

# 新就业形态职业伤害保障制度的 法理障碍及纾解

## 从“不完全劳动关系”教义学出发

姜宇\*

**摘要** 工伤保险系基于劳动关系的人格从属性建立的雇主责任险,旨在为工业时代的劳动者提供个人无力解决的职业伤害保障。新就业形态就业人员职业伤害保障制度的法理障碍是劳动关系,应当从“不完全劳动关系”教义学入手,再结合保险法的一般原理设计结构性制度。相关就业人员受到平台算法的指挥控制,同时也可能受到站点以及相关企业的管理,长期服务于某一平台也可以解读出稳定的工作预期,将工伤保险制度应用于这一群体原则上具备法理正当性,但是要满足合理性要求,还需要做到“靶向施策”:具备部分人格从属性的新就业形态就业人员应当强制加入职业伤害保障制度,由平台企业以合理方式负担缴费,在承担外部连带责任的同时赋予其内部的追偿权利;职业伤害认定应当恪守人格从属性决定的“三工原则”,规避工作任务“原子化”带来的道德风险;在确定工作预期的前提下,由平台企业承担经济从属性决定的生活保障费、伤残津贴、伤残就业补助金等待遇。

**关键词** 新就业形态职业伤害保障 工伤保险 不完全劳动关系 人格从属性 经济从属性

### 一、问题的提出

“十二五”时期以来,我国平台经济迅速发展,在劳动就业领域带来了新型劳动关系的规模

\* 中国政法大学民商经济法学院教授。本文系中国政法大学钱端升杰出学者支持计划资助项目、中国政法大学科研创新项目(项目编号:22ZFG8002)的阶段性研究成果。

日益庞大的新就业形态就业人员。职业伤害是这个群体面临的最棘手的问题,职业伤害保障是最亟待建立的新就业形态劳动权益保障制度。各地区曾先后建立了灵活就业人员的职业伤害保障制度,但是优点和缺点都很突出。<sup>〔1〕</sup>2021年12月,人社部等十部门联合印发了《关于开展新就业形态就业人员职业伤害保障试点工作的通知》(以下简称“通知”),通知于次年7月1日起在北京、上海、江苏、广东、海南、重庆、四川7省市启动,选取在出行、即时配送、外卖、同城货运行业部分较大平台企业就业的骑手、司机等群体人员开展试点,力求克服之前各地区制度的缺陷,为相关群体构建一套完善有效的保障机制(以下简称“新职伤”)。从各试点推广的情况来看,“新职伤”希望将传统的工伤保险制度“1:1”平移至平台用工领域,为新就业形态劳动者提供相当于工伤保险的保障。虽然整体运转良好,但是也暴露出了参保主体不明确、职业伤害认定规则不完善、责任主体与缴费主体不匹配、生活保障费等经济性待遇支付不合理等问题。

2021年7月,人社部等八部委联合印发了《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》,其中特别提到了“不完全符合确立劳动关系情形但企业对劳动者进行劳动管理”(以下简称“不完全劳动关系”)。2022年12月,最高院发布了《关于为稳定就业提供司法服务和保障的意见》,提出通过发布典型案例的方式统一平台就业法律关系的标准,推动形成新就业形态用工综合治理机制。2023年4月,人社部、最高院联合发布了第三批劳动人事争议典型案例(以下简称“典型案例”),首次明确了不完全劳动关系的情形及相应劳动者的基本权益,为未来开展新就业形态劳动权益保障制度指明了方向。社会法通说认为,工伤保险制度之所以无法直接适用于新就业形态关系,系因为该制度基于劳动关系构建,而新就业形态关系不完全符合劳动关系的认定标准。<sup>〔2〕</sup>有鉴于此,本文希望纾解劳动关系理论对“新职伤”制度构建的障碍,以现有司法政策中不完全劳动关系的构成要件为基础,积极发展教义学内容,以此作为“新职伤”制度的法理基础,并结合保险法的一般原理开展相关的制度设计。

## 二、“不完全劳动关系”的教义学

新就业形态用工关系类型多元化,可能构成民事劳务关系中的居间、承揽、行纪等关系,也可能构成劳动关系,对此我国目前的民法和劳动法中都有相应的权益制度设计,但是还存在一类情形,仅部分具备劳动关系的特征。如果划分到民事劳务关系中,全部适用依赖契约自由的民法规则,则无法为新就业形态劳动者提供充分的权益保障;如果界定为劳动关系,尤其是标

〔1〕 参见王天玉:“试点的价值:平台灵活就业人员职业伤害保障的制度约束”,《中国法律评论》2021年第4期,第52—54页。

〔2〕 参见张弓:“新就业形态中‘不完全劳动关系’的规制”,《中国社会保障》2021年第12期,第58页;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”,《深圳大学学报(人文社会科学版)》2021年第4期,第98—105页;李满奎、李富成:“新业态从业人员职业伤害保障的权利基础和制度构建”,《人权》2021年第6期,第70—91页。

准劳动关系,则会适用劳动法上的全部权益制度,不仅道德风险较高,也会给平台企业带来过重的负担。<sup>〔3〕</sup>“典型案例”以网约配送工作为例,列举并阐释了这类法律关系各种从属性的要素以及强弱程度,应当在此基础上构建不完全劳动关系的教义学体系,并作为构建“新职伤”制度的法理依据。

依据“典型案例”,识别平台用工关系的法律性质时均应全面考察人格从属性、经济从属性、组织从属性。标准劳动关系的从属性特征为“较强的人格从属性+明显的经济从属性+较强的组织从属性”,民事劳务关系体现出平等协商的特点,从属性特征为“人格从属性弱+经济从属性不明显”,不完全劳动关系部分具备标准劳动关系的从属性特征,但是相较于后者,呈现出“人格从属性较强+一定程度的经济从属性+组织从属性较弱”的特征。“典型案例”提供的认定思路具有很强的实操性,通过界定各类从属性的强弱以及组合关系可以识别各类平台用工的法律性质,从而精准适用包括“新职伤”在内的各类权益保障制度。

### (一)较强的人格从属性

“典型案例”<sup>3</sup>列举的人格从属性构成要素包括劳动者是否遵守平台企业制定的服务规则;平台对上线接单时间、接单量有无要求,劳动者能否完全自主决定工作时间及工作量两大项。

#### 1. 服务规则的制定主体

很多平台都将订单完成时间、客户评价等作为平台结算服务费的依据,并以工作的评价主体并非平台为由主张不认定劳动关系。<sup>〔4〕</sup>“典型案例”摒弃了这一主张,明确区分了服务规则的制定主体和实施主体:客户及其他机构(如加盟站点、合作餐饮企业)的评价都可能对服务费用产生影响,但是此评价规则一般都是由平台企业制定,因此制定主体才是人格从属性的考量要素。我国学者认为,在平台用工实践中,平台企业整合了各类信息来源对劳动者进行间接管理,劳动过程基本已由应用系统规划,劳动者在平台上的操作都在企业设定的程序范围之内,这也就是所谓的“使用高科技控制劳动过程并深刻影响绩效产出的目的”,<sup>〔5〕</sup>因此平台对劳动者的控制不是减少了,而是加强了。<sup>〔6〕</sup>“典型案例”接受了这一观点,而且采取了“穿透式”识别方法,越过规则实施主体,直接关注规则制定主体。与学界观点相比,这一要素标准的内容更加明晰,也更便于认定。

〔3〕 我国《劳动合同法》第五章“特别规定”中列举了劳务派遣和非全日制用工两类非标准劳动关系,与标准劳动关系的劳动者相比,这两类关系中的劳动者享有较少的权益保障,如劳务派遣工无法在两个连续固定期限劳动合同或连续十年的固定期限合同之后签订无固定期限劳动合同;非全日制劳动者不享有签订书面劳动合同的权利,劳动关系终止后也不能主张经济补偿等。这两类劳动关系都是在标准劳动关系的基础上削减了劳动者的一部分权益。

〔4〕 例如,美国劳动部2019年4月发布的《意见书》针对一家网约平台的网约工身份对雇主控制权做了一系列描述,其中将“平台公司没有检查网约工的工作质量,或者给网约工的工作表现打分”作为“不倾向认定网约工具有劳动者身份”的要素。参见柯振兴:“美国网约工劳动关系认定标准:进展与启示”,《工会理论研究》2019年第6期,第58页。

〔5〕 常凯:“平台企业用工关系的性质特点及其法律规制”,《中国法律评论》2021年第4期,第32页。

〔6〕 参见谢增毅:“互联网平台用工劳动关系认定”,《中外法学》2018年第6期,第1558页。

## 2. 自主决定工作时间及工作量

值得特别关注的是第二项要素,劳动者是否自主决定接单时间和接单量被作为判断人格从属性是否具备的关键因素。长期以来,我国司法机关认定劳动关系都遵循的是原劳动和社会保障部2005年颁布的《关于确立劳动关系有关事项的通知》(以下简称“2005通知”),该文件中与人格从属性相吻合的概念是“劳动管理”,其最直接的表现即劳动过程中资方的指挥和监督,稳定和延续的工作时间在我国很多研究成果中都是被忽略的。这方面代表性的观点是,劳动者在实际劳动过程中受到平台更为严苛的算法管理和控制,因此“基于大数据和人工智能算法管理的平台用工并未逃逸出劳动关系范畴”。〔7〕这种观点实际上是对人格从属性时间要素的忽略,将会导致以该要素为法理基础的某些劳动权益保障难以精准地移植到新就业形态劳动者群体。

我国劳动法上的人格从属性概念源自德国,该国劳动关系的人格从属性(persönliche Abhängigkeit)教义学内容包括时间要素(Zeitmoment)和义务要素(Verpflchtungsmoment)两项,第一项要求雇员在实质上可以预期的相当长的时间中从事非自主性劳动,第二项侧重考察劳动者在这段时间内工作任务的分派、工作步骤的安排、工作过程的监督、工作成果的验收都由雇主实施。〔8〕两项要素全部具备,才认为构成了标准劳动关系。其中第一项是民事延续性合同在劳动合同领域的应用,如果向某一主体提供的劳务给付仅为偶然的、临时的,即使该给付为不自由的、处于该主体指挥控制下,那么也只是部分满足了人格从属性的要求。在我国司法政策的话语体系中,由于关键要素缺失,这类关系不能被认定为劳动关系,但是由于新技术的应用,平台指挥和控制的要素甚至更强烈,义务要素的加强使得人格从属性在另一个维度上有加强的趋势,因此“不完全劳动关系”的人格从属性与标准劳动关系相比,呈现出“弱化”的样态。有鉴于此,相关劳动者也应当获得某些权益,这就需要建立起以指挥管理为主要内容的义务要素与劳动权益的关联性。可以认为,“典型案例”基本上接受了德国劳动法上人格从属性的教义学内容,并赋予了两项要素更加具体和方便司法认定的标准,这对新就业形态法律关系的认定大有裨益,同时也为新就业形态劳动权益立法提供了坚实的法理基础。

### (二)一定的经济从属性

“典型案例”也将经济从属性作为平台用工法律关系的认定标准之一,并列举了三项要素:平台企业是否掌握着网约工作必须的数据信息;平台企业是否制定服务费结算标准和办法;劳动者是否通过平台工作获得构成一定经济从属性的收入。与“2005通知”相比,“典型案例”增加了更多的要素,而且也更契合了平台用工的特点。

〔7〕 常凯、郑小静:“雇佣关系还是合作关系?——互联网经济中用工关系性质辨析”,《中国人民大学学报》2019年第2期,第88页。

〔8〕 Vgl. Martin Henssler, Überregulierung statt Rechtssicherheit-der Referentenentwurf des BMAS zur Reglementierung von Leiharbeit und Werkverträgen, RdA 2016, S. 39 ff.

### 1. 数据信息的掌握主体

传统劳动法上的经济从属性包含四个方面的内容:生产组织体系归属于雇主、生产工具或器械由雇主所有、原料由雇主提供、责任与危险由雇主承担。<sup>〔9〕</sup>其中最后一项可以理解为人格从属性的义务要素和经济从属性中的工具归雇主所有带来的经济性法律后果,即由于雇员在雇主的指挥管理下使用雇主提供的工具开展非自主性劳动,损害结果都可以直接或间接归责于雇主,<sup>〔10〕</sup>因此与其他三项并不在同一个层面上。由于生产组织体系、生产工具和原材料都可以理解为生产资料,所以传统的经济从属性的核心内容是劳动力与生产资料的分离以及雇主对稀缺性生产资料的占有与控制。<sup>〔11〕</sup>

“典型案例”呈现出来的教义学内容是:大数据和即时匹配供求信息、规划路线、调整价格的算法技术是开展网约工作必备的生产资料,平台独占这些生产资料,因此新就业形态劳动者对平台企业产生了经济上的依赖性,劳动过程中意外伤害带来的经济性损失由平台补偿具备了法理基础。对此有学者主张的质疑是:平台工作包括配送、货运、客运、家政、网络主播等多种类型,开展各类平台劳动的生产资料差异较大,家政服务 and 平台直播无需昂贵的工具,劳动者主要依赖平台提供的数据信息开展劳动;即时配送的电瓶车价格适中,无购置上牌照的限制,可算作非稀缺性资源,劳动者在实质上 also 依赖数据信息开展劳动;货运和客运的汽车价值较高,且牌照受到户籍、行政审批等条件的限制,因此汽车至少也发挥着不逊于数据信息的生产资料功能。<sup>〔12〕</sup>这一质疑对于确定生产工具瑕疵引发的意外事故归责原则和责任承担主体,以及设计保险缴费主体和追责规则有一定的启发,即在平台企业之外还可能存在其他的责任主体。

### 2. 服务费用的结算标准和办法

劳务交易平台可以划分为自治型平台和组织型平台。前者提供虚拟的交易场所和制定交易规则,劳务需求者注册为平台用户后可以发布工作任务和报价,注册为平台用户的劳务提供者也可以与其协商任务量和价格,平台在此过程中保持中立,以促成交易收取的平台使用费作为盈利的来源;<sup>〔13〕</sup>后者预先设定好劳务的定价方法和结算方式,劳务提供方和劳务需求方据此分别与平台签订合同,但是彼此之间没有缔约行为,需求方通过平台发布劳务要约,平台基于服务费用标准通过算法技术即时匹配最佳的劳务提供方,平台在此过程中发挥的是劳务储

〔9〕 参见黄越钦:《劳动法新论》,中国政法大学出版社2003年版,第95—96页。

〔10〕 Vgl. Stefan Muckel/Markus Ogokus, Sozialrecht, 5. Aufl., 2019, S. 236 ff.

〔11〕 参见丁亮、张天:“平台用工关系中的‘经济从属性’:形成机理、外在表征与司法因应——基于马克思劳动价值论的分析”,《河北法学》2024年第1期,第114页。

〔12〕 参见赵红梅:“平台从业者收入相关权益的法律保护”,《上海财经大学学报》2021年第5期,第125页。

〔13〕 Vgl. Jan Marco Leimeister/Shkodram Zogaj/Ivo Blohm, Crowdwork-digitale Wertschöpfung in der Wolke: Ein Überblick über die Grundlagen, die Formen und den aktuellen Forschungsstand, in Christiane Benner (Hrsg.), Crowdwork-zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit, 2014, S. 16 ff.



备和组织的功能。<sup>[14]</sup>

不难发现,“典型案例”认定的“具备一定经济从属性”的平台用工只可能发生于组织型平台,而此类平台与自治型平台最大的区别就在于平台是否实质性参与到劳务供需双方的缔约过程中:前者可以通过格式条款设定服务费用标准和结算方法,无需供需双方直接磋商与缔约即可实现高效率的匹配,后者虽然也可以通过接受格式条款注册为用户的方式与供需双方缔约,但是由于没有设定费用条款,于是平台也没有参与到劳务供需双方的缔约过程之中,地位超脱。制定服务费用结算标准和方法在根本上决定了平台工作的经济价值,新就业形态劳动者的收入高低由此决定,因此将其作为经济从属性的判断标准具备合理性。值得注意的是,网约工作的收入也会受到劳务需求方评价和平台算法的影响,一方面,顾客和加盟商的好差评和打赏对网约工影响较大,另一方面,长时间内良好的工作表现有助于算法技术优先分派优质单,从而增加收入,<sup>[15]</sup>但是,与人格从属性中的服务规则制定主体要素类似,此处的审查标准应当是服务费用结算规则的制定主体,而非具体的实施主体,由此谨防平台将经济从属性决定的一些劳动权益保障责任转移给劳务需求方以及以算法“技术中立”为由逃避责任。<sup>[16]</sup>

### 3. 通过平台工作获得收入

经济从属性应当着眼工作收入这一重要的经济性要素,毕竟稀缺性生产资料的占有和劳务价格的确定权都只是创造和提升了劳方依赖资方谋生的可能性,仅适合作为判断形成从属性的“辅助标准”,收入的最终来源才能够构成“金标准”,同时也适合作为劳动者由于客观情形暂时脱离岗位期间的收入损失由雇主支付的法理基础。“典型案例”亦将新就业形态劳动者“通过平台获得收入”作为经济从属性的衡量要素,而且与前述“平台掌握必须的数据信息”“服务费结算的标准和方法”两项要素相比,收入显然更具有可量化评价的优势,更适合作为“不完全劳动关系”要求的“一定经济从属性”的要素。

经济从属性有两种衡量模式:一种是来自于单一雇主的收入占总收入的比例,很多国家经济从属性的界定标准都着眼于收入比例,例如德国法上构成经济从属性的标准是受托人经由一名委托人获得的收入超过 50%,达到这一标准之后再综合考虑具体收入数额和家庭经济条件,可以认定为“具有社会保护需求”的“类雇员”,在集体协商和休息休假等领域享有与劳动者相同的权益保障,<sup>[17]</sup>该模式的缺陷是收入信息披露困难、比例量化缺乏科学性、个案中法官自由裁量权过大等;<sup>[18]</sup>另一种模式是我国学者从非全日制用工的工时制度中解读出来的工作时间标准,即劳动者在同一用人单位平均每日工作时间不超过 4 小时,每周工作时间累计不

[14] 参见王天玉:“互联网平台用工的合同定性及法律适用”,《法学》2019 年第 10 期,第 168—171 页。

[15] 参见《像这名闪送员一样成为“好评+跑单”双料王,总共分几步?》,载微信公号“叫个闪送”,2019 年 7 月 30 日上传。

[16] 参见郑玉双:“破解技术中立难题——法律与科技之关系的法理学再思”,《华东政法大学学报》2018 年第 1 期,第 89 页。

[17] Vgl. Matthias Müller, Die Arbeitnehmerähnliche Person im Arbeitsschutzrecht, 2009, S. 12 f.

[18] 参见肖竹:“第三类劳动者的理论反思与替代路径”,《环球法律评论》2018 年第 6 期,第 82 页。

超过 24 小时,理由是工作在经济状况不同的雇员群体中差异也不大,愿意在同一雇主耗费可支配的大部分有效时间即可认为存在经济依赖关系。<sup>〔19〕</sup>

后一种模式在我国非全日制劳动者的经济性权益中有所体现,但是仅依据工作时间判断似乎还有失偏颇,必须将在单一雇主处获得足以形成稳定预期的收入也列为必要的考察条件,方能全面地判断形成多大程度的经济从属性。非全日制用工虽然工作时间短,但是在某一段时间内稳定的工作收入也被作为确定工伤停工留薪期的待遇标准。依据《工伤保险条例》,非全日制劳动者因工伤导致停工期间,工资待遇由用人单位以工伤发生前的工资标准为基数发放。上海市还明确规定了不得低于职工月最低工资标准。<sup>〔20〕</sup>事实上,作为非标准劳动关系的非全日制用工仍然具备人格从属性要求的持续、稳定的时间要素,劳动者的单位工作时间(即每天 4 小时和每周 24 小时)虽然较短,但在未来可以预见的时期内仍然会持续地从事该工作并获得稳定的收入。当这个时期被拓展到相对较长的时间时(如 12 个月),劳动者的收入损失即可以全面地评估出来;当这个时期尚未延续到这个时长标准时,也应当按照工资收入的法定最低标准计算,即执行最低工资。可以看出,我国现行法律制度安排背后的法理逻辑为衡量经济从属性的程度提供了很好的思路,同时也可以用于“新职伤”中工资损失的权益设计。

### (三)较弱的组织从属性

“典型案例”列出了两项组织从属性的要素:纳入业务组织体系管理和按照传统劳动管理方式承担组织成员的义务。仅从字面来看,这是对人格从属性主导的劳动关系认定规则的彻底颠覆。我国很多学者都主张借鉴德国劳动法从属性教义学,将劳动关系界定为受指示约束或由他人决定的劳动,也即人格从属性劳动形成的劳资法律关系,<sup>〔21〕</sup>而经济从属性和组织从属性仅为强烈的人格从属性带来的客观结果。<sup>〔22〕</sup>然而,如果将“典型案例”描述的组织从属性置放于“不完全劳动关系”的语境中,就不难察觉,此法律关系情形虽然脱出了民事劳务关系,但是无限接近于劳动关系,却又难以突破劳动关系人格从属性的临界值,从而成为劳动关系的一种类型,于是在人格从属性审查层面出现难以判断的情形时,还需要增加一些新的要素,组织从属性恰恰可以承载这一辅助性功能。

德国从属性教义学认为,“加入雇主组织”(Eingliederung in die Arbeitgebereinheit)实质上是劳动接受方对劳动提供者实施指挥(Einweisung)的前提,没有科层组织的架构,劳动者在

〔19〕 参见娄宇:“平台经济灵活就业人员劳动权益保障的法理探析与制度建构”,《福建师范大学学报(哲学社会科学版)》2021 年第 2 期,第 74 页。

〔20〕 参见《上海市劳动合同条例》第 45 条。

〔21〕 参见沈建峰:“论劳动关系的法律属性:继续性债之关系的回归”,《环球法律评论》2023 年第 4 期,第 93—94 页。

〔22〕 参见娄宇:“民法典的选择:劳动合同抑或雇佣合同——《德国民法典》第 611a 条修订的教义学分析与启示”,《法律科学》2019 年第 5 期,第 149—150 页。

此架构中没有固定的地位,指挥权就难以稳定、有效地实施,<sup>[23]</sup>也就是说,该要素不过是在另一个维度上界定雇主管理控制劳动过程而已,没有独立的要素价值。但是在新就业形态劳动中,平台组织体都是无形的,组织的观念进一步淡化,“加入他人组织在确定劳动关系时的作用越来越小”。<sup>[24]</sup>“典型案例”采用的“业务组织体系”提供了这样一个独特的思维视角:“组织体系”是一套有机的系统,由若干“有机部分”组成,每一个部分都与其他部分是矛盾的统一体,相互关联不可分割,从而形成了一个具有异于各部分功能的全新的整体。<sup>[25]</sup>组织从属性的审查应当关注“平台整体业务”,即平台企业是否为网约工作设置了高度专业化和严格划分的部门、有无清晰的指挥链等,各个部门与网约工作之间是否展现出沟通和合作、有无不断调整的职责等。<sup>[26]</sup>

“承担组织成员的义务”指的是雇员在劳动中承担作为劳动组织成员所应负的遵守雇主的规章制度、保守雇主的商业秘密等义务。<sup>[27]</sup>这与人格从属性中的“服务规则的制定主体”要素似有相同的教义学所指,但是“义务”这一概念引入了一个新的审查视角:义务系需要履行的作为或不作为,如不履行将承担不利的法律后果,即责任。<sup>[28]</sup>劳动法通说认为,惩戒权系用人单位基于自主经营权实施的一种违反规章制度或者合同义务的惩罚与制裁,法律后果是劳动者遭受到不利益。<sup>[29]</sup>“典型案例”列举的“较强的人格从属性”的要素之一即平台企业制定的规章制度中有奖惩的内容,结合平台用工实践,对新就业形态劳动者施以在线工作时长、工作量方面的要求,达不到最低标准即扣减服务费,可以认为构成了组织从属性中的义务要素。组织从属性确实需要与人格从属性中的“服务规则的制定主体”联系在一起考察,这样才能全面地归纳人格从属性的教义学内容,这当然不是否认组织从属性的价值,其发挥着复查的作用:当人格从属性的审查结论不确定时,可以进入组织从属性审查,重新校验结论;而当人格从属性的审查结论唯一且确定时,也不应当放弃组织从属性的审查,其可以在一个全新的视角下进行验算,有效地检验谬误。

[23] Vgl. Wolfgang Zöllner/Karl-Georg Loritz/Wolfgang Hergenröder, Arbeitsrecht, 7. Aufl., 2015, S. 50.

[24] Ursula Rinck, Der Arbeitnehmerbegriff im Wandel-Entwicklungen und Perspektiven, RdA 2019, S. 127 ff.

[25] 参见(美)斯蒂芬 P. 罗宾斯等:《管理学原理与实践》,毛蕴诗等译,机械工业出版社 2019 年版,第 153—154 页。

[26] 如美国 AB5 法案(参见美国加州参议院官网, [https://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill\\_id=201920200AB5](https://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201920200AB5), 最后访问日期:2024 年 3 月 30 日)、Razak v. Uber Technologies 案(Inc., 2:16-cv-00573)、Lawson v. Grubhub 案[Inc., 302 F. Supp. 3d 1071(N.D. Cal. 2018)]、我国宁波捷顺食品配送有限公司与秦雅静、秦某等确认劳动关系纠纷案[江苏省苏州市中级人民法院(2019)苏 05 民终 212 号民事判决书]等都体现了这一审查思路。

[27] 参见王全兴:《劳动法》(第四版),法律出版社 2017 年版,第 36 页。

[28] 参见《法理学》编写组:《法理学》(第二版),人民出版社、高等教育出版社 2021 年版,第 134 页。

[29] 参见丁建安、张秋华:“企业惩戒权的法律规制”,《社会科学战线》2013 年第 10 期,第 190 页;汪银涛:“企业惩戒权法律规制之反思”,《河南财经政法大学学报》2021 年第 2 期,第 84 页。



### 三、“不完全劳动关系”与“新职伤”

“不完全劳动关系”是独立于劳动关系、民事劳务关系的一类新的法律关系，还是无法被认定为劳动关系，且与民事劳务关系相比，具备相当的从属性特征的“若干情形集合体”，从而仍然居于民事关系之列？“新职伤”源自工伤保险，后者建立在劳动关系的基础上，内部的结构性的制度也基于劳动关系的从属性设计，如果认为前者是一项独立的针对特殊群体的劳动权益保障制度，那么其也应当基于一类独立的法律关系构建。

与传统的工伤保险相比较，“新职伤”具有很多独具特色的制度设计：在参保群体上，“新职伤”涵盖了试点地区重点平台用工行业和企业的新就业形态劳动者，然而并非所有的新就业形态劳动者与平台企业都构成相同的法律关系，<sup>〔30〕</sup>“新职伤”和工伤保险在参保群体范围上应当如何分工？尤其是“新职伤”试点方案拓面之后，更多的平台行业和企业都将纳入其中，如何处理两个险种之间的关系？在筹资方式上，“新职伤”要求平台企业按单缴费，承担一定管理职能的站点和自带生产工具的新就业形态劳动者是否也应当有缴费和预防的义务，是否应当建立管理机关内部的追责机制？在待遇上，工伤保险的“三工原则”如何移植至基于新就业形态劳动者工作时间灵活、工作场所不固定设计的“新职伤”？而基于工作预期由单位支付的停工留薪期工资、伤残津贴和离职一次性伤残就业补助金又当如何赋权至“新职伤”？本文主张，以上所有问题都需要纾解劳动关系对“新职伤”形成的法理障碍，从对“不完全劳动关系”的解读中获得答案，其中三类从属性和各自的要素是解题的关键。

#### （一）“不完全劳动关系”的法律定位

本文主张以平台用工实践为依据，以从属性标准为准绳，尤其是要按照“典型案例”确定的法律关系认定标准来界定不完全劳动关系的性质。“典型案例”综合考量人格从属性、经济从属性和组织从属性，从三类从属性的强弱组合来认定用工关系的性质：劳动关系同时具备较强的人格从属性、明显的经济从属性和组织从属性；在不完全劳动关系中，由于劳动者能够完全自主决定工作时间和工作量，导致了“人格从属性弱化”，但是平台掌握数据信息并制定服务费结算标准和办法，劳动者从平台获得收入，产生了“一定的经济从属性”，同时平台没有将劳动者纳入组织体系管理并要求其承担成员义务，双方的组织从属性较弱；民事关系体现出双方平等协商工作时间和流程、收益分成等事务的特点，没有指挥和管理等从属性内容。按照我国劳动法基本原理，劳动关系可以分为标准劳动关系和非标准劳动关系，前者具备典型的三类从属性特征，后者以非全日制用工为例，虽然人格从属性明显，但是丧失了经济从属性，不享有与后一种从属性关联的某些劳动权益；按照民法一般原理，合同标的的不同决定了民事劳务关系的类型不同，如以积极的劳动成果为标的的承揽，以基于信赖关系的法律行为为标的的委托等

〔30〕 参见常凯，见前注〔5〕，第35页。

等,杂散的无名合同实现了“有名化”。<sup>[31]</sup>

综上,区分劳动关系的标准是主体上的从属性,前者可以依据各类从属性的有无区分为多个类型,后者也可以依据标的再划分,这两类关系实质上也不是单一的关系,而是具备类似特征的多种法律关系的统称。不完全劳动关系由于人格从属性缺失了“工作时间和工作量非自主决定”这一要素,以及组织成员地位不固定决定了“组织从属性弱化”,导致了无法归入劳动关系,同时由于算法管理和劳动过程控制产生了部分人格从属性,也难以归入民事劳务关系之列,因此具备了上述两类法律关系的部分特征。

从理论层面考察,不完全劳动关系是依据劳动关系的从属性标准划分出来的类型,从属性是划分劳动关系的“金标准”,因此其实质上系与后两类关系并列的“第三类法律关系”。<sup>[32]</sup>当然,平台用工的种类繁多,不完全劳动关系内部是否还可以再进一步划分为多种类别,从而在实践层面上为劳动者精准赋权提供法理依据,尚需要理论界和实务界继续探索。仅就当前的认识而言,将其理解为一种法律关系,也不影响为新就业形态劳动者进行框架式赋权。

可以认为,“不完全劳动关系”是为了规制平台用工进行的一项法律创设,虽然其未必是一种法律关系,但是从逻辑分类上其已经和劳动关系、民事劳务关系构成了“三足鼎立”的局面。因此,为处于这一关系中的劳动者(即所谓的“新就业形态就业人员”)单独构建一套符合其从属性特征的职业伤害保障制度即获得了法理上的依据。

## (二)“不完全劳动关系”与“新职伤”的法理关联性

工伤保险系基于保险原理,通过社会化的方式规避工业社会劳动关系领域雇主责任的法律制度,<sup>[33]</sup>劳动关系的三种从属性决定了其各类结构性制度设计;“新职伤”作为通过保险原理规避平台责任的社会化解决方案,需要从不完全劳动关系的从属性中获取各类制度的法理关联性。在此过程中,保险法的基本原则和基本规范也发挥着举足轻重的作用,在筹资、承保标的、责任风险转移等结构性制度中,这种作用是决定性的。

### 1. 独立法律关系与参保

19世纪快速发展的机器化生产给劳动者的生命和健康造成了巨大的损害:一方面,昂贵的机器购置成本使劳动力和生产资料进一步分离,劳动者对工作的经济依赖性更高,一旦遭受伤亡,其家庭和个人即衣食无着,生活陷于困顿;<sup>[34]</sup>另一方面,私法层面上的侵权责任和合同责任受制于举证难度高、维权过程复杂、雇主支付能力不足等原因,往往难以奏效。<sup>[35]</sup>传统

[31] 参见战东升:“后《民法典》时代雇佣合同与劳动合同的立法选择”,《政治与法律》2022年第9期,第149页。

[32] 参见王天玉:“平台用工的‘劳动三分法’治理模式”,《中国法学》2023年第2期,第279—281页。

[33] 参见娄宇:“劳动法典何以可能与如何可能”,《吉林大学社会科学学报》2023年第5期,第40页。

[34] Vgl. Muckel (Fn. 10), S. 234 f.

[35] Vgl. Reimund Waltermann, Änderungen im Schadensbereich durch das neue SGB VII, NJW 1997, S. 3401 ff.

的侵权责任法逐步在工伤事故领域引入雇主的无过错责任,一方面,由于现代化的生产工具和生产条件,包括操作流程和劳动纪律都是雇主安排的,由雇主承担责任无可厚非;另一方面,如果坚持过错责任,受伤的工人为了能够继续留用也不敢于举证和向雇主求偿。<sup>〔36〕</sup>同时,为了能够在更大范围内筹集资金,发挥保险的大数法则效应,即为了更好地实现不特定多数工人的公共利益,德国俾斯麦政府1884年颁布了《工伤保险法》(Unfallversicherungsgesetz),强制参保的雇主无过错责任保险制度正式建立起来。劳动关系人格从属性特征中的工作规则、劳动纪律,以及经济从属性要求的生产资料等要素决定了工伤保险的投保主体是雇主,被保险人是雇员,公共利益要求的社会化运行决定了参保方式为强制。

在参保人群方面,“新职伤”是基于不完全劳动关系构建起来的意外事故保险制度,如前所述,此类关系独立于劳动关系且二者处于同一位阶上,因此“新职伤”的参保群体也应当独立于工伤保险。由于同一新就业形态劳动者不可能同时与平台构成劳动关系和不完全劳动关系,因此也不可能同时是工伤保险和“新职伤”的被保险人,这是不同的用工法律关系决定的不同的意外险制度。为了能够明确平台劳动者参加哪一个险种,需要正确区分劳动关系和不完全劳动关系,首先,在人格从属性和组织从属性方面,不完全劳动关系的劳动者虽然也执行平台制定的服务规则和费用结算标准,并在平台算法的精细管理控制下工作,但是工作时间和工作量由自己决定,不受限于特定的生产经营组织体系,即劳动者无需遵守平台企业的考勤、请休假及考核、奖惩制度,或者无需企业指定或者经企业同意;<sup>〔37〕</sup>其次,在经济从属性方面,平台企业掌握着网约工作必要的信息,劳动者通过平台工作获得赖以谋生的收入,结合前述观点,以稳定的收入和较长的工作预期作为衡量标准比较合理。

在参保方式方面,将工伤保险的强制单位为劳动者参保的做法移植至“新职伤”即可。一方面,强制参保带来的规模效应有利于发挥大数法则克服风险的优势,也有利于保险机构通过精算原理研发保险产品;另一方面,通过行政权力强制参保也可以助力各类劳动者平等地享有社会保险权利,在更大的社会范围内实现所有参与生产者的“大团结”。<sup>〔38〕</sup>

## 2. 平台责任与筹资

工伤保险设立的法理依据是“雇主责任制”,即劳动者在职业场所因执行职务受到的伤害应当由雇主补偿,该依据决定了工伤保险一般由用人单位承担全部缴费,劳动者个人不缴费。<sup>〔39〕</sup>按照现代侵权责任法的一般理论,雇主为了实现自己利益的最大化,在生产领域投入了机器设备、安排了工作场所并制定了工作规则,各种设备取代了此前由人来完成的各种智力

〔36〕 Vgl. Reinhard Richardi, Arbeitsrecht im Wandel der Zeit: Chronik des deutschen Arbeitsrechts, 2019, S. 18 ff.

〔37〕 参见沈军芳、王天玉:“平台从业人员劳动关系司法审查标准的厘清与构建”,《人民司法》2023年第10期,第21页。

〔38〕 参见鲁全:“生产方式、就业形态与社会保险制度创新”,《社会科学》2021年第6期,第16—17页。

〔39〕 参见《劳动与社会保障法学》编写组:《劳动与社会保障法学》(第二版),高等教育出版社2018年版,第250页。

活动,从而可能就此改变了责任状态,虽然这种变迁在规范的角度完全是偶然的,但是雇主在客观上扩大了自己的活动领域,因此采用严格责任是必然的。<sup>[40]</sup> 因为如果“雇主就机器瑕疵不承担侵权责任,则使用机器设备反而提高了其地位”,<sup>[41]</sup> 这不利于实现劳资利益的平衡。

与劳动关系的从属性特征结合来看,一方面,人格从属性的指挥管理要素决定了雇主责任的形式,进而构成了“雇主缴费、雇员不缴费”制度的法理基础,同时雇员无法自主决定工作时间和工作量也在相当程度上导致其扮演的是雇主指挥下“工具人”的角色,排除其故意和重大过失造成的伤害,所有与非独立工作存在因果关系的意外事故都应当归责于雇主。另一方面,经济从属性的生产资料要素决定了雇主责任和雇主缴费。

在不完全劳动关系中,首先,在人格从属性方面,平台制定服务规则,通过设定算法对劳动者进行控制和管理,这与劳动关系的对应要素并无二致,<sup>[42]</sup> 同样可以作为平台责任和平台缴费的法理依据。但是,工作时间和工作地点的自由度决定了雇主责任无法像劳动关系那样具有连续性,平台工作是“原子化”的,每单之间彼此独立,<sup>[43]</sup> 在完成平台订单的整个过程中,甚至与工伤保险类似地,在准备和收尾工作中,由平台承担与工作有合理关联度的意外事故伤害责任无可厚非,但是对于单与单之间发生的意外伤害,由于劳动者的自主程度很高,由平台承担无过错责任并负担缴费于法理无据。

其次,在经济从属性方面,平台提供作为网约工作必备生产资料的数据信息,由平台承担应用新技术进行生产带来的职业伤害责任也是题中之意。这个领域值得质疑的是,新就业形态劳动者自备、或者加盟站点提供的汽车、电动车、头盔、蓝牙通讯设备等生产工具对于开展网约工作也是必不可少的,这些工具和职业伤害之间的法理关联性应当如何界定?“典型案例”在对不完全劳动关系经济从属性的分析中只提及了数据信息,没有关注到劳动者及相关方自备工具的现实情况,不得不说是个遗憾。笔者认为,从保险法一般原理出发,“新职伤”与工伤保险都归于责任保险之列,责任保险的可保风险应当是当事人自主选择所致,但却是难以预防且难以控制的,<sup>[44]</sup> 雇主对生产领域投入的新的技术设备承担责任即是这一原理的具体应用。而法律经济学的研究成果也表明,雇佣关系中从业人员的职业伤害如何归责取决于双方预防成本与损害后果的大小比较,平台预防的成本总体低于从业人员,职业伤害整体上归责于

[40] 参见(奥)海尔穆特·库奇奥:“损害赔偿法的重新构建:欧洲经验与欧洲趋势”,朱岩译,《法学家》2009年第3期,第11页。

[41] Franz Bydliniski, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, S. 215 f.

[42] 参见郑文睿:“‘互联网+’时代劳动关系变革的法理分析和立法回应——互联网平台用工关系定性释疑”,《社会科学》2021年第1期,第92—93页。

[43] 参见娄宇:“新业态从业人员职业伤害保障的法理基础与制度构建——以众包网约配送员为例”,《社会科学》2021年第6期,第26页。

[44] Vgl. Martin Johanntoberens, Industrie-Haftpflichtversicherung und Risiko-Management. Entscheidungsfindungen in Fragen der Versicherbarkeit, 2002, S. 113 f.



平台是合理的,但是劳动者履行必要预防义务的成本低于损害后果,因此应当承担部分共同责任。<sup>〔45〕</sup>相关的实证调研表明,以意外事故发生率最高的即时配送行业为例,骑手电动车不达标或经改装是重要的事故致因之一,最佳的风险控制方案就是定期检查和不改装。<sup>〔46〕</sup>由此在保费精算方面,应当把劳动者和相关机构自备工具瑕疵对应的事故责任率考虑进去。

### 3. 平等权保障与待遇

工伤保险是待遇最为丰厚的社会保险险种。毋庸置疑,“新职伤”的待遇应当完全相当于工伤保险,高于或者低于都是不恰当的,不利于实现“就业市场的统一和劳动者社会保险权益的平等”。<sup>〔47〕</sup>此处的着眼点应当是工伤事故的认定条件和待遇项目与劳动关系各类从属性的关系如何?从不完全劳动关系的从属性特征出发,这两个结构性制度如何精准地移植到“新职伤”领域?

#### (1) 基于人格从属性的“新职伤”认定

按照我国现行法律的规定,工伤事故与视同工伤事故共分为十类:在工作时间和工作场所内,因工作原因受到的事故伤害;工作时间前后在工作场所内,从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到的事故伤害;在工作时间和工作场所内,因履行工作职责受到暴力的意外伤害;职业病;因工外出期间,由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明;在上下班途中,受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故的伤害;在工作时间和工作岗位,突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡;在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到的伤害;职工原在军队服役,因战、因公负伤致残,已取得革命伤残军人证,到用人单位后复发的旧伤。

前四类除职业病系长期在工作环境中接触有毒有害物质引起的疾病,且被列入国家公布的职业病分类和目录中,有明确的指向之外,其他几类都是通过限定条件来确定范围的,工作时间(包括预备性和收尾性工作时间)、工作场所、工作原因系三个核心限定条件(即“三工原则”);第五类和第六类指向的是在工作合理延伸的时间(因公外出期间、上下班时间)、场所(上下班途中)与工作原因有间接因果关系的意外事故,在一定程度上放宽了三个限定条件;第七类系通过限定死亡的时间(48小时)和工作场所(工作岗位)来探求难以界定的因果关系,实现三个限定条件的具体应用,与传统的工伤事故本质上是相同的;<sup>〔48〕</sup>最后两类并非真正的工伤,而是“视同工伤”,系国家在未尽生存照顾职责导致公民生命和健康受损之客观结果时,对

〔45〕 参见余飞跃:“新业态从业人员职业伤害归责研究——基于汉德公式分析框架”,《社会保障评论》2022年第3期,第91—92页。

〔46〕 参见许煜超等:“西安市外卖骑手违反交通规则现象的调查与研究”,《智库时代》2020年第7期,第133—134页。

〔47〕 参见郑功成:《未来城镇就业7成为灵活用工,养老工伤保险要全覆盖》,载南方都市报, <https://static.nfapp.southcn.com/content/202203/06/c6278853.html>,最后访问日期:2024年3月30日。

〔48〕 参见李海明:“依‘48小时条款’之病亡的工伤定性”,《法学》2016年第10期,第20页;娄宇:“工伤适用条件中‘48小时内死亡’性质之探讨与‘三工原则’之解”,《中国医疗保险》2017年第4期,第58页。

受害者进行的社会补偿。<sup>[49]</sup>

综合来看,工伤认定的三个条件都与劳动关系的人格从属性密切关联,时间要素和义务要素可以作为解读工伤条件的法理依据。雇员在雇主安排的、无法自己决定的工作时间和工作场所内,在雇主的指挥管理下完成分派的工作,基于此发生的意外事故系工伤。在新就业形态劳动中,由于从业者接单后要严格遵守平台的时间要求和路线要求,并依据平台制定的服务规则工作,“工作时间”可解释为开始接单和完成订单之间的时间段,“工作地点”可解释为平台指定的路线,“工作原因”可解释网约工作,<sup>[50]</sup>那么将新就业形态劳动者纳入强制参保的工伤保险体系中是否就可以了呢?笔者持保留态度,不完全劳动关系中的义务要素(任务分派、步骤安排、过程监督、成果验收)虽然与劳动关系并无二致,并且在算法的加持下有加强的趋势,但是时间要素中的不连续性,即“典型案例”中指出的“自主决定工作时间及工作量”,导致了一个完整的工作过程被分割成了彼此独立的“工作单”,新就业形态劳动者赶赴工作、一单工作结束之后与赶赴下一单工作之间的时间里,私人动因和工作原因交织在一起,很难探究清楚哪一项发挥了决定性的作用,从而简单适用工伤保险的认定条件容易产生道德风险,即在私人生活领域发生意外事故之后立即登录系统接单骗保的情况。<sup>[51]</sup>以不完全劳动关系人格从属性的时间要素特征作为法理基础,“新职伤”的认定在工作时间上应当有别于工伤保险,只有将接单之后的工作时间、收尾性工作时间、下班时间认定为工作时间才能有效规避风险。当然,为了实现对所有劳动者的统一保护,将工伤保险的其他认定条件,甚至包括视同工伤的条件移植至“新职伤”都是经得起法理考量的,此处不再赘言。

不真正的工伤,即维护国家利益和公共利益活动中的伤害和退役后的旧伤复发,系工伤保险制度承载的其他社会保障功能,依据平等原则,移植至“新职伤”具有合法性。值得讨论的是前述第七类工伤事故,网约工作没有固定的工作岗位,严格套用工伤保险的三类要件(工作时间、工作岗位、当场死亡或48小时内死亡)将导致工亡事故无法被认定为“新职伤”。本文认为,考虑到工亡事件概率极低且个人难以控制,道德风险不高,与保险法一般原理相一致,除非能够证明劳动者系故意为之,否则不将工作岗位作为认定要件为佳。

## (2) 基于经济从属性的“新职伤”待遇

从待遇类型来看,工伤保险包括有关医疗支出的补偿和不能工作期间所得损失的补偿两大类,按照工伤发生和诊疗的先后顺序,可以分为工伤医疗期待遇、因工致残待遇和因工死亡待遇。

工伤医疗期待遇包括医疗待遇、工资福利待遇、生活护理待遇和工伤康复待遇。工伤医疗

[49] 参见娄宇:“论社会补偿权”,《法学》2021年第2期,第103页。

[50] 参见赵进:“德国类雇员制度的构建与演变”,载宋晓主编:《中德法学论坛》(第19辑下卷),南京大学出版社2023年版,第18页。

[51] 网络上已经出现揭发此类行为的视频,例如,[https://www.douyin.com/video/7326416210717986082?previous\\_page=app\\_code\\_link](https://www.douyin.com/video/7326416210717986082?previous_page=app_code_link),最后访问日期:2024年3月30日。

期一般为 12 个月,在发生意外事故后、认定为工伤之前,医疗费用和生活费用一般由单位垫付,<sup>[52]</sup>待工伤认定之后,医疗费用由基金负担,停工期间的工资福利由单位负担。虽然从劳动法角度观察,只要药品和医疗服务对工伤诊疗而言是必要的,基金就应当支付,但是按照保险法的一般原理,频繁发生的、可以由当事人通过其他途径轻松解决的小额事故伤害不适宜认定为存在保险利益,从而成为承保标的,因为保险提供的是个人无力承担的灾难性风险支出,此类风险发生几率很小,但是一旦发生则可以让个人陷入困顿,通过小额筹资解决大额支出的风险方才契合保险的本意,即“保大不保小”。<sup>[53]</sup>在我国工伤实践中,一般通过基本医疗保险的个人账户和商业保险解决门诊小额医药费用,而严重工伤往往需要接受康复服务,相关康复费用由工伤基金负担。职工遭受工伤事故需要暂停工作,工资福利无法获得,相应的误工损失应当由单位支付。该制度可以通过劳动关系经济从属性要素得到法理解读,雇员在雇主处长期稳定地工作,对该工作的收入即产生了依赖性和预期,只要不因意外事故等原因中断工作,雇员即可持续获得谋生的工资福利。由于发生了可归责于雇主的工伤,由其补偿停工期间的收入损失即具备了合法性,同理也可以得出雇员工伤医疗期内不能自理、需要护理的相关费用由雇主负担的结论。工伤康复基于工伤的诊疗而发生,因此从基金中支付具备合法性。

按照《工伤保险条例》的规定,伤情稳定后的残疾被划分为若干等级,生活护理费由基金按月支付,严重伤残(一至四级)的劳动者由基金支付以本人工资为基数计算的伤残津贴;中度伤残(五、六级)的劳动者具备一定劳动能力,除基金支付一次性伤残补助金外,单位应当保留劳动关系,安排适当的工作,难以安排的由单位按月发放以本人工资为基数计算的伤残津贴以及一次性伤残就业补助金,基金支付一次性医疗补助金;轻度伤残(七至十级)的劳动者具有劳动能力,生活可以自理,除基金支付一次性伤残补助金外,单位应当继续留用,劳动合同终止后,单位支付一次性伤残就业补助金,基金支付一次性工伤医疗补助金。由法理角度观察,与医药服务相关的费用由基金支付,体现了工伤保险制度对雇主责任的风险转移;与劳动就业预期损失的费用由单位负担,体现了经济从属性决定的雇主义务。因工伤事故死亡包括在工作时间工作岗位突发疾病死亡或 48 小时之内抢救无效死亡、停工留薪期工伤导致死亡和期满旧伤复发死亡三类,职工近亲属可获得基金支付的丧葬补助金、以职工工资为基数计算的供养亲属抚恤金、一次性公亡补助金。可以将这些待遇理解为工伤保险基于经济从属性,在工亡情况下将雇主对雇员较高照顾义务的风险转移至了基金。

在“新职伤”领域,不完全劳动关系的各项要素决定了待遇制度需要精准设计,尽管在法理上与工伤保险秉承着共同的原则,但是在结构上要远复杂于工伤保险。

首先,在医疗待遇方面,基于人格从属性的服务规则、指挥管理要素,应当与工伤保险一

[52] 参见《安全生产法》第 80 条、《职业病防治法》第 37 条第 2 款。

[53] Vgl. Ansgar Staudinger/Wolfgang E. Halm/Domenik H. Wendt (Hrsg.), *Versicherungsrecht*, 3. Aufl., 2023, S. 2133 f.; Heirich Dörner (Hrsg.), *Allgemeine Versicherungsbedingungen*, 7. Aufl., 2015, S. 277 ff.

致,由基金支付被认定为“新职伤”的意外事故医疗费用,认定之前,由平台垫付医疗费用和生活费用;同时基于保险法的一般原理,小额意外伤害不宜通过“新职伤”解决,应当让基金得到更有效率的使用;因意外伤害诊疗发生的康复费用也应当由基金支付;加盟站点和劳动者自备的工具瑕疵以及加盟站点的管理要素也可能对意外伤害产生影响,对应的损失比例理应由此二类主体负担。

其次,停工医疗期的工资福利待遇和生活护理的法理依据是经济从属性,而不完全劳动关系仅是在一定程度上满足了此从属性标准,由于劳动者可以自主决定工作时间和工作量,从较短期的工作中就难以预判出来劳动者对此份工作的依赖性和收入预期,再加之平台与劳动者不约定工作期限,同时约定的报酬收入均以单量为单位,按照平台制定的服务费用标准计算,<sup>[54]</sup>以“彼此独立的工作单”为特征的平台用工不具备劳动关系从属性中“权重最高”的工作时间要素,由于“工作量”实则是对工作时间“总量”维度的约束,缺乏决定性意义,<sup>[55]</sup>所以这里还需要将工作依赖性和收入预期在名义层面和实质层面上进行区分,虽然劳动者名义上按单取酬,工作时间不连续稳定,但是长期在同一平台上接单,就可能对平台工作形成实质上的依赖和预期。这里需要结合劳动者连续的工作时间和工作量,制定一个具有可操作性的标准,精准地移植工资福利待遇和生活护理费制度。遵循这一法理逻辑,伤情稳定后的伤残津贴和一次性伤残就业补助金也应由平台支付,但是需要满足相关的标准。

最后,工亡待遇可以延续以经济从属性为法理依据确定的工作时间和工作量标准,满足此两项标准的工亡职工及其家属可以获得“新职伤”基金支付的丧葬补助金、供养亲属抚恤金、一次性公亡补助金。

#### 4. 从属性考量下的多元化经办

工伤保险经办包括工伤认定、基金管理发放和劳动能力鉴定三项程序性事务。按照前述人社部发布的“通知”以及各试点地区的实施方案,“新职伤”通过政府购买服务的方式,探索引入商业保险机构参与承办服务事项。以广东省为例,省人社部门组织公开招投标,选定若干家符合条件的商业保险机构承办并签订委托服务协议,由商业保险机构协助人社部门做好职伤认定、组织劳动能力鉴定,参与待遇经办服务等事项。<sup>[56]</sup>有学者提出,“新职伤”独立于工伤保险,此“碎片化”的制度不利于建立统一、包容与开放的工伤保险制度体系,也不利于新就业

[54] 人社部办公厅2023年印发的《新就业形态劳动者劳动合同和书面协议订立指引(试行)》(人社厅发[2023]6号)明确了最新版劳动合同、书面协议的范本和16条指引。该文件的附件中列出了三种参考文本,每种文本都没有写入合同期限,虽然写入了正常劳动下报酬收入不得低于当地最低工资等条款,但是系按照平台规则以单量计算的。

[55] 参见朱军:“劳动关系认定的理论澄清与规范建构”,《法学研究》2023年第6期,第151页。

[56] 参见广东省人力资源和社会保障厅等十一部门2022年6月19日印发的《广东省新就业形态就业人员职业伤害保障试点工作实施方案》(粤人社规[2022]16号)。



形态劳动者的保护。<sup>[57]</sup>如前所析,“新职伤”的参保、筹资、认定、待遇等方面虽然与工伤保险有所差异,但是一方面做到了“无缝衔接”,不留制度死角,也不重复涵盖,另一方面,基于法理考量也可以实现劳动权益的平等保障,此处唯一“不统一”“不包容”“不开放”的制度安排大概就是基金和经办的不统一。

所有劳动者都是平等的,仅将劳动关系作为劳动权益保障前提条件的做法是不周延的。<sup>[58]</sup>但是,经得起从属性法理考量的制度可以采用多元化的方式实施,一切有利于改善结构、提升效率的制度设计都不应当受到排斥。“新职伤”是一项社会保险制度,但是未必所有的社会保险险种都要按照单一的模式实施,“新职伤”基金采用独立统筹模式还是与工伤保险基金统一统筹模式,有待对试点地区情况进行综合评估之后做决定,经办主体问题同样也可以按照此路径给出答案。我国城乡居民大病保险由商业保险机构经办,自2012年逐步在多个试点城市推广至今,基金运行情况良好,保障充分,既保持了居民医保社会保险的法律属性,又优化了制度的供给机制,<sup>[59]</sup>相关的经验也可以为“新职伤”所借鉴。

#### 四、“新职伤”法律制度的构建

牢牢把握住“不完全劳动关系”这件“利器”,并在从属性和要素两个维度上全面且深入地探究了其教义学体系的基础上,业已筑牢了“新职伤”的法理“奠基石”,接下来将以中央和各试点地区的现实做法为依据,提出法律制度构建的对策建议。

##### (一)职业伤害保障体系与“补偿型人身保险”的定位

“新职伤”在法律定位上并非一个独立的社会保险险种,其应当与传统的工伤保险一起,共同组成我国的职业伤害保障体系。两项制度覆盖的人群不同,基于社会保险“补偿型人身保险”的性质和保险利益不得超过事故损失的保险法基本原则,<sup>[60]</sup>同一参保人不能在同一平台同时在两项制度中参保,即使同时参保,发生意外事故之后也不能获得两份赔偿。“新职伤”的参保条件是不完全劳动关系,工伤保险是劳动关系,而新就业形态是包含了多种用工方式的混合领域,试点地区、相关行业的新就业形态就业人员全部都参加了“新职伤”,呈现出了“不问劳动关系”的制度设计理念,<sup>[61]</sup>这存在着巨大的法律风险:一方面,目前已经出现了参保了“新职伤”的新就业形态劳动者发生意外事故后要求认定劳动关系,要求平台作为用人单位支付工

[57] 参见向春华:“统一与分化:平台用工职业伤害保险制度之体系构建”,《华东政法大学学报》2023年第6期,第134页。

[58] 参见乔庆梅:“第四次工业革命背景下中国工伤保险制度的重构与发展”,《社会保障评论》2022年第3期,第78页。

[59] 参见王琬:“政府购买服务视角下的大病保险供给机制研究”,《学习与探索》2021年第11期,第2页。

[60] 参见娄宇:“平台经济从业者社会保险法律制度的构建”,《法学研究》2020年第2期,第204页。

[61] 参见阎天:“平台用工规制的历史逻辑——以劳动关系的从属性理论为视点”,《中国法律评论》2021年第4期,第50页。

伤保险待遇的案例,而司法机关则以现行法律没有界定“不完全劳动关系”为由拒绝受理,<sup>[62]</sup>这意味着,平台企业在参保“新职伤”之后仍然面临着劳动关系认定和支付工伤待遇的风险,没有开展这项制度之前的老问题仍然在一定程度上存在;另一方面,“新职伤”试点方案目前在平台经济发达的地区、行业和企业推行,由于这些地域和领域的平台企业规模大、实力强、合规情况较好,因此劳动关系认定的风险可以在较大程度上得以规避,如果未来这项制度在全国其他地区、行业 and 平台企业全面推广,实施前景不容乐观。

在此意义上,笔者建议,首先,必须将“不完全劳动关系”确定为参保“新职伤”的前提条件,平台企业要加强和完善新就业形态用工的合规管理,尤其是在制定与人格从属性和组织从属性相关的服务规则、奖惩规则、工作时间和工作量要求时要避开管理指挥强度较高的措施,比如规定最低在线时长、接单时长、接单量、负面的惩戒方式等,从源头上预防法律风险;其次,“新职伤”未来应当优先考虑在原试点地区和头部平台企业的其他网约用工领域推广,逐步在其他地区和其他平台企业推广,一方面,平台经济欠发达地区的经办能力、司法认定能力有限,中小平台企业的合规经营能力不高,贸然推广未必是最优选择,另一方面,要注意评估和总结试点地区的经验和教训,并在全国范围内加强宣传,供大面推广和借鉴,尤其是要归纳“不完全劳动关系”的司法认定规则以及完善工伤保险、新职伤“双重参保”之后的处理措施,做到“亡羊补牢”。

## (二)生产资料提供规则与筹资主体

与工伤保险相一致,“新职伤”应当遵循平台企业缴费、新就业形态劳动者不缴费的基本原则,这是由经济从属性的要素之一——“平台企业掌握劳动者从业所必须的数据信息等重要生产资料”决定的。基于平台工作“原子化”的特征,无法按照劳动合同的期限向单位征缴费用,“新职伤”创造性地设计出了“按单定额缴费”的方案。从试点地区反馈的情况来看,运行情况良好,对完善灵活就业人员社会保障制度具有示范意义。曾有人力资源业界专家建议,将“按单缴费”做法推广至其他险种,让新业态劳动者也能够参保职工社会保险,<sup>[63]</sup>笔者主张,此建议只是提供了参保缴费的一种可能途径,还应当结合经济从属性的“通过平台获得的服务费用构成稳定收入来源”要素获得合法性依据,不具有较强持续性和稳定性的平台劳动不适宜强制参保作为生活类保险的养老、医疗保险。<sup>[64]</sup>

缴费还暗含着雇主责任的法理线索,雇主责任产生的依据是雇主提供生产资料和工作场所以及进行场所内的指挥管理。平台经济采用的是“轻资产”的商业模式,平台企业主要提供基于大数据和人工智能技术设计的信息匹配和派单程序,一般要求新就业形态劳动者自备交

[62] 参见张菁:《新就业形态劳动者职业伤害保障正在7省市的7家平台企业开展试点——按单缴费能否走出职业伤害保障新路子》,载中工网,<https://www.worker.cn/c/2023-11-16/8049800.shtml>,最后访问日期:2024年3月30日。

[63] 参见《外卖员、微商、网络主播……这些“新业态”怎么上社保?》,载北京日报客户端,[https://rsj.beijing.gov.cn/xwsl/mtgz/201912/t20191206\\_919980.html](https://rsj.beijing.gov.cn/xwsl/mtgz/201912/t20191206_919980.html),最后访问日期:2024年3月30日。

[64] 参见汤因森:“平台劳动者参加社会养老保险的规范建构”,《法学》2021年第9期,第167页。

通工具,或者加盟站点租借交通工具,再加之工作时间灵活等特点,平台用工规模增长迅速,远非传统行业所能比拟。<sup>[65]</sup>如果无视自备生产资料这一事实,不加区分地将工具瑕疵责任施加于平台企业,不仅不符合平台经济的特点,也让平台企业负担了难以实现的预防义务。目前在各试点地区的“新职伤”缴费方案中尚未发现将工具瑕疵引发的意外事故责任在保费精算中排除的做法。当然,导致意外事故的原因往往不止一项,自备工具瑕疵能够占据多大比例还需要依赖专业的交通事故鉴定,此鉴定费时费力,受伤劳动者急需救治,由“新职伤”基金先行赔付,而后向有过错的劳动者及加盟站点追偿更加合理。

### (三)从属性和收入预期考量与待遇发放

待遇的类型和发放是各类社会保险制度的核心内容,“新职伤”也应当将之作为制度设计的重中之重。

在认定规则方面,“新职伤”原则上应当与工伤保险保持一致,同时淡化“工作地点”的认定,这是因为平台规划的路线只是建议,只要在完成订单时间内发生的意外事故都应当认定为职业伤害,除非能够证明系劳动者故意或者重大过失造成。为了规避劳动者工作自主性高带来的道德风险,考虑到平台劳动中私人生活和职业生活难以区分带来的举证困难情况,还是应当秉承着“不完全劳动关系”时间要素的特征,将登录系统之后、接到订单之前的时间(如取外卖、快递物品的时间、奔赴乘客所在地的时间)排除在外,此时间内发生的意外事故医疗费用由基本医保和商业意外事故险支付为佳。

在医疗待遇方面,医疗待遇的类型和标准应当直接套用工伤保险,以此体现社会保险平等保障所有劳动者的理念。需要特别提出的是,平台经济发挥的是“就业蓄水池”的功能,新就业形态劳动者往往也呈现出一些同质化的特征,如积蓄少,希望在短时间内付出繁重的劳动“挣快钱”,对意外事故风险考虑得不充分等等,<sup>[66]</sup>而与工伤保险类似,“新职伤”的认定过程繁复,劳动者难以负担高额的医疗费用,且因劳动能力丧失无力负担生活费用,由平台垫付,而后追偿的做法更加人性化,也可以与工伤保险保持一致。在各试点地区目前的方案中,尚无此类措施,可以考虑增加。在理赔额方面,“小额”职业伤害没有必要占据“新职伤”的制度资源,未来可以由各地区综合考虑工资水平、物价水平等制定“新职伤”的起付线,未达到起付线的由基本医保和商业意外事故险负担为宜。此外,将工伤保险基于人格从属性和经济从属性由基金和用人单位各自负担的各种待遇类型和标准套用至“新职伤”即可,无需另行设计制度。

值得关注的是“新职伤”试点实践中争议较大的工资福利待遇制度,尤其是生活保障费。

[65] 2022年,美团外卖骑手为624万,2023年已突破700万,日均活跃骑手超过100万。“饿了么”骑手2022年也达到了114万。与之比较,中石油等大型央企全国职工人数也不过在20—40万左右。参见安信国际证券(香港)有限公司:《美团研究报告:本地生活领导者,“零售+科技”拓展无限边界》,载腾讯网,<https://new.qq.com/rain/a/20231108A08S5500>,最后访问日期:2024年3月30日。

[66] 参见陈书灵、杨书源:《当一个外卖骑手摔倒在冬夜的国定路》,载微信公号“上观新闻”,2023年12月20日上传。

按照目前各试点地区的实施方案,由平台企业按照不低于职业伤害确认所在地级以上市的最低工资标准发放生活保障费,依据某些地区文件的解释,此制度原型是工伤保险中由单位按月支付的停工留薪期内的工资福利待遇。<sup>〔67〕</sup>一方面,实践中暴露出来了不少道德风险问题,如注册为平台用户之后不久发生事故,或者小磕碰事故发生后让医疗机构出具建休证明,劳动者则持该证明要求平台支付生活保障费,平台企业支付后不允许劳动者上线接单引发纠纷;参保“新职伤”之后,当地失业保险经办机构以劳动者有就业行为为由不予办理失业登记等等。笔者认为,依据与经济从属性密切关联的收入依赖性和工作预期考量,短期和偶尔接单难以满足此从属性的要求。以外卖配送行业为例,换手率高是这一行业的显著特征,而出行行业顺风车占比较高也是不容忽视的事实,<sup>〔68〕</sup>未来有必要结合行业特征,将发生事故前累计工作时间和工作量作为发放生活保障费的前提条件,制定生活保障费发放的工作时间和工作量前提条件。另外,也应当完善建休证明制度,需要对开具机构的资质进行审核,同时对职业伤害治疗期内的劳动者上线接单行为进行一定程度的限制。另一方面,基于对前述“不完全劳动关系”经济从属性的考虑,生活保障费系平台企业对停工工资预期收入损失的补偿,最低工资标准似欠缺法理依据,应当结合劳动者在意外事故发生前的收入水平进行核定,按照治疗职业伤害的实际天数折算发放。同理,停工医疗期的生活护理费以及各类工亡待遇也应当按照这一核定标准发放。

#### (四)职业伤害保障体系中的合并统筹与经办服务

在经办方面,应当不拘泥于工伤保险的经办方式,积极拓宽政商协作的渠道,安全高效地构建“新职伤”的经办体系。但是与此同时也要认识到,虽然基于“不完全劳动关系”建立的“新职伤”制度和基于劳动关系建立的工伤保险制度秉承着不同的法理基础,但是共同归属于职业伤害保障体系。虽然劳动分工有所不同,但是劳动者的权益保障不应当有高低之分。长期来看,基金的合并统筹和经办服务流程的统一是大势所趋,应当在扩大试点方案的同时积极推进两个险种的合并。唯有如此,才能为所有劳动者提供公平可靠的职业风险保障。

## 五、结 语

尽管平台经济和平台用工是世界各国劳动就业领域出现的共同现象,但是新就业形态劳动者的职业安全权益保障制度与各国的经济发展水平和社会保障法律体系紧密关联。我国的“新职伤”制度是在平台劳动者规模庞大且发展迅速,工伤保险制度基本成熟的国情下构建起来的,应当将“不完全劳动关系”这一具备中国特色的理论创设作为制度建设的法理基础,积极

〔67〕 参见广东省人力资源和社会保障厅等十一个部门2022年6月19日印发的《广东省新就业形态就业人员职业伤害保障办法(试行)》(粤人社规〔2022〕16号);海南省人社厅等十一个部门2022年6月21日印发的《海南省新就业形态就业人员职业伤害保障实施办法(试行)》(琼人社规〔2022〕6号)。

〔68〕 参见北京义联社会工作事务所:《新业态从业人员劳动权益保护2020年度调研报告(一)》,载北京义联劳动法援助与研究中心网,<http://www.yilianlabor.cn/yanjiu/2021/1909.html>,最后访问日期:2024年3月30日。



纾解各类无法直接套用工伤保险结构性制度的法理障碍,深入探讨三类从属性和各种要素与“新职伤”的法理关联性,在兼顾保险法一般原理的同时,做到“精准移植”和“靶向施策”。

---

**Abstract:** Occupational injury insurance is established based on the personality-subordination nature of labor relations as an employer's liability insurance, aiming to provide protection against occupational injuries for workers in the industrial age, which they could not resolve on their own. The legal barrier to the occupational injury protection system for employees in new employment forms is the labor relationship. It should start with the doctrine of “incomplete labor relations” and then combine the general principles of insurance law to design a structural system. Employees in these new employment forms are under the command and control of platform algorithms and may also be managed by platforms and related enterprises. Long-term service to a platform can also be interpreted as stable work expectations, making it principally justifiable to apply the occupational injury insurance system to this group. However, to meet the requirements of reasonableness, “targeted measures” need to be taken: employees in the new employment form who are partially dependent in term of personality should be compulsorily included in the occupational injury protection system, with platform companies bearing the cost of contributions in a reasonable manner, while granting internal rights of recourse in addition to assuming external joint liability; the recognition of occupational injuries should adhere to the “three labor principles” determined by personality-subordination attributes, avoiding the moral hazards brought by the “atomization” of work tasks; and under the premise of determining work expectations, platform companies should bear the economic subordination-determined living security fees, disability allowances, and disability employment subsidies, among other benefits.

**Key Words:** Occupational Injury Protection for New Forms of Employment; Occupational Injury Insurance; Incomplete Labor Relations; Personality Subordination; Economic Subordination

---

(责任编辑:阎天)