属性判断核心要素的理由在于,劳动契约具有继续性法律关系的特性,在契约存续期间,劳动者的工作义务内容会不断发生变化,契约对此可能永远无法详尽,而雇主的指挥权及雇员的服从义务,则为雇主因资本或企业组织优势而拥有剩余控制(决策)权的集中体现。在此需要区分雇佣(劳动)关系中具有控制意义的指挥权与委托、承揽关系中委托人与定作人的指示性权利,后者体现为平等主体间明确的合同内容,受托人、承揽人依约履行合同义务,并未因此形成对合同相对人的从属性。

2. 监督权:履行任务的监督

监督权意味着雇员的劳务给付行为受雇主监

督,雇员有义务接受雇主的考察与检查,以确定其是否遵守了工作规则或雇主的指挥。雇主的指挥权与监督权为一体两面的关系,指挥权是实施监督权的指引,监督权是实现指挥权的保障。南非《劳动关系法实施法典》第39条规定,雇主的控制权可从雇主对员工的指示及监督该指示的完成中看出。^⑰监督权是雇主对雇员“控制”判断的核心特质,显示出雇员对雇主较强烈的个人的、正式的从属与附属关系。

其一,对劳动过程的监督。国际劳工组织(ILO)在其第198号《雇佣关系建议书》中提出的雇佣关系界定指标之一——“对工作 and 指示的控制”,意指雇主拥有指挥工人适应劳动过程不断变化所需要的权力,考虑因素主要包括工作的指示、招聘、纪律、培训、考核等。^⑱对劳动过程而不仅是对劳动结果的监督与控制,或者说,合同是以劳务给付为目的,还是以劳务所完成的结果为目的,是雇佣(劳动)关系与承揽关系的根本区别。正是雇佣与承揽合同目的的不同,而产生劳务给付人是否应有专属性,以及合同履行风险承担人的不同,此亦与下文雇员视角的人格从属性要素相关。

其二,对工作地点、时间的决定权。与对工作过程的控制即监督权相匹配的,是雇主对雇员工作时间、地点的指定和决定权,并需与基于债之履行方便而在劳务提供地点、时间上的配合(例如,搬运公司承揽搬运货物须配合托运方的时间和地点要求)相区分。ILO《雇佣关系建议书》将“该工作是在下达工作的一方指定或同意的特定工作时间内或工作场所完成的”作为雇佣关系判断的指标之一,并认为“控制的核心方面之一,是雇主有权决定何时何地开展工作,而不是简单地以何种方式完成工作”。^⑲南非《劳动关系法》第200A(1)(b)条规定,除非有相反的证明,当一个人的工作时间受另一个人的控制或指挥,为他人工作或提供服务的人士即被推定为雇员。^⑳德国2017年修订民法典新立之611a条,对劳动合同雇主的指挥权依然强调工作的内容、实施方式、时间和地点。^㉑在我国平台用工司法

实践的典型案例中,²²法官亦以上门服务美容师可以自主选择工作时间和地点,而认为平台并未对其实施劳动管理。

需要考虑的是,雇主对雇员工作时间的控制是否需要体现为对工作连续性要求。ILO《雇佣关系建议书》将“工作有一定的持续时间并有某种连续性”作为雇佣关系认定的指标之一,在一些国家的立法中,工作的连续性被明确作为雇佣关系的认定标志,如智利《劳动法》第8条规定:“既不间断也不零星的家务作业被认为是雇佣。”²³由工作时间的连续性而引申的雇员与雇主“关系的持久性”,也成为一些国家雇佣关系判定规则的要素之一。²⁴雇佣关系对工作连续性要求通常是为了维持雇主组织的正常运作,雇员需持续为雇主提供劳务且于一定期间内工作相当时数。与雇佣不同,承揽关系中一般只要求工作必须在一定期间内完成,定作人不干涉实际工作的时数,且工作完成承揽合同即终止;而委托合同的委托人,除非依时计酬,否则亦不干涉受托人完成委托事项所需的时间。

与工作时间的控制与连续性要求相关的是雇主是否拥有对雇员“随叫随到”的权力,这亦是ILO《雇佣关系建议书》中雇佣关系的认定指标之一。ILO认为,对一名工人随叫随到的要求,可以证明他的雇佣状况,也可以证明他的实际工作成绩。²⁵“随叫随到”意味着雇主对雇员工作时间内充分的指挥权和对劳动力的支配性,这一认定指标也是当前平台劳动者雇员身份认定的最大障碍,因为此时劳动者对是否必须承担工作任务享有极大的自主性。

3. 惩戒权:对违反雇佣(劳动)合同或工作规则的惩戒处分

惩戒权意味着雇员在违反雇佣(劳动)合同或工作规则时,雇主得予扣减工资、记过、解雇等惩戒处分,而雇员有接受制裁的义务,从而使雇主得以维持企业组织内的秩序。惩戒权使雇主对劳务提供者拥有超过一般契约当事人间单纯的违约处罚的权力,与指示权相比,接受惩戒或制裁义务使劳务提供者更具有——或至少拥有相同程度的从属性;²⁶更有学

者认为,惩戒权使雇主对受雇人之意向等内心活动过程均能达成某种程度之干涉与强制,此点乃人格上从属性效果最强之处,也是最根本所在。²⁷惩戒权允许雇主对违反其命令和指示的行为进行制裁,由于遵守雇主的命令和指示是雇员的合同义务,当雇主必须通过新命令和指示迅速调整其活动以适应不可预测的需要时,通过执行内部规则使合法地制裁违约而非终止合同成为可能,这一机制大大降低了合同的执行成本,从而降低了整个交易成本。

4. 雇主“控制”的判断:控制的现实还是控制的权利与可能

作为标准劳动关系的反映与写照,雇主视角的指挥、监督与惩戒权是人格从属性判断的体系化构成要件,并成为“控制”标准与雇佣(劳动)关系认定的核心要素。从根本上说,指挥和监督权意味着对工作内容、时间、地点的单边决定权,使得劳动者在提供劳动的过程中处于弱势地位,从而为劳动法的保护提供了因由,而惩戒权则执行与进一步强化了指挥与监督的“控制”特征,并成为组织成本优于交易成本的一项制度安排。

然而,对这三项要素的认识与判断,在平台用工下变得扑朔迷离。在一些案例中,三者仍被解释为雇佣关系认定的核心依据,如2015年美国加州劳动委员会在裁定Uber平台与网约车司机存在雇佣关系的理由中,认为Uber公司对司机在工作量(接单比例)、工作方式和方法(着装等纪律要求)及监督方式(根据乘客打分决定终止合同)上存在着指挥、监督与惩戒权控制。²⁸然而,Uber模式中平台“控制”的弱化与碎片化无法被否认,此时如何认定平台企业的雇主身份依然未解。在“控制”决定雇佣(劳动)关系的理论路径下,企业的经营选择依赖于其对组织成本与交易成本的评估,如果企业不需要对劳动过程的控制中获利,那么就不需要控制劳动过程而只需要控制劳动结果,此际企业也无需对控制劳动过程付费,即因“控制”行为被认定为“雇主”而需负担雇佣成本。在此,对“控制”本身的理解就尤为关键:平台工作者可自主决定是否上线、接单的外在表征,

究竟是无法履行“随叫随到”义务,从而作为不受平台控制和不具有从属性的重要依据,还是平台控制碎片化的表现?在平台颇具吸引力和趣味性的计酬机制和实时评分机制的约束下,劳动者接受和完成工作的主动性和选择性,能否掩盖和否定其一旦履行任务而同意劳动过程被剥削、被控制的被动性?平台设计的由客户、消费者对任务履行的监督、评分和惩戒机制,是普通的商业/服务评价机制,还是平台以超低成本转移对劳动过程的监督从而实现了控制的隐蔽性?^②雇主的控制权究竟是实际控制的现实还是可以控制的权利?在技术和组织手段可以使用用工方不实际实施对劳动过程的控制亦可获得劳务使用收益的今天,对“控制”的判断是否应当加入用工方控制的主观意图与实现可能性的考量?

有学者认为,对平台用工应将主体策略作为联结行为主体和用工关系之间的纽带,强调企业的“控制动机”。^③根据南非《劳动关系法实践法典》第40条的规定,控制权即使不行使,也可能存在;雇主不行使控制权,允许雇员在很大程度上或完全不受监督的情况下工作,并不会改变这种关系的性质。^④在2015年美国加州Uber案中,^⑤地区法庭和委员会认为,在判断对于一个人的控制是否充分并足以认定存在雇佣关系时,“控制的权利”不需要延伸至工作中所有可能的细节,问题不是雇主能施加多少控制,而是雇主保留了多少可以施加控制的权利。^⑥2018年11月28日,法国最高法院就网络送餐平台“Take Eat Easy”与送餐人的法律关系作出从属性认定,认为平台公司通过定位系统实时追踪送餐者构成了对其的监督,而有关取消送餐者在网约平台上的账户和切断网络链接的制度安排则是惩罚权的行使。^⑦2020年3月4日,法国最高法院遵从“Take Eat Easy案”的裁决要旨,认为Uber司机虽然没有连接数字平台的义务但能够选择工作天数和时间的事实本身并不排除雇佣从属关系。^⑧笔者以为,因互联网技术的介入而产生的用工方式变化模糊了传统的“控制”外观,对“控制”的判断加入控制权利实现意图与可能性的考量,更有利于清晰地认识控制权下的“指

挥”“监督”与“惩戒”权要素,更清晰地判断技术介入所改变的究竟是控制的方法还是控制本身,以及真实的控制事实上是更少还是更严。

(二)雇员视角的人格从属性:劳务给付的亲自履行性、专属性与利他性

1. 亲自履行性

雇佣(劳动)契约以雇员提供自身的体力、智能为劳务给付标的,且雇主需对雇员的劳务给付过程的控制中收获“剩余价值”,因此雇佣(劳动)关系的认定需考量雇员给付劳务的亲自履行性。我国台湾地区法院将“亲自履行,不得使用代理人”作为从属性判断的特征之一,认为若提供劳务者在契约法上可另行聘用他人代服劳务,则显然可藉此减少受相对人行使指示权的拘束而欠缺从属性。^⑨ILO《雇佣关系建议书》将“该工作必须由劳动者亲自履行”作为雇佣关系认定的指标之一,并认为如果工人可以提供一个人选来完成这项工作,那么此人通常不是雇员。^⑩

我国《劳动法》《劳动合同法》并未就劳动关系中劳动者的亲自履行问题作出相关规定,台湾地区“民法债编”第484条就“劳务之专属性”在“雇佣”一节中专门予以规定。^⑪在我国台湾地区,雇佣契约是劳动契约的上位概念,民法对雇佣关系劳务专属性的要求亦成为雇佣(劳动)、承揽与委任关系的重要区分点。我国《民法典》第772、773、923条亦对承揽人将工作交由第三人完成时对定作人所负的不同责任,以及转委托问题予以规定,说明承揽与委托中的劳务给付并不具有专属性特征。

2. 专属性:不具有或具有较弱的劳动(创业)自由

雇佣(劳动)契约中雇员应亲自为劳务给付,在工作时间内没有同时为他人提供服务之可能,且基于雇员对雇主所负忠实义务,业余时间亦不宜为雇主商业上的竞争对手工作,此点亦为雇佣(劳动)与委托、承揽关系的重要区别。雇员劳务给付的亲自履行性,自然可衍生出工作时间内雇员劳动的专属性,及其对自身劳动力利用和使用的非自由性。而

对工作时间和方式颇具灵活性的职业群体(例如,计程车司机、快递员、零工经济工人)而言,其劳动自由及自主决定权被限制的程度,即“雇主对就业者自主利用劳动力的限制程度”与“从业者利用劳动力的自由被丧失的程度”,^⑨成了雇佣(劳动)关系认定中的重要考量因素。

3. 利他性:为雇主之目的而非自己的营业而劳动

与雇佣(劳动)关系中雇员给付劳务的亲自履行性和专属性相关的,是雇员劳务给付的利他性。利他性意味着雇员义务仅限于提供劳务,其劳务给付依附雇主,构成雇主生产、经营的一部分,而非为自己的营业目的而从事独立的生产事业或商业行为。ILO《雇佣关系建议书》将“完全或主要为他人的利益而做的工作”作为雇佣关系认定的指标之一,并将其解释为“工人是否完全限于为委托人提供服务”,^⑩即可见劳务给付“利他性”与“专属性”的相通之处。劳务利他性是雇佣(劳动)合同与承揽、委托合同的重要区别之一,承揽人对于承揽工作的履行为其自己独立的商业行为,受托人亦同,并由此导致承揽、委托合同皆有工作成果所有权转移的问题,并有定作人在受领前不负担工作毁损、灭失危险的相关规则。而在雇佣(劳动)契约下,并无劳动成果所有权的转移,及雇方受领迟延应续付工资等问题的判断问题,这意味着雇员不直接投入市场竞争,而是仅获得固定薪资,其劳动成果归由雇主,由后者投入市场,经营获利。

4. 专属性、利他性作为核心要素的现实意义与问题

雇员劳务给付的亲自履行性、专属性与利他性与雇主的指挥、监督与惩戒权共同构成了“控制”与“从属性”认定核心要素的一体两面。在平台用工的雇佣(劳动)关系认定上,劳务给付专属性、创业自由因素占有重要地位。在美国NLRB v. Friendly Cab Co.一案中,^⑪法院认为,出租车公司明确禁止出租车司机寻求任何外部商业机会,强调该身份的认定要考虑是否拥有创业自由,即可以像真正的独立承包

人一样发展自己的商业利益,以此强烈支持认定司机的法定雇员身份。在Fed Ex Home Delivery v. NLRB一案中,^⑫联邦快递确实以各种方式对司机进行了控制,但公司也允许司机雇佣自己的员工承担多条路线合并,甚至在没有联邦快递许可的情况下将自己的路线卖给其他人,因此被法院认为构成独立承包人的重要特征。而在2019年,NLRB的总法律顾问办公室在其发布的针对Uber公司的建议备忘录中同样强调,公司对司机是否具有创业机会的实际控制才是雇员身份认定的决定性因素。^⑬而在法国,巴黎劳动法院曾在2016年12月基于网约车平台VOXTUR与司机签订的合同中有排他条款——禁止网约车司机接运散客及与其他公司合作,而将司机界定为平台公司的雇员,^⑭并直接导致法国议会于2016年12月29日通过《格朗吉约姆法律》,禁止网约车平台公司在格式合同中规定不允许网约工从事任何其他相似业务的绝对排他条款。^⑮而我国2016年经最高人民检察院抗诉后由最高人民法院再审的“丛某与某报社劳动争议纠纷案”中,^⑯最高人民法院将“报社对丛某不具有劳动力专属性”作为否定劳动关系的理由之一,说明此要素在我国的司法实践中亦为劳动关系认定的核心要素。

雇员的劳动力专属性和创业自由的丧失意味着雇主对劳动力的实质性控制,哪怕劳务给付的履行在时间、地点和方式上仍存在较大的灵活性,依然能构成雇主承担雇佣关系组织成本的合理化依据,也应成为平台用工劳动关系属性判断的核心要素。劳务专属性强调雇主控制的组织属性并容易使得“控制”特征显性化,而劳务给付的“利他性”因涉及雇主与雇员的利益分配方式而更为复杂。在2018年北京市海淀区法院认定“‘闪送员’劳动关系案”中,法院对“劳务利他性”因素予以考量,认为同城必应科技公司从李某提供的劳动中获益,则其应当承担相应的法律责任及企业社会责任。^⑰雇主对劳动力剩余价值的攫取,与平台从其工作者劳务履行中的获益方式相去甚远,背后更关涉工资给付风险负担与企业风险理论对该要素判断的影响,即应厘清“从中获

益”的经营组织者,与得实施“控制”而需承担经营风险并履行工资给付义务的雇主之间的差别,由此“利他性”则不应成为独立的核心判定要素。申言之,劳务给付“利他性”又与“经济从属性”相关,我国台湾地区相关法院在对劳工从属性的界定中,将“受雇人并不是为自己之营业劳动,而是从属于他人之劳动”归纳为经济从属性,并作为从属性判断的必备要素之一。^④但亦有台湾学者认为,“劳动力之纯粹利他性”是人格从属性最主要的特征之一,将其作为经济从属性的内容,会推论出经济从属性与人格从属性同为劳工判断标准的错误结论。^⑤由此可知具体判断要素的从属性类别归属及体系性解释的必要与重要性。

总之,人格从属性包含的上述构成要素均源于对初始状态雇佣(劳动)关系的描述与总结,将其作为雇佣(劳动)关系认定的核心标准,符合对雇佣关系法律规制的内在逻辑机理,也成为目前各国雇佣(劳动)关系判定规则的核心要素。在历史发展的脉络上,渊源于主仆关系,被简单地理解为雇主对雇员所做工作的直接“控制”标准,随着技术和组织的变化而逐渐出现与实践的脱节,如强求整个生产过程中的任何事情皆须由雇主掌控才算具有雇佣(劳动)契约性质,实与社会分工与专业化趋势相违背,且事事指示与管制于专业化工作中亦难产生良好的工作成果。因此,纯粹的“控制”标准在实践中逐渐改弦易张,而改变的路径就是“控制”的实际指示性要素被其他一些指标所补充,包括“业务”指标(工人是否为自己的利益而工作)和“整合化”指标(工人完成的工作是否是企业的业务组成部分)等,^⑥即后文所涉人格从属性标准向经济从属性与组织从属性的扩张,并进而产生对经济从属性与组织从属性认定标准的认识与权衡问题。

四、能否作为从属性核心认定标准的经济从属性——涵义、作用与意义

(一)经济从属性与人格从属性之关系及对雇佣(劳动)关系认定的意义

将人格从属性作为劳动关系的标志,在等级结

构的时代可以很好地处理出现的案件形态,为劳动法的特别保护提供理论基础并构成与社会保障的连接点。但从20世纪80年代开始,在欧洲范围内法律上从属(指示权)的案件和经济上依附的案件分别发展,经济上的从属性被置于劳动关系之外,而这两种案件以前被认为在根本上是重合的。^⑦在一些法律体系中,“从属性”(subordination)和“依赖性”(dependency)可能是同义词而被替代使用,也可能具有不同的含义并伴随不同的限定词,如“法律从属性”和“经济依赖性”。前者被理解为雇主或其代表直接或可能直接指挥工作的执行,后者存在于工人所得的款项构成其唯一或主要收入来源,以及劳动者没有经济自主权,在经济上与被视为用人单位的人或者企业的经营活动范围相联系的情形。^⑧

经济从属性(依赖性)与人格从属性历经了从重合到分离的演化过程,当二者在用工实践中呈现分离状态时,经济从属性对于雇佣(劳动)关系的认定就存在两个层面的判断问题:一是在依据人格从属性无法认定时,经济从属性是否可作为确定存在雇佣(劳动)关系的核心要素?日本劳动法理论认为,仅仅根据雇佣从属关系来判断个人是否是“劳动者”非常困难,因此还需要辅以一些补充因素,如生产资料以及工具的所有、报酬的多少以及损害责任的负担等。^⑨我国有学者认为:“即使从业者没有人的从属性,但被认为存在经济的从属性时,可以较为广泛的对符合劳动契约目的的法律规定加以适用,并提供与该从属性程度相对应的一定的法律保护。”^⑩二是经济从属性是否应为雇佣(劳动)关系认定的必要因素,即该因素的缺失将导致雇佣关系认定的否定性结果?我国有学者认为,经济从属性是人格从属性的基础和前提,是判断劳动关系存在与否的重要因素。^⑪我国台湾地区司法实践认为,受雇人不仅必须人身上从属于雇佣人,尚须经济上与组织上从属雇佣人才是劳动契约中的劳工。在技术发展与组织经营形态不断更新与变化、人格从属性认定不断遭遇挑战的今天,经济从属性在雇佣(劳动)关系认定中的作用问题就显得更为突出。

(二)经济从属性的具体界定及其在雇佣(劳动)关系认定中的作用

与人格从属性不同,学理上学者对“经济从属性(依赖性)”具体涵义的理解并不一致,包括经济资源上的依赖性、雇员无须承担经营风险、经济来源上的依赖性 & 经济地位上的弱势性等,而不同解释之下的经济从属性,在雇佣(劳动)关系认定中发挥的作用也不尽相同。

1. 经济资源上的依赖性

将经济从属性作经济资源上的依赖性的解读,符合劳动关系产生之初大工业化工厂生产的现实。雇员对雇主经济资源的依赖,皆因生产组织体系、生产原料、生产工具属于雇主所有而产生。^⑤雇主因掌控生产组织体系而导致的依赖性,可单独衍生出雇员的“组织从属性”;对生产原料拥有所有权,意味着在雇佣(劳动)关系中,雇员付出劳动在原料上加工,即使加工价值远超原料价值,也并不影响工作成果所有权的归属;对生产工具或机械的所有权而产生的经济从属性,则具有更大的研讨价值,并成为当今平台用工劳动关系认定问题的焦点之一。

与雇佣劳动不同,承揽人、受委托人一般自行拥有及提供生产工具以完成工作任务。在美国,在雇佣关系认定的Borello多因素标准,^⑥以及国家劳动关系委员会(NLRB)区分雇员和独立承包人而采用的普通法的代理检验中,^⑦都将是雇主还是工人提供工具、设备作为考量要素。在2019年针对Uber公司的建议备忘录中,NLRB总法律顾问办公室就将司机本人提供了主要的劳动工具(汽车)并承担了自己车辆的维护成本作为否定司机雇员身份的理由之一。对于这一问题,ILO《雇佣关系建议书》虽将“下达工作要求方提供工具、物料和机器等事实”作为雇佣关系界定的指标之一,但其亦认为工具和设备的所有权本身并非决定性因素,因为许多雇员拥有自己的工具。^⑧芬兰《雇佣合同法》(2001)第1条规定,该法的适用并不能仅仅因为工作是使用雇员的工具或机器进行的而被排除。^⑨但ILO同时认为,如果工人个人进行了大量的资本投资,比如购买自己的汽车,那么

通常会显示出独立承包商的身份。^⑩日本劳动基准法研究会1985年就劳动者的判断基准和劳动者性质发表的研究报告认为,如果工人花费很大的投资来购买生产工具,将会增强其被判断为自雇佣的可能,因为工人承担较多的风险。^⑪在当今司机以自有车辆提供网约车服务的劳动关系争论中,“司机自有车辆”往往成为否定雇佣(劳动)关系的重要要素。此时出现了劳动者自备生产工具的一个悖论:经典逻辑之下雇员不拥有生产工具,而雇主投资购买生产工具并承担风险,因而雇主可在工作过程中对雇员施加控制,从而承担雇主责任。而平台用工等情形中若生产工具为劳动者自备,但若控制过程并没有减弱,反而因其自备工具而否定其雇员地位,实质上既让其承担投资生产工具的经营性风险,又接受平台的控制,其不利地位是否比大工业时代更甚?因此,不能一概以生产工具为劳动者自有而否定其从属性,仍需结合人格从属性各判断要素考察其被控制的程度。

2. 雇员无须承担经营风险

雇佣关系中由雇主而非雇员承担企业经营风险,意味着雇员对雇主的义务限于忠实的提供劳动力,只要其依据劳动契约或雇主指示给付劳务,雇主即有给付报酬之义务,当危险发生时,由雇主承担经营风险。此点与承揽人需以约定的工作成果领取酬劳,以及受托人以完成委托事务而由委托人支付报酬存在明显的不同。

在ILO《雇佣关系建议书》中,“劳动者没有财务风险”亦为雇佣关系认定的指标之一,如果雇主的业务利润下降,雇员不会承担直接的财务后果,但佣金或奖金等激励结构不应被视为财务风险的指标。^⑫在爱尔兰,其劳动法也以此指标作为立法上区分雇员与自雇佣者的重要标准,认为雇员没有机会从项目的有效管理及任务的执行中获益,而自雇佣者则须承担合约之下不合格工作的成本而有财务风险,但也有机会在项目和任务的调度和执行方面获益。^⑬在我国,审理“王志杰诉上海温石文化传媒有限公司劳动合同纠纷案”^⑭的法院认为,原被告签订

的协议中约定的双方对营收收入的分成方式以及管理费的规定,不同于一般劳动关系项下基本工资、提成工资或绩效奖金的约定,因此双方之间财产关系中的从属性并不明显,从而否定了劳动关系。因此,工人承担经营风险,特别是可从任务执行中获得非绩效奖金类的收益,往往会成为否定双方雇佣(劳动)关系而被认定为合作关系的考量要素;而雇员无须承担经营风险既是雇佣(劳动)关系的典型表征,亦可反之作为雇佣(劳动)关系认定的核心考量要素之一。

3. 经济来源上的依赖性与经济地位上的弱势性

该意义上的经济从属性强调雇员在经济现实所造成的与雇主不平等的谈判地位中,欠缺对劳动条件的决定权,且必须依赖于对雇主提供劳务赚得工资以求生存。人格从属性下,雇员对于雇主必然存在经济来源上的依赖性与经济地位上的弱势性。ILO《雇佣关系建议书》将“向劳动者定期支付的报酬构成劳动者唯一或主要收入来源这一事实”作为雇佣关系认定的指标之一,并进一步指出如果自称为“独立承包商”的人在法律上有权向全世界出售服务,但实际上完全或实质上为一个雇主工作,这表明该人实际上是一名雇员。因此,一个人作为多个雇主工作的事实并不一定表明其是独立的承包商而不是雇员。^⑥雇员对雇主经济来源上的依赖性必然导致经济地位上的弱势性,但在经济来源上不具有完全的依赖性时,也可能在经济地位上具有弱势地位性。例如,对已累积相当财富而不必受雇于人,或不必依靠工资薪金来维持生计的劳动者群体来说,即便拥有财产,劳动者对雇主提供的工作要约同样只能选择接受或拒绝,不愿接受者只能退出劳动市场或自行创业,也因此具有经济地位上的弱势性。

若对经济从属性作经济来源上之依赖性的理解,并将其作为雇佣(劳动)关系的认定要素,已经逐渐脱离了人格从属性的等级权力和控制逻辑;而将其扩展至经济地位上的弱势性,则已体现出从属性认定的另一逻辑线索——雇佣(劳动)合同的扩展适用。例如,葡萄牙《劳动法典》第10/13条规定,履行

合同的工作虽然不具有法律从属性,但是应当遵守该法规定的原则,尤其是涉及人的权利、平等、不歧视和安全卫生工作,在不违背任何特殊立法的规定下,如果工人被认为对他行为的受益人存在经济依赖性,该法将这些合同视为雇佣合同,并使其符合该法所订明的原则。^⑦德国学说上对从属性的判断标准亦存在经济上从属性(经济生活的来源大部分来自他方当事人)的观点,但有学者认为,此类从属性导致的法律保护若非直接或间接出于契约约款拘束的结果,首先当由其他法律(如社会保险法)加以适当解决,而非一味地将之转嫁劳务受领人负担。^⑧德国劳动法针对虽不具有人格从属性,而具有“经济依赖性”和“与雇员有类似社会保护的需求”的“类雇员人”,提供区别于雇员的特别法律保护,^⑨即为一例。因此,单纯经济来源上的依赖性与经济地位上的弱势性是否能成为雇佣(劳动)关系认定的核心要素,不能从经典的雇佣(劳动)关系从属性理论中寻找依据和答案,而有赖于国家的立法政策考量与劳资利益衡量。

(三)经济从属性的概念涵摄与认定意义

在依据人格从属性无法认定时,经济从属性是否可作为确认雇佣(劳动)关系的核心要素,及其是否应为雇佣(劳动)关系认定的必要要素,实则与其概念涵摄与解释直接相关。对经济从属性作“经济资源上的依赖性”的理解,将雇主拥有生产资料作为雇佣(劳动)关系认定的重要因素,根源于马克思对资本主义生产方式的讨论:劳动者一无所有只能为生计所迫出卖劳动,生产资料由资本家所有并由此控制劳动过程,以确保对剩余劳动的榨取。^⑩此时,资本家(雇主)对生产资料的拥有与其对劳动过程的组织具有同质性,对工人劳动过程的控制而形成的人身从属性与经济从属性得以重合。辛茨海默正是根据马克思的理论,从对生产资料的所有权来解释控制权力的合理性,并认为其是决定依附性(从属性)的支配力。我国有学者也明确将生产资料为劳动者本人还是他人所有,作为自营、独立劳动与受雇、从属劳动的区分因素。^⑪随着生产方式和组织形

式的变化,大型资合公司所有权与经营权的分离以及股权的分散化,使得生产资料的所有者与劳动过程的控制者首先在形式上发生了分离,而在很多企业运营极少需要实物资本的行业中,雇主对雇员的支配权也并不必然源于其对生产工具、设备的所有权,“生产资料”的内涵被逐渐扩大。在2017年的“闪送”案中,北京市海淀区法院认为,在互联网经济下新的用工模式中,交通工具并不是主要的生产资料,由“闪送App”平台运营方同城公司通过互联网技术所掌握的信息才是更为重要的生产资料,并借助对其的掌控权而在与李某的用工关系中处于强势支配地位。^②党的十九届四中全会将“数据”纳入生产要素范畴,^③并在《关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》中进一步提出“加快培育数据要素”市场的要求,正式将“数据”作为重要生产要素纳入市场化配置与分配机制。笔者认为,审判实践中将平台企业掌握的市场供需等“信息”纳入生产资料的范畴,为理解平台企业的“控制权”及工人的经济从属性提供了符合劳动法传统理论路径的解释方法,也揭示了平台用工中控制权的根源并对其予以约束和责任负担的合理性。

作为经济资源依赖性的自然衍生,雇员无须承担经营风险符合其提供劳务给付而收获工资,而非参与资产性、管理性、经营性收益分配的雇佣关系的描述,更发展出劳务给付不能时雇主需依“企业风险理论”承担工资给付风险,凸显了对雇员的社会保护义务,这与平等劳务给付交换关系下的风险分配规则相异。在近期的典型案例中,法院将雇员申请报销或审批报销的行为认定系使用公司资源,为其向公司提供劳动形成便利并由公司承担其行为的成本,而认定双方之间符合劳动关系的经济从属性特征;^④而将公司仅从患者缴纳的护理费中提取中介服务费,将近76%的护理费作为工资支付给劳动者的报酬计算方式理解为双方对护理费的分成,而作出异于劳动关系中一般工资支付的认定,^⑤均显示了收益分配与风险负担方式作为劳动关系认定核心要素的重要性。

因此,将经济从属性作“经济资源上的依赖性”与“雇员无须承担经营风险”的理解,与人格从属性下雇员视角的“专属性”“利他性”具有逻辑上的一致与自洽,并仍能为雇佣(劳动)关系“剩余控制权”与组织、交易成本理论所解释与涵盖,而成为雇佣(劳动)关系认定的核心要素。美国Borello判断规则中,“是否由用工方提供设备工具和工作场所”“雇员依赖于其管理技能而获得收益或遭受的损失”,以及“雇员是否为了完成其工作任务而在设备和材料上进行的投资”即为上述两项核心要素的体现。^⑥但在平台用工的Razak v. Uber Technologies Inc.案,^⑦和Lawsom v. Grubhub, Inc.案中,^⑧美国宾州东区法院和加州北区联邦地方法院均基于“平台并未对员工提供劳动工具”“员工对工作所需设备予以投资”的事实而作出否定雇员身份的认定,意味着上述经济从属性虽仍为雇佣关系认定的核心要素,但在新的用工形态和生产组织方式下,对原本与控制权一一对应的要素特征(典型如生产工具为雇主所有)的理解,以及是否将平台提供的信息撮合数据作为生产资料的认识,将直接决定对雇佣(劳动)关系的认定。而案件的争议与认知的模糊,并非主要来自经济从属性自身解释力的匮乏,而是源于数字经济和平台用工中,组织者与劳动者对劳动过程的参与方式对传统垂直权力关系工作范式的又一次突破,给理论与实践带来的陌生与不适感。在经历最初的懵懂期后,司法实践在现实逼迫下已愈发自信,控制权、从属性认定规则依然具有强大的解释力,在新业态下的劳动关系从属性判断中,冠以“经济从属性”之名的“经济资源上的依赖性”与“雇员无需承担经营风险”仍然得为雇佣(劳动)关系认定的核心要素。

而如前述,若以经济来源上的依赖性与经济地位上的弱势性来界定经济从属性,则已脱离人格从属性的等级权力和控制逻辑,在缺乏人格从属性要素特征时,以二者的存在为由认定雇佣(劳动)关系或提供劳动法保护,则或是基于立法政策而对雇佣合同予以扩展适用(如葡萄牙劳动立法),或是基于对特定劳动者群体的特殊制度安排(如德国的“类雇

员”制度)。二者虽为从属性人格的必然结果,却不必然能成为从属性人格与雇佣(劳动)关系的认定要素,然而其在雇佣(劳动)关系认定日益模糊化的今天有别处之意义,即以其强弱为标准作为法律为所有对社会福利有需求的工作者提供合理保障的入口与依据。^②

五、作为从属性补充认定标准的组织从属性——同质性与依赖性

组织从属性一般被理解为雇员在雇主企业组织内部,雇员给付的劳动为雇主组织生产、经营过程中不可欠缺的一环。《关于确立劳动关系有关事项的通知》中,“劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分”的规定即将组织从属性作为劳动关系认定的必要要素之一,美国 Borello 判断规则亦存在“提供的服务是否是雇主业务的组成部分”这一判定要素。与经济从属性不同,组织从属性的涵摄清晰,但在体系归属上则存在差异。我国台湾地区的司法实践将“受雇人在雇主企业组织内”,配合“服从雇主权威,并有接受惩戒或制裁之义务”一同纳入从属性项下;大陆有学者将“雇员的工作是雇主业务的组成部分”作为经济从属性的体现,将其与“何方享受利润和承担风险,以及雇员收入的来源”作为并列逻辑项。^③在上述认识下,组织从属性已与前文所述人格与经济从属性出现重合,这在一些国家的立法中亦有体现。葡萄牙《劳动法典》第12条对雇佣关系的判定指标中,包含“工人是受益人活动的组织结构的一部分,并在受益人的指导下提供服务”,^④即将其归在从属性项下;而南非《劳动关系法实践法典》第18(C)条雇佣关系的推定规则认为,“如果申请人的服务是雇主组织或业务的组成部分”可被推定为雇员,但若一个人在经营自己的企业且承担风险,则不构成雇员,因为雇主通常会承担这类风险,^⑤即将其与经济从属性中的风险负担相关联。

ILO《雇佣关系建议书》将“工人对企业的融入(企业对工人的整合)”作为雇佣关系认定的指标之一,并解释组织从属性所体现的“整合”的重要性:在新的工作组织形式中,控制越来越少,但整合越来越

多。由于雇佣关系的多样化,在确定雇主对时间、地点和方式上是否存在控制颇有难度,因此“融入组织结构”的概念在许多国家得到了更多的注意。在一些国家(法国、南非和坦桑尼亚联合共和国),“一体化”(integration)的概念越来越多地被用来作为存在雇佣关系的一个决定性指标。^⑥组织从属性强调雇员对组织的融入即“一体化”或“整合”,基于此,需要进一步思考和讨论的问题是,组织从属性在雇佣(劳动)关系的认定中究竟是否拥有独立的地位与价值?

(一)组织从属性与人格从属性的同质性

与雇佣劳动不同,承揽人的义务为一定工作的完成,其工作不必然融入定作人的事业,且独立于定作人人事管理制度;受托人亦独立处理委托人事物,且非属于委任人组织编制的一员。而雇佣(劳动)契约下的雇员非仅受制于雇主个人的指挥命令,在现代企业组织形态之下,更需日常遵从雇主经营生产团队的意愿、生产秩序及组织规则,其劳务给付行为构成雇主组织生产过程中的必要环节与整体事业经营的一部分。从此意义上言,组织从属性为从属性在现代企业生产经营下的形态呈现,故而与人格从属性具有同质性。

(二)组织从属性的特别意义

组织从属性在雇佣(劳动)关系认定中的意义随着时代发展而不断变化。随着工业革命的开展,组织从属性成为区分产业雇佣与农业雇佣、家庭消费雇佣等非组织雇佣的区分点,并分化出由民法调整的传统雇佣和由劳动法调整的产业雇佣关系。^⑦时至今日,虽然《民法典》在其第七编“侵权责任”第三章第1191、1192条对用人单位和个人劳务接受一方的“用人者责任”予以区分规定,但对于不具有组织从属性的自然人雇佣关系的法律调整模式,在我国无论是立法还是学理均未有定论。与自然人、家庭雇佣不同,组织体系下的雇佣劳动大多非单独即能达成雇佣(劳动)合同目的,雇员之间往往需相互配合并共同构成组织有机体,以使雇主因此有机体的存在而从雇佣(劳动)关系中收获大于单个市场交易的利益,即组织收益大于组织成本与交易成本,从而

为雇主建立企业、与雇员建立雇佣(劳动)关系,以及组织从属性作为雇佣(劳动)关系的认定要素提供合理性解释与正当性基础。依此逻辑推演,产业雇佣与非组织性雇佣自应适用不同的雇主义务与劳动法保护制度。

随着技术发展和专业分工精细化,工作对受雇人技术需求提高而导致其工作专业性与自由度亦大幅提高时,控制理论在决定该受雇人是否处于雇佣关系时将变得越发薄弱。⁶⁵正是在此背景下,英国随后出现了组织标准(organization test,又称为整体标准 test of integration),以此说明在大规模等级组织内工作,但对工作方法、时间等有很大自主权并拥有专门技术的劳动者,被认定为雇员的理由,组织从属性即成为对人格从属性与控制标准的必要补充。

然而,组织形态和生产经营方式的进一步变化对组织从属性的要素地位与权重产生了极大影响,这在目前平台用工的争议中尤甚。在前述 *Razak v. Uber Technologies Inc.* 案和 *Lawsom v. Grubhub, Inc.* 案中,法院虽均认为原告提供的服务为被告整体业务的一部分,但亦认为该要素属于雇佣关系认定的次要要素,证明力度本身较弱。此外,平台用工中劳动者的工作是否为平台业务的组成部分本身也存在争议,美国劳工部在前述2019年针对网约工的意见中,将其仅仅只是通过平台获得工作机会,而其工作并不是平台业务的组成部分作为否定其雇员身份的理由之一,而背后更深层的原因是,劳工部认为虚拟市场交易公司的主要业务不是为终端市场的消费者提供服务,而是提供一项连接网约工和消费者的网络平台指引业务。而在我国江苏苏州美团骑手劳动关系确认案中,⁶⁶两审法院均不认为平台公司仅扮演市场供需信息撮合者的角色,认为外卖派送服务属于配送公司的主要经营范围,而劳动者的外卖配送是配送公司业务的重要组成部分,从而成为判决存在劳动关系的重要支持理由。我国2016年实施的《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》将网约车经营服务的界定最终落脚在“提供非巡游的预约出租汽车服务的经营活动”,规定网约车平台公司要承担

承运人责任,对网约车平台“信息撮合者”身份予以否定,从而为网约车司机劳动给付的组织从属性提供重要指引。而在外卖骑手、闪送等其他平台业务领域,平台身份与法律地位则仍未有规范予以明确界定,此不仅关涉平台企业性质是信息中介、服务公司,还是从事具体服务业经营企业的组织从属性的判断,还关涉平台对任务的系统自动派单,是市场供需信息撮合行为还是对处于接单状态的劳动者工作任务的指派这一人格从属性,以及平台收益是平台市场信息的服务费,还是对劳动者劳动创造价值的分享这一经济从属性的判断,此时对平台本身的认识与判断,就经由“组织从属性”继而与人格和经济从属性相互关联与呼应。在“大众创新、万众创业”的旗帜下,对上述问题所谓“让子弹飞一会儿”的应对策略,既是给理论观察与实践发展以时间,更是让就业与企业政策模糊中得以保持与生存,其意旨远超学理探讨,以组织性质与行为判断为基石的组织从属性的要素权重权衡,便具有了浓重的政策色彩,而个案裁判则就更依赖于人格与特定意义经济从属性的要素判断,才能获得充分的说服力。

六、结语

雇佣(劳动)关系从属性认定标准的体系构成,以人格、经济和组织从属性三者间的逻辑关联与内涵区分为基础,并需对“从属性”成为雇佣(劳动)关系认定标准的内在机理予以解释。在以“剩余控制权”与组织、交易成本理论解释从属性的等级权力和控制逻辑的基本路径下,人格从属性下的各项判断要素作为雇佣(劳动)关系认定的核心要素能够被证成,并能与“经济资源之依赖性”与“雇员不承担经营风险”之经济从属性获得理论自洽与实践一致。若将经济从属性作“经济来源上的依赖性与经济地位上的弱势性”之解所具有的权重与意义,则应取决于特殊立法考量与制度安排。作为本与人格从属性具有同质性的组织从属性,其独立价值随企业经营组织发展与变迁而不断变化,现今则体现出对人格与经济从属性更强的依附性。

正如前文所述,从属性认定标准当前面临空前的质疑与挑战,在平台用工中完全相同的案例背景下,同一微观判断要素会基于不同的认识而被赋予不同的权重,并导致相异的裁判结果。这些差异究竟是司法理性主义的结果,还是司法实用主义的需要?由于平台用工这一新兴事物的方兴未艾、扑朔迷离和知之尚浅,至今还尚无答案,且使劳动法的法政策属性日益彰显。但是,理性与逻辑是法学研究与司法适用的根本,作为劳动法立论与展开的原点性问题,雇佣(劳动)关系从属性认定标准的体系性研究还有待进一步深入,才能以强大的理论解释力应对纷繁复杂的实践。

注释:

①文中对“雇佣关系”一词的理解和使用需特别说明。在许多国家,雇佣关系(employment relationship)以雇主的“控制”或雇员的“从属性”为标志,但在一些国家,雇佣关系还包括具有平等性的自治劳动,例如法国法下“雇佣”还包括“包工与承揽”、德国的雇佣合同还包括“独立”“自主”的雇佣合同。由于雇佣关系在我国立法和学理上并未有明确和一致的界定与理解,因此当本文以“雇佣(劳动)关系”形式使用时,意指与劳动关系同质之雇佣关系。

②参见[德]曼弗雷德·魏斯、马琳·施密特:《德国劳动法与劳资关系》,倪斐译,商务印书馆2012年版,第41-43页;田思路、贾秀芬:《日本劳动法研究》,中国社会科学出版社2013年版,第50-51页;黄程贯:《劳动法》,新学林出版股份有限公司2009年版,第A3-A22页。

③王倩:《德国法中劳动关系的认定》,载《暨南学报》2017年第6期,第42-43页。

④Ryuichi Yamakawa, *New Wine in Old Bottles? Employee/Independent Contractor Distinction Under Japanese Labor Law*, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 21, Issue 1, 1999, p.123-124.

⑤参见邱骏彦:《劳动基准法上劳工之定义——台湾台中地方法院1986年度诉字第5026号判决评释》,载台湾劳动法学会编:《劳动法裁判选辑(二)》,元照图书出版公司1999年

版,第98-100页;杨通轩:《劳动者的概念与劳动法》,载《中原财经法学》2001年第6期,第277-279页;林更盛:《劳动契约之特征[从属性]—评“最高法院”1992年台上字第347号判决》,载《台湾本土法学杂志》2002年第36期,第76-79页。

⑥谢鸿飞:《民法典与特别民法关系的建构》,载《中国社会科学》2013年第2期,第102页。

⑦See Deakin and Wilkinson, *The Law of the Labour Market: Industrialization, Employment and Legal Evolution*, Oxford University Press, 2005, p.1.

⑧Countouris, N., *The Employment Relationship: A Comparative Analysis of National Judicial Approaches*, in G. Casale ed., *The Employment Relationship—A Comparative Overview*, International Labour Office, 2011, p.35-68.

⑨参见游进发:《德国民法上劳动契约的特性》,载《财产法暨经济法》2013年第35期,第55页。

⑩See Hart, Oliver, *Firm, Contract and Financial Structure*, New York: Oxford University Press, 1995, p.29-33.

⑪See Simon, H. A., *A Formal Theory of the Employment Relationship*, *Econometrica*, 19(3), 1951, p.293-305.

⑫See Giuseppe Casale, *The Employment Relationship: A General Introduction*, in Giuseppe Casale ed., *The Employment Relationship: A Comparative Overview*, International Labour Office, 2011, p.19.

⑬同前注⑫, Giuseppe Casale文,第3页。

⑭参见黄越钦:《劳动法新论》,中国政法大学出版社2003年版,第94页。

⑮See ILO, *The Employment Relationship: An Annotated Guide to ILO Recommendation No.198*, http://hfgga161a5032f8114583hv5bbbopxnoch6qbp.fhaz.libproxy.ruc.edu.cn/wcmsp5/groups/public/-ed_dialogue/-dialogue/documents/publication/wcms_172417.pdf, p.41, last visit on September 1, 2020.

⑯同前注③,王倩文,第42页。

⑰See South Africa Code of Good Practice: *Who Is an Employee*, 2006, <http://hfgga161a5032f8114583sv5bbbopxnoch6qbp.fhaz.libproxy.ruc.edu.cn/dyn/natlex/docs/SERIAL/74747/77159/F-566381856/ZAF74747.pdf>, last visit on September 1, 2020.

- ⑮同前注⑮, ILO文, 第35页。
- ⑯同前注⑮, ILO文, 第27-31页。
- ⑰同前注⑰。
- ⑱参见姜宇:《民法典的选择:劳动合同抑或雇佣合同——〈德国民法典〉第611a条修订的教义学分析与启示》,载《法律科学》2019年第5期,第144页。
- ⑲参见“尤培娥与北京河狸家信息技术有限公司上海分公司其他劳动争议案”,上海市静安区人民法院(2019)沪0106民初27907号民事判决书。
- ⑳同前注⑮, ILO文, 第41页。
- ㉑See U.S. Dept. of Labor, Wage and Hour Standards Div., Fact Sheet#13: Employment Relationship Under the Fair Labor Standards Act (FLSA), www.dol.gov/whd/regs/compliance/whdfs13.pdf, last visit on September 1, 2020.
- ㉒同前注⑮, ILO文, 第41页。
- ㉓同前注⑮, 林更盛文, 第85页。
- ㉔同前注⑮, 黄越钦书, 第94页。
- ㉕See *Berwick v. Uber Technologies, Inc.*, CGC-15-546378 (Cal. Labor Commissioner, June 3, 2015).
- ㉖参见吴清军、李贞:《分享经济下的劳动控制与工作自主性——关于网约车司机工作的混合研究》,载《社会学研究》2018年第4期,第145-146页。
- ㉗参见王琦、吴清军、杨伟国:《平台企业劳动用工性质研究:基于P网约车平台的案例》,载《中国人力资源开发》2018年第8期,第98页。
- ㉘同前注⑰。
- ㉙See *O'Connor v. Uber Tech S., Inc.*, 82 F. Supp. 3d 1133, 1135 (N. D. Cal. 2015).
- ㉚See *Ayala v. Antelope Valley Newspapers Inc.*, 59 Cal. 4th 522, 531 (2014).
- ㉛参见法国最高法院社会庭(Cour de cassation, Chambre sociale)2018年11月28日n°17-20.079判决。
- ㉜参见法国最高法院社会庭(Cour de cassation, Chambre sociale)2020年3月4日n°19-13.316判决。
- ㉝同前注⑮, 林更盛文, 第84页。
- ㉞同前注⑮, ILO文, 第39页。
- ㉟第484条规定:“受雇人非经雇用人同意,不得使第三人代服劳务;当事人之一方违反前项规定时,他方得终止契约。”
- ㊱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84页。
- ㊲同前注⑮, ILO文, 第41页。
- ㊳See *NLRB v. Friendly Cab Co.*, 512 F. 3d at 1098.
- ㊴See *Fed Ex Home Delivery v. NLRB*, 563 F. 3d 492 (D. C. Cir. 2009).
- ㊵See *Uber Drivers Are not Employees According to the NLRB*, <http://hfgga1c43755dd18f486fsv5bbbopxnoeb6qbp.fhaz.libproxy.ruc.edu.cn/legalnews/uber-drivers-are-notemployees-94262/> (Last visit on September 1, 2020).
- ㊶参见巴黎劳动法院(Conseil des prud'hommes)2016年12月20日n°14/16389判决。
- ㊷参见《格朗吉约姆法》(Loi Grandguillaume)2016年12月29日n°2016-1920,第3条。
- ㊸参见最高人民法院(2016)最高法民再148号民事判决书。
- ㊹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”。参见 <http://hfgga7aef4a6b4524854hv5bbbopxnoeb6qbp.fhaz.libproxy.ruc.edu.cn/public/detail.php?id=5470>, 2018年6月6日访问。
- ㊺同前注⑮, 林更盛文, 第80页。
- ㊻参见魏千峰:《劳动基准法上之劳工——评释台湾“高等法院”1994年劳上字第三十七号判决》,载台湾劳动法学会编:《劳动法裁判选辑(一)》,元照出版公司1999年版,第348页。
- ㊼同前注⑮, Giuseppe Casale书,第24页。
- ㊽参见[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52页。
- ㊾同前注⑮, Giuseppe Casale书,第26页。
- ㊿同前注⑮, Ryuichi Yamakawa书,第104-106页。
- ①同前注⑮, 田思路文, 第84-85页。
- ②参见谢增毅:《互联网平台用工劳动关系认定》,载《中外法学》2018年第6期,第1560页。
- ③同前注⑮, 黄越钦书, 第95页。

⑤⑦ See S. G. Borello & Sons, Inc. v. Dep't of Indu S. Relations (Borello), 48 Cal. 3d 341,350 (1989).

⑤⑧ e. g. Associated Indep. Owner-Operators, Inc. v. NLRB, 407 F. 2d 1383,1385 (9th Cir.1969).

⑤⑨ 同前注⑤⑦, ILO 文,第41页。

⑤⑩ See Finland Employment Contracts Act (No.55 of 2001), http://hf-gga161a5032f8114583sv5bbopxnoeb6qbp.fhaz.libproxy.ruc.edu.cn/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=58905, last visit on September 1,2020.

⑤⑪ 同前注⑤⑦, ILO 文,第41页。

⑤⑫ 同前注④, Ryuichi Yamakawa 文,第106页。

⑤⑬ 同前注⑤⑦, ILO 文,第45页。

⑤⑭ See Ireland, The Code of Practice for Determining Employment or Self-employment Status of Individuals of 2001,<http://hf-gga6f99602c2198427dsv5bbopxnoeb6qbp.fhaz.libproxy.ruc.edu.cn/en/self-assessment-and-self-employment/documents/code-of-practice-on-employment-status.pdf>,last visit on September 1, 2020.

⑤⑮ 参见上海市浦东新区人民法院(2018)沪0115民初61915号民事判决书。该案获评全国法院系统2019年度优秀案例分析评选活动一等奖。

⑤⑯ 同前注⑤⑦, ILO 文,第43页。

⑤⑰ 同上注。

⑤⑱ 同前注⑤⑦, 林更盛文,第86页。

⑤⑲ BAG July 6,1995, NZA 12, p.33 (1996); BAG Nov.4,1998, BB 54, p.11 (1999); Wolfgang Däubler, Working People in Germany, Comparative Labor Law & Policy Journal, Vol. 21, Issue 1, 1999, p.88.

⑤⑳ See Michael Burawoy, Manufacturing Consent: Changes in the Labor Process Under Monopoly Capitalism, Chicago: University of Chicago Press,1982,p.30.

⑤㉑ 参见王全兴:《互联网+背景下劳动用工形式和劳动关系问题的初步思考》,载《中国劳动》2017年第8期,第7页。

⑤㉒ 参见“‘闪送APP’平台确认劳动关系案”,<http://hf-gga6ae4bfbcdce7b499cvs5bbopxnoeb6qbp.fhaz.libproxy.ruc.edu.cn/pfn/a6bdb3332ec0adc4cb0b52b95e2f0210227a4dafce7c1051bdfb.html?keyword=%E9%97%AA%E9%80%81>,2020年9月1日访问。

⑤㉓ 《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》指出,要健全劳动、资本、土地、知识、技术、管理、数据等生产要素由市场评价贡献、按贡献决定报酬的机制。

⑤㉔ 参见“普瑞森能源科技(北京)股份有限公司与介智华劳动争议案”,北京市第一中级人民法院(2019)京01民终3931号民事判决书。

⑤㉕ 参见“吕晓杨与常州枝秀企业管理咨询有限公司劳动争议案”,江苏省常州市中级人民法院(2019)苏04民终2987号民事判决书。

⑤㉖ See S. G. Borello & Sons, Inc. v. Dep't of Indu S. Relations (Borello),48 Cal.3d 341,350 (1989).

⑤㉗ See Razak v. Uber Technologies Inc.2:16-cv-00573.

⑤㉘ See Lawson v. Grubhub, Inc., 302 F. Supp.3d 1071 (N.D. Cal.2018).

⑤㉙ 参见娄宇:《平台经济从业者社会保险法律制度的构建》,载《法学研究》2020年第2期,第195页。

⑤㉚ 同前注⑤⑦, 谢增毅文,第1560页。

⑤㉛ 同前注⑤⑦, ILO 文,第37-38页。

⑤㉜ 同前注⑤⑦。

⑤㉝ 同前注⑤⑦, ILO 文,第37-38页。

⑤㉞ 参见郑高元:《雇佣关系调整的法律分界--民法与劳动法调整雇佣类合同关系的制度与理念》,载《中国法学》2005年第3期,第80页。

⑤㉟ See Beloff v. Pressdram Ltd.[1973]1A11 ER 241,250.

⑤㊱ 参见“宁波捷顺食品配送有限公司与秦雅静、秦某等确认劳动关系纠纷案”,江苏省苏州市中级人民法院(2019)苏05民终212号民事判决书。