

中文摘要

新业态蓬勃成长，在发展的过程中，网约配送员等新业态劳动者面临社会保障缺失的风险。第一种情形是，在时间追逐下，网约配送员面临交通事故等职业伤害的风险加剧；第二种情形是，网约配送员遭遇职业伤害后，得不到赔偿。面对职业伤害保障法律问题，探索完善职业伤害保障措施成为重点。2022年1月和9月，人力资源社会保障部两次牵头召开平台企业用工行政指导会，督促头部平台企业落实《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》等政策。本文通过对职业伤害保障的裁判文书的分析，梳理了职业伤害的司法保障现状，针对网约配送员的职业伤害保障中发现的法律问题，提出了完善建议。

本文除绪论和结语外共分为三部分。

第一部分，网约配送员职业伤害保障概述。本部分首先解释网约配送员职业伤害保障中，网约配送员的概念、网约配送员职业伤害的概念、网约配送员职业伤害保障的概念。其次，介绍网约配送员职业伤害保障的现状。在网约配送员职业伤害保障的理论现状中，重点梳理网约配送员职业伤害的算法控制理论，在实务现状部分中通过分析裁判文书，发现争议的焦点问题。

第二部分，网约配送员职业伤害保障存在的法律问题。通过对职业伤害司法保障现状的分析，发现当前工伤保险法律规范存在适用不足，劳动关系认定困难。而正在建立中的网约配送员职业伤害保障机制，也存在三方面不足，包括：保障机制的价值定位不清晰、职业伤害保险试点政策实效不足和建设过程中缺乏体系化导致的救济途径配置不够协调。

第三部分，网约配送员职业伤害保障法律问题的完善。首先，优先优化工伤保险模式。以技术从属性，优化劳动关系认定标准。以“算法控制”，刺破劳动者“自由劳动”的面纱，揭开平台与网约配送员之间的劳资本质，重新确定劳动关系认定标准。解决工伤保险法律规范在适用中的问题。其次，完善职业伤害保障机制。结合“算法本质”，明确职业伤害保障机制的价值定位，同时规范职业伤害保险，以强化实用性，最后建立分类分层职业伤害保障救济途径。

关键词：网约配送员；职业伤害保障；劳动关系认定；算法

ABSTRACT

The new business model is flourishing, and in the process of development, workers in new business models such as online delivery personnel face the risk of lacking social security. The first scenario is that under the pursuit of time, the risk of occupational injuries such as traffic accidents increases for online delivery personnel; The second scenario is that after experiencing occupational injury, one cannot receive compensation. In the face of legal issues related to occupational injury protection, exploring and improving occupational injury protection measures has become a key focus. In January and September 2022, the Ministry of Human Resources and Social Security took the lead in convening two administrative guidance meetings for platform enterprise employment, urging top platform enterprises to implement policies such as the Guiding Opinions on Safeguarding the Labor Security Rights and Interests of Workers in New Forms of Employment. Therefore, this article analyzes the judicial documents on occupational injury protection, sorts out the current situation of judicial protection for occupational injury, and proposes improvement suggestions for the legal issues found in the occupational injury protection of online delivery personnel.

This article is divided into three parts, except for the introduction and conclusion.

The first part is an overview of occupational injury protection for online delivery personnel. This section first explains the concept of online delivery personnel in occupational injury protection, the concept of online delivery personnel occupational injury, and the concept of online delivery personnel occupational injury protection. Secondly, the current situation of occupational injury protection for online delivery personnel was introduced. In the forefront theory of occupational injury protection for online delivery personnel, the focus was on sorting out the algorithm control theory of occupational injury in online delivery. In the practical situation section, by analyzing the judgment documents, the focus of controversy was identified.

The second part is about the legal issues regarding occupational injury protection for online delivery personnel. Through the analysis of the current situation of judicial protection for occupational injury, it is found that there are insufficient application of legal norms for work-related injury insurance and difficulties in determining labor relations. At the same time, there is a

lack of connection between the current work-related injury insurance relief and other relief channels. The legal system for occupational injury protection that is currently being established also has three shortcomings, including: unclear value positioning of the legal system and insufficient effectiveness of pilot policies for occupational injury insurance; The lack of systematization in the construction process has led to inadequate coordination in the allocation of relief channels.

The third part is to improve the legal issues of occupational injury protection for online delivery personnel. Firstly, prioritize optimizing the work injury insurance model. Optimize labor relations recognition standards based on technological attributes. Through algorithmic control, the veil of "free labor" for workers is pierced, the labor capital essence between the platform and online delivery personnel is uncovered, and the standards for determining labor relations are redefined. Resolve the issue of applying legal norms for work-related injury insurance. Secondly, improve the legal system for occupational injury protection. Based on the essence of the algorithm, clarify the value positioning of the legal system, standardize occupational injury insurance, strengthen practicality, and establish a coordinated and hierarchical approach to occupational injury protection and relief.

Key Words : Online delivery personnel; Occupational injury protection; Identification of labor relations; algorithm

目 录

第 1 章 绪论	1
1.1 研究背景和意义	1
1.1.1 研究背景	1
1.1.2 研究意义	1
1.2 文献综述	3
1.2.1 研究现状	3
1.2.2 文献述评	6
1.3 研究内容和方法	9
1.3.1 研究内容	9
1.3.2 研究方法	9
1.4 研究的创新点	10
第 2 章 网约配送员职业伤害保障概述	11
2.1 网约配送员职业伤害保障的相关概念	11
2.1.1 网约配送员的概念	11
2.1.2 网约配送员职业伤害的概念	12
2.1.3 网约配送员职业伤害保障的概念	13
2.2 网约配送员职业伤害保障的现状	14
2.2.1 网约配送员职业伤害保障的前沿理论现状	14
2.2.2 网约配送员职业伤害保障的司法裁判现状	15
第 3 章 网约配送员职业伤害保障存在的法律问题	21
3.1 工伤保险模式下职业伤害保障存在困境	21
3.1.1 劳动法律关系认定难	21
3.1.2 工伤保险法律规范适用难	24
3.2 职业伤害保障机制建设存在不足	25
3.2.1 职业伤害保障机制的价值定位不清晰	26
3.2.2 职业伤害保险试点政策实效不足	26
3.2.3 职业伤害保障救济途径缺乏体系化	29
第 4 章 网约配送员职业伤害保障法律问题的对策	31
4.1 完善工伤保险模式的对策	31

4.1.1 优化劳动法律关系认定标准	31
4.1.2 强化工伤保险法律规范适用	35
4.2 优化职业伤害保障机制的法律对策	36
4.2.1 明确职业伤害保障机制的价值定位	36
4.2.2 强化职业伤害保险政策的实效性	38
4.2.3 建立分层分类的职业伤害保障救济途径	39
结论	42
参考文献	43
个人简介及攻读学位期间获得成果	45
致谢	46

第 1 章 绪论

1.1 研究背景和意义

1.1.1 研究背景

新业态蓬勃成长,在发展的过程中,网约配送员等新业态劳动者面临劳动社会保障缺失或者保障不充分的风险。这种风险包含两方面:首先,网约配送员在时间追逐下,面临交通事故等职业伤害风险。其次,部分网约配送员送单途中遭遇交通事故、意外伤害而得不到赔偿,部分在工作中超负荷劳动(本文主要探讨在劳动中的意外伤害部分)。国家信息中心发布的《中国共享经济发展报告(2023)》(以下简称《报告》)数据显示,65.5%的外卖小哥认为工作面临最大的问题是交通安全问题,交通事故风险大。^①

网约配送员在劳动关系认定与劳动权益维护上存在困难。司法实践中无法认定劳动关系存在,劳动权益无法实现。据国家统计局台州调查队转载浙江省统计局网站公布的《浙江省外卖小哥工作生活状况调研报告》显示,网约配送员中有41.3%没有签订用工合同,37.2%没有参加任何社保,50.6%五险一金缴纳比例低或没有五险一金。这导致网约配送员无法采取工伤保险模式实现权益保障。^②

面对新业态劳动者职业伤害保障法律问题,各部门正在积极出台政策,探索完善职业伤害保障措施。2021年12月1日,全国总工会发布了《新就业形态劳动者劳动关系确认争议十大典型案例》,指导广大新就业形态劳动者增强法治意识,依法理性维权,引导企业规范用工,履行劳动者权益保障责任。北京市总工会于2021年制定了《关手维权向前一步积极构建和谐劳动关系的工作措施》在四个区开展新就业形态劳动者劳动保障权益维护试点工作。2022年1月和9月,人力资源社会保障部两次牵头召开平台企业用工行政指导会,督促头部平台企业落实《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》(以下简称《指导意见》)等政策。2022年12月26日,最高人民法院印发《关于为稳定就业提供司法服务和保障的意见》,提出涉新就业形态司法裁决中确认劳动关系的考量因素。这些政策在稳定性和权威性方面比较差,本文主要在这一方面展开论述。

1.1.2 研究意义

网约配送员职业伤害风险迅速增长和职业伤害保障法律救济实效不足之间存在

^①参见国家信息中心《共享经济发展报告(2023)》<http://www.sic.gov.cn/News/557/11823.htm>,最后访问日期2023年7月21日。

^②参见国家统计局台州调查队官方网站转载浙江省统计局网站《浙江省外卖小哥工作生活状况调研报告》, http://zjzd.stats.gov.cn/tz/dcgz/tszs/202306/t20230630_109355.shtml,最后访问日期2023年7月21日。

着的巨大矛盾，亟待对相关的法律问题进行凝练并提出对策。

1.1.2.1 理论意义

根据现有法律规定，网约配送员针对劳动职业伤害保障维权，必须先确认劳动关系。而作为劳动关系认定的核心要素，“从属性”在新业态中正在发生“改变”，有学者认为当前网约配送劳动过程与传统劳动关系不同，具有相当大的“自主性”，不存在从属性，这种观点在一段时间里主导了的司法实践。^①以曾庆坡、山东金猫商贸有限公司劳动合同纠纷一案为例，由于不符合劳动保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发[2005]12号）第一条的规定，存在“时间自主”和“劳动自由”，所以“不存在管理”，“从属性”标准中规定的条件不具备，不能认定劳动关系存在，网约配送员职业伤害维权异常艰难。^②

因此，本文的理论意义在于重新评价劳动关系认定的从属性判断标准。通过“算法”的“技术从属性”，揭示算法控制下网约平台用工的虚假“劳动自主”，实现“劳动自由否认”，刺破平台“中间人面纱”，完善劳动关系认定标准。

1.1.2.2 实践意义

本文实践层面意义在于探索解决职业伤害保障存在的现实问题。主要包含以下两部分内容：

首先，更新工伤保险制度保障模式。传统维权方式多采取工伤保险制度模式，救济途径可选择性和可适用性较差，应当在实践层面优先优化工伤保险制度，在重新确立劳动关系认定从属性标准的基础上，探索可选择的有条件的工伤保险制度救济模式。

其次，围绕职业伤害保障法律问题提出对策。明确职业伤害保障机制的价值定位，用来指导网约配送员职业伤害保障机制的体系化建设。同时，针对职业伤害险存在的种类问题和范围问题进行规范，进一步构建可由劳动者选择的分层分类职业伤害保障机制。根据网约配送员的个人意愿，结合其身份属性不同，提供可选择的不同的救济模式。部分劳动者可以选择签订劳动合同，参与完全的工伤保险，在工伤保险制度框架内完成权利救济。部分劳动者可以选择不签订劳动合同，但适用工伤保险制度框架下的单险种模式；或者不适用工伤保险制度模式，而采用职业伤害保障机制中的职业伤害保险、商业险等，构建起清晰明确可适用的职业伤害保障法律机制。

^①王天玉. 互联网平台用工的合同定性及法律适用[J]. 法学, 2019(10):180.

^②参见山东省淄博高新技术产业开发区人民法院(2021)鲁0391民初2141号民事判决书。

1.2 文献综述

1.2.1 研究现状

2023年7月16日,本文以“平台经济”、“平台从业者”、“劳动保障”、“法律责任”等为关键词,在知网上检索,一共检索到122篇核心期刊论文。通过预览文献内容,对文献进行筛选,当前研究主要集中在新业态与平台经济这一大背景下,主要研究视角集中于“新业态”、“平台经济”、“网约工”、“劳动关系”、“权益保障”等内容。

1.2.1.1 关于网约平台劳动的相关研究

首先,对网约平台劳动的性质上存在两种认识。一种观点认为,当前网约平台的劳动已经不属于传统的劳动关系。王建认为,网约平台劳动构成非标准劳动关系,^①王天玉认为,网约平台劳动属于民事非典型合同中的混合合同。^②而另一种观点则认为,当前网约平台劳动的本质,仍然属于传统的从属性劳动关系。例如,常凯认为,我国平台企业用工关系的基本性质仍为劳动关系,仍是具备人身从属性和经济从属性的雇佣劳动者。^③

其次,对网约平台劳动关系的认定存在多种不同观点。董保华认为,互联网平台经济发展中的劳动者就业遇到的问题,应当跳出“老解法”、寻求“新解法”。^④沈建峰主张采用评价式、分解式以及探究事物本质与立法目的式的规范适用方法,按照类型思维使各种用工关系更贴合当事人之间的利益状况。^⑤朱萌认为,在价值判断与事实认定层面,引入“经济现实标准”。^⑥李雄,黄琳涵认为,应当从劳动法特殊的价值理念与新时代我国劳动关系的治理需求出发,明确价值指向,承认劳动关系认定的独立性,完善从属性的认定标准,构建多层次的权利义务体系。^⑦这些观点都非常有价值。

最后,对于网约劳动关系认定中的从属性判断。当前,绝大多数研究都提到了“经济从属性”,主张在事实判断的基础上进行劳动关系认定。田思路认为,对具有一定“经济从属性”的就业者提供劳动法保护。^⑧班小辉认为,应当灵活理解从属性,将

①王健. APP平台用工中的网约工身份认定与劳动关系重构[J]. 兰州学刊, 2019(06):49.

②王天玉. 互联网平台用工的合同定性及法律适用[J]. 法学, 2019(10):166.

③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(04):38.

④董保华. 社会法“非中心化”调整模式的思考——新业态下劳动者权益保障的观念更新与制度调整[J]. 浙江社会科学, 2021(12):48+157.

⑤沈建峰. 数字时代劳动法的危机与用工关系法律调整的方法革新[J]. 法制与社会发展, 2022, 28(02):135.

⑥朱萌. 平台经济下劳动关系认定的经济现实标准探究——基于英国优步判例的思考[J]. 财贸研究, 2022, 33(04):17.

⑦李雄, 黄琳涵. 新就业形态下劳动关系认定的创新研究[J]. 河北法学, 2023, 41(07):87.

⑧田思路. 工业4.0时代的从属劳动论[J]. 法学评论, 2019, 37(01):85.

具有“经济依赖性”的劳动者纳入劳动法保护范围，注重合同履行的事实审查。^①杨浩楠认为在劳动关系认定层面要继续坚持要件构成模式，采用推定前置下的个案审判，在理论依据中纳入“经济从属性”。^②

1.2.1.2 关于网约平台劳动与“算法”的研究

在网约平台劳动保障研究中，劳动关系认定占据了主要部分。劳动关系认定作为劳动保障的前提与基础，研究重点集中在“从属性”判断，而学界关于从属性的讨论主要围绕“平台控制”与“劳动自由”展开。平台控制的最新理论表明，平台通过“算法控制”，使网约平台劳动关系具备了从属性。

首先，在平台劳动中，存在两方面有关“算法”的内容。一是在平台劳动过程中，存在着“技术从属”和“算法控制”等内容。田思路认为，理论界主要关注人格从属性、经济从属性和组织从属性等，而作为本源性从属和间接性从属的技术从属性一直未受重视，人工智能和算法的运用，使用工形态受到技术要素的影响，雇主管控效能得以提高，形成了雇主算法权力。^③冯向楠，詹婧认为，人工智能应用强化了平台对劳动过程的管控。^④李胜蓝，江立华认为，外卖平台依据技术手段设置了新的时间规则，建构了新型劳动时间控制模式。^⑤林建武认为，其在本质上并非一种全新的劳动模式。劳动者被算法所宰制，并没有获得自由劳动的机会，日常时间的劳动化导致更加不自由。^⑥二是利用“技术从属”、“算法控制”产生了资本增值。丁晓东认为，作为人机交互的算法决策机制，算法并非价值中立。^⑦于天宇认为，平台资本主义利用数据生产资料进行资本增殖，数据成为资本主义社会生产劳动过程的核心。平台的“开放性”与“自由”性并未改变其服务于资本剥削的本性反而愈发强烈。^⑧

其次，在平台劳动中如何利用“算法”实现对劳动过程的控制。吴鼎铭，胡骞认为，数字资本对传统劳动进行时空分离与权力内嵌，通过时间规训，建构了“即时”生产制、弹性工时制、时间压缩与高效生产、定时与劳动同步化和时间商品化。^⑨叶韦明，欧阳荣鑫认为，技术的影响集中体现网络平台携算法及规则对劳动过程的影响

①班小辉.“零工经济”下任务化用工的劳动法规制[J].法学评论,2019,37(03):117.

②杨浩楠.共享经济背景下我国劳动关系认定标准的路径选择[J].法学评论,2022,40(02):110.

③田思路.技术从属性下雇主的算法权力与法律规制[J].法学研究,2022,44(06):140.

④冯向楠,詹婧.人工智能时代互联网平台劳动过程研究——以平台网约配送员为例[J].社会发展研究,2019,6(03):83+243.

⑤李胜蓝,江立华.新型劳动时间控制与虚假自由——网约配送员的劳动过程研究[J].社会学研究,2020,35(06):112+243.

⑥林建武.算法与自由:平台经济中的自由劳动是否可能?[J].兰州学刊,2022(05):56.

⑦丁晓东.论算法的法律规制[J].中国社会科学,2020(12):159+203.

⑧于天宇.时间剥削与情绪剥削——平台资本主义生产劳动过程分析[J].社会科学战线,2023(01):40.

⑨吴鼎铭,胡骞.数字劳动的时间规训:论互联网平台的资本运作逻辑[J].福建师范大学学报(哲学社会科学版),2021(01):120+171.

和控制，特别是算法的精确时间安排和排他空间支配。^①陈龙认为，平台系统通过潜移默化地收集、分析网约配送员数据并将数据结果反作用于网约配送员而使劳动秩序成为可能。^②邓智平认为，算法控制机制、薪酬激励机制与顾客反馈机制强化了平台资本对劳动的影响。^③这些观点，深刻的解释了“算法”对劳动过程的控制本质。

最后，针对平台劳动中的“算法控制”，应该如何分配责任。对此，田野认为应当对《指导意见》中规定的“相应责任”，以算法管理为中心进行架构。^④刘权认为，欲厘清平台主体责任的范围和种类，需要厘清平台的主体属性。^⑤本文认为，以“算法”来实现责任分配是正确的。网约平台在平台劳动中利用“算法”获取了巨大收益，这就是其责任承担的依据。“相应责任”具体是否包括连带责任、补偿责任或者过错责任，需要进一步明确。

1.2.1.3 关于网约劳动者职业伤害保障的研究

平台经济中，网约劳动者的职业伤害保障是重点内容。尽管“算法控制”正在为平台劳动者劳动关系认定提供基础支撑，但是“算法控制”仅仅是其中一步，还有其他不同的研究内容。

首先，在劳动关系与社会保险的关系上存在两种主张。一种主张劳动关系与社会保险“脱钩”、“解绑”，另一种主张在工伤保险模式内做灵活调整。孙志萍认为，在路径选择上，构建劳动关系与社会保险的脱钩机制。^⑥艾琳认为将平台从业者的工伤保险与传统劳动关系解绑，在制度设计上采纳“类工伤保险”理念。^⑦沈建峰认为，探索以劳动关系为前提的有劳动关系没有社会保险或者没有劳动关系却有社会保险的状况的第三条道路。^⑧王全兴与刘琦认为，从劳动关系保护路径和一般性社会保护路径共同展开对网约劳动者群体的权益保护。黄乐平，韩容认为，应该将工伤保险与劳动关系“松绑”，把平台从业者纳入到工伤保险保障体系之中，同时强化劳动关系确认标准。^⑨

其次，关于分层分类保障的建议。鲁全认为，必须澄清社会保险权是基于劳动还是基于受雇劳动，按照分类施策的原则，在优化社会保险制度的前提下，将新业态从

①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(02): 176.

②陈龙. “数字控制”下的劳动秩序——网约配送员的劳动控制研究[J]. 社会学研究, 2020, 35(06): 135+244.

③邓智平. “接单游戏”与平台经济中的劳动实践——以网约配送员为例[J]. 求索, 2021(03): 117.

④田野. 平台外包经营中的用工责任分配——基于“算法管理”的“相应责任”厘定[J]. 政治与律, 2022(08): 32.

⑤刘权. 论互联网平台的主体责任[J]. 华东政法大学学报, 2022, 25(05): 93.

⑥孙志萍. 互联网平台就业者职业伤害保障问题研究[J]. 兰州学刊, 2021(09): 99.

⑦艾琳. 平台从业者职业伤害的权利保护: 现实依据、理论基础及制度设计[J]. 深圳大学学报(人文社会科学版), 2021, 38(04): 100.

⑧沈建峰. 捆绑、分离抑或第三条道路: 论劳动关系与社会保险的关系[J]. 法学评论, 2022, 40(05): 112.

⑨黄乐平, 韩容. 平台从业者职业伤害保障的困境及其应对——兼论台湾地区职业灾害保险制度的启示[J]. 华北电力大学学报(社会科学版), 2022(01): 92.

业者按类型纳入到现行社保制度中。^①娄宇认为,借鉴“第三类劳动者”对应本土化劳动权益保障的制度设计思路,引入“类雇员”概念为平台经济从业者构建社会保险制度。^②杨复卫认为,在间接用工模式下,塑造灵活从业者的“类雇员”角色,建立起平台灵活从业者“类社会保险”制度。^③苏炜杰认为,应当构建专门的新业态职业伤害保险制度。^④刘桂莲认为,平台劳动者兼具自雇劳动和劳动控制的性质,应当明晰雇佣关系、创新社保制度设计、分类分层次保障和优化经办管理服务。^⑤陈兵认为,以“三分法”更新劳动权益保障体系,科学保障灵活用工综合服务新业态的健康发展。^⑥封进主张,对社会保险制度进行改革。^⑦梁娜娜针对平台从业人员的具体特点,认为要通过单独立法的方式,不断扩展具体劳动权利,首先实现职业伤害受保障权和集体协商权强化权益保障。^⑧杨晖认为,应根据新就业形态的特点,对既有劳动和社会保障制度作出因应性调适,通过组合参照适用劳动法和民法,使从业者获得与其身份相称的个性化保护。^⑨王天玉认为,现行法对劳动的分类是“从属性劳动—独立性劳动”,主张推动制度框架实现“从属性劳动—经营性劳动—独立性劳动”的“三分法转型”。^⑩张盈华认为明晰责任主体,创新参保手段,分类别、分步骤推进灵活就业人员参加社会保险。^⑪

1.2.2 文献述评

综上,当前平台劳动者职业伤害保障相关研究主要围绕劳动关系认定和工伤保险等权益保障制度建设,结合科技的“算法控制”展开探讨。针对网约平台劳动、网约平台劳动与“算法”以及网约劳动者职业伤害保障进行研究,学者们提出了很多创新性的观点,在实践中具有一定的意义。

第一,就网约平台劳动而言。

首先,在网约平台劳动性质方面两种认识方面。本文认为,当前网约平台劳动的本质,仍然是从属性劳动,不过这种从属性与传统劳动关系存在差异,当前网约平台劳动具有明显的从属性,这种从属性源于平台劳动中的科技要素——“算法”。

①鲁全.生产方式、就业形态与社会保险制度创新[J].社会科学,2021(06):17-18.

②娄宇.平台经济从业者社会保险法律制度的构建[J].法学研究,2020,42(02):199.

③杨复卫.灵活用工“泛平台化”突围:基于从业者社会保险权益保障的视角[J].理论月刊,2022(10):143.

④苏炜杰.我国新业态从业人员职业伤害保险制度:模式选择与构建思路[J].中国人力资源开发,2021,38(03):90.

⑤刘桂莲.数字平台劳动者就业身份认定及社会保障权益实现路径[J].国际经济评论,2023(01):130.

⑥陈兵.灵活用工综合服务新业态发展面临的法律风险及对策探析[J].上海大学学报(社会科学版),2022,39(03):37.

⑦封进.劳动关系变化、劳动者需求与社会保险制度改革[J].社会保障评论,2022,6(05):78.

⑧梁娜娜.平台经济从业人员劳动权益的保障路径[J].中南民族大学学报(人文社会科学版),2021,41(10):122.

⑨杨晖.平台用工三分法的实现路径:争议与抉择[J].中国应用法学,2023(02):158.

⑩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(04):82.

⑪张盈华.灵活就业人员社保实践与探索[J].中国社会保障,2022(06):40-41.

其次,在网约平台劳动关系认定方面,本文比较认同李雄与黄琳涵的观点,应当结合实际需要,完善从属性认定标准,确定基本的价值取向,从而构建分层分类的职业伤害保障法律体系。

最后,在网约劳动认定的从属性方面。本文认为,在劳动关系认定上,应当继续采取要件构成模式,但是对于“经济从属性”要做灵活理解,即应当考虑执行劳动与支付报酬。同时,应当衡量其他要素的作用,而不是单纯的注重合同条款。^①新业态新型用工方式的蓬勃发展根源于科技基础,在明确其定位时不能脱离其产生的科技要素土壤。尽管当前研究在劳动关系认定层面已经进展地比较深,对于从属性判断的讨论比较全面,但是在探讨平台本质方面尚有不足。对于从属性而言,“人身从属性”、“经济从属性”、“组织从属性”等内容实际上是对劳动保障部发文的概括,本质上是从条文总结出来的特点。有学者第一次提出了“信息从属性”这一概念,在本文看来这是零的突破,认识到了科技要素的真正作用,而不是“新问题”的“老解法”。

第二,就网约平台劳动与“算法”而言。

首先,平台劳动中有关“算法”的内容,从根本上决定了平台劳动与传统劳动是相同的,即都是在企业对劳动过程的控制下,实现自身的价值增值。没有不在算法控制下的网约配送员。换句话说,没有不在算法控制下的劳动。

其次,在平台劳动中,平台正是利用“算法”的“时间控制”和“评价控制”实现对劳动过程的控制。以外卖平台为例,有学者深入到了整个劳动过程进行研究,发掘到了外卖平台的“时间规训”。传统的控制是看得见的,而这看不见的“时间规训”正在将网约配送员牢牢地握在平台手中,成为其价值实现价值增值的工具。

尽管有学者主张,外卖平台下的劳动是“自由的劳动”,劳动者属于个人承揽。但是本文认为,这种观点存在误区。《民法典》第七百七十条第一款的规定,承揽人需要履行“完成工作”并“交付工作成果”的合同义务。但是,在《民法典》第七百七十二条款第二款的规定中,承揽人应当就第三人完成的结果向定作人负责。结合《民法典》第七百八十条规定中承揽人完成工作应当交付工作成果来看,承揽应当是交付结果。这与《劳动合同法》中完成一定工作任务明显不同,完成工作应该指的是过程,而非结果。按照马克思主义政治经济学的分析,劳动本质并不是结果的交付,而是劳动的过程,劳动者正是以自己的劳动过程作为自己报酬的对价,而其过程产生的结果实际上是价值剥削所追求剩余价值,从这一角度而言,平台劳动者与平台之间到底是承揽还是雇佣这一争辩应该有所明确:平台劳动者并不是在向平台最终产生结果,而

^①陈靖远.事实优先原则的理论展开与司法适用——劳动法理论中的一个经典问题[J].法学家, 2021 (02):85+193.

是在付出过程。

最后，针对平台劳动中的“算法控制”，应该如何分配责任。本文认为，以“算法”来实现责任分配是正确的。网约平台在平台劳动中利用“算法”获取了巨大收益，这就是其责任承担的依据。很多研究已经看到了算法背后真正的含义，它实际上是平台企业权力的“触手”，连接着每一个处于末端的“自由”劳动者。以外卖平台为例，不曾被重视的算法权力，既是网约配送员劳动收入的决定性因素，也是平台利益实现的命门所在。当前时代，信息与科技的含义，绝非字面如此简单。

第三，就网约劳动者职业伤害保障而言。

首先，在劳动关系与社会保险的关系上。本文认为，黄乐平与韩容提出的观点直接切中职业伤害保障的要害，同时具有一定可行性。首先，现行工伤保险制度无法覆盖，商业保险赔偿低，平台企业不承担甚至违法“去劳动关系化”卸责，应当从制度源头解决问题，依法保障平台从业者的合法权益。

其次，本文认为，应当实行分层分类保障。有学者主张改变传统的“二分”模式，进入“三分”模式，引入类雇员等内容，用以解决当前平台劳动者职业伤害保障空白的问题。按照传统的模式，绝对的保护与绝对的不保护这种逻辑是平台劳动者暴露在劳动风险下的主要因素，三分法路径具有一定的现实意义。

但是，从制度实施的角度上来看，鲁全与刘桂莲的观点更加成熟，具有实际应用的空间。在类型化讨论与区分保护的基础上，回归工伤保险制度的传统劳动关系是方向。按照传统的观念来看，平台与平台劳动者之间的关系性质应当首先尝试向当前体系框架内推定，区分每一类劳动者是否属于劳动关系，能否首先适用以工伤保险为框架，以劳动关系为基础的保障体系。部分研究主张展开保险制度改革，实现“解绑”，或许确实是必要的，但单纯“松绑”可能会面临新的“病症”。以劳动关系认定为基础，以工伤保险制度为框架的，兼采其他方式，才是网约配送员乃至全体平台劳动者不暴露在保障风险下的方向。

应当先区分明确平台劳动者的性质，界定网约平台劳动者的种类和性质。界定性质的前提是先进行分类。部分研究提出了分类规则、区别保护的思路，是非常有意义的。这种观点的核心在于，针对不同的群体实行有区别的、有针对性的保护，符合客观规律。以网约配送员为例，单纯的谈论网约配送员职业伤害保障的方式总是空洞且缺乏基础的，要知道仅网约配送员就存在直聘网约配送员、专送网约配送员、众包网约配送员等多种类型，如果不加区分的使用同一标准显然存在问题。

1.3 研究内容和方法

1.3.1 研究内容

本文主要围绕网约配送员职业伤害保障法律问题及完善建议展开。

绪论部分，介绍研究背景和意义，通过文献综述，把握前沿理论研究，根据理论研究动态设定研究框架思路和研究方法，提出论文的主要创新点。

第二部分，网约配送员职业伤害保障概述部分。本部分首先解释网约配送员职业伤害保障的相关概念，包括网约配送员、网约配送员职业伤害以及网约配送员职业伤害保障的概念。其次，介绍网约配送员职业伤害保障现状，包括网约配送员职业伤害保障的理论现状和实务现状。

第三部分，网约配送员职业伤害保障存在的法律问题。一是在当前工伤保险模式存在适用不足，劳动关系认定困难。二是职业伤害保障机制建设存在不足，法律体系的价值定位不清晰，进而导致试点地区的职业伤害保险实效不足，同时建设过程中，缺乏体系化导致救济途径配置不够协调。

第四部分，网约配送员职业伤害保障法律问题的完善。一方面，优化工伤保险模式，结合“算法”，完善劳动关系认定标准，同时强化工伤保险制度的适用。另一方面，完善职业伤害保障机制。进一步明确法律体系的价值定位，同时规范职业伤害保险以强化实用性，最后建立协调的分类分层职业伤害保障救济途径。

1.3.2 研究方法

1.3.2.1 文献研究法

在搜集与整理研究领域相关文献的基础上，对文献进行全面且客观研究，形成新的认识。结合研究课题，进行文献搜索、整理，结合文献综述来说明文章观点，通过系统全面地了解研究有关领域的情况，从而解释研究内容，形成研究成果。

1.3.2.2 案例分析法

通过具体的案例场景，进行数据收集和整理，研究在某一特定情况下的实际情况。在观察和资料分析基础上，由经验到理论，提出假设，而实证研究验证假设。从理论假设开始，伴随经验观察，采用理论抽样，结合客观实际进行结论诠释。

1.3.2.3 比较分析法

通过对涉及的数据、概念进行对比分析，寻找其蕴含的规律，找出客观差距，明确变化和差距。通过将理论研究的结果与现实调查结果进行比较分析，确定研究所得的结论是否与观察所得的数据相一致，反证研究结论。

1.4 研究的创新点

本研究创新点包含以下两方面内容：

首先，解决工伤保险模式的不足。结合网约平台劳动的技术从属性，实现网约平台劳动关系认定标准的优化，将符合条件的网约配送员，重新纳入工伤保险框架范围内进行保障。平台将网约配送员置于平台算法的“时间控制”和“评价控制”下，在时空上形成了不同于传统的控制，整合人格从属性与经济从属性形成技术从属性。针对虚假“劳动自主”，以技术从属性实现“劳动自由否认”，刺破平台“中间人面纱”，同时揭示网约配送员职业伤害产生的来源，以此明确网约配送员职业伤害保障的权利和义务边界。最后，从司法裁判中，归纳出争议的焦点问题并进行回答，为裁判中“同案不同判”、理解适用混乱提供参考。

其次，对网约配送员职业伤害保障机制整体进行完善。首先，解决职业伤害保险试点政策的问题，扩大覆盖范围，完善保险种类，以提升其实效。其次，针对职业伤害保障机制与工伤保险模式存在的衔接不紧密的问题，进行衔接和贯通，形成可选择的分类分层的网约配送员职业伤害保障法律体系。具体包括：一是结合技术从属性，使网约配送员回归“工伤保险法律制度”实现权益保障，即能回归劳动关系的应当继续按照劳动关系予以保障。二是拓展可选择的职业伤害保障渠道，对于不符合算法控制下劳动关系或者不完全符合的劳动者，以算法本质完善职业伤害保障法律法规，为网约配送员等劳动者建立可由其选择的工伤保险框架下的“单险种模式”，但区别于存在劳动关系情况下的强保护；三是在前述规范化都不能解决或者劳动关系主体主动选择的情况下，发挥商业险作用，以算法收益明确商业险的保险责任归属，同时以法律法规强化商业险，保障商业险实现，完成职业伤害法律保障兜底。

最后，本文认为，职业伤害保障法律体系的价值取向对于保障实效起决定作用，是前述制度完善的立足点。因此，重中之重是结合网约劳动的技术从属性，结合《指导意见》和七省市试点政策以及我国劳动保障的基本价值取向，明确新业态劳动者职业伤害法律保障制度的价值取向。

第2章 网约配送员职业伤害保障概述

网约配送员职业伤害保障概述主要涉及理论与实务两方面。理论层面包含概念和前沿理论，即网约配送员的概念、网约配送员职业伤害的概念、网约配送员职业伤害保障的概念、网约配送员职业伤害保障的前沿理论。实务层面则主要围绕网约配送员职业伤害保障司法实务现状，分析职业伤害保障存在的法律问题。

2.1 网约配送员职业伤害保障的相关概念

2.1.1 网约配送员的概念

网约配送员指的是通过移动互联网平台等，从事接收、验视客户订单，根据订单需求，按照平台智能规划路线，在一定时间内将订单物品递送至指定地点的服务人员。

^①总的来说，网约配送员是移动互联网技术革新的直接产物。理论界根据外卖平台中网约配送员和外卖平台用工关系不同，将网约配送员大致分为分为三种类型：

第一种是平台自营配送员。其特点是与平台签订劳动关系，平台管理并支付工资，时间和工资比较固定。自营网约配送员在性质上与传统的用工关系并无不同，由平台直接雇佣，受到平台的管理控制，属于劳动法调整的劳动关系。但是，现实中通过平台自营配送员的数量也少之又少。

第二种是代理商配送员。其特点是通过第三方代理商招聘，平台与代理商依据代理协议，由与平台合作的外包企业雇佣，由外包企业管理，从事在外包企业承接的平台企业某配送区域内的配送业务，同时利用平台的技术信息完成任务。

代理商配送员目前是网约平台用工中主要的方式之一，大多数骑手与代理商形成了稳定的法律关系。以美团为例，当申请注册网约配送员时，会分配站点同时有所谓的工作人员联系，要求到某一站点面试，工作人员会介绍工资构成、跑单任务量等内容，工资采取月结方式，需要在介绍的电瓶车地点购买、租用站点电瓶车（也可以自带），在规定时间内需要打卡。从工作内容来看，在任务量上有明确的要求，每单分配任务的时间等在 APP 上有明确的要求，跑单量与待遇直接挂钩，面临极端天气也要出勤，也有相应的处罚机制。从裁判现状来看，这一部分网约配送员是职业伤害保障诉讼案件中的主要群体之一。他们本身与平台及代理商之间存在着较强的经济从属性，同时，也存在一定的人格从属性，但是在申请劳动关系认定和工伤认定方面存在困难。

第三种是众包配送员。其特点是自行下载平台软件并注册，按照要求准备工具条件，从事接单业务。同样以美团为例，众包网约配送员并不像专送网约配送员那样需

^①参见《关于发布智能制造工程技术人员等职业信息的通知》人社厅发〔2020〕17号。

要每天早到开会和打卡，雨雪天气可以随意休息，请假对比“专送”自由得多。众包主要实行抢单模式，平台会在抢单大厅发布任务，众包网约配送员可以选择适合自己的进行抢单完成配送。但是，众包网约配送员也存在等级差异，新手与老手之间在配送距离上存在差异，新手更多的是承接3公里以外的单，按照要求时间送达，老手则主要承担3公里以内得单。众包配送将网约平台劳动的职业伤害风险进一步放大，使众包配送员成为职业伤害保障诉讼案件中的又一主要群体。但是，因为众包骑手并不具有像代理商配送员那样明显的“人格从属性”和“经济从属性”，是否将众包配送员纳入到工伤保险模式中保障，成为司法裁判的难题。

不同类型的网约配送员与平台之间有着不同的法律关系。对于网约配送员而言，在进入网约配送这一劳动过程之前，与平台签订“协议”是必要的前置条件。但是，在司法裁判中，围绕平台与网约配送员之间签订的“协议”，不同法院有不同的观点，存在着较大的争议。如何理解平台与网约配送员“协议”，成为网约配送员职业伤害保障中的重要问题。不能单纯的依据“协议”的内容来判断其劳动性质，简单的将其归为承揽合同或者劳务合同。

2.1.2 网约配送员职业伤害的概念

网约配送员职业伤害是指在工作过程中因职业特性受到的来自非本人的原因造成的伤害。界定职业伤害的含义能够正确界定当事人之间得权利义务内容和边界。

早在1996年，原劳动部颁布的关于发布《企业职工工伤保险试行办法》的通知（劳部发[1996]266号）中就提到，职业伤害应当是职工在工作中受到的伤害；按照人力资源与社会保障部公布的《中华人民共和国社会保险法释义（十三）》内容：根据有关国际劳工公约，工伤是指职工“由于工作直接或间接引起的事故”所受到的伤害。职工受到的伤害是否属于工伤，其核心因素是“因工作原因”。由于工作直接或间接引起的伤害一般会被认定为工伤。职业伤害与工伤其实质上是同一内容，至少具有同源性，在保险法上有明确的工伤保险内容，其他部门法中并未明确固定职业伤害相关含义内容，在实际中职工因工作或在工作过程中受到的非本人原因导致的伤害，在能够认定存在劳动关系的条件下成立“工伤”，非劳动关系语境下则统称为职业伤害，本质是相同的。

网约配送员因其劳动过程的特点，在配送过程中主要面临交通事故、过度劳动等意外带来的职业伤害（本文所称的职业伤害如无特别说明，则皆指此职业伤害）。网约配送员职业伤害的来源理论上包含三类，一类来自于第三人的伤害，另一类来自于自身操作导致的伤害，第三类来自不可预见的意外。

首先，来自于第三人的伤害。这种伤害性质明显，有明确的权利义务主体，无论是对第三人侵权还是被第三人侵权都由当事人承担民事责任。例如，内蒙古云之涑物流有限公司与柏子齐等非机动车交通事故责任纠纷一案中，网约配送员柏子齐造成原告田均头部及右下肢软组织伤，经交通事故责任鉴定，责任承担实际是按照民法典以一百九十一条第一的规定，由用人单位承担民事责任。^①

其次，来自于自身操作不当和不可预见。这两种意外有一定复杂性，网约配送员在网约配送劳动的时候，采取逆行、闯红灯等违反交通规则的行为，或者在外卖配送任务过程中遭遇到意外，其形式上是符合《保险法》第三十六条关于因工作原因受到事故伤害的基础条件。但是，尽管从职业伤害的来源和性质来看，网约配送员是有工伤保障基础的。在这之中网约配送员职业伤害保障还面临职业伤害如何认定的问题。只有认定职业伤害，网约配送员才能纳入工伤保险保障。如果存在《保险法》第三十七条中四种除外情形，则需要在司法裁判中进一步审查，排除其适用。

2.1.3 网约配送员职业伤害保障的概念

网约配送员职业伤害保障应当是对遭受职业伤害的网约劳动者实施的一种综合性的社会保障。针对劳动关系无法确定、不能获得工伤保险的网约劳动者，在发生人身伤害情况下对其提供社会保障。

我国的职业伤害保障主要是工伤保险保障。1951年，颁布了全国性、统一性的法规《劳动保险条例》。2004年，颁布了《工伤保险条例》，我国的职业伤害保障体系开始从单一的工伤补偿扩展到工伤预防、工伤补偿、工伤康复三位一体。但是，工伤保险明显存在不足，在网约配送等新业态劳动出现的情况下，出现了难以适用的情况。为此，人力资源与社会保障部在《指导意见》中指出，要强化职业伤害保障，积极开展职业伤害保障试点工作。但是，通过对当前职业保险制度的梳理发现，其在种类和覆盖范围上明显存在局限。

本文认为，当前我国职业伤害保障在网约配送员等新业态劳动过程中，存在着明显的局限。第一，目前网约劳动者职业伤害保障还缺乏系统的法律法规支持。第二，试点政策本身存在局限，在模式和种类上存在不足。网约配送员职业伤害保障有其特殊性，保障的主体是无法与雇主确定劳动关系的人群。对于这一部分群体，如何构建合适的职业伤害保障机制成为重点内容，也是本文的重要内容。

^①参见北京市第三中级人民法院（2023）京03民终9392号民事判决书。

2.2 网约配送员职业伤害保障的现状

2.2.1 网约配送员职业伤害保障的前沿理论现状

综合来看,当前网约配送员职业伤害保障的理论研究主要包含两部分。第一部分,网约配送员职业伤害保障中的劳动性质、劳动关系认定问题。第二部分,网约配送员职业伤害保障中,工伤保险、职业伤害保险等权益保障路径选择问题。这两部分,是实践中给网约配送员职业伤害保障带来困境的主要部分。

针对当前网约配送员职业伤害保障,理论界也采取了积极的回应,具体的研究在文献综述部分已经做了详述,本文在此不再赘述。而科技要素——“算法”,在网约配送员职业伤害保障中具有重要意义,能够回答劳动性质,解决劳动关系认定的从属性判定,为职业伤害保障实践提供路径选择。因此,本文重点介绍网约平台劳动中的“算法”。

通常情况下,“算法”指的是为“解决某一特定问题而采取一种有限、确定、有效并适合用计算机程序来实现的解决问题的方法,是计算机科学的基础”。^①在劳动与社会保障法视角来看,“算法是实现对劳动过程管理控制的手段”更具有代表性,它依据海量的数据和强大的算力对人产生影响,从而达到控制劳动过程的效果。^②

目前理论界通常将算法控制理解成“算法权力”,因为算法具有与传统意义上的“权力”相同的特点——对人的影响。田思路提出,人工智能和算法的运用,使用工形态受到技术要素的影响,雇主管控效能得以提高,形成了雇主算法权力。^③

首先,“算法”在影响人的意志、思想甚至行为上具有重大作用。以网约配送员为例,在订单分配、时间和路线规划以及奖惩等方面,网约配送员受到“算法”的绝对控制。“算法”控制着整个劳动过程。

其次,“算法控制”在于实现制定者的目的。“算法控制”本身是为解决制定者所面临的问题,在这种情况下通过实现编写好算法并投入运行,形成“算法权力”,实现控制,达到目的。就像网约配送员之所以服从于平台算法的控制,还是基于背后平台的权力,这种权力表现在不可议上,即要么选择接受平台的要求,在此基础上劳动,要么直接排除在外。正是这种权力使算法下精准分配订单、严格限定时间和规划配送路线这种强控制成为可能。

“算法控制”主要体现为对“劳动时间”的控制。“算法”对“劳动时间”进行控制,首要方式是对“劳动时间”区分。平台将“等单”与“送单”进行区分,只有

①[美]塞奇威克,[美]韦恩.算法(第四版)[M].谢路云译,北京:人民邮电出版社,2012.

②王宝珠,王朝科,王利云.数字平台空间下的劳动过程分析——一个比较的视角[J].教学与研究,2022(07):56.

③田思路.工业4.0时代的从属劳动论[J].法学评论,2019,37(01):80.

送单属于“劳动时间”，而等单成为劳动者的“自由时间”，但实际上“等单时间”占用了很大部分的时间，也正是通过这样的划分，模糊“劳动”与否的边界，形成了“时间自由”外观。

本文认为，应当重点分析“劳动时间”的含义。在这种情况下，传统的“劳动时间”认定已经不能适应当前需要。经过“算法”分割后的时间到底应当怎样理解？“劳动时间”如何确定？双方对于“劳动时间”的抗辩，已经成为法院裁判中的争议的焦点，应当结合“算法控制”的相关理论在此问题上进行明确。

2.2.2 网约配送员职业伤害保障的司法裁判现状

在司法实践中，因网约配送员职业伤害而产生诉讼案件屡见不鲜。通过裁判文书网，以“网约配送员”、“外卖骑手”、“劳动争议、人事争议”为检索条件，共检索到2017年至2024年间裁判文书625篇，其中判决书602份，裁定书21份，其他2份。继续以“伤害”、“遭受职业伤害”为关键词，检索到裁判文书共80篇，其中判决书75篇，裁定书4篇，其他1篇。通过初步检索，在涉及网约配送劳动者的劳动争议中，有关“遭受伤害”的裁判文书比例不小，占到总体的13%（如下图2-1）。

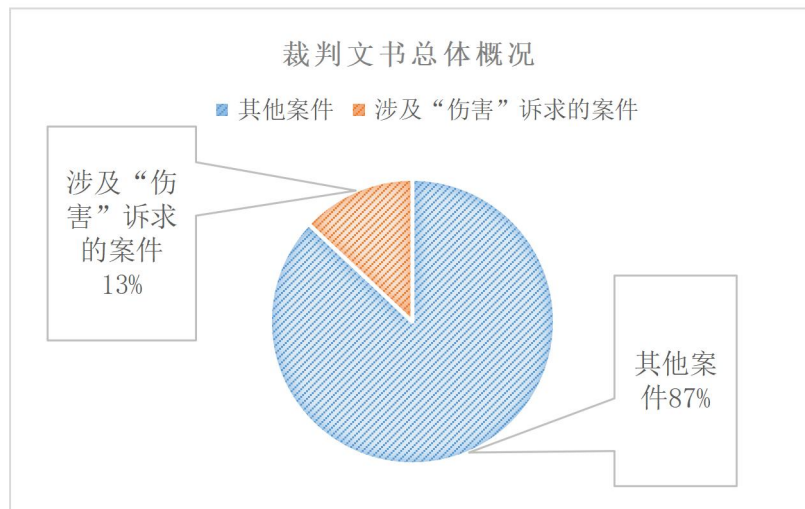


图 2-1 裁判文书总体构成

通过对涉及“伤害”诉求案件的80篇裁判文书进行诉求整理，其中77篇涉及到劳动关系，占比达到96.2%（图2-2）。而通过诉求整理，80篇裁判文书体现出两个问题：一是网约配送员在职业伤害保障面临的首要问题是劳动关系认定困难，二是直接实现职业伤害权益存在现实困难。网约配送员向法院提起诉讼中，诉讼请求主要有两项，一是请求确认构成劳动关系，主张工伤保险保障；二是请求认定工伤，主张工伤保险保障。通过对裁判文书阅读，本文对诉讼请求及比例、诉求依据的规范进行整理，大致形成以下结果（表2-1）

表 2-1

诉求	文书数量/占比	裁判主要依据依据
请求确认劳动关系	79 份/98.7%	《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发[2005] 12 号）
主张工伤保险权益	37 份/66.2%	《中华人民共和国社会保险法》第三十六条、第三十八条、第三十九条、第四十一条、第四十二条，《工伤保险条例》第十四条、第十五条、第三十条、第三十三条、第三十七条、第三十八条、第六十四条，《中华人民共和国劳动合同法》第二条、第十条、第四十四条、第四十五条

这在一定程度上表明，在涉及“伤害”、“职业伤害”等职业伤害保障诉求的诉讼中，劳动关系认定成为绝大多数网约配送员的诉讼请求，网约配送员只有在确认存在劳动关系的基础上，才能进一步主张职业伤害保障权益。

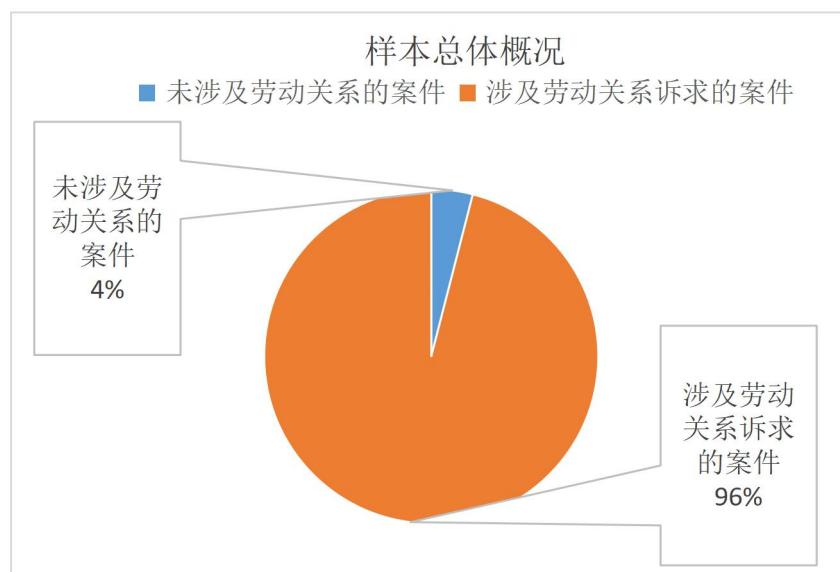


图 2-2 样本总体概况

而在对样本的审判层级和审判程序分析中发现，适用一审程序审理的在 49 篇，适用二审程序审理的在 31 篇（图 2-3）。涉及到职业伤害保障权益诉讼的案件存在上诉比例高的现状，并且“同案不同判”情况较为明显，从侧面反映双方当事人对于职业伤害保障中劳动关系认定层面的司法裁判，存在较为激烈的冲突（图 2-4）。

冲突激烈的主要原因，是当前法律规范已经不能适应眼下解决争议的需要。在判决书中，大部分都以原劳动保障部 2005 年发布的《关于确立劳动关系有关事项的通知》劳社部发[2005]12 号（以下简称《通知》）为依据，通过从属性判断来裁判。

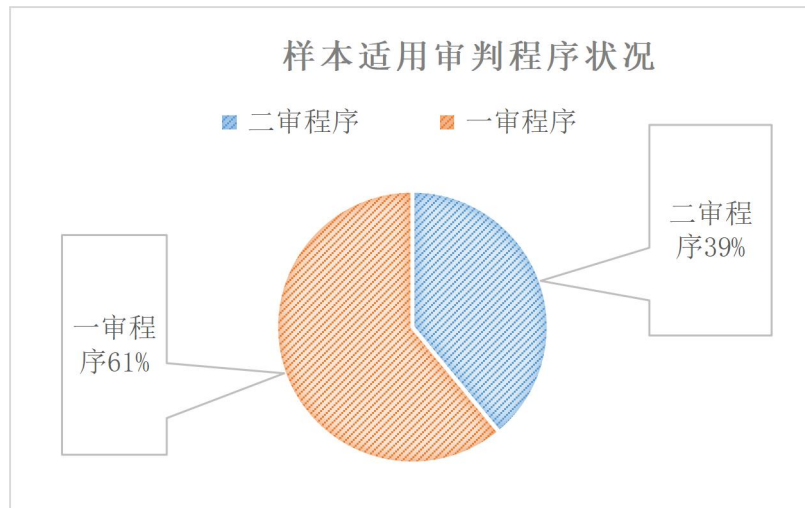


图 2-3 样本适用审判程序状况

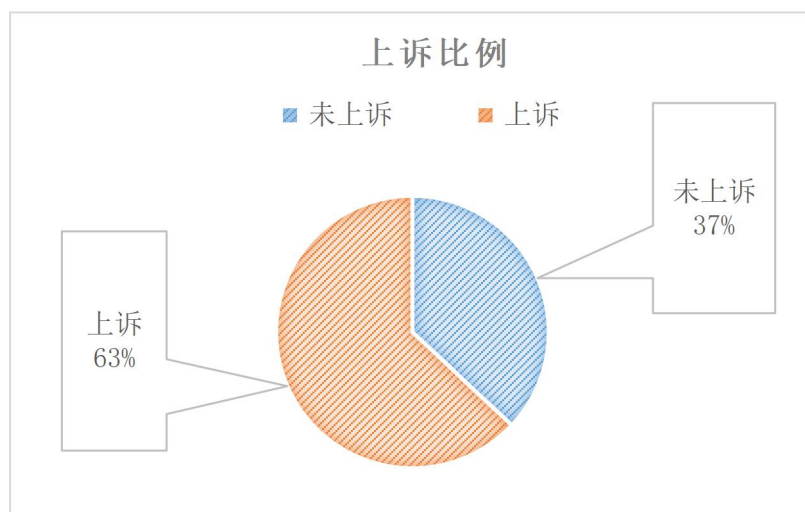


图 2-4 上诉比例

对样本进行裁判结果分析，在一审中，认定存在劳动关系的判决存在 42 篇，但是，从数据来看呈现出复杂态势，在配合当年案件数量的基础上，认定存在劳动关系的案件占比存在波动起伏，尤其是在 2020 年后呈现下降态势（图 2-5）。而在二审程序中，认定劳动关系存在的裁判文书有 26 篇，尽管占上诉比例为 83.8%，但是，分析其趋势，仍然存在与一审程序一样焦灼的状况（图 2-6）。

劳动关系认定方面存在司法适用困境。《通知》在适用中存在具体困难，裁判人员在援引《通知》进行裁判时，存在标准不明确、不统一的情况。尽管这种情况一定程度上来自于裁判人员的主观差异，但是，更多的还是因为《通知》规范不够明确，在司法适用中给裁判带来困难。

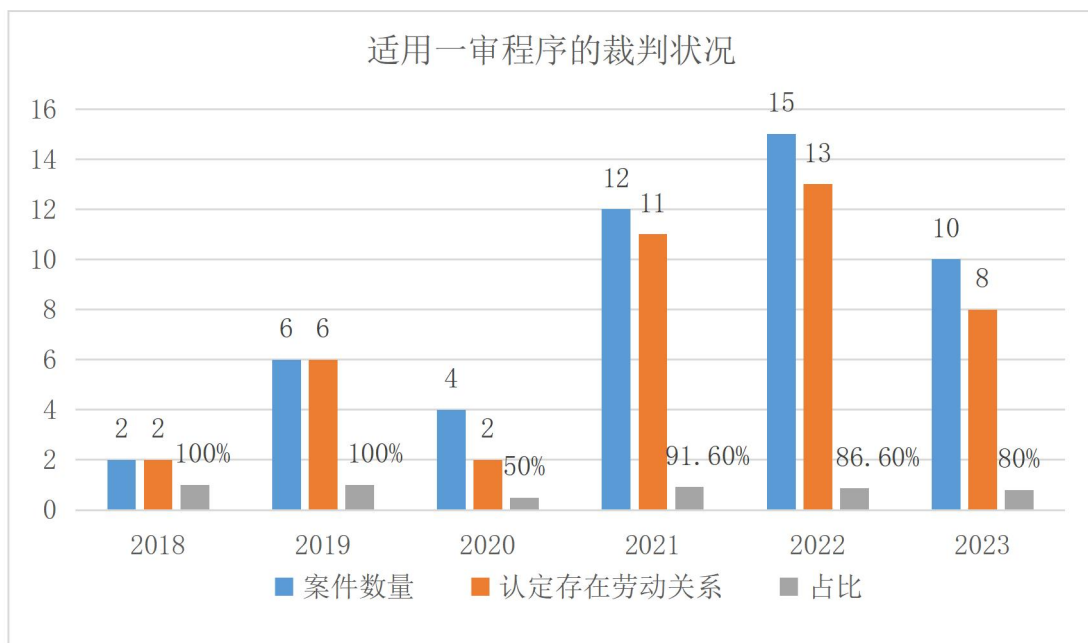


图 2-5 适用一审程序的裁判状况

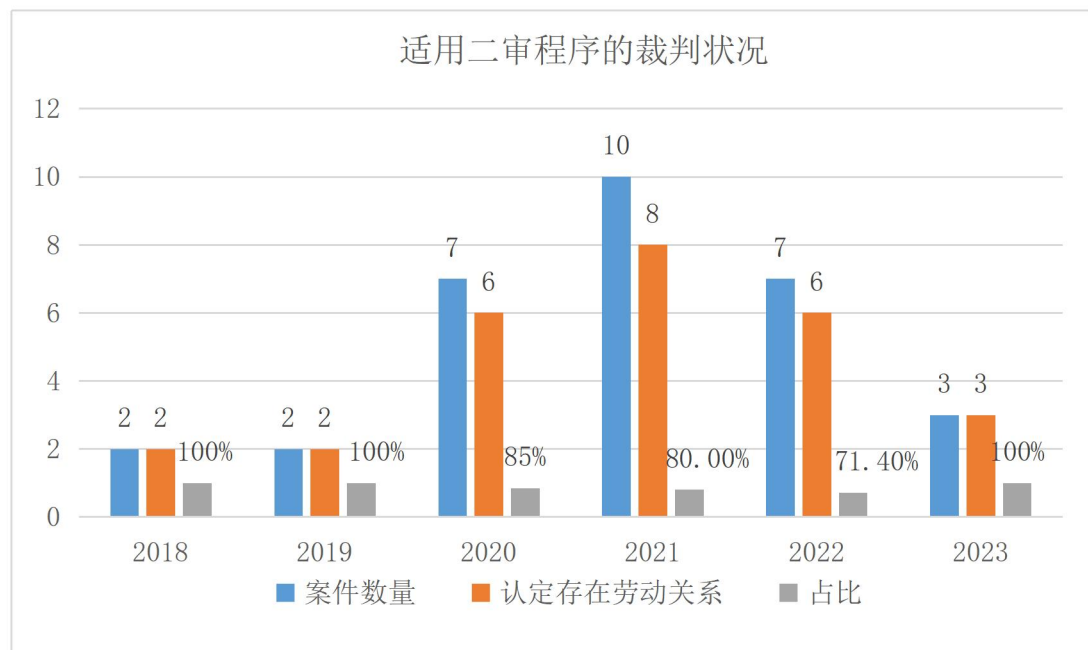


图 2-6 适用二审程序的裁判状况

在梳理过程中发现，裁判文书在说理部分对于劳动关系认定标准各不相同。有以从属性展开事实认定；有基于《通知》规定，进行规范论证。在劳动关系认定过程中，举证的背后凸显出从属性成为重要内容，而从属性判断标准的不统一使案件呈现复杂态势，司法裁判也认识到网约配送员的平台劳动并不能简单的套用形式标准，网约配送员的职业伤害保障，在劳动关系认定层面具有现实困境。

在维持判决中，有的从证据角度展开裁判。例如，在“苏州云霆网络科技有限公司与蒙景平确认劳动关系纠纷”一案中，一审法院主要从举证责任角度进行裁判，同

时，针对案件所涉证据“协议”中的意思表示和劳动中所获取的收益性质做了判定，二审做了维持。^①本文认为，证据裁判其实具有一定的合理性和较强的合法性，确实“合法”，但是或许在价值层面缺少了公平，网约配送员在这场“游戏中”的弱势地位，导致其在证据方面无法享有平等地位。

而在二审改判的判决中，适用《通知》对全案证据进行实质审查，占据判决的绝大多数。完全按照《通知》进行司法适用，能够实现公平正义的裁判。但是，在实质审查层面存在的问题是，明确的界定各种证据及其含义难度较大，需要较高的司法水平。以“周传荣、合肥千广网络科技有限公司宣城分公司劳动争议”一案为例，二审法官结合《通知》的规定，对本案纠纷所涉及的主体资格、管理属性、取得报酬和属于业务范围进行分析，做出裁判。^②主体资格、业务范围界定容易，但是对“是否具有管理属性”、“取得报酬的性质如何界定”这两方面解释说理确实需要较高的裁判水平。

本文认为，上诉比例高反映出的问题，并不在于请求权基础方面不能适用，而是要如何适用，做何种解释。本质上，更多的是在于裁判适用中的合理性问题，即公平正义。《通知》中的内容，在裁判中体现无非就是“劳动协议”、“有无管理与被管理”、“报酬”等，在这些方面说理不足、不符合实际，成为上诉的主要内容，也成为实践中的重点问题。

通过对裁判文书进行阅读，绝大多诉讼的产生源于工作过程中遭遇伤害。网约配送员的职业伤害问题来源于第三人伤害，尤其以交通事故伤害为主。在裁判文书梳理中，因交通事故产生诉讼的裁判有 62 份，占比 77.5%。诉讼中现状表明，绝大多数网约配送员因为交通事故遭受伤害，为实现权益保障申请“工伤”，需要以劳动关系认定为基础，从而展开诉讼。

同时，网约配送员职业伤害的诉求复杂，有追索“工伤”保险待遇，有追索赔偿金等，对于能否认定工伤以及工作过程中的责任应当如何承担，在司法实践中也较为模糊，缺乏明确而有效的原则和标准。司法实践中职业伤害保障权益纠纷诉讼主要围绕“工伤保险”展开，这也是绝大多数的网约配送员在遭遇意外事故时主要选择，而认定“工伤”实际上是存在严格规范，诉讼中的当事人主要是依据《通知》中第一条内容。

但是，原劳社部《通知》第一条内容在适用上确实存在模糊性，这就导致在司法适用层面有了规避空间。《通知》规定，“用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，

^①参见江苏省苏州市中级人民法院(2020)苏05民终2639号民事判决书。

^②参见安徽省宣城市中级人民法院(2020)皖18民终1691号民事判决书。

但同时具备下列情形的，劳动关系成立，（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。”法院在司法审判中主要以从属性理论为审判基础，注重劳动法理论的运用。将《通知》中的规定作为审判标准，从主体资格、二者是否具有建立劳动关系的合意、劳动者是否接受用人单位的管理以及工作安排、用人单位是否支付劳动者劳动报酬等方面综合判断。重视实质审查证据，用人单位需提供充分有效的反驳证据，否则承担相应的不利法律后果。^①

本文在裁判文书的梳理中还发现，司法实践中，网约平台通常采取分包、转包或者平台入职协议等方式，主动规避劳动关系。在诉讼中，平台企业围绕劳动关系认定规则构成要件展开抗辩，通过预设陷阱，使网约配送员处于保障空白的境地。另一方面，当前职业伤害保障制度仍然处于起步阶段，尚有不足之处。“工伤”保险模式在新业态发展迅猛的背景下，难以清晰准确地适用，在司法实践层面捉襟见肘。同时，新业态劳动者职业伤害保障不足催生的职业伤害保障制度、政策规定过于笼统，不符合当前的职业伤害保障需要现状，而商业险模式天然地存在权益保障实现差、难以兜底的弊端。

^①胡祥凤. 众包骑手职业伤害保障研究[D]. 兰州: 兰州大学, 2023: 49.

以上内容仅为本文档的试下载部分，为可阅读页数的一半内容。如要下载或阅读全文，请访问：<https://d.book118.com/066220105031011020>