

美国“零工经济”中的从业者、保障和福利*

[美]赛思·D.哈瑞斯

内容提要:在美国现行劳动法、雇佣法与税法体系下,工人在某一工作关系中,其身份可能是“雇员”也可能是“独立承包商”。雇员有权获得法定福利和保护。独立承包商则不同,他们在缔结契约之时被认为具有足够的议价能力,他们要么能避开不利后果,要么能利用其在市场中的自由度而规避不利后果。此种有关工人的二分法以及因此可能产生的高风险结果,在“零工经济”(网上平台)公司提供个体劳动服务的情形下已受到挑战。本文认为,在线平台公司与他们的“独立工人”所形成的关系使得这些工人在雇员地位与独立承包商地位之间形成一个灰色地带。美国法律并没有提供明确和广泛适用的规则来解决由此产生的歧义与模糊性,而且也无法确保裁决者能够作出一致以及可预测的决定。本文阐述了一系列原则,旨在引导政策制定者确定如何改革工人分类制度,同时还提供了一个政策方案菜单,评估每个解决方案如何服务于这些原则。

关键词:零工经济 在线平台 独立从业者 议价能力

赛思·D.哈瑞斯(Seth D. Harris),美国康奈尔大学公共事务研究院教授。

引言

美国的劳动法、就业法^[1]和税法以二元形式对工人进行分类:在任何一种工作关系

* 本文最初在中国社会科学院法学研究所主办的“首届环法论坛:分享经济与法律变革”国际研讨会(2018年5月5-6日)上展示,并受耶鲁大学法学院 Paul Tsai 中国中心赞助。非常感谢 Miriam Cherry, Charlotte Garden, Jamie Horsley, Orly Lobel, Lawrence Mishel 以及会议上的报告人、评议人以及其他与会者的评论,本人获益良多,当然文责自负。本文为作者在全世界范围内首发。译者为汪雨蕙,美国宾夕法尼亚大学法学院硕士研究生;校对者为金晶,中国政法大学民商经济法学院讲师。另,本文在翻译过程中,唯恐对作者文章原意无法完全把握到位,因此原文注释中非法律条文或相关合同条款等相关解释或背景介绍等内容未作翻译,以使读者能够更进一步了解文章的原意、价值与精髓。

[1] In the United States, “labor law” typically refers to the law of worker organizing and collective bargaining, codified in the National Labor Relations Act, as amended. 29 U. S. C. § 151 et seq. (2018). “Employment law” typically refers to labor standards that apply to and are enforceable by individuals. Where relevant, I employ these usages in this article.

中,工人既可能是“雇员”,也可能是“独立承包商”。^[2] 这一分类方式具有很高的风险。根据美国联邦法律和州法律的规定,本国雇员有权获得一系列法定福利和保护。例如,雇员一周工作 40 小时以上须至少获得最低工资和加班费;^[3] 雇员在雇佣、解雇和基于种族、性别、残疾和其他选定的个人特征的雇佣条款和条件方面不受歧视;^[4] 雇主须为雇员提供安全和健康的工作场所;^[5] 雇员在许多情况下享有因家庭和医疗原因而产生的无薪休假;^[6] 雇主提供全部或部分的工资税补贴以使雇员有资格获得失业保险、社会安全退休保障金、残疾补助以及医疗保险;^[7] 雇员享受职工赔偿保险;^[8] 雇员享有组织和集体谈判的权利。^[9] 规模较大的雇主必须为雇员提供健康保险,否则将被处以罚款。^[10] 有的雇主如果要为雇员提供退休储蓄计划,必须满足一系列广泛的要求。^[11] 这些福利和保护构成了一个多世纪以来发展起来的美国工作场所社会契约。

上述法律允许政府代表雇员对雇主行为进行有限干预,以确保最低限度的劳动力市场成果。法律还通过防范和纠正市场失灵(如雇员与雇主之间的信息不对称)以及基于敌意和偏见的非理性的雇主行为来提高劳动力市场效率。最近有关美国正在崛起的 Me-Too 反性骚扰运动^[12] 的新闻报道有力地说明,尽管法学和经济学学者已经进行了预测,但雇主的导致不良后果的非理性行为等仍然顽固存在。^[13]

除了极少的例外情况外,独立承包商无权依法享有与雇员相同的保护和福利。^[14] 能

[2] Workers may be employees in one work relationship and independent contractors in another. For example, a worker who is employed in an office and properly classified for those purposes as an “employee” may also work as a “handy man” and, in that capacity, be classified as an independent contractor.

[3] Fair Labor Standards Act, 29 U. S. C. § 203 et seq. (2018).

[4] Title VII, Civil Rights Act of 1964, 42 U. S. C. § 2000e et seq. (2018); Americans with Disabilities Act, 42 U. S. C. § 12101 et seq. (2018); Age Discrimination in Employment Act, 29 U. S. C. § 621 et seq. (2018).

[5] Occupational Safety and Health Act, 29 U. S. C. § 651 et seq. (2018).

[6] Family and Medical Leave Act, 29 U. S. C. § 2601 et seq. (2018).

[7] Federal Unemployment Tax Act, 26 U. S. C. 3301 (2018); Federal Income Contributions Act, 26 U. S. C. § 3111 (2018).

[8] N. Y. W. K. C. 9-200 et seq. (2013) (New York’s workers compensation law).

[9] National Labor Relations Act, 29 U. S. C. § 151 et seq. (2018).

[10] Patient Protection and Affordable Care Act, 26 U. S. C. § 4980H (2018) (employer mandate provision).

[11] Employee Retirement Income Security Act, 29 U. S. C. 1001 et seq. (2018).

[12] “The #MeToo Moment”, *N. Y. Times*, <https://www.nytimes.com/series/metoo-moment>, 如无特别注明, 本文所有网络资料最近访问时间均为[2018-05-31]。

[13] 例如, Richard Epstein, *Forbidden Grounds: The Case Against Employment Discrimination Laws* (1992) (arguing the market would resolve workplace and labor market discrimination making anti-discrimination laws redundant, unnecessary, and dangerous)。

[14] 例如, 29 U. S. C. § 152 (3) (2018) (excluding “any individual having the status of an independent contractor” from the coverage of the National Labor Relations Act). One exception is that independent contractors have protections against a few forms of discrimination in the making, termination, and administration of contracts. See 42 U. S. C. § 1981 (2018)。

否依法享有保护和福利以是否具有议价能力为逻辑起点。^[15] 一般而言,在与雇主的关系中,雇员并无足够的力量保护其免受社会不可接受的和经济上不利的后果。这种雇佣关系的实质是工人将自己对工作的控制权拱手让与雇主(以此换取未来经济状况的改善),工人因此在经济上依赖于雇主。此种工作场所社会契约承诺以控制雇员的工作为对价,因此,法律要求雇主提供最低水平的经济和人身安全保障。

此举并不旨在将独立承包商排除在上述利益和保护之外。相反,独立承包商不会遭受不良后果,原因在于,他们被假定在与签约对象交涉时有足够的个人议价能力以抵御上述不良后果,或者利用他们在市场上的自由来逃避不良后果(可能是将业务或商业上的混合从而转换成其所提供的服务)。由于无需政府干预来实现社会契约的目标,独立承包商在与其他企业的交易中几乎得不到任何法律保护。^[16]

这种二元结构受到提供个人劳动服务的“零工经济”或“在线平台”公司的挑战。在美国,这些公司包括 Uber 和 Lyft 这类乘车公司, handyman/ handywoman、TaskRabbit 和 Handy 这些其他类型的家庭服务平台,ThumbTack 等个人培训和其他个人服务平台以及 Instacart 和诸如 GrubHub 的食品派送平台。正如本文其后所言,这些业务的结构将在线平台工作者置于雇员与独立承包商这两种身份之间的灰色地带。这种工作关系兼具雇佣和独立承包特征,换言之,正如一位美国联邦法官所言,在线平台工作者“似乎不像雇员”,但也不像“独立承包商”。^[17] 当被要求依法对在线平台工作人员分类时,法官拒绝了这一要求并表示,陪审团面临的情况类似于——“手握一个方形钉子,被要求在两个圆孔间做出选择的困境……某些因素使结论指向一个方向,另一些因素则使结论指向另一方向,还有一些因素则不明确。”^[18]

将工人分类置于法律的灰色地带可能会导致相当严重的后果。在美国,数百万应享有法律保护 and 福利待遇的工人可能会被剥夺这些权益,原因可能是雇主在没有明确法律规则的情况下对其进行分类(或错误分类),或者是因为法院或行政机构难以达成一致和

[15] My analysis is broadly consistent with Guy Davidov’s “purposive” approach to determining the scope of employment and labor laws’ coverage; however, he defines these laws’ purpose as protecting workers against subordination and dependency while I have defined their purpose as protecting against the consequences of unequal bargaining power. See Guy Davidov, *The Status of Uber Drivers: A Purposive Approach*, 6 *Spanish Lab. Law & Empl. Rels. J.* 6 (Nov. 2017); see also Brishen Rogers, *Employment Rights in the Platform Economy: Getting Back to Basics*, 10 *Harv. Law & Policy Rev.* 479 (2016) (a similar approach focused on an anti-dominance purpose). Davidov’s criticism of bargaining power as an organizing principle is that it is “vague.” His reliance on ambiguous terms already employed in U. S. worker classification tests and his interpretation of those terms in a manner that achieves his desired result belies this argument. Also, I seek to remedy the perceived malady that bargaining power is a vague concept with my discussion *infra*. Finally, some benefits elements of the American workplace social compact (e. g. , health insurance, workers compensation, unemployment insurance) that Davidov does not discuss would not fit comfortably within an anti-subordination, anti-dependency narrative.

[16] In addition to limited protection against discrimination, see *supra* note 14, the U. S. common laws of contracts and torts provide independent contractors with some protection against coercion and fraud. These protections are designed to reinforce independent contractors’ freedom to contract with any individual or business, or no one, at the independent contractor’s discretion.

[17] *Cotter v. Lyft, Inc.*, 60 F. Supp. 3d 1067, 1069 (2015).

[18] *Id.*, at 1081 – 82.

被证明是合理的结论。这可能导致严重的社会和经济问题。例如,放弃对数百万工人的工资监管,同时剥夺这些工人的集体组织和议价权利,以及对工作场所安全、健康危害和歧视的保护,这可能会加剧既有的收入和财富的严重不平等。那些致力于规避法定工作场所社交契约成本的公司将会扭曲或歪曲工作关系,通过监管套利规避法定福利和保护。由此所滋生的仅是法律伎俩,而非真正意义上的创新。

真正的风险在于,持续的法律模糊将会导致产生高昂的交易成本,因此各方被迫去寻求途径以澄清法律的模糊性。在美国,已经出现持续、昂贵和持久的诉讼,看来这种可预见的后果已经到来。这种高风险源于联邦制和多个州和联邦行政机构、法院解释所适用的法律,不同裁判者对工人分类这一相同问题的结论各异。简言之,得出任何结论都将耗费时间和成本,迄今为止的证据强烈表明,最有可能的结果是不同司法辖区、法律和裁判者可能会得出不同的结论。另一方面,这一现象会使原本模棱两可的问题被强加以错误的确定性,例如将所有独立从业者明确宣布为“雇员”,这可能会使创新企业和新商业模式遭受不当监管的负担,进而抑制经济增长,扼杀创造就业机会并剥夺工人赚钱的新方式。

本文将对根据美国劳工法、就业法和税法对在线平台工作人员分类所面临的挑战展开讨论,并提出一系列解决方案。尽管笔者会强烈表达“不同方案是否以及如何服务于特定政策目标”这一观点,但本文旨在向读者呈现更像可供选择的菜单而不是预选餐点的方案。此外,笔者将讨论范围扩至在线平台工作人员以外的独立承包商,他们缺乏与在线平台工作人员相同的议价能力,因此也需要政府帮助以使其从工作场所社交契约中获得保护和利益。

第一部分将概括介绍美国工人分类的法律。笔者将概括描述在在线平台公司中提供劳动的工人境况。根据这些情况,将再次评估应如何适用对工人进行分类的法律及该分析所得出的结论。笔者在 2015 年的一篇论文中与合著者艾伦·克鲁格(Alan Krueger)将这些工人称为“独立从业者”。^[19] 为便于使用,下文也将使用这一术语。

第二部分将讨论美国独立从业者的大致数量。尽管这一群体仅占美国劳动力总数的一小部分,但与独立从业者分类相关的问题会对在线平台经济外的大量工人群体产生影响。该部分将讨论这一更为广泛的工人群体,并深入探讨其具有议价能力或缺乏议价能力的标志。

第三部分将审视在确定独立从业者分类时的少量司法判决和行政决定。这部分内容的直接目标欲表明,法院和行政机构非但没有解决这些模糊之处,反而加剧混淆了这一令人困惑的局面。

依据前三部分提供的背景,第四部分将提出一个政策选项清单,虽不全面,但或许可以解决工人分类难题。确定首选政策的出发点是考虑并选择选项本身须满足的目标(政策分析称之为“选择标准”)。在讨论了可能的目标后,本部分将提供一系列政策选项并予以批判,一些是美国司法辖区已实施或正在考虑的方案,另一些则只是一些概念性的选

[19] Seth D. Harris & Alan B. Krueger, A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First-Century Work: The “Independent Worker”, Discussion Paper 2015 - 10 (The Hamilton Project - Brookings Inst. Dec. 2015).

项。这一分析结论将重申 2015 年 Harris-Krueger 方案的观点,但也会提供一些有价值的替代方案。

一 工人分类法和“独立从业者”

(一) 美国工人分类法中的模糊性

在美国,区分雇员与独立承包商涉及一系列应用于工人与企业之间关系的因素。“因素”指裁判者(例如法院或行政机构)或公司在作出分类决定时应考虑的特定事实。与“要素”不同,裁判者在得出工人是“雇员”之前无需发现所有存在的因素,他们可以权衡不同因素来得出结论。这一过程没有公式,而是基于判断雇员身份的指导原则和标示来确定。

这些因素的作用是工人分类模糊性的第一个来源。除了宣称其适用范围仅限于“雇员”的法律之外,大多数劳动法和就业法都未提及如何对工人进行分类。法院已经从普通法中导入了工人分类规则,但这些规则是为其他不相关的目的而设计的。^[20] 这些规则演变成了进入工作场所社交契约的门槛,却没有任何政策制定者去评估这些规则是否符合分类目的,或者其适用结果是否从社会和经济角度而言是最优选择。不同的裁判者选择他们为解决特定案件而强调不同因素,但这并不是因为他们考虑了更广泛的政策议题,而是后者通常不在法官和法院的管辖范围之内。

法院和行政机构常警告说,没有任何一个因素能够起到决定性作用,因素权衡取决于决策者。由此产生的分析往往只是证明预先所确定的结论是正确的,而不是提供客观可靠的考虑因素。虽然没有统一或绝对的规则,但优先考虑一个或几个因素可能取决于相关规则的制定目的。在这一法定解释的支配下,毫无疑问,最终的结果可能更模棱两可,而不是更明确。不同的劳动法、就业法和税收法规服务于不同目的。例如,反歧视法律促进了工人的平等就业机会,并消除不合理和带有偏见的雇主决策。所得税法为政府获得收入,激励可取行为并抑制不良行为。既然其具有广泛的补救目的,那么,界定反歧视法适用范围的因素是否应该广于所得税法? 在所得税法中,政府对征税合法性的举证责任更重。在某一法律法规中在工作场所受到种族歧视保护的工人,会不会根据另一法令被雇主剥夺了其代扣税款?

正如克鲁格和笔者所解释的,第二个模糊性的来源是,美国的劳动法、就业法和税法在评估“雇员”身份时所考虑的因素应当是不同的。没有一项标准可以适用于所有法律,不同法律的标准是不同的。尽管如此,不同法律适用的标准仍包含许多共同或类似因素,

[20] For a helpful discussion of the origins of these tests, see Richard R. Carlson, Why the Law Still Can't Tell an Employee When It Sees One and How It Ought to Stop Trying, 22 *Berkeley J. of Lab. & Empl. Law* 295, 302-06 (2001). This relationship between common law agency principles and coverage rules for labor, employment, and tax laws is not inevitable. According to Mimi Zou, in China, adjudicators determine whether employment relationships exist for employment and labor law purposes using rules that are different from those established by agency, tort, and contract law. See Mimi Zou, The Regulatory Challenges of “Uberization” in China: Classifying Ride-Hailing Drivers, 33 *Int'l J. of Comp. Lab. Law* 269 (2017).

这些因素构成了工人分类决策的一个粗略核心。一个简单的问答形式能够说明这些因素,如下所述,对所提问题的“肯定”答案会使得一个工人更可能是“雇员”:

- 工作是否与雇主业务不可分割(完整性)?
- 工作是否不一定依赖特殊技能(特殊技能)?
- 雇主是否提供必要的工具和/或设备并承担投资损失风险(资本投资)?
- 工人是否退出竞争市场来为雇主工作(退出竞争)?
- 雇员是否与雇主有永久或无限期关系(永久性)?
- 雇主是否设定工作量、工作时间和工作方式(控制)?
- 工人是否享有保险、退休金计划、病假或其他表明雇佣关系的福利(福利)?
- 工人是否得到有保证的工资或薪水而非计件付费(工资/薪金)?
- 各方是否认为他们已经建立了雇主——雇员关系(主观信念)?^[21]

这份清单揭示了模糊性的第三个来源,即若干因素依赖于模棱两可的语言和概念。“雇主业务中不可分割”的含义是什么?“不可分割”需要达到什么程度?为成为独立承包商,工人的技能须“特殊”到什么程度(建筑师、医生、律师和高级管理人员这样具备高技能和专业化的工作者是否可以成为雇员)?多长时间的关系才能满足“永久性”要求(特别是考虑到美国长期以来存在的就业意愿任意性规则)?员工的整个工作生涯都必须具有持续性吗?缺乏固定的合同条款是否能够满足要求?为什么双方的主观信念很重要?如果双方信念不同会怎样?当裁判者几乎普遍认为合同条款没有界定工人的法律地位时,主观信念如何保持相关性?

对独立从业者而言,模糊性的最终来源是,如果因素指向相反的结论,美国法律将不适用任意性规则。如果五个因素表明该雇员是“雇员”,并且有四个因素表明该雇员是“独立承包商”,那么正确的结果是什么?包括法国(取决于具体情况)、葡萄牙、爱沙尼亚、捷克、墨西哥和荷兰在内的一些西方国家都采用了法律推定,即工人在没有反驳雇主推定的情况下是“雇员”。^[22] 任意性规则明显限制了模糊性情况出现的数量,并留下一些情况根据更具有针对性的方式来决定。

(二) 界定相关公司、独立从业者及其引发的法律问题

本文中,只有个人服务部门对有争议的工人分类提出了挑战,他们就是克鲁格和笔者讨论过的“独立从业者”。^[23] 提供非个性化服务的公司(如 Airbnb)或商品(如 Etsy 或 eBay)在美国引发了一系列监管问题,但通常与劳动法、就业法和税法中有关雇佣的条款无关。

虽然无法验证在线平台公司与其独立从业者之间的每一面关系背后的事实情

[21] Harris & Krueger, *supra* note 19, at 8 (Table 1). For a fuller discussion of the various worker classification tests, see Orly Lobel, 'The Four Pillars of Work Law', 104 *Mich. L. Rev.* 1539 (2006).

[22] Organization for Economic Co-operation and Development, Non Regular Employment, Job Security and the Labour Market Divide, <http://www.oecd.org/els/emp/Emo2014-Annex-chapter4.pdf> (Sept. 2014) (describing some Western economies (e.g., Czech Republic, Estonia, France [in selected circumstances], Mexico, The Netherlands, and Portugal as employing statutory presumptions that essentially establish "employee" status as a default condition).

[23] Harris & Krueger, *supra* note 19.

况，^[24]但我们大体上可以将其视为由平台、独立从业者和顾客组成的三角关系。^[25] 平台—顾客关系是三角关系中的第一面。在线平台创建了一个沟通渠道，通常是下载到智能手机上的应用程序，顾客用它来向平台传达自己需要的某种个人服务，例如乘坐汽车，环境美化或者食物派送。独立从业者—顾客关系是三角形的第二面，独立从业者向顾客提供他们所要求的服务。

1. 不可分割性、特殊技能和资本投资

三角关系的第三面是独立从业者—平台关系，这是关键法律问题之所在。独立从业者的手机应用程序客户端会通知其顾客的服务请求，一旦收到通知，独立从业者就可以使用该应用程序选择他们想服务的顾客。一些平台（例如 Uber 和 Lyft）可能会主动将顾客分配给某个独立从业者，这些情况下，独立从业者保留一些能力——从有限的到绝对的——接受或拒绝服务的机会。很多情况下，独立从业者可以设置参数，如地理位置、服务类型或费用范围，以限制他们愿意服务的顾客类别。例如，在某些司法辖区，Uber 驾驶员可以在应用中输入一个设置，确保当天的最后一次顾客旅程结束于驾驶员家（或其他首选位置）附近。^[26] TaskRabbit 的工作人员可以让独立从业者在顾客家中进行较轻的施工作业，但不能提供私人助理服务。

通过分析用于工人分类的前三个因素可以得出几个事实结论。第一个结论是，无论如何定义“不可分割性”，独立从业者的工作无疑是在线平台公司的业务中不可或缺的一部分。虽然平台公司也许会对这一结论提出异议，^[27]但没有优秀司机的 Uber，就像没有家庭清洁工的 Handy 一样无法正常运行。这些独立从业者不像偶尔为一家大型制造公司提供咨询的外部律师。第二个结论是，许多独立从业者的工作并不依赖于特殊技能，例如驾驶汽车、打扫房屋、运送杂货和进行家庭修理工作。当然也有例外，例如持牌管道工和私人培训师，这些不同的情况与个案有关，但实际运行规则表明，大部分独立从业者似乎都在从事低技术工作。因此，这两个因素表明，独立从业者应该被划分为雇员。

[24] For a fuller discussion of these underlying facts, see *Lawson v. GrubHub, Inc.*, Case No. 15-cv-05128-JSC (N. D. Cal. Feb. 8, 2018) (granting summary judgment to GrubHub); O Case No. 15-cv-05128-JSC (N. D. Ca., 82 F. Supp. 3d 1133 (N. D. Cal. 2015)); *Cotter v. Lyft, Inc.*, 60 F. Supp. 3d 1067, 1069 (2015); see also Charlotte Garden & Joseph E. Slater, Comments on Restatement of Employment Law (Third), *Chapter 1*, 21 *Employee Rts. & Employment Policy J.* 265 (2017).

[25] This rendering and analysis of online platform companies' work relationships is generally consistent with that offered in Garden & Slater, *supra* note 24, at 289–94. The online platform companies would likely dispute this characterization vigorously. They describe themselves as technology companies whose role is strictly limited to creating a market in which customers and service providers connect and transact business. The European Court of Justice rejected this argument in a 2017 decision, and I am not aware of any U. S. court that has accepted it. See Natalia Drozdiak, Uber Dealt Blow as EU The online platform companies would likely, *Wall Street Journal* (Dec. 20, 2017), <https://www.wsj.com/articles/uber-suffers-blow-as-eus-top-court-rules-it-is-a-transport-company-1513760472>.

[26] I learned about this new opportunity from my driver during a recent Uber trip.

[27] See generally *supra* Drozdiak, note 25 (the companies argue they are technology firms, and so the work of their associated workers is not integral to their provision of digital services); see also *Aslam v Uber*, [2016] Case Nos. 2202550/2015 & Others (Emp. Trib.) (Oct. 28, 2016), slip op. at 27 (“it is, in our opinion, unreal to deny that Uber is in business as a supplier of transportation services”), <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-farrar-v-uber-reasons-20161028.pdf>,最近访问时间[2018-04-15]。

第三个结论则导致了一个不太明确的结果:独立从业者和平台公司都提供服务顾客所需的工具和/或设备。对于乘车公司,司机使用他们拥有或租赁的汽车。对于勤杂男工/女工服务,工作人员有时使用自己的工具,有时使用顾客提供的工具和用品。对于清洁服务,工作人员经常使用自己的设备和用品,或者使用顾客的设备用品,或两者兼而有之。然而,这些业务的本质是平台公司提供的智能手机应用程序。此外,这些应用程序通常包括帮助独立从业者接触和服务顾客的 GPS 系统,以及便于支付的重要工具。总之,这个因素并不能明确指出雇员或独立承包商的身份。而且,正如下文将更详细讨论的,仅考虑谁为特定任务提供工具或“零工”可能是对该因素的过于狭义的解释。这一因素的意义应该重新考虑,下文将对此进行详细讨论。

2. 永久性和控制

在线平台的作用不仅是匹配独立从业者与顾客,还要将顾客支付的一定比例的费用转付给独立从业者。^[28] 平台公司还可以管理从业者—顾客关系的各个方面,包括为从业者使用其应用程序设定阈值(例如,犯罪背景调查或适用于管辖区域的许可证^[29])。此外,许多平台还提供社会评价系统,让顾客评价从业者的服务质量。这些系统至少可以影响从业者的行为。某些情况下,这些评级可能会产生一些后果,包括终止低评级从业者与平台之间的关系。也许最重要的是,一些平台公司能够决定顾客通过其应用程序所提供的服务向工作人员支付的价格(或价格范围)。如上所述,其他公司允许独立从业者设定自己的价格或价格范围。

从劳动和就业政策的角度观察,平台—独立从业者关系中最重要创新是,独立从业者可以自行决定何时以及是否向顾客提供服务。换言之,在任何时候, Lyft 司机或 TaskRabbit 园艺师都可以选择全天、部分时间、一小时工作或根本不工作,这一选择完全取决于他们自己的判断力,无需与平台公司进行任何协商。这意味着,独立从业者可以决定调动他(或她)的任何闲置时间,并通过与平台公司合作将时间货币化。平台可以偶尔提供经济激励,敦促独立从业者选择工作而不是选择不工作或其他工作,特别是在顾客需求过多时,平台也可以试图敦促独立从业者采取一致的全职工作时间表,在特定时间段或在某些地点运营。然而,激励不是控制,事实上,激励是缺乏控制的证据。平台试图引导选择而非强加任务,独立从业者能够自主决定他们与平台公司的工作是短期、长期、偶尔、定期的还是不变的。

美国法律的分类测试的两个因素——关系的“永久性”和对工作人员工作的控制——与这一创新有关,并且通过对这两个因素的分析可以得出两个进一步的事实结论。第三个结论是,独立从业者和平台公司之间的关系既不是永久性的,也不是无限期的。这是独立承包商关系的标志。关于雇主对价格、工作时间和工作方式的控制的第四个结论

[28] There are online platform companies that represent themselves as being little more than professional match-making services; that is, the platform simply creates the opportunity for connections between workers and customers in return for a fee and plays no other role. Upwork, a platform that serves this purpose for skilled project workers in the U. S., is one example. See www.upwork.com. I do not mean to imply that these claims are false, or to endorse them as true. They should be subjected to independent scrutiny that is beyond the scope of this article.

[29] For example, all Uber drivers in New York City must be licensed by the city's Taxi and Limousine Commission to drive “black cars”. Drive with Uber | New York City, <https://www.uber.com/drive/new-york/> (Uber corporate web site's description of the requirements for its drivers in New York City). In other cities, there is no similar limitation.

更具挑战性。在线平台经济中,独立从业者和雇主与所涉及的公司共享控制权,但关键决策权仍由独立从业者控制。也许最重要的是,没有雇员可以像独立从业者一样选择何时、是否、如何以及在何地工作。^[30] 甚至雇员的“工作地点弹性”和“工作时间弹性”的安排(即雇主对工作时间和地点的灵活性安排)都需要得到雇主批准,雇主有权随意更改或取消该安排(在没有集体谈判协议条款或个人合同条款的前提下),以及雇主在这些安排范围内对所有其他工作方面享有控制权。独立从业者的安排是不同的,其核心差异在于控制。对这个因素的公正评估会得出一个混合的结论:平台和独立工作者都会对工作有所控制。

3. 退出竞争、福利和工资/薪水

独立从业者-平台关系中的另一重要创新是,在大多数情况下,独立从业者在限定的时间段内不会被限制为只能与单一平台公司合作。^[31] 例如,司机经常同时运行他的 Uber 和 Lyft 应用程序。在接受由一家共乘公司提供的搭车请求后,司机关闭了第二家公司的应用程序。驾驶完成后,驾驶员可以再次启动两家公司的应用程序,等待来自任何潜在来源的新顾客。^[32] 同样,驾驶员不仅限于与乘车公司合作。笔者与一位 Uber 司机同乘过一次车,他在午餐时间从一个“全职”的传统工作转换为开车送客人去机场的工作。虽然并不普遍,但在线平台、传统平台和合同安排的混合和匹配是常见的。^[33]

工人分类测试会询问独立工作者是否退出竞争市场来为雇主工作。对于许多独立从业者而言,答案是“否”。同样,由于雇佣关系的基石是雇主在工作日对雇员的控制权,因此,传统雇佣关系中不能在同一时段同时使用两个应用程序。虽然有些雇员有第二份(或第三份)工作,或与平台公司合作以补充传统工作所赚取的工资,但这些补充安排只能在传统工作所占用的指定工作时间外进行。没有雇员可以同时为两个完全无关的雇主合法地工作。^[34] 因此,对这一因素的分析支持了这些工人是独立承包商的结论。

[30] This is not a mere “flexibility trope” as one academic has argued. See Benjamin Sachs, Enough with the Flexibility Trope, On Labor, <https://onlabor.org/enough-with-the-flexibility-trope/> (May 15, 2018). Sachs misses the point. When, whether, where, and how an employee works are fundamental elements of employer control that are a sine qua non of the employment relationship. These fundamental elements are missing in the relationship between some platform companies and the workers with whom they conduct business. See also Cynthia Estlund, Why Flexibility is Not Just a Trope, On Labor, <https://onlabor.org/why-flexibility-is-not-just-a-trope/> (May 17, 2018) (rebutting Sachs’s argument on other grounds).

[31] Some platform companies ask their workers to sign up for “shifts” during which they are “on call” for work. See e.g., Grubhub for Drivers-Managing Your Schedule-Scheduling with Grubhub, <https://driver-support.grubhub.com/hc/en-us/articles/115005730843-Can-I-deliver-without-a-block-> (describing GrubHub’s “block” system which is encouraged and incentivized, but not required),最近访问时间[2018-06-12]。

[32] I can’t confirm whether the same kind of relationship exists among other competitor platform companies in other businesses, like TaskRabbit and Handy, for example. In Lawson v. GrubHub, the court’s decision indicates that this kind of relationship existed between GrubHub and its competitors. Case No. 15-cv-05128-JSC (N. D. Cal. Feb. 8, 2018) (slip op.).

[33] Diana Farrell and Fiona Greig, “Paychecks, Paydays and the Online Platform Economy”, JPMorgan Chase & Co. Institute (Feb. 2016).

[34] American labor and employment law includes a doctrine known as “joint employment” which addresses the circumstance in which one employee has two employers. However, in every case, joint employment involves closely related employers. See e.g., U. S. Department of Labor, Wage & Hour Division, Administrator’s Interpretation 2016-1, “Joint Employment under the Fair Labor Standards Act and Migrant and Seasonal Agricultural Worker Protection Act” (Jan. 20, 2016) (explaining joint employment doctrine under these laws, withdrawn June 2017).

同样,由于独立从业者的收入通常是按工作量而不是时薪或月薪支付,而且很少获得工作福利,这两个因素也表明了独立从业者的独立承包商身份。

4. 关于独立从业者身份的一般性结论

试图为所有独立从业者达成一个全球范围的法律结论是一项危险的努力。事实因个案和公司而异。此外,一位理性的裁判者可能会反对笔者已达成的一些结论。尽管如此,这一分析很好地说明了美国现有工人分类法所面临的挑战。根据上文中所列的事实结论,我们发现,四个因素指向独立从业者的独立承包商身份,两个因素表明独立从业者的雇员身份,以及两个因素可以支持任何一种或同时支持两种身份。笔者承认,这一数字可能因公司、裁判者或法律而有所不同。尽管如此,在大多数情况下,美国法律并没有告诉我们如何解决会产生模糊性结论的法律案件,即使案件与本文提出的假设不同。因此,法律分类测试不能提供可以在案例中通用的明确答案。此外,这些测试对于没有找到明确答案的案件不能提供决策规则,其结果是模糊和混乱,以及由此产生的不良后果。

(三) 模糊性的后果

工人分类测试的模糊性至少有三个重要的负面后果。第一个后果是对美国法律体系的破坏。根据定义,法律应对相似案件作相似判决。如果裁判者在某一案件中做出判决,所有事实相似的未来案件都应作出相同判决。涉及工人分类时,测试因素中的模糊性以及应如何应用会破坏一种法律承诺,即在不同法律、不同司法辖区或当不同的裁判者解释相同的法规时,法律应对相似案件作出相似判决。^[35] 裁判者对判决的解释通常似乎是对预先确定结果的事后合理化,而不是对某一特定结果的充分和有原则的分析,这不是法律运作的应有方式。

第二个后果是,法律规则缺乏明确性和法律决策缺乏可预见性会破坏法律界定或影响的关系的私人秩序。这种情况下,美国雇主经常对其工人进行错误分类,通常将雇员视为独立承包商。法律的混乱和模糊性使得一些雇主出现了分类错误,他们无意中做出了错误选择,剩下的很多雇主却故意为之,^[36] 这种选择有一个令人信服的经济理由,即雇员比独立承包商带来更高的劳动力成本。

[35] Compare, e. g., *Stanford Taxi, Inc.*, 332 N. L. R. B. 1372 (2000) (National Labor Relations Board appointed by President Clinton holding that taxi drivers are “employees”) with *AAA Cab Services*, 341 N. L. R. B. 462 (2004) (NLRB appointed by President Bush holding that taxi drivers are not “employees”). Compare also *Federal Express Home Delivery v. NLRB*, 563 F. 3d 492 (D. C. Cir. 2009) (delivery drivers are not “employees”) with *Wells v. FedEx Ground Package Sys.*, 979 F. Supp. 2d 1006 (E. D. Mo. 2013) (delivery drivers are “employees”). See also *infra* discussion in Section III for examples involving independent workers.

[36] For evidence of massive misclassification of employees in the U. S., see U. S. General Accounting Office (GAO), *Employee Misclassification: Improved Coordination, Outreach, and Targeting Could Better Ensure Detection and Prevention* (August 2009) (“GAO study”), <http://www.gao.gov/products/GAO-09-717>; Lalith De Silva, et al., “Independent Contractors: Prevalence and Implications for Unemployment Insurance Programs”, Planmatics, Inc., Prepared for the US Department of Labor Employment and Training Administration (2000), <https://wdr.doleta.gov/owdr/00-5/00-5.pdf>. See also generally National Employment Law Project, *Independent Contractor Misclassification Imposes Huge Costs on Workers and Federal and State Treasuries* (July 2015) (collecting misclassification studies).

工作场所社会契约的许多组成部分涉及积极成本,如最低工资、加班费、失业保险和工人赔偿,或涉及法律规定的为降低风险所需的成本,如反歧视和安全与健康法律。^[37]此外,雇主对这些法律规定的福利和保护的管理需要建立合规基础设施——律师、人力资源和劳动关系专业人员、薪酬专家、安全和健康专家、退休和医疗保健专家以及税务专家等——这可能是相当昂贵的。将独立工作者分类为独立承包商,特别是如果他们本应该是雇员,可以让雇主避免或降低这些成本。^[38]

在劳动力占据大部分生产成本的行业中,竞争性合同招标是一种常态,如美国建筑行业,雇员与独立承包商之间的成本差异可能导致赢得和失去合同的区别。^[39]在平台经济等年轻行业中,把独立从业者归类为独立承包商的商业模式所产生的较低的劳动力成本既能使利润预测和 EBITDA^[40]的结果充分发挥作用,也能在资本市场上提供价值优势。一项研究预估,将在线平台公司的独立从业者归类为独立承包商能够节省高达 30% 的劳动力成本。^[41]出于同样原因,任何要求在线平台公司或其他新兴行业将独立承包商分类为雇员的行为,都可能会抑制创新,将有限和急需的财务资源从资本投资、研究和开发中转出,努力推出新产品并为市场提供服务等等。

根据法律规定,^[42]私人诉讼(或取代它的个人仲裁)或政府执法行为的风险被认为是对错误分类的检验方式。^[43]如果雇主败诉,他们可能会受到财务损失和惩罚,也伴随着潜在的高额诉讼或(较低的)仲裁费用。尽管如此,一些雇主愿意承担这些诉讼和执法风险,因为法律的模糊性使他们有充分理由相信他们可能会说服裁判者作出对其有利的判决,即使雇主的分类决定在法律上是可能受到质疑的。雇主会进行成本效益评估:减少劳动力成本的某些好处是否超过法律处罚的不确定风险以及相应的交易成本?在美国,许

[37] A traditional economic argument has been that these nominal costs to employers would be passed along to employees in the form of lower wages. Krueger and I responded to this argument in our paper as follows: Research has found that 80 percent or more of employers' nominal costs to employers would be passed along to employees in the form of lower wages. Krueger and I responded to this argument as follows: employees in the form of lower wages (Gruber 1994; Gruber and Krueger 1991). In addition, the lion's share of payroll taxes are likely to be shifted from employers to employees because labor supply is more inelastic than labor demand. Harris & Krueger, *supra* note 19, at 25.

[38] David Weil, *The Fissured Workplace* (2017) (explaining in detail the reasons for the disaggregation of traditional employment relationships).

[39] GAO study, *supra* note 36 (collecting studies of construction industry misclassification).

[40] This is an acronym for "earnings before interest, taxes, depreciation, and amortization". EBITDA is one measure of net income, and therefore, a company's financial performance that is used, in some cases, as part of a formula to determine the valuation of companies that are not publicly traded.

[41] Karla Walter and Kate Bahn, *Raising Pay and Providing Benefits for Workers in a Disruptive Economy*, Center for American Progress (Oct. 13, 2017), <https://www.americanprogress.org/issues/economy/reports/2017/10/13/440483/raising-pay-providing-benefits-workers-disruptive-economy/>.

[42] Some U. S. labor and employment laws can be enforced only by government action, like the federal Occupational Safety and Health Act and the federal National Labor Relations Act. Other laws can be enforced through litigation by a private litigant relying on a private right of action, like the federal Fair Labor Standards Act. However, a large and rising number of U. S. employers require both their employees and their independent contractors to enter into private individual arbitration of any claims of statutory violations that otherwise would be subject to private rights of action.

[43] Under most labor and employment law statutes, misclassification alone does not constitute a violation. Rather, the litigation or government enforcement action would focus on the failure to obey a law's substantive requirement—for example, paying the minimum or avoiding workplace discrimination.

多雇主的计算结果使他们倾向于作出错误分类。

第三个后果是不必要的昂贵诉讼。虽然诉讼常是纠纷解决的重要手段,但不明确的法律规则和不确定的结果导致了不必要的诉讼,浪费了资源和时间。雇主对独立从业者进行错误分类的动机增加了诉讼数量,因为工人和政府机构将会采取措施来保护工人使他们不被剥夺工作场所社会契约的保护。另一方面,如果一位律师的雇主(即顾客)可以在劳动法、就业法或税法案件中获得全面胜利,并在关于工人是独立承包商还是雇员这一根本问题上进行成功论证,这位律师就会野心勃勃、有强烈的动机去提起诉讼,而不是建议顾客守法或解决工人的诉讼或政府的强制执行行动。

二 美国独立从业者的数量统计和类似性质的工人

(一) 独立从业者的数量统计

鉴于在线平台公司和独立从业者的高关注度,这类工人数量仅占美国劳动力总量的一小部分可能令人惊讶。在我们 2015 年发表的文章中,克鲁格和笔者根据用 Google 搜索到的趋势和数据估算只有 0.5% 的美国工人在在线平台公司工作。^[44] 我们还估算出, Uber 的人数普查令美国所有其他平台公司相形见绌,其中 GrubHub 和 Lyft 以巨大的差距跟随其后,占据了第二、三位。^[45]

Krueger 和 Katz 在随后的研究中验证了 0.5% 的估算值。^[46] 2016 年, JPMorgan Chase Institute 的法雷尔(Diana Farrell)和格里格(Fiona Grieg)分析了数百万条银行记录,对在线平台经济中从事所谓“劳动平台”的工作者人数进行了百分比调查,得出了类似结论。^[47] 然而,每项分析所评估的都是 2015 年或更早的独立从业者人数。法雷尔和格里格在 2013 年和 2014 年披露了此类工人的快速增长率。2015 年和 2016 年上半年的增长速度放缓,但依然很快。^[48] 由于 2016 年 6 月以后可能继续增长,可以假设,在线平台的劳动力数量目前高于美国全部劳动力数量的 0.5%, 尽管不一定高很多。Uber 最近正在美国一些市场通过电视广告招聘新司机, Lyft 向愿意为该平台公司全职工作的司机提供奖金,以上种种强烈表明,与最大的在线平台公司进行业务往来的员工的增长速度太慢,无法满足需求。值得期待的是,美国劳工部劳工统计局将于 2018 年 9 月进行新调查, JPMorgan 也将更新研究结果,这将进一步揭示在线平台经济中的工人数量。^[49]

[44] Harris & Krueger, *supra* note 19, at 10 – 12.

[45] *Id.*

[46] Lawrence F. Katz and Alan B. Krueger, “The Rise and Nature of Alternative Work Arrangements in the United States, 1995 – 2015”, NBER Working Paper No. 22667 (Sept. 2016); See also generally Jonathan V. Hall and Alan B. Krueger, “An Analysis of the Labor Market for Uber’s Driver-Partners in the United States”, NBER Working Paper No. 22843 (Nov. 2016).

[47] Farrell & Greig, *supra* note 33.

[48] *Id.*; see also Diana Farrell and Fiona Greig, *The Online Platform Economy: Has Growth Peaked?*, JPMorgan Chase & Co. Institute (Nov. 2016).

[49] The latter study is expected to show a dramatic proliferation in the number of online platform companies.

(二) 可界定为“独立从业者”的其他工人

三角工作关系存在于美国在线平台经济体之外,出租车司机即是一例,正如克鲁格和笔者所解释的:出租车司机可能与出租车公司有三种关系。所有权经营者本质上拥有其出租车公司:司机拥有出租车并对出租车各方面的责任和工作时间表负责,包括可能将出租车出租给他人。这种关系中没有三角结构;相反,它是所有权人与经营者之间的双边关系,拥有所有权的经营者是独立的商业实体。独立分包商是没有所有权的经营者,他们租赁出租车并以任何他们认为合适的方式运行,无需出租人指示或参与。同样,像拥有所有权经营者一样,这种关系是双边的,而非三角结构。因此,与所有权经营者和其他租用工作场地的小企业主一样,最正确的观点是这些独立的分包商本身就是独立的企业。

三角关系和更复杂的分类任务源于出租或租赁出租车一天或更长时间的工作人员,但他们实际上是为出租车租赁的公司工作。司机可以在特定时间用车并支付租车费用或与公司从当天车费总价中分成。租赁合同表明,司机承担了部分或全部的机会或损失风险,因此这些工人常被归为独立承包商。然而,租来的出租车上标有出租车公司名字、电话号码和网站地址(也许有)。在街上未打到车的顾客(通常仅限于少数大城市和许多机场)可以致电出租车公司调度员、在公司网站填表或使用网约车应用程序约到空闲的出租车。然后,出租车公司派遣司机使用双向无线电系统这种车内移动数据终端或一些其他通信设备来接载顾客。^[50]

正如笔者所言,除了使用不同的技术(有时技术是相同或相似的)之外,一些出租车司机与租车公司之间的关系与独立从业者与 Uber 或 Lyft 的关系之间几无本质区别。^[51]这部分工人使用在线应用程序与公司及顾客沟通,而非传统通信设备,这似乎不能成为判定他们应被区别对待的原则性基础。相反,横向平等似乎要求对他们相同或相似对待。因此,围绕独立从业者的法律模糊性的任何解决方案都应该包括出租车司机。克鲁格和笔者还分析了制定解决方案时可能需要考虑的其他类别工人,包括直销人员。^[52]我们的清单并不全面,因此可能有其他工作人员适合纳入某一解决方案。

(三) 缺乏议价能力和在线平台经济之外的独立承包商

确定哪些工人应被纳入美国工人分类制度的改革中,需要理解议价能力这一制度核心问题。如果没有足够议价能力的工人需要法律规定的社会契约的保护,而拥有足够议价能力的工人则不需要,那么识别议价能力的标记就变得至关重要。一旦这些标记被识别出来,就能为确定哪些工人处于类似位置以及哪些工人存在实质差异提供辨别基础,由此可以重构工人分类规则。

[50] Harris & Krueger, *supra* note 19, at 22 – 23.

[51] One illustration of this horizontal equity issue is a recent conflict in New York City between Uber and Lyft drivers and their companies over minimum wages for the drivers. The drivers have petitioned New York’s Taxi & Limousine Commission for a new rule, but the New York Taxi Workers Alliance, which represents traditional taxi drivers, oppose the petition because it is focused only on the ride-hailing companies. See Graham Rayman, Uber, Lyft drivers in New York City launch campaign for minimum wage, N. Y. Daily News, Mar. 20, 2018, <http://www.nydailynews.com/new-york/uber-lyft-drivers-new-york-city-campaign-minimum-wage-article-1.3885907>.

[52] Harris & Krueger, *supra* note 19, at 22 – 24.

显然,在美国,有独立的商人被恰当地归为独立承包商。他们无需政府干预来保证工作场所或劳动力市场的利益和保护。真正独立的商人可以依靠自己的资源实现这些成果。他们也可以获得超过最低结果的回报,并承担未能实现结果的风险,只要这些结果是其控制范围内的选择的产物。法院经常试图通过关注工人是否能控制给定工作所必需的任务,以及他们是否使用自己的工具和设备来执行这些任务这一狭隘的问题来区分这些独立的商人和雇员。^[53] 本节根据个人讨价还价的能力提出并审查了不同的方法。

1. 个人议价能力与替代差异

当然,对任务以及提供工具和设备的人员的控制与议价能力的理解有关。从另一个因素角度来描述这种情况,放弃对其工作时间以及雇主分配的工作任务详情的控制的雇员已经退出劳动力市场。他们的雇主决定他们将如何花费时间和精力,并从竞争对手那里寻求就业的行为大体上是不受欢迎的。因此,在雇佣关系存续期间,雇主在购买自己雇员的劳务时具有垄断特征,在与雇员交涉时的议价能力很强。显然,雇员可以在自己受雇的时间内申请其他工作,但与辞职和加入新雇主相关的交易成本和风险依然存在。随着这些成本和风险的攀升,雇主的议价能力也在增强。

雇主控制工作时间会产生其他的议价能力后果。在工作场所,雇员只能获得对雇主有用的经验、技能和知识。至少在工作时间之内,他们试图计划或投资增加自身的人力资本和能力以增强他们在现在或未来的议价能力和地位等方面并不自由。类似地,雇员通常不会投资可用于执行其他工作的工作工具或设备并因此增强议价能力。根据职业的不同,缺乏资本和资本投资可能是过渡到新工作安排的另一个障碍。

所有这些因素都表明,决定议价能力的一个至关重要的标志是工人出售劳动服务市场的广度和开放性。这种能力可以表现为工人选择不与特定企业缔约的能力,特别是当企业寻求利用一些议价优势或市场低效时。雇员不能在工作中拒绝雇主的指示而不会有解约的风险。虽然雇主可能能够承受解雇或失去一名雇员的损失,直到雇用新雇员,但该雇员可能无法承受失去工作的损失。两种选择之间的差异为雇主提供了实质性的议价能力。

替代方案的差异性也在独立从业者和独立承包商的谈判地位中发挥着重要作用。他们的替代差异也在很大程度上取决于缔约或拒绝缔约的比较成本和收益。例如,如果独立从业者或独立承包商有已经物色准备已久和可供选择的签约伙伴,那么他/她在与任何一个潜在的签约合作伙伴打交道时就会有很大的议价能力。如果潜在合作伙伴也有其他替代方案,那么当且仅当其未来合同的利益超过未与其他实体签约的机会成本时,双方才会缔结合同关系。这是有效率且自我拘束的合同,对合同当事人和经济都有利。

相比之下,只有一名潜在合作伙伴的独立从业者或独立承包商可能无法摆脱该潜在合作伙伴的合同要约,无论其质量如何。如果这位垄断合伙人可与其他公司缔约,那么替代差异会降低独立从业者或独立承包商的议价能力,使其容易受到垄断者寻租的影响。

[53] See *infra* notes 61 – 74 and accompanying text.

因此,在加拿大、德国和西班牙,^[54]以这种具有脆弱性的方式存在的独立从业者和独立承包商可能被归为“从属承包商”。在加拿大一些省份,从属承包商受到类似雇员的法律保护,至少在解约通知和终止工会会员资格时如此。在承认从属承包商身份的每个国家,这些工人有权获得比其他独立承包商更多的法律保护,但不一定能够媲美雇员。^[55] 雇员和从属承包商均处于弱势地位,他们因其替代差异而处于不利地位,因此政府必须进行干预,由此确保他们能够参与到工作场所的社会契约之中。

独立从业者和独立承包商是否会经历替代差异部分取决于技能、知识和资本(即财务资源、设备或厂房)。潜在合作伙伴在寻求与技能知识越发稀少的工人缔约时的选择将变得更少。例如,合作伙伴将为一位具有独特才华的音乐家或医疗专家支付更高费用,而不是工人或街头清洁工,部分原因是后者类别中的工作人员多于前者。为自己的劳务服务设定价格的能力是由这种替代差异产生的议价能力的一种表现。

类似地,资本充足的企业可能比资本较少的企业能承担更多、不同和更大的任务,从而增加资本充足企业替代性的数量和种类。此外,拥有更多资源的企业可能会在较长时期内等待缔结新约,而资本较少的企业可能被迫立即寻找收入来源。因此,资本状况更好的企业可以选择等待未来的承包机会并放弃近期利润较低的合作,资本较少的企业可能会被迫接受。这些方式中,资本状况较好的企业比资本相对不足的企业拥有更强的议价能力。

2. 替代差异、独立从业者和独立承包商

替代方案的可用性是在线平台公司的独立从业者是独立承包商而非雇员这一观点的主要论据之一。这些公司强调其与独立从业者关系中的主要创新,也就是说,与雇员不同,他们的从业者几乎在任何时候都可以自行选择是否工作、何时工作、工作多久以及是否为其他平台公司、传统雇主或其他公司工作。^[56] 实质上,论点在于在线平台公司并不限制员工的选择。通过这种方式,独立从业者不像从属承包商,而是类似于独立的企业,其合同不会将其绑定到单一顾客或以其他方式限制竞争。

虽然这一论点看似可信,但这是对这类工人议价能力的不完全分析。与多个合作伙伴缔约的权利和名义上的能力只是议价能力的标志之一。还需考虑其他三个因素。

第一,许多独立从业者和一些独立承包商是技术水平较低的工人。因此,与他们签订合同的公司可以很容易地从美国劳动力中大量未充分利用的低技能工人那里找到替代劳动力来源,而这些工人在进入他们的工作岗位时几乎没有任何障碍。^[57] 因此,任何技能

[54] Elizabeth Kennedy, *Freedom from Independence: Collective Bargaining for Dependent Contractors*, 26 *Berkeley J. of Empl. & Lab. Law* 144 (2014).

[55] See generally Miriam A. Cherry and Antonio Aloisi, “Dependent Contractors” in the Gig Economy: A Comparative Approach, 66 *American Univ. L. Rev.* 635 (2017).

[56] See supra notes 28 – 29 and accompanying text.

[57] Unemployment rates are significantly higher among American workers with high school degrees or less educational attainment than those with bachelor’s degrees and post – graduate degrees. See U. S. Bureau of Labor Statistics, *Employment Projections: Unemployment Rates and Earnings by Educational Attainment, 2017*, <https://www.bls.gov/emp/chart-unemployment-earnings-education.htm>. This is one indication of a far larger supply of lesser skilled workers available to employers than more skilled workers.

较差的独立工人或要求更高工资的独立承包商都可以被轻易取代；他们没有足够的议价能力来为他们的服务设定价格。

第二，几乎所有独立从业者和许多独立承包商都没有很好的资本。例如，Uber 和 Lyft 司机的唯一资本就是一辆私人汽车；对于 Handy 和 TaskRabbit 的男工和女工来说，他们的工具是唯一的资本。劳务是他们工作的核心。同样，托儿所工作人员、家庭工作者、理发师和美发师以及景观美化工作人员，他们自己的资本都没有用于或很少用于工作，他们在美国通常都被划分为独立承包商。^[58] 这种资本缺乏限制他们去寻找替代合作伙伴，因为他们对具有不同需求的各种顾客的响应能力较差。

第三，也许是最重要的，大多数独立从业者和独立承包商缺乏资本储备，即他们在必要时可以动用的经济资源。因此，他们经常被迫接受次优的甚至是低质量的合同，因为他们不能为了从某个潜在的未来合作伙伴处获得更好的交易而等待很长时间。除了薪酬最高的独立从业者和独立承包商（例如律师、会计师和其他专业人员）之外，这些工作人员还需要处理日常生活费用，例如租金、按揭贷款、公用事业和杂货账单、服装费用和交通费成本等，他们没有财务缓冲。相比之下，他们的签约合作伙伴包括在线平台公司在内的公司却同时拥有财务缓冲和替代收入流。假如一位司机拒载，Uber 不会面临破产，这些公司至少在一段时间内可以等待新的替代品。但工人的经济不稳定性在很大程度上剥夺了他们对合同要约进行拒绝的权利。因此，许多独立从业者和一些独立承包商几乎没有真正的合同替代方案，很少能够找到实现工作场所社会契约目标的独立合同。

3. 扩张替代方案并建立未来的议价能力

企业未来的议价能力可能取决于其现有能力，这是关于企业选择未来状态并执行其选择的能力，是允许企业适应市场变化或扩大现有市场机会的企业决策。决策的出发点是正确选择充足的市场信息。这些选择可能涉及提高工人的技能和知识以创造竞争优势或跟上技术发展的步伐，可能涉及调整定价体系或提供的商品服务组合以增加利润或扩大商业机会，可能涉及对工厂或设备投资、收购或剥离、研发或组织重组，可能涉及投资顾客关系的发展和扩张。无论内容如何，这些决策都可以决定企业的未来。或者用法律分类测试中的因素来说，这些决策都可以决定企业承担这些投资损失的风险以及任何获利机会。

独立的个人承包商和独立从业者通常无法获得充分的信息和数据去了解市场未来可能的发展方向。信息和知识的获取需要技能、时间和金钱，这些工作人员多不具备这些条件。如果他们能够了解市场走向，则需要额外的（通常是实质性的）资源来制定和执行关于未来的选择。在有资本的前提下，如果这些工人缺乏这些资本，就意味着他们将无法作出应对重要市场变化或加强其在相对静态市场中的地位所需的大方向性改变。例如，很少有中等职业的工人可以在没有收入来源的情况下抽出时间获得高级学位或其他教育证书，从而加强他们在当前工作中的市场地位或允许他们更换工作。

即使是高技能、高收入的工作者，如摄影师、平面设计师、编辑和作家，也可能缺乏适

[58] Laura Zulliger, Which Industries Have the Most 1099 Workers? (Sept. 10, 2015), <https://payable.com/blog/industries-most-1099-workers>.

应市场条件的必要资源。由于美国记者的市场行情以及社交媒体和在线新闻分享网站带来的干扰,美国“出版业”就业人数在过去十年中下降了 20% 以上,而同期美国经济的整体就业人数增长了 6% 以上。^[59] 在 20 世纪最后的日子,一个独立的自由记者可能不会有足够的信息、预测和资源来判断和回应 21 世纪作家市场的变化,或者计划换一份职业。^[60] 大型媒体公司控制了对技术革命的反应,就像美国钢铁和汽车公司在几十年前控制了对全球化和技术变革的反应一样。钢铁工人和汽车工人的生活因这些变化而受到严重影响,他们对如何应对这些市场变化几乎没有发言权。同样的道理也适用于新闻和相关行业的员工和熟练的独立承包商,他们也缺乏应对外界变化的相关知识、预测能力和资本。

4. 不同工人分类测试的组成部分

工人仅控制一天任务细节并部署自己的工具和设备来完成这些任务,并不足以确定如何确定工人分类的议价能力。那些认真对待确保那些没有像雇员那样有讨价还价能力的工人能够获得工作场所社会契约的政策制定者,必须考虑其他的工人特征。作为一个门槛,较低技能的工人应始终被列入法律强制性规定之中,以保证他们可以得到社会契约的利益和保护。此外,如果符合下列任何一项条件,应将工人列入法律强制性规定之中,无论其名义上的分类如何:(1)工作人员在相关劳动力市场上出售其劳务服务的替代有限;(2)工人的工作资本薄弱,包括缺乏大量现金储备;(3)工人没有足够的资源来制定和执行有关其业务的企业决策。

从这一有利的角度观察,一些独立的承包商和独立从业者可能有足够的议价能力而被排除在法律保护之外,但还有很多人不会。值得注意的是,这种分析并不总能得出所有或大多数独立从业者和独立承包商都是现有法律分类测试中的“雇员”的结论。此外,它不表明法律应该规定强制要求为雇员提供的所有福利和保护也应同样授予独立从业者和独立承包商。有限的论断是,坦诚地关注议价能力,要求人们在考虑解决独立从业者分类所产生的问题时,也应考虑其他缺乏足够议价能力的工人。

三 美国独立从业者的工人分类法现状

GrubHub 成立于 2004 年,Uber 成立于 2009 年,其他大部分美国在线平台公司都在此后成立。虽然这些公司与工人建立工作关系的具体时间尚不清楚。尽管如此,美国的裁判者、监管者和立法者已经用好几年的时间来解决本文所讨论的问题并试图提出明确可靠的答案。但这些答案迄今尚未出现。相反,工人分类法对独立从业者的适用规则仍然无法确定,就与这些公司创立时所面临的问题并无二致。

[59] Compare U. S. Bureau of Labor Statistics, Employment, Hours, and Earnings from the Current Employment Statistics survey (National) (Publishing industries, except Internet), 2008 - 2018, https://data.bls.gov/timeseries/CES5051100001?amp%253bdata_tool=XGtable&output_view=data&include_graphs=true, with U. S. Bureau of Labor Statistics, Labor Force Statistics from the Current Population Survey (Employed), 2008 - 2018, <https://data.bls.gov/timeseries/LNS12000000>.

[60] See generally, e. g. , Pew Research Center on Journalism & Media, Newspapers Fact Sheet (June 1, 2017) (describing the structural shifts in newspaper employment and production), <http://www.journalism.org/fact-sheet/newspapers/>.

(一) 联邦法院之间、州行政机构之间以及联邦法院和州行政机构之间的分歧

美国联邦法院于 2018 年 2 月和 4 月就在线平台经济工作者分类案件的案情发布了两份判决。在 *Lawson v. GrubHub Inc.* 案^[61]中,一名美国地方法官裁定,根据加利福尼亚州劳动法相关规定,一名食品派送司机应被归类为独立承包商,即使“一些因素有利于将之归为雇佣关系”。^[62] 该案件结果令人惊讶,因为加利福尼亚州的法律确立了一个有利于雇员身份确定的有力假设。^[63] 长期以来,加州一直被认为是美国工人保护力度最大的地区之一。当另外两名同一个美国司法辖区的联邦法官驳回了 Uber 和 Lyft 的动议并总结道,在加利福尼亚州法律下,他们两家平台的司机均为独立承包商时,这种声誉得到了加强。^[64] *Lawson v. GrubHub Inc.* 案和其他案件的判决结果看似并不矛盾,但它们之间的确存在一种紧张关系。^[65]

在该案中,法官突出强调了 GrubHub 对 Lawson 如何向顾客提供食品的具体细节缺乏控制,这是加州工人分类测试的决定性因素。^[66] 尽管没有明确提及这一判决,但加州最高法院在三个月之后就在 *Dynamex Operations West, Inc. , v. Superior Court of Los Angeles County* 案中更改此项测试,拒绝将控制权作为其中最重要的因素。^[67] 显然,联邦法院认为,在现有法律中“雇员”地位的假设还不够强大,因此它在美国许多州采用的所谓 ABC 测试中采用了更有力的支持“雇员”地位的假设。^[68] ABC 测试建立了一个假设,即任何为某实体提供劳务的人员都是该实体的雇员,除非该雇主同时具有以下三个要素:(1) 工作人员在履行劳动合同的条件下不受雇佣者的控制和指示,无论是在履行名义合同还是实际合同;(2) 该工作人员执行的工作超出了招聘实体的正常工作范围;(3) 该工作人员通常从事独立的贸易、职业或业务,与为招聘单位所做的工作具有相同的性质。^[69]

[61] 15 - CV - 05128 (N. D. Cal) (Feb. 8 2018).

[62] *Id.* at slip op. at 1. While the Lawson decision is detailed and definitive, the case involved some idiosyncratic facts that may have caused the equities to favor GrubHub. In particular, the plaintiff's relationship with GrubHub was terminated due to his alleged fraudulent conduct. Also, the magistrate judge concluded that the plaintiff was dishonest during the litigation. *Id.* at 12 - 16.

[63] *S. G. Borello & Sons, Inc. v. Department of Industrial Relations*, 48 Cal. 3d 342, 354 (1989).

[64] *Cotter v. Lyft, Inc.*, 60 F. Supp. 3d 1067 (N. D. Cal. 2015); *O' Connor v. Uber Techs., Inc.*, 82 F. Supp. 3d 1133 (N. D. Cal. 2015). By contrast, an employment tribunal in the United Kingdom held in 2016 that Uber drivers are employees entitled to receive minimum wage and paid leave. See *Aslam v. Uber*, [2016] Case Nos. 2202550/2015 & Others (Emp. Trib.) (Oct. 26, 2016), <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-far-rar-v-uber-reasons-20161028.pdf>. Other lawsuits brought against large, high-profile online platform companies in the United States have been settled without requiring the companies to re-classify their workers from independent contractors to employees. See e.g., Mike Isaac and Noam Scheiber, "Uber Settles Cases With Concessions, but Drivers Stay Freelancers", *N. Y. Times* (Apr. 21, 2016), https://www.nytimes.com/2016/04/22/technology/uber-settles-cases-with-concessions-but-drivers-stay-freelancers.html?_r=0.

[65] For a fuller analysis of these decisions, see Garden & Slater, *supra* note 24, at 296 - 300.

[66] *Lawson v. GrubHub*, slip op at 18 - 23.

[67] S222732 (Cal. Sup. Ct. Apr. 30, 2018).

[68] Anna Deknatel and Lauren Hoff-Downing, ABC on the Books and in the Courts: An Analysis of Recent Independent Contractor and Misclassification Statutes, 18 *Univ. of Penn. J. of Law & Soc. Change* 65 - 74 (2015) (discussing states' adoption of the ABC test).

[69] *Dynamex Operations*, *supra*, slip op. at 7.

根据加利福尼亚州的新规定,平台公司将很难克服对雇佣关系的推定。他们的独立从业者不是“不受雇主的控制和指导”,这些独立从业者提供的服务并未超出“平台公司”常规业务范畴。^[70] 即使独立从业者处于独立的职业或交易中,如果不能满足 ABC 测试的 A 和 B 的要求,雇主就会在未被认定为雇佣关系的假设上失败。在 *Dynamex Operations* 案件之后,这是未来根据加州法律起诉平台公司的最可能得到的判决结果。

控制也是 *Razak v. Uber Techs., Inc.* 案件^[71]的决定因素,这是美国联邦法院关于独立从业者的另一项终审判决。该案判决尤其值得注意,因为它将“雇员”概念解释为适用于联邦公平劳工标准法案(FLSA),联邦最低工资和加班法中使用的术语。在联邦劳动法、就业法和税法中,该劳工标准法案被视为是包含了“雇员”的最宽泛定义。^[72] 该案的判决法院认为,UberBlack 的司机是不在该宽泛的法律范围内的独立承包商,这一观点强烈表明,他们也是联邦法律下所有服务于其他目的的法律中的独立承包商,而且很可能在大多数州法律中不适用 ABC 测试。^[73] 与其他法律不同的是,在该法案下对员工地位的测试应该受到“经济现实”测试支配,这一测试比严格关注雇主对员工活动的控制更广泛。^[74] 尽管如此,该案件的判决法院与 *Lawson v. GrubHub Inc.* 案件的判决法院一样,主要关注控制问题。

州行政机构在解释州法律时常会得出相反结果:大多数(但不是全部)在这个问题上表态的州认为,在线平台公司的工人是“雇员”。在 *Berwick v. Uber Technologies, Inc.* 案中,加利福尼亚州劳工标准执法处的结论是,承认一位前 Uber 司机是一名雇员,是为了使其得到本州工人保护法的保护。^[75] 在另一案件中,加利福尼亚州认为,Uber 驾驶员是符合失业保险条件的雇员,纽约州根据失业保险法也得出了相同结论。^[76] 然而,佛罗里达州经济机会部门在一例失业保险案件中得出了不同结论,根据佛州法律,两名前 Uber 司机的法律性质是独立承包商。^[77] 阿拉斯加州与 Uber 达成了一项关于工人赔偿法的和解方案,该方案必须以承认 Uber 司机是“雇员”为前提。^[78] 在一份咨询意见中,俄勒冈州劳

[70] See *supra* text accompanying note 28 – 30.

[71] Civ. Action No. 16 – 573 (ED Pa. Apr. 11, 2018) (Baylson, J.) (granting defendants’ motion for summary judgment).

[72] Razak, *supra*, slip op. at 14 (quoting FLSA Sponsor Sen. Hugo Black).

[73] There may be an argument that there are material factual differences between the relationships of Uber Black drivers, like Razak, and other categories of Uber drivers that would result in different decisions involving those other drivers.

[74] U. S. Department of Labor, Wage & Hour Division, Administrator’s Interpretation 2015 – 01, “The Application of the Fair Labor Standards Act’s ‘Suffer or Permit’ Standard in the Identification of Employees Who Are Misclassified as Independent Contractors” (July 15, 2015) (withdrawn June 7, 2018).

[75] Case No. 11 – 46739 EK (2015).

[76] *Doe v. Uber*, No. 5371509 (Cal. Unemp 15). A Sponsor Sen. Hugo Black). J.) see also Noam Scheiber, Uber Drivers Ruled Eligible for Jobless Payments in New York State, N. Y. TIMES (Oct. 12, 2016), http://www.nytimes.com/2016/10/13/business/state-rules-2-former-uber-drivers-eligible-for-jobless-payments.html?_r=1.

[77] *Raiser LLC v. Fla. Dep’t of Econ. Opportunity*, Protest of Liability Nos. 0026 2825 90 – 02, 0026 2834 68 – 02, & 0026 2850 33 – 02 (Exec. Dir. Dec. 3, 2015), <http://miamiherald.typepad.com/files/uber-final-order-12-3-15.pdf>, [afftp://miamiherald.typepad.com/files/uber-final-order-12-3-15.pdf](http://miamiherald.typepad.com/files/uber-final-order-12-3-15.pdf), *McGillis v. Dep’t of Econ. Opportunity*, No. 3 D15 – 2758 (Fla. Dist. Ct. App. Feb. 1, 2017), <https://casetext.com/case/mcgillis-v-dept-of-econ-opportunity>.

[78] In the Matter of the Petition for a Finding of the Failure to Insure Workers’ Compensation Liability, and Assessment of a Civil Penalty Against, Uber Technologies, Inc and Raiser LLC, 2015 WL 4699265 (Alaska, Department of Labor and Workforce Development, Jul. 31, 2015).

工标准执法处同意了阿拉斯加州的做法。^[79]

下面讨论了一个短期存在的例外情况,联邦行政机构尚未对这些工人分类问题提供最终答案。例如,根据联邦私营部门劳动法,针对 Uber 的多项指控已经提交给了国家劳工关系委员会。这些指控仅在涉及的工人都是雇员的情况下才能进行,因为国家劳工关系法对此进行了规定。截至目前,国家劳工关系委员会在这些案例中尚未作出最终决定。^[80] 但国家劳工关系委员会波士顿区域负责人认为,该公司的家庭清洁服务工作人员是该法案下的雇员,并向 Handy 公司发出了投诉。^[81]

(二) 工资和工时管理司的司长解释被废除

2015 年 7 月,美国劳工部工资和工时管理司发布了司长解释(以下简称“解释”)2015-1,题为“公平劳动标准法在识别被错误归类为独立承包人的雇员时,适用‘损害或许可’标准”。^[82] 尽管该解释没有专门针对在线平台公司,但这份指导文件试图对联邦公平劳工标准法案对员工的定义进行非常宽泛的解释。这份文件声明“大多数工人都是联邦公平劳工标准法案中的雇员”。^[83] 这是一个事实准确的声明,正如最近的一份劳工统计局的研究报告强烈建议的那样,2017 年只有 6.9% 的美国工人是独立承包商。^[84] 然而,这也是一项原则性声明。也就是说,这是对该强有力的推定的阐述,即任何对所谓的“经济现实”测试(联邦公平劳工标准法案从业者分类测试)的合理运用在几乎每种情况下都应该支持从业者是雇员的结论。任何所谓的“经济现实”测试应该如上所述,该标准法案一般被理解为包含所有联邦劳工法、就业法和税法中的雇员最广义定义。

尽管如此,该解释仍未能特别针对独立从业者和在线平台公司之间的三角关系,这使得此领域适用联邦公平劳工标准法案仍然存在很大的模糊性。该解释包含工资工时管理

[79] Oregon Bureau of Labor and Industries, Advisory Opinion Regarding the Employment Status of Uber Drivers, October 14, 2015, <https://www.oregon.gov/BOLI/pages/press.aspx>.

[80] The progress of these unfair labor practice charges against Uber can be tracked by searching the National Labor Relations Board web site at www.nlr.gov and using the search terms “Uber” and “unfair labor practice.” According to a search using these terms on June 1, 2018, 19 cases were opened against Uber Technologies, LLC, or Uber USA, LLC, and 12 of those cases remain open. The remaining cases were administratively closed without a final decision.

[81] Josh Eidelson, U. S. Labor Board Complaint Says On-Demand Cleaners Are Employees, Bloomberg Politics (Aug. 30, 2017), available at <https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-08-31/u-s-labor-board-complaint-says-on-demand-cleaners-are-employees>. The U. S. Equal Employment Opportunity Commission, near the end of the Obama Administration, announced that it would “address issues related to complex employment relationships and structures in the 21st century workplace, focusing specifically on temporary workers, staffing agencies, independent contractor relationships, and the on-demand economy.” U. S. Equal Employment Opportunity Commission, Strategic Enforcement Plan (SEP) for the Fiscal Years 2017-2021 (Oct. 17, 2016). Yet, the EEOC apparently had not acted on its plan or issued any relevant decisions before the end of the Obama Administration. See, e. g., Patrick Dorrian, Gig Workers and Job-Related Bias: Are Protections on the Way?, Bloomberg Law (Dec. 20, 2016), <https://www.bna.com/gig-workers-jobrelated-n73014448830/>.

[82] U. S. Department of Labor, *supra* note 74.

[83] *Id.*

[84] U. S. Bureau of Labor Statistics, Contingent and Alternative Employment Arrangements - May 2017 (June 7, 2018), <https://www.bls.gov/news.release/conemp.nr0.htm>. An earlier study by Katz & Krueger using essentially the same methodology as the BLS study found 9% of U. S. workers are independent contractors. See Katz & Krueger, *supra* note 42.

司对于如何适用特定法律概念的六则实例。没有一个实例描述独立从业者和在线平台公司之间的工作关系或有类似表述。^[85] 然而,即使没有合适的例子,该解释还是为法院、诉讼当事人、雇主和从业者在解决在线平台经济中的从业者分类问题上提供了一些有益见解。2017年6月7日,特朗普总统的劳工部长亚历山大·阿科斯塔撤回了该司长解释。^[86] 由于该解释既不是法律也不是法规,撤回该解释只是表明该解释不应作为诉讼中的参照点,也不应用于指导工资工时管理司的联邦公平劳工标准法案的执法决定。

(三)州和地方法律

美国联邦体系中,除了有限例外情形,各州和地方政府有权制定自己的劳动法、就业法和税法。但即使在州法律已经规定的领域,联邦法律仍然适用,而且一些联邦法律限制了州的一些立法权。例如,州最低工资标准必须在等于或高于联邦最低工资标准才有效。^[87] 类似地,一个州若寻求制定保障职业安全和健康的规定,则必须以等于或高于联邦法律法规确定的从业者保护的标准来立法。^[88] 相比之下,私营部门劳动法和规定退休金、医疗保健以及其它雇主福利计划的联邦法律在这些领域限制几乎所有州法的制定适用,无论州法提供了怎样的保护。^[89]

一些州和地方的法律已经解决了独立从业者以及他们和在线平台公司的工作关系。一种方式是,一些在线平台公司正游说推动州法宣布独立从业者必须被归为独立承包商,或者明显将分类决策朝该方向推进。在最近公布的一项研究中,从业者倡导组织国家就业法计划发现,美国一半的州已经针对从业者和像 Uber 和 Lyft 等网约车公司的关系进行了立法。2017年,阿拉斯加州议会通过了一项法案(HB132),规定网约车司机不是雇员,剥夺他们在州就业法下本来可享受的权利,并且阻挠州政府机构的决定。这些在线平台公司在很多州都在寻求同样的成果,并已推动了美国一半的州对此进行专门立法。这些新法以不同的方式宣称网约车司机不是雇员,声称网约车不能“控制”或者“管理”他们的司机,而且/或者运用完全新的仅针对网约车公司的测试来考察“雇员”的法律地位。^[90]

作为一家提供家政服务的在线平台公司,Handy 也已游说至少八个州通过立法,在他们的行业或者更广义地在所有“市场承包商”(比如独立从业者)和“市场平台”(比如在线平台公司)上预先确定从业者分类。^[91]

在工会的支持下,西雅图采取了一种截然不同的方式。市议会颁布了一项保障网约

[85] U. S. Department of Labor, *supra* note 74.

[86] U. S. Department of Labor, Wage and Hour Division (WHD), Administrator Interpretations Letter-Fair Labor Standards Act, [https://www.dol.gov/WHD/opinion/adminIntrprtnFLSA.htm#foot \(asterisk note\)](https://www.dol.gov/WHD/opinion/adminIntrprtnFLSA.htm#foot%20(asterisk%20note)), 最近访问时间[2018-06-01]。

[87] 29 U. S. C. § 218 (a) (2018).

[88] 29 U. S. C. § 667 (b) (2018).

[89] San Diego Bldg. Trades Council v. Garmon, 359 U. S. 236 (1959) (recognizing one form of labor law preemption); Lodge 76, Int'l Ass'n of Machinists v. Employment Rel. Bd., 427 U. S. 132 (1976) (recognizing a second form of labor law preemption); 29 U. S. C. § 1144 (a) (2018) (establishing ERISA preemption or “supersedure”).

[90] Joy Borkholder, Mariah Montgomery, Miya Saika Chen, Rebecca Smith, Uber State Interference: How Transportation Network Companies Buy, Bully, and Bamboozle Their Way To Deregulation 13 (NELP Jan. 2018).

[91] Lydia DePillis, For gig economy workers in these states, rights are at risk, CNN Money (Mar. 14, 2018), <http://money.cnn.com/2018/03/14/news/economy/handy-gig-economy-workers/index.html>.

车公司从业者的组织权和集体谈判权的法令(以下简称西雅图法令)。^[92] 根据联邦私营部门劳工法,这些权利是雇员的权利。如上所述,州政府和地方政府无权规制私营部门中的雇员组织和谈判。^[93] 为了避免这种广泛排斥规制,西雅图法令假定网约车公司的从业者是独立承包商。然后,法令从法律对雇员的保护中选取了两种保护措施:一类是组织权和集体谈判权等;另一类是将其授权为与网约车公司相关的独立承包商等特定类型。但该法令在生效前在一起商业团体提起的诉讼中受到了挑战。美国第九巡回上诉法院推翻了美国地方法院的判决,认为下级法院错误适用了联邦反垄断法的例外情况,却未判定案件是否存在反垄断行为。^[94] 西雅图法令并未因此“阵亡”,但却必须被迫为在美国地方法院和在华盛顿州立法机构中的生存而努力。

除了核心政策的创新,西雅图法令还有两点值得特别注意。首先,相较于现有的联邦私营部门劳工法,西雅图法令显然更倾斜于从业者、组织和工会。美国私营部门中只有不到 7% 的雇员是工会成员,部分原因是联邦法律已萎缩到令组织受挫的程度。^[95] 相比之下,在西雅图(取决于上述诉讼结果)以及其他可能采取类似法令的司法辖区,网约车公司将被迫和代表其所有或几乎所有从业者的大型工会组织谈判并同意集体谈判协议。其次,由于网约车公司推动了实质上将司机认定为独立承包商的地方立法,这为更多司法辖区逐渐打开了大门。如果他们的从业者是独立承包商,州和地方政府就能监管该领域。如果他们的从业者是雇员,先发制人将会消除这一风险。另一方面,值得注意的是,正如一些联邦法律优先适用于州法律,一些州法律也优先适用于地方法律,州也可能禁止地方对特定主体进行规制。这就是复杂的美国联邦体制。

尽管如此,目前这些州和地方法律的地域管辖范围有限,通常只涉及在线平台经济中的一两个行业。最重要的是,它们与联邦劳工法、就业法和税法的解释无关。美国国会并未采取任何措施来解决联邦劳工法、就业法和税法中的模糊性和混乱局面。

四 选择标准和解决方案

任何对解决工人分类问题的潜在政策评估,都应以政策预期实现的目标为讨论起点。笔者在克林顿政府时期的一位前同事喜欢重复的一句话是,“除非你知道你要去哪里,否则你不知道怎么去那里。”不同的政策会在不同组合中实现不同目标,因此目标必然指引政策选择,这使其成为价值观基础上的“选择标准”。尽管笔者已于文中多处讨论若干政

[92] Seattle. Wash. Mun. Code § 6.310.735 (2015).

[93] Sanjukta Paul makes a powerful argument that Uber's relationships with independent contractor drivers amounts to price-fixing and, therefore, an antitrust violation. Collective bargaining by the drivers would remedy this violation. See Sanjukta Paul, Uber as For-Profit Hiring Hall: A Price-Fixing Paradox and its Implications, 38 *Berkeley J. of Empl. & Labor Law* 233 (2017).

[94] Chamber of Commerce v. City of Seattle, No. 17-35640 (9th Cir. May 11, 2018). This lawsuit did not directly address the worker classification issue. Rather, its challenge to the ordinance is primarily based on arguments that it is preempted by federal private-sector labor law and prohibited by federal antitrust law.

[95] U. S. Bureau of Labor Statistics, Union Members Summary, Union Members - 2017 (Jan. 19, 2018), <https://www.bls.gov/news.release/union2.nr0.htm>.

策目标,但下一部分将集中简要阐述这些政策目标,并在第二小节中确定七项潜在政策(其中两项因其相似性而合并讨论)以解决工人分类问题。

(一) 选择标准

1. 社会契约的结果

作为区分雇员和独立从业者的核心要素,第一项选择标准应该是,政策是否促使美国工作场所社会契约为尽可能多的从业者提供务实且适当的结果:支付公平的最低工资或薪水;有效抑制工时过长;防止非法工作场所和劳动力市场歧视;安全健康的工作场所;因家庭和医疗原因的休假;工作因失业、退休、残疾、工伤、死亡或疾病而中断或终止时的合理赔偿;可靠并在负担范围内的健康保险;以及为退休提供储蓄和资金的妥当、安全和良好管理方式。^[96]

这一标准的重点在于结果,而非手段。就拥有实质议价能力的独立商人而言,政府干预(无论直接还是通过授权)可能不是每个独立从业者或独立承包商实现这些结果所必须的,其他手段可能更好。类似地,从业者应被纳入工作场所社会契约这一结论并不必然会导出第二个结论,即雇主应对社会契约的所有要素负责。相反,政府或第三方可能能够提供社会契约的一些要素。要素的提供方式是一个裁量问题。

2. 效率

第二个选择标准是,是否能提高劳动力市场和工作场所的效率。于此,效率包括几个组成部分。首先,一些劳动法和就业法提高了市场效率,反歧视法和工人赔偿法即是一例。更广泛的适用通常会提高效率。其次,不必要的诉讼是低效的。用琐碎或重复的诉讼去解决本可通过其他更有效的方式解决的问题或者已确定的问题,这本身就是低效的。

再次,交易成本和效率相关,于此尤为重要。工作场所社会契约的某些要素和工作本身并无太大关系。美国雇主为雇员代缴的所得税以及为社会保障等政府提供的福利贡献仅是对雇员和政府的行政便利,他们并不鼓励、修改或者禁止工作场所行为。也许最纯粹的例子便是健康保险和退休储蓄计划。这些“附带福利”主要是出于历史原因由美国雇主向雇员提供。具体而言,美国政府在二战期间和之后实行工资和价格控制。^[97] 这些福利位列引诱清单,即在不违反工资和价格控制的情况下,雇主从紧张的劳动力市场中诱使工人建立雇佣关系。七十年以后,在美国,几乎所有的大型雇主和许多中小型雇主都为其员工提供健康保险和退休计划。创建一个不同的(要素)提供制度,例如公共体系或第三方私人非营利体系就会带来一定的交易成本。

3. 创新和创业

经济的活力和增长至少部分取决于创新和创业。美国经济从2007年12月开始的大

[96] See supra notes 3 – 11 and accompanying text.

[97] Aaron E. Carroll, The Real Reason the U. S. Has Employer-Sponsored Health Insurance, *N. Y. Times* (Sept. 5, 2017), <https://www.nytimes.com/2017/09/05/upshot/the-real-reason-the-us-has-employer-sponsored-health-insurance.html>; Workplace Flexibility 2010, A Timeline of the Evolution of Retirement in the United States, Georgetown University Law Center (2010), <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1049&context=legal>.

萧条中艰难恢复,并对商业和就业产生了持久影响。初创企业(例如创立时间不到一年的公司)创造的就业数量尚未完全恢复到萧条前的水平,目前比 1990 年代的水平低约 25%。^[98] 过去两年中,初创企业的数量超过了萧条前的水平,但未能跟上美国经济的整体增长。^[99] 鉴于创造就业机会、经济增长和工人福利之间的关系,促进创新和创业是一个重要的考量因素。

更具体而言,在线平台公司在劳动关系上的创新使一些从业者受益。如上所述,这些新关系使得从业者可以灵活运用时间和其他个人资源,由此去赚取一些在没有三角关系和公司应用程序时无法获得的收入。法雷尔和格里格在对在线平台经济的第一次研究时发现,通过在线平台工作获得的收入会帮助从业者顺利克服因失业导致的收入骤降和损失。^[100] 遏制或严重限制这些创新,并压制那些未来尚未投入市场创新的新法律法规,将损害从业者和创新的企业家和投资者。

4. 避免监管套利

鉴于真正的创新和创业如此重要,政策选择就不应鼓励通过像与监管制度博弈的非法手段来获取竞争优势的制度。公司应该通过更低的价格或更便利的方式来提供更好的产品和服务,由此与其他竞争者竞争,而不是委任寻找法律漏洞的律师或挑战道德与执法。美国目前的员工错误分类就是这种监管套利行为的力证。因此,应优先考虑那些能够减少错误分类的解决方案。

5. 横向平等

简言之,法律应当同等对待处于类似情形的从业者,这与类似企业受到类似监管如出一辙。尽管促进这一目标有利于避免监管套利,但它也是对具有独立价值的公平价值的一种体现。至少在没有明确说明差别对待的合理依据前,政府不应偏袒某一群体。

(二) 政策选择^[101]

1. 无为而治

政策制定者可以选择无为而治。现有的工人分类规则将适用于其现有的司法辖区,由法院和行政机构处理新出现的案件和法律问题。国会、州立法机构和地方政府也可以选择制定新的法律。

无为而治将使现有的趋势和体系继续延续。一些从业者没有足够的议价能力来确保工作场所社会契约的结果,他们将被裁判者或者雇主的错误分类剥夺其身为雇员的法律资格,并因此无法参与法定的社会契约。在线平台公司几乎肯定会继续游说立法,将其从业者锁定为独立承包商的身份,而雇员倡导者将会反对这些法律,提倡确立独立承包商的

[98] U. S. Bureau of Labor Statistics, Establishment Age and Survival Data, Total Private-Table 1: Private sector gross jobs gains and losses by establishment age, https://www.bls.gov/bdm/us_age_naics_00_table1.txt (Nov. 8, 2017).

[99] U. S. Bureau of Labor Statistics, Establishment Age and Survival Data, Total Private-Table 5: Private sector gross jobs gains and losses by establishment age, https://www.bls.gov/bdm/us_age_naics_00_table5.txt (Nov. 8, 2017).

[100] See Farrell & Greig, *supra* note 33, at 6-7.

[101] For a different but thoughtful discussion of options to address this issue, see OrlyLobel, *The Gig Economy & The Future of Employment and Labor Law*, 51 *U. S. F. L. Rev.* 51 (2017). It is also worth noting that, while I have addressed each proposal in this section individually for clarity's sake, some of these proposals might be combined into hybrid proposals.

雇员地位,或是寻求制定更多的类似西雅图的组织集体谈判法令的法律。其结果将会是将不尽一致的法律、规则、解释和司法判例进行拼凑,而不是完整的社会契约。从业者的法律地位不仅取决于法律规定,也取决于其居住地或者哪位裁判者恰好审理并将案件确立为法律规则。

这一结果是低效的。纠正市场低效的劳动法、就业法仅适用于恰被归为雇员的从业者,而非所有不具议价能力的从业者,甚至不适用于所有应被归为雇员的从业者,滥诉将盛行。另一方面,由于现有的包含了以雇佣为基础的福利制度体系将保持不变,交易成本将会很低,创新创业可能会依旧推进,但诉讼、监管和立法风险将给投资者带来巨大风险。以雇员错误分类形式存在的监管套利将继续延续并可能增长。横向平等因此难以实现。

总之,无所作为只能实现低交易成本,且会给创新创业带来额外风险,这并不是一个理想的选择。

2. 确立任意性规则:所有从业者都推定为雇员,除非雇主明确反驳

“所有从业者都是雇员”的推定并非全然平等。2018年5月前的加州法律确立了一项推定,即雇主对独立承包商地位的人员负有证明责任。^[102]但在举证责任移转后,加州法律使用上述模糊而难以管理的多因素测试,这一测试将控制作为主要但非排他性的考虑因素。^[103]鉴于同一美国联邦地区法院对加州法律的解释不一,^[104]正如若干西方国家的既有经验所示,^[105]一个必要的具有反驳意义的案例构成一个更强有力的(解释)版本,不仅可行,而且可取。

加州最近采用的ABC测试已被其他一些州所运用,它提供了一个有益的架构,但这一架构存在实质问题。^[106]雇主对明确界定的要素的要求负举证责任,这将减少普通法的多重因素测试和加州旧法中的反驳要求带来的模糊性和混乱。但ABC测试的要素并未完全地或者主要聚焦于议价能力。控制和完整性仍是雇主反驳案件中最重要的组成部分。最后一个要素——一项独立的职业或者贸易——保持着普通法测试中要素的模糊性。

反之,可以修改劳工法、就业法和税法,要求雇主证明密切地集中于从业者的议价能力的要素,由此推翻每一提供劳务的从业者都是雇员的推定:

- (1)从业者的工资或薪金超过美国工资或薪金的平均值;
- (2)从业者不受与提供劳务有关的控制和指示;
- (3)从业者在提供劳务时运用自己的工具和设备;
- (4)从业者在有大量实质缔约替代性的市场出售劳务;
- (5)除特定任务所需的工具和设备外,从业者的业务资本充足,包括大量现金储备;

[102] Ruiz v. Affinity Logistics, Corp., 754 F.3d 1093, 1100 (9th Cir. 2014).

[103] See *supra* text accompanying notes 61–66.

[104] See *supra* note 64 and accompanying text.

[105] Organization for Economic Cooperation and Development, *supra* note 22.

[106] U. S. Sen. Sherrod Brown introduced legislation in 2017 that would have amended federal private-sector labor law to require the use of the ABC test. See Protecting Workers' Freedom to Organize Act, S. 2069 (115th Congress) (Introduced Nov. 2, 2017). This legislation is still pending.

(6) 从业者有足够的资源来制定和实施有关其业务的创业决策。

这一新的任意性规则将大幅增加被归为“雇员”的从业者数量,但涵盖范围并不普遍。这一规则的要素将允许裁判者更有效准确地确定从业者是否有议价能力、是否是独立的商人、是否有能力对符合社会契约实质结果的合同进行议价。这一规则就将更有效地保证政府向需要的从业者提供援助。相较于现行法,这一结果更好地服务于社会契约目标和横向平等。

就效率而言,更广泛的覆盖范围意味着,改善劳动力市场和工作场所低效的法律将保护更多的从业者,减少对经济的更大损害。此外,由于该规则比现有规则更明确清晰,诉讼成本和发生率将会下降。错误分类引发的诉讼将变得更加困难,监管套利将成为一种更罕见的竞争实践。由于该规则保留了包括争议解决机制、雇主和政府提供福利和保护在内的现有体系和结构,该任意性规则不会产生新的交易成本,效率的最后一个方面也将得到满足。

由于该任意性规则要求将大多数或所有从业者归为雇员,目前依赖独立承包商(包括大多在线平台公司^[107])的公司成本将大幅提高。由于他们的工作关系像前文和大多数司法意见所述,很少有在线平台公司可以反驳任意性规定中的推定;但在工作关系和可替代性的商业模式的设定上仍具有一定灵活性。对那些无法利用这种灵活性的企业而言,由于为资本投资、市场营销或分红而向资本投资者提供的资金将被用于保障被新归为雇员的利益,这些增加的成本可能会对现有公司的发展机会产生消极影响,一些现有业务运营可能会随利润率而缩小。一些潜在在线平台公司将因其现有的商业模式建立在独立承包商的基础上而无法运营。该任意性规则是一个更好的选择,因为它服务于五个目标中的四个。但它给创新和创业带来的成本也会产生影响,仍需就寻求更为精细的选择展开持续研究。

3. 声明所有独立从业者(和类似工人)是“雇员”

鉴于裁判者使用现有工人分类规则作出裁决的多样性,这一选择将要求州和联邦法律在每一案件中都强制要求相同的结果:为任何实体或个人提供劳务的从业者都是雇员。更具体而言,需要修改劳工法、就业法和税法,要求将每个提供劳务的独立从业者及独立承包商都归为雇员。换言之,这是一种关于雇佣身份的不可反驳的推定。因此,雇主将被要求向所有的独立从业者以及众多独立承包商提供目前雇员所需的所有福利和保护,无论其分类状态如何。在替代方案中,可以将该选项限于仅处理独立从业者和其他涉及三角关系的从业者,三角关系在事实上与独立从业者和平台公司(例如,出租车司机)之间的关系类似。

这一分类规则使得适用范围更为普遍或普遍适用于在线平台行业,被归为“雇员”的从业者数量将因此大幅提高。包括一些经营真正独立企业并有实质议价能力的人在内的所有从业者,都将享有法定工作场所社会契约。由于政府干预,已获授权的从业者会在市

[107] Some online platform companies have made the decision to treat some or all of their workers as employees. See Rick Wartzman, “Why Hello Alfred Is Focused More On Its Workers And Less On Algorithms”, Fast Company (Oct. 23, 2017), <https://www.fastcompany.com/40485016/why-hello-alfred-is-focused-more-on-its-workers-and-less-on-algorithms>.

场上获得额外的议价能力,这可能导致不正当结果,横向平等将因此受到影响。

一方面,受到改善劳动力市场和工作场所效率低下的法律的影响,更多从业者的效率将随之提高。另一方面,与劳工法、就业法和税法所预设的就业模式存在质的差异的企业间的关系,可能受到复杂低效的私人合规、诉讼和重组的影响。例如,公司用为长期雇员支付失业税相同的方式来为短期商业伙伴提供失业保险,这是否必然有效? 合同伙伴以独立企业名义对重大业务扣减、折旧、债务维持和其他与税务相关经济环境所作的税收扣缴,是否比独立企业自己的纳税管理更有效? 很多情况下的答案可能是“否”。鉴于一系列新的情况,确定何时适当可能是很昂贵的并富有挑战。因此,尽管现有的工人分类法的模糊性引发的诉讼在面对简明规则时将会消失,但随着大量新的法律和事实问题的出现,诉讼几率可能上升。与任意性规则一样,分类规则并不创设新的交易成本,但具有议价能力的个体企业制定首选的具体合同的能力将受限制。

因此,相较于任意性规则,这一选项下的劳动力成本将显著增加。再者,严格的法律规则将被引入长期以来的灵活企业关系中,企业可能会失去如何构建公司和关系的有效选择。虽然无法进行一般性的准确预测,由于高成本和重新定向投资引起的违约规则的影响被放大,创新创业可能会受到影响。许多现有公司将失去发展前景,可能面临破产或裁员的风险。一些初创公司失去经济可行性的风险也会增加。另一方面,以员工错误分类方式进行的监管套利将会消失。

这一分类规则产生的结果比前面的选项更复杂,它超越了社会契约目标,促进了其中 $1\frac{1}{2}$ 的目标,但未服务于其他 $2\frac{1}{2}$ 的目标,并对任何选项的创新创业具有最为显著的负面影响。

4. 宣布所有独立从业者是“独立承包商”

修订劳动法、就业法和税法后,每个独立从业者都将成为独立承包商。这些修正案将是 Uber, Lyft 和 Handy 已说服某些州采纳或考虑法规的更宽泛的版本。^[108]

可预见的是,这一选项的效果与“所有雇员”选项截然相反。较少的从业者将有机会参与法定工作场所社会契约,包括许多无法通过掌握个人议价能力来实现契约结果的人。在其他结果外,工资、收入和工作场所安全将受到最大威胁。从横向平等角度考虑,雇员将继续受益于法定社会契约,而在经济上相似的独立从业者和独立承包商则不会,他们将无法享有横向平等。

就效率而言,针对劳动力市场和工作场所低效的法律并不适用于很多需要这些法律的情形。随着简明规则的出现,在线平台经济引发的工人错误分类的诉讼率将会下降。公司无需再为削减成本、节省资金而错误分类,雇员错误分类的监管套利将从在线平台经济消失。但任何与在线平台公司竞争的公司,例如与 TaskRabbit 竞争的管道公司、与 Uber 和 Lyft 竞争的汽车服务公司,将有更强的动机将雇员错误分类,使其劳动力成本达到竞争

[108] See note 91 and accompanying text. U. S. Sen. John Thune has proposed legislation that would treat independent workers as independent contractors for the purposes of federal tax law. See New Economy Works to Guarantee Independence and Growth (NEW GIG) Act of 2017, S. 1549 (115th Session) (Introduced July 13, 2017). This legislation is still pending.

水平。错误分类的增加会刺激诉讼同步上升,但不会产生新的交易成本。

创新和创业将从投资者处获得更多准备充足的支持。由于大多数在线平台公司继续将工人视为独立承包商,而其他一些公司将转换雇佣模式以降低成本,劳动力成本将因此保持低位。类型化的工人分类规则的确定性将使在线平台公司(无论新公司还是老公司)的经济表现更可预测,并吸引更多投资。

如果对大量工人而言,确保参与工作场所社会契约是首要任务,那么这一选项就失败了。更宽泛地说,这一选项虽较其他任何选项都能更有效地促进创新创业,但却更少地服务于其他目标。

5. 针对独立(和类似)工人定制一套修改后的公司福利保护措施

笔者和克鲁格于 2015 年提出这一建议版本,^[109] 建议国会和州立法机构修改劳动法、就业法、反垄断法和税法,使独立从业者(以及与公司具有类似关系的其他从业者,无论是线上还是线下的)组织和进行集体谈判,确保其免受劳动力市场和工作场所歧视影响,公司以雇员同等水平为其扣除所得税并缴纳工资税和健康保险。在不建立雇佣关系的情况下,允许在线平台公司汇集从业者,确保其在退休账户和各种保险(如健康、生活、汽车保险)等福利的价格和质量优势。

其他的福利和保护并非法定。独立从业者可以选择是否、何时工作和工时长度,对他们来说,因非自愿离职引发的州政府支持的失业保险(美国司法辖区的规则)没有意义。因此,在线平台公司无需支付失业保险税,尽管这可以包含在公司赞助的集体安排或通过集体谈判达成的其他解决方案中。类似地,对一些独立从业者而言,“一小时如何组成”的概念复杂性和不明确性会使以此概念为前提的法律法规(如最低工资和加班保护)难以实施执行。^[110] 笔者和克鲁格强烈支持通过集体谈判解决这些问题。随着更多的问题可以通过授权或议价解决,独立从业者和雇员之间的劳动力成本差异会缩小。

第二种策略将涉及允许或促进政府与那些和第三方供应商或第三方实体合作的在线平台公司提供“可携式福利”体系的新的法律或政策。与多家公司合作的从业者可以轻松转移福利。公司可被要求支持和提供福利,也可自愿提供。^[111] 所需资金水平将与从业者和独立承包商劳动力成本间的差距大小直接相关。

可携式福利以提供体系为特征,因此,一些福利和保护是适当的,另一些则不然。所

[109] Harris & Krueger, *supra* note 19.

[110] Harris & Krueger, *supra* note 19, at 9, 20. Krueger and I pointedly did not argue that the platform companies do not have sufficient data about their workers' engagements to count their hours worked. To the contrary, data collection is a core value of these companies, and it provides them with meaningful power, including in their relationships with independent workers. See Alex Rosenblat and Luke Stark, Algorithmic Labor and Information Asymmetries: A Case Study of Uber's Drivers, 10 *Int'l J. of Communication* 3758 (2016).

[111] The state of Washington appears to be the U. S. jurisdiction that is closest to adopting a mandatory portable benefits system. See House Bill 2812, (65th Legisl. 2018 Regular Session) (Introduced January 17, 2018). This pending legislation would require businesses, including any entity that “facilitates the provision of services by workers to consumers seeking services and where the provision of services is taxed under 1099 status”, to make monthly contributions equal to 15 percent of the total fee collected (or \$2 for every hour during which the worker provides service) to third-party “benefit providers” for the purpose of providing benefits to workers. The benefit providers would provide workers compensation and, based on worker input, potentially a range of other benefits, including health insurance, paid time off and retirement benefits.

有类型的保险、退休账户和带薪休假系统都可以通过第三方提供的可携式体系提供。从业者组织和集体谈判的权利、对加班费和最低工资的要求,以及工作场所和劳动力市场的反歧视保护,这些内容与特定的工作关系密不可分,因此不能包含在可携式福利体系中。

两种方案均能确保所有独立从业者都能从工作场所社会契约的适当组成部分中受益,尽管 Harris-Krueger 方案所含内容多于可携式福利方案(无论是强制方案还是自愿方案),能更全面地确保独立从业者的工作场所社会契约,但未明确社会契约是否以类推独立工人的方式扩展到缺乏足够的议价能力的独立承包商。就效率而言,Harris-Krueger 方案包括了解决市场低效和信息不对称的法律,特别是反歧视保护,而自愿可携式福利体系则未解决这些问题。

这两种方案均通过防止不应适用而适用于在线平台经济的法律来提高效率。例如,迫使在线平台公司和独立从业者进入职业安全与卫生体系就很可能引发大量混乱,引发无数合规挑战和诉讼难题。^[112] 职业安全与卫生体系的本旨不是适用于公司工作场所外、使用自己的工具和设备执行大部分自主任务的工作人员。Harris-Krueger 方案通过仔细调整工作场所社会契约来适应行业特殊性和独立从业者的需求,由此提高在线平台经济中实现社会契约结果的效率。可携式福利方案将实现同样的结果,但在实现社会契约成果方面稍逊一筹。

Harris-Krueger 方案将减少诉讼并提高效率。由于这一方案适用于在线平台经济引发的灰色地带,方案核心是理清工人分类测试的模糊性。该方案基本上就像新增第三个帐篷支点,以支撑在雇员和独立承包商状态下下垂的那部分帐篷。即便会在短期内造成破坏,围绕核心法律问题的模糊性的大幅减少将减少诉讼和工人错误分类。^[113] 可携式福利方案也可能满足一些从业者的要求,但他们提供的“附加福利”鲜少成为从业者分类诉讼的来源。这类诉讼通常源于诸如最低工资、加班费、失业保险和工人补偿等核心经济问题,而可携式福利体系无法解决这些问题。因此,可携式福利不太可能阻止现有的诉讼流程。出于同样的原因,在强制或自愿可携式福利体系下,错误分类可能不会明显下降,因为它没有解决工作关系中的许多最大最重要的经济问题。尽管雇员、独立从业者和独立承包商之间的劳动力成本差异可能会显著缩小,错误分类可能会在边际上降低,但这种差距缩小不足以对雇主行为构成重大影响。

由于须以美国劳动力市场上的新方式提供福利并须创建新的体系和结构,可携式福利体系将涉及大量交易成本。相比之下,Harris-Krueger 方案在很大程度上围绕着现有雇主提供的福利和保护结构建立,其交易成本将低于可携式福利方案,但仍高于其他方案。

自愿可携式福利方案很适合创新创业,原因在于,在竞争环境下,个别公司可以就合作是否符合其目的作出商业决策。集中优势下增加的劳动力成本将是适度的,提供福利的公司将会使其招聘和续签更经济有效。Harris-Krueger 方案给公司和企业带来了更多

[112] A fair counter-argument to this assertion is that, absent engagement with the occupational safety and health system, American employers likely would be required to compensate workers and their families for occupational illnesses, injuries, and fatalities through the tort litigation system. Of course, this system harbors its own difficult litigation issues.

[113] For a fuller exposition of this argument, see Harris & Krueger, *supra* note 19, at 25.

成本,但比任意性规则和“全部雇员”方案成本更低且没那么复杂性。由于为从业者提供的福利和保护更少,强制可携式福利体系的成本更低。

自愿可携式福利体系不会带来尚未存在的监管套利风险。由于会缩小其从业者目前所处的法律灰色区域,Harris-Krueger 方案将使在线平台公司更难将雇员错误归为独立承包商。同理,公司将雇员错误归类为独立从业者的动机更小,因为后一类别将以与前一类别类似的成本获得许多相同福利。如上所述,这对强制可携式福利方案而言亦然,不过程度较轻。两项方案均认为雇员与需要不同待遇的独立从业者之间存在重大差异,两者均服务于横向平等,尽管雇员与独立从业者的福利和保护不应等同,但他们都比较缺乏议价能力,均需政府介入以确保其参与大多数工作场所社会契约。Harris-Krueger 方案赋予了更多的福利和保护,就横向平等而言,较必要排除与工作关系密切相关的所有福利和保护的可携式福利体系更胜一筹。

Harris-Krueger 方案比许多其他方案更可取,这一方案以精妙的方式服务于广泛包容的社会契约目标,更好地服务于效率、创新和创业。可携式福利体系不太适合社会契约目标,但比 Harris-Krueger 方案更能支持创新创业,并可能对那些优先考虑该目标的人而言更具吸引力。

6. 建立/扩张公共福利体系,为所有独立从业者和类似主体提供福利和保障

国会和州立法机构将建立公共体系,以尽可能多地向独立从业者和类似情况下的独立承包商提供工作场所社会契约要素。所有这些从业者都有权依法参与。与非政府可携式福利体系一样,这些公共体系可以包括一些福利和保障措施,例如退休储蓄、健康保险和其他形式的保险和带薪休假制度等,而其他一些与特定工作关系密不可分福利保障,例如最低劳动标准则不能包括在内。雇员将继续从雇主那里获得福利和保障。

这一选项产生的结果与可携式福利选项的预期结果类似,但有两个例外。首先,由于法律授权,相较于自愿可携式福利,更多的从业者将受益于这种受限制的社会契约。因此,这一选项较可携式福利方案更适合社会契约目标,但不如 Harris-Krueger 方案、任意性规则或“全雇员”方案。其次,这一选项对创新创业的影响在很大程度上取决于筹资机制。如果按照美国就业法和税法的惯常做法,个人雇主根据工资单支付福利,公司就会将资源从资本投资、营销、研发和利润转移出去。如果福利是由一般税收资助的,这些影响就会消失。

结 论

在线平台经济揭示了工人分类法律规则的严重缺陷,这些规则适用于与规则设计之初全然不同的环境,规则本身太过模糊不定,无法产生对任何法律制度而言至关重要的可预测和一致的结果。然而,独立从业者是否应获得强制执行美国工作场所社会契约的法律保护,这一问题的核心是政策,而非法律。政策制定者必须决定这些从业者是否缺乏议价能力,以至于在欠缺政府干预的情况下可能遭受一系列不良经济社会后果。如果会有不良后果,政策决策就须考虑其结果是否重要,如果重要,应如何避免。

独立从业者在美国劳动力中所占的比例很低,但根据劳动法、就业法和税法对其归类的法律和政策问题势必波及美国经济中的更多从业者。独立从业者从属于通常被归为独立承包商的更大的劳动群体,他们也类似地被排除在工作场所社会契约之外。如果实施社会契约的法律干预的核心目的,是要纠正不平等议价能力并确保某些最低限度的结果,那么许多独立承包商也适合被认为是独立从业者,横向平等要求将使这一群体也能受益于对工人分类问题的解决方案之中。

本文提出了解决方案以及用于评估各方案的标准。这些方案中的最优选项是,通过法律,将工作场所社会契约的多数(但非全部)因素细微扩展到独立从业者和类似的独立承包商。其他选项或是通过将之归为独立承包商,进而导致法律完全放弃这一群体,或是以过度纠正的方式迫使其被归为雇员,从而抑制创新创业。但最终而言,选定更佳方案是价值问题,应由美国和州政府的政治程序解决,法院无力解决这一至关重要的任务。

[**Abstract**] Under existing American labor, employment, and tax laws, in any one work relationship, a worker is either an “employee” or an “independent contractor.” Employees are entitled to a list of legally mandated benefits and protections. Independent contractors are not. Independent contractors are presumed to have sufficient individual bargaining power to secure individual compacts with contracting partners, and either ward off undesirable outcomes or use their freedom in the market to evade them. This binary classification of workers, and the high-stakes outcomes it produces, have been challenged by “gig economy” (“online platform”) companies providing personal labor services. This article argues that online platform companies’ relationships with their “independent workers” force these workers into a gray area between employee status and independent contractor status. American law does not offer a clear and broadly applicable rule for resolving the resulting ambiguities and ensuring consistent and predictable decisions by adjudicators. This article focuses on independent workers’ and independent contractors’ lack of individual bargaining power. The article articulates a set of principles that should guide policy makers in determining how to reform the worker classification system. It also provides a menu of policy solutions with an assessment of how well each solution serves these principles.

(责任编辑:姚 佳)