

超越雇佣关系： 配送平台雇主责任的扩张适用

朱俊龙

【摘要】在审理配送平台雇主责任案件时,我国法院通常以雇佣关系作为雇主责任的适用前提,并将雇佣关系理解为劳动关系及劳务关系,这一做法往往使配送平台以不存在雇佣关系为由豁免雇主责任。在配送平台用工模式下,有必要超越雇佣关系使配送平台承担雇主责任,其正当性在于雇佣关系的可操纵性以及雇佣关系界定雇主责任边界功能的退化。超越雇佣关系不是完全舍弃雇主责任在适用范围上的限制,而是以合理标准扩张其适用范围。在比较法上,主要有“类雇主责任”和控制权标准两条路径扩张雇主责任,其中控制权标准更适于我国借鉴。在将控制权标准适用于配送平台用工场景时,需侧重考察配送平台对于骑手的技术控制和经济控制,并考虑控制权竞合对平台责任的影响。

【关键词】雇佣关系;平台责任;控制权;共同雇主

【作者简介】朱俊龙,中国人民大学法学院博士研究生。

【原文出处】《甘肃政法大学学报》(兰州),2024.4.128~143

【基金项目】本文系国家社会科学基金重大项目“我国社会法的概念、原则、理论与实践”(18ZDA140)的阶段性研究成果。

一、配送平台雇主责任的裁判困境:受限于雇佣关系

《中华人民共和国民法典》第1191条规定,用人单位为其工作人员在执行职务过程中造成的损害负责,该条在学理上又可称为雇主责任或替代责任。^①目前,我国学界在雇主责任是否以雇佣关系为前提的问题上存在分歧。“肯定说”主张雇主责任以雇佣关系为前提^②，“否定说”主张雇主责任无须具备雇佣关系,只需有支配性地位。^③此外,学界在雇佣关系的概念上亦未形成共识。“狭义说”认为雇佣关系仅指劳动关系。^④“中义说”主张雇佣关系包括劳务关系及劳动关系,不包括承揽关系。^⑤按照“广义说”,雇佣关系既可以是劳动关系及劳务关系,也可以是实质的监督指挥关系。^⑥

此外,也有观点仅指出雇佣关系不限于劳动关系,雇主责任中的雇主也不限于劳动合同法上的用人单位,但并未明确雇佣关系的具体外延。^⑦

相比学界在雇佣关系地位及其概念上的分歧,我国法院在审理配送平台雇主责任案件时,通常以雇佣关系作为雇主责任的前提,并将雇佣关系理解为合同法层面上的劳动关系或劳务关系。^⑧如在“上海拉扎斯信息科技有限公司、滕某等机动车交通事故责任纠纷案”中,二审法院以平台与骑手间不存在雇佣关系为由判决平台不承担雇主责任。之所以不存在雇佣关系,是因为依配送合同无法认定平台与骑手间的劳动关系及劳务关系。^⑨在“嵇某与陈某等机动车交通事故责任纠纷案”中,法院认为配送合作协议无法证明平台与

骑手间的劳动、劳务关系或是雇佣关系,因此平台并非骑手雇主,不承担雇主责任。^⑩上海一中院的法官主张,平台承担雇主责任的前提是其与骑手具有劳动关系或劳务关系。在雇佣关系的认定上,应考察双方是否有建立劳动、劳务关系的合意以及合同的履行方式。^⑪在“刘某、郭某等机动车交通事故责任纠纷案”中,审理法院认为配送平台仅为网络技术公司,与骑手不存在任何劳动、劳务或雇佣关系,因此不承担雇主责任。^⑫参照我国法院使用的雇佣关系概念,下文中的雇佣关系指的是包含劳动关系及劳务关系在内、与承揽关系相对的合同关系。

法院一方面将雇佣关系作为雇主责任的适用前提,另一方面却难以认定平台与骑手间的雇佣关系,因此平台往往得以不存在雇佣关系为由豁免雇主责任。在北大法宝平台上设置检索条件为全文中有“骑手”,且有“雇主责任”或“替代责任”,且案由为“机动车交通事故责任纠纷”或“非机动车交通事故责任纠纷”,且当事人中出现“拉扎斯”(“饿了么”平台运营公司名称的一部分)或“三快科技”(“美团”平台运营公司名称的一部分)的案例,共得86份,其中仅有8件(占比9.2%)案例判决平台承担责任。检索结果如下:

判决结果	判决理由	数量	占比
平台不承担责任	无雇佣关系(用词为劳动、劳务或雇佣)	38	44.1%
	未阐明平台与骑手关系,未具体说明理由	40	46.5%
平台承担责任	不论是否有雇佣关系,只要平台因骑手获益或骑手有执行职务外观	5	5.8%
	有雇佣关系(用词为劳动、劳务或雇佣)	3	3.4%

从上述裁判中可总结出法院审理配送平台雇主责任案件的三个特征。首先,法院一般不会认定平台与骑手之间存在雇佣关系。如在“孟某、山东瀚海网络科技有限公司等机动车交通事故责任

纠纷案”中,法院认定美团平台仅为网络服务平台提供者,并非骑手雇主,无须承担侵权责任。^⑬在张某、陈某机动车交通事故责任纠纷二审民事判决书中,法院甚至认定饿了么平台与骑手不存在直接法律关系,故平台不承担雇主责任。^⑭其次,在存在多个被告的场合中,法院一般判决保险公司或者配送商承担责任,不判决平台承担责任。比如在“杨某与中国平安财产保险股份有限公司等机动车交通事故责任纠纷案”中,存在保险公司、配送商及平台三个被告,但法院仅判令配送商和保险公司承担责任,而以平台与骑手无雇佣关系为由豁免平台责任。^⑮最后,近半数法院倾向于绕过雇佣关系问题,仅作模糊解释甚至不作说明就豁免平台责任。如在“耿某佳、与拉扎斯网络科技(上海)有限公司等机动车交通事故责任纠纷案”中,法院大段论述有关保险公司的争议,但关于原告主张平台承担责任的诉求仅简单一句“缺乏法律依据、证据支持,本院不予支持”。^⑯甚至,在“北京三快科技有限公司、江苏诚淮企业管理有限公司等机动车交通事故责任纠纷案”中,即便原告将美团平台列为被告,法院在说理和裁判结果中只字未提美团平台,也未判决美团平台承担责任。^⑰

然而,若配送平台无须承担雇主责任,则第三人只能诉诸配送商和骑手,但作为自然人的骑手和“空壳化”的配送商一般不具备完全清偿能力。虽然配送商一般会购买雇主责任险,但配送商购买的商业保险普遍廉价,兜底能力差,且保险公司往往会就保险合同条款与第三人产生争议,这使第三人难以获得完全救济。此时,便出现了形式逻辑和实体正义的矛盾。一方面,由于法院难以认定平台与骑手间的雇佣关系,在逻辑上无法判令平台承担雇主责任;另一方面,平台才是最能兜底责任的“深口袋”。为在个案中实现实质正义,一些法院不得不牺牲裁判说理的逻辑性。如在“拉扎斯网络科技(上海)有限公司与杨某等生命权纠纷上诉案”中,“饿了么”骑手罗某在配送过程中

撞伤杨某等人,罗某负主要责任。法院在判决罗某雇主张某承担雇主责任的基础上,判令与雇主张某仅有合作经营关系的配送平台对罗某的侵权责任承担连带责任。值得注意的是,审理法院未释明平台承担连带责任的依据,而仅依据“权利义务对等原则”令平台承担连带责任,这使判决存在要件缺漏和于法无据的嫌疑。然而,本案受害人死伤甚重,主张赔偿额过百万,而骑手雇主张某仅为自然人,未必能向受害人及时、完全履行赔偿义务。在此情形下,若法院不判令资力较为雄厚的平台承担连带责任,承受了丧子之痛的受害人将可能因无法获得法律救济而遭受二次伤害。^⑩

配送平台用工的“去雇佣关系化”与以雇佣关系为前提的裁审实践发生冲突,使法官陷入了左右为难的窘境。为统合形式逻辑与实质正义,增强裁判说理与法律体系的一致性,有必要反思将雇佣关系作为配送平台雇主责任适用前提的做法。

二、超越雇佣关系的正当性

本文认为,在配送平台用工模式下,雇佣关系具有可操纵性,雇佣关系曾发挥的厘定雇主责任边界之功能也逐渐弱化,因而有必要超越雇佣关系适用配送平台雇主责任。

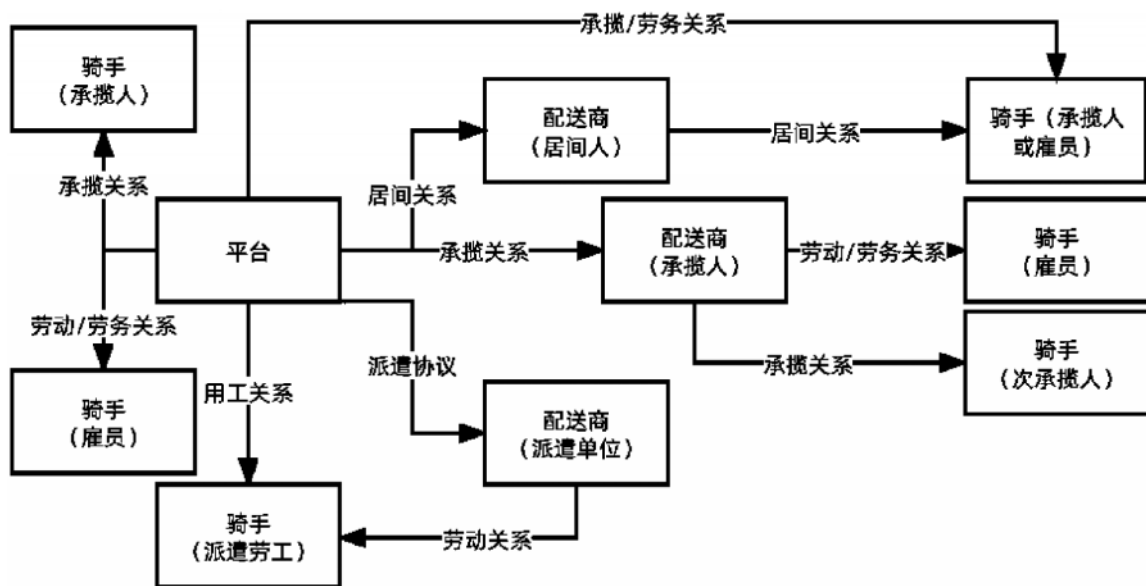
(一)组织结构和雇佣关系的可操纵性

在有限责任制度下,趋利避害的市场主体往往可以通过调整组织结构分离资产与风险以规避责任。以母子公司架构为例,母公司在保留重资产的同时不参与实际业务的经营,亦不承担业务活动带来的责任风险;子公司在业务活动中获利之后,会通过股权分红、合同交易等方法将业务利益输送给母公司,以轻资产结构独自承担业务风险。当风险实现后,由于母子公司在法律上属于不同主体,且母公司作为子公司股东受到有限责任的庇护,结局往往是子公司的债权人随着子公司的破产求告无门。^⑪按照美国的一项实证调查,由于法院对于穿透公司法人面纱规则持审慎态度,组织结构调整可以有效地规避责任风险。^⑫在

我国,虽然法院“刺破”公司法人面纱的几率明显高于美国、英国及澳大利亚等国家,但侵权案件中的刺破率明显低于在合同案件中的刺破率。^⑬组织结构变化不仅对公司法提出了挑战,也对侵权法产生了冲击。业务经营人将不再负担经营风险,也无须履行注意义务,这使侵权法的纠正、监管功能逐渐消退。^⑭

通过组织结构调整及合同安排,配送平台用工模式实现了“去雇佣关系化”。不同于垂直管理的科层制,平台用工模式以业务外包等市场交易手段对劳动力资源进行调配,具有去组织体化和技术控制强化的属性。^⑮由于传统从属性标准无法完全涵盖平台用工模式,平台骑手与平台、配送商(或称配送站、加盟商)之间的法律关系与标准劳动关系有较大差异,表现为“去劳动关系化”下多种法律关系类型并存的状态。^⑯甚至随着算法技术的应用及配送商的加入,平台隐身于算法和配送商幕后,不直接对骑手进行指示管理,不与骑手建立直接的用工关系。算法技术及配送商正逐渐成为一道横亘在平台与骑手之间的“高墙”,使平台仅作为发包人或信息居间人置身事外,实现了配送平台用工模式“去劳务关系化”。配送平台用工模式的结构如下页图所示。

由于用工模式的“去雇佣关系化”,平台资产与责任风险分离得更为彻底,平台可以轻易地逃避侵权责任。在公司法上,由于平台通常仅与配送商存在加盟经营等合同关系,鲜有股权控制关系,因此刺破公司面纱不适用于平台,配送商需承担的雇主责任亦不会转嫁到平台身上。在侵权法上,适用雇主责任所需的雇佣关系也随着平台组织结构的“碎片化”而趋于消失。如有学者指出,平台的去组织体化用工产生了雇主碎片化的结果,随之带来的还有合同义务的稀释,这使雇主身份和雇佣关系不再清晰,令平台用工走向责任碎片化。^⑰事实上,为建立相比传统行业的竞争优势,大多数平台用工都通过操纵法律关系和组织



结构节省责任成本,以获取监管套利(regulatory arbitrage)。^⑤诚然,在立法和司法部门的监管下,平台的责任规避策略未必能成功,比如法院会使用事实优先原则刺破“去雇佣关系化”的面纱。^⑥但是,只要意思自治原则和有限责任制度不动摇,法律关系的可塑性及责任规避的可能性就依然存在。况且,平台调整组织机构和法律关系的策略也会针对监管政策应时而变。随着人力资源管理技术的进步,平台与监管部门在组织结构和法律关系上的“猫鼠游戏”仍会持续上演。

若以平台可控的雇佣关系和组织结构作为雇主责任的适用前提,那么雇主责任的边界将随着合同关系的模糊及组织体的解构变得越发混乱,最终令雇主责任系统丧失效用。“去雇佣关系化”不过是一个开始,平台用工模式还会不断进化,无限趋近“去法律关系化”的终点。随着雇佣关系可操纵性的加强,对雇佣关系的执着将使雇主责任制度在错综复杂的合同安排和组织结构中逐渐迷失。有学者指出,如果雇主可以通过只与独立承包商合作来轻松地逃避替代责任,那么他也可以同样轻松地解雇所有员工,并在同一天重新雇用他们作为独立承包商。在现实世界中,替

代责任终将消失,因为雇主将把雇员转变为独立承包商。^⑦在《责任的死亡》中,作者亦表达了类似担忧:“责任系统正在走向衰落,因为用于决定责任有无的结构是可以被人为操控的,而潜在被告往往通过豁免式(judgement proof)的法律结构逃逸责任。”^⑧

(二)雇佣关系厘定雇主责任边界功能的弱化

按照传统用工模式下的法律画像,独立承揽人等非雇员可以独自承担赔偿责任,因此雇主责任不适用于非雇佣关系的场景中,雇佣关系具有厘定雇主责任边界的功能。在传统用工模式下,法律对雇员的画像是经济来源高度依赖雇主而不具备赔偿能力的弱势群体,对独立承揽人等非雇员的画像是自主营业、掌握一定技能且财务自由的独立群体。故损害发生后,为避免受害人陷入无法获得救济的困境,雇员的侵权责任交由“深口袋”的雇主答责,但对于拥有充足责任财产的非雇员而言,法律并无必要将赔偿责任转嫁他人。^⑨此外,从控制力和报偿理论而言,雇主能够指示控制雇员,对雇员行为有监督管理的责任,且雇主基于雇员的行为获得利益,则雇主必须承受雇员行为的风险。反之,独立承揽人等非雇员有独立性且

为自身经济目的劳作,故其更擅长控制自身行为的危险,也应在享受行为利益的同时承受行为的危险。^③

然而,在配送平台用工模式下,部分骑手虽在法律关系上不属于雇员,但作业状态和经济状况趋同于雇员。事实上,骑手群体与传统雇员并非泾渭分明的两类群体,而是存在模糊交叉地带。就控制要素而言,部分骑手接受的控制近似于劳动者所受之控制。有研究以优食(Uber Eats)配送平台为例,指出优食平台对骑手采取了隐形、间接的控制,骑手仅享有“虚幻的自由”。^④监控、指示及惩罚要素在平台用工中并没有消失,而是以新的形式重新展现,比如常规电讯沟通、算法监控及评价机制等。^⑤算法管理“无限逼近典型劳动关系中的人力管理强度,甚至能超越典型劳动关系。”^⑥从经济状况来看,部分骑手虽被归类为非雇员,但与雇员一样并无承担赔偿责任的财力。还有观点指出,在现代用工模式下,有大量的低薪、无技能工人被归入独立承揽人群体,这使独立承揽人群体从传统上单一的经济独立、高技术熟练工群体演变为包含低薪、无技能工人在内的多元化工人群体。^⑦因此,法律对雇员和非雇员的传统想象并不完全符合平台用工的现实图景,部分骑手虽在法律地位上有别于雇员,但其现实状况与雇员并无差异。

随着雇员和非雇员的界限越来越模糊不清,以雇佣关系界定雇主责任范围的做法正逐渐沦为历史遗留的“陈腐”规则。^⑧如前所述,之所以雇主责任以雇佣关系为前提,是因为在传统用工模式下雇员群体和非雇员群体黑白分明,且非雇员因其技术及财力往往能够独自胜任风险预防及损害填补。但在配送平台用工模式下,传统的雇员或独立承揽人模式难以直接套用于骑手群体,骑手群体既有独立承揽人特征,又有雇员特征,这一杂糅的状态使法律无法准确刻画骑手的身份性质,而且合同关系具有欺骗性,亦增加了以雇佣关系

界定侵权责任范围的难度。因此,与其关注骑手以何种名义提供劳务,不如观察骑手事实上的劳动形态及经济状况。即便在非雇佣关系的情境中,相比未必拥有充足责任财产的骑手,配送平台在经济实力及信息技术上的优越性仍有可能使其成为更适格的赔偿义务人。当然,雇主责任不是单纯的“富人责任”,令配送平台承担责任也不仅仅是因为其雄厚资力。作为骑手行为的主要受益者,配送平台承担骑手行为之责任并不违反公平原则、报偿理论及外部性原理,且由于配送平台往往能以更低的成本预防事故的发生,在某些情形中令配送平台承担责任也符合侵权法对效率的追求。^⑨

三、超越雇佣关系的路径选择:控制权标准

超越雇佣关系不是完全舍弃适用范围上的限制,而是以合理标准扩张雇主责任的适用范围。参照普通法系和大陆法系的经验,目前存在两种超越雇佣关系适用雇主责任的路径。按照普通法系的路径,超越雇佣关系无需对雇主责任本身进行扩张,而可以在不触动雇主责任的前提下,发展近似但平行于雇主责任的其他责任,这些平行责任可统称为“类雇主责任”。按照大陆法系的路径,超越雇佣关系是对雇主责任本身进行扩张,扩张的具体方法是将控制权标准作为雇主责任的适用前提,以实现雇佣关系与雇主责任的脱钩。在比较分析两种路径的基础上,我们可以借鉴其中较为合理的方案。

(一)普通法的“类雇主责任”

与我国法院将合同关系作为雇主责任适用前提的做法相似,普通法中的雇主责任也以雇佣关系作为雇主责任的适用前提。在普通法中,雇主在雇佣合同(contract of service)中不仅要对雇员承担劳动法义务,也对雇员的侵权行为负责,而定作人在承揽合同(contract for service)中既不用承担劳动法义务,也不用为承揽人的侵权行为承担雇主责任,因此雇佣合同往往是承担各种责任的前

提。不仅如此,雇佣合同及雇员身份的认定方法在劳动法及侵权法上是共通的。^③在劳动法中,认定雇佣合同关系需要从双方的合同条款、义务的相互性、控制、经营风险和利益的归属等因素出发。^④在认定侵权法中的雇主时,也需从双方的合同约定如计酬方式及义务种类、控制、劳动工具的所有、经营利益等因素着手。^⑤直至2020年,英国最高法院在 *Barclays Bank plc v Various Claimants* 中仍坚持以雇佣关系作为雇主责任的前提。^⑥然而,在普通法中,雇佣关系并非雇主责任的真实适用范围,在雇佣关系以外,还存在与雇主责任平行的多种“类雇主责任”。

第一种“类雇主责任”是违反不可转承义务(nondelegable duties)的责任,使责任人在特殊情形中对非雇员的侵权行为负责。不可转承义务的类型多样,没有统一的原则和明确的适用范围,其中特殊危险(peculiar risk)及有形损害(physical harm)是一种重要的适用情形。^⑦在 *Wislon v Good Humor Corp.* 中,一名三岁女孩欲去对街的冰淇淋推车购买冰淇淋时遭遇交通事故身亡。虽然法院没有认定冰淇淋制造商和冰淇淋推车运营人之间的雇佣关系,但法院认为冰淇淋制造商知道冰淇淋推车的运营人会在路况繁忙的街道上播放音乐和提供吸引儿童的产品,这对过街儿童制造了危险,使冰淇淋制造商不得以承揽关系为由推卸对女孩的注意义务。^⑧在 *Honeywill & Stein v Larkin Bros* 中,摄像师拍照时造成的煤粉燃烧点燃了原告财产,原告要求摄像师的定作人承担全部责任。法院认为鉴于使用老式相机拍照的固有危险性,被告不可以通过雇佣承揽人的方式推卸对原告的注意义务。^⑨不可转承义务具有开放性,其范围随着裁判实践在不断扩大,取决于法院的政策目标与个案正义的贯彻。

第二种“类雇主责任”是类雇佣关系(akin to employment)下的替代责任。2013年,英国最高法院在“*Various Claimants v Catholic Child Welfare*

Society 案”中判决如果被告与非雇员的法律关系与雇佣关系具有相同特质,而相同特质使被告对非雇员的侵权行为承担雇主责任是公平、正义且合理的,那么被告应承担雇主责任。在判断法律关系相似性时,有法官主张从雇佣关系的下列特征着手:(1)雇主比雇员更有可能有办法赔偿受害者,并且可以预期雇主已就该责任投保;(2)雇员在代表雇主进行活动时造成了损害;(3)雇员的活动很可能是雇主业务的一部分;(4)雇主雇佣雇员进行活动将引发侵权的风险;(5)该雇员在或多或少程度上受雇主的控制。^⑩

第三种“类雇主责任”是代理法下的替代责任。这一责任形态通过扩张代理人的范畴,使不处于雇佣关系的本人(principal)对代理人(agent)的侵权行为承担责任(respondeat superior)。在普通法中,代理人通常被认为是雇员的上位概念,雇员则被认为是一种特别代理人(mega-agent),故代理人的范畴较雇员宽泛。^⑪因此,这一责任的成立不需要代理人与本人之间有雇佣关系,但需满足以下条件:本人委托代理人处理事务或履行对第三人义务;代理人的侵权行为发生在执行事务的过程中;本人对代理人享有控制权,代理人并非独立运作的主体。^⑫在“*Hollis v Vabu* 案”中,审理法官采用了代理人概念,主张配送公司对非雇员的骑手之侵权行为承担雇主责任。其理由是配送公司将其对客户的合同义务委托给骑手,骑手穿着配送公司的统一制服,作为配送公司的代表执行事务。不仅如此,配送公司还会通过收音机指定配送对象,对配送方法进行规划,对骑手享有一定的指示权,故骑手是配送公司的代理人,骑手配送行为产生的侵权责任应由配送公司承担。^⑬

此外,普通法中也有少数法官及学者尝试对雇主责任本身进行扩张,其中较有影响力的是组织体标准。^⑭在“*Stevens v Brodribb* 案”中,澳大利亚高等法院法官认为,只要行为人是组织体的一部分,无论行为人是雇员还是独立承揽人,组织体

均对行为人在其职责范围内所犯的所有错误承担替代责任。^⑩相比上述“类雇主责任”,组织体标准冲击了以雇佣关系为雇主责任适用前提的做法。然而,组织体标准并没有被广泛接受,在“Sweeney v Boylan Nominees Pty Ltd 案”中,澳大利亚高等法院明确拒绝了 Stevens 案的组织体标准。^⑪

(二)大陆法的控制权标准

大陆法以控制权而非雇佣合同限缩雇主责任的适用范围,实现了侵权法与合同法的脱钩。《法国民法典》第 1242 条列举了替代责任的具体情形,其中包括雇主为雇员行为承担责任、父母为子女行为承担责任、教师为学生行为承担责任及工匠为学徒行为承担责任等。^⑫就第 1242 条第(5)项的雇主为雇员行为承担责任而言,该项中的雇主指的是对雇员有控制权的人,并不限于雇佣合同中的劳务受领人。控制权可以由合同关系或法律规定赋予,但即便没有合同关系或者法律规定,事实上的控制权也足以成立雇主责任,且控制权仅要求雇主有控制的能力,而不问雇主是否实际行使了控制权。^⑬因此,法国侵权法并不关注雇主和雇员之间是否有雇佣合同关系,而仅关注雇主与雇员之间是否有事实上的主从关系。如在一起判例中,法国法院认定政治候选人为支持者的行为负责,理由即是政治候选人对支持者有控制指示的权利。^⑭值得一提的是,第 1242 条并非穷尽性列举了替代责任的情形,法国最高法院仍不断通过判例扩张第 1242 条的适用范围,比如体育协会为其会员行为承担责任,故第 1242 条的适用范围在未来还有扩张之趋势。^⑮

《德国民法典》第 831 条规定了对他人行为承担责任的情形,这一责任亦不以雇佣合同关系为界。第 831 条中的 Geschäftsherr 近似于委托事务人的概念,要求委托事务人对其指派的事务履行辅助人(Verrichtungsgehilfe)的侵权行为负责。虽然第 831 条中的事务履行辅助人往往是雇佣合同中的雇员,但前者比后者宽泛。而且,第 831 条的

归责基础是委托事务人选任、监督事务履行辅助人的过失,严格来讲第 831 条并非替代责任,而是自己责任,因此委托事务人与事务履行辅助人之间的内部关系仅用于说明或认定雇主的过错,内部关系本身并非归责基础。按照德国联邦法院的观点,第 831 条中的事务履行辅助人指的是在一般或特定场合中受托履行职能的人,且对委托事务人具有社会依赖性和经济依赖性。事务履行辅助人是否有偿提供劳务及与委托事务人之间是否有合同关系皆不影响责任成立。^⑯根据指示控制程度的不同,第 831 条之责任一般可适用于被告的高管或行政执行官,但不适用于自主性较强的商业代表,即便商业代表受被告雇佣。且由于第 831 条仅关注是否有控制指示的权利,即便是在承揽关系中,定作人也可能为独立承包人的行为承担第 831 条的责任。^⑰第 831 条之责任亦可称为辅助人责任,只有在辅助人被委任事务时,才会出现此种责任。辅助人通常受法律行为委任,但事实上的指挥控制如帮邻居建房也属于辅助人责任的范畴。指挥、选任和持续监督是认定辅助人的关键因素,只要满足这些要素,总代理人、独立执业人员或是律师都可能被认定为事务辅助人。^⑱虽然德、法两国使用的概念不同,但两者适用的标准具有相近性,皆以控制权和事实上的主从关系划定了雇主责任的范围。^⑲

根据我国台湾地区“民法”第 188 条,雇主责任之成立不以存在雇佣合同为必要,只需雇员与雇主之间存在指示、监督或控制关系。台湾地区法院在 1968 年台上字第 1663 号判例中指出:“‘民法’第 188 条第 1 项所谓受雇人,并非仅限于雇佣契约所称之受雇人,凡客观上被他人使用为之服劳务而受其监督者均系受雇人。”有学者进一步指出,雇主责任中的雇员所服劳务之种类、从事的为法律行为抑或是事实行为、有偿与否、时间之长短及有无代理权限,均非所问。因此,夫妻之间、父子之间的指示控制亦在雇主责任的范围之内。因

此台湾地区法上的雇主责任并不深究雇主和雇员之间的内部关系为何,而仅关注雇主是否能对雇员进行监督指示,该监督指示一般包括劳务提供的方式、时间及地点,得为概括或具体。^④在台湾地区,虽然雇佣合同所使用的“受雇人与雇用人”概念与“民法”第188条中的“受雇人与雇用人”在文义上相同,但两者的规范含义不同,而第188条中的雇主也不得以其与雇员的内部约定推卸对第三人之责任。

另值一提的是,欧洲侵权行为法小组的《欧洲侵权法原则》(PETL)第6:102条使用了对辅助者责任的概念,这一辅助人概念(auxiliaries)广于雇员范畴(employee)。^⑤按照学者注解,该条不仅适用于雇佣合同关系中,还适用于家事雇佣、临时工人及无偿劳动等具有隶属关系的情形,因而只要辅助人接受责任人的指挥控制,且辅助人为责任人履行事务,就有辅助人责任之适用。需要注意的是,虽然第6:102条明确将独立承揽人排除出辅助者责任的适用范围,但这一独立承揽人非指承揽合同中的承揽人,而指不受监管而独立工作的主体。^⑥此外,欧洲私法研究小组的《共同参考框架草案》(DCFR)第六卷3:201条的雇主责任不仅仅在雇佣(employ)的场合中适用,也适用于类似雇佣(similarly engaged another)的情形。^⑦从概念上来看,这两份法律文本中的雇主责任都不局限于雇佣合同关系,为雇主责任的扩张适用提供了解释空间。

虽然认定雇佣关系也需考虑控制权因素,但雇佣关系的认定依然和控制权标准有较大差距,体现为控制权并不是认定雇佣关系存在的决定性因素。首先,认定雇佣关系不仅要考虑控制权因素,还需综合考量对价(consideration)、义务相互性(mutuality of obligation)、交付的是成果还是劳动、劳务给付的唯一性及专属性等合同因素。^⑧这些合同因素未必与控制权因素导向同一结论,两者有时甚至相互矛盾。如在某些情形中,合同要素指向承揽关系,而控制权因素指向雇佣关系。^⑨不

仅如此,由于雇佣关系本质上是合同关系,合意才是证成雇佣关系的核心要件,故控制权在雇佣关系的认定中不过是判断双方是否存在雇佣合意的因素之一而已。^⑩其次,就控制权对雇佣关系的证明力而言,虽然控制权在某些案件中可能是证成雇佣关系的关键因素,但其并非一般性的决定因素,这是因为认定雇佣关系是“全景式”考察,必须针对个案事实具体判断,没有通用的决定性事实,故控制权的证明力亦根据个案细节上下浮动。^⑪因此,即便存在事实上的控制权,但在缺少雇佣合同或合同因素指向承揽关系的情形中,也未必能认定雇佣关系。相反,控制权标准将控制权作为唯一考量因素,并不考虑合意的性质及内容,这使控制权因素从合意认定中脱离出来,甚至代替合意成为厘定雇主责任适用范围的标准。

(三)控制权标准的优越性

相比将雇主责任限制于雇佣关系的做法,无论是“类雇主责任”还是控制权标准,都更加符合雇主责任的规范功能。雇主责任的规范功能在于寻找更适格的赔偿主体,保障受害人得到完全救济,并督促对侵权行为有控制力的责任人履行风险预防义务。与之不同,认定雇佣关系的规范意义在于确定合同当事人是否需要为对方当事人承担劳动法或合同法义务。雇主责任保护的是外部第三人,雇佣关系认定保护的是内部当事人,因此雇主责任虽与雇佣关系存在交叉,但远非同符合契,将雇佣关系与雇主责任完全绑定是越俎代庖的错配:“最适合对雇员承担劳动法义务的人,未必在侵权法上最胜任风险预防和损害赔偿。”^⑫此外,使雇主责任超越雇佣关系适用还可以避免责任人通过合同约定转嫁责任,防止责任人不当逃逸侵权责任。如在配送平台用工中,“类雇主责任”或控制权标准均可减弱配送平台操纵组织结构和雇佣关系的行为,更周到地保护第三人安全。

在方法论上,控制权标准比“类雇主责任”更值得我国借鉴。首先,控制权标准比“类雇主责

任”在逻辑上更加连贯,也不会破坏雇主责任的体系性。“类雇主责任”并非统一的整体,而是由各行其政的平行制度“分而治之”。比如,不可转承义务、类雇佣关系及代理法责任其实在逻辑上并无关联,它们之间的关系及适用范围的划分亦不明晰。在责任性质上,不可转承义务严格来讲属于自己责任,而类雇佣关系及代理法责任则为替代责任。^⑩在归责基础上,一部分不可转承义务以业务危险性为基础,而类雇佣关系以法律关系的相似性为基础,代理法责任则以代理关系为基础,三者互有交叉,但界限不明。不仅如此,“类雇主责任”模式还保留了以雇佣关系为界限的雇主责任,加剧了雇主责任领域的混乱状态。碎片化的多线并行使雇主责任难以统合于同一制度框架下,破坏了责任制度的逻辑性与体系性。相比“类雇主责任”的叠床架屋,控制权标准以控制权为脉络一以贯之,形成了逻辑自洽的体系。不同于“类雇主责任”在法理和归责上的混乱,控制权标准采取相对统一的标准,专注于责任人在风险控制上的比较优势,突出了风险预防的归责机理:谁能更好地或更有效率的方式预测并防范潜在损害,谁就要对该潜在损害的现实化负责。^⑪

其次,控制权标准比“类雇主责任”更具可预测性。控制权标准有较为明确的内涵,主要考察潜在责任人与行为人间是否有事实上的主从关系,而主从关系及控制权的范畴可以细化为选任、指示、监督及惩戒等因素,且与是否纳入雇主组织或处于雇主控制领域相关。^⑫诚然,控制权标准的外延并不明晰,但相较缺乏统一内涵的“类雇主责任”,控制权标准具有相对的明确性。在“类雇主责任”中,不可转承义务缺少达成共识的一般性界定,且随着裁判实践不断地进行动态调整,义务范围并不清晰。比如,Honeywill案设立的基于业务危险性而承担的不可转承义务因过于模棱两可而难以应用,英国最高法院法官对此质疑:“对普通危险和特殊危险的区分是武断的,是时候重新审

查这一标准。”^⑬就类雇佣关系而言,Catholic案中的“公平、正义及合理”十分抽象,且由于类雇佣关系的认定依然在很大程度上与认定雇佣关系的标准重合,因此类雇佣关系是一个含混不明的概念。同样,普通法中并没有统一的代理人概念。^⑭鉴于此,英国学者对普通法雇主责任制度的“变幻莫测”进行了反思:“关于谜一样的雇主责任的真相是:没有它,几乎没有侵权案件会诉诸到法庭,但它并不建立在理性的基础之上。这是一个迫切需要改革和合理化的法律领域。”^⑮

最后,控制权标准在我国更具可操作性。第一,控制权标准清除了合同因素的干扰,精简了雇主责任的法律适用。在配送平台用工模式中认定合同关系性质一直是法律适用的难点,也因此出现了许多类案不同判现象。相比“类雇主责任”,控制权标准完全绕过了合意认定的问题,能够便利我国法官裁判,减少不必要的争论。第二,控制权标准在融入我国法律框架时不会面临巨大的概念障碍。普通法中的代理及不可转承义务在我国法语境下难以理解,而控制权与我国劳动法中的从属性有相近之处。虽然控制权和从属性有所不同,表现在从属性的规范功能是认定雇佣合意、从属性要求更高或从属性的适用范围较为狭窄等方面,但控制权和从属性在内涵上有相似性,皆关注责任人是否有指示控制的能力。此外,我国《民法典》第1191条使用的是“工作人员”和“工作任务”,这两个概念在文义上相比2003年的《人身损害赔偿司法解释》第9条(已废除)使用的“雇员”和“劳务活动”更为宽泛,为采纳控制权标准提供了解释空间。

综上,本文主张采纳控制权标准,使配送平台基于其对骑手事实上的控制权向第三人承担雇主责任,而不论配送平台与骑手是否有雇佣关系。

四、控制权标准在配送平台用工场景中的具体适用

将控制权标准应用于配送平台用工场景时,

需考虑平台控制权不同于传统控制权的两种特性。首先,在“去雇佣关系化”下,平台控制权通常不源于合同债权,因而需关注平台的技术控制和经济控制形态。其次,在“雇主碎片化”下,平台控制权往往与配送商等主体的控制权竞合,这一情形是否会影响配送平台承担雇主责任,是目前仍待厘清的问题。^⑤

(一)平台控制权的认定:侧重技术控制及经济控制

相比基于合同关系的传统控制,平台控制主要来源于算法技术和市场地位。在传统用工模式下,雇主之所以能够控制雇员,是因为雇主根据雇佣合同对劳动者享有指挥、监督及惩戒权,而雇员有服从雇主指示的合同义务,这使雇员人格受拘束。^⑥因此,传统控制权本质上是雇佣合同赋予雇主的债权。在平台用工模式下,虽然合同控制随着合同关系的式微而弱化,但平台控制并未消失,而是以技术控制和经济控制的形态存续。有学者指出,平台基于信息技术对劳动者进行实时定位和指示规划,并以劳动者的绩效表现确定优先派单级别,对劳动者形成了技术控制。^⑦另外,平台基于市场优势地位对单个骑手具有更强的议价能力,掌握了配送劳务的定价权,使骑手在经济上依附于平台。有观点认为,在平台垄断了劳务供给信息后,平台劳动者作为“类雇员”并不能和劳务需求者直接缔约,因此平台劳动者远非真正的市场经营主体。市场地位的差距使平台劳动者对平台具有经济从属性。^⑧

针对平台控制的上述特性,认定平台控制权时应将重心从合同控制转移到技术控制及经济控制。有观点主张,应针对平台用工模式从两方面更新控制的理念。第一,应丰富控制力的来源。在认定平台控制时应充分考虑算法权力和市场力量的影响,比如监视技术的运用、平台的市场份额及平台从业禁止的威慑力等因素。第二,应丰富控制的表现形式。平台控制不仅包含条状权力结

构下的控制,还包含网状权力结构下的控制。在平台的业务外包模式下,平台以自身为基点向外发散,形成了网状业务链,其中平台作为网络中心链接诸多原子化的承包人,基于市场优势地位对每个承包人都享有控制力。^⑨这一方案较为准确地描绘了平台控制的属性,具有启发意义。在这一方案的基础上,本文认为可以从合同控制、技术控制及经济控制三个方面对平台控制权进行认定,其中技术控制和经济控制是平台控制的主要表现形态。

在具体判断平台是否存在合同控制、技术控制和经济控制时,可以从骑手类型、算法指示密度及骑手经济状况等因素着手。合同控制主要与骑手类型相关。若骑手为直营骑手,与平台有劳动合同,则平台控制是合同控制,其强度与传统控制无异。若骑手为众包骑手,与平台有劳务合同或承揽合同,那么平台亦有合同控制,但这一控制强度弱于直营骑手。若骑手是与配送商有雇佣关系,但与平台没有直接法律关系的专送骑手,则平台不享有合同控制。在认定技术控制时,可以从骑手能否拒绝算法派单、算法指示的密度及违背算法指示的后果等因素着手。以能否拒单为例,专送骑手必须接受算法派单,而众包骑手可以拒单,因而专送骑手接受的技术控制更强。需要指出的是,技术控制往往需要经济控制的支撑。算法指令本身并没有强制力,但其背后的评分机制和优先派单系统对骑手形成了有力的经济威慑。^⑩骑手在经济上越依赖平台,违背算法指示产生的罚款甚至是从业禁止就越有威慑力,骑手受到的技术控制也越强,因此技术控制与经济控制呈正相关关系。在认定经济控制时,可以从工作时间、配送单价、骑手经济状况及是否兼职等因素着手。其中,工作时间是最直观的判断标准,因为骑手在经济收入上越依赖平台,其配送量就会越多,工作时间也越长。^⑪

此外,认定平台控制权时需注意平台控制不

是全有或全无,而是或强或弱。事实上,所有骑手都在一定程度上接受平台控制,但骑手内部具有异质性,不同骑手接受的控制根据关系类型及经济实力等因素的差异而有所区别,从而构成弱控制到强控制的混合谱系。^⑧控制权标准不是完全舍弃适用范围上的限制,使平台就所有骑手的侵权行为负责,而是在平台可控的领域中督促平台预防风险。若将平台可控范围外的损害归责于平台,则会使平台既负担过重风险预防成本,违背侵权法的效率价值,还可能引发道德困境。比如,由于平台对骑手的追偿权受限,骑手可能会减轻注意程度,导致事故更易发生。^⑨因此,认定平台控制权时需考虑骑手群体的谱系差异,综合三种控制形态的强度,仅在平台具有较强控制能力时认定平台控制权之存在。

总而言之,平台控制权可界定为平台对骑手在合同、技术及经济方面上的强控制能力,这一控制能力既可以源于合同债权,也可以是依托算法技术和优势市场地位而在事实上享有的指挥、监督和惩罚权力。作为一种控制能力,平台控制权的成立无须平台的实际控制,只需存在控制的可能。

(二)控制权竞合时的平台责任

在平台用工中,骑手通常会接受配送商和平台等主体的多重控制,此时平台并不独享对骑手的控制权。随之而来的问题是,其他控制权人的存在是否会减轻平台对第三人的责任。不仅如此,相较于平台间接、隐蔽的技术及经济控制,配送商往往对骑手采取直接、明示的合同控制,在外观上更近似于传统用人单位,因而配送商的可归责性似乎强于平台,这产生的进一步困惑是:若已存在应承担雇主责任的配送商,是否还需平台承担雇主责任?在控制权竞合时如何确定雇主责任不是平台用工模式下的独有问题,这一问题亦曾出现在劳务派遣模式中。关于这一问题,存在“单独雇主责任说”和“共同雇主责任说”的分歧。

1. 单独雇主责任说

“单独雇主责任说”主张,在控制权竞合时,雇主责任由实际控制人或强控制人单独承担,其他控制权人不承担雇主责任。根据我国《民法典》第1191条第2款,若派遣劳动者在派遣期间因执行职务致第三人损害,则用工单位承担雇主责任,派遣单位仅在过错时承担相应责任。派遣单位是派遣劳动者在劳动法上的用人单位,有召回派遣劳动者、解除劳动合同等权利,掌握着报酬发放和社保费用缴纳,有可能被认定为《民法典》第1191条第1款中的用人单位而承担雇主责任。但按照《民法典》第1191条第2款,作为用人单位的派遣单位不承担雇主责任,故第2款可视为第1款的特别法。《民法典》第1191条第2款的机理是,派遣单位将控制权部分移交给了用工单位,使用工单位成为实际监督控制劳动者的主体,故由用工单位承担首要责任,并减轻派遣单位责任。^⑩换言之,虽然派遣单位是派遣劳动者的用人单位,但其对派遣劳动者享有的合同控制权弱于用工单位的事实控制权,其对派遣劳动者的控制权相较用工单位的控制权具有劣后性,这降低了派遣单位的可归责性,故法律一般性地排除了派遣单位的雇主责任。

按照美国法的 on-the-spot control(现场控制)理论,借用雇员的侵权行为最终可以落入单个雇主专属性(或排他性)掌握的控制范围内,雇主责任应由专属性掌握该控制范围的雇主独自承担。在 *Nepstad v Lambert* 中,一般雇主(general employer)将雇员租给临时雇主(special employer)使用,雇员在操作吊车时损害他人,产生了由一般雇主还是临时雇主承担雇主责任的问题。明尼苏达州最高法院认为,一般雇主和临时雇主均对雇员有控制力,但一般雇主和临时雇主的控制范围并不重合,而是针对不同的雇员行为。由于雇员操作吊车的行为落入临时雇主的控制范围内,临时雇主对操作吊车的行为(侵权行为)享有排他性(exclusive)的

控制,这使一般雇主对侵权行为不享有控制权,因此雇主责任由临时雇主单独承担。这也体现了明尼苏达州最高法院在判决中使用的责任分配原则:“让最适合防范风险的人承担责任”。^⑤

2. 共同雇主责任说

“共同雇主责任说”主张控制权人需共同承担雇主责任。有观点认为,只要符合雇主责任的认定标准,其他雇主的存在不影响责任人承担责任。^⑥在 *Kastner v Toombs* 中,阿拉斯加州最高法院反思了现场控制标准,指出“几乎所有案件的一般雇主和临时雇主都对雇员进行某种形式的控制,(现场控制标准的裁判)取决于法院关注哪些控制事实”,这使现场控制标准具有不可预测性和任意性。与现场控制标准相反,阿拉斯加州最高法院使用了双重雇主责任(dual liability)的概念,主张从分配正义和损害赔偿的角度出发,将损失平摊在所有潜在责任主体身上。^⑦在 *Viasystems(Tyne-side) v Thermal Transfer(Northern)* 中,英国上诉法院认为,在借用雇员关系中,双重控制会产生双重雇主责任。上诉法院指出,虽然根深蒂固的法律观念是不存在双重雇主,但这一观念并非绝对,在一般雇主及临时雇主对雇员进行同等强度的指示时,两者应共担雇主责任。^⑧我国也有法院判决多控制权人共同承担雇主责任。在“刘某等与郭某等机动车交通事故责任纠纷案”中,审理法院提出了共同雇主的概念,判令共同雇主对共同雇员的损害行为承担连带责任。^⑨

3. 本文见解

本文认为共同责任说更为合理。首先,很难在平台用工中比较平台和配送商的控制强度,也难以确定哪一主体应单独承担雇主责任。虽然配送商享有直接的合同控制权,会对某些骑手比如专送骑手实施日常管理,但配送商成立门槛低且数量众多,在市场上具有可替代性,不具有强势的市场地位。相反,平台虽然只是间接在技术或经济方面对骑手实施控制,但平台占据垄断地位,有

制定评分机制和惩罚规则的权力。故两者的控制强度难以量化比较,也难以认定孰者更具可归责性。其次,控制形态的差异使平台控制权与配送商控制权往往可以并存,而不存在相互排斥的问题。在劳务派遣中,由于派遣劳动者的工作时间和工作地点受用工单位指定,派遣单位在物理上无法对派遣劳动者进行指挥控制,这使用工单位获得了排他、专属性的控制权。但在平台用工中,平台借助移动通讯工具发布指令,突破了时间和空间的限制,骑手可以同时接受平台和配送商的指挥。而且平台采取的控制形态主要为技术控制和经济控制,与配送商的合同控制并不冲突。骑手既可以在合同上从属于配送商,又在技术和经济上从属于平台,因此平台控制权与配送商控制权并非此消彼长,而是相互平行。

平台和配送商的共同责任形态应为连带责任。首先,从公平原则出发,应由平台而非受害人承担法律关系复杂化的不利后果。平台和配送商采取的法律关系结构及合同安排仅有内部效力,不能对抗第三人。其次,设置连带责任符合便利和经济原则,有助于受害人在错综复杂的法律关系中寻求救济。^⑩平台用工模式的雇主碎片化增加了受害人寻找责任主体的困难,此时应遵循便利原则,使受害人可就连带责任人中的任意一人寻求救济。此外,如果责任主体和责任形态已经事先确定,这会激励平台和配送商就赔偿和保险提前作出安排,在保险和事前协议普及后,有关损害赔偿的争议将得以低成本的方式迅速解决,无须动用诉讼手段。^⑪最后,从风险预防的角度出发,连带责任更具有优越性。连带责任有更强的惩戒力度,能够督促平台和配送商强化风险防控,而非诱导双方互相推诿责任。^⑫

注释:

①参见邹海林、朱广新主编:《民法典评注:侵权责任编》,中国法制出版社2020年版,第300-301页。

②参见王成:《法律关系的性质与侵权责任的正当性》,载《中外法学》2009年第5期。

③参见张新宝:《中国民法典释评:侵权责任编》,中国人民大学出版社2020年版,第97-98页。

④参见王天玉:《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。

⑤参见汪华亮:《基于合同关系的替代责任:一个法律经济学视角》,载《法商研究》2015年第1期。

⑥参见程啸:《侵权责任法》(第3版),法律出版社2021年版,第454页。

⑦参见杨代雄主编:《袖珍民法典评注》,中国民主法制出版社2022年版,第1047页。

⑧劳动关系及劳务关系本质上是合同关系。参见于汇:《论“用工建立劳动关系”规则的目的性限缩》,载《法律科学》2020年第1期。

⑨参见滕宝年等诉上海拉扎斯信息科技有限公司机动车交通事故责任纠纷案,辽宁省大连市中级人民法院(2022)辽02民终2623号民事判决书。

⑩参见嵇某诉陈立青等机动车交通事故责任纠纷案,吉林省公主岭市人民法院(2019)吉0381民初4781号民事判决书。

⑪参见胡桂霞:《新就业形态下骑手致人损害的侵权责任主体认定——上海一中院判决董某诉张某、江西某公司生命权、身体权、健康权纠纷案》,载《人民法院报》2021年9月30日,第7版。

⑫参见刘某诉郭某等机动车交通事故责任案,江苏省苏州市虎丘区人民法院(2022)苏0505民初5337号民事判决书。

⑬参见孟祥芳诉山东瀚海网络科技有限公司等机动车交通事故责任案,山东省德州地区(市)中级人民法院(2021)鲁14民终3754号民事判决书。

⑭参见张洪峰诉陈海军机动车交通事故责任纠纷案,山东省济宁市中级人民法院(2020)鲁08民终5600号民事判决书。

⑮参见杨杰诉中国平安财产保险股份有限公司上海分公司等机动车交通事故责任纠纷案,北京市通州区人民法院(2019)京0112民初15728号民事判决书。

⑯参见耿荣佳诉拉扎斯网络科技(上海)有限公司等机动车交通事故责任纠纷案,北京市怀柔区(县)人民法院(2021)京0116民初4449号民事判决书。

⑰参见李晴诉北京三快科技有限公司等机动车交通事故责任纠纷案,陕西省西安市碑林区人民法院(2022)陕0103民

初1367号民事判决书。

⑱参见杨再科等诉拉扎斯网络科技(上海)有限公司生命权纠纷案,上海市第二中级人民法院(2018)沪02民终565号民事判决书。

⑲See Phillip Morgan, Vicarious liability for group companies: the final frontier of vicarious liability?, 31 Professional Negligence 276, 279-281(2015).

⑳See Matheson, J. H., The Modern Law of Corporate Groups: An Empirical Study of Piercing the Corporate Veil in the Parent-Subsidiary Context, 87 North Carolina Law Review 1091, 1114(2008).

㉑参见黄辉:《公司集团背景下的法人格否认:一个实证研究》,载《中外法学》2020年第2期。

㉒See Phillip Morgan, Vicarious liability for group companies: the final frontier of vicarious liability?, 31 Professional Negligence 276, 277-279(2015).

㉓参见沈建峰:《去组织体化用工及其当事人确定与责任承担》,载《政治与法律》2022年第8期。

㉔参见姚鹏斌:《技术从属性:算法时代劳动者的认定基准重构》,载《兰州学刊》2022年第2期。

㉕参见沈建峰:《去组织体化用工及其当事人确定与责任承担》,载《政治与法律》2022年第8期。

㉖See R. Calo & A. Rosenblat, The Taking Economy: Uber, Information, and Power, 117 Columbia Law Review 1623, 1645(2017).

㉗参见陈靖远:《事实优先原则的理论展开与司法适用——劳动法理论中的一个经典问题》,载《法学家》2021年第2期。

㉘See Keith N. Hylton, Tort Law: A Modern Perspective, Cambridge University Press, 2016, p.190.

㉙Lynn M. LoPucki, The Death of Liability, 106 Bankruptcy 1, 4(1996).

㉚See Keith Cunningham-Parmeter, Gig-Dependence: Finding the Real Independent Contractors of Platform Work, 39 Northern Illinois University Law Review 379, 400(2019).

㉛See Griffin Toronjo. Pivateau, Rethinking the Worker Classification Test: Employees, Entrepreneurship, and Empowerment, 34 Northern Illinois University Law Review 67, 69(2013).

㉜See Umer H, Illusory freedom of physical platform workers: Insights from Uber Eats in Japan, 32 The Economic and Labour Relations Review 437, 437(2021).

③③See Van Loo R, The Revival of Respondeat Superior and Evolution of Gatekeeper Liability, 109 Georgetown Law Journal 141, 160(2020).

③④罗寰昕:《算法控制视域下平台用工劳动关系认定的困境与出路》,载《交大法学》2023年第2期。

③⑤See Keith Cunningham-Parmeter, Gig-Dependence: Finding the Real Independent Contractors of Platform Work, 39 Northern Illinois University Law Review 379, 405-408(2019).

③⑥See Phillip. Morgan, Vicarious liability on the move, 129 The Law Quarterly Review 139, 139(2013).

③⑦参见余飞跃:《新业态从业人员职业伤害归责研究——基于汉德公式分析框架》,载《社会保障评论》2022年第3期。

③⑧See Hugh Collins, Keith Ewing & Aileen McColgan, Labour Law, Cambridge University Press, 2012, pp. 189-190. 另外,从雇佣关系认定标准的发展历史上看,制度移植和历史惯性亦推动了雇佣关系与雇主责任的绑定。在普通法上,由于历史上缺少关于工人身份认定的成文法规定,雇主责任的控制标准在工业时代逐渐扩展到劳动法中的雇员身份认定,与工人能否获得工资保护等劳动权利息息相关。雇佣关系在早期也是以普通法中的主仆关系为原型的。See Carlson R R, Why the Law Still Cant Tell an Employee When It Sees One and How It Ought to Stop Trying, 22 Berkeley Journal of Employment and Labor Law 295, 306-320(2001). See also Richard Kidner, Vicarious liability: For whom should the 'employer' be liable?, 15 Legal Studies 47, 64(1995).

③⑨See A. C. L. Davies, Employment Law, Pearson Education Limited, 2015, pp. 99-108.

④①See Nicholas J. McBride & Roderick Bagshaw, Tort law, Pearson Education Limited, 2018, pp.834-837.

④②See Carrie Silva, 'Not My Employee, Not My Liability': A Review of the Law of Vicarious Liability, Its April 2020 Supreme Court Airing, and Its Relevance to the Equestrian Industry and Other Small Businesses, 32 The Denning Law Journal 25, 35 (2021).

④③See Van Loo R, The Revival of Respondeat Superior and Evolution of Gatekeeper Liability, 109 Georgetown Law Journal 141, 166(2020).

④④Wilson v. Good Humor Corp, 757 F.2d 1293(1985).

④⑤See Wilsons & Clyde Coal Co Ltd v. English[1938]AC 57.

④⑥See Various Claimants v. Catholic Child Welfare Society [2012]UKSC 56.

④⑦See Matthew T. Bodie, Employment as Fiduciary Relationship, 105 Georgetown Law Journal 819, 826(2017).

④⑧See Paula Giliker, Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective, Cambridge University Press, 2010, p. 143.

④⑨See Hollis v. Vabu Pty Ltd(2001)207 CLR 21.

④⑩此外,还有学者通过企业责任(Enterprise liability)理论对雇主责任本身进行扩张。See Daniel. Harris, The Case against Vicarious Gatekeeper Liability, 21 Florida State University Business Review 43, 52(2022). See also John. Bell, The basis of vicarious liability, 72 The Cambridge Law Journal 17, 20(2013).

④⑪See Stevens v. Brodribb Sawmilling Co Pty Ltd(1986)160 CLR 16.

④⑫See Sweeney v Boylan Nominees Pty Ltd(2006)227 ALR 46.

④⑬See Marco Cappelletti, Justifying Strict Liability: A Comparative Analysis in Legal Reasoning, Oxford University Press, 2022, p.40.

④⑭See Paula Giliker, Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective, Cambridge University Press, 2010, p.66.

④⑮See Marco Cappelletti, Justifying Strict Liability: A Comparative Analysis in Legal Reasoning, Oxford University Press, 2022, p.42.

④⑯See John. Bell, Tort law and the Moral Law: Anglo-French Divergences, 80(S1)The Cambridge Law Journal 33, 53-54(2021).

④⑰See Oliver Rieckers & Gerald Spindler, Germany, pp. 67-69, in Britt Weyts eds., IEL Tort Law, Kluwer Law International BV, 2018.

④⑱See Cees Van Dam, European Tort Law, Oxford University Press, 2013, p. 503.

④⑲参见[德]埃尔温·阿伦斯:《德国侵权法》(第6版),叶名怡、温大军译,中国人民大学出版社2022年版,第249页。

④⑳See Paula Giliker, Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective, Cambridge University Press, 2010, p. 67.

㉑参见王泽鉴:《侵权行为》(第3版),北京大学出版社2016年版,第502-503页。

㉒European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law(PETL), European Group on Tort Law(May. 20, 2023), <http://egt.org/PETLEnglish.html>.

㉓参见欧洲侵权法小组:《欧洲侵权法原则:文本与评注》,于敏、谢鸿飞译,法律出版社2009年版,第166-167页。

㉔See Gert Brüggemeier, Modernising Civil Liability Law in

Europe, China, Brazil and Russia, Cambridge University Press, 2011, p.154.

⑭See A. C. L. Davies, *Employment Law*, Pearson Education Limited, 2015, pp. 103-104.

⑮See Keith Cunningham-Parmeter, *Gig-Dependence: Finding the Real Independent Contractors of Platform Work*, 39 Northern Illinois University Law Review 379, 407-408(2019).

⑯控制权也可以理解为默示合意,可用于检验双方明示合意是否真实的手段,本质上仍不脱离合意范畴。

⑰See Carrie Silva, 'Not My Employee, Not My Liability': A Review of the Law of Vicarious Liability, Its April 2020 Supreme Court Airing, and Its Relevance to the Equestrian Industry and Other Small Businesses, 32 The Denning Law Journal 25, 35 (2021).

⑱See Brishen Rogers, *Employment Rights in the Platform Economy: Getting Back to Basics*, 10 Harvard Law & Policy Review 479, 486(2016).

⑲See Nicholas J. McBride & Roderick Bagshaw, *Tort law*, Pearson Education Limited, 2018, p. 830.

⑳See Omri Ben-Shahar, *Causation and Foreseeability*, pp. 645-646, in Boudewijn Bouckaert eds., *Encyclopedia of Law and Economics*, Elgar Publishing, 2000.

㉑See Oliver Rieckers & Gerald Spindler, Germany, p. 67, in Britt Weyts eds., *IEL Tort Law*, Kluwer Law International BV, 2018.

㉒Woodland v. Swimming Teachers Association[2013]UK-SC 66.

㉓See Scott v Davis[2000]HCA 52. 参见 Gleeson CJ 法官对代理概念的评价。

㉔Nicholas J. McBride & Roderick Bagshaw, *Tort law*, Pearson Education Limited, 2018, p. 856.

㉕参见北京市第三中级人民法院课题组:《完善新业态劳动者合法权益保障的司法路径》,载微信公众号“人民司法杂志社”,2023年4月7日。这一课题报告整理了我国法院在控制权竞合时的不同裁判观点。一种观点认为,若骑手受配送商管理,则配送商单独承担雇主责任,平台不承担责任;相反观点认为,即便骑手受配送商管理,平台依然有可能承担雇主责任。

㉖参见肖竹:《劳动关系从属性认定标准的理论解释与体

系构成》,载《法学》2021年第2期。

㉗参见田思路:《技术从属性下雇主的算法权力与法律规制》,载《法学研究》2022年第6期。

㉘参见王天玉:《互联网平台用工的“类雇员”解释路径及其规范体系》,载《环球法律评论》2020年第3期。

㉙See Van Loo R, *The Revival of Respondeat Superior and Evolution of Gatekeeper Liability*, 109 Georgetown Law Journal 141, 182-185(2020).

㉚参见徐景一:《算法机器与资本控制:劳动过程理论视域下的平台劳资关系与资本积累》,载《社会主义研究》2022年第3期。

㉛参见娄宇:《新业态从业人员专属保险的法理探微与制度构建》,载《保险研究》2022年第6期。

㉜参见田思路、李帛霖:《雇主算法权力:法理构造、内涵特征与规制路径》,载《社会科学》2023年第1期。

㉝关于雇主追偿权的限制,参见班天可:《雇主责任的归责原则与劳动者解放》,载《法学研究》2012年第3期。

㉞参见王竹、张恒:《劳务派遣工作人员的侵权责任——兼论“不真正补充责任”的确立与扩展适用》,载《法学》2013年第2期;梅夏英、武兴伟:《劳务派遣中的用人者替代责任》,载《广东社会科学》2011年第1期。

㉟See *Nepstad v. Lambert*, 235 Minn.1(1951). 与我国《民法典》第1191条第2款相似,在借用雇员情形中,普通法中会突破雇佣关系适用雇主责任,故也有观点认为,借用雇员情形中的责任承担也可视为一种“类雇主责任”。

㊱参见郑志峰:《劳务派遣中雇主替代责任之检讨——兼评“不真正补充责任”》,载《法学》2015年第9期。

㊲See *Kastner v. Toombs*, 611 P. 2d 62(1980).

㊳See *Viasystems(Tyneside)Ltd v. Thermal Transfer(North-ern)Ltd & Ors*[2005]EWCA Civ 1151.

㊴参见郭元枝等诉刘猛等机动车交通事故责任纠纷案,北京市第三中级人民法院(2020)京03民终4170号民事判决书。

㊵参见章亮明:《派遣劳动者职务侵权时的雇主责任》,载《法学论坛》2009年第4期。

㊶See John Dwight. Ingram, *Vicarious Liability for Acts of Borrowed Servants*, 53 FDCC Quarterly 189, 198(2003).

㊷参见郑志峰:《劳务派遣中雇主替代责任之检讨——兼评“不真正补充责任”》,载《法学》2015年第9期。