

新就业形态下劳动关系认定的困境与纾解路径

黄奕

嘉兴大学 浙江嘉兴 314000

摘要: 基于2021年7月16日《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》发布以来全国各级法院审理的新就业形态劳动者劳动纠纷案件判决特征、判决结果、裁判理由,分析存在法院直接回应“劳动关系”的案件占比低、法院对“确认存在劳动关系”诉求支持率较高、“同案不同判”出现概率较大等现象,总结后疫情时代新就业形态劳动者劳动关系认定存在缺乏相关法律依据、规则界定不明;判决标准不一,司法裁量余地过大的困境。纾解此困境需通过完善保障新就业形态劳动者权益的相关法律法规以明确相关制度的具体内容;以出台司法解释、发布指导案例的方式统一判决标准。

关键词: 新就业形态; 劳动关系; 劳动权益保障

新就业形态是以互联网平台为依托,借助平台软件工具获取劳动信息、提供劳动并获取劳动报酬的一种工作更现代化、灵活程度更高的灵活就业形式,典型从业人员有外卖员、网约车司机、快递员、电商主播等,该群体通常未与企业或平台签订劳动合同,且具有一定的自主决策权。2021年7月16日,经国务院同意,人社部等8部门共同印发《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》(以下简称《意见》),对新就业形态劳动者首次出现了“不完全符合确立劳动关系情形”的归纳性表述,意味着我国增加了第三种劳动形态。但由于未明确第三种劳动形态的具体要件,缺乏指导意义,以致其在司法中适用并不广泛,未发挥其指导作用。2022年7月6日,最高人民法院首次发布了针对劳动者合法权益的七个指导性案例。其中的“聂美兰诉北京林氏兄弟文化有限公司确认劳动关系案”首次把新就业形态下的灵活就业者劳动争议作为专题案例内容。这是自《意见》施行以来,最高人民法院首次出台指导性案例以解决新就业形态劳动关系认定的司法适用难题,但其也并未回答关于新就业形态劳动者第三种劳动形态的界定方法等相关问题。虽然新冠疫情发生后,应时代需要,政府、司法机关都对灵活就业者实行了重点保护,然而在司法实务中,尤其是劳动权益所涉核心问题“劳动关系认定”,法院判决常出现不利于新就业形态劳动者的判定方式与结论。本文以《意见》实施以来的司法裁判文书为研究对象,通过整合新就业形态劳动者的劳动争议案件法院审理情况,总结判决,梳理相关案件特征和裁判情况,分析当前新就业形态劳动者

劳动关系认定司法适用存在的困境,结合司法背景分析研究破解路径,希望能以立司法为切入口明确劳动关系认定的统一标准,切实加强对新就业形态劳动者劳动权益的保障。

一、新就业形态劳动者劳动关系认定的司法现状

《意见》第一条第(二)款规定,“符合确立劳动关系情形的,企业应当依法与劳动者订立劳动合同。不完全符合确立劳动关系情形但企业对劳动者进行劳动管理(以下简称不完全符合确立劳动关系情形)的,指导企业与劳动者订立书面协议,合理确定企业与劳动者的权利义务。个人依托平台自主开展经营活动、从事自由职业等,按照民事法律调整双方的权利义务。”第二条第(五)款规定“推动将不完全符合确立劳动关系情形的新就业形态劳动者纳入制度保障范围”。《意见》明确了企业要对“不完全符合确立劳动关系情形”的新就业形态劳动者权益保障承担相应责任。对比新就业形态萌芽之初,2021年7月16日《意见》的发布,司法是否在新就业形态劳动者劳动权益的保护中有促进作用?又是否存在问题?后疫情时代这些问题是否会愈加凸显?而这些问题离不开实证分析与研究。因此,笔者以法院公布的司法裁判文书作为研究素材,在司法层面进行研究,以归纳相关案件基本特征、裁判审理结果的方式,总结分析新就业形态劳动者劳动关系认定的司法现状。

(一) 新就业形态劳动者劳动纠纷案件司法裁判结果分析

司法实务中,司法裁判的结果不仅能体现当事人是否实现诉求、得到有效司法保护,同时也可以体现法院对相关

诉求的态度。笔者以判决书为依据对对裁判结果进行总结、分析，重点研究法院对于核心问题“劳动关系确认”的认定方式、结果和态度。以探究新就业形态劳动者劳动权益的司法现状和法院对“新就业形态劳动者劳动权益”的态度倾向。

1. 法院直接回应“劳动关系”的案件占比低

在笔者检索到的近三百份一审民事判决书中，在法院裁判理由中有强调劳动关系的有 215 份，即权益纠纷的焦点是劳动关系确认的有 215 份，但法院在判决结果中直接回应“劳动关系”的只有 68 份，不到三分之一的占比显示法院在司法实务中更多的是模糊回应劳动关系的确认难题，或是在说理部分提及。但直接回应却说理模糊的现象也存在，如刘李臣与邦芒服务外包有限公司劳动争议案中法院判定不符合劳动关系的法律特征的缘由只是“刘李臣的工作模式符合互联网平台经济运营模式下的新就业形态劳动者特征，其亦无需执行或遵守邦芒公司的作息制度、规章制度”，法院虽在判决中明确否认了劳动关系，但其原因并非十分有理。甚至是把结果当理由，模糊性回应劳动关系的确认问题。这也反映了确认劳动关系的法律依据并未形成体系化，法官在面对此类问题时，法官自身的裁量和当事人双方的实际情况极大程度地影响着判决的结果。因此，法官才会在结合实际情况后，模糊回应劳动关系的确认问题，或者缺乏系统明确的说理原因。

2. 法院对“确认存在劳动关系”诉求支持率较高

在判决结果中直接回应“劳动关系”的 68 份判决书中，法院认定新就业形态劳动者与用人平台间存在劳动关系或事实劳动关系的有 48 份，占比为 70.59%；认定不存在劳动关系或事实劳动关系的有 6 份，占比为 8.82%；其他回应劳动关系但不回应存在问题的有 14 份，占比为 20.59%。见表 1。

表 1 “劳动关系确认”案件一审判决结果分类

基本分类	案件数	占比
存在劳动关系	48	70.59%
不存在劳动关系	6	8.82%
其他	14	20.59%

由表 2 可知，法院对“确认存在劳动关系”诉求支持率较高，表明《意见》的施行使司法界也更加重视新形势下灵活就业者的权益保护，更有利于维护灵活就业者的劳动权益。

3. “同案不同判”出现概率较大

分析一年来相关案件的判决结果可以发现，判决标准不

统一的现象普遍存在，对于相似的案情和诉求，不同法院所依据的理由不同，还会作出差异较大甚至截然相反的判决。表 2 就选取了 3 个关于送餐外卖员与用人平台之间的相似劳动纠纷，以其为代表性判决对此予以说明。

表 2 代表性判决摘录

案号	判决结果	裁判理由
2021 苏 05 民初 3540 号	不符合劳动关系的法律特征	原告工作模式符合互联网平台经济运营模式下的新就业形态劳动者特征，无需执行或遵守公司的作息制度、规章制度。
2021 湘 01 民初 10743 号	成立事实劳动关系	原告与被告公司之间具有管理和被管理的人身隶属关系和经济依附关系
2022 吉 04 民初 227 号	不存在劳动关系	送餐员与平台之间的工作不具有稳定性和长期性

据表 2 可见，在现有制度本身不够体系化的情况下，法官的自由裁量会加剧同案不同判现象的发生，裁判理由的不确定性使判决结果的不确定性也随之增加了。

(二) 新就业形态劳动者劳动纠纷案件法院裁判理由分析

“同案不同判”在新就业形态劳动者劳动纠纷案件中是较为突出的问题，而法官为何“异判”？为何对相似案件予以不同裁判理由？裁判理由不仅能直观表现法官的认知方式、基本态度，也能体现案件事实认定是否充分有理。因此，笔者从判决书中选取了典型相似案件作为研究对象，在新就业形态劳动者与用人平台间的“劳动关系的确认之争”中，总结法官多元判准的规律，绝大部分新就业形态劳动者劳动纠纷的法律依据均涉及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》)第一条：“用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立：（一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；（二）用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；（三）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。”笔者将裁判理由归纳出“用人单位和劳动者是否符合的法定主体资格、用人单位与劳动者间是否存在管理关系、劳动者提供的劳动是否属于用人单位的业务范围”三大认定标准，三要件逐一分析。概括法官集中于几个方面进行裁判并进行分析，以法官裁判理由为切入点，探究新就业形态劳动者劳动权益的司法保护现状。

1. 裁判理由之一：用人单位和劳动者是否符合法定主体资格

分析相关案件的裁判理由可以发现,用人单位符合法律、法规规定的主体资格是劳动关系成立的前提条件。而随着时代变化、就业结构改变,用工关系呈现多样化,互联网平台经济下的新型用工关系的地位在当今以及后疫情时代都至关重要。而此类非全日制用工相比传统主体是存在区别的,如外卖送餐员的众包骑手模式下,众包骑手与外卖自营平台或第三方代理商之间属雇佣关系,那么法官需要认定用人单位是否具备主体资格,就必须首先明确主体是自营平台还是第三方代理商。如濮阳市源始科技有限公司张善美等劳动争议案中,法官在一审二审中直接将用人单位认定为外卖自营平台,错认了用人单位导致错判,再审才最终改判,将第三方代理商定位为主体。因此新就业形态劳动者的劳动关系认定之主体资格部分与传统认定需要加以区分,新业态模式下需要在传统资格认定前明确主体;而法院的对此的认知或许还有所欠缺,停留在传统的认定方式会导致司法的滞后,无法匹配新就业形态劳动者的模式变化。

2. 裁判理由之二: 用人单位与劳动者间是否存在管理关系

总结新就业形态劳动者与互联网平台的劳动关系纠纷裁判理由,笔者发现司法实务中最具争议的裁判理由是两者间是否存在管理关系。传统的全日制工作劳动者对用人单位的依附性强,管理关系存在与否极易判断;但新就业形态关系用工关系中劳动者灵活性与独立性较强,两者间是否存在管理关系又缺乏统一标准,因此给法官的判决增加了难度,也增加了同案异判的概率。如李品文李鑫嘉等机动车交通事故责任纠纷案中法官虽认为外卖送餐员作为新就业形态劳动者上班时间自由、无固定的工作场所、报酬的支付方式界限模糊,但法官又更强调送餐员受平台公司的组织、管理和监督,需要遵守公司的规章制度,因此认定双方存在管理关系。而刘李臣与邦芒服务外包有限公司劳动争议案中法官却强调送餐员无固定工资,不受最低工资标准等限制,其亦无需执行或遵守邦芒公司的作息制度、规章制度,而认定其与用人单位间不存在劳动关系。同为互联网平台经济下的典型新就业形态劳动者,但不同法官对其“管理”程度的认知差异导致了完全相反的判决;这也体现了该裁判理由要件无统一标准、缺乏法律依据,法官判决自由裁量因素过大。因此法院考量当事人双方实际情况后,在无“管理关系”认定标准的情况下作出的判决,属实难以明确规范化。

3. 裁判理由之三: 劳动者提供的劳动是否属于用人单位的业务范围

组成部分也是案件裁判理由要件之一。用人单位业务的组成部分,即劳动者所任职的岗位的工作内容与用人单位的经营范围有关,且劳动者所做工作是由用人单位安排的。在新就业形态劳动者劳动纠纷中,仅该裁判理由要件并无太大争议,哪怕在互联网平台经济下,劳动者与用人单位也需要合意后再借助平台软件工具提供劳动等。因此,此要件虽是裁判理由中不可缺少的一环,但并未存在争议点,法官的认定也较为稳妥一致。

二、后疫情时代新就业形态劳动者劳动关系认定的困境

由前文可知,虽然《意见》施行一定程度上使司法界加强了对新就业形态劳动者的权益保护的重视,增强了我国对新就业形态劳动者的劳动权益保护实效,但我国的劳动力市场仍存在“新型劳动关系无法可依”“用工关系认定与劳动权益保护捆绑”问题,第三种劳动形态使用率低,新就业形态劳动者作为传统意义上的“非正规就业劳动者”,其劳动权益保障不足这一问题还是存在。在人民网检索“新就业形态劳动者劳动保障”相关新闻,也仍能发现许多关于“灵活就业的劳动者权益保障面临较大冲击”、“新就业形态劳动者的权益缺乏保障”的报道,这说明现有制度对新就业形态劳动者的新劳动形式仍存在适用问题,传统的劳动关系认定、权益捆绑对新就业形态劳动者来说是不利的;新就业形态劳动者处于劳动关系存在与否的中间地带,当用工关系的认定是劳动权益纠纷判处的核心时,极有可能出现判决失衡、权益受损的救济失灵现象。

(一) 缺乏相关法律依据

疫情冲击下新就业形态得到劳动市场认可^[1],但与此同时也为我国相关法律政策带来了新的挑战,灵活就业规模扩大,新就业形态劳动者劳动权益受侵犯的事件层出不穷,如:劳动纠纷案中劳动报酬权无法实现,交通事故责任纠纷案中用人单位不承担责任等。但最严重的问题在于法律的滞后性导致目前我国的《劳动法》对新就业形态这种模式的用工关系类型并未明文规定,而介于劳动关系和民事关系之间的新业态用工行为,其劳动权益保障游离于劳动法律法规调整边缘。一旦遭遇职业伤害,劳动关系的认定将成为维权道路上的“第一阻碍”,导致各种劳动保障权益之争最终转换为劳动关系认定之争。^[2]笔者在分析新就业形态劳动者劳动

纠纷案件法院裁判理由时发现,由于相关法律条文的缺失,在司法实践中,一些法院在判决“劳动关系认定之争”时,只能据原劳动和社会保障部所发《通知》中的第一条规定。然而《通知》中一未提及新就业形态,二并非正式出台的法律条文。由于我国《劳动法》对新就业形态劳动者劳动权益保障的立法空缺,它常在相关案件司法运用时充当法律条文作用,但该规范其未明确界定相应的行为判断标准,以至法律在适用时可操作性较弱。

《通知》中将“劳动者受用人单位的劳动管理”作为劳动关系成立的构成要件之一,但何为“管理”,却并没有清晰的标准界定。这也直接导致了司法适用时,法院在支持新就业形态劳动者确认劳动关系诉求时处于为难境地。如濮阳市源始科技有限公司张善美等劳动争议案中,一个以劳动关系的确认之诉为核心的劳动纠纷案件,不同层级法院判了三次,然而由于对“管理”的标准难以界定、从属性也没有明确的标准,导致先后判决结果也截然不同。一审判决认为该灵活就业者和用人单位存在经济从属性和人格从属性,以判定符合劳动关系的基本特征。二审又凭借劳动者需要遵守用人单位关于工作的有关要求,而认定双方存在管理与被管理的关系,以此推出两者存在劳动关系。但最终的再审判决,法院却又认为用人单位对劳动者并无事实管理,双方也并不存在劳动关系。而一案三审、再审改判、三审的判定依据皆不同,很大程度上也是因为法律条文的空缺、部门规章对“管理”的行为标准界定模糊。而“无法可依”让法官在处理案件时更倾向于模糊地回应相关诉求、也更容易出现“同案异判”,这导致司法保护适用性不足,也阻碍了灵活就业者的劳动权益得到切实保障。

正如劳动经济学会就业促进专委会秘书长欧阳俊在接受《中国发展观察》记者采访时指出的“灵活就业,属于无法被纳入传统劳动关系管理的就业形式,天然存在劳动关系不明的缺陷,在社会保障和劳动监管方面存在的问题很难在《劳动法》的框架下得到解决。”^[3]此日益凸显的问题至今为得到解决,虽然立法行政司法部门皆有所行动,但笔者认为要切实解决仍需时日充足准备,这或许也会成为后疫情时代解决新就业形态劳动者劳动权益保护问题的重点、痛点。

(二)《意见》对三类劳动用工关系的界限不明确

2021年7月16日,应平台经济飞速增长、新就业形态劳动者数量迅速增加的需求,人力资源和社会保障部等八部

委联合发布《意见》,《意见》虽并非严格意义上的立法保护,但其对现今存在滞后的司法适用具有极其重要的指导意义,但它本身就存在界限不明之问题,也使司法实务中法官对相关案件问题的认识、界定有所阻碍。《意见》第一部分第(二)项将平台用工分为三种类型:一是符合确立劳动关系的;二是不完全符合确立劳动关系情形但企业对劳动者进行劳动管理的;三是个人依托平台自主经营或从事自由职业的。这一分类意味着我国劳动法律框架在从传统的“二分法”向“三分法”转型,极具意义。^[4]但哪怕参见《意见》,司法适用中还是存在诸多问题。

首先新就业形态劳动者不一定就能被判定为“不完全符合确立劳动关系情形”,其次哪怕判定成功,也有可能得出不利于新就业形态劳动者的判决结果。原因有二,其一:《意见》虽然明确了“三分法”,却未明确如何划定三类劳动用工关系的界限,而劳动关系与灵活就业的边界不清势必增加司法保护适用的难度。“不完全符合确立劳动关系情形”具体指的是何种情形?借鉴德国劳动法,以无人格从属性但有经济从属性作为界定标准吗?那么经济从属性的标准又该如何确定呢?经济从属性意味着提供劳务方依靠着某一个委托方支付的报酬生活,于是司法实践中收入的比例当然地成为了判断标准。^[5]但高于多少算从属呢?加拿大将这一标准定为80%,在德国和西班牙为50%和75%,但我国平台经济发展水平较高、城乡二元就业结构的特殊国情又该借鉴何者?其二:司法实务中,法官一旦认为灵活就业者“不完全符合确立劳动关系情形”,便会直接判决双方不存在劳动关系,直接由弱保护的《民法》调整权益问题。如上海瀚园足球部保健有限公司与吕美乐确认劳动关系纠纷案中,法院直接指出由于灵活就业者工作自由度较高、用人单位管理较松散,双方之间人身依附性及经济从属性较弱,双方之间的用工形式不完全符合确立劳动关系情形而直接判令双方不存在劳动关系,驳回灵活就业者申请司法保护的诉求。又如向儒恒与上海市闸北区魔尚服装店劳动合同纠纷案,法院凭难以认定双方存在紧密的人身和财产从属性,判定双方之间的用工形式属于不完全符合确立劳动关系情形,而直接驳回原告“事实劳动关系”的主张。理论上《意见》之所以将“不完全符合确立劳动关系情形”的劳动者单独归为一类保障对象,就是为了使依托平台实现就业、平台企业对其进行了一定的劳动管理的这类劳动者一新就业形态下的大部分新就

业形态劳动者—哪怕达不到确立劳动关系的标准，也可以获得劳动法上的保护；但《意见》在实际运用上，却几乎完全背离了保护灵活就业者劳动权益的初衷。

《意见》中对三类劳动用工关系的界限不明确，其司法适用并不广泛，法院仍习惯以《通知》第一条认定劳动关系。并且因为实际运用的偏差，法官将“不完全符合确立劳动关系情形”包含在了“不存在劳动关系”中，让这部分新业态形态劳动者无法得到《劳动法》的保障，反而削弱了对新业态形式下灵活就业者的劳动权益保障。

（三）判决标准不统一

笔者分析新业态形式下的新就业形态劳动者劳动关系认定的标准不一问题，在后疫情时代也仍破解的难点。法官在相关法律依据不足的情况下，受不同认知背景、经验、价值评价等因素的影响，导致法官在处理新就业形态劳动者相关劳动纠纷案件时对案件事实的理解、相关法律法规的运用都出现较大差异，判决标准也不统一甚至大相径庭。相关案件中多数新就业形态劳动者都认为，其受用人单位管理、双方存在劳动关系，但不同法官对此却有不同理解，司法实务中法官的判准方式也差异较大。如湖南家里汇网络科技有限公司匡某劳动争议案中法官认为原告新就业形态劳动者与被告用人单位之间具有管理和被管理的人身隶属关系和经济依附关系，因此，双方之间符合劳动关系的法律特征；而张津铭马良等劳务合同纠纷案中，法官却认为被告新就业形态劳动者对其工作有很强的自主性，且在平台公司工作不满2个月，双方间的工作不具有稳定性和长期性，并判处双方不存在劳动关系。而判决标准中就存在概念模糊问题，如两位法官对“人身隶属关系”、“经济依附关系”、“工作稳定性”并无明确界限解释，大部分新就业形态劳动者虽工作时间、方式较为灵活，但均接受公司的规章制度管辖，此等程度是否达到人身隶属？疫情打击下就业受损，全职灵活就业者数量激增，若新就业形态劳动者工资收入绝大部分甚至全部均来自灵活就业工作，是否构成经济依附？新就业形态劳动者以其就业的灵活度为优势，以稳定性作为认定标准是否合适？工作长期稳定就能代表劳动关系存在吗？这些问题法官在司法裁判中并未回答，其判决的合理性也需画个问号。缺乏统一的判决标准，会导致相同的案件，得到完全相反的判决结果。这意味着劳动者一方哪怕证据充足、甚至有前案作例，也无法完全有把握胜诉；新就业形态劳动者有可

能会因法院法官认定结果的标准不同而败诉，难以得到有效司法保护。

三、后疫情时代新就业形态劳动者劳动关系认定的纾解路径

上文笔者总结了现疫情时代我国新就业形态劳动者的司法现状和面临的困境，接下来笔者要结合司法实务中新就业形态劳动者权益保护所存在的问题，分析如何探索纾解路径。

（一）完善保障新就业形态劳动者劳动权益的法律

通过笔者对案件基本特征和裁判结果的分析可以看出，当前司法实践中，虽然法院裁判时会充分考虑实情，但是判决时法律依据不足、规则界定不清晰等问题仍然存在，法院难以凭借自身裁量权直接具体回应当事人诉求，因此司法裁判中常存在同案不同判、模糊回应诉求的现象。而判决又会直接影响到新就业形态劳动者的权益问题，因此完善保障新就业形态劳动者劳动权益的法律显得尤为重要。笔者据此从合理划分各类经济主体的责任和明确新型管理关系认定方式两方面提供完善建议。

1. 合理划分各类经济主体的责任

合理划分用人单位自营平台与第三方代理商各类经济主体的责任，回答企业、雇主及相关经济主体应该承担怎么样责任的问题，并且其应与其对劳动者及劳动过程的控制程度相关联。新就业形态劳动者的用工关系属于互联网平台经济下的新型用工关系，其经济主体与传统用工形态有极大的区别，合理划分各类经济主体的责任是必要之举。同时，不能单单只看用人单位与劳动者所签订的合同内容，因为新业态形态下的雇佣形态多种多样，通过“轻形式、重实质”的方式确认用工关系、划分主体责任才是合理的。

以案件争议较多的外卖送餐员的加盟模式为例，外卖平台与第三方公司签订配送代理合作协议，将特定区域内的外卖配送业务外包给第三方公司，由第三方公司自行招募外卖骑手，从事外卖配送业务。在此种模式中，外卖平台与第三方代理商，何者是需要认定法律资格的主体，换言之，当侵权现象发生，何者应承担对新就业形态劳动者的权益保障责任？依笔者之见，平台企业与第三方代理商皆应是责任的承担者，首先，第三方代理商是劳动者的直接雇佣者，负责招募、发放工资，实施实际上的管理行为，符合实际意义上的“用人单位”，显然应承担权益保障义务。此外，外卖平

台对第三方公司又存在较强的控制。例如，第三方公司提供的配送服务需要接受外卖平台的监督，符合外卖平台制定的送餐标准；订单数量又完全受外卖平台调整；配送费也是会先进入外卖平台的账户，再由外卖平台周期性转付。因此，第三方代理商对劳动者实施的招募、支付工资等管理行为，皆是以外卖平台为基础，外卖平台的管理行为极大程度影响着送餐员。本着对新就业形态下用工关系认定的“轻形式、重实质”原则，观之实质，在此情境下，对新就业形态劳动者实施管理行为的主体包括用人自营平台与第三方代理商，因此，由两方共同承担责任显然较为合理。同时，为了防止实际司法中出现经济主体间相互推脱责任，法律可以直接明确在实质共同管理的情境下，各经济主体承担连带责任。

此外，新就业形态劳动者的司法实例中，常会发生平台企业、第三方代理商与劳动者间签订有劳动合同之实质却被冠以劳务合同之名的合同此类情况，而若过于重视“劳动合同”之形式，而忽略管理与控制之实质，新就业形态劳动者的劳动权益就很难得到切实保障。此问题山东省人力资源和社会保障厅等八部门联合印发《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的实施意见》中的“平台企业采用劳务派遣方式用工的，依法履行劳务派遣用工单位责任。对采取劳务外包、加盟协作或其他合作用工方式，劳动者权益受到损害的，平台企业依法承担相应责任。”极具参考价值，这对平台经济下的新就业形态劳动者来说无疑是把“保护伞”，也为法官司法判决提供了指导性意见。

2. 明确新型管理关系认定方式

明确新就业形态劳动者劳动关系认定中的要件之一：管理关系。作为相关劳动纠纷中最具争议的管理关系，需要着重明晰认定方式与标准。结合现今平台经济的发展趋势、新就业形态劳动者发展模式，以及司法中一些较为成熟的判决方法，笔者建议从人格从属性和经济从属性下手，理清新型管理关系的认定方式。建议将劳动者和用人平台间人身依附性不强但经济依附性强的情况，界定为符合新型管理关系。

首先，对于人身依附性，传统劳动关系中的人身依附性强调用人单位有权利对劳动者进行调配、组织、关系、指挥，且劳动者必须遵守用人单位的规章制度。而新就业形态下的新就业形态方式中，存在众多劳动者与用人平台间实施弱管理制度，用人平台虽然负责劳动者的招聘、工资发放，但未作每日固定打卡等要求；可事实上存在许多劳动者全

职从事此工作，并接受用人平台要求统一服装等基础要求。若按传统劳动关系管理认定中人格从属性的要求，此类新就业形态劳动者皆非《劳动法》的调整范围，可就实际情况而言，这对新就业形态劳动者的劳动权益保障十分不利。因此，笔者建议对人身依附性的认定应结合新型管理关系的“灵活性”特征，弱态人身依附性不应以成为否认管理关系存在的理由。

至于经济依附性，要求存在强经济依附性，考虑到了新就业形态下雇佣关系的多样化，确实存在仅在短期内或极少数从事新就业形态形式，若要求用人平台承认所有雇佣者与之均存在劳动关系，无疑过分加重用人平台的责任负担，于实务中并不适用。因此，强经济依附性是必要的要求，至于如何判断强弱，笔者建议根据现实情况中传统与新型就业形态的工作时长与薪酬特点，以工作时长和收入占比来衡量。确定每日工作时长超过六小时或该工作薪酬占总收入比达70%则算具备较强经济依附性。如此一来，保护范围不仅包括了绝大部分新业态劳动者，而且清晰的范围界定也让法官在司法适用中“有法可依”，改善相关制度在司法判决中的适用模糊问题。而后疫情时代一定会愈显重要的新就业形态劳动者，也能得到相应的权益保障。

(二) 统一判决标准

当今法官在处理新就业形态劳动者劳动关系认定的相关案件时，评判标准不一致是较为严重的一个问题，笔者在研究相关案件司法判决时发现不同法官对同样的事实常存在不一样认定方式和判决结果，这些问题虽能通过完善相关法律缓解，但法律条文的一大特性便是简洁且概括，光凭普遍概括性的法律规定，司法实践中的问题并不能完全解决。此时便需要更为详细且完整的司法解释与司法示例来明确司法实务中无可避免的争议性问题，增强法规的操作性与适用性。因此，需要通过出台司法解释和发布指导性案例给予各层级法院案件判决的统一指导、协调评判标准。

1. 出台司法解释

对现行司法中新就业形态劳动者劳动权益纠纷常出现的“管理”、“经济从属性”、“稳定性”等词汇予以明确解释，以司法解释的形式明确《通知》、《意见》中的模糊条款，以减轻司法实务中普遍存在的适用模糊问题。首先，关于管理，笔者在完善法律的具体措施中有提及“管理关系”，但法律概括设置后仍需具体解释才可最大程度增强其

可操作性。

首先,关于如何构成用人单位对新就业形态劳动者的“管理”,笔者建议以规章制度为切入点,用人单位对就业者有明确具体的规章制度且劳动者若不遵循会产生后果时,则构成“管理”。又由于需充分考虑新就业形态的灵活性特征,此规章制度需有效区别于传统用工关系的要求,例如不强制要求每月满勤,但要求每月接单数量;不要求只于一平台就业,但要求统一服装,总之可对规章制度作较具体且灵活的解释。至于“经济从属性”,笔者建议司法解释中可直接明确月薪占总收入之比重与日工作时长之要求,借鉴加拿大月薪占总收入之比超80%与西班牙占总收入之比超75%的经济从属性认定标准,结合我国国情,确定新就业形态劳动者在用人单位所获月薪占其月薪的比例高于70%时劳动者对用人单位存在经济从属性;抑或要求日工作时长达六小时则存在经济从属性。此外,工作稳定性是否应是新型劳动关系认定的必要条件之一,司法解释中也可对此进行回答。依笔者之见,互联网平台经济下的新就业形式,本身便以灵活性为就业优势,要求其存在稳定性显然不合理。

至于《通知》、《意见》中的模糊条款,如“歧视性违法要求”,司法解释可明晰关于“不得同时于两平台就业”等平台经济下特有的就业条件属于此类要求,以解决司法实务出现平台违法限制就业条件等问题。对此类争议性判决焦点针对性地统一标准,可以合理规范法官的自由裁量权,同时也给予法官结合案情的空间,协调了规范度和灵活度,也能有效减少同案异判的现象。

2. 发布指导性案例

发挥最高人民法院的权威号召力,发布指导性案例以指导法官判决方向也是解决新就业形态劳动者劳动权益条款适用模糊的有效途径。指导性案例文本的非裁判性、说理性和底层逻辑赋予了指导性案例独特的指导价值。其从科学说理、规范说理、民主说理等视角增强指导性案例的说理强度,有助于完善我国的案例结构。^[6]对于作为成文法覆盖小缺口的新业态灵活就业者来说,指导性案例可以作为很有效的补充和弥补。2022年7月6日,最高人民法院首次发布的关于劳动者合法权益的七个指导性案例,就包含了新就业形态下的灵活就业者劳动关系认定判例。在该指导案例中,最高人民法院就给出了事实优先原则、合同实质原则、从属性二要件构成,明确了争议裁决的方法。平台经济下该案例

的发布传达了法院“重实质、轻形式”的立场,此外,这为后续司法解释、立法进行了有益探索,也为地方法院在处理新就业形态劳动者劳动关系类似案件时提供了有效指导。

但同时,由于新就业形态下的雇佣形态多样,案情类型因此也较为多元化,我国已发布的指导性案例并不足以填补各类型的司法适用空缺。因此,笔者建议专门发布一组“不完全符合劳动关系情形”下的新就业形态劳动者劳动纠纷相关案例指导,对普遍存在且最具争议性的几类案情加以整合,进行有针对性地分类指导。例如,发布针对主体资格认定对象的案例指导,明确用人单位自营平台与第三方代理商均需认定法定主体资格,皆需对新就业形态劳动者有责任承担之义务;发布针对管理关系存在与否如何认定的案例指导,明晰管理关系需凭人格经济从属性结合规章制度判断;发布经济从属性争议的案例指导,明晰薪酬之占比即为经济从属性之判断标准。

由最高人民法院发布指导案例,辅助法官理解第三种劳动关系的适用主体和相应权益保障,有针对性的案例指导可专门应对新就业形态劳动者劳动权益纠纷中司法适用的难点,增强对相关案件的有效指导,有利于合理范围内填补对该群体的司法适用空缺。

注:本文为2023年嘉兴大学国家级大学生创新创业训练计划资助项目(编号:202310354045)《新就业形态下灵活就业人员劳动关系认定与权益保障问题研究》研究成果。指导老师童建华,嘉兴大学副教授。

参考文献:

- [1] 莫荣,李付俊.新冠疫情对灵活就业人员的影响分析[J].新金融,2020(9):4.
- [2] 王秀春.新业态从业人员劳动权益保障问题的思考[J].中国人力资源社会保障,2022(3):52.
- [3] 张倪.加强灵活就业群体权益保障让职业安全“保护伞”真正落地[J].中国发展观察,2021(14):41.
- [4] 任容庆.新就业形态劳动者权益保障的逻辑进路[D].人民法院报,2022(2):7.
- [5] 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[D].中国法律评论,2021(4):66.
- [6] 贺海仁.规范与理由:我国指导性案例的文本价值与功能重构[D].北方法学,2022(4):5.