

# 新就业形态下劳动关系界定的 目的性路径及其裁判标准

王侯璇\*

**摘要** 平台用工模式创新暴露出传统劳动关系界定标准的准确性困境与正当性缺陷。相比于类型化方法,目的性路径更能应对新就业形态对劳动关系典型形象的频繁冲破,在阻却用工“干扰项”的同时矫正司法适用结果对法律目标的偏离。最高人民法院与地方法院已在个案裁判中融入了粗略的目的性思维,但缺乏对“目的为何”的系统论证。为回答这一问题,法经济学尝试通过交易成本、科层治理与产权理论对劳动与非劳动关系的边界划定提供解释,但其得出的控制力、组织以及风险分配测试存在适用局限。劳动法干预的目的应在于抵销劳动力市场买方垄断结构对劳动者报酬及工作条件施加的向下压力。因此,劳动关系应仅覆盖关系型劳动,而排除离散型劳动。人格与组织从属性应被解释为契约特定性之外的管理权力归属,经济从属性则应被解释为以管理权力为来源的营利性归属。

**关键词** 新就业形态 劳动关系 目的性路径 界定标准 事实优先原则

## 一、问题的提出

新就业形态下的用工关系性质界定已成为世界范围内劳动法论辩与改革的焦点。“劳动关系抑或非劳动关系”之问,从理论上勾勒出劳动法规规范与功能的边界,从现实上则决定新型劳动者权益保障与经营者责任,继而在更宏观意义上关涉资源财富分配、国家经济政策与国家间竞争等政策命题。

传统理论的共识是基于从属性标准对劳动关系外观“画像”,并以事实优先原则限定从属

\* 北京交通大学法学院副教授。本文系北京市社会科学基金青年项目“互联网零工经济用工模式的分析范式与认定标准研究”(项目编号:22FXC023)的阶段性研究成果。

性的判断依据。两大法系中,从属性均包含人格、组织与经济三个面向,但其涵义、结构与功能定位有别。德国法上,人格与组织从属性为一体,指“受雇主指示”和“加入雇主组织”,用以识别劳动关系;经济从属性则独立于外,指劳动者在收入上依赖于雇主,用以识别劳动法之外的享受社会保障的“类雇员”。〔1〕英美法则将三类从属性分别阐释为“控制力”(control)、“组织”(organization)及“风险分配”(allocation of risks)测试。各因素不绝对,而是综合发挥作用。控制力考查雇主对劳动履行时间和方式的控制,组织测试考查劳动者是否加入雇主组织、参加评级和服从纪律,二者与德国法的人格与组织从属性同义。风险分配考查劳动者的经济依赖性,但区别于德国法的收入视角,其着眼于双方的经营/营利关系,即劳动者是否自己经营并独立承担风险和营利机会。〔2〕我国学界承继大陆法理论,其对人格、组织从属性的理解较统一。前者以控制为核心标准,可细化为指挥、监督、惩戒等内涵,也有观点解释为劳动者丧失自主经营可能性。〔3〕后者多从是否纳入雇主系统、是否成为雇主组成部分理解。〔4〕大陆法理论对经济从属性的理解则差异较大,有经济来源依赖性、经济地位弱势性、经济资源依赖性、经营性等多种解释。〔5〕

从“从属性”等概念中得出一致且稳定的判断,并非用工关系界定的最终目标,而是最低要求。理想情况下,该标准应当既充分覆盖亟须劳动法保护的新型劳动者、抵御经营者的监管博弈行为,避免“包含不足”;又防范面向灵活用工经营者的“无差别”打击,避免“包含过度”。适用标准的结果应是待定的规制范围向不变的规制价值的极力靠拢,而非逆向行之。面对由互联网、算法等技术催生的新就业形态,学界不乏对上述理论的注解与修正,但诸多问题仍未决:司法实践如何适用从属性理论,其解释力如何?该标准能否正向应对用工创新,并反向抵御混入的监管博弈?当前适用结果是否符合劳动法目标,抑或存在价值偏离?劳动法界定劳动关系的目標应如何阐释,以作为衡量结果准确性的依据?为回答以上问题,有必要转换当前以“标准”为重心的法律形式主义视角,而从“目的”这一源头出发重新审视当前的司法实践与规范选择。本文将首先辨析我国当前裁判规则,发现标准适用冲突背后目标龃龉这一深层症结;其次,采用目的性进路替代传统的类型化方法,回答劳动关系界定的目的为何、标准选择的“参照系”为何的问题;最后,回归裁判规则设计,提出对从属性标准内涵及其事实指标的重构思路。

〔1〕 参见(德)雷蒙德·瓦尔特曼:《德国劳动法》,沈建峰译,法律出版社2014年版,第46—49页;娄宇:“平台经济从业者社会保险法律制度的构建”,《法学研究》2020年第2期,第195页。

〔2〕 See *Nationwide Mut. Ins. Co. v. Darden*, 503 U. S. 318 (1992); Hugh Collins, “Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Laws,” *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 10, No. 3, 1990, p. 369; Guy Davidov, *A Purposive Approach to Labour Law*, Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 45.

〔3〕 参见王全兴、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61页;肖竹:“劳动关系从属性认定标准的理论解释与体系构成”,《法学》2021年第2期,第163—169页;朱军:“劳动关系认定的理论澄清与规范建构”,《法学研究》2023年第6期,第139—140页。

〔4〕 参见王全兴:《劳动法》(第四版),法律出版社2017年版,第36页。

〔5〕 依次参见娄宇,见前注〔1〕,第194页;田思路:“技术从属性下雇主的算法权力与法律规制”,《法学研究》2022年第6期,第133页;肖竹,见前注〔3〕,第173页。

## 二、我国新就业形态用工关系界定规则及适用困境

### (一)我国的用工关系司法界定规则

#### 1. 最高人民法院的裁判规则

我国《劳动法》与《劳动合同法》中未有对“从属性”的明文规定。仅原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》(以下简称《通知》)第1条被认为体现了从属性理论,<sup>[6]</sup>但最高人民法院已在丛明滋案再审判决中明确其并非裁判的必然依循,<sup>[7]</sup>将该问题寄托于“法官造法”。其在丛明滋案外先后发布三件“公报案例”与一件“指导案例”,即关于劳务派遣关系未成立时劳动者与用人单位的珂帝公司案、<sup>[8]</sup>有编制的劳动者与兼职企业的澳吉尔公司案、<sup>[9]</sup>网络主播与签约经纪公司的李林霞案,<sup>[10]</sup>以及项目经理与企业的聂美兰案。<sup>[11]</sup>从中可窥见最高人民法院界定劳动关系的一般逻辑。

四件公报案例均考查劳动管理、劳动报酬领取、是否为单位业务组成部分三项事实,一件指导案例明示采用“人格从属性”与“经济从属性”表述,其要件与德国法概念对应。最终,珂帝公司案、澳吉尔公司案、聂美兰案因从属性全部满足而构成劳动关系;李林霞案则因全部不满足而不构成劳动关系。值得注意的是,此种“全有或全无”模式既不同于德国法中人格与经济从属性相分离的结构,而将后者也纳入劳动关系标准,又不同于英美法上各从属性“因素”可指向不一、综合权衡的立场,而要求各要件独立判断并全部满足。各案的宽严把握也并不相同。三件“全有”裁判中,从属性认定标准并不高,人格从属性以出勤考核(珂帝公司案)、制定规章(澳吉尔公司案)或按月汇报(聂美兰案)为足;经济从属性则以“由用人单位支付报酬”(珂帝公司案、澳吉尔公司案)或“按时计薪”(聂美兰案)为足。但在否定劳动关系的李林霞案中,人格从属性的标准被提升为“针对工作时间、地点与时长制定具有约束性的规章制度”并达到“固定”效果,单纯的行业管理规定并不具劳动法上的“管理”性质,若违反规定仅造成收入减损也不足以证明人格从属性;经济从属性则要求用人单位“掌握和决定收入数额”,而“保障和激励费用”不计入在内。

而丛明滋案却采用了与前述四案迥异的界定思路。法院选取“是否允许代工”“是否按件计酬”“是否自备工具”三项事实替代了上述要件。该三项事实均围绕经营者所获对价为“劳动力”抑或“劳动产品”的判断:劳动可由家庭成员代劳,意味着用人单位不对“劳动力”具有“使用

[6] 参见肖竹,见前注[3],第164、174页。

[7] 丛明滋与威海日报社劳动争议纠纷案,最高人民法院民事判决书,(2016)最高法民再148号。

[8] 上海珂帝纸品包装有限责任公司不服上海市人力资源和社会保障局责令补缴外来从业人员综合保险费案,《最高人民法院公报》2013年第11期。

[9] 江苏澳吉尔生态农业科技股份有限公司与曾广峰确认劳动关系纠纷案,《最高人民法院公报》2019年第12期。

[10] 李林霞诉重庆漫咖文化传播有限公司劳动合同纠纷案,《最高人民法院公报》2020年第10期。

[11] 聂美兰诉北京林氏兄弟文化有限公司确认劳动关系案,最高人民法院指导案例179号(2022年)。

上的专属性”；“每个月具体报酬数额均不相同”，意味着用人单位支付报酬并非获得“（劳动力）这一生产要素的对价”；此外，“投递报刊用的摩托车、车油费由丛明滋本人提供”。综合三项事实，法院得出唯一结论，即丛明滋“提供的不是单纯的劳动力这一生产要素，而是结合了其他生产要素包括投递工具之后形成的劳动产品，与劳务关系更为接近”。

## 2. 地方法院“典型案例”的裁判规则

2019年至2022年间，地方各级法院陆续发布针对新就业形态劳动关系认定的“典型案例”共26件，涉及外卖、快递、网约车、家政、直播等行业，<sup>〔12〕</sup>亦明确采用从属性/依附性/隶属性标准。值得注意的是，尽管新就业形态被认为具有非典型性、介于劳动与非劳动关系之间，但上述裁判未出现人格、组织与经济从属性指向不一的情况，而是严格符合“全有或全无”的判断模式。<sup>〔13〕</sup>

上述裁判中，同一行业甚至同一经营者内的认定仍存在标准差异。以数量最多的外卖平台案件为例。人格从属性方面，有法院仅基于参加早会、考勤和派单管理即认定构成人格从属性，有法院甚至不要求传统考勤管理，而认为“职工实际‘为谁工作，谁受益’”，谁就具备劳动关系中的雇主身份。<sup>〔14〕</sup>该标准较珂帝公司案、澳吉尔公司案更低。而在否定裁判中，法院则以平台“没有强制工作任务要求、也没有在线时间要求”、<sup>〔15〕</sup>“骑手可自行选择接单和转单”得出“工作具有较强的自主性”的结论，并否定站长负责制、每日参会要求等事实的劳动管理性质。<sup>〔16〕</sup>经济从属性方面，否定判决多以按件计酬、无底薪等事实为主要依据，<sup>〔17〕</sup>沿用聂美兰案标准。另有李清华案以报酬“低于所在地的最低工资标准”为由认定双方约定与劳动法强制性规定不符，以否定劳动关系。<sup>〔18〕</sup>

## （二）新就业形态下的司法适用困境

### 1. 新型监管博弈行为的应对难题

最高人民法院与地方法院大都否定将“双方约定”纳入认定依据。可见，在从属性认定来

〔12〕 在“北大法宝”数据库以“劳动关系”和“平台”为关键词，“参照级别”选择“典型案例”，共检索到45件各级法院的典型案例，经逐一核实，剔除与劳动关系认定无关的案例，得到26件有效样本，其中2019年4件，2020年8件，2021年6件，2022年8件。以上检索结果截至2022年7月24日。

〔13〕 10例认定构成劳动关系，13例认定不构成劳动关系。

〔14〕 分别参见宁波捷顺食品配送有限公司与秦雅静、秦某等确认劳动关系纠纷案，江苏省苏州市中级人民法院民事判决书，（2019）苏05民终212号；某网络科技有限公司诉蒙某某确认劳动关系纠纷案，江苏省苏州市中级人民法院民事判决书，《江苏省高级人民法院公报》2021年第3辑，第44—45页；重庆康食达食品配送有限公司与重庆市南岸区人力资源和社会保障局劳动和社会保障行政确认纠纷案，重庆市第五中级人民法院行政判决书，（2020）渝05行终11号。

〔15〕 郭亚光与上海蓝圣人力资源管理江苏有限公司劳动合同纠纷案，北京市朝阳区人民法院民事裁定书，（2019）京0105民初7927号。

〔16〕 杨红军与重庆市道生同城物流有限公司确认劳动关系纠纷案，重庆市第二中级人民法院民事判决书，（2019）渝02民终1741号。

〔17〕 同上注，“杨红军案”；王万红、今日快递股份有限公司劳动争议纠纷案，四川省成都市中级人民法院民事判决书，（2019）川01民终17981号。

〔18〕 李清华诉太昌餐饮公司、锐速科技公司劳动争议纠纷案，重庆市长寿区人民法院民事判决书，（2018）渝0115民初2128号。



源方面,我国法院已形成遵循事实优先原则的统一做法,采用实质而非形式判断。国际劳工组织《关于雇佣关系的建议书》第 9 条要求,劳动关系认定“应主要以与劳动者从事劳动并获得报酬相关的事实为指导,而不论各方当事人之间可能商定的任何契约或其他性质的相反安排中的关系特征”。该原则的目的是解决工业革命以来经营者利用明示合同将用工关系刻意塑造为非劳动关系的监管博弈行为,此现象又称劳动力的“纵向解体”(vertical disintegration)。〔19〕该原则明确了用工实质优先于双方自治的地位,以及劳动法区别于民商法的强制性保护价值立场。〔20〕其实际上是将用工客观事实等同于双方关系的“实质”,以确定劳动关系界定中司法三段论的小前提。

然而,事实优先原则在应对新就业形态下本质同一的操作时却捉襟见肘。数字平台企业掀起的第二次“纵向解体”浪潮不再借助于虚假合同,而是利用技术在不影响业务的前提下从“事实”层面实现劳动力解体。例如,平台以供需匹配技术实现与劳动力的解绑,此时,打破组织化结构非但不一定造成劳动力短缺,反而可实现平台间的“零工池”共享,并可能因灵活工时吸引更多潜在劳动力。〔21〕又如,平台通过“数字控制”实现了管理上的解放,将劳动管理嫁嫁给智能算法或消费者,客观上无需组织关系(即组织从属性)与科层管理(即人格从属性)即可维持生产。〔22〕究其根本,事实优先原则仅知“合同安排不等于实质”,却不知“客观事实同样不等于实质”,而后者正是新就业形态所面临的关键难题。

休·柯林斯(Hugh Collins)通过“风险—控制”模型来解释既有规范的局限。〔23〕用工模式存在一个“系谱”(图 1),系谱的一极为“授时服务合同”(time service contract)(A 点),即雇主支付工资以换取固定时长的劳动。此时,雇主承担全部经营风险,包括员工怠工、意外事件导致任务延期、订单需求不足等。为确保劳动力攫取的有效性,授时服务合同往往配以相应的风控机制,典型的如科层控制,通过监督降低怠工风险,因而科层结构与授时服务合同往往相伴而生。系谱的另一端则是“任务履行合同”(task performance contract)(O 点),即员工执行特定任务以换取固定报酬。该模式由员工承担全部风险,雇主通过拒付费用或更换合作者等方式规避履行不达标的风险,因此无需科层机制配合。有别于授时服务模式下的纵向管理特权(management prerogative),此时的雇主权力体现为横向议价能力(bargaining power)。按照我国从属性标准,雇主施加强控制、雇员融入组织并领取固定工资的授时服务合同明显符合劳动关系特征,而任务履行模式则因雇主不设科层控制、劳动者无固定收入而更接近平等缔约关系。但是,现实的复杂性却不止于此。实践中存在用人单位选用“混合模式”的可能:即使采用授时服务模式,企业仍能通过绩效薪酬、任务分派或者“随时终止关系”的约定将怠工、订单不

〔19〕 See Collins, *supra* note 2, p. 354.

〔20〕 参见陈靖远:“事实优先原则的理论展开与司法适用——劳动法理论中的一个经典问题”,《法学家》2021 年第 2 期,第 75 页。

〔21〕 See Davidov, *supra* note 2, p. 362.

〔22〕 参见孙萍:“‘算法逻辑’下的数字劳动:一项对平台经济下外卖送餐员的研究”,《思想战线》2019 年第 6 期,第 54 页。

〔23〕 See Collins, *supra* note 2, pp. 362-363.

足等风险转移至员工一侧,达到与任务履行模式相同的风控水平(向量 a)。同理,任务履行模式亦可通过事无巨细的验收标准等实现与授时服务模式相同的稳定性效果(向量 b)。各种安排在效果上动态互补,同等的用工效果(阈值线 BC)可基于无数种搭配进阶实现,即用工外观不同但用工效果相同。

据此,若法院倾向认定授时服务模式为劳动关系、任务履行模式为非劳动关系,经营者的合理选择毋宁是以任务履行模式为“初始配置”,通过添置各种“配件”实现所需的避险和控制效果(向量 c、b)。李林霞案中的经营者实际上便是采用了类似做法:采用“按比例提成”和“按件计酬”的任务履行模式,但随后又借助“直播天数与直播时长的最低要求”和“考评管理制度”来加强用工效果。地方法院典型案例亦显示,平台经营者往往采用“无底薪”机制、骑手自负车油费等任务履行安排。<sup>[24]</sup>这均可能是经营者以脱离劳动法监管为目的的“刻意为之”,但法院往往基于此类安排而否定劳动关系。<sup>[25]</sup>

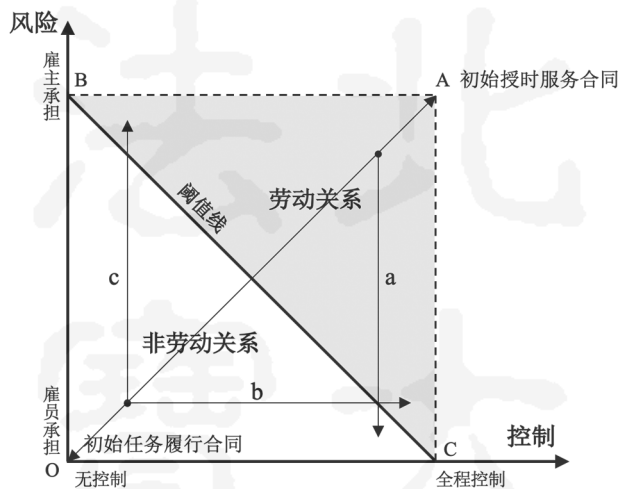


图1 “风险—控制”的用工模式配置模型

## 2. 标准背后的目标龃龉症结

我国当前的规范体系,实际上是通过内涵不定的从属性概念将劳动关系认定的裁量权抛给司法机关,由法院把握两个关键环节:第一,对从属性标准加以解释,选取与从属性标准具备稳定涵摄关系的事实作为裁判的具体依循;第二,在事实优先原则失灵的情况下,判断案涉事实是反映用工实质的“真事实”抑或经营者刻意扭曲的“干扰项”,仅前者有资格与“被涵摄事实”进行比对。而法院在任一环节的选择均会直接影响裁判结论。

以三件事实相同的“饿了么”外包公司与“专送”骑手的用工关系纠纷为例。最终一例被认

[24] 见前注[16],“杨红军案”;见前注[18],“李清华案”。

[25] 见前注[17],“王万红案”;施虹与北京逸家洁信息技术股份有限公司上海分公司确认劳动关系纠纷案,上海市徐汇区人民法院民事判决书,(2017)沪0104民初24481号。

定构成劳动关系,二例被认定不构成劳动关系。<sup>[26]</sup> 法院得出相反结论的原因在于:环节一中,各法院对于站长管理与自由工时何者更能体现人格从属性、充电站与交通工具何者更符合组织从属性中的“劳动工具”指向、“按月发放”与“无底薪、按单提成”的收入方式何者更符合经济从属性内涵等问题作出了不同判断。选择前者,则劳动关系成立;选择后者则相反。环节二中,持肯定结论的一案将“平台将骑手注册为个体工商户”和“第三方代为发放报酬”两项事实剔除于实质判断,以阻却经营者的监管博弈尝试;但否定的两案则接受了经营者设定的“承揽模式”的真实性。

不难看出,实践中作为大前提的从属性标准并未达到稳定指引司法裁判的程度,而事实优先原则对小前提的限定亦有所动摇,二者共同导致司法裁量权的扩张。照此思路,法院对新就业形态模棱两可的用工外观作出的“全有或全无”认定,毋宁是其对从属性内涵有意收放、对博弈行为灵活处理的结果。换言之,标准本身并不“重要”。法院实际并未严格依循司法三段论,而是仅将标准作为达成其说理目标的“工具”,并“利用”新就业形态的事实丰富性来按图索骥。毕竟在繁杂的平台用工安排中,法院总能找到不止一项支持其立场的“客观依据”。既如此,则“以标准言标准”的做法难谓釜底抽薪。一项前置性问题在于,在标准不明的情况下,法院得出结论的实质依据为何?何者足以成为评价标准“对错”的应然标尺?

最高人民法院在丛明滋案中选取三项“新要件”以否定劳动关系,值得注意的是,该案指向劳动关系的事实同样不少,例如存在到岗时间、违规惩罚等细节规定,发放工作服及岗位评级等事实。即使按公报案例中最严格的人格从属性标准,丛明滋仍未必不满足。法院排除该类事实的理由为,其“在劳动关系之外的其他法律关系中亦有存在的可能性”。但若照此门槛筛选,各案件中的出勤考核、规章制定、报酬支付等事实将无一幸免。为何与原单位保持人事关系的曾广峰兼职尚可成立劳动关系,而工作逾十年的“三星级员工”丛明滋却不受保护?这从最高人民法院的论述中或可推知一二。澳吉尔公司案“裁判摘要”明确其限制条件为“在非因劳动者自身原因导致人事关系未正常履行且劳动者从其他单位取得的报酬不足以维持基本生活的情况下”。该案背景是原单位经营停滞、工资难以维持正常生存的事业单位员工在外兼职时遭遇工伤。相比于原单位和劳动者,由兼职单位承担雇主责任实为更可行之选。珂帝公司案亦有类似政策考虑。若否定劳动关系,则35名外来员工将承受派遣单位无资质的苦果,有违“切实解决外来农民工的社会保障问题”的政策初衷。此时认定存在劳动关系更接近对务工者提供迫切救济。<sup>[27]</sup> 此类“政策考量”在地方裁判中亦有体现。实证研究表明,法院审理外卖案件时存在偏离客观标准而将场景因素(人身损害、伤残等级等)纳入考量的现象,工伤纠纷

[26] 前者参见圣欢欢诉江苏物美同城网络科技有限公司确认劳动关系纠纷案,江苏省苏州市虎丘区人民法院民事判决书,(2020)苏0505民初5582号。后者参见前注[18],“李清华案”;孙海东与被上诉人徐州德尔得网络科技有限公司确认劳动关系纠纷案,江苏省南京市中级人民法院民事判决书,(2019)苏01民终10557号。

[27] 参见阎天:《知向谁边——法律与政策之间的劳动关系》,中国民主法制出版社2022年版,第184—185页。

相较于报酬或社保纠纷,确认劳动关系的比例高出 35.90%。<sup>[28]</sup> 这些标准调整本质上反映出法院“执果索因”式思维逻辑。这虽能在政策目的上找到解释,但质疑却未消除:该“目的”是否属劳动法的功能范畴?若劳动关系界定是为保护生活困窘的劳动者,为何送报员丛明滋不受保护,而享受合作分红条件的聂美兰却可以?新就业形态界定的司法困境,表面上看源于标准与事实涵摄的不确定,实则在于法院利用标准的弹性来达成预设立场。问题在于,“果”本身的合理性未加论证。

我国理论界提出两类改革主张。一是对从属性及其要素的解释思路,通过扩张解释将新型用工纳入劳动关系范畴。<sup>[29]</sup> 二是“第三类劳动者”思路,即建立典型劳动关系、非劳动关系和介于二者之间的特殊用工关系三分法,以扩大保护对象。<sup>[30]</sup> 《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》(以下简称“八部门意见”)即属于此。两类路径虽能针对互联网零工权益保障现实需求作出迅捷回应,但仍是在预设宽泛保护的结论后反推手段的循环论证。界定新就业形态不应仅是“保护弱者”直觉的产物。法律规则的妥适应对,也并不止于“标准”的明确,而应当确立一个能衡量标准真伪并继而指导标准选择的范式。这是当前争议的根源,也是理论和制度改革的未竟之地。

### 三、用工关系界定的目的性理论阐释

#### (一)“类型化方法”抑或“目的性路径”

对于劳动关系界定标准的选择范式,以英美为代表的英美法系和以德国为代表的大陆法系做出了迥异选择。我国遵循的德国法范式采用类型化方法确定劳动关系的界定标准。而英美劳动法则以“目的性路径”(purposive approach/statutory purpose)为确定标准的通行做法。

##### 1. 德国法的类型化方法

类型化方法,即“是否是劳动关系取决于法律关系根据全部情况是否符合劳动关系的类型”。<sup>[31]</sup> 此处的“类型”是一种“能够被提升为规范”的“经常性的或平均的类型”,也即法院基于典型事件而发展形成的“经验法则”。<sup>[32]</sup> 一定数量的、与劳动关系对应出现的、达到一定典型性的事实(“标志”)即构成劳动关系的外在形象,类型化方法要求法院在具体案件中评估权衡所有标志,以将个案归入某一法律类型。当前德国法的人格从属性内涵即经过学界与判例总结而形成的一系列“具体特征”,其中最核心特征为融入雇主组织和受雇主指示。由于“类

[28] 参见北京致诚农民工法律援助与研究中心:《外卖平台用工模式法律研究报告》,载农民工法律援助网,第 37 页, <https://zgnmg.org/wp-content/uploads/2021/09/zhicheng-report-on-food-delivery-workers.pdf>,最后访问日期:2025 年 2 月 14 日。

[29] 例如肖竹,见前注[3],第 163—176 页;谢增毅:“互联网平台用工劳动关系认定”,《中外法学》2018 年第 6 期,第 1566—1567 页。

[30] 例如王天玉:“超越‘劳动二分法’:平台用工法律调整的基本立场”,《中国劳动关系学院学报》2020 年第 4 期,第 66 页。

[31] 瓦尔特曼,见前注[1],第 48 页。

[32] 参见(德)卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 340 页。



型”区别于“概念”所具备的“开放性”“界定标志的整体性”“边界的流动性”特点，<sup>〔33〕</sup>法院针对新用工形态仍需不断验证相邻类型间的事实差异，以得出划分类别的新标志。

事实上，德国法也曾存在与目的性路径近似的理论，即罗尔夫·旺克(Rolf Wank)的“目的论”。其认为界定标准应依靠规范目的划定，并主张采用“经营风险承担”标准。然而，该理论并未成为德国通说。反对观点认为，目的论得出的结论已通过判例所确定的“例外”加以顾及，与类型化方法不存在结果上的明显分裂。<sup>〔34〕</sup>不过，为矫正类型化的目标缺失问题，德国在适用中也存在两个妥协之处：一是，鉴于法院不可能将所有情事考量进来，“必须始终开放”具体个案中提出相反证据的机会；二是，选择外在形象时必须同时考察“规范目的及规范背后的法律思想”，其原理是以目的性路径(演绎推理)修补类型化方法(归纳推理)的逻辑缺憾。<sup>〔35〕</sup>我国借鉴德国法范式时却未重视上述例外。

## 2. 英美国家的目的性路径

有别于类型化方法，英美的目的性路径要求界定标准贴合劳动法的根本目标，简言之即界定标准应是实现劳动法目的(end)的手段(means)。<sup>〔36〕</sup>若个案中事实指标适用结果与目的相违，则目的指向具有突破指标的效力。

目的性路径并非新经济的产物，其产生与英美早期将代理法的控制力测试引入劳动法作为界定规范的历程相关。控制力测试原本适用于雇佣场景下第三方侵权的责任划定。美国新政后劳动立法目的由“侵权归责”转向“劳动者保护”，法院因而开始寻求新的界定标准。<sup>〔37〕</sup>美国最高法院首次在 Hearst 案中提出目的性路径，要求劳动关系判断以案涉《国家劳动关系法》“促进集体议价并矫正个体员工的缔约地位不平等”的“历史、文义与目的”为依据。若某一用工情形集合了缔约地位不平等特征，“这些特征将优于(outweigh)那些与法律目标无关的技术性法律分类标准”。<sup>〔38〕</sup>随后的 Silk 案与 Harrison 案合并判决中，美国最高法院再次基于《社会保险法》与《公平劳动标准法》的立法目的作出裁判，确立了厘清客观安排与关系实质的“经济实质”标准，要求标准与判断依据选择共同服务于“实现法律应然目的”和“矫正扭曲”。<sup>〔39〕</sup>目的性路径作为基本范式被保留并广泛适用，尤其常见于新型用工领域。<sup>〔40〕</sup>英国最高法院 2021

〔33〕 参见瓦尔特曼，见前注〔1〕，第 48 页；沈建峰：“数字时代劳动法的危机与用工关系法律调整的方法革新”，《法制与社会发展》2022 年第 2 期，第 127 页。

〔34〕 参见瓦尔特曼，见前注〔1〕，第 50 页；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。

〔35〕 参见拉伦茨，见前注〔32〕，第 340 页。

〔36〕 See Davidov, *supra* note 2, p. 4.

〔37〕 See Richard R. Carlson, “Why the Law Still Can’t Tell an Employee When It Sees One and How It Ought to Stop Trying,” *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, Vol. 22, No. 2, 2001, pp. 317-320.

〔38〕 *NLRB v. Hearst Publications, Inc.*, 322 U.S. 111 (1944).

〔39〕 *United States v. Silk, Harrison v. Greyvan Lines, Inc.*, 331 U.S. 704 (1947).

〔40〕 For example, *O’Connor v. Uber Technologies, Inc.*, 82 F. Supp. 3d 1133 (2015); *Verma v. 3001 Castor, Inc.*, 937 F.3d 221 (2019); *Razak v. Uber Technologies, Inc.*, 951 F.3d 137 (2020).

年针对 Uber 平台作出的 Aslam 案即重申了目的性路径的适用。<sup>〔41〕</sup> 理论界的讨论重心也从“是否适用目的性路径”转向“目的为何”。后文将详述之。

### 3. 我国新就业形态下的应然修正范式

我国当前理论与实践均适用类型化方法。学者提炼的从属性要素本质上为劳动关系的“后果”，“将该后果反过来作为判断雇佣（劳动）关系成立的标准与依据”存在倒果为因的问题。<sup>〔42〕</sup> 《劳动法》与《通知》第 1 条以典型劳动关系为样本、“八部门意见”对不完全情形的外观描述均为典型，司法实践亦是如此。如盖伊·戴维多夫（Guy Davidov）所言，“某些法官坚信其在案件中遇到‘雇员’时能即刻认出，这种信念本身折射出其对于既有标准和将案涉劳动者与‘典型’雇员相对比的传统做法的依赖”。<sup>〔43〕</sup>

类型化方法与目的性路径分别采用归纳推理和演绎推理结构，而事实上，二者在“由抽象范式到具体标准”的提取过程中均综合运用了两种技术。关键区别在于，个案中类型化适用结果与劳动法目的相悖时以何者为准。两类范式无优劣之别，对其选择无非是具体情境下对规则“稳定性”与“准确性”权衡的结果。然而，新就业形态的“例外”频繁冲破固有标志，形式主义的稳定性价值则因“偏离法律目标”而被消解。珂帝公司案等裁判已然先行转向，不可避免地融入了粗略且未经论证的目的性思维。与其脱离实际地强化类型标志，不如跳出框架，兼取众长。至少在标准失灵和监管博弈的情况中，以目的性路径作为补足或修正胜过对传统标准的生拉硬扯。其优势体现于以下两方面。

一是应对“包含不足”。事实上，组织规模、薪酬模式、控制力度等在性质上均属经营者自主决策和双方协商范畴，劳动法不得禁止经营者对该类事实的自主调整，哪怕经营者以规避劳动法为目的。<sup>〔44〕</sup> 但这就埋下了“包含不足”的隐忧。更棘手的是，类型化标准可能反向激励经营者将风险与不确定性置于员工一方，甚至彻底复原立法所极力避免的危害情形。前述李清华案即为典型，该案因李清华报酬低于最低工资的事实与“劳动报酬高于最低工资标准”的劳动关系外观不符，而不认定劳动关系。该思路会激励经营者降低工资来脱责，引发悖论：员工承受的额外风险越多，其获得劳动法保护的可能性反而越小。<sup>〔45〕</sup> 目的性路径由于不依赖外观，理论上对任何监管博弈均有着无差别阻却的效果。自 Silk 案与 Harrison 案后，目的性路径实际上包含“基于立法目的塑造界定标准”与“基于立法目的识别案涉经济实质”的大小前提双层功能，以扭转经营者总是“先于标准一步”的困局。<sup>〔46〕</sup>

二是应对“包含过度”。或有观点称，类型化亦可通过在其涵摄中减去“监管博弈所攻击的

〔41〕 Uber BV and others v. Aslam and others, UKSC 5, paras. 75-76 (2021).

〔42〕 肖竹，见前注〔3〕，第 162 页。

〔43〕 Davidov, supra note 2, p. 372.

〔44〕 参见（德）沃尔夫冈·多伊普勒：《德国劳动法》，王倩译，上海人民出版社 2016 年版，第 6 页；Col-lins, supra note 2, p. 374.

〔45〕 See Davidov, supra note 2, pp. 47, 117; Uber BV and others v. Aslam and others, UKSC 5, paras 71, 76 (2021).

〔46〕 United States v. Silk, Harrison v. Greyvan Lines, Inc., 331 U.S. 704 (1947).

被涵摄事实”来阻却监管博弈。然而,以监管博弈作为标准选择的决定条件本身即与劳动法定位相背。劳动法干预不取决于经营者主观上的“脱法”意图,这是其区别于合同法、企业法等私法的监管属性与价值取向所决定的。改变干预范围即便能抵御监管博弈,也将加剧“包含过度”问题。面对两个“包含”困境,从属性不仅应发挥具体规则作用,还应作为劳动法基础理论回答“劳动法干预正当性”的本源性问题。对于通常用工,类型化不一定偏离目标,目的性路径反而可能导致法院自设“目的”而推翻立法过程中已融入的价值目标。<sup>[47]</sup>然而,这一限制不适用于立法未吸收的新型用工,且由于我国界定标准自始未经立法的价值论证,目的性路径反而可补充论理中的缺失环节。

## (二)传统劳动法目的性理论及其缺陷

即便在采用目的性路径的英美法领域,劳动关系的规范目标仍存在长期争论。塞斯·哈瑞斯(Seth Harris)的议价能力理论将劳动关系保护需求解释为议价能力缺失,体现为劳动者能在多大程度上拒绝雇主对其工作时间及任务的控制。这与劳动者收入比例无直接关联,而与劳动者知识技能、资本投资与资本储备三项因素相关,三者应为用工关系界定依据。<sup>[48]</sup>布里申·罗杰斯(Brishen Rogers)的反支配理论则从政治经济学出发,认为劳动法的关键价值即反支配,其将雇主基于经济地位实施的二元支配以及劳动者因低技能而受制于市场的结构性支配归类为劳动关系。<sup>[49]</sup>两种情况均属市场失灵,导致雇员劳动条件和对价低于市场水平。但该理论存在自治性缺陷:市场失灵并非劳动关系独有,处于弱势地位的中小经营者与垄断企业缔约时的处境未必好过劳动关系中的劳动者。若照此理解,则劳动法沦为合同法、竞争法在劳动领域的分支。且劳动者只要因高技能等享有高议价筹码,就自始无法享有劳动关系保护,这显然与劳动法相悖。戴维多夫的脆弱性理论试图避免上述理论缺陷,将从属性解释为不平等的市场缔约地位或者雇主的科层地位所导致的“民主赤字”,经济依赖性则指雇员依赖于固定的工资偿付而无法分散风险,有别于独立承包人在市场机制下的缔约状态。<sup>[50]</sup>然而,该理论受困于概念的抽象性,难以量化为裁判规则。这就为法经济学解释的加入提出了需求。

## (三)传统法经济学目的性理论及其与标准的关联逻辑

### 1. 交易成本理论与控制力测试/人格从属性

法经济学理论解读劳动法的起点即劳动法的价值指向并非分配,而是效率。<sup>[51]</sup>科斯在《企业的性质》中指出,企业内部科层组织与外部市场交易的划分关键在于交易成本。外部交

[47] 参见(美)迈克尔·C. 哈珀等:《美国劳动法:案例、材料和问题(上)》,李坤刚、闫冬、吴文芳、钟芳译,商务印书馆2015年版,第144、152页;Carlson, *supra* note 37, pp. 321-325.

[48] See Seth D. Harris and Alan B. Krueger, “A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First-Century Work: The ‘Independent Worker’,” *The Hamilton Project Discussion Paper*, 2015, p. 7.

[49] See Brishen Rogers, “Employment Rights in the Platform Economy: Getting Back to Basics,” *Harvard Law & Policy Review*, Vol. 10, 2016, pp. 500-503.

[50] See Davidov, *supra* note 2, pp. 39-40, 47-48.

[51] See Eric A. Posner, *How Antitrust Failed Workers*, New York: Oxford University Press, 2021, p. 359.

易成本最初高于内部组织成本,如此驱使企业向外扩张,即劳动力的“纵向整合”,直至某一点上边际收益为零。该临界点被称为“科斯天花板”。内部组织成本即雇主对雇员施加“控制”所需之成本。科斯认为,劳动关系与非劳动关系的差别在于,劳动关系下雇主能够控制雇员,非劳动关系下雇主仅能通过价格机制说服独立承包人。<sup>[52]</sup> 据此,“控制”为劳动关系区分于非劳动关系的核心特征。

该理论也成为普通法长期以“控制力”作为劳动关系认定标准的经济学基础。<sup>[53]</sup> 依照交易成本逻辑,“控制”应被理解为企业的直接管理监督成本,针对的是劳动者履行工作的时间与方式;反之,若控制针对劳动成果本身,则相应成本为搜寻交易对象、协商缔约、成果量化验收等外部交易成本,无论其多细致均无法成为劳动关系的标志。最高人民法院关注的出勤考核、制定规章、按月汇报以及地方法院关注的早会、站长负责制等,直观上看均是该标准的体现。不过,随着对交易成本理论的后续修正,控制力测试的内涵及唯一性地位已有所动摇。

## 2. 科层治理理论与组织测试/组织从属性

科层治理理论修正了以“控制”划定企业边界的立场。其理由为,企业只要不拥有全部生产要素(inputs),对外部市场或内部雇员就都必然存在一定程度的控制,无非是通过解约还是违约赔偿实现。该理论将企业取代市场的核心原因归于“团队生产”(team production)的必需性和效率性。团队生产中成员个人的边际生产水平不易被直接和分离地观测,因而无监督情况下倾向于怠工;而科层对市场的取代,在于其由享有剩余索取权的产权人从事监工,降低了怠工监测和纪律约束成本。<sup>[54]</sup> 因此,奥利弗·威廉姆森(Oliver Williamson)将选择劳动关系与否归结于交易频率、确定性以及劳动者是否进行专用性投资(transaction-specific investment)。市场机制适合于偶发的、非特异性/专用性投资少的离散性交易,此时双方选择交易对象时处于竞价式的公开市场;而科层机制则适合于经常性、特异性/专用性投资多的交易,这是因为,专用性投资意味着双方一旦更换合作对象即面临投资价值减损,此时构成“双边垄断”,若依赖于合同机制则将引发机会主义策略与协商成本。<sup>[55]</sup>

组织测试与科层治理理论的逻辑相契合。该标准的出现是为补充控制力的准确性不足。<sup>[56]</sup> 其以劳动者是否融入组织为标准,成员标识、评级等用以识别科层治理理论中的“团队生产”模式。我国法院采用的“何者提供劳动工具”等标准似乎有意还原“专用性投资”安排。然而,组织测试在适用中存在外观与内涵脱节的问题:小型企业可能自始不存在成员标识和科

[52] See R. H. Coase, “The Nature of the Firm,” *Economica*, Vol. 4, No. 16, 1937, pp. 389-394.

[53] See Scott E. Masten, “A Legal Basis for the Firm,” *The Journal of Law, Economics, and Organization*, Vol. 4, No. 1, 1988, p. 186.

[54] See Armen A. Alchian and Harold Demsetz, “Production, Information Costs, and Economic Organization,” *The American Economic Review*, Vol. 62, No. 5, 1972, pp. 777-779, 782-785.

[55] See Oliver E. Williamson, “Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations,” *The Journal of Law and Economics*, Vol. 22, No. 2, 1979, pp. 239-254.

[56] See Guy Davidov, “The Three Axes of Employment Relationships: A Characterization of Workers in Need of Protection,” *University of Toronto Law Journal*, Vol. 52, No. 4, 2002, p. 366.



层体系;且出于规避劳动法的目的,企业亦可能随时剥离此类外观。

### 3. 产权理论与风险分配测试/经济从属性

产权理论(Grossman-Hart-Moore 模型)指出,前述理论忽略了契约不完全性的客观限制。该理论将企业用工模式选择归结为契约不完全情况下剩余权利(residual right)分配,该分配通过产权实现。该选择以双方利益最大化为指向,即权利应当分配给具有最大激励利用该控制权产生合作剩余的一方。产权指涉剩余控制权和剩余索取权。根据该理论,劳动关系与非劳动关系的核心区分在于:若雇主拥有劳动力所作用的资产,并对员工工作履行享有剩余控制权,则为劳动关系;若劳动者拥有自身劳动力所作用的资产,具有更强议价权力和维持该资产的激励,享有剩余控制权,则非劳动关系。<sup>[57]</sup>

产权理论为英美法上的风险分配测试提供了经济学基础。该测试意在弥补控制力与组织测试对契约不完全性的忽略。其“何者承担风险并享受收益”的判断能够一定程度上反映双方剩余权利的分配,剩余权利不仅包括经营决策权利(力)即合同未竟的剩余控制权,亦包括获取收益、商誉、潜在客户的权利即剩余索取权。我国裁判虽取用了德国法“收入”内涵,但部分案例判断重心已由“主要生活来源”转向了收入性质或计算方式,如聂美兰案与李林霞案。但实际上,若对风险和收益类型不加限定,则无论是采用按件计酬的承包商还是按时劳动的雇员,均承担一定范围的风险;而即使剩余索取权由雇主享有,也不排斥雇主对员工采取绩效等激励;且市场不确定性、晋升机制等因素均会干扰法院对风险分配的识别。<sup>[58]</sup>

#### (四)新就业形态下法经济学目的性理论及其分析框架

交易成本、科层治理与产权三代理论代表着法经济学解释用工关系的逻辑演进,至今仍为基本范式。但其适用中面临双重困境:第一,三代理论虽功能上“以后者充实前者”,但目的和标准均另辟蹊径,造成三种理论共存、三项标准指向各异的局面,这与“揭示用工关系唯一实质”的功能相违;第二,在后理论实则并未弥补在先标准的未竟内涵,何种“控制”为内部组织成本所特有、何种“组织”为科层治理结构所必需、何种“风险”反映剩余权利分配仍不明了。对此,艾瑞克·波斯纳(Eric Posner)将“劳动力买方垄断”(labor monopsony)模型引入目的性路径,<sup>[59]</sup>形成“市场结构理论”。

##### 1. 市场结构理论的目的性阐释

根据劳动经济学,劳动力买方垄断与产品市场上由搜寻阻力、产品差异性和经营者集中等

[57] See Sanford J. Grossman and Oliver D. Hart, “The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration,” *Journal of Political Economy*, Vol. 94, No. 4, 1986, pp. 691, 718; Oliver Hart and John Moore, “Property Rights and the Nature of the Firm,” *Journal of Political Economy*, Vol. 98, No. 6, 1990, pp. 1119, 1121.

[58] See Collins, *supra* note 2, p. 371.

[59] See Suresh Naidu, Eric A. Posner and Glen Weyl, “Antitrust Remedies for Labor Market Power,” *Harvard Law Review*, Vol. 132, No. 2, 2018, p. 537; Haba Hafiz, “Labor Antitrust’s Paradox,” *University of Chicago Law Review*, Vol. 87, No. 2, 2019; Posner, *supra* note 51.

因素造成的一般垄断现象不同,其源于关系专用型投资造成的雇主对特定劳动者的锁定效应。<sup>〔60〕</sup> 此类劳动即“关系型劳动”(relational work),指任务难以预先具体化、须依赖劳动者关系专用性人力投资和雇主管理协调的劳动。此时雇主利用其结构性优势以低于雇员边际产出的价格雇佣劳动者或恶化其工作条件。劳动者在工资和工作条件等方面的受制均来源于此。而与之相对的离散型劳动(discrete work)则为任务具备惯常性、可预测性和跨情境性的劳动,劳动者能利用市场机制对劳动定价,因而不受特定雇主垄断压制。据此,劳动法干预的正当性在于,抵销买方垄断结构对劳动者报酬及工作条件施加的向下压力,因而劳动法仅应覆盖关系型劳动。<sup>〔61〕</sup>

在现实中,两种劳动性质直接决定了劳动者的经济地位:离散型劳动者的劳动价值提升不与特定雇主绑定,这意味着其能够基于交易对象选择和技能优化来实现报酬增长,简言之即通过市场实现独立于雇主的“营利性”。相反,关系型劳动者则既难以通过变换交易对象获得溢价,亦不能自主决定投资于更普适的劳动技能,在忠于雇主、服从管理之外别无他法。市场结构理论的贡献在于,相比于我国法院宽泛的“锄强扶弱”目标,其将保护范围与关系型/离散型劳动性质相绑定——劳动者要么因离散型劳动而获得营利性和自我保护能力,要么则因关系型劳动而受劳动法保护,两种利益中必(只)居其一。而劳动者技能高低、资产状况等与劳动法目的无关的因素则被排除考虑。沿此路径,即便高薪酬、高技能或稀缺性劳动者亦可基于关系型属性而获得保护(聂美兰案),而离散型劳动者即使收入低下、遭遇工伤也自始被排除于外(丛明滋案),由此可纠正司法实践中将劳动法与社会保障法、侵权责任法等相混同的不当立场。

## 2. 市场结构理论的分析框架

服务于上述目的,市场结构理论对在先法经济学的分析框架加以延伸改造,以契约特定性(contract specificity)与管理权力(managerial direction)替代了产权理论的剩余索取与剩余控制权框架。<sup>〔62〕</sup>

### (1) 契约特定性

契约特定性描述劳动内容是否可事先缔约。在先理论始终对此有所关注,但交易成本与科层治理理论将契约机制粗略描述为“外部交易成本”和“市场机制”,产权理论则将“契约不完全”作为分析的前提假设。直至市场结构理论契约特定性才作为关键变量被纳入分析。特定性水平越高,越倾向非劳动关系;反之,越倾向劳动关系。

该变化与新就业形态的数字控制技术有关。借助数字控制,平台对网约车司机或骑手行为的监控与预测空前加强,能够精确至每个信号灯和弯道,并对劳动者的创新操作实现“反

〔60〕 See Alan Manning, “Imperfect Competition in the Labor Market,” *CEP Discussion Paper*, No. 981, 2010, pp. 2-3; Naidu et al., *ibid.*, pp. 553-555.

〔61〕 See Eric A. Posner, “The Economic Basis of the Independent Contractor/Employee Distinction,” *Texas Law Review*, Vol. 100, No. 2, 2021, pp. 357, 362, 381.

〔62〕 See Posner, *ibid.*, pp. 362, 366.

制”。〔63〕这就使更精确的绩效考核/更高的契约特定化成为可能。〔64〕其对分析框架影响重大：契约特定性的提升降低了剩余索取权在塑造用工属性中的重要性，因为前者能起到同样的“降低劳动者代理成本”效果。这就将剩余索取权因素剔除于新就业形态分析。举例而言，当前网约车与外卖行业将交通工具的所有权（剩余索取权）置于司机和外卖员一侧，但可以想见，即使车辆为平台所有，平台仍可利用数字控制迫使员工从事车辆维护等低代理成本的审慎操作。〔65〕

契约特定性反向限定了“管理权力”的边界。在特定化范围内，双方针对确定的交易条件实现事先定价，雇主对特定化事项施加的所谓“控制”仅是监督契约履行的手段，而并非从属性意义上的控制。而仅当双方关系落于契约之外，劳动力才丧失可定价性，此时的雇主管理权力才将生成从属性。以丛明滋案为例，报社虽对工作内容细致规定，但该“管理”只是契约机制的表现，劳动者享有未竟事项决定权，报社若需更多服务当额外购买；此时送报员若有“经营头脑”，完全可在约定外发挥决策自由，如雇佣员工或将剩余时间用于其他任务，以释放离散型劳动的营利性。这就得出了一个既往理论难以呈现的“似非而是”结论，即事先性“控制”越事无巨细，反而越指向非劳动关系。

## （2）管理权力

管理权力与交易成本理论的“控制”、科层治理理论的“管理”以及产权理论的“剩余控制权”一脉相承，但其内涵相较于在先理论有所精细化。交易成本与科层治理理论未将“控制”“管理”限定于剩余范畴，而产权理论虽强调控制权的剩余属性，却侧重对物控制而非对人管理。〔66〕市场结构理论的管理权力则特指契约特定性之外的裁量权（discretion）。管理权力若归属雇主，则指向劳动关系；若归属劳动者，则指向非劳动关系。波斯纳认为，法经济学对于“控制/管理”的诠释应当始终扎根于一个基本理念，即其与契约特定性的对立关系——管理权力不包括对于契约已决事项的实施过程的“控制”，而必须是对未竟事项的决策。〔67〕毕竟只有后者有机会实现合作剩余提升，即营利性。

平台经济下，由于供需匹配技术的引入，管理权力配置在塑造用工关系中的重要性更甚于传统行业。对于网约车、外卖等行业而言，实现最优管理调度的逻辑在于“尽可能地推迟任务分配时间点”，因为这可赋予平台更多机会寻找最优回程单或接续订单，降低“空跑”对资源的

〔63〕 参见孙萍，见前注〔22〕，第54页。

〔64〕 契约不完全性的两个重要来源，一是不确定性，二是考核契约绩效的高昂成本。See Benjamin Klein, “Transaction Cost Determinants of ‘Unfair’ Contractual Arrangements,” *American Economic Review*, Vol. 70, No. 2, 1980, p. 356.

〔65〕 波斯纳认为，平台通过劳动工具配置将劳动者归为承包人的操作可能并不体现经济实质，而更像一种故意脱法行为。See Posner, *supra* note 61, p. 379.

〔66〕 See Oliver Hart, “Incomplete Contracts and Control,” *American Economic Review*, Vol. 107, No. 7, 2017, p. 1735.

〔67〕 Posner, *supra* note 61, pp. 360, 362.

损耗。<sup>〔68〕</sup> 供需匹配技术正是将“最后一刻订单”的效率值充分释放。正因如此,现实中平台尽管可以采用特定性更高的契约机制,但“将订单调配等重大事由置于管理权力范畴”反而为更优选择。以“饿了么”案为例,平台对送餐员的所谓“控制/管理”涉及订单分配、配送路线、安全教育等。其中,“接单与否”的决定权为典型的管理权力,权力人针对未特定事项裁量决策,以发挥营利性;而路线决定权的管理权力属性次之,因为在算法控制下,任务成果(配送时限与目的地)一旦事先确定,路线裁量的空间几乎被压缩殆尽,裁量权形同虚置;而安全教育则与管理权力根本无涉,仅为契约特定化事项的实施手段。

## 四、基于市场结构理论的裁判规则改进

### (一)从属性标准体系的重构

依目的性路径,从属性体系构建并非“由简入繁”的要素罗列与权重排序,而是“删繁就简”的主线提取,人格、组织与经济从属性应具指向上的同一性。市场结构理论所提出的契约特定性与管理权力实质上弥合了在先法经济学理论的目标龃龉与标准空隙。根据该框架,三类从属性应当聚焦并统一服务于“关系型/离散型劳动”辨析。具体建构如下:<sup>〔69〕</sup>

#### 1. 人格从属性

“控制/人格从属性”仅指契约特定性之外的决策裁量权也即管理权力。新就业形态下,认定人格从属性的核心事实指标为“何者具有劳动力调配权”。典型如外卖、网约车的订单指派权力,以及家政、直播行业中劳动内容的决定权力。鉴于平台经济的三方结构,“何者具有服务定价裁量权”亦为核心指标。若平台决定单价和分成比例,劳动者无议价权,则指向雇员模式。

工时、考勤、休假等常见事实为“相关指标”,仅当其能反映管理权力分配时才纳入考虑。固定工时、考勤与休假的授时服务模式往往配合于管理权力概括转移至雇主的雇员模式;不固定此类事实的任务履行模式往往适配于雇主一案一议地向劳动者购买特定管理权力的情况,此时管理权力初始归于劳动者,为承包人模式。但是,此类事实与管理权力分配仅具关联性,并无因果性。实践中平台往往“授权”劳动者自主选择工作时间,但这并不意味着劳动者获得工作期间内管理权力,相反意味着工作时间经契约特定化后,管理权力概括转移至平台,反而指向雇员模式。<sup>〔70〕</sup> 平台用工常见的着装规范、禁止为其他企业工作等要求则通常为合同事先约定事宜,而非平台管理权力;招聘流程、安全宣传等更与之相距甚远,属无关事实。

#### 2. 组织从属性

“组织/组织从属性”与人格从属性同义,指劳动者被纳入雇主管理权力而排除于契约机

〔68〕 See George P. Baker and Thomas N. Hubbard, “Contractibility and Asset Ownership: On-Board Computers and Governance in U. S. Trucking,” *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 199, No. 4, 2004, p. 1446.

〔69〕 为方便论述,以下将各从属性的认定事实分为“核心指标”(发挥主要认定效果)、“相关指标”(特定条件下发挥认定效果)与“无关事实”(无认定效果)三类。

〔70〕 *Uber BV and others v. Aslam and others*, UKSC 5, para. 90 (2021).



制,其核心指标同上。传统的“融入雇主组织”与“何者提供劳动工具”均为相关指标,前者仅当融入方式达到将劳动者纳入雇主权范围时才有界定功能,仅工牌等身份标识并非依据。后者则仅当劳动工具归属决定管理权力分配时才纳入考虑。例如,现实中骑手的电动车、保洁员的清洁工具等并不决定管理权力的分配,所谓“自备”往往是劳动者按平台要求向平台统一租赁或购买,其并不因此获得接单决定权,因而该事实非组织从属性依据。相比之下,直播公司所掌握的网络平台与流量数据对于管理权力分配具有更大影响,若公司基于此对主播享有调度权力,则该劳动工具可纳入认定;同理,网约车司机的车辆所有权若为其争取了一定管理权力,则亦应纳入考量。“劳动是否属经营范围”则似乎是对关系型劳动概念的曲解,为无关事实。

### 3. 经济从属性

“风险分配/经济从属性”则指以管理权力为来源的收益与风险分配,即营利性归属。与人格从属性呼应,“何者因接单决策权/价格决定权享有收益机会”是经济从属性的核心指标。金钱奖励与惩罚等属相关指标,仅当其达到剥夺劳动者裁量空间的程度时才可作为认定依据;单纯的绩效考核或晋升激励机制并不意味着劳动者承担风险或收益,反而是雇主管理能力的体现。此外,是否发放报酬、报酬是否构成主要收入来源、发放主体和途径、日结或月结等事实均与营利性无涉,为无关事实。

#### (二)新就业形态的裁判路径选择

法经济学下的从属性标准虽未经各国法院明示承认,但上述指标已先一步运用于针对新就业形态的最新裁判,并组合形成可操作的标准。本文试举两例影响力广泛、事实指标更贴近市场结构理论的测试,供我国实践参考。

##### 1. “五因素”测试

“五因素”测试由英国最高法院 Aslam 案确立,这也是首例世界主要国家最高法院针对新型用工界定的判例。该测试将“何者决定服务定价与费用分成”作为最重要指标,其他四项指标包括:何者设计与乘客间的交易规则、何者对接单与否具有绝对裁量权、何者拥有算法工具所有权、何者享有乘客沟通渠道及相应营利机会。<sup>[71]</sup> 该测试特别将制定服务标准、着装要求等无涉管理权力与劳动形态塑造的“控制”排除于界定因素之外。不难发现,法院选取的服务定价、交易规则、接单拒单、算法归属以及客户联络五项因素,均准确贴合市场结构理论下的管理权力内涵。该案司机并无“通过个人专业和经营技能提升营利水平”的机会,商誉、客户资源等经营收益均置于平台一侧,五项事实综合识别出 Uber 基于管理权力塑造服务与定价的关系型劳动实质。

##### 2. “经营机会”测试

“经营机会”测试由在美国劳动法领域具有引领性地位的特区巡回法院在 FedEx 案中确立,<sup>[72]</sup>将重心置于“劳动者是否具有经营机会/承担经营性风险”。若用工安排赋予劳动者充

[71] Uber BV and others v. Aslam and others, UKSC 5, paras. 94-100 (2021).

[72] FedEx Home Delivery v. NLRB, 563 F.3d 492 (2009).

分营利机会,使劳动者能够“通过‘聪明地工作’而非‘努力地工作’获益”,则不构成劳动关系。该测试实则是将市场结构理论的经济从属性标准加以深化并独立作为裁判路径。其与“五因素”测试一样否定公司对分配路线、施加审查、统一服装等“控制”的决定作用。法院判定送货司机并非雇员,是因快递公司赋予其独立招募雇员及“出售”订单的真实自由,该安排实为管理权力的集中体现。而劳动者是否实际上发现并利用了该“创业机会”并不影响劳动性质界定。该测试相较于“五因素”测试存在一项显著优势,即可操作性更强。“五因素”主要着眼于管理权力的识别,因而须对多指标逐一分析和综合判断;“经营机会”测试则以经济从属性窥探全貌,绕开了对管理权力的直接判断,法院论证成本更低。与此同时其准确性未必因此减损,这是目的性路径下三类从属性指向同一关系实质的逻辑结构决定的。

### (三)典型新用工领域的界定思路

#### 1. 外卖行业的用工关系界定

##### (1)专送骑手

实践中,平台对于专送骑手采用“强制派单模式”。专送骑手拒单、转单权利受到严格限制,拒单率直接影响未来派单优先级,拒单越多,派单就越少;而转单存在每日三次的限制。尽管专送骑手亦可参与“抢单”,但该模式并不构成其主要任务来源,专送骑手日常多于三分之二的订单均为派单。<sup>[73]</sup>此时作为核心指标的接单裁量权与单价决定权均归属于平台,骑手无营利空间,构成从属性。

专送模式的经济逻辑不难理解,工作时间与站长管理等安排均是为调配劳动力的管理权力服务,其效果即劳动者无法筛选“好单”,不得不接受低于市场价格或条件恶劣的任务指派,而所获盈利归平台所有——事实上,美团等平台在北京等地推行劳动合同正是以此种需求为主要动机,完全依赖市场化的“即来即走”模式昂贵且难以保障运力,劳动关系为必然之选。但是,各地实践中仍存在平台既享有专送模式下的管理权力,又否认劳动关系的做法。调研显示,外卖平台针对专送骑手创设了两个我国独有的隐蔽性用工形态,一是将骑手注册为“个体工商户”以阻却其成立劳动关系的身份条件,二是通过拆分并授权其他商事主体完成报酬发放、投保、人力管理等业务来混淆劳动关系链条,隐匿其雇主特征。<sup>[74]</sup>此种安排或许能对抗传统标准,但由于其并不改变管理权力与营利机会配置,无法扰动新标准。

##### (2)众包骑手

众包模式与专送模式一样采用全程数字控制,适用“美团骑手规则专区”的管理规范,但关键差别在于,众包骑手采用“自主抢单模式”,基于平台报价选择是否接单。这意味着定价基于双方契约协商确定,而非置于平台管理权力项下,倾向于无人格与组织从属性。更重要的是,依照“经营机会”测试,抢单模式决定了骑手经营能力的关键作用。聪明的骑手会利用裁量权争抢距离远、配送费高的“好单”;其工作时间亦非全天候待工,而是“瞄准了时间和地方”,平台

<sup>[73]</sup> 参见邓智平:“‘接单游戏’与平台经济中的劳动实践——以外卖骑手为例”,《求索》2021年第3期,第113—114页。

<sup>[74]</sup> 参见北京致诚农民工法律援助与研究中心,见前注[28],第19—20页。

间价格战、雨雪天气等均成为其发挥经营策略的契机。<sup>〔75〕</sup>甚至,实践中不少众包骑手选择购买“外挂神器”或雇佣专人负责抢单。这与 FedEx 案和丛明滋案异曲同工。此时劳动者虽因不具备经济从属性而不受劳动关系保护,但其自由度和由之而来的营利性亦有足够吸引力。

## 2. 网约车行业的用工关系界定

Aslam 案承认了 Uber 与司机构成劳动关系,但我国“滴滴”平台的用工复杂性远高于前者,需具体分析。首先,有别于 Uber 单一的派单模式,滴滴采用派单与抢单混合模式,司机可自由转换,这似乎赋予司机更多管理权力。但是,滴滴同时创设了“口碑值”累积制,司机受到出行分、服务分、合规分与安全分四项标准的监控。口碑值与平台派单、订单计价和各项权益挂钩。<sup>〔76〕</sup>其中最关键的出行分用于衡量司机出勤率。司机需每日规律出车、确保时长、接受调度以提升该分数、获得更优派单,此即俗称的“养号”。这是司机服从于平台管理权力的直观体现。平台通过口碑值实则可施加任意水平的管理权力,完全可将混合模式授予司机的管理权力夺回。再次,对于“五因素”中最关键的“何者决定服务定价与费用分成”因素,滴滴的管理权力显著高于 Uber。Uber 对服务的定价遵循以距离为基准的确定规则并收取 20% 固定比例分成,仅有的裁量权在于根据供需调节“高峰溢价”。而滴滴抽成则打破固定比例,实际数字在 20%—50% 不等且计算方法不透明。<sup>〔77〕</sup>这意味着定价落于契约非特定范畴,由平台掌握绝对裁量权。最后,对于营利归属,已有调研表明,影响司机收入的最重要因素为平台奖励与抽成,二者均由平台裁量,其结果即利润归平台所有,网约车司机盈利甚至低于传统出租车。<sup>〔78〕</sup>综合来看,当前双方用工模式更接近于劳动关系。平台若想实现非劳动关系的“轻资产”模式,则不妨通过向司机让渡管理权力及营利机会来实现。

## 五、结 语

法律形式主义进路对用工关系的界定仰赖于各类型用工外观形象的稳定性,以激活基于相关性而非因果性的“大数法则”。而此种“稳定性”,与数字和算法技术催化下新就业形态的创新属性和博弈潜力存在天然龃龉。“就标准言标准”不免陷入“目的落空”的窠臼。本文尝试以功能主义的目的论进路重构问题,将论证重心由“果”(标准)转至“因”(目的)。这不仅可助力于具体规则生成,更是在本源上回答“劳动法因何而来又去往何处”的问题。在法经济学看来,企业边界划定与用工性质界定为“一体两面”的问题,均遵循基本的效率逻辑。溯回交易成

〔75〕 参见沈锦浩:“双重不确定性与外卖骑手的情感劳动——基于上海市的田野调查”,《青年研究》2022 年第 2 期,第 17 页;孙萍,见前注〔22〕,第 56 页。

〔76〕 参见赵磊、韩玥:“跨越企业边界的科层控制——网约车平台的劳动力组织与控制研究”,《社会学研究》2021 年第 5 期,第 78 页。

〔77〕 朱昌俊:“网约车平台抽成到底是多少 这本账要算明白”,载《光明日报》2021 年 5 月 10 日,第 2 版;刘震、蔡之贇:“分享经济中收入分配模式的政治经济学分析——以我国互联网专车行业为例”,《政治经济学评论》2019 年第 2 期,第 167 页。

〔78〕 参见刘震等,同上注,第 165—170 页。

本理论、科层治理理论、产权理论等法经济学源流,可知传统的控制力、组织与风险分配标准意在捕捉劳动关系区别于市场机制的经济实质。本文将这一经济实质解释为劳动力市场买方垄断结构,并以契约特定性与管理权力两个分析框架重塑人格、组织与经济从属性的内涵。

基于该目的论,劳动法适用的理想效果并非将所有在任意方面存在“弱势”的劳动者纳入劳动关系范畴,而是保证法律对劳动关系结构性差异的矫正结果能齐平有效市场机制下的缔约结果:劳动关系内,劳动者牺牲营利机会但获得固定收入与劳动保障;劳动关系外,劳动者则以风险换取营利性,享受“风险溢价”。在更广泛的视域下,基于市场结构的劳动法边界划定能与反垄断法和私法接壤,以填平处于结构性弱势地位的劳动者可能落入的三边保护缝隙,实现劳动者在“保护性”与“营利性”价值中居于其一。

---

**Abstract:** The innovation in platform-based employment models has exposed both the accuracy challenges and legitimacy deficiencies in the traditional criteria for defining employment relationships. Compared to categorical approaches, a purpose-driven approach is more effective in addressing the frequent disruption of typical employment relationship frameworks caused by new employment forms, as it eliminates employment “interference factors” while correcting judicial outcomes that deviate from legal objectives. While the Supreme People’s Court and local courts have incorporated rudimentary purposive reasoning in individual cases, they lack a systematic justification for the fundamental question of “what is the purpose”. To address this issue, law and economics has attempted to delineate the boundary between employment and non-employment relationships through theories of transaction costs, hierarchical governance, and property rights, but the resulting control, organization, and risk allocation tests have limited applicability. The goal of labor law intervention should be to counteract the downward pressure imposed on wages and working conditions by the labor monopsony structure. Therefore, employment relationships should only encompass relational work while excluding discrete work. Personal and organizational subordination should be understood as the allocation of managerial direction beyond contractual specificity, while economic subordination should be interpreted as the allocation of profit attributed to managerial direction.

**Key Words:** New Forms of Employment; Employment Relationship; Purposive Approach; Determination Test; Principle of Primacy of Facts

---

(责任编辑:阎天)