

# 新就业形态下灵活就业群体劳动权益保障研究

徐新鹏 袁文全

**摘要:** 新经济业态催生了新就业形态。支持和规范发展新就业形态是新时代我国劳动力市场面临的具有前沿性、复杂性的重大课题。平台经济的兴起及劳动者工作理念的转变等因素促成了新型灵活就业群体的产生,这也导致传统用工关系中劳动关系或劳务关系“二元论”划分模式不合时宜。劳动关系归属模糊、劳动风险加大、缺乏社会保障支持等问题,让该类群体劳动权益面临“保护网络的缝隙跌落”困境。大部分灵活就业群体实际上处于企业和社会“双重体制保障”之外的状态,现实中既被“经济性接纳”,又被“社会性排斥”,主要表现为他们实际上是平台企业的“核心”资源,却被企业挡在“外环”。同时,他们也是享受城市公共产品资源的体制外群体,与标准劳动关系形式上的差异性和劳动权益保障力度的不均衡性等引发数量较多、案情复杂化的劳动争议,从而影响了和谐劳动关系的构建,也不利于“稳就业”“保民生”等重要目标的稳步推进。为切实维护新就业形态下灵活就业群体劳动权益,应重新厘定劳动关系认定标准,对不同类型的灵活就业群体采取分类别差异化保护措施,完善多层次社会保障制度,加强综合应对举措。

**关键词:** 新就业形态;灵活就业群体;劳动关系;劳动保护

**中图分类号:** F249.2 **文献标识码:** A **文章编号:** 1003-0751(2023)01-0061-09

就业是民生之本。发展新就业形态,维护新业态下灵活就业群体劳动保障权益,是实现“稳就业”“保民生”目标的重要举措。基于信息技术的发展、互联网平台的广泛应用和与之相关的平台经济等新经济形态的兴起和发展,各种新就业形态对推动充分就业的积极作用非常显著。习近平总书记指出:“新冠疫情突如其来,新就业形态也是脱颖而出,要顺势而为,补齐制度短板,不断完善。”<sup>[1]</sup>新就业形态下劳动关系灵活化、工作内容多样化、工作方式弹性化、工作安排去组织化等新特征,对传统的以单位为依托、以标准劳动关系为基础的劳动保护模式带来新挑战。当前我国劳动法律法规的“滞后性”导致对这种用工“新常态”的规制明显不足,法律身份确定难、工作强度大、实际收入低、职业风险高、社保

缺乏等问题,让新就业形态下灵活就业群体面临“保护网络的缝隙跌落”困境。因此,他们也被称成为“困在系统里的劳动者”。这种情况对新就业形态下灵活就业群体的劳动权益保障产生了一定的消极影响。

党的二十大报告明确提出:“完善促进创业带动就业的保障制度,支持和规范发展新就业形态。健全劳动法律法规,完善劳动关系协商协调机制,完善劳动者权益保障制度,加强灵活就业和新就业形态劳动者权益保障。”新就业形态高质量发展,根本上取决于完备的政策法律支持体系和科学的治理路径。后疫情时代,伴随产业转型升级,部分传统行业从业人员面临被“挤出”的压力,农民工向城市流动的态势仍将持续,减少新就业形态下灵活就业群体

收稿日期:2022-11-17

基金项目:国家社会科学基金项目“新就业形态下灵活就业群体劳动权益保障机制构建研究”(21XSH001)。

作者简介:徐新鹏,男,四川外国语大学国际金融与贸易学院副教授(重庆 400030)。袁文全,男,重庆大学法学院教授、博士生导师(重庆 400031)。

的后顾之忧势在必行。

## 一、新就业形态下灵活就业群体产生的动因

### 1. 平台经济带来的外部刺激

新就业形态与新技术、新经济和新业态的兴起密切相关,与信息技术的发展及互联网和通信技术的普及带来的生产方式的变革密切关联。理解新就业形态的关键不是新技术、新经济和新业态本身,而是由此产生的劳动关系的变革调整。诸如在平台经济、零工经济等新经济业态模式中,供给侧与需求侧通过互联网平台的联结,实现去中介化。参与的主体为利用网络的社会大众或社会组织,供需双方达成交易建立在信赖利益基础之上,由此实现劳动力资源利用的最大化,体现为对人力资源中人的智慧、技能、知识、经验的盘活利用。例如,零工经济提倡“轻资本”,资产运营模式更加便捷化、轻量化,企业通过充分开发自身主营业务,将其他非核心业务外包,从而减轻企业运营成本。有关数据显示,2020年我国企业采用灵活用工比例比2019年提高11%,达到55.68%,有近30%的企业表示稳定或扩大使用规模;超过3/4的企业主要出于“降低用工成本”的动机使用灵活用工<sup>①</sup>。随着全球劳动力用工成本的攀升,众多企业采取众包等用工模式,将业务众包给不特定的社会大众,实现劳动用工轻量化。

在我国,受新冠疫情影响,大量企业特别是平台企业降成本意识强烈。互联网平台的迅速崛起,使用人单位通过灵活用工降低用工成本的愿望得以实现。当前企业的用工模式正在由“重”“慢”快速向“轻”“快”转型,而当前的劳动法律制度对劳动者的倾斜性保护使企业的用工自主权受到一定限制。不少企业纷纷寻求新的用工模式,希望以此来规避法律的风险,实现既降低劳动用工成本又不影响主营业务的目的。在此背景下,灵活用工模式应运而生。企业与劳动者通过APP进行关联,或者通过签订承揽合同或短期的劳务合同等方式,将其与劳动者之间可能产生的劳动法律关系转换为民事劳务关系。人力资源和社会保障部在2021年全面调研灵活用工服务平台情况时指出,为了避免社会保险和税收的成本,一些企业配合人力资源服务公司或平台服务公司,诱导与其建立劳动关系的劳动者注册为个体工商户,出现“核心员工合伙化、非核心员工合作化”情况,去劳动关系化趋势显现<sup>②</sup>。例如,网约车

平台通过与司机签订合同,合同约定平台提供信息服务,司机按照平台提供的乘客出行信息接单,根据收入状况二者分成。这看似平台与司机之间的居间合同关系,可以轻松地让用人单位免除为劳动者缴纳社会保险、提前解除合同的代通知金、经济补偿金、工伤补助等一系列劳动法律义务。因此,受零工经济、“轻资本”等理念的影响,平台企业在推动灵活就业的“第三类劳动群体”形成上具备足够的外在拉力。

### 2. 劳动者工作选择多元化的内在需求

生产力决定生产关系。平台经济这种新型生产组织模式促进了新型社会关系的诞生,而劳动关系是最基本、最重要的社会关系之一。新时代,信息技术革命颠覆了传统的机械工业生产模式,重构了社会生产方式,就业形态发生重大转变。对劳动者来说,这一转变摆脱了传统标准劳动关系模式下的三种“强制”:一是物理空间上不再拘泥于固定工作场所的强制;二是雇佣主体上不再拘泥于单一雇主的强制,转而与更多的主体产生劳动关联;三是工作时间内不再拘泥于8小时工作制的强制,时间利用更加灵活。

随着互联网时代的到来,特别是“90后”和“00后”劳动群体工作自主意识的不断增强,他们不再拘泥于传统的、稳定的工作环境与工作时间,转而积极追求个人自我价值的实现。受此影响,“斜杠青年”(Slash)群体大量涌现,他们不再满足于“专一职业”的生活方式,而选择拥有多重职业和身份的多元生活,在他们的名片上往往用“/”将多种职业区别开来。该部分群体的出现被视为社会的进步,因为这种进步可能使劳动者摆脱“工业革命”带来的限制和束缚,释放天性。“斜杠青年”基本符合“第三类劳动者”的共同特征,即与用人单位保持“若即若离”的雇佣关系,介于劳资双方建立劳动关系的标准劳动者角色和独立的承揽关系中的独立承包人角色之间。灵活用工模式大大增强了劳动者就业的灵活性,伴随着就业者观念的转变,不少出生于互联网时代的年轻人更加青睐有互联网背景的工作,比如自由撰稿人、网络主播、私人教练、翻译等。

由此可见,“第三类群体”的产生,既有共享经济这一外部经济模式的外在拉力,又具备劳动者自由选择的内在动因,两种力量的叠加导致近年来新就业形态劳动者数量大幅增长。根据国家信息中心发布的《中国共享经济发展报告(2021)》,中国灵活就业人员已达2亿人。2020年共享经济参与者人

数约为8.3亿,其中服务提供者约为8400万人,同比增长约7.7%;平台企业员工数约631万人,同比增长约1.3%<sup>[2]</sup>。据互联网平台头部企业的研究机构阿里研究院预测,到2036年,中国将会有大约4亿人参与零工经济,届时随着我国人口出生率和劳动力人口的不断下降,这一比例将会超越标准就业群体。如此规模的灵活就业群体,再加上内部职业分类的多样性、劳动者个人职业选择的多元性等因素,引发不少复杂的劳动争议,这也对后续开展统一的劳动立法规制提出了挑战。

## 二、灵活就业群体劳动权益保障面临的主要问题

传统劳动关系呈现出较强的人身从属性与经济依赖性,即用人单位通过向劳动者支付劳动报酬购买劳动力的使用权,劳动者不占有生产资料,受用人单位工作指挥与监督。新就业形态下,灵活就业群体在一定程度上摆脱了用人单位的束缚,劳动者在工作时间与工作空间上拥有了一定的自主支配权。个别头部人力资源用工平台鼓吹使用灵活用工是企业“降本”的重要路径,部分媒体对诸如“斜杠青年”等灵活就业模式倍加推崇。它们一方面宣扬这是共享经济为劳动者带来的“红利”,让更多的年轻劳动者从繁重的工作中解放出来;另一方面,列出几个“外快”收入较高的“斜杠青年”作为例子,让人产生凡是“斜杠青年”都能工作自由、收入高的错觉。但实际上,灵活就业群体的劳动权益保障面临着不少问题,所谓的自由和高收入是需要付出很大代价的。

### 1. 就业权容易被侵害

美国前劳工部长、著名经济学家 Robert Reich 指出:“共享经济对于劳动群体来说可能是一个噩梦,以 Airbnb 和 Uber 为代表的共享经济,让劳动者的工作变得不可预知,它不但不能够帮助美国中产阶级维持生活,实际上还使得他们的收入与以往相比有所降低。”<sup>[3]</sup>比起收入的降低、劳动环境及劳动条件的恶劣,对劳动者来说,威胁最大的莫过于工作不稳定而导致失业或“间歇性”失业。一旦失业便意味着不但收入来源被断绝,就连我国相关法律规定的最基本的就业权利的实现都面临困境<sup>[4]</sup>。在平台经济模式下,传统的劳动模式、组织形态被打破,劳动者不再像钉子一样需要过度依赖于某一组织,而是像液态的水分子一样被打散,用人单位利用互联网平台将客户需求与处于液态的劳动者进行精

确匹配,终身雇佣的劳动关系被一步步颠覆,液态的用工关系将整个劳动力市场笼罩在不确定之中。以滴滴平台为例,约20.4%的专职司机是由于下岗、失业等原因从事网约车工作。这其中41.1%的人来自制造业,13.6%的人来自交通运输业,4.9%的人来自钢铁、煤炭等去产能行业。疫情期间,美团平台外卖骑手工作吸纳了大量的二产、三产从业“挤出”的劳动力资源,35.2%的骑手来自工厂,31.4%的骑手来自自主创业或者从事个体经营的群体,另有17.8%的骑手来自办公室工作群体<sup>[5]</sup>。劳动者工作的不稳定将直接导致收入的不确定性。“今朝有工作,明日便待业”可能会成为灵活就业群体不得不面临的窘境。以网约车司机为例,由于平台公司对驾驶员补贴锐减,加上传统出租车行业也在不断调整运营策略,不少兼职网约车司机在工作选择上进退维谷,成为“困在系统里的劳动者”。

### 2. 个体维权难度大

新就业形态从传统的标准用工、非全日制用工、派遣用工等用工形式发展而来,具有自身独特的新特征,如用工形式复杂化、隐蔽化、法律关系复杂化等。这些依托于平台和算法的新特征,导致参与灵活用工的劳动者群体在面临诸如交通事故、工伤、社会保险等劳动权益问题时,处于“法律保护的缝隙”,维权难度大。这其中最主要的原因是其“身份”的确定问题,而“身份”确定的标准设定是灵活就业群体能否获得或者获得多少劳动权益保障的“第一道防线”,“防线”的松紧程度将直接影响着保障效率的高低。当前,我国劳动者权益保障现状呈现出标准劳动关系强保护、非标准劳动关系弱保护、非劳动关系无保护的特征。

在传统劳动关系模式下,用人单位负责生产资料的筹集与管理,劳动者仅是简单地出卖劳动力,生产、销售及售后服务环节的风险由用人单位来承担。工伤保险赔付中的无过错责任,也使得劳动者在劳动过程中受到伤害时能够得到及时有效的救助。在平台经济模式下,新型灵活就业群体却不得自行承担上述风险。以网约车驾驶员为例,如果他不是与平台签订正式劳动合同的专职司机,网约车公司不负责诸如车辆的购置、维修、保养、保险等费用。更重要的是,在现行法律制度下,在服务过程中一旦发生交通事故,因事故造成的损害责任承担问题便会引起巨大争议。通过检索网约车司机与平台公司的争议案例发现,网约车平台公司辩称,因其主要业务范围是提供交通需求信息传导服务,自己本身无

道路运输运营资格,其与网约车驾驶员之间是平等的商务合作关系,驾驶员根据其提供的信息进行接单,平台公司收取一定的信息介绍费用,驾驶员不是为平台公司服务,反而是平台公司为驾驶员“打工”。保险公司则辩称,由于车主私下改变了车辆用途,根据双方保险合同的约定,保险公司可以不承担保险责任。在此种情况下,如果司机个人承担自己与乘客所遭受的意外伤害的话,不但有违当前我国各项法律的立法宗旨,而且对事故受害方显然是不公平的。

### 3. 劳动成果易被隐性占用

在现实中,并不是所有灵活就业群体的劳动成果都被社会认可。在当前我国鼓励大众创业、万众创新的环境下,诸多企业利用众包平台将非核心业务进行外包,以此降低自己的人力成本与研发成本。企业通过众包平台向公司内部员工或不特定的网络群体发布招标消息,吸引有众包能力的劳动者前来投标,然后在众多投标者中选择合适的合作伙伴将业务发包。企业通过众包这种生产组织模式,一方面将内部员工或外部不特定的劳动者变为独立承包人,将社保等包袱甩给劳动者自己,降低企业成本;另一方面有效降低产品研发、生产风险等。灵活就业群体通过众包平台等获取“微任务”,如果其劳动成果难以被平台企业采纳,最终不能中标,那就意味着其前期的劳动投入将化为泡影,变为沉没成本。这样不但打击他们的工作积极性,而且造成人力资源与社会资源的较大浪费。而且,在技术性较强单位通常采用的两阶段招标模式中,第一阶段往往为技术投标,企业可以通过标书轻松获得劳动者的技术核心内容,因此,侵害劳动者知识产权的案例时有发生。虽然灵活就业群体中存在部分高技能人才群体,但在应对此类侵权事件时,他们仍然处于弱势地位。如果劳动成果不能实现有效转化,将会严重影响劳动者的劳动积极性。如果技术成果权益被侵害,将会挫伤部分高技能劳动者群体创新创业的积极性。

## 三、灵活就业群体劳动权益容易被侵害的原因分析

当前针对新就业形态下灵活就业群体法制保障的缺位,是造成该群体权益容易被侵害的根本原因。无论是国际还是国内的经济改革实践,都会带来劳动法制的局部调整。新经济业态下平台经济的蓬勃

发展,对我国劳动法制提出了新的要求。经济制度的调整传导到政策应对层面需要有一个周期,由政策层面上升到劳动法律层面又需要一定周期。在当前经济形势下,经济政策的调整频率过快,政策传导周期过长,我国劳动法律制度甚至出现“一出台便落后”的局面<sup>[6]</sup>。在新就业形态下,处于“自由”状态的灵活就业群体,没有上级指挥,甚至没有同级同事配合,转而依托APP等互联网工具接受平台的各种指令,通过客户的评价等接受平台的考评,通过“承揽”业务多少等接受平台绩效考核,这种管理更精确、更隐秘。法制保障的缺位,为企业规避劳动法而进行“隐蔽雇佣”提供了制度诱因。企业利用法律对新型灵活就业群体定位模糊及法律修改的时间差,通过“合法”手段,隐藏了真实的用工意图。它们通常利用独立的商务承揽合同、劳务中介合同等形式,将本来由劳动法律规定其应当承担的责任转嫁给了该类群体及社会,从而实现自己的“轻资本化”或者利润最大化。当前,我国劳动法制缺位主要体现在以下方面。

### 1. 劳动关系认定标准值得商榷

我国当前劳动关系认定采用的“三标准”说,最早见于2005年劳动和社会保障部发布的《关于确立劳动关系有关事项的通知》(以下简称《通知》)。该《通知》对劳动关系认定标准进行了规定:一是劳动关系双方主体的合法性判断;二是从人身从属性角度来看劳动者是否受到用人单位各项制度的约束及约束的程度,从经济依赖性角度来审视劳动者从用人单位获得劳动报酬的多少及获取周期长短;三是劳动者所工作的内容是不是用人单位主要业务组成部分。从目前我国劳动力市场发展状态来审视,该认定标准存在着一定的问题:一是《通知》属于法律位阶中部门规章的范畴,故其效力层级相对较低;二是给出的判断标准过于笼统,可执行性、可操作性较差;三是颁布的时间周期过长,其时效性受到广泛质疑。

劳动关系判定的出发点应是保护那些应该受到保护的劳动者群体。因此,科学划定保护范围是劳动权益保障的重要前提。劳动法制保护对象的特殊性导致其在立法中为保护不平等关系而采取倾斜保护措施。在新就业形态下,扩大或缩小劳动者保护的范畴,都会导致劳动法律制度的越界或失职。如果保护范围过窄,新型灵活就业群体将会暴露在法律的保护之外,其劳动权益将会遭受损害。如果保护范围过宽,则与平台经济倡导的“零工经济”“轻

资本”等经济理念不符,用工成本偏高会限制或者阻碍平台经济的发展。当前的供给侧结构性改革需要平台经济这种新兴的经济业态带动经济增长,但这也会因此造成劳动保护与经济发展之间的矛盾冲突。这正如有学者所说,《劳动合同法》带着其本身固有的先进理念问世的同时,也裹挟着诸多先天的缺陷与不足<sup>[7]</sup>。劳动关系认定标准的模糊直接导致新就业形态视域下劳动关系认定争议案件司法裁判的无所适从。

在司法裁判中,通常采用法律效果认定的“三段论”法:即一个完整的法条构成大前提,将具体劳

动争议事实当作一个“事例”,而将所属法条构成要件之下的过程称为小前提。在劳动关系认定争议实践中,基本逻辑为劳动关系适用劳动法,某种社会关系为劳动关系,所以该社会关系适用劳动法。在这一逻辑推理中,“某种社会关系是劳动关系”是小前提,如果这个不能够确认的话,那么后面的法律适用将沦为—纸空谈<sup>[8]</sup>。根据当前的“三标准”说,以网约车驾驶员与平台公司劳动关系认定为例,会得出模棱两可的判定标准。具体情况我们可以参见表1。

表1 网约车驾驶员与平台公司劳动关系认定

劳动关系构成要件	网约车用工实践	是否符合劳动关系判定标准
主体要求	平台公司与驾驶员	是
劳动管理	对驾驶员资质进行审核	是
	开展有关法律法规、职业道德、服务规范、安全运营等方面的岗前培训和日常教育	是
	建立服务评价体系和乘客投诉处理制度,如实采集与记录驾驶员服务信息。在提供网约车服务时,提供驾驶员姓名、照片、手机号码和服务评价结果,根据自己考评与乘客打分等来对驾驶员的绩效进行考核	是
	公司提供乘客出行需求信息,驾驶员接单与否无强制要求,但部分专职司机存在最低工作量要求	不确定
	向部分驾驶员提供符合条件的运营车辆并负责车辆的维修、保养、保险等,部分驾驶员自备车辆等	不确定
规章制度	接单后营运线路必须接受公司监管	是
	禁止线下私下交易	是
	车辆交通违法未处理达3宗、司机机动车驾驶证记满12分或为非正常状态的,应立即停止人、车服务	是
劳动报酬及福利	公司决定运营中的收费标准、奖励、惩罚标准等并从司机收入中提取固定比例“服务费”,并未为大部分驾驶员购买保险等	不确定
是否为用人单位日常业务组成部分	公司坚持平台提供的是信息传输功能,本身无营运资格;《网络预约出租汽车经营管理暂行办法》明确规定其属于道路运输业务范畴	不确定

通过表1我们可以看出,以现有的劳动关系认定标准来规制网约车平台的用工过程,在能够认定劳动关系这一个环节上功效发挥不足,认定过程中会遇到阻碍。2021年,交通运输部等八部门发布《关于加强交通运输新业态从业人员权益保障工作的意见》(以下简称《意见》)既是当年7月人社部等八部门发布的《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》的延伸和细化,也符合该领域已经执行的监管规定。但是该《意见》的效力层级依然较低,缺乏强制性;作为《意见》形式的政策,其指导性强,较为宏观,缺乏具体落地举措。特别是在灵活就业群体身份认定和分类等问题上,仍然没有给出明确的方案。

## 2. 劳动保护主体设置僵化

“实践对于立法的修正是残酷无情的,人定的法要符合市场的法则与规律,否则市场经济会把你

无情地抛弃。”<sup>[9]</sup>现行劳动法律制度在适用上存在瑕疵,以劳动主体之一的劳动者为例,我国法律对所有劳动者的保护采取“一视同仁”的手段,这种无差别的保护模式产生了诸多问题,原因之一是在劳动用工领域劳动者是分层的。有学者通过职业分类,结合组织、经济、文化资源的占有使用状况,将我国的社会阶层划分为10个层级,并在此基础上将劳动者群体分为金领、白领、蓝领、无领四个阶层,强烈主张对于不同类别的劳动者,劳动保护的力度应当体现出层次上的差异来<sup>[10]</sup>。平台经济模式下,新型灵活就业群体便是从劳动关系及劳务关系的劳动群体中衍生出来的。对于该部分群体,当前的劳动政策法规对其内涵与外延尚无正式定论,更谈不上讨论该群体是否有资格享受或者应当享受哪些劳动保护待遇。目前,单一的劳动保护主体设置模式导致该类群体处于较为尴尬的境地。“如果一个规则和

行为的现实状况没有关系,那就意味着它的功能已经被扭曲了,因为规则的形成原本就是要活动落实的。”<sup>[11]</sup>

### 3. 劳动保护法律制度未形成合力

我国平台经济发展势头迅猛,需要多元化的用工模式匹配到平台经济领域。用工方式的多元化导致劳动关系领域出现许多新特征,同时也使劳动争议变得更加复杂,而与之相匹配的劳动法律制度体系却没有完全建立起来。如果说当前的《劳动法》或者《劳动合同法》对新型灵活就业群体的保护存在一定缺位的话,那么其他法律制度应该作为候补“兜底”力量对其进行补充保护。令人遗憾的是,现有的法律制度之间未能形成合力,特别是对新型灵活就业群体劳动权益的保护力度明显较弱。以2011年颁布的《社会保险法》为例,该法保护对象仍然是传统劳动关系下的劳动者,对于新型灵活就业群体保障力度明显不足。虽然《社会保险法》第60条规定,非全日制从业人员可以直接向社会保险费征收机构缴纳社会保险费,但参保种类仅限于养老和医疗保险,且其社保待遇也可能会因为其身份问题被区别化对待。虽然我国陆续制定实施了最低工资标准上调、低保金上涨、居民医保全覆盖等社保政策,但新型灵活就业群体却较少在政策享受之列,且与建立标准劳动关系的劳动者在享受待遇方面也被区别化对待。以工伤保险待遇为例,同样鉴定为十级伤残者,40周岁的劳动者在与单位解除劳动合同关系后,除医药费、工资等相关费用外,伤残补助金、一次性医疗补助金、一次性就业补助金合计工伤待遇有近6万元,而新型灵活就业群体的定额工伤待遇可能仅为1000元左右。

## 四、增强灵活就业群体劳动权益保障的举措

在当前就业形势严峻复杂的背景下,支持多渠道灵活就业任务艰巨。能否落实好“六稳”工作,完成好“六保”的任务,能否激发劳动者创业活力和创新潜能,减轻低收入群体生活和工作负担,灵活就业群体的劳动权益保障不可小觑。因此,在最大程度上明确新型灵活就业群体的内涵和外延,在新就业形态下科学厘定劳动关系的认定标准,是破解目前该群体保障困境的“敲门砖”。由于灵活就业群体内部也存在着结构类型差异,因此制定更加精准的政策法规,构建多层次的社会保障制度体系,形成科

学的治理生态,是保障灵活就业群体劳动权益的根本举措。

### 1. 科学厘定劳动关系的认定标准

新就业形态从业者的劳动与传统就业者的明显差别是岗位、时间、地点、收入四个方面的不确定,工作与生活的边界也更加模糊。较为典型的特征是,他们与所依托的平台企业之间并非传统的标准劳动关系,而是在共享经济或“零工经济”的架构下被定义为“签约合作”的民商事法律关系等。这给以单位组织参保为基本模式的现行社会保险制度提出了全新挑战。因此,“身份确定”问题是解决新就业形态下灵活就业群体问题的关键一环,也是开展工作的逻辑起点,否则后续工作将会演变为“无的放矢”。“如果社会效益的要求足够紧迫,而现行规制的运作处处面临困境,那么效用迟早要获得胜利。”<sup>[11]</sup>新就业形态下灵活就业群体规模不断扩大,劳动争议的数量不断增加,复杂程度不断提高,需要法律制度予以积极回应。

将新型灵活就业群体列入劳动保护的范畴,需要摒弃传统劳动关系或劳务关系的“二元论”,让新型灵活就业群体有明确的身份。不能简单地将该群体归入劳动关系或劳务关系的范畴对待,而应做好有序分类,对不完全符合确立劳动关系的情形进行特殊处理。在判定新就业形态灵活就业群体的标准上,可以借鉴德国在判定类雇员条件时采用的认定模式。首先,认定工作是不是由该个体亲自完成。如果工作可以被该个体找人替代完成,则归为劳务关系范畴,这也体现出其一定的人身从属性,网约车平台公司会要求线上线下司机身份为同一人便是这种体现。其次,观察其人身从属性的强弱程度。该个体虽然被要求亲自完成工作,但是工作过程中保持一定的独立性,即具有承揽合同中承揽人的某些特性,又不得不接受用人单位的劳动管理时,可以被认定为劳动关系的范畴,部分外卖送餐员便是典型代表。最后,审视经济上的依赖性及其程度。如果劳动个体为某单位提供劳动的收入占到其总收入的比例较低时,可以不被认定为劳动关系。德国对于劳动个体收入中的一半以上来自于该单位的,加拿大对于劳动个体收入的八成以上来自于该单位的,则认定为该劳动个体与单位之间具备较强的经济依赖性,往往被归入劳动关系的范畴。在我国,一方面可以关注劳动个体工作的专属性强弱程度,另一方面要关注从事工作的可持续性。例如,个体收入的一半以上来自于某企业或者工作周期较长,则

可以认定为劳动关系。当然,具体收入比例划分标准和工作时间周期长短,需要在实践中结合不同平台企业、不同工作类型等摸索后调整确定。

## 2. 突出保障核心劳动权益

在判定标准制定以后,劳动群体筛分之后,保护方向的确定是另一个要点。根据劳动力市场分割理论,宏观上的劳动力市场划分为两个层级:一是以标准劳动关系为代表的收入待遇、工作环境、法律制度都相对较好的标准经营部门就业市场,也被称为一级劳动市场;二是工作岗位不稳定、收入不可持续、工作业态较差、法律制度相对不完善的灵活就业市场,被称为二级劳动市场。我国劳动力市场实践呈现出与分割理论不同的类型特征。相对于传统非全日制群体以低技能、低收入为主要特征的用工模式,新就业形态的灵活就业群体对互联网平台技术的依赖性非常大,对于用工主体类别、用工方式、工作时间、工资发放、工作地点、工作技能等都有新的不同要求。特别是灵活就业群体内部也呈现出了不同的类别,在二级劳动力市场中,也存在高技能人才与低技术要求劳动者共存、高收入群体和低收入群体共存的局面。例如,远程法律服务、文案设计、技术指导、数据处理等高技能要求工作类型,和其他如网约车司机、外卖骑手甚至处于法律规制“灰色地带”的刷单员、跟帖员等工作类型也涵盖到了灵活就业群体中。

新型灵活就业群体内部“极化”特征显著。工作内容及时间等灵活化、工作内容碎片化、“进出”平台自由化、工作组织无边界化、劳动报酬多样化、工作情感虚拟化、工作群体分散化等特征较为明显。这种特征可能引发另外一种现象,就是对就业岗位产生“哑铃式分布”,即对于高技能群体或者说从事抽象劳动诸如艺术设计、文学创作等灵活就业群体的需求量越来越大,同时对于低技能群体特别是劳动密集型以及人工智能难以替代的劳动群体诸如外卖骑手、网约车司机等灵活就业群体服务性岗位的需求量同样增大。而从事中等技能岗位的灵活就业群体可能逐渐被人工智能所替代。这也被称为岗位的“极化分布”。

对新型灵活就业群体的保护既不能参照劳动关系采取“放任自流,自担风险”的模式,也不能完全依照劳动关系保护中“全方位”“倾斜保护”模式,而是应当探寻适合的中间道路,即针对不同类别的群体采取适当保护的思路,同时要与传统“二元”保护方式区别开来。在英国,非雇员身份的劳动群体不

能够像正式雇员那样享有主张解雇保护的權利、享受法定的遣散补贴、产假、陪护假、领养假等,但是在最低工作保障、病假工资保障、夜班工资保障、报酬不被无故扣减等方面享有与正式雇员同样的权利<sup>[12]</sup>。同样,德国的劳动法规定,类似雇员同等地享有非歧视就业权、劳动时间保护权、休息休假权等,但是在参加工人委员会及解雇立法保护方面的权利受到了限制。

借鉴国外的保护经验,在对新型灵活就业群体保护中,我国也可以采取类似策略。比如,在几个关键的、容易受到侵害的權利保障方面,应当有所侧重<sup>[13]</sup>。以网约车驾驶员为例,首先保障其收入的稳定性。这要求其所依附的平台公司能够按时足额地支付其劳动报酬,并不得无故克扣其接单收入。同时,平台公司在制定提成费用规制时,保障司机的知情权,适当征求司机的意见、建议。其次保障其休息休假权。要避免网约车司机为获得较多订单而超长时间工作,否则不利于其身体健康,同时容易造成安全隐患。再次减轻其工作中风险承担的压力。该群体在工作中自身受到伤害或对他入造成伤害时,鼓励平台公司参照略低于工伤保险待遇予以补偿,并先行对第三者进行赔付<sup>[14]</sup>。最后保障其解除合同的提前告知权。虽然其不一定享受标准劳动关系中的一个待通知金,但由于其对公司存在一定程度上的经济依赖性,为避免突然解雇给其带来的无收入风险,要给予其足够的寻找工作的时间保障。

## 3. 完善多层次的社会保障体系

对于新就业形态从业者社会保障权益的实现,是根据其特点单独建立社会保障制度体系,还是在现行制度框架内采取适应性政策措施,学术界和实务界有不同看法。实践证明,相同类别的、处于平行位置的制度设计得越多,则后续产生摩擦冲突的概率越大。因此,在现有的社会保障制度设计模式基础上,打造多层次的社会保障制度体系,是解决当前新就业形态下我国劳动力市场灵活化的根本路径。如果重新建立一个新就业形态从业者的社保制度,与既有各项制度并立,相互转续的难度极大,协调的成本过高。新就业形态不仅涉及社会保险政策创新以及劳动关系、劳动争议处理等问题,还涉及广泛的政治、经济、文化等综合性议题,因此需要多方发力,协同治理。

一是完善多层次的社会保障体系。确立平台等新业态用工主体与灵活就业群体的主体责任,改革现有的社会保险参保缴费模式,优化现有社会保险

政策,构建多层次、广覆盖、可持续的新型社会保障体系,以适应新时代新业态下灵活就业群体的劳动权益保障需求。如果继续沿用从属性作为劳动关系认定的主要表征,那么处理灵活就业劳动关系问题将更加困难。党的十八大以来,我国社保制度总的趋势是简化合并。例如新农保、城居保合并为统一的城乡居保,新农合、城居医保整合为统一的城乡居民基本医保,通过持续对机关事业单位退休保障制度进行优化,打破了与企业职工基本养老保险“双轨并行”的局面,提升了管理效率。同时调整了生育保险,将其和职工医保制度进行整合。早在2006年前后,为了应对当时大规模的进城务工农民的社会保障问题,国家对农民工养老保险路径探索给出了初步方案并征求社会意见。国家通过反复考量,审时度势,最终决定将农民工养老保险纳入到职工养老保险范畴中去,针对农民工流动性强,并且针对高龄农民工可能产生的“城返农”现象,出台了跨地区社会接续标准,并适时推出了转回新农保的“端口”。这次探索也向我们昭示,在现有社会保障政策框架内,通过制度创新,设计出符合灵活就业群体的政策制度,能够有效降低改革成本,提升社会保障管理效能。例如,通过发挥信息化优势,实现“互联网+”人社一体化平台,同时打造多主体协同治理模式,政府、平台(或用工方)和劳动者群体各方履行好各自的角色任务,承担各自的社会责任。在现有基础上扩大社保统筹范围,发挥“数字人社”功能,同时社保制度设计更加灵活,针对该部分群体工作变动较为频繁的特点,实现对其社保权益的“可携带性利益”(portable benefit),避免因工作变动带来社保缴纳等方面的断层<sup>[15]</sup>。

二是现有社保领域的制度与劳动法律制度形成合力。对于新型灵活就业群体的保护,单靠《劳动法》或《劳动合同法》远远不够,我国劳动保护领域的其他法律法规也应进行适当调整,为更好地接纳、保护新型灵活就业群体形成合力<sup>[16]</sup>。例如,在《社会保险法》中打破传统的保护对象单一化现状,将新型灵活就业群体同样纳入保护范围,在保护力度上可以参照标准劳动关系劳动者享受的待遇做适当的降低调整。在参加社会保险缴费基数上,对该部分群体予以适当的降低,减轻其参保负担,可以设定若干个缴费档次,由参保者根据自己的财务状况自主选择基数。同时,扩大就业帮扶、失业救助补贴范围,保障该部分劳动者因工作的不稳定性带来收入风险时,可以及时获得社会帮扶<sup>[17]</sup>。

三是与其他制度形成联动机制。以社会保障制度创新为圆心,通过在金融扶持、财政政策倾斜、就业创业帮扶等领域开展协同创新,最大限度破除影响新就业形态发展的制度障碍,打出政策协同的“组合拳”,构建灵活就业群体劳动权益保障的“生态圈”。特别注重将灵活就业人员的就业创业补贴和扶持政策落到实处,完善就业培训制度,积极探索新就业形态人员补贴培训工作,加大新职业技能培训扶持力度,将新职业从业人员的相关培训课程纳入职业培训体系,保障其因自身原因面临失业风险或者待业时,可及时对其进行职业技能培训与开发,提高其就业能力;同时建议引入收入保险制度,保障劳动者在工作变动失去收入或收入降低时,其基本的生活水平不至于跌幅较大,保险人在核实该部分群体真实状况后,可在一定时期内分段向其支付保险金。

## 结 语

新就业形态是新经济业态在劳动用工领域的映射,是在数字经济背景下衍生出来的、尚未完全定型的新型就业样态,因此,需要在发展中不断进行规范和完善。新型灵活就业群体的出现,是平台经济外部拉力与劳动群体自主选择的内在动力共同作用的结果。其与用人单位之间“若即若离”的人身从属性与经济依赖性,使其处于现有劳动法律政策劳动保护的“灰色地带”。随着平台经济的不断发展,该部分群体的规模会越来越壮大,由此引发的社会问题、法律问题将会变得更加复杂,劳动法律制度应当积极作出有效的回应。对该群体的劳动保护与发展平台经济并不是此消彼长的“零和博弈”,而是互利共赢。因此,法制应努力在劳动保护与促进平台经济发展之间寻求一种平衡,这需要一个漫长的摸索过程。

### 注释

①参见朱昌俊:《理性看待灵活就业现象》,《中国教育报》2022年1月21日第2版。②具体论述参见吴为:《平台企业制定算法、抽成比例应听取劳动者代表意见》,《新京报》2021年7月27日第3版。

### 参考文献

- [1] 习近平谈“新就业形态”:顺势而为、补齐短板[N].人民日报,2022-12-19(1).
- [2] 信息产业部.国家信息中心分享经济研究中心发布《中国共享经济发展报告(2020)》[R/OL].央广网(2020-03-04)[2022-12-19]http://www.sic.gov.cn/News.



- [3] 美国前劳工部长 Reich 和参议员 Warren: 谈共享经济对劳动者的影响 [R/OL]. <http://uslaborlawob.com>, 2022-11-25.
- [4] 阎天. 供给侧结构性改革的劳动法内涵 [J]. 法学, 2017(2): 43-57.
- [5] 美团研究院: 2020 年上半年骑手就业报告 [R/OL]. 文汇报客户端, (2020-07-20) [2022-12-15] <https://wenhui.whb.cn/third/baidu/202007/20/361780.html>.
- [6] 方长春. 新经济形态下的“两栖青年”“斜杠青年”: 兼论新就业形态 [J]. 人民论坛, 2021(24): 88-91.
- [7] 孙守纪, 方黎明. 新就业形态下构建多层次失业保障制度研究 [J]. 中国特色社会主义研究, 2020(Z1): 53-61.
- [8] 袁文全, 徐新鹏. 共享经济视阈下隐蔽雇佣关系的法律规制 [J]. 政法论坛, 2018(1): 119-130.
- [9] 李曙光. 实践对立法法的修正是残酷无情的 [J]. 中国企业家, 2008(2): 75.
- [10] 董保华, 李干. 构建和谐劳动关系的新定位 [J]. 南京师范大学学报(社会科学版), 2016(2): 67-76.
- [11] 卡多佐. 司法过程的性质及法律的成长 [M]. 张维, 译. 北京: 法律出版社, 2012: 152.
- [12] 娄宇. 新就业形态人员的身份认定与劳动权益保障制度建设: 基于比较法的研究 [J]. 中国法律评论, 2021(4): 61-71.
- [13] 班小辉. 论分享经济下我国劳动法保护对象的扩张: 以互联网专车为视角 [J]. 四川大学学报(哲学社会科学版), 2017(2): 43-57.
- [14] Eichhorst and Werner, et al. Social Protection Rights of Economically Dependent Self-Employed Workers [M]. European Union, 2013: 45.
- [15] ILO. The Employment Relationship Report V(1) [C]. Geneva: International Labor Office, 2005: 12.
- [16] 张弓. 平台用工争议裁判规则探究: 以《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》为参照 [J]. 法律适用, 2021(12): 87-92.
- [17] 谢增毅. 平台用工劳动权益保护的立法进路 [J]. 中外法学, 2022(1): 104-123.

## Research on the Protection of Labor Rights and Interests of Flexible Employment Groups Under the New Employment Pattern

Xu Xinpeng Yuan Wenquan

**Abstract:** The new economic forms have given birth to new forms of employment. Supporting and standardizing the development of new forms of employment is a major cutting-edge and complex issue faced by China's labor market in the new era. The rise of platform economy and the change of workers' work concept have contributed to the emergence of new flexible employment groups, which also lead to the traditional labor relations or the "dualism" division model of labor relations no longer appropriate. Problems such as vague ownership of labor relations, increased labor risks, and lack of social security support make the labor rights and interests of such groups face the dilemma of "gap drop in the protection network". In fact, most of the flexible employment groups are outside the "dual system guarantee" of enterprises and society, while they are in a state of conflict between "economic acceptance" and "social exclusion" because they are actually the core resources of platform enterprises, but are blocked by enterprises in the "outer ring". At the same time, they are also outside the system groups that enjoy urban public resources. The differences in the form of standard labor relations and the inequality of labor rights and interests protection have caused a large number of labor disputes with complicated cases, which have affected the construction of harmonious labor relations and is not conducive to the steady progress of important goals such as "stable employment" and "ensuring the people's livelihood". In order to effectively safeguard the labor rights and interests of flexible employment groups under the new employment pattern, we should redefine the criteria for identifying labor relations, take differentiated protection measures for different types of flexible employment groups, improve the multi-level social security system, and strengthen comprehensive response measures.

**Key words:** new employment pattern; flexible employment groups; labor relations; labor protection

责任编辑: 一鸣