

【劳动法律法规】

算法管理的劳动法定位及规制建议

常春 喻术红

【摘要】算法管理是实现企业运营管理的算法化,指企业利用算法技术组织劳动者完成工作任务的一种内部管理手段和方式。由于算法管理具有虚拟性和强技术性,在提升企业运营管理效率的同时,它也给劳动者的合法权益带来了新的挑战 and 压力。然而,当前的劳动法规范的滞后性使其难以对作为实践创新的算法管理产生有效的规制作用,包括:与劳动规章制度有关的条款未能涵摄算法管理;劳动规章制度针对算法管理的执法效能不足;企业在运用算法管理时,对应承担的劳动规章制度责任不足。为此,亟需加强劳动法对算法管理的规制,以“趋利避害”。具体规制路径包括:将算法治理的相关理念及其行为规制等融入《劳动合同法》与用人单位劳动规章制度的相关条款中,从而在法律制度层面完成对算法管理的规制,以保护劳动者合法权益。

【关键词】算法管理;定位;劳动法;规制

【作者简介】常春,武汉大学法学院经济法学硕士研究生,研究方向为劳动法学;喻术红,武汉大学法学院教授,研究方向为劳动法学(武汉 430072)。

【原文出处】《中国劳动》(京),2021.4.16~27

【基金项目】国家社会科学基金青年项目“数字经济下我国劳动法面,面临的挑战与转型研究”(负责人:班小辉),项目编号:19CFX077。

一、问题的提出

突飞猛进的互联网技术将社会就业带入“新业态”的同时,也使劳动法面临着前所未有的挑战。其中最突出的问题是,算法技术击穿了《劳动法》中关于工资、工时、职业安全等诸多规定,实施着《劳动法》之外的另一套劳动管理制度(郑文睿,2021)。James Duggan et al.(2021)将其定义为算法管理,具体指代企业内部的一种控制模式,其中算法承担了制定和执行影响劳动决策的功能。随着我国开始进入数字经济时代,算法管理模式也开始被各类企业运用在劳动管理活动中(于蒙蒙,2021),促使劳动者在井井有条的劳动秩序中完成工作任务。^①然而,现有的研究结果显示,算法管理在为企业带来效率和效

益的同时,也给员工带来相当的负面作用和结果(Xavier Parent-Rochelleau, Sharon K.Parker, 2021)。例如,算法应用会损害劳动权或获得就业机会的权利(苏宇,2020),使劳动者在工资、福利等方面的稳定性面临丧失的可能(弭晶,2020),引起过度劳动的普遍化(朱悦衢、王凯军,2021),甚至可能会有“道德风险”,即管理成本骤降使平台忽视市场协调,导致平台劳动者的服务风险增加(范围,2018)。由此可见,由于算法管理模式的运用,劳动者的合法权益正面临新的挑战 and 压力。亟待加以保护。

需要注意的是,算法管理作为企业日常运营管理中的一种有效工具,其在本质上严格保持技术中立性,并不存在“对与错”之分,之所以对劳动者的权

益造成伤害,究其根本还是在于一些企业过于追求市场利益,在运用算法实施管理的过程中忽略了对劳动者基本权益的保护。当市场本身未能给劳动者提供充分保障时,法律保障就是正当且必要的(圭多·斯莫尔托,2018)。劳动法作为保护劳动者的合法权益的基本准则和“最后一道防线”,必须采取有效的措施来防止算法管理的不规范运用对劳动者权利产生不利影响,担负起其在算法治理中应尽的责任。虽然算法管理模式以复杂的互联网技术作为依托,但其并未颠覆劳动法的原理和规律,现有的劳动法分析框架和工具仍然可以应对其带来的挑战(王全兴,2017)。算法管理作为实践创新的优秀成果已经为社会、市场所接受,但在其运用的过程中不可避免地会存在各种损害劳动者合法权益的情形。同时,劳动法规的滞后性使其难以及时对算法管理进行有效的规制。为此,针对算法管理的劳动法定位及其规制进行探讨,^②发现和挖掘出法律规范与当前实践之间的脱节之处,为进一步健全和完善当前的法律制度体系提供有力的支持和服务,具有重要的现实意义和价值。

二、算法管理在劳动关系中的表现形式

根据马克思劳动过程理论,企业管理可以被理解为“资方通过对劳动者进行控制从而使其提供有序劳动”(吴清军、李贞,2018)。算法管理作为企业对劳动者进行管理的一种工具,通过对劳动者的劳动习惯、行为、过程和内容等进行严格管理,使得其符合既定的程序化和规范化运行体系,一旦达到或未能达到既定目标或任务,则会基于企业内的人力资源管理制度体系加以正面或者负面激励。在这种情形下,算法管理开始进一步改造劳动者活动,导致了实质上的企业管理算法化(刘杰,2021)。特别是针对平台企业而言,其主要任务之一就是开发出不同的算法,将对劳动者的控制权几乎全方位地交给算法平台(陈龙,2020),以至于算法平台被当作“隐蔽雇主”(郑文睿,2021)。根据埃德沃兹的控制三要素理论(Edwards, 1979),企业对员工的控制主要从指导工作、评估工作表现和实施奖惩三个方面来进行(陈

龙,2020)。因此,算法管理作为一种控制手段,在劳动管理中表现为以下几种形式。

1. 指导劳动者完成工作

指导劳动者完成工作是算法管理在劳动关系中的主要表现形式之一。其主要包含以下几个方面:一是指派工作任务,即算法平台将其接收到的订单任务以指令的形式选择性派发给劳动者。例如,滴滴平台可以乘客评价不佳或者其他原因为由限制司机获得订单(王甫希、习怡衡,2020)。如果算法决策本身可能存在算法过滤、算法错误和数据瑕疵等弊端,则可能会产生算法歧视(伊卫风,2021),造成某些劳动者丧失接单的权利。二是定价,平台对订单拥有单方面定价权,且能够根据天气、位置、时间等情况进行动态调整(吴清军、李贞,2018)。面对平台的信息优势,劳动者几乎不具备议价和谈判的能力(贾惠博,2020),可能会使劳动者失去获得公平报酬的机会。三是规定完成工作任务的方式、标准等事项,即在某些情况下,平台会按照算法规定的信息来设定劳动者的工作任务,不仅决定着劳动者的绩效薪酬,甚至会对其造成人身损害。例如,在外卖平台中,骑手需要在平台规定时间和划定的路线范围内完成订单配送(陈龙,2020)。四是收集并处理工作过程中的数据,即不仅可以掌控劳动者的工作效率和工作完成度,还可以实时获取劳动者的定位、工作成果反馈及客户评价、甚至与客户的聊天记录等诸多数据信息(贾惠博,2020)。例如,网约车平台中司机的行车路线、聊天语音等数据被平台企业实时监控;外卖骑手的位置、移动轨迹、到达时间、送达时间、消费者反馈等具无遗漏地被平台记录、储存(邓智平,2021)。由于这些数据大多与劳动者的个人隐私密切相关,如果个人不同意接受平台协议,则会无法获得相应的劳务机会,劳动者是以被动牺牲个人隐私权来换取劳动收益。

2. 评估劳动者的工作表现

对劳动者工作情况的评估属于绩效考核的内容,是指企业对员工一段时间的工作、绩效目标等进行考核,并将所得到的结果作为后续人事决策的依

据(黄美灵、周茹,2011)。绩效考核可以分为两个部分:制定考核规则和执行考核规则。在算法管理主导的管理运作中,绩效考核同样也会展现以上两种形式,具体表现如下。

一是制定考核体系。算法管理可以构建起以用户打分、顾客评价和劳动者诚信档案等为基础的数据声誉机制(黄再胜,2019)。例如,“美团”和“饿了么”平台根据骑手的工作表现,如是否超时、完成的订单数量等给予“青铜”“白银”等各个绩效等级或者给予星级评价。同时,各个等级也对应相应的奖惩办法,并会对劳动者的收入产生实质性影响(陈龙、韩玥,2020)。平台企业在制定考核体系时会在很大程度上以算法平台收集并处理的各种工作数据作为直接依据,这可能导致其所制定的考核标准过于严苛,增大了劳动者完成工作任务的难度。

二是执行考核规则。算法管理可以将劳动者在工作过程中的数据进行收集,并根据特别需求来进行数据清洗、整理和使用。例如,根据顾客点评、所耗时间、订单完成的数量等数据信息,按照在算法规则中预先制定好的阈值予以综合计算得出最终结果,并将其作为最终考核的具体数值来确定劳动者的收益标准。在执行过程中,劳动者只能看到最终的考核结果,并不知道具体考核的指标体系、程序、阈值等,这易使劳动者遭受不公平的考核结果,也缺乏对此提出异议或者申诉的渠道,而只能被动接受自身权益受到侵害的现实。

3. 对劳动者实施奖惩

考核行为本身不是目的,运用考核结果才是最终目的。企业在获得考核结果之后可将之作为岗位调整、薪酬变动、奖金发放等奖惩决定的依据。在算法管理的模式中,算法规则充当着奖惩决定的实施者。以外卖平台为例,平台企业可以依据算法规则对超过限定阈值的劳动者即骑手施加罚款,甚至出现有骑手超时一单的扣款高达20元之多的情形(冯向楠,2018)。相比于其所能够获得的报酬,这一处罚的力度显然过于严苛。在奖励方面,则主要表现为现金和信誉两种。现金奖励就是直接向劳动者派

发现金,使其直接获得经济利益;荣誉奖励主要是给予其较高的服务质量评级,从而获得优先派单的机会(冯向楠、詹婧,2019)。与传统的奖惩决定不同的是,在算法管理模式中,劳动者依然处于传统的科学管理范畴中,所面对的是刚性规则,并不具有任何的人文温暖。加上被实施的奖惩决定具有执行迅速、申诉不易等特点,即便面对算法不公正的处罚决定,劳动者也没有“讨价还价或者拒绝”的余地,只能被动接受。

三、算法管理在劳动法上的定位

在算法管理模式之下,劳动者的弱势处境更加明显,现有的劳动法规范却未能提供应有的保护举措。为了既能够发挥算法管理所带来的优势,又能保障劳动者合法权益,我们需要对算法管理在劳动法上进行定位,以便进一步探讨恰当的规制措施。

1. 定位之一:用人单位的指示权

用人单位的指示权作为一种劳动关系协调机制,是指用人单位进行用工管理和安排劳动的权利(沈建峰,2021)。虽然,我国目前在法律制度层面尚未明确确立起用人单位的指示权,但其确有存在之必要。因为作为劳务给付主体,劳动者并不能决定给付内容,而应当听从用人单位的指示(黄越钦,2003)。事实上,用人单位的指示权在司法实践中也得到了不同程度的认可。例如,在张某与国有银行某省分行劳动争议案中,法院明确表示用人单位享有指示权;^③在黄某与重庆某装饰工程有限公司确认劳动关系纠纷案中,法院从人格从属性的角度进行说理,提出用人单位应当拥有广泛的指示权。^④用人单位的指示权得以形成的路径为:劳动者将自己的劳动力让渡给用人单位使用,但因劳动力必须附属于劳动者本人,故用人单位得对劳动者行使指示权(吴万群,2010)。在平台用工形式中,劳动者为了能够获得劳动报酬而将自己的劳动力让渡,以供平台企业进行直接或者间接使用,其本人必须要听从企业的指示和“差遣”,这一过程主要通过算法管理模式来完成。另一方面,处于算法管理中的劳动者,只能严格按照算法平台所规定的工作任务、工作方式、

时长等方面的要求来进行工作才能完成最终的劳动给付,这也是指示权的表现形式。通过算法管理这一运作模式,平台企业实现了用工管理和安排劳动的目的。因此,算法管理是用人单位实现指示权的新形式。

2. 定位之二:劳动规章制度

算法管理的第二个表现形式是绩效考核,其包括两个部分:制定和执行考核规则。需要特别说明的是,绩效考核规则的执行是指用人单位根据既定规则对劳动者的工作结果进行评价的过程,是用工管理的一个方面,故应归属到指示权的范畴。对此前文已有论述,本部分主要对绩效考核规则的属性进行讨论。

根据我国《劳动合同法》第4条第2款规定,劳动规章制度的内容应包含劳动定额管理。^⑤绩效考核规则是用于指导和规定绩效考核行为的规则,它的功能是对劳动者的劳动成果进行评估并据此决定劳动报酬的分配。绩效考核规则的约束对象为劳资双方,它既为劳动者的工作行为提供了努力的目标,又决定了用人单位对劳动者的工作进行评价的方式和标准。劳动定额是正确贯彻按劳分配原则,衡量劳动者贡献大小的主要依据(刘传青,2014)。不难理解,“衡量劳动者贡献大小”即是对劳动者的工作绩效进行衡量,这正符合绩效考核规则的内涵。所以,绩效考核规则属于劳动规章制度的一个方面。在算法管理模式中,企业通过算法程序的设定对劳动者的工作评价标准、对应的奖惩等事项作出安排,实际上是绩效考核规则的算法化,仍属于劳动规章制度的范畴。故此,算法管理的第二个属性是用人单位的劳动规章制度。

3. 定位之三:用人单位的惩戒权

有学者认为,自2008年《企业职工奖惩条例》废除之后,用人单位的惩戒权就从“法定”转向“意定”了(汪银涛,2021),但事实并非如此。用人单位的惩戒权在我国法律体系中仅“形散”,“神”并未散。例如,根据我国《劳动合同法》第39条,劳动者出现法定情形时用人单位可以解除劳动合同,即为惩戒权

法定性的体现。^⑥此外,在司法裁判中也不乏法官对用人单位惩戒权予以确认的案例。例如,在刘某与国有商业银行某支行劳动争议案中,法官认为用人单位惩戒权分为经济性惩戒和非经济性惩戒两种。^⑦正如黄越钦教授所言,雇主有权对违规雇员实施惩戒,这是人格从属性的根本所在(黄越钦,2003)。在学理上,惩戒权被界定为:在劳动关系存续期间,用人单位基于劳动者的违纪行为而对其做出惩罚或者训诫的权利,旨在督促劳动义务的正当履行和劳动秩序的恢复(付炜,2019)。在算法管理模式中,算法可以根据劳动者的绩效考核、工作完成状况或者客户投诉等给予劳动者以扣款、限制接单、调岗乃至解雇等不利决定,这显然可以归属到用人单位惩戒权之范畴。因此,惩戒权是算法管理的第三种属性。

四、对算法管理进行规制的建议

算法管理的劳动法规制路径应当依其表现形式对应展开构建。但应当注意的是,对用人单位指示权、惩戒权的规制,可以通过对劳动规章制度来实现。理由如下:一是用人单位的指示权之行权范围以劳动组织为限(沈建峰,2021),而劳动者和用人单位在劳动组织过程中应当遵守劳动规章制度(王全兴,2017)。就此而言,用人单位的指示权当然应受劳动规章制度的约束。二是用人单位的惩戒权脱胎于劳动规章制度中的劳动纪律(问清泓,2017)。既然如此,用人单位在行使惩戒权时就应当以劳动规章制度为依据。因而,对用人单位惩戒权的规制就可以从劳动规章制度的层面来进行。另外,因为算法管理融合了算法技术,所以对其进行规制时还应附加考虑与算法治理的相关理念衔接。这样,我们就探索到了对劳动关系中算法管理的规制方法:即以劳动规章制度的治理作为主要手段,辅之以算法治理的相关理念,从而实现对算法管理进行规制的目的。

当前,我国劳动法中可以用来规范用人单位劳动规章制度的法律条款主要为《劳动法》第4条、第89条以及《劳动合同法》第4条、第74条、第80条。

相较而言,《劳动合同法》所规定的内容完全覆盖了《劳动法》的规定,且内容更加详细和完善。再者,《劳动合同法》属于《劳动法》的特别法,理应优先适用。故而,关于算法管理规制路径的讨论,主要以《劳动合同法》中有关劳动规章制度的条款(第4条、第74条、第80条)作为基础来展开。

1. 对第4条的内容进行调整

《劳动合同法》第4条主要规定了三方面的内容:用人单位制定和完善劳动规章制度的法定义务;劳动规章制度的法定必备内容;用人单位制定劳动规章制度的法定程序要求。虽然第4条在传统劳动关系中对劳动规章制度进行规制时游刃有余,但在算法管理的挑战之下,此条款尚有改进的余地。

其一,扩大解释用人单位在劳动规章制度制定和完善方面的义务。算法技术是中立的,算法管理的异化实际上是企业的异化。对于算法管理的应用所带来的系列社会问题,必然需要回到企业层面予以系统解决(阳镇、陈劲,2021)。劳动规章制度是企业内部治理的重要方面,但由于时代局限性,《劳动合同法》第4条规定的用人单位制定和完善劳动规章制度的义务未能涵摄算法管理,因此有必要对此进行扩大解释。

具体而言,当某用人单位采用了算法管理模式时,应将所涉及的有关算法管理的内容体现在其劳动规章制度之中。也即,算法管理应当被列为用人单位劳动规章制度的必备内容之一。另外,《劳动合同法》第4条对于劳动规章制度的内容已经有较为详细的列举,有学者将之归纳为七项内容,即劳动合同管理制度、岗位职责、绩效考核制度、薪酬制度、考勤制度、奖励与惩罚制度及劳动规章的制定与颁布制度(江山、常昕,2008)。应当对这些内容进行相应拓展:一是引入电子劳动合同管理制度。人力资源和社会保障部已经确认了电子劳动合同的法律地位以及管理制度。用人单位应当细化电子劳动合同的生成、传递、储存等管理制度。^⑧二是进一步明确平台劳动者的岗位职责。例如,在外卖平台中,某些点餐者要求骑手请客吃饭,否则就给予差评。这明显超

出了骑手的岗位职责,劳动规章制度应当对此类现象予以纠正。三是改进绩效考核制度,使之适应算法管理模式。用人单位劳动规章制度应当制定符合该单位习惯且符合常理的考核标准,明确考核指标、考核数据收集的范围、方式、程度等。四是制定合理的薪酬制度。算法管理模式与传统用工模式相比,薪酬制度不得存在歧视的情况。五是规范考勤制度。算法管理模式之下的考勤制度,其所收集数据不得侵犯劳动者的私人领域。例如,指纹打卡、面部扫描等数据的收集和使用应当以考勤需要为限。六是规范奖励与惩罚制度。用人单位采取的奖励与惩罚措施应当相当(江山、常昕,2008),且应设置相应的处罚申诉制度,使被处罚劳动者的申诉得到及时、合法、合理的处理。七是明确劳动规章的制定与颁布制度,即应当写明劳动规章制度制定和公布的程序、方式等。

其二,将劳动规章制度的制定和修改的程序规则适用于算法内容的产生和更改。《劳动合同法》第4条作了具体规定,该条要求劳动规章制度之制定和修改应当:“(1)经职工代表大会或者全体职工讨论;(2)讨论后提出方案和意见;(3)与工会或者职工代表平等协商确定;(4)通过协商的方式完成修改;(5)公示或者告知劳动者”。^⑨最高人民法院出台司法解释明确规定,劳动规章制度的制定应当经过民主程序,且已经向劳动者公示。^⑩在算法管理中,用人单位在设置和修改算法程序时往往没有经过相应的民主程序。例如,外卖平台基于算法技术设定和缩短送餐时间的行为应属于劳动规章制度中绩效考核规则的修改,但算法平台并未履行相应的民主程序,而是直接对劳动者予以实施,显然是违反劳动规章制度的修改程序的。

故此,《劳动合同法》第4条应当将算法平台上管理规则的设置和修改^⑪明确归属为劳动规章制度制定和修改,必须经过相应的民主程序,否则应当限制其对劳动者实施时的效力。同时,在算法管理模式下,许多劳动者可能没有固定的工作场所,且与算法平台之间缺乏沟通反馈机制(王琦等,2018),民主程

序很难履行。因此,人力资源和社会保障部等四部门在2021年9月10日对美团、饿了么、滴滴等10家平台企业保障新就业形态劳动者权益开展联合行政指导时明确提出,要充分听取劳动者意见建议,畅通劳动者诉求表达渠道。^⑩为此,劳动规章制度制定和修改的民主程序应当采取更加灵活的方式来履行,例如,允许用人单位设置相应的代表制度或者设置网络投票程序来解决劳资共决在时空上的不便与障碍。

2. 修改第74条:改变执法主体范围和方式

《劳动合同法》第74条是关于劳动规章的行政执法检查的规定,^⑪但是在面对算法管理时,其执行可能性也受到了削弱。其主要原因在于执法检查力量的有限以及执法专业性的不足两个方面。故此,本条需要进行相应的修改。

首先,执法部门单一且力量不足。根据第74条,劳动规章制度的执法检查主体仅限于县级以上地方人民政府劳动行政部门。近年来,随着我国经济的强劲增长,全国企业法人的数量已经由2010年的6517670家增长到2019年的21091270家,数量十分庞大,^⑫而有限的执法检查力量,在面对各式各样、数量繁多的劳动规章制度时显得力不从心。因此,有必要考虑授权执法部门向民间行业协会等团体通过购买服务的方式来增加执法检查力量,或是开展相关部门之间的联合执法,以增强劳动规章制度的执法检查力量。

其次,设立专业技术顾问或者向专业机构购买算法技术服务。由于算法管理蕴含了复杂的算法技术,且主要以虚拟的互联网平台作为管理场所,因此,行政机关的执法方式应当有所改变。一方面,行政机关内部应当设置相应的技术顾问等职位,在涉及对算法管理相关的劳动规章制度进行执法检查时,负责向行政机关提供技术咨询服务;另一方面,即便算法属于专业性的技术,但市场仍有诸多专门的企业精通相关技术,执法部门若对于设立专业技术有困难,也可以向市场上的专业机构购买相关的服务,如签订长期的算法技术服务合同,以此来增强

执法检查的专业性。

3. 修改第80条:严格用人单位责任

《劳动合同法》第80条是关于劳动规章制度责任的规定。^⑬但是,将算法管理纳入劳动规章制度的内容之后,本条中关于用人单位应当承担的责任则显得有所不足。因此,本文提出如下对策。

其一,增加规定用人单位在未正确履行制定和完善劳动规章制度义务时的法律后果。《劳动合同法》第4条规定了用人单位在制定和完善劳动规章制度方面的义务,但并未规定用人单位违反这种义务的后果。违法行为应当受到法律制裁,承担相应法律责任。否则,法律将形同虚设。因此,第80条应当增加规定用人单位违反制定和完善劳动规章制度义务时所应承担的法律责任,例如责令限期履行或者予以罚款等。

其二,修改用人单位行政责任的规定。第80条所设定的用人单位行政责任仅有“责令改正”和“警告”两种,在算法管理模式之下显得过于轻微。理由如下:一是,近年来算法技术在各应用领域野蛮生长,其危害也日益凸显。“算法导致决策不公”(陈姿含,2019)、“算法妨害”(唐林垚,2020)、“算法引起权力一权利格局失衡”(崔靖梓,2019)等危害后果被社会各界广泛认同。在劳动关系中,不受约束的算法管理可能会严重损害劳动者隐私权、报酬权甚至生命健康权等多方面的合法权益。用人单位仅承担“责令改正”和“警告”两种处罚,不足以弥补其过错,更难以纠正其违法行为。二是,现实中,用人单位实施的算法管理对劳动者隐私权的侵犯、不合理的考核制度引起的工伤事件、过劳死等时有发生。对于这些不合理的现象,已有相关法律给出有力回应。就以隐私权为例,《民法典》为公民的隐私权提供了体系保障,并配套有相应的民事责任;在刑法中,侵犯公民个人信息早已被规定为刑事犯罪。稍加对比,不难发现《劳动合同法》第80条对违法用人单位设定的处罚显得无足轻重,形成了责任洼地。三是,企业是算法管理模式的主要受益者,但其所获得的效益是以牺牲劳动者权益为代价的,从本质上来讲

是资本剥削逻辑的延伸(孔令全,2017)。若对其规定的责任过轻,则会导致权责不对等。综上,《劳动合同法》第80条中关于用人单位的劳动规章制度责任应当在处罚种类上有所增加,在程度上有所加重。这不但可以起到抑制企业过度逐利特性的作用,而且可以减少企业在利用算法进行劳动管理时的任意性。

最后,揭开算法技术的面纱,明确平台企业的算法责任。作为算法平台真正的“主人”,平台企业越来越被算法管理的强技术性所掩藏。但是,正如王全兴(2021)所说,^⑥其中劳动关系的本质并没有丝毫变化,企业不可能在平台劳动关系中全身而退。因此,劳动法应当利用劳动规章制度“揭开算法技术的面纱”,将责任直接指向算法平台背后的企业(张凌寒,2021)。对此,第80条应当逐步确立“凡算法管理指挥劳动者致其合法权益受损,皆由平台企业担责”的理念。这不但可以明确算法管理的责任主体,还可以促使用人单位在利用算法平台对劳动者进行管理时持谨慎态度。

4. 新就业形态中算法管理的规制

算法管理模式可能存在于传统就业和新型就业两大就业形态之中。根据人力资源和社会保障部等八部门2021年7月16日出台的《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》(下称《意见》),新就业形态分为三种类型:符合劳动关系的;不完全符合劳动关系的;个人依托平台自主开展经营活动、从事自由职业的(自雇劳动者)。⑦传统就业形态以及新就业形态中符合确立劳动关系的情形,处于《劳动合同法》的涵摄范围之内,直接适用即可。而对于新型就业形态第3种情形,《意见》第2条规定,其与平台公司之间的权利义务关系,由民事法律规范来进行调整。因为平台对自雇劳动者的控制力极为微弱,双方可以在书面合同中约定各种权利义务关系,无需劳动法介入。

较为复杂的是针对新就业形态的第2种类型(下文简称不完全劳动关系)中的算法管理的规制,虽然劳动者与平台公司之间的劳动关系不能完全确立,

但是平台公司对这一类劳动者的控制力丝毫不亚于传统劳动关系。如前文所举的餐饮外卖平台的“骑手”多属于此类。根据《意见》第10条的规定,^⑧平台企业应当制定“制度规则和平台算法”来保护此类不完全劳动关系劳动者的合法权益,且从本条之表述来看,平台制定“制度规则和平台算法”和用人单位制定劳动规章制度时的程序要求实际上具有高度的一致性。因此,只需将上文所讨论的《劳动合同法》第4、第74和第80条中关于劳动规章制度之规定适用于不完全劳动关系即可。具体操作为:在《意见》第10条后增加一款:“平台企业制定和完善制度规则和平台算法的规定,参照适用《劳动合同法》中关于劳动规章制度之规定。”这样即可以达到对不完全劳动关系中算法管理进行规制的目的。

五、结语

进入算法时代,算法技术在劳动管理中得到广泛使用,由此形成了算法管理。算法管理在为劳动管理的维系带来便利的同时,也给广大劳动者造成了诸多的侵害。对此,通过对《劳动合同法》第4、第74、第80条适当修改,以此来规制劳动管理中的算法管理模式具有必要性和可行性。在修法之前,可以先由人力资源和社会保障部联合其他有关部门出台指导文件,为相应的司法活动提供参照,对企业的管理活动进行规范,给劳动者的维权活动予以指引,进而促进算法管理的合理运用,实现劳资双方的共赢。

故此,本文的研究具有多方面的意义和价值:一是针对算法管理进行规制已经越来越成为劳动法规规范不可回避的命题,而本文对《劳动合同法》所提出的修改建议可以对未来《劳动合同法》的修改提供有益的参照,使之可以更加从容地面对算法管理带来的挑战。二是就司法实践而言,因为法律规范的不完善,司法人员在面对有关算法管理的案件时可能会出现司法价值难以实现的困境。这就需要裁判者充分运用司法智慧来维护司法的正义。本研究即可帮助其加深对劳动法与算法管理的关系的理解,从而在面对与算法管理有关的案件时更容易提出妥善的解决方案。三是算法是企业内部的一种管理模

式,企业是主导者。倘若能够促使企业规范算法管理的运用,则必然可以直接为其带来管理上的效益。本文关于劳动法对算法管理规制的讨论,可以为企业的算法管理行为划定边界。

注释:

①“美团”曾发布过《2020年上半年骑手就业报告》,该报告显示:在2020年上半年,“美团”餐饮平台上的有单骑手数超295万人,较上一年同期增加近42万人,增幅高达16.4%。数据来源:美团研究院.2020年上半年骑手就业报告[EB/OL].[2021-06-01].<https://mp.weixin.qq.com/s/cMEfsT-flfvSxF88dLN8Llw>。

②需要特别说明的是:由于平台领域的用工关系较为复杂,而本文篇幅有限,所以本文针对算法管理的研究都是以劳动关系的成立为基础的。此外,以算法管理在劳动关系领域的定位和规制的研究作为基础,亦可以通过人力资源和社会保障部等八部门在2021年7月16日出台的《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)的传递作用,对其他类别的平台用工关系产生类似的规范作用。

③河南省郑州市中级人民法院(2021)豫01民终5146号民事判决书。

④重庆市第一中级人民法院(2021)渝01民终2443号民事判决书。

⑤《劳动合同法》第4条第2款规定,用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时,应当经职定。

⑥《劳动合同法》第39条规定:劳动者有下列情形之一的,用人单位可以解除劳动合同:(1)在试用期间被证明不符合录用条件的;(2)严重违反用人单位的规章制度的;(3)严重失职,营私舞弊,给用人单位造成重大损害的;(4)劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系,对完成本单位的工作任务造成严重影响,或者经用人单位提出,拒不改正的;(5)因本法第26条第1款第1项规定的情形致使劳动合同无效的;(6)被依法追究刑事责任的。

⑦陕西省西安市中级人民法院(2020)陕01民终12551号民事判决书。

⑧《人力资源和社会保障部办公厅关于订立电子劳动合同有关问题的函》(人社厅函[2020]33号),用人单位与劳动者协商一致,可以采用电子形式订立书面劳动合同。采用电子形式订立劳动合同,应当使用符合电子签名法等法律法规

定的可视为书面形式的电子数据电文和可靠的电子签名。用人单位应保证电子劳动合同的生成、传递、储存等满足电子签名法等法律法规规定的要求,确保其完整、准确、不被篡改。符合劳动合同法规定和上述要求的电子劳动合同一经订立即具有法律效力,用人单位与劳动者应当按照电子劳动合同的约定,全面履行各自的义务。

⑨《劳动合同法》第4条。

⑩《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(一)》第50条。

⑪例如,用人单位设置和修改送餐时间的计算和标准就属于此类情形的表现形式之一。

⑫人力资源和社会保障部、人力资源社会保障部等4部门对美团、饿了么、滴滴等10家平台企业保障新就业形态劳动者权益开展联合行政指导[A/OL].[2021-09-13].http://www.mohrss.gov.cn/SYrlzyshbzb/dongtaixinwen/buneyaowen/rsxw/202109/t20210910_422831.html。

⑬《劳动合同法》第74条,县级以上地方人民政府劳动行政部门依法对用人单位制定直接涉及劳动者切身利益的规章制度及其执行的情况进行监督检查。

⑭数据源于国家统计局网站,<https://data.stats.gov.cn/easyqueryhtm?cn=C01&zsb=A010401sj=2020>,最后访问时间2021年6月1日。

⑮《劳动合同法》第80条,用人单位直接涉及劳动者切身利益的规章制度违反法律、法规规定的由劳动行政部门责令改正,给予警告;给劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任。

⑯2021年5月15日,在武汉大学举办的中国法学会案例法学研究会武汉研究基地揭牌仪式暨平台灵活用工类案法律适用的统一高峰论坛上王全兴教授的总结发言。

⑰人力资源和社会保障部等八部门2021年7月16日出台的《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)第2条规定: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。

⑱《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》第10条规定: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。工会或劳动者代表提出协商要求的,企业应当积极响应,并提供必要的信息和资料。指导企业建立健全劳动者申诉机制,保障劳动者的申诉得到及时回应和客观公正处理。

参考文献:

- [1]陈龙,韩玥. 责任自治与数字泰勒主义:外卖平台资本的双重管理策略研究[J]. 清华社会学评论,2020(2):63-92.
- [2]陈龙.“数字控制”下的劳动秩序:外卖骑手的劳动控制研究[J]. 社会学研究,2020,35(6):113-135+244.
- [3]陈姿含.人工智能算法中的法律主体性危机[J]. 法律科学(西北政法大学学报),2019,37(4):40-47.
- [4]崔靖梓.算法歧视挑战下平等权保护的危机与应对[J]. 法律科学(西北政法大学学报),2019,37(3):29-42.
- [5]邓智平.“接单游戏”与平台经济中的劳动实践:以外卖骑手为例[J]. 求索,2021(3):108-117.
- [6]贾惠博.人工智能发展趋势下劳动者权益保护研究[D]. 吉林大学,2020.
- [7]付炜.用人单位惩戒权研究[D]. 重庆大学,2019.
- [8]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[J]. 社会发展研究,2019,6(3):61-83+243.
- [9]范围.网络平台用工模式对社会风险分担机制的冲击及其化解路径[J]. 中国法律评论,2018(6):132-135.
- [10]冯向楠.北京地区外卖员劳动权益保障状况及影响因素研究[J]. 劳动保障世界,2018(33):8-9.
- [11]圭多·斯莫尔托.平台经济中的弱势群体保护[J]. 环球法律评论,2018,40(4):55-68.
- [12]黄再胜.网络平台劳动的合约特征、实践挑战与治理路径[J]. 外国经济与管理,2019,41(7):99-111+136.
- [13]黄美灵,周茹.绩效考核与绩效管理关系的文献综述[J]. 北方经济,2011(14):20-21.
- [14]黄越钦.劳动法新论[M]. 北京:中国政法大学出版社,2003年.
- [15]江山,常昕.劳动规章制度体系的构建(二)[J]. 中国劳动,2008(2):38-40.
- [16]江山,常昕.劳动规章制度体系的构建(一)[J]. 中国劳动,2008(1):41-42.
- [17]孔令全.数字时代的数字劳动和数字治理[J]. 厦门特区党校学报,2017(4):43-46.
- [18]刘杰.数据时代的企业算法治理思维[J]. 清华管理评论,2021(4):74-84.
- [19]刘传青.论劳动定额管理的定位及其发展[J]. 中国劳动,2014(4):13-15.
- [20]弭晶.“共享经济”时代非典型劳动者权益保护研究[J]. 学习与实践,2020(7):87-91.
- [21]沈建峰.论用人单位指示权及其私法构造[J]. 环球法律评论,2021,43(2):39-55.
- [22]苏宇.算法规制的谱系[J]. 中国法学,2020(3):165-184.
- [23]唐林垚.算法应用的公共妨害及其治理路径[J]. 北方法学,2020,14(3):51-60.
- [24]汪银涛.企业惩戒权法律规制之反思[J]. 河南财经政法大学学报,2021,36(2):83-92.
- [25]王甫希,习怡衡.新就业形态劳动者的法律保障[J]. 中国人民大学学报,2020,34(5):121-131.
- [26]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[J]. 中国人力资源开发,2018,35(8):96-104.
- [27]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[J]. 社会学研究,2018,33(4):137-162+244-245.
- [28]问清泓.惩戒权之适用对象相对论[J]. 中国劳动关系学院学报,2017,31(5):69-75.
- [29]王全兴.劳动法[M]. 北京:法律出版社,2017年.
- [30]王全兴.“互联网+”背景下劳动用工形式和劳动关系问题的初步思考[J]. 中国劳动,2017(8):7-8.
- [31]吴万群.劳动指示权的私权属性及法律制约[J]. 赤峰学院学报(汉文哲学社会科学版),2010,31(6):28-30.
- [32]阳镇,陈劲.算法治理:成为责任型数智企业[J]. 清华管理评论,2021(4):85-94.
- [33]于蒙蒙.数字经济视域下劳资关系新变化研究[J]. 理论建设,2021,37(3):98-103.
- [34]伊卫风.算法自动决策中的人为歧视及规制[J]. 南大法学,2021(3):79-92.
- [35]朱悦衡,王凯军.数字劳工过度劳动的逻辑生成与治理机制[J]. 社会科学,2021(7):59-69.
- [36]张凌寒.网络平台监管的算法问责制构建[J]. 东方法学,2021(3):22-40.
- [37]郑文睿.“互联网+”时代劳动关系变革的法理分析和立法回应:互联网平台用工关系定性释疑[J]. 社会科学,2021(1):89-99.
- [38]James Duggan, Ultan Sherman, Ronan Carbery, Anthony McDonnell. Algorithmic management and app-work in the gig economy: A research agenda for employment relations and HRM [J]. Human Resource Management Journal, 2020, 30(1).
- [39]Richard Edwards. Contested terrain: The transformation of the workplace in the twentieth century[M]. Basic Books, 1979.
- [40]Xavier Parent-Rochelleau, Sharon K. Parker. Algorithms as work designers: How algorithmic management influences the design of jobs, Human Resource Management Review, 2021, 100838, ISSN1053-4822, <https://doi.org/10.1016/j.hrmr.2021.100838>.