

# 三角用工型网络平台网约配送员权益保障问题研究

高梦悦, 刘晓纯

天津大学法学院, 天津

收稿日期: 2022年12月5日; 录用日期: 2023年2月26日; 发布日期: 2023年3月2日

## 摘要

随着网络平台用工模式的不断演变, 平台用工链条引入了越来越多的主体, 形成了“平台 + 个人 + 承包商”的新型用工模式。而更多主体的加入带来的结果是平台脱责空间的加大, 用工市场的混乱。网约配送员这一行业发展态势迅猛, 行业的特殊性使得这一群体的权益在新型平台用工模式下难以得到保障。新型用工模式加剧了平台资本的无序扩张与配送员权益保护的失衡。通过劳动关系认定的司法实践反思, 结合外卖配送员的行业特点, 对三角型用工模式下劳动关系从属性理论的解释与适用提供思路, 尝试捋清多方法律关系。同时, 通过梳理三角平台用工的模式类型以及特点, 分析网约配送员权益保障面临的现实困境并提出对策。

## 关键词

三角平台用工, 网约配送员, 劳动关系, 权益保障

## Research on Protection of Rights and Interests of Network contract Deliverers in Triangle Labor Network Platform

Mengyue Gao, Xiaochun Liu

Law School, Tianjin University, Tianjin

Received: Dec. 5<sup>th</sup>, 2022; accepted: Feb. 26<sup>th</sup>, 2023; published: Mar. 2<sup>nd</sup>, 2023

## Abstract

With the continuous evolution of the network platform labor mode, the platform labor chain has

introduced more and more subjects, forming a "platform + individual + contractor" new labor mode. The result of the addition of more entities is the increase of the platform accountability space and the chaos of the labor market. The industry of online delivery personnel is developing rapidly. The particularity of the industry makes it difficult to guarantee the rights and interests of this group under the new platform employment mode. The new employment mode intensifies the unordered expansion of platform capital and the imbalance of rights and interests protection of deliverers. Through reflection on the judicial practice of labor relations identification, combined with the industry characteristics of takeout delivery workers, this paper provides ideas for the explanation and application of the labor relations subordination theory under the triangular employment mode, and tries to clarify the multi-party legal relations. At the same time, by sorting out the types and characteristics of the triangle platform labor mode, analyze the practical difficulties faced by the rights and interests protection of network contract delivery personnel and put forward countermeasures.

## Keywords

Triangle Platform Employment, Network Contract Delivery Personnel, Labor Relations, Protection of Rights and Interests

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 问题之缘起

随着计算机网络的发展,以算法为依托的大数据产业应运而生并且蓬勃发展。当数据成为信息时代一项重要的生产输入,互联网平台不再像最初一样,只能是以传递信息、发布信息为主要功能的中介平台,平台企业可以通过计算机算法对信息资源进行整合配置和协调。在先工业时代,随着传统的生产输入不断扩张,经济规模达到一定峰值时,受到信息不对称、消费者需求等因素的影响,企业的经济效益开始下滑。算法数据的产生和发展使我们的经济时代完成了从传统的工业时代到数字信息时代的跨越。信息数据,相较于传统的生产要素,具有成本低、再生能力强、重复使用率高等优势。在以大数据为核心的数字经济时代,互联网平台企业获取生产要素的成本大幅下降,企业的边际效应成本下降,一种超越传统经济模式的平台经济应运而生,使得我国的资本形态出现了“平台化”特征,平台企业通过低成本的生产要素、有效的信息整合、用户的消费粘性以及平台自身的广告效应等实现经济的加速增长,同时也极易在平台资本市场上形成垄断。科学技术的发展极大提高了社会的生产效率,而大规模的经济效益则由掌握生产技术的资本主体所享有,而与之相对应的劳动者则沦为最廉价的商品,人也由此发生了异化[1]。平台经济将天平的一端倾向效率的同时,其带来的公平问题也接踵而至,较为典型的是平台“数字劳工”的权益保障问题。而越是没有掌握生产技术的“数字劳工”,其劳动异化的程度以及被资本剥削的程度就越强,最为典型的是网约配送员,网约配送员作为平台资本市场的低端零工,常处于弱势地位,也是平台经济背景下劳资双方矛盾扩大的现实缩影。

近年来,网约配送员的权益保护问题成为了国家和社会大众关注的重点。2020年,人社部、市场监管总局和统计局联合发文,将“网约配送员”正式列为新职业,自此闲散于社会上的外卖骑手们有了正式的职业名称。相较于传统劳动用工模式,平台用工方式的灵活性和自由度较高,并且门槛较低,想要成为网约配送员一般在平台 app 注册即可,再加之近两年新冠疫情的影响下民众的线上餐饮需求的

巨幅增长, 越来越多人的加入网约配送员这一行业队伍。截止至 2020 年上半年, 美团骑手的总人数为 295.2 万人, 同比增长 16.4%, 而饿了么 APP 显示其具有多达 300 万的注册骑手<sup>1</sup>。随着近些年来平台经济的发展演进, 以外卖平台企业为代表, 试图构建一种平台三角用工模式。该模式最典型的特征是除了平台与从业者之外, 还存在第三方主体的介入。外卖平台企业与多由劳务派遣公司或是劳务外包公司组成的承包商合作, 以承包商作为第三方主体与平台从业者签订合同, 建立劳动关系、劳务关系或者合作关系, 将原本应由平台承担的义务和风险转嫁到承包商身上。在这种模式下, 平台企业可以在一定程度上减轻人力成本的压力, 亦能达到对平台从业者最大程度的剥削。2021 年, 国家发展改革委等部门发布《关于推动平台经济规范健康持续发展的若干意见》。该《意见》强调要重视对于网约配送员等新型就业形态的从业者权益保障, 可见国家对外卖平台用工不规范化以及从业者权益保障问题的重视。基于此, 本文需要厘清的问题是: 1) 三角用工型平台模式下, 网约配送员权益保障面临的现实困境。2) 三角用工型平台模式下如何界定多方主体的法律关系, 即网约配送员与外卖平台以及承包商之间的法律关系界定。3) 如何建立以及完善网约配送员的权益保障规则。

## 2. 三角用工型网络平台概述

### 2.1. 外卖平台三角用工模式的演进

随着科学技术的发展, 电话和手机的产生和普及使我们的日常生活变得更加便利, 同时也改变了餐饮业消费者的消费模式, 人们开始通过手机点餐消费, 而店家会自己雇佣人员进行配送服务上门送餐。自 2008 年开始, 随着智能手机的产生和互联网的普及开始出现了平台外卖, 美团外卖、百度外卖、饿了么等外卖平台相继出现并且席卷市场, 外卖平台的出现使消费者点餐更加便利, 同时也减少了商家的人力成本, 越来越多的商家选择与外卖平台合作。外卖平台发展初期, 商家在平台上发布信息, 平台多采取两种用工方式: 第一种用工方式是平台与配送人员签订劳动合同, 配送人员受到平台的管理与制约并且提供配送服务; 第二种用工方式是平台与劳务派遣公司合作, 由劳务派遣公司招募、组织、管理配送人员。在这一时期, 配送人员无论是与平台还是与劳务派遣公司建立劳动关系, 配送员的各项权益均受到很好的保护, 平台也很少存在规避义务和风险的空间, 这处于平台外卖发展的萌芽阶段。随着外卖行业迅速发展壮大, 外卖平台对于配送员的需求量越来越大, 面对高额的人力成本, 平台开创了一种新的模式即众包模式, 平台招募的众包配送员一般是兼职配送, 工作强度低, 灵活性和自由度高, 通过平台抢单, 配送方式较为零散化。平台通过这样的方式与众包配送员建立合作关系或者劳务关系, 尽可能避免与配送员建立劳动关系以减少人力成本。同时, 在众包模式下, 许多外卖平台选择与众包服务公司进行合作, 意图在平台与配送员之间建立起一座“防火墙”, 成功转嫁风险<sup>2</sup>。随后, 掌握规避风险密码的平台开始尝试转嫁专送配送员的人力成本和风险, 与配送商、承包商合作, 将本应由平台处理的业务进行授权和分包[2], 由配送商或劳务外包公司与配送员建立法律关系, 将招募、管理、发放工资、缴纳保险等业务成功转移至第三方, 风险与成本也随之转嫁。

### 2.2. 外卖平台三角用工模式的现状

回顾外卖平台三角用工模式的演进历程, 可以看出外卖平台通过与第三方合作的形式, 成功实现了由重资产到轻资产的跨越, 数据运营时代的外卖平台利用其绝对强势的市场优势卸下风险和人力成本的包袱, 试图用最低的成本换取最大的利润, 模式的转变使平台节省了约 40% 的成本, 从此坐稳了讲究轻资产, 追求高毛利和边际效应的地位[2]。2019 年中国餐饮行业市场规模达 4.67 万亿元, 较 2018

<sup>1</sup> 参见美团研究院:《2020 上半年骑手就业报告》, <https://www.docin.com/p-2410107878.html>.

<sup>2</sup> 参见《骑手谜云: 法律如何打开外卖平台用工的「局」》, <https://www.huxiu.com/article/455967.html>.

年增加了 0.4 万亿元, 同比增长 9.37%<sup>3</sup>。根据美团 2020 年第二季度财报, 美团实现了 22 亿人民币的净利润, 同比增长 95.5%, 其餐饮外卖业务的毛利率逐年稳步提升, 自 2017 年毛利率首次转正后的 8.1% 增加至 2019 年疫情前夕的 18.7%。而外卖行业最大的配送商之一只占据 4% 左右的市场份额, 2017~2019 三年平均毛利率仅只有美团平台的三分之一<sup>4</sup>。而平台经济繁荣的背后, 是第三方配送商、承包商为其承担的风险以及平台外卖行业劳资双方矛盾的扩大。目前, 外卖平台三角用工主要存在如下两种模式:

### 2.2.1. 平台直接外包模式

平台直接外包模式是指平台为了降低人力成本, 选择与配送商合作。平台将配送业务全部外包给配送商, 也就是劳务外包公司, 由配送商对配送员进行统一的招募与管理, 与配送员建立法律关系(参见图 1)。最典型的国内最大的外卖配送服务商“趣活”, 长期与“美团”、“饿了么”等外卖平台建立合作服务关系。自“趣活”成立以来, 外卖配送一直是其创收的主力, “趣活”一直以来打出的口号是“一站式劳动力运营解决方案平台”。平台的直接外包模式的运作方式主要是由平台向配送商支付一定的服务费, 由配送商提供劳动力资源即配送员, 消费者通过平台下单获取订单信息以及配送信息, 由配送员提供配送服务。有些情况下, 平台将服务供给外包给第三方, 与第三方签订合作协议, 第三方配送商提供的服务以及对配送员的管理机制需要以平台的要求为标准。以“美团”平台为例, 美团外卖的经营企业三快公司与宁波某配送公司签订配送服务协议, 内容约定配送公司需要按照平台的要求建立配送团队、招募配送人员, 配送公司对配送员的管理应当按照合作协议的内容进行<sup>5</sup>。

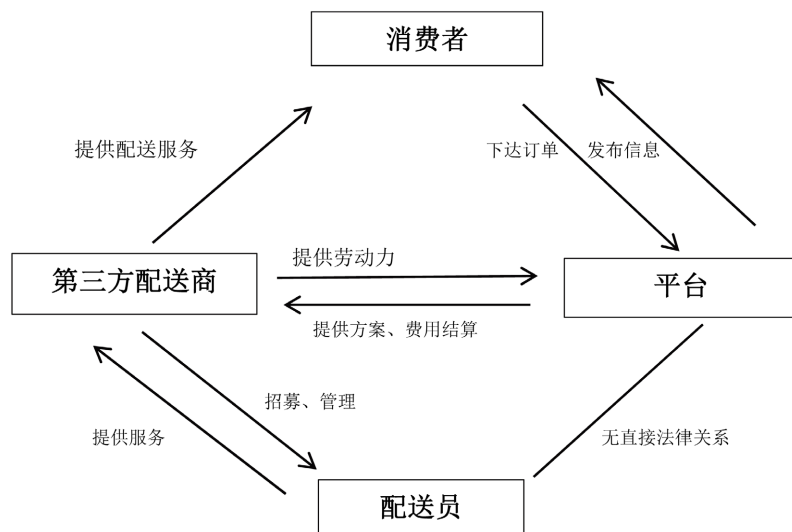


Figure 1. The direct outsourcing mode of the triangle employment network platform  
图 1. 三角用工型网络平台直接外包模式

### 2.2.2. 平台网状外包模式

外卖平台的用工模式演变成至今的三角平台用工模式的根本目的是降低高昂的人力成本, 最大程度上规避责任和风险。在平台的直接外包模式下, 生产要素的中劳动力的成本以及可能面临的风险直接转嫁至第三方配送商。第三方配送商则效仿平台将成本和风险继续向外转嫁, 配送商将配送业务继续转包

<sup>3</sup> 参见《2020 年中国外卖行业发展现状及未来发展前景分析》, <https://cn.anyanke.com/33849.html>。

<sup>4</sup> 同前注 2。

<sup>5</sup> 参见江苏省苏州市中级人民法院(2019)苏 05 民终 212 号民事判决书。

至其他企业, 试图在配送商与配送员之间建立多层“防火墙”(参见图 2)。在李某与重庆某餐饮公司确认劳动关系一案中, 饿了么平台与太昌餐饮公司建立配送服务合作关系, 而太昌公司将部分区域的外卖配送业务继续给第三方主体即锐速公司, 由锐速公司对配送员进行统一的招募管理, 由太昌公司代发工资, 在庭审过程中太昌公司以将外卖配送业务分包给第三人为由不承认与配送员李某存在任何的法律关系<sup>6</sup>。在网状外包模式下, 有越来越多的主体加入这个过程中, 这意味着原本与配送员建立劳动关系的配送商可以无序地将业务进行分包和转包, 平台的业务供给服务分散于多个主体之中, 外卖平台的用工链条被多次割裂。从邵某与迪亚斯公司确认劳动关系一案中可知, “饿了么”平台的配送商迪亚斯公司将部分服务业务转包、多层分包给其他主体, 配送员与迪亚斯公司订立合同, 但是实际薪酬是由太昌公司发放, 同时邵某每个月的税款缴纳业务由多家公司提供, 其中还包括天津某建筑公司以及上海某外包公司<sup>7</sup>。无独有偶, 百度外卖的网络交易平台小度公司的一级配送商为新驰公司, 新驰公司直接与小度公司建立合作关系, 新驰公司指定第三方公司趣活公司提供物流服务, 同时趣活公司与安徽伯汇公司合作, 约定由伯汇公司招募管理配送人员, 整个用工链条中的服务管理职能被分散到多个主体之中。在这个案件中, 由新驰公司组织承包, 趣活公司订立薪资标准, 伯汇公司实际招募管理配送员, 是典型的平台用工网状外包模式<sup>8</sup>。

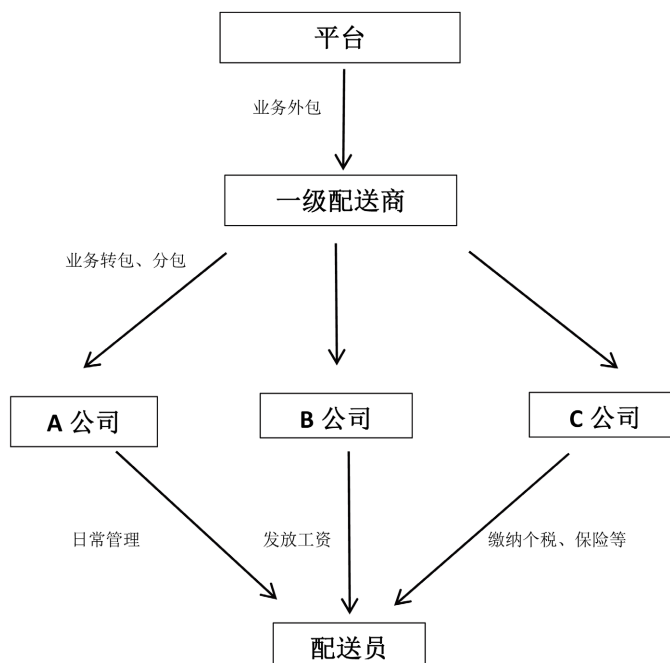


Figure 2. Network outsourcing model of corner employment network platform  
图 2. 角用工型网络平台网状外包模式

### 3. 平台三角用工劳动关系的认定与构造

法律关系的方法, 是民法的基本方法[3]。在我国民法规则体系里, 法律关系认定直接影响着权利义务的分配以及责任的承担。如何规范外卖平台用工行为, 防止平台和配送商无序规避风险, 保障配送员的权益, 应当从明晰法律关系入手, 从而得出法律规制的正确方法[4]。

<sup>6</sup> 参见重庆市长寿区人民法院(2018)渝 0115 民初 2128 号民事判决书。

<sup>7</sup> 参见重庆市第一中级人民法院(2021)渝 01 民终 780 号民事判决书。

<sup>8</sup> 参见北京市第二中级人民法院(2018)京 02 民终 3469 号民事判决书。



### 3.1. 平台三角用工劳动关系认定困境

2020年,人社部对用人单位灵活化用工进行调研,并在文件中强调,一些用人单位为了规避社会保险和税收等成本,与人力资源服务公司或平台服务公司合作,出现了核心员工合伙化、非核心员工合作化的情况,呈现去劳动关系化趋势。平台三角用工模式由于涉及多方主体,并且对于平台和配送商来说存在着很大的规避与配送员建立劳动关系的空间。因此在三角用工模式下如何认定法律关系则成为了一个重点、难点问题。在司法实践中,对于认定网约配送员与平台以及配送商之间是否存在劳动关系,以及认定配送员与平台和配送商之间存在何种法律关系,经常出现同案不同判的现象。同时,司法实践中对于劳动关系的认定标准也是纷繁复杂(参见表1)。

**Table 1.** Judicial practice's identification of the legal relationship of triangle employment

**表 1.** 司法实践中对于三角用工法律关系的认定

案由	分包模式	用工模式	法院判决
1.李清华与太昌(重庆)餐饮管理有限公司确认劳动关系纠纷	“饿了么平台”-太昌公司-锐速公司	太昌公司-未进行劳动管理、代付劳务费用、进行安全教育 锐速公司-招录人员、支付报酬	结果:未认定劳动关系 依据:原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》 理由: 1)工作场所不受控制、报酬根据送餐数量多少确定 2)对原告等骑手安全教育、服务态度标准等要求不是严格意义上的规章制度 3)生产资料(交通工具)自行提供
2.邵新银与迪亚斯(重庆)物流有限公司确认劳动关系纠纷	“饿了么平台”-迪亚斯物流公司-太昌公司	迪亚斯物流公司-太昌公司-招募人员、发放报酬	结果:未认定劳动关系 依据:原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》 理由:接单后未配送则平台减少配送量应系算法对“骑手”配送能力的调整而不能视作对其工作意志的控制,从而不存在人身从属性
3.秦雅静、秦宇轩等与宁波捷顺食品配送有限公司与秦确认劳动关系纠纷	“美团”平台-捷顺配送公司	捷顺配送公司-招募人员、发放薪资、报酬计件结算按月发放	结果:认定劳动关系 理由: 1)劳动报酬由捷顺配送公司进行计件发放,每月结算,也符合一般劳动关系的特征 2)平台与配送商签订的协议约定对配送人员进行规范管理、保证配送人员按照协议约定标准完成配送服务等内容 4)美团外卖在经营中,对外卖配送骑手有着装要求,顾客对外卖配送骑手有评价机制;故可认定捷顺配送公司对作为外卖配送骑手的李杰进行劳动管理
4.俞叶新与杭州几雨电子商务有限公司劳动争议	“饿了么”平台-几雨公司	几雨公司-招募人员、与配送人员签订劳务雇佣协议 第三方公司-发放薪资	结果:认定劳动关系 理由:配送人员从事并完成工作、取得报酬、几雨公司实施具体管理等,主要通过网络进行,形成了事实上了管理与控制

Continued

5.周广力与上海拉扎斯信息科技有限公司(饿了么)有限公司与劳动合同纠纷一审	上海拉扎斯信息科技有限公司(饿了么)有限公司 - 煜峰公司	煜峰公司 - 招募人员、统一管理、缴纳保险	<p>结果：认定劳动关系</p> <p>理由： 配送员必须配备拉扎斯公司的装备，不得为其他外卖公司送餐，报酬通过平台 APP 提取，表明具有建立劳动关系的意思表示制定一系列规章制度，规定着装范围、配送范围等，形成了对劳动力的支配权</p>
6.周广力与上海拉扎斯信息科技有限公司(饿了么)有限公司与劳动合同纠纷二审	上海拉扎斯信息科技有限公司(饿了么)有限公司 - 煜峰公司	煜峰公司 - 招募人员、统一管理、缴纳保险	<p>结果：未认定劳动关系</p> <p>理由： 1) 不存在紧密的人身从属性：配送员自行采购劳动工具，自主安排工作，自行决定何时上下线，自行决定哪一天可以休息，没有固定的工作地点 2) 不存在紧密的经济从属性：配送员所取得的报酬，以量(件)计酬，与劳务付出具有对价性，不含工龄补贴等相关福利待遇，与一般劳动者领取的工资在性质上并不相同 3) 在平台对从业人员的约束系行使相应的监管权，以保证平台的运行及良好形象，不应视为对从业人员的管理与控制。</p>

### 3.1.1. 平台的去劳动关系化现象

笔者在对相关案例进行查找和梳理时，发现在平台用工外包模式下，认定配送员与平台存在劳动关系的判决微乎其微。以往在司法实践中判断从业者与企业之间是否建立劳动关系主要是依据的是形式判断，即书面的劳动合同。在没有劳动合同的情况下，法院通过人格从属性、组织从属性、经济从属性的认定标准来认定劳动关系，但是由于平台用工的特殊性，平台管理机制的隐蔽性，导致难以认定劳动关系。而在三角用工模式下，平台管理的隐秘性以及从业者与用人单位从属性的分散使得劳动关系的认定愈加复杂，传统认定劳动关系的一个重要因素是考察用人单位与劳动者之间是否为“一对一”的关系，也就是说劳动者如果只是为一家用人单位提供劳动，不存在其他的用人单位，那么就可以认定两者之间存在雇佣这一事实行为，进而认定两者之间具有劳动关系，以此明确用人单位所应当承担的劳动法上的责任。但是在平台三角用工模式下，出现了“一对多的现象”，原本集中于一体的管理权能被不断地转移、分散至多个商业主体之中，平台与配送商之间管理职能的分离，为平台和配送商提供了劳动法上的免责空间，被包裹在平台外包模式暗网之中的配送员甚至于法院均难以确定用人单位。

### 3.1.2. 承包商的去劳动关系化现象

同时，笔者通过对判例的梳理，发现很多配送商以及第三方公司主张其仅仅负责人员的招募和薪资的发放，配送员工作的自主性较强，不存在对配送员的直接管理，进而主张不承担劳动法上的义务和责任。而平台将配送业务外包给第三方的行为更是难以认定平台与从业者之间的劳动关系。在司法实践中也常常由于外包商对配送人员的管理控制程度的弱属性，法院难以认定两者具有劳动关系。外卖平台三角用工模式出现之后，平台与专送配送员认定劳动关系的比例从 100% 降至 46.51%。有相关机构整理了近 2000 份司法判决，在平台网状外包模式下，配送商承担责任的概率从 82% 降到了 46%~59%，而平台

承担责任的概率则降至 1%<sup>9</sup>。虽然表面上看, 配送商以及第三方公司仅进行人员的招募以及工资的发放, 没有对配送人员进行实质的管理, 但是外卖平台通过规章制度的过度以及系统算法对配送员形成了实质上了管理与控制。配送商以及第三方公司对于配送员的管理源于平台直接的指令行为, 比如表一的案件二中, 虽然形式上配送员由配送商招募, 但是配送员实质上受到平台的管理, 配送员考勤通过平台(饿了么 app)进行, 并且对于配送员的管理规则实质上由平台制定, 由配送商(太昌公司)予以说明<sup>10</sup>。而配送商将配送业务继续转包给第三方主体的同时也强调自己不与配送员存在任何法律关系, 但是在事实上却对配送人员进行管理控制。表 1 的案件一中, 平台的配送商(太昌公司)与其外包公司(锐速公司)合作内容约定, “太昌公司不与配送人员建立任何形式的劳动或者劳务关系, 因配送人员产生的一切后果和责任由锐速公司承担, 并且锐速公司有义务履行太昌公司方发布的对配送人员最新规范和考核”<sup>11</sup>。这意味着配送商或是第三方外包公司仅仅是规则的传递者而非制定者。

### 3.2. 平台三角用工劳动关系的适用空间

平台灵活用工模式的出现使得生产要素与企业相脱离, 从业者的工作场所不固定, 工作方式变得更加灵活, 但是并没割裂从业者的劳动力与企业的生产资料相结合的本质[5]。以往的用工模式中, 由于劳动者的工作时间和工作地点受限, 劳动者的劳动过程受直接的“人”的监督和管理。相较于传统的用工模式, 外卖平台的配送人员可以自由安排自己的工作时间, 不需要到平台公司限制的工作场所进行合作, 薪酬也是计件付费, 配送所必须的交通工具是由配送员自己提供, 从表面上看平台没有对从业人员形成实质上的管理与控制, 但实质上配送员无时无刻不受到平台背后的算法所指挥和监管。平台程序员设定的数据算法几乎记录着配送员的一切行为, 而平台后的资本家可以通过算法系统实现对配送员的控制, 这依旧没有摆脱传统雇佣关系中劳资双方的垂直管理体系。外卖平台配送员主要的工作内容就是进行配送服务, 配送员在系统上自行抢单并且利用自己的交通工具进行配送这个工作过程看似独立自主, 但是平台系统的“电磁波”自始至终围绕在配送员周围, 对其行为进行控制、监督, 而这“电磁波”的背后依旧是平台企业的管理者[6]。而平台通过算法数据对配送员进行指挥管理并没有改变雇佣关系的本质——即劳动对资本上形式上的和实际上的从属[7]。(参见表 2)

#### 3.2.1. 人格从属性

目前世界各国对于认定劳动关系人格从属性的判断标准主要包含雇主对于雇员的指挥命令——即雇主的指挥权; 雇主对雇员劳动过程的监管以达到劳动成果的实现——即雇主的监督权; 对于雇员劳动进行奖惩——即雇主的惩戒权[8]。实际上, 平台企业对于配送员工作时间、工作地点、工作方式的指挥和监督无处不在, 外卖平台的算法直接支配着配送员的配送时间、地点、路线以及配送服务。关于工作地点, 虽然配送人员的配送过程是流动的, 但是平台会划定配送区域并对配送路线进行规划和监管。一般外卖平台的配送员会划分固定的配送区域并且设置一定的送货半径, 美团外卖配送人员的送货半径大概为 3 公里左右, 由系统对配送路径进行监控。虽然多家外卖平台主张配送员可以在平台上自由抢单, 但是随着人工智能调度的逐渐优化, 配送人员只能在一定的限制区域内进行接单。关于工作时间, 平台企业会根据最优化的算法为配送人员限制配送时间, 平台利用看似精准的科技算法将配送时间尽可能的缩至最短。除此之外, 平台会不断优化算法来对雇员进行最大程度上的压榨, 如果一个配送人员能在最快的时间内完成一个订单那么这个最快的时间就会成为一个标准, 算法通过不断的训练、优化以制定对平台来说最高效、最大利润化的配送时间, 这意味最优化的算法代表着最不人性化的管理。有配送人员表

<sup>9</sup> 参见《外卖平台用工模式法律研究报告》, <https://www.tax100.com/thread-484351-1-1.html>。

<sup>10</sup> 同前注 7。

<sup>11</sup> 同前注 9。



示, 平台根据算法计算出的配送时间是按照直线的也就是点对点的距离计算的, 并没有考虑到需要绕路、等待红灯的路线。2019 年我国的外卖配送服务要求的平均配送时长不超过 28 分钟, 外卖订单单均配送时长比 3 年前减少了 10 分钟<sup>12</sup>。平台通过算法对配送人员配送时长的命令也直接导致职业风险的提升。大量的配送员深陷算法的囹圄, 不得不超速、逆行、闯红灯。2020 年, 通过对美团和饿了么两大外卖平台所涉司法案件的调查, 涉及争议最多的是“机动车交通事故责任纠纷”, 其中美团案件累计达到 181 件, 饿了么案件则达到 282 件<sup>13</sup>。

**Table 2.** Application of labor relations subordination

**表 2.** 劳动关系从属性的适用

人格从属性	经济从属性	组织从属性
1) 对工作方式的指挥权: 为配送员设置一定的行为规范, 比如态度良好, 面带微笑, 面对客户需要的话术, 以及迟到后主动道歉等行为规范 2) 对工作时间、地点的决定权: 要求最低配配送时长、为配送员划分一定的区域, 设置一定的配送半径 3) 监督权: 配送员接单、配送过程受到系统的监督。设定差评、投诉等机制以及罚款、封号等惩罚措施	1) 生产资料(所掌握的信息数据)由平台所控制、提供 2) 配送员收入占家庭收入来源的比例 3) 薪资发放的周期, 持续性以及稳定性	配送员提供的劳动是否为平台业务组成部分: 1) 人格从属性: 受到平台算法以及规章制度的管理。 2) 经济从属性: a) 设置底薪+积分评价机制(奖金) b) 抽成比例规则制定的不平等 c) 薪资发放的方式具有固定性、持续性 3) 工作外观: 穿戴具有平台标识的工作服、工箱等
平台粘性效应	3) 平台企业信用评级系统对于从业者转化工作的影响 3) 设置等级划分标准以及积分规则, 等级越高积分越多意味着能够换取更多的报酬	

除了对工作时间和工作地点的限制和监管, 有些外卖平台甚至对配送人员进行更加精细化的管理, 有些平台要求配送人员工作期间必须穿着代表平台的工作装, 佩戴工箱等, 并在行为规范中规定面对客户时的态度。平台还会设定一定的奖惩机制, 如果配送人员超出系统规定的配送时间, 可能会面临客户的投诉, 会受到罚款、封号等处罚。某外卖平台对客户的好评率进行分数累计, 积分越高意味着更高的工资和奖金, 一个差评扣 50 积分, 并根据客户的投诉进行 50 元到 500 元的罚款。配送站点还需要每年受到平台的考核, 平台还设置了在区域内考核排名末位淘汰机制<sup>14</sup>。系统严格的奖惩机制和评价体系使配送员不得不严格遵循平台算法的指挥管理, 形成了本质上无异于传统劳动关系上的人格从属性。

### 3.2.2. 经济从属性

我国学者以及司法实务对于经济从属性的内涵定义歧见纷呈, 其中主要包括生产要素的紧密性、经济的依赖性以及劳动报酬的对价性。我国有学者认为, 任何劳动都是“劳动力+生产资料”的组合, 将“本人的劳动力 + 他人的生产资料”作为认定劳动关系的标志。而企业所有权与经营权的分离使生产资料的所有者与劳动的管理者也随之发生了分离[9]。笔者在梳理司法判决的过程中, 不难发现大量的平台以及承包商强调配送员的交通工具是自己提供, 进而主张不存在劳动关系。十九届四中全会已将数据纳入生产要素的范畴<sup>15</sup>, 在以大数据为核心的平台经济运营中, 平台对从业者的支配权不再单纯的出于生

<sup>12</sup> 参见《外卖骑手, 困在系统里》, <https://s.r.sn.cn/Jzt82r>。

<sup>13</sup> 参见《今年外卖个体户同比增 1324.7%, 交通事故成最大隐忧》。

<sup>14</sup> 同前注 12。

<sup>15</sup> 《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》指出, 要健全劳动、资本、土地、知识、技术、管理、数据等生产要素由市场评价贡献、按贡献决定报酬的机制。

产设备和工具即交通工具。生产资料作为劳动者所必须的资源, 配送人员在完成配送服务的过程中, 通过平台所掌握的信息数据才是重要的生产资料。有法院判决指出, 认定劳动关系的一个重要指标是判断劳动者与用人单位是一对一的关系还是一对多的关系, 如果劳动者是为一家用人单位工作, 那么代表着劳动者与用人单位形成了强经济依赖性。虽然在三角模式用工下, 存在平台、承包商以及配送员的多方关系, 但是实质上配送员是为平台这一个主体工作, 配送员受到平台制定的规章的管理以及平台算法的规制。美团平台调查数据显示, 有 65.3% 的配送员的从业状态为平台配送是自己唯一的工作, 45% 的配送员工作时间占据自己所有工作时间的 80%~100%<sup>16</sup>。而在平台的强势支配地位下, 大多数的配送员不得不将配送服务所赚取的报酬作为自己收入的唯一来源。

### 3.2.3. 组织从属性

目前我国司法实践中多以人格从属性和经济从属性作为认定劳动关系的主要标准, 但近些年来有些法院以组织从属性作为认定劳动关系的辅助判断标准, 判断组织从属性的一个重要标准是劳动者提供的劳动是否为用人单位业务的重要组成部分<sup>17</sup>。关于平台是纯粹的承担信息传递的中介职能还是配送员提供的配送服务属于平台业务的组成部分这一问题, 需要结合人格从属性和经济从属性进行判断。配送员需要在平台规定的配送区域内进行配送, 并且受到时间、地点的限制, 平台通过规章制度和算法对配送人员形成管理。平台配送员需要穿戴具有平台标识的工作服、工箱等, 有些平台还需要配送员向客户表明自己是某某平台配送员, 赋予配送员工作外观, 配送员以及客户有理由相信配送员依附于平台组织。同时, 从经济从属性角度考量, 外卖平台通过服务商对配送员的薪资发放方式是计件发放、按月支付, 具有连续性、固定性。平台的抽成规则以及与配送员利润分配的比例均是由平台一方以格式条款的方式制定, 配送员并不具有话语权。有些平台会为配送员设置基本工资并设置积分评价机制, 即根据配送员的表现发放一定的奖金报酬。平台一方话语体系下的计酬方式显然异于中介服务费用一次性收费并建立在双方共同意志之上的收取规则。因此, 从经济从属性视角解读, 配送员的配送服务应当被认定为平台业务的组成部分。

### 3.2.4. 平台粘性效应

平台从业人员劳动过程的碎片化和零散性为平台提供了极大规避劳动关系的空间, 平台与配送员之间不具有传统意义上的强人身依附性。表面上看, 配送员异于传统的劳动者必须按时打卡上下班, 可以自主掌握自己的工作时长并可以随时脱离平台选择新的工作。外卖平台结合这种不确定性设置等级积分评价机制, 加强劳动者和平台的紧密性, 从而生成平台的“粘性效应”。大部分的配送员会为了多获取订单以增加收入而不得不增加自己的劳动时间, 有时平台配送员的工作时间远超劳动法保护的工作时长。根据相关调查显示, 大部分的配送员每天的工作时长为 9~14 个小时, 平均每天工作时长 11.036 小时, 平均每周工作 6.793 天<sup>[10]</sup>。根据国际劳工组织发布的报告显示, 外卖配送人员中全职人员的比例高达 74.5%, 工作时间达一年以上的比例为 42.9%<sup>18</sup>。除此之外, 大部分平台还设置了等级森严的评分机制, 积分等级直接与配送员的订单数量、准时率、好评率挂钩, 等级越高意味着越高的奖金和收入、“饿了么的配送员”被划分为 7 类骑士等级, “美团”也将配送员按照普通到王者从低到高进行了不同的等级划分。平台将晋升机制与积分奖金与配送员的劳动过程紧密相联, 对于专送配送员来说, 在投入过大机会成本面前难以从平台抽身, 被迫与平台紧密结合。据此, 平台与配送员之间形成了形式上的独立自主与实质的劳动从属<sup>[11]</sup>。

<sup>16</sup> 同前注 1。

<sup>17</sup> 参见原劳动与社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》。

<sup>18</sup> 参见国际劳工组织:《中国数字劳工平台和工人权益保障》工作报告。

## 4. 三角用工型网络平台配送员权益保障的困境破解

### 4.1. 劳务派遣规则适用

外卖平台通过第三方承包商将配送服务外包应区别于一般的业务外包, 是一种人力资源的外包, 其本质是劳务派遣。劳务派遣的对象是劳动力, 派遣单位直接与劳动者签订合同或建立关系, 并且向用人单位提供劳动力, 劳动者接受用人单位的直接管理, 需要遵守用人单位的规章制度, 双方具有附属性, 其并未脱离劳动力与生产资料结合的实质。而劳务外包则属于业务外包的一种, 其对象是一定的工作成果, 发包企业将业务的组成部分外包给第三方公司, 由第三方公司派出人员完成业务。劳务外包中, 承包企业派出的工作人员不需要接受发包企业的管理, 发包企业也不参与对于员工完成工作任务这一过程的指挥、控制, 双方具有一定的独立性和平等性。同时, 在服务费用的支付方式上, 劳务外包是按照工作成果、服务本身进行支付, 劳务派遣则是按照劳动力支付一定的人力费用。而目前的外卖平台三角用工模式, 包括承包商通过平台下发的规章制度对配送员进行直接管理, 以及承包商与平台的共同管理。在这种模式下, 配送人员进行配送服务无论如何都无法逃脱平台的指挥与控制。而如果一以概之地将平台与劳动者认定为劳动关系, 不利于平衡互联网经济下的商业模式与配送员的权益保障。在平台、承包商、劳动者之间, 由配送商进行人力的管理与输送, 与劳动者建立劳动关系, 平台与劳动者之间的关系为劳务派遣关系, 以满足平台经济发展需求的同时规避不合理的用工模式。

### 4.2. 明确责任主体

平台虽然通过与承包商签订合同将责任转嫁, 但是平台作为三方关系中最强势的主体, 具有承担一定责任的法理基础。首先, 在劳动者提供劳动导致劳动者自身损害的情况下, 可以在认定劳动关系以及劳动派遣法律关系的基础上划分责任。其次, 在劳动者提供劳动致他人损害的情况下, 不能简单的适用劳动派遣的责任承担规则, 根据外卖平台用工的特性, 配送员需要佩戴具有平台标识的工装、工箱等等。显然, 平台赋予了配送员一定的工作外观, 足以让第三人相信配送员是在为平台工作。而判断是否正在履行职务行为主要的依据是行为人是否具有一定的外观使得第三人有理由相信其正在履行职务行为。所以在配送员致第三人损害的情况下, 应当不分过错, 由平台与承包商承担连带责任。可以对此进行专门的行业规范, 先尝试制定行业性规章, 行业性、区域性的试点办法并且发布指导性案例, 以完善现有的责任认定制度。

### 4.3. 建立用工平台对承包商的监管与审查机制

虽然可以通过劳务派遣规则明确三方关系, 但是实践中, 即使在认定配送承包商与配送员之间为劳动关系, 配送员的劳动权益也难以得到保障。现实中, 平台将配送服务外包给承包商并不会审查配送商的资质, 很多配送商都是小规模企业, 且没有实缴注册资本。根据相关机构对 904 家配送商进行调查, 有近 61.17% 的承包商没有实缴注册资本, 84 家承包商企业注册资本低于 50 万人民币, 并且有 14.1% 的承包商企业已经注销<sup>19</sup>。极其混乱和脆弱的承包商市场, 根本无法从现实层面保障配送员的劳动权益。平台作为这个市场上拥有最强势资本、所获得的利润最大的主体, 所承担的责任和义务和所享有的权利是明显失衡的。所以无论在必要性还是在可行性上, 都应当增加平台的义务。具体而言, 应当落实平台对下游承包商的审查和监督机制。一方面, 应当落实平台对下游合作承包商的资格审查机制, 设置一定的准入门槛。另一方面, 构建平台的信息公开制度, 将承包商企业以及下游的合作企业信息和运营情况进行公开报告。同时, 平台作为强势主体应对自己是否尽到审查、监管义务承担举证责任, 如果没有尽到监管、审查义务, 需要承担法律上不利的后果。

<sup>19</sup> 参见《我们应聘过骑手, 打过卧底电话, 看 1907 份判决, 最后拼出了这部外卖平台进化史》。

#### 4.4. 优化平台用工规则

大多数的配送人员在提供配送服务的过程中都会陷入不人性平台算法的窠臼, 因此应制定一个合理的平台用工规则。优化平台的抢单规则, 限制抢单的数量, 通过平台系统控制配送员的在线工作时长, 为建立劳动关系的劳动者设立最低薪资标准, 保障配送员的安全等。一方面在法律层面上保障规则实施, 可以在地方先行试点。例如南京制定措施讨论稿规定限制配送员的抢单数量, 形成合理的配送时间; 加强配送人员的交通安全意识, 对配送员进行系列培训, 并组织相关安全考试等。另一方面可以通过公权力干预, 加强政府相关部门对平台企业的监管, 可以效仿上海、深圳等地建立警企协作机制, 与平台企业合作, 对外卖企业进行安全管理的培训, 共同解决安全问题。仅仅通过数字计算的算法是以不人性化为代价的寻求平台利润最大化和效率最优化。可以发挥交通部门对平台算法路线规划、配送时长等规则的监督作用, 对于因平台不合理的算法规则而使配送员不得不违反交通规则的情况进行管理和惩罚, 落实平台责任, 使配送员不至于困在算法中。同时, 从法社会学的角度出发, 由于平台用工的强灵活性、零散性使得在法律执行层面存在漏洞, 因此在公权力介入的前提下还应加大社会的保护力度。可以发挥工会的作用, 可以效仿德国组建平台用工委员会, 通过政府部门、工会等多方力量维护配送人员权益, 对平台的行为进行监管。创新工会的工作机制和组织形式, 平台的算法规制可以由平台与工会双方甚至多方协商制定, 打破平台企业对配送员的权力支配地位。

#### 参考文献

- [1] 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局. 马克思恩格斯全集(第 42 卷) [M]. 北京: 人民出版社, 1979: 89.
- [2] 王茜. 平台三角用工的劳动关系认定及责任承担[J]. 法学, 2020(12): 176-191.
- [3] 杨立新. 民法总则[M]. 北京: 法律出版社, 2013: 35-36.
- [4] 杨立新. 网络交易法律关系构造[J]. 中国社会科学, 2016(2): 114-137+206-207.
- [5] 王全兴, 王茜. 我国“网约工”的劳动关系认定及权益保护[J]. 法学, 2018(4): 57-72.
- [6] 常凯. 平台企业用工关系的性质特点及其法律规制[J]. 中国法律评论, 2021, 40(4): 30-42.
- [7] 中共中央马恩列斯著作编译局编译. 马克思恩格斯全集(第 48 卷) [M]. 北京: 人民出版社, 1985: 3-35.
- [8] Casale, G. (2011) The Employment Relationship: A General Introduction. In: Casale, G., Ed., *The Employment Relationship: A Comparative Overview*, International Labour Office, Oxford and Portland, Oregon, p. 19.
- [9] 肖竹. 劳动关系从属性认定标准的理论解释与体系构成[J]. 法学, 2021(2): 160-176.
- [10] 叶韦明, 欧阳荣鑫. 重塑时空: 算法中介的网约劳动研究[J]. 浙江学刊, 2020(2): 167-176.
- [11] 常凯, 郑小静. 雇佣关系还是合作关系?——互联网经济中用工关系性质辨析[J]. 中国人民大学学报, 2019, 33(2): 78-88.