

“不完全劳动关系”的合同性质与从业者的相对性保护

——以法律适用的“二分法”及“三分法”为分析视角

田思路

内容提要:“不完全劳动关系”系指从业者法律身份地位模糊,不足以达到劳动关系构成基准的民事雇佣关系,其法律性质主要以承揽、委托等合同类型呈现。在传统的民法与劳动法的“二分法”模式下,“不完全劳动关系”的从业者处于民法的地位而无法以劳动者身份受到劳动法保护。国际劳工组织(ILO)从“契约劳动”到“雇佣关系的范围”的立法实践表明,在民法与劳动法之间构建第三类法律关系的“三分法”难以成立。“不完全劳动关系”不能也无法适用“三分法”调整,有必要在发展“二分法”的基础上,将这一关系作为特殊的民事承揽、委托关系,尊重当事人的意思自治,结合劳动法的宗旨、目的,重视从属性要素的综合构成,扩大劳动法适用范围,对“不完全劳动关系”从业者提供相对性的法政策保护。

关键词:不完全劳动关系 从属性要素 承揽 委托 国际劳工组织(ILO)

田思路,华东政法大学经济法学院教授。

一 问题的提出

随着新业态的发展,灵活用工越来越成为雇佣(劳动)关系发展的主流,为了对相关从业人员提供劳动法保护,2021年7月我国人力资源社会保障部等八部门共同印发了《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》(下称“《指导意见》”),明确指出平台用工关系存在劳动关系、民事关系以及“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的关系”(下称“不完全劳动关系”)。^[1]在此基础上,人力资源社会

[1] 《人力资源社会保障部 国家发展改革委 交通运输部 应急部 市场监管总局 国家医保局 最高人民法院 全国总工会关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》, http://www.mohrss.gov.cn/xgk2020/fdzdgknr/zcfg/gfxwj/ldgx/202107/t20210722_419091.html, 最近访问时间[2024-03-01]。

保障部 2023 年 11 月制定、2024 年 2 月发布《新就业形态劳动者休息和劳动报酬权益保障指引》《劳动规则公示指引》《劳动者权益维护服务指南》^[2]（下称“两指引一指南”），进一步指导企业依法规范用工以及新就业形态劳动者依法维权。对《指导意见》和“两指引一指南”的理解和落实，需建立在对“不完全劳动关系”的认识和界定的基础之上。而目前国内学界对“不完全劳动关系”存在很大争论，远未达成共识。争论主要集中在两个方面：一方面，关于不完全劳动关系的法律性质。主要有两种观点，一种是“劳动关系说”，认为以平台用工为代表的完全劳动关系具有劳动关系的本质，具有从属性，^[3]“是一种新类型的劳动关系”；^[4]另一种是“民事关系说”，认为不完全劳动关系“在现行法中只能归入民事关系”。^[5]另一方面，关于不完全劳动关系的法律适用，主要存在三种观点：一是“三分法”说，主张以“三分法”或“第三类劳动者”的理论重构劳动法体系；^[6]二是“专门立法说”，主张通过专门立法解决特定问题，如制定“平台工人权益保护专门立法”；^[7]三是“现有立法完善说”，认为无需改变现有法律分类，通过调整完善现有劳动法律机制来解决“不完全劳动关系”的法律适用问题。^[8]而关于“不完全劳动关系”的合同属性以及其与劳动法适用范围和相对性保护的关联性问题，却尚未受到重视和关注。

对于这种“不完全劳动关系”，各国不同称谓，比如“契约劳动关系”“非典型劳动关系”“特殊劳动关系”“不真实劳动关系”“边缘劳动关系”“模糊劳动关系”“灰色地带劳动关系”“中间范围劳动关系”等等，虽然名称不同，但这种从业形态却在各国普遍存在并迅速发展。考虑到这些形态既有雇佣（劳动关系）的性质又有自营的性质，故日本学者称之为“雇佣的个体经营”，^[9]也有学者主张这是一种“不被他人雇佣、也不雇佣他人的形态”。^[10]该问题已经成为国际劳工组织（International Labour Organization, ILO）和各国积极关注和研究的课题之一。

劳动关系的存在与否实质上是适用劳动法还是民法的根本问题，直接决定雇主承担什么样的法律责任。^[11]然而在实践中，区分从属性雇佣劳动还是独立性自营劳动极为困难。从现实状况看，一方面，虽然很多不完全劳动关系的从业者与从属性雇佣劳动者相类似，但因为归入自营业者的范畴而不适用劳动法保护；另一方面，用工企业通过这些合同

[2] 《人力资源社会保障部办公厅关于印发〈新就业形态劳动者休息和劳动报酬权益保障指引〉〈新就业形态劳动者劳动规则公示指引〉〈新就业形态劳动者权益维护服务指南〉的通知》，http://www.mohrss.gov.cn/xxgk2020/fdzdgknr/ldgx_4234/ldyg/202402/t20240222_513849.html，最近访问时间[2024-03-01]。

[3] 参见常凯：《雇佣还是合作，共享经济依赖何种用工关系》，《人力资源》2016年第11期，第38-39页。

[4] 张弓：《新就业形态中“不完全劳动关系”的规制》，《中国社会保障》2021年第12期，第59页。

[5] 沈建峰：《新就业形态不完全劳动关系的定性及法律适用》，《学习与探索》2023年第12期，第60页。

[6] 参见王天玉：《互联网平台用工的“类雇员”解释路径及其规范体系》，《环球法律评论》2020年第3期，第85-100页；陆海娜、陈以恒：《社会权利视角下的平台经济“第三类劳动者”保护》，《人权》2020年第1期，第105-120页。

[7] 谢增毅：《平台用工劳动权益保护的立法进路》，《中外法学》2022年第1期，第104-123页。

[8] 常凯：《平台企业用工关系的性质特点及其法律规制》，《中国法律评论》2021年第4期，第31-42页。

[9] 仁田道夫「典型的雇用と非典型的雇用——日本の経験」社会経済生産性本部「新しい雇用形態の拡大と労働市場制度への影響に関する調査研究報告書」（1999年4月）19頁。

[10] 周燕飛「雇われない、雇われない働き方」日本労働研究雑誌（2005年4月）5-11頁。

[11] 参见郑尚元：《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61页。

形式规避了作为雇主应当承担的安全卫生以及工伤保险等法定义务。我国在 20 世纪末至 21 世纪初,这种规避行为较多出现在“真雇佣假派遣”的形态中,但随着法律对劳务派遣的规制以及新业态的兴起,平台企业更多以承揽、委托等民事合同的形式达到规避法律的目的,导致相关从业者法律保护的缺失。这是上述《指导意见》以及“两指引一指南”出台的背景,也成为本文拟着力分析解决的重点所在。

就研究对象而言,《指导意见》认为“不完全劳动关系”是指从业者法律身份地位弱化,不足以达到劳动关系构成基准的雇佣关系,但企业对其进行了劳动管理。“两指引一指南”则通过对“劳动者”和“企业”加以定义的方式划定“不完全劳动关系”的适用范围,指出“本指引所称新就业形态劳动者,主要指线上接受互联网平台发布的配送、出行、运输、家政服务等工作任务,按照平台要求提供平台网约服务,通过劳动获取劳动报酬的劳动者”,“本指引所称企业是指平台企业和平台用工合作企业”。但劳动者与企业建立的究竟是何种合同关系却并未明确。本文认为,“不完全劳动关系”是在承揽和委托合同基础上,从业者在平台企业的一定管理下提供劳务、获得报酬所形成的权利义务关系。这里所称的“管理”是与“自主”相对的一个概念,^[12]从业者为了他人的业务而提供劳务,由此产生了受他人一定管理的从属关系。虽然这些从业者并不完全具备劳动法上劳动者的性质和地位,但由于在合同订立和实施过程中,其与服务的企业存在一定的不平等性和被管理性,因而二者之间构成一种特殊的民事合同关系。通过法政策的调整,对这些从业者提供一定范围和程度的相对性保护,具有充分的社会法观照的现实需求和理论支持空间。

二 “不完全劳动关系”的合同性质 与传统“二分法”的调整局限

与劳务提供相关的合同类型决定了民事关系与劳动关系的区分以及民法与劳动法的不同适用,这种区分和适用的方式构成了传统的“二分法”模式。而如何认识作为新型关系的“不完全劳动关系”,首先有必要考察其合同类型,即不完全劳动关系是基于何种合同基础产生的,或者说其符合和适用哪一种体现事实关系的合同形式,因为这是对相关从业者提供保护的前提和基础。

(一) 雇佣、承揽、委托合同的区分标准与判定困难

从历史发展来看,与劳务提供相关的典型合同主要有雇佣(劳动关系)、承揽、委托三种形式,对其加以区分主要有三个标准:一是劳动与报酬的交换关系;二是劳动成果是否作为合同的要素;三是劳动者在劳动过程中是否存在独立性或对他人的从属性。虽有上述区分标准,但在具体实践中却常常存在雇佣、承揽、委托合同的判定困难。特别是在平台用工的情况下,几乎所有的合同类型都交错或混同存在。比如居家工作的从业者与平

[12] 类似国内有学者提出的“组织型平台的从业者”。参见董文军:《组织型平台从业者劳动法保护之价值判断》,《法学家》2022年第6期,第73页。

台之间的合同关系,是雇佣劳动关系还是承揽或委托关系,就难以清晰判定。又如以自由工作为目的的合同一般被认为是委托合同,但如果其在固定的工作场所,工作内容通常被特定化以及工作存在继续性时便具有了雇佣劳动的性质,而仅以订单完成量计算报酬标准时又具有了承揽的性质。在对这些情形加以区分和判断时,一方面,劳动过程的“独立性”“从属性”标准出现了相对性和程度之差。比如,网约车司机以承包或委托形式利用自家车为他人从事专属服务,尽管具有独立性,但该他人可以通过明确订单内容或委托事务的形式对工作进行一定的指示,即使进入具体的劳动过程中,他人也可以通过明示或默示的约定,在一定程度上发挥这种指示功能。而在数字时代,平台又可通过算法隐蔽性地强化这种指令的行使,这类似于雇佣劳动情形中雇主指挥权的部分性质。另一方面,作为承揽合同特征的“完成工作”或“交付工作成果”也出现了相对性、模糊性,产生了一次性的“市场型”合同向长期的、继续的“组织型”合同发展的情形。^[13] 比如网约车司机拥有在多个平台接单服务的自由,但一次工作结束后的顾客评价等,常常决定司机的个人业绩积分和下次工作派单的优劣,数据的积累、储存、分析的结果,使上一次工作完成与下一次工作开始之间形成了一定关联,使“完成工作”具有了一定的相对性,同时还使合同具有一定继续性。因此,如果仅从单次工作任务完成的环节来看属于承揽关系,但如果从持续的关联的复次工作任务完成的链条来看,就具有了一定程度的雇佣劳动的继续性特征。

由此,在作为典型民事合同的承揽、委托关系中,便包含了一定的雇佣(劳动)合同的性质和成分,呈现出“不完全劳动关系”的情形。有法官认为,采取专送模式的平台企业与网络配送员之间属于劳动关系,而采取众包模式的平台企业与网络配送员之间属于“不完全劳动关系”。^[14] 这种“不完全劳动关系”除了提供劳动与受领劳动的两方当事人之外,还对第三方用工企业的法律关系带来了影响,换句话说,带来了各当事人之间直接的、实质的权利义务如何认定的问题。^[15] 由于“不完全劳动关系”与劳务提供的民事合同类型存在极强的关联性,属于“民事承揽合同社会化的概括表述”,^[16] 因此,首先应当在传统的“二分法”中从民法的角度寻求法律适用的可能性。当然,也有不同观点认为,“在民事法律中,不完全劳动关系找不到规范依据”。^[17] 但这种观点只是反映了“不完全劳动关系”与传统的民事合同不同,这也从另一个方面说明有考察和区分二者之必要,但不能由此证明其当然意味着可以在劳动法律关系中找到规范依据。

(二) 传统“二分法”及其调整局限

民法与劳动法有着极为密切的渊源,民事合同与劳动合同亦具有类似的内在属性。各国早期的民事立法大都将劳动合同纳入民事合同范畴进行统一调整,“发生劳务提供的债务的典型合同类型,如果被称为‘雇佣’的话,只是基于劳动者与雇主之间缔结的雇

[13] 石田真「企業組織の變動と雇用形態の多様化」法律時報 75 卷 5 号(2003 年)13 頁参照。

[14] 参见张弓:《新就业形态中“不完全劳动关系”的规制》,《中国社会保障》2021 年第 12 期,第 59 页。

[15] 关于三方合同性质的学说,参见田思路:《共享用工:“狭义借调”中的三方合同构成》,《法学》2022 年第 1 期,第 148 页以下。

[16] 参见王天玉:《超越“劳动二分法”:平台用工法律调整的基本立场》,《中国劳动关系学院学报》2020 年第 4 期,第 76-77 页。

[17] 张弓:《新就业形态中“不完全劳动关系”的规制》,《中国社会保障》2021 年第 12 期,第 58 页。

佣合同,由此,劳动者仅对该雇主负有劳务提供之义务。所以,近代的市民法,其雇佣合同是以劳动者与雇主双方当事人之间的合同构成的。^[18] 即使劳动立法开始突破传统民法的框架而独立发展时,也仍然保留了“二分法”的模式,各国的劳动法也是以此为前提构成的。正如日本学者我妻荣所言:雇主享有指挥命令权是雇佣的特色,劳动者作为劳动法的适用对象受到保护,而委托型就业者作为承揽、委托合同的一方当事人成为自主营业者,这样的“二分法”成为支配劳动合同全部领域的规范标准。^[19]

在“二分法”模式下,通过从属性的有无判断劳动关系是否存在,有从属性则作为劳动者适用劳动法,无从属性则作为自主营业者适用民事法。但在数字经济时代,大工业时代的从属劳动发生了极大改变,劳动时间、劳动场所的约束性减弱。尽管存在算法权力控制和技术从属性扩张等问题,^[20]但不可否认,相较于大工业传统劳动关系而言,平台从业者的自主性、独立性在不断增强,也因此劳动关系以外的雇佣形态中,“二分法”的标准越来越难以认定弱从属性从业者的法律地位,而“不完全劳动关系”正是这种情形的反映。有研究表明,“二分法”在考虑近年来合同关系的动态变化上存在难点,这样的“二分法”不能恰当地对应从属劳动关系与自主营业之间广泛灰色地带的“新类型的雇佣”。^[21] 面对劳动形态多元化的发展,如果坚守“二分法”,虽然可以体现法律适用的明确性和稳定性,但却容易导致劳动法适用范围的狭窄和僵化,劳动法保护劳动者的立法目的也难以充分实现。为了克服传统“二分法”的局限,各国和国际劳工组织都在积极探索解决方案,希望通过细化相应构成要件和基准,进一步认识和解决“不完全劳动关系”的问题。

三 国际劳工组织“三分法”的立法挫折 与“二分法”的理念重释

尽管对于“不完全劳动关系”各国存在不同的用语表述,但是其本质属性却并无区别。特别是将实质的劳动关系伪装成承揽、委托等形式的“隐蔽雇佣”(伪装雇佣),成为各国的普遍现象。^[22] 为此,国际劳工组织积极研究和制定相关的公约和建议书,以为成员国提供对这些从业者保护的基准。鉴于“二分法”的局限性,国际劳工组织最初试图在雇佣劳动(劳动关系)与自主劳动(民事关系)的“二分法”之间,定义和构建第三种劳动形态,称之为“契约劳动”(契约劳动关系),以形成所谓的“三分法”,但未能成功。后重释“二分法”的理念,以“雇佣关系(从属性劳动)的范围”为主题进行广泛深入讨论,

[18] 馬渡淳一郎『三者間勞務供給契約の研究』(総合労働研究所,1992年)1-2頁。

[19] 我妻榮『債權各論中卷二』(岩波書店,1962年)532、540、544頁。

[20] 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,第132-150页;田思路、李帛霖:《雇主算法权力:法理构造、内涵特征与规制路径》,《社会科学》2023年第1期,第169-180页。

[21] European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Self-employed Worker: Industrial Relations and Working Conditions, in Mark Freedland & Nicola Kountouris eds., *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford University Press, 2011, pp. 104-119.

[22] 脇田滋『“偽装雇用”克服と“労働者”性判断——ILO2006年“雇用関係”勧告をふまえて』労働法律旬報1634号(2006年10月)6頁。

几经努力,终于制定并通过了《关于雇佣关系的建议书》。^[23]

(一) 契约劳动议案:国际劳工组织“三分法”的立法努力与挫折

对所有劳动者给予保护,是国际劳工组织的核心目标。自 20 世纪 50 年代以来,国际劳工组织所属的石油、服装、运输等产业委员会就多次表达了对承揽等用工形式的忧虑,并通过有关决议为其提供适当的保护措施。^[24] 20 世纪 90 年代以来,随着劳动力市场的发展和雇佣形态的多样化,国际劳工组织开始重点关注灵活就业者缺乏保护的问题,试图在概念界定的基础上构建一个保护框架,将这类人员纳入其中。1993 年开始,国际劳工组织以“契约劳动”(contract labour)为主题进行研究,并成立了“契约劳动委员会”,在对 20 个国家进行调查论证的基础上着手制定国际基准。然而,引入“契约劳动”的概念在“二分法”之外产生了一个既不是雇员也不是独立承包人的“第三范围”,引发了激烈争论。一些国家的政府代表担心这样一来原本的劳动关系会被雇主视为第三范围的“契约劳动关系”,指出新的文书不应创建一个与一般劳动者相比减少了保护的新的劳动者类别。^[25] 因此,会议经过长时间审议未能达成合意,制定《契约劳动的议案》受到挫折。

国际劳工组织持续进行相关立法努力,作为特例在 1998 年第 86 届国际劳工大会上再次提交审议《契约劳动的议案》,将“契约劳动”定义为:“‘契约劳动’是指‘个人’(称为‘契约劳动者’)为了自然人或法人(称为‘用工企业’)而从事劳动,该劳动由契约劳动者个人在实际依附或从属于用工企业的条件下从事。这些条件与国内法律和惯例规定的雇佣关系(劳动关系)的特征相似,并且有以下两种情况之一:工作是根据契约劳动者与用工企业之间除劳动合同以外的直接合同安排进行的;或契约劳动者是由分包商或中介提供给用工企业的。”^[26] 但大会经过激烈讨论,仍不接受“契约劳动”的概念,认为以“实际依附或从属”以及“雇佣关系的特征相似”为由,扩大劳动者保护范围,而不考虑雇佣与承揽、委托等合同类型,是不可能做到的,容易造成雇主概念和劳动者概念的任意或强行扩大。另外,国际劳工组织“契约劳动”的概念对象既包含农业、林业、建筑业、制造业等传统行业,也包含现代的远程劳动,既包含个人承包,又包含劳务派遣,其范围十分广泛,与各国复杂的法律状况存在很大不同,成员国难以达成共识,致使该议案再次流产。

国际劳工组织大会在 1997 年和 1998 年两次讨论契约劳动者保护问题,终因“契约劳动”概念的定义困难以及劳资双方激烈对抗等原因,未能达成一致。在雇佣劳动与自主劳动之间建立“契约劳动”,进而在劳动关系与民事关系之间建立“契约劳动关系”以形成“三分法”的立法努力终未成功。

[23] R198 - Employment Relationship Recommendation, 2006 (No. 198), https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312535, 最近访问时间[2024-03-01]。

[24] Resolution (No. 44) Concerning Conditions of Employment of Contract Labour in the Petroleum Industry (Fifth Session, Caracas, April-May 1955 and Geneva, April 1956), Conclusion (No. 65) Concerning Social Problems of Contract, Subcontract and Casual Labour in the Petroleum Industry (Eighth Session, Geneva, April 1973)。

[25] 这些国家包括智利、丹麦、法国、匈牙利、日本、挪威、瑞典、瑞士、叙利亚、委内瑞拉等。International Labour Conference, Provisional Record, 85 Session, 1997, Report of the Committee on Contract Labour, para. 30。

[26] ILO, Report V (2B) Contract Labour (Fifth Item on the Agenda), <https://webapps.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc86/rep-v2b.htm>, 最近访问时间[2024-03-01]。

(二) 雇佣关系的范围:国际劳工组织“二分法”的理念发展

劳动是围绕雇佣的有偿服务合同进行的,对上述从业形态以“契约劳动”的用语来概括显然不够明确,并且与这种劳动相关的合同就要说成“契约(合同)劳动的合同”,这更令人费解。由于不能解决“契约劳动”概念不清、界限不明的问题,国际劳工组织被迫放弃了构建“三分法”的努力而回归“二分法”的视角,并以“雇佣关系”这一被各国熟悉并能够涵盖上述“中间范围”从业者的概念,重新讨论制定相关国际基准的可能性。而有关“雇佣关系”的讨论不是如“契约劳动”那样力图确定一个固定的具有“三分法”性质的框架,而是重新理解和调适“二分法”,综合各国的国内法、判例和惯例所形成的判断标准,通过抽象和提炼,形成一般性的雇佣关系的范围和判断标准。这个范围和标准是相对的、变化的,也是各国结合自身劳动力市场的发展状况可以灵活调适的。因此,这不只是从“契约劳动”到“雇佣关系”的用语改变,更重要的是反映出国际劳工组织放弃了“三分法”,通过重释“二分法”以保护“中间范围”从业者的立法理念和保护方式的转变。

2003年国际劳工组织大会以“雇佣关系的范围”为议题,围绕有关隐蔽的雇佣关系,客观上不明确的雇佣关系以及承揽、委托等三角雇佣关系进行讨论,认为应探讨国际政策以应对这些不断增加的从业者缺失保护的问题。但由于法律不明确或适用范围不适当,雇佣(劳动)关系被伪装为民事、商事关系,雇佣(劳动)关系模糊,劳动者如果是事实上的雇员而谁是雇主并不能明确等问题的争议,国际劳工组织通过相应国际基准的愿望再次搁浅。2006年5月至6月,在第95届国际劳工大会上提交讨论了《关于雇佣关系的拟定建议书》[报告五(2B)](下称“《建议书》”)。劳资双方激烈论争,在“隐蔽的雇佣关系的定义”和“雇佣关系存在的判断标准”问题上严重对立,资方甚至退出审议以示反对,最后大会经过投票表决,艰难获得三分之二以上多数赞成,终使《建议书》获得通过。^[27]

(三)《建议书》关于雇佣关系存在之判定标准

《建议书》强调保护相关从业者的法政策,明确了在劳动关系认定中不论合同形式如何都要坚持“事实第一”的原则,并综合性地提出了关于雇佣(劳动)关系存在的具体判断标准。这些标准包括两大部分共14项具体指标。第一部分主要是人格从属性的标准,包括在他人指示和统管下劳动;劳动者被统合到企业组织中;专属于或主要为他人的利益而劳动;由劳动者本人提供劳动;在合同对方当事人要求下,于特定的劳动时间或特定的场所劳动;在特定期限或一定期限内,从事继续性劳动;在合同对方当事人要求下,劳动者处于待命状态;合同对方当事人提供劳动所需的工具、材料、机械。第二部分主要是经济从属性的标准,包括对劳动者定期支付报酬;该报酬是劳动者唯一或主要的收入来源;支付劳动者的餐费、住宿、交通工具或与此相当的费用;保障劳动者周休、年休的权利;合同对方当事人提供为了劳动而发生的交通费;从业者不负担财政上的风险。这些判断标准扩大了以前仅限于合同形式、工资支付等的狭小范围,而且强调如果存在一个或多个关联性指标,则可推定劳动关系存在。并且,有关部门事前经过与工会协议,可以制定独立的判

[27] R198 - Employment Relationship Recommendation, 2006 (No. 198), https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312535, 最近访问时间[2024-03-01]。

断标准。^[28] 国际劳工组织希望通过这些标准的综合运用,实现对雇佣(劳动)关系有无的判断,以解决隐蔽的、三角的雇佣(劳动)关系下的雇员保护问题。

综上所述,国际劳工组织最先试图构建“三分法”的模式,将上述劳务提供者统一纳入“契约劳动”的法律框架内,但由于“契约劳动”概念不明确,无法制定出劳动者与自主营业者之间“一分为三”的范围和区分标准,被指“定义第三领域存在困难”。^[29] 《建议书》的通过则是“两分法”的回归与重释的结果,国外学者认为,“特别应该注目的是,该建议书以将劳务提供者二分为劳动者和自主营业者为基本,……整体上是基于两分论”,其“排除了‘第三范围’论,明确以二分法为志向”。^[30] 并且,在“二分法”的基础上,进一步克服了传统形态的固定僵化,将“中间状态”的从业者作相对的、变化的理解,提供了劳动法弹性适用的空间,回避了之前关于“契约劳动”的争论。我国亦通过了该《建议书》,其对 2008 年《劳动合同法》的制定和 2012 年修法中对劳务派遣等进行立法规制产生了积极的影响。

四 “二分法”基础上从业者的相对性保护

承揽、委托等合同是典型的民事合同,但在合同当事人存在一定的不平等性和劳动组织管理时,就具有了一定的作为雇佣劳动的从属性,故产生了对相关从业者保护之必要。面对复杂的“不完全劳动关系”问题,我国需积极借鉴吸收国际劳工组织的立法经验,理性而审慎地探索符合国情的解决路径。在法律适用和调整方式上,是重构一套新的系统,还是在原有基础上发展和完善?是分别制定相关的单行法,还是纳入劳动法典的体系中统一调整?对此,有学者指出,“立法保持谦抑可能要比激进更为稳妥,适度修改扩大劳动法与社会保障法的适用范围,而不是另起炉灶重构劳动法律制度体系与逻辑,可能更为明智,这也是目前学界的主流观点与大致‘共识’。”^[31] 笔者亦对此赞同,并进一步认为,就保护的基本方向和法律适用而言,有必要在从属性理论创新发展基础上扩大劳动法保护范围,将具有一定从属和管理性质的“不完全劳动关系”置于劳动关系认定体系中进行判断,对于符合认定标准的按照劳动关系进行保护,对于不完全符合劳动关系标准的,基于否定“三分法”和重释“二分法”的认识,将其作为特殊的民事关系,通过法政策的制定、调整 and 对应,为相关从业者提供一定范围和程度的“相对性”保护。

(一)“不完全劳动关系”须在劳动关系认定体系中综合判断

从法理上来说,劳动保护的存在源于劳动者的从属性。面对劳动关系的复杂多变,如何在克服“二分法”困境的基础上对“不完全劳动关系”的从业者给予一定保护,仍然需要

[28] R198 - Employment Relationship Recommendation, 2006 (No. 198), https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312535, 最近访问时间[2024-03-01]。

[29] 参见[日]镰田耕一:《个人外包、业务委托型就业者的法政策——民事法与劳动法之间的“契约劳动者”的保护》,田思路译,《中国劳动》2016年第22期,第4-14页。

[30] 脇田滋「“伪装雇用”克服と“労働者”性判断——ILO2006年“雇用関係”勧告をふまえて」労働法律旬報1634号(2006年10月)8、15頁。

[31] 秦国荣:《网约车平台用工的法律逻辑——基于英美等国法院对Uber司机案裁判的研究》,《南大法学》2024年第1期,第73页。

以从属性标准加以考量,从属性理论的解释空间并没有完全穷尽。^[32] 考察我国关于劳动关系认定的具体规定,可举要三种:

一是 2005 年我国对国际劳工组织关于上述《建议书》的调查的答复。对于上述国际劳工组织关于雇佣关系建议书的调查,我国作了积极答复。这是目前可查的我国最早对该问题的政府态度,但遗憾的是国内对此鲜有论及。在对该调查的答复中,我国认为由于以下原因,有时难以确定一种劳动关系的存在。“劳动关系的立法范围较窄以及法律规定不具体是隐蔽或欺诈性雇佣关系存在的主要原因”;“劳动关系与民事合同中的劳务关系具有相同点,为雇主规避劳动法的义务提供了可能性”;“在劳务派遣和工程承包等商事行为中,雇佣关系也带有隐蔽性”;由于“很难确定谁是雇主,也就无法明确谁对劳动者承担劳动法上的义务”。确定劳动关系的存在要依据“事实第一”的原则,“这是在立法和司法活动中必须坚持的原则”。关于劳动关系的认定,“应该对劳动关系的存在做实质性的描述”,一种劳动关系的存在“应以法律的形式做出规定,以司法解释或法院判例加以完善”。构成劳动关系的基本要素有“从属关系、在受益人控制下工作、获得劳动报酬、提供劳动工具等”,“如果具备其中一项要素,应认定存在劳动关系”。^[33]

从上述答复内容可见,我国对劳动关系认定困难的原因有清晰明确的认知,判断劳动关系的存在要根据“事实第一的原则”以及“做实质性的描述”也符合国际主流观点。特别是,该答复提出了判断劳动关系的四个基本要素,即从属关系、在受益人控制下工作、获得劳动报酬、提供劳动工具,这是非常值得肯定的。当然判断要素的体系和内容还需要进一步完善,比如这些要素的层次还不够清晰,因为判断劳动关系的存在就是要认定从属关系,将从属关系作为判断劳动关系存在的要素缺乏实质意义,后三项才是具体判断要素的表述;又如这些判断要素还比较单一,与最终审议通过的《建议书》中 14 个判断标准相比,还不够充实和细化;再如,这种劳动关系的判断应当基于要素体系进行综合性判断,不能认为存在其中一种要素就可以认定劳动关系的存在。

二是 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)^[34](下称“《通知》”)的规定。《通知》规定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。一是用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格;二是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;三是劳动者提供的劳动是用人单位的业务组成部分。

《通知》与上述对国际劳工组织的调查答复几乎同时形成,虽然角度有所不同,但比较两者关于劳动关系判断要素的异同,仍颇具启发意义。一是两者均主张“劳动报酬”,这是十分重要的,当然该报酬应与劳动力提供具有对价性,因为在承揽情形下由于自行承

[32] 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,第 1546-1569 页。

[33] 《雇佣关系》[报告五(2A)]中文版, <https://www.ilo.org/public/chinese/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-2a.pdf>, 最近访问时间[2024-03-01]。

[34] 《关于确立劳动关系有关事项的通知》, http://www.mohrss.gov.cn/xgk2020/fdzdgknr/zcfg/gfxwj/ldgx/201407/t20140717_136260.html, 最近访问时间[2024-03-01]。

担风险,所以报酬并不确定,委托的情形下可为有酬也可为无酬;二是调查答复提出“在受益人控制下工作”,《通知》则细化为“规章制度”“劳动管理”“业务组成部分”,此为《通知》的可取之处;三是调查答复有“劳动工具”一项,《通知》则没有,显然这一因素不应忽视;四是调查答复认为根据其中一项要素就可以判断劳动关系的存在,《通知》没有该表述,应理解为需要综合判断,这也是值得肯定的。

《通知》被普遍认为完整提出了劳动关系判断的三大从属性标准,即人格、经济、组织从属性标准,这无疑具有重要意义。但就行文来看,仍存在逻辑上的瑕疵。因为上述情形中的“规章制度”“劳动管理”被认为是人格从属性,“有报酬的劳动”是经济从属性,两个从属性之间是并列关系。而“业务组成部分”是组织从属性(与人格从属性的法律性质更类似和接近,甚至可归于人格从属性)。由于《通知》并没有将三个从属性分层次列之,因此行文时是否就已经考虑到以三个从属性为要素表达,从这种行文层次看并不清晰。但无论如何,《通知》在理论和实务界至今都成为判断劳动关系存在的重要参考依据,其积极作用值得肯定。

三是 2022 年《最高人民法院关于为稳定就业提供司法服务和保障的意见》^[35](下称“《意见》”)的规定。《意见》对依法合理认定新就业形态的劳动关系提出了具体认定标准,即“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、工作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”。特别是明确提出必须“综合考虑”劳动者的“自主决定程度”和“受管理控制程度”,这是在非此即彼的“二分法”基础上的突破和发展,而“劳动者能否决定或者改变交易价格”是重视经济从属性要素的重要体现。该《意见》符合劳动关系认定的发展趋势,相信在今后司法实践中会得到更多重视。

从以上发展不难看出,我国对劳动关系认定依据“事实第一”的原则,不断细化和完善认定体系和标准,这是值得充分肯定的。然而,面对劳动关系复杂化、隐蔽化、模糊化的现实状况,需要创新发展从属性理论。比如在“不完全劳动关系”中,不应以人格从属性为唯一核心标准,而应更加重视经济从属性的作用,以判断和识别数字经济下隐蔽的劳动关系。笔者在此强调的重点不在于如何制定具体的劳动关系判断标准,而在于通过梳理从属性标准的演变,把握从属性要素的丰富内涵以及注重对其综合理解和运用,从而为“不完全劳动关系”从业者提供劳动法适用的可能性。但仍需指出,这并不意味着劳动关系的泛化,而是将应受到保护的不完全劳动关系从业者纳入保护范围,或者说这些从业者原本就应在保护范围内却被雇主以民事承揽、委托等合同形式排除在外。

(二)“三分法”的否定与“二分法”的创新发展

1. “不完全劳动关系”不等同于“三分法”

《指导意见》对第三种关系的完整表述是“不完全符合劳动关系的情形”。就“情形”

[35] 《最高人民法院关于为稳定就业提供司法服务和保障的意见》, <https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/384301.html>, 最近访问时间[2024-03-01]。

的语义而言,其表述的是一种情境或形态,是可以流动和调整的“量”的范围,而非在“二分法”之间形成相对独立的“三分法”的“质”的改变。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。“一个类型在其个别表现形式上可能具有不同特征,可能经历不同变换,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而转换成另外一个类型”,“对于新就业形态领域的法律关系,劳动关系、民事关系、不完全劳动关系都是在类型序列中展开的现象”。^[36]应当认为,这种在类型序列中的流动性的现象,符合该“情形”之语义,该“情形”仍处在民事关系的延长线上,或可理解为,不完全劳动关系处于这样一种情形,即相对于民事关系多了一些从属性(特别是经济从属性)的要素,而相对于劳动关系又缺失了一些从属性(特别是人格从属性)要素。这种复合的或混同的情形,处于一种相对的、变化的、流动的状态,而不是如国内有学者主张的那样“开启了我国劳动法律框架的三分法转型”,^[37]甚至认为“开创了平台用工关系‘三分法’的新时代”。^[38]这是因为,“分”须有“界”,而“界”则要求有“质”的定性,但“三分法”无法对这种法律关系作出清晰界定。更不是如有的学者所言“不完全符合确立劳动关系情形”属于创造“类劳动者”的新类型。^[39]“类劳动者”即“类雇员”理论源于德国,有必要强调指出的是,德国的“类雇员”(arbeitnehmerähnliche Person)概念早在1923年就由梅尔斯巴赫(Erich Melsbach)在《德国劳动法》一书中提出,^[40]相关讨论由来已久。2017年增订《德国民法典》第611a条明文规定“人格从属性”为劳动合同的特征,不以经济从属性为必要因素,仅具经济从属性的“类雇员”不被认定为具有劳动关系,其实质上是民事关系,“不具完全独立的法律地位,属于自雇者的下位类型”。^[41]这种规定原本是防止雇主通过假外包、假承揽的方式将具有劳动关系的雇员变成“类雇员”,在降低成本的利益驱动下使大量劳动者处于劳动法保护之外。有学者指出,德国法上的“类雇员”定义亦属复杂,判断其身份的难度并不亚于劳工身份的认定。而在规定有“类雇员”这种第三类雇员的国家,例如意大利、英国的经验也显示,法律上引入中间类别的“类雇员”以后,从业者要获得劳动者的身份较以往更为困难。^[42]有学者参考各国相关立法模式后认为,由于“中间类型劳动者”经济收入比例的认定较为困难,应进一步思考适宜的认定方式。^[43]日本学者在20世纪末、21世纪初也曾积极主张对“第三范围”从业者进行立法保护,^[44]但由于劳动

[36] 沈建峰:《新就业形态不完全劳动关系的定性 with 法律适用》,《学习与探索》2023年第12期,第59页。

[37] 参见王天玉:《56号文开启“劳动三分法”时代》,《法治日报》2021年7月28日第05版;王天玉:《平台骑手致第三人损害的外观主义归责》,《中国应用法学》2021年第4期,第48-61页。

[38] 杨晖:《平台用工三分法的实现路径:争议与抉择》,《中国应用法学》2023年第2期,第157页。

[39] 李志锴:《组织行为视角下互联网平台劳动关系从属性展开的新进路》,《河北法学》2022年第2期,第112页。

[40] Melsbach, Deutsches Arbeitsrecht: Zu seiner Neuordnung, 1923, S. 24.

[41] 吴勇:《法政策学视阈下“不完全劳动关系”性质辨思》,《云南社会科学》2023年第5期,第71页。

[42] 参见邱羽凡:《自立作业者之劳动保护与“准劳工”立法之初步分析——以德国法为参考》,我国台湾地区《月旦法学杂志》2021年第7期,第43页、37页。

[43] 参见李健鸿:《零工经济的因应途径:德国、意大利、西班牙的“中间类型劳动者”制度分析》,我国台湾地区《台湾劳工季刊》2019年第59期,第27页。

[44] 柳屋孝安「非労働者と労働者概念」日本労働法学会編『講座 21世紀の労働法(1) 21世紀労働法の展望』(有斐閣,2000年)145頁;柳屋孝安「現代労働法と労働者概念」(信山社,2005年)410頁以下;鎌田耕一編『契約労働の研究——アウトソーシングの労働問題』(多賀出版,2001年)125頁以下参照。

者概念外延无法界定而引发了强烈质疑。^[45] 至今,日本的劳动立法、修法理念仍然坚持以“二分法”为基础,对是否存在劳动关系的司法裁判也坚持依从属性标准进行审慎判断。

毋庸讳言,上述我国学者所主张和论证的“三分法”与《指导意见》所提出的不完全符合劳动关系的“情形”是完全不同的问题,二者也并非形成“互属”或“互证”的关系。即使为同一问题,前述国际劳工组织“契约劳动”的立法实践也证明了这种理论构成方式的不可行,而且全球范围不多的立法经验也已经反映出该类型设立标准的复杂与实践判定的艰难。^[46] 这些委托、承揽、劳务、服务等民事合同类型,不存在统一的构成要件,也不存在统一的法律后果。^[47] 正因如此,主张将“不完全劳动关系”通过“三分法”调整的观点缺乏充分的法理根据和实践可能。

2. “二分法”的创新发展

在无法有效实现对不完全劳动关系法律保护的现实情形下,由于“三分法”的界定以及对“类雇员”的身份认定更为困难,为了使具有一定从属、管理关系的从业者适用劳动法的部分保护,有必要克服传统“二分法”的僵化和局限,重释“二分法”的理念,即考虑“不完全劳动关系”存在一定的从属性特征,将其作为民事承揽、委托的特殊形态,在法政策上拓展劳动关系适用的解释空间。这样对于既有的劳动保护制度变动较少,便于操作,保护程度亦可根据社会经济发展状况适时调整。在关于“不完全劳动关系”性质的争论中,有学者深刻指出:“《指导意见》在从属性劳动与独立性劳动的二分原则基础上,仅从法政策层面剥离出一个具有过渡性的中间地带。不完全劳动关系并没有独立的性质,仍属平等主体之间的民事劳务法律关系,但同时兼具社会化的外延特征。”^[48] 该观点既着眼于法政策层面的理解,又强调这种“中间地带”的过渡性质;既明确该情形的民事关系属性,又关照“二分法”基础上社会化的外延特征。这种认识论方法是值得充分肯定的。从法政策层面对这种“过渡性”和“外延特征”进行把握,可以考虑在“二分法”基础上,通过解释论的方法,为“不完全劳动关系”的从业者提供一定范围和程度的劳动法保护。

(三)从业者的相对性保护

在各种劳务提供的合同类型中,雇佣(劳动)合同具有举足轻重的地位,它是产业革命以来大工业发展的产物。而在数字经济时代,适应工厂制大规模、集团化生产的雇佣(劳动)合同的重要性在下降,“去工业化”必然带来“去雇佣化”,劳动法适用对象的范围缩小渐成趋势。当前,“不完全劳动关系”作为劳动力市场发展的产物,其从业者是否适用以及如何适用劳动法?对于这一根本性问题,有必要借鉴上述国际劳工组织《建议书》的立法理念和方式,在坚持和发展“二分法”的基础上,以“相对性保护”为理念,探索“不完全劳动关系”的从业者适用劳动法的可能性。这种相对性保护不是划定在“三分法”或“中间范畴”中的保护,也不是在非此即彼的僵化的“二分法”下的保护,而是从民法的承揽、委托关系向劳动关系谱系渐进中的保护,是在更为开放、弹性、流动、可适用的“二分

[45] 島田陽一「雇用類似の勞務供給契約と労働法に関する覚書」西村健一郎ほか編『新時代の労働契約法理論』(信山社,2003年)67頁参照。

[46] 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92-95页。

[47] 参见沈建峰:《新就业形态不完全劳动关系的定性及法律适用》,《学习与探索》2023年第12期,第57页。

[48] 吴勇:《法政策学视阈下“不完全劳动关系”性质辨思》,《云南社会科学》2023年第5期,第70页。

法”理念下对具有部分从属性的特殊民事关系的一定程度的保护。结合本文关于“不完全劳动关系”的合同属性以及与劳动法适用范围和相对性保护的关联性认识,在此重点强调“相对性保护”的三个基本方面。

1. 相对性保护以合同当事人的意思为基础

相对性保护要根据合同当事人的意思,判断该从业者是否适用劳动法以及受保护的程度,并将其作为法政策的基础。比如2016年我国交通运输部等六部委公布实施的《网络预约出租汽车服务管理暂行办法》第18条规定,网约车平台公司“根据工作时长、服务频次等特点,与驾驶员签订多种形式的劳动合同或者协议”,^[49]该规定就明确体现了依合意来确定合同(协议)形式的基本导向。“两指引一指南”针对新业态的特点,提出劳动者的工作时间包括必要的在线等待、服务准备、生理需求等的“宽放时间”,该“宽放时间”由企业或工会或劳动者“平等协商合理确定”,关于劳动报酬规制也要求企业与工会或劳动者“平等协商确定”等等,这些都体现了合意的基本要求。

在具体实践中,尊重合同当事人的意思需要注意把握以下方面:第一,须以客观合理的理由证明该合意为自由合意、真实合意。特别要考虑到从业者相对于雇主在订立合同时的弱势地位,防止按照雇主单方意旨和格式条款对用工形式和劳动条件的被迫“合意”。如果合意为真实的承揽、委托等民事合同,则按照民事关系处理;如果合意将事实上的雇佣合同伪装成承揽、委托合同,即“不真实合意”,则以“事实第一原则”按照劳动关系处理;如果合意为承揽、委托合同,但或多或少存在雇主指挥命令权的行使,则可以实行相对性保护。第二,要以客观事实证明,该真实意思不只是与特定法律规定的适用相关,而是与雇佣关系法的全部适用相关。也就是说,这种相对性的保护不是选择性保护,也不是零散的、个别的保护,而是制度化、体系化的保护。第三,该真实合意的内容不得违反法律或可能产生规避法律意图的效果。比如合意放弃社会保险缴纳,即为违反法律强制性规定而无效,此情形下,“相对性”保护亦无从谈起。第四,在真实合意基础上的合同履行,须强调“禁止反言原则”,即合同的一方当事人主张放弃合同中的某种权利,则不得再向对方主张这种权利,特别是不能以重复获利为目的。比如当事人合意为民事合同,获得了相应的税制优惠,后又主张为劳动合同以享有社会保险待遇,这是不被允许的。当然,对于存在重大误解和显示公平的情形除外。

2. 相对性保护与劳动立法的宗旨、目的相关联

相关法律关系是否落入劳动法适用范围,并非该当事人是不是“劳动者”的问题,而是对照立法宗旨和目的,该当事人是否应当被认定为“劳动者”以及是否应当受到保护的问题。因此,对于不完全劳动关系的情形,可以根据每一个具体劳动法律的宗旨和目的,决定与相对性保护有关的法律适用范围。比如,有学者提出在“甄别和规范隐蔽性雇佣的基础上,以劳动权的具体化扩展作为基本思路”,^[50]就不失为值得重视的方法。再如,在劳动基准、解雇保护等方面,应当以对当事人产生的影响为中心进行判断,因此在从属

[49] 《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》, https://www.gov.cn/xinwen/2016-07/28/content_5095584.htm, 最近访问时间[2024-03-01]。

[50] 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79页。

关系的判断中,即使人格从属性要素不充分,只要存在经济从属性,也可以相对性地适用劳动法。^[51] 比如日本《劳动基准法》(*Labor Standards Act*)与《劳动组合法》(*Labor Union Act*)基于不同的立法目的对“劳动者”概念作不同的规定,《劳动基准法》规定的劳动者是“不论其从事何种职业,在职场使用并被支付工资者”,而《劳动组合法》上的劳动者是指“以工资、报酬和相当于此的收入为生活的人”。显然,由于《劳动组合法》没有“被使用”的规定,所以劳动者的范围更广,对从业者团结权的保障也就更充分。我国 2021 年《工会法》(修订)第 3 条增加了一款规定,明确了新就业形态劳动者参加和组织工会的权利,也是从工会法保护职工权益的立法目的出发的。此外,“两指引一指南”对平台劳动者的“工作时间和休息”“劳动报酬”“劳动规则”“维权服务”等方面作了规定,特别是其中适用最低小时工资标准等的规定,是对劳动立法宗旨、目的的具体体现,颇具实质性意义。

3. 相对性保护以从属性程度为区分

不论大陆法系还是英美法系,从属性或依附性的一般表征所反映的劳动法的本质是相同的。^[52] 日本有学者认为“劳动从属性具有强弱、深浅、广狭之分”,^[53] 笔者也强调在复杂多样的劳动关系中,通过使用从属性的强弱对劳动关系的适用范围加以区分,对当事人的法律责任加以明确等方法实现对非典型劳动者的多元化保护,方能达致劳动关系自治与管制、弹性与安全之间的平衡。《指导意见》提出的“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的关系”,该“劳动管理”应理解为并非“常规管理”,从业者仍存在一定的自主性。有劳动关系就一定存在劳动管理,但有劳动管理不一定必然为劳动关系。如上所述,承揽、委托等合同情形也存在一定的劳动管理行为,但不一定都属于劳动关系的范围。事实上,在民事关系与劳动关系之间存在从属性(管理性)从弱到强的谱系,因此需要根据从属性的标准(要素)给予相关从业者相对性的保护,这也是笔者将其视为特殊民事合同的原因。这种相对性保护不是与“劳动者”实行完全相同的保护,而是在必要的范围、对必要的事项的保护。正如学者所言,“应将形式上的、实质上的劳动者向核心劳动者概念的周边部分(所谓‘灰色地带’)扩张。与全面适用劳动法的核心部分相比,周边部分的适用,是指由雇主与劳动者的关系性质产生的有必要补强的薄弱部分的适用”。^[54] 我国“两指引一指南”明确了“新就业形态劳动者在法定节假日工作的,企业应向劳动者支付高于正常工作时间劳动报酬的合理报酬”,该规定在《指导意见》中也有所规定,但对于这部分报酬的支付,《指导意见》的表述是“督促企业”支付,而“两指引一指南”则为“企业应当”支付,弱化了行政管制的色彩,进一步明确了企业的主体责任。这里既强调了“高于平常”的保护,又在程度上以“合理”为区分,没有强制按照劳动合同法规定的“二倍工资”“三倍工资”等的支付标准,体现了相对性保护的法政策的理念。

近年来,学者研究表明,我国现已初步达成以从属性理论为标尺界定劳动关系的共

[51] 国内学者通过统计测量方法得出的分析结论认为,“对新就业形态劳动者的保护应该主要基于其经济依赖性”。参见涂伟、王文珍、王雪玉:《谁是我国的第三类劳动者?基于从属性特征的类型学及其工作条件组间差异分析》,《中国人力资源开发》2023 年第 2 期,第 83 页。

[52] 参见李海明:《论劳动法上的劳动者》,《清华法学》2011 年第 2 期,第 125-126 页。

[53] 下井隆史『労働契約法の理論』(有斐閣,1980 年)9 頁。

[54] 西谷敏等『転換期労働法の課題』(矢部恒夫執筆部分)(旬報社,2003 年)323 頁。

识。^[55] 但当前对新业态从业者的法律适用也有两种偏颇的观点,一种主张认为,强调从属性就意味着否认劳资双方的合意,将本有的一定的从属关系完全归于民事关系,这种观点无视“假派遣”“假外包”的大量存在,容易诱导雇主以所谓的“合意”逃脱法定责任。另一种主张则不问从属性的有无,将平台从业者都纳入劳动法保护范围,甚至认为“过度强调从属性反而限制劳动者争取更多权利与自由”。^[56] 须知从属性是由劳动关系的特殊性质产生的,是劳动者保护的前提,而非劳动者失去保护的结果。这种主张“还有可能使部分独立承包商通过恶意寻租的方式来获得其不应当获得的保障”。^[57] 上述两种观点,不论是从从业者被雇佣而不适用劳动法的“去劳动关系化”主张,还是从业者没有被雇佣而仍适用劳动法的“泛劳动关系化”主张,都会导致从属关系认定标准的崩溃,带来雇主和劳动者概念的混乱。当前,就我国平台企业大量将劳动合同改造或伪装为外包、承揽合同使从业者权益受到损害的严峻现实而言,前一种主张更值得警惕。当前学界亟需排除干扰,回归从属性理论常识,为“相对性保护”提供有价值的理论解释。

总之,无论如何,必须正视数字社会劳动力市场的巨大变化,今后随着就业形态的多元发展,承揽、委托等当事人的合同性质会更加混合交错,对此,我们不应该使法律关系的调整仅限于部分劳动者(从业者),有必要将劳动法适用范围适当扩大,这是对不完全劳动关系从业者保护的法政策实现路径,也是防止雇主逃避法律责任而在雇佣上实行“去劳动关系化”进而实现“去劳动者化”的有效手段。

五 结语

“不完全劳动关系”是由劳动合同之外的合同形式引发的,从业者主要是基于承揽、委托合同,为用工企业提供劳务或服务,与用工企业存在类似于劳动关系的经济从属。在数字时代,劳动形态的多样化、劳动关系的复杂化、劳动管理的隐蔽化将越来越成为新的趋势。“不完全劳动关系”的法律适用在传统的“二分法”中存在局限,而“三分法”又难以构造,当前劳动法正面临极大的挑战和发展路径的选择。不可否认的是,从既往判例来看,合同关系是否适用于某一个劳动法律有时会成为深刻的解释问题。^[58] 特别是平台经济下劳动力市场的结构变化,造成了法律的缺欠或制度上的不完备,使这些从业者与存在劳动关系的劳动者相比处于明显不利的法律地位。因此,将“不完全劳动关系”作为特殊承揽、委托关系给予相对性保护是十分必要的。而结合《指导意见》和“两指引一指南”的规定,综合考虑各个具体劳动法规的立法宗旨和目的,以决定“不完全劳动关系”的劳动法适用范围、标准和内容等,是值得我们进一步深入思考和研究的法政策课题。

[本文为作者主持的2023年度华东政法大学习近平法治思想研究重点课题“支持和规范发展新就业形态研究”(HZ05)的研究成果。]

[55] 参见吴勇:《法政策学视阈下“不完全劳动关系”性质辨思》,《云南社会科学》2023年第5期,第71页。

[56] 李志镔:《组织行为视角下互联网平台劳动关系从属性展开的新进路》,《河北法学》2022年第2期,第108页。

[57] Mark R. Warner, Asking Tough Questions about the Gig Economy, *Washington Post*, 18 June 2018.

[58] 幾代通=広中俊雄『新版注釈民法(16)』(有斐閣,1989年)6頁参照。

The Contractual Nature of “Incomplete Labor Relationship” and the Relative Protection of Workers— From the Analytical Perspective of the “Dichotomy” and “Trichotomy” of Law Application

[Abstract] With the development of new forms of employment, flexible employment has increasingly become the mainstream in the development of employment. To provide labor protection for the relevant workers, the Ministry of Human Resources and Social Security has issued the Guiding Opinions on Safeguarding the Labor and Social Security Rights and Interests of Workers in New Forms of Employment, which point out that platform work involves employment relationships, civil relationships, and relationships which “does not completely fall under the circumstances for establishing employment relations, but in which an enterprise carries out labor management of workers”. “Incomplete labor relationship” refers to the civil contract relationship in which the legal status of the worker is vague to the extent that it does not meet the criteria for constituting an employment relationship. At present, there is a great controversy over the nature of “incomplete labor relationship” in Chinese academic circles and a consensus is far from being reached. The legal nature of “incomplete labor relationships” is mainly presented in contract types such as contracting and commissioning. Under the traditional dichotomy between civil law and labor law, workers in “incomplete labor relationships” are contractors under civil law and cannot be protected by labor law as employees. On the basis of adhering to and developing the “dichotomy” of the application of law, China should draw on the legislative ideas and methods in the Employment Relationship Recommendation of International Labour Organization (ILO) and explore the possibility of applying labor law to “incomplete labor relations” with the concept of “relative protection”. Relative protection should be based on the will of parties of contracts so that a judgment can be made on whether the labor law applies to the workers and the degree of protection, and the judgment can be taken as the basis of legal policy. Relative protection is related to the purposes and objectives of labor legislation and is based on the degree of subordination of workers. China must face up to the great changes in the labor market of the digital society. In the future, with the diversified development of the employment pattern, the nature of contracts of the parties such as contracting and commissioning will become more mixed and intertwined. In view of this development, China should expand the scope of the application of the labor law, so as to realize the legal policy of the protection of workers in incomplete labor relations and also effectively prevent employers from evading their legal responsibilities by the misclassification of employment status of workers.

(责任编辑:姚 佳)