

平台用工模式下轴辐型算法共谋规制问题研究 ——以网约车为例

黎轩松

北京工商大学法学院, 北京

收稿日期: 2024年5月16日; 录用日期: 2024年5月22日; 发布日期: 2024年6月30日

摘 要

网约车行业作为共享经济下的典型行业,能够作为平台用工模式轴辐型算法共谋的规制问题的研究对象。适用现有反垄断法规定进行规制时,网约车平台与司机间法律关系模糊、欠缺意思联络要件导致无法对共谋行为进行认定的难题,在进行法律责任分配时也会产生两难困境。为了有效规制网约车算法共谋行为,应秉承包容审慎监管理念,引入不完全劳动关系概念区分不同模式平台司机间法律关系,借鉴域外经验通过舍弃意思联络要件或者扩大解释认定共谋行为,在维护司机权益基础上合理分配法律责任。

关键词

轴辐型算法共谋, 平台用工, 网约车, 反垄断

Research on the Regulation of Collusion in Hub-and-Spoke Algorithm within Platform Employment Mode

—Taking Online Car-Hailing for Example

Xuansong Li

Law School, Beijing Technology and Business University, Beijing

Received: May 16th, 2024; accepted: May 22nd, 2024; published: Jun. 30th, 2024

Abstract

The online car-hailing industry, as a typical sector in the sharing economy, can serve as a research subject for examining the regulation of collusion in hub-and-spoke algorithm within platform em-

ployment mode. When applying existing provisions of anti-monopoly laws for regulation, the ambiguity of legal relationships between online car-hailing platforms and drivers, along with the lack of meaningful liaison elements, leads to challenges in identifying collusion behavior. This also results in dilemmas regarding the allocation of legal responsibility. In order to effectively regulate collusion behavior within online car-hailing algorithms, it is essential to uphold the concept of inclusive prudential supervision. Introducing the concept of incomplete labor relations can help distinguish legal relationships between drivers operating on different platform modes. Identifying collusion behavior may require abandoning liaison requirements or expanding interpretations based on foreign experiences. Furthermore, allocating legal responsibility should be done reasonably while safeguarding the rights and interests of drivers.

Keywords

Collusion in Hub-and-Spoke Algorithm, Platform Employment, Online Car-Hailing, Anti-Monopoly

Copyright © 2024 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. 问题的提出

当算法被运用到市场竞争领域,具有竞争关系的经营者们利用其便捷性、智能性和隐蔽性,促进达成合作或协定,将利润提高到比非合作竞争关系时更高水平,从而导致无谓损失,这种行为被称为算法共谋。Ariel Ezrachi 和 Maurice Stucke 在其著作中将算法共谋划分为四类场景,即“信使型共谋”、“轴辐型共谋”、“预测代理型共谋”和“电子眼型共谋”[1]。世界经济合作与发展组织(OECD)发表的《算法与合谋》报告将促进共谋达成的算法划分为四类,即“监督算法”、“平行算法”、“信号算法”和“自主学习算法”[2]。德国联邦卡特尔局与法国竞争管理局联合发布的《算法与竞争》报告在定价算法的讨论中将其划分为三类情景,即“算法作为传统反竞争行为的工具”、“竞争者之间的算法驱动共谋涉及第三方”和“深度学习算法驱动共谋实施一致定价行为”[3]。目前,大多数国内外学者的类型化规制问题研究并未脱离以上的分类。本文将根据 Ariel Ezrachi 和 Maurice Stucke 的划分思路进行研究。

信使型算法共谋中算法仅充当辅助工具,传统的经营者违法认定思路仍可适用。预测代理型算法共谋与电子眼型算法共谋的运作依托经营者技术实力,实践中算法使用率较低,对市场竞争影响仍待观察,事前预防、监管措施可能会阻碍技术进步。因此,对于这种预测代理型和电子眼型算法共谋的规制仍需慎重。

相比而言,轴辐型算法共谋依托于平台经济的发展呈现于各类行业,其中网络平台经营者和平台内经营者实施算法定价行为较为普遍。网络平台经营者作为轴心、平台内经营者作为辐条的轴辐型结构配合定价算法的自主调整机制,一方面实现了纵向层面上网络平台经营者和平台内经营者不存在竞争关系,实现协议共谋;另一方面平台内具有竞争关系的经营者之间在无意思联络的情况下实施了价格协同行为。基于算法本身的特性,经营者违法性认定和垄断主体责任认定方面,传统垄断协议的规制路径出现了问题。网约车行业是较为成熟、典型的平台用工商业模式,轴辐型算法共谋更为常见。本文希望以网约车行业为例,分析轴辐型算法共谋规制的困境提供解决思路,促进平台经济领域反垄断制度发展。

2. 我国现行轴辐型算法共谋的规制依据

目前,我国对于轴辐型算法共谋规制的主要依据包括:《中华人民共和国反垄断法》《国务院反垄

断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》(以下简称《指南》)和《禁止垄断协议规定》(以下简称《规定》)。我国《反垄断法》第十九条¹引入垄断协议组织帮助条款,表明轴辐型算法共谋规制问题的基本思路得以确认。《指南》首次对算法介入的垄断协议进行规定,并且首次规定了“轴辐协议”的概念,将其和“纵向垄断协议”、“横向垄断协议”并行设置,但是在《反垄断》修订过程中并未采纳,可见轴辐协议在我国仅是一种纵横混合性协议的表述,我国依然采用的是垄断协议依二分法。《规定》第十八条²将经营者组织其他经营者或提供实质性帮助达成的垄断协议具体化为三种情形:经营者虽然不属于协议方,但是对协议达成起决定性或者主导作用;经营者与多个具有竞争关系的交易相对人签订协议,并使其通过自己进行意思联络或者信息交流,达成垄断协议;通过其他方式组织其他经营者达成垄断协议。

根据我国《反垄断法》,对于轴辐型算法共谋的规制采用的是“原则禁止+例外豁免”的原则,在违法性认定方面依然要遵循达成垄断协议的分析路径。首先,界定相关市场;其次,判断经营者之间是否存在协议或决定或其他协同行为以及是否存在排除、限制竞争效果;最后,是否符合豁免条件。根据《指南》第九条规定,可以通过直接证据证明存在协同行为,也可以根据《规定》第六条规定的要件通过间接证据证明存在协同行为,包括“经营者的市场行为是否存在一致性”“经营者之间是否存在意思联络或信息交流”“经营者能否对行为一致性作出合理解释”以及“相关市场的情况”。对于不属于垄断协议的其他协议、决定或者协同行为,有证据证明排除、限制竞争的,应当认定为垄断协议并予以禁止。

3. 网约车用工模式轴辐型算法共谋规制困境

3.1. 共谋行为认定存在困境

理论上,轴辐型算法共谋也可以划分为明示和默示的表现形式。当存在明示的协议或决定时,可以依据现有的规定对共谋行为进行认定。然而,当表现形式为默示协同行为时,就会产生认定难题。

3.1.1. 主体间法律关系模糊

网约车行业主体不断发展新模式,探索新机遇,目前存在的运营模式主要可划分为B2C模式、C2C模式和聚合模式(见表1):B2C模式是经营者直接向消费者销售产品和服务商业零售模式。实践中,根据车辆与司机的来源不同,B2C模式下包括:“平台自营”模式,即网约车平台购置车辆、雇佣司机提供服务;“四方协议”模式,即网约车平台租赁车辆,劳务派遣公司派遣司机提供服务。C2C模式是个人与个人之间的电子商务,即网约车平台,例如Uber、滴滴,为网约车司机和用户搭建了一个平台。平台上的车辆为司机个人所有,司机需要取得《网络预约出租汽车运输证》《网络预约出租汽车驾驶员证》在网约车平台自由注册上岗。聚合模式是多个网约车平台聚集到一个聚合平台提供服务的模式,例如高德地图、美团等。聚合平台通过自己的主营业务获取客源再通过自己所接收到的客运服务订单分发到网约车平台,扮演了中介的中介角色,其中参与聚集的网约车平台就包括B2C模式、C2C模式。

¹《中华人民共和国反垄断法》第十九条 经营者不得组织其他经营者达成垄断协议或者为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助。

²《禁止垄断协议》第十八条 反垄断法第十九条规定的经营者组织其他经营者达成垄断协议,包括下列情形:

(一) 经营者不属于垄断协议的协议方,在垄断协议达成或者实施过程中,对协议的主体范围、主要内容、履行条件等具有决定性或者主导作用;

(二) 经营者与多个交易相对人签订协议,使具有竞争关系的交易相对人之间通过该经营者进行意思联络或者信息交流,达成本规定第八条至第十三条的垄断协议。

(三) 通过其他方式组织其他经营者达成垄断协议。

反垄断法第十九条规定的经营者为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助,包括提供必要的支持、创造关键性的便利条件,或者其他重要帮助。

Table 1. Online Car-Hailing platform operation mode and vehicle driver source
表 1. 网约车平台运营模式及车辆司机来源

聚合模式	运营模式		车辆来源	司机来源
	B2C 模式	自营模式	平台购买	平台雇佣
		四方协议模式	租赁公司	劳务派遣公司
	C2C 模式		个人	个人

传统共谋行为认定的第一步就是要对主体间的法律关系进行明晰，因为只有不同主体之间进行的共谋行为才能被反垄断法所规制，一个主体内部的生产经营活动只在公司法的射程范围内([4], pp. 33-41)。

B2C 模式下，司机与网约车平台间的法律关系并不存在过大争议。自营模式下，司机与网约车平台签订劳动合同并缴纳社保，两者间存在劳动关系；四方协议模式下，司机与劳务派遣单位为劳动关系，网约车平台与劳务派遣单位签订劳务派遣协议，并支付管理费、工资、社会保险费用等，与司机间为劳务关系。实务中还会出现“隐蔽雇佣”的情形[5]，劳务派遣单位的本质是将司机输送至网约车平台供其支配，司机直接从属于平台，那么平台和劳务派遣单位之间就应属于由劳动法进行规制的劳务派遣行为，即司机与平台间应存在劳动关系。

C2C 模式下，司机与网约车平台间的法律关系存在较多的观点，包括居间关系、承揽关系、劳动关系和劳务关系。在服务形式上，司机逐渐脱离平台制约，司机可以自行选择工作时间、地点、内容并且自主提供劳动工具，但是并非没有任何管理控制，网约车平台通过软件自带录音、导航系统，为司机进行规划，对司机进行软控制。在司法实践中，司机与网约车平台的法律关系认定不仅涉及到反垄断问题还包括劳动保障问题、税收征管问题等等。在田兰夏与滴滴出行科技有限公司北京分公司劳动争议一案中，法院认为司机与平台之间尚未达到劳动关系中用人单位与劳动者形成的稳定的、持续的、管理与被管理的紧密关联程度，判断两者间为劳务关系³。基于此，网约车平台便可以通过正常内部生产经营行为为由进行合理抗辩，规避反垄断规制。

聚合模式下聚集了 B2C 模式和 C2C 模式网约车平台，聚合平台是一个信息源聚集平台，负责向各个网约车平台提供订单信息。聚合平台与网约车平台是相互独立经营的主体并不存在争议，若发生轴辐型共谋行为仅仅是互联网上的传统共谋，不会产生主体认定的问题。而司机与网约车平台之间共谋行为还是要以 B2C 模式和 C2C 模式下网约车平台与司机间的法律关系认定。

3.1.2. 欠缺意思联络或信息交流

尽管《反垄断法》引入了垄断协议组织帮助条款，但是在共谋行为认定时仍要根据垄断协议二分法的划分体系去剖析，轴辐型算法共谋中多个经营者和平台之间存在着明确的纵向协议，多个经营者采用的相同或者相似的算法最终会导致横向共谋的形成。换句话说，纵向协议存在的本质是为了实现横向共谋。因此，反垄断规制的关键在于证明横向共谋的存在。不论是《指南》第九条规定的协同行为认定标准，还是《规定》第十八条规定的垄断协议组织帮助条款的三种情形，其中都包括“意思联络或者信息交流”这一要件，但是由于算法的介入，这一要件被很好地掩盖甚至消除。

网约车市场中，司机与网约车平台签订入驻平台协议，对使用动态定价算法统一价格的行为进行了规定，分别形成了多个纵向协议，这是加入网约车行业的必备条件。难点在于证明司机与司机间达成了横向共谋，但是司机与司机间缺乏“意思联络或信息交流”要件。首先，司机或许并不认识平台内其他司机，不存在沟通行为。其次，司机或许根本不了解这套动态定价算法机制，仅仅是对行业内价格统一

³北京市海淀区人民法院(2020)京 0108 民初 553 号民事判决书。

的事实知情。最后，统一定价的行为无法靠司机间的意思联络或信息交流所左右。此外，司机对于轴心平台如何达成共谋并不清楚，因此传统反垄断执法中常用的“囚徒困境理论”在轴辐型算法共谋中很难发挥作用，反垄断执法机构若是寄希望于司机的举报而获得涉垄断违法性的证据，这几乎是不可能发生的([4], p. 37)。

3.2. 法律责任分配存在困境

《反垄断法》垄断协议组织帮助条款的引入解决了二分法实践中的失灵，将轴心的经营者也纳入到了法律责任分配的范围内。然而，作为轴辐的司机是否应该承担法律责任的问题却尚未得到解决，理论上仍存在争议。一方观点认为，司机明知算法统一定价会排除、限制市场竞争，仍接受该规则应视为对轴辐型算法共谋表示默示。当网约车平台通过算法确定统一高价，司机也可从中获利，司机基于其所享有的垄断利润承担反垄断责任是合理的。另一方观点认为，从维护平台经济发展以及社会公共利益的角度，并不应该让司机承担沉重的法律责任。司机并不是主导和实施垄断行为的主体，相较于网约车平台来说，司机处于弱势地位。从主观方面来看，司机并没有主动追求垄断定价的目的，很多时候是迫于生计不得不接受作为入门条件的定价算法。

4. 轴辐型算法共谋规制路径优化

算法共谋各有各的特点，传统的垄断协议规定并不能完全有效进行规制。所以，对于平台模式下轴辐型算法共谋应结合其本身的困境和难点进行规制路径优化。

4.1. 遵循包容审慎原则

进行平台经济领域反垄断科学监管时，既要符合平台经济发展状况，也要符合监管自身的特点，既不能过度也不能缺少，更不能取代市场的作用。“包容审慎”作为科学监管的重要内容，要求既不能不作为、不干涉，又不能武断行事。一方面要进行分类监管，对市场运作成熟、认识清晰、市场危害大的平台行为类型进行严格监管；另一方面，在平台经济视野下，站在平台经济的角度，合理分析市场机制和执法机制的纠错能力，采取更加科学的监管手段。

4.2. 遵循不完全劳动关系概念界定主体间法律关系

经上述分析，B2C 模式下，网络平台与平台内经营者的价格统一行为属于其内部生产经营活动，因此不宜被认定为实施了轴辐型算法共谋。C2C 模式下，两者间的法律关系争议较大，影响了其行为定性。传统劳动关系认定并不适用于 C2C 模式，一方面，劳动关系下，劳动者处于被动的从属地位，自主性灵活性弱，劳动者劳动过程受到严格的管理，而提供服务中平台内经营者并不完全从属于平台。另一方面，若将两者间认定为劳动关系，也意味着网络平台不仅要支付工资，还要支付社会保险费用等，造成成本倍增，与共享经济原则背道而驰，同时在监管上还会造成保障劳动者权益和维护市场竞争秩序相冲突的两难局面。

人社部等八部门于 2021 年 7 月 16 日共同印发的《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》中引入“不完全符合确立劳动关系情形”的新型用工关系，为解决相关问题提供了遵循。这种不完全劳动关系的建立能够为反垄断监管开辟一条新思路。不完全劳动关系的建立是基于新业态从业模式从原来的“组织 + 雇员”模式向现在的“平台 + 个体”模式转变基础上。所以，在不完全劳动关系框架下，网络平台和平台内经营者属于独立个体，可以达成共谋行为，进而受到反垄断法规制。在引入不完全劳动关系概念界定主体属性时，应把握以下两点：第一，应当具体讨论网络平台中的各用工形式，对平台内经营者采取分类保护的路径。第二，传统理论中“同时符合三要素”的观点过于僵硬和机械，

认定新型劳动关系需多层次、立体化、全方位，应给予立法机关、司法机关概括性定义和尽可能详尽全面的罗列[6]。

4.3. 意思联络要件进行舍弃或者扩大解释

针对平台经营者间缺乏意思联络导致无法认定共谋行为的问题上，美国与欧盟的做法可以为我国破除意思联络要件必要性提供参考。在“*Interstate Circuit v. United States* 案”中，除了有包含变更条款的信件外，并无证据能证明销售商们达成了协议。美国联邦最高法院认为：“电影发行商对一致行动有共同的预期或知道存在共同的邀请，遵守了计划并参与其中就足以证明。”、“竞争者在没有事先协商的情况下接受一项计划的邀请，如果这项计划导致了限制州际商业的必然结果，就足以证明存在违反谢尔曼法的共谋。”在1948年“*Paramount Pictures, Inc. v. United States* 案”最高法院也重申了该观点：“认定共谋并不需要找到一份明确表达的协议。只要一致行动已经完成并且被告遵守了特定的安排，这就足够了。”[7]。通过以上判例，可以看出意思联络可以不作为共谋达成的必备要件。在“E-TURAS”案中，欧盟法院认为：“只要一家企业知道或意识到共谋正在形成，除非其明确表示远离这一为，否则默许的态度也会被认定为发生了意思联络，从而可以判定共谋的发生。”可见欧盟法院对意思联络进行了扩大解释，当企业默许一项违法行为，或者未向执法机构报告违法行为的存在时，就可认定企业从事了该协同行为[8]。C2C 模式下，可以通过网络平台与平台内经营者签订的纵向服务协议来佐证平台内经营者间横向协议的存在，平台内经营者明知自己无法左右定价并且接受平台使用统一定价的态度，推定存在轴辐型算法共谋行为。

4.4. 合理分配责任保护平台内经营者权益

C2C 模式下，相较于平台内经营者的弱势地位，网络平台对共谋行为起到主导性作用，其应承担起举证责任。将举证责任分配给网络平台既可以提高其注意义务，起到事前预防的效果，又可以节省执法成本，有效缓解执法机构与平台间信息不对称的情况。

在认定平台内经营者责任时要结合以下方面因素：一是获利结构，即对于从算法合谋中获得的利益多的经营者，更可能承担垄断责任。平台内经营者的服务费往往都会被抽走一大部分，同时服务工具的使用和保养、服务的改进都需要平台内经营者进行自给自足，不适合让其承担垄断违法责任。二是算法共谋的实际控制力，对于被动加入共谋的平台内经营者来说，其往往不具有明显限制竞争意图，不应承担严厉的违法责任。三是处罚难度和被处罚人支付能力。基于平台用工模式，平台内经营者遍布于全国各地，执法机构向全平台经营者进行处罚存在难度。如果执法机构对涉嫌垄断的平台内经营者进行处罚，那么一整个平台将面临整体性生存危机，不利于共享经济发展。

5. 结语

平台用工模式下经营主体通过算法实施的轴辐型共谋对反垄断法规制提出了新的挑战。轴辐型算法共谋具有排除、限制市场竞争的效果，应当受到反垄断法规制。虽然《反垄断法》《关于平台经济领域的反垄断指南》《禁止垄断协议规定》规制轴辐协议的思路已经得到基本确定，但是并不能有效解决轴辐型算法共谋的规制问题。以网约车为例，应对不同网运作模式进行分类规制，正确定位网络平台与平台内经营者间的不同法律关系，适当借鉴域外监管经验，完善我国劳动法制度和反垄断制度，合理分配二者法律责任，促进平台经济与市场经济的齐头发展。

参考文献

- [1] [英]阿里尔·扎拉其，莫里斯·斯图克. 算法的陷阱——超级平台、算法垄断与场景欺骗[M]. 余潇，译. 北京：中信

出版集团, 2018: 52.

- [2] 韩伟. 算法合谋反垄断初探——OECD《算法与合谋》报告介评(上) [J]. 竞争政策研究, 2017(5): 112-121.
- [3] Bundeskartellamt, Autorité De La Concurrence. (2019) Algorithms and Competition Law.
- [4] 应品广, 郭婧. 论网约车平台轴辐型算法共谋的规制[J]. 竞争政策研究, 2022(2).
- [5] 王天玉. 超越“劳动二分法”: 平台用工法律调整的基本立场[J]. 中国劳动关系学院学报, 2020, 34(4): 68.
- [6] 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[J]. 法学, 2016(6): 60.
- [7] 张白沙. 隐蔽垄断协议的调查分析方法[J]. 法制与社会, 2009(34): 26-36+46.
- [8] 刺森. 平台经济领域中算法协同行为的治理机制研究[J]. 经济问题, 2022(3): 38-45.