

【劳动与社会保障法学】

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

田野

【摘要】《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》规定平台企业对从业者遭受的损害负“相应责任”，对此存在不同的解读。“算法管理”是数智时代平台用工新业态的核心特质，对“相应责任”的定位应以算法管理为中心，以劳动三分法为法律关系架构。围绕算法管理权及其配置，平台企业和外包企业之间结成一个相互协作的用工共同体，应依据角色分工共同负担用工责任。其中，外包企业对从业者进行直接的劳动管理，应负首要的用工责任；平台企业基于算法管理对从业者仍保有一定程度的控制，大概率成立不完全劳动关系，应负与之相应的补充责任。补充责任的具体范围，则应以平台企业实际行使的算法管理权的大小为边界。外包合作协议中对用工责任分配的约定不能对抗从业者，但在平台企业和外包企业内部有效。平台企业对外包企业原则上享有追偿权。

【关键词】平台外包；用工责任分配；算法管理；劳动“三分法”；相应责任

【作者简介】田野，天津大学法学院教授、博士生导师（天津 300072）。

【原文出处】《政治与法律》（沪），2022.8.16～32

【基金项目】本文系最高人民法院2021年度司法研究重大课题“平台经济模式下从业者与平台经营者法律关系问题研究”（项目编号：ZGFYZDKT202109-01）的阶段性成果。

近年来，我国平台经济的发展如火如荼，而平台从业者的劳动权益保护问题亦随之凸显。^①外包是平台经济下一种十分盛行的合作经营模式，平台企业常试图借助外包阻断用工关系，规避劳动法上的义务。^②由外包而形成的平台企业（发包者）、外包企业（承包者）和从业者之间的三角用工关系值得特别关注，其焦点在于如何在平台企业和外包企业之间进行用工责任分配。^③2021年7月人力资源和社会保障部等八部门联合发布的《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》（以下简称：《指导意见》）第3条规定：“对采取外包等其他合作用工方式，劳动者权益受到损害的，平台企业依法承担相应责任。”该条宣示了平台企业对从业者负有责任，并将其定位为“相应责任”。^④

平台外包企业在承揽了业务之后，并非像传统

外包一样完全独立地开展业务，而是对平台企业的技术系统有着深深的依赖——基于授权获得其部分使用权，包括通过平台APP对从业者进行劳动管理。这就可能形成平台企业和外包企业通过分享算法管理权而构成共同用工的局面，从而为多方分摊用工责任提供了可能的解释依据。这种模式在传统外包中不存在，倒是与劳务派遣的双重用工构造有几分相似。可见，算法管理是劳动从属性在数字平台经济领域里的独特表征，平台企业和外包企业各自分享了对从业者的管理权，是判断平台外包中用工责任分配的一条基本线索。

一、平台外包中用工责任分配的模式之争

《指导意见》采用了平台企业对从业者的损害承担“相应责任”的表述，然而关于究竟什么是“相应责任”在解释上存在相当大的空间。^⑤地方性规范在解

读这一条意见时有各种不同的版本,反映了关于这一关键问题的混乱认识。

模式一:平台企业和外包企业承担连带责任。例如,《湖南省关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的实施意见》第3条规定:“对采取外包等其他合作用工方式,劳动者权益受到损害的,平台企业和外包企业依法承担连带责任。”该条文明确规定了平台企业和外包企业对从业者的损害承担连带责任。连带责任是一种十分严厉的法律类型,多数主体之间对受害者共同承担不分份额、不分次序的全部赔偿责任。这可谓是一剂“猛药”,意欲对治的问题是实践中平台企业与外包企业互相“踢皮球”的现象。对从业者而言,这显然是重大的利好,其既可以向外包企业主张赔偿,也可以向平台企业主张赔偿,还可以同时向二者提出主张。不过,这种做法可能带来的疑虑是:不考虑各种复杂的情况而一刀切地课以连带责任,是否对平台企业过于严厉?平台企业在将业务外包出去之后,对从业者没有直接的控制管理,何以仍需承担如此严厉的责任?

模式二:外包企业承担主要责任,平台企业根据过错承担补充责任。例如,《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》第4条规定:“劳动者权益受到损害的,由外包服务企业依法承担责任;平台企业有过错的,根据其过错程度依法承担相应责任。”此外,《上海市关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的实施意见》第3条也规定:“平台企业采取外包等其他合作用工方式的,应督促合作企业依法用工并维护劳动者相关权益;平台企业存在未及时有效进行监督、未合理披露实际用人单位情况等过错,导致劳动者权益受到损害的,应依法承担相应责任。”天津市和上海市的规定对《指导意见》所称的“相应”进行了限定,即与过错相应,外包企业承担第一位的责任,平台企业承担第二位的补充责任。所谓“补充”,并不是外包企业无力承担或拒绝承担的部分,而是与平台企业自己的过错相应的部分。据此,只要平台企业对于从业者的损害发生无过错即无须担责,这恐怕对从业者保护不利。过错责任原则是民法上的基本归责原则,在劳动领域是否也应当遵循过错责任原则恐怕值得商榷。

模式三:平台企业对外包企业未结清部分承担补充责任。例如,《四川省关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的实施意见》第3条规定:“因外包、加盟、代理等合作用工企业原因导致劳动者劳动报酬等支付性待遇得不到及时偿付的,可由平台企业以未结清的金额为限履行先行清偿或补偿的责任。”这一规则与前述天津市和上海市规定的补充责任有所不同,后者是根据平台企业自己的过错而不是外包企业未结清的部分确定责任范围,而前者是无论平台企业有无过错都需承担外包企业未结清部分的赔偿责任。这种做法值得推敲之处在于:平台企业对外包企业彻底负担所有用工责任“替补”的正当性存疑。

模式四:根据具体法律关系决定用工责任分配。例如,《江苏省关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的意见》第5条规定:“外包企业应依法合规用工,外包企业违规用工,损害新业态劳动者工资报酬、职业伤害保障等权益的,根据平台企业与外包企业之间的具体法律关系,依法确定平台企业与外包企业应当承担的法律责任。”这种模式避免一刀切的做法,遵循具体问题具体分析的思路,根据平台企业与外包企业之间的具体法律关系决定用工责任分配。这意味着,平台企业和外包企业的法律关系不是唯一的,而是多元的,在不同的法律关系下对从业者损害的用工责任分配规则也不是整齐划一而是多样化的。这种做法总体上较为合理,美中不足在于其没有进一步明确外包中法律关系的性质为何,而这本身又是一个十分复杂棘手的问题。

模式五:平台企业和外包企业根据约定承担责任。例如,《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)》第7条规定:“平台企业采用劳务外包等合作方式用工的,根据其约定区分承担相应损害责任;合作企业应当依法履行用工责任。”再如,《重庆市关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的实施意见》第3条也规定:“平台企业采取劳务派遣、外包、加盟等形式合作用工的,应在协议中明确劳动者劳动保障权益相关内容,并实施监督。”这种模式将外包中的用工责任配置于通过合同约定实现的意思自治之下。这种做法显而易见的

好处是清晰,事先的明确约定有利于消除用工责任分配的模糊性。值得商榷之处在于,合作各方企业的内部约定何以对不是合同当事人的外部第三人——平台从业者产生约束力?如果平台企业和外包企业约定,对外包业务产生的一切责任——包括从业者受到的损害平台企业不承担,由外包企业独自承担责任,那么这样的约定是否有效呢?实际上这样的免责条款在平台外包合同中普遍存在。当外包企业无力承担对从业者损害的赔偿责任时,如果依据这样的条款,则从业者寻求救济无门。

模式六:模糊化处理。这种做法不对外包合作经营中的用工责任分配表达明确立场,只模糊地描述一些处理原则。《指导意见》第3条所称的“相应责任”就是如此。对于这个“烫手的山芋”,大多数地方的实施意见选择回避,原封不动地照搬《指导意见》中“相应责任”的表述而不作具体限定,还有的地方对其稍作非实质性变动。^⑥

由上述分析可知,目前关于平台外包经营中的用工责任分配规则是十分混乱和模糊的。这种状况不利于保护从业者,也不利于企业形成明确的风险预期,并给法院裁判带来很大困难。应通过探索尽快结束这种局面,澄清混乱,统一规则,提供清晰的平台外包用工责任分配的规范指引。

二、基于“算法管理”的平台外包法律关系构造

前述诸种外包用工责任分配的模式中,根据具体法律关系决定责任分配的做法较值赞同。其瓶颈在于,对平台外包下的法律关系框架如何认定。所谓“法律关系框架”,是一个包含多个主体之间的多种法律关系的关系群。平台外包至少涉及三方主体,即平台企业、外包企业和从业者,形成三方面的法律关系,即平台企业与外包企业的关系、外包企业与从业者的关系和平台企业与从业者的关系。这三种关系中的每一种在法律性质上都不是唯一的,而是多样化的,这些关系又互相排列组合,形成各种令人眼花缭乱的法律关系构造。劳动用工关系的认定一直都是一个难点,平台外包的用工关系认定更是难上加难。当进入用工关系认定的讨论时,标准问题至关重要。在传统的劳动法上认定劳动关系遵从的实质标准是劳动从属性,若从更具体的层面说劳

动管理的有无及程度是判断劳动从属性的核心要素。与传统用工形态相比,平台用工中的劳动管理存在特殊性,主要体现为借助大数据、人工智能等高科技手段的算法管理。透过纷繁复杂的表象,算法管理实为厘定平台外包法律关系构造并决定用工责任分配的“中轴”。

(一)劳动管理方式的时代变迁与平台管理算法化

劳动用工关系是一种不平等的法律关系,被用工者要服从用工者的指挥管理。“管理”作为识别用工关系有无的核心准据,其地位从未遭受过真正有威胁的质疑。管理之所在,即劳动关系之所在。劳动和社会保障部2005年发布的《关于确立劳动关系有关事项的通知》将“劳动者受用人单位的劳动管理”明确作为认定劳动关系的重要条件。^⑦该标准一直被沿用至今不曾改变。然而在“不变”的另外一面,劳动世界的改变却一刻也不曾停止,劳动管理的具体方式随时时代发展而不断变迁。劳动管理的原初形态简单直接,即雇主基于威权发出劳动命令,雇员则服从指令从事劳动,这种情况下的劳动从属性至为明显,劳动用工关系的认定不存在难度。然而随着社会的发展,劳动管理的方式不断翻新。及至数智时代,劳动管理的刚性减弱而弹性增强,平台企业对从业者的管理具有高度科技化、智能化特征,主要通过大数据分析及算法实现控制。在一些判决中,法院对这种特殊的管理进行了浅释。例如,在江西易至智行汽车运营服务有限公司与李万根劳动争议案^⑧中,法院判决分析指出,江西易至公司对网约车司机的管理主要是数据管理,与传统劳动关系的监督管理是存在差别的。平台企业通过广泛的数据收集和算法分析,在消费需求和劳动力之间作出即时的最优匹配。在形式上从业者对是否接受平台工作任务有高度的自由,工作时间和地点灵活,常可身兼多职。然而,与此同时,从业者也要受到算法的“软约束”,这体现在:订单分配由算法完成,收益分成比例由算法确定,考核评价主要依赖算法评分机制借消费者之手实现,解雇决定也可由算法以自动化决策的方式作出。可以说离开算法这个“引擎”,平台经济就难以正常运转。基于算法的治理是平台劳动管理的突出特质,是数智时代平台用工关系最令人

印象深刻的新样貌。

如何看待算法管理的法律意义,对于平台外包中用工关系的认定与责任分配至关重要。算法管理与传统型劳动管理风格迥异,而人们早已习惯于以后者作为认定用工关系的标尺,问题和争议遂由此而生。算法管理是否足以支撑用工关系的成立?对此可能存在两种不同的倾向性认知:一是将算法管理视作一种特殊的劳动管理,二是算法管理根本就不是真正意义上的劳动管理。这两种倾向进一步导致对平台用工关系定性的立场分歧,前者通常导出劳动关系(或特殊用工关系)的结论,后者则多导出民事关系的定性。对平台用工法律关系的定性的争议在根本上皆源于上述对平台用工算法管理的不同立场。例如,在张玉珍等与浙江外企德科人力资源服务有限公司确认劳动关系纠纷^⑤案中,法院认为平台的管理只是对司机提供代驾劳务时须履行的合同义务的约定,是民事服务性合同的应有之义。又如,在马某某与深圳某影视传媒有限公司确认劳动关系纠纷^⑥案中,法院也认为传媒有限公司对于原告的所谓管理,实质是基于一个演艺行为的管理权,是由演出经济关系衍生出来的管理行为,不是劳动关系的管理行为。不过,在另外一些案件中,法院持不同立场。例如,在北京翎视传媒科技有限公司与张小丽确认劳动关系纠纷^⑦案中,北京市大兴区人民法院认为,作为网络主播的张小丽提供劳动的过程对翎视传媒公司具有极强的“技术从属性”。其在判决书中使用“技术从属性”的表述,极富创造性。在唐瑞亭与北京宜生健康科技有限公司劳动争议^⑧案中,北京市第二中级人民法院也在分析劳动从属性有无时特别强调了工作过程的“技术控制”。还应关注到的一点是,《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。”这实际上是比照劳动法上的用人单位劳动规章对平台算法的制定程序进行规范,这就从一个侧面肯定了算法管理作为特殊形态

劳动管理的法律意义。尽管认识上的分歧仍旧存在,不过基于算法管理产生的新型劳动从属性正得到越来越多的承认。在一定意义上,“算法从属性”可认为是劳动从属性在数智时代的新发展。

具体到平台外包经营中的用工责任分配,算法管理也是最关键的左右因素。当谈论用工责任分配时,首先是要确定有用工存在,然后才是责任的分配问题。在平台外包场景下,有没有用工都存疑,这就面临在入口处即遭遇门槛的局面。如果要预测平台外包用工责任分配的结果,大概有四种可能性,一是平台企业独自担责,二是外包企业独自担责,三是二者分摊用工责任,四是任何一方都不负担用工责任。对于从业者而言,最后一种是最糟糕的结果,但在现实中也存在发生的可能。平台企业在外包业务之后只保留算法管理自不待言,司法实践中外包企业也常常以算法管理不构成管理为由否定用工关系存在。因为虽然平台和算法是由平台企业设计构建,但是外包企业大多通过合作协议授权获得其部分使用权,并借平台企业的算法对从业者进行管理。当然,外包企业对从业者的管理也可能采用算法管理和传统线下管理相结合的方式,二者的权重配比及其对用工关系认定的影响只能放在个案中判断。可见,算法管理对于外包中的用工责任分配具有决定意义。如果认可算法管理是一种特殊的劳动管理,则法律解释的空间更为广阔。

(二)算法管理与劳动“三分法”变革

算法管理对于平台经济领域用工关系的认定是有意义的,如果认可这一点,那么更进一步的问题是这种影响究竟有多大,将导致何种法律关系定性及权责分配结果?应当承认,基于算法管理所产生的从属性与典型劳动管理的从属性的确存在差异,因此在法律关系定性及权责分配上应正视这一差异而予以分层化处理。

值得特别关注的是,《指导意见》对用工关系的分类作出了重大的创新,确立了平台用工法律关系的“三分法”。^⑨其第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。”该条文具有标志性意义,打破了劳动关系和民事关系的传统“二分法”,增加了用工关系的第三类范畴,即“不完全符合确立劳动关系情形”(以下简称:不完全劳动关系)。在原有的“二分法”下,如果被排除在劳动关系之外,平台用工关系就只能落入民事法律关系范畴,这意味着从业者无法享受任何倾斜保护。在平台经济的冲击下,传统“二分法”全有或全无保护模式的僵化弊端日益凸显并遭到诟病,打破“二分法”藩篱的呼声不断高涨。^④事实上,从比较法来看第三类劳动者制度早就存在,如德国法上的类雇员、意大利的准从属性劳动者、西班牙的经济依赖性自雇者等等。^⑤在时势推动下,《指导意见》遂大胆尝试了从“二分法”向“三分法”转变。不完全劳动关系是介于劳动关系和民事关系之间的过渡形态,从业者可以享受部分劳动权益保护,但有别于典型意义的劳动关系。在社会法学界,部分学者始终对“第三类劳动者”“三分法”这样的表述比较反感,认为这不利于对劳动者权益的保护。事实上即使在《指导意见》颁布实施之后,仍有学者坚持认为“三分法”是对规范性文件的误读,“第三类劳动者”仍应放在劳动法框架内予以保护,本质上仍是“二分法”。^⑥抛开这些概念表述上的争议不论,对于那些确实具有特殊性的平台从业者群体,必需予以关注和保护。《指导意见》第2条采取的三段式表述确实代表了针对三种不同关系的三种不同法律解决方案,为行文方便,这里暂且仍采用“三分法”的表述。“三分法”为平台用工的法律规范提供了新的思路,对外包模式下法律关系架构及用工责任分配的讨论也应置于这一框架下进行。

在“三分法”的新格局下,一个焦点和难点问题是如何区分三类法律关系,关键是如何甄别处于中间层的“不完全劳动关系”。《指导意见》用高度概括的表述给出了一个笼统标准,即“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”。其中,“劳动管理”是实质性标准。然而这里所称的“劳动管理”指的是什么,不甚明朗。由于劳动关系下也存在劳动管理,此管理非彼管理,如何区分二者?对此,

一些地方落实《指导意见》的实施意见尝试进行了限定。例如,《上海关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的实施意见》第2条规定:“对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,劳动者劳动过程要遵守平台企业确定的算法等规则的,企业应与劳动者订立书面协议,协商确定工作报酬、工作时间、职业保护等权利义务内容。”《江苏省关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的意见》第2条规定:“对不完全符合劳动关系情形但企业对新业态劳动者进行劳动过程管理的,即新业态劳动者有较强的工作安排自主权,在线工作接受平台规则管理或算法约束并获取劳动报酬的,企业应与劳动者协商订立书面用工协议,合规合理确定双方的权利义务。”这些规范均十分明确地将算法管理作为认定不完全劳动关系的核心标准,这就使《指导意见》第2条中原本含糊不清的“劳动管理”的含义渐次得到厘清。^⑦算法管理不是无管理,因此有别于完全自治型从业者的平台劳动;同时,算法管理达不到成立劳动关系所需的管理强度,因而与典型劳动关系区分开来。由此可见,算法管理在劳动“三分法”下实际上扮演着“分界线”的角色。

(三)平台外包中法律关系构造之厘定

以算法管理及劳动三分法为线索和框架,应进一步厘定平台外包中的法律关系架构,从而为用工责任的具体分配做好准备。

1. 平台企业与外包企业的法律关系

所谓外包(outsourcing),在最直观的含义上是指发包企业与承包企业之间的关系。外包是与“内包”相对而言的,是指企业将某项职能、业务发包给其他市场主体完成。外包不是严格意义的法律概念,从法律关系的本质来看,外包属于承揽关系。^⑧发包企业和承包企业之间的权利义务关系是以外包协议为中心而确立的,该种外包协议本质上是承揽合同。外包的核心特征是成果的交付,至于该成果如何完成(包括如何招募、使用、管理劳动力等),则由承包企业自主决定,发包企业通常只负责支付成果的对价。

外包在平台经济领域有着十分广泛的应用,甚至在部分行业成为常态。平台企业常以地域为范围,将业务发包给当地的合作企业,由后者招募、组

织从业者通过平台提供的订单信息开展劳动。借助外包,平台企业能够实现扩大经营规模、降低成本、提高效率等目标。^①平台企业和外包企业的权利、义务与责任分配关系涉及方方面面,从实践来看二者的基本分工是:平台企业负责提供基础性的技术支持,在平台上发布市场需求信息,制定有关服务标准、考核评价等方面的平台规则与算法,通过订单收入分成的形式向外包企业支付对价(其中包括应当向从业者支付的劳动报酬等支出);外包企业则负责在协议指定的区域内具体组织开展经营活动,获得平台企业的授权在一定权限内使用平台,招募、组织从业者并通过平台开展劳动,负责向从业者支付劳动报酬、依法为其办理社会保险、开展职业培训、保障劳动安全健康等等。可见,就劳动力的使用和管理而言,外包企业负有更直接的义务和责任。平台企业对从业者通常不进行直接的线下管理,但是通过平台规则和算法控制施加着间接的影响。^②这是平台外包与一般外包相比的一个显著区别,也因此影响用工责任的分配。

在平台经济实践中,外包往往不只是一个平台企业和一个外包企业之间的关系,而是可能扩展到多个企业,形成复杂的法律关系“变体”。首先,平台企业一方可能存在一些关联企业,例如,平台企业可能将平台技术系统的运行维护交由另一家或几家企业完成。其次,外包企业可能将平台企业的业务再分包,形成层层转包的现象。^③这就使平台外包形成的法律关系网更加错综复杂,用工责任的分配也因此面临更大挑战。

2. 外包企业与从业者的法律关系

在外包模式下,外包企业与从业者有着更为直接的联系,是第一位的“用工者”。根据与平台企业的合作协议,从业者的招募、使用和日常管理通常由外包企业负责。更具体而言,外包企业与从业者的法律关系存在多种可能性,包括劳动关系、不完全劳动关系和民事关系。如果双方形成的是纯民事关系,则不存在严格意义上的“用工”,也就无所谓用工责任。如果双方成立劳动关系,则合作企业自然应依据劳动法负担较为明确的用工责任。在实践中部分平台企业往往在合作协议中要求外包企业必须与

其招募的从业者签订劳动合同,以彻底撇清自己的用工责任。最值得关注的是处于上述二者之间的类型,即不完全劳动关系。当人们提及平台用工“三分法”时,常常是指平台企业与从业者之间的法律关系,那么“三分法”对于外包企业与从业者之间的法律关系认定是否适用呢?应当注意的一个细节是,《指导意见》第2条在确立“三分法”时对用工主体的概念表述是“企业”而不是“平台企业”,在其他一些条文中则采取“平台企业”的表述,由这种有意识的微妙区分可以解释认为,“三分法”适用的范围既包括平台企业,也包括其他合作企业。外包企业虽然不是平台的所有者,但是平台的实际使用者。平台企业在将业务外包给合作经营者时,同时授予后者在一定范围内使用平台的权限。外包企业业务的日常运营都要依赖平台展开,外包企业对从业者的劳动管理也多是借助平台实现的。可以认为,外包企业从平台企业那里分享到了对从业者的部分算法管理权。因此,外包企业与从业者之间也可能会形成不完全劳动关系。

从司法实践的情况来看,所谓平台用工纠纷实际上更多地发生在从业者与外包企业之间,而不是从业者与平台企业之间。^④在配送行业这种状况尤为普遍,骑手在主张自己的劳动权益时,更多的是直接起诉自己提供劳动所服务的外包企业而不是平台企业。当然,也有的从业者同时将平台企业和外包企业作为共同被告。^⑤只起诉平台企业而不起诉外包企业的情况则比较罕见。这也是平台企业选择外包合作方式所欲实现的一个效果。仅就从业者与外包企业之间的关系而言,客观上存在多种可能性,最终到底成立何种法律关系要看外包企业对从业者实施的劳动管理的强度和方式,而成立何种法律关系,外包企业就应承担与之相应的用工责任。

3. 平台企业与从业者的法律关系

由于外包企业的介入,平台企业与从业者之间的直接联系被阻断,显得相对较为松散。平台企业通常并不直接雇佣、管理从业者,而是通过外包企业间接实现用工。在有关外包引发的用工责任分配的讨论中,平台企业是否应当负担用工责任争议更大。

从理论上讲,平台企业与从业者的关系也无外乎前述“三分法”下的三种法律关系。从平台经济的实践来看,在有第三方参与的合作经营模式下,平台企业越过合作企业与从业者直接建立劳动关系的情况较为罕见。事实上,企业采用外包模式的一个主要动机就是将劳动者招募、劳动管理、报酬发放、社会保险办理等人力资源管理事务推到企业外部解决。于此情形下可能存在劳动关系的理由主要是:平台企业跨过外包企业,对从业者实施了直接的管理。如果平台企业与外包企业分享了对从业者的管理权,可解释为二者共同用工。更极端的情况是假外包,即平台企业假借外包的名义行劳务派遣之实,^④甚至是对从业者实施完全的控制管理,使合作企业徒具躯壳。这种情况可以认定平台企业与从业者之间成立劳动关系。^⑤在假外包的情况下,实际上是没有合作经营,而是发包企业独自经营,其当然应负担用工责任。^⑥相比较而言,更为麻烦的是平台企业与外包企业分享劳动管理权的情形。尽管在理论上可以解释认为平台企业与外包企业构成共同用工,但是在立法上却缺少针对此种情况的特别规定。对于劳务派遣中的共同用工,我国《劳动合同法》对派遣单位和用工单位的义务分配有明确规定。遗憾的是,对于外包中的合作用工,我国法律则欠缺这样的特别规定。

《指导意见》规定外包模式下平台企业对从业者损害承担相应责任,在高层级立法空缺的背景下,这一指导意见对于确定外包合作经营中平台企业的用工责任提供了重要的指引。然而,困境在于,这一意见是极为概括的,在理解适用上存在诸多疑点。一方面,上述条文中所谓“相应”究竟是与什么相应言之不详,由此引发了认识上的混乱,体现在前述的立场分歧,平台企业的过错、外包企业未结清的部分等成为不同版本的“相应”的对象。另一方面,该条意见越过“义务”直接进入损害救济层面的“责任”,那么此种“相应责任”究竟是违反何种义务的结果?平台企业承担的相应责任,是为外包企业违反义务“买单”,还是平台企业本身对从业者就负担一定的义务进而需对义务的违反担责?笔者认为应该是后者。

笔者认为,平台企业对从业者的责任,“相应”的标准应当是平台企业对从业者的管理权大小。在外包企业作为从业者直接管理者的前提下,平台企业分享了多少管理权,对从业者实际实施了多少控制,是决定其承担多大责任的核心准据。平台企业对从业者控制管理的程度越高,则责任越大,反之则责任越小。^⑦如果排除假外包,在真外包场景下,外包企业通常在对从业者的管理中占据主导地位,而平台企业只能分享到有限的管理权,这种有限的管理一般较难满足成立典型劳动关系的标准要求,更可能成立不完全劳动关系。^⑧需要更进一步探讨的是,平台企业对从业者的有限管理到底体现在哪些方面?对此,常见的解释有以下一些。第一,对于从业者劳动而创造的价值,平台企业按照一定的比例分成。第二,从业者在提供劳动的过程中,常常穿戴或使用带有平台企业标识的衣物或者工具,给消费者形成平台企业用工的“外观”。^⑨第三,从业者要以平台为依托获得订单信息和开展工作,必须遵守平台的规则,受平台算法的隐形控制。上述这些不完全列举的情形是否均足以构成成立劳动关系或者不完全劳动关系所需的“管理”,尚有讨论的空间。在没有任何积极实施的管理行为的情况下,可以仅仅依据平台企业参与分成而认定存在“管理”吗?看起来这比较牵强。平台企业对平台掌握着终极控制权,是平台规则和算法的制定者,这是平台企业对从业者存在管理的最有力解释。^⑩不过如果从批判的角度看,平台企业并不是通过平台直接管理从业者,而是把平台权限授予外包合作企业,由后者实际利用平台直接管理从业者,在平台企业和从业者之间则始终“隔着一层窗户纸”。是否可以基于该种间接的管理令平台企业对从业者负担用工责任,在解释上具有很大弹性。归根结底,这不是一个有标准答案的是非问题,而是一个政策考量和取舍的问题。如果要将政策目标设定为令平台企业承担更多社会责任,加强对从业者劳动权益的保护,则将导致对外包经营中平台企业所实施的“管理”的宽松解释。相反,如果政策目标是要为平台企业减负,则对“管理”应进行严格解释。从各省市的地方性规范来看,那些不加区别地令平台企业与合作企业承担连带责任的地

方(如湖南省),显然采取了前一种政策考量,采取补充责任模式的地方(如天津市),则采取了后一种立场。

此外,还应关注平台合作经营场景下的外包与一般意义上的劳务外包的区别。在传统意义的外包,外包企业通常独自承担对劳动者的用工责任,发包企业无须承担任何用工责任。^⑧在平台外包场景下,作为发包者的平台企业可能仍要负担一定的用工责任。《指导意见》在规范平台合作经营时,一方面使用了“外包”的术语,另一方面又令平台企业对从业者的损害负担“相应责任”,可见此种平台外包是一种“非典型外包”。其与典型外包相比的一个突出不同就是,平台企业与从业者并非毫无瓜葛,而是仍旧可能通过平台保有一定程度的“管理”或者说是“控制”。^⑨这也就是平台企业承担“相应责任”的根本原因,而责任的范围大小与管理的程度息息相关。

三、平台外包中用工责任分配的再定位

以算法管理权配置为中心,以劳动“三分法”为架构,平台外包形成独特的法律关系网,基于此,可进一步明确用工责任分配的原则、路径,乃至得出具体的用工责任分配方案。

(一)平台企业与外包企业结成的用工共同体

回到谁是“用工者”这一初始问题,从法律关系框架的分析可以得出以下大概的结论:一方面,平台合作用工的模式是多样化的,因之对用工者的识别也不能“一刀切”。平台企业与外包企业分别同从业者形成一定的法律关系,如果用数学排列组合的方法可以得出十来种法律关系模型。另一方面,在众多潜在可能的法律关系模型中,有些只在理论意义上存在,有些在现实中极少发生,有些只作为例外形态少量存在,而最值得关注的是典型形态。平台企业与外包企业分别独立承担全部用工责任的情况是例外形态,前者主要存在于假外包情形,并非真正意义的合作经营;后者主要指外包企业独占全部劳动管理权而平台企业完全不干预用工的情形。后一种情况在平台经济实践中其实极少真正发生,其原因在于平台劳动的关键是平台规则和算法控制,从业者的劳动永远脱离不了平台,否则也就不再是平台劳动了,而平台企业始终是平台规则的制定者和核心算法的掌控者,因此始终对从业者享有某种程度

的控制力——尽管有时表现得比较隐蔽。相比较之下,平台企业与合作企业作为共同的用工者共同承担用工责任才是责任分配的常态。

在平台经济的特定场景下,平台企业与合作企业结成一个用工共同体,分享对从业者的管理权。二者的角色分配各有侧重,合作企业对从业者实施更多的线下管理,同时从平台企业分享到部分算法管理权,是从业者名义上的第一用人单位;平台企业则通常退居幕后,对从业者实施线上管理,通过平台规则和算法实现对劳动的控制,双方形成间接的管理关系,因此平台企业也是实质意义上的用工者。可见,在这个共同体中,平台企业与合作企业只是分工不同,参与管理的环节和方式不同,但都不可或缺。^⑩正如有学者指出的,“派送的劳动过程是由平台公司和配送公司共同指派配送员完成的,或者说,派送员是由两个老板——一个显形一个隐形——控制和指挥”。^⑪在存在多层转包的场合,多个承包经营者均是用工共同体的一部分,平台企业也并不因外包链条的延长而得以逃逸出用工共同体之外。基于这一共同体理论,令平台企业和各级外包合作企业共同承担对从业者的用工责任乃是顺理成章之事,其应被作为合作经营用工责任分配的基本立场和常态。

平台外包中平台企业和外包企业的用工共同体思想,在一些案件的判决中得到了较好的阐释。例如,在珠海美速达电子商务有限公司、安徽伯渡劳务服务有限公司与李土生、刘玉龙、北京三快科技有限公司机动车交通事故责任纠纷^⑫案中,北京三快在线科技有限公司(美团网的平台经营者)的关联公司上海三快智送科技有限公司与珠海美速达电子商务有限公司签订《配送服务合同》,由美速达公司负责约定范围(珠海市、中山市)内的美团外卖配送服务,后美速达公司又将中山三角地区的美团外卖配送业务外包给安徽伯渡劳务服务有限公司。伯渡公司招募的骑手刘玉龙在配送中发生交通事故而引发纠纷。广东省中山市中级人民法院在二审判决中分析认为,北京三快公司、珠海美速达公司和安徽伯渡公司之间构成联营关系,理由在于:北京三快公司创建并运营以餐饮派送等为主营内容的美团网络平台,珠

海美速达公司取得美团配送业务经营权再进行外包,最终安徽伯渡公司直接通过接受转包和直接雇佣骑手成为最后的美团配送业务经营法人,上述各法人集聚在美团网的名义下,密切分工协作,通过美团配送业务收入分成取得相应的经营收入,美团配送业务的完成若缺其中任意一环将无法实现。就北京三快公司而言,其不仅创建和运营美团网,而且基于骑手配送活动取得相应收益,对配送有严格的时限要求,骑手配送时还需佩戴标识美团的装备而非标识直接受雇配送公司的装备,对外则称美团骑手,此种情况下若将北京三快公司与骑手及骑手所在配送企业的美团配送经营活动的交通事故风险割裂开,有悖公平和权利义务对等原则;而珠海美速达公司转包配送业务,后续以从美团配送业务费用中分成谋利,亦不能免除其共担风险之责任。

(二)平台企业承担用工责任的特殊政策考量

平台企业在将业务外包以后何以仍要负担用工责任,除了前述算法管理权的理由之外,尚有着更深层的政策考量和更多维度的正当性基础。

1. 企业社会责任在平台经济领域的展开

按照现代社会的法治精神和国际社会的共识,企业作为重要的社会组织体,除了追求盈利的目标之外,还应负担更多的社会责任。^⑧企业社会责任的内涵丰富,包括对环境保护的责任、对社区的责任、对劳动者的责任等诸多方面。在平台经济场域下,企业社会责任则具有更加独特的时代意涵,特别体现在对从业者的劳动权益保护责任。

探讨平台企业社会责任的现实背景是,近年来平台经济发展如火如荼,一大批平台企业迅速崛起,获得了巨大的经济利益。与此同时,骑手、网约车司机等从业者则没有得到良好的保护,生存境况不容乐观。这与平台经济相关立法不完善、用工责任不明确不无关系,在法律规范缺位的情况下,平台企业没有很好地自觉尽到保护从业者的责任,相反不少平台企业利用法律的滞后将从业者推向民事关系,规避承担用工责任。正是在这样的问题导向下,重拾平台企业社会责任意义非凡。

使平台企业负担社会责任的呼声日益高涨,逐渐成为主流的舆论导向和政策导向。^⑨这一精神清

晰体现在一些最新的政策文件中。例如,《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》第30条规定:“互联网平台经营者应当遵守法律法规关于劳动者保护的相关规定。对于平台灵活就业人员,平台经营者应当承担相应的责任,保护从业者的身心健康、工作环境安全以及获取公平、合理报酬和人身意外伤害保障的权利。互联网平台经营者不得限制平台灵活就业人员在其他互联网平台就业。”再如,《陕西省维护新就业形态劳动者劳动保障权益实施办法》第1条规定:“企业应依法履行主体责任和社会责任。”

2. 发包者的担保责任

平台企业将原本属于自己的业务外包给其他企业,其作为“主控者”对于外包企业从事经营活动所带来的损害后果应负有一定的担保责任。这种担保虽然不以签订明确的担保合同的方式呈现,但在客观意义上是真实存在的。^⑩对其正当性可从多个方面解读。首先,外包企业由发包企业选任,被选定的承包者是否有能力履行保护从业者权益的义务,发包企业是最终的决策者,也因此应为选择失败带来的不利后果负责。新近发布的有关平台用工的法律规范与政策文件均十分重视平台企业对外包的选任和监督责任。例如,《指导意见》第3条规定:“平台企业采取劳务派遣等合作用工方式组织劳动者完成平台工作的,应选择具备合法经营资质的企业,并对其保障劳动者权益情况进行监督。”无良或无能的外包合作企业造成从业者权益损害的,实为平台企业的选任和监督过失所致,平台企业理应为此“买单”。其次,从负担损害救济的经济实力来看,平台企业往往强于外包企业。平台企业居于平台经济产业链的上游,多为实力雄厚的大型企业,而外包企业多为下游实力相对薄弱的中小企业,在从业者遭受损害而外包企业无力承担赔偿责任时,平台企业应负担兜底责任,否则从业者的权益就将落空。再次,从域外经验来看,令发包者对劳动者的损害负担担保责任不乏佐证。最后,在我国立法上,发包者的担保责任也有据可循。我国《劳动合同法》第94条规定:“个人承包经营违反本法规定招用劳动者,给劳动者造成损害的,发包的组织与个人承包经营者承担连带赔偿责任。”该条规定的发包者连带责任,其实具有担

保责任的色彩。一个解释上的障碍是其适用范围仅限于承包者是个人的情况,不过有学者认为,即使是在承包者为企业组织的情况下亦应遵循相同法理。^⑨此外,《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(一)》(法释[2020]26号)第28条规定:“劳动者在用人单位与其他平等主体之间的承包经营期间,与发包方和承包方双方或者一方发生劳动争议,依法提起诉讼的,应当将承包方和发包方作为当事人。”笔者认为,将发包方和承包方作为共同的当事人,是对发包人应负担保责任的程序法宣示。

3. 收益与责任相一致法则

平台企业参与从业者劳动所创造价值的分配,依靠从海量从业者的劳动收入中提成积累商业利润,按照收益与责任相一致的法则,令其承担对从业者的保护责任,符合公平正义的法价值。^⑩相反,如果平台企业坐收渔利,享受从业者劳动的收益,却不负担任何责任,则有违公平。近几年来,一些平台企业成长迅速,在短时间里积累了巨额财富,这与每一个平凡而辛苦劳作的从业者密不可分,平台企业拿出一部分收益用于劳动者权益保护是取之于民用之于民,也是践行企业社会责任的体现。

4. 平台企业对从业者损害的因果力

从业者遭受的一些损害,往往与平台企业不无关系。以最为常见的职业伤害事故为例,从业者遭遇的大量交通事故与生命健康损害,往往是过于苛刻算法挤压下的过劳所诱发的。^⑪算法是平台企业所设计掌控的,因此平台企业与从业者损害之间具有并不遥远的因果关系。此外,平台企业在与外包企业的合作关系中对后者利益分配空间的挤压也为职业伤害事故的发生埋下了隐患。在从业者劳动创造的价值固定的前提下,平台企业总是希望为自己保留尽可能高的提成比例,这也就意味着承包企业能够获得的分成收益更少。作为连锁反应,承包企业可能压缩削减用于维护职场安全健康的支出成本,而这将提高职场伤害事故发生的概率。^⑫通常来讲越是下游的承包者控制和预防风险的能力越弱,在多层转包的情况下,每增加一次转包,损害风险就随之上升一个水平。^⑬对此,平台企业作为发包者并非置身事外,而是处于损害因果关系链条的顶端。

(三)“相应责任”的本质:补充责任

平台外包合作经营涉及起码三方利益相关者,即平台企业、外包企业(在层层转包的情况下存在多个外包企业)和从业者,对用工责任的分配应以在这些主体间寻求最佳的利益平衡点为根本宗旨。在诸种涉及多数人的法律责任形态中,各种责任形态的严格程度存在差异,所产生的利益格局也因之不同。其中,连带责任对用工者而言最为严厉,平台企业必须和外包企业共同承担全部的损害赔偿赔偿责任。对从业者而言,连带责任则是保护程度最高的选项。这种观点在一些地方行政规范性文件中已被实际采纳。^⑭此外,我国《劳动合同法》第94条对个人承包中的用工责任即采取了连带责任的立法方案,这为企业组织承包也扩张适用连带责任提供了解释空间。不过,笔者认为在平台外包经营中适用连带责任值得商榷,法理基础不甚牢固。首先,连带责任可能缺少法律关系基础的支撑。从前述平台外包法律关系的分析可知,平台企业和外包企业与从业者形成的法律关系纽带在性质和紧密程度上并不相同,外包企业与从业者之间通常有着更为直接和紧密的联系,在实践中的有些情形甚至是二者明确订立劳动合同。平台企业与从业者的关系则相对较为疏远,只是通过平台规则和算法实现约束,二者更大可能成立不完全劳动关系。两种法律关系项下的权利、义务与责任是不同的,对分处于两种不同法律关系下的平台企业和外包企业课以连带责任对平台企业较不公平。其次,在外包的固有规则中,发包者原本是不承担用工责任的(限于企业组织承包的情况),如果在平台经济领域对平台企业施加连带责任,恐怕是过于激进的跨越。最后,从实施的效果上看,连带责任可能给平台企业造成巨大的负担,使尚处于发展阶段的平台经济受到抑制。如果平台和外包承担连带责任,那么意味着从业者可以不分顺序、不分责任范围地就全部损害在平台企业和外包企业之间作出自由选择,也就是说从业者可以越过外包企业径直向平台企业主张权利。这就过度突破了外包的底线,使外包面目全非而不再成为外包。^⑮这恐怕也不是政策制定者要求平台企业承担“相应责任”的本意。

多数人责任形态中的按份责任对平台外包也不宜适用。从严格程度上看,按份责任比连带责任更为缓和。不过,按份责任也是第一位的责任,如果采取这种模式,那么意味着从业者可以也只能分别向平台企业和外包企业主张各自独立的责任。这与平台经济实践中外包企业作为第一责任人的基本定位不符。再者,按份责任是终局责任,即平台企业承担责任后不能向外包企业追偿,而应然的规则是,平台企业在承担责任后对外包企业享有追偿权——特别是在双方在合作协议中对用工责任分配有明确约定的情况下(大多约定由外包企业负担全部用工责任)。

相比较之下,补充责任更符合《指导意见》中“相应责任”的政策本意和平台经济实践的客观现实,更有利于实现相关主体之间的利益平衡。^⑩如果平台企业完全不担责,将不利于对从业者的保护。相反,如果令其承担连带责任,则过于严厉。补充责任在两者之间居中,兼顾了平台企业和从业者的利益。按照平台企业和外包企业的分工,外包企业是从业者直接的招募者、使用者和管理者,再者在平台企业与外包企业的合作协议中约定的外包企业的提成比例已经包含了应当向从业者支付的劳动报酬、社会保险费以及其他成本支出,因此外包企业应承担第一位的用工责任。平台企业则是幕后的用工者,如果从业者能够从外包企业那里实现其应得的权益保护,则没有必要转向平台企业;只有当从业者从外包企业处穷尽一切救济后仍无法获得有效的损害填补时,才适宜由平台企业承担赔偿责任。如果从前述发包者担保责任的视角看,平台企业的担保责任更接近于一般保证而非连带保证,应赋予其类似于一般保证人享有的先诉抗辩权。

平台企业相应责任的补充责任本质,可以从一些最新的案件判决中得到佐证。例如,在安徽金诺亚人力资源服务有限公司长沙分公司与罗某某等劳动合同纠纷^⑪案中,金诺亚公司与罗某某签订了劳动合同,工作内容是网约车司机,金诺亚公司又与南京领行科技股份有限公司签订《服务外包协议》,据此罗某某为领行科技公司提供服务,后罗某某提起诉讼主张金诺亚公司未及时足额支付劳动报酬的损害

救济。法院分析认为,领行科技公司根据双方签订的服务外包协议,有权制定、修改或决定有关服务报酬、工作时间、休息休假、服务安全卫生、保险福利、外包人员培训、工作纪律以及服务定额管理等直接涉及外包服务人员切身利益的规章制度或者重大事项,可见第三人领行科技公司可以直接对劳动者进行管理,行使本应属于用人单位的管理权力,从劳动合同实际履行的过程来看,第三人领行科技公司也实际行使了部分管理权。因此,对金诺亚公司应当承担的责任,领行科技公司应当承担补充支付责任。

四、平台企业“相应责任”的具体适用探微

(一)“相应责任”的范围边界

平台企业对从业者损害的责任究竟与什么“相应”值得探讨。笔者认为,不应以过错作为平台企业“相应”责任的标准。过错是民法上的重要概念,过错责任原则是民事侵权责任的一般归责原则。然而这里所要探讨的平台企业对从业者的责任,乃是因未妥善履行用工合同下的劳动权益保护义务而引发的,在归责的法理上与纯粹的民事侵权责任有差别,不宜以过错作为责任认定的标准。事实上即使在民法上,过错原则也不是所有民事责任的归责原则,违约责任主要适用严格责任原则,不以过错为要件。一般来讲,只要用工者没有依法依约履行对从业者劳动权益的保护义务,使从业者遭受了现实的损害,即应承担相应的责任。例如,从业者的劳动报酬未获得及时的支付,是由外包企业拖欠行为所致,如果按照过错责任,平台企业若没有过错则从业者不能向其主张劳动报酬给付,这显然是不妥当的。

“相应”也不应简单地以外包企业“未结清的部分”为标准。虽然平台企业对外包企业负有某种意义上的担保责任,但未必意味着对外包企业全部义务的绝对担保,而可能受到一定范围的限制。对此,仍需从法律关系的角度进行分析。如果外包企业与从业者签订劳动合同,建立了典型的劳动关系,那么外包企业就将全面地负担各种劳动法上的义务,除了支付劳动报酬、维护劳动安全健康等之外,甚至还有缴纳养老保险、失业保险、医疗保险等社会保险费的义务。平台企业与从业者之间更多时候可能只成

立不完全劳动关系,该种法律关系下平台企业负担的义务在从业者保护水平上低于典型劳动关系。在这种情况下,从业者遭受损害而外包企业未结清的部分,可能超出了平台企业与从业者法律关系下的应然义务边界,对平台企业构成过重的不合理负担。总之,平台企业与外包企业对从业者所负担的义务与责任在范围上可能是不一致的,后者常常大于前者,平台企业只需在自己的义务范围内对外包企业造成的从业者损害负担第二位的补充责任。

综上,笔者认为,《指导意见》所称的平台企业的“相应责任”,应然含义是指与平台企业和从业者之间的法律关系相应,即与平台企业对从业者施加的管理程度相应。由于这种管理主要是通过平台规则和算法的弹性管理,更大概率形成不完全劳动关系。对于此类法律关系下平台企业的义务与责任,《指导意见》第4条至第10条就公平就业、最低工资保障、劳动安全卫生、社会保险、职业伤害保障、算法规制等方面进行了纲要性规定,平台企业的“相应责任”应以此为限。在合作经营中,外包企业对从业者损害未结清的部分,落入上述范围的,平台企业应负担补充责任,超出该范围的,平台企业无须担责。

(二)“相应责任”的具体内容

平台企业对从业者的“相应责任”的具体内容,与被违反的义务和损害的类型息息相关。从平台经济的实践看,外包经营中从业者遭受损害最常见的情况有两类:一类是劳动报酬从外包企业那里得不到及时足额支付,另一类则是从业者在职业伤害事故中遭受人身损害,无法从外包企业获得赔偿。从与之相对应的相关纠纷引发诉讼的民事案件案由来看,则分别是“追索劳动报酬纠纷”和“提供劳务者受害责任纠纷”。^⑧这两类纠纷的一个共同点是,最终的责任形式都表现为金钱的给付。法律责任的形态多样,但《指导意见》规定的外包合作模式下平台企业的相应责任主要指向金钱给付性责任,这一点鲜明体现在贯彻《指导意见》的地方规范中。例如,《江苏省关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的意见》第5条规定平台企业的“相应责任”就是针对“损害新业态劳动者工资报酬、职业伤害保障等权益”的情形,《四川省关于维护新就业形态劳动者劳动保障

权益的实施意见》第3条则将损害救济的对象明确归纳为“劳动报酬等支付性待遇”。支付性待遇又可细分为各种类型,是否外包企业未结清的所有的支付性待遇平台企业都负有补充责任呢?例如,未签订书面劳动合同的双倍工资、非法解除劳动合同的经济补偿金与赔偿金是否也在“相应责任”范围之内?笔者认为答案是否定的。平台企业无须负担所有支付性待遇的补充责任,而是仍应以其与从业者形成的法律关系为责任范围的确定依据。如果是在“不完全符合确立劳动关系情形”下,则双倍工资、经济补偿金、赔偿金、社会保险费等项目原则上不应被纳入平台企业补充责任的范围。

(三)用工责任分配协议的效力

平台企业与外包企业签订的合作协议中,绝大多数都会包含用工责任分配的条款,通常的约定内容是:外包企业负担全部的用工责任,而平台企业不承担用工责任。^⑨这样的约定是否具有法律效力呢?应当看到,平台企业采用外包合作模式的一个初衷就在于阻断用工责任。这一问题的解决,需要协调好意思自治与法律强制的关系。在市场经济条件下,民事主体享有意思自治的自由,平台企业和外包企业均是平等的民事主体,二者签订的外包协议也是民事合同的一种,其本质是承揽合同,受我国《民法典》合同编第十七章调整。我国现行法并未明确规定禁止平台企业和外包企业对用工责任分配作出约定,这种约定作为一种市场行为,只要是当事人自愿作出的,不存在欺诈、胁迫或者其他违法情形,原则上应认可其效力。不过,同时也应当看到,令平台企业负担适当的用工责任是我国目前的政策取向,并且《指导意见》明确规定平台企业应对从业者损害负担“相应责任”,而旨在免除平台企业用工责任的自由约定与这一政策取向相左。

笔者认为,为了协调意思自治与法律强制的关系,需对用工责任分配约定的效力加以区分,将其划分为内部效力和外部效力。在平台企业和外包企业内部,外包企业自愿承担全部用工责任的,该约定在双方当事人之间原则上有效;但是在外部,该约定不能对抗平台从业者。不过,在平台企业向从业者承担责任之后,其可以根据约定向外包企业追偿,此即

用工责任分配协议的内部效力使然。从司法裁判来看,法院对于用工责任的约定多认可其内部效力而不认可外部效力。^⑤

(四)平台企业对外包企业的追偿权

笔者认为,原则上应认可平台企业的追偿权,这是补充责任的本质决定的。应当看到,向从业者支付劳动报酬原本是外包企业的义务,在平台企业与外包企业的提成比例分配上已经考虑了这一因素,相关费用已包含在外包企业的收益分成中。因此,平台企业向从业者支付劳动报酬,实际上是替外包企业负担了额外的给付责任,自然有权向外包企业追偿。当然,这是就一般原则而言,在某些特殊情况下,平台企业的追偿权也可能受到限制。例如,关于职业伤害事故,如果从业者的损害是平台企业的过严算法导致的,则二者间成立因果关系,不宜认可平台企业向外包企业的追偿权。

五、结语

在平台经济迅猛发展的时代背景下,外包成为平台企业与其他企业开展合作经营的一种常态化模式。在传统意义上的外包,用工责任由外包企业全权负责,发包企业则可借此阻断用工责任。平台企业也希望通过外包达到这样的效果,但却未必能够遂愿。令平台企业负担用工责任成为主流的政策导向,《指导意见》规定平台企业对从业者损害负“相应责任”契合了这一趋势,打破了发包企业不承担的既有外包法则,确立了针对平台外包用工责任的个性化新规则。对“相应责任”的界定应以算法管理权为中心,以劳动“三分法”为关系架构。算法管理是数智时代平台用工劳动从属性的个性化表征,是认定不完全劳动关系的核心标准,也是确定用工责任的重要准据。外包企业作为从业者的直接招募者和使用管理者,其作为第一用工责任人的角色当无疑义。平台企业虽极少对从业者进行直接的线下管理,但通过平台规则和算法控制实施技术化管理,也应负担一定的用工责任。考虑到平台企业算法管理的特殊性,将“相应责任”解释为补充责任较为妥当,能够较好地调和保护从业者劳动权益和为平台经济发展保留必要空间的关系。从业者应首先向外包企业主张权利,在穷尽救济后仍未果的情况下,可向平

台企业主张损害救济。平台企业承担的补充责任范围不应以外包企业未结清的部分为准,而应以平台企业与从业者特定性质法律关系下的义务和责任范围为准。

注释:

①根据国家信息中心发布的《中国共享经济发展报告2021》,我国共享经济的参与人数达到8.3亿人,其中服务提供者(平台从业者)约8400万人, <http://www.sic.gov.cn/News/557/10779.htm>, 2022年3月10日访问。

②从承包者的主体形态来看,自然人和企业等组织体皆可以成为承包人。不过,笔者于本文中讨论的“外包”只聚焦承包人为企业组织的情形,不涉及个人承包。

③参见王茜:《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。

④“用工责任”这一概念有广义和狭义之分,在广义上既包括用人单位应当尽到的义务也包括违反义务应承担的不利后果,狭义上的“责任”则仅指后者。《指导意见》第3条采取的是狭义“责任”概念。还需澄清的是,在民法上有时也使用“用工责任”的概念,是指用人单位对工作人员因执行工作任务造成他人损害的侵权损害赔偿赔偿责任。本文中的“用工责任”主要指平台从业者在执行外包工作中自身的劳动权益遭受损害而引发的责任。

⑤参见张弓:《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。

⑥例如,《广西壮族自治区关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的实施意见》第3条规定:“劳动者权益受到损害的,平台企业和劳务外包企业依法承担相应责任。”这一条文将“相应责任”的主体由平台企业扩大到平台企业和劳务外包企业。

⑦《关于确立劳动关系有关事项的通知》第1条规定:“用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同,但同时具备下列情形的,劳动关系成立。(一)用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格;(二)用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者,劳动者受用人单位的劳动管理,从事用人单位安排的有报酬的劳动;(三)劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。”

⑧参见江西省南昌经济技术开发区人民法院(2020)赣

0192民初1221号民事判决书。

⑨参见江苏省常州市中级人民法院(2018)苏04民终3323号民事判决书。

⑩参见广东省深圳市龙岗区人民法院(2017)粤0307民初6503号民事判决书。

⑪参见北京市大兴区人民法院(2020)京0115民初12563号民事判决书。

⑫参见北京市第二中级人民法院(2020)京02民终8125号民事判决书。

⑬参见谢增毅:《平台用工劳动权益保护的立法进路》,载《中外法学》2022年第1期。

⑭关于新时代劳动用工关系分类调整的思想,参见谢德成:《新时代劳动法的功能拓展与制度调适》,载《当代法学》2019年第4期;王天玉:《劳动法分类调整模式的宪法依据》,载《当代法学》2018年第2期。

⑮See Miriam A. Cherry & Antonio Aloisi, "Dependent Contractors" In The Gig Economy: A Comparative Approach, 66 American University Law Review 635(2017).

⑯参见常凯:《平台企业用工关系的性质特点及其法律规则》,载《中国法律评论》2021年第4期。

⑰除了上海、江苏之外,北京、河北、山西、宁夏等地的新就业形态指导意见实施办法也将基于算法的劳动管理作为认定不完全劳动关系的核心标准。

⑱参见刘文华、赵磊:《业务外包劳动法律规制研究》,载《中国劳动》2017年第11期。

⑲参见黄芮:《劳务承揽、派遣、分包、人力资源外包价值探析》,载《中国劳动》2017年第12期。

⑳参见徐景一:《算法主导下的平台企业劳动关系与治理路径》,载《社会科学辑刊》2021年第5期。

㉑参见王茜:《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。

㉒参见湖南省长沙市雨花区人民法院(2021)湘0111民初9221号民事判决书。

㉓参见湖北省武汉市江岸区人民法院(2020)鄂0102民初1070号民事判决书。

㉔参见浙江省杭州市中级人民法院(2020)浙01民终6753号民事判决书。

㉕例如,《福建省贯彻落实人力资源社会保障部等八部委关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益指导意见的十五条措施》规定,“严禁以假外包、假合作等形式规避用人单位的义

务和责任”。

㉖参见张弓:《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。

㉗参见王茜:《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。

㉘参见娄宇:《新就业形态人员的身份认定与劳动权益保障制度建设——基于比较法的研究》,载《中国法律评论》2021年第4期。

㉙参见王天玉:《平台骑手致第三人损害的外观主义归责》,载《中国应用法学》2021年第4期。

㉚参见刘善仕、裴嘉良、钟楚燕:《平台工作自主吗?在线劳动平台算法管理对工作自主性的影响》,载《外国经济管理》2021年第2期。

㉛参见王全兴、黄昆:《外包用工的规避倾向与劳动立法的反规避对策》,载《中州学刊》2008年第2期。

㉜在典型外包中,某些特殊情况下为了生产安全、质量控制等原因,发包企业不可避免地也会对劳动者实施轻微程度的管理,但这种管理必须是非实质性的,不能超过必要限度,否则就将导致用工法律关系的质变。

㉝参见王茜:《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。

㉞参见常凯:《平台企业用工关系的性质特点及其法律规则》,载《中国法律评论》2021年第4期。

㉟参见广东省中山市中级人民法院(2020)粤20民终4447号民事判决书。

㊱参见刘俊海:《论公司社会责任的制度创新》,载《比较法研究》2021年第4期。

㊲参见朱文忠、尚亚博:《我国平台企业社会责任及其治理研究——基于文献分析视角》,载《管理评论》2020年第6期;阳镇、陈劲:《数智化时代下企业社会责任的创新与治理》,载《上海财经大学学报》2020年第6期。

㊳参见王全兴、黄昆:《外包用工的规避倾向与劳动立法的反规避对策》,载《中州学刊》2008年第2期。

㊴参见郑文睿:《涉承包类案件的法律困境释疑——围绕劳动关系展开的探讨》,载《理论与改革》2014年第5期。

㊵这一点成为司法实践中法院判决平台企业担责的重要考量因素。参见广东省中山市中级人民法院(2020)粤20民终4447号民事判决书。

㊶参见朱悦、王凯军:《数字劳工过度劳动的逻辑生成与

治理机制》，载《社会科学》2021年第7期。

④参见刘文华、赵磊：《业务外包劳动法律规制研究》，载《中国劳动》2017年第11期。

⑤参见王全兴、黄昆：《外包用工的规避倾向与劳动立法的反规避对策》，载《中州学刊》2008年第2期。

⑥参见《湖南省关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的实施意见》第3条。

⑦应当看到，外包作为一种市场化的经营方式有其合理性，不能完全否定其价值。需要抵制的是伪装外包，对于真外包应认可其就被分离业务有限度阻断发包企业责任的有效性。

⑧这种平衡思想清晰体现在《指导意见》前言部分：“支持

和规范发展新就业形态，切实维护新就业形态劳动者劳动保障权益，促进平台经济规范健康持续发展。”可见，保护从业者和发展平台经济是政策制定者想要平衡实现的两个目标。

⑨参见湖南省长沙市岳麓区人民法院(2021)湘0104民初16094号民事判决书。

⑩参见山东省青岛市中级人民法院(2021)鲁02民终11423号民事判决书。

⑪参见重庆市永川区人民法院(2021)渝0118民初5008号民事判决书。

⑫参见辽宁省大连市甘井子区人民法院(2021)辽0211民初1276号民事判决书。

The Allocation of Work-engagement Responsibilities in Platform Outsourcing Business: Defining "Corresponding Responsibilities" Based on "Algorithm Management"

Tian Ye

Abstract: The Guidelines On New Forms of Taking Jobs stipulates that platform enterprises shall bear corresponding responsibilities for the damage suffered by workers, and regarding this, there are different explanations and understandings. "Algorithm Management" is the core characteristic of the new form of platform-based work-engagement in the digital intelligence era, thus the "corresponding responsibilities" should be defined by taking algorithm management as the center and the labor trichotomy as the legal relationship framework. Based on algorithm management right and its allocation, the platform enterprises and outsourced enterprises form a cooperative work-engagement community and should jointly bear the work-engagement responsibilities according to their respective roles. That is to say, the outsourced enterprises, which conduct direct labor management of workers, shall bear the primary work-engagement responsibility; the platform enterprises, which retain a certain degree of control of workers based on algorithm management and probably do not form employment relationship with workers, shall bear corresponding supplementary responsibilities. The specific scope of supplementary responsibilities should be delineated according to the boundary of the algorithm management power actually exercised by the platform enterprises. The agreement on the allocation of work-engagement responsibilities in the outsourcing cooperation contracts notbinding upon workers, although it is effective between the platform enterprises and outsourced enterprises. The platform enterprises have the right of recourse against outsourced enterprises in principle.

Key words: Platform Outsourcing; Allocation of Work-engagement Responsibilities; Algorithm Management; Labor Trichotomy; Corresponding Responsibility