
灵活就业人员职业伤害保障研究

王学华 房祥美

江南大学法学院 上海市汇业（无锡）律师事务所

工伤保险是针对劳动者的一种保护制度，根据现有规定，遭受职业伤害后能得到社会保障的群体范围是劳动者，而实践中认定劳动者的标准，则是看劳动者与用人单位之间是否有劳动关系。根据《中国劳动统计年鉴》（2017年）数据显示，截至2016年底，全国就业人员约7.76亿，其中仅有2.9亿人员进入正规部门就业，其他人员从事的是各类形式的灵活就业。工伤保险能保障的劳动人群仅占全国就业人员的37%，其他63%劳动人群受到职业伤害后如何得到救济，是目前亟待解决的大问题。

一、灵活就业人员范围界定

我国对灵活就业概念一直没有明确规定，学者们也意见不一。在劳动与社会保障部劳动科学研究所一项关于灵活就业的研究报告中，将灵活就业定义为“在劳动时间、收入报酬、工作场所、社会保险、劳动关系等方面与建立在工业化和现代化工厂制度基础上、传统主流就业方式不同的就业形式的总称”。目前，劳动研究所这一定义被大多数学者接受。

美国法律将劳动者分为两大类：雇员和独立缔约人，其中只有雇员能获得劳动法的保护，而被归类为独立缔约人的技师、工匠及低技能劳动者不能获得劳动法保护，包括不能享受工伤保险待遇。在英国，法院在判定临时雇员和雇主是否存在劳动关系时，采用“控制标准”的做法，即判断雇主与临时雇员之间的控制强弱，而不仅仅只根据合同约定。美国法律中规定的独立缔约人，英国法院认定的与雇主之间不存在达到一定控制强度的劳动关系的临时雇员，在我国被称为灵活就业人员。

结合我国实际情况，借鉴国外相关经验，文章将灵活就业人员定义为达到法定就业年龄，以非全日制、临时性和弹性工作等形式就业，但与用人单位不存在劳动关系的人员。具体可分以下几类：一是自营劳动者，此类型劳动者一般为自我雇佣或以个人身份从事职业活动；二是家庭帮工，一般帮助家庭成员从事生产经营活动；三是退休返聘人员，即退休之后和用人单位签订劳务合同继续工作的；四是其他非劳动关系就业人员，主要是指非全日制工、劳务承包工、劳务派遣工、家庭小时工等。

二、案例导入

通过中国裁判文书网、北大法宝等网站进行搜索，发现有关灵活就业人员职业伤害诉讼有很多，主要集中在退休返聘人员、外卖骑手、家政人员等领域。以下选取三则案例进行分析：

第一则案例发生在江苏无锡，原告陈某是被告麒龙公司员工，达到法定退休年龄之后，双方签订了一份退休返聘协议，原告继续在被告公司上班。期间，原告上班途中被撞伤，被鉴定为工伤，达到十级伤残。原告向当地劳动仲裁委申请仲裁，仲裁委以原告已达法定退休年龄为由不予受理。后原告向法院起诉，要求被告支付一次性伤残补助金、医疗补助金、经济补偿金等，且判决解除双方劳动关系。被告辩称，签订退休返聘协议后，双方之间仅存劳务合同关系，原告诉求无依据。此案例裁判中，法院认为原告在达到法定退休年龄后，劳动关系已终止，后续关系属于劳务关系，故不支持原告请求支付经济补偿金、双倍工资差额以及解除劳动关系的诉求；且根据江苏省实施《工伤保险条例》办法第二十八条，对原告主张的一次性医疗补助金、一次性就业补助金不予支持。

第二则案例也涉及达到法定退休年龄人员。原告系深圳某物业公司，与达到法定退休年龄的梁某签订《返聘协议书》，从事保洁员一职。期间，梁某在上班途中因交通事故当场去世。后经梁某家属申请，被告天津某区人社局作出工伤认定决定书。对此，原告认为与梁某属于已达退休年龄人员，不具备劳动者资格，原告与梁某之间属劳务关系而非劳动关系，诉至法院，请求撤销该决定书。一审法院根据最高人民法院的答复、人力资源和社会保障部《关于执行若干问题的意见（二）》，认为梁某属于超过法定退休年龄的进城务工农民，且没有享受养老保险待遇，故应当按照《工伤保险条例》进行工伤认定，判决驳回原告诉讼请求。二审法院维持原判。

第三则案例涉及的第三人为外卖骑手。原告刘某为某市美团外卖配送服务中心的经营者，第三人李某是此服务中心的一名外卖骑手。李某在骑摩托车送餐过程中因路面结冰滑倒摔伤。之后，经李某申请，被告某市人社局作出认定工伤决定书。对此，原告诉至法院，认为其与李某属劳务关系，不应当认定工伤。法院经审理，认为原告未提供证据证明自己的主张；被告作出《工伤认定决定书》时，李某举证的美团外卖管理制度、美团外卖骑手管理制度可以证明李某受原告经营的外卖服务中心支配，符合《关于确立劳动关系有关问题的通知》中的条件。最终法院裁判驳回原告诉讼请求。

三、灵活就业人员职业伤害救济困境

以上三则案例是较有代表性的，通过法院判决，可以看出目前对灵活就业人员遭受职业伤害后该如何救济还存在很多问题。

（一）保险缴费主体不明

在缴费主体方面，主要存在两大困境：简单来说，一是缴费主体是谁；二是收费的社保机构是谁。

首先是缴费主体。考虑灵活就业者与“用人单位”的关系，可以将灵活就业人员分为三类：自雇人员、有民事雇主的人员、与“雇主”劳动关系模糊不清的人员。自雇人员没有民事雇主，一般包括流动的摊贩、出租车司机等。目前，此类灵活就业人员只能通过购买商业保险来为自己提供保障。一方面，自雇型人员往往收入不高；另一方面，他们存在侥幸心理，保险意识不强，从而拒绝购买商业保险，这种局面将造成自雇型人员在遭受职业伤害后自身权益得不到保障。有民事雇主的人员一般是指家庭保姆、小时工等。由于民事雇主与灵活就业人员之间属于雇佣关系，雇主也只能通过购买商业保险来规避风险，这无疑增加了民事雇主的负担。与“雇主”劳动关系模糊不清的人员一般是指网约车司机、外卖员等。此类型灵活就业人员因未与“雇主”签订劳动合同，“雇主”往往不承认劳动关系的存在，这种情况下，“雇主”往往以此为由不为雇员参保，来节约企业成本；另一方面，“雇主”也担心若为雇员办理工伤保险，则视为承认劳动关系，届时若与雇员解除用工合同，雇员要求“雇主”为其补缴其他社会保险。

再者是收费的社保机构。从工伤保险的定义来看，其保障对象是劳动者，而实践中往往以劳动关系的存在来认定劳动者。这种做法造成一种尴尬的局面，即灵活就业人员中的自雇型人员及有民事雇主的人员想办理工伤保险而又无处办理。无处可缴也是这类人员遭受职业伤害后得不到有效保障的原因之一。

（二）工伤认定困难

灵活就业与正规部门就业相比，具有种类多，工作时间、地点不固定，工作关系不稳定等特点。灵活就业人员难以与一家用人单位保持较长的用工关系，且通常一个灵活就业人员对应几家用人单位。随着互联网的发展，衍生了更多的灵活就业形式，如网约车司机、外卖配送员等。以外卖配送员为例，雇主对骑手劳动时间、地点的控制是极为松散的，骑手也可以“身兼数职”。一旦出现职业伤害，根据《工伤保险条例》规定，工伤认定必须符合“三公条件”，即工作时间、工作地点和工作原因，其中工作时间、工作地点的认定为社会保险行政部门造成了巨大的挑战，而是否是因工作原因受伤，实际在调查取证时也很难判断。

（三）现有工伤保险制度无法为灵活就业者提供全面保障

以上三则案例中，受到职业伤害者或其家属第一反应是进行工伤认定，获取工伤保险救济。实际灵活就业人员出现职业伤害后，采取的第一步都是申请工伤认定。相关行政部门有的会以不存在劳动关系为由拒绝工伤认定申请，也有地方行政部门突破“劳动关系”的前提限制，为没有劳动关系或与用人单位劳动关系不明确的灵活就业者提供工伤认定。法院在裁判案件时，首先是判定“劳动关系”是否存在；再是认定对灵活就业人员的职业伤害救济能否走工伤保险路径。

工伤保险制度的设立是基于传统劳动者的特点，一味将灵活就业者纳入工伤保险的保障范围，一方面存在现实不能，如灵活就业者本人或其雇主无法缴纳工伤保险；另一方面，即使将灵活就业人员纳入工伤保险保障体系，允许为其开设工伤保险账户，从目前工伤保险经办层面看，工伤保险管理模式、经办方式将面临巨大挑战。

（四）加大了灵活就业者的负担

实际中，灵活就业者由于无法缴纳工伤保险，其自身或雇主往往选择购买人身意外险或雇主险，甚至不购买保险。人身意外险和雇主险属于商业保险，工伤保险属于社会保险，两者虽都是遭受伤害者获得救济的途径之一，但存在很多不同之处。通过工伤保险途径寻求救济，不管受职业伤害者有无过错，只需申请工伤认定，确定工伤及伤残等级之后即可获得来自国家工伤保险基金的补偿。就灵活就业人员而言，一方面，若灵活就业者自身为规避风险，只能购买商业保险，受到职业伤害后通过商业保险途径理赔；另一方面，许多灵活就业人员由于保险意识不强，没有购买任何保险，只能通过民事诉讼途径寻求救济。根据“谁主张，谁举证”原则，灵活就业者首先要举证雇主的过错，即使证明了雇主的过错，法院支持其诉讼主张，后续赔偿金额的支付也可能由于雇主的债务危机而迟迟得不到履行，从而加重了灵活就业者的负担。

四、灵活就业人员职业伤害保障制度构建

随着互联网技术在各行各业的应用与发展，灵活就业的形式愈发多变，实践中相关的工伤纠纷、民事纠纷也愈发频繁。构建灵活就业人员职业伤害保障制度至关重要。

（一）制定独立的灵活就业人员职业伤害保险办法

将灵活就业人员的职业伤害保障与工伤保险相独立，我国已有地方进行试验。如太仓市2014年发布的《灵活就业人员职业伤害保险暂行办法》（简称《暂行办法》），此办法就很大程度脱离了《工伤保险条例》，将其与基于劳动关系参加工伤保险的劳动者相区分，对职业伤害补偿的项目做了较大调整。

参考各地经济水平发展状况，各市可尝试制定有关灵活就业人员职业伤害保险的暂行办法。一方面，可以使更多的灵活就业人员在遭受职业伤害后能有救济途径，减轻其进行民事诉讼的负担；另一方面，各市在建构起市内职业伤害保险制度的基础上，再统一全省的制度框架，使灵活就业人员职业伤害保险成为一项惠民政策，覆盖更多从事劳动的“劳动者”。

（二）具体细则的确定

一是灵活就业人员的定义。太仓市发布的《暂行办法》第一条对灵活就业人员的范围进行了限制，为太仓市户籍劳动年龄段内未与任何用人单位或雇主存在劳动关系，从事非全日制工作或者自由择业且不在《工伤保险条例》规定参保范围内的人员。首先，将范围限制在本市户籍，没有合理考虑灵活就业人员流通性强的特点；其次，将范围限制在劳动年龄段，退休返聘人员将无法得到保障；最后，将“非全日制工作”作为条件之一，而灵活弹性的工作时间是灵活就业的特点之一，并不是其构成要件。因此，结合劳动与社会保障部劳动科学研究所给出的定义，建议在各省制定的暂行办法中给予灵活就业人员明确规定，

即达到劳动就业年龄，自由择业，且未与任何用人单位或雇主存在劳动关系或事实劳动关系的人员。

二是缴费主体的确定。对于“谁给缴”这个问题，太仓市的做法是地方财政补贴，只要正常参加并缴纳社会保险，便可参保职业伤害保险。由于灵活就业者收入不稳定，保险意识不强，若规定其自身缴纳职业伤害保险，可能无法达到“全民参保”的目的。因此，为鼓励灵活就业者参与职业伤害保险，借鉴太仓市的做法，将职业伤害保险的缴纳与社会保险捆绑，只要正常参加并缴纳社会保险，便可持居民身份证、社会保障卡等证明材料到特定地点登记办理灵活就业人员职业伤害保险。

三是职业伤害的认定。根据《工伤保险条例》的规定，工伤认定申请需要由用人单位提起，还需用人单位签署意见。灵活就业者由于没有用人单位，只能由自己或近亲属申请。且灵活就业者一般文化水平不高，若按《工伤保险条例》规定进行工伤认定，可能造成灵活就业者维权困难。因此，建议简化灵活就业者职业伤害认定程序，提供的证据材料能证明职业伤害事实即可。

四是补偿项目的调整。对比《工伤保险条例》的工伤待遇，太仓市对灵活就业者职业伤害后享受的补偿项目做了较大调整：医疗费用由医疗保险基金支付，根据伤残等级享有社会保险补贴和基本生活补助，如需安装辅助器具可以在国家规定标准范围内享受补贴，死亡者按照城镇企业职工养老保险或居民养老保险规定享有相应的丧葬费、抚恤金。

值得注意的是，相较工伤保险待遇，灵活就业者的职业伤害保险待遇并不全面，采取的是一种以治疗康复为主，补助救济为辅的做法。灵活就业者职业伤害保险制度是处于起步阶段的一项地方财政补贴创立的制度，对其要求过高反而不利于其发展。因此，借鉴太仓市的做法，调整补偿项目，将救济重点放在了灵活就业者的康复治疗上。