

算法控制视域下平台用工劳动关系认定的困境与出路

罗寰昕*

目次

- | | |
|-------------------|------------------|
| 一、从“平台”到“算法” | 四、从“劳动关系”到“劳动权利” |
| 二、“算法控制”的从属性检验 | 五、结语 |
| 三、“算法控制”的劳动关系认定困境 | |

摘要 “算法控制”描述的是平台应用算法控制劳动力与劳动过程的用工事实。对“算法控制”进行从属性检验,人格从属性的检验要素可从指示与服从、监督与惩罚、考核与薪酬方面考察;经济从属性的判断可从经济依赖性和劳动力与生产资料结合的角度展开;对于利用算法实质实施劳动管理的平台,应认定其用工关系具备组织从属性。以“专送骑手”为分析样本,“算法控制”揭示其存在“共同雇主的劳动关系认定困境”。对此,规制重心应从“劳动关系”转向“劳动权利”,将共同雇主管理下用人单位如何归属的难题转化为共同雇主内部的用工责任如何分担的问题。平台处于平台用工生态的关键环节,控制核心劳动条件,应承担“守门人”责任。“从‘劳动关系’到‘劳动权利’”之提倡,强调对具有一定程度从属性的平台从业者予以相应劳动保护,对其他类型平台用工的劳动保护研究亦具有方法论意义。

关键词 算法控制 平台用工 劳动关系认定 劳动权利

DOI:10.19375/j.cnki.31-2075/d.2023.02.001

伴随中国特色社会主义进入新时代,我国数字经济逐渐迈向全面扩展期,数字经济蓬勃发展不断培育激励新业态成长,催生出“网约工”等多种灵活就业形式。国家统计局及人社部数据显示,我国就业人口数量 7 亿余人,^[1]其中,全国灵活就业人员就占 2 亿人。^[2]据《中国灵活用工发

* 中国人民大学法学院博士研究生。本文系 2018 年度国家社会科学基金重大项目“我国社会法的概念、原则、理论与实践”(项目编号:18ZDA140)和最高人民法院 2022 年度司法研究重大课题“算法技术的法律规制研究”(项目编号:ZGFYZDKT202211-01)的阶段性成果。

[1] 参见《2021 年度人力资源和社会保障事业发展统计公报》,载中华人民共和国中央人民政府网站, <http://www.gov.cn/xinwen/2022-06/07/5694419/files/92476f85ea1748f3816775658bbd554f.pdf>。

[2] 《目前我国灵活就业规模达 2 亿人》,载中华人民共和国中央人民政府网站, http://www.gov.cn/xinwen/2021-05/20/content_5609599.htm。

展报告(2021)》蓝皮书,2020年中国企业整体采用灵活用工的比例达到55.68%。^{〔3〕}平台用工是灵活就业的主要形态之一,其一方面表现出吸纳就业、刺激经济增长的巨大潜力,另一方面因平台用工在劳动关系认定中分歧众多,存在从业者劳动与社会保险权益保障缺失等固有弊端。平台从业者“被困算法”正演变为数字经济时代新兴的劳动保护困境,亟须制度回应。基于上述问题,本文从“算法控制”视角对平台用工实践展开研究,首先着眼于在算法控制视域下劳动关系如何认定的问题,即平台算法对从业者如何实施控制、从业者何种程度上从属于平台。其次,结合劳动关系认定的从属性检验,以“专送骑手”作为分析样本,揭示劳动保护面临的现实困境。最后,提出突破劳动关系认定之保护思路,围绕“劳动权益”构建平台从业者的劳动保护。

一、从“平台”到“算法”

自平台用工发端以来,学界业界关注焦点集中于“平台”这一新型劳务交易载体。随着“被系统困住的骑手”受媒体广泛报道,^{〔4〕}社会公众对平台系统内部算法应用的讨论增多,算法技术背景下平台从业者劳动权益缺失问题进入法学视野。

(一) 从平台用工到算法用工

平台用工领域有关算法的研究最早可见于传播学、社会学。李(Lee)等首次提出“算法管理”(algorithmic management)这一术语,描述由数据驱动的算法如何对平台从业者及其工作实践产生影响。^{〔5〕}紧随其后,亚历克斯·罗森布拉特(Alex Rosenblat)等通过一项9个月的实证研究拓展了对“算法管理”的理解,考察了优步司机在自动化和算法管理制度下的劳动体验。^{〔6〕}牛津大学劳动法学者杰里米亚斯·普拉斯(Jeremias Prassl)是法学领域最早开始研究平台算法对劳动实践影响的学者之一,他基于罗森布拉特的研究,指出应当完善关于“控制”(control)的法律概念,使其能够包括更广泛的指令和控制。^{〔7〕}可见,有关平台算法对劳动关系的影响在西方学术研究进程中较短时间内经历了从社会学到法学的蔓延,实证研究对平台从业者人身自由和体面工作的关切迅速对接到新兴科技给劳动法带来的挑战及劳动法保护范围的延伸扩展等命题。

由于平台用工商业模式之运作在世界各国范围内具有相当共性,“算法管理”的概念很快被我国学者吸收,并将其发展成为对互联网平台劳动过程控制的研究,成果日益丰富。孙萍的研究基于“算法管理”的概念,通过量化分析及民族志搜集,指出外卖配送员实际上受制于严格的算法控制和管理,平台试图缩短派送时间以优化人力资源和榨取外卖工人产出的剩余价值。^{〔8〕}陈龙对

〔3〕 参见杨伟国、吴清军、张建国:《中国灵活用工发展报告(2021)》,社会科学文献出版社2021年版,第25页。

〔4〕 参见赖祐萱:《外卖骑手,困在系统里》,载《人物》2020年第8期。

〔5〕 See Min Kyung Lee, Daniel Kusbit, Evan Metsky & Laura Dabbish, *Working with Machines: The Impact of Algorithmic and Data-Driven Management on Human Workers*, Proceedings of the 33rd Annual ACM Conference on Human Factors in Computing Systems, Association for Computing Machinery, New York, NY, USA, p.1603-1612.

〔6〕 See A. Rosenblat & L. Stark, *Algorithmic Labor and Information Asymmetries: A Case Study of Uber's Drivers*, 10 International Journal of Communication 3758-3784 (2016).

〔7〕 Jeremias Adams-Prassl, *What if Your Boss Was an Algorithm? The Rise of Artificial Intelligence at Work*, 41(1) Comparative Labor Law & Policy Journal 123-146 (2019).

〔8〕 See P. SUN, *Your Order, Their Labor: An Exploration of Algorithms and Laboring on Food Delivery Platforms in China*, 12 (3) Chinese Journal of Communication 308-323 (2019).有关网约劳动过程的中文研究,另可参见叶韦明、欧阳荣鑫:《重塑时空:算法中介的网约劳动研究》,载《浙江学刊》2020年第2期。

外卖骑手的劳动过程进行研究,指出平台系统与消费者取代了平台公司对骑手进行管理,平台系统通过潜移默化地收集、分析骑手数据并将数据结果反作用于骑手,形成“数字控制”。〔9〕相似地,自算法与劳动控制相关研究在社会学等学科内如火如荼展开以来,国内劳动法学界也对其实证研究学术资源进行了初步的引用与对接,讨论的焦点集中在平台用工责任分担、劳动基准、集体协商、劳动歧视等命题。〔10〕算法管理技术催生的全新劳动控制形式是劳动法学研究领域的新版图。进入人工智能时代,我国劳动关系认定要素、劳动法律保护范围、劳动权利适用前提亟待新的探索。

(二)“算法控制”的法学诠释

“算法控制”的本质是人工智能在人力资源领域的运用。在平台用工领域,算法应用几乎是伴随平台的诞生而出现的。平台用工的模式核心是利用互联网和移动通信快速匹配劳动力供需方,一方面提高闲散劳动力资源的配置效率,另一方面极大降低企业交易成本。平台“快速匹配”效果依赖“派单算法”实现。以网约车平台为例,“派单算法”对供需预测、路径规划、服务水平、司乘判责等方面进行复杂计算,由此提升平台派单的预测能力和调配能力,实现最优运力调度。

算法与平台用工从过去到现在一直如影随形。然而,在平台用工诞生之初,劳动法学界大部分注意力都集中于平台从业者的法律地位及相伴而生的劳动关系认定问题,着重强调“平台”这一新型劳务交易载体,鲜见对算法应用的讨论。论及平台用工责任,首要面临的问题即是基于上述交易形态,平台与从业者之间是否成立劳动关系。事实上,平台用工中的算法应用实践与平台用工关系的法律性质认定息息相关。我国劳动关系认定的学理标准以“从属性”为核心,包括人格从属性、经济从属性和组织从属性。〔11〕在工厂劳动时代,劳动过程的控制权由典型劳动关系中用人单位一方在物理空间内行使;进入人工智能时代,大数据与深度学习使虚拟空间的算法控制劳工成为可能。劳动法的制度基础即控制与从属,从属性是劳动关系区别于民事关系的重要特征,是确定一种关系何时应纳入劳动法特殊保护的关键因素。劳动者所处从属地位是其享受倾斜保护的前提条件,控制测试(control test)、从属测试(subordination test)或依赖测试(dependency test)是决定劳动者地位的关键概念,劳动法本身则往往被定义为保护从属劳动的法律。〔12〕我国劳动法学的产生背景虽然与发达资本主义国家不同,但学界对从属劳动理论是普遍认同的,〔13〕认为“‘从属性’构成了劳动关系的独有特征,是劳动关系与其他领域的法律关系相区别的关键点,在这一点上没有争议”,〔14〕进而,对劳动关系成立与否的讨论往往是基于“从属性”的考察。

随着深度学习算法的发展和平台算法的不断深入应用,算法控制已成为“从属性”考察中必不可缺的要素。在以往的讨论中,已有多方注意到“算法控制”的作用。2015年美国平台用工标志性案例O'Connor诉Uber案中,法院专门就平台控制权进行解释,指出Uber通过应用数据随时随地监控

〔9〕 参见陈龙:《“数字控制”下的劳动秩序——外卖骑手的劳动控制研究》,载《社会学研究》2020年第6期。

〔10〕 参见田思路:《技术从属性下雇主的算法权力与法律规制》,载《法学研究》2022年第6期;田野:《平台外包经营中的用工责任分配——基于“算法管理”的“相应责任”厘定》,载《政治与法律》2022年第8期。

〔11〕 劳动关系认定的制度依据乃《关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部发〔2005〕12号)(以下简称《确立劳动关系通知》)。学理上一般将其解读为从属性、经济从属性和组织从属性。参见林嘉:《劳动法的原理、体系与问题》,法律出版社2016年版,第84页。

〔12〕 See Takashi Araki & Sylvaine Lulom, *Organization, Productivity and Well-Being at Work*, in Giuseppe Casale and Tiziano Treu eds., *Transformations of Work: Challenges for the Institutions and Social Actors* (Bulletin of Comparative Labour Relations 105), Wolters Kluwer, 2019, p.326.

〔13〕 参见田思路:《工业4.0时代的从属劳动论》,载《法学评论》2019年第1期。

〔14〕 董保华:《论非标准劳动关系》,载《学术研究》2008年第7期,第51页。

(monitor)司机的工作表现和行为,并引用福柯“有意识的和永久的可见状态确保权力的自动运行”的论述来说明这是一种巨大的控制权。^[15]国内备受关注的“李相国案”中,一审法官指出:“平台恰借助其对相关信息及技术手段的掌控权,而在与从业者的用工关系中处于强势支配地位。”^[16]这一论述关注到平台通过技术手段对从业者工作过程实施的各方面控制,并指出其处于支配地位的事实。

本文是对算法控制视域下平台用工的劳动关系认定进行系统性研究的一次尝试,围绕从属性检验展开。“算法控制”描述的是平台应用算法控制劳动力与劳动过程的用工事实。相较对“平台”作为交易载体的关注,算法控制关注的是平台在内部劳动管理意义上的控制形态,直接影响平台如何控制从业者与从业者是否从属于平台,进而关系到平台用工关系的劳动关系认定结论和平台从业者所享受到的劳动权利范围。对算法控制的研究,是在劳动关系领域对算法予以规制所做出的一种努力——劳动法律如何介入算法应用。进一步,对平台用工中算法的角色定位、作用过程及影响后果展开研究,有助于继续探寻平台在从业者劳动权利保护方面应承担的用工责任。

二、“算法控制”的从属性检验

平台算法直接作用于从业者工作分配、工作方式和评估各个阶段,这种算法作用在外观上呈现出类似典型劳动关系的“平台控制”与“从业者从属”特性,引发对平台用工关系的劳动关系认定反思。从属性检验是劳动关系认定的金标准。尽管平台用工研究领域已积累了详实丰富的事实判断结论和法律解释成果,从这一角度来说,立法论已然走向平台用工研究舞台的中央。^[17]然而,在算法控制视域下展开平台用工研究,仍应优先关注事实判断,为重新审视平台用工实践中的“控制”与“从属”创造一次机会。

(一) 人格从属性: 算法指令是否构成劳动命令

人格从属性指将劳动者个人置于用人单位的控制范围内,并支配劳动者的人身、人格,具体考察要素包括工作内容、工作量、劳动过程、劳动强度等。^[18]劳动关系双方主体具有唯一性和不可替代性。有学者将人格从属性归纳为服从工作规则、服从指示、接受检查及接受制裁四个方面,^[19]另有学者以用工自主权、^[20]指示命令权、^[21]监督权、惩处权等来表达用人单位对劳动者实施的控制及双方的隶属关系。综合劳动法律规范、学界和司法裁判对人格从属性的解释,下文从指示与服从、监督与惩罚、考核与薪酬三方面对算法控制下的平台劳动过程予以分析。

1. 指示与服从

平台从业者通过互联网应用程序接受任务并开展工作。一般而言,从上线起,从业者的各项行动就必须接受应用程序的持续监控与记录,如果拒绝后台的数据搜集请求,接单应用将不能正

[15] O'Connor v. Uber Technologies, Inc. et al., C13-3826 EMC (N.D. Cal. Sep. 17, 2013).

[16] 北京市海淀区人民法院民事判决书,(2017)京0108民初53634号。

[17] 在平台用工关系难以认定为典型劳动关系的通说背景下,涌现了大量职业伤害保障制度构建研究,参见姜宇:《平台经济从业者社会保险法律制度的构建》,载《法学研究》2020年第2期;李坤刚:《“互联网+”背景下灵活就业者的工伤保险问题研究》,载《法学评论》2019年第3期。

[18] 参见林嘉:《劳动法的原理、体系与问题》,法律出版社2016年版,第95页。

[19] 参见黄越钦:《劳动法新论》,中国政法大学出版社2003年版,第95页。

[20] 参见侯玲玲:《论用人单位内工作调动》,载《法学》2013年第5期。

[21] 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》,载《法律适用》2012年第12期。

常启动。基于对平台从业者行动轨迹及行为数据的精确掌握,结合算法系统的精密运算,平台可以对从业者发出指令,就每一个工作步骤设定完成要求和辅助指引。对从事货运、客运的网约车司机而言,平台系统通过智能手机中的全球定位系统和传感器等功能可以追踪、收集行驶速度、司机所在位置和行驶平稳程度等各项数据。对外卖、同城快送配送员而言,不仅其在户外进行配送活动时的运动轨迹被记录,进入室内,平台系统还可以识别其运动状态,包括到店时间、停留商家的时长、顾客住址楼层、通知顾客下楼取餐时间、等待顾客取餐时长和送达时间等,并生成历史数据。平台在掌握配送数据的基础上实现了对从业者的实时个性化、动态化管控。由于平台的信息支配地位和算法的强大运算功能,算法应用往往带有“控制”色彩,从业者在劳动过程中必须服从平台指令,自主性受限。以司机、配送员为例,一是由于实时路况复杂,加上顺路单、最近乘客订单等考虑要素,从业者实际难凭一己之力做出优于导航系统的路线规划;二是从业者对平台的大数据运作和算法技术具有天然的信任和依赖,相信其在预计时间、路线导航方面的科学性;三是平台的规则要求与其发布指令紧密关联,如平台对配送员的送达时间要求是根据平台自身路线规划和算法计算的路程时间做出的。并且,消费者可以通过手机看到配送员的轨迹数据,当消费者发现配送员绕路或偏离自己的位置时,就可以打电话催促配送员。平台此举相当于赋予广大消费者“监工”权,由此进一步增强对配送员送单过程的控制。^[22]

2. 监督与惩罚

“惩戒权是雇主实现其领导、指挥、管理雇员的重要手段和重要内容,也是劳动合同得以顺利履行的组成部分。”^[23]平台对从业者进行监督并根据其工作表现施加惩罚是平台惩戒权行使的表现,构成人格从属性判定中的一个重要要素,是平台与从业者处于“控制-从属”关系中的象征之一。平台用工模式中,平台往往会设定一系列对从业者的工作要求,如网约车平台对汽车安全、座椅布置和录音录像设有规定;外卖平台则对配送员的着装打扮、送餐装备和服务态度进行管理。在配送平台用工的审判实践中,法院也注意到“从业者除了按接单数量计算的劳动报酬外,还包括好评奖励,差评、投诉罚款和满勤奖、单王奖、最远距离奖、老员工奖等”;^[24]“如果骑手一旦接受送货任务而没有在规定的时间内完成送货,则不但无任何报酬,反而会被答辩人给予扣罚”。^[25]可见,在平台从业者工作期间必须服从平台各项规则,否则可能面临等级评分和物质奖励各方面惩罚的情形下,可认定平台行使了用人单位惩戒权,满足人格从属性成立的要素之一。

3. 考核与薪酬

平台从业者的薪资报酬由平台进行结算,主要受日常定价和激励机制的影响,属于算法自动化决策范畴。平台日常定价机制以规则定价为基础,辅以动态加价及减价,即算法根据实时周边的从业者情况做出定价决策。如外卖行业中,某个地区配送员人数多,系统估计进行小幅度加价就有配送员接单,如此,系统通过信息优势与配送员做博弈。决定从业者收入的不仅有定价,还有算法对从业者的表现进行评估并施以的一系列实时、动态奖励措施。外卖配送员的奖励制度主要有现金奖励和信誉奖励两种:现金奖励即通过发放现金的形式吸引劳动者工作,主要有全勤奖励、冲单奖励、恶劣天气补贴等形式;信誉奖励通过服务能力评级实现,一般包括超时率、投诉率、差评率、

[22] 对此,罗森布拉特认为消费者在互联网平台“扮演中层管理者,他们负责对员工的表现进行评估”。See Rosenblat & Stark, *supra* note [6].

[23] 谢增毅:《用人单位惩戒权的法理基础与法律规制》,载《比较法研究》2016年第1期,第3页。

[24] 绥芬河市人民法院民事判决书,(2019)黑1081民初1147号。

[25] 惠州市大亚湾经济技术开发区人民法院民事判决书,(2018)粤1391民初502号。

跑单量等指标,不同级别的配送员享有不同的冲单奖励机会,配送员达到某一等级后还必须完成平台月度单量的要求来“保级”,因此等级评分会影响派单的数量和质量并直接影响配送员的收入。^[26]

该部分从指示与服从、监督与惩罚、考核与薪酬三方面对平台与从业者之间的用工关系展开分析,可见算法控制作为劳动管理手段,所形成的用工事实体现出一定的从属性特征。总体上,平台对从业者进行指示、监督和考核,相应地,从业者服从指示,接受惩罚,受领报酬。除上述要素以外,平台对从业者一般还有亲自履行性的严格要求,如要求从业者在注册应用程序时完成身份证实名认证,在日常用工管理中通过人脸识别功能审核从业者身份。综上,对算法控制进行人格从属性检验,检验要素可包括:统一服装装备等工作规则是否构成规章制度;送达时间和路线规划等任务要求是否构成劳动命令;系统抽查等监控措施是否构成劳动监督;违规扣款等惩罚手段是否属于劳动惩戒;从业者的劳务给付是否必须亲自履行等。随着移动通讯、数据收集和算法技术的成熟,平台利用算法系统对平台从业者施加人身控制的能力可能会愈发增强。可见,平台规则与算法命令的作用效果正无限逼近典型劳动关系中的人力管理强度。在未来,算法控制所达到的管理强度甚至能够超越典型劳动关系,通过平台和算法技术即可实现严格的劳动组织和管理。

(二) 经济从属性:经济依赖与生产资料所有

经济从属性,指“处于附属于用人单位的经济地位”。^[27]学者对“经济从属性(依赖性)”具体涵义的理解并不一致,包括对经济资源的依赖、雇员是否承担经营风险、对经济来源的依赖及经济地位比较等方面。对于“雇员无需承担经营风险”的判断较为直接,平台用工模式下,从业者通过注册账号的方式成为一名劳务提供者,不参加任何平台经营事务,自然无需承担平台经营风险。下文将从经济依赖和生产资料两个角度分析平台与从业者之间的经济从属关系。

1. 经济依赖的判断

有观点认为,经济从属性“通常指劳工在资力上处于相对弱势,以至于必须依赖雇主提供劳务获致工资以求生存,或藉以寻求更多的收入,累积更多的财富”^[28];然相反论点指出“经济从属与受雇人和雇主间之经济或财政状况无关,受雇人之经济状况未必不如雇主”^[29]。结合当下劳动力市场实践看,多元就业趋势和收入结构多样化使“生存和经济来源上依赖于雇主”不再成为劳动关系成立的必然条件。尽管如此,经济依赖性证成对劳动关系成立依然具有重要作用。因为经济依赖性成立与否,一般与从业者的工作时间息息相关,该要素与人格从属性讨论中的“专属性”具有逻辑一致性。一般而言,对于全职从业者,如外卖平台的专送骑手、网约车平台的自营司机,由于工作时间长且稳定,往往对平台具有较强经济依赖。兼职从业者上线与接单全凭自我意愿,是否构成对平台持续性的经济依赖需要具体案例具体分析。

算法控制视域下,经济依赖性的构成具有新特点,算法导出的计酬、等级、评分等激励机制对从业者产生强大的“助推”作用,^[30]潜在增强了从业者对平台的经济依赖。一方面,平台运用等级评分、奖励激励等算法机制影响从业者的劳动意愿和劳动安排,且从业者欲以此谋生,则必须完成

[26] 参见冯向楠、詹婧:《人工智能时代互联网平台劳动过程研究——以平台外卖骑手为例》,载《社会发展研究》2019年第3期。

[27] 见前注[18],林嘉书,第95页。

[28] 台湾地区劳动法学学会编:《劳动基准法释义——施行二十年之回顾与展望》,新学林出版股份有限公司2005年版,第55页。

[29] 见前注[19],黄越钦书,第95页。

[30] 参见[美]理查德·塞勒:《助推——如何做出有关健康、财富与幸福的最佳决策》,刘宁译,中信出版社2018年版,第19页。

特定工作量以维持一定收入;另一方面,如果平台从业者坚持保留较大程度的自主性,其薪酬收入将因在线时间减少、拒绝接单等因素受到不利影响。从平台盈利的角度考虑,平台自然倾向拥有更多在线从业者,由此在运力调度上形成充沛的资源,可以实现更优化的配送方案。遵循这一思路,平台会偏爱两类从业者:一是在线时间长,完成订单多的从业者,这些从业者成为平台随时待命的人力资源,无酬劳动时间增加;二是服务评分高,工作表现优异的从业者,因为这些从业者能够增加消费者对平台的满意度,从整体上提高平台的市场竞争力。平台设置算法参数和设计模型的目的即为寻找“优质从业者”,最主要手段乃物质激励。如网约车行业中,司机不知不觉沉入平台所设计的工作“游戏”中,在线时间和接单数量极大提升。“如果说传统出租车司机每天首先想到的是‘先赚回今天的份子钱’,平台司机想到更多的则是‘完成今天的接单量’。”^[31]由此,平台正在以一种潜移默化的方式促使从业者增加工作时间,结果则是从业者在经济上愈来愈依赖于平台。因此,个案中对平台从业者经济依赖的判断应结合算法激励这一计酬特性,重视算法控制的后果,不宜简单以从业者可以自由上下线为由否定其与平台之间存在经济从属性。

2. 劳动过程还是劳动产品

《确立劳动关系通知》将经济从属性描述为“有酬劳动”。一般而言,用人单位向劳动者发放工资报酬是“经济从属性”最常见的表现形式,工资支付凭证可作为认定双方存在劳动关系的参照凭证,即劳动者从事用人单位安排的有报酬劳动,用人单位支付工资是获得劳动力这一生产要素的对价。然而,在众多劳务给付型关系中均存在给付对价、结算报酬的行为。平台从业者在完成订单后从应用程序中提取相应报酬,这是否属于平台向从业者发放劳动报酬?这一报酬性质是否为劳动关系中的工资?

从劳动力与生产资料组合的角度看,劳动关系与其他劳务给付型法律关系的区分关键在于用人单位支付对价的对象是劳动过程还是劳动成果。平台用工“改变了劳动力与生产资料(劳动条件)相结合的方式,并未改变劳动力与生产资料(劳动条件)相结合的本质”。^[32]“劳务提供者向单位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,则与劳务关系更为接近。”^[33]结合平台用工情形,平台结算报酬的对象是从业者提供的劳动过程还是劳动成果?实践中劳务报酬性质和经济从属性认定争议巨大,观点不一。算法应用使得判断劳动力与生产资料组合的性质更加困难。

依然以配送行业为例,一方面,除硬件设备外,配送员的订单来源、行程线路和送达要求等劳动条件均由平台及算法提供;平台根据等级积分、奖惩机制等一系列规则计算薪酬,再扣除保险费、服务费等,最后向从业者结算总报酬。另一方面,平台往往辩称“电动车、餐箱等工具都是配送员本人拥有,服务报酬由商户支付,双方之间并无隶属关系”。^[34]然而,除电动车外,配送员需要从平台或其他途径购买符合平台要求的餐箱、头盔和服装等劳动工具,这些工具均印有平台标识。配送员按照平台要求购买劳动工具并非等同于劳动者本人提供生产资料,毕竟,配送员是为了满足平台要求自行付费配备生产资料。从总体上看,配送员如果缺少平台提供的配送信息、路线规划、送达时间等条件则无法完成配送服务,配送员并非如劳务关系或承包关系的劳务提供者可以依靠本人生产资料形成劳动产品的从业者。除配送员自备电动车外,配送员更像是单纯提供劳动

[31] 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,第148页。

[32] 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,第61页。

[33] 参见中华人民共和国最高人民法院民事判决书,(2016)最高法民再148号。

[34] 参见青岛市市北区人民法院民事判决书,(2017)鲁0203民初8304号。

力这一生产要素。再者,从公平性角度考虑,“没有一种经营方式或者用工方式能够让用人单位锁在‘利益全归自己,风险全归对方’的保险箱中,世界上没有这样的保险箱,法律上也不会认可这样的保险箱”。^[35] 本文认为,当平台在生产资料方面处于主导地位,尤其是占据信息支配地位的前提下,应认定平台支付对价的对象是从业者的劳动过程而非劳动成果。

(三) 组织从属性:平台是信息中介还是经营服务

组织从属性是指劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分,“受雇人并非为自己的经营劳动,而是为他人之目的劳动”^[36]。在审判实践中,法院对组织从属性的理解趋向一致,认为“用工的组织从属性是劳动者的劳动被纳入用人单位的生产经营系统,成为其中的一个组成部分的性质”^[37],或称为“劳动者的劳动作为用人单位生产组织的有机组成部分”^[38],同时,劳动者“受用人单位的指挥与控制”^[39]或“劳动者因此就成为用人单位的劳动组织成员,在劳动中承担作为劳动组织成员所应负的遵守规章制度、保守商业秘密等义务”^[40]。

对于组织从属性的争论,往往集中在平台的法律地位是居间人还是直接参与市场交易的经营主体之上,如各类配送平台是信息服务公司还是配送服务公司?在审判实践中,平台往往辩称其是“提供信息浏览的平台,是否订立合同都由用户选择”^[41]、“平台仅为商户和用户提供一个交易平台的网站,并不参与实际商业行为,亦非交易主体”^[42]。在否认劳动关系的判决中,也常见法院采纳这一抗辩。

通过引入算法控制视角,揭示平台通过应用算法系统对从业者劳动过程展开管理与控制,可知平台不仅仅扮演信息服务载体这一角色。平台根据自身目的设计算法,并通过算法处理及算法决策,直接对从业者的劳动过程施加影响。^[43] 算法的控制作用通过两个步骤实现:首先,平台用工中产生的信息和权力不对称是平台对从业者进行结构性控制的基础;其次,算法被宣称为中立的数字技术,用于构建不对称的平台与从业者的关系,这反过来又促进了前者。^[44] 在此模式下,平台才是直接的市场参与者,平台从业者被隔离于真正的劳务交易市场之外,在平台构建的内部市场中活动。^[45] 实践中可见违反交通法规的配送员不仅会受到交通违法处罚,还有可能受到平台的停单处罚,甚至被取消配送资格。如果平台仅仅作为信息平台,为何能够通过复杂的等级、计酬规则决定从业者服务的定价和从业者的收入?又为何可以根据平台装备要求等规则对从业者进行惩处?这一执法逻辑表达出平台经营的是配送业务,应对配送员安全负责。

可见,平台大规模应用算法之后,其不再仅仅作为信息提供者,而是作为劳动过程的控制者指

[35] 参见上海市第二中级人民法院民事判决书,(2019)沪02民终3226号一审裁判意见。

[36] 见前注[19],黄越钦书,第95页。

[37] 参见北京市第一中级人民法院民事判决书,(2021)京01民终6770号;北京市第一中级人民法院民事判决书,(2021)京01民终1720号;参见北京市第二中级人民法院民事判决书,(2020)京02民终8125号。

[38] 参见北京市第二中级人民法院民事判决书,(2020)京02民终8125号。

[39] 参见北京市第一中级人民法院民事判决书,(2021)京01民终6770号;北京市第一中级人民法院民事判决书,(2021)京01民终1720号。

[40] 参见北京市第二中级人民法院民事判决书,(2020)京02民终8125号。

[41] 参见武汉市东西湖区人民法院民事判决书,(2019)鄂0112民初993号。法院认为,被告达疆网络公司为商户和用户提供一个居间服务。

[42] 参见广州市中级人民法院民事判决书,(2020)粤01民终25315号。

[43] 算法作为人与机器交互做出的决策,参见丁晓东:《论算法的法律规制》,载《中国社会科学》2020年第12期。

[44] See Rosenblat & Stark, *supra* note [6].

[45] 参见王天玉:《互联网平台用工的“类雇员”解释路径及其规范体系》,载《环球法律评论》2020年第3期。

示着从业者如何完成配送任务。此种控制的隐蔽性在于,平台并不直接做出决策,而是交由算法计算得出相应结果。而平台作为收集数据的主导者、算法参数和模型的设计者以及算法调整的决策者,已实质介入劳动管理。因此,本文认为劳动者提供的劳动构成用人单位业务的组成部分,组织从属性成立。

(四)“算法控制”的从属性要素梳理

据上文关于平台应用算法管理从业者的事实展开,可梳理从属性三方面的检验要点。首先,就人格从属性而言,从业者是否在人格上从属于平台,平台的算法控制是否构成劳动管理,可重点分析指示命令、监督惩戒、薪酬计发和亲自履行性等方面。其次,经济从属性的判断要素较为丰富,可从经济资源、来源的依赖性,经济弱势地位和劳动力与生产资料组合等角度分析,经济从属性判断具有显著的个案差异性,需对平台用工类型加以类型化区分后再做判断。最后,对于运用算法系统管理控制从业者劳动过程的平台,直接参与从业者与平台用户之间的劳务交易关系,应否认其作为信息中介角色的抗辩,直接认定符合组织从属性的特性。

三、“算法控制”的劳动关系认定困境

通过提炼平台从业者的劳动实践事实,能够较为清晰地梳理出从属性检验的要点。下文以餐饮配送平台的“专送骑手”作为分析样本,试图揭示此类劳动形态在“算法控制”视域下平台用工的劳动关系认定困境。依据南京市《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)》(以下称《指导意见》),“外卖骑手”可划分为“专送骑手”和“众包骑手”两类,“专送骑手”是移动互联网平台企业将一定区域内的餐饮配送业务以商业合作的形式外包给配送企业(以下称“配送合作商”),由“配送合作商”对其进行管理的“外卖骑手”。^[46]南京市《指导意见》对外卖行业平台劳动形态所做分类具有一定的代表性,本文亦采此分类与界定。根据上文梳理的“算法控制”的从属性检验要素,专送骑手在人格、经济和组织方面均满足从属性标准。首先,平台与配送合作商通过算法实现对从业者劳动过程、劳动惩戒和劳动报酬各个方面的协同管理,这种协同管理发挥了各方用人主体的管理优势,对从业者劳动过程的管理更为精确,双方共同完成对从业者的严格控制。其次,专送骑手因持续稳定为其提供配送服务,加之算法激励、站点奖励等劳动规则,驱动全职从业者延长工作时间、加大工作强度,构成对平台的经济依赖。最后,专送骑手所提供的劳动是平台与配送合作商共同展开网络餐饮业务的组成部分,因此应认定具有组织从属性。

可见,从劳动者角度出发,已经能够认定劳动者的从属地位,此时劳动关系认定的主要难题在于在平台与配送合作商共同对从业者进行劳动管理情形下,何者作为用人单位,本文将之称为“共同雇主的劳动关系认定困境”。“算法控制”视域下,专送骑手的人格从属性呈现“双重控制”特征。在工作时间内,平台与配送合作商均对全职配送员实施劳动管理。一般状态下订单派发、送单流程、行程规划与工资报酬等由平台算法做自动化决策;配送合作商负责极端天气下配送员的人工运力调度,及装备配备、购买保险、组织开会等日常管理。在平台算法智能调度附加人工调度下,配送员不断提高工作质量和效率的同时,严格受制于平台与配送合作商的协同管理控制。在平台与配送合作商互为补充的管理模式下,专送骑手所受劳动管理更严格、劳动控制更精确,这一用工关系中的人格从属性相较工厂模式下的劳动关系更加强化。尽管在不同场景,可能有一方主体的

[46] 参见南京市人力资源和社会保障局、南京市市场监督管理局、南京市公安局、南京市司法局共同制定的《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,第1条。

管理占据主导地位,但从整体上看这种合力管理并不可清晰界分,而是交织在配送员的整个劳动过程中。^[47]这意味着专送骑手从属于“平台+配送合作商”这一整体,而我国劳动关系法律以“一对一”的典型劳动关系为基础。在平台与配送合作商的协同控制之下,何者才是从业者的“用人单位”,承担劳动法及民法上的用人单位责任?由此产生共同雇主的劳动关系认定困境。

近年来,平台用工劳动权益保护问题愈来愈受到政府关注和社会关切,随着中央有关部门《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》以及地方政府如南京市《指导意见》的出台,司法裁判中的“专送骑手”劳动关系认定意见也有所变化,多见于法院承认“专送骑手”劳动关系成立的判决意见,并认定“用人单位”应是配送合作商而非外卖平台。^[48]可以说,外卖平台得以正式规避被认定为用人单位之可能,而将用工责任全数转由配送合作商承担。长远来看,如此权利义务安排存在正当性和可行性两方面风险。正当性方面,平台与配送合作商共同实施劳动管理,根据上文“算法控制”所揭示的平台对劳动的控制过程可知,平台系直接行使对从业者的管理控制,主导与从业者密切相关的一系列劳动条件,却不承担任何劳动保护方面的义务与责任,构成权利与义务的不对等,有失公平。可行性方面,全国各地的众多配送合作商多为本地小微企业或个体工商户,经营缺乏持续性和稳定性,风险抵御能力差,一旦遭遇较大经营风险导致关闭或破产,届时平台从业者将面临投告无门的局面。正如共青团中央等发布的《促进快递配送从业青年的职业发展和社会融入》调研报告显示,“加盟制运营模式下,网点作为承包方要自负盈亏,为了节约成本和规避风险,大多不与快递员签订劳动合同,便于随时解聘”。^[49]

综上,对于“专送骑手”共同雇主的劳动关系认定困境包含两方面难点。其一,在无法识别平台和配送合作商何者才是从业者用人单位的情形下,难以认定劳动关系并要求用人单位承担劳动保护义务。其二,当下裁判意见多将配送合作商认定为“专送骑手”的用人单位,排除平台责任,如此做法存在正当性和可行性上的不合理。

四、从“劳动关系”到“劳动权利”

“算法控制”视角的引入将对平台用工的关注从劳务交易平台转向劳动控制过程。利用这一视角,在发现平台用工的劳动保护难点时,能够识别出各方主体的权利义务安排情况,为制度的设计和评价提供更全面的视角和充实的素材。上文以“专送骑手”作为分析样本,结合“算法控制”的从属性分析,提炼出“共同雇主的劳动关系认定困境”这一问题。对于这一困境,本文提出“从‘劳动关系’到‘劳动权利’”的破解之道,并进一步阐释该路径在平台用工其他场景的方法论意义。

(一) 从“劳动关系”到“劳动权利”的提出

以“专送骑手”为分析样本,对其“算法控制”实践进行从属性检验,会出现共同雇主管理下用人单位如何归属的劳动关系认定困境。本文以为,这一困境归根结底源于劳动法律规范的“关系式”保护径路。在“关系式”保护框架中,主体关系是“一对一”的,劳动者权利和用人单位义务是“全有或全无”的。在劳动用工模式愈发创新多元的现实当下,这种“关系式”劳动保护径路出现不

[47] See Adams-Prassl, *supra* note [7].

[48] 据笔者的不完全检索,法院将配送合作商认定为用人单位的裁判意见居多,尤其是最高法在2022年4月发布的最新外卖平台案例中,也持配送合作商作为骑手用人单位的意见。

[49] 《促进快递配送从业青年职业发展和社会融入》,载中国共青团网, https://qnzz.youth.cn/qckc/201903/t20190304_11885614.htm。

匹配、不适应的弊端,结合用人单位规避用工责任以降低经营成本的长期倾向,进一步导致劳动保护的群体性缺位。

正如有学者指出,在早期的研究中,对于平台用工,“除了热烈地研讨其与劳动关系的界分,鲜有论及其劳动权益保护问题”^[50]。随着平台用工的持续发展壮大,网约车司机遇害、外卖小哥送餐途中受伤、外卖小哥超长加班等社会现象屡见不鲜,平台从业者劳动权益被忽视的社会性风险愈发凸显。因此,平台用工规制重心应从“劳动关系”向“劳动权利”转向。这一转向包含两方面意涵:其一,无论平台从业者有无劳动关系,对其劳动权益都应当予以适当的保护;其二,对于已处于从属地位的劳动者,应充分保障其劳动权利,不应以多个用工主体的事实否定其享有完整劳动保护的的权利。与此同时,应对参与劳动管理的多个用工主体进行恰当的权利义务安排,以达到为劳动者提供全面、真实、有效的劳动保护之目的。

(二) 从“劳动关系”到“劳动权利”的适用

对于共同雇主管理下用人单位如何归属的问题,若坚持一对一“关系式”的分析路径,将不可避免出现劳动关系认定障碍或用人单位识别难题。即使如当下一些法院判决意见令配送合作商承担专送骑手的用人单位责任,依旧存在配送合作商风险承担能力不足的风险和平台规避用人单位责任的嫌疑。无论是专送骑手还是众包骑手,出于企业经营和运力调配等需要,平台于全国各地开展配送服务招标,与众多本地配送合作商签约,通过配送合作商实现了对专送骑手的统一管理。在企业发展进程中,此类外包业务的经营行为并不罕见,美国知名劳动关系学者、奥巴马政府时期美国劳工部工资和工时部门的负责人大卫·威尔(David Weil)将该现象形象地称为“割裂的工作场所”(The Fissured Workplace)^[51]。如何在承揽、外包、特许经营等复杂的商业模式中确保劳动者,尤其是低技能劳动者的劳动权益,防止劳资不平等加剧和劳动条件恶化是一个全球命题。

在数字经济蓬勃发展的今天,虽然平台就业相较传统就业转向以互联网平台作为劳务交易载体,以数字命令替代传统人工管理,但实质并未改变劳资间的控制与从属关系,仅构成劳动管理技术与工具的创新更迭。对于专送骑手及相似劳动形态的平台从业者,属于典型劳动的方式创新,本质并不构成所谓弹性自主的灵活就业方式。对此,应甄别和规范“隐蔽性雇佣”,保障数字时代劳动者的合法权益。^[52]

从“劳动关系”转向“劳动权利”,共同雇主管理下用人单位责任如何归属的问题则转化为共同雇主内部的用工责任分担问题,即确定专送骑手应享受全面劳动保护的前提下,在多方用工主体内部探索责任分担机制,尤其是落实平台用工关系中平台的主体责任,由此确保对从业者的劳动保护落到实处。如上文所述,平台与配送合作商共同实施劳动管理,平台行使对从业者的管理控制,主导从业者劳动过程如路线规划,劳动规则如送达时间、着装外观,劳动报酬如峰时定价、奖惩制度等一系列劳动条件,并通过平台系统发送指令,与骑手进行互动,对骑手进行监控与管理。因此,平台具有系统防控劳动安全风险、保障劳动权利的能力。发挥平台人力资源管理数据化、算法化的技术优势,落实平台主体责任,有助于平台用工持续健康稳定发展。远期来看,可以考虑在《劳动合同法》中增加多方用工主体共同作为用人单位的情形,由实际参与劳动管理的用工方共同承担作为用人单位的用工责任,责任形态规定为连带责任。然劳动法领域修法难度较大,周期较

[50] 栗瑜、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年第3期,第104页。

[51] See David Weil, *Enforcing Labour Standards in Fissured Workplaces: The US Experience*, 22(2) The Economic and Labour Relations Review 33, 36(2011).

[52] 参见陈靖远:《事实优先原则的理论展开与司法适用》,载《法学家》2021年第2期。

长,就近期而言,在配送合作商作为专送骑手用人单位的前提下,仍可以通过建立健全平台企业合规管理和政府指导协议体系等方式,落实平台相应的用工责任。具体而言,应将平台视为平台用工生态中的“守门人”,从而要求其承担“守门人”责任。

从原理层面而言,“守门人”理论的奠基者是雷尼耶·克拉克曼(Reinier H. Kraakman),其在1993年发表的文章中运用“守门人”理论分析非法药品管制、证券发行信息披露等情形中医生、市场中介机构等群体的“守门人”责任。^[53]后来“守门人”理论被扩展应用于平台责任的研究,分析网络侵权中对作为中介的平台应施加什么程度的注意义务和监督责任,以达到抑制平台用户侵权行为的目标。^[54]简单概括,由于“守门人”掌握并控制平台生态的关键环节,有必要对其设置一定的消费者保护义务,以实现平台的有效治理。当下,“守门人”理论的应用实例如在信息传输的内容监管中,平台企业如何承担对信息传播的审查责任;再如在个人信息保护领域,有学者主张“对互联网生态具有极强控制力和影响力的大型在线企业应作为有能力管控特定网络空间个人信息收集和处理行为的‘守门人’”。^[55]

在平台用工这一特定场景中,平台的“守门人”角色面向平台从业者体现为平台掌握确定各项劳动条件、劳动标准的权力;面向配送合作商体现为平台负责对合作商资质、运营表现等各方面的筛选和监督;面向平台内商户体现为平台对订单价格、产品质量的统筹把握。对于配送合作商而言,尽管其作为专送骑手的用人单位,但在骑手劳动报酬、劳动时间、劳动规则上,仍需配合平台的各项标准和要求。因此,平台具有承担劳动保护义务的正当性,也具备履行劳动保护义务的能力。相较网络安全、个人信息保护等信息服务场景,平台在平台用工关系中的控制和影响作用更为明显,其一体现为平台所“守”事项事关平台从业者的人身财产权益,事关社会公共安全,属于社会公共利益;其二体现为平台自身作为平台用工生态中各项规则的塑造者和主导者,相对平台从业者、下游配送合作商、平台内商家具有更显著的支配性地位,由此,应承担程度更高的“守门人”责任。在当前审判实践中,已有判决意见注意到对平台施加“守门人”责任的正当性和必要性,如上海市普陀区人民法院在一审中指出,骑手劳动关系归属的模糊与平台公司的经营过错有关,平台公司对配送合作商与骑手是否签订劳动合同应承担审核义务。^[56]再者,有学者提出借鉴澳大利亚、英国等国家设置领头企业的“保证人”责任的做法,^[57]这种方案的责任设置原理其实是与“守门人”责任相通的,均是基于平台在市场资源和劳动条件上的强势地位。“守门人”理论的提出和应用,能够为当前补齐新业态从业者劳动保护法律短板提供原理支撑。

从具体实施层面而言,可以通过“政府指导协议”,合理确定、分配平台与配送合作商所应承担

[53] See RH. Kraakman, *Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy*, 2(1) *Journal of Law, Economics, & Organization* 53 - 104(1986).

[54] M. Thompson, *Beyond Gatekeeping: The Normative Responsibility of Internet Intermediaries*, 18 (4) *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law* 783 - 848(2016); GF. Frosio, *Why Keep a Dog and Bark Yourself? From Intermediary Liability to Responsibility*, 26(1) *International Journal of Law & Information Technology* 1 - 33(2018); Orla Lynskey, *Regulating “Platform Power”*, LSE Legal Studies Working Paper No. 1/2017.

[55] 张新宝:《互联网生态“守门人”个人信息保护特别义务设置研究》,载《比较法研究》2021年第3期,第24页。

[56] 参见上海市普陀区人民法院民事判决书,(2017)沪0107民初27564号。本案一审认定当事人双方成立劳动关系,后二审改判。

[57] 参见王茜:《平台三角用工的劳动关系认定及责任承担》,载《法学》2020年第12期;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》,载《法律适用》2021年第12期。

的劳动保护义务,由此落实平台用工的“守门人”责任。^[58]平台对其主导和控制的劳动条件事项应主动履行合规义务,同时,有关部门应加强对平台主体责任落实的监管。在合规义务方面,平台就其处于关键环节控制的劳动条件项目应主动符合国家有关标准,如对专送骑手结算的单笔订单劳务报酬或综合计算薪资不得低于最低工资标准;在骑手路线规划的系统设计上应遵守道路交通规则,避免“逆行”算法或不合理的配送时间要求;在平台规则设计与算法开发中充分考虑骑手的劳动强度,保证工作间隙合理的休息时间。鼓励相关行业协会开展行业服务的自律管理,为平台用工持续健康发展提供科学指引。在与配送合作商开展合作方面,平台应积极主动审查配送合作商有关资质,例行监督其日常运营过程中对专送骑手的劳动保护举措。有关部门在监管过程中,可以考虑将平台所控制和影响的劳动条件作为重点监管对象,通过从上游平台到下游合作商的系统监管,确定劳动保护的落实情况。在过程民主方面,鼓励平台通过公开配送算法,提高平台规则透明度,组织集体协商、恳谈会等方式,听取骑手意见,增进对骑手劳动过程的了解,进而发挥平台系统性优化劳动管理的能力。司法救济方面,关于平台基于其组织劳动用工事实而承担“守门人”责任的主张,能够直接应用于当前审判实践,适当补齐平台从业者的劳动保护短板。如常见的骑手配送过程中造成他人损害的情形,若查明平台存在“逆行”算法等不合理的劳动指令,间接导致骑手发生交通事故的,平台可能构成帮助侵权,^[59]与行为人承担连带责任,配送合作商作为用人单位向受害第三人承担替代侵权责任后,根据过错程度可以向平台进行追偿。

与此同时,平台还应及时跟进平台从业者有关数据、算法等新型权利的保障,^[60]如西班牙内阁2021年5月批准了一项针对平台送餐员的法令(Rider law),直接对在线劳动平台的算法进行法律规制,强制要求所有平台企业向外卖送餐员告知平台如何利用算法和人工智能做出有关工作条件、招聘和裁员的决定。^[61]另如博洛尼亚法院在2020年12月31日做出判决,“针对外卖骑手是否受反歧视法律规范保护的问题,确认算法构成间接歧视,支持了原告要求赔偿等请求”。^[62]

综上,对于专送骑手这一劳动形态,从“劳动关系”到“劳动权利”之提倡意味着摆脱劳动关系中主体认定方面的纠结,转向关注如何推动用工主体各方发挥自身技术、资源、地位优势,履行各自劳动保护义务,主动承担用人单位责任,最大程度为平台从业者提供充实全面的劳动保障。

(三) 从“劳动关系”到“劳动权利”的前景

从“劳动关系”到“劳动权利”劳动保护路径的转向不仅能够为专送骑手这一类平台劳动形态提供劳动保护方案,对另一类以众包骑手为代表的“不完全符合确立劳动关系情形”的平台劳动形

[58] 人力资源社会保障部等八部门共同印发的《关于维护新业态劳动者劳动保障权益的指导意见》(人社部发〔2021〕56号)指出,不完全符合确立劳动关系情形但企业对劳动者进行劳动管理(以下简称“不完全符合确立劳动关系情形”)的,指导企业与劳动者订立书面协议,合理确定企业与劳动者的权利义务。对于符合确立劳动关系,但存在多元用工主体的情形,亦可以通过政府指导协议的方式确定多方用工主体的用工责任。

[59] 关于平台未尽“守门人”责任,构成帮助侵权的案例现多见于网络传播权纠纷,参见长沙市中级人民法院民事判决书(2021)湘01民终10636号、北京知识产权法院民事判决书(2020)京73民终155号。

[60] 相关研究参见吴文芳:《劳动者个人信息处理中同意的适用与限制》,载《中国法学》2022年第1期。

[61] Manuel V. Gómez & EFE, *Spain Approves Landmark Law Recognizing Food-delivery Riders as Employees*, EL PARIS (12 May 2021), https://english.elpais.com/economy_and_business/2021-05-12/spain-approves-landmark-law-recognizing-food-delivery-riders-as-employees.html.

[62] 罗智敏:《算法歧视的司法审查——意大利户户送有限责任公司算法歧视案评析》,载《交大法学》2021年第2期,第184页。

态亦具有广阔适用空间。^{〔63〕} 对于“不完全符合确立劳动关系情形”的灵活用工形态,其与上文所分析“专送骑手”最大差别在于从业者的非完全从属地位,其劳动形态具有自主性、灵活性、弹性化和非持续等特征,法院在劳动关系认定中往往得出否定结论。

在我国劳动关系、劳动权利与社会保险在制度上具有极强的挂钩与捆绑关系的背景下,单纯依靠一对一的、全有或全无的劳动关系认定规则难以为此类平台从业者提供劳动保护。从“劳动关系”到“劳动权利”之提倡,即要求挣脱对劳动权利的争取被迫首先转化为劳动关系认定争议的限制,转向对平台从业者劳动权益保护缺位问题的关注及反思。“不完全符合确立劳动关系情形”下的平台从业者虽不满足全部从属性特征,但与平台或配送合作商之间仍具有一定程度的“控制-从属”关系。据此,实施了控制权力的用工主体对其劳动权益应当予以适当保护,立法与司法需要持续探寻适用于该新型劳动关系的劳动权利范围。^{〔64〕}

进一步,对于为平台从业者提供哪些保护、什么程度的保护、如何保护等问题,学者们已提出了多种解决路径。其中,讨论热度最高的乃“第三类劳动者”方案。如有学者提出“类雇员”保护路径,主张通过“民法做加法”的进路,在平台用工合同基础上引入强制性保障机制。^{〔65〕} 另有学者建议“将在经济依赖地位下亲自提供劳务的就业主体纳入劳动法的保护范围”。^{〔66〕} 从世界范围来看,不少国家如加拿大的“依赖型的承揽人”、意大利的“准从属性劳动者”、英国的工人类别劳动者也采用了中间类别劳动者的立法径路。与“类雇员”式的径路相对应,另有观点认为,“第三类劳动者”路径存在“规则构建的模糊性以及制度效用和实践结果的非预期性问题”。^{〔67〕} “中国劳动法应以劳动权利的具体化扩展作为基本思路,包括具体劳动法律适用范围的扩展与具体身份、职业劳动者权利的扩展。”^{〔68〕} 相似观点如“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,有则可适用,无则不适用”。^{〔69〕}

“三分法”径路与“劳动权利具体化扩展”均是劳动保护方法论层面的探讨,二者并不冲突。“三分法”径路的价值在于积极承认现有劳动关系法律体系已无法适应多元化用工模式的发展,提倡采用一种新路径以保护难以被认定为劳动者却又应该受到劳动权益保护的从业者。“劳动权利具体化扩展”实际是保护第三类劳动者劳动权益的具体做法。将两者妥善结合,恰巧符合从“劳动关系”到“劳动权利”的径路提倡,即承认破除“全有或全无”劳动保护框架的必要性,但在中间径路上不再采取构建一种新型法律关系或劳动者类别的做法,而是根据实际用工事实,针对不同行业、工种适用相应劳动保护手段。

从国际经验来看,搭建灵活就业平台从业者的劳动权利保护体系,保障平台从业者享受一定范围内的、部分的劳动权益或会是大势所趋。2021年初发生于英国,在全球颇具影响力的Uber案中,英国最高法认为,Uber通过其系统控制司机的工资报酬、服务要求及方式、接单自由,并通过监控接单率和取消率实施惩戒权,限制司机与乘客的交流,最后判定Uber司机属于劳动者

〔63〕 参见《人力资源社会保障部 国家发展改革委 交通运输部 应急部 市场监管总局 国家医保局 最高人民法院 全国总工会关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》,人社部发〔2021〕56号,第1条。

〔64〕 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。

〔65〕 参见王天玉:《互联网平台用工的“类雇员”解释路径及其规范体系》,载《环球法律评论》2020年第3期。

〔66〕 班小辉:《“零工经济”下任务化用工的劳动法规制》,载《法学评论》2019年第3期,第117页。

〔67〕 肖竹:《第三类劳动者的理论反思与替代路径》,载《环球法律评论》2018年第6期,第79页。

〔68〕 同上注。

〔69〕 王全兴、刘琦:《我国新经济下灵活用工的特点、挑战和法律规制》,载《法学评论》2019年第4期,第91页。

(worker),享受部分劳动权利。^[70] 美国加州于2020年11月通过的第22号提案(prop.22),规定平台应为网约车司机提供最低工资保障、医疗保险补贴、职业伤害保险和反歧视等一系列劳动保护。^[71] 可见各国在劳动权益设计上已纷纷做出尝试。在我国数字经济蓬勃发展的现实当下,超越平台从业者法律性质定位如何的讨论,关注平台从业者适当范围内的劳动权利保障是紧迫且正当的。为平台从业者提供部分劳动权利保护,涉及平台的用工责任,国家的监管责任,还包括商家和消费者的适当注意义务,需要系统推进制度构建,合理确定各方责任,搭建共建共治共享的平台劳动治理新格局。

五、结 语

努力让劳动者实现体面劳动、全面发展,始终是我国党和政府的奋斗目标。对于数字时代的平台从业者而言,实现体面劳动的首要 and 关键是保障其劳动权益。平台从业者劳动权利保护制度的创新构建,是“未来工作已来”的一次小范围规制演练。从平台用工到远程工作,从算法控制到数字劳动,人类劳动方式的改变将成为对我国以工厂劳动关系为模型、以典型劳动关系为基础的劳动法律规范的一次系统性挑战。从“劳动关系”向“劳动权利”转向的努力,不仅服务于“被算法困住”的平台从业者,更造福于新技术革命下注定被不断改写工作方式的、数以亿计的中国劳动者。

Abstract “Algorithm control” describes the fact that the platform applies algorithms to control the labor force and labor process. Taking subordination test of “algorithmic control”, personality subordination can be focused on the analysis of instructions, punishment, and remuneration; economic subordination can be developed from the perspective of economic dependency and the combination of labor and production materials; organizational subordination is established when the platform completely exercises labor management via algorithms. Taking “zhuan song” riders as analysis sample, “algorithmic control” reveals its difficulty in identifying labor relations under the co-employer context. To solve this issue, the focus on labor protection should be shifted from “labor relations” to “labor rights”, which makes the problem of employer identification transform into the problem of how the co-employers share labor responsibilities. In this scenario, due to the platform controlling essential working conditions as a key role in platform work, it should bear the gatekeeper responsibility. The advocate of “from ‘labor relations’ to ‘labor rights’” ensures proper labor protection for the platform workers with a certain extent of subordination, which is also methodologically meaningful for other kinds of platform work.

Keywords Algorithmic Control, Platform Work, Determination of Labor Relations, Labor Rights

(责任编辑:朱军)

[70] See *Uber BV v. Aslam* [2021] UKSC 5.

[71] See *California Proposition 22, App-Based Drivers as Contractors and Labor Policies Initiative* (2020), Ballotpedia, [https://ballotpedia.org/California_Proposition_22,_App-Based_Drivers_as_Contractors_and_Labor_Policies_Initiative_\(2020\)](https://ballotpedia.org/California_Proposition_22,_App-Based_Drivers_as_Contractors_and_Labor_Policies_Initiative_(2020)).