第50卷第1期
2020年1月

浙江大学学报(人文社会科学版)
Journal of Zhejiang University (Humanities and Social Sciences)

Vol. 50, No. 1
Jan. 2020

主题栏目：数字经济研究

DOI：10.3785/j.issn.1008-942X.CN33-6000/C.2019.09.103

数字时代劳动者权利保护论

朱晓峰

（中央财经大学 法学院，北京 100081）

[摘　要] 数字化问题是中国当代经济社会发展中的一个重要议题。对于身处数字化进程中的每个劳动者而言，数字化工作全面而深刻地影响着个人工作和生活的方方面面。以为劳动者提供倾斜性保护为根本宗旨的劳动法，在数字化进程中应当围绕数字化对劳动者所产生的或即将产生的不利影响，从数字化工作带来的工作模式和时空结构的根本性变革以及可能导致的对劳动者个人数据的滥用等问题出发，逐步推进并在立法上承认远程办公权、不回应权、不可及性权等新型权利，并强化对劳动者个人数据权的保护，实现劳动法的自我革新，最终为数字时代的劳动者权利保护提供及时可靠的法律支持。

[关键词] 数字化；劳动者；劳动法；远程办公权；不回应权；个人数据权

一、问题的提出

近年来，我国数字经济发展迅猛，区别于传统工作形式的新型工作形式如平台工作、众包工作也如雨后春笋般成长并发展起来。据不完全统计，截至2018年底，滴滴出行平台的司机已超过1 500万人；在2015年底，京东众包就已发展注册快递员超过50万人[1]141。另据国家信息中心分享经济研究中心2019年初发布的《中国共享经济发展年度报告(2019)》，2018年我国共享经济参与者约7.6亿人，参与提供服务者约7 500万人，同比增长7.1%。平台员工数为598万人，同比增长7.5%。截至2018年底，全球305家独角兽企业中中国企业有83家，其中具有典型共享经济属性的中国企业有34家，占中国独角兽企业总数的41%[2]。这意味着数字经济在我国经济生活中所扮演的角色越来越重要，整个社会对数字经济的关注度也越来越高。国务院办公厅于2019年8月1日印发的《关于促进平台经济规范健康发展的指导意见》(以下简称“国办发〔2019〕38”)则将这种关注推到了一个新高度。该意见开门见山地指出：“互联网平台经济是生产力新的组织方式，是经济发展新动能，对优化资源配置、促进跨界融通发展和大众创业万众创新、推动产业升级、拓展消费市场尤其是增加就业，都有重要作用。”对数字化而言，这无疑是一种积极的迹象，说明实践发展中所产生的行动需求在国家宏观政策层面上受到了高度认可。

然而，与这种高关注度不同的是，数字化对劳动法的影响却被有意或无意地忽视了。因为，“数字联网不会仅因技术造福社会的作用而自发产生体面工作，它给予一部分人极少的真正自由，给另

[收稿日期] 2019-09-10
[在线优先出版日期] 2020-01-05
[基金项目] 国家社科基金重大专项(19Vh017)
[本刊网址·在线杂志] http://www.zjujournals.com/soc
[网络连续型出版物号] CN 33-6000/C

[作者简介] 朱晓峰(https://orcid.org/0000-0002-9981-3516)，男，中央财经大学法学院副教授，法学博士，主要从事侵权法、人格权法和比较私法研究。

一部分人则是低于需要的安全。若要数字化工作变得更体面,便要以有目的的干预让其变得人性化,要更好地利用机会、增强员工的自主性,要保证数字化工作中雇员的权利和自愿,要限制对员工工作的苛刻要求和减少让其陷入不安的风险并将健康损害最小化"①。所以,应当通过法律使数字化引起的技术变革将人类尤其是那些原本就处于弱势地位的劳动者从危险繁重的劳动中解放出来,而不是通过技术去奴役人、控制人。在数字化背景下,劳动法的核心目标应该是保证劳动者受益于数字化带来的好处,使其在数字化环境中的工作真正变得更好或使其真正从数字化工作中获益,并且,劳动法应该有效应对数字去集体化和去权力化给劳动者带来的风险。而这一目标的实现,有赖于劳动法在解决因数字技术广泛运用而导致的劳动关系界定标准不敷适用之问题的基础上,确立并完善数字时代劳动者权益的保护规则。本文即以此为目标,探讨数字化背景下劳动者权益保护所面临的问题与法律上的解决路径。

二、数字时代劳动者权益保护的前提

数字时代劳动者权益的保护仍然以劳动关系的存在为基本前提。由于数字去集体化、去权力化的特性,数字时代的劳动者具有了相对用人单位这一集体而言的较高程度的自主性和独立性,劳动者与作为集体的用人单位之间的个人依赖关系因为数字技术而进一步弱化甚至消失。在此背景下,劳动法要为数字时代的劳动者提供保护,首要的工作是结合数字化工作形式的特点,对劳动关系的界定标准进行创新,从而将数字时代的劳动者纳入劳动法的涵摄范畴,并以此为基础来构建和完善劳动者权益保护规则。

(一)新的工作形式导致劳动关系认定上的难题

以数字化背景下的典型工作形式如众包和平台工作为例,这些新的工作形式中的新型法律关系有别于传统工作领域的劳动关系的地方主要在于:

第一,组织结构不同。众包与平台工作将传统的双方法律关系转化为三方法律关系,传统劳动关系是用人单位和劳动者之间直接产生权利义务联系,而在众包和平台工作模式中,当事人之间的劳务或劳动的交易关系是通过网络平台介绍、安排或者链接才得以建立的[3]50。

第二,组织形态上存在显著区分。众包与平台工作将原来相对比较紧密的组织关系变成了比较灵活自由的类合作法律关系。在传统工作模式中,劳动者通过劳动合同成为用人单位的内在构成部分并与其在组织上融为一体,在组织关系上比较密切,具有较强的人身依赖性。而在众包和平台工作模式中,劳动者相对比较自由,可以自主安排工作时间,组织构架呈现出扁平化和虚拟化特征,形式上没有管理者。例如,类似滴滴打车的网络平台采用信息和互联网技术,使消费者与服务提供者可以直接在平台上对接交易。服务提供者的工作指令直接来自消费者的订单需求,而不必经由平台的人工干预和管理[4]48。

第三,众包与平台工作模糊了原来劳动关系和劳务关系的二元划分界限。这是因为数字技术减少了用人单位控制的因素而使劳动者自主选择的可能性增加。数字技术的进步使工作时间相对灵活自由,使劳动者的工作呈现出松散自由的特点而欠缺较好的连续性。另外,数字技术使劳动关系要素和非劳动关系要素任意结合成为可能,众包和平台工作可能兼具符合劳动关系的要素和符合劳务关系的要素[1]142。

第四,众包与平台工作还有一个显著特征就是全职就业兼职化,数字化技术的进步使实践中许

① 参见[德]施韦姆勒、韦德《一切皆在掌控之中?——数字时代的劳动政策与劳动法》,(北京)艾伯特基金会,2019年,第32页。

多处于特定传统劳动关系中的劳动者可以充分利用休息时间进行兼职兼业，这使传统视野中的工作和职业的边界越来越模糊[5]。

由此可以发现，数字去集体化、去权力化给劳动法带来的直接挑战就是，现行劳动法基于劳动者个人与用人单位的集体依赖性而确立的劳动关系的认定标准，以及以这样的劳动关系为核心构造出来的劳动者权益保护规则，实际上存在着无法满足劳动者权益保护新需求的问题。以我国为例，在现行法中，众包工作等新工作模式中的自主就业者的具体法律保护取决于他们所从事的工作究竟应当如何定性。如果自主就业者在为平台经营者或用人单位工作期间存在个人与集体之间的人身依赖关系，这当然可以确立其与平台经营者或用人单位之间存在受劳动法保护的劳动关系，该关系的确立与当事人在合同中约定的具体工作形式无关。在我国现行法中，劳动关系存在与否的决定性要素并非合同当事人之间是否签订了协议，而是劳动者实际需要完成的工作的内容。依据劳动和社会保障部 2005 年发布的《关于确立劳动关系有关事项的通知》（以下简称“劳社部发〔2005〕12 号”）规定，即使没有签订劳动合同，双方当事人之间只要具备如下三项条件，即“（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”，就可以确定劳动者与用人单位之间存在受劳动法调整的劳动关系，而判定这一关系的核心标准是个人依赖关系的存在[6]61。其中处于被管理地位的工作者由于原则上不能自由安排自己要完成的任务或自由决定其工作的时间与地点，所以可以依据这种依赖关系而确定其是受劳动法保护的劳动关系中的劳动者①。当然，由于个人依赖关系中的依赖程度会因为具体工作任务的性质不同而有所差异，为了确定当事人之间是否存在受劳动法调整的劳动关系，还必须对所涉及的所有情况详加考虑。这也就意味着，分析数字经济背景下的众包工作中的工作协议是否满足劳动关系认定所需要的条件，还需要区分具体情形。

一般来讲，在用人单位内部的众包工作中，依据个人依赖性而产生的劳动关系还将继续存在，因众包而形成的发包人即用人单位和承包人即用人单位内部员工之间的法律关系依然是受劳动法调整的劳动关系。但在用人单位外部的众包工作中，是否当然存在着具有个人依赖性的劳动关系，则需要具体讨论。一般来看，尽管众包工作中的发包人与承包人之间经协商一致而形成了有别于传统劳动关系的权利义务关系，但从数字化工作联系中极为普遍的技术控制与监管来看，这种权利义务关系事实上很难与具有个人依赖性的劳动关系划清界限。例如，要把那些位于国外的中介网络平台实现订单跨国分配的行为纳入受劳动法调整的范畴，几乎是不可能的[7]21。但这并不意味着于此情形下应当放弃将相应权利义务关系归入劳动法调整范畴的努力。对此，劳动法应当在数字去集体化、去权力化的背景下重新考虑劳动关系的认定标准，并以此为核心来考虑劳动者权益保护法律规则的构造。

（二）控制权标准到经济现实标准转变的背景与考量因素

事实上，数字化背景下众包工作关系中发包人和承包人之间的权利义务关系究竟应通过何种法律予以调整，在比较法上主要存在两种模式。

一种模式是大陆法系国家如德国、日本等遵循的从属性标准，通过从属性的有无来确定劳动关系是否存在。从属性标准通常从人格、经济以及组织从属性等层面展开。其中，人格从属性在从属性的判定中居于核心位置，经济从属性是对人格从属性的具体展开，组织从属性包含在人格从属性

① 关于劳社部发〔2005〕12 号文件所确立的劳动关系的认定标准的学理讨论，可参见纪雯雯、赖德胜《从创业到就业：新业态对劳动关系的重塑与挑战》，载《中国劳动关系学院学报》2016 年第 2 期，第 24 页。

之中。这种模式由于认定标准过于僵化,使数字去集体化、去权力化所导致的人格从属性不明显的就业关系很难被纳入劳动关系的涵摄范畴,难以满足数字化背景下劳动者权益保护的需求[8]51。

另一种是英美法系国家如美国、加拿大等遵循的控制权标准。在美国,对于通过共享平台与消费者建立权利义务关系的平台从业人员是否与平台经营者之间存在受劳动法调整的劳动关系,司法实践中法院主要以源于加利福尼亚州的《独立承包人法》(Independent Contractor Law)并由《国家劳动关系法》(National Labor Relations Act)承认的控制权(right of control)标准进行判断[9]1432。但由于该标准考虑的要素过于灵活而具有不确定性,法官在具体案件中拥有的自由裁量权空间过大,实践中常常出现同案不同判的现象。例如,对Uber公司等与共享平台从业人员之间的工作纠纷,部分法院从工作量、工作方式和方法、监督方式、工作时间以及其他因素这五个方面认定共享平台从业人员是劳动者①,能够基于劳动者身份而获得相应的失业保险、工伤保险、最低工资和加班工资,并可以获得法律给予的反歧视、无薪病假、产检等方面的特别保护;部分法院则基于同样的观察视角而得出完全相反的结论,认为平台从业人员并非劳动者②,反对其基于劳动者身份享有劳动法上的特殊保护。

为了解决控制权标准在认定劳动关系过程中存在的问题,华盛顿州最高法院于2012年通过引入《公平劳动标准法》(Fair Labor Standards Act)中规定的"经济现实"(economic realities)标准来替代控制权标准,以界定平台众包工作中是否存在受劳动法调整的劳动关系③。在经济现实标准的实践适用中,对于如下考量因素,法院不会分层处理而是会同等考虑:雇主依据协议控制工作细节的程度;雇员是否从事了一项确切的工作或业务;工作的种类,即该工作通常是在雇主的指导下在特定地点进行,还是通常是由特定专家在没有监督的情况下进行;该特定工作所需要的技能;雇主是否向从事该工作的人提供设备、工具和工作场所;雇员受雇时间的长短;付给雇员的报酬是按时间还是按工作;该工作是否属于雇主的正常业务;双方是否相信他们正在建立雇主与雇员的关系;委托人是否处于运营中④。一般来讲,如果这些因素指向劳动关系的建立,那么雇主就应对雇员的侵权行为负责[9]1452。

相比控制权标准,经济现实标准的入口更大,更具有操作性,在数字化背景下,它是一种对劳动者更为友好、进步的标准,通常有利于劳动者权益保护[10]184。此外,在当事人无法证明通过互联网平台取得工作的从业人员即承包人是真正的自主就业者时,为给予这部分从业者更充分的法律保护,依据比较法上的经验,应推定其为劳动者并将其纳入劳动法和社会保障法提供的保护体系中。这种推理的法理基础在于,劳动法应坚持对劳动者进行适度倾斜的原则,以保护劳动者为其核心要义,不应过度牺牲劳动者的利益[11]89。

(三)从属性标准的局限及解决路径

与美国的经济现实标准相比,我国现行劳动法中所采用的界定标准属于大陆法系的从属性标准,并且对是否存在从属性的判断是通过严格的要件主义来完成的。具体而言,根据劳社部发〔2005〕12号文件,劳动关系的认定是通过主体资格、人事管理、报酬支付和业务范畴四项要件来判断的。与前述经济现实标准相比,该标准过于僵化而缺乏灵活性,不利于数字化背景下劳动者友好

① 关于这个问题的判决,可参见O' Connor v. Uber Technologies, Inc. et al., C13-3826 EMC; Patrick Cotter, et al. v. Lyft, Inc., 13-CV-04065-VC。

② 关于这个问题的判决,可参见Raef Lawson v. Crubhub, Inc., et al. 3: 15-cv-05128。

③ 关于这个问题的判决,可参见Anfinson v. FedEx Ground Package Sys., Inc., 174 Wash. 2d 851, 871, 281 P. 3d 289, 299(2012)。

④ 关于这个问题的判决,可参见Hollingberry v. Dunn, 68 Wash. 2d 75, 80-81, 411 P. 2d 431, 435(1966)。

型劳动关系的建立。从该标准的司法实践适用现状来看，通过该标准判定平台从业人员与平台之间是否存在受劳动法调整的劳动关系，存在着极大的不确定性。2018 年北京市朝阳区人民法院发布的《互联网平台用工劳动争议审判白皮书》中的统计数据显示，该院 2015 年至 2018 年第一季度以判决方式审结的 105 件确认平台是否与平台从业者之间存在劳动关系的案件中，法院认定双方之间不存在劳动关系的案件多达 58 件，占比 55.2%；认为双方存在直接劳动关系的案件有 39 件，占比 37.1%；认为双方存在劳务派遣关系的案件有 8 件，占比 7.6%[①]。法院在否定滴滴出行平台与快车司机之间存在劳动关系的判决中，或者认为平台作为 APP 运营商提供的是居间信息服务，快车司机在接单和提供服务时具有自主选择权，接单出车的行为不是职务行为[②]；或者认为快车司机在网约车服务中是自愿注册、自由且自主接单并有权取消订单，平台不提供运输工具且不指定服务场所和限定服务时间，因此司机和平台之间是新型合作关系而非劳动关系，二者的合作关系在每个订单中都独立存在，每次合作都实时结算有关收益分成[③]；或者认为快车司机和平台之间是挂靠经营关系而非劳动关系[④]。显然，司法实践若继续坚持劳社部发〔2005〕12 号文件确立的四要件主义来界定数字化背景下的劳动关系，就会出现既与国办发〔2019〕38 号文件主旨不符，又不利于劳动者权益保护的现象。

因此，对该问题的整体解决思路应当是，在坚持尊重数字经济用工模式和保护平台从业者劳动权益二维理念的基础之上，合理借鉴比较法上的有益经验尤其是经济现实标准，改造劳社部发〔2005〕12 号文件所确立的四要件主义，实现从封闭僵化的要件主义向具有适度开放性的平等因素主义标准的转变，使数字时代的劳动关系界定标准在保持稳定性的同时也具备适度的灵活性。具体而言，应当继续以劳社部发〔2005〕12 号文件认定的从属性标准为核心来构造劳动关系的新型界定标准，将从属性标准的考量因素由封闭的四项要件转变为类似经济现实标准的开放性体系，从而在数字化背景下将更多体现个人从属性特征的指派业务型和平台支付型用工模式中的平台与平台从业人员纳入受劳动法调整的劳动关系范畴，将个人从属性较弱而自主性较强的竞争业务型和客户支付型用工模式中的平台与其从业人员的权利义务关系从劳动法的调整范围排除出去，最终达到国办发〔2019〕38 号文件所追求的实现劳动者合法权益妥善保护和促进数字经济健康、有序发展的双重目的。

三、数字时代工作空间灵活化与劳动者的远程办公权

数字化技术在工作领域的广泛运用所带来的最显著的变化是工作空间结构的革命性变革，远程办公应运而生。远程办公是数字化技术在经济活动中的发展所带来的劳动合同的特定执行方式，主要包括以在家办公、异地办公和移动办公等模式取代本地办公。远程办公的优势显而易见：对劳动者而言，它有助于减少通勤时间，在工作时间安排上也具有更高的自主性和灵活性，可以更好地平衡工作与生活的关系；对用人单位而言，它有助于减少办公场所等方面的开支，帮助员工提高工作积极性和工作效率等[12]74。

① 参见北京市朝阳区人民法院 2018 年 4 月 10 日发布的《互联网平台用工劳动争议审判白皮书》。

② 关于这个问题的判决，可参见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。

③ 关于这个问题的判决，可参见北京市通州区人民法院（2016）京 0112 民初 7560 号民事判决书。

④ 关于这个问题的判决，可参见天津市河东区人民法院（2017）津 0102 民初 7644 号民事判决书、江苏省常熟市人民法院（2016）苏 0158 民初 10221 号民事判决书。

(一) 远程办公方式在工作领域的广泛运用及引发的问题

远程办公基于其显而易见的优势,近几年在世界范围内获得了迅猛发展。Global Workplace Analytics调查数据显示,截至2017年,全世界已有24%的公司尤其是科技公司采用远程办公方式;到2020年,大约50%的科技公司将会有约29%的员工实现远程办公。根据美国劳工统计局人口普查局的调查,2013年美国有20%的工薪工人(wage and salary workers)在家办公[13]1;截至2017年已有超过八成企业引入了远程办公模式,多达3 000万人在家远程办公,占美国工作人口的16%—19%。与此相比,我国2005年仅有180万名远程办公员工,但在2014年这一数据就上升到了360万,年均复合增速为8%,若按该增速发展,我国2019年远程办公人数将超过500万人。相应地,我国远程办公平台市场规模也增长迅猛,2017年远程办公规模达到60亿元,同比增长68.07%,2012年至2017年市场年均复合增速达到95.52%①。可以说,远程办公是传统工作领域中空间与时间绑定解体最显著的表现形式,尤其是在数字时代,远程办公的潜在优势在很大程度上已受到社会的普遍认可并获得了长足的发展[7]20。

在数字化早期阶段,各国劳动法事实上普遍希望借助新技术使劳动者工作领域的时空结构变得更为灵活,从而为劳动者创造更高的自主性[14]149。劳动法对待新技术的这种积极立场有利于数字技术在工作领域的迅速推广,但同时由于劳动法将关注的重点放在数字技术在工作领域带来的积极变化而未能充分顾及其隐藏的对劳动者权益保护不利的危险,现实生活中的劳动者不得不接受那些普遍未被法律规制的、受制于用人单位安排的数字化移动办公。有社会调查显示,相比传统劳动者,远程工作人员通常会面临更高的风险:首先,远程办公人员通常与同龄人、同事和用人单位成员之间缺乏直接联系,可能面临被社会孤立的风险;其次,远程办公人员的晋升和职业发展机会有限,因为用人单位的管理者和决策者缺乏与远程办公人员的直接联系,很难对这些员工的绩效进行正确评估[15]87-111;最为重要的是,劳动立法可能会加剧远程办公人员的脆弱性,因为尽管各国劳动法普遍承认远程办公人员和传统劳动者享有的权利和待遇是平等的,但从英国、法国、意大利等国的法律实践来看,前者的薪酬和社会福利普遍要低于后者,例如英国劳动法即不承认节假日仍在工作的远程办公人员享有报酬请求权[12]75-82。事实上,当前我国的远程办公人员也面临着同样的问题[16]。这实际上是劳动法的退步,因为在数字化的背景下,它并没有满足以实现劳动者利益为主要诉求的开发数字化移动办公的人性化与自由的需求,这也与劳动者基于数字化而应当享有自主决定日常工作之地点的远程办公权背道而驰②。

(二) 远程办公中劳动者友好型劳动关系的形成机制

事实上,随着数字化进程的进一步深入,传统的办公时空与非办公时空之间的区分界限越来越不显著甚至消失,不限时间与地点的数字化办公条件实际上为创造劳动者友好型劳动关系提供了机会[17]186。从比较法上的实践经验来看,在劳动法提供的平等保护的基础之上,这种劳动者友好型劳动关系的形成应主要从以下三个方面展开。

第一,承认用人单位与选择远程办公的劳动者之间就灵活的办公时间、空间所达成的具体协议的重要性。事实证明,远程办公是对当事人意愿的回应,主要归功于当事人的意愿,所以只有通过当事人之间的具体协议,才可能在保障用人单位的必要权利与满足劳动者对休息、技能及工作生活

① 具体调研数据及统计分析可参见前瞻产业研究院《中国智能移动办公行业市场前瞻与投资战略规划分析报告》,https://t.qianzhan.com/caijing/detail/190116-d16a7cb3.html,2019年10月19日。

② 参见[德]施韦姆勒、韦德《一切皆在掌控之中?——数字时代的劳动政策与劳动法》,(北京)艾伯特基金会,2019年,第34页。

的兼顾需求之间达成各方皆可接受的适当平衡。具体而言，用人单位和劳动者应以书面形式签订劳动合同，在普通劳动合同的强制性要素中明确增加劳动者远程办公权条款，并规定用人单位有权控制劳动者活动的条款，概要显示工作进度轮廓和实现控制的具体方式[18]160。

第二，在承认用人单位与劳动者之间达成的具体协议在解决远程办公问题中具有基础性地位的前提下，劳动法还必须为具体协议缔结中普遍处于弱势地位的劳动者提供特殊的保护。这意味着在远程办公模式中，适用于在用人单位所在地受雇的劳动者的集体劳动合同也可以规定有关在家工作的特定条件，远程办公人员也可以从集体劳动合同认可的所有权利和适用的法律中受益。

第三，鉴于数字化背景下分享经济所具有的平台化以及大数据的公开、透明优势，实践中应考虑通过行业自律机制的完善和积极稳妥的政府监管来确保市场发展中劳资双方的利益平衡[4]51。

存在争议的是，劳动者在工作地点方面选择家庭办公以及自由选择办公地点的诉求是不是必须转化为一种制定法上的权利？对此，考虑到远程办公模式在工作领域的引入主要是通过用人单位与劳动者签订协议的方式来实现的，所以在现阶段，以制定法的形式在办公地点自主选择权方面为劳动者带来更多选项的可能性微乎其微。另外，根据国办发〔2019〕38 号文件所追求的构建数字经济中和谐劳动关系的目标，承认劳动者远程办公权并非是一种必须在与用人单位的利益相对立的情形下才能实现的请求权。为促进和谐的劳动者友好型劳动关系的形成，应优先考虑劳动者与用人单位之间的协议以及用人单位内部的协定在远程办公权实现中的价值，因为这种方式更易于将法律的规定应用于用人单位的实践之中①。

四、数字时代工作时间自由化与劳动者的休息权

随着数字化办公形式出现的办公时间与空间在基础结构上的深刻变化，导致劳动者的工作领域与私人生活领域不再泾渭分明。这种变化固然为劳动者享有更自由灵活的工作时间并且为用人单位提高工作效率提供了可能[7]20-21，但劳动者单方面的办公时间的灵活化也使劳动法为劳动者提供的用于劳动力恢复的时间保护标准被削弱甚至瓦解。

（一）数字时代工作时间自由化导致的主要问题

根据国际劳工组织的调查报告，远程办公等工作时间自由化程度高的工作模式存在的普遍问题是[19]29-30：第一，模糊了工作与个人生活之间的界限。例如，日本厚生省 2014 年一项覆盖了日本 30 家公司员工的调查发现，43.5％的受访者认为这种工作模式“很难在工作与家庭生活之间划清界限”。而美国、阿根廷、巴西和印度的调查也得出了相似的结论。例如，在美国益普索 2011 年关于美国员工进行远程办公的特别报告中，有 70％的受访者表示，技术使界限模糊化，因为它将工作带入了他们的个人生活；有 48％的受访者说，远程办公会增加工作与家庭的冲突。第二，导致了更长的工作时间。国际劳工组织的调查报告显示，远程办公人员的工作时间普遍长于本地办公的平均时间。例如，在日本，前者的周平均工作时间是 46.5 小时，而后者是 39.1 小时；在比利时，前者的周平均工作时间是 44.5 小时，而后者是 39 小时。第三，对劳动者的身体健康造成不利影响。国际劳工组织的调查报告通过对从 15 个国家调取的数据资料进行分析发现，工作时间更为自由的劳动者承受压力的比例为 41％，失眠比例高达 42％；而工作地点、工作时间相对固定的劳动者承受压力和失眠的比例则分别为 25％和 29％。

可以发现，远程办公使劳动者工作和私人生活方面界限模糊，将会导致劳动者休息权受到侵犯

① 同前。

进而引发健康方面的风险。对劳动法而言,数字化反映出来的问题的本质是,劳动法向劳动者提供的关于劳动时间方面的保护,究竟如何变革才能适应新的数字化办公时空结构。对此,劳动法理论与实务领域均已认识到数字化办公结构对劳动时间保护标准提出的挑战,并且普遍认为应当对现行法中的劳动时间规定予以适当改变,但对于如何改变却存在争议。

(二)工作时间自由化中的劳动时间保护标准

支持保护用人单位利益的理论观点认为,劳动时间保护中关于最长工作时间和休息时间的法律规定应保持开放性,从而能更好地为用人单位服务。同时,为了保护劳动者的休息权,应当规定,一旦劳动者某次工作时间超过法定最长界限,就可以通过调休来补偿。对此,反对观点则认为,劳动法的规定具有更多的稳定性才能换得更多的灵活性,所以关于劳动时间的保护性规定不宜过于开放和灵活[20]。

支持保护劳动者利益的观点则认为,对制定法中关于劳动时间保护的规定的遵守情况缺乏有效监管,使得劳动者的休息权在实践中被侵犯,因此,应完善劳动者权利实现的保障机制①。例如,珠海市于2019年起对实行不定时工作制及综合计算工时工作制的企业再次实施审批制。虽然此种举措的合理性与合法性仍然存在讨论改进的空间,但这至少反映了现行劳动法在应对数字化工作带来的全新挑战时的一种积极立场。

从比较法上的实践经验来看,被普遍接受的关于工作时间的劳动法立法目标其实是在稳定性和自由开放性之间实现适当的平衡,来确保用人单位在安排劳动时间时能够保障劳动者的安全和健康,并使工作时间尽量灵活,保障劳动者休息日和节假日的休息,最终使劳动者免受过长工时带来的过度劳累、早衰等不良影响,从而整体上提高用人单位的工作效率[21]163。例如,德国1994年制定的《劳动时间法》在规定法定工作时间保护标准时考虑了不同劳动者群体、产业等在工作时间上的特殊要求而没有采取一刀切的模式,这种立法模式就为解决数字化背景下工作时间自由化所导致的问题提供了基本框架②。依据该法第2条第1款规定,受劳动法保护的一般性的工作时间是指不涵盖休息时间的、从工作开始到工作结束的时间。特殊的工作时间是工作待命、呼叫待命和值班三种。其中,工作待命是指劳动者必须出现在工作岗位并随时准备工作,一旦有必要即可主动加入到工作中的状态[22]338;呼叫待命是指劳动者没有义务待在确定的工作地点,但应随时联系上,并在呼叫时可以出现在工作地点的状态;值班则是劳动者根据雇主需要在雇主确定的工厂内外地点做好身体上的准备,但却可以做自己想做的事的状态[23]459。依德国主流司法实践观点,工作待命和值班应计入工作时间,而呼叫待命只有实际工作的时间才属于工作时间[21]163。以这些工作时间的计算标准为基点,结合劳动法确立的法定工作时间以及工间休息和休息时间保护标准,即可较为清晰地确定数字化背景下劳动者的休息权保护框架。

(三)劳动时间保护标准的主要目标与实现路径

结合比较法上的经验来看,劳动法的完善应当以劳动力市场的灵活性与安全性的平衡为目的。因为"灵活性不足、安全性有余的劳动力市场缺乏效率,也难以维护公平;安全性不足、灵活性有余的劳动力市场缺乏公平,最终也将缺乏效率"[24]98。而二者的平衡则"不仅有助于增强企业市场竞

① 同前,第36页。

② 关于这个问题,德国学理上仍有观点认为,德国现行的《劳动时间法》的相关规定与数字化办公的构建未保持同步。相关讨论参见 Schwemmle M. & Wedde P., *Digitale Arbeit in Deutschland: Potenziale und Problemlagen*, Bonn: Friedrich-Ebert-Stiftung, Politische Akademie Medienpolitik, 2012, p.78。

争力和岗位创造力，提升劳动者就业能力，拓宽就业渠道，还能改善不公平的劳动力市场分割状况”[25]55。因此，针对数字化办公导致的劳动时间保护标准改变的问题，也应由此出发，将劳动时间保护的主要目标确定为：第一，保证劳动者不因数字化办公而遭受工作时空越界并被用人单位过度要求。第二，用人单位在不违反法律规定的前提下有权自主安排劳动时间，但这种安排应以不威胁劳动者基本休息利益为限。第三，在不违反前述两项目标的基本前提下，劳动者对劳动时间的选择的可能性越多，其享有的对办公时间与地点的自主可能性就越高。第四，劳动法应给予那些经由协商形成的灵活性方案以适当激励，从而促进用人单位在创新工作组织形式方面与劳动者达成新的妥协，并为用人单位创造更多的发展空间。

以平衡劳动力市场灵活性与安全性为目的的新劳动法应当规定，对这些新的目标的实现，用人单位负有法律上的首要责任，用人单位应保证劳动者普遍能够自主决定工作时间、地点或通过协商确定工作时间、地点。同时，法律应将给予劳动者更多工作地点、时间上的选择机会，与有条件地偏离现行劳动法中的法定劳动时间保护结合起来，从而在保护劳动者不受用人单位越界和过度要求的威胁、劳动者工作时间上的自主性、用人单位与劳动者协商一致形成的关于灵活的工作时间的妥协等方面形成平衡。这也是现行劳动法追求的最高立法宗旨即“构建和发展和谐稳定的劳动关系”的题中应有之义[26]100。

为了实现防止用人单位越界并对劳动者提出过度要求以及在用人单位的灵活性要求与劳动者的自主决定之间达到平衡的目的，除了重视通过劳资协定以及用人单位内部协定在用人单位的实践中具体执行变化了的法律规定，还应当严格落实劳动行政主管部门对用人单位遵守法规的监管职责。而从劳动行政监管的视角出发，可以发现数字技术既可能是劳动时间保护问题的制造者，也可能是问题的解决者[27]135。亦即在看到技术进步给劳动保护与规制带来负面影响的同时，也不应忽视通过新技术促进劳动保护与规制完善的可能性，因为数字化也意味着可以通过数字技术及时高效地识别出违反劳动保护规定的情况并予以记录。在数字技术的实践运用中，一方面，平台运营者“对交易双方的信息和各种交易记录都可及时掌握，并根据自己制定的规则对其中的不诚信行为进行惩戒”[28]300；另一方面，作为用人单位的平台运营者自己是否遵守了劳动法规定的法定最高工作时间或最低休息时间标准，也可以通过技术予以确认，由劳动行政主管部门进行监管。具体而言，法律可以强制用人单位在信息技术系统中安装特定软件，这种软件可以持续抓取并记录劳动者实际工作的数据。由于这种软件可以与用人单位的个人登录平台相互结合使用，劳动者在一个统一的中心页面直接进入用人单位的所有应用程序，其登录后产生的数据都会被记录下来。如果劳动者在工作时未能连接用人单位的信息技术系统网络，那么其工作过程中产生的数据会留在其使用的终端设备上，待下一次与用人单位的网络相连接时再导入用人单位的信息技术系统。由于大数据软件在数据抓取尤其是数据收集技术上已不是问题，通过分析记录软件中的数据，当劳动者实际工作时间超过劳动法确定的法定标准或劳动合同约定的工作时间总量时，用人单位必须给予劳动者相应的补偿并接受法律规定的处罚。用人单位同时还有义务确保相应监控手段如工作时间记录软件的正常运行，以保证其行为合乎法律规定。若用人单位违反劳动法关于工作时间的强制性规定，其不得以劳动者自愿加班而免于承担责任。这里的责任既包括对劳动者的补偿、赔偿，也包括罚款在内的行政责任。当然，用人单位承担的行政责任在任何情况下都应是合理、有效且具有威慑力的①。

① 参见[德]施韦姆勒、韦德《一切皆在掌控之中？——数字时代的劳动政策与劳动法》，(北京)艾伯特基金会，2019 年，第 36－37页。

五、数字时代的工作可及性与劳动者的不回应权

随着数字化进程的深入,传统办公时空界限被打破,数字可及性与可支配性的滥用将会导致劳动者的休息时间被侵占。对此,劳动法应及时回应以保护劳动者的基本权益。

(一)数字可及性导致的主要问题与不回应权的提出

根据国际劳工组织的调查报告,随着数字技术在工作领域的普遍运用,劳动者在休息时间仍继续工作的比例在世界范围内普遍稳步提升。例如,在欧盟,2015年有一半以上(52%)的劳动者报告称星期六在工作,其中23%的劳动者每月至少有三个星期六在工作。尽管自1995年以来许多欧盟成员国周日工作的发生率一直在下降,但每月至少有一个周日在工作的劳动者所占比例在2015年达到了30%,高于2005年的27.5%和2010年的28%。2015年,超过10%的劳动者每月至少有三个星期天在工作。根据美国劳工统计局2015年关于休息时间的调查报告,占全美劳动者总数33%以上的人周末仍在工作,其中,全职劳动者占比30%,而兼职劳动者占比近60%[29]67-68。

从理论上看,因为数字技术的运用而具有较高灵活性和自由度的劳动者有能力使工作时间与工作外的时间需求相适应,但实际上,由于客户有紧急需求等因素而通常不具有可行性。劳动者为这种工作与生活界限被破坏以及持续可及的以结果为导向的工作安排所带来的自由付出了沉重代价。根据德国工会联合会的调查,2016年有22%的劳动者经常被期望通过电子邮件或者电话的形式在非工作时间随叫随到。由于持续的可及性,这些劳动者中的37%最终无偿地完成了额外工作。由于互联网的运用以及电子邮件能够立刻得到回复,那些工作强度和绩效压力已然很大的劳动者的负担进一步加重[30]92。很明显,由数字可及性导致的劳动者工作强度的不断增加是有问题的,这同时也会引发劳动者身体健康方面的风险[31]13-23。

因此,是否承认劳动者在劳动合同约定的工作时间之外享有一项不可及性权或不回应权就显得颇为重要。该权利主张的核心诉求是:一方面,应保证劳动者享有在工作时间之外没有电子联系和工作指示或者至少在非工作时间不做出回应的权利;另一方面,必须确保劳动者不会因不可及性的愿望而导致其自身在法律上的不利。不回应权的提出与数字时代信息的触手可及密切相关。该权利主张的本质在于,当传统社会中形成并发展出来的工作与生活两大基本领域的界限模糊以至消失时,在随时随地的可及性对劳动者身心健康可能产生不利影响时,就应当在法律上明确,事实上的可及性不允许变成具有法律强制力的可及性。亦即用人单位不能因劳动者能够随时随地为其工作而事实性地强制其工作,若用人单位违反该权利保护要求,应承担法律上的不利后果。

(二)经由传统法律规则保护劳动者的不回应权

对于随着数字技术的发展而日益突出的劳动者休息时间与工作相关的可及性问题之间的紧张关系以及由此引发的权益纠纷,在劳动法未明确规定不回应权的传统法律体系中仍可能获得相应的规制。这是因为,虽然制定法中确实有一些基本概念和规则的适用存在特定的技术和社会背景,而相关技术一旦发生根本性变革,这些概念和规则即当然无法再予适用,但也有大量概念和规则具有很强的包容性,可以直接或经过解释方法的适当运用而与新技术带来的新的行为方式兼容[32]20。在对数字可及性导致的法律纠纷的涵摄机制上,可以考虑通过如下两条路径来实现:

第一,继续适用劳动法关于最高劳动时间的强制性规定以保护劳动者的休息权。在传统劳动法上,除劳动合同或团体协议中存在特别约定外,劳动者并没有在休息时间负有对用人单位随叫随到的可及性义务。如果劳动者与用人单位之间订立的具体劳动合同中存在为法律所允许的可及性

条款，那么应依据该条款来确定当事人之间的权利义务关系。若没有这样的特别约定，那么劳动者即没有义务加班。在比较法经验上，德国即采此立场。在德国，劳动者原则上并不负有对用人单位的可及性义务，除非劳动合同、团体协议和工厂协议中有不违反法律强制性规定的可及性条款，或者根据个案中的具体紧急情况，劳动者负有《民法典》第二百四十一条规定的“顾及另一方的权利、法益和利益的义务”。如果用人单位违反法律规定而让劳动者负有可及性义务，那么后者有权向用人单位主张劳动报酬给付请求权[33]237。

第二，扩张适用民法上的一般人格权规则，保护劳动者在休息时间所享有的安宁利益和人格自由发展权。劳动者在休息时间享有的生活安宁不被打扰的利益和依据自主意志安排个人生活、发展其人格的权利，因为数字可及性而被用人单位非法侵扰之后，在劳动者无法通过作为私法之特别法的劳动法而获得充分救济时[34]1506，可以考虑通过民法上的以人格尊严和人格自由为价值基础的一般人格权条款进行保护。在比较法上，德国联邦宪法法院早在联邦最高法院之前就已经通过《德国基本法》第 2 条第 1 款规定的人格自由发展和第 1 条第 1 款规定的人的尊严而创造性地发展出了宪法上的一般人格权。在此后的司法实践中，该项权利被深入解读并逐渐发展出包括自我定义权、信息决定权、个性自决权以及其他自决权等权利类型。该权利主要在两个“保护领域”发挥作用：一是保护劳动者免受干扰的权利，即实现个人的同一性；二是确保个人积极发展人格的权利，即实现社会的同一性[35]53-54。显然，用人单位通过数字技术的可及性便利随意侵扰劳动者的私人生活已经满足了一般人格权规则的涵摄要件。同时，依据《德国基本法》第 1 条第 3 款规定，法院在审理民事和劳动案件时，也要受一般人格权规则的约束[36]819。因此，在德国法上，劳动者通过一般人格权规则主张休息时间的不回应权，以确保自主意志的实现和生活安宁免遭打扰，在正当性和合法性基础上并无障碍。在我国，由于《民法总则》第一百零九条已经确立了以人身自由和人格尊严为价值基础的一般人格权规则，该规则的制度功能和涵摄能力与德国通过司法实践之法律续造发展出来的一般人格权规则有异曲同工之妙[37]62-63。因此，劳动者休息时间的安宁利益和人格自由发展权被侵犯，也可以经由该条获得民法救济。

（三）经由数字技术结合新的立法实现劳动者的不回应权

对于用人单位利用自己的优势地位事实上违反法律规定或劳动合同约定而让劳动者负担一种可及性的义务，也可以考虑通过技术性手段予以解决。具体而言，对用人单位和劳动者关系的治理，可以从技术、行为、组织三个层面系统推进，实现劳动法律政策的数字治理体系框架建设，并在技术能力、规范能力、组织能力三个方面加强劳动法律政策的数字治理能力建设[38]23，具体包括以下三个方面。

第一，通过规定用人单位在法律允许的工作时间之外技术封锁单位内部工作系统入口的法定义务，来保证劳动者的不回应权；与此同时，劳动行政主管部门也可以通过统计劳动者登录与活动的数据来确定其实际工作时间，从而监管用人单位对法定工作时间标准的遵守。

第二，为了防止移动办公中用人单位将相应的风险通过技术性手段移转给劳动者，应当通过立法明确规定，如果是用人单位的办公设备或者劳动者自己携带的设备的技术性问题以及必要的信息和沟通技术问题导致劳动者事实上不能工作，那么在原计划的工作时间之内也应视劳动者已经完成了工作。

第三，为保证劳动者前述利益的实现，还应通过立法规定举证责任倒置以保证移动办公中相应风险分配规则的实现，即劳动者只要提出其因办公设备的技术性问题等而未能在原计划的工作时

间内完成工作,要推翻这一主张,则需要用人单位去证明这一情况并不存在①。

数字化过程中产生的用人单位对劳动者的可及性以及由此带来的普遍可支配性的事实,危及了人人享有的、确保劳动者维持尊严和谋求发展的休息权,这与劳动法追求的正义理念严重悖反。为尽可能地遏制这种因数字化而生的对劳动者的重大不利益,作为不回应权的最后保障,立法上应明确劳动者享有不回应权,由此确保劳动者在实际工作时间超过法定最高工时或工间休息和休息时间的条件已经满足的情况下可以通过该项权利来保护自己。

六、数字时代的去隐私化与劳动者的个人数据权

在数字化进程中,由于用人单位的工作流程逐渐联网,用人单位通过数字技术开展新的控制和监管也成为可能,劳动者个人数据保护领域的挑战愈加严峻。数字技术在工作领域的广泛运用一方面导致劳动者的个人数据急剧增加并且可能被完整地存储起来;另一方面,通过大数据领域新的应用程序的运用,数据收集和存储者可以将这些个人数据汇总并完整再现特定劳动者的个人形象与特征[39]72。这就意味着,用人单位可以通过数字技术全面掌握劳动者的一切信息。对此,劳动者却可能全然不知,既不知道自己的哪些信息被用人单位导出,也不知道用人单位通过这些信息获得了哪些认知,这实质上意味着劳动者处于信息不对等的不利地位[40]71。

(一)劳动者个人数据法律保护的现状与问题

从数字技术在工作领域的实际运用来看,劳动者个人数据保护主要在两个实践面向遭遇挑战:一方面,在工作领域广泛使用的办公电脑、智能手机、数据眼镜或数据手套上,都可以安装数字化的记录、监督、评估和监控劳动者工作绩效和工作行为的应用程序。特别是在人工智能技术迅猛发展的背景下,用人单位可以通过人工智能技术全方位追踪劳动者在数字化工作过程中留下的所有数据。对劳动者个人数据展开广泛收集和处理,可能是因为用人单位将相关指令和算法预先植入程序中而有意为之,也可能是具有自主学习功能的人工智能的自发行动。但无论如何,这都意味着在工作领域数字化、智能化的背景下,劳动者接近于零隐私的透明人,若对数字技术的运用不予以必要的约束,对劳动者人格尊严将会造成严重的负面效应[41]62。另一方面,语言分析程序或用人单位社交网络的评估等应用程序都可以被用人单位用来审查劳动者的个性并在此基础上对他们做出评价,甚至以此为依据来决定是否聘用以及是否续聘等问题。这些应用程序可能在数据泄露、信息分选、智能监视和关系控制等方面危害劳动者的利益[42]19。

当然,用人单位基于"提高生产效率、保护商业秘密等理由获取、管理、储存甚至监控"劳动者数据且用来作为入职、奖惩与辞退的依据[43]117,在某种程度上亦存在正当理由。例如,西班牙高等法院即认为,只要用人单位有合理理由相信劳动者违反工作义务且证明确实存在义务违反,那么用人单位即可对单位的电脑实施秘密监控,但不能侵入劳动者私人电脑或账户密码[44]4。因此,"不同于传统隐私权从个体出发为个体提供单一向度的权利保护,个人信息需要从保护和利用两个角度兼得的视角加以考量"[45]38,而这恰恰导致劳动者个人数据保护的难题。

在我国当前的劳动法律实践中,用人单位往往通过这些数据信息来监控劳动者。例如,在王某玲与唐某洋名誉权纠纷案中,王某玲是某律师事务所律师,唐某洋是负责操作该律所数字办公设备的工作人员。唐某洋受律所负责人指示,在操作律所一体机时秘密设置了一项功能,即凡是使用该设备扫描的文件均通过唐某洋的邮箱向操作该设备的工作人员发送,唐某洋由此可以在使用该设

① 同前,第35页。

备扫描文件的工作人员不知情的情形下获取扫描文件的内容。唐某洋在通过这种方式获悉了王某玲的扫描文件内容后，将该文件以电子邮件的方式发送给了包括王某玲在内的工作小组，对王某玲私下接单行为予以披露，致使王某玲从律所辞职①。显然这是一起典型的用人单位通过数字技术掌握劳动者个人数据并用以监督管理劳动者工作行为的案件。问题是，用人单位的这种行为在法律上应如何处理，才能达到劳动者个人数据保护和利用两个方面妥适平衡的理想目的。

由于我国现行法中缺乏明确的关于劳动者个人数据保护的规则，实践中劳动者个人数据往往被用人单位过度利用，而劳动者却很难获得法律上的充分保护。虽然 2016 年制定的《网络安全法》较为明确地规定了个人信息保护的一般规则，但该法主要是从网络安全角度出发为个人信息提供一般性的保护规则，且存在着“法律要求与信息控制者内部治理机制脱节、刑法制裁与其他法律手段脱节、责任规范与行为规范脱节等问题”[46]3。因此，对劳动者个人数据保护而言，该法尽管具有积极意义，但仍不够具体且缺乏可操作性。在此意义上，《民法典（草案）》也存在同样的问题。一方面，在《民法典（草案）》中规定个人信息保护，可以对包括用人单位在内的任何组织和个人收集、存储、保管、分析和使用个人信息的行为加以规制，确定相应的义务并为对违反规定的行为进行处罚奠定基础，且有利于构建一个科学合理的个人信息保护的法律体系。但另一方面，就《民法典（草案）》第四编“人格权”的构造来看，其缺乏对侵害个人信息的民事责任的具体规定，因为民法对个人信息的保护与公法的保护的关键不同并不在于对个人信息的赋权性规范，而在于个人信息被侵害时为受害人提供主张救济的请求权基础，即信息收集者、持有者在违反个人信息保护义务而侵害个人信息时，须承担相应民事责任[47]26。另外，在平台用工中，作为承包人的劳动者与作为发包人的平台运营者绝大多数存在着事实上的力量不对等，这导致后者在与前者建立劳动关系时通常会不当利用己方的优势而获得如《民法典（草案）》第一千零三十七条所规定的免责机会[48]71，从而使《民法典》保护个人信息的目的落空。因此，适当借鉴比较法上保护劳动者个人数据的成功经验，对于完善我国当前立法具有重要意义。

（二）劳动者个人数据保护的比较法经验与启示

通过专门的行为准则明确劳动者个人数据的保护问题，最早见于国际劳工组织在 1997 年制定的《劳动者个人数据的保护》准则。该准则在明确目的、适用范围和一般原则的基础上，从个人数据的收集、安全、存储、使用、通信五个方面详细规定了具体的保护规则，区分了劳动者个人数据之上的个人权利、集体权利以及雇佣机构在劳动者个人数据保护中的角色[49]。随着数字技术在工作领域的广泛运用以及由此导致的复杂的劳动者个人数据保护问题的出现，当代各国普遍重视通过法律的形式加强对劳动者个人数据的保护。例如，欧盟各成员国在涉及劳动者个人数据保护的司法实践中，普遍倾向于为劳动者个人数据提供更为宽松和充分的保护[50]。在劳动者个人数据保护规则的具体构造上，欧盟于 2018 年制定的《通用数据保护条例》（GDPR）中关于劳动者数据保护的特别规定尤其值得关注。在该条例中，具有特殊意义的是第 88 条关于雇员数据处理的规定。该条是一个开放性条款。其中，第 1 款规定各成员国有权在条例规定的框架内根据自己国家的法律规定来具体安排雇员数据保护问题，该款也规定雇员数据保护亦可以通过订立集体协议的方式来实现。该条第 2 款明确规定，无论是通过第 1 款的法律规定还是集体协议来实现雇员数据保护，相应国内法的具体规定或者集体协议中都必须包含维护相关人员的尊严、合法利益与基本权利的适当及特别措施，“尤其是在数据处理透明性、个人数据在公司集团内部或从事共同经济活动的一群公司之间的传输以及工作岗位的监控系统方面必须有相应的措施”。《通用数据保护条例》的出台为数字

① 关于这个问题的具体判决，可参见广东省深圳市福田区人民法院民事判决书（2016）粤 0304 民初 22666 号。

化背景下各国对劳动者个人数据的保护提供了新的视角。

以德国为例,早在1998年就已经有立法建议认为应当制定《雇员数字保护法》。该建议的核心目的在于保护被数字化波及和影响的劳动者的个人权益,同时也兼顾用人单位的合法利益。但是,这种建议最后未能上升到立法层面。在欧盟通过《通用数据保护条例》之后,德国的立法部门迅速展开行动,其"以雇佣关系为目的的个人数据处理"的劳动法改革主要围绕以下事项展开:一是明确雇主在涉及雇员数据处理时所负担的基本义务和雇员享有的基本权利。二是明确列举雇主处理雇员数据的主要许可事项,防止对现有数据的泛滥分析评价,排除秘密或隐藏的监控。三是确定雇员利益代表参与权行使的程度与程序。四是明确雇员同意数据处理的要件,保证雇员同意的自愿性。五是规定特殊类别的个人数据处理的例外性规定。六是明确通过集体协议处理雇员数据的合法化论证。七是明确雇员的内涵并确定雇员数据处理的适用领域,包括文件操作系统领域内外的所有雇员数据处理。

德国的这种改革思路将涉及雇员数据保护的问题全部汇聚到了一起,从而为雇员数据保护确定了基本框架,值得借鉴。另外,德国法律还针对雇佣关系中的数据保护而保留了在规定范围内或在特别法律框架内进行规制的权力,"这尤其适用于建立雇佣关系时提出问题的权利、明确排除雇佣关系中的秘密监控、限制员工本地化及排除大范围移动的特性、排除持续监控和使用生物统计数据进行验证与授权"①。这实质上是强化了制定法在劳动者数据保护中的地位,有利于实践中对普遍处于弱势地位的劳动者的保护。

(三)劳动者个人数据保护遵循的目标与原则

从比较法上的经验来看,对劳动者个人数据的保护,应当从注重保护劳动者这一基本目标出发,使用人单位数字智能化劳动管理既尊重劳动者在个人数据信息上的自主决定权,又强调劳资利益的平衡保护[42]16。对于数字化背景下劳动者个人数据立法而言,应当在劳动者利益保护和用人单位利益保护之间达成必要的平衡,不能使任何一方的数据保护水平降低。尤其是在争取对劳动者更多更有利的法律保障的同时,也应避免对用人单位的过度规制以及官僚主义。为此,劳动者个人数据保护立法应当遵循的具体原则包括:一是人格尊严优先原则,对劳动者人格尊严的保护应该优先于对用人单位经济利益的保护[51]170。二是公共利益优先和适当容忍原则,即用人单位若是因公共利益需要或具有非常正当且重大的理由对劳动者数据进行一定程度的侵扰,劳动者应承担一定的容忍义务[52]21。三是必要限制原则,用人单位使用的劳动者个人数据若超过必要限度,就会对劳动者个人数据权和隐私权造成不必要的侵害。对用人单位必要限制的控制,应以"目的合理、确实必要、对象特定、事先告知,并与劳动合同的履行直接相关、限制手段和目的相适应、不得超越本来目的"为基础[53]38。

整体来看,坚持劳动者个人数据保护中的保护与利用平衡的思路,与国办发〔2019〕38号文件的整体思路是一致的,应予坚持。最后要强调的是,在注重通过完善立法的路径解决劳动者个人数据保护问题的同时,劳动法律政策还应重视利用数字技术本身的优势来解决这一问题。例如,劳动时间记录软件在涉及劳动者个人数据保护的问题上即可发挥重要作用。在远程办公中,可以通过劳动时间记录软件来确定用人单位信息技术系统或数据传送通道受到干扰或无法使用的时间,从而达到保护劳动者的目的。但同时,还应注意防止劳动时间记录软件被滥用,用人单位必须将相关数据的分析评估限定在法律允许的范围内。此外,还应重视通过技术预防措施来实现对劳动者个

① 参见[德]施韦姆勒、韦德《一切皆在掌控之中?——数字时代的劳动政策与劳动法》,(北京)艾伯特基金会,2019年,第44-45页。

人数据的保护，如对所有现存数据设定安全密码，只有劳动者有权查看自己的全部数据，用人单位仅能查看聚合数据①。对于用人单位违反其法定义务而侵犯劳动者个人数据的，劳动法应通过制定鼓励性的措施来激励劳动者向劳动行政主管部门举报。后者接到举报后应依职权展开调查，在确定相应举报情况属实后对用人单位予以处罚，从而实现保护劳动者的目的。

七、结　语

整体来看，数字技术本身是中性的，因此，劳动者保护的关键不在于数字技术本身，而在于使用数字技术的方式和对数字技术使用的法律规制。鉴于数字化变革的巨大推动力量及其对形塑工作领域的力量架构所产生的深刻影响，尤其是在劳动领域的去集体化和去权力化方面的影响，国家负有积极的义务在劳动法律政策层面做出及时调整。未来劳动立法的核心目标应当是，使劳动者的工作在数字化背景下变得更体面和具备自主性，劳动者能真正因充分利用数字化技术所包含的人性化的、解放性的潜力而受益，而不是毫无尊严地被数字技术甚至人工智能所奴役、取代和抛弃[54]133。在此意义上，如何将数字时代的劳动法的变革需求真正落实到相应的法律实践中，使工作领域的数字化朝着更符合劳动者人格尊严和人格自由发展的方向构建，具有重要意义。而劳动法要更有效率地解决问题，变得更具有整体性、深刻性，更富有远见卓识，也必须接受包括自身在内的变革，从多方面加以完善。

［参　考　文　献］

［1］李坤刚：《“互联网＋”背景下灵活就业者的工伤保险问题研究》，《法学评论》2019 年第 3 期，第 140－151 页。［Li Kungang，"On the Industrial Injury Insurance of Flexible Employment Against the Background of 'Internet ＋'，" *Law Review*，No. 3 (2019)，pp. 140－151.］

［2］国家信息中心：《中国共享经济发展年度报告(2019)》，2019 年 2 月 28 日，http://www.sic.gov.cn/News/557/9904.htm，2019 年 9 月 10 日。［National Information Center，"China Sharing Economy Development Report 2018，" 2019－02－28，http://www.sic.gov.cn/News/557/9904.htm，2019－09－10.］

［3］王天玉：《基于互联网平台提供劳务的劳动关系认定》，《法学》2016 年第 6 期，第 50－60 页。［Wang Tianyu，"Labor Relationship Identification Based on Internet Platform to Provide Labor Services，" *Law Science*，No. 6 (2016)，pp. 50－60.］

［4］陆胤、李盛楠：《分享经济模式对传统劳动关系的挑战》，《中国劳动》2016 年第 8 期，第 45－51 页。［Lu Yin & Li Shengnan，"The Challenge of the Sharing Economy to the Traditional Labor Relationship，" *China Labor*，No. 8 (2016)，pp. 45－51.］

［5］谢雨、吕莉、邵玉姿等：《互联网＋激活新就业形态》，《人民日报》2018 年 3 月 17 日，第 10 版。［Xie Yu，Lü Li & Shao Yuzi et al.，"Internet ＋ Activating New Employment，" *People's Daily*，2018－03－17，p. 10.］

［6］张楠：《“互联网＋”背景下的快递员劳动关系界定》，《中国劳动》2018 年第 6 期，第 60－65 页。［Zhang Nan，"The Definition of Labor Relationship of Couriers Against the Background of 'Internet ＋'，" *China Labor*，No. 6 (2018)，pp. 60－65.］

［7］International Labour Office，"Challenges and Opportunities of Teleworking for Workers and Employers in the ICTS and Financial Services Sectors，" http://ilo.ch/sector/Resources/publications/WCMS_531111/lang-es/index.htm，2019－09－10.

① 同前，第 37 页。

[8] 郑雯:《共享经济视阈下的劳动关系认定研究》,《海南金融》2018年第7期,第49-54页。[Zheng Wen, "The Identification of Labor Relations from the Perspective of Sharing Economy," *Hainan Finance*, No. 7 (2018), pp. 49-54.]

[9] Ross H., "Ridesharing's House of Cards: O' Connor v. Uber Technologies, Inc. and the Viability of Uber's Labor Model in Washington," *Washington Law Review*, Vol. 90, No. 3 (2015), pp. 1431-1470.

[10] Miller K. J., "Welfare and the Minimum Wage: Are Workfare Participants 'Employees' under the Fair Labor Standards Act?" *University of Chicago Law Review*, Vol. 66, No. 1 (1999), pp. 183-212.

[11] 谢增毅:《无固定期限劳动合同的价值及其规制路径》,《比较法研究》2018年第4期,第89-102页。[Xie Zengyi, "The Value of Open-Ended Contracts and the Approach to Their Regulation," *Journal of Comparative Law*, No. 4 (2018), pp. 89-102.]

[12] Marica M. E., "Homeworking/Teleworking: Atypical Forms of Employment: Between Usefulness and Precariousness," *Juridical Tribune*, Vol. 8, No. 1 (2018), pp. 73-85.

[13] Irby C. M., "All in a Day's Work: Overcoming Telework Challenges," *Monthly Labor Review*, Vol. 137, No. 12 (2014), pp. 1-2.

[14] 李坤刚:《就业灵活化的世界趋势及中国的问题》,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2017年第2期,第146-153页。[Li Kungang, "The Global Trend of Employment Flexibility and the Problems in China," *Journal of Sichuan University (Philosophy and Social Science Edition)*, No. 2 (2017), pp. 146-153.]

[15] Greer T. W. & Payne S. C., "Overcoming Telework Challenges: Outcomes of Successful Telework Strategies," *The Psychologist-Manager Journal*, Vol. 17, No. 2 (2014), pp. 87-111.

[16] 棕禾、李程程:《"远程办公"流行引争议——是减轻负担还是干扰生活?》,《劳动报》2017年3月21日,第8版。[Zong He & Li Chengcheng, "Disputes on the Popular 'Telework': Reducing the Burden or Disrupting Life?" *Labour Daily*, 2017-03-21, p. 8.]

[17] Olson M. H., "Remote Office Work: Changing Work Patterns in Space and Time," *Reports and Articles*, Vol. 26, No. 3 (1983), pp. 182-187.

[18] Emin M., "Teleworking: A Variety of the Work at Home Contract," *Conferinta Internationala de Drept, Studii Europene si Relatii Internationale*, No. 5(2017), pp. 155-161.

[19] Eurofound & the International Labour Office, "Working Anytime, Anywhere: The Effects on the World of Work," http://oit.org/global/publications/books/WCMS_544138/lang-pt/index.htm, 2019-09-10.

[20] Nahles A., "Flexible Working Hours Only Against Security," 2009-01-01, https://www.sueddeutsche.de/karriere/arbeitsmarkt-nahles-arbeitszeit-flexibilisierung-nur-gegen-mehr-sicherheit-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-160330-99-395917!amp, 2019-09-10.

[21] 田思路:《外国劳动法学》,北京:北京大学出版社,2019年。[Tian Silu, *Foreign Labor Law*, Beijing: Peking University Press, 2019.]

[22] [德]雷蒙德·瓦尔特曼:《德国劳动法》,沈建峰译,北京:法律出版社,2014年。[Waltermann R., *German Labor Law*, trans. by Shen Jianfeng, Beijing: Law Press·China, 2014.]

[23] Zöller W., Loritz K. G. & Hergenröder C. W., *Arbeitsrecht*, München: C. H. Beck, 2015. [Zöller W., Loritz K. G. & Hergenröder C. W., *Labor Law*, Munich: C. H. Beck, 2015.]

[24] 谢增毅:《劳动力市场灵活性与劳动合同法的修改》,《法学研究》2017年第2期,第95-112页。[Xie Zengyi, "The Labor Market Flexibility and the Modification of Labor Contract Law," *Chinese Journal of Law*, No. 2 (2017), pp. 95-112.]

[25] 谭金可:《我国劳动力市场灵活性与安全性的法制平衡》,《中州学刊》2013年第6期,第53-59页。[Tan Jinke, "The Legal Balance Between Labor Market Flexibility and Security in China," *Academic Journal of Zhongzhou*, No. 6 (2013), pp. 53-59.]

[26] 唐鑛、刘兰:《〈劳动合同法〉的价值重塑与制度创新》,《法律科学》2016年第3期,第96-105页。[Tang Kuang & Liu Lan, "Value Reconstruction and Institutional Innovation of Labor Contract Law," *Science of Law*, No. 3 (2016), pp. 96-105.]

[27] 许可：《开放银行的制度构造与监管回应》，《财经法学》2019 年第 5 期，第 122 - 136 页。[Xu Ke, "Open Banking: The Institutional Construction and Regulatory Response," *Law and Economy*, No. 5 (2019), pp. 22 - 136.]

[28] 唐清利：《"专车"类共享经济的规制路径》，《中国法学》2015 年第 4 期，第 286 - 302 页。[Tang Qingli, "Regulatory Path of 'Designated Car' Sharing Economy," *China Legal Science*, No. 4 (2015), pp. 286 - 302.]

[29] International Labour Office, "Ensuring Decent Working Time for the Future: Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations," https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_618485.pdf, 2019 - 09 - 10.

[30] Ahlers E., "Flexible and Remote Work in the Context of Digitization and Occupational Health," *International Journal of Labour Research*, Vol. 8, No. 1 - 2 (2016), pp. 85 - 100.

[31] Badura B., Schröder H. & Klose J. et al., *Fehlzeiten-Report 2009: Arbeit und Psyche: Belastungen reduzieren - Wohlbefinden fördern*, Berlin: Springer, 2010. [Badura B., Schröder H. & Klose J. et al. (eds.), *Absenteeism Report 2009: Work and Psyche: Reducing Stress - Promoting Well-Being*, Berlin: Springer, 2010.]

[32] 王迁：《如何研究新技术对法律制度提出的问题——以研究人工智能对知识产权制度的影响为例》，《东方法学》2019 年第 4 期，第 20 - 27 页。[Wang Qian, "How to Study Questions Raised by the New Technology on the Legal System? Taking the Impact of Artificial Intelligence on the Intellectual Property System as an Example," *Oriental Law*, No. 4 (2019), pp. 20 - 27.]

[33] Preis U., *Arbeitsrecht/Individualarbeitsrecht*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2017. [Preis U., *Labor Law/Individual Labor Law*, Cologne: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2017.]

[34] 沈建峰：《劳动法作为特别私法》，《中外法学》2017 年第 6 期，第 1506 - 1525 页。[Shen Jianfeng, "Labor Law as a Special Private Law," *Peking University Law Journal*, No. 6 (2017), pp. 1506 - 1525.]

[35] Ehmann H., Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, im 50 *Jahre Bundesgerichtshof: Festgabe aus der Wissensschaft*, München: C. H. Beck, 2000, S. 1 - 56. [Ehmann H., "The General Right to Personality," in 50 *Years Federal Court of Justice: Statement from the Knowledge Base*, Munich: C. H. Beck, 2000, pp. 1 - 56.]

[36] Canaris C. W., "Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts," im Grigoleit H. C. & Neuner J. (Hrsg.), *Claus-Wilhelm Canaris: Gesammelte Schriften*, Berlin: De Gruyter, 2012, S. 819 - 850. [Canaris C. W., "The Effects of Fundamental Rights and Principle of Proportionality in the Judicial Application and Further Training of Private Law," in Grigoleit H. C. & Neuner J. (eds.), *Claus-Wilhelm Canaris: Collected Writings*, Berlin: De Gruyter, 2012, pp. 819 - 850.]

[37] 朱晓峰：《民法一般人格权的价值基础与表达方式》，《比较法研究》2019 年第 2 期，第 60 - 71 页。[Zhu Xiaofeng, "The Value Basis and Concrete Expression of the Personality Right of the Civil Code," *Journal of Comparative Law*, No. 2 (2019), pp. 60 - 71.]

[38] 鲍静、贾开：《数字治理体系和治理能力现代化研究：原则、框架与要素》，《政治学研究》2019 年第 3 期，第 23 - 32页。[Bao Jing & Jia Kai, "A Research on the Modernization of the Digital Governance System and Capabilities: Principles, Structures and Constituents," *Journal of Political Science*, No. 3 (2019), pp. 23 - 32.]

[39] 高富平：《个人信息使用的合法性基础——数据上利益分析视角》，《比较法研究》2019 年第 2 期，第 72 - 85 页。[Gao Fuping, "The Legal Basis of Processing of Personal Information: A Perspective of Interests Related to Personal Information," *Journal of Comparative Law*, No. 2 (2019), pp. 72 - 85.]

[40] 刘诗琪：《信息技术能力的阶层分化与弱势保护》，《华东政法大学学报》2019 年第 3 期，第 71 - 77 页。[Liu Shiqi, "The Hierarchical Differentiation of Information Technology Capabilities and Vulnerable Groups' Protection," *East China University of Political Science and Law Journal*, No. 3 (2019), pp. 71 - 77.]

[41] 田野：《劳动法遭遇人工智能：挑战与因应》，《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2018 年第 6 期，第 57 - 64 页。[Tian Ye, "When Labor Law Meets Artificial Intelligence: Challenges and Countermeasures," *Journal of Soochow University (Philosophy & Social Science Edition)*, No. 6 (2018), pp. 57 - 64.]

[42] 田思路:《智能化劳动管理与劳动者隐私权的法律保护》,《湖湘论坛》2019年第2期,第16-27页。[Tian Silu, "The Intelligent Labor Management and Legal Protection of Workers' Right of Privacy," *Huxiang Forum*, No. 2 (2019), pp. 16-27.]

[43] 王健:《社交媒体中劳动者隐私权的法律保护——基于欧盟与我国司法实践的比较研究》,《华中科技大学学报(社会科学版)》2019年第4期,第117-125页。[Wang Jian, "Legal Protection of Laborers' Privacy in Social Media: A Comparative Study Based on EU and China's Judicial Practice," *Journal of Huazhong University of Science and Technology* (*Social Science Edition*), No. 4 (2019), pp. 117-125.]

[44] Lasprogata G., King N. J. & Pillay S., "Regulation of Electronic Employee Monitoring: Identifying Fundamental Principles of Employee Privacy Through a Comparative Study of Data Privacy Legislation in the European Union, United States and Canada," *Stanford Technology Law Review*, Vol. 4 (2004), pp. 4-77.

[45] 张新宝:《从隐私到个人信息:利益再衡量的理论与制度安排》,《中国法学》2015年第3期,第38-59页。[Zhang Xinbao, "From Privacy to Personal Information: Theories and Institutional Arrangements for Re-evaluation of Benefits," *China Legal Science*, No. 3 (2015), pp. 38-59.]

[46] 周汉华:《探索激励相容的个人数据治理之道》,《法学研究》2018年第2期,第3-23页。[Zhou Hanhua, "Exploring the Way of Personal Data Governance Compatible with Incentives," *Chinese Journal of Law*, No. 2 (2018), pp. 3-23.]

[47] 程啸:《民法典编纂视野下的个人信息保护》,《中国法学》2019年第4期,第26-43页。[Cheng Xiao, "The Personal Information Protection from the Perspective of Codification of Civil Code," *China Legal Science*, No. 4 (2019), pp. 26-43.]

[48] 蔡星月:《数据主体的"弱同意"及其规范结构》,《比较法研究》2019年第4期,第71-86页。[Cai Xingyue, "The 'Weak Consent' of Data Subject and Its Normative Structure," *Journal of Comparative Law*, No. 4 (2019), pp. 71-86.]

[49] The International Labour Organization, "Protection of Workers' Personal Data," https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_protect/-protrav/-safework/documents/normativeinstrument/wcms_107797.pdf, 2019-09-10.

[50] Sundet T. L. & Frogner M. B., "National Reports Topic 1: Impact on Information Technologies (IT) on Industrial and Employment Relation — Review of National Case Law," https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_dialogue/-dialogue/documents/meetingdocument/wcms_337908.pdf, 2019-09-10.

[51] 郑玉双:《人的尊严的价值证成与法理构造》,《比较法研究》2019年第5期,第170-185页。[Zheng Yushuang, "On the Value Justification and Jurisprudential Structure of Human Dignity," *Journal of Comparative Law*, No. 5 (2019), pp. 170-185.]

[52] 朱晓峰:《人类基因编辑研究自由的法律界限与责任》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2019年第4期,第21-31页。[Zhu Xiaofeng, "The Legal Boundaries and Liability of the Freedom of Human Gene Editing Research," *Wuhan University Journal* (*Philosophy & Social Science*), No. 4 (2019), pp. 21-31.]

[53] 王少波:《用人单位知情权与劳动者隐私权的冲突与平衡》,《中国劳动》2017年第5期,第36-39页。[Wang Shaobo, "The Conflict and Balance Between Employer's Right to Know and Laborer's Right of Privacy," *China Labor*, No. 5 (2017), pp. 36-39.]

[54] 吴汉东:《人工智能时代的制度安排与法律规制》,《法律科学》2017年第5期,第128-136页。[Wu Handong, "The Institutional Arrangement and Legal Regulation in the Age of Artificial Intelligence," *Science of Law*, No. 5 (2017), pp. 128-136.]

Labor Rights Protection in the Digital Age

Zhu Xiaofeng

(*Law School, Central University of Finance and Economics, Beijing* 100081, *China*)

Abstract: The digital revolution caused by the rapid advance of digital technology has profoundly affected the social, economic and legal policies of modern countries. In China, in line with the background of the digital age, the state stresses the positive impact of digitalization in the economic field at the macro policy level, and strives to further promote the development of the digital economy through institutionalized measures. In contrast, the negative effects of the digital revolution, especially the potential hazards digitalization poses to the protection of labor rights, have been intentionally or unintentionally ignored. In fact, only by paying adequate attention to the adverse impacts of the digital revolution on the protection of labor rights and eliminating it as much as possible through legal methods can we ensure the healthy development of the digital economy to the greatest extent and benefit most people.

The first challenge of the digital revolution to the protection of labor rights is that it has changed the traditional work model, making the standards for defining labor relations in the traditional labor law unable to apply in the new work model. As a result, the labor protection rules established by traditional labor law cannot provide protection for workers in the new work mode. In this regard, the labor law should be transformed from a rigid requirements essentialism standard to a moderately open equality factorism standard, so that the definition of labor relationship standard in the digital age can maintain stability while also being moderately flexible.

On the basis of establishing a new standard for defining labor relations, the labor law should take the protection of labor rights as the basic purpose, and be improved in a timely manner, in order to adapt to the changes in the time and space structure of working models brought by digital technology. Firstly, the labor law should recognize the right of teleworking timely, so that workers can enjoy the convenience of digital transformation as much as possible; secondly, the labor law should fully protect the right of workers' right to rest, so that workers will not suffer physical damage due to digitization; thirdly, the labor law should explicitly recognize that workers have the right not to respond, in order to distinguish workers' working hours from rest time, so as to provide legal protection for the recovery of labor capacity, maintenance of physical health and the development of free personality. As for the contradiction between the employer's innovation in working methods and the protection of workers' personal data rights caused by the rapid development of digital technology, the law should take the full protection of personal data as the premise and properly take into account the effective use of data. In this regard, for the protection and use of laborer personal data, the labor law should follow the principle of giving priority to workers' personal dignity, the principle of public interest, the principle of appropriate tolerance of workers, and the principle of necessary restrictions on employers. As far as labor law is concerned, finding a balance among laborer, employers and the social public interests is conducive to maintaining and promoting the healthy and orderly development of the digital economy.

On the whole, the rapid development of digital technology is both a challenge and an opportunity to protect labor rights. Therefore, if the labor law wants to provide more adequate protection for the realization of labor rights in the digital age, to solve problems more efficiently, to formulate and be accepted by more people, and to become more integrated, profound and far-sighted, it must also embrace change to improve itself.

Key words: digitization; labor; labor law; right of telecommuting; right not to respond; personal data right