

数字时代劳动法的危机与 用工关系法律调整的方法革新

沈建峰

【摘要】在数字时代,去劳动关系化加速,劳动法陷入功能和存续危机。为解决此问题,出现了四种不同的方案,但这些方案将导致劳动法的调整对象混沌化。要实现从混沌到有序,应引入类型思维。用工关系协调中出现的劳务关系、类劳动关系、非标准劳动关系、劳动关系等属于类型而不是概念。应通过对常素的评价确定这些范畴,应将它们置于用工关系法律调整的规范谱系中,并通过将它们与谱系中的典型形态(或曰“里程碑”)相比较来确定它们的具体内涵。对于用工关系调整的法律适用,应采用评价式、分解式以及探究事物本质与立法目的式的规范适用方法。在我国,为了实现数字时代用工关系协调中的灵活与安全,应首先完善上述用工关系法律调整的规范谱系中作为“里程碑”的关于典型雇佣关系的法律规则。在此基础上,应按照类型思维,通过组合适用关于典型雇佣关系的法律规则和关于典型劳动关系的法律规则,使各种用工关系更贴合当事人之间的利益状况,更符合社会公正的要求。

【关键词】用工关系;类型;雇佣关系;类劳动关系;谱系

【作者简介】沈建峰,中央财经大学教授、博士生导师。

【原文出处】《法制与社会发展》(长春),2022.2.119~135

【基金项目】本文系国家社会科学基金重大研究专项课题“劳动法律的核心价值融入及其制度研究”(19VHJ017)的阶段性成果。

随着我国产业的发展与经济形势的变化,如何应对新的用工形势,实现劳动关系协调中的灵活与安全,是近年来劳动法理论界和实务界共同关注的话题。虽然就此的讨论很多,却始终未有令人满意的方案。时至当下,数字时代的兴起、新型用工方式的发展使得劳动世界的图景更加丰富多样,对灵活与安全的诉求也更加突出,劳动法律的制度供给相对捉襟见肘,对劳动法的失望与关于劳动法的危机观念并存。以平台用工为例,围绕平台用工法律关系是劳动关系还是非劳动关系,是要尊重平台的灵活性还是要实现对劳动者的保护,司法实践中出现

了许多削足适履或者同案不同判的状况。学术观点之间的对立也显而易见。^①在讨论如何解决上述问题的过程中,完善劳动关系协调机制、实现劳动关系类型化或分层治理日益成为共识,关于类劳动者的讨论也在不断出现。然而,就劳动关系分类处理而言,其作为观念容易被接受,但存在立法技术上的难题,立法者的每一次分类处理都意味着制度性的区分对待,这种区分可能导致不公和社会选择风险。就对类劳动者的引入而言,类劳动者建立的用工关系是不是与劳动关系、劳务关系同一层面的新范畴?对该概念的引入会不会引起新的僵化?^②在人

力资源和社会保障部、国家发展和改革委员会等八部门于2021年7月16日共同印发的《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》引入“不完全符合确立劳动关系情形”的用工关系后,相关疑虑再次出现。这些疑问和担心的重要根源之一在于,我们往往仅从劳动法的角度孤立地认识市场配置劳动力资源问题,认为劳动力提供者问题就是劳动法的问题,未能坚持问题导向,从市场配置劳动力资源这个宏观前提出发讨论制度选择和制度完善。我们有必要重回市场配置劳动力资源这个视角,梳理用工关系法律调整的规范谱系,在谱系完善、思路清晰的基础上探究工业4.0时代用工关系协调机制存在的问题和相应的完善方向,这种谱系式的思考需要一种劳动法学方法的革新!这也是本文的基本思路。

一、数字时代去劳动关系化的发展与劳动法的危机

(一)去劳动关系化的发展

劳动法产生于工业化生产时代,“劳动契约制度建立时所根据的社会背景是工业发展过程中的市场经济社会;所掌握的是成年男性劳工的工作生活特征,他们在雇主的工厂中,以不定期契约的形式,服从雇主指示,提供特定的劳务”。^③劳动法所要解决的是工业化生产中的劳动者问题,^④其调整的主体的原型是工业化生产背景下流水线上的蓝领工人。“他生活在贫穷的状况中,一整天在艰苦的劳动条件下为微薄的工资而拼命工作。工厂主和劳动者之间存在明显的财富和身份落差。”^⑤这样的调整原型和相关保护性的、给用人单位带来负担的制度设计必然会在劳动关系用工蓬勃兴盛的同时,推动非劳动关系用工的继续存在和发展。即使在德国这样高度工业化的国家,仍然有五分之一劳动力提供者没有处于劳动关系中。^⑥进入21世纪,在数字时代到来后,“由于数字革命降低了沟通的时空限制,以长期雇佣为主导的雇佣方式受到挑战,各种具有非正式性、临时性或非全日制特征的不稳定雇佣方式开始不断出现,并且开始占据着越来越大的比重”。^⑦不

符合典型劳动关系认定标准进而无法被纳入传统劳动法调整范围的用工关系也在日渐增多,全球均呈现出“去劳动关系化”趋势。以德国为例,^⑧相比较于2012年,2016年,德国总人口数增长了198万多,就业人口数增长了约331万,但基于劳动关系而劳动的人数则下降了70.5万。从2010年到2016年,独立从业者则从3418000人增加到了3653000人,其中,自雇者的占比从2010年的49.6%增加到了54.4%。近几年来,以互联网技术为基础发展的平台用工进一步冲击了传统劳动关系形式的用工。在德国,一个基本的判断是,不具有劳动关系的类劳动者的数量在增加。^⑨就整个欧洲而言,早在2009年,就有学者提出,“谨慎估计的话,四分之一的独立劳动者属于经济从属者。也就是,在欧盟有500万的从业者”。^⑩

相较于发达的市场经济国家,我国的工业化程度相对低,劳动关系形式之外的用工方式会更加普遍。这是因为“非正规就业,也即在未登记的非正规经济部门的就业,也包括在正规部门的非正规就业和家庭帮工,在发展中国家和地区以及新兴经济体的非正规就业占比为59.5%,而发达国家和地区仅为17.1%”。^⑪同时,与其他国家相比,我国还出现了平台用工快速发展的趋势,平台劳动力提供者的人数不断增长。“2020年共享经济参与者人数约为8.3亿人,其中服务提供者约为8400万人,同比增长约7.7%。”^⑫从目前的裁判实践来看,由用工方式所致,平台劳动力提供者多不被认可是与平台建立劳动关系的劳动者,平台劳动力提供者人数增多其实也是去劳动关系化趋势增强的结果。除此之外,我国劳动法中特有的两个制度——用工主体资格制度和劳动者主体资格制度——进一步导致大量的劳动力提供者游离于劳动法的适用范围之外。根据我国劳动法的规定,只有依法成立的组织体才可以成为用人单位。因此,就自然人(个体工商户除外)、家庭等来说,即使发生了依附性用工,这些主体也不能建立劳动关系。不仅如此,一些组织体,例如村(居)委会等,尽管是依法成立的组织体,在很多地方的实践中依然不被认可为用人单位,这进一步缩小了适格用人

单位的范围。在劳动力提供者一方,根据我国现行法律和实践,学生、达到退休年龄的人以及未领取就业许可证的外国人都不是适格的劳动者,无法建立劳动关系。基于以上种种因素,在我国,能够建立劳动关系、适用劳动法的劳动者在劳动力提供者中只占非常有限的一部分。有学者认为,“包含中产阶级的受到劳动法保护的正规经济只占就业人口中的16.8%,而半工半农不受劳动法保护的非正规经济的劳动人民则占到83.2%”。^⑬从国家统计局等相关部门的统计来看,上述比例也并不乐观。根据《中国劳动统计年鉴》,2016年,在全国就业人口中,56.4%属于雇员,37.7%为自营劳动者,2.8%为雇主,3.0%为家庭帮工。^⑭仅就城镇来看,73.3%属于雇员,20%为自营劳动者,4.0%为雇主,2.7%为家庭帮工。^⑮因为上述雇员涵盖了公务员、事业单位工作人员等,所以在上述雇员中,劳动法意义上的劳动者的人数可能还会更少。《中国劳动统计年鉴》上的其他数据可以进一步佐证该观点。2016年,全国就业人口数约为77603万,城镇职工约有41428万人。^⑯然而,实际参加城镇职工基本养老保险的职工约有27826.3万人,^⑰参加职工基本医疗保险的职工约有21720万人,^⑱全国参加失业保险的人数约为18089万,^⑲全国参加工伤保险的人数约为21889.3万。^⑳从有劳动关系则原则上会缴纳社会保险的角度推断,当下,劳动关系中的劳动者占全部劳动力提供者的比例可能不超过40%。

(二)劳动法的危机?

在上述关于劳动世界图景变化和劳动关系覆盖人群的数据的基础上,可以认为,当下劳动法在如下两层意义上面临着危机:其一,劳动法面临功能危机。因为适用受到劳动关系这一前提的限制,在非劳动关系用工扩大的背景下,大量难以被认定建立了劳动关系却具有社会保护需求的劳动力提供者无法被纳入劳动法的适用范围,这使得法律对劳动用工的保护不足,用工安全性不够;或者虽可勉强认为这些劳动力提供者建立了劳动关系,可被纳入劳动法的适用范围,但这么做又不符合用工实际,将导致

用工灵活性不够。在我国,甚至一些最需要保护的人,如农民工、老龄劳动者、网约送餐员等均无法适用劳动法的规范,^㉑劳动法日益成为“工业劳动者”的法。同时,一些比较强势从而保护需求弱的高级劳动者如高管等却可毫无例外地适用劳动法,劳动法成为“贵族”劳动法。两种因素相结合的结果是,人们所期待的劳动法保护劳动者、解决社会问题的功能落空或者错位了,劳动法在灵活与安全的夹缝中陷入功能危机。其二,劳动法面临存续危机。通过劳动关系形式用工的情况不断减少,劳动法调整的社会关系日益萎缩之时可能也是劳动法萎缩之时,去劳动关系化会对劳动法的存续产生直接冲击。从历史发展来看,随着社会经济发展而消失的法律关系和法律规范也并不罕见。劳动法真的面临危机吗?如果坚持传统劳动法的思路似乎是如此。但劳动法仍有要解决的社会问题,劳动法的上述危机并非劳动世界需要解决的社会问题不再存在引起的。进入数字时代后,对保护以平台用工劳动者为代表的劳动力提供者的需要并没有减弱,反而更加强烈了。因此,人们说劳动法存在危机时,表达的更多是对劳动法没有能力解决这些社会问题的失望。与其说数字时代劳动法面临危机,不如说劳动法的传统思路面临危机。

二、拯救劳动法:扩大劳动关系范围与分类处理

面对上述劳动法危机,尤其是面对劳动力提供者需要保护的现实,理论界的基本反应是,劳动法应当与时俱进。一方面,应扩大劳动法的适用范围。“基于我国就业形式的多元化趋势,劳动者的保护范围不仅应当扩展到全部从属性劳动,而且应当扩展到自治性劳动中的准从属性劳动,尤其是将劳动者保护的阳光普照到新技术、新产业、新业态中的准从属性劳动者身上。”^㉒另一方面,应对劳动关系进行分类,^㉓以此实现灵活和安全的平衡。然而,如何扩大劳动法的适用范围?如何对劳动关系进行分类?

(一)不同思路梳理

从目前来看,大概存在四种扩大劳动法的适用范围并对其适用对象进行分类处理的思路。其一,

主张改变劳动关系的认定标准,直接扩大劳动关系的范围。有学者认为:“‘互联网+’必将加速灵活就业的普及化发展,这就意味着将会出现更多形式的新型用工方式,劳动关系必将面临一个适用范围扩大化的趋势。因此,有必要创新劳动关系认定标准。”^③有的学者甚至提出,“基于现在已有独立的劳动法,可将雇佣关系视为劳动法调整范围内一般劳动关系的一种特别形态,由劳动法统一调整”。^④在其他国家,也有学者提出通过以经营者机会和自愿承担风险标准替代依附性标准来认定劳动关系的主张,^⑤这一标准转换将实质性地扩大劳动关系的范围。^⑥其二,主张引入非标准劳动关系概念。早在《劳动合同法》刚颁布时,就有学者讨论非标准劳动关系的问题,认为非标准劳动关系具有“三分”“三合”的特点。“三分”即“劳动关系与工作场所分离、劳动关系与持续性工作分离、劳动关系中雇佣与使用分离”。^⑦“三合”指“劳动关系与经营关系重合、劳动关系与服务关系重合、劳动关系与劳动关系重合”。^⑧在平台用工的推动下,主张建立非标准劳动关系制度的学者越来越多。“在互联时代中,劳动法应该为网约工正名,认定其劳动者的法律身份,同时以兼职或者以合作方式加入APP平台公司并依其信息、受其指示而提供劳务的网约工,其与APP平台公司的关系是劳动法意义上的非标准劳动关系。”^⑨然而,非标准劳动关系的规范内涵是什么,其具体认定标准是什么,这些问题仍不明确。其三,受德国等国相关理论的影响,主张我国应引入介于劳动者和非劳动者之间的类劳动者或准从属性劳动者^⑩范畴。“从平衡共享经济发展和劳动者权益保护的理念出发,有必要在我国增设‘类劳动者’这一法律主体,从而为政府包容审慎监管提供便利。类劳动者介于劳动者和劳务者之间,其在人身从属性上弱于劳动者,在经济从属性上则强于劳务者。因此,政府对类劳动者进行的倾斜保护应当弱于标准劳动关系,而高于具有更高自主性的劳务关系。”^⑪然而,对类劳动关系是什么,它与非标准劳动关系的关系是什么,学界存在着不同的意见,有时会出现将类劳动关系与非

标准劳动关系混同的思路。其四,主张进行特别立法。有学者完全从实用主义的角度出发,提出就特殊劳动关系进行专门立法:“很有必要根据劳动力市场供求和就业结构新变化,在宪法和专门法所确立的最基本劳动权利(这些权利必须得到严格保护)之外,扩大权利主体的涵义,充分认识这种新型劳动关系的特点及其与传统劳动的关系,调整现行劳动法规政策的适用范围;针对灵活就业的特殊群体、特殊行业、特殊需求提出相应的劳动标准及专门法规与政策,建立线上线下相辅相成的利益诉求表达渠道和维护机制”。^⑫

(二)劳动关系扩大化的困境

总结上述各种思路,其共同取向在于扩大劳动法的适用范围。扩大的方法之一是,打破劳动关系的传统认定标准,模糊劳动关系这一范畴。在此,直接扩大劳动关系范围的观点是这样,引入非标准劳动关系或者进行特别立法的思路也是如此。从表述看,“非标准劳动关系”“特别劳动关系”都将相关用工关系归到了劳动关系范围内;从具体内容看,这些思路都试图修正劳动关系的概念内涵及认定标准。例如,按照非标准劳动关系理论的观点,“我们日常生活中所说的灵活用工和灵活就业都是非标准劳动关系的表现形式”。^⑬扩大的方法之二是,引入新的术语和用工关系类型。以类劳动者为例,按照经济依附的标准,其建立的用工关系不属于劳动关系,但这种用工关系在一定程度上可以适用劳动法的规范。上述扩大劳动法适用范围的方法都可能使劳动关系混沌化。一方面,这源于相关“新”概念本身具有模糊性。以类劳动者为例,有学者提出,“中间类型的主体特征在于对雇主的依赖性或者从属性要相对弱于雇员,但是在经济收入上的依赖性又要强于一般的劳务提供者”。^⑭如何判断这里的“强”和“弱”?另一方面,这源于各新概念之间并没有统一的思路和主线,各个观点都按照自己的区分标准展开。这样的话,区分类劳动关系和非标准劳动关系的标准何在?平台用工关系是类劳动关系^⑮还是非标准劳动关系?^⑯因此,如下批评意见是正确的:“对

第三类劳动者的认定无论是立法还是实践判断都异常复杂与困难,且介于雇佣与自雇佣之间而又要与二者相区别的标准设置,使其比对雇员身份的判断更加让人迷惑。”^③人们在思路引入越来越多的描述程度的形容词,在抽象的依附性强或弱的角度分析劳动关系中的依附性,或者提出,“从劳动关系发展史来看,劳动者的人格从属性是处于逐渐弱化中的”,^④或者提出,“应按从属性的强弱将‘人身从属性’到‘经济从属性’进行分类调整,在保障劳动关系稳定性的同时,也对灵活性劳动关系给予适当的保护”。^⑤我们看到了劳动法的两难境地:若坚守劳动关系的传统范围,劳动法的适用对象和功能将越来越少;若扩大劳动关系的范围并模糊劳动关系的边界,劳动法将失去清晰出发点。我们是应选择劳动法在调整对象的萎缩中陷入危机,还是应选择劳动法在调整对象的混沌中陷于危机呢?

三、用工关系法律调整的方法革新:从楚河汉界到次序交融

(一)从劳动关系到用工关系

摆脱上述困境需要思路和方法的革新。就此而言,首先需要回归市场配置劳动力资源的规则体系这个基本前提。长期以来,我们总是通过立足于劳动法的制度设计来应对整个劳动力市场的变迁。出现涉及对劳动力提供者的保护问题时,所有的争论都会围绕是否应将劳动力提供者纳入《劳动合同法》或者《劳动法》的适用范围而展开。劳动力提供者的问题和劳动关系中劳动者的问题之间被画了等号,劳动力提供者的问题被认为就是劳动法的问题!这种坐标或者出发点的窄化成为制度削足适履和劳动法危机的重要根源。

如坚持问题导向,则市场配置劳动力资源的规则体系和使用他人劳动力时能够建立的法律关系才应当是讨论的出发点,但通过市场使用他人劳动力^⑥时,可用的法律工具(法律关系)从来不是只有劳动合同(劳动关系)。在罗马法中,由于奴隶劳动(Sklavenarbeit)这种身份劳动的存在,大部分经济类别的用工关系都被排除在合同法之外。^⑦在为数不

多的通过合同用工的领域,“奴隶为主人之外的人提供劳动受物的租赁(locatio conductio)规则调整。与此相对,高级劳务由自由人基于委托合同无偿提供”。^⑧此后,关于合同用工的法律制度基本沿着租赁与委托这两条主线向前发展,并且日渐成为最重要的关于使用他人劳动力的法律制度。在德国等国家,雇佣租赁独立了出来,现代雇佣合同出现。^⑨在此过程中,委托合同的发展出现了分化格局,有的国家坚持了罗马法中的关于无偿委托合同的传统,同时为了填补制度供给的空白,发展出了有偿处理他人事务的合同。^⑩这样一来,以使用他人劳动力为标的的合同就包括雇佣合同、承揽合同、委托合同、处理他人事务的合同、保管合同等。^⑪有的国家则打破了无偿委托的传统,委托可以为有偿的也可以为无偿的,所以,“在民法上,将广义上的以利用他人的劳务或者劳动力为标的的契约(劳务供给契约, Arbeitslieferungvertrag)分为四种类型,分别是雇佣、承揽、委托及保管”。^⑫经历上述发展,民法中使用他人劳动力的合同类型基本成型,其在大陆法系国家被统称为劳务合同(Tätigkeitsverträge)。^⑬上述沿着罗马法的思路以个人主义为出发点演进的用工法律制度始终受到非罗马法因素的影响。进入工业化时代后,随着劳动领域社会问题的出现,面对劳动者和用人单位之间结构性的力量失衡,对这种工业生产中的用工关系进行特别调整的制度开始出现,最终,劳动合同用工与民事合同用工相分离,劳动法从民法中分离。劳动合同、雇佣合同、承揽合同、委托合同、处理他人事务的合同、保管合同……至此,市场配置劳动力资源的制度体系基本成型。本文将这些通过合同使用他人劳动力的法律关系^⑭统称为用工关系。突破劳动法视角的局限,打通劳动法和民法之间的关系,^⑮以用工关系而不是劳动关系为出发点讨论对市场配置劳动力资源制度的完善,不仅有助于解除当前劳动法的困境,更有助于解决面向全部劳动力提供者的保护问题。

(二)从混沌到有序:范式转换

上述劳动关系扩大化的困境源于当下劳动世界

图景的变化,但同时也非常清晰地反映了传统法学为了法律的安定性对严格界定概念的信赖本身所带来的问题。我们在追求劳动关系范畴的确定化,但劳动关系范畴可以被切割和确定化吗?因此,在引入用工关系这一出发点的基础上,我们尚需要解决问题的方法或范式的转换。“生活是一个流动的过程,概念却以清晰的界限横穿这一过程。在生活只显示‘或多或少’的地方,概念却要求作出‘非此即彼’的决定。”^⑤传统法学方法不断追求概念的精确性,希望依据准确的概念、严格的构成要件、三段论涵摄式的法律适用得出客观公正的结论,但生活事实始终是非标准化的。精确的概念对法律来说确实不可或缺,但只有精确的概念不足以解决法律面临的问题。比较典型的是,“抽象概念式的思维不足以把握中间形式和混合形态,因为这些形态不能完全整合进现有的框架”。^⑥如何在通过精确的概念实现法的安定性这一诉求和生活的多样化实际之间找到平衡,如何消除二者之间的张力,是法学方法中的重要命题。对不确定概念、概念核和概念晕的区分,对一般条款、价值原则等等的引入^⑦都是朝这一方向努力的结果,但这些努力依然不够充分。

在此过程中,“一种更适应流动的生活过程的方法论尝试必然特别令人感兴趣……用关键词来表述的话,它涉及为科学方法论发现比较级”。^⑧从20世纪二三十年代开始,一种混沌但有序的类型(Typen)、类型序列(Typenreihen)观念应运而生。与以属加种差的方式通过封闭式要素界定范畴的传统概念技术不同的是,类型方法通过大量需要总体评估的指标或者特征(常素)来描述范畴。“古典概念(Klassenbegriff)是标志(Merkmal)的组合,对于单个现象,人们只能用‘是’或者‘不是’回答。”^⑨对类型而言,“作为其标识的特征至少部分是可以不同强度出现的,甚至在某种程度上这些特征可能会交替出现。具有决定性的是源于法定或合同约定规则的整体形象(Gesamtbild),该整体形象能够帮助人们辨识出特定的主导视角”。^⑩传统概念思维是一种封闭思维,类型思维是一种开放思维。类型的特点不仅在

于界定标志的整体性和开放性,而且在于其边界的流动性。“古典概念通过清晰的概念彼此区分;类型概念如色卡上的颜色,因边界模糊而互相交融:古典概念强调区分,类型概念强调结合。”^⑪这种流动性为从一种类型向另外一种类型过渡提供了可能。“一个类型在其不同的个别表现形式上可能具有不同的特征,可能经历不同的变换,甚至在极端情况下,可能通过减少一个特征、极力强调另外一个特征或者接受一个新特征转换成另外一个类型。”^⑫通过引入类型方法,在不严格意义上被称为概念的现象被区分为两种形态:类型和传统概念或者狭义概念,这两种形态指向两种形成体系的方法。^⑬

在上述开放性和流动性的基础上,类型思维通过强调范畴的次序性^⑭以及所谓的“里程碑(Meilenstein)”观念实现范畴的清晰化。首先,它在类型序列中,在相邻类型的“比较级”中理解和把握范畴。“通过将一个类型归入其在类型序列中的位置,其标志性的特征以及将其与相邻类型连接的特征都变得清晰了。”^⑮其次,“类型有着清晰的核,但是没有清晰的边界”。^⑯可在类型序列的两端以及类型序列中确立典型形态(类型的极端形式和平均形式)作为“里程碑”,以服务于对相关类型内容的把握。“在序列中,人们选取某种特别鲜明的、纯粹的或经典的现象,无论它是极端形式的还是平均形式的,以评价其他现象。”^⑰通过与上述作为“里程碑”的典型形态相比较,可在比例关系中进一步确定具体类型的内涵。在上述两种方法的基础上,类型和传统概念一样能服务于将事物归入规范体系中,“如同古典概念,类型概念也是对现象进行整理的工具,所以将(类型)序列概念和古典概念对立起来从术语的角度看是不幸的”。^⑱不仅如此,这种序列构造还有特殊的价值:“使过渡类型和混合类型的把握成为可能。通过在类型序列中为某类型分配位置,使得能彰显该类型的特色,但又使其与毗邻类型相连的诸特征可以更清楚地凸显出来。”^⑲

类型思维的价值不仅在于其带来了认识论上的革新,更在于其同时带来了法的适用方法的革新。

“类型化方法要求以其他方式而不是以目前已经不充分的涵摄(Subsumtion)逻辑来论证归入。”^⑥除了通过总体评价相关指标进行类型归入,以合同的法律适用为例,“还需要权衡不同合同因素各自对作为统一法律关系的合同的意义”。^⑦这样一来,特定案件的法律适用并非简单地因涉及某一种合同类型所以与该合同类型有关的规则全部适用于该案,而是首先要进行评价式的法律适用。“法律中规定的合同形式只是纯粹的合同形式,被理解为类型序列的终点”,^⑧“还可以按序列,将大部分处于法律规定的特定合同关系纯粹形式之间的形态归为过渡形式”。^⑨因此,法律的适用在一定程度上需要根据被归入类型的个案与作为类型“里程碑”的典型构成要件之间的相似度进行评价。“当总体来看一个合同属于法律规定的合同类型,但该合同在个别方面具有与其强烈不同的特征,以至不能适用相关规范时,必须在个案中探寻,为属于此种类型的典型合同规定的规范是否适合本案中的合同。”^⑩其次,根据案件情况,可能需要分解式的法律适用。在类型思维中,法律关于某种有名合同的规定只是针对规制原型的松散规范群。“当人们遇到与立法者在规制相关合同类型本身时所预设的问题不同的问题时,总是需要问,如何根据相近的或上一级的规范整体所表现出来的基本判断来解决该问题。例如,(在一个案件中)人们不妨碍地运用一个合同类型的时效规则,同时认为另一个合同类型关于解除权的规则比较适合该案。”^⑪最后,类型思维下的法律适用是一种探究事物本质和立法目的式的法律适用。因为类型的上述不确定特征,在法律适用上,相较于形式性的界定,应更重视类型背后的价值。类型作为一种思考方式,“其清晰地彰显并确定了包含于其中的大量单个特征之间的充满意义的关联性。这些单个特征是对‘事物本质(Naturder Sache)’的反映”。^⑫

总体而言,“类型因其极大地贴近实际、具有直观性以及具象性是无可定义的,只具有可说明性。尽管它具有确定的内核,但是它没有确定的边界,以至于即使这儿或那儿缺失对一个类型而言具

有典型性的特征,也不会使人们对特定事实的类型归入产生疑问。概念是封闭的,类型是开放的。概念只能给出清晰的‘是或者不是’,概念在于区分,概念思维是区分思维;与此不同,类型适应于多样化现实的‘或多或少’,它在于联通,使得意义关联更清楚,在类型中,普遍性被直观地、总体地把握。不像被涵摄到概念下那样,具体事实是被或多或少地归入到类型中的”。^⑬这样一种思维方式为我们重新认识用工关系法律调整的规范谱系及具体用工形态之间的关系提供了最直接的思路。

(三)用工关系法律调整的规范谱系中的类型思维

在类型思维的指引下,重新审视用工关系中的种种具体范畴则会发现,当下讨论的雇佣合同、劳动合同、类劳动关系、非标准劳动合同等用工关系范畴都属于类型而不是严格意义上的概念。就对劳动关系或劳动合同的界定而言,在德国和我国的相关理论与实践,越来越多的学者承认,劳动关系认定中的人格依附性指标中并无要素,只有通常的因素(常素),^⑭“反思传统劳动关系判定标准之得失,探索确立契合当代劳动关系发展形态和趋势的综合性判定标准,是大势所趋,也是当务之急”。^⑮因此,劳动关系范畴是一种类型。^⑯对于劳动合同之外的民事合同,“在雇佣合同、承揽合同等合同类型中,清晰地界定概念的可能性是非常令人怀疑的。各种在概念界定上的徒劳的努力可以证明这一点”。^⑰对这些合同的判断也需要根据各种因素在总体上进行,尽管这些合同类型的核心是清晰的,它们的边缘地带却是模糊的。例如,一般认为,承揽合同是给付结果的合同,雇佣合同是给付行为的合同,但雇佣也会出现计件付酬的情况。因此,“《德国民法典》中的合同类型是真正的类型而不是种类逻辑上的概念”。^⑱

如上所述,类型具有界定因素上的开放性、边界的流动性和序列性。在从自由的民事关系过渡到充满社会保护因素的劳动关系的过程中,增减相关因素会产生类型过渡形态,这些形态也因此被称为类劳动关系^⑲和非标准劳动关系。类劳动者或者类劳动关系描述的是一群有自己的生产工具,能够相对

独立地工作,但在工业化的夹缝中不得不委身于特定的订货商,通过承揽等方式为特定的工业企业提供生产结果的人。这种用工关系使用承揽等传统民事法的法律工具,因此不属于严格意义上的劳动关系,但这些劳动力提供者在经济上从属于特定的工业企业。这就形成了“自主生产+经济从属”这一特殊的利益结构:从市场参与的角度来看,他们是经营者,但从实际经济能力来看,他们不具有独立性。由于对他们是否存在“经济依附”及是否“与劳动者相类似,具有社会保护需求”的判断需要根据各种指标综合进行,^⑨类劳动者这一范畴具有内涵丰富性和不确定性,只能被描述,无法被人们用构成要件界定。在我国,针对不构成劳动关系但又无法只适用关于传统民事关系的法律规定的用工形式,上述八部门共同印发的《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》仅笼统地将这种用工形式描述为“不完全符合确立劳动关系情形但企业对劳动者进行劳动管理”,这体现了一种典型的类型思维。因劳动关系认定标识中缺失一些因素,出现了非标准劳动关系形态。尽管在劳动法理论和实践中,非标准劳动关系是一个独立的范畴,但其指向的,依然只是工业时代蓝领工人这一典型劳动者之外的一类劳动者,其不是一个可以用属加种差或者构成要件统一界定的概念,因此是一个类型。

按照类型思维,尽管用工关系法律调整的规范谱系中的所有这些现象都是类型,尽管这些现象的边缘不确定,内涵具有流动性,但这并不影响对具体用工关系进行体系归入和规范适用。如上所述,类型思维除了强调按照指标对事物进行综合评价和类型归入,更强调对类型序列、该事物与典型形态(“里程碑”)的关系以及类型背后的事物本质的关注。确定具体用工关系范畴,不是对劳动关系、劳务关系、非标准劳动关系、类劳动关系等进行孤立的、属加种差式或构成要件式的界定,而是打破民法和劳动法之间的楚河汉界,完善用工关系法律调整的规范谱系,理顺序列并发掘序列中的事物的本质,在对比不同类型中发现相关类型的具体内涵。按照这一思

路,通过梳理用工关系发展的历史和相关理论,根据当事人之间的从属性、社会保护需求、自治空间、法律管制等的程度,可以依次将市场化用工的法律关系排列成劳务关系、类劳动关系、非标准劳动关系直至劳动关系的类型序列。典型的、社会保护完善的劳动关系和完全市场自由的、没有社会保护的劳务关系屹立于两端。从劳务关系到类劳动关系、非标准劳动关系最终渐进式地过渡到典型劳动关系,依附性逐渐强化,社会保护逐渐加强,国家管制也在加强,私人自治的空间不断被压缩。在上述类型序列中,各种用工形式将凸显出各自的具体内涵和规范定位。

除了指引人们在序列中找到范畴的位置从而明确其内涵,类型思维还强调“里程碑”或者典型形态的确立,也即“在序列中,选取某种特别鲜明的、纯粹的或经典的现象,无论它是极端形式的还是平均形式的,以评价其他现象”。^⑩在用工关系的类型序列中,尽管处于两端的劳动关系和劳务关系也属于类型,但二者在长期的立法、司法实践和理论讨论中已形成了相对稳定的类型核心地带、相对确定的类型确定指标和典型形态,尽管按照类型思维,这些指标都非绝对和唯一的,但指标的稳定性毋庸置疑。尤其对典型劳动关系而言,一方面,应承认其本身作为立法原型和“里程碑”的相对确定性,另一方面,也应在用工关系流变中保持其核心内涵的确定性和稳定性。“整个劳动法都系于劳动者以及劳动合同概念。确认具备劳动者的特征,可以引发对一般劳动法的整个保护性规定的适用。在改变劳动者概念时,人们对该效果尚未有足够的评估。”^⑪对这种类型的典型形态进行“界定”,形成类型序列中的“里程碑”,既有技术上的可能性,也有制度上的必要性。确立“序列+典型形态(‘里程碑’)”后,用工关系法律调整的规范谱系中的每一种形态都将通过在类型序列中与典型形态(“里程碑”)相比较而得出的比例关系获得确定的内涵。这也是拉德布鲁赫提到的确定范畴的比较级方式。

需要注意的是,在序列中,类劳动关系和非标准

劳动关系表现了从自由劳动向人格依附性劳动逐渐过渡的过程,都是类型过渡现象。作为过渡现象,二者没有自己的典型形态,所以这两种类型和有典型形态的劳动关系、劳务关系在适用技术上有着实质差异。此外,尽管类劳动关系和非标准劳动关系都是过渡现象,但因与“里程碑”的距离存在差异,二者的类型进一步归入之间有根本区别。类劳动关系紧邻非劳动关系,在根本上不是劳动关系,只是出于特殊理由,可以例外适用劳动法的规范,其主要涉及劳务合同,也在一定程度上涉及劳动合同因素;非标准劳动关系紧邻典型劳动关系,在本质上是劳动关系,只是出于特殊理由,例外地不适用劳动法的一般规范,其属于劳动关系,混合了非劳动关系的因素。基于上述两种类型的特殊之处,在具体案件中,哪些劳动法规范适用于类劳动关系,哪些劳动法规范不适用于特定非标准劳动关系,均需根据相关类型与劳动关系或劳务关系的相似程度、类型谱系背后的事物本质以及相关规范的立法目的进行具体判断。

总体而言,在类型思维的指引下,整个用工关系将形成如图1所示的连续演进的、存在结合部位的用工关系法律调整的规范谱系。这一谱系背后的事物本质是从自由劳动到人格依附性劳动这一劳动力提供者不断失去自主性、依附性不断得到强化的劳动用工方式动态演进的过程。当下,应完善上述谱系,并在上述谱系中为特定用工形式找到准确的位置。

四、用工关系法律协调制度的完善

(一)民事合同用工体系的完善

基于上述思路,从现行的协调用工关系的法律

制度整体来看,劳动法需要与时俱进的完善,但更需要完善的是民事法律规则。改革开放后,在法律领域,我国几乎将对市场配置劳动力资源的希望全部寄托给了劳动法。民事法律从1986年的《民法通则》开始,就没有给雇佣合同这种最重要的使用他人劳动力的合同留下空间。在九十年代制定《合同法》的过程中,尽管草案中曾出现关于“雇佣合同”的规定,^⑤但“之后因各种原因,雇佣合同作为有名合同最终与《合同法》无缘”。^⑥此后至今,除了委托合同、承揽合同等具有特定内容的合同类型,劳动法调整范围之外的用工方式几乎都处于自治或者说没有具体法律可依的状态。在2020年《民法典》编撰过程中,尽管学界有相关提议,^⑦但《民法典》最终未引入关于雇佣合同的规范。因此,当下应从如下方面完善民事合同用工的规则体系:

其一,引入关于雇佣合同的具体规则。尽管在用工关系的法律协调中,我们一直在区分劳动关系和劳务关系(非劳动关系),认为后者属于民事关系;然而,在现行民事立法中,尽管偶尔出现关于劳务关系的表述,并没有关于劳务关系或者劳务合同的规则,甚至在一定程度上,劳务合同指的是一个合同类型还是一类合同类型仍是模糊的。从上文对民事合同用工的历史发展的梳理来看,广义的劳务关系包括雇佣关系、承揽关系、(有偿和无偿)委托关系及保管关系等类型,《民法典》中已有关于承揽、委托等的明确规定,同时,由于已有专门法调整依附性雇佣的劳动合同,所以目前缺失的是关于自主雇佣(狭义雇佣关系或雇佣合同,以下将其称为雇佣关系或雇佣

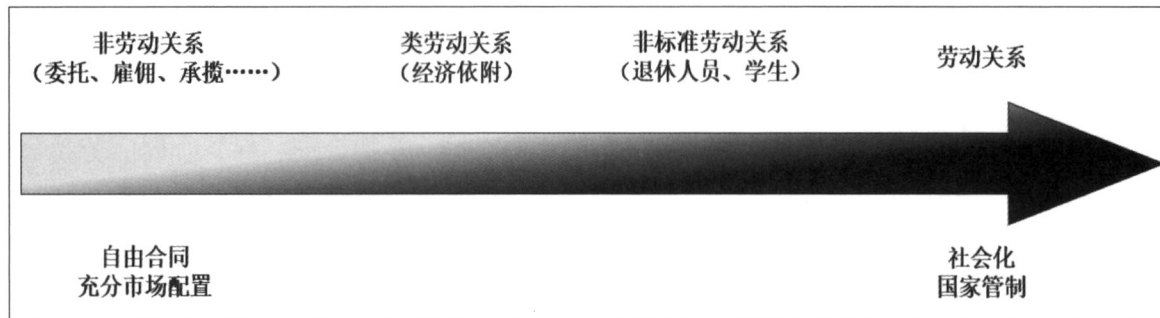


图1 用工关系法律调整的规范谱系

合同)的规则。尽管我国没有关于雇佣合同的具体规则,但“当今的经济生活根本未超越传统雇佣契约与劳动合同相互协进的历史阶段,社会生活中许多雇佣关系不可能全部受到《劳动法》的规制,民法调整传统雇佣关系仍具有不可替代的作用”。^⑤在缺乏雇佣合同规则的背景下,出现关于雇佣关系的争议时,根据《民法典》的规定,只能适用《民法典》总则编、合同编通则分编或关于与所涉合同最相似的合同的规定,这带来法律适用的困境。因此,如下观点是非常值得赞同的:“由于我国劳动关系范围的限定,大量无法纳入劳动关系的劳务提供与使用关系需要法律的调整与规范,引入雇佣合同规则,可以填补其中的空白。”^⑥

其二,引入关于通过合同使用他人劳动力的法律关系的一般规则。当劳动关系和非劳动关系被归入一个类型序列时,必然存在共同规则,即关于通过合同使用他人劳动力的法律关系的一般规则。以劳务为标的的合同之间,包括委托合同、承揽合同、保管合同、劳动合同以及其他劳务合同,确有共通之处。例如,原则上,劳动力提供者需亲自给付劳动,这一履行过程有较强的信赖和保护色彩:履行过程中,劳动力提供者需接受指示、承担计算义务和报告义务;履行结束后,劳动力提供者有返还义务。处理事务过程中,使用他人劳动力的人有费用预付和报销义务,受托人死亡则会产生特殊效果等。在立法技术上,可以抽象出共同规则,以形成总则,也可以通过参引技术明确关于劳务提供合同的一般规则,如《德国民法典》第675条第1款所规定的:“以本目无不同规定为限,以事务处理为标的的雇佣合同、承揽合同,准用第663条、第665至670条、第672条至第674条的规定,并且义务人享有不遵守通知终止期限而通知终止合同的权利的,也准用第681条第2款的规定。”^⑦

其三,完善关于继续性合同的一般规则。现行民事法中缺乏关于继续性合同的一般规则,我们在用工关系领域发生争议时,只能使用民事法的一般规则,但这些规则是以一时性交易为原型建立起来

的。以履行障碍规则为例,“履行障碍法的一般规则是为一时性给付交换关系(特别是为买卖)而设置的,它很少顾及继续性债的关系中给付障碍的特性”。^⑧因此,从用工关系法律协调的体系来看,应完善民事法中关于继续性合同的一般规则。

其四,进一步引入社会化的民事法律规范。100多年前,在制定《德国民法典》的过程中,基尔克等法学家们提出了“私法的社会任务”,呼吁“在民法典中加入一滴社会的油”。^⑨尽管不同学者对这一滴“社会的油”或者说私法的社会任务的具体内涵有不同理解,使得关于私法的社会任务的讨论其实包含了四个不同的主题:“共同体思想、弱者保护、社会自由以及社会政策平衡”,^⑩但上述所有主题都指向社会问题,只是在解决社会问题上有着的不同角度。^⑪私法的社会任务的本质是,私法应对解决社会问题有所贡献。在当代,通过民事立法实现社会保护是民事法律发展的一个基本趋势。^⑫在理论上,从近代民法到现代民法,其中重要的变化是“从把人作为理性的、有意思的、强而智的存在的把握方法向以弱而愚的存在为中心去把握的方向的转换”。^⑬在我国《民法典》制定过程中,学者们也提出,“我们的民法典应当体现21世纪时代精神的人文关怀,体现对人格尊严的尊重和保护、对弱者的关爱等”。^⑭因此,民事法律应进一步引入必要的社会保护规则。

需注意,尽管我国刚通过《民法典》,但其并非固化民事法律制度的法律。一方面,法典化的法律依然需要不断发展。以《德国民法典》为例,其颁布后,平均两到三年即会被修改一次。另一方面,《民法典》本身也承认特别民事法的存在。因此,立足社会经济的发展,《民法典》的颁行并不妨碍通过对法典自身的修订、特别立法或者司法解释实现对法律的完善。唯有经过上述四个方面的完善,解决我国劳务关系的法律规范问题,才能弥补我国协调用工关系的法律体系的残缺,形成民事法律规定的关于劳务关系的规范与劳动法规定的关于劳动关系的规范并存的格局,为系统实现用工灵活与安全提供基本的规则前提。

(二)劳动法和民法作为工具箱

在形成调整典型劳务关系的法律规则与调整典型劳动关系的法律规则后,完善用工关系法律调整的规范体系,在思路上将首先不再是对既有的关于劳动关系和劳务关系的认定标准或法律规范进行修正,“人们原则上不必为了对经济上弱势的小独立劳动者进行法律上的适当归入而触及关于劳动关系和自主劳动的不同法律建构”。^⑤其也不再是建立专门的关于非标准劳动关系或者类劳动关系的新规则体系,而是按照确定类型序列和“里程碑”的思路,在立法和司法中充分利用、组合运用现行法中关于典型劳动关系和典型劳务关系的规则,以形成调整典型劳动关系和典型劳务关系之外的用工关系的法律规则。在此,劳动法和民法的既有规则应发挥规范工具箱或者规范“原料”的功能,“法定的合同类型只是规制模型”,^⑥解决相关问题需通过搭配这些不同的规则来实现。从合同角度来看,这将出现跨越劳动法和民法的混合合同现象。对此,我国学者已经相关论述:“人工智能时代灵活就业或将常态化,民事契约与劳动契约的混合形态不断增加,劳动者职业身份变得多元和流动”。^⑦在平台用工等情况中,“这种当事人之间的契约既具有外包、委托的自主从业性质,又具有雇佣的从属劳动性质时,可以考虑将其视为一种混合契约,并对其属于雇佣性质范围内的从属性加以认可并提供相关保护”。^⑧实际上,按照类型思维进行法律适用,还可以进一步精致化关于混合合同的概念。所谓合同混合不是对某种合同和另外一种合同进行混合,而可能是对多种合同因素进行混合,对不同的关于劳务给付合同的规则与关于劳动合同的规则的组合适用。此外,这种混合具有动态性,随着用工管理方式的变化,需对混合规范的方式作出不同调整。这实际上也是当下该领域在欧洲的基本发展趋势:“劳动法不再仅仅对劳动合同生效,也就是说,其不再只是劳动者保护法。欧洲法上的这一推动形成不同保护水平、不同保护层级的劳动法发展趋势在未来可能进一步扩大。进入一个具有不同层级法律效果的灵活体系会给它带来巨大

的机会:这将有助于根据具体保护需求对已经出现很多而且还将日益增多的独立用工形式进行妥当且真正自由的规制,而不是去生搬硬套统一的劳动者概念。”^⑨

五、结论

数字时代的用工关系应处于一种连续演进的、存在结合部位的用工关系法律调整的规范谱系中。这一谱系中的用工形式都属类型而不是概念。我们无法准确对其进行界定,只能通过描述及将其与序列中的典型形态或“里程碑”相比较来把握其内涵。所有希望严格而准确界定上述范畴的努力都无法得到最终完成,但认为这些范畴完全混沌而无法得到理性论证的观念没有看到类型思维本身的内在逻辑。为了应对当下对用工关系协调的需求,应首先完善用工关系谱系中作为“里程碑”的典型制度——典型雇佣合同(指向劳务关系)制度和典型劳动关系制度,使二者成为法律协调用工关系的工具箱,以此探究相关制度存在的本质,最终根据具体用工形式的实际进行规范的组合运用。其中,对于类劳动关系,应以劳务关系为基础,组合适用关于劳动关系的规范;对于非标准劳动关系,应以劳动关系为基础,同时对相关规范进行除外适用。这种按照用工关系谱系的内在逻辑设计的用工关系协调制度可以较好地满足对灵活与安全的诉求,也是我国用工关系法律调整现代革新的方向。

注释:

①参见常凯:《平台企业用工关系的性质特点及其法律规则》,《中国法律评论》2021年第4期,第31-42页;阎天:《平台用工规制的历史逻辑——以劳动关系的从属性理论为视角》,《中国法律评论》2021年第4期,第43-50页。

②参见肖竹:《第三类劳动者的理论反思与替代路径》,《环球法律评论》2018年第6期,第92页。

③黄越钦、黄鼎佑:《劳动法新论》,瀚芦图书出版有限公司2015年版,第41页。

④Vgl. Tilman Regen, Die soziale Aufgabe des Privatrechts,

Mohr Siebeck, 2001, S. 215.

⑤ Hummerich: Arbeitsverhältnis als Wettbewerbsgemeinschaft—Zur Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen, NJW 1998, S. 2625.

⑥ Vgl. Zöllner, Loritz, Hergenröder, Arbeitsrecht, C. H. Beck, 2015, S. 10.

⑦ 胡莹:《数字经济时代我国的劳动过程分析》,《社会主义研究》2021年第4期,第44页。

⑧ 根据德国联邦统计局的数据,2016年,德国人口总共约为82482000人,达到就业年龄的人口约为45284000人,已就业人口(包括劳动者、高级雇员、学徒、公务员、小微从业者、士兵以及独立劳动者、家庭成员助手等)约为43513000人。其中,90.1%的就业者均是以劳动者的身份提供劳动的,9.9%的就业者则是自由劳动者。参见 https://www.destatis.de/DE/Publikationen/StatistischesJahrbuch/Arbeitsmarkt.pdf?__blob=publicationFile, 2018年6月7日访问。“2016年3月31日,德国有31194562人基于劳动关系而工作。”Preis, Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis, 5. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2017, S. 11.

⑨ Vgl. Rebhahn, Arbeitnehmerähnliche Personen—Rechtsvergleich und Regelungsperspektive, RdA 2009, S. 236; Vgl. Schubert, Neue Beschäftigungsformen in der digitalen Wirtschaft—Rückzug des Arbeitsrechts? RdA 2018, S. 201.

⑩ Rebhahn, Arbeitnehmerähnliche Personen—Rechtsvergleich und Regelungsperspektive, RdA 2009, S. 240.

⑪ 王永洁:《全球化、结构变化与工作任务:新时代的中国劳动力市场国际研讨会综述》,《劳动经济研究》2018年第1期,第136页。

⑫ 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(2021)》第1页, <http://www.sic.gov.cn/News/557/10779.htm>, 2021年10月29日访问。

⑬ 黄宗智:《重新认识中国劳动人民——劳动法规的历史演变与当前的非正规经济》,《开放时代》2013年第5期,第56页。

⑭ 参见国家统计局人口和就业统计司、人力资源和社会保障部规划财务司编:《中国劳动统计年鉴(2017)》,中国统计出版社2018年版,第69页。

⑮ 参见国家统计局人口和就业统计司、人力资源和社会保障部规划财务司编:《中国劳动统计年鉴(2017)》,中国统计出版社2018年版,第73页。

⑯ 参见国家统计局人口和就业统计司、人力资源和社会保障部规划财务司编:《中国劳动统计年鉴(2017)》,中国统计出版社2018年版,第2页。

⑰ 参见国家统计局人口和就业统计司、人力资源和社会保障部规划财务司编:《中国劳动统计年鉴(2017)》,中国统计出版社2018年版,第367页。

⑱ 参见国家统计局人口和就业统计司、人力资源和社会保障部规划财务司编:《中国劳动统计年鉴(2017)》,中国统计出版社2018年版,第379页。

⑲ 参见国家统计局人口和就业统计司、人力资源和社会保障部规划财务司编:《中国劳动统计年鉴(2017)》,中国统计出版社2018年版,第381页。

⑳ 参见国家统计局人口和就业统计司、人力资源和社会保障部规划财务司编:《中国劳动统计年鉴(2017)》,中国统计出版社2018年版,第388页。

㉑ 随着《保障农民工工资支付条例》的颁布,农民工适用劳动法中的一些工资保障制度的问题已得到一定程度的解决。

㉒ 王全兴、栗瑜:《意大利准从属性劳动制度剖析及其启示》,《法学杂志》2016年第10期,第112页。

㉓ 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57-72页;姜颖、沈建峰:《正确评估〈劳动合同法〉适时修改〈劳动法〉》,《中国劳动关系学院学报》2017年第3期,第53-59页。

㉔ 胡放之:《网约工劳动权益保障问题研究——基于湖北外卖骑手的调查》,《湖北社会科学》2019年第10期,第61页。

㉕ 范湘凌:《论劳动关系法律调整的理性化扩张》,《政法学刊》2006年第6期,第96页。

㉖ Vgl. Wank, Arbeitsnehmer und Selbständige, C. H. Beck 1988, S. 390.

㉗ Vgl. Deinert: Die heutige Bedeutung des Heimarbeitsgesetzes, RdA 2018, S. 367.

㉘ 董保华:《论非标准劳动关系》,《学术研究》2008年第7期,第53页。

㉙ 董保华:《论非标准劳动关系》,《学术研究》2008年第7

期,第54页。

③王健:《APP平台用工中的网约工身份认定与劳动关系重构》,《兰州学刊》2019年第6期,第55页。类似的观点参见胡磊:《网络平台经济中“去劳动关系化”的动因及治理》,《理论月刊》2019年第9期,第122页。

④参见王全兴、粟瑜:《意大利准从属性劳动制度剖析及其启示》,《法学杂志》2016年第10期,第112页。

⑤盖建华:《共享经济下“类劳动者”法律主体的制度设计》,《改革》2018年第4期,第102页。同样的观点参见班小辉:《论“分享经济”下我国劳动法保护对象的扩张——以互联网专车为视角》,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2017年第2期,第154页。

⑥肖巍:《灵活就业、新型劳动关系与提高可雇佣能力》,《复旦学报(社会科学版)》2019年第5期,第165页。

⑦董保华:《论非标准劳动关系》,《学术研究》2008年第7期,第52页。

⑧班小辉:《论“分享经济”下我国劳动法保护对象的扩张——以互联网专车为视角》,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2017年第2期,第159页。

⑨参见盖建华:《共享经济下“类劳动者”法律主体的制度设计》,《改革》2018年第4期,第102页;班小辉:《论“分享经济”下我国劳动法保护对象的扩张——以互联网专车为视角》,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2017年第2期,第154页。

⑩参见孟续铎:《新业态发展中劳动关系面临的问题及对策》,《中国人力资源社会保障》2018年第4期,第13页。

⑪肖竹:《第三类劳动者的理论反思与替代路径》,《环球法律评论》2018年第6期,第92页。

⑫吴勇、刘琦:《平台用工的劳动关系认定及权益保护》,《中国劳动》2019年第12期,第23页。

⑬魏益华、张爽:《新科技革命背景下的劳动关系变化及协调机制》,《求是学刊》2019年第3期,第76页。

⑭由于市场配置劳动力资源就是通过合同配置劳动力资源,对通过合同使用他人劳动力的制度谱系的历史梳理就是对通过市场配置劳动力资源的法律制度的梳理。

⑮Vgl. Esser/Weyers, Schuldrecht, Band 2, Besonderer Teil, Teilbandl, C. F. Muller Verlag, 1997, S. 230.

⑯[德]瓦尔特曼:《德国劳动法》,沈建峰译,法律出版社

2014年版,第26页。

⑰Vgl. Reinhard Richardi, in: Staudinger Kommentar/Eckpferler, 2008, S.687.

⑱Vgl. Esser/Weyers, Schuldrecht, Band2, Besonderer Teil, Teilbandl, C. F. Muller Verlag, 1997, S. 230.

⑲Vgl. Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 11. Auflage, De Gruyter, 2017, S. 683.

⑳[日]我妻荣:《债权各论》(中卷二),周江洪译,中国法制出版社2008年版,第2页。

㉑Vgl. Dirk Looschelders, Schuldrecht, Besonderer Teil, 4. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2010, S. 1.

㉒参见沈建峰:《劳动关系作为法律关系:兼论劳动法研究的范式转换》,《中国人力资源开发》2021年第4期,第82页。

㉓参见沈建峰:《劳动法作为特别私法》,《中外法学》2017年第6期,第1506页。

㉔Gastav Radbruch, Klassenbegriffe und Ordnungsbegriff in Rechtsdenken, in Winfried Hassemer(Hrsg), Gastav Radbruch Rechtsphilosophie, C. F. Muller, 1990, S. 60.

㉕[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆2020年版,第572页。

㉖参见[德]卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第132-166页。

㉗Gastav Radbruch, Klassenbegriffe und Ordnungsbegriff in Rechtsdenken, in Winfried Hassemer(Hrsg), Gastav Radbruch Rechtsphilosophie, C. F. Muller, 1990, S. 60.

㉘Gastav Radbruch, Klassenbegriffe und Ordnungsbegriff in Rechtsdenken, in Winfried Hassemer(Hrsg), Gastav Radbruch Rechtsphilosophie, C. F. Muller, 1990, S. 60.

㉙Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Springer-Verlag, 1991, S. 303.

㉚Gastav Radbruch, Klassenbegriffe und Ordnungsbegriff in Rechtsdenken, in Winfried Hassemer(Hrsg), Gastav Radbruch Rechtsphilosophie, C. F. Muller, 1990, S. 61.

㉛Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, Zweiter Band, 1. Halbband, 13. Auflage, C. H. Beck, 1996, S.4; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Springer-Verlag 1991, S. 470.

㉜Vgl. Leenen Detlef, Typus und Rechtsfindung, Duncker &

Humblot, 1971, S. 33.

⑩ Vgl. Gastav Radbruch, Klassenbegriffe und Ordnungsbegriff in Rechtsdenken, in Winfried Hassemer(Hrsg), Gastav Radbruch Rechtsphilosophie, C. F. Muller, 1990, S. 61.

⑪ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Springer-Verlag, 1991, S. 472.

⑫ Philippe Mastronardi, Juristisches Denken, 2. Auflage, Haupt Verlag, 2003, S. 228.

⑬ Gastav Radbruch, Klassenbegriffe und Ordnungsbegriff in Rechtsdenken, in Winfried Hassemer(Hrsg), Gastav Radbruch Rechtsphilosophie, C. F. Muller, 1990, S. 61.

⑭ Gastav Radbruch, Klassenbegriffe und Ordnungsbegriff in Rechtsdenken, in Winfried Hassemer(Hrsg), Gastav Radbruch Rechtsphilosophie, C. F. Muller, 1990, S. 61.

⑮ [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆 2020 年版,第 592 页。

⑯ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Springer-Verlag, 1991, S. 304.

⑰ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Springer-Verlag, 1991, S. 304.

⑱ Leenen Detlef, Typus und Rechtsfindung, Duncker & Humblot, 1971, S. 135.

⑲ Leenen Detlef, Typus und Rechtsfindung, Duncker & Humblot, 1971, S. 147.

⑳ Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, Zweiter Band, 1. Halbband, 13. Auflage, C. H. Beck, 1996, S. 4.

㉑ Esser/Weyers, Schuldrecht, Band 2, Besonderer Teil, Teil Bandl, C. F. Müller Verlag, 1998, S. 231.

㉒ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Springer-Verlag, 1991, S. 472.

㉓ Arthur Kaufmann, Grundprobleme der Rechtsphilosophie, C. H. Beck, 1994, S. 114.

㉔ 参见王倩:《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 39-48 页;沈建峰:《论劳动关系的实践界定》,《法律适用》2012 年第 12 期,第 89-93 页。

㉕ 冯彦君、张颖慧:《劳动关系判定标准的反思与重构》,《当代法学》2011 年第 6 期,第 92 页。

㉖ Vgl. Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 7. Auflage,

C. H. Beck, 2015, S. 50; Hromadka, Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsrecht—Zur Diskussion um die "neue Selbständigkeit", NZA 1997, S. 570; [德]瓦尔特曼:《德国劳动法》,沈建峰译,法律出版社 2014 年版,第 47 页。

㉗ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Springer-Verlag, 1991, S. 302.

㉘ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Springer-Verlag, 1991, S. 302.

㉙ 关于类劳动者、类劳动关系的讨论,参见[德]瓦尔特曼:《德国劳动法》,沈建峰译,法律出版社 2014 年版,第 46 页;Rebhahn: Arbeitnehmerähnliche Personen—Rechtsvergleich und Regelungsperspektive, RdA 2009, S. 238;肖竹:《第三类劳动者的理论反思与替代路径》,《环球法律评论》2018 年第 6 期,第 80 页。

㉚ Vgl. Müntefering Willemsen, Begriff und Rechtsstellung arbeitnehmerähnlicher Personen: Versuch einer Präzisierung, NZA 2008, S. 194.

㉛ Gastav Radbruch, Klassenbegriffe und Ordnungsbegriff in Rechtsdenken, in Winfried Hassemer(Hrsg), Gastav Radbruch Rechtsphilosophie, C. F. Muller, 1990, S. 61.

㉜ Hromadka, Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsrecht—Zur Diskussion um die "neue Selbständigkeit", NZA 1997, S. 570.

㉝ 参见《中华人民共和国合同法(试拟稿)》第 29 章、《中华人民共和国合同法(征求意见稿)》第 29 章,载全国人大常委会法制工作委员会民法室编著:《中华人民共和国合同法及其重要草稿介绍》,法律出版社 1999 年版,第 88-90、156-157 页。

㉞ 郑尚元:《民法典制定中民事雇佣合同与劳动合同之功能与定位》,《法学家》2016 年第 6 期,第 60 页。

㉟ 参见谢增毅:《民法典引入雇佣合同的必要性及其规则建构》,《当代法学》2019 年第 6 期,第 14 页。

㊱ 郑尚元:《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》,《中国法学》2005 年第 3 期,第 80 页。

㊲ 谢增毅:《民法典引入雇佣合同的必要性及其规则建构》,《当代法学》2019 年第 6 期,第 22 页。

㊳ 《德国民法典》(第 4 版),陈卫佐译,法律出版社 2015 年版,第 273 页。

㊴ [德]瓦尔特曼:《德国劳动法》,沈建峰译,法律出版社

2014年版,第173页。

⑩ Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Verlag von Julius Springer, 1889, S. 13.

⑪ Tilman Regen, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Mohr Siebeck, 2001, S. 50.

⑫ Vgl. Tilman Regen, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Mohr Siebeck, 2001, S. 51.

⑬ 参见沈建峰:《劳动基准法的范畴、规范结构与私法效力》,《法学研究》2021年第2期,第77页。

⑭ [日]星野英一:《私法中的人》,王闯译,中国法制出版社2004年版,第50页。

⑮ 王利明:《我们需要什么样的民法典》,《中国报道》2015年第1期,第35页。

⑯ Waltermann, Digital statt analog: Zur Zukunftsfähigkeit des Arbeitsrechts, RdA 2019, S. 97.

⑰ Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, Zweiter Band, 1. Halbband, 13. Auflage, C. H. Beck, 1996, S. 4.

⑱ 田思路:《工业4.0时代的从属劳动论》,《法学评论》2019年第1期,第78页。

⑲ 田思路:《工业4.0时代的从属劳动论》,《法学评论》2019年第1期,第84页。关于劳动领域混合合同的论述,也可以参见王天玉:《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165页。

⑳ Uffmann: Beschäftigte versus Selbstständige—Bindung staatlicher Schutzmechanismen an den Beschäftigtenbegriff—Deutsches Arbeitsrecht, NZA—Beilage 2016, S. 7.

Labor Law's Crisis and Method Innovation of Employment Relationship Legal Adjustment in Digital Era

Shen Jianfeng

Abstract: In the digital era, dis-employment-relationship is speeding up, which makes labor law trapped into function and existence crisis. To solve this problem, there're four different ways, but the plans make the adjustment objects of labor law in chaos. The type thinking should be introduced to make chaos into order. Labor service relationship, quasi labor relationship, untypical labor relationship and labor relationship in the coordination of employment relations are all different types of employ relationships, but not concepts. These categories should be determined through the evaluation of common elements and placed in the normative pedigree sequence of legal adjustment of employment relations, and their specific connotation should be determined through the comparison between them and between them and their typical forms(or "milestones"). For the legal application of employment relationship adjustment, we should adopt the methods of evaluation, decomposition and exploring the essence of things and the purpose of legislation. For the flexibility and safety in the coordination of employment relations in the digital era, we should first improve the legal provisions on typical employment relations as a "milestone" in the normative pedigree of the legal adjustment of employment relations mentioned above. On this basis, according to the legal method of type thinking, through the combination of the legal rules of typical employment relations and typical labor relations, we should make all kinds of employment relations more suitable for the interests of the parties and meet the requirements of social justice.

Key words: Employ Relationship; Type; Employment Relationship; Quasi Labor Relationship; Pedigree