

平台用工劳动权益保护的立法进路

谢增毅*

摘要 我国互联网平台工人数量多达数千万,且增长迅速。平台工人面临身份不明确、工作时长、收入不稳定、职业伤害保障缺失、算法运行不合理等突出问题。由于平台用工的特殊性,现有劳动法及其司法实践难以为平台工人提供有效保护。近年来,越来越多的国家,包括美国、法国、意大利等对平台工人进行了专门立法。我国有必要出台平台工人权益保护专门立法。平台工人权益保护立法的基本思路是确保符合“劳动者”标准的工人得到劳动法保护,并为一般平台工人提供基本劳动权益保障。立法应通过劳动关系举证责任转移规则,使平台工人身份得到正确归类。平台工人的基本权益内容应根据所有工人应享有的基本权益、平台用工的灵活性以及平台主要依靠算法运行的特点而设计,应赋予平台工人平等就业、职业安全卫生、工资、工时、加入工会和集体协商等方面的权利,以及与算法相关的权利。

关键词 互联网平台 平台工人 劳动者 算法 新就业形态

一、问题的提出

近年来随着共享经济和互联网平台的快速发展,平台用工的劳动保护问题备受关注。我国一般将共享经济中的平台用工等新型用工方式称为“新就业形态”。〔1〕近年来,如何保障平台工人的劳动权益得到党和政府的高度关注。习近平总书记多次作出重

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

〔1〕 参见人社部等八部门发布的《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)。

要指示批示,强调要及时补齐制度短板,维护好快递员、网约工、货车司机等就业群体的合法权益,明确平台企业劳动保护责任。^{〔2〕}我国平台工人数量庞大,维护其合法权益意义重大。根据《中国共享经济发展报告(2021)》,2020年我国共享经济参与者人数约为8.3亿人,其中服务提供者约为8400万人。^{〔3〕}据统计,近年来,我国网约车行业得到快速发展,目前全国共有236家网约车平台企业,取得许可的网约车驾驶员超过351万人。外卖送餐员规模不断扩大,已经达到770万的规模。^{〔4〕}由此可知,多类服务平台的从业人员多达数百万。从国际上看,我国新就业形态也走在世界前列,在国际上具有重要影响。国际劳工组织(ILO)的报告显示,2019年全球数字劳工平台的收入至少达到520亿美元,其中美国占比为49%,中国为22%,欧洲为11%,其他地区为18%。^{〔5〕}2020年底,国际劳工组织专门发布了有关中国劳工平台的工作论文《中国数字劳工平台和工人权益保障》(2020),^{〔6〕}2021年国际劳工组织的旗舰报告《2021年世界就业和社会展望》的主题是“数字劳工平台在劳动世界转型中的作用”。^{〔7〕}可见平台用工的劳动保护问题已成为全球关注的重要问题,我国的平台用工也备受关注。

近年来,平台工人的权益保障也成为我国劳动法学界研究的热点问题。概括起来,目前学界对平台工人劳动权益保护的研究主要集中在三方面。一是关于平台和工人之间的法律关系,重点是平台和工人之间是否存在劳动关系,包括劳动关系如何认定、劳动关系判定理论和标准是否过时等。^{〔8〕}二是如何为平台工人提供保护。较多学者赞同引入“第三类”主体,即将平台工人作为传统的“雇员”和“独立承包人”之间的第三类主体,为其提供相应保护。例如,有学者主张按照非典型劳动关系、准从属性独立劳动、独立劳动的分类,针对“网约工”的特殊需求,构建法律保护体系;^{〔9〕}有学者主张使用“类雇员”解释路径,推动制度框架实现“从属性

〔2〕 国务院办公厅:《维护新就业形态劳动者劳动保障权益指导意见国务院政策例行吹风会图文实录》(2021年8月18日),载国务院办公厅网, www.scio.gov.cn/32344/32345/44688/46592/tw46594/Document/1710723/1710723.htm,最后访问日期:2021年10月5日。

〔3〕 国家信息中心:《中国共享经济发展报告(2021)》,载国家发改委网, https://www.ndrc.gov.cn/xxgk/jd/wsdwhfz/202102/t20210222_1267536.html?code=&state=123,最后访问日期:2021年10月5日。

〔4〕 参见国务院办公厅,见前注〔2〕。

〔5〕 International Labour Organization, “World Employment and Social Outlook 2021: The role of digital labour platforms in transforming the world of work”, 2021, p. 20, https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2021/WCMS_771749/lang-en/index.htm, last visited on 8 December 2021.

〔6〕 Irene Zhou, “Digital Labour Platforms and Labour Protection in China”, ILO Working Paper 11, 2020, https://www.ilo.org/beijing/information-resources/WCMS_757923/lang-en/index.htm, last visited on 8 December 2021.

〔7〕 See International Labour Organization, *supra* note 5.

〔8〕 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1546—1569页;王全兴、王茜:“我国‘网约工’的劳动关系认定及权益保护”,《法学》2018年第4期,第57—72页。

〔9〕 王全兴等,见前注〔8〕,第57页。

劳动—经营性劳动—独立性劳动”的“三分法转型”；^{〔10〕}还有学者主张应当引入“类雇员”概念；^{〔11〕}类似的观点还主张“立法者应当改变当前劳动法二元化的调整模式”。^{〔12〕}当然，也有反对引入第三类劳动者的观点，认为第三类劳动者无论在制度设计还是理论构造上都存在诸多困难和争议。^{〔13〕}三是一些学者从社会学角度研究资本或平台对劳动过程的“控制”。^{〔14〕}

上述研究为认识平台和工人之间法律关系的性质以及如何为平台工人提供保护提供了有益的参考和思路。但上述研究主要从理念或理论上对平台用工的性质进行描述，并对平台工人保护提出了思路，主要是法律政策的研究。随着平台用工的不断发展以及产生的问题日益明显，如何结合我国平台用工的特点和近年实践，分析立法、司法等路径的利弊及立法必要性，成为当前一项重要而急迫的任务。

2021年7月16日，我国人社部等八部门发布了《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）（以下简称《意见》）。同日，国家市场监督管理总局等七部门发布《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》（国市监网监发〔2021〕38号）。这些意见的出台，表明了政府和相关部门在推动保护新就业形态劳动者权益方面的坚定决心和政策方向。但这些意见仅是“指导意见”，如何推动平台工人的权益保障措施转化为法定权利和现实权利，仍需要进行探索。本文将围绕我国平台用工特点及近年的司法实践，结合《意见》相关内容及近期国外立法动向，分析平台工人劳动权益保障的立法必要性、立法思路以及平台工人具体权益设计等立法任务。

二、我国平台用工的主要特点及权益保护存在的主要问题

（一）我国平台用工的主要特点

我国平台用工发展较快，除了具备平台用工一般特点，还具有以下突出特点。认识这些特点，对于我国采取相应的保护措施具有重要意义。

第一，平台工人占就业人员比例较高。据统计，我国平台从业人员占全部就业人口的比例约为9.7%（2018年数据）。^{〔15〕}在其他国家，以统计的上个月就业人数为准，美国2016年的比

〔10〕 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，第85页。

〔11〕 娄宇：“平台经济灵活就业人员劳动权益保障的法理探析与制度建构”，《福建师范大学学报（哲学社会科学版）》2021年第2期，第70页。

〔12〕 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，第106页。

〔13〕 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，第79页。

〔14〕 陈龙：“‘数字控制’下的劳动秩序——外卖骑手的劳动控制研究”，《社会学研究》2020年第6期，第113—135、244页；王琦、吴清军、杨伟国：“平台企业劳动用工性质研究：基于P网约车平台的案例”，《中国人力资源开发》2018年第8期，第96—104页。

〔15〕 周畅：“中国数字劳工平台和工人权益保障”，国际劳工组织工作报告，2020年，第11页，https://www.ilo.org/beijing/information-resources/WCMS_761763/lang-zh/index.htm，最后访问日期：2021年12月8日。

例为 1.1%，欧盟 16 个国家 2018 年的比例为 8.6%；以统计的上一年就业人数为准，英国 2016 年的比例为 4%。^[16]

第二，平台工人全职比例较高。根据 2019 年的报告，外卖骑手中全职人员的比例高达 74.5%，工作时间一年以上的比例为 42.9%。^[17] 根据《中国共享经济发展报告(2020)》数据，美团平台上 52% 的骑手每天工作 4 个小时以下。^[18] 这也意味着 48% 的骑手每天工作不少于 4 个小时。在其他国家和地区，平台工人全职的比例较低。例如，在欧盟，根据 2020 年数据，估算大约 2400 万工人(占全部劳动力的比例为 11%)通过平台至少提供了一次服务，其中只有约 300 万人(占全部劳动力的比例为 1.4%)的平台工作是其主要工作。^[19] 可见，在欧盟，将平台作为主要工作的工人占平台工人的比例仅为约 12.5%，远低于我国平台工人全职的比例。

第三，平台工人以年轻男性为主。例如在网约车、外卖等服务平台上，男性从业者比例高达 90% 以上(2018 年数据)，从业人员以“80、90 后”为主。^[20] 在欧盟，平台经济的劳动力中，男性约占 2/3；他们的平均年龄为 34 岁，而传统经济劳动力的平均年龄为 43 岁。^[21] 相比之下，我国平台工人以年轻男性为主的特征更为明显。

第四，用工关系不清晰、法律关系复杂。大部分平台从业人员未与平台签订劳动合同(2019 年统计)，^[22] 双方往往签订性质模糊的“合作协议”。一些平台为了规避责任，通过设立独立机构进行营业登记，由第三方劳务机构进行用工管理，甚至还设立独立机构进行车辆管理等，导致平台用工主体多元，法律关系复杂，用工关系不清晰，容易产生纠纷。^[23] 一旦发生纠纷，平台从业人员往往难以识别其“用人单位”。

上述特点凸显了我国加强平台工人权益保护的重要性。首先，我国平台工人数量庞大，占我国劳动力数量比例较高，对于这类规模庞大的群体权益不应忽视。其次，平台工人全职比例较高，说明平台工作是许多平台工人收入的重要来源，平台工作对工人的影响大，对其保护的必要性增强。再次，总体而言，男性是家庭收入的主要来源，因此平台工人男性占据绝对优势也说明了对其保护的重要性。最后，用工关系不清晰，反映了许多平台工人并没有受到劳动法保护，因此，对这部分群体有必要提供相应保护。

[16] See International Labour Organization, *supra* note 5, p. 49.

[17] 参见周畅，见前注[15]，第 12 页。

[18] 国家信息中心：《中国共享经济发展报告(2020)》，载国家信息中心网，<https://www.sic.gov.cn/News/568/10429.htm>，最后访问日期：2021 年 12 月 9 日。

[19] European Commission, “Consultation Document: First phase consultation of social partners under Article 154 TFEU on possible action addressing the challenges related to working conditions in platform work”, Brussels, 24.2. 2021, p. 6, <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=23655&langId=en>, last visited on 8 December 2021.

[20] 参见周畅，见前注[15]，第 13 页。

[21] See European Commission, *supra* note 19, p. 6.

[22] 参见周畅，见前注[15]，第 15 页。

[23] 参见李毅、长沙优行网络科技有限公司劳动争议，湖南省长沙市中级人民法院民事判决书，(2020)湘 01 民终 1284 号。

(二)我国平台工人权益保护存在的问题较为突出

第一,平台单方制定协议和规则,平台工人法律地位不清晰。平台和工人往往签订的是劳务合同或合作(服务)协议,而不是签订劳动合同,因此,工人的法律地位不清晰。北京市交通运输工会等单位2017年一项对25家平台的调研,未发现任何一家平台与劳动者直接签订劳动合同。^{〔24〕}

第二,工作时间过长。平台用工工作时间长的问题突出,尤其是外卖骑手、快递员、网约车司机的工作时间过长。2018年一项对外卖骑手的调查显示,49.5%的骑手每天工作时间超过10小时。^{〔25〕}2018年一项针对南京网约车的调研表明,司机的劳动时间较长,平均每天工作10.1小时,每周工作5.9天。^{〔26〕}

第三,报酬收入不稳定。由于平台经常单方调整补贴政策 and 计酬标准,导致平台工人的收入不稳定。上述2018年针对南京网约车司机的调研表明,南京网约车司机每小时净收入平均为27.4元,这一水平比2018年南京市非全日制工小时最低工资高48%,但该收入没有考虑司机使用自有车辆的折旧费以及相应的风险补偿。^{〔27〕}由于平台通常采取按件取酬而不是按照工作时间计酬,工人为了赚取更多报酬往往只能长时间工作,这是工人工作时间长的重要原因。

第四,劳动安全卫生保障不足,社会保险缺失。由于没有明确的劳动关系,许多平台并没有尽到用人单位的劳动安全卫生保障义务。加上平台对工作定额和工作过程施加严格管理,导致平台工人尤其是外卖骑手、网约车司机交通事故等职业伤害频发,且没有受到工伤保险保护。^{〔28〕}2019年针对青年快递员的调研报告显示,平台模式下的快递员工作的安全保护未达到国家标准的比例为41.3%,雇主未缴纳社会保险费的比例为64.1%。快递员中无任何社会保障者比例为48.4%。^{〔29〕}由此可见,大部分平台并没有为工人缴纳社保费用。

第五,平台算法运行不透明、不合理。平台为了规避监管,一些经营和用工情况的基本数据往往不公开。平台通常利用算法分配工作任务、控制工作过程、对从业人员进行奖惩,这些规则和算法往往由平台单方制订和作出,内容复杂且可能不合理,算法还可能产生歧视和偏见,平台工人有异议时,难以获得救济。上述2019年针对青年快递员的调查发现,平台模式下的快递员中有95.5%的人认为单位有罚款制度;在调查前一个月内,平台模式有56.2%的人被

〔24〕 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”,《中国劳动关系学院学报》2018年第3期,第66页。

〔25〕 参见周畅,见前注〔15〕,第20页。

〔26〕 齐昊、马梦挺、包倩文:“网约车平台与不稳定劳工——基于南京市网约车司机的调查”,《政治经济学评论》2019年第3期,第216页。

〔27〕 同上注。

〔28〕 参见周畅,见前注〔15〕,第21页。

〔29〕 李培林、陈光金、王春光主编:《2021年中国社会形势分析与预测》,社会科学文献出版社2020年版,第278、282页。

罚过款。^{〔30〕} 平台工人被“罚款”的比例如此之高说明平台规则不够透明,规则过于严厉。

第六,集体权利难以行使。平台就业人员数量众多且分散,难以组织和加入工会,因此,也难以组织起来和平台开展集体协商。由于许多平台工人未与平台建立劳动关系,这些工人是否可以加入工会,是否享有集体协商权利,在法律上还存在模糊之处,新修订的《工会法》对此作出了一定的澄清。

三、平台工人权益保护的司法路径及其局限性

平台工人权益保护的司法路径是通过司法等裁判机关对平台工人与平台是否存在劳动关系作出裁判,将部分符合劳动关系定义的平台工人作为“劳动者(雇员)”给予保护。在立法存在介于雇员和一般自雇者之间的“第三类主体”的国家,裁判机关还可能将其认定为第三类主体并给予相应保护。由于许多平台工人相比传统雇员享有一定程度的“自由”,在一定程度上可以自行决定是否“接单”提供服务,以及服务时间和服务地点,和传统劳动者存在差异,导致实践中许多平台工人难以被认定为劳动者。尤其是,平台工人的一些特点使其具备劳动者的某些因素,一些特点又否定其劳动者身份,法官往往面临挑战甚至无所适从。例如,在美国的网约车平台优步(Uber)案件中,法官爱德华·陈(Edward Chen)表达了已有劳动关系判断标准存在问题的看法。他指出,产生传统的劳动关系判断标准的经济模式和新的“共享经济”有很大不同。传统标准所包括的很多因素在新的背景下显得过时,另外一些存在于现行经济现实的因素并没有被现有标准所明确涵盖。或许,立法机关或上诉法院可以在新经济的背景下改善或修改现有标准。可以想象,立法机关将为新的“共享经济”制定新规则。^{〔31〕} 这也道出了现有劳动关系判定理论和标准面临的困境。

近几年来,国际上产生了一些有影响的案例,包括对优步公司司机的裁判,表明了司法路径的作用及其存在的局限。2017年澳大利亚 Kaseris v Rasier Pacific V.O.F.一案中,优步成功辩称其司机是独立承包商而非雇员。^{〔32〕} 2020年3月,法国最高法院确认优步司机享有被视为公司“雇员”(employee)的资格。^{〔33〕} 2021年2月,英国最高法院裁判优步司机是“工人”(worker),^{〔34〕}可以获得工作时间、最低工资、带薪休假等保护。同一网约车平台的运营模式基本相当,但在不同国家司法机构可能做出完全不同的裁判。从优步在世界各地的判例中可

〔30〕 同上注,第282页。

〔31〕 Bernd Waas, Wilma B. Liebman, Andrew Lyubarsky and Katsutoshi Kezuka, *Crowdwork-A Comparative Law Perspective*, Koln: Bund-Verlag GmbH, 2017, p. 50.

〔32〕 Mr Michail Kaseris v Rasier Pacific V.O.F (U2017/9452).

〔33〕 Christina Hiebl, “Case Law on the Classification of Platform Workers: Cross-European Comparative Analysis and Tentative Conclusions”, *Forthcoming*, *Comparative Labour Law & Policy Journal*, May 2021, p. 8, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3839603, last visited on 14 December 2021.

〔34〕 Uber BV v Aslam [2021] UKSC 5.

以看出,有关司机的身份认定存在很大不确定性和不统一。

即便在同一国家,司法机构对类似平台及其工人的法律关系也可能做出不同甚至相反的裁判。例如,随着意大利境内骑手与平台之间纠纷的司法案例不断增多,司法在界定二者关系时也出现不同观点。意大利近期产生重大影响的案例有三个。一个是最高法院2020年第1663号判决,在涉及骑手与平台关系的判断时,法院认为二者属于“类从属性”关系;一个是巴勒莫法院2020年第3570号判决,该法院直接确定骑手与平台之间存在的从属性劳动关系;一个是2021年2月9日弗罗伦萨法院做出的判决,驳回了意大利总工会针对户户送有限公司的涉及工会权的诉讼请求,认为骑手与户户送公司平台之间的关系是自由劳动关系。^[35]换言之,对外卖骑手的判决既有认定为雇员,也有认定为“准雇员”,还有认定为自雇者。

在我国,网络平台工人和平台之间的法律关系也一直备受关注。在具有广泛影响的2018年李某诉“闪送”平台案件中,法院经审理后认为:“闪送”平台的经营模式为通过大量提供货物运输服务来获取利润,故闪送平台的运营公司并不是一家信息服务公司,而是一家从事货物运输业务经营的公司。平台公司在招聘闪送员时,对担任闪送员的条件作出了要求,李某提供服务时需佩戴工牌,按照服务流程的具体要求提供服务,在任平台闪送员期间李某并未从事其他工作,从事闪送员工作获取的报酬是李某的主要劳动收入,故平台公司与李某间具有从属性,双方间属于劳动关系。^[36]该案在闪送员一定程度上可自由决定是否接单以及服务时间和地点的情形下认定劳动关系存在,实属不易。

从近期我国最大网约车平台“滴滴公司”的案例看,实践中裁判机构对平台和工人之间劳动关系的认定较为谨慎。例如,在“刘某与北京小桔科技有限公司、滴滴出行科技有限公司劳动争议”案件中,法院认为,司机对于“滴滴出行”平台发出的乘车信息有权选择何时何地提供接单或者不接单服务,且由司机自行提供驾驶服务车辆,滴滴公司对服务车辆无法实现有效控制,故司机不受滴滴公司的劳动管理;司机以每次订单服务完成为依据获得报酬,不属于劳动关系意义上的“劳动对价”,故不构成“用人单位安排的有报酬劳动”。因此,法院认为司机和平台不存在劳动关系。^[37]在“江西易至智行汽车运营服务有限公司与李某劳动争议”中,法院认为,从考勤来说,被告司机是否出车、出车的时长完全自主决定,并不受原告的监督管理;从工作内容来看,滴滴平台向被告派送订单,被告自主决定是否接受滴滴平台向其派送的订单,并不受原告的监督管理;从工作成效来看,被告接受滴滴平台向其派送的订单后,其如何完成该订单、完成该订单的质效,一天甚至一个周期内完成多少订单,都是被告自主决定,并不受原

[35] 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”,《交大法学》2021年第2期,第187页。

[36] 北京市海淀区人民法院:《称闪送途中发生事故,闪送员起诉平台经营者要求确认劳动关系获支持》,载海淀法院网,<http://bjhdfy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2018/06/id/4016653.shtml>,最后访问日期:2021年10月9日。

[37] 刘腊与北京小桔科技有限公司、滴滴出行科技有限公司劳动争议,成都市金牛区人民法院民事判决书,(2019)川0106民初13818号。

告的监督管理。法院认定双方不存在劳动关系。^[38] 可见在实践中,平台工人难以被认定和平台存在劳动关系,因此也难以受到劳动法的有效保护。

以上案例表明通过司法路径保护平台工人的作用及其局限性。司法路径的优势是可以根据个案,充分考虑平台用工的特点做出灵活处理,可以依据现有立法做出裁判,减少立法成本。但司法路径在保护平台工人权益上的局限性也是明显的。具体而言:第一,从实践结果看,由于平台用工的新特点,裁判机关较少认定平台工人和平台之间存在劳动关系,因此难以为大部分平台工人提供保护。尤其是许多大型平台从业人员数量众多,裁判机构往往担心认定劳动关系后会带来其他平台工人的连锁反应,在认定劳动关系上较为保守和谨慎。第二,裁判结果存在不确定性,缺乏统一性,这也是各国普遍存在的问题。例如美国法律并没有提供明确和广泛适用的规则来解决由此产生的歧义和模糊性,而且也无法确保裁决者能够作出一致以及可预测的决定。^[39] 我国司法实践也面临类似问题。第三,司法路径主要是事后救济,难以对平台工人提供全过程保护。当事人到法院等裁判机构寻求救济一般都在发生纠纷之后,即使平台工人胜诉,平台工人在合同订立和合同履行等环节,包括工作时间、休息休假、安全卫生等方面也难以得到事前和事中的周全保护。同时,由于司法的被动性,部分身份被错误归类的平台工人因考虑诉讼成本等因素也可能放弃寻求司法救济,也无法获得法律的保护。

四、近期国外关于平台用工的立法动向

由于司法路径存在上述缺陷以及平台工人权益保障存在的问题,许多国家也探索通过立法保护平台工人权益。一些国家通过立法或其他措施将劳动法的部分保护措施适用于平台工人。例如,澳大利亚、新西兰通过立法将职业安全和卫生立法适用于所有工人,巴西通过判例将安全卫生法律适用于平台工人。一些国家将社会保险项目扩大到平台工人。比如,印度尼西亚和马来西亚将工作伤亡待遇扩大到部分平台工人,爱尔兰将疾病待遇扩大到所有工人,芬兰和美国将失业福利扩大到自雇工人。^[40] 一些国家对平台工人的工作时间和报酬作出规定。例如,法国将工作时间部分规定适用于交通出行行业的平台工人,并对平台工人的最低报酬标准做出限制。^[41]

立法路径具有统一性和明确性的优点。但由于平台种类繁多,用工方式各不相同,且在不断变化当中,因此进行系统立法的难度较大。例如,如何界定平台工人的范围、应规制哪些平台、保护平台工人哪些权利,均是立法难题。2020年欧洲出版的《平台经济与劳动立法国际趋势》一书指出,“目前的劳动法无法应对平台工作所带来的挑战”;“法官正在呼吁立法者进行修

[38] 江西易至智行汽车运营服务有限公司与李万根劳动争议,江西省南昌经济技术开发区人民法院民事判决书,(2020)赣0192民初1221号。

[39] (美)赛思·D.哈瑞斯:“美国‘零工经济’中的从业者、保障和福利”,汪雨蕙译,《环球法律评论》2018年第4期,第7页。

[40] International Labour Organization, *supra* note 5, p. 25.

[41] International Labour Organization, *supra* note 5, p. 235.

改,但后者似乎并不知道究竟该怎么做”;“目前,我们仅知道问题,还不知道答案,而合理的答案就更少了。”^[42]上述国家的立法措施总体上还是初步的,只是将劳动法的部分规定通过不同立法或其他措施适用于平台工人,总体上有关平台用工立法具有碎片化、不系统的特点。值得关注的是,虽然立法困难重重,但一些国家正在采取比较系统而全面的立法保护平台工人。

美国加利福尼亚州 2019 年通过了该州 AB5 法案并于 2020 年 1 月生效。根据 AB5 法案,在“零工经济公司”工作的合同工需按照正式雇员(employee)对待。然而 2020 年 11 月“第 22 号提案”(“proposition 22”)的通过豁免了网约车平台优步、Lyft 等出行平台公司对 AB5 法案的遵守。此类公司无需将零工工人归类为雇员,但需要为符合资格的人员提供最低工资、医疗保险、工伤保险、反歧视、公共安全和休假等保护。^[43]美国加州涉及平台工人的立法可谓一波三折。AB5 法案采纳了 Dynamex 案件中对劳动者(雇员)身份认定的 ABC 标准,按照该标准,平台工人可以被纳入扩大的雇员概念之中而受到保护。但许多企业游说并且获得 AB5 法案的豁免适用,优步和 Lyft 明确拒绝遵守 AB5 法案,大部分平台并没有采取任何措施来遵守法律的变化或者将其工人归类为雇员。平台公司游说加州立法者创设“第三类的混合体”,以使工人获得部分而不是全部的劳动权利保护,“第 22 号提案”最后获得通过。^[44]尽管法案在法律性质上将平台工人归入“独立承包商”,但法案对工人提供的保护和福利是实质性的,甚至有人将该法案称为保护平台工人的“第三道路”。但由于没有“雇员”身份,工人不能组织和开展集体谈判,工人在该方案中的权利少于雇员享有的权利。^[45]由于许多平台提供的服务包括交通出行、外卖配送和快递等具有一定的公共服务性质,涉及平台和工人的切身利益,也涉及消费者利益,因此,立法中的利益平衡和相关方的博弈较为激烈和复杂,这也决定了立法的艰辛。

法国立法措施也值得关注。2016 年一项名为“社会责任组合”的条款被引入法国劳动法,目的在于为平台工人提供特定保护。《劳动典》第 60 条授予平台工人三项保护:工作中的事故保护,职业培训的权利,以及罢工、加入工会和集体协商的权利。这些规定适用于有权决定所提供或服务或所出售商品的特征,并确定其价格的平台;其他平台则不适用。此外,前两项保护对工人收入有一定的门槛要求。^[46]法国在劳动典中对特定平台工人提供的三项保护颇具意义,特别是对于集体劳动关系相对发达的法国,明确赋予平台工人加入工会和集体协商的

[42] (法)伊莎贝尔·道格林、(比)克里斯多夫·德格里斯、(比)菲利普·波谢编:《平台经济与劳动立法国际趋势》,涂伟译,中国工人出版社 2020 年版,第 127—128 页。

[43] International Labour Organization, *supra* note 5, p. 232.

[44] Miriam A. Cherry, “Dispatch - United States: ‘Proposition 22: A Vote on Gig Worker Status in California’”, January 25, 2021, Saint Louis U. Legal Studies Research Paper No. 2021-03, pp. 4-7, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3773209, last visited on 9 December 2021.

[45] *Ibid.*, p. 7.

[46] Thomas Haipeter, Dominik Owczarek, Michele Faioli and Feliciano Iudicone (ed.), “Are There Varieties of ‘Gig Economy’?”, *Final Report of Don’t Gig Up Project*, January 2020, p. 19, <http://www.dontgigup.eu/wp-content/uploads/2020/04/Final-Report-3.pdf>, last visited on 8 December 2021.

权利具有重要意义。

意大利也对外卖骑手进行了专门立法。2019年第128号法律专门在2015年第81号法令中增加标题为“数字平台的劳动保护”的一章,规定了数字平台的义务,包括平台应负责骑手工作中的事故及职业疾病的保险、禁止包括驱逐出平台及因没有接受订单而减少工作机会的歧视、骑手享有最低工时报酬的权利等。^[47]

从上述立法动向,尤其是立法相对系统全面的美国、法国和意大利等国家立法看,有几点趋势值得关注。

第一,对平台工人进行专门立法似乎正成为趋势。尽管立法困难重重,但由于司法路径的局限,对平台进行专门立法越来越成为一种趋势。例如,截至目前,美国已有一半的州针对从业者和像优步和Lyft等网约车公司的关系进行了立法。^[48] 欧盟目前也试图进行立法,2021年欧洲委员会的工作计划包括“改进平台工人的工作条件”,欧洲议会号召欧洲委员会提出关于数字经济体面工作条件和权利的指令,目前有关各方正在征求意见。^[49] 加拿大的立法动向也值得关注。面对平台用工等非标准用工的大规模兴起及带来的劳动保护挑战,加拿大政府2019年设立“现代联邦劳动标准专家委员会”(Expert Panel on Modern Federal Labour Standards),委员会就修改《加拿大劳动法典》中有关联邦最低工资、对非标准工作工人的劳动标准保护、工作时间之外断开工作网络连接、福利的获得和携带以及非工会工人的集体权利等五个问题提出具体建议。^[50] 虽然加拿大并非专门针对平台用工进行立法,但针对平台用工引发的问题对劳动法进行大规模修改无疑具有重要参考价值。

第二,对平台工人的保护主要是基本权利的保护。从上述立法看,大部分国家为平台工人提供基本权益保护,包括安全卫生、工作时间、工伤保险和医疗保险、最低工资、休息休假等,而不是将劳动法的全部规定适用于平台工人。这在一定程度上保持了平台用工的灵活性,也体现了平台工人和传统雇员保护方式的差异。

第三,立法保护的平台和平台工人均有一定限制,并不包含所有平台和平台所有工人。首先,立法主要针对对工人施加一定控制的平台。例如,法国和意大利的立法明确针对有权决定所提供或服务或所出售商品的特征并确定其价格的平台。其次,立法主要针对交通出行、外卖配送等基于线下位置提供服务的平台。美国立法主要针对交通出行平台,意大利立法专门针对外卖骑手平台,法国立法主要针对交通出行和外卖配送平台。最后,立法保护的平台工人有一定的门槛限制,比如法国对平台工人收入有一定要求,以避免保护范围的泛化。

最后,平台用工专门立法和劳动法保护并不冲突。平台工人专门立法并没有将平台工人

[47] 参见罗智敏,见前注[35],第185页。

[48] 参见哈瑞斯,见前注[39],第27页。

[49] See European Commission, *supra* note 19, pp. 1-2.

[50] Employment and Social Department, Canada, “Report of the Expert Panel on Modern Federal Labour Standards”, June 2019, pp. 8-9, <https://www.canada.ca/content/dam/canada/employment-social-development/services/labour-standards/reports/expert-panel-final/expert-panel-final-report-20190826.pdf>, last visited on 10 December 2021.

一概认定为雇员,但并不妨碍法院在个案中认定平台工人为雇员而使其受到劳动法保护。例如,虽然法国和意大利出台了专门的平台工人保护规则,但在立法后2020年的司法判例中仍有案例认定平台工人属于雇员,受到劳动法保护。西班牙存在“第三类主体”(TRADE),也不妨碍法院在个案中认定平台工人的身份为雇员,例如2020年最高法院在一项判决中认定Glovo外卖骑手为雇员。^[51]在对平台工人进行专门立法后,在诉讼个案中认定平台工人为雇员并为其提供劳动法保护具有重要意义,这也说明了立法路径和司法路径并非相互替代,而是相互补充。

五、我国平台用工立法的基本思路

(一)《意见》出台进一步凸显了立法必要性

上文分析表明我国有必要针对平台工人进行专门立法。值得关注的是,我国近期已出台了《意见》,为立法指明了方向和目标任务。但《意见》还存在缺陷和不足,进一步凸显了立法的必要性。第一,《意见》虽然提出了平台工人保护的多项保障措施,但“指导意见”的落实难以依靠意见本身。《意见》在涉及企业的义务时大量的用语是“推动”“督促”“引导”等表述,并非明确规定企业的义务或平台工人的权利,《意见》提出的内容还难以成为劳动者法定的权利。此外《意见》提出的一些措施过于宽泛,难以操作。比如,“督促企业按规定合理确定休息办法,在法定节假日支付高于正常工作时间劳动报酬的合理报酬”。何为“合理确定休息办法”,何为“合理报酬”存在很大弹性空间。此外,《意见》本身的强制力也是有限的。第二,《意见》虽然提出了多项权益保障措施,但内容仍存在不足。例如,《意见》并没有针对平台工人工作时间过长的问题提出具体措施。由于工作时间是基本劳动基准,《意见》缺乏工作时间的内容是一个重大缺憾。第三,引入“不完全符合确立劳动关系情形”的概念存在诸多疑问。《意见》明确提出了该类主体享受两项保障:第一项是最低工资保障;第二项是关于社会保险的规定,根据其表述其并没有实质性的进展。因此,“不完全符合确立劳动关系情形”的概念如何界定,对此类主体应提供哪些保护,仍存在不少疑问。

因此,当前立法面临两项主要任务:一是立法的基本思路、基本原则和立法框架,二是如何规定平台工人的具体权益。从立法形式看,虽然我国对平台用工进行专门立法的时机已经成熟,考虑到平台用工还在发展之中,可以国务院行政法规的方式进行专门立法。关于立法思路、原则和框架,应着重解决以下问题。

(二)立法的规范对象及规范重点

首先,关于立法规制的平台及工人的范围。平台种类繁多,难以全部纳入立法。平台工人立法应主要覆盖对服务提供者进行劳动管理的平台,而将仅仅作为中介机构的平台排除在外。《意见》引入了“不完全符合确立劳动关系情形”的概念,可在立法中加以界定和完善。借鉴法国和意大利的立法以及我国平台的实践,“对劳动者进行劳动管理”应主要考察平台是否对劳

[51] See Hiebl, supra note 33, pp. 20-21.

动(服务)过程实施管理,是否决定劳动(服务)的价格,如果具备这两个条件通常可以认定“对劳动者进行劳动管理”,纳入立法的保护范围。实践中,许多网约车司机、外卖骑手、快递员等的劳动(服务)过程受到严格管理,在订单分配、服务路线、服务时限、服务标准、进入和退出平台机制,以及服务价格等方面均受到平台的管理,可纳入立法保护的范畴。

由于平台工人中有相当一部分工人从事兼职工作,甚至仅偶尔提供服务,对这类主体可不纳入保护范围,即便将其纳入也无多少实益。因此可对受保护的平台工人工作时间作一定要求。当然,对于职业伤害保障和职业安全卫生等事项的调整范围可更为广泛,不作限制。如果不对立法规制的平台范围和保护对象作适当限制,就难以对平台工人提供针对性的保护,或者可能使保护措施泛化而失当。

对于属于真正自雇者而无法纳入平台专门立法的平台工人,可通过完善社会保险制度的方式给予相应保障。例如,通过完善灵活就业人员社会保险制度,为无法纳入平台专门立法的平台从业人员提供社会保险方面的保护。这一点也是欧盟的政策方向。在欧盟,属于真正自雇者的平台工人将可以获得一定的社会保护。^[52]

其次,关于立法规制的重点平台。上文分析了我国平台用工的特点和存在的问题,这些问题集中表现在交通出行、外卖配送、快递等行业,因此我国立法的重点应放在基于线下位置提供服务的平台。以此类平台为立法重点的理由在于这些平台具有一些共同特点:一是平台工人数量众多,且相当一部分工人从事专职工作。二是这些平台工人因在线下提供交通运输和配送业务等,和传统工人提供的劳动差别不大,工作强度大,面临交通事故等职业风险较高,他们暴露出的诸如工作时间长、职业风险高、算法管理严的问题也比较突出。三是这些行业具有一定的准公共性。诸如交通出行服务、快递、餐饮配送服务等,直接影响社会的基本运行和群众的日常生活,也涉及广大消费者的利益,因此,对此类平台进行立法规制的必要性更大。

(三)引入“第三类”主体抑或采取“第三条”路径

如上所述,我国一些学者主张劳动法“三分法”或者引入“类雇员”的概念。从国外看,英国和德国是存在典型的“第三类”主体的国家。英国法中存在“工人”(worker)的概念,其可受到一定程度的保护,例如最低工资、工作时间、工资保障以及相关的集体权利。^[53]德国法上存在“类雇员”(employee-like)概念,其也可受到一定程度的保护,包括由劳动法院受理其与合同相对方的争议,有关年休假和公共假期的待遇,工作条件受到集体协议保护,以及反就业歧视的保护等。^[54]英国和德国“第三类主体”的共同点在于两类主体具有经济从属性,而缺乏充

[52] European Commission, “Consultation Document: Second phase consultation of social partners under Article 154 TFEU on possible action addressing the challenges related to working conditions in platform work”, Brussels, 15.6. 2021, p. 20, <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=24094&langId=pl>, last visited on 8 December 2021.

[53] Hugh Collins, K. D. Ewing and Aileen McColgan, *Labour law*, 2nd edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, pp. 216—218.

[54] Manfred Weiss, Marlene Schmidt, Daniel Hlava, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, 5th edition, Kluwer Law International, 2020, pp. 48—49.

足的人格从属性,但在实质上都属于独立合同者(自雇者)。换言之,他们只是独立合同者(自雇者)具有经济从属性的一种特殊类型。就此而言,把他们归类为“第三类”主体并不严谨。

如上所述,平台工人在法律地位上可能与平台成立劳动关系,属于真正的雇员,并受到劳动法保护。相反,在存在“第三类主体”的国家,例如英国,优步等平台工人却可能被认定为非雇员的“工人”,而仅受到部分劳动法权益的保护。在西班牙,因其存在第三类主体的概念,判例中也有将平台工人认定为第三类主体,而使其受到有限的保护。^[55] 而且有证据显示,在西班牙存在滥用第三类主体而隐藏真实的劳动关系。^[56] 因此,引入第三类主体对平台工人未必有利,可能导致本应被认定为雇员的平台工人被“降格”为“第三类”主体,而仅受到有限保护。如果在立法上将平台工人全部纳入“第三类主体”则可能使部分本来应受到劳动法保护的群体无法得到应有的保护;同时,平台工人也可能存在真正的独立合同者(自雇者),把这些工人全部纳入“第三类主体”也不科学。换言之,平台工人本身因类型和性质不同,难以完全用“第三类主体”来覆盖。

而且,引入第三类主体还可能带来监管套利以及理论和实践的难题。美国著名平台用工学者 Miriam A. Cherry 教授极力反对引入第三类主体。她在考察加拿大、意大利和西班牙等国有关第三类主体的制度和实践结果基础上指出,“如果建立第三类主体的结果是套利并导致‘雇员’身份被降格为中间类型,那么这无助于解决虚假合同身份问题。事实上,增加第三类主体只会加重套利程度”。^[57] 除了可能导致的逆向选择,即企业将原本属于雇员的工人归入第三类主体,损害工人的应有权利,引入第三类主体制度还将面临如何界定第三类主体以及为其提供哪些保护的立法难题。现阶段,我国如果在劳动者和自雇者的概念之外,引入“第三类主体”,例如“工人”“类雇员”等概念,会使整个劳动法面临概念和体系的变化,这对于劳动法理论和实践均不成熟的我国而言,将带来诸多问题和挑战。因此,我国目前不宜在劳动法中引入第三类主体的概念和制度。虽然对平台用工进行专门立法将面临和引入第三类主体类似的课题,即需要对受到保护的平台工人的特征和范围进行界定,但是由于其主要针对平台用工而做出,对受保护主体的特征描述和范围界定相对容易。

相比传统劳动法保护方式,即如果是劳动者就给予劳动法的全部保护,如果不是劳动者就不予任何保护,对平台工人给予劳动者部分权利的保护可谓是“第三条”路径。“第三条”路径是一种实用而便利的解决方式,无须引入第三类主体等法律概念,主要任务在于界定平台工人的范围及其具体权益,其实质是对劳动者和其他从业人员的分类分层保护。从上述美国、法国和意大利的平台立法看,其主要思路也是将劳动者的部分权益而非全部权益赋予平台工人,这也成为目前许多国家的共识。平台工人需要保护,但平台用具有较大灵活性,给予工人劳动法上部分权益保障是最佳方案。美国学者哈瑞斯教授在提出多种解决平台工人权益保障的方

[55] See Hiebl, supra note 33, pp. 20—22.

[56] See Haipeter, Owczarek, Faioli and Iudicone, supra note 46, p. 14.

[57] Miriam A. Cherry and Antonio Aloisi, “‘Dependent Contractors’ in the Gig Economy: A Comparative Approach”, *American University Law Review*, Vol. 66, No. 3, 2017, p. 677.

案时也指出,这些方案中的最优选项是,通过法律将劳动法保护的多数(但非全部)因素细微扩展到独立从业者(平台工人)。他同时指出,选定更佳方案是价值问题,应由美国 and 州政府的政治程序解决,法院无力解决这一至关重要的任务。^[58] 因此,必须通过立法机关的立法才能实现“第三条”路径。

(四)平衡平台用工的灵活性和平台工人就业的安全性

平台用工是促进就业、扩大内需的重要支撑,目前仍在不断发展变化中。因此平台立法应平衡好劳动者和平台企业的利益。一方面应鼓励平台用工发展和创新,保持其适度灵活性,合理规定平台企业的义务和责任,同时也使平台工人继续保持一定灵活性,这也是许多平台工人选择平台工作的重要原因。例如,强制所有司机成为雇员将减少他们的灵活性以及消除工人最为珍视的独立的可能性。^[59] 另一方面也应保障劳动者的基本权利,防范他们面临的职业伤害等风险,保障其基本权益。美国学者 Orly Lobel 教授指出,许多规定旨在保护雇员,以及确保其获得生存工资与体面的工作条件,这些保护应扩展至所有工人。同时监管不应阻碍创新,最重要的是,监管者应该意识到劳动力市场是高度异质的,直接将平台工人认定为雇员并不能使所有工人获益。^[60] 因此,适应平台用工的新特点而给予适当的保护十分重要。

六、平台工人劳动权益的法理基础及其具体内容

对于平台工人中不符合劳动关系认定条件,或者实践中未被正确归类为劳动者的平台工人应该给予哪些保护是平台工人立法的核心内容。正如 Orly Lobel 教授所指出的,在雇佣和劳动法,我们应努力使监管恰到好处:监管不能太少而使工人不受保护,也不能太多而扭曲市场和抑制就业。^[61] 在立法赋予平台工人权益同时,必须探讨赋予这些权益的法理基础。

(一)平台工人劳动权益范围的法理基础

1.工人应普遍享有的权利

尽管传统劳动法以保护具有劳动关系的“雇员”为其主要任务,但由于雇员身份认定具有很大弹性,雇员身份的认定存在较大的偶然性和不确定性,许多提供劳务但未建立劳动关系的工人和雇员并无多大差异,他们也需要保护。国际劳工组织长期以来呼吁并主张一些基本权利和基本原则应适用于所有工人,而不仅仅是具有劳动关系的雇员。例如,1998年国际劳工组织《关于工作中基本原则和权利宣言》宣布,一些基本权利和原则一律适用于所有成员国。这些权利和原则包括:(a)结社自由和有效承认集体谈判权利;(b)消除一切形式的强迫或强制

[58] 参见哈瑞斯,见前注[39],第37页。

[59] Orly Lobel, “The Debate Over How to Classify Gig Workers Is Missing the Bigger Picture”, *Harvard Business Review*, July 24, 2019, p. 4.

[60] Ibid.

[61] Lobel, *supra* note 59, p. 3.

劳动；(c)有效废除童工；以及(d)消除就业与职业歧视。^[62] 这些权利一律适用于所有成员国的所有劳动者，无论其经济发展水平如何，因而也适用于平台经济。^[63]

近年来，随着非正规就业的发展，加强对非正规就业中不具有雇员身份的工人保护被提上日程。国际劳工组织2015年《关于从非正规经济向正规经济转型建议书》(第204号)为各国制定综合政策框架提供了指引，以逐步促进经济向正规化转型，同时防止非正规化。该建议书呼吁成员国在法律和实践层面，将职业安全卫生保护、社会保障、生育保护、体面工作条件和最低工资逐步扩大到非正规经济中的所有工人；成员国应逐步将社会保险覆盖面扩大到非正规经济中的人员。^[64] 2019年6月21日，国际劳工组织通过了《关于劳动世界的未来百年宣言》。宣言重申雇佣关系的持续相关性，以此作为向工人提供法律保护的方式。宣言指出：“所有工人都应根据体面劳动议程享有适当保护，同时考虑到：(i)对其基本权利的尊重；(ii)适当的法定最低工资或通过谈判达成的最低工资；(iii)工时的最长限度；以及(iv)工作中的安全与卫生。”^[65] 国际劳工组织《关于劳动世界的未来百年宣言》是在平台用工兴起的背景下通过的，因此其强调对所有工人的基本权益的保障范围具有重要参考价值。概括起来，国际劳工组织强调对所有工人的保护包括结社和集体协商、反强迫劳动、禁止童工和反歧视的基本原则，以及工资、工时、安全卫生等基本劳动基准。因此，这些权利可以也应当赋予平台工人。

将雇员的部分权利或福利扩大至所有工人，得到越来越多的支持。国际劳工局专家Janine Berg指出，“是时候重新聚焦于如何减少劳动力市场的不稳定以及制定策略，以确保所有工人能够从载入劳动法的基本劳动保护中受益的讨论了”。^[66]

2. 平台工人和雇员的类似程度及其灵活性

虽然平台工人享有一定程度的自由，包括是否提供服务以及服务时间和地点的自由，但部分平台工人、尤其是全职的平台工人和传统雇员相比并无多少实质差别。许多平台制定了严格的规章制度，对服务过程进行了严格管理和监督，拥有服务的单方定价权，制定了严格的惩戒措施等等。从某种意义上看，企业对工人的控制不是减少而是加强了。因此，对于这些由于技术发展而“被平台化”的工人，立法者应着眼于其实质而不是表面的“灵活”形式，为其提供应有的保护。美国学者Miriam A. Cherry教授指出，实质上，因为雇主和工人之间力量的不平

[62] 国际劳工组织：《关于工作中基本原则和权利宣言及其后续措施》(国际劳工大会第86届会议，1998年6月18日于日内瓦通过)，https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_652158.pdf，最后访问日期：2021年12月8日。

[63] 参见周畅，见前注[15]，第40页。

[64] 国际劳工组织：《关于从非正规经济向正规经济转型建议书》(第204号，2015年)第17、18、20条，www.ilo.org/ilc/ILCSessions/previous-sessions/104/reports/reports-to-the-conference/WCMS_379392/lang-en/index.htm，最后访问日期：2021年12月8日。

[65] 国际劳工组织：《关于劳动世界的未来百年宣言》(国际劳工大会第108届会议2019年6月21日于日内瓦通过)，第三部分，https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_714054.pdf，最后访问日期：2021年12月8日。

[66] Janine Berg, “Protecting Workers in the Digital Age: Technology, Outsourcing, and the Growing Precariousness of Work”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 41, No. 1, 2019, p. 93.

衡,零工工人应当享有和雇员需要的同样权利。^[67]换言之,虽然平台工人享有一定的灵活性和自由度,但平台工人和平台之间力量不平衡的实质并未改变,雇员享有的基本权利也应给予平台工人,以克服双方之间的不平衡。

同时,立法也有必要保持平台用工的灵活性。在立法上可以移植劳动法的一些规定,同时也需要一些变通或特殊的规则。例如,由于平台用工的灵活性和特殊性,特别是平台工人进入和退出平台的灵活性,传统劳动法的解雇保护规则就难以直接适用于平台工人。美国学者 Orly Lobel 教授也指出,“我们需要创设针对平台零工(gig worker)的专门规则。因为,不是所有的工资和工时的法律都可以无缝地适用于平台工作”。^[68]

3. 算法的应用及其规制需求

平台业务的开展,包括对工人的管理主要依赖算法,算法是平台得以运行的基础。工人的算法管理是平台业务模式的核心。^[69]对工人的算法管理也是互联网平台用工管理和传统劳动关系中雇主对雇员指挥管理的最大区别。美国学者指出,随着现代经济继续变化,很明显,算法将在调整劳动关系中发挥更大作用。如同其他领域,算法被赋予做出产生结果的决策,监管者、法律学者,特别是工作平台算法的运行者有责任考虑使用算法的影响。然而,目前关于管理工人的算法使用的立法和监管还很少。^[70]同时,使用算法对工人带来的不利影响也越来越凸显。美国有学者针对软件程序指出,这些软件越来越多地调解、管理和监控工作关系,对工人造成新的伤害并侵蚀劳动法本身。^[71]因此,算法对劳动法的影响值得密切关注。

除了美国,在欧洲,算法对劳动法带来的挑战也得到密切关注。欧盟 2021 年出台的报告指出了欧盟平台用工保护面临的四大挑战:其一,平台工人的雇佣身份以及平台的相应责任;其二,基于算法的平台商业模式带来的问题;其三,平台工作跨境性质相关的问题;其四,现有(和将来)立法对平台工作面临挑战的覆盖范围的差距。^[72]由此可见,算法对平台工作带来的巨大挑战以及应对这一挑战的重要性。欧盟报告同时指出,在欧盟,成员国解决平台工作和职场算法管理问题的方法总体上是“稀缺和发散的”。现有欧盟劳动法并没有有效应对算法管理带来的挑战。^[73]

算法对工人权利的损害在于算法通过技术手段由平台单方设定,平台工人缺乏话语权,由此可能导致算法规则和算法结果对工人不公平;算法的使用危及平台工人程序上的参与权,以

[67] Miriam A. Cherry and Ana Santos Rutschman, “Gig Workers as Essential Workers: How to Correct the Gig Economy Beyond the COVID-19 Pandemic”, *ABA Journal of Labor & Employment Law*, Vol. 35, No. 1, 2020, p. 16.

[68] See Lobel, *supra* note 59, p. 3.

[69] See International Labour Organization, *supra* note 5, p. 21.

[70] Zane Muller, “Algorithmic Harms to Workers in the Platform Economy: The Case of Uber”, *Columbia Journal of Law and Social Problems*, Vol. 53, No. 2, 2020, p. 210.

[71] Charlotte S. Alexander and Elizabeth Tippet, “The Hacking of Employment Law”, *Missouri Law Review*, Vol. 82, No. 4, 2017, p. 1021.

[72] See European Commission, *supra* note 52, p. 5.

[73] See European Commission, *supra* note 52, pp. 18–19.

及劳动保障的实体权利。因此,必须对算法加以规制。

(二)平台工人权益的具体内容

上文分析了我国平台工人权益保障的突出问题,包括平台工人身份不明确、工作时间过长、工资收入不稳定、劳动安全卫生保障和社会保险缺失,算法不合理,集体权利难以行使等。这些问题反映了平台工人的保护需求,我国宜从“工人需求”角度,以问题为导向,给予平台工人相应的保护。

1. 平台工人身份的认定规则

对于平台工人的权益保障而言,身份识别是首要的。如果平台工人和平台存在劳动关系,其自然可以获得劳动法的全面保护。因此,将那些本属于劳动法保护范围的平台工人正确归类为“雇员”,防止其被错误归类为自雇者,是保护平台工人的首要任务。

由于实力强大的平台和广大分散的平台工人地位实力悬殊,平台往往单方面制定和工人签订的协议内容,并规定双方协议的性质,因此,如何防止平台工人被错误归类是一个重要问题。对此有两种方案。例如,美国 Miriam A. Cherry 教授面对平台工人身份认定的司法困境,主张采取大部分平台工人属于劳动者(雇员)的默认规则,即工作时间超过最低门槛的平台工人原则上被视为雇员,除非属于真正的独立承包商或自雇者。^[74] 这一方案也是欧盟目前考虑的方案之一。^[75] 第二种方案是举证责任转移,即平台工人只要提供“较少基本事实”证据就可以推定平台和工人之间存在劳动关系,此后由平台证明双方不存在劳动关系。^[76] 上述两种方案都有利于保护平台工人。为了减少不确定性,上述两种方案正在被越来越多的国家所考虑。例如,荷兰和西班牙正在考虑引入平台工人属于可推翻的雇员身份推定规则;德国考虑将证明劳动关系不存在的举证责任归于平台。^[77]

相比之下,第一种方案较为明确,平台工人被推定为劳动者,相关的劳动和社会保障权益较为明确,但这种推定规则对双方权利义务影响较大,因此,需要对纳入推定范围的工人做出适当限制,比如工作关系较为稳定,工人在特定期限内平均工作时间较长,等等。这一方案面临的挑战是不易被平台所接受,如何对受推定的平台工人范围做出条件限制较为困难。同时,如果工人的雇员身份被推翻,还会导致法律关系的变动。相比之下,“举证责任转移”的方案相对容易实施,易于被平台接受,也有利于减轻雇员的负担。相较而言,鉴于我国目前实践,我国可引入举证责任转移规则,将劳动关系举证责任归于平台。特别是,我国许多平台为了规避责任,往往引入各种第三方作为合作方,从事劳务管理、车辆管理等业务,甚至将平台工人注册为个体工商户,法律关系错综复杂,平台工人难以明辨其中的主体和具体法律关系性质,引入举证责任转移规则,将大大减轻劳动者不合理的举证责任负担,也更能正确识别平台工人的真实身份。

[74] See Cherry and Aloisi, *supra* note 57, pp. 682—683.

[75] See European Commission, *supra* note 52, pp. 21—22.

[76] See European Commission, *supra* note 52, p. 22.

[77] See European Commission, *supra* note 19, p. 8.

2. 平台工人的具体权益

根据上文分析,一般的平台工人在其无法或难以确立劳动关系的背景下,我国可参考《意见》的规定,通过立法给予下列权益保障。

第一,平等就业的权利。反就业歧视和平等就业涉及公民平等权的基本权利,是国际劳工组织确立的工人基本权利之一,也是许多国家赋予所有工人的权利。因此,应赋予平台工人平等就业、不受歧视的权利。

第二,劳动安全卫生的权利。安全卫生关涉工人的健康权和生命权,应为包括平台工人在内的所有工人所享有。韩国政府在2019年1月宣布修订《工业安全与健康法》,修订的一项内容是将平台从业者纳入该法的保护范围。^[78]因此,《劳动法》及相关法律法规中有关劳动安全卫生的规定应适用于平台工人。

第三,工时和工资的权利。工时和工资涉及工人的健康权和基本生活保障,这些权利属于劳动者的基本保障。关于工时,应根据劳动法关于工作时间的规定,考虑平台特点规定平台工人工作时间规则。可在劳动法规定基础上作出较为宽松的灵活安排,比如每天工作不得超过10小时,每周工作不得超过55小时,并应保障平台工人的休息权;同时应对平台工人的工作时间进行界定,包括在线等待时间是否以及如何计入工作时间等。最低工资属于生活基本保障,事关工人的生存权益,也是国际劳工组织多个文件提及的所有工人应享有的权利,应将最低工资制度适用于平台工人。

第四,职业伤害保障和其他社会保险权益。职业伤害保障是工人安全卫生权利的延伸,也是社会保险制度的重要内容。职业伤害也是当前外卖骑手和网约车司机等面临的突出职业风险。我国一些地方已开展灵活就业人员职业伤害保障试点并取得初步成效,因此,应加快出台平台灵活就业人员职业伤害保障制度。一是坚持社会保险定位。只有通过社会保险才能扩大覆盖面,保证参保者待遇,不宜采取商业保险模式。二是坚持公平统一原则。可建立单独的平台灵活就业人员职业伤害保险基金,便于制度调整和完善。但职业伤害保障制度应尽量和工伤保险制度保持规则一致,包括职业伤害的范围、职业伤害的认定机构和程序、职业伤害保险待遇项目和水平,在制度和机构人员等方面应尽量充分利用已有资源,避免制度碎片化。三是适应平台用工特点。对于工伤保险制度中由用人单位承担的待遇部分,可适当调整和简化,分别由基金和平台企业承担。关于平台工人的养老保险和医疗保险,目前建立专门针对平台工人的制度存在较大难度,并可能导致制度碎片化,可通过完善灵活就业人员社会保险制度加以推进。

第五,与平台算法相关的权利。算法虽然是运用现代技术和人工智能运行的结果,但其制订和实施均处于平台的控制之下,和传统的单位规章制度以及雇主决策并无本质区别,只是算法“隐藏”了平台的意志和决策,但不能否认算法背后的主体是平台。美国有学者也主张,算法规则应视为企业的规章制度。^[79]

[78] 参见周畅,见前注[15],第36—37页。

[79] See Alexander and Tippett, *supra* note 71, p. 1013.

为规制平台算法并保障工人权益,可赋予平台工人以下权益。一是工人对平台规则和算法的知情权。工人应有权事先了解平台有关进入退出、工作分配、工作时间、工作报酬、工作标准和奖惩的规则以及相应的算法结果,平台应以通俗易懂的方式使工人知悉。二是工人有权参与算法规则的制订。平台规则与平台工人利益密切相关,这些规则和传统的雇主规章制度并无本质区别,工人应以适当方式参与制订,这也是平台工人行使集体权利的重要体现。三是个人信息权益。平台为了算法实施,需要大量收集平台工人的个人信息,包括对工人工作过程的监控,因此平台应遵守民法典和个人信息保护法等信息保护的一般规则,确保数据安全,保护平台工人相应的个人信息权益,包括与自动决策相关的权利。四是内部申诉和获得救济的权利。平台大多通过算法进行决策并据此对平台工人进行奖惩,双方容易发生纠纷。因此,应畅通平台工人权利救济渠道,要求平台建立内部争议和纠纷解决机制,妥善处理平台和工人的争议,避免平台工人遭受不公平不合理的待遇和惩戒。

第六,加入工会和集体协商的权利。传统上只有雇员才能加入工会并享有集体协商权利。关于工会在保护平台工人中的地位和作用主要涉及两个法理问题。一是平台工人是否可以加入工会。从国际劳工组织公约的基本精神看,参与工会是工人的一项基本权利,不以工人的劳动者(雇员)身份为前提。因此,平台工人即使不是劳动者,加入工会并不存在障碍。二是平台工人是否享有集体协商的权利。从国际劳工组织公约精神看,工人应享有集体协商的权利,不管其是否具有劳动者身份。^{〔80〕}一些国家例如澳大利亚、加拿大和日本赋予自雇者集体协商权利。^{〔81〕}但由于集体协商作为一种权利,往往需要法律的确认,而且工会协商权意味着雇主的协商义务和责任,因此,在一些国家,协商权利往往只赋予雇员,而不包括一般工人或自雇者。而且,在一些国家,如果缺乏雇员身份,自雇者组织起来和雇主协商可能面临反垄断法的问题,即自雇者的行为可能构成卡特尔。欧盟2020年以来也致力于扫清反垄断法对平台工人组建工会和集体协商的障碍,改善平台工人的工作条件。2020年6月,欧盟采取一项措施,确保竞争法规则不会阻碍需要开展集体协商的“个体自雇者”。^{〔82〕}因此,我国可在立法中明确平台工人有权加入和组织工会,开展集体协商。

七、结 语

当前,我国平台用工规模巨大,发展迅速,如何为平台工人提供适当保护成为法治建设的一项重要课题。由于我国平台工人权益保障问题突出,现有劳动法以及司法实践难以为其提供有效保护,因此,必须通过创新立法为其提供相应保护。平台工人立法的基本思路应是确保符合劳动者标准的工人得到劳动法保护,并为一般平台工人提供基本劳动权益保障。平台工人的保护方式是赋予工人部分而不是全部劳动法权益,这对传统的劳动法理论和实践产生了

〔80〕 International Labour Organization, *supra* note 5, pp. 204, 211.

〔81〕 International Labour Organization, *supra* note 5, p. 249.

〔82〕 See European Commission, *supra* note 19, p. 19.

巨大冲击。为此,应扩大劳动法的保护范围,创新劳动法的调整方式,平衡平台用工的灵活性和工人的安全性,加强平台工人权益保护,并在国际上努力提供平台工人保护的中国方案。

Abstract: There are as many as tens of millions of online platform workers in China and their number is growing rapidly. At the same time, platform workers face serious problems, such as unclear legal status, long working hours, unstable income, lack of occupational injury protection, and unreasonable algorithm management. Due to the particularity of platform work, it is difficult for existing labor laws and judicial practices to provide effective protection for platform workers. In recent years, more and more countries, including the United States, France and Italy, have introduced special legislation for platform workers. Similar legislation also needs to be adopted by China. The basic idea of legislation on platform workers is to ensure that all those who qualify as employees are protected by the labour law and to provide basic labour rights protection to all platform workers. China should introduce through legislation the rule of shift of burden of proof in employment relationship, so that the legal status of platform workers can be correctly classified. The content of the basic rights and interests of platform workers should be designed in light of the basic rights that all workers should enjoy, the flexibility of platform workers, and the particularity of the platform, namely its main reliance on algorithmic operation. Platform workers should be given the rights related to equal employment, occupational safety and health, wage, working hour, union membership and collective bargaining, as well as rights related to algorithms, etc.

Key Words: Online Platform; Platform Workers; Employee; Algorithms; New Forms of Work

(责任编辑:阎天)