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

娄宇

摘要：数字商业模式催生的新就业形态从业人员面临着职业伤害风险，但是他们与平台企业的关系难以被认定为传统的劳动关系，这个群体因此也难以被纳入现行的工伤保险制度。工伤保险建立在稳定的劳动关系基础上，该制度的无过错补偿、单位单方面缴费、预防康复与补偿相结合三项原则的法理基础是劳动者对用人单位的人格从属性，社会化经办原则的法理基础是私权的社会化实现。以职业安全风险高的众包网约配送员为研究对象进行分析，可以发现，这个群体与平台之间不存在人格从属性，但是具备社会化的同行业风险共担因素，应当以职工基本医保制度解决医疗待遇问题，再通过社会自治机制解决其他待遇。劳动关系的雇主替代责任建立在雇主指挥权的基础上，因此与职业安全保障密切相关的第三者责任也应当由平台企业负担。

关键词：新业态从业人员；职业伤害保障；工伤保险；从属性；第三者责任

中图分类号：C913.7 文献标识码：A 文章编号：0257-5833 (2021) 06-0020-10

DOI:10.13644/j.cnki.cn31-1112.2021.06.004

作者简介：娄宇，中国政法大学民商经济法学院教授（北京 100088）

一、问题的提出

近年来，数字技术的迅速发展催生了以开放性和平台化为主要特征的数字商业模式，这种模式可以不受空间的限制，高效地匹配服务的供需双方，同时也深刻地影响了企业人力资源管理的方式和劳动力市场的方向。在传统的劳动关系中，劳动者受到用人单位的管理和控制，工作时间和工作场所集中化，并与单位产生了经济上的依赖关系；在数字商业模式中，就业人员自主选择在互联网平台上接受工作任务，与平台的关系较为松散，酬劳按照接单量计算，两者之间的关系介于劳动关系与承揽关系之间，其法律性质模糊。在各类文献中，这类平台的灵活就业人员被称

收稿日期：2021-04-03

^{*} 本文系国家社科基金重点项目“平台经济灵活就业人员社会保险法律制度的构建研究”（项目编号：20AFX024）的阶段性成果。

为“新就业形态从业人员”。

国家信息中心分享经济中心发布的报告显示,2020年,在新冠疫情的冲击下,新业态新模式表现出了巨大的韧性和发展潜力,在促进就业方面发挥了显著的作用,我国平台经济参与者目前已达到8.3亿人,其中服务提供者达到8400万人,同比增长约7.7%,考虑到未来五年宏观经济可能出现的强劲复苏,平台经济的年均增速将保持在10%以上。^①一方面,如此庞大且发展迅速的新业态新模式发掘了社会需求,丰富了就业形式,应当予以肯定并加以扶持;另一方面,我们也不得不看到,数字商业模式虽然改变了企业的管理方式,但是新业态从业人员从事的工作内容与普通劳动者并无区别,同时也可能依赖平台企业维持生计,因此产生了劳动权益保障的需求。而我国的劳动法保障体系是与劳动关系密切联系在一起的,认定了劳动关系就适用所有的劳动保障制度,否则就全部不适用。灵活性的欠缺导致了平台用工领域无法可依,数字商业模式的健康和可持续发展前景堪忧。从我国各级法院处理的相关案件来看,新业态从业人员的需求集中在职业伤害保障方面,包括对从业人员在工作中受到意外伤害的补偿以及对第三人侵权责任的救济方面;从从业群体来看,面临着较高交通风险的网约配送员涉案最多。

2021年年初,人社部在对政协相关提案的答复中称,平台用工方式的特殊性决定了新业态从业人员与平台之间的关系难以被认定为传统的劳动关系,因此包括外卖骑手在内的从业人员无法被纳入现行工伤保险制度,应当“在深入听取各方意见、凝聚更大共识基础上”,创新职业伤害保障模式,维护新业态从业人员的权益。^②就此,在传统的劳动关系对应工伤保险制度的理论框架之外,构建一个适用于新业态从业人员的职业伤害保障制度业已成为当前社会法和社会政策研究中的重要议题,本文拟以平台网约配送员为主要研究对象,从法理基础入手为相关制度的构建建言献策。

二、劳动权益保障制度与新业态从业人员工作的特殊性

劳动权益保障制度适用的起点是劳动关系,这是产生于工业化社会的劳动法确立的一项基本理念,但是在新技术的冲击下,企业用工管理模式发生了深刻的改变,需要探讨各项保障制度与劳动关系各项具体内容的对应关系,让平台灵活用工在灵活的劳动权益保障制度下平稳运行。

(一) 劳动关系与劳动权益保障制度

劳动法上劳动者的典型形象是流水线上的产业工人,这是劳动法产生的时代背景所决定的。第一次和第二次工业革命确立的生产模式具有“生产资料高度集中”、“工作地点高度聚集”、“生产活动高度协作”的特点,^③由此决定了作为劳动法律制度适用起点的劳动关系具有人格从属性和经济从属性的特点,这也是私法性劳动者权益倾斜性保护规范和公法性劳动条件和待遇保障规范的法理基础和制度性范式:由于生产资料集中在雇主手中,劳动力市场的供需关系明显呈现出需方主导市场的特征,因此需要建立旨在维持劳动关系稳定性的劳动合同制度,以及旨在抵御生活风险的医疗保险和养老保险制度、旨在补偿失业者经济损失的经济补偿金和失业保险制度、旨在实现劳动条件和待遇博弈中劳资双方平等的劳动基准制度。由于工作时间和工作地点高度集中,且雇员需要在规章制度和雇主的指挥之下,通过密切合作从事生产活动,因此工作过程中发生的各类意外伤害被逐步纳入到对雇主的苛责之中,行业自治组织运用大数法则为基础的精算法

① 国家信息中心分享经济研究中心:《中国共享经济发展报告(2021)》,国家信息中心网站,http://www.sic.gov.cn/news/557/10779.htm。

② 《人力资源社会保障部对政协十三届全国委员会第三次会议第3301号(社会管理类287号)提案的答复》,人力资源和社会保障部网站,http://www.mohrss.gov.cn//xxgk2020/fdzdgknr/zhgl/jytabl/tadf/202101/t20210113_407557.html,2021-01-13。

③ 闫冬:《社会化小生产与劳动法的制度调适》,《中外法学》2020年第6期。

则构建了工伤保险制度。^①也就是说，各类劳动权益保障制度虽产生于劳动关系，但后者本身尚难以阐释清楚各类制度构建的法理依据，必须将其进一步解构为从属性和经济从属性，开展一种“抽丝剥茧”式的研讨。这种研究方法在劳动法产生之初并无太大必要，因为产业工人持续性地依附于企业，既有人格从属性，也有经济从属性，但是在新技术催生的平台用工领域，唯有此方法才可以实现劳动权益保障制度的灵活性，从而将其精准地适用于各类劳务提供者群体。

为了解决新业态从业人员的劳动权益保障问题，我国社会法学界兴起了一股将雇佣关系“三分法”的趋势，^②现有文献将人格从属性和经济从属性作为两项标准，通过排列组合将各类雇佣关系区分为劳动关系（兼具两类从属性）、纯粹的自雇关系（不具备从属性）、类劳动关系（不具备人格从属性，但具备经济从属性），第三种关系中的劳务提供者被称为“类雇员”。研究者希望通过丰富雇佣关系的类型来促进某些劳动权益保障制度灵活适用。^③这种区分方法的初衷很好，但是存在两大缺陷：第一，“类雇员”概念来源于欧美国家的劳动法理论，各国的劳动权益保障水平与本国的经济、社会发展水平和历史传统相关，^④即便是劳动者对应的权益都千差万别，更遑论新兴的“类雇员”群体，比较法上的概念引入容易引发具体制度的“生吞活剥”。目前这种缺陷已经初见端倪。例如，英国网约车司机主张的多为最低工资和带薪年假，此类诉求在我国出现得极少，因此英国法院对“类雇员”的认定理由并不适宜作为我国网约车司机主张权利的注脚。第二，两种从属性的组合只能产生“三分法”，而劳动权益保障制度的类型成千上万，新业态从业人员也分属不同的行业，对权益的诉求千差万别，“类雇员”的灵活程度依然无法适应各类新业态从业人员权益保障的需要。也就是说，所谓“类雇员”只是赋予了这个群体一个似有还无的身份，为差异化适用劳动权益保障制度提供了一个大方向，但是为了实现精准适用，还需要进一步框定某项制度对应的从属性标准，确定其法理依据。

总之，如果无法确定新业态从业人员与平台之间的关系是否劳动关系，^⑤那么赋予其何种身份并无太多实质意义，充其量只能简化表达方式。在传统劳动争议中，劳务提供者需要主张身份的原因在于劳动关系对应所有的劳动权益保障制度，而在新业态就业中，各国已经达成了准用某些劳动法制度的共识，那么研究应当聚焦于具体的权益制度，而非身份的认定标准。

（二）社会保险建立的法理基础

有关统计报告显示，我国以网约配送员为代表的新业态从业人员的收入普遍较高，但是工作时间长、工作任务繁重、职业风险高，由此导致这个群体呈现出从业时间短、流动性高的特点。^⑥他们的劳动权益诉求主要反映在要求生活保障和职业安全保障方面，其中参保职工社会保险，尤其是提供相当于工伤保险待遇的保障列在首位。应当说，新业态从业人员工作不稳定的状态决定了这个群体并无太长远的打算，他们关注的多为当下的工作风险。事实上，这个群体为平台做出的劳动贡献与劳动者并无本质区别，实然的选择未必是应然的结果。

① 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。

② 在合同法和劳动法学理上，雇佣关系是以时间为要素的劳务提供关系，与以工作的积极成果为标的的承揽关系和以合同双方信赖利益为基础的委托关系并列，劳动关系是具备强烈的约束管理因素的雇佣关系。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。

③ 王倩：《德国法中劳动关系的认定》，《暨南学报（哲学社会科学版）》2017年第6期。

④ Simon Deakin, Gillian Morris, *Labour Law* (Sixth Edition), Oxford: Hart Publishing, 2012, p.172.

⑤ 这里需要警惕的是平台用工中的“隐蔽雇佣”，即平台或其代理商对雇佣劳务提供者进行调度、指派、奖惩等人格从属性较强的管理控制措施，但是却披着“平台众包工作”的外衣，否认劳务提供者的劳动者身份。司法实务采用实质判断标准，即不关注双方的合同名称与内容，而以劳务的实际提供方式来认定。参见王天玉《互联网平台用工的“类雇员”解释路径及其规范体系》，《环球法律评论》2020年第3期。

⑥ 《新业态从业人员劳动权益保护（2020）》，北京义联劳动法援助与研究中心网站，<http://www.yilianlabor.cn/yanjiu/2021/1909.html>, 2021-01-24.

1. 经济从属性

职工社会保险建立在劳动关系的基础上，系工业社会向劳动者提供的一种规避疾病、失能、失业、职业伤害等生活风险和工作风险的手段和机制。雇员长年累月地服务于一个雇主，依靠工作收入维系生存，因此对雇主产生了经济上的依赖性。由于资本相对于劳动力的优势地位，雇员一旦丢掉工作即意味着衣食无着，健康受损和各种原因导致的丧失劳动能力也会造成收入中断和减少，无力供养自己和家人，于是以劳资共担风险为基本特征的社会保险应运而生。也就是说，职工社会保险作为一项经济性劳动权益保障制度产生于经济从属性，但是此项从属性并非劳动关系所特有，稳定的劳务供需关系都可能产生。那么在应然的法理层面，存在经济从属性的工作都应当建立职工社会保险。

如何判断新业态从业人员与平台是否产生了经济从属性？本文主张借鉴我国非全日制用工的确定标准。《劳动合同法》将“每天工作不超过 4 小时，且每周工作累计不超过 24 小时”的用工形式规定为非全日制用工，不强制用人单位为此类劳动者参保职工社会保险，原因即在于工作时间较短的劳动者尚没有与单位形成稳定的经济从属性。^①同理，未来应当将满足全日制用工标准的新业态从业人员作为职工社会保险的参保人，准用《社会保险法》规定的参保流程和待遇发放办法。当然，法理上的考量还需要结合平台经济在我国的发展现状和该行业人力资本的特点。我国数字商业模式的发展速度和规模处于世界领先地位，很多平台运营公司已经闻名世界，政府提出的“鼓励创新、包容审慎”的政策原则意味着管理方式上的鼓励、宽容和审慎，从公共政策的角度来看，应当在一定程度上减轻平台企业的人力成本包袱，发挥其灵活和轻量化运营的优势，因此，可以尝试在全日制新业态从业人员中适用部分社会保险险种。

我国的基本养老保险缴费率高，企业的负担重，未来的发展趋势是降低缴费负担，发展多层次的养老保障体系，那么在现实情况下，没有必要强制新业态从业人员参保职工养老保险；^②失业保险的功能是为失业者提供维持基本生活的资金，^③平台就业提供的工作机会理论上是无穷尽的，新业态从业人员获得工作机会的方式是自愿接单，那么不接单的选择也是自愿的，我国失业保险待遇的领取条件之一是“非因本人意愿中断就业”，因此该险种也无适用的必要。这里真正值得推敲的是医疗保险和工伤保险两个险种。

2. 社会保险的有因式与无因式给付

按照社会保险待遇给付的条件与工作相关与否，可以将社会保险区分为无因式社会保险与有因式社会保险，养老保险和医疗保险的待遇基于老龄化因素和疾病因素发放，属于前一种类型；工伤保险和失业保险基于工作发生的意外事故，以及在具备劳动能力的前提下失去工作机会，属于后一种类型。虽然我国现行的职工社会保险与劳动关系挂钩，但是并非所有的险种都是基于工作原因发放待遇，如果综合上述的经济从属性决定参保资格的论断，以及各险种功能的分析，就不难得出新业态从业人员适宜参保职工医疗保险的结论。

能够为新业态从业人员提供意外事故保障的险种是医疗保险和工伤保险。医疗保险提供的待遇是疾病的诊断和治疗，而疾病的发生原因不在考虑之列；工伤保险提供的待遇比医疗保险优厚，除了全额支付诊疗费用之外，还包括基金支付的康复费用、伤残待遇、工亡待遇以及用人单位支付的住院伙食补助、异地诊疗的食宿费用、病假期工资与护理费用、一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金，等等。但是，传统的工伤认定标准遵循“三工原则”，即只对工作时间、工作场所、因工作原因造成的意外伤害给付待遇。互联网就业的“移动性”决定了新就业形态没有固定的工作场所，或者工作场所与生活场所交织在一起，而“自主性”决定了工作时间由

① 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3期。http://www.cnki.net

② 林义：《中国多层次养老保险的制度创新与路径优化》，《社会保障评论》2017年第1期。

③ 程惠霞：《失业保险制度促进就业功能的发挥及递进研究》，《社会保障评论》2018年第4期。

从业人员自行决定，^①那么工伤认定标准无法适用。事实上，即使是普通劳动者的工伤认定标准都很难实现统一和“同案同判”，要为新业态从业人员确定工伤标准更是一件费时又费力的事情。因此，医疗保险以及其他无因式给付的保障制度才是解决新就业形态人员职业伤害问题的理想途径。

三、工伤保险与新业态从业人员职业伤害保障制度的法理基础

工伤保险建立在稳定的劳动关系基础上，脱离开这个基础建立的工伤事故认定和待遇给付体系不仅会冗长繁复、难以掌握，而且会顾此失彼、难以自圆其说，从而演变成一项无因式的意外事故保障制度，一方面与医疗保险的功能重合，另一方面让平台企业承担没有法理依据的责任。考虑到新业态从业人员具备与劳动者类似的社会共同体特征，应当深入发掘社会法法律制度的优越性，建立一个社会法意义上的职业伤害保障体系。

（一）工伤保险建立的法理基础

工伤保险是在对侵权责任法批判的基础上建立起来的，该制度的三大原则是无过错补偿，单位单方面缴费，预防、康复与补偿相结合，这些原则都植根于工业社会劳动关系的人格从属性特征，而该特征在平台用工中表现得不甚明确，从而导致传统工伤保险很难应用于新就业形态从业群体。

1. 人格从属性

作为劳动关系本质特征的人格从属性有两层含义：一是雇员的工作时间被用人单位占据，此谓之劳动关系的时间要素，雇员选择为雇主劳动虽然是自由的，但是一旦建立了劳动关系，即向后者出卖了工作时间，劳动会将工作时间和私人时间严格切分开，后者可以要求独占前者的工作时间，劳动法上的禁止建立多重劳动关系制度即出于此原因，考勤制度和工资报酬按照时间结算的制度亦出于此。二是雇员的劳动听命于雇主，此谓之劳动关系的控制要素，后者通过制定规章制度和发送指挥权来为前者安排工作，在很大程度上，后者付出的劳动都是前者意志的体现，而非“自主性劳动”。^②当然，提供工作机会一方有权依据工作的性质决定采取何种劳务提供方式，劳动关系只是具备强烈人身属性的一种劳务提供方式，工作提供方往往会在难以要求劳务提供方保障工作的积极成果时，采用这种独占时间和控制流程的方式，但是一旦采用之，即需要受到采倾斜保护和强制执行理念的劳动法的调整。在此意义上，劳动关系已经偏离了契约关系的意思自治原则，成为强制性法律侵入私人之间劳务交易的一个典型领域。

2. 工伤三原则法理基础

雇员在劳动过程中受到的人身侵害属于侵权损害的范畴，但是产生于人身属性强烈的劳动关系履行过程中，由于时间要素和控制要素的影响，雇员的劳动已经不再是与雇主进行财务的交易，而是附着于人身的劳动力的交易。这意味着，雇员在雇主可控的时间和工作流程中受到的侵害都可以归责于雇主，随着工伤保险立法理念从工具理性逐步向实质理性转变，基于工作安排直接或间接产生的伤害都被纳入到工伤的范围。但是，这些突破都以人格从属性为前提，并由此发展出了工伤保险的三大原则。

无过错补偿原则意为无论职工是否有过错，即便是违反企业操作规程行为导致的伤害都可认定为工伤，除非是故意自残自伤。具备人格从属性的劳动是由雇主意志组织的经营生产活动，工作时间和场所都由其确定，那么也需要履行保障此活动全过程安全的义务，雇主只能够通过业务培训和企业内部奖惩措施来促进安全生产，而不能要求雇员自担损失。既然雇主承担了安全保障义务，那么违反此义务的责任也应当由其承担，为了分担责任，工伤保险采取了雇主单方缴费原

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. <http://www.cnki.net>

① 邱婕：《灵活就业：数字经济浪潮下的人与社会》，中国工人出版社2020年版，第148—150页。

② Christian Rolfs u.a. (Hrsg.), *Arbeitsrecht*, München: C.H. Beck, 2017, BGB 611a, Rn.1f.

则，这是与雇主责任相一致的。同时，为了鼓励雇主采取积极措施保障工作安全，减少工伤事故的发生，工伤保险采用浮动费率；为了促进职工早日康复并使之重新走上工作岗位，工伤保险也将康复视为与补偿等同的措施，由此确定了预防、康复与补偿相结合的原则。不难发现，前两项原则纯粹基于人格从属性产生，系时间要素和控制要素导致的必然结果，第三项原则中的康复措施与经济从属性有一定关系，但是预防与补偿措施仍然受到了人格从属性的影响。

随着实质理性的推进，工伤事故呈现出“客观性”和“间接性”的特点。^①首先，突破了工作时间和工作场所。例如，世界各国都将上下班通勤中发生的交通事故也列为工伤的范围，司法实践中甚至将为完成工作而进行的必要生活活动，比如饮食、休息等活动中发生的伤害都可以认定为工伤。其次，突破了工作原因。例如，我国《工伤保险条例》将在工作时间和工作岗位上突发疾病死亡，或抢救无效48小时内死亡的也视为工伤。最后，突破了劳动者主体。例如，我国多地都将在用人单位实习的大中专在校生作为工伤保险的参保主体，最高院出台的司法解释中也要求土木、建筑行业的从业人员参保工伤保险。似乎工伤的认定呈现出一种随意扩展的趋势，笔者认为，这些扩展仍然在人格从属性的范围之内，正是由于工作时间和工作场所的雇主可控性，工伤的类型才实现了有限度的拓展，意外事故才可以间接地归于工作，这并未对工伤认定造成太大的困难。同理，前述的非全日制劳动者虽然工作时间短，不能基于经济从属性强制参养老保险和医疗保险，但是由于人格从属性的存在，纳入工伤保险之中也不存在障碍。

（二）新业态从业人员职业伤害保障制度的法理基础

传统工伤保险的基本原则难以适用于新业态从业人员，原因就在于人格从属性的缺失。新业态从业人员可以随时随地在网络平台注册，借助移动互联网与平台企业交流信息，因此工作时间灵活，工作场所不固定，工作行为与生活活动混淆不分，平台企业不可能像传统雇主那样控制这些网约工作。如果将传统工伤保险的认定法则适用之，则会产生大量难以解释的悖论。

有学者曾列举了这样的情形：如甲在某地服务中介平台联系到个体家政工乙，请乙到甲家中做保洁，乙在做保洁时不慎跌伤，乙与服务平台仅为中介关系，要求平台承担用工主体责任实际上是要求其负担难以实施的劳动控制行为，任何一家平台都将难以为继。又如，外卖配送员甲送完一单之后关闭某一平台软件，但其后发生了意外事故，甲主张是回家途中发生的事故，要求认定工伤，又当如何处理？^②“48小时”工伤条款的适用恐怕问题更多，假如配送员在多家平台接单工作之后猝死，应当归责于哪一家平台企业？就工伤认定实务而言，这些悖论是致命的，无疑会大大加重工伤认定机关的负担，即使勉强做出认定，恐也难以统一标准，削弱行政确认行为的权威性。事实上，山东潍坊、江苏南通和太仓等地多年前即已作为试点推行过灵活就业人员参保工伤保险的办法，有的采用了单独建立基金的办法，有的与职工工伤保险合并实施，但是效果并不理想，有因式给付的工伤保险演变成了无因式的、待遇更加优厚的医疗保险，无视法理依据的后果就是两个险种的功能混淆并发生了一定的重合，如果考虑到灵活就业人员还可以自愿参保职工医保，那么很多人实际上是参加了两份医疗保险。

新业态从业人员的身份是没有用人单位或者不能明确用人单位的灵活就业人员。基于较低的人格从属性，传统的工伤保险不应当成为这个群体的选择。本文主张一方面肯定其弱者性和保障需求，另一方面在重视法理和平台灵活用工基本特征的基础上创新职业伤害保障制度。

首先，经济从属性是强制参保职工医疗保险的法理基础。满足全日制用工标准的长时网约工应当强制参保基本医疗保险，由平台企业和网约工共同缴费，这是前文所述的经济从属性决定的。有鉴于医疗保险与工伤保险的待遇目录相同，此举可以有效解决所有事故伤害的诊断和治疗费用。

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. <http://www.cnki.net>

① 冯彦君：《劳动法上“合理”的多重意蕴及其应用》，《中国法学》2018年第5期。

② 王天玉：《新业态就业中的“单工伤保险”》，《中国社会科学报》2021年3月31日。

其次，社会自治是实施预防、康复措施的法理基础。自由接单、自主安排工作时间是平台用工的基本特征，缺失了时间要素的工作也无法要求用工单位承担意外事故预防的职能。在这个问题上，本文主张回溯到社会保险最初的社会自治形态，由同行业工人自愿加入保障组织，并强制缴费形成基金，由基金负担医疗保险无法负担的、相当于工伤待遇的内容，而有鉴于康复措施与经济从属性有一定关联，可以要求具备此特征的平台企业和就业人员共同承担。^①

（三）对第三人侵权责任的雇主替代责任

交通运输行业的新业态从业人员往往容易对第三人造成人身伤害，网约车辆一般都投保了机动车交通事故责任强制保险，这个问题不甚严重，较为严重的是平台配送员，他们骑行电动车速度快、逆行、穿插抢行的现象多发，对第三人的侵权事故频发，承担相关的赔偿责任也是广义职业安全保障的内容之一。

根据我国《民法典》的相关规定，用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，单位承担侵权责任；承担责任之后，可向有故意或重大过失的工作人员追偿。该条款被认为是确立了第三人侵权责任的雇主替代责任，由于人格从属性的影响，雇员的劳动是雇主意志的体现，而雇主安排生产经营活动时需要兼顾第三人的安全，因此劳动过程中对第三人的侵害原则上可归责于雇主，但是如果作为受害者的雇员过失较重，则主观致害因素强于了雇主生产经营的注意义务，此时则应责难于雇员，考虑到劳资双方经济能力的强弱，法律设计了先由雇主承担责任，而后向雇员追偿的制度。^②但是该条款表述中没有使用劳动者的概念，而采用了内涵更为宽泛的“工作人员”，原因在于在雇主指挥权下工作的不只有建立了稳定劳动关系的劳动者，同时也包括各类其他工作人员。

新业态从业人员自主选择接单，不存在类似于劳动关系中雇主安排的工作时间，但是他们同样在平台的指挥下工作，而且随着移动互联网、卫星定位、系统算法等新技术的引入，平台对从业人员的监控更甚于普通劳动者。^③平台企业不能为了追求工作绩效，过于苛求从业人员，理应承担网约工作对第三人造成的侵害责任，或在从业人员过错责任高于指挥权带来的注意责任时给予先行给付。因此，相关从业人员对第三人的侵权责任准用《民法典》中确立的雇主替代责任条款是具备法理基础的。

四、新业态从业人员职业伤害保障制度的构建

新就业形态涉及交通运输、物流配送、家政服务、娱乐休闲等多个产业领域，工作性质不同、平台管理的模式也有差异，各类从业人员对职业伤害保障有着不同的需求。因此，构建相关制度时不仅要依托于法理，更需要尊重互联网平台新就业形态的发展现状与发展规律，并在我国现行的劳动和社会保障法律制度框架下谨慎妥善为之。

外卖骑手是从事平台配送服务的网约工，可分为“专职”和“众包”两种，前者是与平台企业或者代理商签订劳动合同的劳动者，后者以个人方式参与平台配送，接单获取报酬，自己购买保险。目前绝大多数骑手都属于“众包”，虽然名为兼职，但是他们的工作时间并不短，而且以该份工作收入为主要收入来源。2017年9月，人社部印发的《关于公布国家职业资格目录的通知》中赋予了“外卖骑手”一个规范职业的称谓——“网约配送员”，正式将其作为一个新职业纳入了国家职业分类。众包网约配送员交通事故多发、职业伤害严重，目前已经被人社部列为职

① 社会保险源于中世纪欧洲各国高风险职业的工人自发组织的疾病基金会组织，他们自愿加入成为该组织成员，但是作为成员必须向一项基金捐助，当其他成员患疾病或者遭遇职业伤害时，由基金支付医疗费用。这种基金经办方式没有雇主的参与，完全依赖同行业工人自愿加入和加入之后的强制供款。参见娄宇《网约工意外伤害保障构想》，《中国社会保障》2021年第2期。1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. <http://www.cnki.net>

② 郑晓剑：《揭开雇主“替代责任”的面纱——兼论〈侵权责任法〉第34条之解释论基础》，《比较法研究》2014年第2期。

③ 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。

业伤害保障计划的重点人群，下文将以该人群为例探讨新业态从业人员职业伤害保障制度构建的相关问题。

（一）参保资格

工伤保险是建立在具有稳定劳动关系基础上的社会保障制度。近几年来，我国学界对众包网约工的工作性质开展了大量的探讨，目前基本上形成了“介乎于劳动关系与承揽关系之间的非典型性劳务提供关系”的共识，国外劳动社会保障学界和实务界将这个人群界定为“类雇员”，作为类推适用部分劳动权益保障制度的一个抓手。^①不成立劳动关系，不纳入现行的工伤保险制度，此意见也已经得到了我国人社部官方的认可，出现在了前述的对全国政协提案的答复中。目前，多数平台企业都通过商业保险为众包配送员实现了职业安全保障，但是这种保障仅仅解决了“有没有”的问题，还远没有达到“好”的程度，主要问题表现在三个方面：首先，没有强制的参保安排，平台之间和行业之间的保障程度相差较大；其次，没有法律安排的经办体制和财政补贴，保障水平与工伤保险相比整体偏低；最后，不少平台都通过格式条款要求配送员同时承担自身的意外事故保障责任和对第三人的侵权责任，疏于履行基于经济从属性和指挥权形成的雇主责任。

本文主张参照《劳动合同法》确定的全日制用工标准，将与平台形成经济从属性的长时网约配送员作为基本医疗保险的强制参保人，通过医疗保险的无因式补偿解决意外事故的大部分诊疗费用问题，再通过自愿参保的行业自保措施解决其他相当于工伤保险的待遇问题。

1. 基本医保的强制参保

网约配送员自主登录系统并接单，每一单工作都是独立的，工作时间割裂，如何适用普通劳动关系的全日制用工标准？笔者的观点是，经济从属性应当遵循实质性标准和客观性标准，在一个计算单位内（即法律上的一天和一周）割裂的工作时间和连续发生的工作时间并无本质区别，同样可以作为认定与平台形成经济从属关系的依据。从另一个角度而言，为了实现接单和配送的及时性、提升客户的体验效果，平台也必然会维持足够多的派送员数量，类似于劳动力市场上的劳资博弈也存在于平台用工领域，合并计算的、足够长的工作时间成为维系正常、高效的平台用工所不可或缺的因素。由此适用劳动法上的全日制用工标准具备了法理正当性。在具体操作的层面上，平台企业拥有的大数据存储功能为确定强制参保资格提供了可能性。未来可以将接单开始至配送完成的时间作为工作时间，在单一平台的工作时间达到全日制用工标准的配送员作为职工医保的强制参保人，由平台和配送员按照《社会保险法》规定的比例共同缴纳保费参保。

网约配送员的职业稳定性不高，除了工作强度高之外，缺乏与其他工作的有效衔接，导致很多网约工仅把这份工作作为临时工作。我国职工医保的缴费年限可以累计计算，满足退休条件并达到累计医保缴费年限时，可以免缴费继续参保职工医保，这对离职率较高的配送员而言具备较强的激励效应，有利于提高职业粘度、增加职业认同感。此处值得一提的是，短时配送员，即达不到全日制用工标准的配送员如何解决医疗费用问题？相关统计数据显示，物流行业的外卖派送员、快递员短时工比例非常小，几乎可以忽略不计，因此单独讨论该问题的意义并不大。

2. 自愿参保的行业自保

工伤保险提供三类待遇：由基金全面支付的诊断和治疗费用；视伤残等级，由基金和用人单位各自支付的伤残康复性治疗、辅助器具、生活护理、一次性伤残补助金、伤残津贴、丧葬补助金等工伤之后的善后费用；由用人单位支付的停工期间的工资福利和护理费用。网约配送员自主接单，此性质决定了基于人格从属性产生的第三类待遇不能适用于配送员，原因在于工作的自主性决定了停工的损失也应当自担。需要进一步探讨的是第一类待遇中医保不能支付的部分费用和

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. <http://www.cnki.net>

^① Miriam Cherry, Antonio Aloisi, "Dependent Contractors in the Gig Economy: A Comparative Approach", *American University Law Review*, 66(3), 2017.

第二类待遇的费用由哪一方来承担。在传统工伤保险制度中，劳动关系具备的人格从属性和经济从属性决定了这些都是雇主的责任范围，分别由分摊雇主责任的基金和雇主自己来承担，而在平台用工中，人格从属性部分缺失，经济从属性可能存在，那么由平台企业和配送员分别承担应当是一个更为公平合理的选择。

在机制上，德国灵活就业人员的意外事故保障制度值得借鉴。由于无法认定人格从属性，德国为这个人群开发了“半强制”的参保措施：允许同一行业具备相同风险的灵活就业人员成立同行业工会，可以自愿加入成为工会成员，但是一旦成为成员就要强制参保意外事故保险，各行业工会在章程中规定了保障范围和参保办法，通过社会自治的机制解决意外事故导致停工的生计问题和护理问题。^①

我国未来可以在网约配送员这一类职业意外事故风险较大的平台用工群体中率先引入行业工会制度，通过行业自保的方式妥善解决灵活就业中同样存在的停工待遇问题；由经济从属性决定的伤残康复性治疗费用也可以通过这个机制来筹集，可以尝试推行由配送员自主选择的保障计划，一旦选择，则由工会强制平台与其分摊保费，由基金支付诊疗措施之外的意外事故善后费用。鉴于行业工会缺乏经办能力，社会保险中大量采用的委托商业保险机构承办也不失为一条创新举措。

另外，考虑到大量意外事故都与平台算法支持的派单规则有关，系严苛的奖惩措施压缩工作时间、恶化工作条件所致，行业工会组织还可以就相关规则和对应的条件与平台企业开展谈判。这一机制可以发挥行业自律的功能，通过行业工会制定并监督履行职业伤害预防措施，有效降低事故发生率。

（二）征缴与待遇

在基于劳动关系建立的社会保险制度中，由用人单位为其职工向社会保险经办机构申请办理社会保险登记，经经办机构核定，用人单位自行申报、按时足额缴纳社会保险费，职工缴纳的部分由用人单位代扣代缴，征收机构在足额征收之后将缴费情况定期告知用人单位和职工个人。在平台用工中，网约工的收入按照接单量计算，定期由平台支付，社会保险费按月征缴的机制似乎难以适用。事实上，平台工作同样可以定期累计计算工作时间，结合平台收入的结算方式，与全日制用工标准相统一，未来可以要求平台企业在支付的每一单报酬中预先扣留职工医保的费用，统计该月达到全日制标准的配送员收入，按照缴费标准代扣代缴。由于平台企业广泛应用大数据技术，与传统行业相比，在统计和计算缴费个人和缴费基数时更加具有精准的优势，这将为核定机构和征缴机构节省大量的人力物力。

传统社会保险制度处理工伤事故的程序是首先由用人单位申报工伤，认定工伤前发生的费用，先由用人单位垫付；认定工伤后，对已经发生的治疗费用，由用人单位与经办机构结算；继续发生的住院治疗费用由医疗机构与经办机构结算。按照本文设计的网约配送员职业意外事故保障制度，无须认定工伤，直接可以按照职工基本医保的待遇给付办法实施门诊和住院诊疗措施，此举将会大大减轻工伤认定机构的工作压力，也将降低平台企业的负担。其他待遇可以适时申报同行业工会保险经办机构，依次领取。

（三）对第三人侵权责任制度的构建

网约配送员发生交通事故时往往自身和第三人都受到了人身损害，某些平台基于此类风险的同质性，要求众包骑手自行投保商业个人意外保险和第三者责任险的集合险，当骑手在保险期限内遭受意外伤害或造成他人损失，保险公司按照保险合同的约定向众包骑手或受益人支付保险金。^②此参保办法实际上让配送员自行承担了对第三人的侵权责任。目前平台企业广泛采用系

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. <http://www.cnki.net>

① Raimund Waltermann, *Sozialrecht*, 14. Aufl., Heidelberg, C.F. Müller, 2020, S.170.

② 对此可参见美团网的骑手招募广告, <http://i.meituan.com/peisong/rider>, 2021-04-03。

统算法压低配送时间、提高工作强度，如果法律不要求其承担交通事故责任，算法将会更加肆无忌惮，提升配送服务体验和承担侵权责任的双重压力都落在了配送员一方，“外卖骑手困在系统里”的悲剧在所难免。^①

基于用人单位指挥权的法理依据，未来应当将《民法典》中雇主替代责任的规定适用于网约配送员在工作过程中对他人造成的损害。与平台企业形成经济从属性的长时配送员在接单工作中造成的侵权责任应当由平台承担，承担之后再依据过错程度向配送员追偿，平台可以通过商业责任保险机制分摊风险，但需要单方负担保费。责任保险机制的浮动费率设计有利于督促平台企业加强安全监督管理，尽量减少事故的发生，同时也有利于改善配送员的工作条件。鉴于《民法典》已经确立了完善的法律制度框架，此规定以司法解释的方式颁布即可。

我国某些地方法院已经意识到了以不存在劳动关系为由要求网约配送员承担侵权责任的这种做法不甚合理，例如在“饿了么”骑手撞人案件中，北京朝阳法院认为，骑手虽然没有与该平台所属的企业建立劳动关系，但是身着平台的工服并携带平台统一配备的送餐箱，要求受害人追究该骑手与平台企业之间的真实法律关系再去追偿，显然加重了诉讼负担，而且无论是众包骑手还是专职骑手，平台企业都是相关经营业务的最终受益人，因此只要在送餐过程中造成他人损害，企业都应当承担相应责任。^②虽然该法院在判决理由中没有说明适用了哪个条款，但是已经可以比较明显地解读出雇主替代责任的内容。

结 语

大工业生产模式中产生了产业工人，诞生了以保障劳动者权益为价值取向的劳动法，数字商业模式催生了新业态从业人员，不能要求社会实践“削足适履”地去适应上一个时代的法律制度。与网约工作特征相匹配的职业伤害保障是新业态从业人员，尤其是以众包网约配送员为代表的高风险网约工群体最棘手、最紧迫的需求。本文的观点可以总结为：细分基于人格从属性和经济从属性建立的劳动权益保障制度，在扬弃中创新职工基本医疗保险制度的结构性特征，回归行业自治的职业伤害救济制度，扩大雇主替代责任制度的司法适用。

（责任编辑：薛立勇）

① 赖祐萱：《外卖骑手，困在系统里》，《人物》杂志官方账号，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1677231323622016633&wfr=spider&from=qq-20201204C01>。China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. <http://www.cnki.net>

② 对此可参见《“饿了么”骑手送餐撞人致十级伤残，公司被判赔偿 27 万》，腾讯网，<https://new.qq.com/rain/a/20201222a0ciw000>，2021-04-01。