

第三类劳动者的理论反思与替代路径

肖竹

内容提要:平台工作者与平台之间是否构成雇佣(劳动)关系成为当下全球热议难题,将平台工作者归类为处于雇佣与自雇佣中间地带的依赖性自雇佣劳动者,即作为第三类劳动者而给予保护,被作为解决问题的路径之一。该制度存在于英美法系和大陆法系等典型国家,如加拿大的“依赖性承包人”、英国的“非雇员劳动者”、德国的“类雇员人”、西班牙的“经济依赖性自雇佣劳动者”以及意大利的“准从属性劳动者”;而日本和美国,也对“契约劳动”以及是否需要设立第三类劳动者等理论问题存在激烈争论。事实上,第三类劳动者无论在制度设计还是理论构造上都存在诸多困难和争议,包括规则构建的模糊性以及制度效用和实践结果的非预期性。而我国特殊的制度背景与相对薄弱的理论基础,更使该制度在我国缺乏一定适用性和可行性。因此,中国劳动法更应在甄别和规范“隐蔽性雇佣”的基础上,以劳动权利的具体化扩展作为基本思路。

关键词:第三类劳动者 依赖性自雇佣劳动者 契约劳动 隐蔽性雇佣

肖竹,中国劳动关系学院法学院副教授。

全球化、科技进步、商业模式的创新和企业组织形式的变化,正在不断冲击传统用工方式及其固有的劳动法律规制模式。当前,平台工作是否构成雇佣关系是全球劳动法学界炙手可热的讨论话题,也是互联网经济迅猛发展的国家中立法和司法共同面临的难题。在世界上大部分国家的劳动法律体系中,“雇佣”和“自雇佣”之间存在着“二元区分”,而“雇佣”是劳动法规的基础。^[1]但零工经济(gig economy)用工对这一“二元区分”提出严峻挑战,正如美国加州审理 Uber 案的地方法院查布里亚法官(Vince Chhabria)所言,“陪审团面临在两个圆形的孔中选出一个,钉入一个方形桩的难题。”^[2]在我国,对共享经济、

[1] 参见 ILO, *Decent Work in Global Supply Chains, Report IV*, International Labour Conference, 105th Session, Geneva, 2016。

[2] 参见 *Cotter v. Lyft*, No. 13-cv-04065 - VC, (N. D. Cal. Mar. 11, 2015)。

平台经济用工经历了雇佣还是合作,劳动还是劳务关系的讨论后,^[3]有学者渐渐将思路转向借鉴在其他国家已经存在的、在雇佣与自雇二元架构之外,设立第三类劳动关系/劳动者的路径,建议抽象出“工具化自治性劳动”^[4]“非典型劳动关系、准从属性独立劳动”^[5]的类型并给予单独、特别的劳动法规范。同样的讨论也存在于以美国为代表的西方劳动法学界,^[6]作为对现实中亟待解决的平台工作雇佣关系认定,以及劳动者权益保护问题的一种解决方案。

国际劳工组织(International Labour Organization, ILO)将处于雇佣与自雇佣中间地带的工作形式称为“依赖性自雇佣”(dependent self-employment),^[7]一些国家对其建立了专门的法律调整,体现为在雇员和自雇佣劳动者二分法外创设第三类劳动者,而本文即以其为研究对象。目前国内学界对该问题的关注主要集中于德国“类雇员人”、意大利“准从属性劳动”和日本“契约劳动”等概念或基本理论介绍,^[8]本文将研究视野拓展至同样具有代表性,但却缺乏关注的加拿大、西班牙、英国和美国。对上述国家具有理论启示和实践参考意义的立法脉络、制度概况,特别是实践效果与学术反思进行比较研究,从而推进对该制度的认识与理解,继而全面思考及恰当判断该制度的合理性及其之于我国的适用性,并在制度比较与理论反思的基础上,提出不同于创设第三类劳动者的方案选择。

一 第三类劳动者的制度实践

在英美法系和大陆法系的一些国家,第三类劳动者以不同的名称、形式、设立标准及制度安排而存在。基于学界对该制度缺少综合与多样本比较的研究现状,本文选取国外劳动法比较研究文献中最受关注和具有代表性的制度样本,包括加拿大、英国、德国、西班牙和意大利作为研究对象,重点关注第三类劳动者与雇员与自雇佣劳动者的类型关系、认定标准、权利配置,制度效果以及理论评价。选择国家的多样性也许会对制度介绍的深入与细致有一定影响,但笔者认为对制度概貌的全面认知,对制度共性与差异的总结,须以多样性为基础,且是对制度借鉴与适用性分析作出理性判断的首要前提。

(一) 依赖性承包人

将一部分劳动者定义为“依赖性承包人”(dependent contractor)以加拿大为典型代表

[3] 有关这一主题的论文,例如常凯:《雇佣还是合作,共享经济依赖何种用工关系》,《人力资源》2016年第11期;彭倩文、曹大友:《是劳动关系还是劳务关系?——以滴滴出行为例解析中国情境下互联网约租车平台》,《中国人力资源开发》,2016年第2期;王玉:《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》,《法学》2016年第6期。

[4] 粟瑜、王全兴:《我国灵活就业中自治性劳动的法律保护》,《东南学术》2016年第3期,第108页。

[5] 王全兴、王茜:《我国“网约工”的劳动关系认定及权益保护》,《法学》2018年第4期,第66页。

[6] 代表性文献如 Seth D. Harris & Alan B. Krueger, *A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First-Century Work: the “Independent Worker”*, The Hamilton Project, Discussion Paper 2015, Washington DC, Brookings Institution.

[7] 参见 ILO, *Non-standard Employment Around the World: Understanding Challenges, Shaping Prospects*, International Labour Office, Geneva, 2016, pp. 21-22.

[8] 相关论著包括王倩:《德国法中劳动关系的认定》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2017年第6期;王全兴、粟瑜:《意大利准从属性劳动制度剖析及其启示》,《法学杂志》2016年第10期;田思路、贾秀芬著:《契约劳动的研究——日本理论与实践》,法律出版社2007年版。

国家。传统上,加拿大对雇员身份的判断与其他英美法系国家一样,以“控制检验”为基本方法。1947年 *Montreal v. Montreal Locomotive Works* 一案,体现了加拿大传统的“四要素”控制检验方法,即“控制、工具的所有权、盈利机会以及损失的风险”,^[9]而立法对“依赖性承包人”概念的采用使得这一传统方法发生转变。这一概念由加拿大劳动法学家阿瑟(Harry Arthurs)在1965年提出,他认为被排除出传统雇员范围的、只为一家公司全职工作的小商人、工匠、水管工、手艺人及其他类似群体,对公司具有经济上的依赖性。他们被视为独立承包人(即自雇佣劳动者)而非雇员,就无法联合起来进行集体谈判并受产业关系法的保护,因为根据竞争规则他们这样做会被送进监狱。因而需对他们适用类雇员的保护以使其享有集体谈判权。^[10]

受阿瑟教授的影响,20世纪70年代许多加拿大辖区陆续采用依赖性承包人的概念来概括这些劳动者,将其纳入雇员的概念之中以赋予其集体谈判的权利。随后,加拿大中央和各省政府将这种中间类型引入集体劳动关系立法,加拿大《劳动法典》第一部分“产业关系”规范中,对雇员的界定包括被雇主雇佣的雇员、依赖性承包人以及私人巡警,而依赖性承包人是指“无论是否签订雇佣合同而为某人开展工作或提供服务的人,只要他们与其建立了经济依赖关系,且需向其承担开展工作的责任”。^[11]安大略省《劳动关系法》也将依赖性承包人纳入雇员的范畴,指“无论是否在一份雇佣合同之下,无论是否提供工具、车辆、设备、机器、材料或者由依赖性承包人拥有的任何东西,其为另外一人提供服务或履行工作以获得报酬,而根据履行的条款或条件,依赖性承包人处于经济从属性地位,那么该人就应被视为雇员而不是独立承包人”。^[12]这样的概念界定有两个显著特点:其一,关系的法律形式并不具有决定性意义,而需要考察关系的现实;其二,这一概念非常清楚地排除,至少是显著减少了作为“四要素检验法”标准之一的“工具的所有权”的区分意义,而其是阻碍这类劳动者被认定为雇员的主要障碍。^[13]立法的变化使原来集体谈判法律无法覆盖的大量劳动者因此而受益,在产业关系法的框架下,依赖性承包人被雇员概念所包含,而享有了同雇员基本一致的集体劳权。

而实践中还需将依赖性承包人与独立承包人区分开来,为此一些新的考量要素被引进。安大略劳动关系委员会列出了11项指标:使用或有权使用的人;拥有工具或提供原材料;企业家行为;向市场出售服务的一般行为;拒绝工作机会的经济流动性或独立性;费用收取存在的差别;被受雇组织整合的程度;专业化程度、技术、专业或创造力的投入;完成工作方式方法的控制权利;薪酬、合同条款或支付方式是否类似于雇佣关系;工作条件

[9] 参见 Brian A. Langille & Guy Davidov, *Beyond Employees and Independent Contractors: A View from Canada*, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Vol. 21, Iss. 1, 1999, pp. 19-22。

[10] 参见 Harry W. Arthurs, *The Dependent Contractor: A Study of the Legal Problems of Countervailing Power*, *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 16, No. 1, 1965, pp. 89-117。

[11] *Canada Labour Code*, R. S. C., 1985, c. L-2, <http://laws.justice.gc.ca/eng/acts/L-2/page-1.html>, 最近访问时间[2018-11-01]。

[12] *Ontario Labour Relations Act*, S. O. 1995, c. 1, sch. A, s. 1 (Can.).

[13] 参见 Brian A. Langille & Guy Davidov, *Beyond Employees and Independent Contractors: A View from Canada*, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Vol. 21, Iss. 1, 1999, p. 26。

是否类似于雇员。^[14] 这些要素中“控制”和“经济性依赖”这两个基本标准贯穿于始终。而一些劳动委员会对经济依赖性赋予了更实质性的内容:将从雇主获得收入的比例作为一项重要指引,即一名工人至少需要从雇主处获得 80% 的收入,才可以被认定为依赖性承包人。^[15]

“依赖性承包人”的突出特点,是其明确从属于雇员范畴,但只针对集体劳动关系而享有集体劳权。虽然“依赖性承包人”概念被广泛采用,大量的劳动委员会却转向了另一种态度——以这种立法方式覆盖相应劳动者的方法没有必要。^[16] 有学者认为,该概念的引入仅仅是加拿大法庭和劳动委员会对雇员概念进行目的性解释失败的结果,如果目的性解释方法能被加拿大劳动法所采纳,那么就没有必要创设特别的依赖性承包人概念。更重要的是,这一立法使得为其他目的而对雇员概念进行解释的路径无法实现。例如,那些对某个特定的雇主具有经济性依赖的劳动者,无法因劳动标准法的目的而被纳入雇员范畴,这显然并不合理。^[17]

(二)非雇员劳动者

“非雇员劳动者”这一概念主要出现在英国。学理上,英国劳动法学者认为普通法对雇员身份的界定所产生的不确定性,导致了保护性立法适用范围的延伸,包括学徒、实习生、家庭工作者、代理劳动者,以及在交易中对另一方存在经济性依赖的自雇佣劳动者。这些不拥有自己生意的个体被雇佣者,并不必须满足雇员身份检验所要求的从属标准。因此,他们仅仅因特定目的而被视为雇员,“准依赖劳动”(quasi-dependent labor)这一名称就被用来指代这一群体。^[18] 立法上,英国同时存在“雇员”(employee)和“劳动者”(worker)的概念,根据《就业权利法》(1996),雇员是指一位进入一项雇佣合同或根据一项雇佣合同工作的个人(或者在就业已中断的情况下,曾经根据一项就业合同工作的个人);劳动者不仅包括雇员,还包括无论明示或暗示,口头或书面,而进入一项非雇佣合同的其他合同的个人,此时该主体向合同另一方承担或履行任何工作或义务,但该合同并非是由个人履行的“专业人士—顾客”合同与“客户—商业”合同。

因此,英国“个人工作合同”分为“雇佣合同”、“专业人士—顾客”合同与“客户—商业”合同,以及“劳动者的合同”。而劳动者包括雇佣合同下的雇员,与“劳动者的合同”下的“非雇员劳动者”,后者是准依赖劳动群体中对另一方存在经济依赖性的自雇佣工人,也是传统雇佣——自雇二分法之外的中间类型。英国判例法在界定“非雇员劳动者”时,会考虑两方面的因素:一是,因为双方都有较宽的自由度来决定是否以及何时实际参与工作,所以虽然工作关系中并没有充分的双方义务使得合同成为雇佣合同,但也达到了足够将个人界定为劳动者的程度。二是,虽然劳动者可以被其他个人所替代,而使得合同的

[14] Canadian Labour Congress, *Local 1689 v. Algonquin Tavern*, 3 CLRBR 337 (1981).

[15] *Ridge Gravel & Paving Ltd. and Teamsters*, [1988] 88 C. L. L. C 16040.

[16] 参见 Michael Bendel, *The Dependent Contractor: An Unnecessary and Flawed Development in Canadian Labour Law*, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 32, Iss. 4, 1982, pp. 374-381.

[17] 参见 Brian A. Langille & Guy Davidov, *Beyond Employees and Independent Contractors: A View from Canada*, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Vol. 21, Iss. 1, 1999, p. 26.

[18] 参见 Simon Deakin & Gillian S. Morris, *Labour Law (Sixth Edition)*, Hart Publishing, 2012, p. 172.

“个人性”不足以将合同认定为雇佣合同,但是也达到了足够将个人界定为劳动者的个人性。^[19]

英国学者认为,“劳动者”概念的建立延展了雇员内涵中的依赖性,从而将特定的立法扩展适用于具有经济依赖性的劳动者群体。第一类相关的立法包括最低工资、任意扣除工资,以及加班工作的保护。立法通过劳动者概念的使用表达了这样的观点:零工(casual workers)不能因为不被归类为雇员,而被剥夺这些基本的保护,因为这些保护的有效功能,并非建立在雇佣关系的常规化与长期性上。第二类是集体性权利的保护,包括因组织产业行动和组建工会而豁免侵权责任的权利,以及在工会承认程序中和作为独立工会成员时,不被非正当解雇以及不被歧视的权利,但因参加产业行动而不受歧视性对待的权利仅适用于雇员。^[20]

虽然立法对“个人工作合同”进行了清晰的分类,但仅根据界定“非雇员劳动者”需考虑的两方面因素,而区分雇佣合同、劳动者合同、“专业人士—顾客”与“客户—商业”合同,是一件极其困难的事情。^[21] 值得关注的是,2016年伦敦劳动法庭就司机与Uber公司之间的纠纷作出裁判,^[22] 裁定原告是Uber伦敦公司“雇佣”的《就业权利法》230(3)(b)、《工作时间条例》36(1)和《国家最低工资法》54(3)款中的“劳动者”(worker),有权享受全国最低工资和带薪休假等待遇。Uber随即上诉,但被劳动上诉法庭驳回,维持原判。^[23] 因此,英国法中非雇员劳动者的分类,为Uber司机身份问题的解决在司法上提供了一种可能。

(三)类雇员人

对“类雇员人”的分类主要规定在德国法之中。德国对劳动者的分类采取三分法,即经济和人格都独立的自雇者、人格独立但经济上有从属性的类雇员、人格不独立的雇员。^[24]

类雇员人对雇主并不具有人格从属性,与其他自雇佣劳动者相反,他们具有两个特征:其一是经济依赖性,其二是获得与雇员类似的社会保护的需求。这两个要件并未被严格界定,与对雇员身份的界定一样,法官对类雇员的判断因素也体现了综合性与个案性,甚至对相同的合同情形会出现不同的判决。^[25]

经济依赖性基于这样的事实:一人仅向一位委托人提供服务,相应收入构成其主要生活来源。即便是为几位委托人工作,只要从一位委托人那里获得的收入构成了其主要生活来源,也能被认定为具有经济依赖性。司法实践中判断经济依赖性的指标,是经此种关

[19] 参见 Mark Freedland Fba & Nicola Kountouris, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford University Press, 2011, pp. 278 - 282。

[20] 参见 Simon Deakin & Gillian S Morris, *Labour Law (Sixth Edition)*, Hart Publishing, 2012, pp. 174 - 176。

[21] 参见 Mark Freedland Fba & Nicola Kountouris, *The legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford University Press, 2011, p. 282。

[22] Mr. J. Farrar and Others v Uber B. V. and Others, Case Nos; 2202550/2015.

[23] Uber B. V. and Others v Mr Y. Aslam and Others, Appeal No. UKEAT/0056/17/DA.

[24] 参见王倩:《德国法中劳动关系的认定》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2017年第6期,第44页。

[25] 参见 Wolfgang Däubler, Working People in Germany, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 21, No. 1, 1999, p. 88。

系而获得的收入超过所有收入的 50%。社会保护需求的判断标准是“与雇员类似”，即达到了通常只存在于雇主——雇员关系中具有的经济依赖性的程度，以及完成的工作任务与雇员类似。^[26] 对此要视不同情形而定，低收入通常会被认为是需要社会保护的强烈指征，然而相对高的收入也不必然让法庭排除对类雇员人身份的认定。^[27]

德国对类雇员人的法律保护为三类规则所覆盖。其一是适用于包括类雇员人在内的所有服务提供者，而又未以雇员为限的民法典中的雇佣合同规则。其二是并非适用于所有自雇者而仅适用于类雇员人的规则。例如受劳动法院的管辖，根据《联邦休假法》享有每年 24 天的带薪年休假，以及受《职业健康和安全法》《集体协议法》以及《社会法典》中有关法定意外保险的特别调整。其三是针对类雇员人中的特殊群体——家内工作者和商业代表的特殊规则。^[28] 除此之外，适用于雇员的其他劳动保护规则对类雇员人基本不适用。

作为类雇员人的特殊群体，“家内工作者”主要是指那些基于经营者的委托在家中或者其他自己选定的工作场所，独自、与家庭成员或者不超过两名其他帮工共同工作并将劳动成果交付给经营者处置的人员。《家内工作者法》及其他的法律规定对家内工作者提供的保护已经与雇员没有很大差别。^[29] “商业代表”是为一家或几家企业安排和订立交易的个人。尽管他们对于其他企业存在经济依赖性，但他们的法律地位却离劳动法规则很远，主要受《商法典》的调整，而只有少数的劳动法规则对其类推适用。^[30]

德国学者认为，类雇员人虽然增加了法律制度的灵活性，但这并非事情的主要方面。由于大部分类雇员人基本上被排斥在法定社会保险制度之外，雇主仍有很大的动力用类雇员人替代雇员。因为雇主能够决定生产过程，在很多情况下他们有足够的管理权力来安排工作中的个人，以使符合类雇员的要件而不被纳入社会保障体制。此外，处于受薪工作和自雇佣灰色地带的工人往往不会去法院主张他们的权利，这就依赖于工会和国家机关履行职责。因此，推广适用与雇员拥有类似保护水平的家内工作者的相关规则，是解决问题的可行办法。^[31]

(四) 经济依赖性自雇佣劳动者

此种劳动者分类以西班牙为典型国家。西班牙的雇佣立法最开始也采用了雇佣与自雇的二分法。1980 年颁布实施的《工人法》仅适用于雇员，即为了获得报酬，而在一个组织之内，或在一个自然人或法人（雇主）的指示之下自愿履行义务的人；而自雇佣劳动者

[26] 参见 Stefanie Sorge, German Law on Dependent Self-Employed Workers: A Comparison to the Current Situation under Spanish Law, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 31, No. 2, 2010, pp. 249 - 250.

[27] 参见 Wolfgang Däubler, Working People in Germany, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 21, No. 1, 1999, p. 88.

[28] 参见 Stefanie Sorge, German Law on Dependent Self-Employed Workers: A Comparison to the Current Situation under Spanish Law, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 31, No. 2, 2010, pp. 250 - 252.

[29] 参见王倩：《德国法中劳动关系的认定》，《暨南学报（哲学社会科学版）》2017 年第 6 期，第 45 页。

[30] 参见 Wolfgang Däubler, Working People in Germany, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 21, No. 1, 1999, p. 93.

[31] 参见 Wolfgang Däubler, Working People in Germany, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 21, No. 1, 1999, p. 99.

则在宪法、民法以及法律的商事条款中予以规定。判例法对雇员身份的确认考虑如下需共同满足的因素:(1)被组织整合的水平;(2)对雇主的依赖;(3)固定工作时间;(4)工具以及制服的提供;(5)雇员可行使决策的权限。^[32]

1. 《自雇佣劳动者法》的制定

企业出于灵活性和流动性的考虑,出现了大量以自雇佣劳动者替代传统雇员的现象。这种趋势引起了西班牙劳动组织和政府的关注。2007年西班牙立法机构制定了一项新法——《自雇佣劳动者法》(*Self-Employed Workers' Statute*),该法规范了所有形式的自雇佣工作,也是欧盟内对自雇佣劳动者进行综合、系统规范的首部立法。

“自雇佣劳动者”是指个人承担日常的盈利性经济或职业活动,且不受其他人组织管理的自然人,其是否雇佣第三方不作为考虑因素。他们享有以下三种基本劳动权利:(1)非特别基础权利(例如平等、非歧视、医疗保险、身心健康、宗教信仰自由以及有效的法律保护);(2)公共职业权利(工作的权利、个人职业选择的自由、追求经济利益及自由竞争的权利、对工作成果的知识产权以及受保护的服务);(3)提供服务所涉及的职业权利(合同安全、等价回报、职业和个人生活间的平衡、职业培训与再培训)。^[33]此外,自雇佣劳动者基本享有工作终止时的一些利益,产假和陪产假,暂时性疾病以及其他特殊群体(残疾人、手艺人或者年轻的承包人)可以享受的社会保险项目。在危险行业的自雇佣劳动者能够提前退休而不丧失社会保险福利。同时,自雇佣劳动者享有结社和其他团体性权利,包括罢工和集体谈判的权利。^[34]

2. 经济依赖性自雇佣劳动者

《自雇佣劳动者法》确立了雇员和自雇佣劳动者外的第三种类型——“经济依赖性自雇佣劳动者”(Trabajador Autonomo Economicamente Dependiente),以提高对该类型劳动者的劳动保护水平。决定一名工人是否是该种类型劳动者的决定性因素,是对“经济依赖性”的判断,即符合法律规定的一项门槛性要求——该主体主要直接为委托人提供经济或专业服务,且至少75%的收入来源于此。^[35]该种类型劳动者与雇员区分的四要素包括:(1)以自主组织的形式开展工作,不接受委托人的技术指导;(2)以个人服务履行义务,没有进行转包;(3)承担经营性的风险;(4)对生产工具和设备拥有实际的所有权。与自雇佣劳动者区分的三要素包括:(1)收入中至少75%依赖于委托人;(2)除休产假和陪产假可将工作予以转包外,没有雇佣转包人;(3)经济或专业服务的履行直接或主要针对一个委托人进行。^[36]

[32] 参见 Miriam A. Cherry & Antonio Aloisi, “Dependent Contractors” In *The Gig Economy: A Comparative Approach*, *American University Law Review*, Vol. 66, Iss. 3, 2017, p. 671。

[33] 参见 Esther Sanchez Torres, *The Spanish Law on Dependent Self-Employed Workers: A New Evolution in Labor Law*, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 31, No. 2, 2010, pp. 235-241。

[34] 参见 Jaime Cabeza Pereiro, *The Status of Self-Employed Workers in Spain*, *International Labour Review*, Vol. 147, No. 1, 2008, pp. 96-97。

[35] 参见 Esther Sanchez Torres, *The Spanish Law on Dependent Self-Employed Workers: A New Evolution in Labor Law*, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 32, No. 2, pp. 231-234。

[36] 参见 Miriam A. Cherry & Antonio Aloisi, “Dependent Contractors” In *The Gig Economy: A Comparative Approach*, *American University Law Review*, Vol. 66, Iss. 3, 2017, p. 672。

虽然经济依赖性自雇佣劳动者并没有与雇员一样的同等保障和法律地位,但他们享有包含并超出一般自雇佣劳动者所拥有的权利,例如享受每年 18 天的带薪休假且可根据集体协议而增加、有权调整工作日程以协调工作和私人生活、享有因合同不当解除而获得赔偿的权利、在法定情形下临时中止履行的权利,以及合同纠纷为社会与劳动事务法庭所管辖,并可使用强制仲裁等专门的非诉纠纷解决机制的权利。^[37] 因此,该种分类是对自雇佣劳动者提供的一种真实而特殊的法律安排,以实现立法对其扩大化保护的目。

3. 制度实践

实践中,经济依赖性所要求的 75% 收入来源的比例要求在证明上产生了许多困难。这要求建立确认该类群体各项收入来源的有效机制,特别是从非依赖性委托人处所获收入的信息披露。此外,《自雇佣劳动者法》对其认定提出了许多形式性与程序性的要求。该法要求劳动者在订立合同以及在社会行政机构登记身份时,需向委托人披露其身份,并向委托人和行政机构披露任何会影响其身份变化的情形(例如经济依赖性的比例变化),而委托人需核实这些信息。这一严格要求对劳动者和企业来说都成为一种巨大的负担。2011 年西班牙劳动程序法规定相关合同必须具有书面形式才有效,否则劳动者将被推定为雇员。在上述繁琐的形式与程序性要求下,实践中只有很少数量的工人最终被归类为经济依赖性自雇佣劳动者。^[38]

西班牙学者认为,对经济依赖性自雇佣劳动者的判断纯粹基于经济依赖性会非常模糊,且因为这一类型所植根的社会形态多样而多变,而为甚判定更添不确定性与困难性。^[39] 西班牙工会认为,该分类不适当地覆盖了本应属于传统雇佣关系的劳动者,而雇主组织却有着相反逻辑的质疑,即这一分类会吞并那些真实的自雇佣劳动者,而使得企业成本增加。^[40]

(五) 意大利的“准从属性劳动”

1942 年《意大利民法典》为形式多样的劳务活动确立了“从属性劳动”(illavorosubordinato)与“自治性劳动”(il lavoro autonomo)二元体系。前者是指“基于报酬,通过依从于企业主并在其领导下给付自身体力或脑力劳动,而有义务在企业中合作的人”(第 2094 条),后者则涵盖了劳务合同、承揽合同、委任、代理合同等。^[41] 二元体系之外的“准从属性劳动”制度,则经历了漫长而复杂的立法变动。

1. 持续协同的合作者

1973 年修改后的《民事诉讼法》(533 号法律)将适用于从属性劳动的劳动诉讼程序,

[37] 参见 Esther Sanchez Torres, *The Spanish Law on Dependent Self-Employed Workers: A New Evolution in Labor Law*, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 32, No. 2, p. 246。

[38] 参见 Miriam A. Cherry & Antonio Aloisi, “Dependent Contractors” In *The Gig Economy: A Comparative Approach*, *American University Law Review*, Vol. 66, Iss. 3, 2017, p. 674。

[39] 参见 Esther Sanchez Torres, *The Spanish Law on Dependent Self-Employed Workers: A New Evolution in Labor Law*, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 32, No. 2, p. 238。

[40] 参见 Miriam A. Cherry & Antonio Aloisi, “Dependent Contractors” In *The Gig Economy: A Comparative Approach*, *American University Law Review*, Vol. 66, Iss. 3, 2017, p. 674。

[41] 参见王全兴、栗瑜:《意大利准从属性劳动制度剖析及其启示》,《法学杂志》2016 年第 10 期,第 103 页。

扩展至自治性劳动者中最弱势的一部分群体,即代理关系、商业代表关系,以及其他虽然不具有从属性,但主要由本人完成的体现持续与协同的合作关系。正是在解读这类规范现象的过程中,意大利劳动法学提出了从属性与自治性劳动外的中间类型——“准从属性劳动”。这一类型的确定需要同时满足四个要素:(1)合作;(2)关系的延续性和持久性;(3)与委托人的功能性协同;(4)个人提供服务的显著特征。准从属性劳动者通常被称为“持续协同的合作者”(continuous and coordinated collaborators)。^[42]

由于法律只是将原本适用于从属性劳动者的程序性权利而非实体性劳动权利扩展至“持续协同的合作者”,企业渐渐开始以准从属性劳动者身份来雇佣那些之前是雇员的工人,这导致准从属性劳动者的数量迅猛增长。这一分类被企业用来隐藏真实的雇佣关系,以降低成本和规避劳动者在民法典第 2094 条项下的保护。这种状况持续了近二十年而没有任何立法干预,直到 1995 年养老保险改革法案的出台,才赋予了自治性和准从属性劳动者一些原本为雇员所享有的社会保险福利。

2. 比亚吉 (Biagi) 改革与项目工作

为应对“持续协同的合作者”的泛滥,2003 年 276 号法令对准从属性劳动的内容进行修改,被称为比亚吉改革。^[43] 为了对抗企业将雇员错误分类为准从属性劳动者的行为,立法要求企业和雇员必须要在至少一个项目上进行合作,并对项目的真实性提出要求。一个或多个由委托人确定的,由劳动者自主管理的特定劳动项目或方案,或该项目或方案的某一阶段的完成,是检验项目劳动合同有效性的必要因素。委托人与合作者必须以书面方式明确项目、方案或阶段的活动内容及其给付期限。如果一个项目并不真实存在,例如,工作具有连续性且在企业的管理之下,那么劳动者就应当被重新归类为雇员。同时,立法也将一系列的劳动保护与社会福利扩展适用于准从属性劳动者,包括合理给付报酬、合同中止与解除时的权利、健康与安全保护的权利等。

虽然以项目为中心的概念非常具有创新性,但比亚吉改革并没有像其支持者所期望的那样成功。立法努力保障准从属性劳动者的权利,但总体上他们的权利与受保护水平比雇员要低。这次改革因为“有问题的立法技术、不适当的选择要求、有缺陷的保护方式,以及不适宜的、严苛且无效的最终制裁机制”而饱受批评,^[44] 废除项目工作制度日益成为持续良久的政治运动的一个目标。

3. 蒙蒂-富尔内罗 (Monti-Fornero) 改革

2012 年,意大利立法机构又通过了第 92/2012 号法律,被称为蒙蒂-富尔内罗改革,该法通过设置雇员地位的默认状态来抵消“项目工作”概念的滥用。法案规定项目不应该与雇主的核心业务相重叠,且只能适用于低技术水平或日常性任务。如果项目并不存

[42] 参见 Nicola Countouris, *The Changing Law of the Employment Relationship: Comparative Analyses in the European Context*, Ashgate Publishing, 2007, p. 72。

[43] 参见 Michele Tiraboschi, *The Italian Labour Market After the Biagi Reform*, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 21, Iss. 2, 2005, p. 149。

[44] 参见 Adalberto Perulli, *Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work: A Comparative Analysis of Selected European Countries*, in Giuseppe Casale ed., *The Employment Relationship: A Comparative Overview*, International Labour Office, 2011, p. 137。

在,从关系开始之时,劳动者就应被认定为雇员。^[45] 该法赋予准从属性劳动者一系列实质性的权利,例如通过国家集体谈判协议设置劳动条件,并与由协议确定的雇员的最低工资水平保持一致。此次改革清楚地表明了对准从属性分类的不赞成与不鼓励。但该项改革不仅提高了使用该类工人的成本,也为此设置了繁重的规制。^[46]

最终,2015 年《工作法》改变了立法思路,根本废除了起源于 2003 年 276 号法令中的“项目工作”概念,并对雇佣关系给予了高强度的推定。2015 年 6 月以后,工人仍然可以签订持续协同合作者合同,但立法引入了对“合作”的新定义——“由委托人组织合作”,即工作主要(并非绝对)由个人履行,并与委托人相协调而完成。而从 2016 年起,立法机构将雇佣法规的范围延伸至由个人持续开展活动、由委托人组织、参考工作地点的准从属工作关系,但该规则存在一些例外,比如不适用国家集体谈判协议规则;而其他准从属工作关系仍被排除在雇佣关系之外。^[47]

意大利准从属性劳动的立法和实践,是一段充满了斗争、批评和不断修改的历史。尽管其间经过数次法律改革并不断地扩展法律保护,却始终无法扭转企业将其作为对标准雇佣关系的廉价替代的局面。正如意大利劳动法学家佩鲁利(Adalberto Perulli)所言,准从属性分类的历史本身就是“一系列不成功的立法干预”,^[48]虽然立法的本意是通过确立和支持准从属性分类来扩展劳动保护和提高灵活性,但这些目标从来都没有实现。^[49]

三、第三类劳动者的理论争论

各国第三类劳动者制度的创设,是以一种类型化的路径,向无法被(完全)归类为雇员和自雇佣劳动者的劳动者群体,提供或扩展劳动保护。这些国家中,对第三类劳动者制度设立的必要性、第三类劳动者身份界定的困难性,以及该制度的实践效果等存有诸多讨论,已如前述。而在一些国家虽然没有第三类劳动者的制度实践,但实务和理论上对该问题同样存在持久的关注和争论,并因互联网技术发展背景下零工经济的兴盛,而将该问题的讨论推向风口浪尖。这种具有历史性和现实性的争论,以日本和美国最为典型,其中各方观点的碰撞与交锋,对我们今时对该问题的思考和解决具有丰富而有益的启发。

[45] 参见 Michele Tiraboschi, Italian Labour Law After the So-Called Monti-Fornero Reform (Law No. 92/2012), *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, Vol. 1, No. 3-4, 2012, pp. 62-63.

[46] 参见 Miriam A. Cherry & Antonio Aloisi, “Dependent Contractors” In *The Gig Economy: A Comparative Approach*, *American University Law Review*, Vol. 66, Iss. 3, 2017, p. 666.

[47] 参见 ILO, *Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects*, International Labour Office, Geneva, 2016, p. 38.

[48] Adalberto Perulli, Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work: A Comparative Analysis of Selected European Countries, in Giuseppe Casale ed., *The Employment Relationship: A Comparative Overview*, International Labour Office, 2011, p. 167.

[49] 参见 Miriam A. Cherry & Antonio Aloisi, “Dependent Contractors” in *The Gig Economy: A Comparative Approach*, *American University Law Review*, Vol. 66, Iss. 3, 2017, p. 667.

(一) 日本“契约劳动”理论

1. “契约劳动”概念

1997年国际劳工组织第85届大会曾提议就“契约劳动”(contract labour)制定专门的公约,^[50]但由于成员国对该概念的理解存在理论、实践甚至语言表达上的巨大差异而并未成行。日本劳动立法虽并未有针对契约劳动的专门规范,但其是劳动者认定理论的重要组成部分。劳动法学界认为,现实中的劳务供给契约(雇佣、承包、委托)往往存在混合性的要素以致于出现区分困难,由此产生了契约劳动的问题。对契约劳动的一般定义是:“基于委托、承包契约依从用户企业的指示提供服务的人”,其处于雇佣契约和个体经营的中间领域(雇佣的个体经营)。^[51]

2. 理论争论与现实法律调整

如何对契约劳动进行法律调整,日本学界曾产生激烈的争论。“法的体系的再构成论”提出要像德国法“类雇员人”那样把契约劳动者划入第三范围,通过立法给予一定的保护。“劳动者概念的统一论”、“相对论”与“扩大化论”,^[52]实质上是对立法与司法应对契约劳动问题的不同侧面分别进行总结,可分别与日本法关于劳动者界定的“灵活化路径”、“多样化路径”及劳动者权利的扩展相对应。上述路径使立法和司法能游刃有余地应对契约劳动问题,从而大大降低了创设第三类劳动者的必要性。

第一,“劳动者概念统一论”下的灵活化路径。“劳动者概念统一论”基于从属劳动的理论,统一把握劳动者的概念。日本《劳动基准法》第9条规定,劳动者是指不论其从事何种职业,而受雇于前条所列的企业或事务所并被支付工资的人。劳动者的身份认定基于“雇佣(使用)从属性”,法院和学者对抽象雇佣标准的具体化做出了很多努力,提出了劳动者身份认定的从属性判断要素和补充性要素。^[53]实践中,法庭可对上述要素予以灵活解释和适用,根据服务类型和个案事实,考量不同行业和工种的差异,灵活地决定哪些因素占较多权重,形成劳动者概念判断的“灵活化路径”,使得保持这种传统的定义具有很强的合理性。

[50] 参见 ILO, Report V (2B) Contract labour (Fifth item on the agenda), <http://www.ilo.org/public/english/standards/realm/ilc/ilc86/rep-v2b.htm>。根据国际劳工组织拟制定的公约,契约劳动是指“个人(契约劳动者)(contract worker)为了自然人或法人(使用者企业)而从事的劳动。该劳动由契约劳动者个人在对使用者企业具有依赖或从属性的条件下履行。这些条件与国内法和实践中的雇佣关系特征相似,但是契约劳动者却并不是使用者企业的雇员。”最近访问时间[2018-10-31]。

[51] 参见田思路、贾秀芬著:《契约劳动的研究——日本的理论与实践》,法律出版社2007年版,第33页。

[52] 参见田思路、贾秀芬著:《契约劳动的研究——日本的理论与实践》,法律出版社2007年版,第99-102页。

[53] 从属性要素包括两个,其一是在另一方的指挥和监督下劳动,包括对工作上的指示没有承诺和拒绝的自由、工作时存在具体的指挥和监督、对提供劳务的时间和地点存在限制条款,以及其从事的劳动不能委托给他人(不可替代性);其二是就提供的劳务而获得报酬,并与劳务存在对等性。补充性要素包括,对作为非劳动者的独立承包人身份认定的确定性程度(通过生产资料以及工具的所有、报酬的多少以及损害责任的负担来综合衡量),以及针对某一特定客户的排他性关系,即专属性程度。此外司法实践还总结出其他补充因素,包括:与正式雇员有相同的雇佣程序;同雇员一样被代缴所得税;适用劳动保险的规则,薪金中被扣除工伤和失业保险;被适用工作场所的规则和纪律;享受离职遣散费和其他额外福利。参见 Ryuichi Yamakawa, *New Wine in Old Bottles? Employee/Independent Contractor Distinction Under Japanese Labor Law*, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 21, Iss. 1, 1999, pp. 104-106。

第二,“劳动者概念相对论”下的多样化路径。“劳动者概念相对论”依据各法律规定的目的来相对把握劳动者概念。例如,日本《劳动组合法》第 3 条将“劳动者”定义为“不问职业的种类,依靠工资、报酬和其他收入生活者”,该定义并未要求雇佣关系的存在,因而比《劳动基准法》对劳动者的定义要广。这种更宽泛的界定是基于《劳动组合法》鼓励集体谈判的立法目的,而雇佣合同“指挥和监督”的特征与集体谈判关系的确定并不那么相关。基于各个法律不同的立法目的,而使劳动者的定义及实际适用存在差别,被称为“多样化路径”。采用此种路径而不是创造一个新的统一定义的合理性在于,确定劳动标准的保护程度依赖于被保护的具体客体,例如艺术家需要集体谈判以及赔偿金,而不是加班工资、滥用解雇规则的保护,这可以避免不必要、过度的保护。^[54]

第三,“劳动者概念扩大论”与劳动者权利的扩展。“劳动者概念扩大论”是指扩展和增加从属性内涵(经济从属性、组织从属性),或者将劳动者的概念向其周边部分(所谓灰色地带)扩张。一些立法和判例将最初只有雇员才有的保护扩展至特定的非劳动者,例如劳动者意外伤害保险以及不被滥用解雇的保护。这些劳动者权利向非劳动者的扩张,是基于后者在对这些保护的需求上,与前者具有非常强的相似性。因此,当传统的定义不能使某些独立承包人获得他们所需要的劳动保护时,一种可行的选择就是修改现存立法的部分内容,以实现劳动权利的扩展和保护范围的扩大。^[55]

(二) 美国——对新设第三类劳动者的激烈争论

是否应当仿效其他国家在雇员和独立承包人外设立第三类劳动者,是美国零工经济带来的雇佣和劳动法问题中的一个争论焦点,总体分为支持者和反对者两大阵营,而个中观点碰撞尤其具时代性与启发性。

1. 支持者

在美国,隐蔽性雇佣(disguised employment)^[56]导致产生工人错误分类(worker misclassification)诉讼。针对这类以 Uber 和 Lyft 为代表的零工经济中的诉讼难题,一些学者主张应在雇员和独立承包人之间设立第三类劳动者,被称为“依赖性承包人”、“依赖性自雇人”或“独立劳动者”。^[57]其中,以哈瑞斯(Seth D. Harris)和克鲁格(Alan B. Krueger)提出的“独立劳动者”(independent workers)概念最具代表性和影响力。

“独立劳动者”是指那些处于雇员和独立承包人中间地带的劳动者群体,虽然该概念的提出主要针对在线零工经济的劳动者,但其范围构成并不仅限于此。设立“独立劳动者”分类的理由包括:(1)确定在线零工经济的劳动者是雇员还是独立承包人需要持续、

[54] 参见 Ryuichi Yamakawa, *New Wine in Old Bottles? Employee/ Independent Contractor Distinction Under Japanese Labor Law*, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 21, Iss. 1, pp. 108 - 125.

[55] 参见 Ryuichi Yamakawa, *New Wine in Old Bottles? Employee/ Independent Contractor Distinction Under Japanese Labor Law*, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 21, Iss. 1, pp. 124 - 126.

[56] 根据国际劳工组织《雇佣关系建议书》(第 198 号)，“隐蔽性雇佣”是指当雇主以独立个体而非雇员方式对待工人,以隐藏其真实的雇员法律状态的情形。

[57] Valerio DeStefano, *The Rise of The “Just-In-Time Workforce”: On-Demand Work, Crowdfork, and Labor Protection In The “Gig economy”*, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Vol. 37, Iss. 3, 2016, p. 495.

代价巨大的法律博弈,结果的不确定性使劳动者和平台双方都面临来自诉讼和政府强制干预的高交易成本;(2)不同立法对雇主和独立承包人法律地位的规定,使劳动者和雇主面临不同的检验。这些检验和法庭的解释因立法目的不同而不同,且只是一些因素的集合而非清晰的界定阈值,对因素的衡量往往留给个案的决定者,影响了司法裁判的可预期性;(3)实践中平台公司多将独立劳动者划为独立承包人的做法,使其无法寻求雇员所拥有的保护和利益,也使得雇主因不必提供相应保护和福利而获得不当利益;(4)最为根本的是,独立劳动者并不具有独立承包人和雇员的那些最本质的特征。如果劳动和雇佣法的双重目标是提高效率 and 基于不公平的谈判实力而保护劳动者,那么目前的二分法对独立劳动者的规范现状将无法实现任何一个目标。^[58]

2. 反对者

反对设立第三类劳动者的理由主要基于以下两方面:

第一,创设新的劳动者类型具有更强的模糊性和复杂性。对于中间类型劳动者的保护,以及相关的身份判断规则在不同国家之间存在显著差异,对该类劳动者的检验和判断比对雇员身份的控制检验还要更加复杂。^[59] 这种尝试可能将灰色地带转移到别的方面,而并没有消除相关的仲裁和诉讼风险。雇佣关系和错误分类的问题远远超出零工经济的范畴,为这一部分的工人提供一个专门分类会割裂劳动力和雇佣规制。^[60]

第二,控制检验和立法并非已经过时。那种认为普通法的控制检验是狭隘的,以至于在当代不能够为雇佣保护提供指引的观点是错误的。^[61] 一些基础性立法为雇佣关系的确定及适用提供了更广泛的定义。例如,《公平劳动标准法》(FLSA)对“雇佣”和“经历和允许工作”提供的定义比“控制检验”更广。该法制定于1938年,当时控制检验可以包含大部分的工作行为,而立法者仍然通过立法确保劳动保护规则的最广泛适用。这样的广泛定义,在裂缝化的工作场所和管理分层体制对工人的控制日益削弱的今天,非但没有过时,反而比在1938年更具意义。^[62]

三 第三类劳动者制度对我国的适用性

在对我国各类网约工劳动关系认定问题的争论中,裁判者和学者越来越意识到这种

[58] 参见 Seth D. Harris & Alan B. Krueger, *A proposal for modernizing labor laws for twenty-first-century work: the “Independent Worker”*, The Hamilton Project, Discussion Paper 2015, WashingtonDC, Brookings Institution, pp. 7-12。

[59] 参见 Robert Sprague, *Worker (Mis) Classification in the Sharing Economy: Square Pegs Trying to Fit in Round Holes*, *ABA Journal of Labor & Employment Law*, Vol. 31, Iss. 1, 2015, p. 53。

[60] 参见 Valerio DeStefano, *The Rise of The “Just-In-Time Workforce”: On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection In The “Gig economy”*, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Vol. 37, Iss. 3, 2016, pp. 496-498。

[61] 参见 David Weil, *The Application of the Fair Labor Standards Act’s “Suffer or Permit” Standard in the Identification of Employees Who Are Misclassified as Independent Contractors*, Administrator’s Interpretation No. 2015-1, U. S. DEP’T LAB. (July 15, 2015), https://www.blr.com/html_email/AI2015-1.pdf, 最近访问时间[2018-11-01]。

[62] 参见 Valerio DeStefano, *The Rise of The “Just-In-Time Workforce”: On-Demand Work, Crowdwork, And Labor Protection In The “Gig economy”*, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Vol. 37, Iss. 3, 2016, p. 498。

用工形态所具有的混合性与模糊性,而为处于灰色地带的劳动者创设新类型的观点,成为被建议的路径选择之一。但当我们对第三类劳动者的制度实践与理论争议进行比较研究时,会发现该制度在规则设计与理论支撑上尚存在诸多困难和争议,这一路径对我国是否具有适用性,则更需谨慎考量我国现实的制度基础和理论积累水平。

(一)概念界定与规则构建的模糊性

设立第三类劳动者,不仅其本身需要合理的认定标准,还需建立可将其与雇佣与自雇佣清晰区分开的规则。从已有的制度实践观察,对该问题尚未达成普遍共识。其一,作为类型化的存在,第三类劳动者与雇员与自雇佣劳动者的关系归属呈现不同样态。加拿大将其纳入雇员范畴,而西班牙将其归属为自雇佣劳动者,德国与意大利采用“三分法”将三者并列,英国以“劳动者”的上位概念将其与雇员同时纳入麾下。其二,对第三类劳动者的界定规则存在较大差异。最大的共识,是加拿大、德国和西班牙以“经济依赖性”作为认定第三类劳动者的本质属性,但在实践中如何确认“经济依赖性”且与雇佣关系之“从属性”相区分成为首要难题,三国实践中将收入来源比例(分别为 80%、50%、75%)作为客观衡量标准,也充满了质疑(为什么不是 60% 或 90%?)和操作困惑(收入信息披露与具体计算问题)。此外,德国在认定标准中需同时考量劳动保护的“社会需求性”,英国以未达到“雇佣合同”但达到“劳动者的合同”标准的“双方义务性”和“个人性”,作为模糊的认定因素。而意大利则以“持续、协同与合作”、“项目工作”和“由委托人组织合作”作为不断修改的认定标准,但一直在实践中遭遇挫败。因此,对第三类劳动者的认定无论是立法还是实践判断都异常复杂与困难,且介于雇佣与自雇佣之间而又要与二者相区别的标准设置,使其比对雇员身份的判断更加让人迷惑。

第三类劳动者的制度设计与实践需以雇佣与自雇二分法本身的廓清作为必要的制度和理论基础,对此在上述国家中并不存在问题和障碍,困难主要来自于“中间类型”必然固有的模糊与复杂性。我国的特殊之处在于,雇佣与自雇二分法本身尚未有成熟的制度与理论基础,从而对该制度的适用与可行增加了更多的未知与阻碍。

一方面,我国在立法上并未明确定义及解释过“劳动关系”、“劳动者”等概念,实践中对是否成立劳动关系的判定主要依据司法和行政部门的相关规定。立法主要明确了用人单位的范围,劳动者的范围主要通过是否建立劳动关系而确定。立法规范语言对“劳动者”一词的使用在内涵与范畴上并不一致,^[63]在劳动者之外还存在“职工”、“雇工”的概念。除“劳动者”概念界定缺失与立法的混乱外,我国《合同法》的有名合同中,“提供服务类”的合同没有雇佣合同一类,立法上缺少雇佣与委任,雇佣与承揽的界定与区别,雇佣合同与劳动合同的比较与区别在制度上就更无从谈起。虽然雇佣规则缺失,法律实务上

[63] 例如,《劳动法》和《劳动合同法》中的劳动关系,既包括标准劳动关系,也包含非标准劳动关系(劳务派遣和非全日制),劳动者是处于劳动关系中的一方主体。而最高人民法院《全国民事审判工作会议纪要》(法办[2011]442号)第59条规定:“建设单位将工程发包给承包人,承包人又非法转包或者违法分包给实际施工人,实际施工人招用的劳动者请求确认与具有用工主体资格的发包人之间存在劳动关系的,不予支持。”上述文件中的“劳动者”又并非处于劳动关系中的一方主体,可见劳动者与劳动关系并非一一对应。

却存在劳务关系与劳动关系的判定和区别问题,但问题在于立法对劳务关系也未作明确界定。实务上一般认为劳务关系即为雇佣关系,“劳动关系认定”、“劳务关系与劳动关系”问题,实质上就是雇佣合同与劳动合同的区分问题。这里需要特别注意的是,西方语境下的雇佣关系与我国立法中的“劳动关系”范畴基本一致,而我国目前劳动法实务上的劳务(雇佣)关系则接近于西方语境下的自雇佣或独立承包人的范畴。这种用语使用上的巨大差异提醒我们在参考域外立法和理论时需格外谨慎,也实质上增添了对话与借鉴的难度。

另一方面,在理论上学者们对“劳动者”也有不同的范畴界定。^[64]对于劳动关系,将“从属性”作为其根本特征和判断标准不存在争议,但由于裁判依据对劳动关系的界定过于粗泛,司法实践和理论总结尚未形成成熟、系统的“从属性”判断要素规则。更为关键的是,雇佣合同规则的缺失,导致劳动关系与雇佣关系二者关系不清,理论上存在二者独立、前者适用后者的一般性规定以及后者为前者特殊形态这三种不同的观点。^[65]西方国家劳动合同经由雇佣合同发展而来,历经大工业化时代和经典产业关系发展阶段,经由不同立法历史进程演变,在不同大陆法系国家,二者呈现出不同的立法体例和归属关系。但正是基于立法与历史演进的主客观一致性,使得雇佣关系(合同)与劳动关系(合同)的外在范畴大体一致,“二者几乎同义”亦为日本和我国台湾地区劳动法学界的主流观点。^[66]我国没有经历过西方雇佣合同发展和适用的历史阶段,劳动立法从一开始就直接进入了公私融合的法律调整模式。如何在厘清劳务关系、雇佣关系和劳动关系概念与范畴的基础上,^[67]对三者进行符合我国发展实际的界分,是劳动法的重大课题,而这显然还需经历较长的时间和过程才能在理论和立法上形成共识。

应当说,通过设立第三类劳动者来解决雇佣与自雇二者间的模糊化问题,在全球范围内并未形成主流之势。不多的立法经验已经反映出该类型设立标准的复杂与实践判定的艰难。而我国雇佣概念从未在立法中明确确立,雇佣关系与劳动关系的历史演进与西方完全不同,对“雇佣(劳动关系)—自雇(劳务关系)”二分法的区分在我国都尚未有成熟的立法、理论与实践。在发展背景、制度积累和理论总结完全不同的情况下,贸然借鉴成熟的“雇佣—自雇”二元体系之下对劳动者的第三种分类,恐怕会让本已混沌不清、迷雾重重的局面更加让人无所适从。因此,未来制度完善应当首先厘清雇佣(劳务)、承揽、委任、劳动关系这些基本概念,而只有在此种二元体系逐渐廓清的基础上,讨论和设立第三类劳动者才不至于成为无源之水、无本之木。

[64] 参见侯玲玲、王全兴:《劳动法上劳动者概念之研究》,《云南大学学报(法学版)》2006年第1期,第71页。

[65] 参见董保华:《雇佣、劳动立法的历史考量与现实分析》,《法学》2016年第5期,第13页。

[66] 参见谢增毅:《民法典编纂与雇佣(劳动)合同规则》,《中国法学》2016年第4期,第99页。

[67] 有学者认为应当区分劳务关系与雇佣关系,“劳务关系”指一系列需要付出体力、脑力劳动或提供服务类的社会关系,既包括雇佣关系,亦包括承揽关系、委任关系,居间、代理、演出等,雇佣合同只是基础性劳务类合同。参见郑尚元:《民法典制定中民事雇佣合同与劳动合同之功能与定位》,《法学家》2016年第6期,第62页。这种更广泛范畴上的劳务关系与日本民法“利用他人劳务为目的的契约”相类似。

(二) 权利和规则设计的复杂性

除类型界定与区分规则十分模糊外,对第三类劳动者赋予哪些劳动权利和保护可能更为复杂。如果说“经济依赖性”尚可作为类型界定特质的一项共识,劳动权利与保护水平的配置在制度经验上则难寻规律。加拿大“依赖性承包人”目前只享有集体劳权,英国“非雇员劳动者”享有最低工资、加班工资以及与雇员相区别的集体劳权。德国“类雇员人”的不同群体享有不同权利保护水平,家内工作者最接近于雇员,商业代表最少适用劳动法,其他类雇员人仅享有带薪年假,以及职业健康和安全、集体协议、社会保障立法中的特定保护。西班牙“经济依赖性自雇佣劳动者”除享受自雇佣劳动者享有的休假、特定保险和集体劳权外,还在合同不当解除、中止履行以及争议解决上享有法定权利。意大利“准从属性劳动者”所拥有的权利范围随每一次改革而扩大,但因一再失败而最终走向了对雇员身份高强度推定的路径上。

因此,制度规则需要决定第三类劳动者是否享有集体劳权,以及在平等就业、劳动报酬、休息休假、劳动安全卫生与保护、社会保险和福利、劳动争议处理问题上,享有或排除哪些雇员所拥有的具体权利和保护。然而这种努力存在严重的风险:如果给予第三类劳动者较少的权利,那么企业会有强大的制度刺激将雇员变为第三类劳动者;如果权利赋予过于慷慨甚至接近于雇员,则既要面临如何与雇员相区分的难题,也会因主体界定的严格性,使得实际上适用该分类的劳动者数量非常有限。

德国“类雇员人”的界定要素除“经济依赖性”外,还包括“与雇员类似的社会需求性”。的确,基于需求匹配权利应为制度设计的基本思路,但这种权利配置应是微观、个别与具体的。对抽象出的一类劳动者笼统地赋予权利,会因该类型所包含的群体多样性与变动性而在实践中不断遭受挑战。而在理论上,作出是否应赋予权利的判断也非易事。在美国,有学者提出因为很难确定平台工人的工作时间,而不应该对“独立劳动者”赋予最低工资保障,^[68]但有学者反驳说,这显示了作者对众包工作技术缺乏了解,因为平台收集所有有关工作和工人数据的能力和范围是史无前例的。除最低工资外,是否应对平台豁免适用禁止雇主歧视的法律规定?零工工人因完成工作而受伤时,是否有权请求工伤赔偿?确定应该排除哪项权利是一项不可能的两难问题,这些法律原本就是为了平衡工人与雇主实力而提供的基本权利保障。仅仅为了创造一个被打折扣的工人种类,而将这些保护性权利排除出去非常武断,也不符合零工经济中理性的关系现实。^[69]

与美国不同,我国标准劳动关系法律调整的刚性化是学界共识,主张对劳动者予以分类、分层保护的各种提议是为打破铁板一块、全有或全无的刚性用工体制,为企业与劳动者的灵活与自由寻找一种弹性化的出口。但笼统而抽象的第三类劳动者制度,会面临为其统一配置相应劳动权利和决定劳动保护水平的艰难选择,而这种配置和选择的理论基础、制度实践与合理性却尚未成熟甚至充满争议。

[68] 参见 Seth D. Harris & Alan B. Krueger, *A proposal for modernizing labor laws for twenty-first-century work: the “Independent Worker”*, The Hamilton Project, Discussion Paper 2015, Washington DC, Brookings Institution, p. 13。

[69] 参见 Miriam A. Cherry & Antonio Aloisi, “Dependent Contractors” In *The Gig Economy: A Comparative Approach*, *American University Law Review*, Vol. 66, Iss. 3, 2017, p. 680。

(三) 制度效用和实践结果的非预期性

除规则本身的模糊与复杂外,第三类劳动者的制度效用也一直存在争议。如前所述,加拿大学者认为新设类型,实质上是为扩张劳动法适用范围而进行目的性解释的努力失败的结果,而并非必须之举。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,而主张推广适用与雇员保护最为接近的家内工作者的相关规则。

此外,第三类劳动者规则适用可能出现的非预期后果——更多的错误分类和隐蔽性雇佣,提醒我们对该制度的借鉴需要更严谨的思考与更慎重的选择。在相关文献中,意大利的制度经验总是会被当作例子,准从属性劳动者与雇员权利的实质性差异,为雇主提供了以前者替代后者的套利空间,这比将工人错误分类为自治性劳动者更具隐蔽性和模糊性。虽然从逻辑上说,设立第三种类型可能会有助于解决灰色地带的用工关系和劳动者归类问题,但如果该制度会导致套利,甚至比二分法创造出更多的套利空间,将本应被归类为雇员而又明显不能被认定为自雇工人的劳动者降低至中间类型,就不仅无益于原有问题的解决,反而会产生新的矛盾。

意大利的实践让我们很容易对中国的相似情形产生联想。基于灵活化的考虑,我国《劳动合同法》规定了两种非标准劳动关系——非全日制和劳务派遣。立法对非全日制劳动者的权利配置,与国际劳工组织《非全日制工作公约》所要求的非全日制与全日工工人获得同等对待的基本原则相去甚远。非全日制用工过度灵活,工人基本权利缺少保障,实践中以非全日制工替代全日制工的情况正在大量发生。而劳务派遣在我国作为隐蔽性雇佣形式而存在的非正常繁荣,对我们思考第三类劳动者的设立问题有更重要的借鉴意义。消除隐蔽雇佣关系的内在动力在于改变“正规用工”这一体制内的用工刚性化问题,^[70]在标准劳动关系刚性化背景下,非标准劳动关系(包括依赖性自雇佣关系)中权利配置和保障的“灵活性”,必然会刺激其成为隐蔽雇佣的肥沃土壤,立法对该类劳动关系复杂的确认标准和要求,会因为处于组织优势的雇主通过不断改变经营方式以迎合规则,而导致对其作出隐蔽雇佣的判断日益艰难。设立第三类劳动者,也许会使一些目前处于劳务关系的劳动者被重新分类并享有部分劳动权利和保障,但正如意大利的经验和我国劳务派遣的制度实践所反映出的那样,其也极有可能导致大量标准劳动关系下的劳动者,被第三类劳动者的身份所替代的新型隐蔽雇佣的出现,也会使得本就处于名为劳务关系实为标准劳动关系的隐蔽雇佣中的劳动者,获得真实的身份认定和完整权利保障的道路变得更为曲折和艰难。

四 从劳动者抽象类型化到劳动权利的具体扩展

在仍为主流模式的“雇佣—自雇”二元结构下,如何规范与调整处于灰色地带和中

[70] 参见董保华:《“隐蔽雇佣关系”研究》,《法商研究》2011年第5期,第112页。

间地位的工作关系与劳动者,是许多国家正面临的挑战。解决路径的制度选择与权衡,需以特定价值目标的实现为指引,美国主张设立第三类劳动者的代表性人物哈瑞斯教授提出,^[71]工人分类制度选择的价值目标,包括社会契约的公平适用、效率、创新和创业、避免监管套利以及横向平等。在他列出的政策清单中,除仍将设立“独立劳动者”的“哈瑞斯-克鲁格方案”作为首选外,还提出了“确立从业者被推定为雇员,但雇主可明确反驳的任意性规则”,以及“建立和扩张为所有独立劳动者和类似主体提供福利和保障的公共福利体系”这两种可行的备选方案,因为二者也能实现大部分的价值目标。设立第三类劳动者,并非是应对灰色地带用工关系问题的唯一选项,在明确价值目标和问题指向后,我们需要提出与衡量可供选择的其他路径。

(一)以甄别和规范“隐蔽性雇佣”为必要基础

首先需要指出的是,灰色地带的用工关系问题,并非雇佣与自雇之外的第三类用工关系所能概括,国际劳工组织对这类“依赖性自雇佣”关系的讨论,与“隐蔽性雇佣”紧密关联。^[72]不断被创造出的、有别于标准雇佣的各种新型用工方式伪装之下的隐蔽性雇佣,在互联网科技的推波助澜下变得更加具有迷惑性,隐蔽性雇佣与依赖性自雇佣的边界日渐模糊,并总会让人产生需要以一种新的分类和标准加以规范的冲动。但应当首先判断的是,其是否是被隐藏在一种未曾出现、且为双方合意的用工外表下的隐蔽性雇佣。历史发展中每一次隐蔽性雇佣的出现都是全新的,如今众多平台经济雇员身份的确认诉讼,可能只是经济发展至今的一个阶段性产物而已,过分强调其特殊性也许并不理性。而隐蔽性雇佣的甄别依赖完善的雇佣(劳动)关系判断规则,英美法系和大陆法系国家对此呈现出极强的一致性,主要体现在不考虑工作合同本身标签的“事实第一原则”,和雇佣(劳动)关系确认标准的多因素性与灵活性两方面。在我国,“事实第一原则”虽未有立法和司法解释上的明确依据,但也为不少学者支持,^[73]而“好厨师”、“闪送”等平台用工案件的司法判决也呈现出法院对这一原则的认同。^[74]雇佣(劳动)关系确认标准的多因素性及适用的灵活性,可以确保该标准与由科技主导或推动的企业结构变化同步,成为我国劳动法学者对解决“网约工”用工关系判定难题的主要建议,而实践也逐步显示出规则模糊之下积极的司法能动性。因此,在制度和判例指引下完善劳动关系判断规则,将隐蔽性雇佣从灰色地带的用工关系中甄别出来并加以规范,而不是笼统地将设立第三类劳动者或用工关系作为解决方式,是制度权衡与选择的第一步。

(二)以劳动权利的具体化扩展为路径

对灰色用工关系中的隐蔽性雇佣予以甄别和规范后,就需要考虑对真实的依赖性自

[71] 参见[美]赛思·D.哈瑞斯:《美国“零工经济”中的从业者、保障和福利》,《环球法律评论》2018年第4期,第28-37页。

[72] 参见ILO, *Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects*, International Labour Office, Geneva, 2016, pp. 1-2。

[73] 例如,有学者认为“要避免人民法院在裁判口径上蒙蔽于一纸民事承包协议,以‘合意缺乏’为由‘去劳动关系’”。参见江峰、刘文华:《边界型民事雇佣劳动法律规制研究》,《中国劳动》2017年第7期,第21页。

[74] 例如,在“好厨师”案中,终审法院认为,“劳动关系认定与否是由强制性规范予以认定的范畴,不能仅凭当事人的书面约定就排除劳动关系,仍要结合双方的‘合作’模式和劳动者的具体工作内容予以确定。”参见《张琦与上海乐快信息技术有限公司劳动争议二审民事判决书》,(2017)京03民终11768号。

雇佣采取何种调整路径。作为一些国家对第三类劳动者认定核心标准的“经济依赖性”，是对雇佣关系传统判断规则——“控制检验”与“从属性”的一种延展，其是对该种关系下的劳动者对用工主体依附与依赖程度的一种抽象概括，并结合劳动者的客观需求，共同构成劳动法突破传统雇佣关系界限，扩展保护范围和权利覆盖的正当性基础。从这一意义上说，劳动权利合理及合法的扩展是目的，第三类劳动者的设立是手段，此手段并非唯一，也非最优。而我国的复杂性在于，设立第三类劳动者的制度建议可能不单纯是为了解决依赖性自雇佣问题，而是被当作解决劳动法律保护而“一刀切”，法律调整模式单一化问题的一个出口。特别是劳动关系——劳动权利——社会保险在制度上存在极强的对应和捆绑，对劳动和社会保险权利的争取被迫首先转化为劳动关系认定争议时，对这一出口的需求就更加迫切。从逻辑上说，第三类劳动者的设立可能会减轻裁判者和监管者在劳动关系与劳务关系间二选其一的压力，但正如前文讨论和强调的，这也许会导致更大范围的、新的隐蔽性雇佣的产生，结果可能既未提升劳务关系中劳动者的权利保护水平，反而可能将劳动关系中劳动者的权利保障水平整体拉低。因此笔者认为，无论是对依赖性自雇佣的回应，还是为了实现劳动法律调整的灵活化，实现路径应当是在劳动基准法提供底线保护的基础上，通过对特定而非抽象类型主体和具体劳动权利法律调整的专门化，实现对劳动者的区别保护。而核心规则是要打破劳动权利和社会保障与劳动关系是否成立的“全有或全无”的捆绑关系，根据实践需求实现劳动权利对自雇佣、依赖性自雇佣劳动者的具体化扩展。从其他国家的经验看，劳动权利的扩展有两种方式，一是通过具体劳动法律适用范围的差别来实现，其或是基于不同立法目的而对雇员（劳动者）概念予以不同范畴的界定，或是直接由立法明确规定；二是针对具体职业、行业的劳动者，将具体的劳动权利和保障对其扩展适用。

1. 具体劳动法律适用范围的扩展

劳动法律适用范围的差异性，可以实现对不同劳动者群体在不同劳动权利上的差别对待与保护，其合理性基于劳动权利和社会保障的不同层次与价值目标，且不以劳动关系的成立为必要前提。国际劳工组织监督机构认为，任何劳动者（包括自雇佣劳动者），无论其雇佣状态是什么，都不应被剥夺核心劳工标准公约的基本权利，这些权利应当是普遍适用的。^[75]我国学者认为，除上述基本权利外，“宪法规定的和劳动直接相关的重要权利，诸如劳动的权利、有关劳动保护、工资、工作时间、休息的权利等应普遍赋予所有劳动者。”^[76]而社会保险法因其具有不同于劳动法的社会安全和公法属性，更不应完全依赖劳动关系的认定而展开其制度逻辑。

许多国家的劳动法基于不同立法目的，对雇员（劳动者）予以不同范畴的界定，以实现法律适用范围的差异化。前文提到的日本劳动者概念相对论下的多样化路径即为典

[75] 参见 ILO, *General Survey on the fundamental Conventions concerning rights at work in light of the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization*, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Conference, 101st Session, 2012。

[76] 谢增毅：《我国劳动关系法律调整模式的转变》，《中国社会科学》2017年第2期，第138页。

型。美国国家劳动关系委员会为实现《国家劳动关系法》的立法目的,用严格的普通法测试区分雇员与独立承包人,但《公平劳动标准法》对“雇员”(雇主雇佣的任何个人)和“雇佣”(经历和允许工作)的定义比普通法的“控制实验”所提供的定义更加广泛。^[77] 德国联邦劳动法庭认为“雇员”在几乎所有劳动法中都具有相同的含义,但社会保险法规定其调整对象为“依赖性劳动,特别是雇员”,因此非雇员也可以享有社会保障。^[78] 加拿大“依赖性承包人”概念虽仅为产业关系法而非劳动标准法的雇员范畴所包含,但其健康和保险立法中则更多地使用“劳动者”的概念,而获得比雇员广泛许多的适用范围。例如安大略《职业健康和安法》就将“劳动者”定义为,为了获得货币性薪酬而从事工作或提供服务的人,以及并非为获得货币性薪酬而从事工作或提供服务的特定群体(例如在学校注册且获得授权的实习生等)。^[79]

在我国,由于立法和司法实践并未明确界定和总结出劳动关系和劳动者的含义与界定标准,因此基于不同立法目的而对劳动者进行不同范畴的解释,从而扩展适用范围的路径不太具有可行性。但我国目前劳动法领域有个别法律规范并未与劳动关系实现捆绑,从而能将其适用范围扩展至未被劳动关系所涵盖的劳动者。例如我国《工会法》第 3 条中,将参加及组织工会的权利赋予了所有在“企业、事业单位、机关中以工资收入为主要生活来源的体力劳动者和脑力劳动者”,从而为实践中处于灰色地带的劳动者群体加入及组织工会提供了基础性法律支持,也符合国际劳工组织核心劳工标准广覆盖的基本精神。因此,未来应首先松绑劳动关系、劳动权利与社会保险的绝对对应关系,以立法价值目标与劳动者群体需求为导向,区别对待具体立法的适用范围,就实践中存在广泛争议和迫切需求的法律制度(例如工伤保险)的扩展适用纳入修法或立法日程。

2. 具体身份、职业劳动者权利的扩展

对非雇员劳动者通过立法或司法赋予其个别、具体的劳动权利,也是其他国家的典型做法。前文已述,西班牙《自雇佣劳动者法》将相应的劳动权利和保护赋予所有或特定的自雇佣劳动者;意大利在 1995 年出台的养老保险改革法案中,通过赋予自治性和准从属性劳动者一些原本为雇员所享有的社会保险福利,来对企业的套利行为进行温和的立法干预。日本亦通过立法和司法将一些原本只为劳动者享有的权利,例如意外伤害保险和不被滥用解雇的保护,扩展至非雇员。我国也有学者认为,应对实习(见习)人员和继续就业的超龄人员,在劳动报酬、工作时间、劳动保护和社会保险方面设立特别的制度安排。^[80]

对自雇佣、依赖性自雇佣劳动者进行劳动权利的具体化扩展,和设立抽象的第三类劳

[77] 参见 Alek Felstiner, Working the Crowd: Employment and Labor Law in the Crowdsourcing Industry, *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, Vol. 32, No. 1, 2011, p. 181。

[78] 参见 Wolfgang Däubler, Working People in Germany, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 21, Iss. 1, 1999, p. 80。

[79] 参见 Occupational Health and Safety Act, R. S. O. 1990 R. S. O. 1990, c. O. 1, <https://www.ontario.ca/laws/statute/90o01>, 最近访问时间[2018-10-31]。

[80] 参见江峰、刘文华:《边界型民事雇佣劳动法律规制研究》,《中国劳动》2017 年第 7 期,第 20 页。

劳动者并给予特殊的权利配置,就劳动保护效果而言是殊途同归的。二者的不同之处在于,前者能紧贴社会实践需求,规则设计更直接与简单,并更具开放和动态性;而后者需以成熟的“雇佣—自雇”二分法为制度基础,规则设计更为模糊与复杂,并可能导致企业套利的非预期后果。在已存在劳动者第三种分类的英国,学者仍认为,“为个人工作合同建立家族或松散式的合同类型的组合,比将其定位为一种单独的合同类型——个人工作合同,或者两种合同类型——准依赖性劳动者合同和完全独立个体的工作合同要更好。”^[81]而在以单独立法的方式实现劳动权利向自雇佣劳动者扩展的西班牙,学者更是提出“我们不应该再谈论劳动法,而应谈论劳动权利”的命题。^[82]因此,笔者认为不应采用抽象的第三类劳动者制度,而应根据实践要求,针对需要特别规制和保护、拥有具体身份和职业的劳动者,综合考量其工作过程、用工双方主体地位及特质,建立开放、可不断进化与改变的关系类型,并赋予其相应的劳动权利与社会保障水平。也许我们可以大胆构想,在雇佣与自雇二元边界日益模糊的未来,抽象的雇员、第三类劳动者的类型化路径,将日益转变为对具体的、个性化劳动者的劳动权利的覆盖与赋予,这或许才是应对如今已经出现、将来仍未可期的种种用工形式所带来的问题和挑战的基本思路 and 方向。

五 结 论

在仍为主流模式的“雇佣—自雇”二元结构下,如何规范与调整处于灰色地带和中间地位的工作关系与劳动者,是许多国家正面临的挑战。而全球化、互联网科技的发展和企业的商业模式不断创新,将会不断加速这一挑战的力度和广度。从全球实践经验来看,设立第三类劳动者作为解决路径之一,至今并未有明显的制度优势,反而因制度设计的复杂性和制度效果的不可预期性,而一直备受质疑。加之我国特殊的制度背景与理论基础,更为第三类劳动者在我国的适用性与可行性增添了不小的障碍。

现代经济中的工作已日益变得临时化、外包化及碎片化。平台经济或零工经济不应被看作经济体中的独立舱,其许多重要面向与其他非标准雇佣形式具有很强的相似性,而需将其纳入对非标准劳动提高保护的整体政策和战略中。“这种认识能够避免某种过激的立法反应,如为零工经济中的工作创立特别的雇佣关系以及工人种类,或者需要放松现有的管制从而有利于该部门的繁荣及发展。”^[83]因此,我们应将思路从设立第三类劳动者制度,转向劳动权利对更广泛的劳动者群体的具体化扩展上,这一路径选择更为开放、动态与实际,也能够避免抽象的类型化规制所导致的套利与规避。而在笔者提出的路径方案中,如何确定具体身份、职业劳动者的特别规制需求,并配置相应劳动权利与社会保障

[81] Mark Freedland Fba & Nicola Kountouris, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford University Press, 2011, p. 289.

[82] 参见 Esther Sanchez Torres, *The Spanish Law on Dependent Self – Employed Workers: A New Evolution in Labor Law*, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 31, No. 2, 2010, pp. 239 – 248.

[83] Valerio DeStefano, *The Rise of The “Just-In-Time Workforce”: On-Demand Work, Crowdwork, And Labor Protection In The “Gig economy”*, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Vol. 37, Iss. 3, 2016, p. 500.

水平的依据、标准及理论基础,以及劳动权利个别化赋予对整体性劳动权利保护体系的突破与协调等问题,还需要另做深入、严谨的研究与思考。这也是在雇佣形式灵活化、雇佣关系模糊化、雇佣与自雇二元体制被不断突破的趋势下,全球劳动法学者都需面临和解决的重大课题。

[本文为 2018 年度教育部人文社会科学研究规划基金项目“众包工作的法律调整路径与制度构建研究”(18YJA820023)的研究成果。]

[**Abstract**] Whether the relation between platform workers and platforms constitutes employment relation has become a difficult question faced by the global labor law community. One way to solve this problem is to classify platform workers as dependent self-employed workers in the middle zone between employment and self-employment and to give them special protection as the third category of laborers. The third category of worker system exists in some typical common law and continental law countries, such as the “dependent contractor” system in Canada, the “non-employee worker” system in United Kingdom, the “employee-like persons” system in Germany, the “economically dependent self-employed worker” system in Spain, and the “quasi-subordinate workers” system in Italy. Countries that do not have such a system, such as Japan and the United States, are also having heated debates on the theoretical question of “contract labor” and the need to establish a third category of worker. An analysis of the above systems and theories shows many difficulties with and controversies over this category of worker both in institutional design and in theoretical construction, which are manifested in the ambiguity of defining and distinguishing rules, the complexity of the design of labor rights and protection rules, as well as the unexpected nature of institutional utility and practical results. In particular, China’s special institutional background and weak theoretical foundation have added considerable obstacles to the applicability and feasibility of this system in the country. Therefore, it is necessary for China to find new paths for the legal regulation of employment relations in grey areas. China should, on the basis of identification and regulation of “disguised employment”, take the concretized expansion of labor rights as the basic approach to the solution of this problem.

(责任编辑:姚 佳)