

灵活用工法律适用研究(三)

■ 文 李干 李磊

李克强总理曾在2020年7月22日的国务院常务会议上提出，“过去很多人一讲就业就是‘固定工’，现在要转变这种观念”。根据人力资源和社会保障部在2020年8月国务院政策例行吹风会上透漏的数据，我国灵活就业从业人员规模达2亿左右。然而何为灵活用工？灵活用工并非一个内涵清晰、外延明确的法律概念。有必要整理现行法制框架下灵活用工的基本类型，厘清不同灵活用工方式的适用规则，并剖析与归纳新业态灵活用工的本质与特征。



对灵活就业人员而言，平台也不是劳动法意义上的用人单位。摄影 展翔

灵活用工的基本类型

总体而言，现阶段灵活用工主要是指标准劳动关系之外的其他用工形式，包括劳务派遣、非全日制、人力资源服务外包、业务外包、兼职、退休返聘、实习、见习、新业态灵活就业等形式。

根据法律关系的定位以及劳动法介入、管制程度的不同，灵活用工大致可以分为劳动法直接调整的灵活用工、劳动法间接调整的灵活用工以及劳动法框架外的非劳动关系灵活用工三类。灵活用工的灵活性主要体现在实际用工方与劳动者之间不完全适用（非标准劳动关系）或完全不适用（非劳动关系）劳动法诸多强制性规则以及强制性的社会保险参保规则。

新业态灵活用工的本质与特征

新业态灵活就业之所以展现出“去劳动关系化”的特点，并非源自当事人的主观创设，而是新业态自身运行模式所决定的，当事人只不过借助自主选择与民事契约在形式与外观上进一步确认了这一事实。新业态灵活就业与传统劳动关系就业的本质区别主要体现在以下三个方面：组织体系的分散化、用工主体的消解及管理方式的信用化。

(一) 组织体系分散化

劳动关系是社会化大生产的产物，劳动法理论及规则的生成与发展总体上以集中化、组织化、规模化的劳动方式为对象。相较之传统业态的生产组织形式以“聚”为特点，新业态灵活就业以“散”为特点，就业人员为完成消费端的服务订单，自筹工具、自负成本，独自完成且自担风险与后果，无须与他人合作。

共享经济实现了“个体之间的大规模直接交易”，“平台构成一种新型的经济活动组织形式，这种经济活动的组织形式以大量分散的契约为特征，从而与传统经济中以科层化、集中化的公司有所区别。”一方面，传统业态中用人单位因商业订单产生的用工需求，转变为共享经济中消费者订单化、商品化的服务需求，就业人员直接面向消费者给付之标的并非单纯的劳动力，更多是就业人员运用自身劳动力所形成的服务成果；另一方面，就业者获取的报酬来自消费者而非平台，且报酬的性质系消费者从就业人员处购买服务的价款，而非使用生产要素之劳动力的对价。平台抽取的“管理费”系居间服务费，而非使用劳动力产生的剩余价值。另外，由于平台不承担传统业态中用人单位招聘人员、组织生产的功能，有别于劳动关系中的招聘、录用环节，灵活就业

人员登录平台获取就业机会只需符合相关资质，且平台只进行形式审查，对于符合条件的求职者，平台不会拒绝其登录请求。

(二) 用工主体消解化

学界与社会舆论谈及新业态时常使用“平台用工”，但这一概念并不准确，易让人先入为主地产生平台系用工主体的认知偏差。虽然灵活就业人员通过平台获取订单，但对提供服务的就业人员而言，订单究其实质源自消费者需求，而非平台指令，且就业人员直接向消费者交付商品或服务成果，而非向平台交付。交易关系的直接当事人是消费者与提供服务的就业人员，平台应定位于《电子商务法》第9条所称之“电子商务平台经营者”，即“在电子商务中为交易双方或者多方提供网络经营场所、交易撮合、信息发布等服务，供交易双方或者多方独立开展交易活动的法人或者非法人组织”。据此，平台、提供服务的就业人员、消费者三方是独立平等的关系，平台并非直接向消费者提供服务的经营实体，对就业人员而言，平台也不是劳动法意义上的用人单位。

从共享经济平台的设立初衷出发，共享经济催生灵活就业并不是为了转移解决平台自身的用工需求，虽然部分平台为确保服务端实时在线人员的必要数量，以满足消费端全时

段的订单需求，会直接雇佣一定数量的专职人员，突破了纯粹“电子商务平台经营者”的业务范畴，但这并不能构成将已合意选择自雇化灵活就业之当事人事后推入劳动关系的必然理由。虽然域外有法院认为，就业人员所提供之服务是平台维系正常运营的关键组成部分，如果脱离就业人员的参与，平台将难以运营，但这并非论证双方存在劳动关系的充要条件。平台旨在促成特定领域的供需交易，若交易一方不复存在，平台自然失去功用。

审视共享经济就业的核心是判断就业人员是在为谁工作？新业态“去劳动关系化”灵活就业具有自雇化就业的鲜明特点，就业人员为自己利益而非平台利益接收订单并完成订单，即就业人员为自己打工而非为平台打工，这集中体现在就业人员对工作与休息时间具有很强的自主性。若就业人员让自己处于长时间的接单状态，源于多劳多得的利益动机，而非源于平台指令，且一旦就业人员选择停止接单，其将完全转入休息状态，而非随时准备工作的待命状态。

(三) 管理模式信用化

平台会对接单状态下的就业人员进行一定内容与程度的监管，但有必要澄清此种管理与劳动关系从属性管理的区别。

平台对就业人员施以监管

之方式落脚于以结果为导向的信用管理，而非直接干预工作过程、工作方式的劳动管理，一般仅当服务过程发生明显异常时平台才会介入（例如“网约车”司机明显偏离合理路线）。信用管理的特点在于，监管之事实依据主要依靠消费者的回馈与评价，消费者的回馈与评价直接影响就业人员获取收入之多寡、订单分配顺位（尤其性价比高的“优质单”）及上线资格。这与劳动关系中劳动者基本工资与工作结果不必然挂钩，尤其劳动者不就业用人单位所出售之商品或服务质量直接向用人单位的客户负责截然不同。

鉴于消费者对就业人员服务成果的信用评价在监管标准中占有较大权重，平台对就业人员的监管及对不当行为的限制性措施，主要为了提升消费体验，保障诚信交易秩序。例如，就业人员选择进入“派单”模式后多次拒绝或取消订单，平台通常会限制其日后接单的资格或强制其在一定期间内无法登录平台，此举旨在惩罚就业人员的不诚信与违约行为，因为就业人员这种行为会干扰、耽误其他主体的交易机会，额外耗费其他主体寻求交易的时间成本。因此，平台对就业人员施以监管重在形成健康、稳定的行业秩序，有别于劳动关系中用人单位基于维护自上而下管理权威的惩戒措施。