

我国新经济下灵活用工的特点、挑战和法律规制^{*}

王全兴^{**} 刘琦^{***}

内容摘要:我国现阶段新经济下的灵活用工,与我国传统经济下的灵活用工和发达国家新经济下的灵活用工都有所不同。其中的主要问题是,作为农民工问题在新经济下的延续和加剧,对劳动法现行规制模式提出了新挑战。为此,新经济下的灵活用工规制应当满足新经济发展和解决农民工问题的双重需要,协调新经济发展与提高就业质量的关系,以及劳动力市场灵活性与安全性、公平性和竞争性的关系,并从劳动关系保护路径和一般性社会保护路径共同展开对网约劳动者群体的权益保护。

关键词:新经济 灵活用工 网约劳动者 社会保护

DOI:10.13415/j.cnki.fxpl.2019.04.007

所谓“新经济”,是一个包容性强、含义有多种理解的概念,最早见诸1996年12月的美国《商业周刊》,用于描述信息革命以来,尤其上世纪90年代后美国出现的经济持续高速增长、低通胀、低失业的罕见现象;^①而今通常用以指称信息化和全球化背景下由信息科技及其应用而产生的新型经济形态。“建立在信息科技革命基础上的信息经济是新经济内涵的核心点”,^②当前以互联网平台组织生产要素为核心内容的平台经济,以充分利用知识资产与闲置资源、便利人人有效参与为核心功能的分享/共享经济,都是新经济的典型表现。新经济给我国就业带来的最大变化,莫过于互联网平台企业(简称平台企业)的灵活用工,不仅规模快速扩张,而且新形式不断出现。对此,现行劳动法规制模式面临诸多挑战,亟需精准把握其中的突出问题并做出应对。

一、我国现阶段新经济下灵活用工的特点

关于我国现阶段新经济下灵活用工的认识和研判,需要从纵向和横向两个维度的比较中把握其特殊性。

(一)纵向:我国新经济下灵活用工与传统经济下灵活用工的比较

灵活用工在我国传统经济下已大量出现,新经济只不过是其得以加剧的契机。然而,新经济下灵活用工较之传统经济下灵活用工,有其值得重视的差异。

1.用工关系结构的差异

实践中,弱化或转移雇主责任多是用工灵活化的动机,且多是借助用工关系结构的变化来实现的。传统经济下,用工灵活化的突出表现是,典型劳动关系的两端结构转向非典型劳动关系的三角结构,即在雇主与劳动者之间介入第三人——其样态依次表现为职业中介机构、人事代理机构、劳务派遣机构以及劳务外包机构等。^③第三人的介入推动着非典型劳动关系不断深化和发展,即伴随着第三人分担雇主职能的渐次增多,一方面,企业可以充分专注于核心业务,提高其劳动生产率;另一方面,第三人在地位和作用上具备了部分雇主属性,尤其是劳务派遣中的派遣机构和业务外包中的承包人。而对于劳务派遣中的用工单位和业务外包

* 本文系2015年国家社科基金重大项目“创新中国特色劳动关系协调机制研究”(ZDA049)的阶段性成果。

** 上海财经大学法学院教授。

*** 上海财经大学经济法与社会法研究中心研究人员。

① 参见美国国务院国际信息局编:《美国经济概况》,杨俊峰、王英伟译,辽宁教育出版社2003年版,第6页。

② [美]曼纽尔·卡斯特:《网络社会的崛起》,夏铸九等译,社会科学文献出版社2001年版,第91页。

③ 参见田思路:《劳动关系非典型化的演变及法律回应》,载《法学》2017年第6期。

中的发包人而言,则实现了劳动关系的转移,从而降低了用工成本,减轻甚至规避了雇主责任。

然而,观察新经济下的灵活用工形式,不难发现其内部结构似乎呈现出向两端结构复归的态势。以互联网平台为例,与平台企业有合作关系的,不仅有企业等组织,而且更多的是个人。这种用工模式虽然是外包用工的进一步发展,但与传统经济中的外包用工有所不同。其一,传统经济下的外包用工通常为“发包——转包或分包——底层承包”的多层次结构,用工关系呈现三角结构,即发包人通过与承包人建立民事关系,致使其直接用工被承包人用工所替代,仅存在承包人与其劳动者的劳动关系或民事雇用关系;而新经济下的外包用工一般为单层次扁平结构,平台企业面对复杂多变的市场动态和灵活多样的消费者个性化需求,利用互联网技术优势,将传统上由雇员完成的工作任务外包给与其合作的众多个人,分别由个人直接完成。其二,传统经济下的外包用工,劳动者在承包人监督管理下完成工作任务,一般不受发包人控制;而在新经济中,不仅合作者个人的劳动受到平台的直接控制,而且合作者组织的受雇者,其劳动也受到平台一定的控制,如“饿了么”平台对其加盟配送代理商所雇劳动者保持着高度控制。可见,在平台企业与合作者个人之间,中间环节(承包人)已经消失;即使在平台企业与合作者组织的受雇者之间,合作者组织作为中间环节的地位和作用较之传统经济下的承包企业也大为减弱。所以,其凸显的是两端结构(平台企业与劳动者)。正由于承包企业环节的消失,平台企业无法通过外包来转移劳动关系,降低企业运营成本,去劳动关系化就成为其主要追求,如通常不会与合作者个人签订劳动合同,纠纷发生时则主张双方是民事关系。

2. 生产资料结构的差异

无论何种劳动/用工形式,都是劳动力与生产资料的结合。传统经济下的劳动/用工,其生产资料以实体形态为主。在福特制大生产模式下,生产资料的固定成本较高,需要由雇主集中占有,雇员因只提供劳动力而依赖于雇主的生产资料;雇主处于相对强势地位,得以对雇员施加命令和指挥。即使在劳务派遣、业务外包等灵活用工模式之下,这种境况仍未发生根本性改变。

然而,新经济下生产资料的形态和来源发生了结构性变化。“后工业社会的主要经济部门包括第三产业(交通运输业、公用事业)、第四产业(商业、金融业、保险业和地产业)和第五产业(卫生保健、教育、研究、政府和娱乐),其技术主要是信息技术,其中轴原理是理论知识的集中和具体化。”^④于是信息作为企业必不可少的资源和工具,成为非实体性的生产资料。实践中,平台企业还“不断发现信息作为重要生产资料的秘密”,^⑤越来越看重信息较之实体形态生产资料具有更强的可开发性和可分享性,逐步减少实体形态生产资料的比重,将生产环节外包,减少直接雇员,模糊企业实体边界。^⑥因而,平台企业凭借其信息形态生产资料的优势,得以迅速崛起。所以,马云宣称,人类开始进入到一个数据时代,数据(信息)将成为最重要的生产资料。^⑦

从与信息形态生产资料相对应的另一方面看,平台企业因看重信息形态生产资料而将生产环节外包之后,处在外包生产环节的劳动者个人,虽然有其自供的生产资料可资从业劳动,但平台企业的信息形态生产资料对其从业劳动更为必要。例如,在网约车经营模式中,劳动者(司机)和消费者需要依托平台发出或接收订单,提供或接受服务。一旦司机离开平台,则很可能找不到乘客,或者在同业竞争中处于劣势地位,最终只能选择依附于平台企业。正是在此意义上,有的裁判要旨指出,“互联网经济下的新用工模式中,交通工具并非主要的生产资料,由平台运营方所掌握的信息才是更为重要的生产资料。”^⑧

(二) 横向: 新经济下我国与发达国家灵活用工的比较

在发达国家,信息科技作为新经济的核心,从固定端到移动端、从局域网到互联网再到物联网,经历了近

^④ 参见[美]丹尼尔·贝尔:《后工业社会的来临——对社会预测的一项探索》,高铨等译,商务印书馆1984年版,第135页。

^⑤ 参见胡凌:《“连接一切”:论互联网帝国意识形态与实践》,载《文化纵横》2016年第2期。

^⑥ 参见胡凌:《网络法的政治经济起源》,上海财经大学出版社2016年版,第313—314页。

^⑦ 参见马云:《数据是新一轮技术革命最重要的生产资料》,http://tech.sina.com.cn/roll/2017-09-10/doc-ifykuftz5878701.shtml,最后访问时间:2018年4月20日。

^⑧ 参见北京市海淀区人民法院:《闪送员起诉确认劳动关系为何被支持?合议庭详解裁判要旨》,https://mp.weixin.qq.com/s/fwtkgTpGnJF2BmyTdlK-Ew,最后访问时间:2018年6月20日。

半个世纪,其发展阶段较为清晰,相应的灵活用工样态亦逐渐演进。我国信息革命进程则发端较晚,信息技术的发展阶段被压缩,而“互联网+”的产业范围扩展快速,灵活用工的多种形态在现阶段同时涌现。

1. 社会背景的差异

在发达国家,新经济是工业化和城市化完成后的后工业社会产物。20世纪70年代以来,信息科技的深入发展引发第三次工业革命,而今进一步发展到工业4.0。^⑨在此过程中,生产方式伴随信息科技革命由福特制转到后福特制,由泰勒制大生产转向小微化、精细化生产,企业通过战略联盟、供应链管理、分包制和虚拟制造等网络化合作组织以提高整合外部资源的能力。^⑩于是,新的灵活用工形式由此产生和发展。第一阶段,网络资讯科技的发达极大便利了工作任务线上完成和劳动成果即时给付,雇员可以远离传统的固定职场,甚至直接在家中完成工作并提交成果。远程劳动(telework,又称电传劳动、数字劳动)由此出现,尤其进入新世纪以来,日益受到关注和青睐,美国、日本、欧盟等发达国家和地区纷纷出台法律和政策予以促进和规制。^⑪近年来,Uber、Lyft、Task rabbit、Click worker等平台企业的涌现标志着新经济的发展进入第二阶段,市场主体可以借此充分享闲置的物质资源和人力资源,供需双方得以即时发布和获取信息,并实现精准的双向匹配。平台经济(platform economy)或称零工经济(gig economy)由此诞生,相应的灵活用工形式包括按需劳动(work-on-demand)和众包劳动(crowd work),^⑫前者一般在线下完成工作,网约劳动是其主要表现;后者通常在线上完成工作,其劳动关系通常不再固定,可视为平台经济中远程劳动的进一步发展。

反观我国,新经济滥觞于工业化和城镇化加快速度且与市场化、信息化、全球化重叠的发展阶段,信息化进程虽然快速,但工业化、城镇化和市场化还未完成,不定型的后工业社会因素与未完成的工业社会交织,残余的计划经济因素与不成熟的市场经济体制混合。一方面,信息化所对接的是劳动密集型产业占较大比重的产业结构和整体素质不高的人力资源结构,加之技术手段瓶颈、认知观念受限等因素,线上远程劳动尚处于萌芽和倡导阶段。另一方面,工业化和城镇化进程区域失衡,农民工规模持续扩大,加之实体经济下行对劳动力的挤出恰逢平台经济快速发展所提供的就业空间,才有线下网约劳动大军的蔚为大观。

2. 工作岗位结构的差异

发达国家依托于信息技术的远程劳动,有一定的专业技术性要求,且集中于服务业和科技产业等知识经济领域。美国自上世纪80年代信息化浪潮以来,不仅民营企业以提高白领劳动者劳动生产率为目的开始引入远程劳动,政府部门也积极采用。^⑬解决都市地区交通拥挤、能源消耗和空气污染问题,甚至2001年“911”事件后出于反恐需要的灾害应变与继续营运计划,^⑭都成为美国政府推行远程劳动的重要动因。正因为如此,远程劳动的规模在发达国家不断扩大。Forrester Research公司曾根据调研判断,2009年底全美已有至少3400万名远程劳动者,至2016年底预计增长至6300万名,约43%美国劳动人口将成为远程劳动

^⑨ 德国在2011年汉诺威工业博览会中提出第四次工业革命即工业4.0的概念。其核心是在物联网技术支持下,一个由软体、感测器、处理器和通信技术所建立的资讯物理系统(Cyber-Physical Systems, CPS),当中包含了智慧工厂、工业线路系统、IT系统、生产链的自主控制。参见丁于珊:《制造业的未来:工业4.0》,载《CTIMES》2013年第8期。

^⑩ 参见刘刚等:《后福特制:当代资本主义经济新的发展阶段》,中国财政经济出版社2010年版,第2-3页。

^⑪ 如美国《远程劳动促进法》(2010年)、《远程劳动政府指南》(2011年);日本《远程劳动人口倍增行动计划》(2007年);欧盟《远程劳动欧洲框架协议》(2002年)。

^⑫ 按需劳动(work-on-demand)需由特定劳动者在特定地点完成,通常涉及传统意义上的物理世界或现实空间,劳动者通常来自当地,平台企业通常对价格设定、产品和服务标准、劳动力管理等方面保持较大的控制权,如Uber、Lyft平台企业;众包劳动(crowd work)的工作任务通常可借助移动互联网而在任何地方完成,包括公开招标和任务完成两大环节,劳动者可能来自世界各地,平台的作用仅限于在劳动者和服务需求方之间完成匹配,如Click worker平台企业。See De Stefano V, The Rise of the "Just-in-Time Workforce": On-Demand Work, Crowd Work and Labour Protection in the "Gig-Economy". Conditions of Work and Employment Series 71, Geneva: International Labour Organization(2015), pp.2-6.

^⑬ 参见田思路:《远程劳动的立法趋势与法律适用》,载《中国劳动》2017年第8期。

^⑭ 参见张其恒:《综观美、日电传劳动之发展与调适政策》,载《台湾劳工季刊》2016年第45期。

者。¹⁵其他国家从事远程劳动的雇员比重,瑞典由2003年的36%增长至2014年的51%,法国从2007年的7%上升至2012年的12.4%,¹⁶日本国土交通省统计表明,2014年度从事电传劳动人口为全体劳动人口之16.4%。¹⁷

就平台企业的灵活用工而言,Uber司机是按需劳动的典型,Amazon公司的Mechanical Turk项目则是众包劳动的典型。Uber公司创立于2009年,2012年前后美国Uber司机数量迅速增长至16万人左右,¹⁸目前预计为50万人,而在西班牙、法国、比利时、匈牙利和德国,Uber公司业务在部分城市甚至整个国家因非法而遭到禁止。¹⁹Amazon公司Mechanical Turk项目的工人数量大约达50万,主要来自美国、德国、印度等国家。²⁰在美国,网约劳动者总数约为60万人,仅占美国工人数量的0.5%左右。²¹英国、瑞典、德国约有3%到4%的成年人通过平台企业获得收入,²²在澳大利亚,只有不到6万人或不到0.5%的成年人口参与每月超过一次的平台企业劳动。²³正如学者指出,“尽管目前关于劳动法的争论大多集中在平台企业,尤以Uber为焦点,但是平台经济事实上只占据了非传统经济业态的很小份额。”²⁴

发达国家的网约劳动者,一部分属于青少年或兼职工作者,旨在课余或退休之际赚取额外收入;另一部分是职业商人群体在本职工作之外所拥有的事业。²⁵参与平台经济的工作,无特定的职业资格或工作经验要求,职业进入方便和退出自由,劳动者可以在业余时间兼职、赚取额外报酬,也得以更好地平衡工作与生活需求。²⁶“在大多数西方国家,众包都是一种兼职性或边缘性工作,众包工作者可以在主要收入之外拓宽来源,并学习知识、获得乐趣、消遣时光。”²⁷有调研表明,美国绝大多数平台工作者更为倾向兼职工作,63%的受访者希望赚取额外收入,主要收入来源于零工经济者占比达34%。²⁸2016年欧洲进步基金会和欧洲工会联合会荷兰、英国、德国、瑞典零工经济的调查结果表明,大多数灵活就业者参与平台经济获得的收入仅是

¹⁵ See Ted Schadler and Matthew Brown and Sara Burnes, US Telecommuting Forecast, 2009 to 2016 Telecommuting Will Rise to Include 43% of US Workers By 2016, March 11, 2009, <https://www.forrester.com/report/US+Telecommuting+Forecast+2009+To+2016/-/E-RES46635>, last visit on May. 20, 2018.

¹⁶ See Eurofound and the International Labour Office, Working Anytime, Anywhere: The Effects on the World of Work(2017), pp.13-16.

¹⁷ 参见徐婉宁:《日本对于电传劳工劳动权益之保护》,载《台北大学法学论丛》2016年第99期。

¹⁸ See Hall, Jonathan V., Krueger, Alan B, An Analysis of the Labor Market for Uber's Driver—Partners in the United States, Princeton(2015).

¹⁹ See Wikipedia, Legal status of Uber's service, https://en.wikipedia.org/wiki/Legal_status_of_Uber's_service, last visit on May. 20, 2018.

²⁰ See Schmidt, F. A, Digital Labor Markets in the Platform Economy: Mapping the Political Challenges of Crowd Work and GigWork, Working Paper 2017, <http://www.voced.edu.au/node/1195404>, last visit on May. 20, 2018.

²¹ 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).

²² See Huws U and Joyce S, Size of Germany's ‘gig economy’ Revealed for the First Time, Crowd Working Survey, University of Hertfordshire, Hatfield and UNI Europa, Brussels, November 2016. Size of Sweden's ‘gig economy’ revealed for the first time, Crowd Working Survey, University of Hertfordshire, Hatfield and UNI Europa, Brussels, March 2016. Size of the UK's ‘gig economy’ revealed for the first time, Crowd Working Survey, University of Hertfordshire, Hatfield and UNI Europa, Brussels, February 2016.

²³ See Minifie J, Peer-to-peer Pressure: Policy for the Sharing Economy, Report no. 2016 - 7, 13 April, Melbourne VIC, Australia; Grattan Institute(2016).

²⁴ See Joseph V. Kennedy, Three Path to Update Labor Law for the Gig Economy, Information Technology and Innovation Foundation, April (2016).

²⁵ 同上注。

²⁶ See Schmidt, F. A, Digital Labor Markets in the Platform Economy: Mapping the Political Challenges of Crowd Work and GigWork, Working Paper 2017, <http://www.voced.edu.au/node/1195404>, last visit on May. 20, 2018.

²⁷ See Code of Conduct—Guideline for a Prosperous and Fair Cooperation between Crowdsourcing Companies and Crowd Workers, Legal Status of Uber's Service, <https://www.crowdsourcing-code.com/>, last visit on May. 20, 2018.

²⁸ 同前注²⁴, Joseph V. Kennedy文。

其他收入的补充,其占个人总收入来源半数以上的人群比例,荷兰和德国为 25%,瑞典为 36%,英国为 34%。^②

可以看出,发达国家新经济下的灵活用工以远程劳动为主,以平台企业的按需劳动和众包劳动为辅。无论企业员工,还是政府公务人员,远程劳动一般为白领岗位。其中,部分属于雇主内部核心员工,劳动关系较稳定;部分属于自由职业者,因基于自身知识技能优势拥有较强的议价能力,传统的资强劳弱之分和契约弱势之虞并不显著。发达国家新经济下的灵活就业者特殊之处在于同工作场所分离和工作时间不可控,需要在工时计算、工资计量、工伤认定和职业安全卫生义务等方面予以特别规范。而按需劳动和众包劳动所占比重较小,劳动者多是赚取兼职性收入。

较之发达国家,我国新经济下灵活用工的行业分布状况和岗位结构则相反,以线下网约劳动者为主且蓝领岗位居多。一方面,远程劳动尚未推广。上海市妇联于 2017 年 1 月建议鼓励有条件的单位为育龄女性员工创造远程办公条件;全国政协委员许钦松连续两年在“两会”上提交关于推广远程办公的提案;还有学者提出,在全面推行“二胎”政策背景下,应当鼓励用人单位创造家庭友好型就业环境,以缓解工作与家庭的冲突。^③但目前只有“猪八戒网”线上威客(witkey)、平台“主播”等个别职业或岗位呈现远程劳动特征;阿里巴巴集团雇用相当数量的残障人士等通勤困难人员在家从事后台客服等岗位,则属于个例。另一方面,线下网约劳动者规模巨大,远超发达国家。例如,2017 年 8 月,饿了么、百度外卖合并,其网约“骑手”总数已接近 100 万人。^④考察网约车行业,2016 年 6 月到 2017 年 6 月,在“滴滴出行”获得过收入的司机总数达 2108 万,其每天直接为 264 万司机提供人均超过 170 元的收入。^⑤

3. 我国网约劳动者以农民工群体为主

据调查统计,上海市网约劳动者中,非沪籍农业户口务工人员占比达 68.57%。^⑥伴随平台经济的发展,近年来我国农民工第二产业就业人数逐年下降,第三产业就业比例逐步提升,^⑦亦可推知平台企业对农民工的就业吸引力。农民工群体总量较大,且持续激增,^⑧加之知识水平有限、劳动技能较低,平台企业的灵活用工需求巨大、岗位门槛相对较低,故对其有很强的吸引力。许多农民工为赚取更多收入而将主要工作时间集中于平台企业,事实上成为其全职工作,故专职网约劳动者占据相当比例。^⑨

农民工是 20 世纪 80 年代以来,伴随我国经济体制改革和社会结构转型而产生的新型特殊社会群体,农民工问题实际上是我国城乡二元结构长期积累的问题在改革开放中的集中释放。^⑩农民工群体多以次级劳动力市场就业和灵活就业为主,其长期存在劳动关系稳定程度整体偏低且多处于企业和社会“双重体制外”状态这两大突出问题,^⑪虽然被“经济性接纳”却遭遇“社会性排斥”,灵活性有余而安全性和公平性不足。这

^② See Hertfordshire Business School Crowd Work Survey(2016).

^③ 参见刘晓:《远程办公成为现实:合理性与可持续性受到质疑》,载《人民日报(海外版)》2017 年 9 月 11 日第 8 版。

^④ 参见艾媒资讯:《2016—2017 中国在线餐饮外卖市场研究报告》,2017 年 3 月发布。

^⑤ 参见滴滴政策研究院:《2017 年滴滴出行平台就业研究报告》,2017 年 10 月 24 日发布。

^⑥ 参见马景红:《2017 年上海市网约工队伍状况调查报告》,上海工会管理职业学院理论研究项目,项目完成时间:2017 年 12 月。

^⑦ 2015、2016、2017 三个年度,当年农民工在第二产业中就业的比重分别为 55.1%、52.9%、51.5%,比上年依次下降 1.5、2.2、1.4 个百分点;农民工在第三产业中就业的比重分别为 44.5%、46.7%、48%,比上年依次上升 1.6、2.2、1.3 个百分点。参见国家统计局:《2015 年农民工监测调查报告》,2016 年 4 月 28 日发布;《2016 年农民工监测调查报告》,2017 年 4 月 28 日发布;《2017 年农民工监测调查报告》,2018 年 4 月 27 日发布。

^⑧ 2017 年我国农民工总量达到 28652 万人,比上年增加 481 万人,增长 1.7%。参见国家统计局:《2017 年农民工监测调查报告》,2018 年 4 月 27 日发布。

^⑨ 上海市网约劳动者群体中,78.19%的受访者专职从事网约劳动工作;就网约车司机群体而言,全职司机占比 79.4%。参见前注^⑥,马景红调研报告;标准排名研究院:《2016 网约车司机生存状况调查报告》,2016 年 10 月发布。

^⑩ 参见韩长赋:《中国农民工的发展与终结》,中国人民大学出版社 2007 年版,序言第 2 页。

^⑪ 参见王全兴:《我国当前群体劳动争议的概念辨析和应对思路》,载《中国劳动》2015 年第 1 期。

些问题在新经济中进一步加剧,一方面,农民工群体仍然呈现“短工化”趋势;^③另一方面,其既是平台企业的体制外劳动者,也是城市公共产品分享上的体制外群体。平台企业大多不与其签订劳动合同,加入工会的比例更低;^④其住房、医疗、子女教育等更受限制。综上,我国平台经济中的灵活用工问题仍然主要是农民工问题。

二、新经济下灵活用工对现行规制模式的挑战

我国以劳动法为中心的用工规制模式中,灵活用工规制较之正规用工规制处于特别法地位,仅对非全日制用工和劳务派遣用工设立专门制度,而对外包用工仅有发包人对承包者个人用工负连带赔偿责任的规定。新经济下灵活用工对其挑战的主要切入点在于:

(一)企业边界模糊化及其挑战

科斯教授指出,企业的存在是为了降低交易成本,企业的边界就在于“企业内部组织一笔额外交易的成本,等于在公开市场上完成同一笔交易的成本或在另一个企业中组织同样交易的成本”,^⑤而“倾向于降低空间组织成本的电话和电报的技术变革将导致企业规模的扩大”。^⑥福特制模式下,企业边界是明晰的,雇主在企业内部充分配置各种生产要素。例如,非全日制用工、劳务派遣用工的整个劳动过程还是在企业内部由雇主指挥和监督;外包用工的整个劳动过程也是在特定的发包人或承包人组织内部完成。

企业的边界取决于外部交易成本和内部组织成本的比较,而信息技术优于机械化技术和电气化技术的魔力就在于,极大降低了组合和配置生产要素的空间组织成本,进而导致企业规模的不断扩张。如远程劳动可避免通勤成本、固定办公室成本,网约劳动亦不再需要固定的实体工作场所。由此,企业将工作任务分派给线上的远程劳动者和线下的网约劳动者,其生产过程突破了固有的内部生产车间限制,实现了更大范围的生产要素整合。企业的触角似乎无处不在,既存在于分散的卫星办公室,又分布于家内劳动者的室内居所,更散布于网约劳动者四处奔波的大街小巷。由此,企业和市场的界限划清成为难题。数据处理成本对交易成本产生颠覆式变革,组织形态渐趋离散化与无界化,企业的边界呈现边际模糊的特点。^⑦

企业边界模糊化对于劳资双方都有巨大影响。对于雇主而言,因雇员的工作场所不再固定,劳动过程管控、工时考勤和工资支付、职业安全卫生义务履行以及工伤认定等都将遭遇难题。例如,当雇员不需要到固定场所上班,雇主就面临如何认定管理工时、防止消极怠工、确认加班加点事实等问题。当雇员的作业空间与企业内工作场所分离,甚至可能超出雇主力所能及的控制范围,雇主面对开放和动态工作场所,其职业安全卫生义务的履行就无的放矢。再如,工伤认定一般以“工作时间、工作场所、工作原因”为要件,^⑧而企业边界模糊将使工作场所难以准确界定,倘若对工作场所认定过宽,就会过度加重雇主责任。

对于劳动者而言,其不利处境更为明显。平台企业通常将工作任务分配给网约劳动者,并由劳动者直接向消费者和用户提供产品或劳务。劳动者既无固定的工作场所,无法在企业内部完成劳动给付;又无稳定定期的收入来源,其底薪较低甚至没有,大部分收入依赖订单提成。^⑨消费者和用户有权对其服务做出评价甚

^③ 调研显示,上海市网约工群体中,半年内换工作的占11.07%,一年内换工作的占22.98%;连续工作时间达3年以上的仅占20.33%;54.92%的受访者累计工作年限在6年以上没换过工作的仅占38.33%,更换工作1—2次的占28.33%,换3次的占17.08%,换3次以上的占16.25%。参见前注^③,马景红调查报告。

^④ 调研显示,上海市网约工群体中,受访网约工47.7%与平台企业签订劳动合同,11.72%与第三方签订劳动合同,仍有40.59%没有签订劳动合同;工会会员占比仅9.32%。参见前注^③,马景红调查报告。北京市平台企业60%以上劳动者未签订劳动合同。参见张成刚:《共享经济平台劳动者就业及劳动关系现状——基于北京市多平台的调查研究》,载《中国劳动关系学院学报》2018年第3期。

^⑤ 参见[美]罗纳德·哈里·科斯:《企业、市场与法律》,盛洪等译,上海三联书店1990年版,第10页。

^⑥ 同上注,第11页。

^⑦ 参见涂永前、徐晋、郭岚:《大数据经济、数据成本与企业边界》,载《中国社会科学院研究生院学报》2015年第5期。

^⑧ 参见《工伤保险条例》第14条第1款。

^⑨ 参见彭倩文、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的雇佣关系》,载《中国人力资源开发》2016年第2期。

至投诉,且相关评价与其所得报酬及后续抢单成功率直接挂钩。为获得较高薪酬,网约劳动者不得不加班加点地抢单和接单,甚至为节省配送时间而不惜违反交通规则。可以看出,劳动者失去了企业的庇护,其劳动报酬的多少和工作机会的有无与消费者的每一次评价息息相关,可谓直接面对不确定的市场风险;加之社会保险对其覆盖率低,“外卖小哥”的交通事故发生率和伤亡率居高不下,^④其人身风险同样缺乏保障。

这种现象中有一种悖论。作为劳动关系之本质属性的从属性或控制性,依奈特教授的解释,其正当性来自于市场风险的存在和企业家对市场风险的承担。即市场风险的不确定性和客观存在,需要一个企业家阶层,由其承担市场风险,并向雇员支付有保证的工资,从而控制雇员的行动并获得利润。^⑤然而平台经济中,平台企业从劳动者的收入中抽成,攫取商业利润,既对劳动者保有控制权,又任由劳动者直接裸露在市场风险乃至人身风险之下。尤其在服务行业,劳动者难以预知其服务提供过程能否满足消费者和用户需求,如外卖能否在规定时间内送达、司机能否尽快到达约定地点接载乘客、顾客是否对其服务表示满意等,市场风险使劳动者时刻处于高压状态。概言之,平台经济中主要的市场风险向劳动者一端转移,增加了其工作脆弱性和不稳定性。^⑥既然如此,当劳动者直接面对不确定的市场风险,平台企业对其控制权的正当性从何而来?

(二)从属关系隐蔽化及其挑战

关于平台企业和网约劳动者之间是否从属关系、其从属性是增强抑或减弱的问题,争论原因在于平台企业对网约劳动者的管理和控制方式与传统模式差异较大,“指挥管理”较为隐蔽,“从属性”易被掩盖。

首先,服务业的劳动过程控制与劳务成果控制混合,劳动者直接向消费者和用户提供服务也使得企业内部直接控制与企业外部间接控制结合。网约劳动多集中于服务性行业。^⑦而服务业不同于制造业,其劳务成果是无形的,服务提供过程亦是劳务成果给付过程。因此,对劳务成果和服务质量的控制必然伴随着对劳动过程和服务行为的控制。恰如学者指出,无论 Amazon 设定承包商的薪酬等级,还是 FedEx 指定其司机袜子的颜色,或 Uber 要求司机播放爵士轻音乐,劳务成果的控制通常与工作过程控制融为一体。^⑧劳动过程控制与劳务成果给付通常被作为劳动关系与民事关系的分水岭。“劳动关系以劳动给付为标的,这点使得劳动关系区别于加工承揽等以劳动成果为给付内容之民事关系。”^⑨不仅如此,网约劳动由于工作场所不固定,平台企业不直接指挥其劳动过程,而只对其劳务成果做出事后评价,进而根据订单完成情况决定报酬给付。由此似乎产生了劳动过程控制向劳务成果控制转变的表象,并进而引发劳动关系向民事关系过渡的疑虑。

与此同时,网约劳动者直接面向消费者和用户提供服务,平台企业则利用网络技术手段对服务过程进行全程监控记录,这既是保障服务过程中消费者人身和财产安全的需要,也是为了通过记录和收集客户对服务质量的评价,并将其与网约劳动者的薪酬和其他利害挂钩。可见,平台企业面对众多的网约劳动者,对其服务过程/劳动过程以监控记录替代或弱化了指挥管理,以企业外部控制替代或弱化了企业内部控制,以通过消费者和用户间接控制替代或弱化了雇主直接控制,从而使其从属性容易与消费者和用户的民事关系所混淆。

其次,平台企业控制劳动过程/服务过程的书面规则与市场运营规则混合且依托于技术手段控制。传统企业一般通过劳动规章制度等方式规范员工的劳动过程,而平台企业对网约劳动者虽然制定了一些书面规则,但其中劳动过程/服务过程规则与市场运营规则即平台企业的对外营业规则混合,未能适用制定劳动规

^④ 林靖:《外卖小哥抢时间交通事故高发》,载《北京晚报》2017年9月26日第18版。

^⑤ 参见[美]弗兰克·H·奈特:《风险、不确定性与利润》,安佳译,商务印书馆2009年版,第253—278页。

^⑥ See Kaine S and Jossierand E, Workers Are Taking on More Risk in the Gig Economy, The Conversation, July 6, 2016, <https://theconversation.com/workers-are-taking-on-more-risk-in-the-gig-economy-61797>, last visit on May. 20, 2018.

^⑦ 调查显示,上海市网约工群体以服务业就业为主,行业分布较为集中,第一是交通运输、仓储和邮政业(占48.98%),第二是住宿餐饮业(占18.37%),其他则多为家政等服务业。参见前注^③,马景红调研报告。

^⑧ See Keith Cunningham-Parmeter, From Amazon to Uber: Defining Employment in the Modern Economy, Boston University Law Review, Vol.96, p.1673(2016).

^⑨ 参见谢增毅:《劳动关系的内涵及雇员和雇主身份的认定》,载《比较法研究》2009年第6期。

章制度的法定程序。并且,这种书面规则主要依托于技术手段来实现其控制功能,即通过计算机程序贯彻企业意志,将管理和运营规则寓于算法之中,并借助系统软件自动执行。如APP会对网约车司机和外卖送餐员自动派单,并根据其前期系统记录,接单数量多、完成质量好者将获得优先派单,而对于拒绝接单、迟延接单、瑕疵履行等多发者,其接单成功率则会下降,直至被取消接单资格。可见,内置于APP中的算法和程序实质上替代了类似劳动规章制度的功能,而这种算法和程序也未能适用劳动规章制度的法定制定程序。于是,作为劳动关系从属性之突出标志的劳动规章制度,在网约劳动中难以凸显。平台企业特有劳动情境的技术性和虚拟性,使得证据形式趋于电子化,进一步增加了劳动者的诉讼与维权成本。^②

(三)同事关系疏离化及其挑战

灵活用工较之正规用工,劳动组织方式分散化,同事间缺乏工作协作,加之农民工群体长期处于企业工会和集体劳动关系覆盖之盲区,同事间关联程度很低,此之谓同事关系的疏离。而在新经济下,同事关系疏离化进一步加剧。平台企业将碎片化的工作任务分派给网约劳动者各自独立完成,同事间缺乏工作协作,更罕有面对面交流,分散化、原子化状态更加重,组织化难度更为加大。网约劳动者群体不仅普遍缺乏团结的自觉意识,而且缺少相互持续沟通的条件,缺失形成整体性利益共识的长效机制,甚至彼此间还存在业务竞争。信息技术虽然为劳动者群体之联合创造了更为便利的条件,如微信等社交媒体提供了很好的群体性交流互动平台,但网络虚拟空间的联络便利并不能替代现实生活中的实体性即时沟通。如同事间不常见面,更少面对面交流,缺乏真实互动,所谓同事仅仅体现为社交软件上的一个个光点,而非活生生的个人。^③

2016年4月15日,发生在北京地区的滴滴、优步司机万人停工事件就充分反映出网约劳动者群体性行动的无序化。该事件起因于平台企业大幅降低和取消补贴,北京地区滴滴、优步司机们通过微信群转发倡议书,共同约定于4月15日集体停运。参与停运的司机中,部分是接受倡议书自愿停运,部分则是被迫放弃运营。为争取更多同事加入停运行列,很多司机采取恶意辱骂、故意差评、虚假订单极端方式予以逼迫。于是,此次事件呈现出一定程度的混乱和无序。^④可见,网约劳动者群体的同事关系疏离化,对工会和集体劳动关系协调机制而言,既是作用不到位的后果,也是难以发挥作用的原因。

三、我国新经济下灵活用工规制的政策目标选择

基于上述分析,灵活用工规制需要兼顾劳动力市场的自由和效率与劳动者的基本权益保护,在市场自由和国家规制进路之间保持平衡。^⑤其政策目标的选择可着重于从以下两个方面理解。

(一)新经济发展与提高就业质量的关系

在实体经济下行和去过剩产能的背景下,新经济的发展不仅被作为带动实体经济发展的新引擎,而且充当增加就业的新载体和新渠道。然而,以农民工为主的线下网约劳动者群体,多在蓝领岗位,劳动强度大、技术含量低、职业风险高,且处于劳动合同和社会保险覆盖的盲区,从社会认同度和职业获得感来看,其实际就业质量并不高。这种现状所提出的保护劳动者权益、提高就业质量的诉求,却招致了因提高平台企业用工成本而不利新经济发展的担忧和争论。

对此,需要明确的是,新经济的发展得益于其“双边市场”的经营模式和商业逻辑。较之传统企业,平台企业是以信息资源为优势、以服务业为主的企业,其“轻资产化”而“重信息化”的经营模式取决于其“双边市场”的经营结构:一边是获取海量信息数据为主的市场,即通过线下和线上提供服务而吸引尽可能多的消费者和用户数量,进而获取海量信息数据,但未必以营利为主要目标;另一边是开发利用海量信息数据以开拓业务(如广告、咨询、信息服务等)的市场,营利肯定是其主要目标。前一边市场虽然未必以直接营利为主,却是后一边市场得以开拓业务和营利的的基础。在其前一边市场中,重视线下劳动者和线上劳动者(如主播)的

^② 参见北京市海淀区人民法院:《海淀区劳动争议情况白皮书(2018)》,2018年6月1日发布。

^③ 参见曾淑芬、陈志成:《资讯科技发展对非典型劳动之影响:以电传劳动、虚拟办公室与居家工作者为例(POD)》,“行政院发展考核委员会”出版社2010年版,第135—244页。

^④ 参见杨轩:《北京昨天难打车,滴滴和优步司机在搞大罢工吗?》,载《第一财经周刊》2016年4月16日。

^⑤ 参见丁晓东:《平台革命、零工经济与劳动法的新思维》,载《环球法律评论》2018年第4期。

权益保护和就业质量,虽然会提高平台企业的用工成本,却有利于平台企业在线上和线下日益激烈的“人力资源竞争和服务质量竞争→吸引消费者和用户数量竞争→获取海量信息数据竞争”中,取得优势地位。所以说,在新经济中,强调保护劳动者权益和提高就业质量,根源于其“轻资产化”经营战略和“双边市场”的商业逻辑,这有利于劳资双方的合作共生,亦是其实现利益双赢的根本所在。而弱化对劳动力市场和非典型劳动关系的管制将会对经济增长、企业创新、就业率提升产生积极影响的观点,则远未得到证实。技术进步和新经济的发展将使每个个体得益,这就需要避免去管制化、弱化劳动者权益保护的立场。^⑤ 故不应当理所当然地认为,新经济的发展与灵活就业者劳动关系的认定不可兼容,如 Alfred、Instacart、Munchery 等公司已经自发将其平台工人认定为雇员。^⑥ 《费城宣言》确立了“劳动者不是商品”的原则,新经济中,该原则应当进一步拓展为“劳动者不是技术”。^⑦ 鉴于平台工作者已成为后福特制生产模式下平台企业“在更高位阶所整合的生产要素,进而陷入明显的工具化”;^⑧加之专职平台工作者占比较高,职业化趋势加剧,面对平台工作者的“物化”风险,其就业质量的提升尤为紧迫。

由此可见,对新经济发展有决定意义的不是用工成本高低问题,而是用工成本的效益高低问题;而判断用工成本效益高低的着眼点,对前一边市场而言,不在于用工成本的利润率,而在于用工成本与所获海量信息数据的比率;并且,判断用工成本效益高低的视角,不能只局限于前一边市场,而应当放宽到“双边市场”,尤其是前一边市场对后一边市场的基础作用。所以,在理念上应当由纠结于用工成本的高低转向着力于如何提高用工成本的效益,并基于这种理念来认识提高网约劳动者就业质量与新经济发展之间“一个硬币两个面”的关系,以及提高网约劳动者就业质量对新经济发展的关键性促进作用。

(二)劳动力市场灵活性与安全性、公平性和竞争性的关系

劳动力市场灵活化本来就是市场化劳动制度改革以来的总趋势,新经济只不过是劳动力市场进一步灵活化的新契机。然而,劳动力市场灵活性应当与劳动力市场的其他属性和功能(如安全性、公平性和竞争性)相协调,损害安全性、公平性或竞争性的灵活性,则为不正当的灵活性。正当的灵活性才可从宽规制,而对不正当的灵活性则应当从严规制。

新经济下的灵活用工作为后工业社会因素的体现,契合于平台经济的商业逻辑,既大幅度增加了就业岗位,缓解了当前实体经济下行的就业压力,又简化了平台企业的招工程序,便利了劳动力供需双方的直接对接,提高了人力资源配置效率,且其较高的职业自由度更加契合年轻劳动者群体的择业需求,较低的职业门槛则为职业技能相对不足的农民工群体提供了就业和创业的可能。通过激活行业竞争和服务类型多样化、服务提供便利化,消费者福利得以增进。基于这种正当性,面对其开放的职场空间、便利的岗位选择、自由的工时安排、自主的工资机制等新变化,应当宽容对待、从宽规制,以保障平台企业的发展活力。例如,不必将典型劳动关系的用工规则适用于平台企业,而应当尊重和确认平台企业灵活用工机制的创新。

与此同时,平台工作者中的农民工群体,其就业问题不仅仍然存续,而且还在一定意义上有所加重。一方面,其“短工化”趋势更为强劲,甚至升级到“零工化”,无劳动合同、无社会保险、劳动基准缺失、解雇保护缺位;另一方面,仍然多处于“双重体制外”状态,相对于平台企业,其外围劳动者特征更为突出;相对于所在城市,其非市民问题仍然严重。尤其是当下平台工作者中新生代农民工占大多数,^⑨而新生代农民工较之第一

^⑤ See Valerio de Stefano, Labor Is Not a Technology—Reasserting The Declaration of Philadelphia in Times of Platform—Work And Gig—Economy, IUSI Labor 2(2017).

^⑥ See Lydia De Pillis, Why Homejoy's Collapse Is Not a Harbinger of Doom for the On—Demand Economy, WASH. POST, July 17 2015, <http://www.washingtonpost.com/news/wonkblog/wp/2015/07/17/why-homejoy-collapse-is-not-a-harbinger-for-the-on-demand-economy/>, last visit on May. 20, 2018.

^⑦ 同前注^⑤, Valerio de Stefano 文。

^⑧ 参见粟瑜、王全兴:《我国灵活就业中自治性劳动的法律保护》,载《东南学术》2016年3期。

^⑨ 新生代农民工,是指20世纪80年代以后出生的、已经年满16周岁以上的青年农民工,其总数已超过1亿人。上海市网约工群体中,35岁以下占比73.47%。参见国务院发展研究中心课题组:《农民工市民化进程的总体态势与战略取向》,载《改革》2011年第5期。

代农民工而言,其更具融入城市和追求平等权益的欲望与追求,^①但过度灵活的工作岗位及人力资源开发机制的缺位又极大制约其职业能力的提升,影响其身份转化的完成。可见,平台经济中劳动力市场进一步灵活化所带来的不安全问题和不公平问题,较之传统经济下更为突出和紧迫。

再从劳动力市场的竞争性看,实体经济下行和去过剩产能背景下的线下人力资源供给相对宽裕只是阶段性现象,人口数量红利渐将消失背景下的人力资源竞争将会日趋激烈,平台企业“用工荒”问题当下已局部性和阶段性出现。而平台企业的线上用工实践中,直播平台企业尽管多不愿承认与“主播”有劳动关系,却普遍要求其竞业限制,这表明人力资源激烈竞争的序幕已经拉开。人力资源并非海量且闲置,而是稀缺且有限,这恰是平台企业竞争中的核心资源。^②而劳动力市场进一步灵活化,尤其是“短工化”和“零工化”,会减弱企业人力资本投入的积极性,必将加剧劳动力市场供求的结构性失衡,灵活性与竞争性的冲突由此更加凸显。

可见,新经济下的灵活用工规制,应当兼顾劳动力市场灵活性与安全性、公平性和竞争性的要求,对从宽规制与从严规制作出结构性安排。例如,针对不同类型灵活用工形式的灵活度差异,或者作为非典型劳动关系,或者作为民事雇用关系,或者作为准从属性劳务关系,实行规制力度不同的分层分类规制;根据平台企业和网约劳动者双方各自不同的目标偏好和现实问题,如平台企业的灵活性和竞争性偏好,网约劳动者的安全性和公平性偏好,作出差异性兼与兼容性结合的规制安排;对于平台企业的线上灵活用工和线下灵活用工,根据其岗位需求、劳动者素质等因素的不同,实行不同的规制策略。

灵活安全的劳动力市场是世界各国共同追求的目标,其保护重点应当由保护工作岗位转向保护劳动者自身。^③平台经济中的灵活用工规制,不宜只从劳动关系的维度入手,而应当从多个维度切入,做到就业保护和社会保护并重。即是说,劳动关系认定的从宽或从严,劳动合同制度自治空间的扩大或缩小,固然与劳动力市场灵活性直接相关,但劳动力市场安全性、公平性和竞争性政策取向的实现,更需要从就业促进、人力资源开发和管理、工会保护、劳动条件基准、社会保险等维度协同着力。

四、我国新经济下灵活用工规制的劳动者保护路径选择

新经济下灵活用工规制中对网约劳动者权益的保护,主要有两条路径:其一是劳动关系保护路径,即在“有劳动关系则倾斜保护、无劳动关系则不倾斜保护”的现行制度框架中,将符合一定条件的灵活用工认定为非典型劳动关系,纳入劳动法的保护范围;其二是社会保护路径,即不论有无劳动关系,均根据经济和社会政策目标的需要,按网约劳动者的不同类型及其保护需求,配置相应的社会保护手段。此路径尽管现行制度条件不完全具备,但在现阶段不乏探索保护措施的实践。

(一)劳动关系保护路径的难点和破解思路

尽管现行制度框架有保护范围偏窄与保护手段“一刀切”配置互为因果的缺陷,但在现阶段,探索非典型劳动关系认定标准以适度扩宽劳动法保护范围,并谨慎选择劳动法保护手段,仍有其现实可行性。劳动仲裁和司法实践中的难点和应对思路,主要在于:

1. 如何判断当事人对是否为劳动关系的合意选择

现行政策表明,新经济下的灵活用工是否采用劳动关系用工形式,由平台企业与网约劳动者合意选择。^④而现实中,当事人双方多在合同中约定为“合作关系”或不构成劳动关系/雇用关系,这就带来可否依据当事人的这种约定来认定劳动关系存在与否的问题。对此需要明确:

第一,认定合意选择的依据。实践中当事人双方关于法律关系属性,类型的合意选择有三个层次:一是

^① 参见郑功成、黄黎若莲等:《中国农民工问题与社会保护》,人民出版社2007年版,第15页。

^② 参见吴清军、杨伟国:《共享经济与平台人力资本管理体系——对劳动力资源与平台工作的再认识》,载《中国人力资源开发》2018年第6期。

^③ 参见张车伟:《中国经济增长与灵活就业:构建灵活安全的劳动力市场》,载《中国工业经济》2009年第1期。

^④ 参见国务院《关于大力发展电子商务加快培育经济新动力的意见》,国发〔2015〕24号,2015年5月7日,第10条;交通运输部等《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》,交通运输部等(2016)60号令,第18条。

合同名称,多称为“合作协议”;二是合同条款,协议中多设专门条款约定不属于劳动关系/雇佣关系,但有的条款体现劳动关系的某种要素;三是运作事实,可能存在体现劳动关系要素的事实。当这三个层次的合意选择不一致时,尤其合同名称、合同条款与运作事实不一致时,当然不宜依据合同名称、合同条款来判断,而应当依据有无体现劳动关系要素的运作事实来判断。这三个层次中,对于合同属性判断的意义,合同条款的合意优于合同名称的合意,运作事实的合意优于合同名称、合同条款的合意。这也是为国际劳工组织(ILO)第198号《关于雇佣关系的建议书》所确立且为许多国家立法和司法所肯定的关于劳动关系认定的“事实第一原则”。^⑤

第二,“合作关系”的确定性问题。所谓“合作关系”,在我国合同法中,对合同类别判断不具有确定性。一方面,依现行立法,“合作关系”不是一个有名合同意义上的法律概念,没有明确的法律属性,在此意义上,“合作关系”什么都不是。另一方面,在合同法理论上,任何合同关系(包括劳动合同)都具有合作性,都可以说是合作关系,在此意义上,“合作关系”什么都是。所以,所谓“合作关系”可以分别与劳动关系、承揽关系、委托关系等并存,而不相互排斥。尽管当事人双方或一方认为是“合作关系”,仍可认定其是劳动关系、承揽关系或委托关系等,而不能仅凭被贴上“合作关系”标签而否定其是劳动关系。

2.如何构建非典型劳动关系认定的指标系列

非典型劳动关系作为与典型劳动关系相对的概念和现象,需要以典型劳动关系为参照进行判断。即是说,非典型劳动关系虽然不完全具备典型劳动关系的要素,但具备典型劳动关系的部分要素。而典型劳动关系的认定标准通常有法定标准和理论标准两种。我国现阶段,尽管无严格意义上的法定标准,实践中一般以《关于确立劳动关系有关事项的通知》第一条的规定充当法定的典型劳动关系认定标准;^⑥至于理论上的典型劳动关系认定标准,尽管尚有争论,但也有基本共识(如从属性劳动等)。从法定标准和理论标准两个维度进行参照比较,可以得出非典型劳动关系认定标准的两种思路,如下表1和表2所示:

表 1

典型劳动关系法定标准			非典型劳动关系标准
招聘劳动者			招聘劳动者
同时具备	法定主体资格		▲未必同时具备三要素 ▲在一定程度上具备三要素
	组织从属性	用人单位管理的有酬劳动	
		劳动构成用人单位业务组成部分	

在表1所示以法定标准为参照的思路中,三种要素的各自弹性空间即“法定主体资格”<“用人单位管理的有酬劳动”<“用人单位的业务组成部分”,如果不要求三种要素同时具备,而仅要求具备法定主体资格和劳动构成用人单位业务组成部分,非典型劳动关系认定就有较大空间;若虽然要求同时具备三种要素,但对法定主体资格和用人单位管理仅要求在一定程度上具备,非典型劳动关系认定也有一定空间。

^⑤ ILO第198号《关于雇佣关系的建议书》第9条中规定,“就保护雇佣关系中的劳动者的国家政策而言,确定此种关系的存在,应主要以与劳动者从事劳务并获得报酬相关的事实作指导,而不论在各方当事人之间可能商定的任何契约性或其它性质的相反安排中的关系特点”。该原则在英美法系和大陆法系都被采用,在有的国家还被视为合同法的一般性原则(如保加利亚、意大利)。See ILO, The Employment Relationship, Report V(1), Geneva(2005), http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2005/105B09_8_engl.pdf, pp.25-27.

^⑥ 人社部《关于确立劳动关系有关事项的通知》(人社部发[2005]12号,2005年5月25日)指出:“一、用人单位招聘劳动者未订立书面劳动合同,但同时具备下列情形的,劳动关系成立。(一)用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格;(二)用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者,劳动者受用人单位的劳动管理,从事用人单位安排的有报酬的劳动;(三)劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。”关于该条规定属于典型劳动关系认定标准的论述,参见王全兴、王茜:《我国“网约工”的劳动关系认定及权益保护》,载《法学》2018年第4期。

表 2

典型劳动关系理论标准	非典型劳动关系标准(网约劳动为例)	
本人劳动力与他人生产资料(劳动条件)结合,且生产资料(劳动条件)强势于劳动力	本人劳动力与本人和他人的生产资料(劳动条件)结合,且他人生产资料(劳动条件)强势于本人生产资料(劳动条件)	左列要素之有或无、强或弱,决定着是否为非典型劳动关系
组织从属性	部分组织从属性	
内部经济从属性	外部经济从属性	
连续性	连续性	
利他性(雇主从他人劳动中得利)	利他性(平台企业从网约劳动中得利)	

在表 2 所示以理论标准为参照的思路中,他人生产资料(劳动条件)强势于本人生产资料(劳动条件)、部分组织从属性、外部经济从属性、连续性和利他性等要素之有或无、强或弱,决定着是否认定为非典型劳动关系,其中也有较大空间。

上述两种思路都面临着如何将非典型劳动关系认定标准细化为具体指标系列的问题。对此,已有境外经验可供借鉴。例如,2006 年 ILO 第 198 号《关于雇佣关系的建议书》中,就劳动关系认定提出 13 项因素,^⑦这为 2013 年欧盟《欧洲劳动关系规则:198 号建议书指引》所吸收,并进一步细化规定为 17 项因素;^⑧美国加州最高法院 1989 年确认的 Borello 测试规则,提出劳动关系认定的 11 项考量因素,^⑨这对美国后续司法实践影响较大,且在近年发生的 Uber 司机诉讼中所援引;^⑩日本劳动基准法研究会 1985 年《关于劳动基准法的“劳动者”判断基准》提出“劳动者性质”的 8 项判定要素,^⑪已成为通说。受此启示,我国裁判实践需要以上述非典型劳动关系认定标准为框架,借鉴境外既有规则并从各地个案素材中提炼和梳理出具体指标系列。

关于组织从属性,可考虑的指标包括:是否需要以用工方名义对外开展业务;工作是否构成用工方日常业务的一部分;工作与用工方业务之间有无专属性或专属性程度的差异;工作是否必须由劳动者亲自完成;工作是否需要劳动者有特殊技能;工作是否通常需要用工方或者专家进行指导;工作是否需身着特定工服和工牌;可否拒绝接受工作指派和调度;若拒绝接受工作指派和调度有无来自用工方的不利影响;是否存在出勤考核(工时管理);是否要求劳动者随叫随到;服务内容有无标准化要求;是否存在独家合作或竞业限制约定;用工方是否享有一定的管理和惩戒权限;是否存在招录考核和入职培训等等。

关于经济从属性,可考虑的指标包括:是否直接从用工方受领报酬;报酬直接受领于消费者,但计酬规则和付酬方式是否由用工方决定;报酬与劳动有无对价性;计酬方式是否基于工作时间、工作内容;报酬多寡是否取决于劳动技能;报酬是否构成唯一或主要生活来源;用工方是否有权单方决定和调整服务价格;劳动成果的市场风险是否由用工方承担;是专职还是兼职工作;客户是否主要来自用工方安排或信息供给等等。

关于连续性,可考虑的指标包括:约定的工作(合作)期限和期限延续方式;实际工作具有一定的持续时间并有某种连续性;当事人双方对工作存续期间的预期等等。

关于利他性,强调的是劳动者的有酬劳动是为雇主利益而实施。故 ILO 第 198 号《关于雇佣关系的建

^⑦ 参见国际劳工组织第 198 号建议书《关于雇佣关系的建议书》第 13 条。

^⑧ See Regulation the Employment Relationship in Europe: A guide to Recommendation No. 198, http://www.ilo.org/ifpdial/information-resources/publications/WCMS_209280/lang-en/index.htm, last visit on May.20,2018.

^⑨ See Independent Contractor versus Employee, http://www.dir.ca.gov/dlse/FAQ_IndependentContractor.htm, last visit on May. 20, 2018.

^⑩ See DOUGLAS O'CONNOR, et al. v. UBER TECHNOLOGIES, INC. No. C-13-3826 EMC, Document 251.

^⑪ 参见田思路、贾秀芬:《契约劳动的研究——日本的理论与实践》,法律出版社 2007 年版,第 82-83 页。

议书》所列因素中包括“工作系完全或主要为对方的利益”,而实际上,当具备组织从属性时,利他性也同时具备。只不过在网约劳动中,需要从平台经济的“双边市场”的经营结构来理解利他性因素。

除上述因素外,指标系列在整体上应具有开放性。如《欧洲劳动关系规则:198号建议书指引》规定的最后一项为“其他因素”;1989年美国加州最高法院“Borello规则”规定的最后一项因素是“各方是否相信他们之间存在雇用关系”。在我国,消费者对网约服务(如乘客对网约车)的认知也应成为重要的参考因素。

上述指标系列中,没有任何一项指标因素能够起到决定性作用,甚至不同指标间可能有相互矛盾的指向。试图寻求统一结论将是一项“危险的努力”,应赋予法院和行政机构以决策权衡空间,根据立法目的和价值判断确立优先考察因素。^②各项具体指标体现劳动关系要素的程度不尽相同,需根据各自对劳动关系认定的意义大小分别设定相应的分值或权重,以便于按照不同个案的特殊需要选择相应的指标,进行综合判断。

3. 如何选择劳动法的保护手段

既然是非典型劳动关系,其特殊性决定了未必可适用典型劳动关系的各种保护手段,境外劳动法保护手段分层分类配置与保护范围扩宽相匹配的启示,也在于此。然而,在我国劳动法保护手段“一刀切”配置与保护范围偏窄互为因果的现行模式下,非典型劳动关系认定适度从宽的正当性,需要以谨慎选择保护手段作支撑,这就加大了裁判实践的难度。

其实,司法实践对此已有探索。例如,“好厨师”案件的突出亮点就在于,认定劳动关系的同时还选择适当的保护手段,即仅支持违法解雇赔偿的诉求,而对未签订书面劳动合同二倍工资责任、加班费、安排年休假和社会保险费等诉求都未支持;在闪送员李某诉同城必应科技有限公司案件中,^③认定劳动关系所支持的仅限于交通事故的工伤赔偿责任。以传统经济下非典型劳动关系为对象的案例中,也不乏谨慎选择保护手段的探索。^④

实践也表明,现行劳动立法对保护手段的分层分类配置尽管不足,但对裁判者仍不失对非典型劳动关系个案可选择保护手段的空间。《劳动法》和《劳动合同法》等立法文本虽然对本法适用范围只作出整体性规定,但并不意味着同一文本或制度中各个法条或法律规范的适用范围都相同。这是因为,与法律规范的完整逻辑结构即“假定条件+行为模式+法律后果”对应的是整个法律体系而非某项法律文本或法律制度,即是说,同一项法律规范的“假定条件+行为模式+法律后果”未必见之于同一项法律文本或法律制度。于是,虽然各个法条或法律规范所规定的权利义务亦即行为模式或法律后果,都有相应的假定条件,但其假定条件既可能由本法明确规定,也可能由他法明确规定,还可能法无明文规定而由裁判者裁量判断;并且,即使在同一法律文本或法律制度中,不同法条或法律规范的假定条件也不尽相同。这样,裁判者对各个法条或法律规范所规定的权利义务,可根据对其假定条件的判断来确定其不尽相同的适用范围。在非典型劳动关系个案中对保护手段的选择亦如此。既然是非典型劳动关系,适用于典型劳动关系的保护手段就未必能完全适用于非典型劳动关系个案,关键是看个案中有无与特定保护手段对应的假定条件,有者则可适用,无者则不适用。例如,平台企业与劳动者多签订合作协议,尽管未明确是劳动合同,而双方权利义务已有约定,故即使认定为劳动关系,也不宜适用未订立书面劳动合同的二倍工资责任。又如,工作时间灵活且由劳动者自主安排是网约劳动的本来特征,故即使认定为劳动关系,也不宜适用最高工时基准和加班基准。再如,准入方便、退出自由是平台企业用工的优势,故即使认定为劳动关系,也不宜适用无固定期限劳动合同的规制手段。

可见,现行劳动立法对各种保护手段的适用范围虽然未做典型劳动关系与非典型劳动关系的区分,而裁判实践中不必将各种保护手段都不加选择地适用于非典型劳动关系。即是说,现行劳动立法在保护手段配置上虽然存在“一刀切”的不足,但对裁判者只加重了选择适用保护手段的难度,而未排除保护手段选择适用的空间。法治语境下裁判者对立法缺陷的应有担当,是尽可能缩小、弥补,而不是放任、放大,故不宜以立法

^② 参见[美]赛斯·D·哈瑞斯:《美国“零工经济”中的从业者、保障和福利》,载《环球法律评论》2018年第4期。

^③ 黄晓宇:《闪送员起诉确认劳动关系获支持》,载《北京晨报》2018年6月7日第A11版。

^④ 参见广东省深圳市中级人民法院民事判决书(2017)粤03民终字第6905号;北京市海淀区人民法院民事判决书(2017)京0108民初字第19111号等。

“一刀切”之不足为借口,从严甚至拒绝认定非典型劳动关系,将本应纳入劳动法范围的对象排斥在外。

(二) 社会保护路径的重点举措

在劳动关系保护路径仍然作用受限的现阶段,需要从社会保护路径探索举措,给劳动关系保护路径弥补不足和减轻负担。以网约劳动者(尤其农民工群体)为对象的社会保护,重点在于:

1. 加强社会保险权益的保护

网约劳动者社会保险权益实现的关键,是社会保险突破劳动关系界限,充分覆盖包括农民工群体在内的灵活就业者群体。《社会保险法》虽然实现了这一突破,农民工参与社会保险已于法有据,但仍存在诸多制度性障碍。扩大社会保险覆盖范围、形成职业风险有效防范和化解机制已成为日趋紧迫的集体性诉求。^⑥

对此,下述要点值得重视:其一,险种选择。基于现实紧迫性和可行性考虑,将网约劳动者作为灵活就业者纳入社会保险覆盖范围,不宜各险种同步并进,而应优先实行工伤保险,其后逐步推行医疗保险和养老保险。其二,制度定位。依现行社会保险体系,灵活就业者社会保险面临着是归入职工社会保险或居民社会保险,还是独立构建的选择。鉴于现行职工基本养老、医疗保险与居民基本养老、医疗保险的保障水平有较大差距,加之网约劳动者多是新生代农民工,故应归入职工基本养老、医疗保险。而工伤保险在现行立法中仅限于职工工伤保险,地方试点中,灵活就业者工伤保险有的归入职工工伤保险(如南通市),有的独立构建(如太仓市)。从保障能力和可持续性考虑,应归入职工工伤保险。同时,鉴于“职工”仍是劳动关系中的概念,而网约劳动者未必都有劳动关系,故“职工社会保险”应当转向“劳动者社会保险”。其三,强制与激励结合。现行立法中,对灵活就业者仅要求其“可以参加”职工基本养老保险和医疗保险,而实际参保率很低。至于灵活就业者工伤保险,现行立法尚无规定,地方试点也限于自愿参保。^⑦ 基于社会保险的社会安全目的和公法属性,以及调动灵活就业者参保意愿的考虑,应在实行强制参保的同时,采取社会保险费补贴等激励参保措施。地方试点中已有重视激励参保的实例,如《太仓市灵活就业人员职业伤害保险暂行办法》规定,灵活就业人员参加本市职工或居民的养老保险和医疗保险,并正常缴纳社会保险费的,均可参加灵活就业人员职业伤害保险;职业伤害保险基金根据以支定收、收支平衡的原则筹资,列入社会保险补贴范围,参保人员个人不承担缴费;职业伤害保险基金不足支付时,由市财政承担。其四,特别法规则。灵活就业者社会保险虽然归入职工社会保险,但职工社会保险的规则未必都能适用于灵活就业者,而网约劳动者是就业灵活性更强的群体,这就需要针对其流动性较强、以农民工群体为主等特征设计必要的特别法规则。例如,鉴于农民工群体参保积极性不高,需要做好农民工社会保险跨地区转移接续工作,积极探索同农村养老保险和农村合作医疗保险的有效衔接机制,还需坚持“统筹账户不截留”原则,为社会保险关系跨地区转移、险种间转换打通渠道;基于其流动性较强,已经工作较长时间(如半年以上)的劳动者方可要求平台企业为其缴纳社会保险。企业缴费应直接纳入社会统筹基金,而非劳动者个人账户,并通过统筹层次的逐步提升而覆盖劳动者的流动空间,以此彰显社会保险的共济性及其基金运作的高效性。平台企业还需发挥枢纽作用,做好社保关系代办和社保费用代收代缴工作;鉴于平台用工在工作场所、工作时间内高度灵活,工伤认定条件应弱化工作场所、工作时间的意义而突出职务或业务行为的意义,且应由网约劳动者自行申报工伤认定而不必以劳动关系认定为前提;网约劳动者同时兼有经营者身份,其工伤保险费可考虑由平台企业与劳动者按比例分担。其五,以商业人身伤害保险为补充。在对网约劳动者未实行工伤保险的现阶段,有的平台企业要求其自行购买人身意外伤害保险和机动车第三者责任保险。这有其积极意义,但不能作为对工伤保险的替代,而只能作为工伤保险的补充,并且应在税收政策上给予支持,如将这种保费列入个人所得税应税所得额的税前扣除。^⑧

2. 加强工会组织的保护

^⑥ 上海市网约劳动者群体最希望得到的帮助是社会保障,占比达46.64%。参见前注③,马景红调查报告。

^⑦ 参见《太仓市灵活就业人员职业伤害保险暂行办法》(2014年)第5条;《南通市灵活就业人员工作伤害保险暂行办法》(2015年)第2条。

^⑧ 财政部等:《关于将商业健康保险个人所得税试点政策推广到全国范围实施的通知》,财税(2017年)39号,2017年4月28日。

调研结果显示,网约劳动者加入工会组织的意愿较强,渴望通过集体的力量争取更多合法权益。^⑧然而,网约劳动者分散程度高,农民工群体团结难度大,其多不属于工会会员。加强工会组织的保护力度,主要着力点在于:第一,开拓网约劳动者加入工会组织的通道。一方面,对现行立法关于工会会员资格的规定^⑨作扩大解释,将会员资格与劳动关系相对脱钩,并且将作为会员资格要件的“以工资收入为主要生活来源”扩大到“工资”以外的灵活就业者劳动收入,为网约劳动者入会提供法律依据。这在国外已有先例,如美国西雅图市议会 2015 年 12 月通过法案,允许网约车司机组建工会,尽管其可能被认定为独立承包人而非劳动者;^⑩德国工会 IG Metall 亦创建 Fair Crowd Work,与 Turkooption 合作,为增强 Amazon Mechanical Turk 工人的组织化程度而共同努力;^⑪意大利、英国、奥地利、印度及一些非洲国家,平台工作者已经加入工会。^⑫另一方面,利用互联网技术,便利农民工群体办理入会手续,如上海市总工会“申工社”APP 上线后,网约劳动者申请入会极为便捷。^⑬第二,创新工会的基层组织形式,由单一模式向多元模式拓展,由单个企业向行业、社区、市场拓展。如美国的全国家政工人联盟、餐厅工人联盟、出租车工人联盟以及其他类似的团体,是在工会的传统组织形式之外增强劳动者组织化程度的劳工替代团体(alt-labor)。^⑭我国已有在单位工会之外创建社会化基层工会的实践,如区域性、行业性或平台性工会组织,按照灵活就业者所属行业类型或区域范围,吸收未能加入单位工会的灵活就业者成为会员。如浙江省的车马象联合会、重庆市的沙师弟货车司机(网络)工会,其会员主要为货运物流司机群体。第三,落实工会的经费保障。鉴于社会化基层工会不像单位工会那样由用人单位提供经费作保障,且会员会费收缴较之单位工会也有困难,故应当在会员缴费之外开辟新的工会经费来源。例如,上级工会经费补助、地方财政补贴等,应当在立法或政策中明确规定。部分地区已有关于“两非一无”人员(即非正规就业、非标准劳动关系和无单独建立工会人员)提供入会补贴的政策。^⑮第四,注重工会维权、服务的开放性。由于社会化基层工会的会员发展和组织发展还处在初步阶段,故其维权和服务的对象范围应当具有开放性,只要是所在区域、行业或平台系统的灵活就业者,即使还未成为会员,也应当纳入维权、服务职能的覆盖范围。职能覆盖先于组织覆盖,以维权、服务活动提高其社会公信力和组织凝聚力,促进会员发展和组织发展。第五,创新集体协商方式。平台经济的发展塑造了扁平结构、去权威化、双向互动的新型管理理念,劳资对立的集体劳动关系向劳资融合的共生性劳动关系转变,^⑯由此需要通过集体协商方式的创新增强劳资双方的深度理解与持续协作。一方面,需充分发挥平台功能,由政府主导型协商转向政府指导下的平台自治型协商;另一方面,需拓展集体协商形式,在正式场合的集体协商之外逐步形成日常生活中的非正式协商,通过即时通讯手段,充分而有序地表达网约劳动者的利益诉求。

3. 加强平台企业的社会治理责任

关于平台企业是否属于用人单位的问题,尽管一直有争论,但要求其对网约劳动者承担一定保护义务,已为政策所肯定。之所以如此,是因为对平台企业除了可从劳动关系/用工关系维度确定其用工主体和得利主体地位外,还需要从社会治理维度确定其角色。即是说,在平台经济中,平台企业作为组织生产要素的社

^⑧ 调研表明,上海市网约工群体中,非会员网约工愿意加入工会的占 58.78%,希望所在的网络平台企业成立工会的占 64.38%。参见前注^③,马景红调研报告。

^⑨ 参见《中华人民共和国工会法》(2009 年修正)第 3 条;《中国工会章程》(2013 年)第 1 条。

^⑩ See Nick Wingfield & Mike Isaac, Seattle Will Allow Uber and Lyft Drivers to Form Unions, N.Y. TIMES, December, 14, 2015, <http://www.nytimes.com/2015/12/15/technology/seattle-clears-the-way-for-uberdrivers-to-form-a-union.html>, last visit on May.20, 2018.

^⑪ See Turkooption, <https://turkooption.ucsd.edu/>; Fair Crowd Work, <http://www.faircrowdwork.org/enlwatch>, last visit on May. 20, 2018.

^⑫ See Aloisi, A., De Stefano, V., App contro app, così i precari sfidano i padroni della gig-economy, in Pagina 99, 3 Marzo(2017).

^⑬ 参见徐晗:《上海市总工会“申工社”APP 正式上线》,载《劳动报》2016 年 4 月 29 日第 2 版。

^⑭ See Michael C. Duff, Alt-Labor, Secondary Boycotts, and Toward a Labor Organization Bargain, 63 CATH. U. L. REv. 837, 838(2016).

^⑮ 参见戚灵莉:《“两非一无”人员的福利来了》,载《闵行报》2017 年 12 月 1 日 B03 版。

^⑯ 参见杨文华、何翘楚:《平台经济业态下集体劳动关系的生成及治理》,载《改革与战略》2018 年第 1 期。

会化平台,其所贯通的线下实体社会空间与线上虚拟社会空间,其所经营的获取和开发利用海量信息数据的双边市场,都面向广泛的空间范围和不特定的相对人,故其灵活用工无论是否为劳动关系,都具有极强的外部性。因此,平台企业在逐步取代传统企业为农民工群体提供就业岗位之际,亦需同时承担传统企业作为社会公民所肩负的社会稳定、公共秩序、文化建设等职能,在追求自身利润之外兼顾劳动者和消费者等相关群体的利益,担负作为社会治理者应有的社会责任,而保护网约劳动者权益就是其题中应有之义。这就要求,平台企业应当将网约劳动者权益保护列入其社会责任目标体系,落实于具体的平台治理规则和治理手段;平台企业所属监管部门和行业协会,应当将网约劳动者权益保护纳入其制定的平台服务标准,作为其评估考核、检查监督的必要内容。

强调平台企业作为社会治理者的角色和责任,不仅具有必要性,而且还具有已为实践所证实的可行性。例如,“滴滴出行”平台从“驾驶时长、车速、加速、转弯、刹车”五个维度监测司机驾驶行为,^⑤既是对司机职业安全的保护,更是对公共交通秩序的治理。又如,Airbnb、Task Rabbit、Lyft等平台企业对依托其信息服务的从业者建立信用评级和行为监督机制,尤其是入职前调查其社会背景和犯罪记录,入职后建立其诚信档案和信誉清单,不仅为消费者的理性选择提供参考,而且使陌生人之间建立信任关系成为可能。^⑥这不仅有益于社会秩序,而且有助于从业者在同业竞争中持续获益。再如,平台企业大多自发形成多元收入分配机制,除计件报酬外,还包括交易分成、广告分成、打赏、平台补贴等形式。其探索者如北京市某网约车平台企业,在基本收入之外向司机提供了普通翻倍奖、高峰小时保底奖、优秀司机额外翻倍奖、金牌服务奖、新司机首周奖等奖励。^⑦其中将消费者评价等社会因素直接纳入收入分配机制,也不失为社会治理的一种方式。还如,在机动车交通事故责任案件中法院通常认定网约代驾司机属于履行职务行为,应由平台企业承担赔偿责任;^⑧或者认定代驾司机与平台企业之间存在管理与被管理的关系,平台企业需承担连带责任。^⑨这类判例试图建立平台企业有条件地承担连带赔偿责任的机制,其优势在于:一方面,降低了侵权案件中劳动者的赔偿负担,加之平台企业经济实力较强,受害人可以获得充分赔偿;另一方面,有利于提高平台企业监督管理劳动过程的积极性和责任感,进而有利于交通安全等公共利益维护。

Abstract: Compared with flexible employment in our traditional economy and that in the developed countries, China's flexible employment in the new economy has many different characteristics. The main dilemma is the continuation and aggravation of migrant workers' problem, which poses new challenges to the traditional regulatory model of labor law. Therefore, the legal regulations should meet both needs of developing the new economy and solving the migrant workers' problems, and coordinate the relationship between boosting the new economic development and improving the quality of employment, as well as the relationship between labor market's flexibility and security, fairness and competitiveness. In order to protect the rights and interests of the online on-demand workers, we should take not only the labor relationship protection model, but also the social protection model.

Key Words: New Economy; Flexible Employment; Online on-demand Workers; Social Protection

(责任编辑:李安安)

^⑤ 国家信息中心分享经济研究中心课题组:《共享经济:从起步期向成长期加速转型》,载《光明日报》2018年3月29日第15版。

^⑥ See Orly Lobel, The Law of the Platform 8-9 (Univ. of San Diego Sch. of Law Legal Studies Research Paper No. 16-212, 2016), http://digital.sandiego.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=law_face_works, last visit on May, 20, 2018.

^⑦ 参见吴清军、李贞:《分享经济下的劳动控制与工作自主性——关于网约车司机工作的混合研究》,载《社会学研究》2018年第4期。

^⑧ 参见上海市浦东新区人民法院民事判决书(2014)浦民一初字第37776号、北京市东城区人民法院民事判决书(2014)东民初字第00352号、北京市东城区人民法院民事判决书(2014)东民初字第00353号;北京市第二中级人民法院民事判决书(2014)二中民终字第07157号。

^⑨ 参见北京市第三中级人民法院民事判决书(2015)三中民终字第04810号。