

# 法政策学视阈下“不完全劳动关系”性质辨思

吴勇

**摘要：**《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》作为法政策性规范，首次提出“不完全劳动关系”概念，是对新就业形态迅猛发展和相关配套法规滞后的回应，以期实现保障平台众包从业者合法权益之价值。以从属性理论为解释进路，对“框架协议”“单次接单行为”和“持续接单行为”的内在法律机理进行逐一探析。澄清被误读的事实优先原则；进而论证正常激励机制难以成为劳动义务来源；并强调须结合个案优先甄别隐蔽劳动关系；最终证立不完全劳动关系的特殊民事劳务关系属性。未来立法应遵循“民法做加法”的规制逻辑，矫正平台众包用工法律适用非此即彼的单向思维，在私法自治基础上探索劳动权利的具体化拓展适用。当前需回应平台众包从业者最迫切诉求，引入工资工时劳动基准、完善行业集体协商机制和构建专属职业伤害保险制度，循序渐进地健全现代化的权利保障体系。

**关键词：**法政策学；不完全劳动关系；从属性；众包；劳动权利

**中图分类号：**D923 **文献标识码：**A **文章编号：**1000—8691（2023）05—0065—09

近年来，伴随“互联网+”的兴起，中国平台经济蓬勃发展，处于国际领先地位。数据显示，目前共享经济服务提供者约为8400万人，其中平台劳务提供者约为631万人，有效地缓解了整体就业市场的压力。<sup>①</sup>与此同时，新就业形态（以下简称“新业态”）下大量平台劳务提供者游离于劳动法保护之外。有鉴于此，2021年7月，人力资源和社会保障部等八部门联合印发《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《指导意见》），其中第2条初步将平台用工关系分为三类，即劳动关系、不完全符合确立劳动关系情形（以下简称“不完全劳动关系”）和普通民事法律关系，以纾解平台劳务提供者身份认定模糊和权益保障不足之困境，促进平台经济健康有序发展。《指导意见》从法政策层面首次提出不完全劳动关系概念，颇具探索性。本文拟选取具有代表性的平台众包骑手为分析样本，阐述对不完全劳动关系的一些辩证性思考。

## 一、价值证成：保障平台众包从业者的合法权益

对于何为《指导意见》中的新业态，法律上并没有严格的定义。普遍认为其涵摄范围十分宽泛，是

**基金项目：**本文是江苏省社会科学基金项目“互联网平台用工法律关系分类调整研究”（项目号：22FXB003）的阶段性成果。

**作者简介：**吴勇，男，法学博士，南京师范大学法学院讲师，主要从事劳动和社会保障法研究。

<sup>①</sup> 数据源自国家信息中心分享经济研究中心发布的《中国共享经济发展报告（2021）》。

各类依托互联网平台就业形态的总称。<sup>①</sup>新业态下的不完全劳动关系主要是指“众包”(Crowdsourcing)这一典型用工关系。<sup>②</sup>作为劳务交易组织方的平台,发布一系列独立的工作任务并附有相应报酬,通过技术手段推送至不特定众包从业者,后者可以自主选择是否完成,平台则对任务完成结果进行考核。通过众包,平台将本应由内部员工承担的工作,外包给社会大众协作加以完成,促进了生产效率的提高和生产空间的扩张。从法律关系角度而言,任务化的众包用工对传统劳动关系理论产生冲击,具有真正的创新意义。而其他用工形态,如外卖平台的“专送”模式,往往只是披着互联网面纱,平台或合作企业与骑手之间仍是传统劳动关系,故不属于本文研究范畴。<sup>③</sup>

平台用工劳动争议也多集中于众包模式。一方面,众包从业者一定程度上受平台算法规则控制,具备传统劳动者从属性的特征;另一方面,众包从业者又享有较大的自主权,尤其是工作时间的自主性,具备民事劳务提供者独立性的特征。他们的法律身份究竟如何界定,应当适用劳动法还是民法进行规制,学界对此存在意见分歧。<sup>④</sup>在实践中,裁审机关的认定结果在传统劳动者和民事劳务提供者之间摇摆,同案不同判现象并不罕见,无法达到定分止争的效果,有损司法权威。<sup>⑤</sup>无论如何选择,在现有法教义学理论下,劳动法与民法之间存在着彼此对立的藩篱,平台众包从业者权益保障面临“全有或全无”极化的窘境。质言之,认定为传统劳动者,则受劳动法全面保护;认定为民事劳务提供者,则不受劳动法保护。因此,平台众包从业者权益保障处于不稳定状态。

此时,法政策的价值指向功能便凸显出来。法政策的价值判断往往优于法教义的概念逻辑,可以一定程度上克服法律规则的僵硬性和机械性。<sup>⑥</sup>《指导意见》另辟蹊径,以劳动基本权为立足点,主张在不完全劳动关系框架下,为平台众包从业者提供符合其法律身份的权益保障路径。《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第42条第1款明确了劳动基本权,其保障内涵是指公民享有获得劳动机会和适当劳动条件的权利,兼具自由权和社会权双重性质。<sup>⑦</sup>国家不得侵犯公民劳动基本权。同时,公民亦有权请求国家积极创造条件,提供劳动保护。劳动基本权因劳动而产生,权利主体并不局限于与用人单位建立正式劳动关系的传统劳动者,而是指一切参加劳动的公民。<sup>⑧</sup>作为新兴用工形态,平台众包从业者法律身份定位尚存争议。但是不容置疑的是,他们都参与了社会化劳动,构成就业市场的重要人力资源,是劳动基本权利人。平台经济蓬勃发展得益于众包从业者提供持续的劳务给付,他们的权益保障不应缺位。

## 二、法理解析:不完全劳动关系的特殊民事劳务关系属性

法政策是由国家对社会和政治生活进行塑造的规范,并没有直接的法律效力。<sup>⑨</sup>法政策只有经过一定时间稳定后,才能转化成一国的法教义内容。<sup>⑩</sup>作为法政策性规范,《指导意见》内容较为抽象,实务操

① 董文军:《组织型平台从业者劳动法保护之价值判断》,《法学家》2022年第6期。

② 林嘉:《新就业形态劳动法律调整探究》,《中国劳动研究》2021年第1辑;王天玉:《互联网平台用工的“类雇员”解释路径及其规范体系》,《环球法律评论》2020年第3期。

③ 专送模式是指平台将一定区域内的业务外包给配送企业/站点(代理商或加盟商),双方签订民事合作协议,共同对骑手进行管理,配送企业/站点往往承担主要劳动管理职责。在地方规范性文件中,以南京市《关于规范新就业形态下餐饮网约配送员劳动用工的指导意见(试行)》(宁人社规〔2021〕4号)为代表,对众包骑手和专送骑手作出明确界定。

④ 常凯:《平台企业用工关系的性质特点及其法律规制》,《中国法律评论》2021年第4期;王天玉:《平台用工的“劳动三分法”治理模式》,《中国法学》2023年第2期;肖竹:《第三类劳动者的理论反思与替代路径》,《环球法律评论》2018年第6期。

⑤ 认定劳动关系的代表性判决为北京市海淀区人民法院(2017)京0108民初53634号;认定民事劳务关系的代表性判决为吉林省辽源市中级人民法院(2022)吉04民终227号。

⑥ 雷磊:《法教义学之内的社会科学:意义与限度》,《法律科学》2023年第4期。

⑦ 胡锦涛、韩大元:《中国宪法》,北京:法律出版社,2018年,第268页。

⑧ 赵红梅:《社会法学前沿问题研究》,北京:中国政法大学出版社,2020年,第81页。

⑨ [德]伯恩德·吕特斯:《法官法影响下的法教义学和法政策学》,季红明译,《北航法律评论》2015年第1辑。

⑩ 刘志阳:《民法政策学:后民法典时代的造法研究》,《河北法学》2021年第12期。

作性有所欠缺，其蕴含的政策价值之贯彻终将系于具体的法律规则设计。因此，只有立足于统一法理进一步辨析不完全劳动关系的法律属性，平台众包从业者的权益保障才能透过未来立法得以实现。

### （一）以从属性理论为解释进路

平台经济方兴未艾，诞生于机器化大生产时代的从属性理论面临前所未有的挑战。但是，从属性理论的解释空间并没有完全穷尽。<sup>①</sup>逻辑上，只有依据从属性理论排除劳动关系，才有可能构成不完全劳动关系。二者不存在概念上的交错，解释进路具有一致性。<sup>②</sup>

中国学界对从属性理论的研究，基本上是从人身从属性、组织从属性和经济从属性三个维度进行展开。但是，关于各自内容以及彼此之间体系化联结尚未形成通说。笔者认为，人身从属性是判断劳动关系的核心标准，不可或缺。法律之所以对劳动者提供倾斜保护，是因为他们放弃了对自身劳动力的自由支配，依附于用人单位从事非独立性劳动。<sup>③</sup>于此过程中，指令权是人身从属性的集中体现。<sup>④</sup>用人单位通过单方意思表示即可对合同约定的劳动义务进行具体化，涉及工作的内容、实施方式、时间和地点等事项，无需征得劳动者同意。相应地，劳动者有义务听从用人单位的指挥和命令，接受劳动管理，而不能自主地开展工作。尤为值得强调的是，人身从属性并非有无判断，而是程度衡量。只有达到一定程度，才会成立劳动关系。不同类型的工作对人身从属性要求也不尽相同，所需达到程度取决于具体工作性质。因此，人身从属性的认定须综合考察相关要素及其相应权重，依赖于“整体画面”（Gesamtbild），进行个案评价，具有一定弹性。<sup>⑤</sup>人身从属性要求劳动者融入到用人单位的内部经营架构之中，以确保用人单位指令的顺利执行，即所谓组织从属性。只有将劳动力资源进行充分整合，才能使之与生产资料更为高效地结合，进而实现劳动管理，开展生产经营活动。就此而言，组织从属性已被人身从属性吸收。<sup>⑥</sup>经济从属性则是指劳动者从用人单位所获报酬构成其主要经济来源，影响其基本生存权。<sup>⑦</sup>虽然在一般情况下劳动者对用人单位具有经济上的依赖，但是经济从属性并非认定劳动关系的标准。<sup>⑧</sup>对于劳动关系，经济从属性既不充分也不必要，仅可作为判断人身从属性的参考要素。合同的对待给付构成劳务提供者的主要经济收入，并不当然成立劳动关系；相反，即便不构成主要经济收入，只要存在人身从属性，亦不妨认定为劳动关系。

在实践中，中国裁判机关主要是依据2005年发布的《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条认定劳动关系。当具备主体资格、劳动者适用规章制度且接受劳动管理、所提供劳动是用人单位业务组成部分三要件时，劳动关系才能成立。不可否认，《通知》中存在着“同时具备所有情形”过于僵化和“用人单位业务组成部分”所指不详等技术性瑕疵。但是，《通知》强调“劳动管理”，直击从属性理论的核心要义，是从属性理论的中国本土化表达。

### （二）构成非典型合同的框架协议

众包骑手与平台双方在确定合作意向后，通过应用程序签订一揽子电子化的框架协议，注册平台账户，如饿了么《蜂鸟众包用户协议》和《服务合作协议》、美团《众包平台服务协议》和《网约配送员协议》。<sup>⑨</sup>协议名称五花八门，但是协议的法律性质并不取决于名称，而是其实质内容。笔者通过梳理归纳，发现此类协议主要约定骑手的资质要求、账号注册和使用方法、服务规范和违规责任等事项。而并未约定骑

① 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。

② 李志锴：《组织行为视角下互联网平台劳动关系从属性展开的新进路》，《河北法学》2022年第2期。

③ Dütz, W. and Thüsing, G. (2020). *Arbeitsrecht*, München: Verlag C.H.Beck.

④ 黄越钦：《劳动法新论》，北京：中国政法大学出版社，2003年，第94页。

⑤ Junker, A. (2021). *Grundkurs Arbeitsrecht*, München: Verlag C.H.Beck.

⑥ 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。

⑦ 关于经济从属性的内涵尚有争议。肖竹：《劳动关系从属性认定标准的理论解释与体系构成》。

⑧ Jousen, J. (2023). BGB § 611a Arbeitsvertrag. In Rolfs, C. Giesen, R. Meßling, M. and Udsching, P. (Eds.), *Beck'sche Online-Kommentare Arbeitsrecht*, München: Verlag C.H. Beck.

⑨ 协议文本查阅时间为2023年6月15日。

手的劳动义务，甚至明确否定接单义务，强调骑手的自主性，如饿了么《服务协议》第1条约定“您可以使用‘蜂鸟众包App’内的订单信息自主完成接单”、美团《网约配送员协议》第2.1条约定“按照众包平台展示的配送信息需求内容、要求标准，自主选择接收服务事项”。据此，即便骑手注册账户后并没有实际接单也无须承担违约责任，因为无义务则无责任。既然不存在劳动给付义务，则从属性无从谈起，可直接否定劳动关系。因此，此类框架协议不可能是劳动合同。究其性质，可归类于《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第467条第1款上的非典型合同，旨在为将来平台和骑手之间可能产生的劳务关系提供一些概括性约定。

### （三）构成承揽合同的单次接单行为

平台在应用程序上发布一系列独立的订单任务，其内容明确并具有法律拘束力，构成要约。注册账户后，众包骑手通过点击“抢单”，作出承诺，即可开始工作。<sup>①</sup>双方意思表示真实一致，合同成立。与上述框架协议不同，此时骑手负有送单的义务。该合同的法律性质又该如何界定？

订单任务通常较为简单，平台会提供格式化的文字描述，如商家信息、配送餐食内容、配送地址、收货人信息及配送费用等，以保证骑手能够顺利履行合同义务。送单过程中，平台一般不会进行主动干预，很少发出具体指令。对于平台而言，最为关切的是骑手是否能按时将餐食成功送达客户手中，至于完成任务的具体方式和路线则无规定。因此，骑手具有较大自主性，可视情况随机调整送单路线。骑手最终能否获得报酬，取决于是否成功地完成送单任务。如果送单失败，即便他们已付出了劳动，按照平台规则也不能主张报酬请求权，亦即承担不能达成给付之风险。所以，平台支付报酬的对待给付是劳动成果而非劳动行为本身，是结果之债而非行为之债。

诚然，为了提升服务质量，平台对送单时效往往有着较高要求。随着国家管制力度的增强，近年来各大平台逐渐将“最严算法”调整为“算法取中”，适当放宽了对任务的时间要求。<sup>②</sup>即便如此，骑手仍然必须在几十分钟之内完成配送。值得一提的是，虽然劳动关系是持续性的债务关系，但是《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》）无论对固定期限劳动合同，还是对以完成一定工作任务为期限的劳动合同，皆未规定最低期限。然而，合同履行期间长短是判定从属性的重要因素。通常而言，合同期间极短则从属性并未达到认定劳动关系的程度。此外，劳动法的规则设计多以较长合同期限为前提，如劳动合同解除制度、补偿金制度和休息休假制度。如果劳动合同期限仅为几十分钟，大部分劳动法律规则的逻辑不能自洽。

综上所述，单次接单行为以履行结果为导向、履行期间极短，与强调对持续性劳动过程进行监督管理的从属性劳动关系有着本质区别，难以被认定为劳动合同，而应认定为《民法典》第770条所规定之承揽合同。<sup>③</sup>

### （四）构成不完全劳动关系的持续接单行为

无论是通过框架协议还是单次接单行为，皆不能成立劳动合同，宜分别认定为非典型合同和承揽合同，进而亦排除不完全劳动关系。但是，如果众包骑手长期持续接单，甚至以此为业，那么与平台之间是否存在劳动关系抑或不完全劳动关系？<sup>④</sup>不完全劳动关系是否具有独立的法律性质？

#### 1. 事实优先原则的误读与澄清

劳动合同是建立劳动关系的前提。当合同约定内容与实际履行不一致时，劳动关系认定则以实际履

① “抢单”模式为平台用工的基础模式。平台出于效率考量，也经常采用“派单”模式，即骑手需开启“自动接单”功能，事先作出同意接受平台推送订单的意思表示。二者无本质差异，仅是操作技巧上有所区别。

② 2021年7月，国家市场监督管理总局等七部门联合印发《关于落实网络餐饮平台责任切实维护外卖送餐员权益的指导意见》。

③ 承揽合同的标的物并不局限于物化的成果，也包括非物化的劳务成果。唐波涛：《承揽合同的识别》，《南大法学》2021年第4期。

④ 关于持续接单的时间长度阈值，学界尚未形成通说，囿于篇幅本文不展开讨论。班小辉：《“零工经济”下任务化用工的劳动法规制》，《法学评论》2019年第3期。

行情况为准，即事实优先原则。<sup>①</sup>国际劳工组织《关于雇佣关系的建议书》（第198号）第9条进一步明确了事实优先原则，现已成为各国认定劳动关系的重要指引，能够有效防御因劳资双方实力悬殊而引发的隐蔽性雇佣，确保具有真正从属性的劳动者受到劳动法保护。

在实践中，平台众包骑手长期持续接单，进行重复劳动以获取报酬，普遍存在加班情况，工作强度并不亚于传统劳动者。那么，能否凭借骑手持续接单的事实本身，便可认定事实劳动关系？答案是否定的。笔者认为，此种解读源自德国法上早已被摒弃的“事实契约理论”，即契约缔结并不一定需要双方意思表示一致，而可以通过事实上的履行得以实现，这已经偏离了劳动法上事实优先原则的本意。<sup>②</sup>虽然事实优先原则强调客观事实的重要性，但是并非“去合意化”。因为，该原则并不局限于客观事实本身，而是要透过实际履行探寻双方主观意图。<sup>③</sup>与其说事实优先，毋宁说默示的真实意思表示优先。这是经典法律行为理论的应有之义，也是透过自由意志实现个人尊严的必然要求。依据《民法典》第133条，民事主体通过意思表示设立、变更、终止民事法律关系。建立劳动关系，须以劳资双方意思表示一致为前提，确立双方权利义务。<sup>④</sup>相应地，《劳动合同法》第7条第1句中的“实际用工”也承载着双方建立劳动关系的合意。<sup>⑤</sup>在持续接单过程中，骑手的工作时间长、强度大，表面上与传统劳动者无异。但是，这只能说明骑手具有社会保障需求，并不足以认定存在劳动关系。因为，从中无法推导出双方有建立劳动关系的合意。

实际上，平台众包骑手每一次接单都是在订立一个承揽合同，彼此独立，双方对每个承揽合同分别达成合意。然而，这并不意味着对未来一定期间内的所有承揽合同达成概括合意，即建立劳动关系的合意。因此，仅有持续接单行为并不能产生面向未来的接单义务。平台无权对骑手进行全面的劳动管理，无法通过行使指令权要求骑手持续接单。相反，骑手可以自由地登录平台，自由地选择是否接单、何时接单；也可以随时脱离平台，停止接单；甚至还可以同时在不同平台接单。骑手在劳动时间选择上享有极大的自由，这有悖于劳动关系的人身从属性特征。事实上，这种“自我掌控”的自由也正是平台能够保持吸引力的重要原因，对骑手至关重要。<sup>⑥</sup>平台众包骑手并不愿意放弃自由的工作方式，而将自己置身于他人的控制之下。所以，并不能依据事实优先原则将持续接单行为认定为劳动关系，这与双方真实意思表示不符。

## 2. 正常激励机制难以成为劳动义务来源

平台为了鼓励众包骑手接单，往往通过技术手段在应用程序中设置令人眼花缭乱的激励机制，如“日、周、月单量榜”“单王榜”和“好评榜”。一般规则是：接单量越多以及顾客评分越高的骑手在系统中积累的信用越高，被评定的级别也会越高。经过复杂的算法技术处理，级别越高的骑手会获得更多更好的接单机会，间接获得更丰厚的报酬。激励机制所诱发的压力构成一条隐形的线索，贯穿于长期持续接单过程之中，形式上将一个个独立的民事承揽合同串联成一个整体。因此，骑手被“困在系统里”。<sup>⑦</sup>那么，平台为骑手量身定制的激励机制能否成为判断从属性，进而认定事实劳动关系的主要依据？有观点认为，激励机制功能上与劳动规章制度类似。<sup>⑧</sup>笔者认为，一般情况下正常激励机制只是增强了骑手接单的主观

① 事实优先原则适用具有单向性，仅在有利于劳动者的情形下才会适用。

② Eckert, H. W. (2023). BGB § 145 Bindung an den Antrag. In Hau, W. and Poseck, R. (Eds.), Beck'sche Online-Kommentare Bürgerliches Gesetzbuch, München: Verlag C.H. Beck.

③ 王泽鉴：《事实上之契约关系》，《民法学说与判例研究》，北京：北京大学出版社，2015年，第399—410页。

④ 沈建峰：《劳动法作为特别私法——〈民法典〉制定背景下的劳动法定位》，《中外法学》2017年第6期。

⑤ 北京市第一中级人民法院课题组：《新就业形态下平台用工法律关系定性研究》，《人民司法》2022年第7期。

⑥ 张成刚、张中然：《新就业形态的就业留存——基于外卖骑手的定性比较分析》，《中国劳动关系学院学报》2022年第5期。

⑦ 2020年下半年，《人物》杂志发布的网络文章《外卖骑手，困在系统里》刺痛了社会公平的神经，间接催生了《指导意见》出台。

⑧ 2022年11月，上海市第二中级人民法院发布《2017—2022年上半年新业态用工纠纷案件审判白皮书》，持此见解。

动机，而并不能作为持续接单的劳动义务来源，所产生拘束力亦不可与劳动合同义务等量齐观。<sup>①</sup> 骑手怠于接单导致系统评级较低，与劳动者违反劳动合同义务所产生的不利后果亦不具等值性。前者依旧可以正常接单，只是暂时丧失更好的获利机会，面临一定经济利益损失；而后者可能直接导致用人单位行使惩戒权，乃至单方解除劳动合同。

此外，如果贸然将正常激励机制作为认定劳动关系的标准，将损害法律的安定性。除平台众包用工外，在各类劳务交易中，合同一方为了鼓励另一方更快更好地完成工作任务常常采取各式激励机制。在不存在从属性劳动义务的前提之下，此种激励机制能否起到实质替代作用，进而认定劳动关系，殊值怀疑。退一步而言，即便未来将激励机制作为劳动合同义务的来源，也不会产生良好的规制效果，立法预期终将落空。因为，平台经过权衡只需在应用程序中弱化该项功能，便可轻易地规避法律。

### 3. 个案判断优先甄别隐蔽劳动关系

在标准众包模式下，骑手自由地接入和退出平台，接单结算，多劳多得，与平台之间不存在劳动关系。但是，实践中的众包用工可能已经异化，平台混合使用各式扑朔迷离的隐蔽控制手段，对骑手进行不同程度的管理，以提高送单效率。此时是否成立劳动关系，须结合个案具体情况综合判断从属性程度。

平台往往会对骑手形象进行管理，提高专业化服务质量。较为常见的是，骑手的头盔、工作服、外卖箱都印有平台标识，由平台统一购置发放。虽然平台此时对骑手有一定的约束，但是双方远未达到劳动关系中用人单位与劳动者之间形成的稳定的、持续的、管理与被管理的紧密关系程度。<sup>②</sup> 此类约束是判定从属性的外观要素，所占权重较小，不能仅凭此认定劳动关系。<sup>③</sup> 与之相反，平台有时也会对骑手的工作量、出勤率、接单率等有硬性要求，实质上剥夺了他们的接单自主权，将其置于平台支配之下。<sup>④</sup> 此类约束是判定从属性实质要素，所占权重较大。尽管缺乏书面劳动合同，平台利用算法技术优势以隐蔽的控制方式“迫使”骑手必须听从指令，投入大量时间持续接单，已构成实质劳动管理。骑手为了完成硬性考核要求而依附于平台开展接单工作，符合从属性理论的程度标准，本质上与传统劳动者无异。此时，平台与骑手之间并非真正的众包用工关系，而是披着互联网面纱的劳动关系。

当法律关系认定出现分歧时，裁判机关应依据从属性理论，优先考察劳动关系的成立与否。若任务化的用工符合从属性特征，而自主性较弱，则归入劳动关系进行调整。只有在甄别隐蔽劳动关系之后，才有可能构成不完全劳动关系。要谨防平台笼统地将不完全劳动关系当作“口袋”，只要与互联网平台用工相关即一概辩称是不完全劳动关系，逃避自身本应承担的劳动法律责任，侵害劳动者权益。

### 4. 不完全劳动关系的定性与延展

平台众包从业者持续接单行为并不构成劳动关系，而是《指导意见》中的不完全劳动关系，双方通过订立书面协议确定权利义务。但是，该协议的法律性质尚无定论，存在学理解释空间。笔者认为，《指导意见》在从属性劳动与独立性劳动的二分原则基础上（以下简称“劳动二分”），仅从法政策层面剥离出一个具有过渡性的中间地带。不完全劳动关系并没有独立的性质，仍属平等主体之间的民事劳务法律关系，但同时兼具社会化的外延特征。

从法律关系角度而言，众包从业者从平台持续接单行为是一系列独立承揽合同的集合，遵循民法上的意思自治原则。通常情况下，承揽人会在自由交易市场上寻求工作任务，与多个定作人分别进行磋商并订

① 2023年5月，人力资源和社会保障部、最高人民法院联合发布“新就业形态劳动争议典型案例”。其中案例二，并没有依据激励机制认定网约配送员与平台之间存在劳动关系。但是笔者同时也认为，在特殊情况下，当平台能够通过激励机制实现对骑手的实质控制，并达到认定从属性的程度，激励机制亦可构成劳动义务来源，囿于篇幅本文不展开讨论。

② 周宝妹：《网约车司机的劳动者地位探析——以与传统出租车司机比较为视角》，《中国社会科学院大学学报》2022年第3期。

③ 王天玉：《基于互联网平台提供劳务的劳动关系认定——以“e代驾”在京、沪、穗三地法院的判决为切入点》，《法学》2016年第6期；Preis, U. (2023). BGB § 611a Arbeitsvertrag. In Müller-Glöge, R. Preis, U. and Schmidt, I. (Eds.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, München: Verlag C.H. Beck.

④ 2023年5月，人力资源和社会保障部、最高人民法院联合发布“新就业形态劳动争议典型案例”。其中案例一，平台对网约车司机的工作量作出硬性要求，是认定劳动关系的重要依据。

立合同，因此“一对多”的劳务交易形式最为普遍。但是，随着互联网经济异军突起，承揽人往往只承揽一个平台的订单，该平台成为他的唯一定作人，“一对一”的劳务交易形式得以迅速扩张。<sup>①</sup>此时，众包从业者主要收入也来源于此，对平台具有经济从属性。但是，经济从属性并非判定劳动关系的核心标准。

与此同时，平台企业多集中于劳动密集型服务行业，对从业者教育程度、技能水平要求较低。从业者只需会驾驶交通工具，经过简单培训即可上岗。囿于自身能力，大量来自农村的青壮年劳动力便成为平台众包用工的主力军。众包接单工作时长、强度大和危险系数高，他们的保障需求往往高于其他职业类型。而作为家庭的经济支柱，他们从平台赚取的报酬是维持全体家庭成员体面生活的基础。因此，虽然平台众包接单工作是民事劳务交易行为，但已渗入了社会要素，不完全劳动关系是民事承揽合同社会化的概括表述。<sup>②</sup>未来立法须从社会利益出发，对民法上的形式平等予以矫正，实现实质正义。

学界有一种观点，认为可以参照劳务派遣和非全日制用工的规则设计，对不完全劳动关系进行特别规制。<sup>③</sup>此观点认识到平台众包从业者的特殊保护需求，但忽视了不完全劳动关系与非典型劳动关系的法律性质区别。劳务派遣的特点在于用人单位与实际用工单位不一致，用人单位将所享有的指令权让渡给实际用工单位。非全日制用工的特点在于劳动者工作时间的灵活性，用人单位在约定工作时间内仍然可以全面贯彻其指令权。这两种非典型用工方式仍然符合从属性认定标准，劳动者接受用人单位劳动管理，劳动关系成立。相比之下，不完全劳动关系在劳务交易的谱系中走得更远，偏向独立性，已脱离了从属性劳动范畴。因此，不宜将其纳入劳动关系进行调整。

学界还经常援引德国法的“类雇员”（Arbeitnehmerähnliche Person）制度，以论证平台众包从业者的独立法律地位。依据德国《团体协议法》（TVG）第12a条，类雇员制度建立在从业者的经济从属性及社会保护需求基础之上，与中国新业态下平台众包用工模式颇为相似。但是，各国劳工保护的制度与理念不尽相同，法律规则的设计应立足于本国法律传统和经济社会条件。<sup>④</sup>德国劳动法脱胎于民法，关于二者协调机制的研究历经百余年，已形成深厚的理论积淀。相比之下，中国相关法律制度起步较晚，发展相对滞后。劳动二分界定，经过学界和司法实务界多年合力，现已初步达成以从属性理论为标尺的共识，实属不易。然而，无论是理论研究还是司法实践，皆有待积累。此时，贸然打破劳动二分原则引入类雇员（第三类劳动者）制度，不仅存在规则构建的模糊性以及实践结果的非预期性问题，还可能诱发不可控的制度风险，使得大量本是传统劳动者的平台从业者被降格为享受有限保护的类雇员，导致社会不公。<sup>⑤</sup>此外，尤为值得强调的是，德国类雇员的法律性质仍是民事劳务提供者，与合同相对方之间是雇佣关系或承揽关系。<sup>⑥</sup>与民法上普通劳务提供者相比，类雇员有其自身特点，但并不具完全独立的法律地位，属于自雇者的下位类型。因此，德国类雇员制度的最为重要启示应是，在民事法律关系的框架内分析平台众包用工，同时承认其特殊性，以“民法做加法”为基本逻辑进行展开，遵循私法社会化路径，实现对平台众包从业者部分劳动权利准用。

### 三、路径探索：劳动权利的具体化拓展适用

与其说平台众包从业者被困在系统里，毋宁说被困在法律对权益保障不能满足自身需求的矛盾之中。<sup>⑦</sup>

① 实践中，也有众包从业者在多个平台同时接单，但是“一对一”还是基础模型。

② 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。

③ 张弓：《平台用工争议裁判规则探究——以〈关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见〉为参照》，《法律适用》2021年第12期。

④ 苏力：《法治及其本土资源》，北京：北京大学出版社，2022年，第129—132页。

⑤ 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；谢增毅：《平台用工劳动权益保护的立法进路》，《中外法学》2022年第1期；肖竹：《第三类劳动者的理论反思与替代路径》。

⑥ Spinner, G. (2023). BGB § 611a Arbeitsvertrag. In Säcker, F. J. Rixecker, R. Oetker, H. and Limperg, B. (Eds.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München: Verlag C.H. Beck. 目前很少有中文文献对此进行澄清，参见王茜：《互联网平台经济从业者的权益保护问题》，《云南社会科学》2017年第4期。

⑦ 李怡然：《困住骑手的是系统吗？——论互联网外卖平台灵活用工保障制度的完善》，《中国劳动关系学院学报》2022年第1期。

肯定不完全劳动关系的特殊民事劳务关系属性，并不意味着将其完全暴露在市场风险之中。以法政策性规范《指导意见》为指引，实现劳动权利的具体化拓展适用，既可破除现有“全有或全无”的劳动保护框架桎梏；又能在路径选择上规避引入第三类劳动者所产生的诸多弊端。中国平台经济正在高速发展，尚存较大不确定性。法律规则设计应着眼于亟须解决之问题，以引入工资工时劳动基准、完善行业集体协商机制和构建专属职业伤害保险制度为重点突破方向，并保持开放性。

### （一）引入工资工时劳动基准

最高工时和最低工资是至为重要的劳动基准，事关劳动者基本权益保障。互联网平台用工的模式创新导致制度空白，自主性特征亦加剧了处于不完全劳动关系之中的众包从业者最低保障的实现难度。未来，可以参考劳动法上最高工时制度，保障平台众包从业者的基本休息权。但是，规则设计也应该符合众包从业者法律身份，作较为宽松的安排，不宜严格限制。<sup>①</sup>利用算法技术，进行弹性控制是有效的规制方案。此外，须对工作时间进行界定，包括在线等待时间是否以及如何计入工作时间。<sup>②</sup>关于平台众包从业者最低薪资保障，亦可参照劳动法上最低工资制度，具体从两个角度进行规则设计：一是单次接单最低计件薪资保障；二是整体工作过程的最低时薪保障。

### （二）完善行业集体协商机制

平台垄断了互联网经济的核心生产要素“市场供需信息”，众包从业者谈判能力因此遭到削弱，并不能期待完全通过个体自治订立公平的协议。<sup>③</sup>无限制的契约自由只会成为强者手中的武器、弱者手中的拙劣工具，沦为一方压制另一方的手段。<sup>④</sup>通过集体自治把众包从业者组织起来，才能防止平台利用优势地位恣意专断，以实现劳资关系的实质平衡。中国工会作为劳工利益的代表，其会员资格并未与劳动关系绝对挂钩，这为处于不完全劳动关系之中的众包从业者加入工会提供了法律依据。<sup>⑤</sup>《指导意见》第17条要求各级工会组织积极吸纳新业态劳动者加入工会。立法者对此迅速作出回应，新修订的《中华人民共和国工会法》（以下简称《工会法》）增加了第3条第2款，“工会适应企业组织形式、职工队伍结构、劳动关系、就业形态等方面的发展变化，依法维护劳动者参加和组织工会的权利”<sup>⑥</sup>。在实践中，平台众包从业者原子化的工作状态导致其自身组织松散，人员流动性强。人身从属性的缺失使得组建服务于同一平台的企业工会困难重重。但是，众包从业者的行业特征明显，如同属于外卖行业的美团众包骑手和饿了么众包骑手。鉴于此，《工会法》第11条第4款上的产业工会便成为突破口，为隶属于同一行业的平台众包从业者加入工会提供了契机。在入会程序上，应契合平台用工特点，切实简化入会手续，推行网络入会。在集体合同内容上，应当关注计件单价、最高工时、抽成比例、订单分配、激励机制和劳动保障等众包从业者所关注的焦点问题。尤为重要的是，应立足于中国集体协商机制特点，政府充分发挥主导作用，监督平台企业，确保所达成的集体合同具有真正拘束力。

### （三）构建专属职业伤害保险制度

平台众包从业者面临着较高的职业伤害风险，而自身抗风险能力较差。商业保险的营利性决定保险公司考虑成本收益问题，赔付额度有限，制度供给不足。与此同时，传统工伤保险（社会保险）又与劳动关系绑定，认定劳动关系是获得工伤保险待遇之前提，而不完全劳动关系并非劳动关系。尽管已有学者呼吁应将二者松绑，扩大工伤保险适用范围，回归社会保险之真正目的。<sup>⑦</sup>然而，现行工伤保险有着很

① 赵红梅：《网约平台从业者劳动权益之立法保护》，《暨南学报（哲学社会科学版）》2023年第1期。

② 谢增毅：《平台用工劳动权益保护的立法进路》。

③ 董文军：《组织型平台从业者劳动法保护之价值判断》。

④ [德]奥托·基尔克：《私法的社会使命》，杨若濛译，北京：商务印书馆，2021年，第36页。

⑤ 吴文芳、方令权：《新业态灵活从业人员工会组建的法理逻辑和进路》，《工会理论研究》2021年第5期。

⑥ 2021年12月24日，《工会法》第三次修正。

⑦ 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。



强的制度惯性，短期内难以有所突破。此外，将众包从业者职业伤害纳入现行社会化风险防控体系也不尽合理。他们与传统劳动者不同，对平台的从属性程度较低。基于这种松散的关系，平台无法对众包从业者进行全面的劳动管理。对职业伤害的预防能力也与劳动法上的用人单位不具可比性，让其承担与后者相同的社会保险责任并不可取。因此，应根据权利义务相一致原则，作出差异化安排。《指导意见》第9条要求强化新业态下职业伤害保障制度，建立健全职业伤害保障管理服务规范和运行机制。目前，新一轮专属职业伤害保障试点工作已经展开。<sup>①</sup>整体而言，虽然众包用工关系并非劳动关系，但是可以参照现行工伤保险体系，并在缴费规则、职业伤害认定、待遇给付水平、经办管理方式等方面进行模式创新，具体的规则设计有待进一步深化研究。可以确定的是，因平台众包从业者享有工作自主权，故其所享待遇原则上不应优于传统从属性劳动者。

#### 四、结 语

党的二十大报告提出“支持和规范发展新就业形态”整体要求，从顶层设计的高度肯定了互联网平台经济的积极作用，亦指明“加强灵活就业和新就业形态劳动者权益保障”的社会治理目标。平台采取众包模式将工作内容任务化，在现有法教义学框架下采用合法的手段消解劳动关系。《指导意见》具有浓厚的法政策色彩，旨在填补现有法律漏洞。以此为指引，未来的法律规则应对须平衡劳资关系，保障众包从业者权益与发展平台经济不可偏废。坚守劳动二分原则，将不完全劳动关系置于民事法律关系之下作特殊化处理，防止劳动关系泛化风险，不当限制平台用工灵活性的竞争优势。同时，适用倾斜保护原则，实现对平台众包从业者部分劳动权利拓展适用，保障其核心利益。众包从业者权利配置多寡与从属性程度正相关，应介于劳动关系和普通民事劳务关系之间，故构建阶梯式的权益保障机制诚有必要。

#### Reflections on “Incomplete Labor Relations” from the Perspective of Legal Policy Studies

WU Yong

(School of Law, Nanjing Normal University, Nanjing, 210023)

**Abstract:** The guiding opinions involving incomplete labor relations responds to the rapid development of new employment forms and the delayed corresponding regulations, seeking to protect the rights and interests of platform crowdworkers. Taking the theory of subordination as the interpretive method, this study delves into the intrinsic legal mechanisms of “framework agreement”, “single order-taking behaviour”, and “continuous order-taking behaviour”. It study clarifies the often-misunderstood principle of the primacy of facts, argues that normal incentive measures are unlikely to be the source of labor obligations, emphasizes the necessity of prioritizing the identification of the disguised employment on an individual case-by-case basis and finally proves the incomplete labor relations are fundamentally a specialized form of civil service relationships. The future legislation should adopt the regulatory logic of “addition of civil law”, correct the binary thinking in the legal application, and explore the specific expansion of labor rights based on private autonomy. Currently, it is imperative to establish labor standards for wages and working hours, enhance the industry-wide collective bargaining mechanism, and develop a special occupational injury insurance system. Such steps will address the immediate needs of platform crowd-workers and incrementally improve the contemporary rights protection system.

**Keywords:** Legal Policy Studies, Incomplete Labor Relations, Subordination, Crowdsourcing, Labor Rights

[ 责任编辑：陈慧妮 ]

<sup>①</sup> 2021年12月，人力资源和社会保障部等十部门联合印发了《关于开展新业态就业人员职业伤害保障试点工作的通知》，各地新一轮试点工作陆续展开。