

我国平台用工规制路径的反思 与改进

谢增毅*

摘要 目前我国平台用工法律规制的主要路径是行政指导,即由相关部门发布“指导意见”,这一路径导致相关规则内容抽象、规则不统一、缺乏裁判规则以及权利难以救济等问题。“指导意见”引入“不完全符合确立劳动关系情形”的概念,由此带来诸多理论争议和实务操作困难。司法机关也发布相关司法文件和典型案例报告,但对司法实务指导作用有限。因此,我国应调整和优化平台用工规制路径,通过专门立法和司法解释,构建内容全面、规则统一、权利内容和救济途径完备、兼具行为规范和裁判规范的规则。同时,着眼于平台用工的新特点,除了完善劳动关系认定规则和基本劳动标准,还应完善有关算法管理、数据保护和人工智能规制等规则。当前我国不必在劳动法中引入“第三类主体”,也不必在立法上引入“不完全符合确立劳动关系情形”的概念,而应通过排除法,为大部分平台工人提供基本劳动权利保护,在此基础上,将符合“雇员”定义的平台工人纳入劳动法保护范围。

关键词 平台用工 规制 算法 第三类主体

一、问题的提出

近年来随着我国平台经济的快速发展,平台用工等新就业形态劳动者权益保护问题广受关注。据不完全统计,2021年我国互联网平台带动提供共享服务的劳动者人数达9000万人。^[1]从一些大型用工平台披露的数据看,多个平台的从业人员(下称“平台工人”)多达数百

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

[1] 徐向梅等:“稳步推进养老保险全国统筹”,载《经济日报》2022年8月8日,第11版。

万人。例如,2022年,超过624万名骑手在美团外卖获得收入,日均活跃骑手超过100万。^{〔2〕}2023年,“饿了么”平台在全国有1.1万个配送站点、超过300万“蓝骑士”。^{〔3〕}根据滴滴公司负责人介绍,2023年滴滴网约车活跃司机人数达586万,同比增加了142万。^{〔4〕}与此同时,我国平台用工也暴露出诸多问题:平台工人法律地位不清晰,工作时间过长,报酬收入不稳定,劳动安全卫生保障不足,社会保险缺失,平台算法运行不透明、不合理,集体权利难以行使,等等。^{〔5〕}加强新就业形态劳动者保护成为我国的一项重要任务。党的二十大报告明确指出,“完善劳动者权益保障制度,加强灵活就业和新就业形态劳动者权益保障”。新就业形态劳动者权益保障的重要性十分突出。

为了解决上述问题,相关主管部门、工会组织以及司法机关积极作为。近年来,为了应对平台用工带来的挑战,加强新就业形态劳动者权益保护和对平台企业及相关企业的规制,我国相关部门出台了多个文件。重要文件包括:2021年我国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,以下简称“人社部的《指导意见》”),2021年国家市场监管总局等七部门发布的《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),2021年交通运输部等八部门发布的《关于加强交通运输新业态从业人员权益保障工作的意见》(交运发〔2021〕122号)。由于数字劳工平台普遍使用算法对平台业务和用工进行管理,国家相关部门出台的有关算法规制的文件也是平台用工规制的重要规范。例如,2021年,国家网信办等九部门制定的《关于加强互联网信息服务算法综合治理的指导意见》(网信办发文〔2021〕7号),提出了算法综合治理的指导思想、基本原则和主要目标。2021年国家网信办等四部门发布的《互联网信息服务算法推荐管理规定》也涉及平台用工算法的规制问题。此外,司法机关发布了和新就业形态劳动者权益纠纷相关的司法文件。例如,2022年最高人民法院发布《关于为稳定就业提供司法服务和保障的意见》(法发〔2022〕36号),其内容涉及“依法规范新就业形态用工,推动平台经济可持续发展”。人社部和最高人民法院在2023年4月联合发布了新就业形态劳动者权益保障的6个典型案例。^{〔6〕}这些文件初步构建了我国新就业形态劳动者权益保护的规范框架,相关文件内容和典型案例也是可圈可点。

尽管相关部门努力加强平台企业监管和新就业形态劳动者权益保护,但上述平台用工产

〔2〕 美团:《美团2022企业社会责任报告》,第22页,载美团官网,<https://www.meituan.com/csr>,最后访问日期:2024年2月19日。

〔3〕 康琼艳:“全国首份外卖平台企业集体合同落地——为劳动者‘谈’出一个好未来”,载《经济日报》2023年8月21日,第10版。

〔4〕 《滴滴依旧是领头羊,CEO程维公开内部数据,平台内现有586万司机》,载搜狐网,https://www.sohu.com/a/735976912_121631978,最后访问日期:2024年2月19日。

〔5〕 谢增毅:“平台用工劳动权益保护的立法进路”,《中外法学》2022年第1期,第108—109页。

〔6〕 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),2023年4月24日,载人力资源和社会保障部官网,www.mohrss.gov.cn/wap/zc/zcwj/202305/t20230526_500567.html,最后访问日期:2024年2月19日。

生的问题尚未得到有效解决。为此,需要对我国平台用工规制和权益保护的整体思路进行反思,并找到规制平台用工和加强劳动者权益保护的有效路径,以推动二十大报告提出的“加强灵活就业和新就业形态劳动者权益保障”的有效落实。

目前学界对平台工人劳动权益保护的研究主要集中在三个方面。一是关于平台和平台工人之间的法律关系性质,包括劳动关系如何认定、劳动关系判定理论和标准,^{〔7〕}从属性理论的坚守或放弃。^{〔8〕}二是如何为平台工人提供具体保护。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,有学者提出,“在劳动三分法框架下,既有调整组织化劳动关系的劳动法,也有调整平台化灵活就业的类雇员法,旨在实现不同法律部门的分工协作”;^{〔9〕}还有学者主张应当引入“类雇员”概念。^{〔10〕}当然,也有反对引入第三类劳动者的观点。^{〔11〕}还有学者主张通过出台平台工人权益保护的专门立法的路径完善平台用工的权益保护。^{〔12〕}三是一些学者从个人信息保护法或算法规制的角度研究平台工人新型权利的保护。^{〔13〕}总体上看,目前有关平台用工劳动者权益保护的研究尚缺乏对我国规制或保护路径的系统性评价和反思。为此,本文拟对我国当前平台用工规制和保护的总体思路和主要路径进行反思和检视,分析其存在的缺陷以及未来的改进方向和措施。

二、“行政指导”路径的利弊

总体上看,我国为应对平台用工带来的挑战,新出台的文件主要以行政部门的“指导意见”为主。例如,在平台用工领域影响最大的文件当属2021年人社部等的《指导意见》。在平台用工发展初期,其运行模式尚处于不断变化发展的过程中,采取以相关部门“指导意见”为主的规范表达方式具有较大合理性。第一,采取相对柔性的规范形式,有利于规则迅速出台,为立法积累宝贵经验。平台用工属于新兴事物,尚未完全定型,随着技术发展和商业模式创新,平台企业的运营模式和用工方式不断变化,采取行政指导的方式,一方面可以快速出台政策,避免立法面临的困境,同时也可以随着平台用工的实践变化,观察其实践效果,不断调整和优化政

〔7〕 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1552—1567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61—66页。

〔8〕 参见阎天:“平台用工规制的历史逻辑——以劳动关系的从属性理论为视点”,《中国法律评论》2021年第4期,第49—50页。

〔9〕 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284页。

〔10〕 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。

〔11〕 参见肖竹:“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。

〔12〕 谢增毅,见前注〔5〕,第104页。

〔13〕 参见田野:“平台用工算法规制的劳动法进路”,《当代法学》2022年第5期,第133—144页;王倩:“论‘网约工’劳动权益的数据法保护路径”,《法学》2023年第11期,第160—170页。

策内容,为未来立法积累经验。第二,采取“指导意见”的形式,内容富有弹性,容易获得相关主体的认可。通常“指导意见”的内容较为弹性和灵活,对平台等企业以及劳动者的权利义务影响较小,相关的政策内容容易被企业和劳动者所接受。同时,由于内容的弹性,可以更好平衡平台等企业的义务和劳动者权益,努力实现规范和发展并重的政策目标。例如,人社部等的《指导意见》的总体考虑就包括“坚持发展和规范并重,统筹促进平台经济发展与维护新就业形态劳动者权益”。^[14] 第三,“指导意见”为政府的监督和指导等行政行为提供了相应基础,有利于行政执法。例如,人社部等的《指导意见》印发后,人社部等部门通过召开行政指导会、约谈等,指导和督促平台企业完善内部管理制度,优化平台算法,健全协商机制,畅通新就业形态劳动者诉求表达渠道,加强对用工合作企业的管理监督。^[15] 第四,“指导意见”可以为企业提供行为指引,推动新就业形态劳动者权益保护。“指导意见”的内容虽多为原则性规定,但文件体现的精神和导向,对企业和劳动者仍具有较大指导意义,有利于企业履行社会责任,并采取改善劳动者权益的具体举措。^[16]

但是“指导意见”以及“行政指导”在发挥其优势和积极作用的同时,也存在明显的弊端和不足。

第一,“指导意见”的内容多为原则性规定,缺乏可操作性。以人社部等的《指导意见》为例,虽然其内容丰富,但许多内容缺乏操作性。例如《指导意见》指出,“完善休息制度,推动行业明确劳动定员定额标准,科学确定劳动者工作量和劳动强度。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”。该规定涉及内容复杂的劳动定额、工作时间和休息制度以及法定节假日加班工资等劳动基准的问题,但该条规定几乎无法提供可供操作的具体规则内容。

第二,劳动者的权利并不清晰。“指导意见”主要是明确政府的监督职责和企业义务,很多保护措施并未完全转化为劳动者的权利。比如,人社部等的《指导意见》规定“督促企业制定修订平台进入退出、订单分配、计件单价、抽成比例、报酬构成及支付、工作时间、奖惩等直接涉及劳动者权益的制度规则和平台算法,充分听取工会或劳动者代表的意见建议,将结果公示并告知劳动者”。这一内容规定了企业相关事项的协商义务以及告知义务,但协商和告知的内容范围、程序以及违反该规定的救济和责任等都缺乏规定,这一内容显然尚未明确转化为劳动者的权利。

[14] 《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》(2021年8月18日),载人力资源和社会保障部官网,<https://hrss.y.gov.cn/jyj/Print.aspx?ClassID=1099&newsid=52185&wd=&eqid=f60d40d90008b84600000036461ecbe>,最后访问日期:2024年2月19日。

[15] 聂生奎:“构建中国特色和谐劳动关系取得重大进展”,《中国人力资源社会保障》2022年第10期,第34页。

[16] 参见《落实新业态劳动者权益保障,滴滴推出“橙意保障计划”》(2023年6月16日),载滴滴公司官网,<https://www.didiglobal.com/news/newsDetail?id=1035&-type=news>,最后访问日期:2024年2月19日。

第三,“指导意见”导致了规则的地方化和碎片化。人社部等的《指导意见》规定,“各地区各有关部门要认真落实本意见要求,出台具体实施办法”,确保各项劳动保障权益落到实处。该规定初衷是好的,但是各地区出台具体的实施办法,将导致规则的地方化和碎片化,造成规则不统一。与传统用工方式不同,平台业务和经营模式是通过平台进行高度集中和统一管理的,大型头部平台企业的业务基本都覆盖全国,例如,快递、外卖配送、交通出行平台的业务往往覆盖全国,跨越不同地区。各地对《指导意见》内容的细化将导致各地规则的不统一,阻碍业务跨区域开展,造成规则适用的困难。例如,根据《指导意见》的要求,截至目前,各省、自治区、直辖市的政府几乎都制定并发布了本级行政区域内关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的文件。各地出台的文件,不管在内容上还是形式上均存在较大差异。

由于平台用工监管规则统一的重要性,在此稍作展开论述。人社部等的《指导意见》的内容分为四个部分,每部分包含对应的不同措施,形式上属于“列举措施型”文件。在文件形式上,大部分省级区域的实施意见采取与《指导意见》相同的模式和结构。与此不同,个别地方采取“规范型(章+条)”的规范性文件模式,即类似于地方性政府规章的格式,分条列款,采取这一模式的包括吉林省、宁夏回族自治区、海南省、河北省和浙江省等地。^[17]在内容方面,各地有关新就业形态的概念、平台等企业的义务和劳动者权益的规定存在很大差异。各地的规定甚至包含对“新就业形态劳动者”以及“不完全符合确立劳动关系的情形”等复杂概念的概括或界定。例如,北京市的文件规定,“新就业形态劳动者”主要包括“平台网约劳动者”“平台个人灵活就业人员”以及“平台单位就业员工”三类。^[18]广东省文件的规定与北京相似,其规定新就业形态劳动者包括“符合确立劳动关系情形的就业人员”、“新型用工关系”的灵活就业人员(“新业态”)以及与新业态企业形成平等民事关系的就业人员。^[19]一些地方未对新就业形态劳动者进行分类,主要突出其“依托互联网平台实现就业”的特征,例如江苏省、^[20]河南省。^[21]有的地方对“不完全符合确立劳动关系的情形”这一全新的表述进行了解读。例如,上海市将“不完全符合确立劳动关系情形”概括为,“不完全符合确立劳动关系情形但企业对劳

[17] 参见《吉林省维护新就业形态劳动者劳动保障权益实施办法(试行)》(吉人社联〔2021〕203号),《宁夏回族自治区维护新就业形态劳动者劳动保障权益实施办法(试行)》(宁人社发〔2021〕188号),《海南省维护新就业形态劳动者劳动保障权益实施办法》(琼人社规〔2021〕16号),河北省《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的实施办法(暂行)》(冀人社规〔2021〕5号),《浙江省维护新就业形态劳动者劳动保障权益实施办法》(浙人社发〔2021〕56号)。

[18] 参见北京市就业工作领导小组:《关于促进新就业形态健康发展的若干措施》(京就发〔2021〕3号),2021年9月5日。

[19] 参见广东省人力资源与社会保障厅等:《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的实施意见》(粤人社规〔2022〕14号)。

[20] 参见江苏省人力资源与社会保障厅等:《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的意见》(苏人社发〔2021〕125号)。

[21] 参见河南省人力资源与社会保障厅等:《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益实施办法》(豫人社规〔2021〕8号)。

劳动者进行劳动管理,劳动者劳动过程要遵守平台企业确定的算法等规则的”,突出了劳动过程管理和算法的地位;〔22〕而广东省的文件则将“不完全符合确立劳动关系情形”简称为“新型用工关系”,并明确了三个具体的判断标准:“一是劳动者从事的工作依赖于平台企业提供的信息,并以平台企业名义提供劳动或服务;二是新业态企业对劳动者进行劳动管理,但劳动者对决定是否或何时提供劳动或服务具有较大自由度;三是劳动者从一个或多个新业态企业获得报酬,报酬的算法及支付周期取决于平台交易规则。”〔23〕这一标准包含丰富内容和多项具体指标。各地对新就业形态劳动者的概念和范围,以及对“不完全符合确立劳动关系”的界定显然不利于全国规则的统一。对这些基本而重要的概念由各地行政机关等部门的指导意见直接加以界定令人费解。

第四,“指导意见”难以容纳应有的裁判规范。各地落实人社部等的《指导意见》的文件基于平台用工中复杂的多方主体,试图对平台企业、相关合作企业的民事责任进行规定,这些责任包括平台企业和“外包”企业承担连带责任、平台企业承担补充责任或部分补充责任、根据具体法律关系决定用工责任分配、平台企业和外包企业根据约定承担责任等形式。〔24〕对于此类涉及企业民事责任分配的裁判规范,理论上应由立法或司法解释规定,而不宜由行政机关规定,更不适宜由地方性的规范性文件规定。由此也充分暴露了通过行政指导意见及其地方性的细化规定规制平台用工路径的重大缺陷。

由此可见,“指导意见”本身存在诸多内在缺陷和不足。限于“指导意见”本身特点,其难以提供内容详细、权利明确、包含行为规则和裁判规则的全国性统一规则,难以实现法治应有的内容明确、规则统一、权利可诉等基本要求,因此通过相关部门的“指导意见”规制平台用工和保护平台劳动者权益的目标难以实现。

三、引入“三分法”以及“不完全符合劳动关系情形”概念的困境与争议

人社部等的《指导意见》试图就新就业形态劳动者的法律关系进行“三分法”,并引入了新的概念。《指导意见》规定:“符合确立劳动关系情形的,企业应当依法与劳动者订立劳动合同。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

〔22〕 参见上海市人力资源和社会保障局等:《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的实施意见》(沪人社规〔2022〕1号)。

〔23〕 见前注〔19〕。

〔24〕 参见田野:“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”,《政治与法律》2022年第8期,第17—18页。具体参见湖南省人力资源和社会保障厅等:《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的实施意见》(湘人社规〔2021〕24号);天津市人社局等:《天津市关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的实施意见》(津人社局发〔2021〕29号);四川省人力资源和社会保障厅等:《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的实施意见》(川人社发〔2021〕29号)等。

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。个人依托平台自主开展经营活动、从事自由职业等,按照民事法律调整双方的权利义务。”这引发了诸多难题和争议。

(一)“不完全符合确立劳动关系情形”面临规范表达的困境

“不完全符合确立劳动关系情形”从字面上理解,是对用工事实或状态的描述,并非提出一个正式概念。但从《指导意见》内容看,其对符合该种情形的平台企业施加了相应义务,比如,“健全最低工资和支付保障制度,推动将不完全符合确立劳动关系情形的新就业形态劳动者纳入制度保障范围”,“督促企业向提供正常劳动的劳动者支付不低于当地最低工资标准的劳动报酬”。这就需要何为“不完全符合确立劳动关系情形”进行界定,否则相关主体的权利义务就无法落实。同时,“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”的表述强调“对劳动者进行劳动管理”,这是对“不完全符合确立劳动关系情形”基本特征的描述,表明了《指导意见》试图对该“情形”进行界定。而且,文件中“不完全符合确立劳动关系情形的新就业形态劳动者”的表述似乎表明其是对某类新就业形态劳动者的法律性质或法律地位的描述。因此,“不完全符合确立劳动关系情形”的表述事实上提出了一个全新概念,这一概念的提出也面临困境。

从立法权限看,《指导意见》提出一个全新概念可能面临合法性困境。众所周知,劳动关系是基本的社会关系,符合这一法律关系的主体享有或承担重要的权利和义务。劳动关系或一般合同关系属于劳动法或民法所确立的基本概念。作为与劳动关系并列或相关,且可能对相关主体权利义务产生重要影响的概念,“不完全符合确立劳动关系情形”出现在《指导意见》中可能面临《立法法》上的障碍。劳动关系和与之相关的概念似应属《立法法》中所规定的“民事基本制度”,相应地,这些概念似应通过法律加以规定,而不宜由部门的指导意见加以规定。^[25]

从比较法看,英国和德国是在典型的“雇员”或“自雇者”之外,存在“第三类”或“中间类型”主体的国家。英国法中存在“工人”(worker)的概念。根据英国1996年《劳动权利法案》(Employment Rights Act 1996),“工人”包含两类,即存在劳动合同的“雇员”(employees),以及非雇员的工人[limb (b) workers]。非雇员的工人是指和雇主不存在劳动合同,在提供服务上享有更大自主性,但对雇主存在经济依赖的人,其负有亲自提供劳务的义务。立法引入“工人”的概念是为了适应用工方式的灵活化,克服传统的劳动关系覆盖范围较窄的弊端,为与雇员具有相似性但缺乏劳动合同的群体提供相应的保护。非雇员的工人在性质上仍属于自雇者(self-employed),是自雇者的一种类型。^[26] 属于非雇员的工人可受到一定程度的劳动法保护,例

[25] 根据《立法法》第11条规定,“只能制定法律”的事项包括“民事基本制度”。

[26] Zoe Adams, Catherine Barnard, Simon Deakin and Sarah Fraser Butlin, *Deakin and Morris' Labour Law*, 7th ed., Oxford: Hart Publishing, 2021, pp. 137-139.

如最低工资、工作时间、工资保障、检举受保护以及与工会、集体协商和工业行动相关的权利。^[27] 德国法上存在“类雇员”(employee-like person)概念。在德国,自雇者被排除在劳动法之外,雇员则可以完全受到劳动法保护,这种二分法一直被认为不是令人满意的解决方案。因此,第三类主体,即属于自雇者但其经济状况更类似于雇员而非自雇者的概念被引入。这类群体和其他自雇者的区别在于经济依赖性,被称为“类雇员”。这一概念由法院创设,起初定义并不清晰,这一状况因1974年《集体协议法》(Act on Collective Agreements)对其提供法律定义而得到改观。相比雇员,如果个人符合以下两个条件:①必须亲自履行合同义务,并且在实质上没有雇员的帮助,②工作的主要部分只服务于一人,或者超过一半的平均收入只来自于一人,则具有经济依赖性且需要社会保护,即为“类雇员”。“类雇员”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,享受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。^[28] 由上可见,英国和德国“第三类主体”的共同点在于其具有经济从属性,但缺乏人格从属性,且在实质上都属于自雇者。从英国和德国看,“工人”和“类雇员”的定义以及认定的基本标准均由法律所规定。相比之下,我国类似的概念体现在部门发布的“指导意见”似明显不妥。

(二)“不完全符合确立劳动关系情形”的概念本身存在悖论

通常认为人格从属性是认定劳动关系的基本要素。按此通说,“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”的概念存在悖论:该情形一方面要求“不完全符合确立劳动关系情形”,即其不具备或者不完全具备人格从属性;另一方面又要求“企业对劳动者进行劳动管理”,即强调其具有一定人格从属性,因此,概念本身存在一定的内在矛盾。加上劳动关系的判定通常不是基于明确的要件,而是从不同侧面“综合考量人格从属性、经济从属性和组织从属性的有无及强弱”,^[29]“劳动关系”本身存在极大弹性,这使得“不完全符合确立劳动关系情形”本身也极具弹性,难以和“完全符合”确立劳动关系情形相区分,进而希冀对“不完全符合确立劳动关系情形”进行准确界定也几乎是不可能的。对比英国的非雇员“工人”及德国“类雇员”概念,其主要特征在于缺乏人格从属性,而具有经济从属性,只要认定其具有经济从属性即可,因此概念的内涵和外延相对确定,在实践中也相对容易判定。我国一些学者也试图对“不完全符合确立劳动关系情形”进行界定。例如,有学者在分析案例时指出,“法院认为该案的情形与传统劳动关系不同,有灵活性的特点,但同时又具有劳动关系的本质特征,具有保护的必要性,因而认定为新类型的劳动关系”,也即“不完全劳动关系”。^[30] 这样的界定其实并没有

[27] Hugh Collins, K. D. Ewing and Aileen McColgan, *Labour Law*, 2nd ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2019, p. 216.

[28] Manfred Weiss, Marlene Schmidt and Daniel Hlava, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, 5th ed., The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2020, pp. 48-49.

[29] 见前注[6],“案例1. 如何认定网约货车司机与平台企业之间是否存在劳动关系?”。

[30] 张弓:“平台用工争议裁判规则探究——以《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》为参照”,《法律适用》2021年第12期,第90页。

清楚揭示“不完全符合确立劳动关系情形”的本质特征和可供操作的具体标准。因此,该概念存在很大的弹性和不确定性,在实践上也难以操作。而且,一些学者对于引入“不完全劳动关系”的实际效果也提出质疑,“不完全劳动关系并没有完全解决其意欲解决的 3 个问题:平台用工性质的认定分歧并没有缩小;不同类型劳务给付关系的区分更加复杂;平台劳动者的权益保障可能更不公平”。^[31] 换言之,这一概念的引入可能无法解决现有问题,并带来新的问题。

从实践上看,由于“不完全符合劳动关系”的规范基础薄弱以及难以界定,在司法实践中难以发挥作用。2022 年上海市第二中级人民法院发布《2017—2022 年上半年新业态用工纠纷案件审判白皮书》指出,截至 2022 年 8 月底,该院尚未受理诉请确认不完全劳动关系案件。原因可能在于,一方面,《指导意见》虽已设立不完全劳动关系,但仅系规范性文件,效力层级较低,从业者诉请确认不完全劳动关系缺乏明确的法律指引;另一方面,从业者在劳动关系下可享受劳动法之倾斜性保护,在诉讼策略上往往会首先诉请确认劳动关系。^[32] 因此,“不完全符合劳动关系”不仅在理论上存在困境,在实务上也难以发挥应有的作用。

(三)“不完全符合确立劳动关系情形”引发理论争议

随着这一概念的提出,学界展开了关于在雇员和自雇者之外是否以及如何引入“第三类”主体及其法律性质的争论。关于该问题的争论,目前主要有两种观点。一种观点认为,“平台劳动者大多具备雇佣劳动者的人格从属性和经济从属性,本来就是应由劳动法律直接保护的群体”,同时主张将只具有经济从属性的类雇佣劳动者作为一个新的类型,纳入劳动法予以部分保护。该观点还认为,“对于某种特定行为或者民法保护或者劳动法保护,不存在中间类型。但劳动法的保护对象可以分类型和层次,给予不同程度和范围的保护”。^[33] 这类观点总体上仍坚持传统的二分法。另一种观点主张劳动“三分法”,如上述,认为在劳动三分法框架下,既有调整组织化劳动关系的劳动法,也有调整平台化灵活就业的类雇员工法。“在立法条件成熟后,可将劳动法与类雇员工法纳入《劳动法典》,构建涵盖全社会各类劳动行为的统一规范体系。”^[34] 与此类似的观点认为,“‘不完全劳动关系’是为了规制平台用工进行的一项法律创设,从逻辑分类上已经和劳动关系、民事劳务关系构成了‘三足鼎立’的局面”。^[35] 上述两种观点均有一定道理,但也存在可商榷之处。

第一种观点认为目前平台用工的大部分劳动者属于劳动法上的劳动者,这一结论似乎未考虑到平台从业人员存在不同类型,确实有部分从业人员难以纳入劳动关系之中,因此,直接

[31] 范围:“不完全劳动关系的困惑:未解的三个问题”,《人民司法》2022 年第 7 期,第 28 页。

[32] 上海市第二中级人民法院:《2017—2022 年上半年新业态用工纠纷案件审判白皮书》,载上海市第二中级人民法院官网,<https://www.shezfz.com/book/bps/2022/p05.html>,最后访问日期:2024 年 2 月 19 日。

[33] 常凯:“平台企业用工关系的性质特点及其法律规制”,《中国法律评论》2021 年第 4 期,第 35—36 页。

[34] 王天玉,见前注[9],第 284 页。

[35] 娄宇:“‘不完全劳动关系’劳动者的基本权益保障思考”,载《工人日报》2023 年 12 月 4 日,第 7 版。

得出“大部分”平台劳动者属于劳动法上劳动者的结论似不够周全。但笔者赞同将“类雇员”或第三类劳动者纳入劳动法调整范围的观点。事实上,这部分群体虽然本质上是自雇者,但相比雇员和一般自雇者,其更类似于雇员,且其受到劳动法的部分保护,应当充分利用劳动法的调整理念和调整机制,将其纳入劳动法体系以及劳动法研究视野当中。典型的做法是上述英国“工人”的概念,就包含雇员和“非雇员工人”,将二者放在一个统一的大概念之下。上述第二种观点将劳动法和类雇员法并列,因类雇员本质上是自雇者而非雇员,该观点注意到了雇员和类雇员本质上的区别,具有一定的合理性,但该观点也存在诸多可商榷之处。首先,将类雇员法和劳动法并列,显然过于强调类雇员的特殊性,并忽视了类雇员法保护机制对劳动法的依赖。类雇员法不可能脱离劳动法的制度和理论,而“另搞一套”规则和理论,类雇员的保护必须借助于劳动法的理念和规则,只是其存在特殊性而已。其次,该观点也认为,可将劳动法与类雇员法纳入未来的劳动法典,也说明了二者无法完全分离。最后,即便应当引入类雇员的概念,类雇员也不可能仅局限于“平台化灵活就业”的群体,而应包含非采取平台用工的其他灵活就业人员,“类雇员”不应仅包含平台工人。总体上看,上述“二分法”和“三分法”的主要区别在于前者将“类雇员”作为雇员的一种特殊类型,纳入劳动法调整;“三分法”则强调雇员、“类雇员”和自雇者三足鼎立的并列关系。当然,仔细观察,上述二分法和三分法的观点并非彼此水火不容,前者主张将类雇员或第三类主体作为劳动法调整对象的一种特殊类型,第二种观点对未来的展望也将劳动法与类雇员法一起纳入劳动法典。二者的主要分歧在于对传统劳动法的范围观点不一,但按照第二种观点,如果“类雇员法”也可纳入劳动法典,则二者对劳动法调整范围似乎也不存在分歧。因此,对于“二分法”还是“三分法”,重点在于明确“划分”的标准和功能,只有这样才能避免无谓的关于“二分”或“三分”的概念或方法之争。对该问题的解决方案,下文将进一步阐述。

四、司法裁判规则的供给与不足

关于平台工人的权益保护,由于立法存在一定滞后性,加上平台用工处于不断发展变化之中,因此,法院对此类案件尤其是对平台工人身份认定的裁判对平台工人权益保护,以及对平台企业行为的指引具有重要作用。

许多国家也作出了许多具有重要影响的判决。例如,在欧洲,虽然几年前有关平台工人身份认定的诉求看似奇怪,但最近一段时间案件数量却迅速扩大。截至2022年6月,欧洲各国法院和行政机构就平台工人身份争议作出了超过220项的裁决。15个国家的法院及行政机构对平台工人的身份作出裁决。在法国、德国、意大利、西班牙、瑞士和英国,个别案件甚至提交到终审法院。惊人的是,几乎所有国家对平台工人身份认定的结果都存在不一致,不同平台类型的工人身份认定均是如此。然而,至少对于迄今为止在所有裁决中占多数的两类平台,即交通出行平台和外卖配送平台,可以看出一种趋势:对于这两类平台,大多数国家最近的以及

最高审级的裁决都将平台工人归类为雇员(或类似身份)。^[36]可见,法院在平台工人权益保护上发挥了重要作用。当然,2023 年底英国最高法院的判决表明,欧洲各国对类似平台的工人身份认定仍存在差异和不确定性。2023 年 11 月 21 日,英国最高法院裁决 Deliveroo 骑手(riders)和平台之间不存在劳动关系,主要理由是平台使用了“替代条款”(a substitute clause),裁决也表明骑手无法进行集体协商。“替代条款”意味着骑手可以由其他人通过其账号代表骑手配送订单;作出该判决的其他因素包括骑手可能同时为多个平台工作。英国最高法院这一裁决和欧洲类似案件中法院将 Deliveroo 骑手认定为雇员的裁决,例如荷兰最高法院的裁决不同。^[37]

近年来,我国司法机关也积极受理有关平台用工的争议案件,并发布相关的司法意见和典型案例,但司法机关在提供司法经验和裁判规则上仍存在较多不足。

第一,裁判机关对认定平台企业和平台工人之间的劳动关系极为谨慎。

目前,法院仅在极少量案件中认定平台企业和平台工人存在劳动关系,较为典型的案例是具有广泛影响的 2018 年北京市海淀区人民法院受理的“李相国诉北京同城必应科技有限公司(‘闪送’平台)案”,该案认定闪送员和平台企业存在劳动关系。^[38]从 2023 年 4 月,人社部和最高人民法院发布的新就业形态劳动争议典型案例看,部分案例认定从业人员和平台企业或平台合作方建立劳动关系。在此次发布的 6 个典型案例中,^[39]虽然认定劳动关系的比例看似较高,但两个案例是认定平台工人和平台合作企业(非平台企业)存在劳动关系;另外两个案例虽然认定货车司机及家政工平台企业和从业人员存在劳动关系,但该两类平台均具有一定特殊性。在影响最广的众包骑手案件中(案例 2),法院否认了骑手和平台企业之间的劳动关系。因此,从业人员和大型的外卖或出行平台企业仍然难以成立劳动关系。从近年案例看,虽然部分案件认定平台工人和平台企业的合作企业成立劳动关系,但极少有案例认定大型交通出行或外卖配送平台企业和平台工人成立劳动关系。^[40]

第二,裁判机关总结了有益的裁判经验,但表达形式亟待完善。

从人社部和最高人民法院发布的典型案例以及最高人民法院的司法文件看,裁判机关提

[36] Christina Hiebl, “The Legal Status of Platform Workers: Regulatory Approaches and Prospects of a European Solution,” *Italian Labour Law e-Journal*, Vol. 15, No. 1, 2022, pp. 21-22.

[37] “UK Supreme Court: Deliveroo Riders are not Workers and Have no Collective Bargaining Rights,” <https://apps.eurofound.europa.eu/platformeconomydb/uk-supreme-court-deliveroo-riders-are-not-workers-and-have-no-collective-bargaining-rights-110159#overview>, last visited on 19 February 2024.

[38] 李相国与北京同城必应科技有限公司劳动争议案,北京市海淀区人民法院(2017)京 0108 民初 53634 号民事判决书。

[39] 见前注[6]。

[40] 例如有研究指出,“在课题组分析的 1907 份有效判决中,没有一份判决确认合作用工模式下的平台企业与专送骑手之间存在劳动关系。在相关侵权(例如骑手撞伤路人等)案件中平台企业被认定需承担雇主责任的比例也不超过 15%”。参见北京致诚农民工法律援助与研究中心课题组:“平台经济下合作用工模式劳动关系分析——以外卖平台为例”,《人民司法》2022 年第 7 期,第 21 页。

出了许多重要的裁判思路。例如,人社部和最高人民法院发布的典型案例报告“案例1”中指出,“当前,认定新就业形态劳动者与平台企业之间是否存在劳动关系,应当对照劳动管理的相关要素,综合考量人格从属性、经济从属性、组织从属性的有无及强弱”。该表述强调了从属性的三个面向:人格、经济和组织从属性。此外,该表述不仅强调从属性的“有无”,还强调了“强弱”。换言之,从属性具有相当弹性,应达到一定程度才可以认定劳动关系。例如,该报告在“案例2”指出,“虽然某科技公司通过平台对徐某进行一定的劳动管理,但其程度不足以认定劳动关系”。此外,典型案例(案例1)还对人格从属性、经济从属性和组织从属性的具体判定因素做了说明。^[41] 这些裁判经验,针对平台用工的新特点指出了认定劳动关系的标准和方法,内容上具有相当的科学性,无疑具有重要参考价值。

此外,2022年最高人民法院发布《关于为稳定就业提供司法服务和保障的意见》,其内容也涉及“依法合理认定新就业形态劳动关系”。该意见指出,“人民法院应当根据用工事实和劳动管理程度,综合考虑劳动者对工作时间及工作量的自主决定程度、劳动过程受管理控制程度、劳动者是否需要遵守有关工作规则、劳动纪律和奖惩办法、劳动者工作的持续性、劳动者能否决定或者改变交易价格等因素,依法审慎予以认定”。该内容具有许多亮点:一是首次提出了事实优先原则和综合判断方法;二是强调应考虑“劳动过程受管理控制程度”,突出了劳动过程在劳动管理中的重要地位,反映了平台用工的新特点;三是提出了已有规则未提及的若干劳动关系认定的具体因素,相比2005年原劳动和社会保障部发布的《关于确立劳动关系有关事项的通知》,内容具有较大参考价值。

遗憾的是,《关于为稳定就业提供司法服务和保障的意见》作为司法文件并非正式的司法解释,而且有关“依法规范新就业形态用工”的指导意见体现在“稳定就业”这一主题宏大的司法文件中,相关内容容易被其他内容淹没,而得不到应有的重视。此外,虽然人社部和最高人民法院通过典型案例报告提出了许多关于新就业形态案件的裁判思路和裁判方法,但作为成文法国家,我国的典型案例也仅具有“参照”作用,法院并不能援引为裁判依据。而且,典型案例往往只是披露了主要事实,缺乏案件具体细节和推理思路的详细内容,指导作用有限。因此,不管是司法文件还是典型案例都缺乏应有的强制力和影响力,难以成为统一的裁判规范。

第三,裁判机关提供的意见内容不够全面。

目前新就业形态劳动争议司法实践中除了平台工人身份认定这一基础性问题之外,存在的最突出问题是平台工人在提供劳务过程中自身遭受人身损害或者导致第三人人身损害的责任承担规则不清。因为这一问题涉及平台劳动者的人身安全保障以及法律责任承担,关涉其巨大的经济利益。2023年8月最高人民法院民一庭发表的《关于数字经济背景下民生权益司法保护问题的调研报告》指出了调研发现的五个主要问题,其中的第二个问题是:“新就业形态劳动者权益司法保护难点问题。一是平台企业和用工合作企业与劳动者劳动关系认定考量因

[41] 见前注[6]。

素不明确、不统一。二是劳动者执行工作任务过程中致人损害时,平台企业和用工合作企业责任分担存在争议。三是劳动者受到损害时,依法、合理、科学的责任承担规则尚未确立。”^[42]由此可见,平台用工中导致劳动者或第三人遭受人身损害的责任承担机制并不完善以及该问题在司法实践中的重要性。

关于平台用工中的人身损害赔偿,目前司法实践个案做法不一,且存在巨大争议。例如,目前关于新就业形态劳动者致第三人损害时的责任主体及责任形式的实践做法和主要观点至少包括6种,有关新就业形态劳动者遭受损害时的责任主体及责任形式的做法和观点至少存在5种。^[43]由于理论支撑不足,司法实践中,法院在责任分配时往往刻意回避当事人之间的法律关系,一些案件中对法律关系的定性也缺乏依据和理由。例如,在2022年“周美荣与陈飞飞等非机动车交通事故责任纠纷”一案中,^[44]法院认定平台配送员被告陈某系被告宁波某公司(平台合作企业)招聘的劳务员,被告陈某与被告宁波某公司之间构成“雇佣关系”,并据此认为,被告陈某作为被告宁波某公司的工作人员,事发时在订单配送途中,系履行职务的行为,应由被告宁波某公司承担陈某造成第三人损害的赔偿责任。本案中,法院认为平台劳动者和合作企业建立“雇佣关系”,并据此让合作企业承担导致第三人损害的赔偿责任。由于“雇佣关系”的概念并没有纳入我国正式立法之中,因此,该案的裁判依据和说理仍有值得商榷之处。

目前,最高人民法院的司法文件对新就业形态劳动者遭受伤害或者导致第三人损害的责任承担规则供给明显不足,《关于为稳定就业提供司法服务和保障的意见》仅提及:“推动完善劳动者因执行工作任务遭受损害的责任分担机制”,“妥善审理机动车交通事故责任纠纷、非机动车交通事故责任纠纷等案件,依法合理认定各方责任”。该意见并没有提供具体规则。造成这一现象的原因之一是该意见为综合性意见,无法针对新就业形态劳动者提供具体规则,而且其并非司法解释,也难以规定针对多方当事人民事责任的具体裁判规则。最高人民法院对平台用工导致人身损害赔偿的规则供给与实践需求形成强烈对比。

五、我国平台用工规制路径的调整与优化

针对我国平台用工规制思路存在的上述困境和问题,根据我国平台用工治理实践以及域外经验,我国应从以下方面调整和完善平台用工的规制思路。

(一) 就平台用工权益保护进行专门立法

上述分析已经表明了当前我国主要通过相关部门的指导意见和行政指导的路径规制平台

[42] 最高人民法院民一庭:“关于数字经济背景下民生权益司法保护问题的调研报告”,载《人民法院报》2023年8月26日,第4版。

[43] 北京市第三中级人民法院课题组:“完善新就业形态劳动者合法权益保障的司法路径”,《人民司法》2023年第10期,第5—7页。

[44] 周美荣与陈飞飞等非机动车交通事故责任纠纷案,上海市静安区人民法院(2022)沪0106民初21884号民事判决书。

用工存在的明显弊端,因此,应通过立法方式对平台用工进行规制。

近年来,对平台用工进行立法是许多国家和地区规制平台用工的做法和趋势。例如,美国多个地方通过了有关平台工人保护的立法。美国加利福尼亚州 2019 年通过了该州 AB5 法案 (Assembly Bill 5) 并于 2020 年生效。根据 AB5 法案,在“零工经济公司”工作的零工工人 (gig workers) 将被认定为雇员。然而 2020 年 11 月“第 22 号提案”(Proposition 22) 的通过豁免了 Uber、Lyft 等交通出行平台公司对 AB5 法案的遵守,此类公司无需将零工工人归类为雇员,而是重新将其定义为独立承包商,但该提案为零工工人提供了反就业歧视、最低工资、医疗保险等保护。^[45] 2021 年 9 月,纽约市议会通过了 6 项关于平台的法案。这些法案回避了零工工人身份的问题,直接聚焦零工中的健康和安全问题。一项法案关注最低工资标准以及如何计算工作时间,法案也涉及“小费”问题。纽约市议会通过的 6 项法案试图规定一些权利以保护零工工人,但避开了更富争议的工人雇员身份问题。华盛顿州通过了众议院 2076 号法案,该法案回避了零工工人身份问题,但将为网约车司机提供最低工资、带薪病假保护,并帮助建立一个司机工人中心以矫正工人与网约车公司之间的力量失衡。该法案于 2023 年 1 月 1 日生效。^[46] 从美国一些州以及城市的立法看,这些立法往往回避平台工人的身份,而侧重于保护平台工人的权利,尤其是最低工资、工作时间和安全卫生等方面的保护。这些保护对于解决平台工人的基本诉求无疑具有重要意义。

欧洲许多国家也对平台用工进行立法。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。《法国劳动法典》第 60 条授予平台工人 3 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,并确定服务价格的平台,例如交通出行平台(如 Uber、Lyft 等平台)以及商品配送平台(如 Deliveroo、Foodora 等平台),其他平台则不适用。^[47] 2019 年 12 月法国通过 2019-1428 号法律,借鉴了社会责任的概念,要求交通和配送平台应针对工人制定章程(charter),规定平台履行“社会责任”的条件和程序,以及平台和工人的权利义务,这一规则体现在《法国劳动法典》第 L7342-8 和 L7342-9 条。^[48] 关于法国立法,有学者指出,劳动法典规定的目的并非给予平台工人雇员地位,或者尽管其具有独立地位而给予大部分社会权利;相反,其目的在于避免平台工人取得雇员身份,给予其很少的权利,并

[45] Miriam A. Cherry, “An Update on Gig Worker Employment Status Across the United States,” *University of the Pacific Law Review*, Vol. 54, No. 1, 2023, pp. 24-25.

[46] *Ibid.*, pp. 28-29.

[47] “Are There Varieties of ‘Gig Economy’? Features, Similarities and Differences of Platform-based Business,” in Thomas Haipeter, Dominik Owczarek, Michele Faioli and Feliciano Iudicone (eds.), *Final report of the “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 19 February 2024.

[48] 参见《法国劳动法典》(2024 年)第 L7342-8 及 L7342-9 条, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006072050/LEGISCTA000039678033/?_anchor=LEGIARTI000039678037#LEGIARTI000039678037, 最后访问日期:2024 年 2 月 19 日。

明确肯定其自雇者身份。从2016年的立法开始,由于持续的罢工,法国法转向将平台工人作为第三类主体(a third status);作为具有从属性的主体或多或少类似于正式的雇员,同时缺乏自雇者具有的完全自治和决策的能力。^[49]

意大利也对外卖骑手进行了专门立法。意大利立法者逐渐将从属性劳动者的保护规范扩大适用于“类从属性劳动关系”中。2019年第128号法律还专门在2015年第81号法令中增加标题为“数字平台的劳动保护”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。^[50]

西班牙也通过了专门适用于外卖骑手的“骑手法”(Riders' Law)。西班牙于2021年5月通过一项新的法令(第9/2021号),承认为数字平台工作的送餐员(food delivery riders)是雇员而不是独立承包商。在这方面,新法增加了在特定情况下骑手被视为“雇员”的两项主要规定。第一项规定涉及“雇员身份”(employment status)的推定。该规则适用于“任何类型的产品或商品的分销活动(the activities of distribution),即当雇主通过数字平台,通过对服务或工作条件的算法管理,直接、间接或隐含地行使其组织、指示和控制(organisation, direction and control)的能力”时。第二项规定要求所有相关平台向其骑手披露相关信息,包括算法和人工智能如何影响工作条件、雇佣决定和裁员。新规定要求,工人代表必须被告知决定算法工作的“参数、规则和说明”(parameters, rules and instructions)。这一规定适用于所有使用算法管理的公司,而不仅是从事食品配送行业的平台公司。该法令要求成立一个专家委员会,研究和评估“劳动关系中人工智能和算法的良好应用”。劳动部表示,尽管该法只适用于外卖送餐骑手,但它可以作为规制其他使用算法对工作任务进行管理的平台的参考。该法于2021年8月12日生效。^[51]

欧盟长期以来关注平台用工及其劳动保护问题。2021年12月欧盟委员会(European Commission)公布《欧洲议会和欧洲理事会关于改善平台用工工作条件的指令建议》(以下简称“指令建议”)。^[52]该指令建议的目标是改善平台工作的工作条件,同时支持平台经济提供的机遇、创新和灵活性。指令建议希望解决的挑战包括:平台工人身份的错误归类,平台工人

[49] Barbara Gomes, “The French Platform Workers: A Thwarted Path to the Third Status,” *Italian Labour Law e-Journal*, Vol. 15, No. 1, 2022, pp. 143-144.

[50] 参见罗智敏:“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185页。

[51] Eurofound, “Riders' Law,” 2021, <https://www.eurofound.europa.eu/nl/data/platform-economy/initiatives/riders-law>, last visited on 19 February 2024.

[52] See European Commission, “Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Improving Working Conditions in Platform Work,” 9 December 2021, COM/2021/762 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2021%3A762%3AFIN&qid=1639058069638>, last visited on 19 February 2024.

合同安排缺乏透明度和可预测性,健康和安全风险,以及社会保护可及性的不足。^[53] 2023年12月,该指令建议取得重大进展。12月13日,欧洲议会和理事会的谈判代表就改善平台工作人员工作条件的指令法案达成了临时协议。指令建议旨在确保对从事平台工作人员的就业身份(employment status)进行正确分类,并引入有史以来第一个关于职场算法管理和人工智能使用的欧盟规则。该指令草案的主要内容包括:引入雇员身份推定规则,完善平台工人身份认定方法;增加平台算法运行及其行为如何影响自动系统决策的信息透明,且平台必须向工人及其代表提供相关信息;要求更多的关于自动决策和监督系统的人工监督;加强对个人数据使用和处理的限制,禁止处理某些特定类型的个人数据,加强数据保护;对平台企业使用中介机构进行规制,即成员国应确保和第三方而非平台订立协议的平台工人享有和与平台直接订立协议的平台工人相同的保护。^[54]

从上可知,越来越多的国家和地区针对平台用工出台专门的立法或增加专门条款。我国平台工人数量众多,权益保护问题较为突出,有必要借鉴上述国家和地区的立法经验,通过立法对平台工人的权益进行全面系统的保护。

(二)我国平台用工立法应采取综合系统规制思路

从上可见,目前关于平台用工立法似乎存在两种主要模式:一是回避平台工人的身份问题,主要聚焦于对其权利的保护,例如美国加州等地以及法国、意大利等的立法。二是综合性立法,这种立法模式一方面关注并规定平台工人身份的认定方法,另一方面聚焦数字劳工平台面临的新问题,尤其是算法治理以及人工智能规制,重点内容在于算法透明、数据保护以及对自动决策等人工智能的规制,例如西班牙立法和欧盟平台用工指令建议。换言之,对平台用工的治理似乎正在从起初主要侧重于基本劳动标准,包括工资、工时和安全卫生等的规制,逐渐将规制重点转向算法和人工智能使用的规制。对此,我国亦有学者指出,平台用工规制重心应从“劳动关系”向“劳动权利”转向,以渐进式劳动基准不断完善劳动权利保障,形成公私协作治理的综合治理格局。^[55]

就我国而言,平台工人面临的工作时间长、工作强度大、安全卫生保障不足等问题依然突出;同时,我国大型数字劳工平台包括交通出行平台和外卖配送平台等也普遍深度使用算法进行业务经营和用工管理,因此,我国平台用工的未来立法重点应包括两个方面:一方面借助于传统的劳动法理念和调整机制,完善平台用工中劳动关系的判定规则,并明确平台工人的基本

[53] European Commission, “Questions and Answers: Improving Working Conditions in Platform Work,” https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_21_6606, last visited on 19 February 2024.

[54] European Parliament, “Platform Work: Deal on New Rules on Employment Status,” <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20231207IPR15738/platform-workers-deal-on-new-rules-on-employment-status>, last visited on 19 February 2024.

[55] 中国人民大学、云账户(天津)共享经济信息咨询有限公司联合课题组(主持人:文继荣、丁晓东、邹永强):“算法技术的法律规制研究”,载《人民法院报》2024年1月4日,第8版。

劳动标准,保障其工资、工时和安全卫生的基本权利;另一方面应着眼于数字劳工平台使用算法和人工智能的新动向和面临的新问题,综合运用平台治理、算法规制、数据保护和人工智能规制等理念和手段,对平台用工进行全面规制。在平台用工中,存在复杂的法律关系,部分从业人员难以被认定为劳动者,劳动法的作用空间受限。数据保护法、算法规制和人工智能规制等新型法律工具可以为平台用工提供更充分的保护。例如,“网约工”由于身份属性多元不能全部被认定为劳动者,现有的劳动法机制无法完全解决平台用工中算法管理和数据处理带来的新问题,需要探索通过数据法保护其劳动权益。^[56]

事实上,我国对平台从业人员权益的保护也是采取平台治理和劳动法保护等多重维度。人社部等的《指导意见》就涉及平台透明度和算法规制的要求,《指导意见》规定了平台企业就“直接涉及劳动者权益的制度规则和平台算法”的协商和告知义务。《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》提出了“优化算法规则,不得将‘最严算法’作为考核要求,要通过‘算法取中’等方式,合理确定订单数量、在线率等考核要素,适当放宽配送时限”。我国现有的政策也从算法规制的角度确立了数字用工平台算法管理的义务和责任。《互联网信息服务算法推荐管理规定》加强了算法管理,其第 20 条规定,“算法推荐服务提供者向劳动者提供工作调度服务的,应当保护劳动者取得劳动报酬、休息休假等合法权益,建立完善平台订单分配、报酬构成及支付、工作时间、奖惩等相关算法”。这从平台算法管理的义务角度规定平台对工人的保护措施。

当前我国平台用工新型权益保护存在的主要问题是:有关算法规制、数据保护等平台治理一般规则难以直接适用于平台用工领域,换言之,有关算法规制、数据保护和人工智能规制一般规则的场景化研究和规则供给不足。例如,我国《个人信息保护法》第 24 条有关数据保护以及自动决策的一般要求、人工干预措施、算法说明等一般规定,^[57]如何落实于平台用工的具体场景,有待细化。包括平台决策透明度要求的具体标准,平台告知义务的内容和程序;平台企业的行为如何构成“人工干预”,何为对平台工人“有重大影响的决定”,个人信息处理者说明义务的内容和程序,等等都需要给予细化。又如第 55 条关于个人信息保护影响评估的规定,如何具体适用于平台用工等职场领域,尤其是如何平衡企业因经营管理需要处理信息的正当性与劳动者个人信息权益保护之间的关系,尚缺乏具体规则。此外,《关于加强互联网信息服务算法综合治理的指导意见》一系列原则规定,以及《互联网信息服务算法推荐管理规定》有关算法公开透明、算法审核、算法评估等规则(包括第 7、8、16、17、20 条等)如何落实于平台用工领域也缺乏具体规则。总体上看,目前我国对职场场景的算法规制、数据保护的研究还相当

[56] 王倩,见前注[13],第 155 页。

[57] 《个人信息保护法》第 24 条第 1、3 款规定:个人信息处理者利用个人信息进行自动化决策,应当保证决策的透明度和结果公平、公正,不得对个人在交易价格等交易条件上实行不合理的差别待遇。

通过自动化决策方式作出对个人权益有重大影响的决定,个人有权要求个人信息处理者予以说明,并有权拒绝个人信息处理者仅通过自动化决策的方式作出决定。

薄弱。

因此,在平台用工立法思路,我国应通过专门立法的形式,对平台用工进行全面规制。除了进一步明确平台工人身份认定的方法和基本劳动标准,应将重点放在平台工人数据保护、算法管理以及人工智能的规制等平台治理规则上。应将我国《个人信息保护法》以及上述相关部门的规章和指导意见的相关规定细化于平台用工的具体场景,借鉴欧盟最新平台用工指令建议等域外经验,规定详细规则。

(三)不引入“不完全符合劳动关系情形”概念并采取新的“二分法”

鉴于“不完全符合确立劳动关系情形”概念面临的诸多困境,我国不必为了平台用工治理急于在劳动法上引入“劳动三分法”或者第三类主体,当前也无须在立法上引入“不完全符合确立劳动关系情形”概念。对于人社部等的《指导意见》中关于平台用工的“三分法”也必须转变思路,不应将重点放在对“不完全符合确立劳动关系情形”的界定上。从上述有关国家和地区关于平台用工的立法内容和趋势看,对平台工人的保护主要是基本权利的保护,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,以及数据保护和算法规制等。因此,对平台工人保护的基本思路应是通过一定方式确定给予上述基本权利保护的平台工人范围。在立法技术上,可采取排除法,即通过一定的标准将性质上完全属于民事关系的部分平台工人排除在外,除此之外的平台工人均属于立法所保护的主体,给予基本权利保护。在此基础上,按照传统的劳动关系或雇员定义,或者通过对平台用工中劳动关系判定方法的特别规定,比如欧盟指令建议的规定,将符合“雇员”定义的平台工人认定为雇员,将其纳入劳动法保护范围。如此,就可以避免引入“不完全符合确立劳动关系情形”的复杂概念,而使大部分平台工人受到基本权利保护。

因此,如何排除法律关系纯属于民事关系的平台工人成为一项重要任务。由于民事关系或民事合同的概念为法律所规定,相比“不完全符合确立劳动关系情形”的判断更为容易。可借助人社部等的《指导意见》,继续规定“个人依托平台自主开展经营活动、从事自由职业等,按照民事法律调整双方的权利义务”。换言之,此类主体之外的平台工人均属于法律特别保护的主体。故此,应将《指导意见》的“三分法”重新转换为“二分法”,只要非属于《指导意见》所提及的第三类平台工人均可受到基本权利保护。按此思路,当前平台用工中问题比较突出的交通出行平台和外卖配送平台的网约车司机、外卖配送员等由于其服务过程受到平台的严格管理和监督,服务价格亦由平台决定,因此,明显不属于“自主开展经营活动、从事自由职业”,这类数量庞大、权益保护问题比较突出的平台工人可顺理成章受到劳动法基本权利的保护。尽管采取以上模式,仍面临部分平台工人是否存在劳动关系的难题,但由于大部分平台工人已受到劳动法基本权益的保护,平台工人身份认定重要性下降,而且,通过传统的劳动关系或雇员定义,或者通过对平台工人雇员身份认定方法的完善,仍可以使符合雇员定义的平台工人得到劳动法的完全保护。

由于数据保护和算法规制主要是基于信息处理者和数据主体的基本权利义务以及对平台等企业使用算法进行用工管理这一行为的规制,和平台企业与平台工人之间的法律关系的相

关性不大,因此,有关数据保护和算法规制的规则可适用于所有平台,不必进行限制。欧盟指令建议,^[58]以及上述西班牙立法也是采取这一做法。

(四)及时出台相关司法解释

上述分析表明,我国相关司法文件包括《关于为稳定就业提供司法服务和保障的意见》和典型案例报告对平台用工劳动关系的认定以及其他事项提供了有益的参考。当前的主要任务是将其中的重要内容转化为更具权威性和强制力的司法解释内容,为司法实务提供可操作的规则。根据实践需求,司法解释应主要包括两方面的内容。一是有关平台用工劳动关系的认定。上文提及的《关于为稳定就业提供司法服务和保障的意见》有关“依法合理认定新就业形态劳动关系”的规则内容,具有很大参考价值,宜引入司法解释之中。另外,人社部和最高人民法院发布的典型案例报告中的重要内容亦应转化为立法或者司法解释的内容。典型案例报告提及的“认定劳动关系应当坚持事实优先原则”。“劳动关系的核心特征为‘劳动管理’,即劳动者与用人单位之间具有人格从属性、经济从属性、组织从属性。”“当前,认定新就业形态劳动者与平台企业之间是否存在劳动关系,应当对照劳动管理的相关要素,综合考量人格从属性、经济从属性、组织从属性的有无及强弱。”这些内容涉及劳动关系的基本特征、主要内容和基本判定原则,应纳入立法当中。至于典型案例报告提及的人格从属性、经济从属性和组织从属性的具体判断因素和判断方法可放在司法解释当中。换言之,平台劳动关系认定规则应通过立法和司法解释的路径共同解决。应通过立法和司法解释,推动平台用工劳动关系认定司法实践的统一,尽量推动同类平台同类人员法律地位裁判规则和裁判结果的相对统一。例如外卖配送平台的“专送”骑手以及“众包”骑手、网约车平台中的“专车”司机等具有较高相似性的平台工人群体的身份认定应逐渐形成统一规则,这样不仅有利于加强平台工人权益保护,也有利于明确各方的权利义务,增强平台企业和相关企业以及平台工人的可预期性,尽量减少个案处理导致的不确定性和不统一性。

二是有关平台企业或合作企业与平台劳动者之间责任承担的规则。例如《关于为稳定就业提供司法服务和保障的意见》包含的有关保护平台工人劳动报酬的权利、算法规则的效力及因算法导致的损害赔偿规则等内容,^[59]也应予以规范的表达纳入司法解释当中。当前尤其应重点细化司法实务面临的突出问题,完善《意见》提及的平台用工中劳动者遭受损害的责任承担以及劳动者执行任务导致第三人损害的责任承担规则。虽然最高人民法院民一庭针对此问题提出了原则性解决方案,指出“根据企业与劳动者之间的用工法律关系类型,适用相应责任承担规则。劳动者因执行工作任务造成他人损害的,根据《民法典》第1191条确定责任;劳动

[58] European Parliamentary Research Service, “Improving the Working Conditions of Platform Workers,” January 2024, pp. 5-6, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/698923/EPRS_BRI\(2022\)698923_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/698923/EPRS_BRI(2022)698923_EN.pdf), last visited on 19 February 2024.

[59] 参见最高人民法院:《关于为稳定就业提供司法服务和保障的意见》(法发〔2022〕36号),第二部分“依法规范新就业形态用工,推动平台经济可持续发展”中“加强新就业形态劳动者合法权益保障”的相关内容。

者执行用工合作企业任务致人损害时,可以根据平台企业过错、控制、获益程度等依法确定责任”。〔60〕但这样的原则性规定明显过于简单。例如,平台工人是否属于平台企业这一“用人单位”的“工作人员”本身存在疑问,如果不是,则《民法典》第 1191 条就难以适用。劳动者执行“用工合作企业”任务,往往同时也是执行平台企业的任务,受平台企业的指示和监督,因此,用工合作企业和平台企业的责任如何划分,需要相对具体的规则给予明确。总体上,平台用工中人身损害赔偿规则的建构应借助《民法典》中侵权责任的相关规定,考虑法律关系的性质以及当事人的过错,同时也应充分考虑以下因素:一是平台企业和合作企业的关系,平台引入第三方合作企业的意图以及平台在与第三方关系中的优势地位;二是平台企业对劳动者进入和退出平台的限制,以及通过算法等对劳动者劳务提供过程的指示和监督,平台企业对劳动者的控制程度;三是平台企业在各法律关系当中的主导地位,包括对合作企业的主导地位,平台企业和劳动者地位和实力的显著差异;四是劳动者承担责任的能力以及对劳动者进行社会保护的必要性等因素,合理确定各方责任。

六、结 语

平台用工法律规制路径的选择关涉平台用工规制的效果,我国目前采取的规制路径总体上效果不佳,亟待完善。形式上,我国目前主要采取行政指导和司法指导的方式,尚未出台定型的法律规则,这种规制方式在平台用工发展初期尚为合理。但在平台用工已发展多年,平台用工劳动权益问题显现,各国平台用工立法已日趋流行的背景下,行政指导和司法指导路径的弊端逐渐暴露,对此我国必须加以调整。未来,我国应通过专门立法和司法解释,建立内容全面、规则统一、权利内容和救济途径完备、兼具行为规范和裁判规范的制度规则。同时,应着眼于平台用工的新特点,除了完善平台用工劳动关系认定规则和基本劳动标准,还应完善有关算法管理、数据保护和人工智能规制等规则,建构系统的平台用工权益保护规则。鉴于理论争议和实务操作困难,当前我国不必急于引入“第三类主体”,也不必在立法上引入“不完全符合确立劳动关系情形”的概念,而应通过排除法,为大部分平台工人提供劳动法基本权利的保护,在此基础上,通过完善平台用工背景下劳动关系认定标准和方法,将符合“雇员”定义的平台工人纳入劳动法的保护范围。

Abstract: At present, the main path for the legal regulation of platform work in China is administrative guidance, which means that relevant ministries issue “guiding opinions” to regulate platform work. This path leads to many problems such as abstractness of the content of relevant rules, inconsistency between rules, lack of judicial rules, and difficulty in obtaining legal remedies. The introduction of the con-

〔60〕 最高人民法院民一庭,见前注〔42〕。

cept of “a situation where the standard of labor relationship is not completely met” (“incomplete labor relationship”) in “guiding opinions” has brought about many theoretical controversies and practical difficulties. Judicial organs also issue judicial documents and reports on typical cases, but their guidance on judicial practice is limited. In view of these problems, China should adjust and optimize the regulatory path for platform work by building through special legislation and judicial interpretations a set of comprehensive and consistent rules with complete rights content and legal remedies. In addition, in light of the new characteristics of platform work, China should improve the rules for the determination of labor relationships and basic labor standards, as well as the rules related to algorithmic management, data protection, and regulation of artificial intelligence in platform work. At present, China does not need to introduce the concept of “subject of third category” in labor law or the concept of “incomplete labor relationship” in its legislation. Instead, it should provide basic labor rights protection for most platform workers through the exclusion of certain platform workers. On this basis, platform workers who meet the definition of “employee” should be fully protected by the labor law.

Key Words: Platform Work; Regulation; Algorithm; Subject of Third Category

(责任编辑: 阎天)