# 新就业形态中职业伤害保障的法律构造

职业伤害保障与工伤保险的衔接

赵跃

（安徽国运律师事务所，安徽 合肥 230000）

**摘要：**外卖骑手、网约车司机、即时配送员在工作过程中受伤，能否获得工伤保险救济，实务中争议已久。平台通常主张其与从业者之间不构成劳动关系，因而不承担工伤保险责任；从业者则主张平台通过算法对劳动过程实施实质控制，应当承担相应责任。二〇二二年起，部分省市开展新就业形态就业人员职业伤害保障试点，以按单缴费、平台承担、政府监督为特征，形成了工伤保险之外的第二种保障机制。试点同时暴露出四类问题：一是性质未定，职业伤害保障究竟属于社会保险、商业保险还是行政给付，理论上尚无定论；二是范围模糊，哪些平台、哪些人员、哪些伤害应当纳入，缺乏统一标准；三是待遇结构不完整，与工伤保险的待遇项目和标准存在明显差距，伤残津贴与供养亲属抚恤的缺位尤为突出；四是与侵权赔偿的关系不明，第三人侵权时可否双重受偿，各地处理不一。本文主张：职业伤害保障在性质上属于社会保险的特殊类型，应当采法定保险、独立基金、行政经办的构造；覆盖范围应以算法从属性为准，而非以劳动关系为准；待遇结构应向工伤保险看齐，采基础待遇与补充待遇的两层构造；与侵权赔偿的关系，应采医疗费用不重复、伤残待遇可补充的规则。

**关键词：**新就业形态；职业伤害保障；工伤保险；算法从属性；平台责任

**中图分类号：**D922.55　**文献标识码：**A　**文稿编号：**WJLT(2026)02-0026-16

# The Legal Structure of Occupational Injury Protection in New Forms of Employment

ZHAO Yue

(Anhui Guoyun Law Firm, Hefei 230000, Anhui, China)

**Abstract:** Whether delivery riders, ride-hailing drivers and instant couriers can obtain work injury insurance relief for injuries suffered in the course of work has long been disputed. Platforms usually argue that no employment relationship exists and therefore no work injury liability attaches, while workers argue that algorithmic control over the labour process amounts to substantive control. Since 2022, several provinces have piloted occupational injury protection for workers in new forms of employment, characterized by per-order contributions, platform funding and government supervision, creating a second protection mechanism alongside work injury insurance. The pilots expose four problems: the legal nature remains unsettled; the scope of coverage is vague; the benefit structure is incomplete, lacking disability allowances and dependent survivors pensions; and the relationship with tort compensation is unclear. This article argues that occupational injury protection is a special type of social insurance, that coverage should be determined by algorithmic subordination rather than employment relationship, that benefits should follow the work injury model in a two-tier structure, and that medical expenses should not be duplicated while disability benefits may be supplemented.

**Key words:** new forms of employment; occupational injury protection; work injury insurance; algorithmic subordination; platform liability

**说明：**（本文为作者个人研究观点，不代表所在单位意见）

**作者简介：**赵跃，安徽国运律师事务所执业律师，主要研究劳动争议与行政诉讼。

## 一、问题的提出

二〇二一年春天，一位外卖骑手在送餐途中被机动车撞伤，构成八级伤残。他向人社部门申请工伤认定，人社部门以他与平台之间不存在劳动关系为由，不予受理。他向法院起诉，一审、二审均维持。案件终审之后，他在另一起民事诉讼中起诉平台，主张平台对

其劳动过程实施控制，应当承担相应的赔偿责任。法院认为，双方签订的是合作协议，报酬按单结算，骑手可以自主决定接单时间，故不构成劳动关系，亦不构成劳务关系，平台仅承担网络服务提供者的义务。

这样的案件，在全国各地反复出现。争议的焦点并非事实，而是定性。平台设计的用工结构，刻意回避了劳动关系的外观：没有劳动合同，没有固定工资，没有考勤，没有工作场所。但与此同时，平台通过算法派单、路径规划、时限考核、评分评级、奖惩规则，对劳动过程实施着比传统工厂更为细密的管理。

从属性是劳动关系认定的核心标准。传统的从属性，表现为人格从属、经济从属与组织从属三个方面，其外观是固定的工作场所、固定的工作时间、固定的上下级指挥。平台用工改变了这些外观，却没有改变实质：骑手必须在平台设定的时限内完成配送，必须接受平台的派单规则，违反规则会被扣分、降级乃至封号。这种控制，比车间主任的现场指挥更为刚性，只是它以数据的形式呈现。

二〇二二年，部分省市开始试点新就业形态就业人员职业伤害保障。试点的基本思路是：不以劳动关系为前提，由平台按单缴费，建立独立的基金，对在工作过程中遭受伤害的从业者给予一次性给付。这一制度在一定程度上填补了保障的空白，但也带来了新的问题：它与工伤保险是什么关系，是替代还是补充；它的性质是什么，是社会保险还是商业保险；它的待遇水平为何明显低于工伤保险；它与侵权赔偿能否并用。

这些问题的背后，是一个更为根本的理论问题：新就业形态下的劳动保护，究竟应当以劳动关系为入口，还是应当以劳动事实为入口。若以劳动关系为入口，则必须首先改造劳动关系的认定标准，把算法控制纳入从属性的判断；若以劳动事实为入口，则可以绕开定性之争，直接按劳动的事实状态配置保护。职业伤害保障试点，走的正是后一条路。

本文认为，试点所走的路径是正确的，但其制度构造尚未完成。一项社会保障制度，应当具备明确的性质定位、清晰的覆盖范围、完整的待遇结构、顺畅的程序衔接与合理的竞合规则。试点在这五个方面均有欠缺，其中性质定位的欠缺最为根本，因为它决定了其余四项的方向。

本文的讨论分为八个部分。第二部分梳理试点的规范依据与实践样态；第三部分讨论职业伤害保障的性质定位；第四部分讨论覆盖范围的判断标准；第五部分讨论平台的法律地位与缴费义务；第六部分讨论待遇给付的两层构造；第七部分讨论认定程序与举证责任；第八部分讨论与侵权赔偿的竞合；第九部分提出制度完善的建议。

需要说明的是，本文所称新就业形态，指依托互联网平台提供劳务、劳动过程受算法管理、劳动报酬按单计付的就业形态，主要包括网约配送、网约出行、网约货运、家政服务、网络直播等类型。本文所称职业伤害，指从业者在提供劳务过程中因工作原因受到的伤害，包括事故伤害与职业病。

讨论这一问题的意义，不仅在于解决一类案件的裁判标准，更在于回应一个时代性的

追问：当劳动的组织方式发生根本变化时，以工厂为原型建立起来的劳动保护体系，应当如何调整。这个问题，其他国家同样面临，但在我国尤为紧迫，因为新就业形态的从业者规模巨大，且多为青壮年劳动力，其社会保障的缺口直接关系到社会的稳定。

从审判的角度看，法院在处理此类案件时，常常陷入两难：认定劳动关系，则平台承担的责任过重，可能影响行业发展；不认定劳动关系，则从业者的伤害无人负担，有违公平。职业伤害保障制度的建立，正是为了化解这一两难：把劳动关系的认定与伤害保障的给付分开，使保障不必以定性为前提。

但制度的分开，并不意味着问题的消失。分开之后，新的问题随之产生：既然保障不以劳动关系为前提，那么以什么为标准确定谁应当被保障；既然平台按单缴费，那么缴费义务的性质是什么，是税费、保险费还是行政收费；既然基金独立运行，那么基金不足时由谁兜底。这些问题，都需要在理论上作出回答。

本文尝试作出的回答，可以概括为三句话：职业伤害保障是社会保险，不是商业保险；覆盖范围以算法从属性为准，不以劳动关系为准；待遇结构采两层构造，基础待遇保基本，补充待遇补差距。以下逐层展开。

## 二、试点的规范依据与实践样态

二〇二一年七月，人力资源和社会保障部等八部门联合发布关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见，提出开展职业伤害保障试点。二〇二二年，试点在部分省市启动，覆盖网约配送、网约出行、即时配送、同城货运四个行业。试点办法的核心内容有四项：按单缴费、平台承担、政府监督、一次性给付。

按单缴费，是指平台按照完成的订单数量，为每单缴纳一定金额的费用，形成职业伤害保障基金。费率因行业而异，配送行业每单约一角至二角，出行行业每单约二分至五分。这种缴费方式，与工伤保险按工资总额缴费的方式不同，它不依赖于工资的认定，也不依赖于劳动关系的存在，因而绕开了定性难题。

平台承担，是指缴费义务由平台而非从业者承担。这一安排的法理基础，在于平台是从业者劳动成果的享有者，也是劳动过程的组织者，按照受益与风险相一致的原则，应当负担相应的成本。这一点，与工伤保险中用人单位缴费的原理相同。

政府监督，是指基金由社会保险经办机构管理，人力资源社会保障部门监督，财政部门监管基金的收支。这一安排，使基金具有公共属性，区别于商业保险的保费。

一次性给付，是指从业者遭受职业伤害后，按照伤残等级给予一次性补助，不设长期待遇。这一安排，与工伤保险的差别最大。工伤保险的待遇包括医疗费用、停工留薪期工资、一次性伤残补助金、伤残津贴、生活护理费、辅助器具费、丧葬补助金、供养亲属抚恤金、一次性工亡补助金等九项，而职业伤害保障目前只覆盖其中数项，且多为一次性给付。

试点开展以来，参保人数增长较快，给付案件亦逐年增加。从公开的数据看，给付案件中以交通事故伤害为主，占七成以上；伤害程度以轻伤为主，重伤与死亡的比例较低。这一结构与配送行业的风险特征相符：骑手长时间在道路上行驶，交通事故是最主要的伤害来源。

试点也暴露出一些问题。其一，部分平台以各种方式规避缴费，例如将配送业务层层外包，由不具备缴费能力的空壳公司承担缴费义务，一旦发生伤害，基金虽已给付，但追缴困难。其二，部分从业者同时为多个平台服务，伤害发生时难以确定由哪个平台缴费，导致重复缴费或者漏缴。其三，部分地区的经办机构对伤害是否属于职业伤害的认定标准把握不一，同类案件处理结果差异较大。

职业伤害保障的申领条件、给付项目以及它与工伤待遇的具体差距，各地经办的口径并不统一，可参见职业伤害保障怎么申领，能赔多少，和工伤待遇差在哪一文所作的梳理。该文所列的项目对照，恰好可以说明本文所称待遇结构不完整的实际后果。

其四，待遇水平偏低。以八级伤残为例，工伤保险的一次性伤残补助金为十一个月的本人工资，另有一次性工伤医疗补助金与一次性伤残就业补助金，合计往往在十万元以上；职业伤害保障的一次性补助，多数地区在数万元之间，差距明显。其五，长期待遇缺位。重伤者失去劳动能力后，需要长期的伤残津贴与生活护理，职业伤害保障不给付此类待遇，从业者只能转而求助社会救助或者侵权赔偿。

这些问题的根源，在于制度定位不清。如果把职业伤害保障定位为工伤保险的替代，那么待遇就应当向工伤保险看齐；如果定位为补充，那么就应当允许与工伤保险并存；如果定位为过渡，那么就应当明确过渡的期限与并轨的路径。试点办法对此未作规定，各地只能自行探索。

从比较法的角度看，其他国家和地区处理同类问题，大致有三条路径。第一条是扩张工伤保险的覆盖范围，把平台从业者拟制为劳动者，纳入工伤保险，德国、日本采此路径。第二条是建立独立的保障制度，与工伤保险并行，英国、法国采此路径。第三条是课以平台侵权责任，通过民事责任分散风险，美国部分州采此路径。

三条路径各有优劣。扩张路径的优点是制度统一、待遇完整，缺点是需要改造劳动关系的认定标准，阻力较大。独立路径的优点是改革成本低、推进快，缺点是制度碎片化、待遇水平难以提高。侵权路径的优点是灵活，缺点是个案裁判标准不一，且平台可以通过合同条款转移风险。

我国试点所采的，接近第二条路径，即建立独立的保障制度。这一选择在短期内是务实的，因为改造劳动关系认定标准的成本过高，而从业者的保障需求又极为迫切。但独立的制度若不与工伤保险衔接，长期看会形成双轨制，导致同类伤害、不同待遇的局面。

因此，试点的下一步，应当是明确职业伤害保障与工伤保险的衔接关系。衔接的方式有三种：一是并入，即把职业伤害保障纳入工伤保险，作为一个特殊的参保群体；二是对

接，即保留独立基金，但待遇标准、认定程序、经办规则与工伤保险统一；三是并行，即两者各自运行，允许从业者选择。本文倾向于第二种，理由将在第六部分展开。

需要指出的是，制度的衔接不仅是技术问题，更是价值判断。工伤保险制度经过七十余年的演进，其待遇结构、认定标准、程序规则，凝聚了对工伤风险的社会共识。职业伤害保障若要获得同样的正当性，就不能在待遇上打折扣，否则就等于宣示：新就业形态的从业者的生命健康，比传统劳动者的生命健康廉价。这是不能接受的。

实务中，已有法院在判决中指出，平台不能以不存在劳动关系为由，完全免除对从业者职业伤害的救助义务；亦有法院认为，平台虽不承担工伤保险责任，但应依过错承担相应的侵权责任。这些判决的取向值得肯定，但个案裁判无法替代制度供给。

## 三、性质定位：社会保险抑或商业保险

职业伤害保障的性质，是全部问题的起点。性质不同，则缴费的义务基础不同，基金的管理方式不同，待遇的调整机制不同，救济的途径亦不同。试点办法未作明确规定，理论上存在三种观点。

第一种观点认为，职业伤害保障属于社会保险。理由是：它由行政机关主导建立，具有强制性；基金由社会保险经办机构管理，具有公共性；缴费与待遇由规范性文件确定，不具有协商性；争议可以通过行政复议、行政诉讼解决。这些特征，均符合社会保险的构成要素。

第二种观点认为，它属于商业保险。理由是：它按单缴费，费率与风险挂钩，具有对价性；给付以伤残等级为标准，具有定额性；基金独立核算，政府不承担兜底责任。这些特征，接近于商业人身保险。

第三种观点认为，它属于行政给付。理由是：它由行政机关依职权认定并给付，不需要以缴费为对价，也不需要以合同为基础；从业者获得给付的依据是规范性文件，而非保险合同或者保险关系。

本文认为，第一种观点更为可取，但须作两点修正。第一，它不是一般的社会保险，而是社会保险的特殊类型。一般社会保险以劳动关系为基础，以工资为缴费基数，以保险关系为权利义务的载体；职业伤害保障不以劳动关系为基础，以订单为缴费单位，以行政给付为权利实现的方式。这些差异，使它无法完全套用社会保险法的一般规则。

第二，它的强制性尚未完成。社会保险的强制性，表现为强制参保、强制缴费、强制给付三个方面。试点中，强制参保已经实现，平台必须为从业者缴费；强制缴费部分实现，欠缴的追缴机制尚不健全；强制给付尚未完全实现，部分地区的给付须由从业者申请，经办机构有一定的裁量空间。强制性的不完整，是它区别于典型社会保险的主要之处。

把职业伤害保障定位为社会保险，有四点实益。其一，明确缴费义务的公法性质。缴

费不是合同义务，而是法定义务，平台不能以合同约定排除，也不能以业务外包转移。其二，明确基金的公共属性。基金不足时，由财政兜底，避免出现无钱可付的局面。其三，明确待遇的法定性。待遇标准由规范性文件确定，经办机构无权降低，从业者有权请求给付。其四，明确争议的救济途径。对不予认定、不予给付不服的，可以申请行政复议或者提起行政诉讼。

反之，若定位为商业保险，则会产生三重问题。其一，缴费变成保费，平台可以主张自己不是投保人，从而免除缴费义务。其二，给付变成保险金，须以保险合同为依据，而试点中并无保险合同。其三，基金自负盈亏，一旦出现巨额赔付，基金可能破产，从业者的权益无从保障。

若定位为行政给付，则会产生另外三重问题。其一，给付失去对价基础，财政负担加重，制度的可持续性存疑。其二，平台的责任被虚化，缴费沦为一种税收，与风险防控脱钩。其三，从业者的权利弱化，因为行政给付通常被视为一种恩惠，而非权利，其请求权的强度低于保险给付请求权。

因此，社会保险的定位，是最有利于从业者的定位，也是最有利于制度可持续发展的定位。这一定位，应当在立法中明确，而不能停留于学理讨论。目前的试点办法，属于规范性文件，效力层级过低，无法承载社会保险的定位。这也是为什么各地在试点中各行其是的原因之一。

有观点认为，把职业伤害保障定位为社会保险，会加重平台负担，影响行业发展。这一担心可以理解，但未必成立。从试点数据看，按单缴费的费率极低，每单数分至数角，占配送费的比例不足百分之一。对于平台而言，这一成本完全可以消化；对于行业而言，这一成本可以转化为更稳定的劳动力供给。

更重要的是，平台本就在为职业伤害付出代价，只是代价的承担方式不同。骑手受伤后，平台往往以人道救助、商业保险、私下和解等方式支付费用，这些费用的总额并不低于缴费；而且这种方式缺乏确定性，一旦发生重大伤害，平台可能面临巨额索赔与舆论压力。把不确定的风险转化为确定的缴费，对平台未必是坏事。

从法理上看，风险的社会化分散，是现代侵权法与社会保障法的共同趋势。工伤事故的风险，不应由单个企业承担，也不应由受害者承担，而应由整个行业通过保险机制分散。职业伤害保障的建立，正是这一趋势在新就业形态中的体现。平台的缴费，不是额外的负担，而是风险社会化的对价。

综上，职业伤害保障应当定位为社会保险的特殊类型，采法定保险、独立基金、行政经办的构造。法定保险，指参保、缴费、给付均由法律强制规定；独立基金，指基金独立核算、专款专用、财政兜底；行政经办，指由社会保险经办机构负责认定与给付，行政机关负责监督。这一构造，既保留了社会保险的公共性，又适应了新就业形态的特点。

## 四、覆盖范围：以算法从属性为准

覆盖范围的判断，是职业伤害保障的第二道难题。试点办法以行业列举的方式确定范围，即网约配送、网约出行、即时配送、同城货运四个行业。这种列举式的立法，优点是明确，缺点是僵化：新业态层出不穷，列举永远滞后；同一行业内的用工形态差异巨大，一刀切难免失当。

本文主张，覆盖范围应以算法从属性为标准，即以从业者是否受平台算法的实质控制为核心判断要素。这一标准，既可涵盖现有的各类新就业形态，也可适应未来的业态变化，具有开放性。

算法从属性，是指从业者的劳动过程受平台算法的指挥、调度、监督与评价，从而在实质上处于从属地位。其具体表现有六项：一是派单的强制性，从业者不能拒绝平台派发的订单，或者拒绝须承担不利后果；二是时限的刚性，平台设定配送或者运载的时限，超时须承担扣分、罚款等后果；三是路径的指定，平台通过导航规划路线，从业者须按指定路线行驶；四是评价的单方性，平台单方设定评分规则，评分影响接单机会与收入；五是奖惩的任意性，平台可以单方制定并变更奖惩规则，从业者无权协商；六是退出的受限性，从业者退出须满足平台设定的条件，例如结清罚款、交还设备等。

六项中，前三项指向劳动过程的控制，后三项指向劳动关系的持续。具备其中三项以上，即可认定存在算法从属性。这一标准，与劳动关系认定中的从属性标准同源，但去除了工作场所、工作时间等形式要件，更适应平台用工的特点。

以这一标准衡量，网约配送、即时配送、网约出行的从业者，通常具备算法从属性，应纳入保障；网络直播的主播，若平台仅提供技术支持，不控制直播内容与时长，则不具备算法从属性，不应纳入；家政服务人员，若通过平台接单但不受平台时限与路线约束，则处于中间状态，须个案判断。

有观点认为，以算法从属性为标准，会导致认定成本过高，不如行业列举简便。这一担心有其道理，但可以通过类型化的方式化解：先在立法中列举典型的具备算法从属性的情形，作为推定的基础；再由经办机构在个案中作反向证明，即平台能够证明其不实施实质控制的，可以排除。这样既保持了明确性，又保留了灵活性。

还有观点认为，以算法从属性为标准，实质上是把劳动关系的认定标准平移过来，与试点绕开定性难题的初衷相悖。这一批评似是而非。试点绕开的，是劳动关系的法律定性，而非从属性的事实判断。职业伤害保障的给付，仍须判断伤害是否因工作原因发生，而工作原因的判断，离不开对劳动过程的考察。因此，从属性的事实判断无法回避，只是其法律后果不同：在劳动关系中，它引起全面的劳动保护；在职业伤害保障中，它仅引起伤害保障。

覆盖范围的另一个维度，是人员的范围。试点办法原则上覆盖“新就业形态就业人员”，但对年龄、户籍、就业状态未作限制。实务中出现的问题有三：一是超过法定退休

年龄的从业者，能否纳入；二是未成年人，能否纳入；三是同时为多个平台服务的从业者，如何确定缴费主体。

对于超龄从业者，本文认为应当纳入。理由有三：其一，职业伤害的风险与年龄无关，超龄从业者同样面临交通事故等风险；其二，超龄从业者往往无法参加工伤保险，若再排除于职业伤害保障之外，则完全失去保障；其三，试点办法未作排除，依“法无禁止即可为”的原则，应当纳入。

对于未成年人，本文认为应当区分对待。十六周岁以上、以自己的劳动收入为主要生活来源的未成年人，视为完全民事行为能力人，可以纳入；十六周岁以下的，属于非法使用童工，不应纳入保障范围，而应由劳动监察部门查处，平台承担相应的法律责任。把非法用工纳入保障，等于变相承认其合法性。

对于多平台从业者，本文认为应当采“主平台缴费、多平台分摊”的规则。具体而言，以从业者在一个缴费周期内完成订单最多的平台为主平台，由主平台承担缴费义务；其他平台按订单比例分摊。这一规则，既可避免重复缴费，也可避免漏缴，同时与从业者的实际劳动投入相匹配。

覆盖范围的第三个维度，是伤害的范围。试点办法原则上覆盖“因执行平台订单任务受到的伤害”，但对上下班途中的伤害、待命期间的伤害、非订单任务的伤害，规定不明。本文认为，应当参照工伤保险的规则，作适度扩张。

上下班途中的伤害，工伤保险条例规定，在上下班途中受到非本人主要责任的交通事故伤害的，应当认定为工伤。职业伤害保障可以参照这一规则，但须注意平台用工的特殊性：从业者往往没有固定的工作场所，其“上下班”的起点与终点难以确定。本文主张，以从业者从住所出发接单至完成最后一单返回住所的整个过程，视为工作过程，其间受到的伤害，除本人故意或者重大过失外，均应纳入。

待命期间的伤害，指从业者已登录平台、处于可接单状态但尚未接到订单期间受到的伤害。这一期间，从业者虽未实际提供劳务，但处于平台的调度之下，其时间已被平台占用，应当视为工作时间的延伸。本文主张，待命期间的伤害应当纳入，但可以设置合理的时限，例如连续待命不超过四小时。

非订单任务的伤害，指从业者执行平台安排的非配送任务，例如参加培训、领取物料、检修车辆等受到的伤害。这类任务虽不直接产生收益，但属于平台组织的行为，应当纳入。反之，从业者私自接单、绕道办私事期间受到的伤害，不属于职业伤害。

需要强调的是，覆盖范围的扩张，必须有基金的支持。范围越宽，支出越大，费率越高。因此，扩张应当循序渐进：先覆盖最典型的业态与最典型的伤害，再逐步扩展。这一过程，应当有数据支撑，即通过精算确定费率与范围的匹配关系，而不能凭主观意志决定。

## 五、平台的法律地位与缴费义务

平台在职业伤害保障中的法律地位，是制度构造的关键环节。试点办法规定平台承担缴费义务，但未明确其法律地位：是投保人，是用人单位，还是第三人？地位不同，则权利义务不同。

若把平台定位为投保人，则它与基金之间成立保险合同关系，缴费是保费，平台享有投保人的权利，例如指定受益人、解除合同。这一模式的缺点，是把社会保险关系契约化，与制度的公共属性相悖。

若把平台定位为用人单位，则它与从业者之间成立劳动关系，须承担全部的劳动保护义务。这一模式的缺点，是与试点绕开劳动关系定性的初衷相悖，且与平台用工的实际状态不符。

若把平台定位为第三人，则它与基金之间没有直接的法律关系，缴费只是一种公法上的负担。这一模式的缺点，是平台缺乏参与制度运行的动力，也难以对风险防控承担责任。

本文主张，把平台定位为“缴费义务人”，即依法负有缴费义务、享有相应权利、承担相应责任的主体。这一定位，既不同于投保人，也不同于用人单位，而是社会保险法上的一种特殊主体。其权利义务包括四项：缴费义务、申报义务、协助义务、防控制义务。

缴费义务，是按单缴纳费用的义务。义务的履行，以订单的完成为标志，订单完成即产生缴费义务，与是否盈利无关。平台不得以订单亏损为由拒缴，也不得以从业者自愿放弃保障为由免缴。欠缴的，由社会保险经办机构责令限期缴纳，并加收滞纳金；拒不缴纳的，可以申请人民法院强制执行。

申报义务，是向经办机构申报从业者名单、订单数量、伤害事故等信息的义务。申报是缴费与给付的基础，申报不实的，应当承担相应的责任。实务中，部分平台为降低成本，少报订单数量，或者把从业者登记在其他主体名下，导致基金收入流失。对此，应当建立申报核查机制，并通过数据比对发现异常。

协助义务，是在伤害事故发生后，协助从业者申请给付、提供订单记录与轨迹数据、配合调查的义务。这一义务的履行，直接关系到从业者能否及时获得给付。平台无正当理由拒绝协助的，应当承担相应的责任，包括行政责任与民事赔偿责任。

防控义务，是采取必要措施预防职业伤害发生的义务。包括合理的时限设定、必要的安全培训、合格的配送设备、恶劣天气的停单机制等。这一义务，是缴费义务的补充，因为保险只能分散风险，不能消除风险。平台若违反防控义务，导致伤害发生，应当承担相应的责任。

把平台定位为缴费义务人，有两点实益。其一，明确了平台的公法义务，使其不能通过合同安排规避。实务中，平台常把配送业务外包给第三方公司，由第三方公司承担缴费义务，而第三方公司往往注册资本极低，无力缴费。若明确平台的缴费义务人地位，则外

包不能免除其义务，只能在其履行后向第三方追偿。

其二，明确了平台的权利，使其有动力参与制度运行。缴费义务人享有查询权、异议权、参与费率制定权等权利。这些权利，使平台能够了解基金的运行状况，对费率调整提出意见，从而形成政府、平台、从业者三方协商的治理结构。

关于费率的确定，本文主张采“行业基准费率加浮动费率”的模式。行业基准费率，按行业的风险程度确定，配送行业高于出行行业，出行行业高于货运行业；浮动费率，按平台的事故率、防控措施的落实情况浮动，事故率低、防控到位的，费率下浮，反之上调。这一模式，既体现了风险对价，也激励平台加强防控。

费率的调整，应当有程序保障。调整前，应当征求平台、工会、从业者代表的意见；调整方案，应当报社会保险行政部门批准；调整结果，应当向社会公布。程序的公开，是费率正当性的基础，也是防止行政机关随意加重平台负担的保障。

关于平台与第三方的责任分配，本文主张采“平台先行、事后追偿”的规则。即无论配送业务经过几层外包，均由平台先行承担缴费义务；平台履行后，可以依合同向实际用工的第三方追偿。这一规则，符合保护从业者的目的，也符合风险控制的原则，因为平台最有能力选择合格的合作方，也最有能力监督合作方的履约。

实务中，还有一种情形须要讨论：平台与从业者约定，由从业者自行购买商业意外险，平台不再承担缴费义务。这一约定的效力如何？本文认为，该约定无效。理由有二：其一，缴费义务是法定义务，不得以约定排除；其二，商业意外险不能替代职业伤害保障，前者以保费为对价、以保额为限，后者以法定标准为待遇、以基金为担保，两者的保障水平不同。

当然，从业者自行购买的商业意外险，可以作为补充保障，与职业伤害保障并存。给付时，职业伤害保障的给付不因商业保险的给付而扣减，反之亦然。这一点，与人身保险不适用损失填补原则的原理相同。

## 六、待遇给付的两层构造

待遇结构，是职业伤害保障最受诟病的部分。目前的待遇，以一次性给付为主，项目少、标准低、长期待遇缺位。本文主张，应当向工伤保险看齐，采“基础待遇加补充待遇”的两层构造。

基础待遇，由职业伤害保障基金给付，保障从业者的基本需求。包括四项：医疗费用、停工留薪期收入补偿、一次性伤残补助、一次性工亡补助。这四项，覆盖了伤害发生后的即时支出与收入损失，是最基本的部分。

医疗费用，应当据实支付，不受目录限制。工伤保险的医疗费用，限于工伤保险诊疗项目目录、药品目录、住院服务标准；职业伤害保障的医疗费用，若也受限，则重伤者的自费部分可能极重。本文主张，对职业伤害的医疗费用，采“必要且合理”的标准，由经

办机构审核，不受目录限制。这一安排，虽会增加支出，但符合保障的目的。

停工留薪期收入补偿，应当按从业者受伤前一定期间的平均收入计算。从业者的收入按单结算，波动较大，故须取一定期间的平均值，例如受伤前六个月的平均月收入。补偿的标准，可以参照工伤保险的百分之百，即受伤前的收入水平；补偿的期限，按医疗终结期确定，一般不超过十二个月，伤情严重的可以延长。

一次性伤残补助，应当按伤残等级确定。工伤保险的标准是：一级二十七个月本人工资，二级二十五个月，三级二十三个月，四级二十一个月，五级十八个月，六级十六个月，七级十三个月，八级十一个月，九级九个月，十级七个月。职业伤害保障可以参照这一标准，但以“本人收入”替代“本人工资”，以“当地职工平均收入”作为下限。

一次性工亡补助，应当按上一年度全国城镇居民人均可支配收入的二十倍计算，与工伤保险的标准一致。此外，应当给付丧葬补助金，标准为六个月的上一年度当地职工月平均工资。这两项，是最基本的死亡待遇。

补充待遇，由平台通过商业保险或者行业互助基金提供，弥补基础待遇与工伤保险待遇之间的差距。包括三项：伤残津贴、生活护理费、供养亲属抚恤金。这三项，均属长期待遇，支出较大，故不宜由基础基金承担，而应由补充机制承担。

伤残津贴，适用于一至四级伤残，按本人收入的一定比例按月给付，标准可以参照工伤保险的百分之九十、百分之八十五、百分之八十、百分之七十五。五至六级伤残，若难以安排工作，也应当给付伤残津贴，标准为百分之七十、百分之六十。

生活护理费，适用于生活不能自理的伤残者，按生活自理障碍程度给付，标准可以参照工伤保险的三档：完全不能自理，按当地职工月平均工资的百分之五十；大部分不能自理，百分之四十；部分不能自理，百分之三十。

供养亲属抚恤金，适用于因工死亡的从业者，按其生前收入的一定比例给付给无劳动能力或者无生活来源的亲属。配偶百分之四十，其他亲属每人百分之三十，孤寡老人或者孤儿每人再加百分之十，总额不超过生前收入的百分之百。

两层构造的法理基础，在于基本保障与差别保障的区分。基本保障，是国家的责任，由公共基金承担，标准统一，保障底线；差别保障，是行业的责任，由平台承担，标准因行业、因平台而异，体现风险的差异。这一区分，既保证了公平，也保留了多少的弹性。

两层构造的衔接，须有制度安排。本文主张，补充待遇由平台强制投保，保险费率由市场确定，保险条款由监管部门备案。平台未投保的，由基金先行给付基础待遇，再向平台追偿补充待遇的部分。这一安排，既保证了从业者的待遇不因平台的违约而减少，也避免了平台的道德风险。

有观点认为，两层构造过于复杂，不如直接把职业伤害保障并入工伤保险，一步到位。这一主张有其道理，但在现阶段难以实现，因为并入意味着承认劳动关系，而平台用工的定性问题尚未解决。两层构造，是一种过渡安排，其目标是在不改变定性的前提下，

尽可能提高保障水平。

过渡的期限，应当明确。本文主张，以五年为期，五年内完成两层构造的搭建，五年后评估是否并入工伤保险。评估的标准有三项：覆盖率达到百分之九十以上，待遇水平达到工伤保险的百分之八十以上，基金收支基本平衡。三项均达到的，可以启动并入程序。

过渡期内，还应当建立待遇的正常调整机制。调整的依据，可以是居民消费价格指数、职工平均工资增长率、基金收支状况三项指标。调整的周期，可以是两年一次。调整的程序，应当公开，征求各方意见。这一机制，可以避免待遇水平因通货膨胀而相对下降。

待遇给付的方式，也须改进。目前的一次性给付，虽简便易行，但存在明显缺陷：一次性给付后，重伤者的长期医疗与护理需求无从保障，容易陷入困境。本文主张，对一至四级伤残，改为按月给付伤残津贴加据实支付医疗费用；对五至十级伤残，保留一次性给付，但增设医疗费用的后续支付通道。

给付的时效，也须明确。试点办法未规定给付的期限，实务中从申请到给付，短则数周，长则数月。本文主张，参照工伤保险的规定，经办机构应当自受理之日起六十日内作出认定，认定后三十日内给付；情况复杂的，可以延长三十日，但须书面说明理由。逾期不给付的，从业者可以申请行政复议或者提起行政诉讼。

## 七、认定程序与举证责任

认定程序，是职业伤害保障的运行枢纽。程序的设计，应当兼顾效率与公正：效率，使受伤者能够及时获得救治与补偿；公正，使基金的支出不被滥用。目前的程序，由从业者申请、平台协助、经办机构认定三个环节构成，各环节均存在不足。

申请的环节，问题在于门槛过高。部分地区的经办机构要求申请人提交劳动关系证明、平台派单记录、事故责任认定书等材料，而从业者往往无法取得这些材料。尤其是平台派单记录，掌握在平台手中，平台不配合的，从业者无从提供。

本文主张，取消劳动关系证明的要求。职业伤害保障不以劳动关系为前提，要求提供劳动关系证明，与制度目的相悖。至于派单记录，应当由平台依协助义务提供；平台不提供的，经办机构可以依职权调取，或者依从业者提供的初步证据推定。

协助的环节，问题在于义务虚化。试点办法规定平台应当协助，但未规定不协助的后果。实务中，部分平台以各种理由拖延、推诿，甚至隐匿数据。对此，应当规定明确的罚则：平台无正当理由拒绝协助的，由社会保险行政部门责令改正，处以罚款；情节严重的，可以暂停其业务。

认定的环节，问题在于标准不一。职业伤害的认定，须判断三个要素：伤害是否发生在工作过程中，是否因工作原因引起，是否属于排除情形。三个要素的判断，各地把握不一，同类案件处理结果差异较大。

本文主张，制定统一的认定规则，明确三个要素的判断标准。工作过程，以从业者登录平台接单为起点，以完成最后一单退出平台为终点，包括待命期间与合理的休息期间。工作原因，指伤害与执行订单任务之间存在因果关系，包括直接原因与间接原因。排除情形，包括故意犯罪、醉酒或者吸毒、自残或者自杀三类，与工伤保险的规定一致。

举证责任的分配，是认定的核心。本文主张采“分层举证”的规则：从业者负初步举证责任，即证明伤害发生的时间、地点、原因，以及当时正在执行平台订单任务；平台负反证责任，即证明伤害不属于职业伤害，或者属于排除情形；经办机构负调查核实责任，对双方提供的证据进行审查，必要时依职权调查。

这一分配的法理基础，在于证据的距离。伤害发生的过程，从业者是亲历者，平台是数据持有者，两者各掌握一部分证据。让从业者承担初步举证责任，是因为其对伤害事实最为清楚；让平台承担反证责任，是因为其掌握订单、轨迹、时限等关键数据，具有更强的举证能力。

实务中，还有一种情形须要讨论：从业者在送单途中发生交通事故，交警部门认定其负主要责任。此时能否认定为职业伤害？工伤保险条例规定，上下班途中的交通事故，须“非本人主要责任”才能认定工伤。本文认为，职业伤害保障不宜照搬这一限制。理由有二：其一，从业者的配送时限由平台设定，超时须承担不利后果，其违反交通规则往往是被时限所迫，责任不全在己；其二，职业伤害保障的目的是补偿损失，而非评判过错，以责任比例作为认定的门槛，与保障的目的不符。

因此，本文主张，交通事故的伤害，只要发生在执行订单任务过程中，即应认定为职业伤害，不问责任比例；但从业者醉酒、吸毒或者故意造成事故的，不予认定。这一规则，与工伤保险的规则不同，但与职业伤害保障的性质相符。

认定的救济，也须完善。对不予认定的决定不服的，从业者可以申请行政复议，也可以提起行政诉讼。复议与诉讼的审查范围，应当包括事实认定、法律适用与程序合法性。法院在审查时，应当尊重经办机构的专业判断，但对其滥用裁量权的，应当予以纠正。

程序的效率，还须通过信息化提升。本文主张，建立全国统一的职业伤害保障信息平台，实现平台申报、经办机构认定、基金给付的全流程线上办理；平台的订单数据、轨迹数据、评价数据，应当实时对接，供经办机构调取。这既可以提高效率，也可以减少争议。

信息平台的建立，须注意个人信息的保护。从业者的位置信息、行踪轨迹，属于敏感个人信息，收集与使用应当遵循最小必要原则，限于职业伤害认定所必需的范围。平台不得以对接为由，超范围收集或者向第三方提供。这一点，应当在立法中明确。

## 八、与侵权赔偿的竞合

职业伤害的发生，往往同时构成侵权行为。例如，骑手被机动车撞伤，既属于职业伤

害，也构成机动车交通事故侵权；骑手因平台设定的不合理时限而超速受伤，既属于职业伤害，也可能构成平台侵权。此时，从业者能否同时获得职业伤害保障给付与侵权赔偿，是实务中的难点。

对此存在三种观点。第一种观点主张“择一”，即从业者只能在保障给付与侵权赔偿之间选择其一，理由是避免重复填补。第二种观点主张“兼得”，即两者可以并用，理由是保障给付以缴费为对价，侵权赔偿以过错为基础，性质不同。第三种观点主张“部分兼得”，即医疗费用等具体损失不得重复，伤残待遇等抽象损失可以并用。

本文主张第三种观点，即“医疗费用不重复、伤残待遇可补充”的规则。具体而言：医疗费用、护理费、交通费、营养费等具体损失，已经由保障基金支付的，侵权人不再赔偿，反之亦然；伤残补助、精神损害抚慰金等抽象损失，可以并用，但总额不得超过实际损失。

这一规则的法理基础，在于损失填补原则的界限。损失填补原则，适用于具体损失的赔偿，目的在于使受害人恢复到损害未发生时的状态，故不得重复填补；抽象损失，难以精确计算，且兼具惩戒功能，故可以并用。这一区分，与人身保险中医疗费用保险不适用给付与赔偿并用、伤残保险可以并用的原理相同。

实务中，还有一种情形须要讨论：第三人侵权导致职业伤害，基金给付后能否向第三人追偿？本文认为可以。理由有三：其一，基金的给付，是为了及时救助，不是为侵权人免责；其二，追偿可以使风险最终由过错方承担，符合矫正正义；其三，若不追偿，等于由缴费的平台与从业者共同承担了侵权人的责任，有违公平。

追偿的范围，应当限于基金实际支付的数额，且不得超过侵权人应负的赔偿数额。追偿的方式，可以由基金以自己名义提起，也可以由经办机构在给付时取得从业者的让与，代为行使。追偿的时效，适用民法典关于诉讼时效的规定。

若侵权人就是平台，追偿是否受限制？本文认为，应当区分情形。平台因过错导致伤害的，例如设定不合理时限、未提供安全设备、强迫超时劳动，基金可以追偿；平台已尽合理注意义务，伤害系从业者自身原因或者第三人原因造成的，基金不得追偿，因为此时平台并无过错，追偿缺乏基础。

还有一种情形：从业者已从平台获得人道救助或者补偿，能否再申请职业伤害保障给付？本文认为可以。人道救助或者补偿，属于平台的自愿给付，不具有社会保障的性质，不能替代法定给付；但从业者获得的救助或者补偿，可以在给付时予以说明，避免重复。

需要指出的是，竞合规则的设计，应当以保护从业者为出发点。从业者在伤害发生后，往往处于弱势，急需资金救治。若规则过于复杂，导致其须在多个程序之间奔波，则制度的目的落空。因此，应当建立“先行给付、事后结算”的机制：基金先行给付，再与侵权赔偿结算；从业者不必等待侵权诉讼的结果。

这一机制，可以参照机动车交通事故社会救助基金的做法。救助基金在事故发生后先

行垫付抢救费用，再向责任人追偿。职业伤害保障基金可以采同样的思路：先行给付医疗费用与停工留薪期补偿，待侵权赔偿确定后，再行结算。这既保证了救治的及时性，也避免了重复填补。

## 九、制度完善的建议

基于上述分析，本文提出五项建议。第一，提升立法层级。目前的试点办法属于规范性文件，效力过低，无法承载社会保险的定位。应当制定专门的行政法规，明确职业伤害保障的性质、范围、待遇、程序、监督，使制度有法可依。

第二，统一认定标准。由国务院社会保险行政部门制定认定规则，明确工作过程、工作原因、排除情形的判断标准；建立典型案例指导制度，通过发布指导性案例，统一各地裁判尺度。

第三，完善待遇结构。按基础待遇加补充待遇的两层构造，补齐伤残津贴、生活护理费、供养亲属抚恤金三项长期待遇；建立待遇的正常调整机制，避免待遇水平因通货膨胀而下降。

第四，健全缴费机制。明确平台的缴费义务人地位，规定外包不免除缴费义务；建立主平台缴费、多平台分摊的规则；实行行业基准费率加浮动费率，激励平台加强风险防控。

第五，理顺竞合规则。采医疗费用不重复、伤残待遇可补充的规则；建立先行给付、事后结算的机制；明确基金的追偿权及其限制。

除上述五项外，还有两项配套措施值得推进。其一，建立职业伤害的统计与监测体系。目前的数据分散在各地、各平台，缺乏统一的统计口径，难以支撑精算与决策。应当建立全国统一的数据库，按行业、地区、伤害类型、伤残等级分类统计，定期发布。

其二，推动行业自律与集体协商。职业伤害的防控，不能仅靠行政监管，还须依靠行业的自我约束。可以推动平台、工会、行业协会签订集体协议，约定安全标准、时限规则、休息安排；可以建立行业互助基金，对重大伤害给予补充救助。

从长远看，职业伤害保障只是新就业形态劳动者权益保障的一个方面。除此之外，还有最低工资、休息休假、社会保险、集体协商、职业培训等多个方面。这些方面的制度，应当协同推进，形成完整的保护体系。单兵突进，难以奏效。

从审判的角度看，法院在处理此类案件时，应当注意三点。其一，不以劳动关系为唯一入口。职业伤害保障的给付，不以劳动关系为前提，法院不应以缺乏劳动关系为由，驳回从业者的请求。其二，重视算法的证据价值。平台的派单记录、轨迹数据、时限设定，是判断从属性的关键证据，法院应当依职权调取，或者依申请责令平台提供。其三，合理分配举证责任。从业者处于证据弱势，法院应当适当减轻其举证负担，转由平台承担反证责任。

这三点，既适用于职业伤害保障案件，也适用于相关的劳动争议、侵权纠纷。其共同的精神，是在形式平等之下追求实质公平：当一方掌握数据、一方掌握劳动时，法律的天平应当向弱者倾斜。这不是对契约自由的否定，而是对契约自由的矫正。

## 十、结语

新就业形态的兴起，改变了劳动的组织方式，却没有改变劳动的本质。骑手在风雨中穿行，司机在深夜里载客，他们的劳动与工厂里的工人并无不同，只是管理他们的不是车间主任，而是算法。法律若只认工厂，不认算法，则数以千万计的劳动者将被排除在保护之外。

职业伤害保障试点的意义，正在于承认这一现实：保障不必以定性为前提，保护不必以劳动关系为门槛。这一承认，是制度的进步。但试点只是开始，制度的构造尚未完成。性质、范围、待遇、程序、竞合，五个环节均须完善，其中性质定位最为根本。

本文主张的构造，可以概括为：以社会保险为定位，以算法从属性为范围，以缴费义务人平台为枢纽，以两层待遇为结构，以分层举证为程序，以部分兼得为竞合。这一构造，既尊重了新就业形态的特点，也坚守了社会保障的底线。

制度的设计，最终要落到人身上。一个骑手在事故后能否得到及时救治，一个家庭在顶梁柱倒下后能否维持生计，是衡量制度优劣的最终标准。法律的技术可以复杂，但其关怀必须简单：让受伤者有依靠，让劳动者有尊严。

这既是社会保障制度的初心，也是法治的应有之义。

## 参考文献


[1] ［1］王全兴：《新就业形态劳动者权益保障的若干问题》，载《中国劳动关系学院学报》2022年第4期。

[2] ［2］谢增毅：《平台用工的劳动关系认定与法律规制》，载《法学研究》2021年第5期。

[3] ［3］沈建峰：《平台经济中劳动关系的认定标准》，载《中外法学》2022年第2期。

[4] ［4］林嘉：《新就业形态职业伤害保障的制度构建》，载《中国法学》2023年第1期。

[5] ［5］郑尚元：《工伤保险法律制度研究》，北京大学出版社2020年版。

[6] ［6］娄宇：《社会保险法的体系化构造》，法律出版社2021年版。

[7] ［7］田思路：《算法管理下劳动者的从属性及其法律应对》，载《法学》2022年第7期。

[8] ［8］常凯：《劳动关系认定标准的理论与实践》，载《法学评论》2021年第3期。

[9] ［9］人力资源和社会保障部：《新就业形态就业人员职业伤害保障办法（试行）》，2022年。

[10] ［10］最高人民法院：《关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》，2014年。