

【失业保险】

失业保险何以覆盖非正规就业者： 现状、困境与对策

孟现玉

【摘要】在“就业优先”战略背景下,非正规就业者的失业保险权益缺损问题愈发凸显。从现有的法律规范看,要将失业保险覆盖至非正规就业者,还存在社会性不足对失业保险制度适用范围的限制、多重劳动用工关系下传统失业保险制度的规制阙如、保费负担与失业保险待遇给付资格和非正规就业者就业特点的错位等方面的问题。研究建议:根据社会连带理论,失业保险制度应突破劳动关系束缚,发挥其社会性;失业保险适用范围还应遵循保障需求性原则,分层纳入非正规就业者。在多重劳动用工关系中,非正规就业者不应重复参保,但每一个用人单位都有其缴纳失业保险费的义务,失业保险待遇也应基于全部缴费而定。对于保费负担与待遇给付资格,则应符合非正规就业者的就业特点。

【关键词】非正规就业;失业保险;从属性;社会性;多重劳动用工关系

【作者简介】孟现玉(1989-),女,河南郑州人,法学博士,郑州大学公共管理博士后科研流动站博士后(郑州450001),上海政法学院上海司法研究所讲师,硕士生导师,研究方向为社会法、经济法(上海201701)。

【原文出处】《中国劳动关系学院学报》(京),2024.1.78~88

【基金项目】本文系河南省哲学社会科学规划青年项目“积极老龄化视域下老年人就业促进的法律实现”(项目编号:2022CFX027)的阶段性研究成果。

近年来,信息技术、自动化、平台经济的发展使非正规就业日益成为我国主要的就业模式。非正规就业被定义为:“所有未被现有法律或监管框架登记、监管或保护的有酬就业(Remunerative Work),包括自雇、受雇^①以及盈利企业中的无薪劳动。”^②2021年,我国非正规就业人数达到2亿多人^③。在一定意义上,非正规就业对提高劳动者收入、促进就业和经济发展、减少贫困具有重大作用。我国政府也鼓励劳动者通过灵活多样的方式实现就业,并为灵活就业提供服务与帮助。在弹性多元化的劳动力市场中,非正规就业者往往从事的是短期性、季节性和临时性的职业,职业层次较低且工作替代性较强,常常面临着短暂就业后再失业的高风险。根据相关数据,独立合同工的解雇率是全职工人的2倍,临时工、应召工人、短期合同工则几乎达到3倍^④。在我国,

以从事非正规就业比重较大的农民工为例,2021年,外来农业户籍人口失业率达到了4.6%^⑤。然而,由于非正规就业群体的流动性大、参保管理困难等,失业保险并未将其广泛纳入其中。当前失业保险制度对非正规就业者的供给不足,不仅将相关失业风险转移至劳动者自身,对劳动者及其家庭造成消极影响,也扭曲了企业之间的良性竞争,并最终危及社会整体的稳定发展。

2021年,国务院在《“十四五”就业促进规划》中提出要“引导支持灵活就业人员和新就业形态劳动者参加社会保险”。2022年,党的二十大报告中也提出要“实施就业优先战略。加强灵活就业和新就业形态劳动者权益保障”^⑥。鉴于上述,为非正规就业者提供失业保险就成为迫在眉睫的实践选择。这既有利于避免非正规就业者陷入失业困境,从而促进

劳动力市场的充分就业,也在宏观层面上符合我国经济体制转轨的内在要求,有助于促进经济增长和维护社会稳定。从既有研究看:从面出发即研究非正规就业者社会保障问题的较多,内容较宽泛^[6-7];从点出发的文章即研究具体保障项目,如养老保障、医疗保障、失业保障的较少,在失业保险方面较为匮乏^[8]。由此,本研究以非正规就业者失业保险权益的梳理为切入点,就劳动力市场环境转变,从多维度廓清问题症结并据以提出失业保险覆盖非正规就业者的理论与制度进路。

一、现状述评:非正规就业者失业保险权益的缺损与成因

失业作为一种获得普遍关注的特定社会风险,给劳动者自身及其家庭、经济与社会带来了不利益的情况。失业保险将之作为标的,通过“大数法则”予以分散,不仅能够保障失业人员在失业期间的基本生活,为失业者提供求职的缓冲期以促使其进入劳动力市场再就业,而且还具有平滑消费,抵御异质性、区域性冲击以及稳定宏观经济的重要作用。非正规就业者所面临的失业风险亦是整体社会风险的一部分,需要失业保险制度予以预先防护。但是,我国现有的失业保险制度并非以失业风险来划定保障圈,而是以特定的职业类别来划定,这就在一定程度上

上将非正规就业群体排除在外。具体而言,我国现行的失业保险制度是1999年所颁布的《失业保险条例》(以下简称《条例》)。《条例》规定城镇企业事业单位及其职工,包括招用的农民合同制工人可以参保。“职工”这一用语从计划经济时代沿用至今,指的是与用人单位存在劳动关系(包括事实劳动关系)或者人事关系的各种用工形式、各种用工期限的劳动者^②。职工的显著特征是与用人单位形成劳动关系或人事关系。而非正规就业者中多数劳动者并非“职工”,这就使其难以参保。此后,我国虽然还颁布了其他法律规范,但对失业保险制度的覆盖范围一直未有突破。从地方上看,自《条例》颁布以来,各省、自治区、直辖市大都制定了相应的地方性法规、规章和规范性文件。总体上依据的还是《条例》中的相关规定,覆盖范围也一般以《条例》为准。但也有少数地方如广东省、北京市等允许灵活就业人员参保^③。实践中,以农民工为例,2010-2017年,虽然其参保率逐年上升,但总体仅有不到1/5的人参保^④。从失业保险整体参保率来看,截止到2022年末,也有一半的就业人员参保,其中大部分为强制参保的职工,具体情况如图1所示。可见,失业保险对非正规就业者的覆盖率较低。在面临失业困境时,任何公民都有权得到国家和社会的帮助、享受国家和社

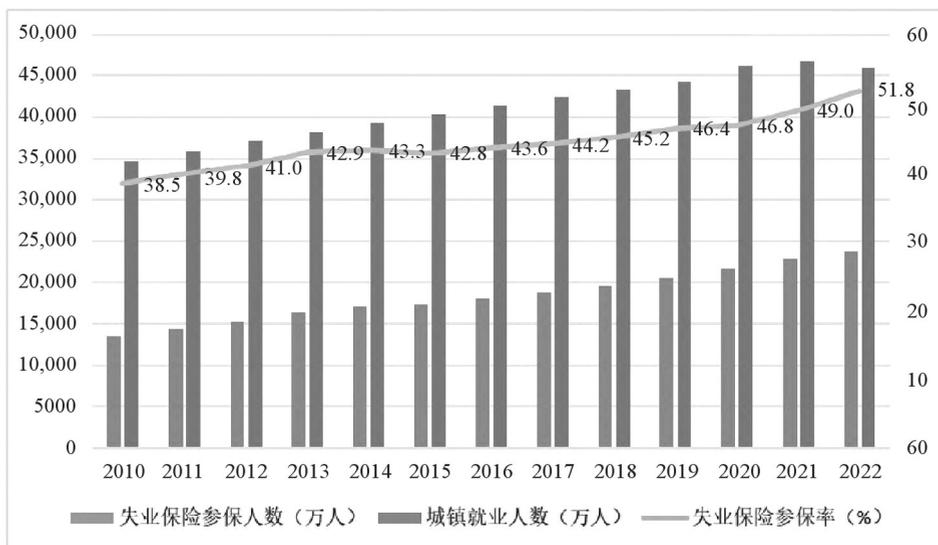


图1 我国2010-2022年失业保险参保情况

注:失业保险参保率指的是失业保险参保人数占城镇就业人数的比重。

数据来源:作者根据国家统计局历年数据整理。

会的公共福利,而非正规就业者的失业保险权益还存在缺损。

究其原因:首先,失业保险法律规范对非正规就业者存在一定的制度性排除⁹¹。我国《条例》将非正规就业者排除于失业保险之外,而后《社会保险法》《实施〈中华人民共和国社会保险法若干规定〉》中也未对非正规就业者能否参加失业保险制度予以明确。地方上仅有少部分地区将全部或部分非正规就业者纳入失业保险制度。这就使得非正规就业者在参保上缺乏法律依据。其次,企业规避社会保险义务。在非正规就业中,以劳务关系与雇佣关系居多,劳动关系较为松散。即使是应建立劳动关系的情况,由于劳动执法较弱,也存在不建立劳动关系的情形。这就在落实失业保险参保责任上留下了制度“缝隙”。对于企业而言,很多企业将缴纳社会保险视作企业的负担和成本,因此拒绝履行法定义务。最后,多数非正规就业者的受教育程度不高,对失业保险缺乏基本认识。部分非正规就业者不知如何参保;部分非正规就业者出于理解偏差、忽视长期利益等认为失业保险的作用不大而不愿参加,甚至为了领取更多报酬而放弃参保权益;还有部分群体即使可以参保,但对自己是否符合失业保险要求、能否领取失业保险待遇认识不清,从而造成自身失业保险权益受损。根据一项针对平台从业者的调查,不了解社会保险制度是其未参保的重要原因。相关数据显示,超1/5的从业者完全不了解社会保险制度,尽管有1/2的从业者知道社会保险制度,但对其具体险种内容了解不深⁹²。

二、障碍检视:失业保险覆盖非正规就业者的现实挑战

失业保险制度的实施完善了我国当前的社会保险体系,使得从业者在其失业时可以通过社会保障机制予以应对。但是,我国的失业保险制度滥觞于计划经济时期的企业转制与经济转轨,至今仍深受其影响。随着劳动力市场的结构性变迁,弹性、去核心化、充满风险的劳动力市场逐渐占据重要地位,原有的因应国有企业改革而生的失业保险制度就呈现出一定的滞后性,难以适应新就业形态的发展。

(一)社会性不足对失业保险制度适用范围的限制

我国的失业保险制度始于1986年的待业保险制度,其产生之初是为了因应国企的劳动制度改革,主要解决的是国营企业职工在待业期间的 basic 生活保障问题。故而,待业保险的覆盖范围就被局限于国营企业中的“四类人”,其他如国营企业中的富余人员、临时工以及集体、私营企业人员等皆被排除在外。1993年,为了进一步配合国企改革,弥补以往规定中覆盖范围窄、保障水平不高、制度作用弱等不足,国务院颁布了《国有企业职工待业保险规定》。该规定虽然进一步扩大了失业保险制度的覆盖范围,从国有企业中的“四类人”扩大至七类九种人,但仍仅限于国有企业职工⁹³。1999年,由于市场经济体制转轨、公司制改革、劳动就业体制转变等,企业破产兼并日趋激烈化,失业职工和企业富余职工不断增多。为解决其再就业问题,《条例》颁布施行。《条例》在实质上推动了失业保险制度的转变,不再局限于国有企业,而是成为多种所有制的风险防范制度,包括集体企业、外商投资企业、城镇私营企业及其他城镇企业等,在覆盖范围上有所扩大。此后,由于农村剩余劳动力转移、产业结构转型和国有企业下岗职工增多等,城镇中的失业现象加重。失业保险据此作出调整,除了保障失业人员的基本生活外,还增加了预防失业与促进就业的功能。从我国失业保险制度的发展来看,其始终是作为劳动制度改革、建立现代企业制度和所有制改革等的配套措施而建构的,带有强烈的行政色彩和政策化驱动。

在市场经济秩序中,社会政策及社会保障法制与之紧密整合。一方面,在一段特定时期内,一国国民经济体的所有社会福利支出,不论是以保费、税收抑或以基金来支付,都必须直接来自前一段时期的经济发展成果。因此只能以先前经济生产所得,分配给社会给付所需。一个国家的社会政策,也依赖其经济状况而定。反之,社会政策本身并不只是财政负担,它还具有创造需求、刺激消费、促进经济活动等功能。另一方面,市场经济作为自由、效率、以需求为导向的经济秩序,仅着重于交换正义,在向所有产品与创造者开放市场的同时,亦使不具备竞争力的商品提供者退出市场。故而,其并不能保证财

货的最佳分配,不能保证分配正义。最为重要的是,不能保证每个人都能享有符合人性尊严的生存基础,保障每个人都受到公平对待、享有社会安全。在没有财产或其劳动力无法充分运用,以致无法参与市场交易时,许多人在满足需求的市场经济交易过程中就被排除在外。所以,除了劳动法、税法、竞争法等,还要有社会保障法,市场经济促进生产,社会保障关注分配,社会保障使市场经济具备了一定程度的“社会性”^[10]。

社会性指的是“透过公共政策的推行,谋求社会多数人的保障,并产生所得重分配之效果”^[11]。作为社会保障制度的重要特征,社会性亦是社会保险制度的重要理念,其含义丰富。最为重要的是,社会性要求社会保险的保障范围应具有广泛性,不应受到行业、阶层、地域或性别限制,如此才能实现风险单纯的自我承受向风险社会承受转化。当前,带有行政色彩与政策化驱动的失业保险制度社会性不足,这就决定了其从待业保险制度实施至今,覆盖面一直较为狭窄,未能涵盖全部失业人员。

(二)多重劳动用工关系下传统失业保险制度的规制阙如

在非正规就业中,劳动者的从属状况有所弱化,用人单位对劳动者的控制性减弱,这就使得劳动者有可能不再长期从属于一个用人单位,多重劳动用工关系有了存在的空间与可能。多重劳动用工关系的法律关系结构可以分为四个类型:标准劳动关系与非标准劳动用工关系并存的“主从结构”、非标准劳动用工关系并存而形成的“平行结构”、标准劳动用工关系并存而形成的“虚实结构”、劳动关系与雇佣(劳务)关系并存形成的劳动用工关系“综合结构”^[12]。对于非正规就业而言,“平行结构”最为典型的形式即为多个非全日制就业,“综合结构”的表现形式,如在从事非全日制就业的同时又从事其他雇佣劳动等。近年来,随着“互联网+”的持续发展,以共享经济为代表的新型就业形态不断模糊着雇佣与自雇的边界,劳动用工关系的多重性变得日趋普遍化。以平台从业者为例,据调查,在多个共享经济平台工种中,仅网约家政服务员以专职为主,占比为73.01%,其他职业全部以兼职为主。网约律师、教师、医护人

员在平台的兼职占比较高,网约美甲师、网约搬家人员兼职占比分别为63.64%、62.07%,网约车驾驶员、网约快递员兼职占比分别为59.87%、56.25%^[14]。

多重劳动用工关系对失业保险制度提出了挑战,其原因在于当前的失业保险基本围绕标准的一重劳动关系而建立,多重劳动用工关系也就自然成为法律盲区。多重劳动用工关系所引发的问题主要包括:多重劳动用工关系中劳动者的失业保险法律关系如何建立?能否重复参保?如果能,各个失业保险法律关系之间该如何平衡?各用人单位或各工作之间的社会保险费如何缴纳?如果不能重复参保,那么社会保险费又该如何缴纳?除主要用工单位外其他用人单位或雇主的社会保险义务应否免除?

(三)保费负担与待遇给付资格和非正规就业者就业特点的错位

从当前来看,我国的失业保险制度始终围绕正规就业而建立,其制度运行也是根据正规就业者的特点而设计。但是,非全日制工、自雇者、家政工等非正规就业者具有与正规就业者不同的就业特点。因此,在将失业保险覆盖至非正规就业者时就必然与现行的失业保险制度产生错位。这种错位主要表现在以下两点。

1. 失业保险的保费负担

社会保险作为社会保障制度之一,是承载社会政策理念的主要制度场域。但无论有多少社会政策上的叠加和连生,社会保险始终是一种“保险”,即通过面临共同风险威胁的人群的合理缴费,为将来可能发生并可估测的需要提供一种集体保障^[15]。社会保险向被保险人收取保费以支付其风险发生时的经济损失。失业保险保费负担的内容主要包括缴费主体、缴费基数和缴费费率。我国当前失业保险的保费负担采取的是“国家—单位—个人”的三方缴费方式,用人单位和个人均需按照工资的一定比例缴纳失业保险费。这种方式对就业形式多样的非正规就业者来说,可操作性较弱。在缴费主体上,部分非正规就业者并无法律意义上的“用人单位”,如自雇者、家政工、平台从业者等。在缴费基数上,多数非正规就业者的收入并非“工资”,由于其更换工作相对频繁且收入不稳定,也较难确定其收入。在缴费费率

上,失业保险采取的是固定费率,用人单位承担较大份额,但对于无用人单位的非正规就业者而言,如何确定其费率就成为一个难题。如果费率较高,势必对收入较低的非正规就业者造成一定经济负担。由上所述,如何合理确定非正规就业者失业保险费的缴纳,既可以保证失业保险基金收支平衡,夯实“大数法则”,又可以避免非正规就业者的负担过重,避免造成断保、退保现象,是需要考虑的一个现实问题。

2. 失业保险的待遇给付资格

失业保险给付使受领者无须工作亦有收入,这就滋生参保者以不工作换取失业给付的风险。因此,失业给付需要求受领给付者履行相应的协力义务,以防止“养懒汉”现象的产生。我国对失业保险的待遇给付资格进行了一系列的限制。《条例》第14条规定,所在单位和本人按照规定缴费义务满1年、非因本人意愿中断就业和已办理失业登记并有求职要求的条件下,可以领取失业保险金。这一失业保险待遇给付资格对非正规就业者较为严苛。一方面,缴费义务时间较长,不能适应非正规就业者间断性、不稳定性的就业特征;另一方面,当前所规定的“非本人意愿中断就业”的情形都是依据正规就业者而设定,包括终止劳动合同、被用人单位解除劳动合同和被用人单位开除、除名和辞退等,范围较狭窄^⑥。非正规就业者抵抗社会风险的能力较低,在遇到疾病、儿童保育等困难时,往往只能选择中断就业,而法律中又没有把照护或育婴等作为“非本人意愿中断就业”的合法情形。此时,如若不对失业保险待遇给付资格作出一定程度的修改,势必导致非正规就业者难以申领失业保险金。

三、失业保险社会性的形塑及适用范围扩张原则之调整

(一) 失业保险社会性的形塑: 立足于社会连带理论

从社会保险起源于共济组合等互相扶助的组织来看,一般抽象而言,社会保障制度是基于社会连带的理念而建立¹¹⁶⁴³。根据狄骥所言,“机械连带关系”和“有机连带关系”共同构成了社会生活中的基本要素,每个人都在满足他人需要上贡献自己的能力,同时也从他人处满足自身需要。故而,人类的生存须遵循社会连带,社会连带不是行为规则,而是事实,

是一切人类社会的基本事实。每个人都不能孤立地存在,而须同社会中的其他个体共同生活、相互依存¹¹⁷⁾。在现代社会中,风险无处不在。有些风险会给个人造成身体伤害或者财产损失,具有不确定性与不安全性,且其难以通过个人独自承担与防范,需要社会整体力量予以应对。这样,基于彼此的相似性或者情感认同,就在个人与受同类危险迫害的他人之间形成了危险共同体。社会连带下,现代国家的社会法制修正了过去以个人主义为中心的精神,进而认为个人的所得绝大部分来自他人贡献。社会成员应为社会的存在与发展让渡部分个人权利和自由,社会也应以整体力量保障社会成员的生存和发展,对社会成员合法权益的损失或损害给予救济。此时,当社会发生风险事故时,个人就有义务分担危险并给予救助。而当个人遭遇生活困难时,社会团体也有责任解决问题,保障共同安全,增进共同福利。社会保险通过保险机制的运作、保险费的收取与社会保险给付的受领,分摊并弥补因社会风险所造成的危险与损失,从而为社会多数人提供生存保障,以达到社会连带原则所强调的互助目标与社会正义。

社会保险中的风险连带(Risk Solidarity)有两层意涵:一是,保费与个人风险无关;二是,每个人加入保险的机会均等¹¹⁸⁾。机会均等要求社会保险应将具有风险保障需求与保障能力的劳动者纳入保障圈,尽可能地扩张其适用范围。在我国,受制于路径依赖,社会保险关系通常为建立在劳动关系基础之上的法律关系,享受社会保险的对象也为“劳动关系”中的“劳动者”。这种嵌入劳动关系的社会保险理念,将未建立劳动关系的劳动者置于社会保险的覆盖范围之外,形成了社会保险权益的二元化。虽然社会保险仍属保险范畴,需遵守大数法则下的风险分担原理,但其制度着力点并不在于个体的公平性,而在于社会适当性,即社会保险既是一种特殊的保险机制,又是重要的社会公共政策,需要劳动者彼此之间的社会团结与共同承担,以达到保障经济安全的现实需要。在这种情况下,社会保险中的风险同质性有所弱化,其覆盖范围不再局限于职业团体或区域团体。只要个人处在特定的社会风险之中,具

有分散风险的需要和能力,就可以通过参加社会保险的方式转移自身风险。失业保险以分散劳动者的失业风险为宗旨,也应顺应这种趋势,扩大覆盖范围,使更多的劳动者在遭遇失业时得以获得一定的生活保障。可以说,只有扩大失业保险的覆盖面,尽可能地所有劳动者纳入其中,才能真正发挥失业保险的社会性,保障其风险分担功能的正常运行。

(二)失业保险适用范围扩张的基本原则:遵循保障需求性

“社会风险与社会公共利益的关联性决定,社会保险必须采用强制的方式予以实施。”^[19]然而,社会保险的保费分摊与强制纳保必然会对公民的财产权和自由权形成一定程度的限制。一方面,社会保险保费并非依据被保险人的风险,而是依据其负担能力,通过向负担能力较强者征收较高保费从而转移受益至负担能力较低者,对公民的财产权产生了不利益情况。另一方面,强制纳保干预了公民的行动自由。这种国家干预行政对公民的基本权利造成一定损害。从社会保险本质层面来看,社会保险是对公民所面临的共同风险,由国家强制缔结保险契约并依据收入高低明确保险费率,从而分担特定社会风险的制度。在这里,社会保险的出发点是依据社会连带、团结互助理念以帮助弱势者分摊其无法单独承受的风险,对其收入损失进行填补。如果公民没有损失填补需要,没有风险分摊的必要,社会保险自是不应强行介入。此时,应预设个人有风险管理的自主能力,能够通过自我防护的方式对自我生活进行管理和安排。基于上述理由,社会保险必须遵守保障需求性原则,对于欠缺必要保障的范围就不能以社会保险保之。其一,当大多数人都能就特定风险作有限的管理,或是有足够的经济能力采取危险的单纯自留时,仍将其强制纳入社会保险范围就会有违比例原则;其二,如果存在除社会保险以外能够有效达到目的,同时又对公民基本权利侵害较小且不造成不可期待之公益成本负担的手段,但仍以社会保险保之,也将有违比例原则^[20]。总之,社会保险为劳工保险的传统图像,其强制投保对象不能一再扩大。社会保险的被保险人应具备经济社会阶级的同质性,正是基于此种身份认同,被保险人才愿意

接受不完全对价的互助关系。若将不具有经济社会阶级同质性的其他劳动者纳入风险团体,将使保费的再分配效果因被保险人之间经济能力与生命历程的差异悬殊而扩大,进而超越原有同质性成员彼此间的相互性关系,产生“寄生”或“搭便车”的现象^[21]^[80]。因此,在扩张失业保险适用范围、纳入非正规就业者时,也应谨守保障需求性原则,对不具有必需性的群体不应强制纳入。

保障需求性要求参保人应是无法独立承担社会风险、具有损害补偿需求的群体。从社会保险的起源发展与世界各国的情况来看,从属性劳动始终是强制保险合法性的来源。根据德国社会法典第4编第7条第1项,从属性劳动指的是当事人从事非自主性劳动,其典型表现为当事人处于雇佣关系之中,听从指令工作且融于指令者的组织之中^⑦。在非正规就业中,具有从属性的非正规就业者基于受雇关系,要受制于雇主的指令完成工作以获取工资维持生活。这类非正规就业群体难以独自应对社会风险,保障自身经济安全,所以具有受集体风险分担保障的需求性,需要强制纳保。此外,在具有从属性的非正规就业者中还有部分劳动者工作时间较短。虽然不能因此说没有对其失业进行收入保障的必要性,尤其是对那些依靠低工资且多重雇佣来维持生计的劳动者而言,但也并非多短的劳动时间都应纳入。原因主要有以下三点:一是为了防止循环性给付,二是考虑是否有实质性意义的生活保障可能性,三是行政事务成本费用^[168]^[2]。因此,研究在将具有从属性的非正规就业者纳入失业保险时,可以考虑以工作时间作为参保门槛,低于该门槛的应排除于失业保险的覆盖范围之外。只是对该门槛的阈值应设定较低,以使大多数非正规就业者都得以参保。对于不具有从属性的非正规就业者,其失业风险难以界定且与创业风险相关,不宜强制纳保,此时可以以自愿参保的方式使其投保^[22]。这样就使部分能够自我防护的非正规就业者得以通过其他手段,如储蓄、商业保险等,进行风险管理。

四、多重劳动用工关系下失业保险制度的因应

(一)多重劳动用工关系下不应重复参保

在多重劳动用工关系中,首先要解决的就是重

复参保问题。重复保险又称复保险,或多数保险,是指“数个保险人对被保险人的同一损失的补偿责任”^[23]。我国《社会保险法》中规定国家建立全国统一的个人社会保障号码,个人社会保障号码为居民身份证号码。可见,我国社会保险采取的是唯一性原则,除了工伤保险外^⑧不允许重复参保。贝弗里奇报告中也表示,不希望、不允许一个人同时以一种以上参保人的身份缴费^[24]。之所以不允许重复参保,主要在于重复社会保险可能会导致政府对参保者的重复补贴,造成稀缺公共资源的浪费。同时,重复享受保险待遇也会严重影响社会公平,造成社会整体福利水平的下降^[25]。再者,如若事故发生时,社会保险给付总额超过所应填补的实际损失,也会产生道德危险或心理危险。故而,当非正规就业者处于多重劳动用工关系时,其失业保险也应遵循唯一性原则,只能以一个身份参保。

(二)多重劳动用工关系下失业保险的责任分配

目前,多重劳动用工关系下社会保险的责任分配主要有两种方式:其一为累计基数制,即建立一个社会保险关系,并由各用人单位共同为劳动者缴纳社会保险费;其二为单一基数制,即在多重劳动用工关系下,仅由一个用人单位承担法定缴费义务^[26]。在这个问题上,学者们观点不一。例如:有学者认为,劳动者享有的权利应是一重的,在缴纳社会保险费上,如果原用人单位已经缴纳,那么劳动者就不得再以多重劳动用工关系为由要求新用人单位重复缴纳^[27];也有学者认为,应将缴费关系与工资关系挂钩,即每个劳动者只能有一个个人账户,但多个用人

单位应根据劳动者工资的一定比例向这一个人的账户缴纳保险费^[28]。从域外看,日本只允许多重劳动用工关系下的劳动者选择作为主要生活来源的工作进行纳保,而法国、德国则允许以所有工作纳保,在给付要件上各国也存在不同之处,具体情况详见表1。

鉴于雇主为受雇者缴纳保费的义务来自雇主所负之照顾义务,该缴纳的保费也可被视为社会薪资或延期工资,即雇主为受雇者缴纳的保费实际上为其薪资的一部分,是劳动力再生产费用。雇主不是以第三人身份为照顾被保险人而负担保费,而是被保险人自己缴纳保费^{[21]99-100}。因此,本研究认为每个用人单位都有为其劳动者缴纳失业保险费的义务,这是从属性劳动与保费性质的必然要求,不能因为其他单位为劳动者缴纳了失业保险费,而排除自身的义务。任何用人单位都应当负有对劳动者的社会保险义务和责任^[29]。在实际操作中,建议可以为非正规就业者设定一个统一的失业保险账号,其每一份工作收入都可以为失业保险缴费,失业保险待遇也将基于其全部缴费而定,而非基于单个雇主^[30]。当劳动者失去其中一份工作时,只要该工作收入与失业津贴相加不超过缴费基数的一定比例,其就可以领取失业保险待遇,当超过此比例时则不得领取。

五、建立符合非正规就业者特点的保费负担与待遇给付资格之特别制度

(一)调适失业保险保费负担

社会福利的核心问题是社会需要的存在,以及如何来满足的问题。与正规就业者相比,非正规就业者流动性更强、灵活性更高,群体内部在雇佣状

表1 部分国家多重劳动用工关系下的失业保险制度实施规定

国家	日本	法国	德国
适用条件	同时有两个以上雇佣关系的劳动者,应选择其一(原则上为该劳动者维持生计的主要来源)参加雇佣保险且该工作需满足最低20小时的要求	对于多种工作,每种工作都需要参加失业保险	符合要求的每份工作都可以参加失业保险
给付要件	通常与离职的要件相同,但以下不被视为失业:(1)每天工作超过4小时(除了雇佣关系以外的请负、委任或自营活动);(2)领取失业保险金期间;(3)签订有7天以上的每周工作20小时以上的雇佣合同,或在契约期间每周工作4天以上	领取失业救济金时,可从事其他工作,但领取的失业救济金和其他工作收入不得超过前一份工作的工资	失去工作后仍有一周15小时及以上工作的,无法获取失业保险金。同时,在一定条件下,可获得部分失业给付
给付水准	与一般给付相同	与一般给付相同	与一般给付相同
给付天数	与一般给付相同	与一般给付相同	与一般给付相同,部分失业给付最长为6周

资料来源:作者根据相关资料整理。

态、收入水平等方面也存在着明显分层。因此,必须根据量能负担原则,针对不同类型的非正规就业者施以不同的保费负担。

在缴费主体上,基于从属性的不同,缴费主体也应有所不同。对于具有从属性的非正规就业者,应由雇主和雇员共同缴费,这一雇主缴费义务主要源于雇员的依附性。根据劳资权利义务关系,保费常常表现为雇主对雇员的生活照顾义务。雇主通过雇员的劳动获得经济利益,雇员对雇主承担忠诚义务,两者之间形成了一种特殊的连带与责任关系。在此,雇主以缴费义务给予雇员一般性照顾,确保其劳动生活安定。对于不具有从属性的非正规就业者,也就是自雇者,应由其个人缴费。但基于社会连带原则,对于收入较低的群体,国家应担任缴费义务人,实行补贴,将更多的非正规就业人员纳入失业保险体系。此时,政府所提供的失业保险补贴可以被看作,针对特定社会政策目的所为之对人民之给付,属于社会给付的一部分。在这种情况下,社会保险不仅是实现福利国家目标的社会保障政策,也是国家实现非保险类福利目标和功能的重要工具。其正当性主要来自以下几点:(1)基于社会正义,保护弱勢团体;(2)特定意外事情之发生,政府也应负担部分责任;(3)政府本身即为某些劳动者的雇主;(4)社会保险与社会救助之间存在替代关系,社会保险之实施减轻了政府在社会救助方面的财政负担^{[21]P3}。

在缴费基数上,对于具有从属性的非正规就业者而言,保险义务既因依附性质的受雇关系而生,保费的计算也应以工资所呈现的给付能力为费基,而不考虑个人年龄、性别、健康状况、就业能力等风险要素。故而,其应同正规就业者一样,以实际工资为缴费基数。而对于不具有从属性的非正规就业者,则要视情况而定。当前,非正规就业者缴纳养老保险所依据的是城镇单位就业人员平均工资的上下限额,并设以不同缴费档次。这种设定办法极易形成社会保险费缴费“洼地”,即非正规就业者往往选取最低的缴费档次缴保。从域外看,芬兰、丹麦、法国、美国等个体经营者的社会保险费基都为其实际净收入^[21]。瑞典自雇者的失业津贴,也是根据其最近的税务报表或最后两份税务报表中的平均收入中更高

的收入计算。不满两年的,还允许以其创办以前的收入为基础^[22]。因此,本研究建议这部分正规就业者应以其实际收入为缴费基数。但实践中,也确实存在难以核算其收入的情况,如小摊小贩等难以监管人群。此时可以借鉴德国经验,在就业人员平均工资或是缴纳养老金的平均薪酬之间选其一为参考收入。

在缴费费率上,非正规就业者的费率应与正规就业者的费率保持一致,且对于具有从属性的非正规就业者,其雇主还应负担较大比例,以突出对劳动者失业进行补偿的雇主责任。而对于不具有从属性的非正规就业者,德国的自雇者需要按照雇主与雇员的总费率缴费,在加拿大自雇者则不必支付雇主的应缴部分。在此,无论是缴纳总费率还是部分费率,都缺乏灵活性,无法反映非正规就业者的收入差距。故而,研究可以考虑设置级差费率,即在总费率下设置多级费率,并根据不同费率提供不同的待遇给付,由劳动者自由选择,从而满足不同的失业保险需求。

(二)重塑失业保险待遇给付资格

缴费义务时间长短,直接影响着参保人领取失业保险金的资格。时间过长,将会减少失业保险的领取,也会使短期就业、临时就业的劳动者不愿意参保;时间过短,又会产生道德风险,即一旦符合领取失业保险金的资格就停止工作,不利于失业保险基金的财务平衡。故而,在确定非正规就业者失业保险的缴费义务时间时,既要注意不损害其参保积极性,又要注意防止道德风险的产生。目前的缴费义务满一年,实际上是规定了劳动者在领取失业保险金前的最低工作时间,这一点跟非正规就业者短暂性、间歇性的就业特点是十分不符合的。因此,建议应缩短这一缴费义务时间,必要的可以按月、周或小时计算,以更利于将非全日制工、家庭小时工、季节工等非正规就业者纳入失业保险。从其他国家来看,例如:在德国,雇员要领取失业津贴需在失业前30个月内参保12个月以上。如果总是受雇于短于14周的工作,其资格期限只为失业前30个月内参保6个月即可。在加拿大,在领取普通福利(EI Regular Benefits)时需要参保人在资格期(Qualifying Period)内

有420到700小时的工作时间,而在累积600小时工作小时后,便可以领取特殊福利(EI Special Benefits)。鉴于此,相对于正规就业者的一年缴费义务时间,可将非正规就业者的缴费义务时间予以缩短。缩短的具体期限可以根据不同的从业者作出规定。但相应地,需在待遇给付上给予缩减,以符合对价原则并减少道德风险的产生。

在“非本人意愿中断就业”上,本研究认为在既有条款之外还应该增加兜底条款,即非本人意愿应包含具有合理理由。该合理理由可以与雇主有关,也可以是私人原因,并可以通过严格定义和第三方证明加以限制。从域外看,在美国,合理理由通常被明确地限制在与工作有关的、可归因于雇主或涉及雇主过错的理由。但也有一些州将合理理由不再限定于与工作相关,可以包括合理的私人原因。例如:阿拉巴马州、肯塔基州等,将工作性骚扰列为合理理由;阿拉斯加州、密苏里州、新罕布什尔州等,将寻找到一份更好的工作作为合理理由;康涅狄格州、哥伦比亚特区等,将疾病或残疾列为合理理由^[33]。美国的一项研究也表明,具有高失业保险受益率的州都倾向于允许个人因私人原因,如疾病、照顾家庭成员或遭受家庭暴力而停止工作的,申请失业保险福利。学者们也同样发现,扩张“合理理由”与符合失业保险待遇的离职者比例之间具有正相关关系^[34]。

六、结语

在经济全球化的背景下,新自由主义的兴起与劳动力市场规制的宽松化,使得福特主义生产模式逐渐式微,及时(Just in Time)生产方式开始流行,除劳动条件及工资等,都以获取最大利润及发挥最大生产力为依归而加以弹性化。非正规就业的产生发展便是顺应了这种弹性专门化的趋势,不仅打破了原有的标准就业关系及其相关利益,也对围绕正规就业而建立的社会契约包括失业保险提出了挑战。相比于社会保险制度中的其他险种,失业保险一直处于比较滞后的状态。自1999年《失业保险条例》实施至今,劳动力市场已经发生了重大变革,标准的就业关系已然不再占据绝对地位,但失业保险制度却未有任何改变。2017年,《失业保险条例(修订草案征求意见稿)》发布后却石沉大海,迟迟未有下文。

当前,失业保险所覆盖的劳动者并不是真正的高失业风险群体,而往往是工作比较稳定的群体。这些劳动者由于失业风险较小,申领失业保险金的几率也就较低。而非正规就业的不稳定性、短暂性使其从业者面临较为频繁的失业风险,但大多数非正规就业者却被排除于失业保险体系之外,这使得其在失业时往往因难以获得生活保障而陷入困境。当前,非正规就业者已经深入我国产业结构中的各个层面,如何在失业后保障其基本生活、促进其再就业,关系着我国就业市场的稳定以及整个社会与经济的健康发展。在此,需要对失业保险制度的各个环节进行检视,方能满足非正规就业者的就业特点与实际需要。

注释:

①非正规就业者主要为家庭作坊雇员、非全日制工和家政工等,这里需要特别说明的是非全日制工和劳务派遣工。我国《劳动合同法》将非全日制工和劳务派遣工纳入了规制范围,这两种就业形式在域外都是典型的非正规就业。但在我国,劳务派遣者基本已享有同正规就业者相同的就业保护,而只有非全日制工有所欠缺。用人单位只被强制为非全日制工缴纳工伤保险,其他如养老保险、医疗保险等都需其自我缴纳。从社会保障权益来说,本文认为劳务派遣工应被视为正规就业者,非全日制工应属于非正规就业者。

②参见:《社会保险法释义(十二)》。

③参见:《广东省灵活就业人员参加失业保险办法(试行)》(粤人社规[2021]31号)、《北京市人力资源和社会保障局支持多渠道灵活就业实施办法》(京人社就发[2020]19号)。

④参见:2010—2017年度《人力资源和社会保障事业发展统计公报》。

⑤参见:《国营企业职工待业保险暂行规定》第2条、《国有企业职工待业保险规定》第2条。

⑥参见:《失业保险金申领发放办法》第4条、《实施〈中华人民共和国社会保险法〉若干规定》第13条。

⑦参见:§7Abs.1 SGB IV.

⑧原劳动和社会保障部在《关于实施〈工伤保险条例〉若干问题的意见》(劳社部函[2004]256号)中规定,“职工在两个或两个以上用人单位同时就业的,各用人单位应当分别为职工缴纳工伤保险费。职工发生工伤,由职工受到伤害时其工作的单位依法承担工伤保险责任”;人社部在《实施〈中华人民共和国社会保险法〉若干规定》(人力资源和社会保障部令第十三号)中规定,“职工(包括非全日制从业人员)在两个或者两个以上用人单位同时就业的,各用人单位应当分别为职工缴纳工伤保险费。职工发生工伤,由职工受到伤害时工作的单位

依法承担工伤保险责任”。

参考文献:

[1]ILO. Informal economy workers[EB/OL].[2023-04-08]. https://www.ilo.org/global/topics/wages/minimum-wages/beneficiaries/WCMS_436492/lang-en/index.htm.

[2]杨伟国,吴清军,张建国,等.中国灵活用工发展报告(2022):多元化用工的效率、灵活性与合规[M].北京:社会科学文献出版社,2021:9-10.

[3]MCKAY C, POLLACK E, FITZPAYNE A. Modernizing unemployment insurance for the changing nature of work[R/OL].(2018-01-29)[2023-04-08]. <https://www.aspeninstitute.org/publications/modernizing-unemployment-insurance/>.

[4]王萍萍.2021年就业形势总体稳定[EB/OL].(2022-01-18)[2023-04-10]. http://www.stats.gov.cn/sj/sjjd/202302/t20230202_1896588.html.

[5]习近平.高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告[N].人民日报,2022-10-26(01).

[6]何文炯.数字化、非正规就业与社会保障制度改革[J].社会保障评论,2020(3):15-27.

[7]王利军,涂永前.论灵活就业人员社会保障制度的完善[J].广东社会科学,2022(6):248-257.

[8]孟现玉.互联网平台经济从业者的失业保险:制度困局与建构逻辑[J].兰州学刊,2020(11):73-85.

[9]孟现玉.积极促进理念下失业保险法律制度转型的逻辑与路径[J].时代法学,2023(1):58.

[10]严妮,黎桃梅,周雨,等.新就业形态下平台经济从业者社会保险制度探析[J].宏观经济管理,2020(12):72.

[11]艾亨霍夫.德国社会法[M].11版.李玉君,林谷燕,林炫秋,等译.台北:新学林出版股份有限公司,2019:41-42.

[12]钟秉正.社会法与基本权保障[M].台北:元照出版公司,2010:71-72.

[13]薛长礼.多重劳动用工关系的法理与法律规制[J].中国劳动关系学院学报,2020(4):19-20.

[14]张成刚.共享经济平台劳动者就业及劳动关系现状——基于北京市多平台的调查研究[J].中国劳动关系学院学报,2018(3):63.

[15]察赫.福利社会的欧洲设计:察赫社会法文集[M].刘冬梅,杨一帆,译.北京:北京大学出版社,2014:258.

[16]菊池馨实.社会保障法制的将来构想[M].韩君玲,译.北京:商务印书馆,2018.

[17]狄骥.宪法论:第1卷——法律规则和国家问题[M].钱克新,译.北京:商务印书馆,1959:49-64.

[18]林志远,陈珮青,李玉春.以连带思想检视台湾长照政

策发展之挑战与启发[J].台湾公共卫生杂志,2016(4):363.

[19]种明钊.社会保障法律制度研究[M].北京:法律出版社,2000:99.

[20]江朝国.社会保险、商业保险在福利社会中的角色——以健康安全及老年经济安全为中心[J].月旦法学杂志,2010(179):82-83.

[21]孙道翔.论社会保险制度之财务运作原则——兼评中央与地方政府关于健保保费补助之争议问题[J].政大法学评论,2008(101).

[22]European Commission. Proposal for a council recommendation on access to social protection for workers and the self-employed[R/OL].(2018-03-13)[2023-06-10]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52018D0132>.

[23]樊启荣.复保险中损失分摊原则之现代整合——兼论《中华人民共和国保险法》第56条第2、4款之完善[J].法商研究,2012(6):56.

[24]贝弗里奇.贝弗里奇报告——社会保险和相关服务[M].劳动和社会保障部社会保险研究所,译.北京:中国劳动社会保障出版社,2004:156.

[25]张国栋,左停.福利还是权利:养老保险“重复参保”现象研究[J].社会科学战线,2015(11):215.

[26]向春华.社会保险请求权与规则体系[M].北京:中国检察出版社,2016:118-119.

[27]宋宗宇,陈丹,李勇.双重劳动关系司法认定的理念与方法[J].湖南社会科学,2013(2):81.

[28]董保华.劳动合同立法的争鸣与思考[M].上海:上海人民出版社,2011:691.

[29]问清泓.共享经济下社会保险制度创新研究[J].社会科学研究,2019(1):90.

[30]MCKAY K L. Reforming unemployment insurance to support income stability and financial security[R/OL].(2017-09-07)[2023-07-10]. https://www.aspeninstitute.org/wp-content/uploads/2017/09/ASPEN_EPIC_UNEMPLOYMENT_INSURANCE_02.pdf.

[31]刘雪华,韩良义,石坚.关于社会保险费费基的国际比较及经验借鉴[J].国际税收,2019(12):6-8.

[32]SPASOVA S, BOUGET D, GHAILANI D, et al. Access to social protection for people working on non-standard contracts and as self-employed in Europe: A study of national policies[R]. Brussels: European Commission, 2017: 49.

[33]U.S. Department of Labor. 2016 Comparison of state unemployment insurance laws[R]. Washington: United States Department of Labor, 2016: 13.

[34]PILLAAR J. Reforming unemployment insurance in the age of non-standard work[J]. Harv. L. & Pol'y Rev, 2018(13): 352.