平台用工中劳动关系的认定

算法从属性的证明与责任分担

赵跃

（安徽国运律师事务所，安徽 合肥 230000）

摘要：平台用工的劳动关系认定，长期困于两种极端：或以签订的是合作协议为由一概否定劳动关系，或以平台对工作时间、地点、任务的控制为由一概肯定劳动关系。两种做法的共同缺陷，在于沿用工业时代的从属性标准，未能回应算法管理下的控制形态变化。本文主张，从属性的实质并未改变，改变的是其表现形式：平台通过派单规则、时限设定、评分体系、奖惩机制实现对劳动过程的控制，此种控制可称为算法从属性。算法从属性并未消灭人格从属性，而是使其隐蔽化、数据化、自动化，故认定的重点应从有无规章制度、有无考勤，转向算法规则的单方决定性与劳动过程的实际受控程度。在证明结构上，宜采推定规则：平台掌握算法规则与运行数据，劳动者难以取证，故劳动者证明其从事平台业务、接受平台派单、受平台奖惩约束的，推定劳动关系成立，由平台就其对劳动过程无实质性控制承担证明责任。在责任分担上，宜按控制程度与获益比例构造三种类型：完全控制型承担用人单位责任，部分控制型承担用工主体责任或者相应补充责任，居间撮合型仅承担信息审核与安全保障义务。工伤保障方面，宜建立职业伤害保障与工伤保险的双轨衔接，不以劳动关系认定为唯一前提。

关键词：平台用工；劳动关系；算法从属性；证明责任；责任分担

中图分类号：D922.591　**文献标识码：**A　**文稿编号：**WJLT(2022)05-0026-13

Determining Employment Relations in Platform Work

ZHAO Yue

(Anhui Guoyun Law Firm, Hefei 230000, Anhui, China)

Abstract: The determination of employment relations in platform work has long been trapped between two extremes: denying employment altogether on the ground that a cooperation agreement was signed, or affirming it wholesale on the ground that the platform controls working time, place and tasks. Both share a common defect, namely continued reliance on the subordination standard of the industrial age, which fails to respond to changes in the form of control under algorithmic management. This article argues that the substance of subordination remains unchanged while its manifestation has changed: platforms control the labour process through dispatch rules, time limits, rating systems and reward and punishment mechanisms, a phenomenon that may be called algorithmic subordination. Algorithmic subordination does not eliminate personal subordination but renders it hidden, datafied and automated; hence the focus of determination should shift from the existence of work rules and attendance records to the unilateral decisiveness of algorithmic rules and the actual degree of control over the labour process. As to proof, a presumption is advisable: since platforms hold the algorithmic rules and operational data while workers find evidence hard to obtain, a worker who proves engagement in platform business, acceptance of dispatch and subjection to platform sanctions establishes a prima facie employment relation, with the burden shifted to the platform to prove the absence of substantive control. As to allocation of liability, three types should be constructed according to the degree of control and the share of benefit: full control entails employer liability, partial control entails liability as the actual user or supplementary liability, and pure matchmaking entails only duties of information review and safety. For work injury protection, a dual track linking occupational injury insurance with work injury insurance is preferable, without making the finding of an employment relation the sole precondition.

Key words: platform work; employment relation; algorithmic subordination; burden of proof; allocation of liability

说明：（本文为作者个人研究观点，不代表所在单位意见）

作者简介：赵跃，安徽国运律师事务所执业律师，主要研究劳动争议与民事诉讼。

一、问题的提出

平台用工的纠纷，近十年间从零星个案变为常态。外卖骑手在送餐途中受伤，网约车

司机在接单时撞人，家政阿姨在平台上接单后摔伤，直播主播在合约期满后被封号，每一类纠纷的第一个争点，几乎都是同一个：他与平台之间，是不是劳动关系。

这一问题的答案，决定了后续的一切：是否适用最低工资与工时限制，是否缴纳社会保险，是否承担工伤责任，解除时是否支付经济补偿，发生侵权时由谁对外承担责任。故劳动关系认定虽是一个前置问题，却是全案的枢纽。

司法实践长期困于两种极端。一种以双方签订的是合作协议、承揽协议、服务协议为由，一概否定劳动关系，理由是意思自治，当事人既已选择非劳动关系的合作形式，法院不应代为变更。另一种以平台对工作时间、地点、任务的控制为由，一概肯定劳动关系，理由是实质重于形式，名为合作实为用工。

两种做法的共同缺陷，在于沿用工业时代的从属性标准。这一标准形成于工厂制时代，其观察对象是固定的工作场所、固定的工作时间、固定的上下级指令。用这一标准衡量平台用工，或者因找不到考勤记录而否定从属性，或者因找到派单记录而肯定从属性，均未触及问题的实质。

实质在于：平台对劳动过程的控制并未消失，只是改变了形式。平台不再依靠工头监督，而是依靠算法派单；不再依靠打卡考勤，而是依靠在线时长与接单率；不再依靠规章制度处罚，而是依靠评分下降与账号封禁。这种控制更为细密，也更为隐蔽。

本文把这种控制称为算法从属性。它并未否定人格从属性，而是人格从属性在数字时代的表现形态。故劳动关系的认定，不应追问有无传统的管理行为，而应追问算法规则是否由平台单方决定、劳动过程是否实际受其约束。

除认定标准外，本文还关注两个常被忽略的问题：其一，证明责任的分配。平台掌握算法规则与运行数据，劳动者难以取证，若仍由劳动者承担全部证明责任，则认定标准再精细也无从适用。其二，责任分担的类型化。并非所有平台用工都应认定为劳动关系，亦并非所有非劳动关系都不承担责任，中间地带须有相应的责任形态。

本文的结构如下：先描述平台用工的形态与认定困境；再更新从属性理论，提出算法从属性的概念与判断要素；继而重构认定标准与证明规则；最后讨论责任分担的类型构造与工伤保障的衔接。

二、平台用工的形态与认定困境

平台用工并非单一形态，依平台对劳动过程的介入程度，大致可分为三类。

第一类是自营型。平台自行招聘劳动者，安排其在固定区域从事配送、保洁、维修等工作，劳动者着平台制服、使用平台设备、接受平台站长的日常管理。此类用工与传统用工差别不大，认定为劳动关系的障碍较小。

第二类是众包型。任何人注册成为平台用户，即可在平台上接单，接单时间、数量、区域由自己决定，平台按单结算报酬，不设底薪，不缴社保。此类用工的从属性最弱，认

定为劳动关系的争议最大。

第三类是合作型。劳动者以个体工商户或者个人独资企业的名义与平台签订合作协议，平台将业务发包给该主体，该主体自行组织人员完成。此类安排的目的，往往在于规避劳动关系，其效力须依实质判断。

三类形态之外，尚有劳务派遣型、外包型等变体。其共同特点，是平台试图通过多层法律关系，把用工关系隐藏在合同关系之后。故认定的难点，不在于法律标准的匮乏，而在于事实的查明。

骑手在送餐途中致人损害或者自身受伤，平台应否承担责任，实务中已形成若干处理路径，可参见众包骑手、网约工出事谁担责：平台用工的责任承担一文所作的归纳。该文所列的路径分歧，正是本文主张类型化的现实依据。

认定困境的第一重表现，是合同形式与用工事实的背离。平台提供的格式合同，几乎无一例外地载明双方不构成劳动关系，劳动者仅为独立的承揽人或者服务提供者。这一条款虽不能决定法律性质，但在诉讼中常被作为否定劳动关系的首要依据。

认定困境的第二重表现，是管理方式的隐蔽。平台不设考勤，但有在线时长要求；不设工头，但有站长在群里调度；不设处罚决定书，但有评分下降与派单减少。这些管理行为散落在应用程序的界面与后台数据中，法官难以直观感知。

认定困境的第三重表现，是证据的偏在。派单记录、在线时长、评分数据、奖惩记录，全部存储于平台服务器，劳动者无从获取。劳动者能提供的，往往只是自己的接单截图、微信聊天记录、工牌照片，证明力有限。

认定困境的第四重表现，是政策取向的分歧。一种意见认为，平台经济吸纳了大量就业，若一概认定劳动关系，将推高平台成本，导致就业机会减少，故应审慎认定。另一种意见认为，劳动者权益的保护不能因新业态而减损，若一概否定劳动关系，将使数千万劳动者失去基本保障。

四种困境交织，使同类案件在不同法院得出不同结论。有的法院认定骑手与平台之间存在劳动关系，有的认定与配送商之间存在劳动关系，有的认定与外包公司之间存在劳动关系，有的则认定不存在劳动关系而仅承担侵权责任。

这一局面的形成，不能简单归咎于法官的认识分歧。根本的原因，是现行法的认定标准未能回应新的用工形态，而新的规则尚未形成。在此过渡期，个案裁判的论证质量，就显得格外重要。

三类形态之外，尚有若干过渡形态值得关注。其一是区域代理型：平台在某地设代理商，由代理商招募骑手、组织配送，骑手与代理商签约。此时用工主体是代理商，平台仅提供技术与品牌，责任的分配须依代理商与平台的合同确定，但对外仍应审查平台对骑手的实际控制。

其二是团队加盟型：个人以加盟方式取得某片区的配送权，自行招募人员完成配送，

向平台缴纳管理费。此时加盟者与合作者之间可能构成劳动关系，加盟者与平台之间则接近于承包关系。此类案件的责任链条较长，须逐层审查。

其三是众包转专送型：骑手初期以众包方式接单，业绩达标后被纳入专送团队，接受站点的日常管理。此时同一劳动者在不同阶段的法律地位不同，认定时须分段处理，不能以某一阶段的状态概括全程。

三种过渡形态的存在，说明平台用工并非静态的分类，而是动态的过程。同一劳动者可能在不同时期处于不同的法律地位，同一平台也可能同时采用多种用工形式。故认定时须以具体的用工事实为准，不能以平台的整体模式笼统推定。

这一要求对裁判文书的说理提出了更高的标准。法官不能仅写经查，双方签订的是合作协议，故不存在劳动关系，而须具体说明：该劳动者在何时、从事何种业务、接受何种管理、获得何种报酬、承担何种风险。唯有如此，认定才具有说服力。

三、从属性理论的更新：算法从属性

劳动关系认定的核心标准，是从属性。这一标准在我国虽无明文，但学理与实务均已接受。从属性包括三个方面：人格从属性，即劳动者受用人单位的管理、指挥、监督；经济从属性，即劳动者依赖用人单位的报酬维持生计；组织从属性，即劳动者被纳入用人单位的组织体系。

三项从属性中，人格从属性居于核心。其判断要素，传统上包括：是否遵守用人单位的规章制度；是否接受考勤与工时管理；是否接受工作指令与监督检查；是否受到违纪处分；是否须亲自履行劳动义务。

这些要素在平台用工中，呈现出复杂的样态。就规章制度而言，平台往往以用户协议、服务规范、奖惩规则的形式发布，其内容之细密，远超传统企业的员工手册；但其形式是合同条款，而非规章制度，故常被主张不具有约束力。

就考勤与工时而言，平台不要求固定时间上下班，但设定在线时长、接单率、拒单率的考核指标；不强制在固定地点工作，但划定配送区域与服务范围。这种管理不表现为打卡，而表现为数据的实时监控。

就工作指令而言，平台不设班组长口头指派，但通过算法派单决定劳动者接什么单、走什么路线、何时送达。派单规则由平台单方设定，劳动者无从协商，只能接受或者放弃。

就违纪处分而言，平台不制作处分决定书，但通过扣分、降级、限制派单、封禁账号实施惩罚。这些措施直接影响劳动者的收入，其严厉程度不亚于传统企业的警告、记过、开除。

故本文认为，平台用工中的从属性并未消失，只是转化为算法从属性。其特点有三：其一，控制依据的规则化，即以算法规则取代行政指令；其二，控制过程的数据化，即以

实时数据取代现场监督；其三，控制后果的自动化，即以系统判定取代人工裁量。

三项特点，使控制更为高效，也更为隐蔽。传统的管理行为有迹可循，可以调取考勤表、处分决定、会议记录；而算法的控制隐藏在代码与数据之中，劳动者难以举证，法官难以查明。

须强调，算法从属性不是对人格从属性的替代，而是其在数字时代的具体形态。故认定劳动关系时，不应追问平台有无传统意义上的管理行为，而应追问三个实质问题：算法规则是否由平台单方决定；劳动者是否须服从该规则才能获得收入；平台是否可通过对规则的操作实质影响劳动者的工作过程。

三个问题的答案若均为肯定，则人格从属性成立。此时纵无考勤、无固定工位、无书面处分，亦不影响劳动关系的认定。反之，若劳动者可自主决定是否接单、接何种单、何时接单，平台仅提供信息撮合，则从属性不成立。

这一判断，与域外的经济现实性标准有相通之处。该标准不纠结于具体的控制行为，而着眼于劳动者是否在经济上依赖于平台、是否处于从属地位、是否承担经营风险。其精神，与本文所主张的实质判断一致。

以众包骑手为例。骑手可自主决定上线时间，看似自由；但一旦上线，派单由系统决定，路线由系统规划，送达时限由系统设定，超时即扣款，拒单即降级。骑手若想获得稳定收入，须长时间在线、高频接单、保持高分。此时其自由，仅限于是否进入这一系统，而非进入后如何工作。

这一区分极为关键。形式上的自由，指的是进入的自由；实质上的从属，指的是进入后的受控。平台经济的宣传往往强调前者，而回避后者。司法判断应穿透这一层，着眼于进入后的实际状态。

反之，若平台仅提供信息发布与撮合，劳动者可自主报价、自主选择交易对象、自主决定服务方式，平台按成交额收取服务费而不介入服务过程，则其地位接近于居间人，不应认定为用人单位。

两者的界限，可归纳为：平台是否介入劳动过程。介入的，为用工；不介入的，为撮合。介入的程度，决定责任的大小。这一归纳，为后文的责任类型化提供了基础。

算法权力的性质，须作一点辨析。传统企业中，管理权来自所有权与经营权，其行使须受劳动法、工会法、集体合同的约束；平台企业中，管理权来自对技术系统的控制，其行使往往不受劳动法的约束。这一差别，使平台的权力更为集中，而制约更为薄弱。

有学者把这种现象称为私权力的兴起：平台虽非国家机关，却在事实上行使着类似公权力的支配能力，包括制定规则、裁决纠纷、实施惩罚。这一支配能力若无制约，将侵蚀劳动者的基本权利。

故本文认为，算法从属性不仅是一个认定标准，更是一个规制对象。劳动法对管理权的约束，应延伸适用于算法权力：平台制定涉及劳动者重大利益的规则，应履行告知、协

商程序；平台实施封号、降级等重大惩罚，应给予申辩机会；平台的数据处理，应遵守个人信息保护的规定。

这一延伸的实益，在于它突破了合同相对性的限制。劳动者与平台之间纵无劳动合同，平台行使算法权力时亦须遵守一定的程序要求。这一要求的基础，不是合同，而是权力行使的正当程序原则。

比较法上，欧盟的平台工作指令草案即采此思路：不强行把平台劳动者认定为雇员，而是要求平台在算法管理上履行透明义务、人工复核义务、申诉救济义务。这一思路避免了劳动关系的二元对立，值得借鉴。

我国的部分规范性文件已有类似规定。关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见要求，平台制定修订订单分配、报酬构成、考核奖惩等规则，应听取工会或者劳动者代表的意见。这一要求虽为软性，却已确立了程序参与的原则。

故本文主张，算法从属性应在两个层面同时展开：在认定层面，作为判断劳动关系的实质标准；在规制层面，作为约束平台权力的规范依据。两个层面的结合，才能形成完整的保护。

四、认定标准的重构

基于上述理论，本文主张以五项要素重构认定标准，并辅以推定规则。

要素一：算法规则的单方决定性。平台是否单方制定派单规则、定价规则、时限规则、评分规则、奖惩规则，劳动者是否有参与协商或者提出异议的渠道。单方决定且无异议渠道的，从属性较强。

要素二：劳动过程的实际受控程度。劳动者在接单后，是否须按平台规划的路线行进，是否须按平台设定的时限完成，是否须遵守平台的服务规范，是否接受平台的实时定位与轨迹监控。受控程度越高，从属性越强。

要素三：收入的对价性质。报酬是按单计酬还是按工时计酬，是否设有底薪或者保底收入，是否由平台统一结算并代扣代缴，劳动者是否须自行承担经营成本（车辆、油费、装备、保险）。按单计酬且自担成本的，从属性较弱。

要素四：组织的纳入程度。劳动者是否须着统一服装、使用统一装备、参加平台组织的培训与例会，是否被编入特定的站点或者团队，是否有上级管理人员的日常调度。纳入程度越高，从属性越强。

要素五：经营风险的承担。劳动者是否承担需求波动、价格波动、客户投诉、设备损坏的风险，是否可自行决定接受或者拒绝特定订单，是否可同时为多个平台服务。自担风险且可多平台服务的，从属性较弱。

五项要素的运用，不宜采机械的计分制。实务中曾有法院以各项要素计分、总分超过某阈值即认定劳动关系，这一做法虽直观，却易生僵化。本文主张采综合判断：以要素一

与要素二为核心，要素三至五为辅助，核心要素成立且辅助要素多数成立的，认定劳动关系。

理由是：算法规则的单方决定性与劳动过程的实际受控程度，直接指向人格从属性，是从属性的本质；而收入形式、组织纳入、风险承担，只是从属性的外在表征，可能因行业特点而变异。故核心要素应居主导地位。

在举证责任上，宜采推定规则。前已述及，平台掌握算法规则与运行数据，劳动者难以取证。若仍由劳动者就全部要素承担证明责任，则标准再精细亦无从适用。

推定的构造如下：劳动者证明其从事平台业务、接受平台派单、受平台奖惩约束的，推定劳动关系成立；平台主张不存在劳动关系的，须就其对劳动过程无实质性控制承担证明责任，即须提交算法规则、派单逻辑、考核标准，并说明劳动者可自主决定的范围。

这一推定的正当性，来自证据的偏在。主张者须证明其主张所依据的事实，这是证明责任分配的一般原理；但当一方当事人控制着证明该事实所需的全部证据时，由该方承担证明责任，符合公平原则。平台掌握数据，自应承担相应的证明负担。

推定的效果，是行为意义上的举证责任转移，而非结果意义上的证明责任倒置。平台提出反证，使劳动关系是否存在陷于真伪不明的，由劳动者承担不利后果。这一安排，既减轻了劳动者的举证负担，亦未使平台承担过重的责任。

实务中的障碍，是平台以商业秘密为由拒绝提交算法规则。对此，法院可采取三项措施：其一，责令提交并说明理由，拒不提交的，可推定劳动者的主张成立；其二，采取不公开质证、限定查阅范围的方式保护商业秘密；其三，必要时委托技术调查官或者专家辅助人进行审查。

三项措施中，第一项最为关键。若无拒不提交的不利后果，平台的提交义务将形同虚设。故宜在司法解释中明确：用人单位无正当理由拒不提交其掌握的证据，致使待证事实无法查明的，可推定对方的主张成立。

要素的具体化，还须考虑行业的差异。外卖配送的时限压力最大，算法的控制最为直接；网约车的主体地位较强，司机可自主决定接单与路线；家政服务的场所分散，平台的控制最弱。故同一要素在不同行业中的权重不同，不宜一概而论。

本文主张，可在司法解释中列举若干典型行业的认定要点：外卖配送，重点审查时限设定、派单规则、超时扣款；网约车，重点审查定价规则、派单范围、服务分考核；家政服务，重点审查平台是否介入服务过程、是否设定服务标准；网络直播，重点审查平台对内容、时长、收益分配的控制。

列举的意义，在于降低认定的不确定性。当事人可据此预判自己的法律地位，法院可据此统一裁判尺度。列举不必穷尽，可设兜底条款，允许法院依五项要素处理新型案件。

推定规则的适用，亦有例外。其一，劳动者与平台明确约定为合作关系，且劳动者实际享有充分的自主权，包括自主定价、自主选择客户、自主决定服务方式的，不适用推

定。其二，劳动者同时为多个平台服务，且各平台的业务量均不足以维持其生计的，推定的基础较弱，须结合其他要素判断。

其三，劳动者已依法登记为个体工商户，并以该主体与平台签约、自行开具发票、自行缴纳增值税的，推定的适用须更为审慎。但须注意，个体工商户的登记形式，不能成为否定劳动关系的绝对理由；若其经营实质上完全依附于平台，仍应认定为劳动关系。

多平台从业的现象，值得单独讨论。一名骑手同时注册三个平台，按各平台的派单情况选择性接单，此时其与任一平台之间均无稳定的从属关系，认定为劳动关系的基础较弱。但其职业伤害保障不应因此落空，故须有跨平台的保障机制。

跨平台保障的可行方案，是由各平台按单缴费，汇总至统一的保障基金，劳动者在任一平台业务中受伤，均可从基金获得待遇。这一方案避免了单一平台的缴费责任难以确定的问题，亦符合受益与负担相一致的原则。

五、责任分担的类型构造

认定劳动关系，只是解决责任问题的路径之一，而非唯一路径。实务中大量案件，法院认定不存在劳动关系，但平台仍须承担某种责任。故须有责任分担的类型构造。

类型一：完全控制型。平台对劳动过程实施全面控制，包括派单、定价、路线、时限、考核、奖惩，劳动者无实质自主权。此类应认定为劳动关系，平台承担用人单位责任，包括工伤保险责任、经济补偿责任、社会保险责任。

类型二：部分控制型。平台对劳动过程实施部分控制，如设定服务标准与考核指标，但劳动者可自主决定接单时间与数量。此类不宜认定为劳动关系，但平台作为实际用工主体，应承担用工主体责任，包括安全生产保障、职业伤害保障、最低报酬保障。

类型三：居间撮合型。平台仅提供信息发布与撮合服务，不介入服务过程，不设定服务标准，不实施考核奖惩。此类平台的地位接近于居间人，仅承担信息审核义务与安全保障义务，不承担用工责任。

三种类型的界分，仍依前文的五项要素判断。完全控制型的特征是要素一、二、四均成立；部分控制型的特征是要素一成立而要素二部分成立；居间撮合型的特征是要素一不成立。

在对外侵权责任上，三种类型的处理亦不同。完全控制型的，平台作为用人单位，依民法典第一千一百九十一条承担替代责任；部分控制型的，平台未尽安全保障或者选任监督义务的，依民法典第一千一百九十八条承担相应的补充责任；居间撮合型的，平台仅在明知或者应知服务提供者无资质、有危险而未采取必要措施时，承担相应的责任。

这一分层，与最高人民法院关于平台经济的司法政策相一致。政策的核心，是根据平台的实际控制程度确定责任，避免一概而论。这一思路，本文予以支持，并主张以五项要素使其具体化。

须注意，责任的类型与劳动关系的认定，并非一一对应。完全控制型通常认定劳动关系，但亦可能因行业特殊性而不予认定，此时平台仍应承担用工主体责任。部分控制型通常不认定劳动关系，但若要素一、二均强，亦可能认定。故两者是交叉关系，而非包含关系。

这一交叉关系的实益在于，它使法院在个案中有了更灵活的处理空间。当认定劳动关系的社会效果不佳时（如平台将因此退出某地市场，导致大量劳动者失业），法院可认定不存在劳动关系，但判令平台承担用工主体责任。这一处理虽在法理上不够纯粹，却能兼顾各方利益。

但灵活亦须有边界。若法院动辄以社会效果为由回避劳动关系的认定，则法律的确定性将受损，当事人亦无从预期。故本文主张，灵活处理应限于个别情形，且须在裁判文书中充分说理，不宜成为常态。

责任类型的实例，可举三则。其一，某外卖平台与骑手签订合作协议，骑手须按平台派单配送，超时扣款，拒单降级，着平台制服。法院认定存在劳动关系，平台承担工伤保险责任。此为完全控制型。

其二，某网约车平台仅提供信息撮合，司机自主接单、自主定价、自备车辆、自担油费，平台按订单抽取服务费。法院认定不存在劳动关系，但平台因未审核司机资质，对交通事故的受害人承担相应的补充责任。此为居间撮合型。

其三，某家政平台对服务人员进行培训、考核、分级，统一派单，统一着装，但服务人员可自主决定接单时间。法院认定不存在劳动关系，但平台作为实际用工主体，对服务人员在服务过程中受到的伤害承担用工主体责任。此为部分控制型。

三则实例说明，责任的类型与合同的名称无关，而与控制的实质有关。平台以合作协议之名行用工之实的，法院应穿透合同，依实质认定；平台确仅提供撮合服务的，亦不应因其规模大、获益多而课以用工责任。

劳务派遣型与外包型的处理，须另作说明。平台通过劳务派遣公司派遣劳动者的，依劳动合同法第九十二条，给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。平台通过外包公司承接业务的，原则上由外包公司承担用工责任，但平台参与实际管理的，可认定共同用工。

实务中的难点，是外包公司与平台之间的责任划分。有的外包公司仅为壳公司，无实际经营能力，其注册资本低、人员少，一旦发生事故即无力赔偿。此时受害人的救济落空，平台却以合同相对性为由免责。

对此，宜适用法人人格否认或者共同侵权的规则。若外包公司系平台为规避用工责任而设立，或者平台对其有实际控制，则可否认外包公司的独立人格，由平台承担责任。若平台与外包公司共同实施管理行为，则可认定为共同用工，承担连带责任。

还有一种情形，是平台要求劳动者注册个体工商户后与其签约。这一做法被称为个体

户化，其目的在于切断劳动关系。对此，宜审查个体工商户的实质：若其无独立的经营场所、无独立的财务核算、无其他的业务来源，则其人格与劳动者本人高度混同，应否定其独立地位，认定劳动者与平台之间存在劳动关系。

六、工伤与职业伤害保障的衔接

平台用工中最尖锐的问题，是职业伤害。骑手在送餐途中发生交通事故，网约车司机在接单时被乘客殴打，家政人员在客户家中摔伤，此类伤害是否构成工伤，取决于劳动关系的认定。而认定劳动关系，往往旷日持久。

故实践中出现一种困境：劳动者先申请工伤认定，社保部门以不存在劳动关系为由不予受理；劳动者转而申请劳动仲裁确认劳动关系，仲裁与诉讼历时一年有余；待劳动关系确认后，再回到工伤认定程序，此时距事故发生已逾两年。

为解决这一困境，国家在部分省份开展了职业伤害保障试点。其基本思路是：不以劳动关系为前提，由平台按单缴费，劳动者在从事平台业务过程中受到伤害的，由职业伤害保障基金支付相应待遇。

这一试点的意义，在于把保障与认定相分离。劳动者无须先证明劳动关系，即可获得基本的医疗救治与经济补偿。这一思路，本文认为应予肯定，并主张在全国推广。

但试点亦有其局限。其一，保障的范围限于职业伤害，不包括职业病、不包括非因工负伤；其二，待遇水平低于工伤保险，尤其是一次性伤残补助金的标准明显偏低；其三，缴费义务的落实依赖平台配合，部分平台以各种方式规避。

故宜建立双轨衔接机制。劳动者经认定存在劳动关系的，适用工伤保险，待遇按工伤保险条例执行；未认定劳动关系的，适用职业伤害保障，待遇按试点办法执行。两轨之间，可设补差机制：职业伤害保障待遇低于工伤保险的，由平台补足差额。

补差机制的正当性，在于平台从劳动者的劳动中获益，理应承担相应的保障成本。若平台以非劳动关系为由规避工伤保险，仅支付较低的职业伤害保障待遇，则其获得的成本优势，是以劳动者的保障减损为代价的，不符合受益与负担相一致的原则。

此外，宜建立职业伤害保障的强制参保制度。目前试点多为自愿参保，平台可选择不参保。若改为强制，则由社保部门统一征缴，平台按单缴费，劳动者自动获得保障，可有效避免规避。

在诉讼层面，宜明确职业伤害保障与侵权赔偿的关系。劳动者因第三人侵权受到伤害的，可同时主张职业伤害保障待遇与侵权赔偿；医疗费用等实际支出，不得重复获得。这一处理，与工伤保险与侵权赔偿竞合的通说一致。

工伤认定的具体程序，亦须作衔接安排。劳动者主张工伤的，社会保险行政部门不得以劳动关系未确认为由径行不予受理，而应先行受理，中止审查，待劳动关系确认后再作决定。这一安排可避免劳动者在程序间往返。

职业病的认定，是平台用工的薄弱环节。长期从事配送、驾驶的劳动者，可能罹患腰椎疾病、视力损伤、听力损伤，但此类疾病难以证明与工作的因果关系，且多数未被列入职业病目录。故宜推动职业病目录的扩展，将新业态的典型职业危害纳入。

商业保险的作用，不可忽视。多数平台为劳动者投保意外伤害保险，保额从数万元至数十万元不等。此类保险不能替代工伤保险，但可作为补充。故在认定工伤后，劳动者可同时获得工伤保险待遇与商业保险金，后者不因前者的支付而扣减。

但须防止平台以商业保险替代法定责任。有的平台在协议中约定，平台为劳动者投保意外险，劳动者受伤后仅能依保险索赔，不得再向平台主张。此类条款排除了劳动者的法定权利，依民法典第四百九十七条，应认定无效。

域外的立法例，可供参考。部分国家采推定雇员制，即平台用工原则上推定为雇佣关系，平台主张为独立承包的，须承担证明责任；部分国家采清单制，即列举若干标志，符合多数标志的即认定为雇佣关系；部分国家采集体谈判制，即由平台与工会协商确定劳动者地位。

三种模式的共同点，是把举证责任置于平台一方。其理由与本文所述一致：平台掌握信息，自应承担证明负担。我国虽无统一的立法，但可通过司法解释与指导性案例，实现类似的效果。

行业差异的处理，亦须有政策考量。外卖配送、网约车、家政、直播、知识付费，各行业的用工形态差异极大，不宜适用同一标准。故宜采行业分类规制：对控制程度高的行业，从严认定；对控制程度低的行业，从宽认定。

分类规制的前提，是行业数据的掌握。建议由人社部门建立平台用工的统计制度，按行业统计从业人数、报酬水平、合同类型、保险覆盖、事故率，为政策制定提供依据。目前此类数据分散于各平台，缺乏统一的口径，难以支撑精细化的规制。

七、立法与司法政策的取向

平台用工的规制，须在保护劳动者与促进就业之间取得平衡。过度保护，将推高用工成本，导致平台缩减业务或者转向其他用工形式，反而减少就业；保护不足，将使数千万劳动者失去基本保障，积累社会风险。

本文认为，平衡的支点在于分类规制。对不同控制程度的平台用工，适用不同的规则：完全控制型，适用劳动法的全部规则；部分控制型，适用部分规则，如最低报酬、安全保障、职业伤害保障，而不适用工时、解雇保护等规则；居间撮合型，仅适用一般的民事规则。

这一思路，在比较法上已有实践。部分国家设置了第三类劳动者，其地位介于雇员与独立承包人之间，享有部分劳动保护。我国虽未设此类，但可通过司法解释与政策文件，实现类似的效果。

在立法层面，宜制定平台用工的专门规定，明确平台用工的分类标准、各类的权利义务、社会保险的缴纳方式、职业伤害保障的衔接。专门规定可先以行政法规的形式出台，待经验成熟后上升为法律。

在司法层面，宜通过指导性案例统一裁判尺度。目前各地裁判分歧较大，同案不同判的现象损害了法律的确定性。最高人民法院可选取若干典型案件，明确算法从属性的判断方法、举证责任的分配、责任类型的界分，为下级法院提供指引。

在行政层面，宜加强平台用工的监管。要求平台报送用工数据，包括从业人数、接单量、报酬水平、事故率；建立平台用工的算法备案制度，要求平台就派单规则、定价规则、奖惩规则作出说明；对严重侵害劳动者权益的平台，依法处罚。

三项措施中，算法备案最易引发争议。平台主张算法属于商业秘密，不应公开。本文认为，备案不等于公开：平台可向监管部门备案，监管部门负保密义务；备案的内容限于算法的目的与基本逻辑，不涉及具体的代码与参数。这一安排，可在保护商业秘密的同时，实现对算法权力的监督。

最后须强调，平台用工的规制，不能仅靠司法。司法的功能是解决个案，其效果受制于程序的启动与证据的获取。若要从根本上改善平台劳动者的处境，须有立法的完善、行政的监管、社会保障的覆盖。司法只是其中一环，不应承担其不能承受之重。

八、结语

平台用工的劳动关系认定，表面上是法律标准的适用问题，实质上是技术变革带来的权力重构问题。算法使平台获得了前所未有的控制能力，而这一能力尚未被现有的法律概念所捕获。

本文所主张的算法从属性，正是试图为这一能力提供一个法律上的名称。命名的意义，在于使隐蔽的控制显形，使劳动者得以主张，使法院得以审查。若无这一概念，平台的控制将被合同自由的外衣所遮蔽，劳动者的从属将被形式上的自主所掩盖。

当然，概念的提出只是开始。真正的难题，在于证明。平台掌握数据，劳动者难以取证，若无推定规则与提交义务的配合，任何标准都将落空。故本文用相当篇幅讨论证明责任，其用意正在于此。

愿每一个在算法中奔波的人，都能被法律看见；愿每一次点击接单，都不再是权利的让渡。此即本文的初衷。

参考文献

[1] 《中华人民共和国民法典》第一千一百九十一条、第一千一百九十八条。
[2] 《中华人民共和国劳动法》第一条、第三条、第十六条。
[3] 《中华人民共和国劳动合同法》第七条、第十条、第八十二条。
[4] 《中华人民共和国工伤保险条例》第十四条、第十七条、第六十二条。
[5] 《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》（人社部发〔2021〕56号）。

[6]《关于落实网络餐饮平台责任切实维护外卖送餐员权益的指导意见》（市场监管总局等七部门，2021年）。
[7] 王天玉：《平台用工的从属性认定与法律规制》，《中国法学》2022年第3期。
[8] 谢增毅：《互联网平台用工劳动关系认定的困境与出路》，《法学研究》2021年第6期。
[9] 田野：《算法管理下劳动者权益保护的法律回应》，《中外法学》2023年第2期。