

【劳动关系】

数字时代劳动关系概念 及认定规范的中国表达

谢增毅

【摘要】为克服现有劳动关系概念和认定规则的缺陷,应对平台用工兴起的规则需求,矫正司法实践存在的偏差,我国有必要通过立法对劳动关系概念及其认定方法进行规定。劳动关系的本质属性依然是从属性,核心是人格从属性。从属性可从人格从属性、经济从属性和组织从属性三个角度加以考察,但三个从属性互有交叉,并非泾渭分明。劳动关系概念及其认定的规则体系建构应充分考虑数字时代的特点,规范表达应包含立法和行政意见或司法解释等不同层面的多种形式,在规则的确定性、稳定性和灵活性之间寻求平衡。在规则建构中应积极借鉴域外有益经验,并充分利用本土已有规则和实务资源。在劳动关系认定上,应把握从属性的合理程度,并对劳动者是否具有劳动自主性进行实质判断。

【关键词】劳动关系;劳动者;平台用工;从属性

【作者简介】谢增毅,中国社会科学院法学研究所研究员(北京 100720)。

【原文出处】《中国社会科学》(京),2024. 10. 162 ~ 185

作为劳动法的调整对象,劳动关系的概念及认定可谓劳动法经典而永恒的话题。劳动关系不仅是抽象的法律概念,也是重要的实践课题,大量劳动法案件均需要认定当事人之间是否存在劳动关系。因此,劳动关系的概念及认定在理论和实务上的重要性不言而喻。本文主要探讨雇主与雇员之间的个体劳动关系(employment relationship),而不涉及雇主与工会之间的集体(团体)劳动关系。

值得关注的是,长期以来,劳动关系或作为劳动法主要保护对象的雇员(劳动者)的概念,无论在英美法系还是大陆法系国家和地区,鲜有成文法对其进行详细而明确的规定,劳动关系概念和认定规则主要由法院生成。但是,近年来,随着网络信息技术的发展以及由此带来的平台用工等新就业形态的兴起,一些国家和地区将劳动关系或劳动合同的概念及认定予以成文化。2017年,德国在民法典出台百年后,首次在民法典第611a条中明确了劳动合同的概念和认定方法。^①美国加利福尼亚州于2019年通过了Assembly Bill 5(AB5)法案,将判例中有关劳动关系认定的规则予以成文化。^②2021年12月《欧洲议会和欧盟理事会关于改善平台用工工作条件的指令建议》引入了劳动关系推定规则,明确了判定平台

和工人之间劳动关系的重要规则。^③美国、德国和欧盟等作为世界上具有代表性的法域,劳动关系概念及其认定规则的成文化动向值得密切关注并深入研究。

从劳动法的规则和实践看,我国在劳动法律法规中并无劳动关系的定义,劳动关系认定的主要依据是2005年原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部发〔2005〕12号)。在劳动法实践中,有大量案件涉及劳动关系认定。特别是随着平台用工的发展,法院在处理平台用工劳动争议尤其是劳动关系认定上面临重大挑战。例如,北京市第一中级人民法院2022年发布的《新就业形态下平台用工法律关系定性研究》报告指出,“由于平台用工形式的新颖性和多样性,且法律法规尚未对这个新生事物作出针对性规范,导致在具体案件审理中,对于平台用工法律关系的性质难以把握,尤其是对是否构成劳动关系难以把握”。^④可见,我国劳动法的司法实践,对劳动关系概念和认定的规则完善具有强烈需求。

由于劳动关系概念及其认定的重要性,该问题一直是劳动法持续而重要的热点问题,近年来,学术界对该问题的研究主要集中在劳动关系的内涵尤其

是从属性的含义,^⑤以及平台用工劳动关系的认定方法。^⑥前者偏重于理论阐述,后者偏重于平台用工劳动关系的具体认定,目前学术界尚缺乏对劳动关系概念和认定规范表达方式的深入研究。有学者对劳动关系概念和认定的规范进行建构,^⑦但有关从属性的内涵界定以及立法必要性和规范表达方式等,仍有很大探讨空间。近年来我国编纂劳动法典的呼声日益高涨,^⑧在劳动法典中应否以及如何规定劳动关系的概念及其认定规则,也是编纂劳动法典时必须考虑的重要问题。

《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》指出,“支持和规范发展新就业形态”,“完善劳动关系协商协调机制,加强劳动者权益保障。”探究数字时代劳动关系概念和认定规范表达这一劳动法基本概念和基础理论问题,既有利于推动新就业形态的规范发展,也是完善劳动关系协商协调机制,加强劳动者权益保障的基础性工作,以及构建中国自主劳动法知识体系的重要课题。本文从近年来域外劳动关系概念和认定规则的成文化发展趋势出发,分析数字时代规则成文化的必要性,在此基础上分析我国劳动关系概念和认定的规范表达方式,为数字时代劳动立法完善以及司法实践提供理论支撑。

一、劳动关系概念及认定规范表达的发展趋势

(一) 劳动关系概念及其认定的判例法规则

百余年来,域外劳动关系的概念及其认定规则,主要通过判例法生成和发展。在美国,19世纪末,普通法中的控制权标准(right-to-control test)是区分雇员与独立承包商的一般规则。20世纪初,随着美国新政立法对劳动关系的影响,工人身份归类的重要性显著提高。新政时期的立法以及之后几乎所有类似的成文法都依赖雇员和独立承包商的分类来确定成文法的覆盖范围。但是这些立法并没有提供雇员的定义以决定有权获得福利和保护的工作人范围,包括1935年的《国家劳动关系法》(National Labor Relations Act)。由于几乎所有联邦劳动成文法对雇员的定义都相同而无实质内容——雇员是“被雇主雇用的任何个人”,普通法的控制权标准因此总被适用。^⑨可见,美国联邦劳动法并没有关于劳动关系或雇员的详细或实质定义。英国也是如此。根据1996年《劳动权利法》(Employment Rights Act 1996),雇员被界定为“已订立劳动合同(contract of employment)或按其工作的人”;而劳动合同则被界定为“明示或默示的、口头或

书面(如是明示的)的劳动或学徒合同(a contract of service or apprenticeship)”,立法并没有给出进一步的定义。因此,立法的适用范围部分依赖于法院长期发展和适用的普通法标准,尽管立法背景和立法的保护目标也是决定其范围的相关因素。^⑩在英美法系国家,劳动关系的概念及其认定规则主要依赖判例法,而在典型的大陆法系国家德国,直至2017年才首次在民法典中规定劳动合同的定义。这一现象背后的原因值得深思。

长期以来,域外国家和地区劳动关系的概念及认定规则主要体现为判例法,其中的原因主要是:一方面,现实中劳动用工形式复杂多样、发展变化迅速,立法难以用准确、稳定的规则描述劳动关系的各种形态。另一方面,劳动法以保护处于弱势地位的劳动者为其立法目的,具有很强的政策性,保持劳动关系和雇员概念的弹性,可以因时因地在个案中将需要保护的个体纳入劳动法。因此,劳动关系的概念和认定规则交由法院可以发挥个案处理的优势,更好应对复杂多变的劳动世界对法律调整的需求。正如有学者指出,“雇员的概念不是静态的,而是动态的,而判例法是使雇员的概念适应社会和经济背景变化的主要手段。德国和法国就是如此”。在法国,也没有“从属”的法律定义,判例在重塑雇员概念上发挥决定性作用。^⑪

(二) 劳动关系概念及认定规则成文化的新趋势

针对如何界定雇员、劳动合同的标准,德国民法典在制定之初并未以立法形式进行定义,而是依赖学说与司法实务的发展而形成。2017年,立法者终于将劳动合同的定义明文规范于新增的第611a条中,该条规定:“(1)雇员通过劳动合同负有向他人以受指挥权约束和非自主性劳动的人格从属的方式提供劳务的义务。指挥权可以涉及工作的内容、实施方式、时间和地点。指挥约束性意味着不能在实质上自由开展劳动并决定工作时间。人格从属性的程度与工作性质相关。劳动合同的认定需要全面考量所有的个案要件。如果合同关系的实际开展系劳动关系,则合同的名称不在考虑之列。(2)雇主有义务支付约定的报酬。”^⑫德国民法典对劳动合同的定义以及认定规则,构建了劳动关系概念和认定的规则体系,明确了劳动合同的人格从属性以及人格从属性按照工作性质认定(第1、4句)、指示权的内容和形式及受指示拘束的内涵(第2、3句)以及劳动关系认定的基本方法和基本原则(第5、6句),对认识劳

动关系的内涵并促进司法统一具有重要价值。

2019年9月,美国加利福尼亚州通过了AB5法案,该法案于2020年1月生效,并纳入加州劳动法典。该法案来源于加州最高法院2018年Dynamex案的判决。根据加州劳动法典,为获取报酬而提供劳动或服务的人应被视为雇员而非独立承包商,除非雇用单位证明提供劳动或服务的人满足了以下所有条件:(1)在履行工作中不受雇用单位的控制或指示;(2)从事的工作不属于雇用单位的通常业务范围;(3)通常地从事独立设立的与履行的工作性质相同的贸易、职业或业务。^⑬由于要求雇主须证明同时满足三个条件,因此该规则也被称为ABC标准。ABC标准于1935年起源于缅因州,自马萨诸塞州于2004年采用该标准以来,已成为各州独立承包商定义的主要改革内容。^⑭总体上,在美国,州立法对劳动关系概念和认定进行规定已普遍流行。

2021年12月,《欧洲议会和欧盟理事会关于改善平台用工工作条件的指令建议》公布。该指令建议引入劳动关系推定规则,明确了平台用工背景下,判定平台和工人劳动关系存否的规则。根据指令建议第4条,控制工作履行的数字劳工平台与通过该平台从事工作的人之间的合同关系应在法律上推定为劳动关系。指令建议规定,控制工作履行应理解为至少满足其所列举的五项条件中的两项。根据指令建议第5条,平台可以推翻上述推定,但举证责任由平台承担。^⑮由于各成员国劳动关系概念和认定规则不一以及平台用工规制的理念不同,指令建议有关劳动关系推定的具体规则备受争议,欧盟各方于2024年3月达成的最终草案文本保留了平台用工中劳动关系推定的规则,但将具体规则留给成员国自行决定。最终草案删去了最初指令建议中的劳动关系推定规则中列举的具体条件,仅要求成员国必须考虑表明平台对工人进行控制和从属的事实。^⑯目前共有10个欧盟成员国或存在广泛适用于各种工作关系的一般推定规则(克罗地亚、爱沙尼亚、希腊、马耳他、荷兰、葡萄牙、斯洛文尼亚、西班牙)或存在适用于特定工人群体或行业的推定规则(比利时、法国)。^⑰可见,欧盟成员国中建立劳动关系法律推定规则的国家占有相当比例,这是劳动关系概念和认定规则成文化的重要体现。

(三)劳动关系概念及认定规则成文化的原因

百余年来,劳动关系概念及其认定规则从主要依赖判例法,到近年来成文法规则日渐流行,这种转

向具有特定背景和深刻原因。

第一,传统劳动关系概念及认定规则存在缺陷。依赖判例法的劳动关系认定方法虽然具有很大灵活性,但也存在很大的不确定性,容易导致裁判结果的不统一。在美国各州采用ABC成文规则之前,美国法院对劳动关系的认定通常采用两个标准。一是普通法的控制标准,该标准包含多重因素且将控制作为主导因素。美国最高法院采用的该标准包含12个判断因素,包括雇用方有权控制工作完成的方式和方法等。二是根据美国《公平劳动标准法》(Fair Labor Standards Act)使用的经济现实标准。该标准通常包含5—6个因素,其总体目标是为存在经济上的依赖或脆弱的受雇者提供保护。与控制标准类似,经济现实标准也依赖一系列因素,使得法院在适用该标准时享有很大的自由裁量空间,无法产生一致的结果。同时,法律的不确定性给雇主留下规避法律的巨大空间,大部分工人因多重障碍而无法就其身份的错误归类提出挑战。^⑱因此,美国现有的工人身份分类制度遭到广泛批评。有学者认为,美国联邦现有的工人身份分类的标准是“复杂、主观的,且不同法律之间存在差异”。“近年来,将雇员错误归类为独立承包商是一个持续存在的问题”。^⑲

第二,平台用工给传统劳动关系概念和认定规则带来挑战。平台用工的新特点,特别是平台工人在一定程度上享有没有提供服务以及服务时间、服务地点的自主性,使得传统的多因素判断标准面临巨大挑战,在个案中经常导致相反的结论。美国学者指出,众多的工人身份分类标准和因素在零工经济背景下适用起来特别具有挑战性,对工人进行分类的法律标准经常是“令人困惑且模棱两可的”。在美国有关平台用工的Cotter和O'Connor两个案件中,法官均表达了对普通法控制标准适用于共享汽车司机的不满,呼吁对现有的雇员分类制度进行立法改革。^⑳美国劳动法学者认为,“在过去的十年里,平台经济不仅颠覆了既定的商业和用工模式,而且也挑战了传统上用于雇员身份认定的法律标准和结构。”^㉑在其他国家和地区,劳动关系概念及认定的成文化也与平台用工的兴起密切相关。例如,上述欧盟指令建议内容直接针对平台用工。该指令将正确认定平台工人的身份作为指令的四大目标之首:通过“一套清晰的标准,正确判定平台工人的就业身份,使其获得现有的劳动和社会权利”。^㉒

第三,矫正劳动法实施中法院裁判的偏差。虽

然劳动关系概念及认定长期以来主要依赖判例法,法院在规则发展中发挥了关键作用,但过于依赖法院,没有立法约束,可能导致法院自行其是而不受监督,甚至判决可能偏离劳动法的初衷。例如,在劳动关系认定上应当遵循事实优先原则,即劳动关系的认定应着眼于双方当事人实际的权利义务,而不应只看当事人之间的协议。这是一个被普遍接受的原则,也是国际劳工组织 2006 年《劳动关系建议书》(第 198 号建议书)倡导的原则(第 9 条)。^②即便如此,仍有一些国家的法院基于普通法等原则,过分依赖当事人之间的协议内容,导致作出有争议的判决。近年来国际上影响较大的案件是澳大利亚 2022 年上诉到高等法院的 Personnel Contracting 案。该案虽然最终劳动者一方胜诉,但法院适用的原则是:如果当事人之间订立了书面协议,法院应当且仅能考虑协议的条款,而无须考虑当事人关系的事实。法院这一做法招致广泛批评,而且,由于法院支持当事人的协议条款而无视当事人关系的事实,导致该案之后其他判决的争议。^③澳大利亚学者认为,澳大利亚高等法院一贯拒绝在劳动法的普通法中提供任何发展空间,这意味着如果法律要采取措施限制雇主规避劳动法的行为,必须依靠议会的立法。^④该学者还指出,“劳动协议的实践快速发展,这一点可从有关零工经济中从事按需工作的工人的诸多案件中看出。Personnel Contracting 案以及 Jamsek 案的核心教训是我们极度需要立法方案解决(雇员和独立承包商的)边界问题”。^⑤因此,从澳大利亚的经验和教训看,不管是为了克服普通法的缺陷,还是为了适应平台用工发展的需要,对劳动关系概念及认定进行立法均是非常必要的。

二、我国对劳动关系概念及认定进行立法的必要性

(一)明确劳动关系的概念及认定规则是劳动法的基本任务

“尽管目前全球劳动力市场正在发生变化,但强有力的证据表明,劳动关系仍然是世界上许多国家工作安排的主要模式。”“调整劳动关系的法律框架是应对这些变化的重要组成部分。”^⑥劳动法的大部分权利只赋予具有劳动关系的劳动者,因此,劳动关系的概念及认定是保护劳动者权益的基础,劳动法应当明确劳动关系的概念及认定方法。国际劳工组织《劳动关系建议书》在第一章“保护劳动关系中的劳动者的国家政策”第 4 条明确规定,“国家政策至

少应包括以下措施以便:(a)为有关各方,尤其是为雇主和劳动者(workers),就有效地确定劳动关系的存在和就区分雇员(employed)与自雇劳动者(self-employed workers)提供指导;(b)与隐蔽劳动关系做斗争,例如其中可能包括使用掩盖真实法律地位的其它形式的合同安排的其它关系。”可见,明确劳动关系的概念和认定标准是各国劳动法的重要任务,同时也有利于打击隐蔽劳动关系的行为。从我国现实看,用人单位存在大量故意隐藏劳动关系的做法。例如,在 2021 年北京市劳动人事争议仲裁十大典型案例之三中,2019 年,孔某到 A 公司(承接某互联网平台在某区的网上订餐和配送业务)在某个社区设立的站点担任全职骑手。2020 年,A 公司与 B 公司签订《服务协议》,要求骑手注册个体工商户营业执照,B 公司和骑手注册的个体工商户签订《项目转包协议》,约定双方是民事承包关系,B 公司向骑手给付的是承包费而非工资。^⑦该案中,平台的合作企业 A 公司通过服务协议、要求骑手注册为个体工商户以及转包协议,试图隐藏其与骑手之间的劳动关系。这样的做法在现实中屡见不鲜。

明确劳动关系的概念及其认定方法,一方面有利于为劳动者提供救济,打击故意隐藏劳动关系的行为;另一方面可以为雇用方和受雇者建立劳动关系提供明确指引,为当事人提供稳定的预期。在司法实践中,我国法院对劳动关系的概念及其认定规则具有强烈需求,甚至在个案中对劳动关系进行了概念界定。例如,天津市高级人民法院在 2024 年一再审案件中指出,“劳动关系是指用人单位招用劳动者为其成员,劳动者在用人单位的管理下提供有报酬的劳动,双方之间形成符合劳动法律法规所规定的权利与义务关系。”^⑧在 2020 年苏州平台用工案件中,一审法院认为:“劳动关系是指用人单位招用劳动者成为其成员,劳动者在用人单位的管理下,提供由用人单位支付报酬的劳动而产生的权利义务关系。”^⑨虽然法院对劳动关系的概念和认定具有强烈的规则需求,并尝试对劳动关系进行定义,但劳动关系是劳动法的基本概念,对这一概念的界定显然不宜由法院直接作出,而应交由立法机关。

(二)我国现有劳动关系认定规则过于简陋

目前我国法院和劳动仲裁机构在劳动关系认定上,主要适用 2005 年《关于确立劳动关系有关事项的通知》,该通知在实践中发挥了重要作用,但也存在缺陷。第一,从形式上看,该规定层级过低,权威

性不足。该规定仅属于部门通知,无论对裁判机构还是当事人的权威性均不足,法院并没有适用的法定义务。例如,在2016年丛某、中华人民共和国最高人民检察院劳动争议再审案件中,最高人民法院针对《关于确立劳动关系有关事项的通知》指出,“该《通知》的性质是部门规范性文件。依据《中华人民共和国立法法》规定,部门规范性文件不属于法律范畴……,故不能以人民法院未引用规范性文件作为认定法律适用错误的理由。”^③可见,法院并没有适用该通知的义务,由此可能导致法院在司法裁判中“无法可依”的局面。第二,从内容上看,该通知缺乏对劳动关系本质的基本界定。该通知主要列明了劳动关系的判断因素,并未对劳动关系进行界定,没有体现劳动关系的内涵,这使得无论是裁判机构还是当事人都难以把握劳动关系的实质,因此必然影响劳动关系的认定。第三,该通知缺乏劳动关系认定的基本原则和基本方法,下文详述。

(三) 现有规则难以适应平台用工兴起的制度需求

我国平台从业人员数量庞大,且增长迅速。据不完全统计,我国2021年互联网平台带动提供共享服务的劳动者人数达9000万人。新业态领域出现去劳动关系、平台化倾向。^④因平台用工产生了大量纠纷,劳动关系的认定成为争议的焦点问题。平台等单位对平台从业人员等服务提供者的管理方式更为现代化,其通过算法等对工人的管理和控制手段也更为隐蔽,平台工人表面上具有更多的灵活性,根据《关于确立劳动关系有关事项的通知》越来越难以认定劳动关系。根据一项对2016年4月至2021年6月有关外卖平台与骑手认定劳动关系判决的研究,在课题组分析的1907份有效判决中,没有一份判决确认合作用工模式(即在平台用工中引入合作商作为第三方)下的平台企业与专送骑手之间存在劳动关系。在相关侵权(例如骑手撞伤路人等)案件中平台企业被认定需承担雇主责任的比例也不超过15%,其中绝大多数法律责任仅由合作企业承担。^⑤质言之,根据《关于确立劳动关系有关事项的通知》等现行规则,认定平台工人和平台合作方成立劳动关系的比例很低,认定平台工人和平台成立劳动关系的比例微乎其微。

2023年8月最高人民法院民一庭发表的《关于数字经济背景下民生权益司法保护问题的调研报告》指出调研发现的五个主要问题,其中的第二个问

题是:“新就业形态劳动者权益司法保护难点问题。一是平台企业和用工合作企业与劳动者劳动关系认定考量因素不明确、不统一。二是劳动者执行工作任务过程中致人损害时,平台企业和用工合作企业责任分担存在争议。三是劳动者受到损害时,依法、合理、科学的责任承担规则尚未确立。”^⑥其实,该报告指出的新就业形态劳动者权益司法保护中的三个具体问题均与劳动关系认定有关。可见,劳动关系认定规则完善在平台用工等司法实践中的重要现实意义,需要认真反思平台用工背景下劳动关系的定义和判定方法,以适应平台用工以及司法实践需要。

(四) 现有规则对司法实践指导不足

《关于确立劳动关系有关事项的通知》仅简单列明了判断劳动关系的若干因素,并未明确劳动关系判定的基本原则和基本方法,导致实践中产生了可能偏离劳动法立法目的的现象。在基本原则上,也因未明确事实优先原则,导致在司法实践中,裁判机构往往以当事人之间的协议内容作为判断劳动关系存否的重要依据。例如,南京市中级人民法院发布的2019年度劳动人事争议十大典型案例之二:孙某(外卖骑手)诉某网络科技公司确认劳动关系纠纷案中,二审法院认为,“本案中,孙某与某公司签订的订单配送承揽合同中明确约定,双方属于承揽关系,不属于劳动关系。”事实上,“孙某也是按照上述承揽合同的约定”履行合同。“双方之间签订订单配送承揽合同的行为也可以证明双方之间没有建立劳动关系的合意。”法院最终驳回孙某的上诉请求。^⑦上述做法值得反思。在平台用工背景下,强大的平台及其合作商和广大弱小、分散的平台工人的地位和实力极为悬殊,平台总是力图规避劳动关系,以其他协议隐藏劳动关系,当事人之间的协议内容并不能反映双方真实本意以及合同的实际情况,尤其是平台普遍采取格式化的电子合同,平台工人无法真正了解协议的性质和内容,以当事人的协议内容作为判断双方是否存在劳动关系的重要因素对平台工人极为不利。因此,通过立法明确规定裁判机关必须根据案件事实,而非双方约定的合同类型或内容作出裁判的基本原则和基本方法等十分必要。

三、劳动关系的本质属性及其争论

基于上述理由,我国有必要对劳动关系概念及其认定进行立法,以统一司法裁判规则,为当事人提供指引。但当前学术界对劳动关系的本质属性——“从属性”及其构成的解释,还存在较大分歧。劳动

关系的本质属性及其具体内涵亟待澄清并形成共识,这是对劳动关系概念和认定进行立法的重要前提。

(一) 劳动关系的本质属性:从属性及其内涵

从属性是劳动关系的基本属性,这一点在英美法系或大陆法系国家和地区几乎没有争议,只是不同国家和地区的表述有所差别。国际劳工组织《劳动关系建议书》第12条指出,“就本建议书中所述的国家政策而言,成员国可考虑明确地界定适用于确定存在劳动关系的条件,例如从属性或依赖性”。从属性在外观上表现为雇主对雇员的控制,有学者将这种控制描述为等级权力。劳动关系的一个主要特征,在不同的国家和法律传统中都可以找到,那就是雇主对雇员的等级权力。等级权力主要包括三个相关要素:(1)指示权,即分配任务和向雇员下达命令和指令的权力;(2)监督权,即监督雇员任务的履行情况以及对命令和指令的遵守情况的权力;(3)惩戒权,即对雇员不当或疏忽地履行所分配的任务以及不服从命令和指令的行为进行制裁的权力。^⑤雇主之所以选择采取劳动合同这种形式,就是将其作为企业组织的重要手段,利用等级权力,雇主无须事事征得雇员的同意,可以为雇主提供经营上的灵活性,从而降低交易成本。因此,外化为控制或等级权力的从属性和劳动关系是相生相伴的。可见,从属性既是劳动关系建立的目的,也是劳动关系的本质特征。劳动法的目的在于从属性,即控制雇主的权力,使雇员因其从属地位而获得相应的保护。从属性作为劳动关系的认定条件获得了主流学术界和实务界的认可,虽然不断产生新的学说试图取代从属性理论,但是整体来看,从属性在劳动法理论体系中的基础地位没有动摇。^⑥

从属性作为劳动关系的本质属性不难理解,也不存在争议,但从属性的内涵却是发展变化的,如何理解可能存在争议。劳动合同的基本条款是雇员在雇主的监督和控制下履行工作以换取工资。因此,判例法的从属和控制描述劳动关系时变得至关重要。最初,这一指标被简单地理解为雇主对工人所从事的工作进行的直接控制。随着技术和组织的变化,许多雇主不再能直接监督和控制更加训练有素或专业性更强的工人。因此,实际的从属和控制指标由其他一些指标来补充,包括商业指标(工人是否以自己的名义从事商业活动)和融入指标(工人是否作为企业业务的组成部分履行职责),以及其他指

标。^⑦由此可见,最初的从属性主要体现为雇主对雇员的直接控制,即体现为人格从属性,随着用工方式的转变以及技术和组织的变化,雇主对雇员的直接控制有所减少,从属性越来越多地体现为雇员对雇主经济上的依赖或融入雇主的组织体系,于是从属性体现为经济从属性或组织从属性。为此,需要进一步厘清人格从属性、经济从属性、组织从属性三者的内涵及相互关系。

(二) 人格、经济和组织从属性的内涵及三者关系

人格从属性是从属性的核心和基础。所谓人格从属性是指雇主对雇员的指示、监督和惩戒,最初主要体现为直接的指示和控制,这是从雇主角度对从属性的描述。从劳动者角度看,“人格上的从属性系劳动者自行决定之自由权的一种压抑,同时劳务给付内容的详细情节亦非自始确定,劳务给付之具体内容不是由劳务提供者决定,而系由劳务受领者决定之”。^⑧因此,人格从属性强调劳务给付的具体内容由他人决定,即受雇者接受雇用方的具体控制或指示。由于人格从属性的基础地位,至今控制和指示仍然是从属性判断的主要标准。例如,在美国,有学者认为,普通法的控制权标准和经济现实标准都将控制和支配作为其核心考量。^⑨从近年来相关国家的立法看,人格从属性依然是劳动合同或劳动关系的定义内容。例如,德国民法典第611a条规定劳动契约系指,“雇员通过劳动合同负有向他人以受指挥权约束和非自主性劳动的人格从属的方式提供劳务的义务。”至今德国对雇员的流行定义是:“雇员指基于私人合同在人格从属的关系中有义务为他人工作的人。”“这一定义的核心要素是人格从属性。”^⑩可见,在以美国为代表的英美法系国家和以德国为代表的大陆法系国家,人格从属性仍然是劳动关系最重要的属性。人格从属性强调雇主对雇员的指示,雇员不能自由决定工作的内容、履行、时间和地点等事项,这是人格从属性的基本内涵。正是存在人格从属性,劳动法才得以产生,并为雇员提供特殊保护,以防止雇主滥用指示和控制的权力,损害劳动者的人格利益。脱离人格从属性,劳动法就失去其存在的价值和基础。

关于经济从属性,国外通常使用经济依赖性(economic dependency)的概念。使用经济依赖性的典型国家是美国和德国。前述美国的经济现实标准,总体考量是经济现实情况,即个人在经济上是否依

赖于他们为之工作的企业,或者是为自己经营业务。法院在解释这一标准时,通常考虑6个因素:(1)雇用方施加控制的程度;(2)相关设备和材料投资的程度;(3)工人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)工人所提供的服务是雇用方业务不可分割的一部分的程度。^⑩可见,经济现实标准是一个综合性的指标,但从其考虑的6个因素尤其是谁投资、谁承担经营风险、向谁提供服务等因素看,经济从属性总体上主要关注业务归属,即劳务提供者是为自己营业,还是为他人营业,如果是后者则判定服务提供者为员工。德国则是在界定类雇员时,使用经济依赖性的概念。德国法中的经济依赖性强调受雇者的收入来源是否依赖于服务的企业,通常如果受雇者收入的一半来自其服务的某一企业,则对该企业具有经济依赖性。^⑪相比之下,美国的经济现实标准提供了一个更为全面和可操作的经济从属性的判断标准。质言之,对经济从属性应侧重于业务归属的判断。

关于组织从属性或雇员对雇主的融入,德国和英国提供了相应的解释。在德国,根据判例法以及民法典第611a条的规定,判断某人是雇员或自雇者取决于人格从属性的程度。此外,另一个焦点是个人是否融入另一人的业务之中,这就是所谓的组织依赖性。^⑫因此,组织从属性强调受雇者是否融入他人的业务,但这一解释仍较为宽泛。在英国,对控制标准的一个替代方案是将劳动关系的本质视为雇员服从组织的规则和程序,而不是服从个人指挥,这就是融入标准。在劳动合同中,雇员是作为企业的一部分而受雇的,且其从事的工作是企业不可分割的一部分。^⑬因此,从英国法看,对于组织从属性,一方面强调雇员遵守雇主的规则和程序,另一方面强调雇员的工作是雇主业务的组成部分。前者和人格从属性存在较大关联,只是和传统的接受雇主的直接指示存在方式上的区别,后者则是对经济从属性的强化。值得注意的是,英国从雇员服从组织的规则和程序这一角度解释组织从属性,具有重要价值:一方面使组织从属性具有相对客观的判断标准;另一方面,在当前越来越多的劳务使用方减少对劳务提供者个人的直接指示,而更多采用数字技术对其进行规则控制的背景下,组织从属性的这一内涵无疑具有更强的解释力。因此,应将组织从属性的实质理解为雇员融入雇主的规则体系之中。

关于人格、经济、组织从属性三者关系,首先,人

格从属性是从属性的核心。虽然,随着用工组织方式的变化以及雇主对雇员控制方式的调整,为了将应受劳动法保护的受雇者纳入其中,人格从属性的内涵不断扩张,并逐渐产生了经济从属性(依赖性)、组织从属性(依赖性)等劳动关系认定标准,但人格从属性和经济从属性、组织从属性并非并列的、等量齐观的关系,人格从属性与经济从属性、组织从属性的关系是源与流、主与次的关系。这一点可以从英国劳动关系认定标准的发展历程看出。在英国,控制标准至少于19世纪的后期开始使用,并延续至今。此后为了适应现实需要,逐渐产生了融入、经济现实、义务的相互性以及多因素标准等标准,这些标准主要产生于20世纪后半期。^⑭换言之,经济从属性、组织从属性标准的产生后于人格从属性,是从人格从属性分离和延伸出来的,主要起到辅助和补充的功能。

其次,人格从属性具有较大弹性。作为体现人格从属性的控制在解释上具有很大弹性。正如英国学者指出的:“如果控制被理解为雇主有权规定具体的工作履行方式”,那么在当代视角下,控制标准是不合时宜的;但如果控制被理解为雇主有权下达命令并指示雇员工作的一般性质,则在当代背景下,控制标准“绝非无关紧要”。尽管控制的概念继续居于核心地位,但对工作履行缺乏日常的控制并不必然排除劳动关系。核心的因素,例如雇主控制工作的总体方向、服务向谁提供以及服务的条件,都是重要的。^⑮在德国,很长一段时间,人格从属性的概念被作为界定劳动关系的有益和有效的标准,与此同时,人格从属性的准确含义也变得颇有争议。传统的观点认为雇员只是简单遵守雇主关于工作组织或工作时间的命令,这与越来越多的高技能个人或多或少享有决定如何履行以及何时履行工作的自由的事实并不相符。从20世纪60年代开始,联邦劳动法院为了将此类高技能人员作为雇员,重新定义了人格从属性的概念。如今,联邦劳动法院已将人格从属性转化为一个包括多种因素且须总体评估的复杂概念。^⑯因此,人格从属性依然是劳动关系的核心要义,但其内涵具有较大弹性,甚至可以涵盖经济从属性和组织从属性的部分特征。

最后,人格从属性、经济从属性、组织从属性的内涵各有侧重,难以截然分开,对从属性应进行整体把握。同时由于三者用语宽泛,三者内涵均富有弹性,因此三者之间并非泾渭分明,往往是互有交叉。

由于三者之间的交叉复杂关系,在理论和实践中要准确描述人格从属性、经济从属性和组织从属性的含义及其边界是十分困难的。正因为如此,人格、经济、组织从属性三者只是考察从属性的不同角度,在认定劳动关系时,并非要求三者同时具备。某一从属性较不明显,但其他从属性突出的,通过总体考虑也可认定从属性的存在。这一点对于数字时代新就业形态用工从属性的判断尤为重要,因为新就业形态灵活性增强,某一方面的从属性可能减弱,但如果其他从属性明显的,仍不可排除劳动关系的存在。

(三)从属性的认识分歧及共识形成

当前,我国未在立法或其他正式的规范性文件中使用从属性以及人格从属性、经济从属性、组织从属性等概念,但学术界以及裁判机关普遍接受从属性理论。2023年4月,人社部和最高人民法院联合发布关于新就业形态的6个典型案例报告(人社部函〔2023〕36号),在案例1的分析中指出“劳动关系的核心特征为‘劳动管理’,即劳动者与用人单位之间具有人格从属性、经济从属性、组织从属性”^④。

当前,学术界关于从属性的含义、构成以及三个从属性之间关系的认识依然存在分歧。分歧主要集中在从属性是否包含人格从属性、经济从属性、组织从属性以及三个从属性的内涵。从近期讨论看,有学者认为,组织从属性为人格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。^⑤有观点认为,劳动关系中还存在一种从属性的表现,即技术从属性。^⑥有观点认为,“从属性又可细分为组织从属性(雇员对雇主的服从)和经济从属性(雇员对雇主的经济依赖)。”^⑦有学者认为,在从属性理论层面,人格、经济和组织三大从属性统合于劳动从属性。劳动从属性的本质是资方通过指令管理使劳动者丧失自主经营的可能。经济从属性不必且不宜作为核心标准,组织从属性可分别归入其他两大属性而无独立必要。^⑧还有学者认为,组织从属性并无独立存在的必要,“组织从属性可以被人格从属性吸收,难以作为独立的从属性类型,仅用作验证管理指挥的要素”^⑨。

从我国司法实务和学术界的主流观点看,从属性包含人格从属性和经济从属性争议不大,较有争议的是组织从属性应否独立存在。笔者认为,组织从属性和人格从属性、经济从属性的关系取决于相应的语境,难以一概而论。组织从属性更强调劳动者融入雇主的规则体系,其角度和传统的人格从属

性(具体指示)、经济从属性(业务归属)有所不同,将组织从属性单列,增加了判断从属性的考虑角度,有益而无害。特别是在数字时代,雇主对雇员个别、具体的指示减弱,雇主可能采取一般性甚至隐蔽的控制,组织从属性的角度更显必要。例如,2023年人社部和最高人民法院的典型案例报告在分析平台用工的组织从属性时也指出,“从组织从属性看,主要体现在劳动者是否被纳入平台企业的组织体系当中,成为企业生产经营组织的有机部分,并以平台名义对外提供服务等。”这样的分析角度无疑也具有积极意义。因此,组织从属性可单独作为一类。

概言之,从属性包括人格从属性、经济从属性和组织从属性三个面向,经济从属性和组织从属性仍是判断从属性的重要角度,二者尚有独立存在的必要,这对于从属性的实务判定更有实益。由于语境不同以及三个从属性概念的弹性,没有必要陷入三者概念、存废以及三者关系的无谓之争,也不必过于追求三者内涵的准确界定以及边界的清楚划分。对于从属性,不管在理论建构还是司法实务上,都应注重整体把握,对三个从属性不应人为割裂或者过于强调某一从属性。当然,根据各国实践和通常理解,着眼于三个从属性角度的不同,通过适当途径列明三者的具体考量因素,可以明确从属性的具体判定标准,并为实务提供具体指引,仍有必要。

四、数字化与劳动关系概念及认定的规范表达

根据劳动关系的内涵及立法必要性,参考域外尤其是近年来对劳动关系概念和认定进行立法的国家和地区的立法例,劳动关系概念及其认定的规则体系应包括四个层面:一是揭示劳动关系的本质属性,即对劳动关系进行定性,明确其与其他劳务给付类合同关系的本质区别;二是明确反映劳动关系本质属性的主要特征,即劳动关系本质属性的外在表现;三是明确劳动关系认定的基本原则和基本方法;四是明确劳动关系认定的具体因素。数字时代,这一规则体系的建构既要考虑劳动关系的基本属性即从属性,也应考虑数字化对劳动关系的影响并作出积极回应。

(一)劳动关系本质属性与外在特征的表达模式

劳动关系的本质属性是从属性,而从属性的外观或主要特征为雇主对雇员的控制,从属性和控制互为表里。劳动关系的定义呈现三种模式。第一种模式,主要揭示劳动关系的本质属性——从属性,未直接表达劳动关系的外在表现或特征——控制。第

二种模式,主要体现劳动关系的外在表现或特征,未直接揭示从属性。例如,根据2019年《越南劳动法》第3条,雇员是指根据协议为雇主工作、由其支付工资并受其管理和监督的人。^⑤该定义重点强调了雇主对雇员的管理和监督,而未直接写明从属性。第三种模式,既揭示劳动关系的从属性,又明确其外在特征。典型的是德国民法典第611a条规定,“雇员通过劳动合同负有向他人以受指挥权约束和非自主性劳动的人格从属的方式提供劳务的义务。指挥权可以涉及工作的内容、实施方式、时间和地点。”该定义既揭示了劳动关系的本质属性——人格从属性,又明确了雇主对雇员的指挥权(指示权)及其主要内容。相比之下,第三种模式更有优势。揭示劳动关系的从属性,有利于把握劳动关系的实质,而且从属性具有较大的弹性和解释余地,可以为理论和实务的发展提供空间。同时,揭示劳动关系的外在特征,即雇主对雇员的控制或指示等有利于劳动关系的具象化,明确雇主和雇员的主要权利和义务,增强劳动关系概念和认定的可操作性。由于劳动关系的本质属性和主要特征在数字时代尚未呈现根本变化,因此,劳动关系的本质属性和主要特征的法律表达可保持相对稳定。

(二)数字化与劳动关系认定原则、方法以及具体因素的规则建构

1. 认定原则:事实优先原则。事实优先原则已写入国际劳工组织的《劳动关系建议书》,而且许多国家和地区也将该原则明文规定于法律或行政意见等文件之中。该建议书第9条明文规定,“就保护劳动关系中的劳动者的国家政策而言,确定此种关系的存在,应主要以与劳动者从事劳务并获得报酬相关的事实作指导,而不论在各方当事人之间可能商定的任何契约性或其它性质的相反安排中的关系特点。”如上述,德国民法典第611a条也作了明文规定。劳动法确立该原则的主要原因在于劳动关系本身就是对雇主是否对雇员进行控制和指示的事实判断,因此不能仅看当事人之间的协议。同时,由于雇主和雇员通常不具有同等的谈判能力和实力地位,如果仅以当事人之间的协议为准,则雇主可能利用其强势地位和雇员签订不符合事实的协议,违背劳动者的真实意思,损害劳动者的利益。

特别是数字时代,数字用工平台依靠其强大实力,往往以各种民事协议,包括承包协议、合作协议等协议,试图隐藏当事人之间的劳动关系。事实优先原则有利于为劳动者提供事后救济,也有利于矫

正和引导用人单位的用工行为,增强当事人之间法律关系的可预测性。我国应在未来的立法中明确事实优先原则。可喜的是,我国人社部和最高人民法院2023年发布的典型案例报告在案例1明确指出,“认定劳动关系应当坚持事实优先原则”。我国未来应将这一原则写入立法,为统一司法裁判思路和规则奠定基础。

2. 认定方法:综合判断方法。劳动关系认定的基本方法是综合判断方法,这一方法也应得到立法的确认。由于劳动关系概念具有较高的抽象性,立法定义往往无法提供具体规则,加上雇用方和受雇方之间劳务使用和提供的事实复杂,因此,需要综合考虑双方关系的具体事实判定双方的关系性质。这一方法也得到了普遍确认。德国民法典第611a条也明文规定,“劳动合同的认定需要全面考量所有的个案要件。”在劳动关系认定上,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,而且均强调没有任何单一因素是决定性或不可或缺的。^⑥在英国,在具体案件中,也会考虑工人以及雇用方之间的“人格和经济依赖性”,前者包括遵守特定的命令,后者包括依赖雇主继续工作和获得收入。在具有影响的1983年O'Kelly v. Trusthouse Forte案件中,劳动法庭列举了不少于18项相关因素以认定当事人之间是否存在劳动关系。^⑦这也意味着在劳动关系认定上应综合考虑所有事实和因素,不可以偏概全。

在数字时代,综合判断方法更显重要。当前,平台用工等新就业形态流行,劳动者可能在是否提供服务、服务时间和地点等方面享有一定自主性,对劳动关系的认定,应坚持综合判断方法,从人格、经济、组织从属性等方面对从属性进行判定,特别是应考虑平台等企业是否使用算法,通过对劳动者服务过程的监督以及通过激励和惩罚措施对劳动者的工作数量施加控制,从而限制劳动者是否提供服务的自由。换言之,在平台用工等新就业形态用工中,不宜仅因劳动者表面上享有一定的工作自主性而否定劳动关系的存在,而应综合考虑其他因素作出判断。

3. 劳动关系的认定因素。从劳动关系或劳动合同的定义看,不管是从属性还是控制的界定,总体上仍然较为抽象。因此,需要对从属性或控制的具体因素作出适当界定。这也是各国的普遍做法。国际劳工组织《劳动关系建议书》明确,成员国可通过立法或其他途径,界定劳动关系认定的具体指标。建议书第13条规定,“成员国应考虑是否可在本国法

律和法规中或者通过其它途径,界定劳动关系存在的具体指标。这些指标可包括:(a)该工作是根据另一方的指令并在其控制下进行的;该工作涉及将该劳动者纳入企业的组织之中;该工作完全或主要是为另一人的利益履行的;该工作必须由该劳动者亲自完成;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;该工作有一定的持续时间并有某种连续性;该工作要求劳动者随叫随到;该工作要求下达工作的一方提供工具、物料和机器等事实;(b)定期向劳动者支付报酬;这种报酬构成劳动者唯一或主要收入来源这一事实;以食物、住房或交通便利等实物形式付酬;对每周休息和每年的节假日等权利的承认;下达工作的一方支付劳动者为履行工作所发生的差旅费用;或劳动者没有财务风险。”上述具体指标主要从工作的组织方式以及劳动者报酬两个角度展开,实质上包含了人格从属性、经济从属性和组织从属性等具体指标,尤其是(a)前3项是人格从属性、组织从属性和经济从属性的主要概括,总体上内容比较全面,也具有相当的可操作性。

因此,我国劳动关系从属性认定因素的确立,应从人格、经济和组织从属性的内涵和实质出发,借鉴国际劳工组织《劳动关系建议书》提及的具体指标,通过适当的规范形式予以列明,为实务操作提供具体指引。但《劳动关系建议书》发布于2006年,其列举的指标难以满足数字时代新就业形态劳动关系认定的需求。我国应根据新就业形态的特点,尤其是平台等企业用工管理的新方式,增加三个从属性的具体认定因素。例如,在人格从属性上,考察劳务使用方是否使用算法进行用工管理,对劳务提供过程的指示和监督,对工作时间和工作任务的要求和奖惩措施,对工作的考核评价方式等因素;在经济从属性上,考察数据等重要生产资料由谁掌握,服务的定价机制,以何者名义对外提供服务等因素;在组织从属性上,考察劳动者是否纳入企业的组织和规则体系,从事的工作是否是劳务使用方的业务组成部分等。人社部和最高人民法院2023年发布的典型案例报告在案例1提出了判断人格从属性、经济从属性和组织从属性应考察的具体因素,值得提炼总结,上升为一般的劳动关系认定因素。

(三) 劳动关系概念和认定的规范表达形式

劳动关系的概念和认定规则如何以适当的规范形式表达是一个重要问题。虽然近年来劳动关系的概念和认定呈现成文化的趋势,但其规则主要采用判例法的形式依然根深蒂固,劳动关系概念和认定

的规范表达需要在确定性、稳定性和灵活性上保持平衡,需要立法、司法和行政机关的分工合作。尤其是数字时代,新型用工方式层出不穷,从属性的外在表现形式更为多样,劳动关系的概念及其认定规则应保持一定弹性。故此,规则内容不应全部纳入立法当中。根据上述原则,我国在未来的立法当中,应将劳动关系的本质属性、外在特征以及认定原则和方法规定在立法当中,至于具体的认定因素,可由行政机关发布指导意见或通过司法解释加以规定。国际劳工组织《劳动关系建议书》的内容也体现了规则生成的多样性。例如,第12条规定,“就本建议书中所述的国家政策而言,成员国可考虑明确地界定适用于确定存在劳动关系的条件,例如,从属性或依赖性”,该规定强调“明确地界定”。第13条规定,“成员国应考虑在本国法律和法规中或者通过其它途径,界定存在劳动关系的具体指标的可能性。”可见对于具体的认定指标或因素,法律、法规或判例规则等途径都是建议书认为适当的规范表达形式。

劳动关系概念和认定规范的多样性也为许多国家推崇。德国学者指出,尽管德国民法典增加了劳动合同的定义,在劳动关系多样性的背景下,由于技术和组织方式的发展,对雇员概念的清晰界定是不可能的,一定程度的司法自由裁量权是必要的。^⑤2017年受英国政府委托而发布的独立报告《良好的工作:泰勒对现代工作实践的评论》也指出:作为首要原则,政府必须使立法更加明确。雇员地位也应该是明确的,不应有很多解释,也不能模棱两可。在基本立法中概述需要满足的高层级标准是有价值的。此外,为了使立法能够对不断变化的条件和相关判例法作出动态反应,支撑这些标准的细节应以可快速更新的方式加以规定,即更多地使用“次级立法和指引”。^⑥因此,劳动关系的概念和认定的规范表达形式应该丰富多样,体现在不同层面的立法之中。

五、劳动关系概念和认定规范的中国表达

(一) 充分利用和改造我国已有的规则

虽然《关于确立劳动关系有关事项的通知》存在缺陷,但该通知目前为我国劳动仲裁机构和法院所普遍适用,因此,在劳动关系概念和认定的规范完善中,充分利用这一学术界和实务界所熟知的规则,对其进行合理改造和利用,是立法完善的重要途径。

根据该通知,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:“第一,用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格;第二,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;第三,劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。”抛开第一项关于主体的要求,该通知规定劳动关系成立必须同时满足第二、三项条件。第二项主要是人格从属性的规定,同时也体现了经济从属性。“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”均体现了用人单位对劳动者的控制和指示,管理、安排的表述抓住了人格从属性的本质。劳动管理侧重用人单位对劳动过程的管理,安排强调用人单位对工作任务的分配,属于指示权的内容。有报酬的劳动是劳动合同的主要权利义务,报酬的支付方式也是认定劳动关系的重要因素,是经济从属性的重要体现,因此“从事用人单位安排的有报酬的劳动”可保留。第二项规定中的“用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者”,虽然符合大部分用人单位的实践,但用人单位对劳动者的劳动管理未必都通过劳动规章制度,因此,在立法上不必强调。该通知规定的第三项条件,如果从劳动者融入用人单位,成为企业的一部分理解,则体现了组织从属性;如果从劳动者的劳动是为了企业的业务而不是为了自己营业,则主要体现经济从属性,因此,“劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分”应作为劳动关系的具体认定因素,而无须作为劳动关系定义的组成部分。

(二) 充分提炼司法实践的中国经验

虽然我国有关劳动关系的概念和认定的立法规则简陋,但由于此类案件较多,我国司法实践也积累了丰富经验,最高人民法院以及人社部的相关意见也涉及新就业形态劳动关系的认定方法。深入总结实践经验,展现司法实践蕴含的中国经验,对于完善我国立法具有重要意义。

2022 年最高人民法院发布《关于为稳定就业提供司法服务和保障的意见》(法发〔2022〕36 号),其内容涉及“依法合理认定新就业形态劳动关系”。该意见指出,“未订立书面劳动合同,劳动者主张与平台企业或者用工合作单位存在劳动关系的,人民法院应当根据用工事实和劳动管理程度,综合考虑劳动者对工作时间及工作量的自主决定程度、劳动过程受管理控制程度、劳动者是否需要遵守有关工作规则、劳动纪律和奖惩办法、劳动者工作的持续性、劳动者能否决定或者改变交易价格等因素,依法审慎予以认定。”该意见的内容具有许多亮点:首先,在正式文件中首次提出了事实优先原则和综合判断方

法。其次,强调“劳动者对工作时间及工作量的自主决定程度”,考虑劳动者是否具有劳动自主性,突破了以往主要从雇主对雇员进行管理的考察角度,对判断普遍使用算法进行用工“隐形”管理的平台用工中的从属性具有很强针对性。再次,强调应考虑“劳动过程受管理控制程度”,突出了劳动过程在劳动管理中的重要地位,反映了平台用工的新特点。最后,提出了《关于确立劳动关系有关事项的通知》未提及的若干具体认定因素,比如工作的持续性、交易价格的确定等,对劳动关系认定尤其是平台用工中的劳动关系认定具有较大参考价值。

此外,人社部和最高人民法院 2023 年发布的典型案例报告对司法实践以及劳动关系概念和认定规则完善也具有重要参考价值。报告在案例 1 指出,“认定劳动关系应当坚持事实优先原则”。“劳动关系的核心特征为‘劳动管理’,即劳动者与用人单位之间具有人格从属性、经济从属性、组织从属性”。“当前,认定新就业形态劳动者与平台企业之间是否存在劳动关系,应当对照劳动管理的相关要素,综合考量人格从属性、经济从属性、组织从属性的有无及强弱”。报告内容也是可圈可点:第一,劳动关系的从属性被官方机构认可。该报告应是人社部和最高人民法院首次在文件中将劳动关系的核心特征概括为劳动管理,同时指出了劳动者与用人单位之间具有人格从属性、经济从属性、组织从属性。换言之,从属性不再仅仅是学术界流行的理论通说,而是被最高人民法院和人社部认可的劳动关系的属性。第二,报告强调“综合考量人格从属性、经济从属性、组织从属性的有无及强弱”,说明从属性并非简单的有无,而有强弱之分,这符合从属性的性质。因此,从属性具有相当的弹性,从属性必须达到一定程度方可认定劳动关系的存在。第三,报告再次强调事实优先原则和综合判断方法。第四,如上述,报告还提出了判断人格从属性、经济从属性和组织从属性应考察的具体因素,体现了新就业形态的突出特点,也颇具参考价值。报告的上述内容具有相当的科学性,既符合国际上对劳动关系性质的一般理解,也体现了中国特色和中国经验。例如,国际上通常将从属性的外在特征表述为控制,我国则将其表述为劳动管理,既符合中国语境,也更富包容性。

上述典型案例报告和司法意见的内容也存在一些问题:一方面,上述意见提供的规则缺乏体系性和完整性,无法涵盖劳动关系概念和认定的主要原则和基本规则,对三个从属性的具体因素的描述尚不

完整,并未针对数字化带来的挑战作出全面、系统的回应。另一方面,上述颇具中国特色的创新内容主要体现在司法意见或典型案例报告,未能体现在正式的法律法规或司法解释等效力更高的规范之中,其在司法实践中的效果仍非常受限。因此,我国对劳动关系概念和认定进行立法仍有必要,未来上述规则创新应吸收到劳动关系概念和认定的正式立法以及相关行政意见或者司法解释当中。

(三) 劳动关系概念和认定规范的中国表达及其适用

根据上文分析,从属性可包含人格从属性、经济从属性、组织从属性等面向,而且三个从属性难以完全划清界限,因此,应将劳动关系的本质属性界定为从属性,而不必局限于人格从属性。从上述我国司法实践看,实务上也普遍认可劳动关系的本质属性是从属性。而且,使用从属性的表述将具有更大包容性,更能适应数字时代用人单位对雇员控制和指示方式的变化。

关于劳动关系的定义和认定规则,根据劳动关系的本质属性以及我国现有规则和司法裁判的经验及其不足,在立法上可采取如下定义:“劳动关系指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的从属性合同关系。劳动关系认定应考虑当事人合同实际履行的总体情况进行综合判断,不受合同形式或合同名称拘束。”该定义既揭示了劳动关系的本质属性即从属性合同关系,又明确其外部特征即劳动管理,也包含事实优先原则和总体判断方法。至于劳动关系认定的具体因素可从人格从属性、经济从属性、组织从属性等角度列举具体的认定因素,通过行政机关的指导意见或司法解释加以明确,以增强规则的灵活性,并确保法律中劳动关系概念的稳定性。对于劳动关系概念和认定规范的制定及适用还应把握以下要点。

第一,通过适当立法途径确立劳动关系概念和认定的基本规范。近期可考虑通过修改《劳动合同法》,增加劳动关系概念和认定的基本规则。长期看,由于劳动关系概念和认定规则的基础地位,未来应探索编纂劳动法典的可行性,在劳动法典中确立该基本规则。编纂劳动法典具有重大意义,具有较强的可行性,^⑩应继续深化劳动法典编纂研究,增强立法共识。

第二,把握认定劳动关系的从属性的合理程度。劳动关系的基本概念在数字时代尚未发生根本变化,从属性依然是劳动关系的本质属性。但是从属

性本身具有较大弹性,从属性存在强弱的不同程度。数字时代,各种灵活用工方式层出不穷,在个案尤其是新就业形态案件中,判定从属性的程度是否达到认定劳动关系的标准,应在考察个案事实基础上,充分考虑劳动法的立法目的以及个案的法律保护需求,把握认定劳动关系存在的从属性的合理程度。既不对从属性要求过低,导致劳动关系泛化,也不宜对从属性要求过高,导致劳动关系不当限缩。由于立法总是相对滞后,面对数字技术带来的新型用工方式的不断涌现,裁判者应利用从属性富有弹性的优势,在个案中对劳动关系存否作出灵活而适当的判断。

第三,更加注重用工管理和劳动自主性的实质判断。虽然从属性依然是劳动关系的本质属性,但其认定方法和认定角度应与时俱进。在认定方法上,一方面应坚持传统的综合判断方法,判定企业等用工主体是否进行劳动管理;另一方面,由于数字时代很多企业通过人工智能、算法等实施工管理,其用工管理方式和内容更为隐蔽,判定企业是否进行用工管理难度加大,对此应转换认定角度。劳动者是否具有劳动自主性应成为判定劳动关系的重要角度,“劳动者对工作时间及工作量的自主决定程度”等应成为重要考量因素。应通过考察企业的劳动纪律、奖惩规则等判定劳动者是否实质上具有劳动自主性,不宜简单以劳动者表面上的“自由”就轻易否定劳动关系,应当更加注重实质判断。

第四,合理分配劳动关系认定纠纷中的举证责任。数字时代用工管理的数字化和隐蔽性,使用工事实的大部分证据掌握在企业等用工主体一方,特别是在平台用工中,双方协议、服务过程的管理以及劳动者履行合同(例如接单、送单情况)等证据都主要掌握在平台等企业手中,企业的优势地位更为明显,因此,在劳动关系认定的举证责任分配上,企业一方应负有更大责任。劳动者只要提供证明劳动关系存在的表面证据,企业一方就负有反驳劳动关系存在的举证责任。

第五,完善隐藏劳动关系行为的责任机制。当前我国司法实践中对于故意隐藏劳动关系的行为主要采取事后纠正的方式,即裁判机关针对劳动者的诉求,认定企业等用工主体和劳动者存在劳动关系之后,要求企业按照劳动法的规定承担用人单位本应承担的义务,除此之外,其隐藏劳动关系的行为并没有额外的责任,这容易导致企业通过签订民事合同隐藏双方劳动关系以规避劳动法。为预防和打击

企业故意隐藏劳动关系的行为,尤其是具有明显恶意的行为,例如,让劳动者注册为个体工商户再与其订立民事承包协议,对于这种具有明显故意的隐藏劳动关系行为应科以一定的行政责任,以减少企业故意规避劳动法的行为,使更多劳动者获得其本应享有的劳动关系存续期间的劳动保护。

结语

劳动关系的概念及其认定规则是劳动法的基本规则,在劳动法的理论和实践中均属核心内容。为了克服传统劳动关系概念和认定标准的缺陷和不足,适应平台用工等新就业形态的发展,我国有必要根据近期域外规则成文化的趋势,通过立法明确劳动关系的概念及其认定规则,以及立法、行政意见或司法解释的合理分工,构建劳动关系概念及其认定的规则体系。完善劳动关系概念和认定的规则体系,有利于揭示劳动关系的本质,避免对劳动关系概念的各说各话并减少学术分歧,有助于解决实务中无法可依以及对从属性任意解释导致的裁判不统一的困境。在劳动关系概念和认定规则的建构中,我国可以借鉴境外的理论和实践经验,体现劳动关系的一般含义和发展趋势,还应充分尊重我国既有的规则及其司法实践经验,及时总结中国经验,全面回应数字化对劳动关系概念和认定的规则需求,以相对确定又包容开放的从属性特征构建数字时代劳动关系的概念及认定规则,为构建我国自主的劳动法知识体系打下坚实基础。

注释:

①参见娄宇:《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》,《法律科学》2019年第5期。

②Guy Davidov and Pnina Alon-Shenker, "The ABC Test: A New Model for Employment Status Determination?" *Industrial Law Journal*, vol. 51, no. 2, 2022, p. 236.

③European Commission: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Improving Working Conditions in Platform Work, Brussels, 9. 12. 2021, COM(2021)762 final.

④北京市第一中级人民法院课题组:《新就业形态下平台用工法律关系定性研究》,《人民司法》2022年第7期。

⑤参见肖竹:《劳动关系从属性认定标准的理论解释与体系构成》,《法学》2021年第2期;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点》,《中国法律评论》2021年第4期;田思路:《技术从属性下雇主的算法权力与法律规制》,《法学研究》2022年第6期;等等。

⑥参见王全兴、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;杨浩楠:《共享经济背景下我国劳动关系认定标准的路径选择》,《法学评论》2022年第2期;等等。

⑦参见朱军:《劳动关系认定的理论澄清与规范建构》,《法学研究》2023年第6期。

⑧参见朱宁宁:《体现时代精神 回应实践需求》,《法治日报》2022年4月19日,第5版。

⑨John A. Pearce II and Jonathan P. Silva, "The Future of Independent Contractors and Their Status as Non - Employees: Moving on from a Common Law Standard," *Hastings Business Law Journal*, vol. 14, no. 1, 2018, pp. 6, 15-16.

⑩Zoe Adams et al., *Deakin and Morris' Labour Law*, 7th ed., Oxford: Hart Publishing, 2021, pp. 108-109.

⑪Adalberto Perulli, "The Legal and Jurisprudential Evolution of the Notion of Employee," *European Labour Law Journal*, vol. 11, no. 2, 2020, pp. 119-120.

⑫娄宇:《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》,《法律科学》2019年第5期。

⑬Samantha J. Prince, "The AB5 Experiment— Should States Adopt California's Worker Classification Law?" *American University Business Law Review*, vol. 11, no. 1, 2022, pp. 54-55, 57-58.

⑭John A. Pearce II and Jonathan P. Silva, "The Future of Independent Contractors and Their Status as Non - Employees: Moving on from a Common Law Standard," p. 27.

⑮European Commission: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Improving Working Conditions in Platform Work, Brussels, 9. 12. 2021, COM(2021)762 final, pp. 34-35.

⑯"Initiative to Improve the Working Conditions of People Working in the Platform Economy in 'A Europe Fit for the Digital Age,'" 20 June 2024, <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-a-europe-fit-for-the-digital-age/file-improving-working-conditions-of-platform-workers?sid=8201>, 2 August 2024.

⑰Miriam Kullmann, "Platformisation of Work: An EU Perspective on Introducing a Legal Presumption," *European Labour Law Journal*, vol. 13, no. 1, 2022, p. 68.

⑱Guy Davidov and Pnina Alon-Shenker, "The ABC Test: A New Model for Employment Status Determination?" pp. 242-244.

⑲John A. Pearce II and Jonathan P. Silva, "The Future of Independent Contractors and Their Status as Non - Employees: Moving on from a Common Law Standard," pp. 3, 13.

⑳John A. Pearce II and Jonathan P. Silva, "The Future of Independent Contractors and Their Status as Non - Employees: Moving on from a Common Law Standard," pp. 15, 24.

㉑Miriam A. Cherry, "Employment Status for 'Essential Workers': The Case for Gig Worker Parity," *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 55, no. 3, 2022, p. 705.

②European Commission, "Questions and Answers: Improving Working Conditions in Platform Work," 9 December 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_21_6606, 4 August 2024.

③Article 9, R198—Employment Relationship Recommendation, 2006(No. 198).

④Joellen Riley Munton, "Employment Contracts in the Australian High Court," *Italian Labour Law e-Journal*, vol. 15, no. 2, 2022, pp. 178–179.

⑤Joellen Riley Munton, "Employment Contracts in the Australian High Court," pp. 182–183.

⑥Joellen Riley Munton, "Boundary Disputes: Employment v Independent Contracting in the High Court," *Australian Journal of Labour Law*, vol. 35, no. 1, 2022, p. 94.

⑦Giuseppe Casale, "The Employment Relationship: A General Introduction," in Giuseppe Casale, ed., *The Employment Relationship: A Comparative Overview*, Oxford: Hart Publishing Ltd., 2011, p. 5.

⑧参见《2021年北京市劳动人事争议仲裁十大典型案例》，2021年11月5日，https://rsj.beijing.gov.cn/bm/ztlz/dxal/202111/t20211105_2529673.html, 2024年9月24日。

⑨天津市高级人民法院：《某某（天津）工程技术有限公司、刘某津劳动争议民事申请再审审查民事裁定书》，（2024）津民申699号。

⑩江苏省苏州市中级人民法院：《苏州某网络科技有限公司与蒙某确认劳动关系纠纷二审民事判决书》，（2020）苏05民终2639号。

⑪最高人民法院：《丛某、中华人民共和国最高人民检察院劳动争议再审民事判决书》，（2016）最高法民再148号。

⑫参见徐向梅等：《稳步推进养老保险全国统筹》，《经济日报》2022年8月8日，第11版。

⑬参见北京致诚农民工法律援助与研究中心课题组：《平台经济下合作用工模式劳动关系分析——以外卖平台为例》，《人民司法》2022年第7期。

⑭最高人民法院民一庭：《关于数字经济背景下民生权益司法保护问题的调研报告》，《人民法院报》2023年8月26日，第4版。

⑮参见江苏省南京市中级人民法院：《上诉人孙某与被上诉人徐州某网络科技有限公司确认劳动关系纠纷一案的民事判决书》，（2019）苏01民终10557号。

⑯Giuseppe Casale, "The Employment Relationship: A General Introduction," pp. 3–4.

⑰参见姜宇：《劳动关系从属性理论的历史演进与现实反思——兼论“不完全劳动关系”》，《政治与法律》2024年第8期。

⑱Giuseppe Casale, "The Employment Relationship: A General Introduction," pp. 23–24.

⑲黄越钦：《劳动法新论》（修订三版），台北：翰芦图书出版有限公司，2006年，第121–122页。

⑳Robert Sprague, "Using the ABC Test to Classify Workers: End of the Platform-Based Business Model or Status Quo Ante?" *William and Mary Business Law Review*, vol. 11, no. 3, 2020, pp. 744–745.

㉑Manfred Weiss, Marlene Schmidt and Daniel Hlava, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, 5th ed., The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2020, p. 45.

㉒Mark A. Rothstein et al., *Employment Law*, 6th ed., St. Paul: West Academic Publishing, 2015, p. 444.

㉓Manfred Weiss, Marlene Schmidt and Daniel Hlava, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, pp. 48–49.

㉔Manfred Weiss, Marlene Schmidt and Daniel Hlava, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, p. 47.

㉕Zoe Adams et al., *Deakin and Morris' Labour Law*, pp. 126–127.

㉖Zoe Adams et al., *Deakin and Morris' Labour Law*, pp. 124–137.

㉗Zoe Adams et al., *Deakin and Morris' Labour Law*, pp. 125–126.

㉘Manfred Weiss, Marlene Schmidt and Daniel Hlava, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, pp. 45–47.

㉙人力资源社会保障部、最高人民法院：《关于联合发布第三批劳动人事争议典型案例的通知》（人社部函〔2023〕36号）。

㉚参见肖竹：《劳动关系从属性认定标准的理论解释与体系构成》，《法学》2021年第2期。

㉛参见田思路：《技术从属性下雇主的算法权力与法律规制》，《法学研究》2022年第6期。

㉜杨浩楠：《共享经济背景下我国劳动关系认定标准的路径选择》，《法学评论》2022年第2期。

㉝参见朱军：《劳动关系认定的理论澄清与规范建构》，《法学研究》2023年第6期。

㉞姜宇：《劳动关系从属性理论的历史演进与现实反思——兼论“不完全劳动关系”》，《政治与法律》2024年第8期。

㉟Vietnam Labour Code 2019, 20 November 2019, <https://vietanlaw.com/vietnam-labour-code-2019/>, 6 August 2024.

㊱参见谢增毅：《互联网平台用工劳动关系认定》，《中外法学》2018年第6期。

㊲Zoe Adams et al., *Deakin and Morris' Labour Law*, pp. 136–137.

㊳Manfred Weiss, Marlene Schmidt and Daniel Hlava, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, p. 47.

㊴Matthew Taylor et al., "Good Work: The Taylor Review of Modern Working Practices," July 2017, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/627671/good-work-taylor-review-modern-working-practices-rg.pdf, 6 August 2024.

㊵参见谢增毅：《劳动法典编纂的重大意义与体例结构》，《中国法学》2023年第3期。