

分享经济中的数字劳动：从生产到分配

胡 凌

摘 要：针对分享经济中数字劳动的兴起，既有研究多集中在信息技术导致的灵活用工形态、司法认定标准、加强立法保护等方面，试图要求法律回应新的现象，但还未能解决四个问题：（1）在理论上区分形态各异的数字劳动，从而决定哪些劳动应当被纳入劳动法律规范加以保护；（2）认识分享经济平台在组织和调动生产性资源中的基础作用，为判断劳动关系的从属性理论提供新视角；（3）认识到劳动关系的确认只是一个更大的数字时代分配问题的缩影，有必要在分配思路指引下探索更加多元的分配方式；（4）以更为系统的方式为司法判决提供参考指引，并在分享经济持续发展的情况下持续观察。有必要围绕这四个问题进行讨论，希望从一个更宽泛的视角看待互联网究竟为传统用工形式和生产过程带来何种挑战，以及提出更为一般的解决框架。

关键词：分享经济；数字劳动；商品化；从属性；分配机制

[中图分类号] F244 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2019) 03-0033-19

引言

随着分享经济（sharing economy）的不断扩展，越来越多的生产性资源（无论线上还是线下）被持续卷入以平台企业为主导的数字经济过程之中，毫无疑问，形形色色的人力劳动成为推动分享经济繁荣的重要力量，原来受到时空条件约束的分散劳动行为被信息技术逐步整合到一起，产生巨大价值。就实质而言，分享经济不过是以低成本在全社会范围内重新调配生产性资源的过程，从早期线上的信息内容生产逐步转向更多行业的线下服务，同时冲击并改变着文化工业、交通出行、住宿等传统行业。^{（1）}从劳动者角度看，信息技术的低成本使普通个体都有能力直接参与到大众生产过程中。^{（2）}在这一过程中，劳动法争议逐渐增多，主要集中于特定行业平台上（如网约车、外卖、直播）的劳动者要求事后确认与平台的劳动关系、由平台承担相应雇主责任。现有案例中

【作者简介】胡凌，法学博士，上海财经大学法学院副教授。

【基金项目】国家社科基金一般项目“中国网络法的演进模式研究”（项目批准号：17BFX027）。

（1）胡凌：《分享经济的法律规制》，《文化纵横》2015年第4期，第112-115页。

（2）Clay Shirky, *HERE COMES EVERYBODY: THE POWER OF ORGANIZING WITHOUT ORGANIZATIONS* (2008).

相当数量的法院判决倾向于不确认劳动关系，就法律问题而言似乎也没有太大争议。⁽³⁾可以预见，类似的纠纷会不断增多，这部分是由于相关平台吸纳了越来越多的灵活职业者，这固然能帮助解决部分劳动者的就业（特别是那些缺乏劳动技能的人），但也会加剧和传统行业进一步的竞争与利益冲突，以及更主要的，在竞争胜出的同时却无法有效承担传统行业组织承担的非经济价值（安全稳定、社会保障、合作文化、人际伦理），这实际上也凸显出貌似做增量的“分享经济”的社会成本。⁽⁴⁾未来更大的社会成本在于，随着平台进一步自动化和智能机器终端的使用，现有更多比例的职业劳动（如司机、快递员）将被取代⁽⁵⁾，而相关人群接受信息技术职业教育（如软件开发）的速度将远低于社会自动化升级的速度。

我们尚处在更多社会变革的初始阶段，为深入理解这些社会成本和法律回应的限度，有必要在理论上进行探究。围绕这些争议，为数不多的法律研究主要集中在信息技术导致的灵活用工形态、司法认定标准、加强立法保护等方面，试图要求法律回应新的现象。⁽⁶⁾部分研究以案例和立法设计为中心，多围绕劳动争议多发的特定分享经济平台展开，将案件类型化，并按照法院的思路对争议点逐一讨论，基本上按照事后确认劳动关系的规范性思路展开，或者希望在立法中创设新型劳动关系以回应越来越多的灵活用工。这样的思路偏于对策建议，尚未充分解决如下四个相互关联的疑问，从而制约了我们从一个更宽泛的视角看待信息技术究竟对传统用工形式和生产过程带来何种挑战，以及提出更为一般的问题解决框架。

第一，“劳动”广泛存在于人类社会的诸多方面，那些受到劳动法律规范保护的劳动活动需要满足一些法定条件，但信息技术恰好使那些在工业经济有组织生产时代的典型劳动形态变得愈加模糊，不仅劳动组织变化了，还把那些表面看上去并非生产性劳动的在线活动通过“商品化”过程也纳入了整个数字经济范畴。例如，专车能够为网约车平台产生价值，也符合常识中的劳动观念，而与微博或视频网站上生产信息内容等更加零碎的创造活动似乎就不符合，但后者同样在产生虚拟价值，其逻辑和前者没有区别。目前关于何者构成“劳动”较多地取决于人们的感性认知，局限于看得见的、可衡量的体力劳动领域，而不包括微妙的碎片化的脑力劳动和创作。这需要我们重新审视数字时代劳动的含义，按照一定标准有效区分不同性质和层次的劳动行为，从而讨论它们如何通过不同类型的市场机制和法律加以规范和保护。

第二，相当多的法院判决基本上未仔细审视分享经济平台的产业组织与其试图调取匹配的流

(3) 主要是依据既有认定劳动关系的形式标准进行判断，参见于莹：《共享经济用工关系的认定及其法律规制——以认识当前“共享经济”的语境为起点》，《华东政法大学学报》2018年第3期，第49-60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2期，第57-72页。

(4) 信息技术平台在一定程度上调动了原本闲置的社会资源，在社会生产上是一次“增量改革”。但社会成本往往是隐性的，特别是对超大城市而言：大量网约车可能会进一步吸收郊区或周边城市劳动力，加剧公共交通拥堵；房屋短租给社区安全带来影响；快递员送货数量增加引发道路安全隐患等。这意味着各类利益相关者需要就公共资源的使用重新进行谈判和利益分配。

(5) 陈永伟、许多：《人工智能的就业影响》，吴敬琏主编：《比较》2018年第二辑，中信出版社2018年版，第65-70页；[英]理查德·萨斯坎德：《人工智能会抢哪些工作》，李莉译，浙江大学出版社2018年版，第10-14页。

(6) 李峰：《分享经济背景下劳动关系探析——以网约车为例》，《中国劳动》2017年第1期，第13-17页。

动资源之间的联系，即认为平台采取的各类便利生产和交易的措施应当与合作协议以及提供的劳务合同分离。按照流行的意识形态，平台只是“连接器”和“信息中介”，组织形态与传统企业有很大不同，因此与平台劳动者之间是一种十分松散的合作关系，劳动者自主选择提供服务，不具备传统劳动法上关于经济从属性的条件。⁽⁷⁾这一论断就法律关系而言是准确的，即平台一般与劳动者签订使用协议或经纪（居间）协议，但在松散的法律形式背后，我们看到的是不断增强的平台控制力和影响力，以及深入介入各类交易、打造基础服务的努力。从这个意义上说，分享经济硬币的另一面是“平台”经济。因此，在多大程度上平台与劳动者自主行为无关则大有疑问，这需要重新审视平台责任理论和数字平台本身的性质。

第三，一直得到广泛关注的是分享经济作为一种经济形态的生产面向，即平台作为创新引擎如何创设连接、增加交易与合作，要求降低准入门槛，把蛋糕做大；但较少有人关注其生产关系和分配维度（讨论消费者保护多于劳动者保护）。各类劳动争议集中凸显了平台与劳动者之间的分配公平性问题，由此有必要分析劳动法律在何种情况下需要介入，以及是否有其他市场化和非市场化的妥善解决方案。

第四，因为涉及统一的合同性质认定，研究结果必然是一刀切地认定所涉平台上不同劳动程度的人要么具有劳动关系，要么不具有，没有中间地带的差别分析。即使在研究中集中于特定行业平台，也没能给出将该种平台区别于其他平台的认定标准。因此，缺陷在于类型化研究之后没能反过来提出更为一般的司法适用参照标准。

对上述问题的理论性思考构成了本文的主要内容，结论共同指向我们对“数字劳动”乃至互联网本身的理解，同时也相应形成具有可操作性的司法裁判参考标准。首先在第一部分，本文在传播政治经济学相关研究基础上，展示商业互联网为社会经济带来创新和活力，其基础在于通过“非法兴起”确立新型生产关系⁽⁸⁾，将大众免费劳动（特别是非物质劳动）商品化，在此基础上扩展到线下服务，使分享经济特点更加明显。鉴于平台可以调动的劳动形态各异，也很难简单按照“非典型劳动关系”直接套用，本文尝试使用“劳动预期”的概念描述用户对自身劳动行为的理解，进而初步区分不同行业是否应当确认劳动关系，这是司法认定的充分标准。其次在第二部分，分享经济的商业目的本身要求平台“稳定其不稳定的数字经济”，在资源的高度流动性中加强组织管理，在更大社会范围内刺激更多职业化的生产，增强黏性。这就使我们向着从产业组织和经济学角度对平台本身性质的探讨，即分享经济也是平台经济，分析平台企业在多大程度上试图重新确立和主导与平台上劳动者的从属关系，同时依赖松散的形式法律关系降低成本。这提出了司法认定的必要标准，即那些实质性地介入劳动和交易行为、具有更强控制力的平台更接近劳动法上的从属性标准。尽管还需要在个案中不断细化，但该标准本身已经推进了我们对平台法律性质的认知框架，即平台不是被动的信息中介，而是生产活动的组织者，因而也推进了平台治理研

(7) 胡凌：《“连接一切”：论互联网帝国意识形态与实践》，《文化纵横》2016年第1期，第20-24页。

(8) 胡凌：《“非法兴起”：理解中国互联网演进的一个视角》，《文化纵横》2016年第5期，第120-125页。

究。最后在第三部分，考虑到数字经济政策和司法政策需要在平台经济生产和分配机制之间保持平衡，并将人力资源的跨平台流动性、在单一平台上劳动的持续性等因素纳入考量，这就要求司法认定的若干审慎标准。值得注意的是，在我们尚未对数字经济如何运转有科学认识的情况下，即便是法院也应当审慎创制事后确认劳动关系的裁判标准（更不要说立法者），避免一刀切地对平台进行适用，但还应把重心放在推动不同平台多元化的劳动收入分配方案和实践上面，例如广告收入分成、打赏机制等。上述标准既关注具体的司法标准，更关注其可能的社会后果。本文进一步比较三个最接近我们现有对数字劳动理解的平台——网约车、外卖和直播平台，分析在适用上述司法标准后对相关数字市场和竞争格局产生的后果，并推广讨论广义上平台责任与监管的限度，这些讨论将对一个更加完整的平台经济与法律理论有所贡献。最后一部分试图回到社会政策，如果礼物经济与商品经济的区分有意义，那么在礼物经济层面，其凝结了大众日常交往与伦理实践的社会价值，不能简单化约为经济价值，其公共性应当得到法律与政策的保障；而在商品经济层面，应当推动平台上的劳动组织建设，增强劳动个体的议价能力和获得报酬的能力。

一、数字劳动的生成与商品化过程

（一）数字劳动如何商品化

“数字劳动”这一术语，广义而言可以被用来指称围绕信息技术产业和新经济而展开的各种人类劳动，它并非一个法律概念，而是一个描述新经济生产过程的政治经济学概念。^{〔9〕}从互联网分层角度来看，凡是涉及信息技术产业的劳动活动都可以纳入其中进行研究观察。大致可以分为：（1）生产物理层的传输工具和硬件层的终端设备；（2）为操作系统生产软件和应用程序；（3）生产内容层和服务层的信息产品与服务的劳动；（4）在数据层，用户活动数据和信息通过挖掘产生更多价值。这些分类既包含了作为物质性生产的、由专业工厂工人完成的劳动，也涉及各种生产信息内容的“非物质劳动”（immaterial labor）。^{〔10〕}作为新媒体的互联网充满了非物质劳动和生产（如新闻、音乐、视频、游戏），并利用大众零散的“认知剩余”赚取注意力和免费信息内容，以低成本吸引更多用户，形成网络效应。^{〔11〕}在这一过程中，消费者的注意力变成了商品^{〔12〕}，自己的身份也多少被转换成生产者（producer），形成了所谓大众“同侪生产”（peer-production）

〔9〕 传播政治经济学的研究由来已久，例如：Trebor Scholz, DIGITAL LABOR: THE INTERNET AS PLAYGROUND AND FACTORY (2012); Christian Fuchs, DIGITAL LABOUR AND KARL MARX (2013); Ursula Huws, LABOR IN THE GLOBAL DIGITAL ECONOMY: THE CYBERTARIAT COMES OF AGE (2014); Nick Dyer-Witheford, CYBER-PROLETARIAT: GLOBAL LABOUR IN THE DIGITAL VORTEX (2015); 曹晋、文森特·莫斯科：《传播政治经济学与中国案例研究》，华东师范大学出版社 2018 年版，第 10—17 页。

〔10〕 拉扎拉托：《非物质劳动》，许纪霖主编：《帝国、都市与现代性》，江苏人民出版社 2005 年版，第 83—87 页；Michael Hardt and Antonio Negri, MULTITUDE (2004)。

〔11〕 Clay Shirky, COGNITIVE SURPLUS: HOW TECHNOLOGY MAKES CONSUMERS INTO COLLABORATORS, (2010)。

〔12〕 吴鼎铭：《网络“受众”的劳工化：传播政治经济学视角下网络“受众”的产业地位研究》，《国际新闻界》2017 年第 6 期，第 124—137 页。

模式。^[13]

这一视角的理论意义在于，将用户的注意力、使用行为、创造活动及其产生的数据置于一个连贯的生产性过程当中理解，而消除我们对互联网持有的早期意识形态误解，即认为互联网只是提供完美消费体验和娱乐体验的场所。^[14] 互联网的商业模式运作业已表明，赛博空间不仅仅是商场和游乐场，更逐渐变成工厂，将大众实时吸引到平台上免费贡献力量，产生价值。^[15] 如果按照这一视角，“数字劳动”将具有更加广阔的含义，能够充分折射出互联网作为一种经济生产方式的运作过程。历史地看，这一过程是这样发生的^[16]：（1）早期互联网展示出其新媒介属性，门户作为一种商业模式，依靠盗版侵权等方式将未经许可内容数字化，并向用户传播；（2）随着国家的知识产权保护增强，从开启了从所谓 Web2.0 的博客到当下移动终端上的抖音、快手，用户作为有效的内容生产者被纳入免费劳动过程；（3）分享经济逻辑扩展到更多线下服务和行业，人们开始从个体生产和交易中获利。

如果看不到上述三个阶段之间的联系，就无法理解互联网的商业逻辑如何影响了劳动行为。首先，劳动可以从属于商业化的市场经济模式（往往是雇佣劳动），也可以是以社会分享为导向的礼物经济，即通过信息网络展示和交换非金钱价值。^[17] 数字平台将各种类型的活动吸引到上面，其经济动力决定了免费内容（背后是免费劳动），只是商业模式的一部分而已，从而将用户自愿的礼物经济活动和伦理实践转化为市场经济要素（例如投放广告），这就是商品化的过程。^[18] 其次，劳动活动变得愈加碎片化，不仅大型工作可以通过模块化设计而外包，用户的细微活动都可以通过信息技术加以精确分派、计量、分割、聚合，由此也更加灵活。最后，用户起初是利用“认知剩余”和零散时间为平台作出贡献，但随着积累的时间、内容和数据增多，就产生了一定程度的黏性，从而导致排他地为特定平台生产的效果。由此，商业盈利活动与非商业日常伦理活动的边界、专业劳动与非专业劳动的边界都愈加模糊不清，最终导致“分享经济”这一术语脱离了其本身的伦理与合作内涵，变得更加商业导向和异化。^[19] 而平台企业则可以通过这一过程以低成本获

[13] Yochai Benkler, *THE WEALTH OF NETWORKS: HOW SOCIAL PRODUCTION TRANSFORMS MARKETS AND FREEDOM* (2006). 甚至区块链本身也是通过大量分散的算力挖掘产生虚拟价值，这和互联网的逻辑一致。关于传播政治经济学对于虚拟价值生产的更理论化的讨论，see Christian Fuchs, *READING MARX IN THE INFORMATION AGE: A MEDIA AND COMMUNICATION STUDIES PERSPECTIVE ON CAPITAL VOLUME 1* (2015).

[14] VR 技术出现的逻辑与之类似，见杰伦·拉尼尔：《虚拟现实：万象的新开端》，中信出版社 2018 年版，第 28–33 页。

[15] Trebor Scholz, *DIGITAL LABOR: THE INTERNET AS PLAYGROUND AND FACTORY* (2012).

[16] 胡凌：《商业模式视角下的“信息/数据”产权》，《上海大学学报（社会科学版）》2017 年第 6 期，第 1–14 页；胡凌：《探寻网络法的政治经济起源》，上海财经大学出版社 2016 年版，第 56–61 页。

[17] [美] 克里斯·安德森：《免费：商业的未来》，蒋旭峰，冯斌，璩静译，中信出版社 2009 年版，第 24–27 页。

[18] 网民的日常网络生活实践充满了多种可能性，但商品化过程以及相应的法律保护将这些可能性简单化约为“作者/用户”等二分法，由此带来的权利话语限制了我们对于数字劳动的现象。相关理论上的反思，see Julie E. Cohen, *CONFIGURING THE NETWORKED SELF: LAW, CODE, AND THE PLAY OF EVERYDAY PRACTICE* (2012).

[19] [加] 汤姆·斯利：《共享经济没有告诉你的事》，涂颖译。江西人民出版社 2017 年版，第 33–38 页；[印] 阿鲁·萨丹拉彻：《分享经济的爆发》，周恂译。文汇出版社 2017 年版，第 25–29 页。

利，追求更多的“固定而灵活”的劳动力⁽²⁰⁾，和用户之间的“分享”毫无关系。⁽²¹⁾

至此，我们可以将形形色色的合法与非法的数字劳动加以总结，放在一个光谱中清晰展示他们的商品化形态。

- 生产硬件终端。这往往出现在专业化的工厂中，在像富士康那样的企业中，为确保能够及时满足苹果公司需求，工人劳动过程变得十分严格残酷，但所获价值大部分流入价值链顶端的苹果公司。⁽²²⁾

- 软件开发。大型软件公司多将软件产品以低成本外包至像印度、中国这样的发展中国家，形成全球产业链。⁽²³⁾

- 文化产业中的用户创造内容（UGC）。像博客、微博、短视频和直播这样的平台允许用户自行生产，向其他人免费提供，并为平台带来广告收入。社交媒体更进一步促成新连接和社会关系再生产。⁽²⁴⁾也存在着像 Wikipedia 这样少数坚持非营利的平台。⁽²⁵⁾

- 字幕组。特别地，网上自发生成的字幕组、配音、翻译、戏仿、混搭再设计等非营利实践极大丰富了网络文化和网络伦理，但同时也容易因版权纠纷被叫停，或者滑向商业营利模式。⁽²⁶⁾

- 灰黑产。像商业网络推手、打码平台这样的灰黑产实践形成了灵活而松散的组织，也很容易被人工智能技术取代。⁽²⁷⁾

- 网约工。这一术语更能反映出互联网灵活用工的特点，人们通过平台找到需要的服务，各自约定服务价格。⁽²⁸⁾而像网约车和外卖这样的平台则更贴近一个有组织的服务运营商，它们在不断挑战着组织化经营的工业时代的同行。

- 数据。数据是生产过程中劳动者的副产品，我们的每一次浏览、点击都能被用于记录、分析、预测和激励未来更多的同种类劳动。我们已经见证了围绕数据产权争议、数据如何从中性的

(20) 两个词语看似矛盾，但“固定”指劳动者花费更多时间排他地为特定平台工作，受到严格控制，而“灵活”则反映了他们之间的松散法律关系，两者相得益彰。

(21) 分享经济在中国有时也被翻译成“共享经济”，连出租模式的单车公司也被冠以“共享”，以借助政策和投资风口。与“分享”不同，“共享”更多是产权意义上的共同拥有，无论在哪个意义上——用户之间相互分享，或者平台与用户分享——都不成立，更不用说即便是“分享”，其中蕴含的伦理意味也早已被明显的商业气息冲淡了。尽管从表面上看，数字平台推动社交网络服务，看上去在重新构建虚拟时代的交往机制，但这种机制本身服务于商业逻辑，反而带来更多社会问题，近期发生的滴滴顺风车司机奸杀案就是例证。

(22) 邱林川形象地将富士康工厂称为信息时代的奴隶制，参见邱林川：《告别 i 奴：富士康、数字资本主义与网络劳工抵抗》，《社会》2014 年第 4 期，第 119-137 页；Jack Linchuan Qiu, GOODBYE ISLAVE: A MANIFESTO FOR DIGITAL ABOLITION (2016)；潘毅等：《苹果背后的生与死：生产线上的富士康工人》，中华书局（香港）有限公司 2015 年版，第 56-63 页。

(23) 项飏：《全球“猎身”：世界信息产业和印度的技术劳工》，北京大学出版社 2012 年版，第 44-48 页。

(24) Christian Fuchs, SOCIAL MEDIA: A CRITICAL INTRODUCTION (2017).

(25) 维基百科也面临着批判传播学的批评，见 Arwid Lund, WIKIPEDIA, WORK AND CAPITALISM: A REALM OF FREEDOM? (2017).

(26) 胡凌：《探寻网络法的政治经济起源》，上海财经大学出版社 2016 年版，第 56-61 页。

(27) 胡凌：《商业网络推手的演进与法律回应》，陈云良主编：《经济法论丛》2017 年第 1 期，社会科学文献出版社 2017 年版，第 345-357 页。

(28) [美] 罗宾·蔡斯：《共享经济：重构未来商业新模式》，王芮译。浙江人民出版社 2015 年版，第 34-35 页；Sarah Kessler, GIGGED: THE END OF THE JOB AND THE FUTURE OF WORK (2018).

0 和 1 变成企业有价值的资产。⁽²⁹⁾

这一光谱从（1）有组织的雇佣劳动开始，转向（2）无组织的个体活动（无论是市场经济还是礼物经济），并延伸到（3）和传统劳动与行业十分类似的平台。就传统工业时代有组织雇佣关系的演进而言，产生了从劳动合同到劳务合同到灵活用工调整法律的过程⁽³⁰⁾，但在中国语境下，互联网将这一进程加速了，直接提出了平台和大量生产者与消费者之间的法律关系问题。那么，两个阶段的连续性就需要在理论上给予说明：在何种程度上我们能够区分抖音视频制作者和网约车司机？他们本质上都是灵活用工，但获得的报酬和待遇完全不同，如果希望劳动法法律保护后者而不过度扩大化、延伸到前者，那就有必要确立标准来识别人们不同的劳动预期。

（二）区分数字劳动：劳动预期标准

将人们广泛的线上与线下活动放在“数字劳动”这一概念下重述，由于缺乏具体的指涉，本身意义不大。上文的论述仅仅试图说明，发生劳动争议的分享经济特定领域源自一个更大范围内的数字劳动商品化过程。就本文的目的而言，本文更关注如何提出司法裁判标准将一部分劳动行为纳入法律保护，其余部分可以通过推动创设多元分配途径解决（详见第三部分）；否则结果是要么一刀切地放任监管（这将导致事实上部分劳动者因不公平待遇失去保护），要么走到另一个极端：提高所有形态劳动的保护标准（这似乎不符合常识，也将摧毁互联网现有商业模式）。

简单地在概念上区分物质与非物质劳动（或信息性与非信息性服务）并不能帮助解决这一问题。表面上看，我们更能够在日常语言和经验意义上把可见的人力直接提供的服务视为真正的劳动，而坐在电脑旁打字或玩手机游戏似乎难以在概念上被纳入真正的劳动，但大量在线文化产业平台正是通过使用大量用户的无偿劳动而兴起繁荣的。这部分劳动在分享和礼物经济的意识形态下产生的大量价值未能很好地分配给生产者，而是通过用户协议被无偿占有，其劳动地位并未得到真正承认。

当前的司法判决基本上围绕客观标准展开，即首先关注实际存在的合同性质，而大部分需要事后确认劳动关系的合同显然都是合作协议或经济协议⁽³¹⁾；其次如果愿意实质审查，则围绕若干从属性标准展开，往往认定劳动者和灵活用工平台之间不具有劳动从属性关系。⁽³²⁾ 这些实践局限于特定行业的争议和诉讼，未能将其他领域（如微博上通过用户协议无偿永久使用 UGC）纠纷纳

〔29〕 See Eric A. Posner and E. Glen Weyl, *Data as Labor*, in *RADICAL MARKETS: UPROOTING CAPITALISM AND DEMOCRACY FOR A JUST SOCIETY* (2018); 胡凌：《商业模式视角下的“信息/数据”产权》，《上海大学学报（社会科学版）》2017年第6期，第1-14页；蓝江：《数字资本、一般数据与数字异化：数字资本主义的政治经济学批判导引》，《华中科技大学学报》2018年第4期（提出了“一般数据”的概念），第37-44页。

〔30〕 班小辉：《论“分享经济”下我国劳动法保护对象的扩张——以互联网专车为视角》，《四川大学学报（哲学社会科学版）》2017年第2期，第154-161页。

〔31〕 例如，北京市通州区人民法院（2016）京0112民初7560号民事判决书；上海市第一中级人民法院（2017）沪01民终9764号民事判决书。

〔32〕 例如，北京市顺义区人民法院（2017）京0133民初7741号民事判决书；北京市顺义区人民法院（2017）京0133民初9825号民事判决书。

入统一框架认识和处理。我们需要一个更有涵盖性的理论框架，结合常识和客观条件确定何种性质的数字劳动能够成为司法保护的劳动行为。

隐私法长期以来存在类似的客观标准与主观标准的争议：如果法律保护那些过于主观的私人信息，则会影响正常的社会交往和公共价值；如果法律保护带有客观标准的统一个人信息，又会遗漏应当得到保护的隐私利益。“合理隐私期待”理论某种意义上是对两者的折中，既带有当事人主观预期的因素，又充分地结合了市场、场景和客观条件进行综合判断，已经被纳入广泛的司法实践中。⁽³³⁾与这一理论类似，在判断某些活动能够构成劳动关系意义中的劳动时，也可以引入当事人预期标准，并结合一系列其他条件综合判断。这一“劳动预期”标准的核心内容是：劳动者对自身行为性质的合理预期应当作为保护正当劳动权益的重要参考因素，它包括了如下可分解的若干具体要素。

- 用户主观上如何看待自己的网络活动，认为自己是在为平台工作、为自己工作，还是在从事休闲娱乐分享等非商业活动。

- 如果用户认为自己在从事劳动工作，是否期待从这一过程中获得劳动报酬。

- 用户事实上能否从劳动过程中通过分成、交易、打赏等选择中直接或间接获得报酬。

- 用户与平台缔结的协议的性质，是普通的用户使用协议、合作协议还是经纪协议，双方是否就劳动关系达成了合意，内容包括灵活工作的时间和地点，无须到公司办公场所上班，亦无须遵守公司规章制度等。

- 用户的劳动成果的使用和支配权如何分配。

- 用户在客观上的劳动强度如何，是否更接近于全职工作状态，还是更加灵活松散状态。

- 平台如何看待大量用户的集体活动，如果认为是非商品化的活动，是否实际从中获益。

这一理论标准在一定程度上可以被视为劳动关系认定的充分标准，不仅涵盖了现有司法实践中的客观标准，还能够将非物质劳动甚至数据劳动都纳入进来统一考量。以下是该标准的一些应用。

例 1：对抖音（类似的有微博、微信公众号以及大量的普通信息生产）上的视频制作者而言，大部分人的使用预期是即时（而非持续）拍摄下日常生活中的短视频与人娱乐和分享，按常识而言一般不会认为是在工作，也不期待从中获得货币收益（如果有打赏更好），用户与平台签订的是使用协议，且授权平台无偿使用，客观上他们只是较为灵活地拍摄上传，并消费他人的视频。由此抖音视频制作者缺乏充分的劳动预期，如果希望从这一活动中获利，则可通过其他多元方式增加其获得合理报酬的可能性，但没有必要上升到劳动关系层面。

例 2：直播平台虽然某种程度上也是信息内容生产，但对于主播而言更贴近身体力行的表演，也更接近于一种劳动预期。在一些直播平台，虽然主播和平台签订了经纪协议，但约定的工作持

(33) See *Katz v. United States*, 389 U.S.347 (1967).

续时间较长、强度较大（每天6—8个小时），也会按固定时间从平台那里获得收入。^[34]同时，考虑到主播仍然有平台允许的打赏机制获得超额收入，还有必要综合认定特定情形下不同种类主播的特殊性。

例3：网约车平台（类似的有快递、网约工平台）给予网约车司机更强的劳动预期，且相当多的司机已将平台当成专职工作（为获取补贴或进行了一次性购车、培训投入），固定甚至排他地为平台工作，有时工作时长还会超越出租车司机。烧钱补贴是新兴平台进入该市场的一个策略，但无法长期持续，有必要综合考虑工作强度和获得补贴的程度来判断劳动关系是否成立。^[35]

劳动预期理论为我们区分可受劳动法保护的数字劳动提供了第一层标准，接下来需要深入认定劳动关系的核心——从属性理论，探讨平台作为生产组织者与传统企业的异同。

二、作为大众生产组织者的平台及其控制力

（一）法律如何体现分享经济中劳动者地位

总体而言，目前中国主要的分享经济法律规范和政策在推动分享经济发展的同时，更多偏重于消费者保护而非劳动者保护。^[36]就C2C模式而言，数字平台连接了自愿达成交易的用户和服务提供者，尽管有时需要为后者的行为承担一定的侵权注意义务和安全保障义务。^[37]在现有机制下，无论是消费者还是劳动者，都缺乏足够的能力控制数字经济的生产工具和生产资料，这通过一系列显著的法律安排体现出来。

- **合同：**劳动者的身份被消费者身份掩盖，用户协议格式条款的知情同意机制使成千上万的劳动者不得不接受默认的平台服务。^[38]

- **财产：**分享经济的流行口号是“占有权与使用权分离”^[39]，这为大规模硬件群租、流媒体服务、SaaS等模式提供了理论支持；同时，在劳动者占有生产工具の場合，平台则可以直接从免费劳动过程中获益。^[40]这些过程都否定了劳动生成产权的古典财产理论。^[41]

[34] 例如，南京市江宁区人民法院（2017）苏0115民初82号民事判决书；广州市中级人民法院（2017）粤01民终24027号民事判决书；上海市第一中级人民法院（2017）沪01民终9764号民事判决书。

[35] 陆胤、李盛楠：《分享经济模式对传统劳动关系的挑战——美国Uber案和解的一些借鉴》，《中国劳动》2016年第16期，第45—51页。

[36] 《电子商务法》第17-21条；《消费者权益保护法》第28-29条。

[37] 刘文杰：《从责任避风港到安全保障义务：网络服务提供者的中介人责任研究》，中国社会科学出版社2016年版，第24页。

[38] [美]欧姆瑞·本·沙哈尔、[美]卡尔·E.施耐德：《过犹不及：强制披露的失败》，陈晓芳译，法律出版社2015年版，第46页。

[39] 姜奇平：《分享经济：垄断竞争政治经济学》，清华大学出版社2017年版，第55页。

[40] 胡凌：《论赛博空间的架构及其法律意蕴》，《东方法学》2018年第3期，第87—99页。

[41] 在网络游戏虚拟财产权属争议中，用户要求获得虚拟财产所有权的一个重要理由是，玩家付出了大量劳动和心血，但用户协议并不承认这一点，坚持玩家只有使用权，且虚拟财产是程序的自动生成物。类似地，关于数据产权的流行观点也主张，数据池应当尊重企业的排他使用权，以便产出更加个人化的服务和创新，因为数据是在企业提供的技术架构中产生的，鉴于数据是劳动的副产品，数据池使用权为论证排他占有劳动成果（同时在法律形式上劳动和架构相分离）提供了思路。

- 著作权：用户创造的信息内容通过用户协议无偿、永远授权给平台使用，尽管著作权仍然属于用户。

- 劳动关系：就现有判决而言，法院少有事后确认数字劳动者与平台的劳动关系，更愿意坚持合同形式审查；即使在实质审查时，也倾向于排除灵活用工的劳动法保护。因为在缺乏新的实质性标准时，法院担心实质审查扩大化，对数字经济发展不利。⁽⁴²⁾

立法者和法院的态度表明，他们普遍将平台看成是一个介于企业和市场之间的经济形态，但更接近市场（经济学上“双边市场”理论即源于此⁽⁴³⁾）。从历史维度看，平台的出现在把蛋糕做大的同时（例如帮助中小企业匹配、融资），也冲击了传统企业组织。把平台看成是信息中介的流行主张，实际上单纯强调了互联网降低传统企业内部的信息成本和交易成本的面向。⁽⁴⁴⁾然而，在平台逐步取代传统企业的同时，有必要同时关注传统企业其他方面的功能如何被替代或消失。企业内部的组织管理会形成网络，也会促成企业内部员工的连接，甚至导致扁平化组织架构的产生，以至于只有在规模维度上才能区分和数字平台上的网络、连接的差异。⁽⁴⁵⁾由此我们需要看到平台在多大程度上继续承担社会生产组织、社会稳定、文化建设等传统功能。⁽⁴⁶⁾如果这一点能够在理论上加以说明，无疑将为我们重新理解平台的法律属性以及劳动法律救济提供指引。⁽⁴⁷⁾

（二）当劳动变得更灵活：从属性标准重构

平台形态超越了传统产业组织，使用灵活劳动创造价值，因此不受劳动合同及其法律的约束。这种主张忽视了至少是平台重新组织社会生产的商业逻辑、动力和能力。下文将按照传统劳动关系认定的从属性标准，重新在平台语境下扩展。⁽⁴⁸⁾

从平台经济的构成要素来看，该经济形态由平台企业主导，为大量生产和交易提供基础服务，以便更好地吸引和调动各类资源，通过平台架构设计形成不同网络，为资源和需求之间提供信息匹配服务，此过程中的活动被转化为各类数据由智能算法进行分析，并进一步预测市场需求和生产能力，从而不断扩大再生产。⁽⁴⁹⁾

〔42〕 这可能会涉及一系列劳动法问题：书面劳动合同订立、社会保险缴纳、工作时间、休息休假、加班工资、病假工资、工伤赔偿、经济补偿金、最低工资保障等。

〔43〕 关于双边市场，参见 Jean-Charles Rochet and Jean Tirole, *Platform Competition in Two-Sided Markets*, 4 JOURNAL OF THE EUROPEAN ECONOMIC ASSOCIATION (2003); David S. Evans and Richard Schmalensee, *MATCHMAKERS: THE NEW ECONOMICS OF MULTISIDED PLATFORMS* (2016).

〔44〕 按照科斯定理，这是企业存在的重要原因，see Yochai Benkler, *Coase's Penguin, or, Linux and "The Nature of the Firm"*, 112 YALE L. J. 369 (2002).

〔45〕 陈永伟：《在企业与市场之间》，《经济观察报》2018年8月8日。

〔46〕 以往的平台法律研究都忽视了这一点，例如 Anupam Chander, *How Law Made Silicon Valley*, 63 EMORY L. J. 639 (2014); Julie E. Cohen, *Law for the Platform Economy*, 51 U.C. DAVIS LAW REVIEW 143 (2017).

〔47〕 有必要认识到，是语言和意识形态塑造了我们对平台的看法及其监管方式，如果改变了术语和概念类别，则可能改变监管思路。详细的论述，see Jeremias Prassl, *HUMANS AS A SERVICE: THE PROMISE AND PERILS OF WORK IN THE GIG ECONOMY* (2018).

〔48〕 冯彦君、张颖慧：《“劳动关系”判定标准的反思与重构》，《当代法学》2011年第6期，第92-98页。

〔49〕 关于基础服务，见胡凌：《论赛博空间的架构及其法律意蕴》，《东方法学》2018年第3期，第87-99页。

流行的“分享经济”一词是从利用信息技术媒介提供服务的角度描述的，体现的是经济活动参与者之间相互提供劳动或商品的关系（C2C），所有权与使用权相分离，但无法体现底层基础平台的地位。离开了平台，既有生产性要素不会以低成本重新组合在一起、产生新价值，也不会对传统生产组织构成挑战。毫无疑问，平台搞对了某种激励，为更大范围内的潜在交易者提供成本低廉的基础服务，平台服务提供者愿意和众多交易者“分享”这些一揽子服务。⁽⁵⁰⁾ 由此，从基础服务角度观察平台经济有几点值得注意：（1）平台本身不向用户提供直接交易服务，但不意味着不提供其他基础服务，事实上，其他基础服务（如支付、架构设计、快递、云计算）体现出平台的真正竞争力；这推导出（2）所谓的“分享经济”硬币的另一面是“平台经济”，没有一个强有力的平台，分享经济不会成功，只会走向混乱；和（3）平台提供的基础服务不只出现在 C2C 服务平台上，也会出现在平台直接提供服务模式中（B2C），重要的是观察这些底层基础服务在多大程度上由自身或者第三方提供，从而扩展平台属性和用户的选择权。⁽⁵¹⁾ 我们会发现，单纯凭交易层面的 C2C 模式不足以说明平台的属性/责任，B2C 和 C2C 的界线没有看上去那样明晰，边界取决于将何种服务纳入分析和比较，将表面的交易服务与基础服务放在一起将深化我们对平台经济的认识。⁽⁵²⁾

按照这一逻辑，分享经济同样需要平台企业对碎片化灵活劳动进行组织和过程管理，以便在激烈的竞争中“稳定其不稳定的数字经济”，像服务提供商一样统一对外提供服务。不同于传统企业，平台能够提供的替代性方案包括如下复杂要点，都从不同侧面折射出平台对劳动者产生的从属性影响。

- 提供生产工具。软件开发者平台、程序语言提供了中心化的基础服务。即使劳动者被允许自行使用他们自己的工具，也要受到统一标准的限制（如车辆）。
- 设计交易架构和流程。平台深入介入生产和交易环节，不断将生产过程流程化和自动化，并提供便捷的支付手段，甚至出现完全自动化的组织形态（如 Decentralized Autonomous

⁽⁵⁰⁾ 姜奇平一直在这种意义上使用“分享经济”，虽然和流行用法不同，但凸显了平台的功能（见姜奇平：《分享经济：垄断竞争政治经济学》，清华大学出版社 2017 年版）。类似地，阿里巴巴研究院也在这个意义上使用分享/共享一词（见孟晔：《演进中的“共享经济”》，《互联网经济》2017 年第 6 期，第 42-47 页）。这一角度没能解释如下疑问：在工业经济时代，没人会说雇主和雇员分享工厂车间或办公室，问题在于分享经济背后的生产关系被遮蔽了。另一本畅销书的书名更好地说明了这一点：What's Mine is Yours（中译文见雷切尔·博茨曼、路·罗杰斯：《共享经济时代：互联网思维下的协同消费商业模式》，上海交通大学出版社 2015 年版，第 56-57 页）。讽刺的是，一本批评分享经济的书用了类似的书名：What's Yours Is Mine（中译文见汤姆·斯利：《共享经济没有告诉你的事》）。

⁽⁵¹⁾ 互联网从一开始就生发出 B2C 和 C2C（含 B2B）两种主要模式，其他模式都围绕其展开，但我们无法判断哪个更可能胜出。C2C 可以节约资源成本，随着管理成本的进一步降低，以租赁方式提供易用品（如共享单车）的 B2C 仍然有很大市场。两者的不同在于生产资源成本的内化，究竟是自己向用户提供服务，还是由第三方提供。即使是看上去明显的 B2C（如视频网站），也是以免费内容为基础收取广告收入，连接了广告商和用户。

⁽⁵²⁾ 平台的成熟程度体现了企业发展的不同阶段和类型，这是一种基础能力，这种能力不断将可以通过市场获得的基础服务内化为平台服务，降低交易成本，从而使资源能够更好地在平台企业创造的生态系统中流动。好的基础服务还能帮助企业从 B2C 转向混合模式，甚至过渡到 C2C，反之亦然。

Organizations, DAO)。(53)

- 声誉、评分机制。平台通过“账户—数据—算法—评分”机制通过外部声誉机制和自身搜集数据的方式为劳动者提供激励和行为方式规范指引，客观上便利了生产。(54)

- 制定平台上的行为规范和交易规则，提供奖惩机制和多元救济、纠纷解决方式。

- 对平台劳动者和交易参与者加强管理和监控，进行身份认证和追踪等。(55)

- 控制交易价格水平和工资发放方式。网约车一类的平台采用统一按月结算的方式，并有能力以中心化的定价算法确定服务价格，减少缔约和管理成本。

- 控制劳动者多属行为，强化锁定措施。为防止劳动者流失，除了正面发放补贴外，平台还会采取措施锁定消费者和服务商，例如收取押金、约定不得跨平台工作等。

- 自动化推荐、匹配和派单。通常假定分享经济劳动者有极大的自主性选择平台、工作时间和地点，自主接单提供服务，实际上他们缺乏真正自主的选择权，因为平台采取自动化推荐、匹配和派单等方式将真正把平台当成分享工具的业余玩家清除出去，而留下那些更加愿意追求赚取收入的“准全职”劳动者。(56)但在形式上分享经济却表现出劳动者自愿选择的结果。

- 强化人格从属性，为劳动者提供工牌、标识或统一的制服等。(57)

上述要点体现了特定平台企业为整个平台生态提供的基础服务，但从劳动管理的角度看，平台在生产关系变得更加松散的同时，进一步加强了对劳动过程的控制力，并将风险外包。(58)同样貌似悖论的是，平台试图灵活地调动使用碎片化的劳动力，但却希望他们排他地为其工作。平台的基础服务越强，越容易形成网络效应，提供的服务越便利，控制力也就越强，相应形成的从属性特征更加明显。在事后确认传统事实劳动关系时，法院往往会根据客观的证明标准来判断。(59)而在确认互联网劳动关系时，法院在近年来开始转向更具开拓性的肯定性标准。(60)

(53) 这是“代码就是法律”的进一步延伸，see Lawrence Lessig, CODE VERSION 2.0 (2006).

(54) 胡凌：《在线声誉系统：演进与问题》，胡泳、王俊秀主编：《连接之后：公共空间重建与权力再分配》，电子工业出版社2016年版，第53-58页。

(55) 程熙镛、李朋波、梁晗：《共享经济与新兴人力资源管理模式——以Airbnb为例》，《中国人力资源开发》2016年第6期，第20-25页；梁萌：《技术变迁视角下的劳动过程研究——以互联网虚拟团队为例》，《社会学研究》2016年第2期，第82-101页。

(56) Jeremias Prassl, HUMANS AS A SERVICE: THE PROMISE AND PERILS OF WORK IN THE GIG ECONOMY (2018).

(57) 王天玉：《基于互联网平台提供劳务的劳动关系认定——以“e代驾”在京、沪、穗三地法院的判决为切入点》，《法学》2016年第6期，第50-60页。

(58) “平台通过彻底的外包将核心数据加工以外的外围劳动推向外部劳动力市场，利用外部劳动力市场的竞争和以互联网为基础的信用机制实现有效管理。车辆、燃油、保险和劳动力成本完全由参与运营的车主承担，平台仅在不得已时承担一定的连带责任。”杜鹏等：《从有产者游戏到互联网劳工》，《社会学评论》2018年第3期，第39-49页。

(59) 例如：(1) 工资支付凭证或记录（职工工资发放花名册）、缴纳各项社会保险费的记录；(2) 用人单位向劳动者发放的“工作证”“服务证”等能够证明身份的证件；(3) 劳动者填写的用人单位招工招聘“登记表”“报名表”等招用记录；(4) 考勤记录等证据。见《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12号）。见田思路：《劳动关系非典型化的演变及法律回应》，《法学》2017年第6期，第138-147页。

(60) 例如，北京市海淀区人民法院（2017）京0108民初53634号判决书；北京市第三中级人民法院（2017）京03民终11768号判决书；北京市第三中级人民法院（2017）京03民终11769号判决书。

综上，上述平台企业事实上对流动性资源的控制影响力可以转化成如下更为精炼的司法裁判标准，这是认定劳动关系的必要标准⁽⁶¹⁾：（1）架构——平台对生产和交易流程的设计是否体现出平台企业的深度介入；（2）网规——平台是否制定了细致的约束劳动者行为的规则并有能力执行；（3）市场——平台是否有能力通过补贴、价格机制、工资发放等方式影响劳动者预期；（4）社会规范——平台是否通过诸如声誉和评分机制加强对劳动者的指引和控制。这些标准一般适用于具备完善基础服务的较为稳定的大型平台，因而对劳动者的影响和控制较强，而大量依靠补贴的新兴平台尚缺乏影响劳动者的实际能力，劳动者自身可以通过种种方式脱离平台控制，从其他平台获得多属利益。充分和必要两个标准结合在一起，基本上搭建起可操作的司法裁判框架，但考虑到数字市场的特性，还有必要考虑引入其他替代性分配机制以便决定是否适用这些标准。

三、数字劳动的分配机制

（一）作为分配机制的劳动关系：审慎标准

本文的目标不是就事论事地对劳动关系认定标准进行扩张性解释，而是希望能够在分享经济迅速扩张的情况下探索对特定场合劳动者保护的可能机制。考虑到分享经济平台相当的价值由大众劳动创造，但在多大程度上后者能分享这些价值、获得更公平的收入和分配就是一个问题。显而易见，平台上有多种实现公平交易与分配的手段，劳动关系只是其中之一，往往适用于长期稳定的工作状态。在讨论这些手段之前，有必要对第三个司法裁判标准，即审慎标准进行分析。之所以需要审慎，是因为分享经济市场的发展和变化十分迅速，在厘清平台运作的基本逻辑之前，无论是立法还是司法都应当保持慎重。同时应当认识到平台和市场都在推动开发出适应于不同商业模式的分配和价值交换机制，如果已经存在这些机制且运转良好，则没有必要通过法律以确认劳动关系的方式强行介入。因此，这一审慎标准至少应当包括以下方面要点。

- 劳动者在争议期间的工作强度和连续时间长度。工作强度主要用于和正式工作进行对比，而连续工作时间一般应考虑到大量跳槽和给予补贴的情况。如果平台控制力较弱，允许劳动者多属，就需要放在较长时间段来考虑认定；反之如果平台不允许多属，则劳动者可能更倾向于尽快跳槽，在平台的平均工作时间就会比较短。同时，应当按照不同行业标准计算平均的工作强度和跳槽时间。

- 平台是否提供多元收入和分配机制。这一要素意味着劳动者可以通过诸多渠道以努力获得更多收入回报，而非白白贡献劳力，因此某种程度上并不需要法律强行介入确认劳动关系。

- 劳动者个体或集体的议价能力。拥有较强议价能力的劳动者，很大程度上也能通过正式/非正式的方式影响平台决策，要求平台调整分配方案，但通过集体组织进行沟通和协调往往会更为有效。

(61) 这里借用了 Lawrence Lessig 在《代码》一书中的有影响的分类模型，see Lawrence Lessig, CODE VERSION 2.0, (2006).

● 包括人力、数据在内的市场资源流动性水平。即平台是否为正常的劳动者多属与流动设置障碍（如设置高额违约金阻止人气主播跳槽，或提起过竞业禁止诉讼），如果劳动者可以轻易转换到其他竞争性平台、同时在两个以上平台劳动，甚至转移数据获利，那可能无法指望法院确认其排他的劳动关系。

如果我们将前述三个操作性标准（充分、必要、审慎）放在一起，就构成了一个基本的数字劳动分析框架，形成表 1 中大致几种可能结果，并不意味着按照这一框架进行适用一定会扩大认定范围：只有对于那些工作在控制力和生产组织高度流程化的平台上、具有明确劳动预期的劳动者而言，法院才可能根据审慎标准事后确认为劳动关系，提供救济；而在其他场合，一般不认定为劳动关系，以免适用范围扩大化（见表 1）。^{〔62〕}

表 1 司法适用类型

	有劳动预期	无劳动预期
平台控制力强	综合适用审慎标准，事后认定	不予认定，推动多元标准
平台控制力弱	不予认定，推动多元标准	不予认定，推动多元标准

（二）推动多元化的分配机制：国家与市场

即便按照上文提出的司法裁判框架，大部分分享经济劳动者仍无法得到劳动关系认定，越来越多的工作仍将继续以灵活形态出现。如果既有的有组织雇佣劳动不会因平台的兴起而减弱，那么整个社会将处于一种增量变革当中，能够帮助促进更多的生产和交易；然而有必要看到伴随平台兴起的大量社会成本，即平台取代既有雇佣劳动组织，使社会中进行灵活劳动的个体增加，这样经由传统组织提供的社会保障就无法涵盖到本该涵盖的人。由此调整的思路应当是思考由何种替代性机制弥补这种缺失，使平台承担一定的成本，既不威胁到平台的生存，也使灵活劳动力得到收入保障。这些替代性机制仍然属于分配机制，但呈现出多元样态，其产生也能够和不同平台的商业模式契合。

分配问题在中国互联网发展二十余年中没有得到重视，这部分是因为国家大力推动“互联网+”、分享经济和“双创”政策，侧重于数字经济的生产环节；部分是因为在 PC 互联网时代诸如支付、打赏等做法在技术上十分不便，以至于在相当长的时间内都无法普及推广多元性分配机制，而这能够在移动终端时代解决。关于劳动分配，一直存在着究竟是通过市场竞争机制产生多元分配，还是依赖国家监管强制要求采用特定分配方式两种思路。现有平台的大部分分配方式主要通过市场力量促成，但在特定场合则需要国家推动减少设立多元分配机制的障碍，加强劳动者

〔62〕 例如，在闪送案中，海淀法院指明：“认定某一闪送员与平台公司之间有劳动关系，并不代表所有注册的闪送员与平台公司之间均具有劳动关系。作为运用新技术手段进行经营的公司，平台完全可以运用信息技术优势实现合法的经营、管理，不能因为闪送员之间情形不同而一概否认劳动关系。”见北京市海淀区人民法院（2017）京 0108 民初 53634 号判决书。实际上按照审慎标准，笔者认为该案认定为劳动关系也有些牵强，因为原告只在被告的网站工作了二个月，时间相对较短。

自主能力。根据经验总结，现有主要的分配机制包括如下方式。

- 交易分成。这是指平台与平台劳动者的收入约定按照一定比例分成，典型的如苹果商店、外卖、网约车、网络文学等平台。平台还可能通过数据分析扶持表现更好的劳动者，给予他们更多回报。

- 广告分成。广告收入的分配长期以来是一个问题，没有哪家平台愿意将广告收入直接与消费者分享，哪怕后者贡献了流量和注意力。这一问题在传统用户协议中没有得到完美解释，亟待解决。⁽⁶³⁾

- 打赏。打赏既是市场经济中价值交换过程，也是礼物经济中的非货币价值承认方式。在像微信公众号和直播这样的平台上，允许用户直接转账给喜爱的作者或主播，这是后者增加收入的直接来源，有些直播平台则要求分成。值得注意的是，这还涉及平台之间围绕支付手段争夺用户的竞争关系。⁽⁶⁴⁾

- 数据可携带权。欧盟《一般数据保护条例》(GDPR)率先规定了这一数据权利，使用户能够获得结构化、通用化和可机读的特定数据，并在竞争对手之间转移以获得潜在收益，这增加了用户讨价还价的能力，但如何落实还有待观察。⁽⁶⁵⁾

- 补贴与多属。不少劳动者更多地依靠平台补贴生存，这源于特点鲜明的烧钱恶性竞争模式。一旦某个平台的补贴减少，劳动者就会转向其他竞争对手，这对维持稳定的平台服务没有帮助。

可以看到，上述措施的共同目标是如何激发互联网平台的活力，在为劳动者和开发者提供更多劳动机会的同时，对那些付出更多的人给予回报途径，并激励更加努力的人能够在同一个平台有更多投入，而非简单地领取补贴。按照上文第三个审慎标准，如果法院通过确定一个普遍适用的原则确定认定劳动关系的时间（如4—6个月），就会推动部分劳动者增加在同一个平台的工作量投入，对平台而言反而有利，在竞争激烈的平台市场中这对劳动者而言相当于一种保险预期：只要努力工作通过法院事后追认就会得到相应补偿。⁽⁶⁶⁾

进一步完善多元分配机制的思路是，不应一刀切地认为只有确认劳动关系才是解决问题的唯一途径，重要的是确保各类收入机制畅通，并在用户协议中加以体现，持续关注机制的实施效果。例如，帮助提升劳动者议价能力，推动增加平台上二级代理人组织（类似于直播网站上的“公会”经纪人组织、网约车平台上的劳务派遣公司和外卖平台上的外包公司），并激励平台增加各类劳动

(63) 通行用户协议还写明，用户需要容忍广告，但完全不涉及广告分成；但在实践中大V可以得到一定的收入。

(64) 例如2017年苹果与腾讯关于iOS系统上微信公众号打赏性质及其技术方案的争议，直接导致腾讯取消了iOS版本微信公众号打赏功能，因为这种被定义为App内置购买行为的支付活动需要使用苹果自身的支付工具而非微信支付，这减少了作者相当多的收入。直到2018年6月这一问题才通过将赞赏改变成“喜欢作者”得以解决，这里折射出架构设计与支付方式都能影响劳动者的预期和行为。

(65) GDPR第20条。

(66) 至于通过4—6个月是否需要强制升级为劳动关系值得探讨，至少目前还是由法院事后在个案中确认较为稳妥。

者保护措施（如保险、安全工具、监控等），以降低事后纠纷概率和劳动成本，或者推动平台间的良性竞争，加强劳动者的有序流动。

（三）提升劳动标准的可能后果

司法只能通过个案事后解决纠纷，如果一项司法裁判标准被广泛采用，则有可能影响更多平台企业。⁽⁶⁷⁾因此有必要具体地观察不同类型行业平台的特点以及整个平台企业的生态环境。本文简要讨论三个典型分享经济平台——网约车、外卖和直播——的状况，以折射出司法政策的不同影响。

首先，从投入而言，网约车市场需要进行的前期投入更大（如发放大规模补贴、培训、在各地申请牌照），且由于资源准入管制的地域性特征，劳动力资源总体而言不多，没法形成规模效应。但快递和直播平台的劳动力资源就不受地域限制，特别是直播平台，只要主播有一些基本设备工具就可以工作，因此也更加灵活。外卖快递员的前期投入介于中间位置，相对而言也较为灵活，但有一定的安全风险，需要公司加大保险、培训和安全监控。这意味着如果在劳动关系上增加成本，对网约车这种平台预期影响较小，但对以低成本获得劳动价值的快递和直播平台而言，预期影响就比较大，这意味着一大笔可见的成本。

其次，从服务提供者和消费者关系来看，网约车司机和快递员可替代性较强（甚至最可能首先被机器取代），而主播则充满了个人化特质，形成富者愈富的粉丝效应。主播的离职不仅会给平台带来损失，也会间接给消费者带来损失（不少消费者因一个著名主播跳槽，用于打赏而存入平台账户的现金无法取出）。⁽⁶⁸⁾这意味着对网约车和外卖平台而言，提升劳动关系成本的适用规模就较普遍，而直播平台可能更多适用于少数带来更多价值的主播。

最后，从市场竞争激烈程度上看，直播平台设立的门槛较低，竞争也更加激烈，劳动者也更容易跳槽。而受到地域限制的网约车和外卖平台，在本地城市的选择可能没有那么多，多属性受到一定影响。对劳动者而言，主播更多吃青春饭，风险回报高，更愿意接受相对灵活的工作与合约安排，如果市场饱和可以及时退出，而网约车司机和快递司机则希望更加稳定。这意味着如果提升劳动关系成本，网约车司机和快递员更倾向于接受，而主播则较少接受。

由此可见，纵向来看，同样的司法政策对不同平台市场影响有很大不同，有必要继续研究特定市场的特殊性，以便作出更贴近实际的司法裁判。而如果从一个横向视野观察整个数字经济的运行，更能够理解作为一种企业责任和成本的劳动关系认定对整个数字经济生态系统的影响。我们可以根据资源/数据的开放程度和基础服务是否外包，将平台企业分为四个理想类型（见表2）。⁽⁶⁹⁾

(67) 这在中国尤其明显，拥有最多用户的排名靠前的平台企业住所地都集中在北京、上海、广州、杭州、深圳，因此司法示范效应十分强烈。

(68) 这一点和网络文学网站类似，不少签约作者出走带来了著作权侵权和不正当竞争的纠纷。

(69) 胡凌：《从开放资源到基础服务：平台监管的新视角》，《学术月刊》2019年第1期，第96-108页。

表 2 平台企业生态环境

	资源/数据流动成本高	资源/数据流动成本低
基础服务更多自营，控制力强	I. iOS 系统、淘宝、微信、微博	II. 共享单车、网约车、今日头条、通用搜索引擎
基础服务更多外包，控制力弱	III. 无	IV. P2P 网贷、安卓系统、直播、外卖、分享经济类平台

按照这一表格，几乎不可能出现在失去控制的情况下增加资源流动成本的企业（第 III 类）。第 I 类企业的控制力最强，有能力制约二级平台，对拓展普遍创新有社会价值，能形成相互依赖的稳定生态系统。第 II 和 IV 类企业往往是可替代性强的初创企业，市场门槛较低，一旦缺乏补贴或优惠，市场要素就会流失。从企业生长周期看，在外在投资保持不变的情况下，泛分享经济企业会在第一阶段扩展到各种领域，寻求更多新型生产性资源，催生大量 IV 类企业。随着时间推移，在第二阶段市场接近饱和，导致部分公司倒闭或合并，推动 II 类企业（及独角兽公司）出现。最后在第三阶段竞争进一步加剧，巨头企业进场入股或收购，同时监管者也试图用牌照和平台责任加强监管，使大量资源最终被合并进入少数巨头企业生态系统，形成寡头竞争局面。一个良性的市场结构应当是三类平台企业保持平衡，保持资源有序流动，既满足大众创新创业需求，也不断提升平台基础服务；一旦失衡，可能出现少数寡头平台长期垄断或群龙无首、市场分割混乱的局面。按照这一逻辑，事后确认劳动关系将首先为小型平台增加可能的成本，而拥有完备保障措施的大型平台可能会间接获益，因为这将驱使前者的劳动力资源向后者集中。考虑到基础设施的一次性投入，总体而言会对大型平台有利，但可能会相应地降低竞争程度，从长远来看减少劳动者收入。

至此，本文的思路多少从劳动法转向了竞争法，需要法院在认定过程中考虑竞争和市场因素，这似乎脱离了劳动法本身的判断标准，而且也法院获取相关科学数据提出了更高要求。结合其他类型的互联网案件，不难发现无论是侵权还是消费者保护都在和竞争法发生融合，需要考虑涉诉行为的市场后果，这虽然可能有不正当竞争诉讼的滥用之嫌，但某种意义上也是以实用主义视角思考事后结果的方式。⁽⁷⁰⁾ 和传统线下的司法认定不太一样，在互联网市场上，无论是侵犯著作权、消费者权益或者认定劳动标准，都需要综合考虑市场状况，否则有利可图的非法行为会迅速形成示范效应，影响市场健康生态。

此外，司法认定的优势在于，法院只是就特定诉求在事后加以回应（如工伤赔偿），而非要求平台事前就承担全部劳动合同义务，也没有过度增加平台的负担。由此提供的激励无疑是一种提醒：如果平台无法在事前加强各类风险控制、提升基础服务能力、提供安全保障和培训等措施，就可能在事后遭到更多的以确认劳动关系为由的诉讼，赔偿在实际成本上固然不会带来显著问题，

⁽⁷⁰⁾ 关于实用主义的裁判方式，参见侯猛：《不确定状况下的法官决策——从“3Q”案切入》，《法学》2015年第12期，第15-22页。

但完全可能在声誉和社会影响上具有更大杀伤力。

四、结语

本文的讨论揭示了数字时代的劳动和前互联网时代的劳动没有太大差别，变化的是劳动产业组织及其伴随的大量碎片化劳动与劳动支配力（从而也是劳动产生的价值分配）的进一步分离，这是信息资本主义的内在要求，也可以看成是数字经济在过去二十年中“非法兴起”过程在劳动法领域的持续。本文的讨论希望拓展传统平台治理的议题，不仅从消费者保护的角度，也从劳动者权益保护的角度思考平台责任，这实际上也延续了网络法核心问题的讨论。⁽⁷¹⁾

现有数字经济的演进迹象表明，依托分享经济带动的碎片化人类劳动只是未来更加自动化经济形态的过渡阶段，更多的劳动过程（无论是体力还是脑力）都能够被进一步模块化，被更智能的机器模仿和取代。由此，本文也间接展示了人类劳动如何为自动化平台提供原始养料，但却在法律关系上和作为生产资料的劳动工具（及其背后的资本）进一步分离，形成自主劳动的假象。同时，也有必要思考传统企业组织的社会稳定器功能的变化，当更多灵活的数字劳动者出现时，平台在多大程度上仍能担负起此类社会功能有待观察。⁽⁷²⁾

新经济成功的奥秘是通过低信息和技术成本调动更广的社会资源，而这些资源通常是由传统组织进行的，分享经济试图将劳动者从旧组织中解放出来，满足了劳动者希望更加灵活地安排时间的需求，这都对平台组织的管理能力提出了较高的要求。而现有的平台企业走向了另一个极端：推崇灵活，但使劳动者缺乏社会保障，甚至自己的价值生产行为也不被认为是劳动，而是娱乐，其产生的价值在无形中被无偿占有。在制度和救济层面的某种折中的第一步思路是，维持新经济基本的生产面向和逻辑，但同时在分配维度上推动多元收益形式，以及开发更多的工会组织形式，吸纳意见和代表性，这不仅有利于社会稳定，也有利于共同将蛋糕做大。此外，尽可能地推动分享获利的技术架构便利性、推动劳动者在平台之间的合理流动都是可行的举措。例如，通过区块链技术设计工作量证明机制，使用户的注意力、对社区的劳动贡献都可以通过共识算法进行测量和转化成一定量的虚拟币，从而增加社会信用，享受在同一网络社群中的各类服务。⁽⁷³⁾

尽管本文不试图为未来数字经济提供完整的劳动法律框架，但这并不意味着我们不需要社会政策来保护更为基础的社会关系。正如第一部分所述，数字经济的实质恰好是社会关系经过商品化过程转化为生产关系，社会成员在为数字平台生产的同时，涉及的日常交往与伦理实践的社会价值——一种“礼物经济”也逐渐异化。公共政策制定者可能需要关注的是，不能简单以社会关系

(71) 胡凌：《人工智能视域下的网络法核心问题》，《中国法律评论》2018年第2期，第86-95页。

(72) 一个有意思的现象是政府把大型平台看成是社会组织的一种新型形态，通过网络社会组织联合会的方式组织起来，希望他们发挥维护社会稳定的作用。淘宝村建设是保持社会稳定的另一个例子，即农民仍然生活在农村地区，但通过数字基础设施实现和城市之间的价值交换。

(73) 为注意力定价，参见[美]保罗·维格纳、[美]迈克尔·凯西：《区块链：赋能万物的事实机器》，中信出版社2018年，第35-36页。

异化为成本换取经济价值的增长，有必要通过社会政策或社会规范的力量，重新发现具有自主性的社群，保护不受商品化侵蚀的健康有序的公共交往领域。⁽⁷⁴⁾

Digital Labor in the Sharing Economy: from Production to Allocation

HU Ling

Abstract: Confronting the rise of digital labor in the sharing economy, current studies focus on the flexible work caused by information technology, judicial standard, legislative protection, etc., trying to respond to the new phenomenon by law. However, there are at least four problem to be solved yet that this paper tries to explore further: (1) to distinguish different types of digital labor in theory, so as to decide which type could be protected by labor law; (2) to realize the infrastructural function of the sharing economy platform in terms of organizing and motivating productive resources, so as to provide a new perspective to understand subordination theory; (3) to realize that labor relationship is just part of a bigger picture of economic allocation, so as to explore more pluralistic ways of allocation; and (4) to provide indication for judicial decision in a more systematic way, so as to keep observing the how the Internet brings challenges for labor and production in the society.

Keywords: Sharing Economy; Digital Labor; Commercialization; Subordination; Allocation Mechanism

(责任编辑：许可)

[74] Benkler 和 Cohen 分别在其著作中提到了这样一种超越政治逻辑和商业逻辑的数字化实践，值得借鉴。Yochai Benkler, *THE WEALTH OF NETWORKS: HOW SOCIAL PRODUCTION TRANSFORMS MARKETS AND FREEDOM* (2006); Julie E. Cohen, *CONFIGURING THE NETWORKED SELF: LAW, CODE, AND THE PLAY OF EVERYDAY PRACTICE* (2012).