

## 分享经济与经济法、劳动法\*

[日]土田和博

**内容提要:**分享经济在日本发展尚不充分。最重要的问题之一是劳动法是否适用于自由职业者。《劳动基准法》的劳动者得以不被过低工资、过长劳动时间以及不当解雇所侵害,并能够享受到意外保险。但是,从判例可以看出,原告往往不被认为是劳动基准法意义上的劳动者,但相对来说很容易被认定为工会法意义上的劳动者,能够建立工会并与客户和/或平台供应商进行工会法上的集体协商。当自由职业者无法被认定为任一意义上的劳动者时,反垄断法应当适用于作为经营者的自由职业者与其交易对象间的关系。在适用不公正交易方法的情形下,比如当自由职业者与其客户或平台供应商之间存在长期契约时,前者有可能被后者强迫接受不当的不利条款,这种情况下保护自由职业者最合适的条款就是不公正交易方法中的禁止交易上的相对优势地位滥用条款。此外,禁止单方面拒绝交易的条款也很重要。如果难以适用这些条文的话,就有必要制定着眼于劳动者与经营者之间的“独立劳动者”的新法。

**关键词:**分享经济 自由职业者 劳动法 反垄断法

土田和博(Kazuhiro TSUCHIDA),日本早稻田大学法学学术院教授。

### 一 日本分享经济概况

分享经济在日本被理解为个人将其资产(房屋、机动车、停车位、手提包等)或技能通过数字平台的配对机制分享给客户的一种经济形式。其特征在于分享者(提供者)往往是非专业人士,而且提供者与其客户之间是通过数字平台配对的。

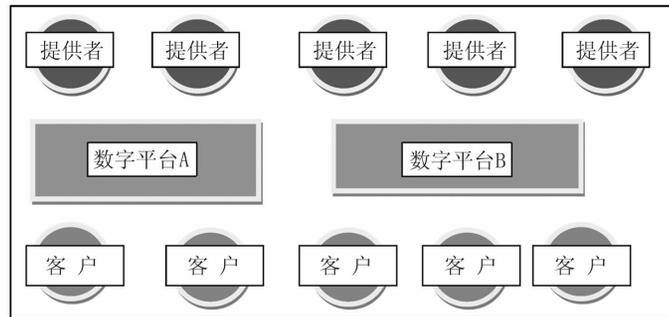
在日本,由于现有出租车业者与协会的强烈反对,非职业司机进行的收费载客是被《道路运输法》(道路運送法, *Road Transportation Act*)<sup>[1]</sup>所严格禁止的。而且由于认为无

\* 本文为作者在全世界范围内首发。译者为王威骊,日本早稻田大学比较法研究所博士研究生;陈丹舟,对外经济贸易大学法学院讲师。

[1] 括号内为日文原文与英文翻译,下同。

牌照出租车易于引起交通事故与其他问题,日本国土交通省也不愿意批准此类业务。

尽管《私人住宅住宿业务法》(住宅宿泊事業法, *Private Residence Lodging Business Act*) 于 2018 年 6 月 15 日生效,据报道,日本地方政府准备增添对个人房屋所有者能够为客人提供住宿服务的时间与区域加以限制的新规定。这些规定可能会对个人房屋所有者过于严格,因此,现实中愿意提供住宿服务的个人房屋所有者的数量不会太多。



在日本,最为严重的问题也许是尚不明确劳动法是否能适用于外卖食物与饮料的送餐员(如 UberEATS!)、小型卡车司机、IT(信息技术)专家、保险经纪人、导游、保姆、家政人员、翻译人员、校对人员等自由职业者。如果他们不属于劳动法的适用对象,那么接下来需要讨论的问题是,是否以及如何通过竞争法(反垄断法)为他们提供保护。

## 二 自由职业者与劳动法

日本《工会法》(労働組合法, *Labor Union Act*) 有关于工会、集体协议与劳动委员会的条文,将“劳动者”主要定义为有资格参加工会的人。另外,这部法律禁止雇主无正当理由拒绝与代表劳动者的雇员就其提出的集体议价进行协商。这部法律所指的劳动者因此有权组织工会、进行集体协商以及进行罢工。

另一方面,日本《劳动基准法》(労働基準法, *Labor Standards Act*) 中的劳动者与最低工资、劳动时间、损害赔偿等因素有关。根据日本《劳动合同法》(労働契約法, *Labor Contract Act*),不得无正当理由解雇劳动基本法上的劳动者。因此,《劳动基准法》中的劳动者得以不被过低工资、过长劳动时间以及不当解雇所侵害,并能够享受到意外保险。

如后文所述,从判例可以看出,原告往往不被认为是劳动基准法意义上的劳动者,但相对来说很容易被认定为工会法意义上的劳动者。

### (一)《工会法》

《工会法》第 3 条规定:本法中的“劳动者”指无论职位如何,依靠工资、薪金或其他同类收入生存的人。判断一个人是否属于工会法上的“劳动者”主要有三个次序的标准:主要由以下 A 部分的标准判断,如果有必要,则需要检验是否满足 B 部分的标准,而如果满

足 C 部分的标准,那么此人不能被认定为工会法上的“劳动者”。〔2〕

### 1. 基本标准

- 是否属于一个经营组织;
- 合同条款是否为单方且格式化;
- 收入是否可以被归为薪金或劳动的对价。

### 2. 附加标准

- 是否有义务接受某些特定要求;
- 是否在指示与监督下工作并必须在特定时间段于特定场所工作。

### 3. 负面标准

- 是否经常性自己承担风险赚取利润。

关于这一问题,已经有多个法院判决或劳动委员会(労働委員会)的决定。2011年,日本最高法院认定一个案件中的歌剧歌手属于“劳动者”,原因是其所属工会能够与其“雇主”就“劳动条件”进行协商。在本案中,该歌剧歌手与一财团签约在东京一家著名歌剧院表演现代歌剧。最高法院在本案中决定通过上述标准来判断一个人是否属于工会法上的“劳动者”并认定歌剧歌手几乎满足全部标准。该案被发回东京高等法院就关于不公平劳动行为方面的其他问题进行再审。〔3〕

另外,东京都劳动委员会(東京都労働委員会, Tokyo Metropolitan Government Labor Relations Commission)也曾在2015年认定便利店店长是工会法上的“劳动者”,工会有权代表所属“劳动者”与雇主协商。〔4〕在本案中,多名便利店店长被拒绝与其加盟的FamilyMart(全家,ファミリーマート)就修改24小时营业等经营条款进行集体协商。因此,他们组成“工会”以行使与“雇主”协商的权利。本案最终结果还需要等待中央劳动委员会(中央労働委員会, Central Labor Relations Commission)的决定。

## (二)《劳动基准法》

《劳动基准法》第9条规定,(在)本法中,“劳动者”指无论职务如何,受雇于经营企业或事务所并从其获取薪资的人。在具体案件中判断一个人是否属于劳动基准法上的“劳动者”,需要综合判断两方面因素:〔5〕

### 1. 劳资关系标准

#### ①在指导与监督下工作

- 是否能够自由决定接受或拒绝工作要求与工作指示;
- 是否有工作中的指导与监督;
- 是否必须在特定时间段于特定场所工作,以及;

〔2〕 参见劳动关系法研究组,“关于工会法上劳动者标准的研究”,厚生劳动省,2011年。

〔3〕 日本音乐家联盟诉中央劳动委员会案(新国立劇場合唱団員事件),2011年4月12日判决。同一天日本最高法院对Inax维修公司诉中央劳动委员会案(Inaxメンテナンス事件)也作出了判决,根据上文标准认定修理浴室、卫生间以及其他相关设备的人是工会法上的劳动者。

〔4〕 东京都劳动委员会(東京都労働委員会)2015年4月16日决定。同时也可参考冈山县劳动委员会(岡山県労働委員会)2014年3月13日决定(711便利店案。セブンイレブン・コンビニエンスストア)。

〔5〕 参见劳动基准法研究小组“关于劳动基准法意义上劳动者标准的研究”,厚生劳动省,1985。

- 是否能够被替代。
- ② 收入是否可以被归为薪金或劳动的对价

## 2. 判断是否为劳动者时的补强要素

- ① 是否没有经营者的特征
  - 承担机械与用品的成本；
  - 工作对价的水平。
- ② 排他性
- ③ 其他要素

关于这一问题,也已有判例可以参考:

1996年11月,一位使用自有货车,按公司的指令运送该公司产品的卡车司机遭遇车祸,在该案件中,最高法院不认为该卡车司机为《劳动基准法》所规定的“劳动者”,理由是:其在工作中并没有特定的指挥监督,且在时间、工作地点的约束方面也比一般的“劳动者”来说要自由得多。<sup>[6]</sup>

再比如,没有工作室的独立木工为建筑公司工作时是否是“劳动者”?2007年6月,最高法院的判决对此作出了否定的判决。其理由为:工作时间的限制很少、没有被禁止接其他建筑公司的工作、对于施工方法及顺序可以自行决定、报酬完全是按完成数量来支付,因此该独立木工不是《劳动基准法》所规定的“劳动者”,不能请求工伤保险。<sup>[7]</sup>

### (三) 总结

从上文可以看出,自由职业者可以组成“工会”与其客户或平台供应商以工会法所允许并鼓励的集体谈判形式进行协商。然而,他们可能会面对难以被认定为劳动基准法上有权取得每日工作八小时与获取不低于最低工资水平报酬的权利的劳动者的问题。

对此,两个行政机关已经开始着手研究如何解决这一问题:厚生劳动省(厚生労働省, Ministry of Health, Labour and Welfare)与日本公平交易委员会(公正取引委员会, Japan Fair Trade Commission, JFTC)。前者于2018年3月发布了以自由职业者为研究对象收集数据并加以分析的调查报告。<sup>[8]</sup>同年,后者也发布了针对能否对自由职业者与客户之间的关系适用日本《反垄断法》(独占禁止法, *Antimonopoly Act*)等问题的调查报告。<sup>[9]</sup>

## 三 自由职业者与经济法(反垄断法)

当自由职业者不属于任何意义上的劳动者而被作为经营者看待时,日本《反垄断法》可以适用于作为经营者的自由职业者与其交易相对方之间的关系中。

在2018年2月,如上文所述,公平交易委员会在对日本《反垄断法》适用于自由职业

[6] 横浜南労働基準監督署長事件、最高裁判決1996年11月28日。

[7] 藤沢労働基準監督署長事件、最高裁判決2007年6月28日。

[8] 厚生労働省,类似雇佣的劳动方式相关研讨会(雇用類似の働き方に関する検討会)報告書(2018年3月)。

[9] 公平交易委员会竞争政策研究中心(CPRC),人力资源与竞争政策相关研讨会(人材と競争政策に関する検討会)報告書(2018年2月)。

者与其客户间的关系的可能性加以研究后发布了关于人力资源与竞争政策的研究报告书。尽管报告书主要着眼于自由职业者与其客户间的关系,其中许多论述也同样适用于自由职业者与网络平台间的关系:

### (一) 不公平竞争手段

报告指出,“从不公平竞争手段的角度来看,客户就条款与实际状况间的不同对自由职业者加以误导或对交易条款披露不充分都有可能违反《反垄断法》。”

根据报告,这一问题的相关条文是基于《反垄断法》第 2 条第 9 款第 6 项的不公正的交易方法的一般指定(不公正な取引方法の一般指定)第 14 款。为达成这一款的要件,公平交易委员会或自由职业者必须证明客户导致了在相关市场对竞争的实质性限制,除非客户使用的竞争手段极为不公平。

报告中提到的另一个可能适用的条文是第 8 款,即欺瞒性引诱顾客。为满足这一款的要件,公平交易委员会或自由职业者无需证明对竞争的限制,仅需要证明通过让自由职业者误解交易条款比实际状况更好的方式,不当的引诱自由职业者与其交易对象进行交易即可。但是在研究组内部对能否适用第 8 款存在着不同意见,所以报告中将双方的观点都加以保留。

### (二) 滥用交易上的相对优势地位

当自由职业者与其客户或平台供应商之间存在长期契约时,前者有可能被后者强迫接受不当的不利条款,例如:单方面决定工作或委托的报酬,单方面减少既定的报酬。这种情况下保护自由职业者最合适的条款就是不公正交易方法中的禁止交易上的相对优势地位滥用条款(取引上の優越的地位濫用)《反垄断法》第 2 条第 9 款第 5 项对“交易上的相对优势地位滥用”作出了定义,<sup>[10]</sup>尽管这些定义略显冗长。实际上滥用行为仅有三个要件:存在交易上的相对优势地位、滥用行为、以及“与正常商事习惯相比不当”。<sup>[11]</sup>

作为第一个要件的“交易上的相对优势地位”,与比如《欧盟运行条约》(*Treaty on the functioning of the European Union*)第 102 条要求的“市场支配地位”不同。前者无需能够使经营者拥有独立于市场内所有竞争者与客户而行动的优势地位,而仅需要经营者有着相对于自己的交易对象的优势地位(尽管这往往意味着 JFTC 调查的此类案件里经营者有着相当规模的营业规模以及对交易对象能够产生相当水平的冲击)。经营者是否有相对优势地位取决于多个要素:企业在市场中的地位、交易对象在交易中相对于该企业的独立程度、交易对象能够找到并更换自己的交易伙伴的可能性等等。在许多情况下,企业在这

[10] 日本反垄断法第 2 条第 9 款第 5 项利用自己在交易上比交易对象更为优势的地位,与正常商事习惯相比不当的进行如下行为:

(a) 要求持续交易的对象(包括新的希望持续交易的对象,下同)购买交易相关商品或服务以外的商品或服务。

(b) 要求持续交易的对象为自己提供金钱、服务等经济上的利益。

(c) 拒绝受领要求持续交易的对象提供的交易商品、受领持续交易的对象提供的交易商品后退回商品、迟延给付对价或降低对价,或者设定、变更、实施使交易对象承受不利益的交易条件。

[11] 禁止滥用交易上的相对优势地位并不是日本独有的制度,同样或类似条文在韩国、中国台湾地区以及德国、法国和意大利等相关法律中也有所规定。可参考 ICN Special Program for Kyoto Annual Conference: Report on Abuse of Superior Bargaining Position (2008)。

些要素上对自由职业者也拥有相对优势地位。

关于第二个要件,尽管《反垄断法》第2条第9款第5项包含了多种行为类型,本质上说滥用行为的基本概念是“采用使交易对象陷入不利状况的方式订立、变更交易条件,或进行交易(v)-(c)”。因此当客户或平台供应商单方面使自由职业者承担不得与客户竞争或不得与客户或平台供应商的竞争对手交易或工作报酬不合理等不利益时,其行为就有可能构成滥用行为。

第三个要件,“与正常商事习惯相比不当”与“意图妨碍公平竞争”(《反垄断法》第2条第9款第6项)含义相同。曾经有过关于滥用相对优势地位如何能够意图妨碍公平竞争的争论。对于这一问题,许多学者采用将通过滥用相对优势地位意图妨碍公平竞争解释为以包括试图影响交易对象是否缔约、以什么条件缔约、缔约多久等方面的决策自由等方式“侵害自由竞争的基础(自由竞争基盤の侵害)”。

因此,如果自由职业者的交易对象单方面决定如支付金额等交易条款的话,可能会被认定为“意图妨碍公平竞争”,进而符合“与正常商事习惯相比不当”。没有正当理由而减少支付金额也可能符合这一要件。

需要注意的是,公平交易委员会从未介入过单个自由职业者与单个客户间的纠纷。这种情况下自由职业者需要向法院起诉客户滥用交易上的相对优势地位以解决纠纷。

### (三) 平台系统对供应商的限制

多数平台供应商的成熟的评分系统<sup>[12]</sup>可以使平台有效终止消费者评分较低的供应商(自由职业者)提供服务,即使这一系统缺乏客观的评价方式。尽管报告没有提及这一点,这类行为可能构成一般指定第2款规定中的“不正当的对特定经营者拒绝交易或限制交易商品/服务的数量/内容”。在日本几乎没有因为这一条文而违反《反垄断法》的案件,这是因为原则上客户拥有选择供应商(自由职业者)的自由。只有在特定情况下“不当地”拒绝交易方构成违法;而“特定情况”与“不当地”的具体要件尚不明确。

## 四 结 论

尽管自由职业者相对而言更容易组织工会并与其客户或平台供应商就工作条件进行协商,但他们可能很难享受到如最低工资、工作时长、工伤保险以及无正当理由不得解雇等权利。

尽管《反垄断法》的不公正的交易方法适用于自由职业者与其客户或平台供应商间的关系,公平交易委员会并不经常干预他们之间的纠纷,除非纠纷规模过大导致公平交易委员会不得不进行干预。而在民事诉讼方面,自由职业者很少起诉其交易对象并要求其就反垄断法或民法上的损失加以补偿。

或许有必要针对如“独立劳动者”这种劳动者和经营者之间的“第三类型”加以立法,

[12] 大多数平台供应商使用此类系统让自由职业者与其客户在自由职业者的表现以及客户的满意度等方面进行评分。

其内容大致如下：

——新法应当有条文规定澄清自由职业者间与其客户或平台供应商之间的合同条款与交易状况的义务（例如文档、信息的公开等）；

——新法应当列明客户或平台供应商的禁止事项（单方面决定交易条款、单方面赋予不得与客户竞争者交易的义务等）；

——新法应当有条文规定自由职业者与其客户或平台供应商间的条款必须包括如终止长期交易关系时提前通知、在生病或妊娠时自动延长交货日等内容；

——新法应当规定替代性纷争解决机制以通过软法方式解决纠纷。

---

---

[ **Abstract** ] Sharing Economy is under-developed in Japan. Still, one of the most serious issues is that it is not clear whether labor law is applicable to freelancers. Workers in the sense employed in the Labor Standards Act enjoy protection from low wages, long working hours and unjustifiable dismissals and to be benefited by accident insurances. However, case law suggests that plaintiffs are not often recognized as workers in the meaning of the Labor Standards Act, while they are relatively easy to be identified as workers in the sense employed in the Labor Union Act. Workers in the meaning of the Act enjoy the right to organize a union, to negotiate collectively and to strike. When freelancers are not workers in any meanings, the Antimonopoly Act should be applied to the relationships between freelancers as business operators and their counterparts of the trade. In the case of the application of unfair trade practices, for example, when freelancers have long-term contractual relationships with their customers/platformers, there may be cases that the former are forced to accept unduly disadvantageous terms and conditions imposed by the latter. One of the most appropriate provisions for protecting freelancers in this context is the prohibition of abuses of relatively superior bargaining position as a category of unfair trade practices. In addition, the prohibition of abuses of relatively superior bargaining position is also very important. If that turns out difficult, a new law should be introduced, it is desirable to enact a new legislation focusing on the third category such as “independent workers” between workers and business operators.

---

---

（责任编辑：贾元）