

统一与分化： 平台用工职业伤害保险制度之体系构建

向春华

【摘要】对以平台用工为主要类型的新就业形态职业伤害予以保障的迫切性,构成建制的事实基础。过往实践及理论主要采用“独立论”,目前正在逐步推行的新就业形态就业人员职业伤害保障试点,仍未明确其与现行工伤保险制度界分,存在“碎片化”倾向。在社会保障立法中,行政机关具有广泛的裁量权,但基于科学立法的要求,其规范选择必须具备充分的立法事实。基于社科法学的视角,碎片化的制度体系不利于建立更为公平、可持续的工伤保险制度,不利于对新业态劳动者的公平保护。宜坚持新就业形态职业伤害保险制度的社会保险属性,根据新就业形态职业活动及职业伤害的特点将法律规则具体化,构建起统一、包容与开放的平台用工及新就业形态职业伤害保险制度体系。

【关键词】平台用工;新就业形态;职业伤害保险;工伤保险;立法事实

【作者简介】向春华,中国劳动关系学院法学院讲师,法学博士。

【原文出处】《华东政法大学学报》(沪),2023.6.131~142

【基金项目】本文系北京市社科基金一般项目“共同富裕导向下新业态就业人员职业伤害保险制度研究”(项目号 22FXB011)、中国劳动关系学院一般项目“新业态从业人员养老保障制度研究”(项目号 23XYJS005)的阶段性研究成果。

一、平台用工职业伤害风险保护的必要性及其问题

平台经济以及平台用工的迅猛发展,引发全社会对平台劳动者权益保护问题的普遍关注。^①以平台用工为主要代表的新业态从业模式因其灵活性而有别于传统的“企业+雇员”模式,但由于劳动者参加工伤保险一般以存在劳动关系为前提,故而平台工人在劳动关系认定上存在障碍而无法被纳入工伤保险。^②平台用工的职业伤害保障较为缺乏。

研究者在分析具体判例的基础上指出,当劳动者发生工伤事故时,司法案件倾向于倾斜保护,法院多判定配送员具备获得工伤保险的主体资格,案件

胜诉率约为78%。^③但此种实践做法存在多方面问题:第一,法律适用不统一,损害了法律的尊严,违背法治原则。第二,完全由平台企业承担工伤责任,激化了平台企业与劳动者的矛盾,导致争议频发,不利于保护劳动者权益;由于平台企业存在破产倒闭的风险,可能无法从根本上保护劳动者因职业伤害而获得救济的权益;无法纳入工伤保险统筹,导致劳动者无法获得有效的工伤预防与工伤康复给付。第三,平台企业对于用工产生的职业伤害风险无法有效分散,或者需要通过更高的成本,如高额雇主责任险予以化解,不利于平台经济的健康发展。新业态从业人员迫切需要解决职业伤害保障问题。^④

针对这一现实的制度需求,社会实践提供了三种解决方案:第一种是较为完全的工伤保险方案,即将平台用工完全纳入现行工伤保险体系,工伤保险基金承担法定给付义务,用人单位承担的给付义务予以免除,以江苏南通和山东潍坊为代表。但两地实际上均已停止执行这一制度,主要原因在于,一是基金收支不平衡,制度不可持续;二是司法机关不支持免除用人单位给付义务的地方政策,转而要求由基金给付,社保机构面临极大的法律风险与审计风险。第二种是不完全的工伤保险方案,即建立独立的职业伤害保险基金来承担有限金额的给付义务。例如,江苏省太仓市规定,这种平台用工没有工亡待遇,伤残等级为1-4级的,每月按照城乡居民低保标准发放职业伤害基本生活补助。该方案存在严重的给付不足风险,保障功能极其有限,目前也已暂停执行。第三种是商业保险方案,如江苏省苏州市吴江区、吉林省长春市、湖北省荆州市等,其给付标准亦极为有限。从实践来看,现行工伤保险制度难以有效应对新业态从业人员职业伤害风险保护的需求,后两种模式具有独立性 with 低保障性两个典型特征,亦无法回应这样的需求。

《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》明确提出,探索建立新业态从业人员劳动权益保障机制,推进工伤保险向职业劳动者广覆盖。人社部等八部门颁布《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)提出“强化职业伤害保障,以出行、外卖、即时配送、同城货运等行业的平台企业为重点,组织开展平台灵活就业人员职业伤害保障试点,平台企业应当按规定参加”。人社部等十部门共同印发《新就业形态就业人员职业伤害保障办法(试行)》,要求试点推进以出行、外卖、即时配送和同城货运为主要覆盖对象的新就业形态就业人员职业伤害保障(以下简称“新试点”,以区别于此前地方实施的试点)。毫无疑问,新业态职业伤害保障的必要性与紧迫性已经得到社会普遍关注与承认,这是新业态职业伤害保障立法的事实基础。^⑤

在理论研究中,总体的结论是建议构建职业伤害保障制度。超越劳动关系独立建制模式是理论研究的新取向。^⑥作为一种全新保障制度,它与现行的工伤保险制度是平行关系,而非从属关系。^⑦且不论“独立论”是否真正必要,至少相关实践与理论研究未能充分考虑独立的制度构建导致的“碎片化”问题。新试点确立的职业伤害保障法律制度,并未明确采行“统一论”或“独立论”制度建构路径,但存在“碎片化”倾向,在核心理念、制度模式、规则体系等方面均有较大完善空间,需要对此深入探讨。

二、独立论建制路径及其危害

(一)独立论的实践、理由评析

从过往社会实践和理论研究来看,更多学者支持“独立论”的制度建构路径。

在实践层面,“独立论”试点方案系基于无法适用现行工伤保险制度的必然选择。在现行制度框架内,劳动者纳入工伤保险统筹通常以与用人单位存在劳动关系为前提,平台用工难以适用。但以此证成平台用工职业伤害保障制度的独立性并不充分。一方面,工伤保险的制度体系并非一劳永逸,既有制度不能容纳平台用工职业伤害风险保障,并不意味着变革后的工伤保险制度亦不能。另一方面,参加工伤保险以存在劳动关系为基础,这只是我国现行工伤保险制度的一般要求。存在特例,例如建筑施工企业通过按项目参保已经将非劳动关系人员强制纳入。过往实践不仅不能充分论证“独立论”,反而在一定程度上证成了“统一论”。根据2022年度人力资源和社会保障事业发展统计公报,截至2022年末,全国参加工伤保险人数为2.9亿余人,全国新开工工程建设项目工伤保险参保率为99%。虽然对工程建设项目工伤保险参保人员没有更精确的统计数据,但存在相当多的农民工,特别是“包工头”带领的包工队中的农民工,被我国司法实践共识认为其并无劳动关系。

就理论而言,学者之所以秉持“独立论”的观点,是因为以下因素:第一,考量到工伤保险建立在稳定的劳动关系基础上,而新业态从业人员与平台企业

的关系难以被认定为传统的劳动关系,因此难以被纳入现行的工伤保险制度;^⑧第二,在灵活就业大规模发展后,其与劳动关系下从属性劳动的差异已经十分显著,工伤保险制度无法套用于灵活就业人员;^⑨第三,“新业态从业人员与平台企业之间的雇佣关系呈现弱化状态,致使其很难进入与劳动关系紧密捆绑的工伤保险制度的覆盖范围”。^⑩这些观点在学理上并不能当然成立。

从工伤保险的起源来看,虽然其与雇佣关系存在较多关联,但并不完全是基于雇佣劳动的规范构造。工伤保险产生的基本背景是,伴随工业革命的进行,工伤事故急剧上升,传统侵权责任法无法保障工业事故伤害的受害人。^⑪这一状况在德国刺激了工人斗争的发生,使得俾斯麦政府通过工伤等社会保险改革缓解受伤工人的贫穷境遇并遏制阶级冲突。^⑫对于工业事故而言,工人补偿立法前的损失调整制度是完全失败的,在绝大多数严重案件中,这使得工人的家庭陷于赤贫。为了解决工人的贫困问题,美国各州推进了工伤补偿立法。^⑬从历史上看工伤保险对于劳动关系或雇佣关系的要求,更多是制度适用的结果,而非制度产生的原因。

从工伤保险制度产生的原因来看,劳动关系或雇佣关系的前提并非不可或缺。在当下全球工伤保险制度中,各国并不完全要求以劳动关系或雇佣关系存续作为投保的必要条件。在德国,基于全社会人力资源的供给以及社会团结和社会保护的理念,将全部劳动者,甚至幼儿园的幼儿,均纳入工伤保险制度覆盖范围。^⑭根据日本的《劳动基准法》和《劳灾保险法》,日本的劳灾保险(可类比我国的工伤保险)有自愿加入和特别加入之分,包括自雇自营劳动者、家内劳动者、农民劳动者等均可以自愿加入或特别加入。^⑮我国台湾地区劳灾保险允许自雇者、农业劳动者自愿加入。^⑯从比较视角看,工伤保险制度亦有可能涵盖非劳动关系人员。

学者认为,“独立论”的理论基础是公平正义,即罗尔斯的正义论;^⑰亦有观点认为系经济从属性。^⑱正义论包括两个原则,即平等保护与弱者优先的差

别对待,这在工伤保险中自然应当适用,但该理论并无法得出必须采行“独立论”的观点,反之,可能更加要求“统一性”。经济从属性理论在解释平台企业包括缴费义务在内的责任时,具有相当的说服力,但其亦不足以支持“独立论”。反之,既然平台用工在经济从属性上与劳动关系相同,为何不能采行一般的工伤保险制度规则呢?

新试点方案虽然采用了“职业伤害保障”这一表述,但采行“保费—给付”结构,系保险模式;保费及利息收入纳入工伤保险基金统一管理,单独设立职业伤害保障费收入科目,至少在基金管理上并不完全独立;职业伤害的范围与现行工伤保险制度大致一致,并由人力资源社会保障部门进行职业伤害确认、调查核实和待遇给付;待遇项目大致与现行工伤保险一致。可见,新试点方案的态度更倾向于“统一论”。但新试点方案对于工伤保险基金的完全统一、关键制度的一致性、经办管理的统一性、差异化规则的协调性等未进行明确、清晰的规范,存在“碎片化”倾向。

(二)独立制度的主要危害

构建新业态职业伤害保险制度,应当避免我国在基本养老保险和基本医疗保险制度建构过程中存在且至今仍存在不良后果的碎片化现象。

第一,独立制度在整体上并不利于劳动者与平台企业的职业伤害风险保障。独立的职业伤害保险基金的规模较小,难以全面实施工伤保险的三支柱,也难以支撑巨额的工伤给付。根据2022年度人力资源和社会保障事业发展统计公报,截至2022年末,全年工伤保险基金收入1053亿元,基金支出1025亿元。如果建立独立的职业伤害保险,参保人数不可能达到现行工伤保险参保人数规模,人均工伤保险费也难以达到现有保费水平,这意味着独立的职业伤害保险基金的规模将远低于现有工伤保险基金的收入规模。为了实现基金可持续运营,或者提高职业伤害保险费率,或者降低保险给付标准、削减给付项目,如不开展工伤预防与工伤康复。自2018年以来,鉴于我国多次降低工伤等社会保险费率的背景

以及当下的经济形势,提高职业伤害保险费率可能会引致社会的普遍反对;即便能提高费率标准,亦会产生企业经营成本升高的副作用,可能导致企业控制工资和保险给付——工资降低可导致缴费基数减少从而降低劳动者的社会保险给付水平。而降低给付标准、削减给付项目,对工伤职工更会直接产生不利影响。两者均非合理选项。

第二,独立的职业伤害保险基金规模较小,抗风险能力更弱,不利于职业伤害保险制度的可持续发展,可能影响社会秩序的稳定,引发政治、社会问题;增加财政压力,逆向传导致使更严格地控制基金支出或增加基金收入,亦会影响个人或平台企业利益。工伤保险的制度规则并未明确财政需承担基金的兜底责任。我国自建立工伤保险制度以来,仅在2008年汶川地震灾难中,由于四川省工伤保险基金应对困难,从全国社会保障基金中拨付了部分资金用于汶川地震灾难中的工伤给付。但就政治和社会视角来看,财政应当承担兜底责任。在工伤保险基金尚有较多结余而职业伤害保险基金存在缺口时,政府特别是财政部门将会要求职业伤害保险基金开源节流,或者要求由工伤保险基金填补缺口,两种方案均存在问题。

第三,独立制度会提高制度的运行成本,降低制度的运行效率。虽然独立制度会提高该项制度的部分执行效率,但科层化的专业分工会产生“管理悖论”,出现职能交叉、机构重叠、重复劳动,并形成比较严重的碎片化现象,导致公共服务低效供给。^⑧公共政策可能产生社会心理逆效应,从而阻碍公共政策的施行效果。^⑨如果建立独立的新业态职业伤害保险制度,该项制度本身的构建、执行体系的建设、执行及效果的评估、业务与基金的风险防控及监管等均需重新架构,行政资源重复,可能增加制度衔接中的扯皮、推诿等现象,降低适用效率。社会保险事务属于公共服务,应当在整体性而非碎片化模式下实施我国的社会保险治理。^⑩独立论所存在的危害,使得其立法手段,即规则选择与立法目的不相匹配,违背了立法适当性原则。

(三)商业保险还是社会保险

新业态职业伤害保险制度采商业保险模式还是社会保险模式,本质上还是“独立论”与“统一论”的分歧问题。主张商业保险模式必然主张“独立论”,主张“统一论”必然主张社会保险模式。

就新业态职业伤害保险与商业保险的关系,主要存在三种模式:一是主张完全采行商业保险模式。学者认为,“新业态从业者的职业伤害保障不能拖而不决,在劳动关系不明的情况下,应当将商业保险作为解决新业态从业者职业伤害风险的‘权宜之计’”。^⑪一方面,从实践来看,商业保险的保障效果不佳;另一方面,将商业保险作为“权宜之计”,存在巨大的建制、运维、监管和衔接成本,在立法政策选择上亦不具有合理性。二是部分待遇项目采行商业保险模式。学者认为,在新业态下,提供外卖、快递配送服务等存在较高人身伤害风险的平台企业,可能无力承担诸如劳动者工伤医疗期待遇、一次性伤残补助等在工伤保险制度中规定的雇主赔偿责任,这种雇主责任可以通过商业保险中的责任保险予以缓和。^⑫首先,这是工伤保险的共性问题,而不是新业态职业伤害保险的特殊问题;其次,平台企业等就自己承担的对劳动者的给付义务,通过雇主责任险进行风险转移,遵循合同自由原则即可,无须立法作出特别规定——如强制参加雇主责任险。三是性质上确定为社会保险,但由商业保险机构经办。对于该方面问题,本文将在后文经办主体中予以分析。

我国现行工伤保险制度采社会保险模式,最根本的理由在于社会保险作为准公共服务的非营利性,还有保险计划的可持续性,包括保险计划本身的长期稳健运营考量。工伤保险存在终身给付项目,必须确保基金的永久性安全,在基金出现赤字风险时必须由财政承担兜底责任,这些都是私营保险计划无法完全确保的。而且,我国工伤保险的给付标准极为慷慨,医疗待遇上不封顶,一次性给付待遇加上定期给付可高达数百万元,在保费有限的前提下,具有天然趋利特性的商业保险不可能这样做。以机

动车交通事故责任强制保险为例,2022年提高责任限额后亦仅为20万元(其中死亡伤残赔偿限额18万元,医疗费用赔偿限额1.8万元,财产损失赔偿限额2000元),其给付标准与工伤保险存在天壤之别。更为重要的是,工伤补偿仅仅是工伤保险三支柱之一,工伤保险未来的发展重点是工伤预防和工伤康复,而这两类给付的主要形式是劳务给付而非金钱给付,商业保险机构的营业属性无法提供庞大、复杂且专业的劳务供给与服务。

三、现行工伤保险制度的适应性及其革新

如前所述,独立论的核心观点认为,现行工伤保险制度无法兼容无劳动关系或劳动关系难以认定的新业态就业人员;其他难以适用现行工伤保险制度的理由包括:现行工伤保险制度下用人单位亦是给付主体,灵活就业者难以适应;^④新业态从业人员无法确定工伤保险的缴费主体、申请主体及责任主体等。^⑤这些问题中有一部分的确是现行工伤保险制度适用于新业态就业人员特别是独立劳动者的障碍。但这是以静态的工伤保险制度规则为基础进行的假设判断。实际上,任何一项法律制度都不可能永远静止不变,僵化的工伤保险制度既不符合基本事实,也有违理论认知。

我国工伤保险制度自诞生以来已经经历了多次重大变化,包括工伤保险覆盖人群范围的变化、工伤事故范围的扩展与限缩、工伤保险待遇项目及给付标准的改革,工伤保险与其他社会保险项目、侵权责任衔接的变化,按项目参保等投保方式的革新、投保强制性的柔化等等。可以说,改革和创新是工伤保险制度永恒的主题。

在当下以新业态发展等为特点的劳动世界,劳动关系与社会保险应不再紧密捆绑,但也不能彻底分离。^⑥关于非劳动关系人员的保障,可以通过三个方面的改革达成。第一,取消对劳动关系的前置性要求。工伤保险的核心是对职业活动导致的伤害承担保护义务,而非对雇佣活动导致的伤害承担保护义务。传统工伤保险的基本理念亦在于对工业事故(industrial accident)或工作相关伤害(workrelated

injury)的保护,雇佣伤害(employment injury)仅仅是工业事故或工作相关伤害的典型形态,但并非全部形态。雇主或企业承担工伤保险成本的基础在于,其以价格的方式将该成本计入产品或服务的定价,并通过市场方式最终由大众消费者承担,从而实现伤害风险的社会化摊薄。^⑦这对于非雇佣劳动者同样适用。第二,改革投保方式,允许单险种参保。现行工伤保险的一般投保方式是与养老、医疗等各项社会保险“捆绑式”参保,而平台用工职业伤害保险的强制参保基础与养老保险、医疗保险不同。故应根据人社部《部分行业企业工伤保险费缴纳办法》等规则,允许并应强制平台企业为平台用工单独参加职业伤害保险。第三,筹资制度改革。借鉴既有的按项目参保筹资方式,实施单独的筹资制度,不采用以劳动者本人工资为基数的缴费工资制。

新业态就业人员有相当部分为独立劳动者/自营劳动者。进一步考虑未来农民的职业伤害保障问题,亦可以通过如下改革达成:自愿性投保;单独投保,亦可与城乡居民养老保险、城乡居民医疗保险一体式投保;改革筹资制度。相较于平台劳动者,其具体投保规则更有特色。

关于工伤认定及工伤保险待遇的申请主体,一方面,现行制度允许个人及其亲属申请;另一方面,强制由平台企业申请亦不存在法律或法理障碍。

关于工伤保险待遇的给付主体,这首先涉及被保险人的待遇项目是否必须一致的问题,其次才涉及用人单位的给付义务问题。对于前一问题,由于人员类别不同、筹资模式与筹资标准不同,所能享受的待遇项目及标准存在差异是正常的。现行工伤保险制度也正是如此规范的,例如工伤人员因为退休与否而享有不同的待遇。平台用工与标准劳动关系存在较大差异,故给付结构和给付标准存在差异具有合理性基础。基于实质平等的基本理念,只要没有实质性减损劳动者的工伤权益,对平台用工实施差别待遇是可行的。平台劳动者与平台企业不存在劳动关系时,平台企业就不对劳动者负有基于从属关系而产生的照顾义务,不承担雇主的给付义务具

有合理性,但在实际制度构建中,需要平衡平台企业与平台劳动者的利益。

总体来看,现行工伤保险制度针对新业态职业伤害保障虽然存在适用上的问题,但这些问题可以通过完善现行制度规则予以解决。如此,在统一的工伤保险制度体系下,有针对性地构建相应的规则,并有机嵌入现行工伤保险规则体系,形成较完善的新业态职业伤害保险制度,既满足现实保障需求,又维持制度的统一,避免了“碎片化”的弊端,自然没有必要“另起炉灶”构建完全独立的新业态职业伤害保险制度。需要强调的是,工伤保险制度的统一并非指规则无差别的一致,而是指在差别基础上的统一。强调工伤保险制度的统一,是以对规则具体化的尊重为前提的。随着工伤保险覆盖人群范围的扩大,在坚持统一性的前提下必然会发生具体规则的分化,只是这种分化不能损害制度的统一。

四、平台用工职业伤害保险制度的保护对象界定

我国目前关于平台用工等新业态职业伤害保险制度的立法论证,主要是基于对平台劳动者保护这一出发点,对平台企业的保护鲜有考虑。平台用工职业伤害保障制度的保护对象仅包括劳动者还是涵盖平台企业,这不仅对制度统一性及其分化程度具有重要影响,亦决定了制度的基本功能,对具体规则的确定具有重大意义。为平台劳动者提供保护自不待言,那么,平台企业是否应当保护呢?

(一)现行工伤保险保护对象界定

无论是基于社会控制理论、减贫理论抑或社会权利理论,对工伤保险制度合理性的论证确实都是以劳动者或雇员为出发点。从各国工伤保险立法来看,通过部分或完全替代雇主的赔偿义务而换取雇主承担缴费义务,以对工业事故实施保险给付,是获取雇主持支持的基本前提。

公司自由学派与“谈判理论”主张,根据工伤保险制度,雇员放弃对工作事故的诉讼权,从而换取有限但确定的补偿;公司通过缴纳保费而使工作伤害的补偿转由工伤保险承担,从而缓和了日益激化的劳资冲突,让公司不需要再面对不可预期的陪审团

裁决,避免了可能发生的巨额赔偿责任。^②工伤保险制度的目标之一是,提供单一的补偿并降低由工伤事故诉讼所引发的诉讼成本和负担,通过使伤残工人获得工伤补偿而避免诉讼的时间与经济成本,雇主从中获利。^③工伤保险虽然属于社会保险,但其仍然立基于保险的基本原理——风险的分散与转移。企业之所以承担缴费义务,固然有基于强制立法的被动考量,亦有转移诉讼、赔偿等风险的主动权衡。因此,现行工伤保险的一个基本功能即是“分散用人单位的工伤风险”。^④

基于“分散用人单位的工伤风险”的制度理念,在工作原因致害这一问题上,应当以工伤保险替代——至少是部分替代雇主侵权责任;在保费测算上,应当奖励善良雇主而惩处安全防范工作不到位的雇主;由工伤保险以及社会分担对伤残工人的帮扶义务,而不是“甩”给雇主了事。显然,保护对象的不同,具体的法律制度及其规则也均不相同。

当主要调整标准劳动关系的现行工伤保险迈向同时调整非标准劳动关系时,传统的雇主已经不复存在,平台企业还应当成为新业态职业伤害保险的保护对象吗?

(二)平台企业职业伤害风险分散与转移

应当肯定的是,平台企业同样存在用工风险。^⑤在现行法律框架下,平台用工不能纳入工伤保险或职业伤害保险,但劳动者的职业伤害一旦被确认为工伤,平台企业则需承担极高的工伤保险给付责任,这对平台企业的发展是极为不利的。因此平台企业对于职业伤害风险的分散有着强烈的保障需求,而这恰恰是新业态职业伤害保险立法的社会基础。对平台企业的职业伤害风险予以保护,不仅是对于法人等组织工伤利益的保护,实质上也是对劳动者利益的进一步保护。因为只有法人等用工主体的发展壮大,才会从根本上保护劳动者包括工伤在内的利益。以家政服务业为例,如何解决家政从业人群的保障是重要的社会治理问题,事故发生导致的损失会进一步激化各方矛盾,不利于家政行业发展。^⑥

由于企业可以将保费成本转嫁给产品的消费者,^③因此平台企业至少在一定程度上不排斥职业伤害保险。当然,由于实际企业竞争力不同,并非所有的企业都能将社会保险的保费成本转移给消费者,因此大部分企业会平衡保费成本与收益,这也是实践中多数企业愿意接受工伤保险而不愿接受基本养老保险与基本医疗保险的原因所在。前者成本低而收益较高,后者成本高却可能没有收益——如果不是声索工伤权益而仅是主张基本养老保险与基本医疗保险利益,对于平台用工这种存在极大争议的法律关系,法院通常不会确认存在劳动关系并要求平台企业承担基本养老保险与基本医疗保险责任。立法的正当基础在于其民主正当性。^④正是平台企业对职业伤害保险风险转移与对基本养老保险、基本医疗保险风险转移的需求不同,为平台用工职业伤害保险的强制立法提供了正当基础——规制对象的需求而非仅仅立法的威慑,使该类立法更易于实现,这进一步论证了平台企业作为新业态职业伤害保险制度保护对象的必要性。

如果将平台企业的职业伤害风险作为该职业伤害保险制度的保护对象,则在立法目的上与现行工伤保险制度保持一致,在一些核心制度上两者可以采行共同规则,使工伤保险制度统一性更强。工伤保险制度的目的不仅在于补偿受害人,也在于分散用人单位的工伤风险,具体包括四类风险:用人单位自身原因引起的风险;工作任务本身蕴含的风险;受害人自身原因的风险;工作人员相互造成损害的风险。^⑤虽然《侵权责任法》《民法典》《社会保险法》《工伤保险条例》等均未对劳动者因执行用人单位工作任务受害的侵权责任与工伤保险责任的关系作出明确规定,但从司法实践来看,除与第三人侵权责任竞合以外,除非劳动者不能主张工伤保险给付,否则只能主张工伤保险给付,即采行“替代”模式。^⑥如果不采行“替代”模式,不仅会降低平台企业投保的积极性,也会破坏司法适用的统一性,加剧工伤保险制度的“碎片化”,在本质上也不利于对劳动者的保护。

五、统一体系下平台用工职业伤害保险制度规则的生成

(一)工伤保险基金的统一与投保规则

第一,基金的统一是制度统一的根本特征。新业态职业伤害保险与工伤保险为统一性制度的根本特征是基金的统一,即职业伤害保险保费并入工伤保险基金,属于基金支付范畴的给付由工伤保险基金统一给付,工伤保险基金的管理、使用、运营是统一的,而不能仅针对职业伤害保险。

基金统一的最大优势是增强抗风险能力。由数亿人投保所形成的千亿量级的工伤保险基金的给付能力远非几十万、几百万、几千万人投保所形成的有限基金规模所可比拟,这也是过往作为独立险种的职业伤害保险试点无法发展的主要原因之一。统一基金在管理、投资、运营方面,以及使用效率和给付的公平性等方面,更具优势。可以说,工伤保险制度统一的优势在很大程度上体现于基金统一的优势。立法作为一种国家权力运用的活动与结果,其预设目的内蕴着对于正当性的诉求。^⑦统一而非分立的基金更有利于达成新业态职业伤害保险制度的立法目的,更好地实现对劳动者的保护与对平台企业风险的分散功能。

第二,强制投保与自愿投保。学者认为,平台企业应当承担起为平台就业者缴纳工伤保险费的责任。^⑧新试点方案亦采取强制征收原则。考虑新就业形态的复杂性以及与此相适应的筹资制度的开放性,如果任何一种具体业态欲将其纳入职业伤害保险,均需行政规章等授权,将难以满足平台劳动者、平台企业等主体的职业伤害保障需求。鉴于此,职业伤害保险采强制性与自愿性相结合的投保规则更为妥当。

(二)经办主体的统一及变革

第一,公法人经办是社会保险的基本特征。社会保险经办机构隶属于各级人力资源社会保障部门,绝大多数为独立法人。承担保险待遇的给付义务的社保经办机构,在本质上属于公法上的社团法人,^⑨是公法上的社团法人组织。^⑩

根据《民法典》第96、97条规定,承担行政职能的法定机构从成立之日起,属于特别法人中的机关法人。承担行政职能的法定机构承担着不同程度的公法上职能,并为实现这些职能而享有不同程度的公权力,因而被列为特别法人,是为“特别法人中的公法人”。^⑪承担行政职能的法定机构得以被归入特别法人目录下的组织体,应是承载了或多或少特定公共(管理)职能的主体。^⑫从社会法场域来看,社保经办机构属于承担行政职能(公共管理职能)的法定机构,结合公私兼容的社会法特征,将其界定为公法人较为得当。

从合法性来看,《社会保险法》专章规定“社会保险经办”为社保机构的职权,新业态职业伤害保险由社保机构经办具有合法性。从合理性来看,由社保机构经办新业态职业伤害保险亦是妥当的。基于社保机构的公法人属性,其属于社会保险“天然的”经办主体:社会保险作为公共事务,必须以非营利性为根本目的,且其涉及较多的公共管理(社会管理),只有公法人才能胜任这两项基本要求。“特别机关法人”以事业单位或全民所有制企业的名义运行,实际承担着重要的社会经济管理与公共服务职能。^⑬因此,我国未来在多层次社会保障体系框架下,对于社会保险应当坚持由社保机构主办,彻底贯彻非营利性。^⑭在确定新业态职业伤害保险属于社会保险的前提下,由社保机构经办系必然要求。

第二,商业保险公司经办介入的必要性、方式与程度。根据新试点方案,商业保险机构有多种介入职业伤害保险的方式和可能。在实践中,有地方全流程委托商保机构承办,商保机构成为事实上的经办主体。

商保机构主导型经办模式,将不可避免地导致该险种的营利性,哪怕只是“微利”。从商保承办的交强险可见一斑。2020年全年,交强险保费收入2270亿元,赔付成本1384亿元,各类经营成本672亿元(含救助基金27亿元),交强险承保盈利128亿元。^⑮保费仅有不足61%用于被保险人及其受益人的赔付;虽然收益率只有5.6%,似乎不高,但绝对额

高达128亿;经营成本占比以及绝对额均较高。相对于工伤保险保费收入需100%用于工伤补偿(包括预防与康复支出、劳动能力鉴定费用支出),商保经办的高额经营成本对于作为社会保险的工伤保险来说是不可接受的。经验研究可以助成立法的科学性。^⑯从经验来看,相对于商保经办,社保经办更有利于达成新业态职业伤害保险制度的立法目的。基本公共服务的责任主体当属政府无疑。^⑰置政府责任不顾,而选择成本较高的商保经办,或者加重了平台企业的投保义务,或者降低了平台劳动者与平台企业的利益,并不恰当,应当避免。

(三)工伤认定制度与工伤给付制度的统一与分化

工伤认定制度与工伤给付制度是工伤保险法律制度的主要内容,对平台企业和平台劳动者权益影响重大。工伤保险制度的统一性,要求职业伤害保险在工伤认定制度、工伤给付制度方面与现行工伤保险保持一致。

第一,工伤事故范围的统一与分化。在工伤事故范围方面,新试点方案保留了典型工伤类型、通勤工伤类型以及三种视同工伤类型,现行工伤保险制度的工伤事故范围均予以保留,并作了进一步优化。但新试点方案仍有诸多问题没有涉及,需要进一步予以规范。主要包括:(1)没有对因果关系等工伤的构成要件予以明确,缺乏一般条款。一般条款在工伤认定中具有基础性意义,应当作出明确规定。^⑱(2)“48小时”条款存在极大争议,应当予以改革完善。^⑲(3)通勤工伤类型中交通事故责任认定问题所导致的工伤认定的不确定性没有得到弥补。(4)针对平台用工特殊情形的工伤问题的规范不尽合理。如劳动者多平台就业中,与多平台关联的同一行为产生的工伤认定问题。

第二,工伤认定程序的革新。在工伤认定程序方面,新试点方案取消了由社会保险行政部门单独实施工伤认定的环节,将工伤认定融入工伤给付中,取消了独立的工伤认定程序,与现行工伤保险制度不同。从各国以及各地区工伤保险制度来看,除我国大陆地区外,鲜有专门设立独立的工伤认定程序

的。独立的工伤认定程序并非工伤保险制度所必需的,不是工伤保险制度的核心内容,因此取消该独立程序并不会影响工伤保险制度的统一性。新试点方案对一些工伤认定的程序性问题依然没有解决,如对工伤认定主体的职权规定不明晰。^④

第三,给付项目及标准的维持与革新。新试点方案保留了现行工伤保险制度的主要给付类型及给付项目。但比较现行工伤保险制度以及展望未来工伤保险制度之发展,新试点方案的给付制度仍值得商榷。

(1)工伤预防给付。新试点方案仅规定职业伤害预防的责任主体为平台企业,并未规定可从职业伤害保障费中提取和列支工伤预防费用,亦未规定职业伤害保障制度须推进工伤预防,这可能导致无法充分发挥工伤保险在预防职业伤害方面的积极作用。基于“我国工伤预防整体较弱,应当进一步发挥工伤保险的预防功能”^⑤这一现实,应当将平台企业的职业伤害预防纳入工伤保险整体规范范畴,增加职业伤害保险的工伤预防给付。

(2)工伤康复给付。新试点方案虽然将康复费用列入职业伤害保障支出科目,但没有对工伤康复,特别是职业康复和社会康复作出明确规定。社会政策应更加注重发展的维度,促进劳动者的劳动参与。^⑥应当明确平台企业对推进工伤康复的法定义务,一体化适用工伤康复的给付类型及给付标准,通过恰当的经验费率机制鼓励最大多数雇主致力于安全和康复。^⑦

(3)补偿给付的项目与标准。整体来说,新试点方案并未改变现有工伤保险待遇体系存在的给付结构不合理等诸多问题,如一次性待遇过多、长期待遇不足等。建议坚持5、6级伤残津贴的长期待遇属性,并增设7-10级伤残人员的长期待遇。应明确企业应缴未缴工伤保险费,基金支付义务由企业承担,企业补缴后后续待遇由基金承担。^⑧

第四,平台企业给付义务的限缩。平台企业与平台劳动者在较大概率上不存在劳动关系,因而不要求平台企业承担现行工伤保险中用人单位应当

承担的给付义务,“贯彻工伤保险的社会化,减少雇主责任”^⑨。基于风险转移与社会分摊理论,将职业伤害期内的生活保障费,即停工留薪期待遇的给付主体确定为工伤保险基金,具有合理性。

用人单位或组织需要承担一定的给付义务这一特征,只有在自雇/独立劳动者的情形下才真正存在难点。从新业态职业伤害保障的需求来看,自雇/独立劳动者的职业伤害保障尚不是制度构建的重点。从平台用工的职业伤害保护来看,以平台企业作为用人单位承担部分给付义务,从立法技术来看,并不存在难点,只是在法理基础上存在争议。学者多以劳动关系从属性理论论证工伤保险中雇主所承担的缴费义务与给付义务。^⑩但从属性理论并不能完全解释工伤保险制度中的雇主责任,法律责任是平台应当积极承担的最基本的主体责任。^⑪在立法论上,仅依据规范解释无法得出平台企业究竟需要对劳动者承担何种法律义务,需要依赖社科法学的实证与经验研究,考量多种立法事实对于立法形成空间的影响,并最终实现向规范法学的跃迁。

注释:

①参见谢增毅:《互联网平台用工劳动关系认定》,载《中外法学》2018年第6期,第1548页。

②参见王天玉:《从身份险到行为险:新业态从业人员职业伤害保障研究》,载《保险研究》2022年第6期,第115页。

③参见艾琳:《平台用工职业伤害保障探究——以网约配送员为例》,载《社会科学战线》2021年第11期,第208页。

④参见余飞跃:《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》,载《社会保障评论》2022年第3期,第95页。

⑤参见王怡:《论立法过程中的事实论证》,载《政治与法律》2018年第7期,第100页。

⑥参见韩焱:《网约工职业伤害保障的制度构建》,载《吉林大学社会科学学报》2022年第3期,第140页。

⑦参见岳经纶、刘洋:《“劳”无所依:平台经济从业者劳动

权益保障缺位的多重逻辑及其治理》，载《武汉科技大学学报(社会科学版)》2021年第5期，第518页。

⑧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》，载《福建师范大学学报(哲学社会科学版)》2021年第2期，第70页。

⑨参见王天玉：《试点的价值：平台灵活就业人员职业伤害保障的制度约束》，载《中国法律评论》2021年第4期，第51-60页。

⑩白艳莉：《新业态从业人员职业伤害保障体系构建研究》，载《中州学刊》2022年第7期，第87页。

⑪参见[美]维特：《事故共和国：残疾的工人、贫穷的寡妇与美国法的重构》，田雷译，中国政法大学出版社2016年版，第43页。

⑫See Asa Briggs, "The Welfare State in Historical Perspective", in Mayer Zald. Social Welfare Institutions, Wiley, 1965, p.62.

⑬See Arthur Larson, Workers' Compensation Law: Cases, Materials and Text, Matthew Bender, 1992, pp.17-20.

⑭See Katie Baldschun, Solidarität und soziales Schutzprinzip in der gesetzlichen Unfallversicherung: Die Anwendbarkeit des Europarechts auf mitgliedstaatliche Systeme der sozialen Sicherung am Beispiel der Berufsgenossenschaften, Duncker & Humblot, 2008, pp.63-84.

⑮参见陈宗延等：《日本的劳灾保险制度：对台湾职灾保险改革的启示》，载《中国台湾公共卫生杂志》2018年第1期，第110-123页。

⑯参见陈宗延、郑雅文：《农业工作者的职业伤病与职灾补偿制度》，载《中国台湾公共卫生杂志》2018年第3期，第237-243页。

⑰参见艾琳：《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》，载《深圳大学学报(人文社会科学版)》2021年第4期，第102页。

⑱参见娄宇：《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》，载《社会科学》2021

年第6期，第22页。

⑲参见何艳玲、钱蕾：《“部门代表性竞争”：对公共服务供给碎片化的一种解释》，载《中国行政管理》2018年第10期，第91页。

⑳参见潘成云：《公共政策社会心理逆效应原理——基于心理控制逆效应理论视角》，载《扬州大学学报(人文社会科学版)》2022年第4期，第94页。

㉑参见杨一心：《整体性视角下的中国社会保险治理》，载《社会保障评论》2021年第3期，第62-78页。

㉒王增文、陈耀锋：《新业态职业伤害保障制度的理论基础与制度构建》，载《西安财经大学学报》2022年第2期，第81页。

㉓参见白艳莉：《新业态从业人员职业伤害保障体系构建研究》，载《中州学刊》2022年第7期，第87页。

㉔参见李坤刚：《“互联网+”背景下灵活就业者的工伤保险问题研究》，载《法学评论》2019年第3期，第145页。

㉕参见胡京：《我国新业态从业人员职业伤害保障问题及其解决》，载《广东社会科学》2020年第6期，第245页。

㉖参见沈建峰：《捆绑、分离抑或第三条道路：论劳动关系与社会保险的关系》，载《法学评论》2022年第5期，第101页。

㉗See Joseph W. Little, Thomas A. Eaton & Gary R. Smith, Workers' Compensation: Cases and Materials, West Academic Publishing, 2014, p.74.

㉘参见[美]维特：《事故共和国：残疾的工人、贫穷的寡妇与美国法的重构》，田雷译，中国政法大学出版社2016年版，第135页。

㉙See Margaret C. Jasper, Workers' Compensation Law, Thomson Reuters, 2011, p.3.

㉚《工伤保险条例》第1条。

㉛参见郑彬睿：《总体国家安全观视域下平台经济发展规划路径研究》，载《江淮论坛》2021年第6期，第93页。

㉜参见张瑞纲、霍琳：《我国家政(责任)保险发展研究》，载《西南金融》2021年第7期，第86页。

㉝See Lex K. Larson & Arthur Larson, Workers' Compensation

law: Cases and Materials, and Text, LexisNexis, 2013, p.9.

③④参见张翔:《立法中的宪法教义学——兼论与社科学法的沟通》,载《中国法律评论》2021年第4期,第104页。

⑤参见程啸:《侵权责任法》(第3版),法律出版社2021年版,第472页。

⑥《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释(2022年修正)》第3条第1款规定:“依法应当参加工伤保险统筹的用人单位的劳动者,因工伤事故遭受人身损害,劳动者或者其近亲属向人民法院起诉请求用人单位承担民事赔偿责任的,告知其按《工伤保险条例》的规定处理。”

⑦参见周宇骏:《合目的性的审查分层:我国地方性法规审查基准的实践及其逻辑》,载《政治与法律》2021年第3期,第81页。

⑧参见孙志萍:《互联网平台就业者职业伤害保障问题研究》,载《兰州学刊》2021年第9期,第83-102页。

⑨参见胡川宁:《社会保险经办机构的性质和定位研究——从公法人的组织模式出发》,载《行政法学研究》2016年第2期,第78页。

⑩参见李珍、王怡欢、杨帆:《论新时代医疗保险公法人治理体制的创新——基于多中心治理理论》,载《中国卫生政策研究》2019年第11期,第16页。

⑪张力:《法人功能性分类与结构性分类的兼容解释》,载《中国法学》2019年第2期,第163页。

⑫参见陈小君:《〈民法典〉特别法人制度立法透视》,载《苏州大学学报(法学版)》2021年第1期,第17页。

⑬参见黎桦:《特别法人制度的法律构造及制度展开——以〈民法典〉第96-101条为分析对象》,载《法商研究》2022年第4期,第146页。

⑭参见郑功成:《面向2035年的中国特色社会保障体系建设——基于目标导向的理论思考与政策建议》,载《社会保

障评论》2021年第1期,第3-9页。

⑮中国银保监会关于2020年度机动车交通事故责任强制保险业务情况的公告。<https://www.pkulaw.com/chl/c66ff4f4646e4579bdfb.html>,2022年8月28日访问。

⑯参见张翔:《立法中的宪法教义学——兼论与社科学法的沟通》,载《中国法律评论》2021年第4期,第96页。

⑰参见金锦萍:《论基本公共服务提供的组织形式选择——兼论营利法人与非营利法人分类的规范意义》,载《当代法学》2018年第4期,第13页。

⑱参见郑晓珊:《工伤认定一般条款的建构路径》,载《法学研究》2019年第4期,第119页。

⑲参见施婧葳:《论过劳自杀的工伤认定》,载《河南大学学报(社会科学版)》2022年第1期,第53页。

⑳谭秋勤:《工伤认定行政案件中不确定法律概念的解释困境及司法表达》,载《社会科学家》2020年第11期,第117页。

㉑汤梅梅、胡务:《政府工伤预防管制困境及路径优化》,载《湖南社会科学》2020年第2期,第86页。

㉒参见徐晓新、张秀兰:《数字经济时代与发展型社会政策的2.0》,载《江苏社会科学》2021年第1期,第11页。

㉓ See Margaret C. Jasper, Workers' Compensation Law, Thomson Reuters, 2011, p.3.

㉔参见向春华:《工伤保险待遇差额给付的法理与规则》,载《湖南科技大学学报(社会科学版)》2022年第6期,第117页。

㉕参见郑尚元:《新中国社会保障法制建设的回眸与展望》,载《求索》2020年第6期,第114页。

㉖参见娄宇:《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》,载《社会科学》2021年第6期,第22-29页。

㉗参见刘权:《论互联网平台的主体责任》,载《华东政法大学学报》2022年第5期,第89页。