

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2023.06.006

平台用工背景下劳动关系构成要件的因应^{*}

王霞¹ 邹开亮²

(1. 东南大学法学院, 东南大学人权研究院(国家人权教育与培训基地), 南京 211189; 2. 华东交通大学人文学院, 南昌 330013)

摘要: 为追求利润最大化, 平台通过弱化“网约工”的主体适格性、组织从属性及淡化自身劳动管理职能的方式掀起了“去劳动关系化”的浪潮。通过比较劳动关系“二分法”和“三分法”, 以及探讨劳动关系从属性的法理基础可知, “网约工”与传统劳动者的形成路径并无实质区别。传统劳动关系构成要件在法律适用过程中应当遵循事实优先原则, 聚焦指示权和惩戒权的认定以及平台经营业务的实质范围。本文旨在通过对劳动关系构成要件的因应提升其适用性, 同时为搭建《劳动法》与《反不正当竞争法》《反垄断法》对平台用工的综合治理桥梁提供理论铺垫。

关键词: 平台; 网约工; 劳动关系

中图分类号: D922.5 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095 — 8072(2023)06 — 0078 — 15

一、引言：平台经济与“网约工”浪潮的兴起

平台用工模式是平台经济发展所带来的深刻社会变革之一, 它重塑了劳动力与生产资料的结合方式, 其给传统劳动关系所带来的挑战也是全球各国的重要关切议题。在平台经济中, 劳动力被视为一种几乎可以召之即来且取之不竭的全球资源。有学者使用“人类云”这个概念来描述平台用工的形态, 如莎拉·奥康纳表示: “雇主正在视‘人类云’为完成工作的新途径。这些劳动者可能出现在世界上的任何一个角落, 只要上网就能工作。”(O'Connor, 2015) Amit & Han (2017) 认为, 在数字经济背景下, 企业可以采用更新颖的方式调用不同主体的资源, 通过搭建资源组合来满足生态系统中多个主体的多元化需求。平台互联网公司利用资本、技术、大数据和庞大的用户群体挣脱了传统用工形式中对时间和空间的束缚, 即从业者可以直接在线上“抓取”工作任务, 完成并交付该任务即可获得报酬。学理上将此类从业者称为“网约工”, 即按照互联网平台的信息预约提供劳动的劳动者(王全兴, 2018), 这些劳动者按照互联网平台业务的不同可以分为网约车司机(如滴滴司机)、网约厨师、网约设计师、网约外卖配送者(外卖骑手)等。

理论上, 对于“网约工”的劳动关系认定存在“三分法”和“二分法”两种学

^{*}基金项目: 本文受国家社会科学基金一般项目“算法控制下网约劳动者权益保障困境与制度创新研究”(项目编号: 21BFX126)和教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“教育法典化视野下的公民受教育权保障研究”(项目编号: 21JJD820010)共同资助。

说。一方面，“三分法”常见于英美法系，多用要素考察来界定用工关系，我国尚未建立“三分法”相关的话语体系，理论基础相对薄弱。“三分法”的劣势在于未能准确概括界定标准，要素堆积的最终结果可能偏离劳动关系的从属性原则。另一方面，劳动—劳务关系“二分法”的劣势在于构成要件式的劳动关系认定模式过于僵化，平台用工很难同时具备全部情形，“二分法”无法适应平台用工复杂多变的叙事形式。实践中，“网约工”与平台算法所形成的人与技术的关系，凸显了平台经济背景下数字劳动的形式与内涵，即技术权力与底层叙事、算法控制与自我赋权之间的角逐。平台企业通过个体户化“网约工”来剥夺其劳动关系的主体资格，但碎片化任务式的“自主”接单规则下却呈现出“隐形”劳动管理的特征，最终通过平台业务的程序化登记否认其主营业务涵盖“网约工”的工作内容。平台辩解其自身与“网约工”的关系为承揽关系、中介关系或合作关系，最终呈现去劳动关系化特征，为劳动关系的认定带来重重困境。

平台通过算法将“网约工”的线下工作过程拟化为程序中的线上信息，在劳动过程中呈现隐性劳动管理的特征，即“网约工”需要接受平台服务规则以及算法定义下的内部规范，这些规则往往不是“可参与的”或“透明的”。一方面，“网约工”在劳动过程中需要高度依赖平台信息，而且在此过程中劳动监管会呈现出强信息化和远程化特征。在经济领域，算法嵌入平台重构消费者、平台与服务提供者之间的关系（张凌寒，2019）。另一方面，如果平台经营业务不包含“网约工”的工作内容，那么平台对“网约工”的指示、惩戒行为则干涉了“网约工”的经营自由、破坏了公平竞争。从法律体系的角度，《反垄断法》《反不正当竞争法》应当同《劳动法》协同规制不合理用工场景下破坏市场竞争的行为。本文旨在比较“二分法”和“三分法”对平台用工关系的适用性，选择劳动关系的确认路径，并通过劳动关系构成要件的合理解释提升其适用性，同时搭建《劳动法》同《反不正当竞争法》《反垄断法》的桥梁并与其形成合力，共同规制平台不规范用工及在不规范用工背景下的不正当竞争行为。

二、平台用工背景下劳动关系的适用困境

（一）劳动关系“二分法”模式的适用困境

实践中认定劳动关系主要依照2005年原劳动和社会保障部下发的《关于确立劳动关系有关事项的通知》（以下简称《通知》）的相关规定，^①即依据主体适格、劳动管理和业务范围三要件。首先，被“分割”的用工主体与被“个体户”化的“网约工”造成平台与“网约工”的主体不适格局面。其次，碎片化、任务式的“自主”接

^① 该《通知》第一条规定，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）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；（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；（三）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

单规则掩盖了实际操作中的劳动管理。最后，平台营业范围与“网约工”工作范围的切割，难以认定“网约工”的工作内容是平台经营范围的一部分。至此，传统的“二分法”模式无法适应平台用工关系。

1. 被“分割”的用工主体与被“个体户”化的“网约工”

在算法时代，“网约工”的劳动过程全程处于被“监控”状态，且能够高效地形成劳动时间、劳动效率，甚至个人的健康状况等全面的数据信息。这些数据信息让平台在不与“网约工”建立劳动关系的情形下，进行远程劳动管理。Prassl & Risak (2016) 从雇主功能论的角度认为不同的雇主可能承担（或分担）一系列义务，这些实体可以共享雇主职能的行使。实践中，平台完全可以通过外包A公司为“网约工”发放薪酬，通过外包B公司日常监督“网约工”的工作任务。此时，平台没有直接管理“网约工”的劳动过程，而外包企业也只是起到一部分劳动管理的作用，致使寻找适格的用人单位陷入困境。以外卖骑手为例，利用大数据算法，平台精心设计了一张巨型法律关系网络将外卖骑手包裹在内：A公司给其派单、B公司给其投保、C公司给其发工资、DEFG公司给其交个人所得税……它们互相交织，将骑手紧紧捆住，但其中的任何一家公司都不足以成为骑手的用人单位（佟丽华，2021）。在现有的法律框架下，当认定外卖骑手的劳动关系时，法院仅能够追究到配送服务商，而且这些配送服务商不能独立地行使劳动管理的职能。外卖平台、配送服务商则拥有了与外卖骑手建立劳动关系的“隐身衣”。

此外，实务中不乏“网约工”依照平台或外包服务商的要求注册成“个体工商户”，更加难以确认其适格的劳动者身份。据报导，某网约车平台90%以上是个体户，小微企业众多，挂靠分散，人员流动性大，组织程度低，劳动关系难以界定（李润钊，2021）。无独有偶，在苏州云霆网络科技有限公司诉蒙景平确认劳动关系纠纷案中，蒙景平在外卖配送途中发生车祸，配送商苏州云霆公司拒不提供相关的入职表、考勤记录，并声称其已将美团配送业务转包。同样，这个判决里出现了其他多家公司，而工资实际发放主体的具体身份也令人迷惑。此案中，云霆公司引导蒙景平注册为“昆山市玉山镇肆贰贰零号好活商户服务工作室个体工商户”。二审法院认为：“云霆公司主张蒙景平已成立个体工商户，非适格的劳动者，故不应认定双方之间存在劳动关系，但云霆公司未提供证据证明该个体工商户与其签订的《项目转包协议》已实际履行，且该个体工商户的成立时间为2018年10月10日，系在蒙景平发生交通事故受伤之后，不影响蒙景平受伤时双方劳动关系的认定。”^① 本案中，苏州市人民法院认定蒙景平与苏州云霆公司存在劳动关系。“网约工”以个体户的形式出现，不仅使自身面临更大的经营风险，还造成其劳动权益难以得到保障甚至遭受损失。平台的做法解构了自身与“网约工”的主体适格性，从而损害了“网约工”作为劳动者参与到社会保险当中的权益。

^① 苏州云霆网络科技有限公司与蒙景平确认劳动关系纠纷案，江苏省苏州市中级人民法院(2020)苏05民终2639号民事判决书。

2. 碎片化、任务式的“自主”接单规则与“隐性”劳动管理

互联网平台通过算法大数据等技术应用，搭建了消费者与商家的信息桥梁。在互联网平台中，消费者可以轻松地找到其所需要的商品和服务，其中也包括劳务服务。平台通过信息技术，将消费者需要的劳务服务优化为一个个的服务节点，将服务流程简化为一个个的过程式任务。“网约工”可以通过“自主”接单的工作任务获取报酬。与传统的用人单位对劳动者工作细节管理模式不同，多数平台对“网约工”的劳动管理是通过分权控制模式、严厉的经济惩罚以及阶梯式的薪酬模式机制完成的。

与一般商品经营逻辑不同，劳动力作为特殊商品，其经营逻辑是让消费者对劳动过程本身感到满意，而不是局限于商品的质量要求，即在对技术要求较低的劳动场景下，劳动者需要照顾消费者额外的情感需求(如：顾客就是上帝等主观感受)。因此，处于该行业的劳动者更多的是一种情感劳动(沈锦浩，2022)。以往，消费者对于劳动过程的反馈须通过申诉建议的方式传达到用人单位，而后用人单位调整其规章制度或以口头命令的方式行使指示权。现今，互联网—大数据—算法的“铁三角”组合让消费者直接向平台反馈，平台往往通过算法对劳动者实施严厉的经济惩罚或降级评价(该降级通常对“网约工”今后的接单产生限制)。这个过程不仅缩短了消费者反馈的路径，而且让消费者直接成为“网约工”的劳动细节控制者。让消费者短平快地实现对“网约工”劳动细节的要求是平台提升并维持消费者满意度的重要手段，这看似是平台对“网约工”劳动细节控制权力的分散，实际上却是技术支持下平台自主经营权的体现，其内核仍然符合平台经营逻辑。

平台对“网约工”的隐性劳动管理还表现为阶梯式的薪酬激励机制与严格的经济惩罚机制，没有底薪的“网约工”的工资由基本提成和平台奖励组成，薪酬的结算方式类似于计件工资，平台企业通过设置阶梯式的单量“门槛”，不同门槛下的每一单的费用不同，单量门槛是平台奖励的核心内容。阶梯式的单量要求“网约工”们为了获得更高的收入，在努力达到基本的单量门槛后又不得不迈向更高的门槛。^①

3. 平台营业范围与“网约工”工作范围的切割

平台经营者通常以信息中介自居，认为自身属于信息公司，完成消费需求与“网约工”的匹配是其营业范围，同时否认“网约工”的工作内容涵盖在其营业范围之内。即平台主张其与“网约工”属于上下游的合作关系，“网约工”可以根据平台提供的信息满足相应的消费需求。^②根据传统的劳动关系理论，在确立劳动关系的场

^① 例如，在2021年春节期间，外卖骑手完成饿了么推出的奖励活动后(即平台规定的每期送单量要求)，可以拿到8200元奖金；但有骑手表示，一期的跑单量达不到，一周的奖金就少了3600元。参见：一周要少3600元奖金！饿了么骑手困在春节里[EB/OL]. <https://new.qq.com/omn/20210222/20210222A0DIV200>.

^② 例如，在“朱彩全与谢万华、上海拉扎斯信息科技有限公司(以下简称“拉扎斯”公司)生命权、健康权、身体权纠纷”一案中，被告“拉扎斯”公司提出的核心抗辩理由就是：平台仅提供网络居间技术服务，外卖骑手与商家存在承揽关系，外卖骑手的收入来源于商家，“拉扎斯”公司只做支付结转。参见：朱彩全与谢万华、上海拉扎斯信息科技有限公司生命权、健康权、身体权纠纷案，湖北省武汉市洪山区人民法院(2019)鄂0111民初2168号民事判决书。

合, 员工的工作内容应当是用人单位营业内容的一部分, 即员工需在组织上从属于用人单位。因此, 很容易得出平台与“网约工”之间不存在劳动关系。

基于从属性理论, 我国在劳动法领域中形成了“劳动关系—非劳动关系”二元体系。劳动关系成立的三要件是主体适格、劳动管理、业务组成。平台用工行为避开了劳动关系成立的所有要件, 不同于域外通行的“要素考察”模式, 二元模式不能适应实践中劳动关系复杂多变的表现形式(王倩, 2020)。

(二) 平台用工关系“三分法”模式的适用困境

基于“去劳动关系化”表现, 在平台用工场景下, 传统劳动关系“二分法”模式存在适用困难。类雇佣关系学说认为, 平台经济用工是一种“工具化的自治性劳动”, 介于从属性劳动与自治性劳动之间, 与德国法中的“类雇员”、意大利法中的“准从属性劳动”和日本法中的“契约劳动”等相似(栗瑜和王全兴, 2016)。事实上, 劳动关系“三分法”也存在一定的缺陷, 难以描述平台用工关系。

1. 我国尚未建立与“三分法”相关的共识基础

第三类劳动者是以类型化的方式创设的概念, 域外对于无法完全被归类为劳动关系的“类劳动者”群体, 提供一定程度上的劳动法保护, 并称之为“类劳动关系”。早在《劳动法》产生前, 我国同世界各国的发展轨迹类似, 民法体系内的雇佣关系是现代劳动关系的产生基础。在其他大陆法系国家, 基于历史的主客观一致性, 历经产业革命的国家的雇佣关系与劳动关系的范围基本一致。然而, 与其他国家和地区不同的是, 我国并未经历大工业化时代和经典产业关系的发展阶段, 《劳动法》从一开始就直接进入公私法融合的立法模式。在学理上仍存在劳动合同、雇佣合同“同质说”与“异质说”争讨。“同质说”认为, 劳动关系与雇佣关系是相同的法律关系。“异质说”认为, 雇佣关系与劳动关系并非一致的法律关系, 且实务上形成了“劳务关系即为雇佣关系”的观点(肖竹, 2018)。劳动关系、雇佣关系、劳务关系的概念在理论和立法上难以达成共识, 三者之间的区分是劳动关系领域内的重大课题。

设立第三类劳动者的理论需要建立在第三类用工关系的基础上, 与西方“雇佣(劳动关系)—自雇(劳务关系)”的法律演进不同, 目前在我国尚未形成劳动关系、雇佣关系、劳务关系成熟的话语体系。如果此时贸然加入类雇佣关系(类劳动关系)会使原本晦涩的理论体系更加复杂, 法律制度变得愈发难以适用。如可以认为“类劳动关系”是类似于劳动关系的其他用工关系; 也可以认为“类劳动关系”是与雇佣关系、劳务关系并列的类似劳动关系的概念。然而雇佣关系、劳动关系、劳务关系是难以区分的, 此外, 由于理论上以及实践中缺少雇佣关系与承揽关系、委任关系的区别, 雇佣关系与劳动关系的区分则在制度上就更无从谈起; 这样的现状只会造成适用上的困难和实践效果的不明确。只有厘清劳动关系、雇佣关系、劳务关系、委任关系等范畴并形成共识基础, “类雇佣(类劳动)关系”的界定才能得以实现。

2. 权利义务配置的复杂性

立法上，引入“类劳动关系”并确定第三类劳动者享有的权利与义务主要存在两个方面的问题。首先，由于概念的不确定，第三类劳动者与传统劳动者的区分令人困惑。如果采用目前相对主流的“经济依赖性”标准，不同类别的劳动者经济依赖程度不同，能享有的劳动权益标准存在不同。美国对第三类劳动者的界定采取要素控制法，其中最具代表性的就是Borello测试法，然而该方法也充满了不确定性（王天玉，2016）。德国对第三类劳动者则是采用社会需求程度作为辅助标准，但由于社会需求程度难以量化，在适用上令人困惑。因而，学界主张推广适用与雇员保护最接近的家内劳动者规则。依照家内劳动者理论，第三类劳动者的构成要件主要包括：第一，该劳动者的劳动属于经营劳动；第二，该劳动者提供的劳动具有明显的个人属性；第三，该劳动者不是真正的市场参与者；第四，该劳动者的报酬具有生存权属性（王天玉，2020a）。就外卖平台而言，送外卖属于平台经营内容的应有之义。外卖平台通过大数据算法独揽了外卖配送过程中的信息匹配、配送监控等专业化的服务，将外卖配送的“最后一公里”交给外卖骑手完成。外卖骑手的工作内容内嵌于外卖平台的经营范围，并且成为其中的关键。外卖骑手的薪酬激励制度和惩戒制度表明，外卖骑手并不属于“自由的经营劳动”。

其次，在权利与义务的配置中存在两难。“类雇员”（“类劳动者”）表示的并非一类群体，而是不同程度贴近劳动者特征的类似劳动者。因此，在劳动权益的设置上应当与劳动者有所区分。笼统地对第三类劳动者赋予权利，将会因实际用工方式的不断变动而遭受挑战。如果赋予第三类劳动者较少的权利，那么企业将有极大的动力将原本符合条件的劳动者转化为第三类劳动者。这在实践中是可以实现的，根据“经济依赖性标准”，大多数“网约工”都能够符合该标准。如果赋予第三类劳动者较为广泛的权利，那么又涉及劳动者与类劳动者的区分问题。就外卖骑手而言，至少兼职骑手与全职骑手对于外卖平台经济依赖程度不同。依据类雇佣说，两者之间的权利配置应当有所区分。此外，即便外卖骑手群体能够实现分层，如何配置劳动权益以及配置哪些劳动权益仍然缺乏理论和实践依据。

3. 实践效果的不确定性

在国外，第三类劳动者制度的实践效果一直饱受争议。如英国第三种类型的模糊标准一直是实践操作的一大难题，这一分类在西班牙则出现对工会和企业两头不讨好的尴尬局面，而德国学者则担忧该制度会成为对雇员的廉价替代（肖竹，2018）。实际中，除了标准模糊从而导致实践效果的不确定以外，第三类劳动者适用规则可能导致出现更多的隐蔽雇佣。与传统意义上的劳动者相比，第三类劳动者的劳动权益较少，企业则有动力将劳动者“转化”为第三类劳动者。与此同时，第三类劳动者与传统意义上的劳动者边界模糊，从而为企业逃避用人单位责任提供了套利空间。

基于劳动关系“三分法”内在缺陷以及本土化困境，应当深入“二分法”的法理

基础以寻求认定平台用工关系的可能。事实上,与其认为“从属性”是劳动关系的认定标准,不如认为是劳动关系的结果。劳动法理论反将该结果作为判断劳动关系的标准与成因,其中存在一定程度的“颠倒因果”现象,其实并未解决为何“从属性”能够成为劳动关系的认定标准以及其制度展开的理论问题。因此,此问题仍需另外的理论解释。

三、“二分法”模式的复归——从属性理论的产生基础

(一) 生产关系的产业化和社会化是从属性的社会基础

劳动法理论通说认为,从属性导致劳资关系失衡,以至于雇员受到剥削等不公平侵害,民法的平等契约关系已经不能完全适应产业革命下的劳资关系调整。因此,需要政府介入从而实现雇佣关系的实质平等,包含在民法内的雇佣关系则发展成为劳动法范围内的劳动关系。由从属性转变为劳动法的干预调整,这一基本路径产生于产业雇佣现象(郑尚元,2005),劳动合同及其制度的形成是雇佣合同社会化的结果(王天玉,2020b)。与传统的雇佣关系相比,产业化的雇佣关系(即劳动关系)具有社会化属性。劳动关系是在社会生产生活中发挥作用的,劳动关系的发展根植于社会经济。例如,在商品经济领域,劳动者赋予商品以劳动价值,这些商品投入社会生活,服务于不特定的社会成员。在第三产业中,劳动者与用工单位建立劳动关系并向不特定的社会成员提供服务,劳动关系是雇佣关系社会化之后的产物。相较于雇佣关系的“私人定制”,劳动的社会化最大程度地扩充了劳动效能(邹开亮和王霞,2021)。

不同于传统的“一对一”式私人定制服务,平台整合了消费者与商家的数据资源并迅速实现信息化、产业化。通过平台,不同地区的消费者都可以下单,平台运用大数据算法调配“网约工”接单。受制于与收入严格挂钩的接单规则,“网约工”往往不得不选择大量接单、高溢价单以满足其生存需求,即“网约工”根据平台显性或隐性的支配从而服务于不特定的社会群体。因此,平台经济具有产业化、市场化属性。至此,整个劳动过程具备社会化特征。

(二) 核心生产资料归属形成的剩余价值控制力是从属性的经济基础

德国学者辛茨海默试图依据马克思的理论从生产资料的所有权角度来解释从属性理论,他认为用人单位的指示权来源于它对生产资料的所有权、用益物权等支配性权利(瓦尔特曼,2014:44)。但如果对于从属性理论的认识仅仅局限于生产资料所有权层面,则很容易陷入劳动者自备生产工具的经典悖论。在当今社会,随着劳动者收入水平的提高,其自身可以提供一定量的生产工具或资料,用人单位为了规避劳动关系带来的高昂用工成本,便可以采取事先约定由劳动者自备生产工具的方式(如外卖骑手自备电动车)规避劳动关系的适用,进而将劳动关系转化为劳务关系以减轻自身的用工责任(邹开亮和王霞,2021)。例如,在外卖骑手自备电动车等生产资料的条

件下，平台对外卖骑手的控制并未减弱，反而因自备工具而否定劳动者地位。这实质上既让外卖骑手承担投资生产工具的经营风险，又接受平台控制。马克思在唯物史观的理论叙事中将劳动视为人的存在根基，他认为劳动不仅在范畴上，而且在现实中都成了创造财富一般的手段（马克思和恩格斯，1998）。通过算法和大数据搭建的数字系统，平台企业对于劳动成果整体产生的剩余价值控制力构成了《劳动法》介入平台用工关系的基础，也是实现劳动正义的法律手段。

事实上，在平台用工关系中，核心生产资料是平台搭建的算法系统。马克思将生产资料定义为劳动者进行生产时所需要使用的资源或工具，包括劳动资料（例如土地、厂房、机器、工具等）和劳动对象（如原料）两大类。受马克思劳动过程理论的启发，在实际案例中，判断平台用工关系是否具有劳动关系属性，必须判断核心生产资料的归属方。这里无需判断所有生产资料的归属方，因为前文提到，如果要求判断所有生产资料的归属方，那么劳动关系的认定就非常容易陷入生产资料逻辑悖论。生产资料的归属是支配剩余价值的手段，但无需判断所有生产资料的归属，只要核心生产资料的归属足以支配剩余价值，则该用工关系就能构成从属性的来源。平台依托算法和大数据构建了算法系统，该系统对于消费信息、“网约工”信息的加工、整合构成了平台营业的核心内容，也是整个平台运营过程中核心生产资料。

在平台资本强势的话语下，平台通过对核心生产资料的控制从而实现对剩余价值的控制权。以外卖平台为例，外卖平台系统归属于平台企业所有或占有，平台企业利用平台系统监控外卖骑手的劳动过程、制定罚金规则以及薪酬体系。外卖骑手依据系统规则完成配送任务只能获得较少的报酬。外卖骑手选择遵守系统规则并非民法上的意思自治，而是资本制造同意的结果（沈锦浩，2020），而剩余价值则归外卖平台所有。根据华中师范大学郑广怀教授团队在2019~2020年间对武汉的快递员和外卖员所做的调查，近七成武汉外卖骑手每日工作时长在8~12小时（10小时最高），月均工资5882元，低于武汉市同年的社会平均工资8170元（郑广怀，2020；周翔，2020）。事实上，美团外卖作为头部互联网平台具备超强的盈利能力，^①而外卖骑手的工资却低于城市平均工资，这表明外卖骑手劳动创造的剩余价值已经被外卖平台占有。网约车平台也是如此，经记者调查，“一些网约车平台抽成超过20%，有时甚至高达50%。面对这样的‘平台霸权’，网约车司机们被‘困在系统里’，乘客也只能以更高的价格换取服务”（王军，2021）。如此行为背离劳动正义，因此需要提高劳动法调节平台经济下新型劳动关系的适应性。

笔者认为，上述理论可在一定程度上解释从属性作为劳动关系认定标准的合理性。“网约工”的用工关系符合从属性产生的社会基础和经济基础，且在客观上形成了剩余价值控制，印证了“网约工”的形成路径与传统劳动者并无实质性差异，即并

^① 美团自2019年起已经扭转亏损局面，2019年美团首次实现盈利47亿元。参见：美团2019年首次实现年度盈利 今年一季度预亏薪 [EB/OL].<https://new.qq.com/omn/20200401/20200401A00Y1100.html>.

非所谓的“第三类劳动者”。实践中,应当选择“二分法”模式来规制外卖骑手的用工关系。

四、劳动关系构成要件的因应

《劳动法》在限制用人单位权力、特别是在保护劳动权益方面,客观上能够导致劳动成本的增加和企业灵活性的降低。因此,用人单位非常有动力缩减劳动成本,并将之与交易成本进行权衡。隐蔽雇佣、“灵活用工”均可归因于此。该现状在事实上对劳动关系二分法结构的适用提出了挑战。学界普遍认为,在平台用工模式下,劳动关系传统的构成要件模式过于僵化,“网约工”用工关系往往难以同时具备全部情形。因此,在适用从属性理论判定外卖骑手用工关系时,如果需要依据构成要件式的规定,那么就要寻求实体法上的解释或修改以适应新形势下的劳动关系事实。

(一) 主体适格的认定

主体适格包括提供劳动一方的主体适格和用工单位一方主体适格两个方面,我国暂未明确劳动关系或劳动者的法律概念,实践中认定劳动关系主要依照2005年原劳动和社会保障部下发的《关于确立劳动关系有关事项的通知》(以下简称《通知》)的有关规定。^①但在平台用工实践中,首先,“网约工”普遍被要求注册为个体工商户,因而不符合主体要件。其次,在“网约工”劳动过程中,往往很难找到享有指示权的用人单位,因为“网约工”是在算法平台上“自主”接单,形式上没有适格的用人单位对其进行实质性指示管理。陈龙(2022)认为,“独立承包商”的说法还掩盖了骑手在数字世界从事的采集劳动及其创造的数据(使用)价值,更掩盖了骑手与平台之间的真实劳动关系。最后,平台将其主营业务定位为“信息撮合”或“信息中介”而不是配送或运输服务等,此处难以说明“网约工”的工作融入平台组织。至此,平台用工关系很难界定为劳动关系。

根据国际劳工大会确立的事实优先原则,劳动本身是一种事实行为。当事人的法律地位、法律关系、法律责任的确认应当以各方实际上同意并在劳动过程中展现的事实为依据,包括工人与雇主采取何种形式确定各自的地位、权利和义务以及实际提供的服务是什么等等,而不是根据双方的名称或形式决定,也不在于各方或双方如何描述这种关系(张荣芳和杨丰苑,2015)。德国劳动法确认劳动关系最核心的标准是雇员融入了雇主组织、在雇主的指挥下工作,并未强调双方主体适格这一概念。在德国,劳动关系认定基本上就等同于雇员身份的确认(王倩,2017),即确认雇员身份是依据实际的劳动过程而不是事先的身份认定。在英国*Autoclenz Limited v Belcher and others*一案中,法官认为,在合同条款方面,雇员处于弱势地位,因为书面合同条

^① 该《通知》第一条规定,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)用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格;(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;(三)劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

款未必能反映合同的真实状况，必须依据真实的履行状态来决定（班小辉，2019）。

我国强调劳动者主体适格主要目的是排除独立承包人或者个体工商户以及其他由法律规定的不能认定为劳动者的自然人（如劳动者应当符合劳动年龄等）。传统上适用这一条款的路径是，如果已经被认定为独立承包人或个体工商户等，那么一般不能被认定为劳动者。有关报道显示，通过对5年来的1907份有效判决进行梳理发现，随着平台用工模式的演进，配送商通过个体工商户模式将劳动合同确认率从81.62%降至58.62%（杨召奎，2021）。

但依据事实优先原则，在具体案件中，应当根据“网约工”实际提供劳动过程中是否具有从属性来处理，而不是依据其事先确定的身份和事先的合同约定。在我国司法实践中，部分判例依据从属性的本质特征，即便“网约工”事先注册成为个体工商户，只要能够证明劳动过程中存在从属性也能认定劳动关系。^①然而，更多的实务判例则往往进入形式化的误区，认为“网约工”通过手机端App注册为个体工商户并与分包人约定两者属于民事承包关系，“网约工”不接受分包人任何管理，分包人也不向“网约工”支付工资而是支付承包费用，因此不属于劳动关系。^②但大量“网约工”被要求注册个体工商户后，才能被平台或分包商允许接单（张刃，2021），本质上从属性反而更强。因此，应当依据事实优先原则而不是采用唯身份论的做法理解适用“主体适格”这一条款。随着市场经济的发展和社会专业化、精细化分工，业务外包具有存在的合理性和必要性。然而即使用人单位的劳动管理事务可以分割（派单、工资发放、社保发放、个税等），但是劳动者的合法权益不可分割。寻找主体适格的用人单位需要回归劳动关系本身，即只需要回答“网约工”的劳动过程受到谁的管理控制，那么谁就是适格的用人单位。当然，也不能忽视依法成立是用人单位适格的重要前提。

（二）劳动管理的认定

在传统劳动关系中，劳动管理一般表现为用人单位对劳动过程的指挥和惩戒权。本文认为，在平台用工实践中，平台劳动管理关键在于指示权和惩戒权的证成。

1. 指示权：用人单位具体的指挥、监督、命令权

指示权是雇主在从属性劳动中最本质的权利，也是劳动者人格从属性的核心特征。从属性上分析，劳动合同亦属雇佣合同，劳动合同是社会化的雇佣合同，即劳动关系是社会化、产业化的雇佣关系。^③按照日本学者我妻荣（2008）的观点，雇主的指挥命令权能够不当地拘束雇员的人格，从而使双方形成了一定程度上的“人格性结合关系”，使此劳务共同体带有大量的人格法色彩。劳动合同以劳务给付为合同目

^① 参见新疆维吾尔自治区博尔塔拉蒙古自治州中级人民法院（2019）新27民终180号民事判决书，山东省潍坊市奎文区人民法院（2021）鲁0705民初843号民事判决书。

^② 参见山西省太原市中级人民法院（2021）晋01民终3047号民事判决书；山西省太原市中级人民法院（2021）晋01民终2831号民事判决书；重庆市渝北区人民法院（2020）渝0112民初24251号民事判决书。

^③ 本文在指示权的范围内不区分雇主与用人单位的概念、雇员与劳动者的概念。

的，在劳动给付过程中需要经过雇主的指挥监督。接受雇主指挥即雇主享有对雇员的指示权。德国劳动法认为，雇主的指示权（weisungsrecht）可以针对劳动的内容、时间、期限以及地点等（瓦尔特曼，2014：49）。

指示权作为人格从属性之核心要素的原因在于劳动关系具备持续性特征，指示权成为维持劳动关系的必要条件。换言之，由于用人单位无法完全详尽劳动者的具体工作内容，劳动关系中给付内容的确定，很大程度上必须依赖于用人单位对个人的具体指示（郑尚元和王艺非，2013）。指示权是用人单位指挥、监督、命令并行使剩余价值控制权的体现。用人单位的指示权来源于生产关系的产业化和社会化背景下的用工需求，通过指示权可以保障用人单位拥有广泛的经营自由，故指示权存在一定的合理性。也即指示权是服务于用人单位的经营目的，在平台经济的场合，平台的经营目的是“网约工”快速和大量接单，并减少对“网约工”的费用支付。平台通过算法规则（如阶梯式薪酬、高额的抽成费用）引导“网约工”快速大量接单并极力压缩用工成本等情形都体现了平台指示权。此外，表面上看，平台通过加入评价等功能将指示权“移转”至消费者，消费者可以对“网约工”的行为进行管理。实际上，该行为仍符合平台内在的经营逻辑、体现了平台经营自由，即让消费者实现“用脚投票”的效力。因此，该行为不属于实质上的指示权让渡行为。

2. 惩戒权：对违反劳动指示的处分

惩戒权是指劳动者违反劳动合同或者用人单位合理范围内的指示权，用人单位可以实施扣减工资、解雇等惩戒处分，劳动者有接受制裁的义务。在劳动法话语体系中，可以认为惩戒权是指示权的必要条件。在难以证明指示权的情形下，如用人单位实施惩戒权，那么必定存在指示权。根据民法体系中的损害填补原则，合同双方当事人的民事主体地位平等，除非特殊规定，一般合同一方当事人不能对另一方当事人实施惩戒行为。^①《劳动法》承认用人单位可以在合理范围内对劳动者行使惩戒权，直接反映了劳动者在劳动关系中的从属性地位，突破了民法体系中平等当事人之间民事责任承担的一般规则，也使得劳动法出离传统民法体系具有了坚实的理论基础。

在平台用工的场景下，平台对“网约工”不当的罚款规则（如超时处罚、消费者满意度不达标处罚、拒绝派单处罚），揭示了“网约工”对平台或代为处罚的外包服务商之间的从属性地位。否则，基于民法中的承揽、中介等平等主体之间的关系，“网约工”未达成任务的，平台只需不予支付报酬或就其损害主张赔偿（即采取违约责任或侵权责任）即可，为何会产生远超于配送费用的高额罚款。如果该高额罚款是超时或者消费者满意度不达标等完成任务不佳造成的损害，那么为什么“网约工”按照约定完成工作任务的报酬如此之低。雇主的指挥权及雇员的服从义务则为雇主因资本或企业组织优势而拥有剩余控制（决策）权的集中体现（肖竹，2021），这种惩

^① 如民法中的产品责任侵权惩罚性条款、知识产权侵权惩罚性条款等都是民法体系中的特殊规定。

罚和报酬的不匹配进一步反映了平台通过资本和企业组织的优势对于剩余价值的控制权，进一步印证了外卖骑手的从属性地位。

（三）业务组成条款的适用

在我国日常语义当中，“营业”被当作主观意义理解，指的是经营活动。阿斯奎尼认为营业是人的组织体，不同的人在不同的等级和位置上，追求的是同一的经济活动。因此，界定平台营业范围的关键在于明确它的经营活动是否包含“网约车”所追求的经济活动。简化测试原则表明，劳动者如果是用人单位业务的中心组成部分，这就有力地表明所讨论的工人是员工（Kirven, 2018）。在确认劳动关系的场合，德国学理上以“人格从属性”为通说，即劳动关系与承揽关系、委托关系等劳务给付关系的区别在于劳动者人身依附的程度不同（瓦尔特曼，2014：48）。人格从属性包括两大要素，一是雇员融入了雇主的组织及雇员在雇主的指挥下提供劳务，二是人格从属性强调雇员在工作内容、工作地点、工作时间及履行方式等方面都听从雇主的指挥（王倩，2017）。我国将接受雇主指挥概括为劳动管理构成要件，融入雇主组织概括为业务组成条款。

Kurin（2017）认为可以通过高度监管特许零工公司（众包商、个体工商户）经营的模式避免零工企业对劳动者的错误分类。Malin（2018）认为特许人的虚假陈述与平台披露规则有相当多的证据表明，平台需要清楚地披露其运营方法以及管理其能够更改这些方法。零工公司与平台经营者存在业务上的高度合作或依赖关系，对于平台经营者和整个平台经济的市场而言，他们往往需要准时、有序、规范的服务，零工公司（众包商、个体工商户）往往需要顺应平台公司的安排。只规范零工公司而忽视平台经营者是一种本末倒置的行为。因此，我们需从规范平台经营者的用工行为入手，既能兼顾市场需求，又能维护劳动者权益。

目前我国认定劳动关系是通过《通知》中规定的构成要件来认定的，其中第一条第三款规定：劳动者提供的劳动是用人单位业务组成部分。用人单位应当如实将其经营的主要业务登记备案或申报至市场监管部门，但事实上许多平台都将自身登记为中介服务、信息服务提供者以混淆其真实的营业范围。通过此方法劳动关系的适用，减轻用工成本。因此，在适用该条款时要依据事实优先原则，对于平台的业务考察不能局限于其申报的营业范围，而要依据其真实的经营情况、利益来源等作综合认证。当然，在实践中不可否认的是容易出现平台既对“网约车”实施劳动管理（如指示、惩戒等），又标榜自己只提供信息中介服务的情形。对此，此类平台只有两条路径可以选择，要么将“网约车”“收编”成为正式员工，要么彻底去除管理因素，只提供信息服务。

实践中容易被忽视的情况是，如果平台与“网约车”之间只成立上下游供应商之间的合作关系，平台无权对“网约车”指示、惩戒，否则违背《反不正当竞争法》第二条中的经营公平原则，侵害了“网约车”的经营自由。《反不正当竞争法》应当

增设相应条款，与《劳动法》一起综合治理平台行为。此外，若是基于平台的市场支配地位，平台对“网约工”指示、惩戒，则平台经营者违反《反垄断法》第七条：排除、限制竞争行为。因“网约工”只能遵循平台的定价，其行为受平台约束，平台恣意干涉“网约工”的自主经营权、限制自由竞争。《反垄断法》《反不正当竞争法》应当与《劳动法》，综合治理平台破坏市场自由竞争的不当用工行为。此举也能解释市场上存在真正的“独立承包人”网约工，他们工作时间自由、经济上也不受平台约束，平台对他们缺乏劳动管理，平台也难以通过经济上的接单规则实现劳动控制，其业务也不是平台业务的组成部分，如在“58同城”上可以下单家居设计服务。国外有许多学者提出有关独立承包人的构想(Grant, 2016; Miriam & Aloisi, 2017; Valerio, 2016)，也提出了需要用反垄断法规制的观点，然而，这些学者缺乏劳动管理的构成标准的探讨。在没有对劳动管理和不正当竞争提出明显界分的情况下盲目适用“独立承包人”概念则会加重隐蔽雇佣，且这一部分劳动者同时又受到竞争法规制，无疑对于他们的生存问题雪上加霜。

五、结语

综合来看，“网约工”用工关系要么符合劳动关系，要么在平台资本强势且对“网约工”进行劳动管理的情况下，选择《反不正当竞争法》《反垄断法》法综合治理。本文旨在剥离平台用工的技术外衣背景下，对于从属性理论的重新梳理，破除劳动关系认定要件的僵化并提升其适用性。司法实践中劳动关系的认定要件可以概括为：主体适格、用人单位对劳动者实行劳动管理、劳动者的工作内容是用人单位的业务组成三个方面。在平台用工场景下，平台通过个体工商户化“网约工”使其失去了建立劳动关系的主体资格；又通过碎片式的任务接单和薪酬激励隐去了劳动管理外观，最后还要通过营业登记否认“网约工”的工作内容与平台主营业务之间的包含关系完美地避开了劳动关系的认定要件。

通过坚持事实优先原则，“网约工”的个体工商户形式不能影响其与平台成立劳动关系；通过劳动的指示权、惩戒权的行使可以判断平台对“网约工”是否存在劳动管理；基于业务组成条款，在实践中如可以论证平台业务包含“网约工”工作内容，那么在符合劳动管理的情形下，平台与“网约工”之间的劳动关系就能得到证成。然而，实际情形中确实存在平台的经营业务不包含“网约工”的工作内容的情形。如果平台的经营业务不包含“网约工”的工作内容，然而对“网约工”通过算法引导、薪酬激励等手段事实上行使了惩戒权和指示权，那么虽然平台与“网约工”之间不能成立劳动关系，但平台却涉及违反竞争法中的排除、干涉竞争的行为。面对平台用工背景下的资本强势情形，需要通过劳动法与反垄断法之间进行搭桥，可以达成对平台用工进行综合治理的目的。

参考文献

- [1] 班小辉.“零工经济”下任务化用工的劳动法规制[J].法学评论,2019(3):106-118.
- [2] 陈龙.两个世界与双重身份——数字经济时代的平台劳动过程与劳动关系[J].社会学研究,2022(6):81-100+228.
- [3] 李润钊,新就业形态劳动者入会集中行动,以“平台思维”推动平台建“家”[EB/OL].(2021-10-08).
<http://acftu.people.com.cn/n1/2021/1008/c67502-32247312.html>.
- [4] 马克思,恩格斯.马克思恩格斯文集(第八卷)[M].北京:人民出版社,1998.
- [5] 沈锦浩.双重不确定性与外卖骑手的情感劳动——基于上海市的田野调查[J].青年研究,2022(2):14-25+94.
- [6] 沈锦浩.妥协与自主:外卖骑手劳动过程中的“制造同意”[J].工会理论研究(上海工会管理职业学院学报),2020(6):4-14.
- [7] 粟瑜,王全兴.我国灵活就业中自治性劳动的法律保护[J].东南学术,2016(3):104-113.
- [8] 佟丽华,骑手谜云:法律如何打开外卖平台用工的“局”[EB/OL].(2021-09-13).<https://mp.weixin.qq.com/s/FIdsv8K-tESolDNLIXGMog>.
- [9] 瓦尔特曼.德国劳动法[M].沈建峰,译.北京:法律出版社,2014:44-50.
- [10] 王军,网约车平台“抽成”过高?监管该如何是好[EB/OL].(2021-05-17).https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_12703600.
- [11] 王倩.德国法中劳动关系的认定[J].暨南学报(哲学社会科学版),2017(6):39-48+130.
- [12] 王倩.共享经济用工中的劳动关系认定理论研究综述[J].中国劳动关系学院学报,2020(2):76-82.
- [13] 王全兴,王茜.我国“网约车”的劳动关系认定及权益保护[J].法学,2018(4):57-72.
- [14] 王天玉.超越“劳动二分法”:平台用工法律调整的基本立场[J].中国劳动关系学院学报,2020b(4):66-82.
- [15] 王天玉.互联网平台用工的“类雇员”解释路径及其规范体系[J].环球法律评论,2020a(3):85-100.
- [16] 王天玉.基于互联网平台提供劳务的劳动关系认定——以“e代驾”在京、沪、穗三地法院的判决为切入点[J].法学,2016(6):54.
- [17] 我妻荣.民法讲义·债法各论·中卷二[M].周江洪,译.中国法制出版社,2008.
- [18] 肖竹.第三类劳动者的理论反思与替代路径[J].环球法律评论,2018(6):79-100.
- [19] 肖竹.劳动关系从属性认定标准的理论解释与体系构成[J].法学,2021(2):160-176.
- [20] 杨召奎.三问外卖骑手“个体工商户化”[EB/OL].(2021-09-28).https://m.gmw.cn/2021-09/28/content_1302616250.htm.
- [21] 张凌寒.算法权力的兴起、异化及法律规制[J].法商研究,2019(4):63-75.
- [22] 张刃,外卖骑手注册个体工商户引发的思考[EB/OL].(2021-10-08).https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_14811161.
- [23] 张荣芳,杨丰苑.劳动者或者雇员:个人承包人招用劳动者的劳动保护问题[J].理论月刊,2015(9):146-151.
- [24] 郑广怀等.武汉市快递员外卖员群体调查:平台工人与“下载劳动”[EB/OL].(2020-03-30).<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1662568739213501265&wfr=spider&for=pc>.
- [25] 郑尚元,王艺非.用人单位劳动规章制度形成理性及法制重构[J].现代法学,2013(6):72-84.
- [26] 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[J].中国法学,2005(3):80-89.
- [27] 周翔.美团数据不可信,外卖骑手真正收入低于城市底薪[EB/OL].(2020-09-16).https://www.sohu.com/a/418675927_115479.
- [28] 邹开亮,王霞.我国《民法典》时代雇佣关系的法律适用[J].浙江理工大学学报(社会科学版),2021(4):426-431.
- [29] Amit, R., and X. Han, “Value Creation Through Novel Resource Configurations in a Digitally Enabled World”, *Strategic Entre-Preneurship Journal*, 2017(11):228.

- [30] Brown, G., “An Uber Dilemma: Employees and Independent Contractors in the Sharing Economy” , *Labor and Employment Law*, 2016,75:15–43.
- [31] Cherry, M. & A. Aloisi, “Dependent Contractors in the Gig Economy: A Comparative Approach” , *American University Law Review*, 2017,66:635–689.
- [32] De Stefano, V., “The Rise of the ‘Just– In– Time Workforce’ : On– Demand Work, Crowd Work and Labour Protection in the Gig– Economy” , *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2016,37:471–503.
- [33] Kirven, A., “Whose Gig Is It Anyway? Technological Change, Workplace Control and Supervision, and Workers’ Rights in the Gig Economy” , *University of Colorado Law Review*, 2018,89:249–252.
- [34] Kurin, J., “A Third Way for Applying U.S. Labor Law to the Online Gig Economy: Using the Franchise Business Model to Regulate Gig Workers” , *Journal of Business & Technology Law*, 2017(12):193–226.
- [35] Malin, M. H., “Protecting Platform Workers in the Gig Economy: Look to the FTC” , *Indiana Law Review*, 2018,51(2):377–412.
- [36] O’Connor, S., “The Human Cloud : A New Word of Work” , *Financial Times*, 2015–10–08.
- [37] Prassl, J., & M. Risak, “Uber, TaskRabbit & Co: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork” , *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2016,37:619–652.

【作者简介】王 霞：东南大学法学院，东南大学人权研究院（国家人权教育与培训基地），法学博士研究生。研究方向：人权法学。

邹开亮：华东交通大学人文学院法学系副教授，硕士生导师。研究方向：经济法学。

Adaptation Explanation of the Constituent Elements of Labor Relations in the Context of Platform Employment

WANG Xia¹ & ZOU Kai-liang²

(1. School of Law, China Institute for Human Rights, Southeast University, Nanjing 211189, China; 2. School of Humanities and Social Sciences, East China Jiaotong University, Nanchang 330013, China)

Abstract: In the pursuit of profit maximization, platforms have started a wave of “de-laborization” by weakening the subject suitability and organizational subordination of “online workers” and diluting their own labor management functions. A comparison of the dichotomous and trichotomous approaches to labor relations and an exploration of the jurisprudential basis for the subordination of labor relations reveals that there is no substantial difference between the path of formation of “online workers” and traditional workers. The application of the law on the constituent elements of traditional labor relations should follow the principle of factual priority, focusing on the determination of the right to instruct and discipline and the substantive scope of the business operated by the platform. The article aims to enhance the applicability of the constitutive elements of labor relations through their causal application. At the same time, it provides a theoretical basis for building a comprehensive management bridge between labor law, anti-unfair competition law and anti-monopoly law on platform employment.

Keywords: platforms; online workers; labor relations

(责任编辑：马莹)