

平台经济从业者 社会保险法律制度的构建

娄宇*

内容提要：为平台经济从业者构建社会保险制度，可以为提供合理的基本生存保障，促进平台经济和谐健康发展。引入“类雇员”概念可以为网约工提供类似于劳动者的保障，但是需要结合我国的立法和司法实践，通过分项处理劳动福利制度克服劳动关系认定规则较低的可预见性。网约工对平台企业的经济从属性以及基本权利的辐射效力，可以作为这个群体强制参保社会保险以及“拆包”参保各险种的理论依据。工作时长取自我国现行立法，体现了经济从属性的程度，可以作为网约工强制参保职工社会保险的标准。社会保险各险种对应的基本权利类型有别。基本医疗保险保障了作为核心权利的生命权和健康权，网约工应当强制参保职工基本医疗保险，通过该制度的无过错支付设计和商业意外事故险部分地补偿工作伤害导致的损失。基本养老保险和失业保险不应当作为强制网约工参保的险种，但是应当通过重复保险的基本原理解决网约工以不同身份参保基本养老保险和基本医疗保险之后的待遇给付问题。

关键词：平台经济从业者 劳动关系 就业关系 社会保险 重复保险

官方公布的数据显示，2018年我国平台经济规模持续扩大，参与提供服务者（即“网约工”）〔1〕人数已达到7500万人，并且近几年来该数字一直以15%左右的速度迅速增长。〔2〕

* 中国政法大学民商经济法学院副教授。

本文为作者主持的中国政法大学第六批青年教师学术创新团队（19CXTD08）、中国政法大学“优秀中青年教师培养支持计划”（DSJCXZ180418）的研究成果。

〔1〕“网约工”“众包工作者”“平台经济（共享经济）从业者”是移动互联网时代涌现的新名词，这几个概念在共享经济的大背景下有着近似的所指。一般而言，依托网络平台提供各种服务的从业人员被称为“网约工”；一个单位把过去由员工执行的工作任务以自由自愿的形式外包给非特定的承包者，这种承包者被称为“众包工作者”。由于众包工作目前大多通过移动互联网程序发放，所以很多“网约工”就是“众包工作者”，也就是所谓的“平台经济（共享经济）从业者”。本文不对这三个概念进行细分，统一使用“平台经济从业者”或者“网约工”的称谓。

〔2〕参见国家信息中心：《中国共享经济发展年度报告（2019）》，<http://www.sic.gov.cn/archiver/SIC/UpFile/Files/Default/20190301115908284438.pdf>，2019年11月29日最后访问。

据预测，到2020年，在平台经济中提供劳务者人数有望突破1亿，其中全职参与者可以达到2000万人的规模。^{〔3〕}虽然我国各类就业人口数达到7.7亿，网约工占就业人口的比例并不是很高，但是这个绝对数量已经足够大，而且网约工群体多聚集在大中型城市，分布集中，因此这个群体的各类诉求不容小觑。

平台经济领域的就业模式发生了从“组织+雇员”向“平台+个体”的转变，因此从业人员与平台之间的关系业已成为劳动法实务界的难题，在相关案件中各方当事人对于劳动关系是否建立的争议比比皆是，^{〔4〕}而劳动法和社会保险法的理论供给却明显不足。按照劳动法和社会保险法的基本原理和实务操作规则，劳动关系与劳动者的权益保障捆绑在一起，这种“全有或全无”的法律制度设计造成了网约工与平台之间的紧张关系，司法机关面临的审判压力也很大：一旦认定了劳动关系，社会保险关系就随之而来，这对平台企业运营成本的影响巨大，似乎也与我国大力发展“互联网+”和平台经济的政策方针相悖；若不认定劳动关系，网约工群体就面临着“劳动合同不签”“社会保险不缴”“劳动保障不到位”的“三不”现象，成为了“权益隐形人”，而从工作性质来看，这个群体与普通劳动者又有类似之处，也应当得到劳动法和社会保险法的某些保护。

中共十九大报告指出，我国社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾。于制度层面，我们需要回应如何通过法治建立健全“覆盖全民、城乡统筹、权责清晰、保障适度、可持续的多层次社会保障体系”，而为规模庞大的平台经济从业人员构建合适的社会保险法律制度，关系到该体系的最终实现。2017年，国家发改委等八个部门印发了《关于促进分享经济发展的指导性意见》（发改高技〔2017〕1245号），提出“研究完善适应分享经济特点的灵活就业人员社会保险参保缴费措施，切实加强劳动者权益保障”的要求；2019年，国务院办公厅发布了《关于促进平台经济规范健康发展的指导意见》（国办发〔2019〕38号），明确要求保护平台从业人员的权益，并要求相关部门“抓紧研究完善平台用工和灵活就业等从业人员社保政策，开展职业伤害保障试点，积极推进全民参保计划，引导更多从业人员参保”。可以预见，平台经济从业人员的社会保险法律制度必然成为社会法实务界和理论界关注的热点问题和重点问题，本文拟就此制度开展设计和论证。

一、社会保险关系与劳动关系的“捆绑”与“松绑”

建立社会保险法律体系，通过保险的大数法则筹集和发放资金，为劳动者提供克服生、老、病、死、工伤事故等风险的保障机制，已经成为当今世界上很多国家都采用的一项社会法制度。虽然各国社会保险体系中含有的险种不尽相同，筹资和经办的方式也各有差异，但是强制劳动者和用人单位参保社会保险并足额缴费是共通的做法。通过立法建立社会保

〔3〕 参见国家统计局人口和就业统计司：《2017年中国人口和就业统计年鉴》，中国统计出版社2017年版，第77页。

〔4〕 根据北京市朝阳区人民法院公布的数据，2015年至2018年第一季度，该院共受理188件互联网平台用工劳动争议案件，在84.2%的案件中双方当事人对于是否建立了劳动关系都存在争议。参见北京市朝阳区人民法院：《互联网平台用工劳动争议审判白皮书暨典型案例发布新闻通报会》，<https://www.chinacourt.org/chat/chat/2018/04/id/49414.shtml>，2019年11月29日最后访问。

险制度,最初是为了解决产业工人的后顾之忧并稳定社会秩序,但是随着人们对社会风险本质以及对社会保险功能的认识的深化,原本建立在劳动关系基础上的社会保险关系逐步扩展到建立在就业关系的基础上,在社会保险制度中强制参保的主体不断扩大,社会保险制度覆盖的人群也越来越广泛。

(一) 社会保险关系与劳动关系、就业关系的关联性

虽然劳动关系是劳动法上最基本、最核心的概念,但是从各国立法例来看,多数国家没有在法律中明确规定劳动关系的特征。^{〔5〕}按照劳动法学通说,劳动关系是私法性质的被允诺的劳动给付法律关系,必须通过雇主的指示来提供,其另一个称谓是“非自主性劳动”,具备人格从属性和经济从属性的特征。^{〔6〕}社会保险法律关系作为带有强制性特征的公法法律关系,其与劳动关系相对接,需要一个合适的“转接口”,这个转接口是劳动关系的经济从属性。但是,并非只有劳动关系才有经济从属性,很多自主性劳动也具备这个性质,这就为社会保险制度覆盖到劳动关系以外的法律关系提供了理论依据。

1. 我国立法与法律解释现状

社会保险法上的保险义务(即社会保险强制参保关系)首先与从事依附性劳动相联系,这是社会保险关系产生的起点,由此形成了社会保险关系与劳动关系的“捆绑”状态。我国社会保险法规定,各项社会保险的强制参保人是职工。按照相关法律解释,职工是与用人单位相对的概念,应该是除公务员和参照公务员法进行管理以外的所有用人单位的劳动者,^{〔7〕}包括企业、民办非企业单位、有雇工的个体工商户的职工,也包括机关、团体、事业单位中签订劳动合同或者聘任合同的人员。仅就字面而言,职工概念的内涵与外延似乎难以与劳动者划等号,这在某种程度上体现了我国立法者的智慧:在社会法实践中存在一些社会保险法上保险义务的主体,但其却并非劳动者;亦存在一些劳动者,但其却并非社会保险义务的主体。前者的实例如在用人单位实习的大中专学生,在校学生不具备劳动者身份,却被要求参加工伤保险;^{〔8〕}后者的实例如非全日制从业人员,他们与用人单位建立了劳动关系,但是不强制参保除工伤保险之外的其他社会保险险种。^{〔9〕}

我国立法者显然已经意识到,劳动法意义上的劳动者和社会保险法意义上的职工虽然在大多数情况下是重合的,但是仍然具有各自的目标人群所指。因此,在社会保险法上创造一个“职工”的概念,可以为未来的立法创设足够的空间,将越来越多的非劳动者纳入

〔5〕 德国民法典新修订的第611a条以描述和列举的方式界定了劳动关系,但是饱受批评,其未来的发展方向尚未可知。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141页以下。

〔6〕 参见〔德〕雷蒙德·瓦尔特曼:《德国劳动法》,沈建峰译,法律出版社2014年版,第47页。

〔7〕 我国社会保险法中只在基本养老保险制度中明确排除了公务员和参照公务员管理的工作人员,而在基本医疗保险(包括生育保险)、工伤保险、失业保险中,却都没有明确排除此类人员。但是,按照上下文解释的原理,其他险种中也应当明确排除这些人员。参见郑功成主编:《中华人民共和国社会保险法释义与适用指引》,中国劳动社会保障出版社2012年版,第35页。

〔8〕 目前,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。参见贵州省人社厅发布的《关于大中专院校、技工学校、职业高中等学校学生实习期间参加工伤保险的意见》(黔人社厅发〔2013〕81号);浙江省人大常委会颁布的《浙江省工伤保险条例》(浙江省人民代表大会常务委员会公告第64号)等。

〔9〕 按照相关规定,从事非全日制工作的劳动者以个人身份自愿参加基本养老保险和基本医疗保险,是否参保失业保险各地规定不一致,但是必须参保工伤保险,由用人单位缴纳工伤保险费。参见《劳动和社会保障部关于非全日制用工若干问题的意见》(劳社部发〔2003〕12号)。

到社会保险的强制参保者之列。当然，强制参保义务肯定首先是与劳动关系挂钩的，将建立劳动关系的劳动者作为职工在大多数情况下都不会出错，而社会法学研究的使命则是探究劳动关系中的哪种性质产生了强制参保社会保险的结果；反过来，这种性质是否是劳动关系所特有，是否其他社会关系也具有这种性质，从而产生了让社会保险关系与劳动关系“松绑”的结果。这将是一项存在于理论层面上的论证，并不会在法律实践层面上产生权利义务配置的国别差异性。因此，可以将研究的视野放至寰球，寻找外国理论中的有益成分。

2. “类雇员”带来的新问题

在德国的社会法理论中，劳动关系是适用劳动法的出发点，而就业关系则是适用社会保险法的出发点。两者的内涵和外延大致相同。德国社会法典第六册（法定养老）中规定，就业系非自主性劳动，特别是在劳动关系之中的劳动。据此，公法性的社会保险关系和劳动法上的制度设计产生联系。就业关系在本质上与劳动关系一致，但是又不完全等同于劳动关系。^[10]按照德国传统的劳动法理论，已经结束的劳动关系可以延续社会保险关系，而已经确定建立的劳动关系即使没有真正开展，也会产生社会保险关系。例如，根据德国联邦社会法院的判决，雇主提前解除劳动合同需要预告，合同解除之时劳动关系即结束，雇主不再向劳动者支付工资，但是自合同解除之时至预告期结束之前仍然存在社会保险关系。^[11]该法院还曾在另一个判决中指出，雇员因接受工作培训而没有实际提供劳动，也存在社会保险关系。^[12]这些社会保险关系与劳动关系并不严格对应的特例表明，社会保险制度要保障的人群除了普通劳动者之外，还应当包括某些具备特定属性的群体，这些群体的某些性质与普通劳动者相同，因此也产生了强制参保社会保险的必要。^[13]

德国社会法典第四册（社会保险总则）等法律规定，“社会保险关系是非独立性工作关系”，似乎社会保险关系与劳动关系并无本质区别。但是在现代社会中，新型的信息交互技术层出不穷，雇主的指挥权不再需要面对面地向工作者发出，非独立性工作与独立性工作之间的界限越来越模糊，在实践中很难将二者清晰区分开来，传统工业社会的劳动关系教义学内容在解释现代社会的劳动关系和承揽关系的界限时捉襟见肘。因此，很多劳动法文献都尝试沿着细化人格从属性的标准去解决这一问题，并提出“第三类劳动者”的概念来突破劳动关系和非劳动关系（主要是承揽关系）的“楚河汉界”；^[14]亦有文献将其称为“类雇员”。^[15]这类尝试的主要依据是德国劳动法对劳动者的“三分法”，即从人格从属性和经济从属性出发，经济 and 人格都独立的为自雇者，人格独立但经济上有从属性的为“类雇员”，人格不独立的则为雇员。“类雇员”对雇主并不具有人格从属性，但是他们有两个

[10] 参见前引〔6〕，瓦尔特曼书，第45页。

[11] BSGE 36, 161 (163f.); BSGE 52, 152 (155f.).

[12] BSGE 41, 24 (25f.); BSGE 68, 236 (240).

[13] R. Waltermann, Sozialrecht, 11 Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, 2014, Rn. 108ff.

[14] 有代表性的中文文献，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79页以下；田思路：《工业4.0时代的从属劳动论》，《法学评论》2019年第1期，第76页以下；王天玉：《网络劳务是对劳动法的挑战吗》，《中国法律评论》2018年第6期，第121页以下。有代表性的外文文献，参见 B. Langille and G. Davidov, *Beyond Employees and Independent Contractors: A View from Canada*, 21 (1) Comparative Labor Law and Policy Journal 19–22 (1999); S. Deakin and S. Morris, *Labour Law*, 6th ed., Hart Publishing, 2012, p. 172.

[15] R. Richardi, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, München: C. H. Beck, 2009, § 16, Rn. 40.

特征：其一是经济从属性，其二是拥有获得与雇员类似的社会保护需求。^[16]

“第三类劳动者”和“类雇员”的解决思路具有一定的相似性，都是希望将处于雇员和非雇员中间地带的就业者独立出来，变通性地适用劳动法和社会保险法对普通雇员的保护条款，兼顾雇主和就业者双方的利益，最终取得一个令双方都能够接受的结果。但是这种将“类雇员”对应劳动法和社会保险法某一类型制度的做法仍然存在缺陷：首先，一旦认定为“类雇员”，就会适用某些劳动福利制度，例如社会保险制度、带薪休假制度等，^[17]这与传统劳动关系认定之后“一有全有、一无全无”的做法相比，虽然具有一定的优越性，但是最后适用某一制度的法律后果并没有太大区别。也就是说，雇主为了避免对“类雇员”适用某一项制度，仍然会尽量避免使就业者被认定为“类雇员”；或者再退让一步，使能够被认定为雇员的就业者尽量被认定为“类雇员”，以使其较少地享受劳动福利。在现代社会中，雇主能够决定生产过程，在很多情况下他们有足够的管理权力来安排工作中的个人，因此，达到这种效果对于雇主而言难度不大，而且采用何种生产经营方式本来就是雇主的权利，这在人力资源管理学上被称为“自制还是外购”（“make or buy”）劳动力的自由。^[18]其次，“类雇员”的认定最终还是要靠司法机关来完成，各级法院和仲裁机构仍然面临着巨大的压力，而且个案判决形成的“类雇员”认定规则能够在多大程度上被其他司法机关所接受，也是一个未知数。在德国，法官对“类雇员”的判断也要考量综合性与个案性，甚至会对相同的情形作出不同的判决。^[19]也就是说，劳动关系“三分法”也许在灵活适用劳动法和社会保险法方面具有一些优势，但是在实现法律安定性方面则不仅没有解决二分法面临的界定难题，而且还带来了更多的界定标准问题。

（二）经济从属性与社会保险关系的对应

尽管“第三类劳动者”和“类雇员”的劳动关系认定方法不尽可取，但是其论证思路颇值得借鉴，因为其深入解构了劳动关系这个概念背后的理论根基，通过人格从属性和经济从属性的标准实现了对广义劳动者的精细界分。事实上，对劳动关系进行多种类型化的做法，都是希望解决二分法带来的劳动法和社会保险法的僵化适用问题，以期实现法律灵活适用带来的平衡工作提供者与接受者利益的效果。笔者认为，与其在劳动关系认定问题上采取多类型化，而后对应各类劳动福利制度，不如换一个角度，在劳动福利制度方面作分项处理，从雇员群体的某项特征出发，仅讨论其适用某一项制度的必要性和可行性。

与目前的劳动关系多类型化思路相比，劳动福利制度的分项处理至少具备两大优势：

第一，经济从属性的标准可以量化。经济从属性有具体的数字指标，容易通过收入标准和劳动时间来量化。劳动法通说认为，经济从属性是指一个雇员向一个雇主提供劳动，作为劳动对价的工资构成了前者的主要生活来源。即便一个雇员服务于多个雇主，如果从某一个雇主那里获得的工资构成了其主要生活来源，也被认为对该雇主具有经济从属性。^[20]经济从属性不仅仅局限于雇员与雇主之间，类似的情况也会发生于“类雇员”群体与雇主

[16] 参见王倩：《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，第39页以下。

[17] 根据德国联邦休假法的相关规定，类雇员可以享有24天的带薪年休假，并且享有参保法定工伤事故保险的权利。

[18] Henssler/Busche/Casper (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4, § 662, München: C. H. Beck, 2017, Rn. 18.

[19] See W. Daeubler, *Working People in Germany*, 21 (1) Comparative Labor Law & Policy Journal 88 (1999).

[20] Zöllner/Loritz/Hergenröder, *Arbeitsrecht*, München: C. H. Beck, 2015, S. 27.

之间，其基本原理在于人格从属性与经济从属性是彼此独立的，直接关联度较低。人格从属性强调的是工作时间和工作流程被雇主独占和控制，雇主通过制定和实施规章制度以及发送指令来安排工作任务，与自由的劳务提供关系相比，劳动关系具备了较强的人格从属性；经济从属性强调的是工作接受者将这份从属性劳动作为主要的谋生手段。^[21]也就是说，即便某项工作存在人格从属性，工作接受者的主要生活来源也未必就是这项工作产生的收入，工作时间过短、工资收入过少都有可能让工作者对雇主的经济从属性减弱直至完全消失；反之，即便是自由安排工作流程的工作者（例如承包者），也有可能主要依靠这份工作来谋生。那么结论就是，法律如果希望为所有对社会福利有需求的工作者提供合理的保障，就不应当将认定劳动关系作为社会保险关系的唯一“入口”，而应当将经济从属性的强弱作为标准。

从比较法角度观察，世界各国都通过立法或者司法判决为经济从属性设定了量化标准以方便操作。概括起来有两种方式：第一种是以收入为标准。例如，德国对“类雇员”经济从属性的一般指标是经由某份工作获得的收入占到总收入的50%；西班牙则将“类雇员”直接为委托人提供经济或专业服务，且至少75%的收入来源于此，作为经济从属性的门槛条件。^[22]第二种是以工作时间为标准。劳动关系的本质特征是人格从属性，经济从属性是辅助判断标准，由此，并非只要具备经济从属性就一定具备人格从属性。人格从属性的本质特征是雇员不能自己决定工作时间，这个时间无论长短，只要具备雇主指挥权的要素，都可能构成劳动关系，而经济从属性只关注时间的长短。平台用工很难认定为劳动关系的原因在于其人格从属性不明显，但是却可能存在经济从属性，因为工作时间要素不仅存在于人格从属性中，也存在于经济从属性中。由此，将工作时间长短作为判断经济从属性的标准是符合逻辑的。我国现有立法也证明了这一推理的正确性。例如，我国劳动合同法把在同一用人单位每天平均工作时间不超过4小时、每周工作时间累计不超过24小时的劳动者认定为非全日制从业人员，按照社会保险法的相关要求，此类从业人员不强制参保社会保险，概因为其工作时间较短，没有与用人单位形成比较稳固的劳动关系，^[23]也就是对用人单位的经济从属性不强。

当然，经济从属性拥有具体的量化标准仅是相对于人格从属性而言的，在个案中依然要综合考量低收入者和高收入者对于单一委托人经济依赖程度的差异。德国对此视不同情形而定，低收入通常会被认为是需要社会保护的强烈指征，然而相对高的收入也不必然让法庭排除对“类雇员”身份的认定。在这个问题上，司法机关的自由裁量权仍然显得过大。但是司法权力永远在个案发生之后才能发挥作用，如果在争议发生之后才去认定某个“类雇员”的工作收入对于单一委托方是否存在经济从属性的话，工作提供方安排工作时将陷入不可预知的状态：其无法确定这种收入标准的工作是否具有经济从属性，从而是否被强制要求参保社会保险。^[24]

[21] R. Richardi, *Der Arbeitsvertrag im Licht des neuen § 611 a BGB*, NZA, 2017, S. 27.

[22] See E. Torres, *The Spanish Law on Dependent Self-Employed Workers: A New Evolution in Labor Law*, 31 (2) *Comparative Labor Law & Policy Journal* 231 - 234 (2010).

[23] 参见前引〔7〕，郑功成主编书，第35页。

[24] 前引〔19〕，Daeubler文，第88页。

第二, 认定路径容易把握。劳动关系多类型化后再对应劳动福利制度, 延续的是一种“从抽象到抽象”的认定路径, 需要讨论某一种类型的就业关系具备何种特征, 由此再适用哪一类或者哪几类劳动福利制度。这两种讨论都过于抽象, 即便能够提出有说服力的理论, 由于仍然需要在个案中适用, 也未必能够保证各级司法机关实现同案同判, 因为法律原则的劣势就表现为个案的适用性较差。^[25] 试举德国法上的案例说明之。类雇员对于雇主存在经济从属性, 因此具备社会保护的指征, 从而适用年休假制度、职业安全健康制度、工伤保险制度等等。但是, 不同收入的就业者的经济从属性有程度差异, 而且各类劳动福利制度要实现的目标与所处的福利层次也不尽相同: 带薪年假是为了让劳动者劳逸结合, 在紧张的劳动之后能够获得较长时间的调整, 从而精力充沛地投入到之后的工作中, 其与保障劳动者遭受职业伤害时获得及时救济的工伤保险制度显然不处于同一福利层次。需要考虑低收入者和高收入者的需求差异, 这无疑给司法机关出了一道认定劳动关系的难题。

亦有学者提出, 为了实现劳动法律调整的灵活化和回应依赖性自雇佣的需求, 应当在劳动基准法提供底线保护的基础上, 通过对特定而非抽象类型主体和具体劳动权利法律调整的专门化, 实现对劳动者的区别保护。^[26] 然而, 劳动基准法规制的领域很多, 本就是一个不确定的法律领域, 加之我国没有一部劳动基准法, 到底哪些对劳动者倾斜保护的法律规定算作劳动基准法, 存在争议。

相比之下, 劳动福利制度的分项处理则无需考虑抽象的劳动关系认定规则以及其与福利制度的对应关系, 具备“从具体到具体”的优势。以本文重点探讨的社会保险制度为例, 社会保险解决的是参保劳动者在职业伤害、失业、疾病医疗、养老等方面的后顾之忧, 并且能够在一定程度上缓解劳资矛盾。^[27] 社会保险提供给参保者的是一种基本保障, 即使没有建立劳动关系, 工业社会中的从业人员一般也会面临着这样的风险, “类雇员”在这种福利需求方面与普通劳动者并无二致。事实上, 在很多国家, 社会保险的强制参保人早已突破劳动者, 而演变成为“全民保险”。

从基本权利理论来看, 社会保险制度涉及作为基本权利的生命权和健康权在劳动关系领域的辐射效力。该理论认为, 出于公共福利的原因, 基本权利对个人之间法律关系的形成具有约束力, 并且依此从对私人意愿的控制中可以抽象出基本权利的私法内涵。^[28] 将此理论适用于劳动法律关系可以得知, 国家强制参保的公权力管制措施辐射到了劳资之间的私法制度, 相关领域的制度设计应当被视为宪法基本权利的具体化。基本权利的一大特征是主体上的平等性, 意即平等权存在于各项权利之中, 是各项基本权利之下的一项具体内容。^[29] 因此, 强制“类雇员”群体参保是非常有必要的, 这是为相关群体提供了一份涉及基本权利保障的劳动私法制度。^[30] 当然, 各社会保险险种承担的功能不同, 保障生命权与健康权的能力亦有差别, 还需要就具体险种设计具体的参保和缴费制度。

[25] 参见徐国栋:《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》, 中国政法大学出版社2004年版, 第76页。

[26] 参见前引[14], 肖竹文, 第79页以下。

[27] 参见郑功成主编:《社会保障学》, 中国劳动保障出版社2005年版, 第297页。

[28] BVerfGE 12, 124 - 125.

[29] 参见上官丕亮:《平等的宪法解读》, 《浙江工商大学学报》2012年第6期, 第5页以下。

[30] 前引[19], Daebler文, 第88页。

（三）“网约工”社会保险法律制度的设计

对德国社会法基础理论的追本溯源和扬弃仅仅是服务于逻辑论证，对我国“网约工”社会保险法律制度进行设计则必须立足于国情。一方面，我国平台经济近年来发展迅速，主要原因是新技术的应用（移动互联网、卫星定位、大数据等）、城乡二元就业结构（农村居民进城务工意愿强烈）、政府鼓励经济包容性增长。这些都是我国特有的国情，而德国并不具备这样的社会背景，也就不可能存在可资借鉴的立法和司法实践，盲目追求国际经验无异于“缘木求鱼”。另一方面，我国立法已经预留了制度创设的空间，并设计出了可供类推适用的制度，立足于本土资源更加容易达到事半功倍的效果。

1. 现状与需求

网约工与平台之间的法律关系存在较大的争议，一概认定为劳动关系、居间合作关系或者承揽关系都很难为双方所接受。一方面，网约工依赖平台提供的信息获得工作机会，后者对前者也有着近似于用人单位对劳动者的指挥和管理；另一方面，平台并非像传统用人单位那样招录特定的劳动者，通过控制工作流程来达到生产经营目的，而是在互联网信息平台上发布工作任务，理论上，任何人都可以将工作任务承揽下来，通过完成预设的任务目标来获得报酬。也就是说，网约工对平台企业的人格从属性微弱。同时也能够观察到，网约工所从事的工作在实质上与传统劳动者的工作并无二致，这些工作岗位如送餐、送货、驾驶等早已有之，只是由于移动互联网技术的应用，平台企业无需再面对面地管控劳动者的工作流程，而且由于这些工作在内容和目标上都非常明确，平台企业发送指令的内容也较传统劳动关系简化了许多。但是，网约工的工作内容和工作方式尤其是通过工作来维系生活的本质并没有发生变化。

笔者曾在北京对网约车行业和送餐行业的网约工进行过实地访谈。^[31]他们大多来自北京市周边省份的农村，几乎所有人都在家乡参保了农村居民的社会保险（即新型农村合作医疗保险），但是平台企业并没有给他们参保职工基本养老保险和职工基本医疗保险，更不用说失业保险和工伤保险，只有一些平台企业为他们购买了商业意外事故保险，他们之中也没有任何人以灵活就业人员身份自愿参保职工社会保险。他们的年龄大多集中在20至55岁之间，属于青壮年工作者，虽然患疾病的风险并不高，尤其是患慢性病的几率不高，医药费花费较少，但是对参保社会保险尤其是参保工伤保险和职工基本医疗保险的愿望还是很强烈的。一是他们所从事的工作也存在职业伤害的风险，网约车司机和送餐员的工作需要与公共交通打交道，遭遇交通事故的风险并不低。二是农村居民的医疗保险报销比例较低，而且多以大病统筹为主，门诊费用需要自己支付。三是作为灵活就业人员参保社会保险，需要个人承担用人单位的缴费，按照我国目前的缴费比例设计，单位缴费远高于个人缴费，个人承担的话则负担过重，而且个人也无法参保工伤保险。四是按照目前职工基本医疗保险的制度设计，达到法定退休年龄且累计缴费达到一定年限之后，参保人可以享受免缴费参保的待遇，考虑到职工医保的待遇远高于居民医保，这一设计对灵活就业人员颇具吸引力。他们之中有的人表示，如果职工社会保险个人缴费水平不高的话，愿意成为强制参

[31] 2018年11月16日至18日，中国政法大学社会法研究所与德国艾伯特基金会联合举办了中德中青年工作坊“共享（平台）经济对劳动法和社会保障法的挑战与应对”，对某大型平台企业以及北京市朝阳区和海淀区二十余名网约车司机和快递员（送餐员）开展了实地访谈（调研对象和具体时间地点随机）。

保主体。^[32]

2. 法理探讨

社会保险是一种公法手段作用于私法领域的制度，虽然参保和缴费由作为私法主体的劳资双方负担，但是由于涉及到劳动者基本权利的保障，所以需要公法对原本作为私法关系的劳动关系进行适度干预，对劳动者实施倾斜保护，干预的手段体现在强制参保和依法缴费上。从法律性质来看，发生于劳资双方的社会保险法更具有劳动基准法的色彩，即参保义务不能通过私人协议排除，缴费不能低于法律规定，违反此基准底线的行为应当承担相应的法律责任。^[33]

网约工作为类雇员的一种类型，对平台发包方的经济从属性很强。笔者通过对网约车行业和快递行业（含送餐行业）网约工的实地访谈发现，与当地普通劳动者相比，这些行业的长时网约工的收入更高一些，一般都在当地平均工资水平之上，^[34]但是大部分长时网约工每天的工作时间都在10小时以上，个别的甚至会达到12小时以上。^[35]按照原劳动部颁布的《工资支付暂行规定》，用人单位由于生产经营的需要，可以与劳动者协商每天最长延长工作时间3小时，每月最长延长工作时间36小时。也就是说，这类网约工的工作时间比普通劳动者还要长，除了基本的休息时间之外，几乎所有的时间都用来服务于平台，因此其生活来源主要依赖于这份平台众包工作的收入，网约工对平台的经济从属性十分明显。按照上述分析，网约工属于“类雇员”群体，有必要成为社会保险的强制参保主体。

3. 制度设计

参保和缴费是社会保险制度的“入口”。按照我国社会保险法的相关规定，职工是各项社会保险的强制参保主体，由用人单位和职工按照各险种的缴费比例缴费参保；而非全日制从业人员以及灵活就业人员自愿参保，由个人承担基本养老保险缴费。根据人社部2013年颁布的《社会保险费申报缴纳管理规定》（人社部令第20号），职工的社会保险费由用人单位依法代为申报和按月代扣代缴，同时用人单位应当将缴费的明细情况按月告知职工本人。根据劳动合同法的相关规定，非全日制用工以小时计酬为主，小时计酬标准不得低于用人单位所在地人民政府规定的最低小时工资标准，劳动报酬结算支付周期最长不得超过15日；由于非全日制从业人员不是强制参保的主体，因此其自愿参保缴费类推适用职工的办法，由个人按月缴纳。也就是说，传统行业的职工和非全日制从业人员虽然参保方式不同，但是缴费均呈现出周期性的特征。

[32] 该调研结果与人社部公布的官方数据及中国劳动和社会保障研究院公布的调研结果相吻合。2018年第一季度，新业态灵活就业人员参加职工医保的比例仅为6%，参加城乡医保的比例为35.7%。关于为什么不参保的问题，9.4%的被调研者认为自己身体好、不生病，15.5%的被调研者表示不了解政策，超过70%的被调研者认为缴费太高，而且需要与基本养老保险捆绑参保，个人负担太重。参见中国工运研究所、全总劳动关系研究中心：《新就业形态群体社会保险问题研究》，《劳动关系与工会运动研究及动态》2018年第5期（总第86期），第17页。

[33] 关于劳动基准法的通说，参见刘俊主编：《劳动与社会保障法学》，高等教育出版社2018年版，第189页。

[34] 长时和短时是相对于标准工作时间即每天8小时、每周40小时而言的，达到这个标准为长时。

[35] 该调研结果与各类调研报告以及新闻报道的情况基本吻合。参见美团点评研究院：《新时代，新青年：2018年外卖骑手群体研究报告》，<http://www.199it.com/archives/720183.html>，2019年12月9日最后访问；《收入不及快递外卖网约车，一月相差数千元！传统制造业招工留人“犯了难”》，https://www.sohu.com/a/330132960_120087286，2020年3月7日最后访问。

网约工作作为一种新型的用工形态，其工资发放方式与职工和非全日制从业人员都不同，一般按照接单量提成，一单一支付，而由于其工作时间自由，工资结算并不具备周期性，因此很难直接适用传统行业从业人员的参保缴费办法。但是，笔者认为，网约工的参保资格仍然可以借鉴职工和非全日制从业人员的制度设计，缴费可以以月为周期，并平均分摊到每一单的提成之中。

首先，借鉴各类劳动者参保资格的确定办法。劳动者之所以能够作为强制参保群体，在于其与用人单位形成了比较稳固的劳动关系，对用人单位存在经济从属性。非全日制从业人员工作时间较短，属于具有临时性和灵活性的就业方式，对单一用人单位的经济从属性较弱。因此，借鉴劳动者与非全日制从业人员的区分方式，工作时间可以作为确定网约工强制参保还是自愿参保的标准。如前所述，很多国家都把“类雇员”从单一雇主那里获得的收入占全部收入的比例作为判断其是否具有经济从属性的标准，进而确定其是否为强制参保主体。但是，在我国目前的工资申报法律制度尚不完善的情况下，收入比例的判断方法难以真正落实：我国职工取得的劳动（劳务）报酬所得依然依靠个人申报，个人需要在订立合同以及在社会行政机构登记身份时向委托人和行政机构披露其身份以及任何会影响其身份变化的情形（比如经济从属性的比例变化），而平台企业需要核实这些信息来判断收入比例。这种严格要求对于网约工和平台企业来说，都会成为一项巨大的负担。另外，如何确定达到经济从属性的比例也是一大难题。因此，按照收入比例确定经济从属性的做法对于我国而言并不合适。

相比之下，按照在线工作时间确定经济从属性的做法简单易行。借鉴非全日制用工的标准，我国可以将每日平均工作超过4小时且每周累计工作时间超过24小时的网约工，认定为与平台企业存在经济从属性，作为强制参保社会保险的主体。在互联网技术条件下，这一判断标准对网约工和平台企业来说都是易于把握的。值得一提的是，在工作时间计算方面，网约工的待勤时间与普通劳动者存在区别。后者的待勤是为了随时准备着为用人单位提供劳动，因此一般计算在工作时间之内，而网约工的工作安排灵活，很大程度上由自己掌握，因此不能把其所有的在线时间都视为待勤时间，否则网约工通过在线而不接单就有可能达到全日制用工的工作时间标准，从而成为强制的社会保险参保主体，道德风险较高。^[36] 据此，网约工的工作时间应当从成功接单之时开始起算，至本单完成之时结束，其他的在线时间不计算在内。

其次，按月计算网约工的缴费标准，然后分摊到每一单的提成收入中。根据社会保险法、《国务院关于建立城镇职工基本医疗保险制度的决定》（国发〔1998〕44号）、《劳动和社会保障部办公厅关于城镇灵活就业人员参加基本医疗保险的指导意见》（劳社厅发〔2003〕10号）

[36] 根据笔者实地调研（见前引〔31〕）了解到的情况，某些平台企业之所以不愿意为网约工参保社会保险，是因为平台招募的网约工数量增加很快。例如以运输蔬菜为主要业务的某平台企业，在建立移动平台的第一年，注册网约工人数就达上万人，这放在任何一家传统企业都是不可想象的。该平台企业担心，如果全部网约工都变成强制的社会保险参保人，企业根本无力支付高额的社会保险费。但事实上，这种担心是多余的，工作时间能够达到全日制用工标准的网约工并没有想象的那么多。按照国家统计局人口和就业统计司公布的数据（前引〔3〕，第77页），全日制网约工的比例不到五分之一。另据滴滴政策研究院发布的报告，每天在线时长超过4小时的滴滴司机仅占不到三成。参见滴滴政策研究院：《新经济，新就业——2017年滴滴出行平台就业研究报告》，<https://www.useit.com.cn/thread-16896-1-1.html>，2019年12月8日最后访问。

等法律法规的相关规定，职工社会保险以上一年度在用人单位每月的平均工资作为本年度的缴费基数，新职工以第一个月的足月工资作为缴费基数，非全日制从业人员按照本地区职工上一年度的月平均工资作为缴费基数。也就是说，社会保险的强制参保人和自愿参保人都是按月缴纳社会保险费，这是我国职工的工资发放周期和社会保险费征缴体制决定的。网约工虽然工作时间灵活，由平台按照接单量及时结算和发放报酬，但是每月的收入是可以统计出来的。应当要求平台企业在结算每一单报酬时预扣社会保险的缴费额，参照职工缴费的代扣代缴办法，每月核算应付款，最后统一结算网约工的应得报酬。这在企业财务制度的框架内是完全可行的。

二、社会保险险种的“打包”与“拆包”

（一）社会保险各险种实现的基本权利

社会保险虽然是一个整体性的社会保障制度，但是各个险种在保障就业者的基本权利方面发挥的功能是有差异的。职业伤害风险对于雇员和“类雇员”而言都是严重且紧迫的，这也是各险种中参保强制力度最大、待遇最为优厚的险种。医疗保险保障的是生命权和健康权，其作为公民基本权利的地位是不言而喻的，而且此两项权利还涉及到作为基本权利的平等权，因此有条件实现全民保险制度的国家中最先实现的都是“全民医保”，雇员和“类雇员”在该险种的制度设计中不应当有所差别。

失业保险与养老保险对应的失业风险与老龄化风险则有所不同：失业风险取决于各国的经济社会发展形势、劳动就业政策以及对失业风险的认识。一方面，“类雇员”不具备人格从属性的特征决定了其对雇主的依赖性不强，独立完成工作的可能性更高；另一方面，与普通劳动者相比，“类雇员”从事的工作具备更多的灵活性，更容易在就业市场上找到新的工作，因此对失业保险的需求较弱。养老保险制度为参保人提供了因年老而丧失劳动能力之后的基本生活待遇，因此在给付水平设计上要保障退休人员的生活水平与在职期间相比不显著下降，这已经在实质上突破了作为宪法基本权利的生命权的保障范围。因此，世界各国鲜有将对退休之后的生活予以保障的权利作为基本权利的立法例。德国基本法虽然将社会国家原则作为宪法原则，但是并没有列举该原则的基本权利内容，虽然德国联邦宪法法院经常在判决中援引社会国家原则，但是大多将其作为论证中的套话，对于判决结果而言并不重要。^[37] 美国宪法中更是没有对社会权利的界定。

我国宪法第44条规定了企业事业单位的职工和国家机关工作人员的退休制度以及退休人员的生活得到国家和社会保障的基本权利，第45条规定了全体公民都有在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下，从国家和社会获得物质帮助的基本权利，同时规定了国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险的义务。但是，一方面，我国宪法具有的权利宣示功能决定了基本权利条款不能作为公民行使请求权的依据，这些权利以何种方式落实以及落实的程度有赖于下位法的规定，以社会保险法、劳动法等为代表的社会法律体系才是最终落实公民社会权利的渠道。另一方面，我国现行的法律法规中仅仅要求作为强制参保

[37] I. Ebsen, Der Sozialrechtliche Anspruch-Ein geglückter richterlicher Rechtsfortbildung, DVBl. 1987, S. 393f.

人的企业职工在社会保险各险种中参保缴费，各地对特殊职工群体（如农民工）参保险种的规定虽五花八门，但一般都以工伤保险为首选，职工基本医疗保险其次，对基本养老保险和失业保险则几乎没有强制参保的要求，这也是出于对社会保险各险种实现基本权利的功能差异的考虑。与特殊职工群体相比，网约工提供劳务的方式更加独立。因此，网约工参保社会保险的制度设计应当区分不同的险种，不应当“打包参保”。

（二）网约工“拆包”参保社会保险的法律制度设计

1. 职工基本医疗保险

健康是人类最朴素的追求，而疾病却是人类无法摆脱的风险。人在一生中，不可避免地会遭遇到意外事故导致的身体伤害和各种致病因素引发的健康损害，社会医疗保险制度保障了作为公民基本权利的生命权和健康权，所以应当将平等原则贯穿到这一社会保险险种的参保和缴费制度之中。我国目前的基本医疗保险制度按照人群分割成职工医疗保险和居民医疗保险，其筹资办法不同，基金的统筹方法也不同，这在一定程度上损害了各人群在生命权和健康权受保障方面的平等性。

基本医疗保险分割参保和统筹的制度设计与经济发展水平、居民收入水平差异较大密切相关，而且我国的基本医疗保险自上世纪末开始在全国推广以来，至今也只经历了二十多年的时间，目前已经通过广覆盖、保基本和多层次的推进方式，迅速实现了“十三亿人口有医保”的目标，^[38]这的确是一个了不起的成就。但是我们也应当看到，按照人群分割参保缴费的基本医疗保险制度公平性欠佳，不能作为“全民医保”的终极目标。

综观世界各国，全民无差别地参加到社会医疗保险体系之中是比较普遍的做法，虽然可能由于各个人群的经济地位不同导致参保和缴费方式不同，但是基金统筹、待遇按照统一标准给付是基本一致的，由此形成了实质意义上的“全民医保”格局。我国一些地区也在积极探索实现这种格局的路径。例如，广东省佛山市的基本医疗保险制度不再分割为职工保险和居民保险，职工作为强制参保主体，由劳资双方按法定比例缴费，居民作为自愿参保主体，由个人缴费（实际上是家庭缴费）和政府补贴，职工和居民共同参加到同一个保险体系中来，统一待遇水平，真正实现了社会医疗保险平等地保障公民生命权和健康权的目标。^[39]虽然这种做法与当地居民年龄结构较轻、外来就业人口较多且收入水平较高有关，但是很值得在全国逐步推广。

网约工群体有着与普通劳动者相同的医疗保障需求，而且从各大型城市公布的统计数据来看，工作时间较长的网约工的收入并不逊于普通劳动者，^[40]将这些网约工作为职工基本医疗保险的强制参保人，不仅必要，而且可行。我国从“全民有医保”向“全民统一医保”目标的转变，不妨先从网约工开始践行。具体而言，未来可以鼓励网约工集中和收入

[38] 参见国家医疗保障局发布的《2018年医疗保障事业发展统计快报》，http://www.nhsa.gov.cn/art/2019/2/28/art_7_942.html，2020年1月17日最后访问。

[39] 参见广东省佛山市人民政府办公室2016年12月22日发布的《佛山市基本医疗保险管理办法》（佛府办〔2016〕60号）。

[40] 如果按照传统就业的正常工作日计算，即每天工作8小时，每月工作21.75天，网约车司机全国平均月工资为6438元，甚至高于全国一线城市客运驾驶员的月工资水平。参见中国新就业形态研究中心、首都经济贸易大学劳动经济学院课题组发布的《新就业，高质量：中国新就业形态就业质量研究报告》，<https://mp.weixin.qq.com/s/FvklqWfkC41BOjRmr5OakQ>，2019年9月13日最后访问。

较高的地区颁布地方性立法,要求每天在线时间达到全日制劳动者标准的网约工按照当地的参保和缴费办法参保职工基本医疗保险。平台企业应当在接单收入中预扣一定比例的个人缴费额,按月统计累计工作时间达到全日制用工标准的网约工数量和收入水平,定期向社会保险费用征收机构缴纳保险费,再按月定期结算和支付网约工接单的的实际收入。同时,地方政府还应当出台免税和减税等相关鼓励政策,促进平台企业为从业人员参保职工基本医疗保险。

2. 工伤保险

工伤保险作为世界上产生最早、覆盖范围最广的社会保险险种,在为劳动者提供职业灾害保障的同时,也使用人单位免于承担职业灾害赔偿责任,其遵循的无过错补偿原则给劳动者提供了及时和相对优厚的给付待遇。从实践来看,网约工对参保工伤保险的愿望最强烈,平台企业也最有动力为网约工参保工伤保险。而且,在目前我国没有强制平台经济从业人员参保社会保险的情况下,多家平台企业主动为网约工购买了商业意外事故险,该类保险的保障范围和保障程度远逊于工伤保险,缴费率却不低,这在网约工意外事故发生率较高的网约车和送餐平台企业中尤甚。^[41]

在传统用工领域,非全日制从业者也被要求强制参保工伤保险,这是该群体唯一强制参保的社会保险险种。原劳动和社会保障部颁布的《关于非全日制用工若干问题的意见》(劳社部发〔2003〕12号)中规定,用人单位应当按照国家有关规定为建立劳动关系的非全日制劳动者缴纳工伤保险费。从事非全日制工作的劳动者发生工伤,依法享受工伤保险待遇;被鉴定为伤残5至10级的,经劳动者与用人单位协商一致,可以一次性结算伤残待遇及有关费用。若是依此推论,那么拥有同样保障需求且工作时间可能更长的网约工就更应当被强制要求参保工伤保险,而较低的保险费率和较高的待遇对平台企业而言也更有吸引力。不少学者提出过类似的主张,^[42]人社部也在公开场合表示要适时修订《工伤保险条例》,解决新经济业态从业人员的工伤保险缺失问题。^[43]事实上,一些地区早就作为试点推行过灵活就业人员参保工伤保险的办法,并建立了与职工并不完全相同的缴费和基金统筹制度。^[44]但是这些试点政策的实施效果并不理想,粗线条的理论设想在复杂多变的社会实践面前显得捉襟见肘。

障碍主要表现在两个方面:第一,在传统工伤保险制度中,医疗期内工资福利待遇、护理费、一次性就业补助金等待遇由用人单位支付,但是灵活就业人员无“单位”,这些待遇无法落实;第二,工伤保险系“有因式”给付,在工作时间和工作场所基于工作原因发生的意外伤害方可补偿(即“三工原则”),这与基本医疗保险原则上不问缘由、统一支付

[41] 媒体曾经报道,湖南一网约车司机一个月接了1573单,累计缴纳了3696元的意外事故保险费。即使按照网约车司机一天平均接25单的低接单率计算,一个月的保险费也将高达1500多元,而按照全国网约车平均月收入6438元来计算,保险费已经占到了月收入的近四分之一,远高于工伤保险0.5%—2%的行业基准费率。参见《网约工的“伤”该找谁赔?》,《工人日报》2018年9月25日第6版。

[42] 参见王显勇、夏晴:《共享经济平台下的网约工纳入工伤保险的理论依据与制度构想》,《中国劳动》2018年第6期,第49页以下;陈敏:《非职工群体纳入工伤保险制度保障探析》,《政治与法律》2017年第2期,第151页以下。

[43] 参见《人社部答复“将适时修订〈工伤保险条例〉”》,《工人日报》2019年3月10日第2版。

[44] 如江苏南通和太仓、山东潍坊都推行了类似的试点政策。有的采用了与职工工伤保险基金合并的模式,有的采用了建立单独基金的模式。

是有本质差别的。^[45] 灵活就业人员工作时间不定,且工作场所与生活场所容易混杂,很难区分工作原因和非工作原因,工伤调查取证难、认定难。^[46] 考虑到工伤认定的“三工原则”本就不是一个确定的法律概念,在实践中还需要司法机关对与工作相关的所有情事作整体考量,即便如此,同案同判的效果都不甚理想,^[47] 遑论确定灵活就业人员意外伤害的性质。如果说第一个障碍尚可以通过建立单独的基金、排除用人单位待遇给付项目来消解,那么第二个障碍几乎就是致命的。

如果我们比较工伤保险待遇的类型与职工基本医疗保险,不难发现二者在疾病诊断和治疗项目上是一致的,区别仅在于诊疗费用的参保人自负额度不同(即工伤保险不需要参保人自负),以及基本医保基金不支付伤残补助金、丧葬补助金、供养亲属抚恤金、生活护理费等待遇,因为这些待遇是与劳动者对用人单位的人格从属性密切联系在一起的。

在劳动关系中,人格从属性指的是工作的内容、实施方式、时间、期间和地点由雇主的指挥权决定,雇员无法在实质上自行开展工作,^[48] 即雇员的工作时间被雇主独占,工作自由被雇主剥夺,这就是劳动合同中暗含的时间要素。^[49] 此要素的作用如此强烈,以至于在雇主安排的工作时间和工作场所内,基于工作安排原因直接或者间接产生的伤害都会被认定为工伤,这是“在事理、情理与道理之中的实质合理性得到了价值标准上的认同”使然。^[50] 立法在这里没有再苛求作为工具理性的形式合理,转而诉诸实质合理,造就了业已形成社会共识的、对雇员及其家属的生活待遇给付也被纳入工伤保险的支付范围。与劳动关系相比,平台经济从业者在人格从属性方面表现薄弱,平台企业通过网络发布工作任务,潜在的从业者自主接受分派,工作流程不由或者不主要由平台企业控制,意外伤害给从业者及其家属带来的损失也就不应责难于平台企业。^[51] 换言之,工作自主性使网约工在工作中负有更高的注意义务,并需要承担更多的意外伤害风险。

考虑到基本医疗保险与工伤保险的诊疗目录具有一致性,且前者在待遇支付方面贯彻

[45] 根据我国社会保险法第30条,除由工伤保险支付、第三人负担、公共卫生负担、境外就医四种情况之外,其他诊疗费用都可由基本医保基金支付。

[46] 不存在劳动关系也强制参保工伤保险的实例亦有之。除了前文列举的在校实习生外,按照《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释〔2004〕14号),当土木工程、建筑行业存在违法转包、分包的情形时,用人单位承担职工的工伤保险责任不以是否存在劳动关系为前提。有学者以此制度为例阐述“互联网+”下灵活就业者的工伤保险制度的可行性。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》,《法学评论》2019年第3期,第140页以下。但是这些行业的工作时间和工作场所往往比较确定,意外伤害也容易归因于工作,工伤认定方面难度较小,而平台经济的工作特点是,从业者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,此工作与实习生、土木建筑工作并不具有可比性。

[47] 参见郑晓珊:《工伤认定一般条款的建构路径》,《法学研究》2019年第4期,第119页以下。

[48] 参见德国民法典第611a条第1款。

[49] Vgl. M. Henssler, überregulierung statt Rechtssicherheit-der Referentenentwurf des BMAS zur Reglementierung von Leiharbeit und Werkverträgen, in RdA, 2016, Heft 1, S. 39.

[50] 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,第181页以下。

[51] 有学者曾反驳道,移动互联网技术如卫星导航、视频传输技术使平台企业对工作者的监控更强。但是,依据劳动法通说,雇主对雇员工作流程的监视并不是人格从属性的决定要素,关键要看这种监视能否影响到对雇员工作的控制,例如纳入到奖惩制度和考核制度之中。综合来看,目前平台企业对工作流程仅为监视,而非控制,主要目的是创造一个安全舒适的消费环境。参见常凯、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78页以下;B. Brose, Von Bismarck zu Crowdworker: über die Reichweite der Sozialversicherungspflicht in der digitalen Arbeitswelt, NZS, Heft 1/2017, S. 10ff.

无过错补偿原则,即除个别情形下(主要是第三人侵权造成的伤害),健康受损的原因对支付没有影响。如果为平台经济从业者建立强制的基本医保制度,实际上也可以在一定程度上化解其意外伤害的风险。当然,国家为了实现对这个群体的关爱,可以考虑通过减免税的方式鼓励平台企业为其购买商业意外事故险,尽可能地填补基本医疗保险无法支付的部分以及因工身故的损失,以积极的策略减少平台经济给就业安全带来的负面影响。具体而言,一方面,这个制度构建的合理性和可行性可以通过地区性试点政策的效果来检验,由此稳步推进落实国务院、发改委等机构提出的为平台从业者建立职业伤害保障制度的要求;另一方面,试点地区可以针对快递、网约车、家政和医护服务等工作风险较高的行业颁布地方性立法,强制平台企业为网约工购买意外伤害保险,在赔偿金额方面尽可能与工伤保险看齐,同时鼓励平台企业为工作风险较低的网络直播等行业从业者购买意外伤害保险,由此突出重点,有效保障从业者的工作安全。

3. 其他社会保险

我国职工基本养老保险缴费额较高,给企业和职工带来的负担较重,即使2019年5月1日《降低社会保险费率综合方案》(国办发〔2019〕13号)颁布之后,企业一方的缴费率从20%降到了16%,仍然显得过高,由此对应了一个较居民基本养老保险更加优厚的养老金水平,相关的制度也突破了基本权利保障的范围。考虑到我国中央政府和地方政府的巨额补贴,^[52]职工基本养老保险在某种程度上已经发展成为一项国家福利政策。

平台经济从业者不应当成为职工基本养老保险的强制参保者。一方面,平台经济在促进就业和社会稳定方面的积极作用与基本养老保险的高缴费率难以相容。平台经济有力地促进了包容性增长,在解决产能过剩、行业工人再就业以及贫困地区劳动力就业等方面的作用非常明显,对去产能和脱贫攻坚也起到了积极的推动作用。^[53]与传统行业相比,平台经济就业的特点是灵活便捷,平台企业的人力资源成本低,在当前经济增速放缓,就业形势面临严峻挑战的大环境下,我们应当采取包容创新的态度对待蓬勃发展的平台经济,让其删繁从简,轻装上路。另一方面,平台经济追求的灵活性与基本养老保险较高的待遇水平存在矛盾。基本养老保险作为储蓄式保险项目,具有“多缴多得、少缴少得”的性质,从而更加接近一项私法制度,^[54]而且其追求养老金替代率的特征使得其待遇需要维持在一个相对较高的水平上,如果长期缴费换取的仅仅是一个相当于社会救助金的待遇水平的话,将违背社会养老保险制度设计的本意。^[55]因此,我们没有必要强制要求本以灵活便捷著称的平台经济就业方式与职工基本养老保险发生联系。我国目前的基本养老保险制度设计中已经预留了自愿参保的险种,灵活就业人员可以自行选择“缴费高、待遇高”的职工基本

[52] 据相关研究机构披露,2017年,各级政府的财政补贴已达到8000亿人民币,大约是当年GDP总量的1%。如果未来几年没有大的改革动作,补贴还会大幅度提升。参见郑功成主编:《中国社会保障发展报告2017》,中国劳动社会保障出版社2018年版,第35页。

[53] 参见国家信息中心分享经济研究中心、中国互联网协会分享经济工作委员会:《共享经济:从起步期向成长期加速转型——中国共享经济发展年度报告(2018)》, <http://www.sic.gov.cn/archiver/SIC/UpFile/Files/Default/20180320144901006637.pdf>, 2019年2月6日最后访问。

[54] 参见董保华、李干:《我国社会保险权利救济制度的理论悖论与现实困境——“裕元事件”引发的思考》,《法学》2015年第1期,第12页以下。

[55] L. Schmidt, Soziale Sicherung Selbständiger, Reformbedarf und Entwicklungsperspektiven, in SGB 09. 18, S. 544f.

养老保险或“缴费低、待遇低”的居民基本养老保险参保。

失业保险通常具有生存保障和促进就业的双重目的，一方面为非自愿失业的劳动者提供基本的生活保障，另一方面通过就业指导、培训等方式促进失业者再就业。^[56]如前文所述，平台经济就业的特点是工作岗位不固定，平台企业以招募的方式征集就业人员，因此网约工无法接单的原因非常复杂，很难判定系非自愿失业；另一方面，共享经济就业系劳动力市场供给的新形式，这个经济形态中的就业本身就是一种就业促进方式，与失业保险的第二项功能有重合之处，因此也不适宜在这个领域再引入失业保险制度。

三、多重社会保险关系与重复参保

平台经济就业作为一种灵活就业方式，有可能被劳动者作为普通劳动关系的补充，也就是通常所讲的兼职工作。如果在普通劳动关系之外从事网约工工作，或者从事多份网约工工作，就会产生这样的问题：多份工作是否构成了多重劳动关系？由于普通劳动关系参与者被强制要求参加各类社会保险，那么多份工作是否需要建立多重社会保险关系？另外，网约工还可能具备城乡居民身份，如果其参加了居民社会保险，主要是居民基本养老保险和居民基本医疗保险，同时又被强制或者自愿参保了职工社会保险，那么满足退休条件或者发生疾病之时是否可以要求重复给付？

（一）网约工的多重社会保险关系问题

从实践来看，除了网约工在一家平台企业工作的简单就业状态之外，可能还有三种复杂的状态：第一，劳动者已经与其他用人单位建立了正规劳动关系，再通过平台企业获得一份兼职工作；第二，网约工没有与任何单位建立正规劳动关系，但是在多个平台企业从事网约工工作，在其中一家平台企业的累计工作时长已经达到了全日制劳动关系的标准；第三，网约工在多家平台企业工作，虽然在任何一家平台的累计工作时长都未达到全日制劳动关系的标准，但是全部累计工作时间达到了这一标准。按照笔者的设想，工作时间较长的网约工由于与平台企业存在经济从属性，因此也应当成为强制参保人，由此可能产生多重社会保险关系的问题。

首先，由于平台就业被认定为劳动关系比较困难，^[57]在这种情况下，劳动者应当在其用人单位处参加社会保险，用人单位不能因为其有兼职而推诿社会保险义务和责任，这是毋庸置疑的。^[58]退一步说，即使在例外情况下，平台就业被认定为劳动关系，即建立了多重劳动关系，也并非不被法律所认可。按照劳动合同法的相关规定，劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，用人单位可以在劳动者拒不改正的情况下解除劳动关系。也就是说，多重劳动关系的认可权掌握在用人单位手中。而按照我国社会保险法的要求，国家为公民建立全国统一的个人社会保障号码，而社会保

[56] 参见林嘉、张士诚主编：《社会保险立法研究》，中国劳动社会保障出版社2011年版，第246页。

[57] 根据北京市朝阳区人民法院公布的数据，2015年至2018年第一季度，在其受理的188件互联网平台用工劳动争议案件中，确认平台与从业者建立劳动关系的为39件，仅占全部案件的五分之一。鉴于北京市朝阳区是大量平台经济企业的驻地，服务产业发达，这些数据具有较强的代表性。参见前引[4]，北京市朝阳区人民法院《互联网平台用工劳动争议审判白皮书暨典型案例发布新闻通报会》。

[58] 参见问清泓：《共享经济下社会保险制度创新研究》，《社会科学研究》2019年第1期，第86页以下。

障号码为公民身份证号码。因此,多重劳动关系不会产生多重职工社会保险关系,与其他单位建立了劳动关系的网约工即便在平台工作时间达到了全日制劳动者的标准,也不会产生多重社会保险关系,劳动者还是应当在建立劳动关系的用人单位参保职工基本医疗保险。

其次,在多个平台企业就业的网约工如果在一家平台企业的累计工作时间达到了全日制劳动者的标准,根据经济从属性原理,该平台应当为网约工参保职工基本医疗保险。为了给从业者提供更多的保障,可以通过税收手段鼓励平台企业为其投保商业意外事故险。

最后,网约工在多家平台企业就业,全部累计工作时长已经达到了全日制劳动者的标准,但是在任何一家平台企业都没有达到此标准的,此情况与非全日制就业类似。经济从属性强调的是就业者在某一家平台企业获得的报酬构成了其收入的主要来源,因此不应当强制此类网约工参保职工基本医疗保险。

(二) 重复参保下的待遇给付问题

按照前述分析,网约工作为社会保险制度的强制参保人,应当体现在职工基本医疗保险之中。职工社会保险的参保资格对应着身份证号码,一个职工只可能参保一次职工基本医疗保险,不存在重复参保的可能,也就不可能出现待遇给付方面的重复。

网约工的重复参保主要体现在以居民身份和以职工身份参保的基本医疗保险和基本养老保险之中。这实质上并不是一个伴随着平台经济就业形态产生的新问题,而是自我国2010年颁布的社会保险法将非全日制从业人员和灵活就业人员作为职工社会保险的自愿参保群体之后就已经产生的问题,由于这些人员往往也参保了居民社会保险,于是就产生了重复参保能否重复给付的问题。随着共享经济的蓬勃发展为城乡居民提供了更多的灵活就业机会,这个老问题被重新提起,成为共享经济从业者参保社会保险制度设计中不能忽略的内容。整体而言,网约工的重复参保制度应当从社会保险的基本原理出发,并综合考虑各项社会保险作为国家福利制度要实现的功能来设计。

1. 基本医疗保险

商业保险可以依据其给付方式区分为补偿型保险和定额给付型保险。前者系保险人的责任以补偿被保险人的经济损失为限的保险,后者系按照合同约定,对符合保险理赔条件的,按保单载明的保险金额全额给付的保险。以财产为保险标的的保险一般都是补偿型保险,由此遵循损失补偿原则,即被保险人获得的保险赔付不得超过保险标的本身的价值,而以人的生命和健康为保险标的的保险一般都是定额给付型保险,原因在于人的价值难以用金钱来衡量。^[59] 由于医疗费用也是可以用金钱来衡量的,因此医疗保险也有以医疗费用为标的的补偿型保险。^[60] 社会医疗保险遵循实物给付原则,这是其与商业保险的区别之一,如果借鉴商业保险的分类方法,社会医疗保险可以归入补偿型保险之列。

按照社会保险法对实物给付原则的相关规定,基本医疗保险的参保人在本统筹地区就医时产生的医疗费用,除自负部分外,由医保支付的部分由医疗机构和社会保险经办机构直接结算,而在异地产生的医疗费用,在目前已经建立异地直接结算制度的统筹地区之间也按照这一方式结算,在没有建立该制度的统筹地区之间,由参保人先行垫付,而后在参

[59] 参见韩长印:《中间型定额保险的契约危险问题——中间型保险重复投保引出的话题》,《中外法学》2015年第1期,第100页以下。

[60] 参见温世扬:《“中间性保险”及其私法规制》,《北方法学》2013年第3期,第14页以下。

保地报销。由于医疗费用原始报销单据是独一无二的，因此在实践中并无重复支付的可能，这也是基本医疗保险作为补偿型保险的特征所决定的。

需要指出的是，参保人以多种身份参保基本医疗保险，实质上是为各项保险都贡献了保费，但是获得的待遇却只能来源于某一种保险，这对于参保人而言无疑是承担了不必要的负担。鉴于我国的城乡居民基本医疗保险以家庭为单位参保（即除了建立劳动关系的家庭成员外，所有成员都应当缴费参保），应当允许已经以强制参保人身份参保职工基本医疗保险的网约工豁免作为家庭成员参保居民医保。如果网约工在两项保险中都参保，在发生医疗费用时可以选择由待遇水平较高的职工基本医疗保险支付，同时允许其在参保职工基本医疗保险期间从居民医保中退保。这样就全面贯彻了基本医疗保险作为补偿型保险的性质并遵守了社会保险的实物给付原则，同时还兼顾了在多个险种中参保和缴费的公平性。

2. 基本养老保险

网约工可以以灵活就业人员的身份自愿参保职工基本养老保险，同时还可以自愿参保城乡居民基本养老保险，那么在达到各自要求的领取养老金待遇标准时，是否可以同时申领？

在我国的社会保险法律制度体系中，职工和居民是两种不同的身份，分别对应了不同的参保和缴费方式，政府补贴的方式也迥异。职工基本养老保险采取自愿和强制相结合的参保方式，并采用社会统筹和个人账户积累相结合的缴费方式，缴费基数和比例都由法律统一规定，政府补贴主要体现在养老金给付阶段；而居民基本养老保险采取自愿参保的方式，只建立个人账户，分为若干项缴费标准，参保人自行选择，贯彻多缴多得的原则，集体补助和政府补贴体现在对缴费的补贴中，同时政府补贴还体现在作为养老金待遇组成部分的基础养老金中。我们可以明显地看出，居民基本养老保险的参保人享有更多的契约自由，同时享受了更高比例的政府补贴，与职工基本养老保险相比，居民保险更像是一项带有私法色彩的国家福利制度。也就是说，这两项制度是针对不同的公民群体设立的，有着各自不同的功能，同一公民不可能在同一时期拥有两种不同的身份，因此不应当允许重复参保，即使重复参保也不应当领取两份待遇。人社部、财政部联合发布的《城乡养老保险制度衔接暂行办法》（人社部发〔2014〕17号）第8条规定，对于同时领取城镇职工养老保险和城乡居民养老保险待遇的，终止并解除城乡居民养老保险关系，除政府补贴外的个人账户余额退还本人。也就是说，参保人在重复缴费时段被认定为职工，不应当再作为居民享受政府补贴。

当然，在不同时期，同一公民可以基于身份的变化在两种制度中参保，应当设计合理的衔接转移制度保障参保人在两种制度中的公平参保权，这对于工作时间灵活的网约工而言十分重要。按照《城乡养老保险制度衔接暂行办法》第5条和第6条的规定，参保人员从城乡居民养老保险转入职工养老保险的，居民养老保险的个人账户全部储存额并入职工养老保险个人账户，居民养老保险缴费年限不合并计算、也不折算为城镇职工养老保险缴费年限；而从职工养老保险转入居民养老保险的，职工养老保险个人账户全部储存额并入居民养老保险个人账户，参加职工养老保险的缴费年限合并计算为城乡居民养老保险的缴费年限。对于居民保险转成职工保险的参保人而言，先前的缴费额低，转入高缴费额的险种之后却不能计算或者折算成缴费年限，这并不是一个合理的激励机制，不利于促进城乡

居民积极进入劳动力市场,为平台经济行业提供劳动力资源。对于职工保险转入居民保险的参保人而言,其只能转移个人账户的资金,作为职工的缴费年限只能合并计算为居民保险的年限,也不甚合理。按照国务院颁布的《关于完善企业职工基本养老保险制度的决定》(国发〔2005〕38号)的相关规定,灵活就业人员按照当地上一年度职工的平均工资作为基数承担20%的缴费比例,其中8%计入个人账户,也就是说12%进入了社会统筹部分,这个比例是相当高的,但是却只能将缴费年限1:1计算成为低缴费额的居民保险的年限,相当于将12%的社会统筹缴费的大部分留在了职工保险制度之中,这对于达到退休条件、准备回家乡养老的网约工而言并不划算,实际上是在鼓励这个群体继续补缴职工基本养老保险至最低缴费年限,不利于公民在不同身份之间自由转换。

就此,未来可以尝试在允许携带个人账户资金的同时,允许将居民保险的累计缴费年限适当折算成为职工保险的年限,同时提高职工保险的累计缴费年限折算成为居民保险年限的比例,在鼓励就业的同时保障公民转换身份的自由。

Abstract: The construction of the social insurance system for platform workers provides a reasonable and basic guarantee of life and promotes the harmonious and healthy development of the platform economy. The introduction of the concept of “employee-like persons” can provide platform workers with protection similar to that of employees, but it needs to be combined with Chinese legislation and judicial practice and overcome the low predictability of the labor relationship identification rule by the itemization of labor welfare systems. The economic dependence of platform workers on platform enterprises and the radiation effect of fundamental rights can be taken as the theoretical bases for the mandatory participation in social insurance system and the “unpacked” participation in different kinds of social insurance. Platform workers’ working hours, derived from the current legislation and at the same time reflecting the degree of economic dependency, can be used as the standard for their participation in compulsory insurance for employees. Basic medical insurance protects the core rights to life and health. Platform workers should compulsorily participate in basic medical insurance for employees, and then be compensated for the loss caused by work injury through the no-fault payment of this insurance as well as the commercial accident insurance. Although basic pension insurance and unemployment insurance for employees should not be treated as compulsory insurance for platform workers, they can voluntarily participate in them and simultaneously in the basic medical insurance and pension insurance for residents. In this circumstance, it is necessary to solve the duplicate payment problem through the basic theory of duplicate insurance.

Key Words: platform worker, labor relationship, employment relationship, social insurance, duplicate insurance
