

# 劳动关系认定的理论澄清与 规范建构

朱 军\*

**内容提要：**揭示个别劳动关系认定的指导思想“为资方劳动丧失自主经营的可能”并以此为分析主线，可使诸多争议迎刃而解。从属性理论层面，人格、经济和组织三大从属性统合于劳动从属性。劳动从属性的本质是资方通过指令管理使劳动者丧失自主经营的可能，与劳动者人格无关。经济从属性应被区分为“生存依赖性”和“为资方劳动”两种类型，两者实则为劳动从属性必然导致的双重经济结果，均不必且不宜作为核心标准。“受指令约束”和“为资方劳动”的组织从属性可分别归入其他两大属性而无独立必要。应以此为指导构建劳动关系认定由主观到客观标准的规范。劳资通过合意订立劳动合同建立劳动关系，但法官应谨遵事实优先原则，以劳动从属性为客观核心标准审查实际履行为断。立足于指导思想，法官须甄选和评价所有涉及和保障指令管理的因素综合认定劳动关系。工作时间在所有管理因素中权重最高，其他约束工作履行的因素均围绕和服务于高效支配利用劳动力时间展开。

**关键词：**劳动关系认定 丧失自主经营的可能 劳动从属性 劳动管理 工作时间

## 引言

劳动关系认定是劳动法的元问题。劳动法典面临的重要任务之一是界定劳动关系基础概念。〔1〕但除2006年3月20日公布的劳动合同法草案一审稿（以下简称“一审稿”）第3条第1款中的劳动关系定义昙花一现，以及工会法第3条第1款规定的集体劳动关系外，〔2〕立法至今未对劳动者概念予以回应。劳动人事争议仲裁委员会和法院处理确认劳动关系争议时，适用的最重要的文件仍是原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部

\* 上海交通大学凯原法学院副教授。

本文系国家社科基金一般项目“离职竞业禁止制度的系统性矫正研究”（20BFX188）的阶段性成果。

〔1〕 参见谢增毅：《劳动法典编纂的重大意义与体例结构》，《中国法学》2023年第3期，第17页。

〔2〕 “一审稿”第3条第1款规定：“本法所称劳动关系，是指用人单位招用劳动者为其成员，劳动者在用人单位的管理下提供有报酬的劳动而产生的权利义务关系。”工会法（2021修订）第3条第1款规定：“在中国境内的企业、事业单位、机关、社会组织（以下统称用人单位）中以工资收入为主要生活来源的劳动者，不分民族、种族、性别、职业、宗教信仰、教育程度，都有依法参加和组织工会的权利。任何组织和个人不得阻挠和限制。”

发〔2005〕12号,以下简称“确立劳动关系通知”)第1条。〔3〕然而,自发布以来,这条规定暴露的问题远大于指导意义。

遗憾的是,学者运用各自熟悉或偏好的域外经验解释“确立劳动关系通知”,不仅使其中的待决问题在学界重现,而且似乎还有加剧趋势。首先,“同时具备下列情形”成为组合从属性要件的依据。〔4〕其次,学界对人格、经济和组织三大从属性的内涵与关联各执一词。这不仅使得探讨劳动关系认定问题丧失交流基础,更导致对各从属性于劳动关系认定的功用认知混乱。〔5〕最后,从属性理论的体系研究缺失引发学界对劳动关系的判断标准陷入新的混战。即使是针对受到一致重视的“劳动管理”,学界也尚未展开对因素的划分、选取和阐释等深入讨论,尚处于简单罗列域外认定因素的阶段。

最高人民法院发布了指导案例179号“聂美兰与北京林氏兄弟文化有限公司确认劳动关系案”(以下简称“聂美兰案”),〔6〕足见其对基础问题的重视。然而,在实践调研中,笔者发现法官详细说理认定劳动关系的案例相当有限。究其原因,恐为基础问题研究尚欠深入,学界对于从属性理论尚未达成最小共识。进而“确立劳动关系通知”的未决问题给司法实践带来了无尽困惑,连法官也坦言存在完全套用规定简单进行判决的情况。〔7〕审判实践中也存在不少应引起重视的问题。比如,有法官机械适用“确立劳动关系通知”第1条第1项至第3项为劳动关系须“同时具备”的构成要件。〔8〕又如,学界对三大从属性的内涵与关联认识不清,引发法院随机组合从属性的乱象。〔9〕再如,由于欠缺对认定从属性之因素的系统深入研究,导致裁判者根据预设需要任意选取和解释个案因素,使得劳动关系判定的结果难以预测,严重影响法的安定性和可预见性。

鉴于上述理论与裁判实务现状,本文旨在立足于我国规范资源和司法实践,从规范教义出发,全面系统地更新对个别劳动法的原型——全日制工的劳动关系认定问题的研究。〔10〕

〔3〕 该条规定:“用人单位招用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。”

〔4〕 关于从属性的一元论观点,参见沈建峰:《论劳动关系的实践界定——以中德司法机关的判决为考察重点》,《法律适用》2012年第12期,第93页。二元论观点,参见吕琳:《论“劳动者”主体界定之标准》,《法商研究》2005年第3期,第34页;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70页;王天玉:《经理雇佣合同与委任合同之分辨》,《中国法学》2016年第3期,第292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47页。三元论观点,参见肖竹:《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176页。

〔5〕 参见谢增毅:《互联网平台用工劳动关系认定》,《中外法学》2018年第6期,第1551页。

〔6〕 北京市第一中级人民法院(2018)京01民终5911号民事判决书,《最高人民法院公报》2022年第10期。

〔7〕 参见李强与广西日报社劳动争议案,广西壮族自治区南宁市中级人民法院(2011)南市民一终字第1502号民事判决书。

〔8〕 参见罗某与匠师公司、廖某确认劳动关系案,福建省泉州市中级人民法院(2019)闽05民终4128号民事判决书。

〔9〕 参见李志锴:《论我国劳动法上“从属性”的内涵厘定与立法考察》,《大连理工大学学报(社会科学版)》2019年第3期,第77页以下。

〔10〕 我国劳动法学界普遍忽视了我国实体法因立法宗旨差异,贯彻“非统一”劳动者概念的事实。个别劳动法和集体劳动法各有其劳动者概念。著例是工会法第3条第1款始终明定“以工资收入为主要生活来源”为认定集体劳动关系宽松于个别劳动关系的标准。社会保险法也独有异于劳动关系的社会保险关系。参见娄宇:《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。德国同样以个别劳动法的全日制工为中心概念,辐射影响认定集体劳动法、社会保障法和税法领域的劳动者。Vgl. Schaub/Vogelsang, Arbeitsrechts-Handbuch, 19. Aufl. 2021, § 8 Rn. 9 ff., 50 ff., 58 f.

## 一、劳动关系从属性理论之反思

我国法院“综合衡量个案因素”认定劳动关系的实践在法学方法论上称为类型思维，早为德国法院和通说采纳，<sup>[11]</sup>亦被我国民法和劳动法学者借鉴。<sup>[12]</sup>劳动者类型概念（Typusbegriff）建立在至今深刻影响我国的从属性理论之上。但学界自始聚焦于各大从属性的争论，而未能合理解释从属性何以成为认定标准以及由此匹配社会保护问题，有“倒果为因”之嫌。以人格从属性为例，早有德国民法学者质疑亲自提供劳务的合同中基本都有指挥命令，为何承揽人不能以此为由获得保护。<sup>[13]</sup>问题的症结在于忽视探寻拉伦茨强调的立法者构建类型概念的规范性指导思想（leitender Gesichtspunkt），并据此筛选界定此概念的重要特征。<sup>[14]</sup>因此，反思从属性理论之前，应先揭示统领劳动关系认定的指导思想，使从属性特征与劳动者概念之间形成意义关联，之后剖析厘清极富争议的人格、经济、组织三大从属性的内涵与关联。

### （一）劳动关系认定之指导思想的揭示

#### 1. 两大法系的指导思想：为资方劳动丧失自主经营的可能

透过劳资不平等下的人格从属性表象，德国学界一直孜孜不倦地探寻劳动关系认定的指导思想，相继提出了不同观点。<sup>[15]</sup>其中，最具深远影响的当属韦德曼（Wiedemann）揭示的社会保护根源思想——劳动者“丧失自主经营的可能”：从属的劳动者将劳动力提供给资方使用，表明其自愿持续被雇佣并放弃在市场上自主经营的可能。由此产生的经济后果是劳动者丧失自主使用劳动力的可能，从而不能通过自主经营谋生。资方则基于劳动合同获得管控经营他人劳动力的权利，借此扩大事业范围并从中获取收益。因此，资方被劳动法强制负担社会保护成本，实则是对劳方“丧失自主经营机会”的补偿。<sup>[16]</sup>里伯（Lieb）承继发展上述思想最为深刻。他从中提炼出“利他性思想”，指出施加资方社会保护的负担缘于其使用他人劳动力为已经营牟利，并引用马克思经典语句佐证，即劳动产生的剩余价值为资方所有，而非被劳方获取为生。<sup>[17]</sup>从诞生至今，韦德曼的思想作为劳动关系认定的出发点以不同形式被广泛接受。<sup>[18]</sup>

值得关注的是，德国立法者在2017年新增民法典第611a条规定“劳动合同”的法律定义时，将“劳动者丧失自主经营可能”的思想蕴藏在第1款第1句的法定特征“为他人劳动”之中。<sup>[19]</sup>该特征重在反映劳动者为资方劳动而放弃自主经营，既不享有市场机遇，也不承担相应风险。德国通说强调“为他人劳动”与“人格从属性”同义，并体现于该句之中。<sup>[20]</sup>

[11] Vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Springer Berlin Heidelberg, 1991, S. 461 ff; BAG 23. 4. 1980, AP Nr. 34 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BVerfG 20. 5. 1996, NZA 1996, 1063.

[12] 参见姚明斌：《违约金的类型构造》，《法学研究》2015年第4期，第147页以下；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125页以下。

[13] Vgl. Beuthien/Wehle, Stellung und Schutz der freien Mitarbeiter im Arbeitsrecht, RdA 1978, 4.

[14] 参见前引[11]，Larenz书，第465页，第469页。

[15] Vgl. Rosenfelder, Der arbeitsrechtliche Status des freien Mitarbeiters, Duncker & Humblot, 1982, S. 86–110.

[16] Vgl. Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, 1966, S. 14 ff.

[17] Vgl. Lieb, Arbeitsrecht, 9. Aufl. 2006, § 1 Rn. 10.

[18] Vgl. Wank, Arbeitnehmer und Selbständiger, C. H. Beck München, 1988, S. 122 f.; Mikosch, Arbeitnehmerbegriff und Schutzzwecke des Arbeitsrechts, FS Löwisch, 2007, S. 203; Reichold, Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2022, § 2 Rn. 20 ff.

[19] 该句规定：“劳动者基于劳动合同有义务为他人（im Dienste eines anderen）提供受指令约束的、由他人决定（fremdbestimmt）的人格从属性（in persönlicher Abhängigkeit）劳动。”

[20] Vgl. Hromadka, Zur Auslegung des § 611 a BGB Eine historisch-dogmatische Analyse, NZA 2018, 1585.

第 611a 条第 1 款第 3 句随后印证了这两项特征互为表里, 明定“受指令约束的劳动者实质上不能自主安排自己的工作并决定工作时间”, 从而丧失自主经营的可能而“为他人劳动”。〔21〕

英美法经历了从早期重视通过指令管理认定劳动关系, 向探寻“为谁经营的经济现实”的转变。起初, 英国法院采用诞生于 19 世纪的控制测试法 (control test) 认定主仆法 (已废止) 中的“仆人”概念。该法很快就在高技能人才引发的劳动者身份争议中显现不足。之后, 英国、新西兰和澳大利亚的法院都相继转而借助融入测试法或经济现实测试法 (economic reality test), 旨在探明提供劳务者是否具有足以突破劳动关系的经济独立性。经济现实测试法现已成为三国法院基于个案综合衡量多因素认定劳动关系时共同关注的焦点。〔22〕

美国法院最初借鉴英国的控制测试法, 之后很快发展出契合劳动者本质的认定方法。20 世纪初, 美国法官就意识到控制测试法与劳动法的社会保护宗旨不符, 遂改采控制权测试法 (the right to control test), 通过检验资方是否保有对工作执行的管控权来判定劳动关系, 至于是否实际行使权利则无关紧要。〔23〕之后, 学者继续反思, 指出控制权测试法与劳动法宗旨的关联过于脆弱而难谓恰当。这恰与前述德国学者批判人格从属性与劳动法保护缺乏意义关联暗合。美国法院为贯彻公平劳动基准法 (Fair Labor Standards Act) 保障最低工资和加班工资的立法宗旨, 采用了宽松认定劳动关系的经济现实测试法。〔24〕该测试法超越控制论的传统思维, 聚焦于检验提供劳务者是否在经济现实上为自己的事业经营。

## 2. 指导思想的内在逻辑: 强制倾斜保护劳动者的根由

现代劳动关系在由身份到契约的独立过程中, 其背后的劳方为资方事业将劳动力交由其支配使用的本质始终未变。迄今, “为资方劳动丧失自主经营可能”的思想对个别劳动法倾斜保护劳动者的有力解释, 显现出其对认定劳动关系不容小觑的指导价值。其一, 生命健康的保护。鉴于劳方放弃自主经营而融入资方决定的工作组织中劳动, 国家制定各种强制基准法课以资方相应的防护义务。其二, 工资债权的保障。劳动者为资方劳动而丧失自营劳动力谋生的可能, 资方享有组织生产的权限并从中获益, 遂须承担工资风险即“用工经营风险”, 作为对支配劳动力的补偿, 以维持劳动者的生存基础。因此, 劳动法突破民法对待给付风险负担的一般规则, 含有诸多“无劳动有报酬”的工资续付规定。〔25〕其三, 解雇保护。劳动者将劳动力交由资方经营使用而丧失了自营谋生的可能, 故劳动法合理限制资方解雇事由以维持构成劳方生存基础的劳动关系存续。

综上, 两大法系认定劳动关系的指导思想均可溯源于“为资方劳动丧失自主经营的可能”。〔26〕德国为他人劳动的人格从属性与英美的经济现实测试法产生了共鸣, 皆旨在探明提

〔21〕 已有学者正确地指出, 劳动者的“从属劳动”具有在雇主控制下为雇主之目的提供劳动之特征。参见田思路:《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。

〔22〕 See Anderson, Brodie & Riley, *The Common Law Employment Relationship: A Comparative Study*, Edward Elgar, 2017, p. 32.

〔23〕 See Jooho Lee, *The Entrepreneurial Responsibilities Test*, 92 Tul. L. Rev. 786 (2018).

〔24〕 See Barron, *Who's An Independent Contractor - Who's An Employee*, 14 Lab. Law. 460, 466, 469 (1999).

〔25〕 参见前引〔18〕, Mikosch 文, 第 194 页; Krause, *Arbeitsrecht*, 4. Aufl. 2020, § 11 Rn. 33 ff. 典型如我国《工资支付暂行规定》(劳部发〔1994〕489号)第 12 条第 1 句明定:“非因劳动者原因造成单位停工、停产在一个工资支付周期内的,用人单位应按劳动合同规定的标准支付劳动者工资。”参见刘洋:《对待给付风险负担的基本原则及其突破》,《法学研究》2018年第5期,第95页。

〔26〕 本文使用的经营不限于狭义的商业经营,而是广义上满足他人需求的各种物质或精神上的经济活动。Vgl. Hueck/Nipperdey, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, I. Band, 7. Aufl. 1963, S. 35.

供劳务者能否自主经营。两者无本质区别，前者侧重检验指令管控能否使提供劳务者丧失自主经营的可能，后者偏重考察其是否事实上能为自己经营。据此，植根于指导思想认定劳动关系并由立法者匹配社会保护的逻辑链条得以形成：合约承认资方的指令管理权→为资方劳动丧失自主经营的可能→劳动者的社会保护需求→劳动法的强制倾斜保护。正是资方为实现市场经营目的使用劳动者的劳动力，成为劳动法让资方承担社会保护成本的正当性根源。我国学者和法官在认定劳动关系时强调“资方支配劳动力”，也隐晦地体现了该指导思想。<sup>[27]</sup>

## （二）指导思想下三大从属性的内涵与关联

因缺乏指导思想的引领，我国学界对三大从属性众说纷纭，不仅丧失了交流前提，而且致使劳动关系认定更为困难。笔者立足于指导思想，首先批判解析三大从属性的内涵与关联，为下文从各从属性中选择适宜标准并进行劳动关系认定的规范建构奠定基础。

### 1. 人格从属性的本质：导致“丧失自主经营可能”的劳动管理

学界对人格从属性的内涵最具共识，指资方对履行工作的管控，劳方在工作时间、地点、内容等方面须听从指令。<sup>[28]</sup>但有学者和法官在“人格法色彩的劳务共同体”“行政隶属”“人身自由受限”意义上误用人格从属性。<sup>[29]</sup>还有学者不当混淆侵权法的用人者责任关系和劳动关系中的“指令控制”。<sup>[30]</sup>这些误区缘于对人格从属性本质的认知局限，不仅会模糊其与经济、组织从属性的关联，更会消极影响判断人格从属性的因素选择与评价，为此亟待阐明人格从属性的本质。

人格从属性的表象是资方有权通过多方面指令约束工作。故德国民法典第 611a 条第 1 款第 2、3 句连续细化规定“指令约束”为认定该属性的核心因素。如前所述，这实则由同款第 1 句中蕴含指导思想的“为他人劳动”特征所决定，它被明定为“受指令约束且由他人决定之人格从属性劳动”的定语。可见，人格从属性的本质是导致“丧失自主经营可能”的劳动管理，外在表现为劳动者受到资方的指令约束，也就是劳动者融入由资方决定的生产组织中提供受指令管理的从属劳动。此与德国劳动法之父辛茨海默（Sinzheimer）从法社会学视角解读人格从属性相符，即劳动合同不只是双务契约，更是支配契约（Herrschaftsvertrag），某人基于合同处于他方的控制权下而产生人格从属性。<sup>[31]</sup>因此，人格从属性和“为他人劳动”都是指导思想的外化。

厘清本质使得对人格从属性的误读不攻自破。该德国术语还易生矮化劳动者人格的不当关联，至今备受批判。人格从属性实为“人格共同体说”的残留，但该说已于 20 世纪 60 年代被摒弃。<sup>[32]</sup>德国通说一再强调，人格从属性绝非指资方对劳动者人格的管控，仅指有权指令

[27] 参见董保华：《劳动关系调整的法律机制》，上海交通大学出版社 2000 年版，第 62 页以下；钱伟兰、孟高飞：《隐蔽用工背景下劳动关系建立合意的甄别》，《人民司法·案例》2013 年第 22 期，第 16 页。

[28] 参见前引〔5〕，谢增毅文，第 1548 页；前引〔4〕，王天玉文，第 291 页；前引〔4〕，肖竹文，第 163 页以下。

[29] 参见王天玉：《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 72 页；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租车平台的雇佣关系》，《中国人力资源开发》2016 年第 2 期，第 96 页；高某与紫梧桐公司劳动争议案，北京市东城区人民法院（2019）京 0101 民初 5239 号民事判决书。

[30] 参见张素华、孙畅：《民法典视野下网约车平台侵权的法律适用》，《河北法学》2020 年第 8 期，第 24 页以下；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，第 51 页以下。

[31] Vgl. Sinzheimer, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, Leipzig, 1907, S. 16.

[32] 参见前引〔26〕，Hueck/Nipperdey 书，第 45 页，注 22。

约束工作履行。<sup>[33]</sup>以德国为鉴,将人格从属性改称为“劳动从属性”更妥,<sup>[34]</sup>更能反映劳动合同与其他劳务合同的本质区别在于劳动者为资方事业提供从属性劳动。

最后,有必要抓住本质一并阐明促进民法和劳动法交流的两个要点:其一,民事劳动合同中的指令约束远未达到使提供劳务者丧失自主经营可能的强度,如定作人即使下达指令,也不会影响承揽人自主经营。这揭示了劳动合同属负担行为之债而非结果之债的深层原因,即劳动者在资方决定的生产组织中提供受指令约束的非自主性劳动,资方须借此确保劳动成果实现并承担未果的用工经营风险。因此,劳动法未规定如同承揽合同的瑕疵担保规则。其二,用人者责任关系的指令控制亦远未达到导致丧失自主经营可能的强度。用人者责任的规范宗旨在于让扩大事务范围的用人者承担由此引发的对外侵权风险,故其关系绝非限于而是远宽于劳动关系。<sup>[35]</sup>

## 2. 经济从属性的正解:人格从属性导致的双重经济结果

与德国民法典第611a条未规定经济从属性为认定标准不同,该从属性被我国学界广泛接受,但其内涵不清且最具分歧。有借鉴日本法的学者主张,在较难判断人格从属性的案件中,可依经济从属性判定劳动关系,但对经济从属性的理解与认定未置一词。<sup>[36]</sup>另有学者主张以“劳动报酬作为主要生活来源”的经济从属性作为特殊情形下界定劳动关系的辅助标准。<sup>[37]</sup>内涵不清又导致无从探讨经济从属性与人格、组织从属性的体系关联。

笔者认为,经济从属性包括两大基本意涵:<sup>[38]</sup>其一,“生存依赖性”的意涵。这是最常见的解读,指主要或全部源于资方的工资收入构成劳动者的生存基础。它被工会法(2021修正)第3条第1款明定为认定集体劳动关系的标准——“以工资收入为主要生活来源的劳动者”。其二,“为资方劳动”的意涵。这指劳动者并非自主经营,而是为资方事业提供劳动。我国台湾地区学者黄越钦强调经济从属性的重点在于“受雇人并不是为自己之营业劳动,而是从属于他人,为该他人之目的而劳动”,正是此意。<sup>[39]</sup>此外,有学者提出经济从属性的其他内容皆可归入本文二分的基本意涵。<sup>[40]</sup>

### (1) “生存依赖性”的经济从属性

德国法初始就在生存依赖的意义上理解经济从属性,因为劳动者的原型——全日制工人作为无产阶级,只能通过向资方出卖劳动力谋生。但该从属性作为认定劳动关系标准的可行性被

[33] Vgl. ErfK/Preis, Arbeitsrecht Kommentar, 23. Aufl. 2023, BGB § 611a Rn. 33.

[34] 下文阐释笔者观点时,采“劳动从属性”的术语。文中“支配使用劳动力”的表述,绝无物化劳动之意。

[35] Vgl. MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 831 Rn. 14. 我国民法学者通过比较法研究,正确地指出用人者责任不限于劳动关系。参见程啸:《侵权责任法》,法律出版社2021年版,第453页以下。最高人民法院于2023年3月29日公布的《关于适用〈中华人民共和国民法典〉侵权责任编的解释(一)(征求意见稿)》第12条亦正确地指出,“用人单位责任的适用范围不限于劳动关系”。

[36] 参见前引[4],吕琳文,第34页。其实日本学界对经济从属性内涵的理解至今仍混乱不一。参见[日]荒木尚志:《労働法》,有斐阁2020年版,第54页。

[37] 参见前引[4],侯玲玲等文,第73页。

[38] 有奥地利学者比较欧洲多国法律后作此二分。Vgl. Rebhahn, Der Arbeitnehmerbegriff in vergleichender Perspektive, RdA 2009, S. 165, 168. 我国已有学者基于比较法研究,明确区分经济从属性内涵为收入主要来源于雇主以及工作是雇主业务的组成部分,与本文的二分一致。参见前引[5],谢增毅文,第1560页。

[39] 黄越钦:《劳动法新论》,中国台湾翰芦图书出版有限公司2012年版,第125页。

[40] 即经济资源上的依赖性和雇员无需承担经营风险皆是“为资方劳动”之经济从属性的外在结果;经济来源上的依赖性与经济地位上的弱势性则都属于“生存依赖性”的经济从属性,因为弱势性为收入依赖性所致。参见前引[4],肖竹文,第170页以下。

德国立法者决定将类雇员的原型——家内自雇者纳入社会保险体系而打破。为区别于强制参保的劳动者，德国原帝国保险局选择“生存依赖性”的经济从属性作为认定家内自雇者的标准，并指出劳动者不仅在经济上而且在人格上从属于雇主，但本质是人格从属性程度。<sup>[41]</sup>因此，德国联邦社会保险局一再强调劳动者与类雇员同获社会保护的最终原因是经济从属性。由此，德国至今否定将仅指“生存依赖”意义的经济从属性作为认定劳动关系的标准。部分原因是立法者为了扩张社会保护，将之明定为认定属于自雇者之类雇员的标准。<sup>[42]</sup>另一部分原因是它不是劳动关系的独有特征，自雇者也可因只为一家客户服务并以此为生而具备此特征。但它是全日制工的必备特征，因为人格从属性必然导致其丧失自主经营的可能而以工资为生的经济结果。<sup>[43]</sup>

### (2) “为资方劳动”的经济从属性

德国学者对“为资方劳动”的经济从属性亦有讨论。代表学者旺克（Wank）主张采用新标准“自愿承担经营者风险”，指出独立经营者是市场竞争者，其用自有或筹措的资金建立经营场所或组织，并通常雇佣人员开展经营，在承受“无订单，无收入”之经营风险的同时，也享有盈利机遇。相反，劳动者仅将劳动力提供给资方使用，不参与市场竞争，故无论经营成败，均不影响其向资方请求支付工资。<sup>[44]</sup>引人思考的是“为资方劳动”的经济从属性与人格从属性有何关联。学者赫罗马德卡（Hromadka）敏锐地指出，旺克通过对照自雇者展示劳动者的特征，道出了至今仍然适用的立法者赋予劳动者社会保护的真谛：劳动者提供劳动力给资方使用而放弃利用劳动成果的机会，遂让在市场上经营他人劳动力并从中盈利的资方承担社会保护成本。<sup>[45]</sup>可见，“为资方劳动”之经济从属性实则是人格从属性导致的另一经济结果，<sup>[46]</sup>因为劳动者融入资方的生产组织，在提供受指令约束的人格从属性劳动时，自然无法在市场上自主经营。

### 3. 组织从属性的摒弃：根据侧重内容归入其他从属性

组织从属性未被德国民法典第611a条规定为认定标准，但为我国学界认可。透过认识分歧，<sup>[47]</sup>组织从属性的内涵基本可分为侧重于“受指令约束”和偏重于“为他人劳动”两种意涵。<sup>[48]</sup>但组织从属性没有必要单列，可根据其内涵相应归入人格从属性或经济从属性。

[41] 参见前引〔20〕，Hromadka文，第1584页。

[42] 德国根据规定类雇员的各单行法宗旨，贯彻非统一的类雇员概念。德国集体合同法第12a条第1款最为典型，为拓展集体自治于自雇者的类雇员，在第1句明定生存依赖意义的经济从属性为认定标准之一，即“劳动所得总额之平均有过半受领自某一特定人”。须注意德国法中类雇员的实质是自雇者。德国联邦劳动法院法官强调，赋予类雇员部分社会保护不代表其成为劳动者。Vgl. Griebeling, Die Merkmale des Arbeitsverhältnisses, NZA 1998, 1139. 有国内学者指出，德国法中的类雇员不是自营职业者下的一个特殊类型，恐为误解。参见王天玉：《平台用工的“劳动三分法”治理模式》，《中国法学》2023年第2期，第271页。

[43] Vgl. Deinert, Neuregelung des Fremdpersonaleinsatzes im Betrieb, RdA 2017, 69. 需注意的是，判断“生存依赖”意义的经济从属性不考虑私人财产状况，所以常有德国学者以百万富翁可成为劳动者为由否定其具有经济从属性，是对此误解所致。Vgl. Wank, Der Arbeitnehmer-Begriff im neuen § 611a BGB, AuR 2017, 145.

[44] 参见前引〔18〕，Wank书，第122页以下。

[45] Vgl. Hromadka, Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsrecht Zur Diskussion um die neue Selbständigkeit, NZA 1997, 575 f. 赫罗马德卡阐明劳动法赋予社会保护的真谛时，明显传承了韦德曼的“劳动者丧失自主经营机会”的指导思想。

[46] 有学者指出，经营者风险与机遇的缺失只是从经济视角的对立面来观察“由资方决定的工作”而已。参见前引〔18〕，Miksch文，第203页。

[47] 有学者侧重在“受指令约束”意义上解读组织从属性。参见田思路：《工业4.0时代的从属劳动论》，《法学评论》2019年第1期，第81页。另有学者偏重在“为他人目的劳动”意义上理解组织从属性。参见姜颖：《劳动合同法论》，法律出版社2006年版，第20页以下。

[48] 欧洲多国的组织从属性内涵亦可二分为受指令约束和为他人劳动。参见前引〔38〕，Rebhahn文，第166页。

其一，“受指令约束”的组织从属性可纳入劳动从属性。德国联邦劳动法院从未将组织从属性作为独立标准，常在强调指令约束之外，顺带提及“劳动者被纳入他人的劳动组织”，并指出“纳入”尤其体现在资方的指令权之中。<sup>[49]</sup>故其核心内容仍是指令约束。

其二，“为资方劳动”的组织从属性可归入经济从属性。与传统强调指令约束不同，德国联邦劳动法院时而在“为他人劳动”意义上解释运用“纳入”，来克服指令约束弱化诱发认定人格从属性的困难。尤其针对在专业、地点或时间方面约束薄弱的传媒自由从业者（如记者、编导等）引发的争议，法官将审查重心转向“他人决定的劳动”，比如从只能借助电视台的设备提供劳动，推断具有人格从属性而认定劳动关系。<sup>[50]</sup>

### （三）从属性理论的厘清：统合于劳动从属性

立足于指导思想，劳动从属性的本质是资方通过指令管理使劳动者丧失自主经营的可能，包含了“指令约束”的组织从属性。经济从属性应明确区分为“生存依赖性”和“为资方劳动”两种内涵。前者指劳动所得主要或全部来源于接受劳务方；后者指劳动者非为自己经营，而为资方的事业提供劳动，内含了“为他人劳动”的组织从属性。经济从属性是劳动从属性必然导致的两种经济结果，因为丧失自主经营可能的全日制工当然“以工资为生”且“为资方劳动”。由此，三大从属性统合于劳动从属性，具体如表1所示。至于各从属性在劳动关系认定中的作用即何者适宜作为标准，于后文详论。

表1 劳动关系从属性的内涵与关联

指导思想	从属性			内涵	个别劳动关系的原型 全日制工的本质属性
为资方劳动丧失自主经营的可能	劳动从属性		组织从属性 I 侧重“指令约束管理”意义	导致丧失自主经营可能的劳动管理	是
	劳动从属性导致的经济结果一	经济从属性 I “生存依赖性”		收入主要或全部来源于资方	不是本质属性，而是必备特征
	劳动从属性导致的经济结果二	经济从属性 II “为资方劳动”	组织从属性 II 偏重“为资方劳动”意义	为资方经营事业提供从属劳动	是

## 二、劳动从属性理论下劳动关系认定的规范建构

### （一）主观合意标准：基于私法的劳动合同建立劳动关系

意思自治原则同样适用于作为特别私法的劳动法，故劳资双方通过合意订立劳动合同建立劳动关系。该价值理念为我国劳动法（2018修正）第16条肯认，明定劳动合同是建立劳动关系的协议。劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》（劳部发〔1995〕309号）对“劳资符合法定主体资格”的细化规定，清晰地体现了私法的劳动合同建

[49] Vgl. BAG 20. 8. 2003, NZA 2004, 39; BAG 9. 7. 2003, NZA-RR 2004, 9.

[50] Vgl. BAG 15. 3. 1978, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 26.



立劳动关系。该意见第3、5条首先明定只有通过劳动合同建立的劳动关系才适用劳动法。与之相对，第4条则将公法性质建立的“公务关系”即“公务员和比照实行公务员制度的工作人员和现役军人”排除在劳动法调整范围之外。然而，为避免强势资方滥用契约自由规避劳动法，不能仅凭合意认定劳动关系，须以合同的“实际履行”为断。这就是被各国普遍适用并为学者和裁判者认可的“事实优先原则”。<sup>[51]</sup>因此，植根于从属性理论的客观标准对于劳动关系的认定至关重要。

(二) 客观核心标准：导致“丧失自主经营可能”的劳动从属性

立足于指导思想和三大从属性统合于劳动从属性的理论阐释，笔者认为，以劳动从属性为劳动关系认定的唯一核心标准，更为妥当。

#### 1. 劳动从属性宜作为唯一核心认定标准

首先，“劳动管理”早已得到了规范性文件的印证和践行。“确立劳动关系通知”第1条第2项连续规定“规章制度”适用于劳动者、受用人单位的“劳动管理”和从事用人单位“安排”的劳动，凸显“劳动管理”为核心标准的意图明确，此即劳动从属性。这与德国民法典第611a条第1款第1至3句连续规定“指令约束”以赋予其认定劳动关系的核心地位异曲同工。之后，“一审稿”第3条第1款印证了“劳动管理”为核心标准，首先规定“用人单位招用劳动者为其成员”，表明劳方基于合意被纳入资方的生产组织中劳动，紧接着规定“在用人单位的管理下提供有报酬的劳动”，旨在突出劳动者受到“管理”而为资方劳动。

其次，“劳动管理”长期以来被司法部门作为核心标准广泛运用且能应对新就业形态带来的挑战。最高人民法院关于《为稳定就业提供司法服务和保障的意见》（法发〔2022〕36号，以下简称“稳定就业意见”）第7条和人力资源社会保障部办公厅关于《新业态劳动者劳动合同和书面协议订立指引（试行）》（以下简称“新业态劳动合同订立指引”）第4条均强调“劳动管理程度”为核心标准。《人力资源社会保障部、最高人民法院关于联合发布第三批劳动人事争议典型案例的通知》（人社部函〔2023〕36号）中的所有案例分析，也都指向劳动关系的核心特征“劳动管理”。<sup>[52]</sup>如此青睐“劳动管理”，不仅因其是指导思想的外部呈现，而且因其更易于识别认定。下文展现法院综合衡量因素的表2反映了可类比于劳动从属性的“管理类”因素比含糊的“经济类”因素具有明显优势。15个“劳动管理”细节因素的衡量情况体现出其是认定劳动关系的核心标准，因为无论其因素数量还是衡量次数，均远胜于经济类因素。诚如德国联邦劳动法院法官林克（Rinck）所言，以人格从属性认定劳动关系是司法界和学界所能达成的最小共识。<sup>[53]</sup>

最后，“劳动管理”被学界一致认为是界定劳动者的核心标准。除可适用性外，更为深刻的原因是劳动从属性作为指导思想的自然衍生，使得劳方丧失自主经营的可能，进而必然导致全日制工“以工资为生”且“为资方劳动”的双重经济结果。如下分析，表2中的经济类因素无一不是辅助说明并呈现劳动从属性所致结果，因为“劳动管理”旨在探明提供劳务者是否因“丧失自主经营可能”而为资方劳动的经济后果。故“劳动管理”作为核心标准，比易滥用的经济从属性更能妥当地认定劳动关系，并确保绝大多数争议解决的可预见性和安定性。

[51] 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72页。

[52] 如该批典型案例中首案的分析即指出，“确立劳动关系通知”相关规定体现出劳动关系的核心特征为“劳动管理”。

[53] Vgl. Rinck, Der Arbeitnehmerbegriff im Wandel - Entwicklungen und Perspektiven, RdA 2019, 127.

这与德国有关认定标准的两派之争最终在可适用方面趋同相互印证。正如德国学者洞悉到反对派根据“不能自主经营”合目的地认定劳动关系，无法避免援引反映人格从属性的指令约束类因素，以判断提供劳务者能否在市场上为自己利益使用劳动力，因为传统派依据人格从属性细致考察指令管理，可最佳验明提供劳务者能否“自主经营”。〔54〕

## 2. 不宜作为认定标准的经济从属性

常有学者和法官将“确立劳动关系通知”第1条第3项的“业务组成部分”解读为经济从属性，并将之作为劳动关系的认定标准。例如，有学者明确主张将以“经济资源上的依赖性”与“雇员无需承担经营风险”为内涵的经济从属性作为劳动关系认定的核心因素。〔55〕笔者认为，基于经济从属性实质是劳动从属性导致的双重经济结果，即使区分解读“业务组成部分”为两种内涵的经济从属性，也皆不宜将之作为与“劳动管理”等量齐观的核心认定标准，而仅供辅助说明为妥。

“生存依赖性”的经济从属性不可作为认定个别劳动关系的标准，因为它不是劳动者的本质特征，自雇者也可具备。如前所述，德国集体合同法第12a条为扩大集体自治，明定该意义的经济从属性为认定自雇者之类雇员的标准之一。与德国法不谋而合，我国工会法为贯彻扩大集体自治的立法宗旨，虽经数次修订，但一贯明定“以工资收入为主要生活来源”为认定集体劳动关系的宽松标准。有学者主张立法有必要以生存意义的经济从属性为辅助标准，从而将某些劳动者纳入劳动法的保护范围，但未道明该标准是适用于个别还是集体劳动法，失之精确。〔56〕

反映劳动者本质的“为资方劳动”的经济从属性也不宜作为与劳动从属性并重的标准，主要原因有二：其一，除报酬细节因素，表2中的经济类因素大多过于模糊而不易认定。相较于管理类因素，“业务组成部分、为他人经营、劳动成果/过程和经营风险承担”等因素笼统而难以把握。其二，运用经济类因素认定劳动关系犯了倒果为因的错误。如前所述，这些因素体现的经济从属性是劳动从属性必然导致劳方丧失自主经营可能而为资方劳动的经济后果。更值得一提的是，德国法选择人格从属性作为核心标准得到了美国法官波斯纳从经济学视角的有力诠释：资方为节省经营成本“购买”指令权。要言之，相较于经营者在自雇关系中须为每项需求寻找缔约方而言，劳动关系节省交易成本的本质原因是经营者支付工资以获得指令工作给付权，而非购买某个特定给付的对价。〔57〕这恰与大陆法系强调劳动者承担行为之债和自雇者负担结果之债相合，因为资方基于劳动合同获得指令工作给付的权利，并借此获得其所期望的某个特定给付结果。可见，法经济学的解释亦与指导思想契合，反映劳动关系的本质是资方基于稳定持续的劳动合同确保支配管控劳动力。这既能降低交易成本，又能提高生产效率。〔58〕

值得关注的是，我国有学者在讨论平台用工时，主张“为资方劳动”的经济从属性可在判定劳动关系时发挥更大作用。〔59〕这还取决于对比研究基于算法权力的劳动管理于认定劳动

〔54〕 Vgl. Krause, AR-Blattei SD 220. 2. 1 (1997), Rn. 8; Schwarze, Die „arbeitsgleiche Durchführung“ eines Tätigkeitsverhältnisses, RdA 2020, 42.

〔55〕 参见前引〔4〕，肖竹文，第173页。

〔56〕 参见前引〔4〕，侯玲玲等文，第73页。

〔57〕 See Posner, *Economic Analysis of Law*, 6<sup>th</sup> ed., Aspen Publishers, 2002, p. 407.

〔58〕 See Ronald Coase, *The Nature of the Firm*, 4 *Economica* N. S. 386 ff. (1937). 转引自前引〔25〕，Krause书，第1节，边码2，注10。另参见前引〔38〕，Rebhahn文，第163页。

〔59〕 结合该学者讨论的上下文，该经济从属性应是“为资方劳动”之意。参见前引〔5〕，谢增毅文，第1557页，第1560页。

关系的功用,非本文议题所能及,但让人联想到前述德国联邦劳动法院在“为他人劳动”意义上解释运用“纳入”,来纾解指令约束弱化造成的不易认定人格从属性的困境。由此引发的极具争议的问题是,能否完全放弃人格从属性即指令约束要求,仅凭“为资方劳动”的经济或组织从属性认定劳动关系。德国联邦劳动法院对此非常谨慎,未明确表态之前在“为他人劳动”意义上运用的“融入他人组织”还是德国民法典第611a条新增的“由他人决定”特征可单独作为决定性标准。<sup>[60]</sup>为避免该模糊的经济从属性沦为泛化或窄化认定劳动关系的托辞,我国以坚守劳动从属性为核心标准的有力通说为妥,仅得在切实查明确有指令管理存在(即便表现得微弱)的前提下,法官方可谨慎借用反映为资方劳动的经济类因素来辅助说明劳动从属性之存否。

### 3. 不必作为独立标准的组织从属性

学界对组织从属性于认定劳动关系的作用存在分歧。有学者倾向于将强调指令权的组织从属性纳入人格从属性,<sup>[61]</sup>但有学者仍坚持将组织从属性作为从属性的补充认定标准,强调组织从属性的特别意义在于解决指令约束弱化引发的困难,典型如高技术人才劳动关系的认定。<sup>[62]</sup>对此,笔者认为,运用得当的人格从属性仍有用武之地,因为指令弱化并不意味着涉及工作履行的方方面面,依据其他维度的指令管理同样可以认定人格从属性,如工时约束对认定主任医师为劳动者具有关键作用。<sup>[63]</sup>如前所述,此偏重“为他人劳动”之意的组织从属性可归入经济从属性。因此,组织从属性不必单列。

#### (三) 劳动关系认定的规范构想

无论从制定主体的权威性还是规范内容的合理性出发,均应更重视“一审稿”,从中汲取构建规范的养分。<sup>[64]</sup>“一审稿”第3条第1款基本遵循了从主观合意到客观标准的规范逻辑,反映了劳动关系的本质特征,改进了“确立劳动关系通知”的诸多不足,<sup>[65]</sup>总体上可取。因此,笔者在精进完善草案规定的基础上,尝试构建劳动关系认定的规范如下:

首先,认定劳动关系运用类型思维的法学方法为宜。不必拘泥于文义,将“确定劳动关系通知”第1条不当突出的“同时具备下列情形”的要求解释为“构成要件式”立法,这既不符合认定劳动关系这一类型概念采“综合衡量因素模式”的司法实践,也受到学界一致反对。<sup>[66]</sup>“一审稿”第3条第1款已明确放弃这种误导性规范模式。

其次,劳动关系认定从契合意思自治的主观合意出发。“一审稿”第3条第1款前半句“用人单位招用劳动者为其成员”蕴含劳资通过合意签订劳动合同建立劳动关系的价值理念,

[60] 参见前引〔25〕, Krause书,第2节,边码19、36。

[61] 参见前引〔4〕,王天玉文,第292页。

[62] 参见前引〔4〕,肖竹文,第174页以下。

[63] Vgl. MünchArbR/Schneider, 4. Aufl. 2018, § 18 Rn. 25; Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2015, § 5 Rn. 30.

[64] 常见法官引用“一审稿”规定作为认定劳动关系的参考。深圳经济特区更是通过立法全盘借鉴了“一审稿”的劳动关系定义,将其规定于《深圳经济特区和谐劳动关系促进条例》(2019年修正)第2条第3款之中。

[65] 以与劳动关系认定关系不大的“主体符合法定资格”为例,“确立劳动关系通知”基于劳动政策作此规定,但不当排除了具有劳动从属性的实习生、退休人员等于劳动者定义之外。“一审稿”删除了此不当限缩主体范围的规定,为将来契合从属性法理、与时俱进地把所有值得社会保护的劳动者纳入劳动法保障提供了依据。

[66] 参见前引〔5〕,谢增毅文,第1566页。有学者正确地指出,“同时”要求有失僵化,却因此忽视了最为核心的人格、经济从属性,致使法院既无法面面俱到,又易于忽视审查核心因素。前引〔30〕,王天玉文,第57页,第60页。

第2款的劳动合同定义对此确证无疑,即劳动合同是劳动者与用人单位确立劳动关系、明确双方权利和义务的协议。为使“一审稿”更符合劳动关系认定从主观合意到客观标准的法理逻辑,可将草案第2款提升至第1款,以凸显意思自治原则,即基于私法的劳动合同建立劳动关系。同理,为使第1款的劳动关系定义更好地展现劳方基于自治放弃自主经营而为资方劳动的意涵,建议在“劳动者在用人单位的管理下提供有报酬的劳动”的“劳动者”之后增加“基于劳动合同有义务”的表述。

再次,劳动关系认定须接受符合实际履行之客观核心标准的检验。上文已证成采劳动从属性为唯一核心标准的妥适性。须再次强调的是,“确立劳动关系通知”第1条第3项“用人单位业务的组成部分”涵义不明,无论将其解读为经济从属性还是组织从属性均无必要保留,以免造成干扰和滥用。“一审稿”第3条第1款并未出现类似的含混表述,正确地突出规定“在用人单位的管理下”为核心标准。

复次,劳动关系认定须围绕细致考察“劳动管理”展开。尽管“确立劳动关系通知”和“一审稿”均强调“劳动管理”为核心认定标准,但粗略的规定未能尽显其重要性。诚然,相关认定因素因个案和职业差异无法穷尽列举,但合理细化“劳动管理”的考察内容实属必要。结合下文对管理类因素的评析,笔者建议从影响管理程度的三大重点领域入手,即工作履行的维度、保障管理的措施以及劳动合同和劳动规章制度,新增第3款细化认定“劳动管理”,即“用人单位的管理可以涉及工作的时间、内容、方式和地点,保障指令管理的监督、考核和奖惩措施,以及包括劳动合同和劳动规章制度中管理工作及其保障措施的内容”。

最后,劳动关系认定须明确突出“事实优先原则”。“确立劳动关系通知”和“一审稿”虽肯定了劳动管理作为客观核心标准的重要性,但共同的缺点是未规定司法界和学界判断劳动关系存否时普遍运用的“事实优先原则”,<sup>[67]</sup>因为不乏有法官简单依据合同名称或约定认定双方不存在建立劳动关系的合意,回避细致考察“劳动管理”(见表2)。为避免资方通过滥用契约自由架空客观核心标准,规避劳动法的强制性保护规定,立法明定强调“事实优先原则”为认定劳动关系的基本原则为妥。因此,“一审稿”第3条可新增第4款,规定“若合同称谓与实际履行不符,则应当根据事实优先原则认定劳动关系”。

基于以上讨论,本文对劳动关系认定提出如下立法建议:

“第一条 本法所称劳动合同,是指劳动者与用人单位确立劳动关系、明确双方权利和义务的协议。

“本法所称劳动关系,是指用人单位招用劳动者为其成员,劳动者基于劳动合同有义务在用人单位的管理下提供有报酬的劳动而产生的权利义务关系。

“用人单位的管理可以涉及工作的时间、内容、方式和地点,保障指令管理的监督、考核和奖惩措施,以及包括劳动合同和劳动规章制度中管理工作及其保障措施的内容。

“若合同称谓与实际履行不符,则应当根据事实优先原则认定劳动关系。”

### 三、劳动从属性理论下劳动关系认定的“综合衡量管理因素模式”

如何正确适用建构的规范是紧接着需深入思考的核心问题。我国主流司法实践早已运用类

[67] 该原则明确体现于“稳定就业意见”第7条和“新业态劳动合同订立指引”第4条规定的“根据用工事实”。

型思维方法,通过“综合衡量个案因素”认定劳动关系,即劳动者作为类型概念并非由封闭的构成要件涵摄确定,而是通过一系列因素来界定和描述,不仅因素之间存在有机关联,而且即便舍弃某些因素仍能保持该类型的品性。问题在于,法官对个案因素的选取与解释缺乏约束与预期,饱受有损法之安定性与可预见性的诟病。〔68〕笔者立足于我国司法实践,在运用从属性理论对法官斟酌的细节因素进行批判解析的基础上,致力于“综合衡量管理因素模式”的规范化与体系化,以期为法官筛选和评价因素提供指引。

### (一) 司法综合衡量因素的梳理与检讨

司法实践是细化发展劳动关系认定因素的主力军,也是研究制度本土生成的必要素材。梳理分析相关案例,既可有针对性地回应法官运用“综合衡量因素模式”中暴露的问题,也可从中发掘有利于完善该模式的裁判规则。为确保案例的权威性和代表性,本文聚焦于调研官方出版物发布的涉及传统劳动关系认定(排除平台用工)的案例,剔除所有未实质认定劳动关系的案件,〔69〕共筛选出82个符合研究要求的案例。〔70〕为便于观察和解析,除主观合意因素外,笔者提炼出法官经常衡量的27个典型客观因素作为重点研究对象,对比40个认定劳动关系和42个否定劳动关系的案例进行分析,通过表2展示。〔71〕

#### 1. 典型因素的统计分析

对案例中运用“综合衡量因素模式”的概况和特点作简要统计分析如下:

第一,劳动关系认定的基本规范框架是“主观标准+客观标准”,后者明显为重。

第二,主观合意有被不当倚重之嫌。该因素被用以否定劳动关系的频次几乎是认定劳动关系的两倍。

第三,客观标准对劳动关系认定意义重大,颇多因素即为明证,可分为偏重于“管理”和侧重于“经营”两大类因素,体现了司法采复合标准认定劳动关系的倾向,其中内含的丰富因素反映出以下重要信息:

其一,管理类因素体现的认定标准比经济类因素体现的标准更为重要,无论数量还是衡量次数,前者均远高于后者。

其二,管理类因素的认定具有以下特点:首先,“接受劳动管理、劳动管理程度、劳动规

〔68〕 参见前引〔5〕,谢增毅文,第1548页,第1552页;前引〔4〕,肖竹文,第160页。

〔69〕 本文筛选案例的标准是法官根据“确立劳动关系通知”(无论是否明确引用)或从属性理论,综合衡量个案中多个因素实质性地判定劳动关系,遂剔除依下列理由判定的案例:仅依据不符合主体资格;违法分包转包的建筑领域和挂靠经营的运输领域;仅依据合意;仅依据证明责任。

〔70〕 82个案例信息及来源如下:“聂美兰案”;丛明滋、最高人民检察院劳动争议案,最高人民法院(2016)最高法民再148号民事判决书(以下简称“丛明滋”案);最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选(分类重排本)》(民事卷10),人民法院出版社2017年版(7个案例);国家法官学院、中国人民大学法学院编:《中国审判案例要览》(2006年、2007年、2009年、2010年、2012年、2013年、2014年和2015年民事审判案例卷),中国人民大学出版社(2010年后由该社单独出版)、人民法院出版社(2006年、2014年、2015年各2个,其余皆为1个,共11个案例);国家法官学院、最高人民法院司法案例研究院编:《中国法院年度案例·劳动纠纷》(2012年—2022年),中国法制出版社(历年依次是4个、7个、4个、6个、7个、3个、6个、7个、4个、2个、4个,共54个案例);《人民司法·案例》2009年第20期、2010年第24期、2011年第6期、2012年第8期、2013年第22期、2020年第32期(共7个案例);《法律适用》2013年第3期(1个案例)。

〔71〕 就表2说明如下:第一,数字代表因素的衡量次数。第二,合意外的其他因素被分为“管理类”和“经济类”。6个报酬细节因素之外的21个典型因素完全覆盖法官梳理总结的因素,且两类因素各自反映的标准可类比于劳动和经济从属性。参见刘力、钟嫣然:《确认劳动关系纠纷案件的审理思路和裁判要点》,载黄祥青主编:《类案裁判方法精要》,人民法院出版社2020年版,第155页。第三,总计行中数字之后备注的“认”或“否”分别指此因素仅在认定或否定劳动关系的结果下被衡量。

章制度（包括劳动纪律）”虽均概括而未涉及工作履行的具体方面，但被衡量次数之多指明了劳动关系认定的方向——细致考察劳动管理。其次，劳动管理的探明取决于综合考量资方从不同维度指令约束工作履行，主要包括工作时间、内容、方式和地点。再次，“工作时间”因素对认定劳动管理最具分量。除“工时约束概述”被多次提及外，工时约束被细分为“上下班时间、考勤管理和请休假”三个子因素考察。其中，“考勤管理”最受关注，否定结果的高频引用更能突出工时约束对判定劳动关系举足轻重。所有工时约束因素被引的总次数居首，远超工作内容、方式和地点。总体而言，相较于其他管理因素，工作时间影响劳动关系的判定最为显著。最后，“指派工作”于认定劳动关系的意义值得探究，因为其虽未涉及具体的工作履行，但被衡量次数仅次于工作时间，在其他管理细节因素中位列第一。

其三，经济类因素的认定具备如下特征：一方面，“有报酬的劳动”及其5个细节因素的滥用现象严重。除“有报酬的劳动”和“支付主体”外，“计算方式、周期规律、数额稳定和酬劳性质”被衡量用于否定劳动关系的次数都远远高于认定结果。另一方面，其余6个因素同样呈现出被滥用的风险。“业务组成部分”和“为他人经营”之外的4个因素均多被用于否定劳动关系，尤其是“劳动成果/过程”和“为多家提供劳务”仅作此用。

表2 法院综合衡量之因素的统计分析

认定劳动关系与否	合意	管理类因素													经济类因素													
		接受劳动管理	劳动管理程度	劳动规章制度	劳动纪律	工时约束概述	上下班时间	考勤管理	请休假	工作方式	工作地点	工作内容	指派工作	亲自履行	惩戒措施	绩效考核	有报酬的劳动	支付主体	计算方式	周期规律	数额稳定	酬劳性质	业务组成部分	为他人经营	劳动成果/过程	经营风险承担	生产工具提供	为多家提供劳务
认40	15	23	3	9	1	2	0	6	3	2	5	1	9	3	3	1	5	10	2	3	1	2	18	7	0	3	4	0
否42	29	29	8	11	0	10	6	13	0	7	5	2	8	2	1	2	3	8	11	6	4	9	6	6	6	8	6	2
总计	44	52	11	20	1认	12	6否	19	3认	9	10	3	17	5	4	3	8	18	13	9	5	11	24	13	6否	11	10	2否

2. 经济类因素的反思

前文已对经济从属性不适宜作为认定标准作出论证。这里重点针对具体的经济类因素，继续论证其背后可类比于经济从属性的标准不适于认定劳动关系。

(1) 报酬细节类因素

有法官基于从属性理论列举了审查经济从属性的5个特征。除“个人收入是否主要或全部来源于单位”属于生存依赖意义的经济从属性而不可作为认定因素外，其余特征皆为表2中的典型因素涵盖。<sup>[72]</sup>值得注意的是，这5个特征未包括任何报酬细节因素，案例调研却表明这些因素已脱离理论，异化为法官否定劳动关系的“温床”，殊值检讨。根据指导思想的内在逻辑，一切报酬细节因素实则是资方承担工资风险即“用工经营风险”的结果表象，仅供

[72] 参见前引 [71]，刘力等文，第155页。

参考，否则倒果为因。简要检讨相关因素如下：“有报酬的劳动”和“支付主体”是所有双务合同的共性。“周期规律”亦可由民事劳务合同约定。即便是劳动关系，也承认有别于“数额稳定”的浮动工资。计件和计时的“计酬方式”均为劳动法承认，不能反映具体的法律关系。“酬劳性质”明显是倒果为因，是否为工资性质取决于劳动关系的判定结果。此外，未纳入统计的“支付底薪”同样是资方承担市场经营风险的结果，因为劳方不自主经营，故仅获得固定薪资作为提供劳动力的“保底”对价，至于经营劳动力的盈利自然归属于资方。何况“底薪”也可为民事劳务合同自由约定。至于“报酬称谓”更是不足为道。

## (2) 自主经营类因素

就表2中报酬之外其他6个反映是否自主经营的具体因素，以下逐一剖析其作为认定因素的不妥，因为它们均是劳动从属性导致“为资方劳动”的结果。为避免倒果为因，所有因素应围绕“劳动管理”，仅限于辅助说明。其一，业务组成部分。此为“确立劳动关系通知”第1条第3项规定的特征，因内涵外延不清而难以把握，弃之为妥。其二，为他人经营。该因素常与“为他人利益”一起出现而被等同使用，但两者均过于笼统，因为一切劳务关系皆有“为他人”之意。此外，运用两者又落入倒果为因的陷阱，因为它们都是“劳动管理”导致“为资方劳动丧失自主经营可能”的经济结果。其三，劳动成果/过程和经营风险承担。合并两者讨论缘于前者只是以“劳动者承担行为之债，自雇者承担结果之债”对后者的另一种表达而已。表2反映“劳动过程/成果”因素全部用于否定劳动关系，如法官常以提供劳务过程无指令约束或无具体要求为由判定资方注重劳动结果而非过程。<sup>[73]</sup>为避免滥用和倒果为因，两因素仅可用于辅助说明，因为两者皆为劳动从属性决定资方负担工资风险的结果。<sup>[74]</sup>其四，生产工具提供。该因素虽可反映投入经营成本，但仍不能替代审查劳动管理。有法官正确地指出，不能从提供办公物质条件推定掌控保险代理人开展业务。<sup>[75]</sup>其五，为多家提供劳务。该因素虽可反映“是否自主经营”，但忽略了非全日制工可以建立多重劳动关系的现实，所以仍须回归劳动管理审查是否实质上限制提供劳务者自主经营的可能。

## (二) “综合衡量管理因素模式”的要义：使劳动者丧失自主经营可能的指令

法院“综合衡量个案因素”认定劳动关系时，未作系统性思考而给人以随意选取和堆积因素的印象，遑论明确区分与阐释具体因素。问题的根源仍在于忽视立法者构建劳动者类型概念的指导思想，并据此筛选和评价认定劳动从属性核心标准的因素。有学者认为，人格从属性的核心应为“受拘束下的服从”，解读其重要特点即“拘束强度”为劳动者在给付劳务的全程中受到监督、惩戒直至解雇，资方借此树立权威并实现“对劳动者内心活动过程的干涉与强制”。<sup>[76]</sup>该观点强调劳动受拘束固然正确，但因未能领悟到人格从属性使劳动者丧失自主经营可能的本质，而最终偏离重心地误读“拘束强度”为强制干预劳动者人格。

[73] 有法官指出，报社对送报过程无严格监管，不符合劳动关系重过程的重要特征（参见前引〔7〕）。有法院以配送公司对送奶工不作指示为由，认定公司注重劳动结果，而非劳动过程（参见陈文军、陈海挑：《送奶工身份之辨》，《人民司法·案例》2010年第24期，第71页）。

[74] 参见林更盛：《劳动契约之特征“从属性”》，载氏著《劳动法案例研究》（一），中国台湾翰芦图书出版有限公司2002年版，第12页。

[75] 参见夏某与某某保险股份有限公司宁波分公司劳动争议纠纷案，浙江省慈溪市人民法院（2011）甬慈民初字第989号民事判决书。

[76] 参见前引〔4〕，王天玉文，第289页，第291页以下。“对劳动者内心活动过程的干涉与强制”实为常被引用的我国台湾地区学者黄越钦对人格从属性的解释。参见黄越钦：《劳动法新论》，中国政法大学出版社2003年版，第94页。

笔者认为,裁判者须依循自然衍生于指导思想的核心要义——通过指令约束工作履行使劳方丧失自主经营的可能,综合衡量管理类因素来认定劳动从属性。提请注意者有二:第一,考察管理因素的全面性。个案和行业差异虽使因素范围具有开放性,但绝不意味着法官可以根据预判结果的需要随意选取因素,甚至对与结果不符的因素视而不见。法院须根据契合指导思想的要义,全面斟酌个案中积极和消极影响劳动者自主经营和保障指令管理的所有因素。第二,评价管理因素的客观性。个案和职业差异决定了即便是同一因素也不必被等量齐观,具体权重仍由法官结合个案裁量。但法官同样不得根据预判结果的需要,随意解释评价因素,须在“使劳动者丧失自主经营可能”的意义上综合权衡管理类因素。

最后,须再明确影响指令管理存否的两个要点。第一,“劳动管理”无须以指令的实际行使为断,存在指令权即可。德国通说仅要求明示或默示约定资方具有单方决定劳动给付的指令权,至于何时及如何行使则在所不问。欧美国家也大多以有权下达细化工作的指令为准。<sup>[77]</sup>这也契合指导思想,资方享有随时待用的、能使劳方无法自主经营的指令权即为已足。因此,以下情形均不影响认定指令管理:指令是否须涉及每个工作细节,指令是否须有特定方式(个别或一般指令皆可),甚至通过合同详尽规定工作履行而无需作出指令亦可。<sup>[78]</sup>第二,“劳动管理”排除两大非由资方指令管理使劳方丧失自主经营可能的情形。其一,职业性质固有的约束。如某律师长驻客户企业做尽职调查,显然不能机械地以地点约束为由认定劳动关系。其二,职业规范的公法义务。此非劳方服从资方指令,而是公法为维护行业健康发展规定的职业行为规范,如保险经纪人监管规定。<sup>[79]</sup>须注意的是,若劳动合同或规章制度实质上超出公法规范的管理限度,则应当就此认定指令约束。

### (三)“综合衡量管理因素模式”的体系化:围绕“指令管理”展开

“一审稿”第3条第1款规定“在用人单位的管理下”和“确立劳动关系通知”第1条第2项连续规定“规章制度、劳动管理和安排的劳动”,指明了围绕“指令管理”认定劳动关系的方向。<sup>[80]</sup>笔者立足于“综合衡量管理因素模式”的要义,对表2中的管理性因素进行体系化区分与批判性解析,发掘其背后的有序逻辑,形成表3中的规范体系。

#### 1. 指派工作:指令劳动管理的开启

根据债法基本原理,资方“指派工作”后自然开启了从各方面指令管理工作的过程,即亲自履行、工作时间、内容、方式和地点等。表2显示“指派工作”被衡量次数在管理细节因素中仅次于工作时间。它于认定劳动关系的意义之大是因为与下面详论的工时约束紧密关联,能否拒绝直接决定了提供劳务者自主支配时间的可能。因此,法院常以不得拒绝工作安排为由认定劳动关系,反之则否定并额外强调拥有不受指令约束工作的自主权。<sup>[81]</sup>“指派工作”联结了“工作时间”与其他管理细节因素:资方分派工作任务后,根据充分使用劳动力的经营需要,从不同角度指令管理执行工作。

[77] 参见前引[38],Rebhahn文,第166页;前引[23],Jooho Lee文,第786页。

[78] Vgl. BeckOGK/Maties, 1. 1. 2023, BGB § 611a Rn. 128 ff.

[79] 参见前引[10],Schaub等书,第8节,边码23。有法官正确地否定公法规范义务为指令约束,指出公司基于出租汽车行业要求对司机的安全、教育培训等,不能作为认定劳动管理的依据。参见曾耀伟与重庆悦达汽车运输有限公司荣通出租汽车分公司合同纠纷案,重庆市第二中级人民法院(2020)渝02民终1143号民事判决书。

[80] “指令约束”毫无争议地成为各国首选的具有适用性的劳动关系认定标准。参见前引[43],Wank文,第143页。

[81] 参见高继发与山东得益乳业股份有限公司劳动争议纠纷案,山东省淄博市中级人民法院(2013)淄民再终字第71号民事判决书。



表 3 认定劳动关系之管理因素的规范体系

认定劳动关系的指导思想：劳动者为资方劳动丧失自主经营的可能			
认定劳动关系的唯一标准：致丧失自主经营可能的劳动从属性			
劳动从属性的系统认定	因素与意涵		示例
指派工作	分派工作：开启工作履行的指令管理		如指派当天梳理严重违纪解雇案件
工作履行 各维度的指令约束	工作时间： 考勤管理	约束维度 1. 工时总量	如约定或法定工时、请休假制度等
		约束维度 2. 工时安排	如上下班时间、每周的排班安排等
	工作内容：指令提供“何种”劳务		如负责维修更换电动汽车的蓄电池
	工作方式：指令“如何”提供劳务		如指定使用某款软件进行数据分析
	工作地点：指令“何处”提供劳务		如指令在公司、居家或某区域工作
	其他针对工作履行细节的指令管理		如对某天工作任务完成的流程管理
规章制度	聚焦管控工作及其保障措施的内容		如迟到一次记小过，三次则记大过
监督→考核→惩戒	服务于贯彻指令权的系列保障措施		如监控探头、绩效考核、奖惩措施

## 2. 工作时间：权重最高的管理因素

不考虑笼统的“接受劳动管理”，无论是从引用次数还是衡量维度，工作时间类因素在所有因素中最受重视。表 2 揭示了工作时间是对认定劳动关系权重最高的因素。但该因素未受学界重视，故有必要阐明工时约束的重要地位。

首先，立法者强调工时约束的重要性。劳动法专章规定工作时间，国务院专门制定工作时间法规。劳动合同法第 68 条先从资方支配的日均和周累计工时定义非全日制用工，随后第 69 条第 2 款以“后份工不得影响前份工”为原则协调多份非全日制工。这清晰体现了劳动者丧失自主支配时间之可能的本质。因此，“确立劳动关系通知”第 2 条将“考勤记录”隐藏于参照凭证，似严重削弱了工时约束的重要作用。德国民法典第 611a 条第 1 款第 3 句明定指令约束使劳动者不能自由决定工作时间，凸显其是不可动摇的劳动关系特征。<sup>[82]</sup>

其次，裁判者承认工时约束的重要性。表 2 清晰表明，法官频频以“考勤管理、打卡、请休假、工时安排”等表述说理，正确地将反映工时约束的细化因素置于远高于参考的应有地位。“聂美兰案”强调实际出勤天数影响实发工资，即展现了资方须为劳动者提供劳动力的特定时间支付对价的本质。德国联邦劳动法院亦强调资方能在特定时间内支配劳动力对于认定劳动关系具有决定性意义。<sup>[83]</sup> 即使针对平台用工，最高人民法院在“稳定就业意见”第 7 条细化综合衡量认定“劳动管理程度”的因素时，首先列举“劳动者对工作时间及工作量的自主决定程度”，凸显工时约束于新业态劳动关系认定的首要地位，工作量实则是对工作时间“总量”维度的约束。

最后，指导思想决定工时约束的重要性。劳动者受指令约束源于放弃自主经营而将劳动力于特定时间内提供给资方使用，此为工作主给付义务的本旨。工时约束于认定劳动关系的重大意义，也流露于著名经济学家对如何利用自己时间的感叹之中，因为资方正是在劳动者主动放弃或被动丧失自主利用工作时间的可能后，代替劳动者花费其“时间硬币”的人。<sup>[84]</sup>

然而，法官斟酌工时约束较为粗放。为充分发挥工时约束于界定劳动关系的功用，笔者尝

[82] Vgl. Preis, § 611 a BGB - Potenziale des Arbeitnehmerbegriffes, NZA 2018, 820.

[83] Vgl. BAG 27. 03. 1991, AP Nr. 53 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

[84] 参见 [美] 保罗·萨缪尔森、威廉·诺德豪斯：《经济学》，萧琛主译，商务印书馆 2020 年版，第 11 页。书中引用了美国诗人卡尔·桑德堡有关时间的经典诗句：“人们最常面对的重要决策是如何利用自己的时间，当心，切勿让其他人替代你去利用这枚唯独你自己拥有且可自行决定如何花费的硬币。”

试划分约束工作时间的两个维度，即“总量”和“安排”。

工作“总量”约束绝非指简单计算工作时长，而指劳动者可自主支配的时间总量受到限制，须在法定的最高工时或约定的具体工期内，提供劳动力给资方使用。<sup>〔85〕</sup>因此，“随叫随到”型的工时控制通常是认定劳动关系的决定性因素，因为资方通过要求劳动者随时待命工作完全排除了其自主利用劳动力时间的可能。<sup>〔86〕</sup>“请休假”是资方确保工时总量的制度，构成细化工时总量约束的重要因素，如“聂美兰案”着重指出请假单显示请假需经公司批准。尤须注意的是，工时总量不得由资方指令单方变更，因为事关劳动合同之核心主给付义务的工作“量”，与工资对待给付密切相关，<sup>〔87〕</sup>只得由劳动合同约定和劳动规章制度或集体合同规定。

工作“安排”的约束指资方如何具体安排使用法定或约定的工时总量，主要包括上下班时间、工间休息和分配工作时间至具体工作日。工时安排不涉及主给付义务的量，所以可由资方指令单方确定使用工时的具体状况。“上下班时间”是细化工时安排约束的典型因素，法官常用“不约束何时工作”“不要求遵守上班时间”等表述，足见该因素对判定能否自主决定时间至关重要。有案例正确地否定了职业或行业性质使然的固定上班时间为劳动管理，如要求每天八点半之前到公司与快递业务的性质有关。<sup>〔88〕</sup>

权重甚高的工时因素引发的问题是，在认定劳动关系时如何客观评价工时约束“使劳动者丧失自主经营的可能”。德国学者提出的方案可资借鉴，即以全日制工的法定最高工时作为参照标准，判断提供劳务者是否以及在多大程度上值得社会保护，因为全日制工通常在特定期限内将全部劳动力提供给资方使用而丧失自主经营谋生的能力。<sup>〔89〕</sup>其正当性在于法定最高工时彰显了立法者通过规定劳动者丧失自主经营可能的具体时间来匹配社会保护的价值判断。须注意的是，基准工时量不得包括加班工时，且不同行业就基准工时量的约束具有差异性。

### 3. 其他管理因素：由“工作时间”引领

工时约束固然权重更高，但细致全面考察对工作履行其他方面的指令约束，方能综合判断资方限制提供劳务者自主经营可能的程度。契合劳动管理的要义，资方为追求在特定时间内高效利用劳动力，通过指令从工作的各维度限制劳动者自主支配时间，从而使其丧失自主经营的可能。因此，其他管理因素顺理成章地围绕和服务于有效利用工作时间展开。

其一，亲自履行：指令“何人”提供劳务，确保资方支配所招聘劳动者的工作时间。与其他民事劳务合同的亲自履行义务本质不同，资方为实现经营目的招用合适人员，之后契合劳动管理的要义，借“亲自履行”排除或根本限制劳方在约定的工作时间内同时自主为他人提供劳动力的可能。因此，最高人民法院在“丛明滋案”中，将“报社因丛明滋可找人代为投递而不具有劳动力使用上的专属性”作为否定劳动关系的理由之一。需注意的是，亲自履行仅可作参考，因为自雇者也可负担该义务，如承揽或委托合同。此外，合同双方可自由约定“替代履行”，但以此否定劳动关系取决于该约定不仅表面可能，而且实际履行。<sup>〔90〕</sup>

其二，工作地点：指令“何处”提供劳务，借物理空间约束支配和监督有效的工时。

〔85〕 有法院否定证券经纪人的劳动者身份时，正确地指出该经纪人不需严格遵守8小时工作制。参见李兴龙与国泰君安证券股份有限公司劳动争议案，北京市第三中级人民法院（2014）三中民终字第05932号民事判决书。

〔86〕 Vgl. ErfK/Preis, Arbeitsrecht Kommentar, 23. Aufl. 2023, BGB § 611a Rn. 37.

〔87〕 Vgl. ErfK/Preis, Arbeitsrecht Kommentar, 23. Aufl. 2023, GewO § 106 Rn. 3, 32.

〔88〕 参见蔡凯凯与启东市瑞隆速递有限公司确认劳动关系纠纷案，江苏省南通市中级人民法院（2015）通中民终字第00156号民事判决书。

〔89〕 参见前引〔13〕，Beuthien等文，第6页。

〔90〕 Vgl. Reinecke, Rechtsprechung des BAG zum Arbeitnehmerstatus, NZA-RR 2016, 398.

德国学者指出，自主决定在何处提供劳务的自雇者通常不提供劳动力给接受劳务者支配使用。<sup>[91]</sup>因此，合同约定或资方指令在某一固定或不同地点提供劳务，往往是认定劳动关系的重要表征，只要提供劳务方对此无自主决定权。<sup>[92]</sup>工作地点虽是资方用于控制劳动力的传统方式，但该因素的作用受到工作性质和技术发展的制约，例如外勤人员的工作地点灵活，甚至有些工作根本无工作地点的要求，如居家办公和数字用工。此局限可通过着重考量认定劳动者类型概念的其他管理因素得以弥补，如工作时间和专业指令的约束。

其三，工作内容和方式：指令提供“何种”劳务与“如何”提供劳务，通过细化劳动给付决定如何使用可支配的工作时间。表2反映工作内容通常较少被斟酌，主要是因为劳动合同大多对此已有详细约定，以至于指令权退居其次。工作内容和方式的指令权限大小根据劳动合同对此约定的程度而定，即劳动合同约定越详细，指令权限就越受限，但指令权限小不必然意味着劳动者的自主权限大。比如，资方事先在合同中详定如何履行工作且未同时赋予劳动者自主安排工作的权限，则更能表明劳动从属性。工作方式虽作为重要表征被更多考量，但它对于认定劳动关系既非充分也非必要。尤其是针对高技术人才（如医师、工程师等），工作方式于判定劳动关系愈发捉襟见肘，因为资方事实上无法下达专业指令，反而根据工作性质需要，通常须赋予这些具备专业知识技能的劳动者更大的工作自主权。然而，只是专业指令弱化了，资方仍享有针对工作履行其他方面的指令权，如工作流程、时间、地点以及行为规范等。<sup>[93]</sup>因此，这些高技术人才仍可基于其他指令约束被认定为劳动者。

#### 4. 劳动规章制度：聚焦于管理的内容

表2表明，并不涉及工作履行细节的劳动规章制度被高频引用。这是法官笼统使用“遵守/适用规章制度”说理，回避细致认定劳动管理的结果。笔者认为，规章制度当然重要，但法院尽早摒弃此欠缺说服力的释法说理方式为妥。法官应从通常由资方单独决定的规章制度的两种基本法律形态即一般抽象性指令和格式条款出发，<sup>[94]</sup>细致考察其中聚焦反映劳动管理（工作履行的各维度约束）及其保障措施（监督、考核与奖惩）的内容，以探明资方借此达到的指令管理程度。如前所述，即使资方事先通过规章制度详定这些内容以达到较少行使指令权的效果，也不能贸然否定反而应当肯定劳动从属性的存在。

#### 5. 保障指令管理：监督→考核→奖惩

监督、考核和奖惩不是关涉工作履行的细节因素，而是资方保障指令管理贯彻的“组合拳”。监督先行以督促工作义务的适当履行，考核是紧随其后决定奖励或惩罚的前置程序，奖惩则是最终从积极或消极方面激励或威慑员工将来适当履行。由此，旨在保障指令权落实之监督→考核→奖惩的逻辑链自然生成，但无一可替代“劳动管理”的认定，仍须通过细致考察指令约束工作履行的具体状况定夺。加大三项保障措施的力度，会同时增强指令管理的实效，使“劳动者丧失自主经营的可能”立竿见影。

## 结 语

个别劳动者的原型——全日制工可作为中心概念发挥基准作用，辐射影响认定其他单行法的

[91] Vgl. MünchArbR/Richardi, 3. Aufl. 2009, § 17 Rn. 28.

[92] Vgl. ErfK/Preis, Arbeitsrecht Kommentar, 23. Aufl. 2023, BGB § 611a Rn. 39.

[93] Vgl. MünchArbR/Temming, 5. Aufl. 2021, § 18 Rn. 26.

[94] 参见朱军：《论我国劳动规章制度的法律性质——“性质二分说”的提出与证成》，《清华法学》2017年第3期，第105页以下。

劳动者概念。个别劳动关系认定的指导思想“为资方劳动丧失自主经营的可能”，应作为剖析从属性理论争点和进行规范建构与适用的主线。从属性理论争议方面，劳动从属性的本质是资方通过指令管理使劳动者丧失自主经营的可能，统合人格、经济和组织三大从属性。“生存依赖性”和“为资方劳动”的经济从属性是劳动从属性必然导致的双重经济结果。组织从属性可根据侧重内容，相应归入其他从属性而无独立必要。因此，经济和组织从属性均不必且不宜作为核心标准。规范构建与适用层面，劳资双方通过合意订立劳动合同建立劳动关系。法官须谨遵“事实优先原则”，最终以劳动从属性为客观核心标准审查合同的实际履行为断。依循指导思想，法官应选取和评价个案中所有涉及和保障指令管理的因素来综合认定劳动关系。其中，工作时间因素的权重最高，引领其他约束工作履行的因素，旨在使资方能够高效支配利用劳动力的时间。

即使在数字劳动日益盛行的当下，传统劳动关系判定的从属性理论作为元问题仍是研究平台用工法律关系的逻辑起点。本文致力于厘清的从属性理论可作为将来进一步深入研究平台用工课题的基础。〔95〕

---

**Abstract:** Many disputes can be resolved by revealing the idea of “the loss of probability of entrepreneurial independence as a result of working for an employer” as the guiding principle in determining individual employment relationships. In terms of the subordination theory, the personal subordination, the economic subordination and the organizational subordination are integrated into the labor subordination. The essence of the labor subordination is that employers deprive the workers of their probability of entrepreneurial independence through command and management, which has nothing to do with the workers’ personality. The economic subordination of “survival dependence” and “working for the employer” are the dual economic results inevitably caused by the labor subordination, and it’s neither necessary nor appropriate to use the economic subordination as a core standard. The organizational subordination of “command constraints” and “working for the employer” can be classified into the other two types of subordination and thus has no need to exist independently. According to the above, rules for determining employment relationships should be set up from subjectively to objectively. Although the employment relationships are constructed through parties’ consent, courts should strictly abide by the “fact-first principle” and review the actual relationship based on the core objective standard, i. e., the labor subordination. Courts should evaluate all elements involved in or guaranteeing order management to make a comprehensive analysis of employment relationships. Working hours have the highest weight among all management factors, and other factors in work directions all revolve around and serve the efficient use of working hours.

**Key Words:** employment relationship determination, loss of probability of entrepreneurial independence, labor subordination, labor management, working hours

---

〔95〕 参见前引〔5〕，谢增毅文，第1563页。传统从属性理论远未过时，尤其体现在当下许多德国学者基于“为资方劳动丧失自主经营的可能”这一指导思想下的从属性理论来应对平台用工劳动关系认定的挑战。Vgl. Kurt, Schutz und Verantwortung in der digitalen und globalen Arbeitswelt, Nomos 2020. 有学者最新研究的“技术从属性”或许本质就是“算法权力升级版”的劳动从属性。参见前引〔21〕，田思路文，第132页以下。