

构建和谐劳动关系的再反思

——基于新业态就业“选择模式”的评价定位

李 干 董保华

摘要:新业态就业的法律关系总体呈现“选择模式”。劳动就业主管部门与劳动法学界的主流观点是希望以法律关系的“强制模式”改造“选择模式”,此种观点基于平台与新业态从业者存在从属性的判断,这一命题是否成立值得深入剖析。作为新时期劳动就业领域的纲领性文件,《中共中央 国务院关于构建和谐劳动关系的意见》提出构建和谐劳动关系的“三大问题”。结合近十年的统计数据,“三大问题”在新业态中并不突出,且新业态就业的发展有助于缓解“三大问题”。“选择模式”下新业态的就业处境有待改善,但以“强制模式”输入劳动管制并非唯一且最佳解,健全外部劳动力市场的支持系统并做实反垄断才是工作重点。

关键词:和谐劳动关系;新业态就业;选择模式;外部劳动力市场;支持系统

DOI: 10.19836/j.cnki.37-1100/c.2026.01.013

一、问题的提出

近年来,劳动法处于社会热议、学者热心、主管部门积极推动但国家立法冷处理的局面。2023年9月,全国人大发布《十四届全国人大常委会立法规划》,无论是“条件比较成熟、任期内拟提请审议的法律草案”的79件“第一类项目”,抑或是“需要抓紧工作、条件成熟时提请审议的法律草案”的51件“第二类项目”,均不涉及劳动法。有关“基本劳动标准和新就业形态”的立法项目属于“立法条件尚不完全具备、需要继续研究论证”的“第三类项目”^①,这意味着至少五年内不会启动。

劳动法遭遇冷处理大致存在两方面的原因:一是固有调整领域的顽疾久治不愈,二是扩张调整领域的正当性不足。一方面,2015年3月《中共中央 国务院关于构建和谐劳动关系的意见》指出,劳动关系领域存在“三大问题”,即“劳动争议案件居高不下,有的地方拖欠农民工工资等损害职工利益的现象仍较突出,集体停工和群体性事件时有发生”^②。结合相关统计数据,近十年“劳动争议案件居高不下”与“集体停工和群体性事件时有发生”的问题尚未得到有效解决。另一方面,将新业态灵活就业纳入劳动法的调整范围,已成为劳动就业主管部门与多数劳动法学者的愿望,但在固有调整领域“三大问题”尚未得到有效解决的情形下,延续管制的惯性思维扩张劳动法的调整范围,“三大问题”难免会扩大化和复杂化。何况较之于传统就业形态,“三大问题”在新业态中并不突出。

根据《国务院关于做好当前和今后一段时期就业创业工作的意见》中“支持劳动者通过新业态实现多元化就业”的精神^③,新业态就业的法律关系总体呈现“选择模式”。新业态同时存在劳动关系与非劳动关系的就业机会,从业者可同参与新业态的企业签订劳动合同,双方接受劳动法调整;从业者也可不与任何一方建立劳动关系,其就业法律关系由民法调整。在中国特色社会主义法律体系下,以劳动法为主要内容的社会法与民法商法分属两个不同且独立的法律门类。在“选择模式”下,不建

作者简介:李干,上海对外经贸大学法学院副教授(上海 201620; zjul618@yeah.net);董保华,华东师范大学法学院教授(上海 200241; dongbh1954@sina.com)。

① 《十四届全国人大常委会立法规划》,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2023年第6号。

② 《中共中央 国务院关于构建和谐劳动关系的意见》,《人民日报》2015年4月9日,第1版。

③ 《国务院关于做好当前和今后一段时期就业创业工作的意见》,《中华人民共和国国务院公报》2017年第12号。

立劳动关系继而脱离劳动法的调整成为大多数从业者的选择结果。面对这一现实,沿用从属性的逻辑为新业态就业套上劳动管制,建构法律关系适用上的“强制模式”成为流行观点。然而,劳动法学界对“选择模式”的种种诟病有待商榷,从《中共中央 国务院关于构建和谐劳动关系的意见》指出的“三大问题”出发,新业态的“选择模式”是“药”而不是“病”。劳动法学界有必要摆脱思维定式,将完善外部劳动力市场的支持系统作为工作重点。“选择模式”的健康运行有赖于平台的充分竞争和反垄断,强化从属性论述进而扩张劳动关系在新业态的适用空间,反易助长垄断。

二、“选择模式”弊病的真伪分析

劳动法学者常以“去劳动关系”概括新业态就业的典型特征,主流观点亦将“去劳动关系”视为亟待治理的“病”。无论学者提出的“老问题、老解法”还是“新问题、老解法”^①,其底层逻辑是一致的,即限制或取消当事人对就业法律关系的选择权(准确地说是限制或取消当事人选择非劳动关系的自由),或将其归入劳动关系,或为其建构管制程度较低的“类劳动关系”。学者之所以希望以法律关系的“强制模式”改造现行的“选择模式”,源于其认为“选择模式”存在多项侵蚀灵活就业人员权益的弊病,但其真伪性有待检视。

(一)有关“选择模式”弊病的观点梳理

就“选择模式”弊病的表象而言,学者的概括与认识较为统一。一是劳动时间过长,“过劳”现象严重。二是劳动报酬下降,平台抽成比例过高。二者具有联动性。根据美团研究院发布的《2020年上半年骑手就业报告》,45.7%的骑手月收入为4000元至8000元,7.7%的骑手月收入过万元^②。这一水平优于或不低于2020年全国城镇私营单位就业人员月平均工资(4810.58元)。学者认为新业态较为可观的收入以“过劳”为代价,“‘高报酬’实乃‘高工时’堆砌之功,平均至小时工资并不高”^③。三是就业状态与收入状态不稳定。“工作上的不可预测不但导致了岗位的不稳定,而且对工资收入、福利待遇、家庭生活质量等系列问题带来负面影响。”^④四是集体劳动权难以实现^⑤。五是社会保险缺失^⑥。

学者普遍认为平台对灵活就业所涉工作、服务规范以及交易规则享有单方决定的权力,是上述“弊病”的重要成因。从业者的就业选择看似灵活自主,实则处处受限,只能被动接受。一方面,新业态从业者“看似工作自由,但是接单后自己的一举一动要接受平台导航系统的全程监控,让人感到非常不自在”;另一方面,“价格策略完全由平台制定”,“收入也由平台统一收取,奖惩与否也是企业来定”,从业者“没有任何话语权”^⑦。多劳多得本是新业态收入分配最直观的一项特征,但学者认为多劳多得是从业者受算法诱导的“自投罗网”,“算法的规训效应使劳动者陷入‘自愿’接单的过劳怪圈”^⑧。可见,学者将“选择模式”描述为就业人员的“被动选择”,易得出新业态就业具备从属性的结论。将新业态就业

① “老问题、老解法”是指“试图扩大劳动关系认定范围,通过执法的方式,以旧业态用工关系对新业态就业关系进行吸收”。“新问题、老解法”是指“以立法的方式引入‘类劳动者’的非标准劳动关系形式,将旧业态用工关系的调整机制部分移植入新业态从业关系”。参见董保华:《社会法“非中心化”调整模式的思考——新业态下劳动者权益保障的观念更新与制度调整》,《浙江社会科学》2021年第12期。

② 《美团报告显示7.7%的骑手月收入过万元》,https://j.eastday.com/p/1594952123028879,访问日期:2025年10月28日。

③ 闫冬:《平台用工劳动报酬保护研究:以外卖骑手为样本》,《中国人力资源开发》2020年第2期。

④ 袁文全、徐新鹏:《共享经济视阈下隐蔽雇佣关系的法律规制》,《政法论坛》2018年第1期。

⑤ 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。

⑥ 有关新业态社会保险机制的讨论自成体系,受篇幅所限,本文不予展开。笔者的观点与论述参见李干、董保华:《从“单雇主”到“无雇主”:新业态社会保险参缴机制的困境与革新》,《保险研究》2024年第10期。

⑦ 袁文全、徐新鹏:《共享经济视阈下隐蔽雇佣关系的法律规制》,《政法论坛》2018年第1期。

⑧ 田野:《平台用工算法规制的劳动法进路》,《当代法学》2022年第5期。

定性为从属性劳动,是学者论证新业态推行劳动管制及法律关系“强制模式”的重要理据。

(二)针对“选择模式”弊病的理性辨析

“选择模式”凸显自由、自利的价值取向。总结学者围绕“选择模式”的弊病剖析,这些学者似乎认为从业者的选择是片面的、不真实的,应为新业态就业法律关系套上“强制模式”的笼头。通过揭示新业态就业人员与平台之间的从属性,矫正平台“隐蔽雇佣”,借劳动管约束束平台利用从属性施加的“隐蔽剥削”,这是提倡“强制模式”的通用逻辑。但这一逻辑需经以下几个方面的检视。

1. 新业态就业关系的返璞归真。若以“去劳动关系”概括新业态就业,易得出这样一种结论,从业者与平台本应是劳动关系,只不过平台不当利用“选择模式”规避了劳动关系。此种逻辑在个别基层法院的判决中可见一斑,即认为新业态就业“具备了将其对劳动力的支配权让渡到用人单位,接受用人单位的管理、支配的特点,具备了建立劳动关系的基本要件”,由于“当事人不可以协议约定的方式排除劳动法之适用”,遂“根据事实审查”认定二者存在劳动关系^①。可见,主张“强制模式”的论者认为,“去劳动关系”仅为新业态的表象,劳动关系才是本质,应以法律关系上的“强制模式”还原其本质。

探究新业态就业关系的本质,须回归共享经济这一概念。共享经济的运作模式表现为“供给者-共享平台-消费者”的三方关系,平台被定位于“数据匹配公司”,旨在实时匹配供需信息,促成供给者与消费者的点对点交易^②。这一概念与《中华人民共和国电子商务法》(以下简称电子商务法)第9条所称之“电子商务平台经营者”异曲同工,即“在电子商务中为交易双方或者多方提供网络经营场所、交易撮合、信息发布等服务,供交易双方或者多方独立开展交易活动的法人或者非法人组织”。提倡“强制模式”的论者普遍认为平台对交易过程和就业过程的干预、控制远超“数据匹配公司”的角色定位,平台与从业者的关系具备人身从属性与经济从属性的特点。

但是新业态就业展现的特征是否符合劳动关系的从属性要件,需细致甄别。其一,灵活就业人员的订单来自谁,灵活就业人员为谁工作。如果认为新业态从业者以平台名义向消费者提供服务,理应认定订单来自平台,系平台向从业者发布的工作任务或工作指令,从业者完成每一订单都是为平台打工。若延续这一逻辑,应由平台就从业者的服务质量直接向消费者负责,消费者负面评价所生的不利后果应由平台承担。但新业态的运作现实恰好相反,从业者须直面消费者的市场评价,消费者的负面评价直接影响从业者登录平台的资格、获取订单的机会以及收入的多寡,这与劳动关系中劳动者不就业用人单位所出售之商品或服务直接向用人单位的客户负责截然不同。虽然从业者通过平台获取订单,且平台在整合供需信息的基础上根据算法分配订单,但订单究其实质源自消费者的需求,且从业者直接向消费者交付商品或服务成果。因此,新业态从业者为自己打工的意识极为强烈。这也是为什么新业态工作时间虽常超过劳动法设定的标准工时(国际劳工组织2020年发布的一项调查数据显示,49.5%的外卖骑手日工作时间超过10小时)^③,但舆论鲜将新业态与“996”引发的社会矛盾进行连接,新业态从业者更多将长时间工作视作自己打工的多劳多得,而非劳动关系中为用人单位打工的加班剥削。

其二,平台监管是否属于劳动管理。不可否认,平台对接单状态下的从业者进行一定内容与程度

^① 京、沪两地相关判决参见:“李某某与北京同城必应科技有限公司劳动争议一审民事判决”(2017京0108民初53634号);“周某某与上海扎拉斯信息科技有限公司劳动合同纠纷一审民事判决”(2017沪0107民初27564号)。需要说明的是,2019年北京市第二中级人民法院在另一起北京同城必应科技有限公司与“闪送员”的判决中认定双方“不属于劳动关系抑或劳务关系”(2019京02民终5483号)。另外,上海市第二中级人民法院已于2020年6月2日撤销“2017沪0107民初27564号”判决(2019沪02民终3226号)。

^② “Digital Matching Firms: A New Definition in the ‘Sharing Economy’ Space”, <https://www.commerce.gov/sites/default/files/migrated/reports/digital-matching-firms-new-definition-sharing-economy-space.pdf>, 访问日期:2025年10月27日。

^③ 周畅:《中国数字劳工平台和工人权益保障》, https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40asia/%40ro-bangkok/%40ilo-beijing/documents/publication/wcms_761763.pdf, 访问日期:2025年10月10日。

的监管,但有必要从管理目的与管理方式上澄清此种管理与劳动管理的区别。一方面,平台对从业者施以监管之目的在于摸索并形成稳定的行业秩序,而非维护平台自上而下的管理权威。平台基于消费者的投诉或差评,对从业者施以评级下降、限制上线等措施,有别于劳动关系中用人单位对不服从管理或违纪劳动者的惩戒行为。另一方面,平台对就业人员施以监管之方式落脚于以结果为导向的信用管理,而非直接干预工作过程的劳动管理。信用管理的典型特点在于,监管之凭据主要依靠消费者的回馈与评价,平台对从业者的监管及对不当行为的限制性措施,主要是为了提升消费体验,保障交易秩序。例如,从业者选择进入“派单”模式后多次拒绝或取消订单,平台通常会限制其日后接单资格,此举旨在惩罚从业者的不诚信与违约行为,此种行为会干扰、耽误其他主体的交易机会,额外耗费其他主体寻求交易的时间成本。平台限制评分过低或有不良记录的人员登录平台,旨在提高交易的成功率以及维护消费者对服务质量的正常期待。

其三,新业态从业者对平台的经济从属性是否成立。“劳工非如事业主之拥有资本、生产资料,劳工所有者只系其劳动力,其生存之基础唯有依赖提供劳务而获取之工资”^①,这是经济从属性的首要内涵。新业态从业者需自备配送工具并自行承担耗损成本,其工作任务系向消费者交付人力和物力结合所生之服务产品,而非向平台提供单纯的劳动力。因此,新业态从业者获取的报酬来自消费者而非平台,其性质系流通领域消费者购买服务的价款,而非生产领域平台使用生产要素之劳动力的对价。因在劳动关系中生产资料、生产工具由用人单位提供,若劳动者使用生产资料、生产工具发生事故伤害,应由用人单位承担相应的风险和赔付责任,这一逻辑在新业态中尚不完全适用。在网约车行业,由网约车营运人为车辆投保各类保险,一旦运营车辆发生事故,由网约车营运人自行承担保险未覆盖的损失以及向第三人承担保险未覆盖的赔付责任。有学者提出,平台同时掌握市场需求数据和劳动力供给数据,秉持“数据信息作为新型生产资料的立场”^②,交通工具并非网约车行业、外卖行业的生产资料,平台掌握的供需信息才是更为重要的生产资料。若这一观点成立,电子商务法第9条规定的“电子商务平台经营者”存在被认定为用人单位的巨大空间。

2.“强制模式”的逻辑矛盾。一方面,新业态确实存在平台单方确定算法并借算法控制交易秩序的现象,但若以此为由为其套上劳动关系,会面临手段与目标的逻辑矛盾。当将新业态就业定位于劳动关系与劳动法之外,将平台与从业者定位于相互独立的平等主体,各方可从民法、市场规制法对所谓“算法从属”的非正当性进行批判。从属性是劳动关系的本质特征,若将新业态归入劳动关系或“类劳动关系”,恰为平台的算法支配找到正当化理由。何况劳动管制会产生经济成本,当“强制模式”要求平台与从业者建立劳动关系或“类劳动关系”,承担劳动管制成本的平台难免强化算法支配的力度,将从属性的边界发挥到极致,新业态从业者的工作状态将变得更好还是更不利?另一方面,从共享经济平台的设立初衷出发,其催生大量就业并不是为了转移解决平台自身的用工需求。目前平台普遍根据片区划分与第三方达成合作协议,由第三方招用或雇佣从业者。司法实践中大多数新业态确认劳动关系的案件,其结果是认定从业者与该第三方存在劳动关系。劳动关系虽可向从业者提供法定的劳动保障,但也会强化平台合作方对从业者的控制,特别是限制从业者跨平台就业的自由(劳动关系中的用人单位通常不允许劳动者兼职,用人单位可依法在合理限度内惩戒劳动者的兼职行为),继而巩固平台的垄断,从业者的就业环境将变得更好还是更不利?

3.“选择模式”的道德基础。纵观各国劳动法的历史,“是一部对自由市场交易实施规制的历史,劳动法学传统上对劳动力市场的功能持怀疑态度”,很大程度上源于劳动者“绝对弱势群体”的形象预设^③。国内劳动法学者对“选择模式”的批判暗含着对新业态从业者理性的不信任。一方面,“互联网

① 黄程贯:《新学林分科六法——劳动法》,台北:新学林出版股份有限公司,2015年,第A-3页。

② 田野:《平台用工算法规制的劳动法进路》,《当代法学》2022年第5期。

③ 鎌田耕一:《キャリアを活かす労働市場の法政策》,《連合総研レポート:資料・情報・意見》2024年3月号。

平台工作的进入门槛低”,“在劳动力市场存在大量剩余劳动力和同质竞争的情形下,低技能、高标准化、高替代性的”平台劳动者的选择具有局限性^①;另一方面,当从业者进入工作状态,在算法的规训下,接单行为逐渐内化为劳动者的自觉行动,心甘情愿地受算法支配而浑然不觉^②,平台劳动者的选择具有非真实性。因此,学者认为法律关系的“强制模式”是更好的方案。然而,市场化就业中的每个人都是自己利益最佳的判断者。新业态从业者往往在比对其他就业方式之后做出选择,且从人员构成来看,相当比例的青年从业者具备高等学历,可推断其具备理性判断的能力^③。对于“低技能、高替代性”的平台劳动者而言,其在任何行业都将面临供大于求的竞争,与其以此为由批判新业态“选择模式”,不如检视此类群体是否有更好的就业机会。根据国家信息中心发布的《中国共享经济发展报告(2021)》,滴滴平台上20.4%的司机是由于下岗、失业等原因从事网约车工作,2020年上半年美团新增骑手中有8万人来自国家建档立卡贫困户。对于低收入群体或就业困难群体而言,“互联网平台工作的进入门槛低”意味着其可较为容易地获取一份有收入保障的工作。且对于此类群体而言,收入的紧迫性很可能促使其愿意将更多的时间投入工作。在无法提供付出与回报更具性价比、福利更为优渥的就业机会的前提下,只是诟病此类群体在新业态的超时工作是缺乏道义基础的。学者对“选择模式”的批判饱含道德评价,但“强制模式”提倡的是一种替代决定,与之相比,尊重当事人对就业关系的自主选择是更高的道德。

“选择模式”彰显新业态从业者对就业关系的自我决定。现代自我决定理论一方面承认具体个体获取信息的能力、判断能力、议价与谈判能力存在差异,另一方面也反对将主体降格为需要全面保护的、“脆弱而愚钝”的被动对象。为确保劳动力市场参与主体自我决定的真实性与公正性,“需在制度构建中避免陷入双重误区,既不能以‘保护弱者’之名在提供保护的同时实质压制当事人的自治能力以及自治能力的培育和发展,也不能以‘重视自我决定’为旗号将‘原生态的个人’不加干预地推向市场交易的谈判场域”^④。换言之,法律对劳动力市场的规制需同时防范国家管制对当事人自治的过度侵蚀以及强势方对弱势方自治能力的正当压制。因此,对新业态就业的调整思路应扬弃“强制模式”所秉持的替代决定。新业态从业者的形象应从“国家权力积极关照与介入”的被动受益对象,转为具备自主、自律意识的主体^⑤。同时借鉴“受支持的自治”的理念^⑥,探讨如何从制度建构与法技术的层面为新业态从业者提供自我决定就业方式的全方位支持,立足职业生涯的全周期完善外部劳动力市场的法制建设,后文将予以详述。

(三) 判别“选择模式”弊病的关键:是否为当事人的真实意愿

确保每一个个体所处的就业法律关系是当事人真实意愿的结果,是“选择模式”的题中应有之义。因此,“选择模式”需防范“隐蔽雇佣”。“隐蔽雇佣”是指雇主用表象的某种社会关系掩盖真实的雇佣关系^⑦。如前文所述,共享经济平台作为“数据匹配公司”抑或“电子商务平台经营者”,不应有直接雇用网约车司机、送餐员的意图,平台通过第三方建立“防火墙”,能否推论平台存在掩盖劳动关系的意图?答案是否定的,这一推论会倒果为因。平台建“防火墙”具有被动性,个别基层法院判定劳动关系在先(未获上级法院认可),平台大规模建“防火墙”在后,旨在避免司法机关不恰当地解读从属性,为平台“还原”本不存在的直接雇佣意图。判别就业法律关系须遵循“事实第一”,兼顾最高人

① 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。

② 田野:《平台用工算法规制的劳动法进路》,《当代法学》2022年第5期。

③ 在2020年上半年美团295万名骑手中,90后骑手接近一半,其中大专及以上学历骑手占比为24.7%。参见魏国学:《灵活就业兴起的动因及其对宏观经济运行的影响研究》,《经济学家》2021年第8期。

④ 吉村良一:《自己決定権論の現代的意義 覚書》,《立命館法學》1998年12月号。

⑤ 中村睦男:《社会権法理の形成》,東京:有斐閣,1973年,第294頁。

⑥ 森田修:《民法典と個別政策立法》,《岩波講座:現代の法4》,東京:岩波書店,1998年,第132頁。

⑦ 董保华:《“隐蔽雇佣关系”研究》,《法商研究》2011年第5期。

民法院提出的“切忌脱离法律规定和客观实际将劳动关系泛化”之原则^①,重点在于探知当事人选择就业法律关系的真实合意。有学者认为贯彻“事实第一”,“不要求劳动者与用人单位之间就成立劳动关系达成具体的合意”^②。恰恰相反,若双方当事人欠缺建立劳动关系的明确合意,不宜判定存在劳动关系^③。现实中,如果作为“防火墙”的第三方存在招用意图,其与新业态从业者符合事实劳动关系的构成要件,应判定双方存在劳动关系。此外,若传统业态的用人单位借平台之利,有计划地将直接用工转化为连续性的订单,安排原有员工离职并以个人名义(包括个体工商户、个人独资企业)承揽订单,且对订单完成过程高度控制,存在明显可探知的“隐蔽雇佣”之嫌,劳动执法机构与司法机关事后可予以纠正。

三、“选择模式”对“三大问题”的正向作用

在劳动法学者看来,“选择模式”下的新业态就业属于“不规范雇佣”,“不仅对于企业的正常发展蕴含着危机,而且对于整个社会经济秩序安全构成极大的隐患”^④。但以构建和谐劳动关系的“三大问题”为坐标,遵循“强制模式”的以劳动关系为主的正规就业,其矛盾远比“选择模式”的新业态更为严重。新业态吸纳更多就业后,可缓解劳动就业领域的“三大问题”。

(一)劳动领域“三大问题”的变化与发展

作为党的十八大之后劳动领域的纲领性文件,《中共中央 国务院关于构建和谐劳动关系的意见》指出的“三大问题”应是新时期劳动法治的工作重点。通过整理相关数据,可发现近十年有的问题仍很突出,有的问题显著改善,有的问题历经缓解又再抬头。

首先,“劳动争议案件居高不下”仍很突出。根据人力资源和社会保障部历年发布的《人力资源和社会保障事业发展统计公报》,全国各级劳动争议仲裁机构当年处理的劳动争议案件数量自2008年翻倍增长后一直维持高位,2023年全国各级劳动人事争议调解组织和仲裁机构共办理争议385万件,较2015年(172.1万件)增长123.7%。

其次,“拖欠农民工工资等损害职工利益的现象”显著改善。同样,根据人力资源和社会保障部历年发布的《人力资源和社会保障事业发展统计公报》,2023年全国各级劳动保障监察机构共为69.4万名劳动者追讨工资待遇79亿元,较之2015年(为481.4万名劳动者追讨工资待遇421.2亿元),欠薪受害人数与劳动监察机构的追讨金额均有明显下降。

最后,“集体停工和群体性事件时有发生”的现象历经缓解但又有所抬头。我国缺少有关“集体停工和群体性事件”的官方统计数据,但结合相关研究可大致把握这一现象的变化态势^⑤。2015年恰处于劳动领域群体性争议的高发期(2775件),此后明显下降,2017年(1258件)较2015年下降55%,2020—2022年劳动领域群体性争议较2017年继续下降且维持低位,2023年突升至1794件,恢复至2018年的水平。

(二)“选择模式”与“三大问题”的联动关系

总体而言,“三大问题”折射的社会矛盾在新业态中并不明显。

其一,就劳动争议的数量而言,新业态远低于以劳动关系为主的传统正规就业。以苏州为例,根

① 《最高人民法院关于当前民事审判工作中的若干具体问题》(2015年12月24日)。

② 陈靖远:《事实优先原则的理论展开与司法适用——劳动法理论中的一个经典问题》,《法学家》2021年第2期。

③ 这一思路在部分法院判决中有所体现。例如“王某某诉上海温石文化传媒有限公司劳动合同纠纷案”,该判决曾获“全国法院系统2019年度优秀案例分析”。

④ 常凯:《平台企业用工关系的性质特点及其法律规制》,《中国法律评论》2021年第4期。

⑤ 对相关数据的梳理参见李干:《劳动者“集体停工”的法治化解释与出路——基于集体劳动法与个体劳动法的双重视角》,《交大法学》2022年第5期。

据苏州市中级人民法院的调研结果,2018—2023年7月苏州全市法院共审结涉新业态就业纠纷997件,其中劳动争议类纠纷占比为32.8%(327件)^①。经换算,新业态劳动争议类纠纷年均59件。另结合《苏州市人力资源和社会保障事业发展统计公报》,2020—2022年全市劳动人事争议仲裁机构和各类调解组织共受理劳动人事争议278491件,年均92830件。

劳动争议居高不下的根本原因在于,“强制模式”调整的劳动关系具有“强外部”的特点^②。劳动关系双方当事人的权利义务既包括意思自治的内部性内容,也包括法律强制性规范设定的外部性内容。当劳动法的高管制对劳动关系介入过深,劳动关系的外部性得以加强,劳动关系更多的权利义务直接源于法律的强制性规定而非当事人意定,一旦违反即触发法律责任,这将引导当事人通过劳动监察、劳动仲裁与法院等公权力渠道解决争议。外部输入的刚性规则越多,越易增强当事人寻求外部解决纠纷的倾向。劳动关系的“强外部”使劳动争议以权利事项争议为主,劳动争议易与经济发展呈现“逆周期”关系。当经济增长放缓、下行压力增大时,劳动争议数量也会增加^③。这是2020—2022年劳动争议增长率明显高于2010—2019年的一大原因。

反观“选择模式”下的新业态就业,多数从业者选择了非劳动关系,其与平台遵循民法的调整,而民法的外部干预远弱于劳动法。只要承载选择结果的契约不存在欺诈、胁迫、显失公平等违背真实意思的情形,亦不因违反法律、行政法规的强制性规定或违背公序良俗而归于无效,每个从业者就要对自己的选择结果负责,适用诚实信用的原则。劳动关系就业与非劳动关系就业各有利弊,从业者一旦在二者之间做出选择,就意味着概括承受某一种法律关系的利与弊。如果从业者在做选择时看重某一种法律关系的“利”继而选择此种法律关系,事后因故希望获得另一种法律关系的“利”,要求推翻此前已做出的选择结果,即通过反言同时获取劳动关系与非劳动关系的“利”,此举实难在法理与道义上立住脚。这便是“选择模式”下的新业态虽承载大量就业,但劳动争议并不凸显的重要原因。如果为新业态套上“强制模式”,通过输入劳动管制加强就业法律关系的外部性,可预见的是,新业态劳动争议会显著增加,从而推高已经长期高位运行的劳动争议总量。

其二,新业态基本不存在拖欠劳动报酬的问题。新业态从业者获取劳动报酬具有很强的即时性,每当其正常完成一项订单,相应的劳动报酬便进入其个人账户,只不过不同平台的提现周期有所差异。因此,只要平台这一主体不突然灭失,原则上新业态不存在拖欠劳动报酬的问题。近十年劳动就业领域欠薪问题明显缓解,除得益于劳动监察机构的执法,更重要的原因是新业态就业规模的迅猛发展。在新业态从业者中,农村外出务工人员占很大比重^④,当更多的务工人员投身新业态而非欠薪风险较高的传统行业(诸如建筑工程领域以及订单不稳定、资金链易受影响的行业)，“拖欠农民工工资等损害职工利益的现象”自然会得到极大缓解。如学者所言,“互联网平台工作的进入门槛低”,新业态为就业困难群体或劳动力市场弱势群体提供了无欠薪风险的新选择,有助于改善此类群体的处境,欠薪风险较高行业的恶劣用工主体,也会因务工人员的“用脚投票”逐渐被市场所淘汰,这对构建和谐劳动关系无疑是正向信号。

其三,“集体停工和群体性事件”在新业态并不突出。“用手投票”和“用脚投票”是劳动力市场的两种议价方式,二者存在联动关系。在劳动法语境下,集体谈判是典型的“用手投票”,罢工是劳动者一方推动集体协商顺利进行的压力手段。“用手投票”在劳动关系中之所以重要,是因为劳动者“用脚投票”的能力受到多方因素的制约,“用手投票”可借团体之力弥补单个劳动者议价能力的不足。再观新

① 《释放“双保护”司法动能 激活新业态就业活力——苏州中院关于涉新就业形态纠纷案件审理情况的调研报告》,《人民法院报》2023年9月28日,第8版。

② 董保华、李干:《构建和谐劳动关系的新定位》,《南京师大学报(社会科学版)》2016年第2期。

③ 董保华等:《集体劳动争议与群体劳动争议的法律机制研究》,上海:上海人民出版社,2021年,第268页。

④ 根据《2022年度美团骑手权益保障社会责任报告》,来自县域乡村地区的农村转移劳动力约占骑手总量的81.6%。

业态,一方面,只要确保“选择模式”下从业者的就业选择是多元的,从业者可基于利益考量,充分发挥“用脚投票”的权利,在不同平台之间自由流动,其针对特定平台的罢工便不具必要性;另一方面,新业态从业者选择非劳动关系后,理应没有任何主体对其进行从属性管理,只要其充分享有是否上线的自主性,当其不具有工作意愿时即可不登录平台或关闭接单模式,不涉及集体劳动法上的罢工。因此,“选择模式”下新业态从业者“用脚投票”的自由越充分,其“用手投票”的诉求越不强烈。如果为新业态套上“强制模式”,将新业态纳入劳动关系或“类劳动关系”,那么从业者“用脚投票”受限易引发“用手投票”意愿的增强,从而推高新业态“集体停工和群体性事件”的数量。现实中发生的新业态群体性争议,恰恰多是从业者与平台合作方的冲突,即平台合作方对从业者实施强控制,从业者“用脚投票”受限,此时若从业者对平台合作方的收入分配秩序有所不满,就易引发罢工等群体性事件。

四、健全“选择模式”的法治保障

在“选择模式”下,新业态就业关系总体呈现当事人自我决定的自发秩序,但“选择模式”并不意味着放任自流。

(一)完善外部劳动力市场的支持系统

1. 劳动管制的思维定式与实现瓶颈。综观2021年7月人力资源和社会保障部、最高人民法院、全国总工会等八部门发布的《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》以及2023年11月人力资源和社会保障部办公厅印发的《新就业形态劳动者休息和劳动报酬权益保障指引》等系列文件,劳动就业主管部门试图在新业态推行部分劳动管制,主要涉及最低工资标准和最高工时标准。劳动管制具有一刀切的特点,在新业态适用最低工资标准和最高工时标准面临诸多难题。

一是技术上的难题。最低工资标准是指劳动者在法定或约定工作时间提供正常劳动,用人单位应支付的、最底线的劳动报酬,即劳动者如约让渡劳动力的使用与支配时间,用人单位须支付的最低对价。因此,最低工资标准以时间为刻度且与考勤挂钩,考勤涉及工作时间的计算。首先,新业态如何统计从业者的工作时间,这是一项棘手的问题。上线时间是否等于工作时间?统计工作时间是否需扣除等待订单的时间?其次,新业态如何确定最低工资标准与工作量的关系,也是一项难题。若不论完成订单之多寡执行统一的最低工资显缺合理性,似有必要设置适用最低工资标准的最低订单量,这涉及劳动定额管理,但如何确定新业态所涉各行各业的劳动定额并不容易。不同订单的内容以及完成订单的难易程度不尽相同,若新业态从业者所接订单客观上耗时长,导致其在特定的时间内未达最低订单量而无法适用最低工资标准,也难谓公平。

二是效果上的难题。新业态绝大多数全职从业者的收入水平高于各地最低工资标准,新业态适用最低工资标准的必要性存疑尚且不提,仅就最高工时标准而言,有别于劳动关系中延长工作时间具有较强的指令性,新业态从业者保持长时间工作具有较强的自愿性。收入的紧迫性和休息的必要性孰轻孰重,外人很难替当事人决断。当收入的紧迫性更优先,即便从业者受最高工时标准之限制无法在新业态工作,也会寻求其他有偿工作。人力资源和社会保障部办公厅印发的《新就业形态劳动者休息和劳动报酬权益保障指引》规定,由企业与工会或新就业形态劳动者代表协商确定连续最长接单时间和每日最长工作时间,劳动者达到连续最长接单时间和每日最长工作时间的,系统应停止推送订单一定时间。但只要不限制从业者多平台接单的权利(笔者认为不应有此限制,否则变相鼓励平台垄断),各平台未实现信息共享、未就限制从业者工作时间建立全平台监控,当从业者在某一平台达到连续最长接单时间和每日最长工作时间时,可切换平台继续工作,推行最高工时标准的目标便会落空。

2. 就业支持的观念调整与制度更新。劳动力市场可分为“作为企业间劳动力供需调整机制的外

部劳动力市场,以及作为企业内部劳动力供需调整机制的内部劳动力市场”^①。传统以从属性为原点的劳动法理论聚焦内部劳动力市场用人单位与劳动者的权利失衡,传统的、具有公法属性的劳动管制旨在限制用人单位基于实力上的优势地位,在内部劳动力市场滥用指挥管理权从而产生侵害劳动者正当权益的现象。当大多数新业态从业者基于“选择模式”脱离劳动关系,若要通过“强制模式”将其塞进以内部劳动力市场为语境的劳动管制,实属削足适履,政府之手对新业态的调整重点应转向外部劳动力市场。

就观念调整而言,劳动法无须覆盖劳动就业的所有形态,政府之手对灵活就业的调整应着眼于劳动者职业发展的可持续性。所谓职业发展之职业(occupation),应是囊括雇佣劳动(劳动关系)、自营就业(自雇劳动)等多元化就业形态的复合型概念,若对灵活就业人员职业发展的关注焦点限缩于雇佣劳动(劳动关系)或类似劳动形态,则显失妥当^②。因此,政府之手的重点不在于推行法律关系的“强制模式”,而在于建立“为个人能基于职业志向自由选择有意义工作,从而发挥职业价值的劳动力市场”^③。面对灵活就业的蓬勃发展,相关职能部门传统的、依托用人单位的“就业稳定”观,须调整为更广义的、帮助劳动者持续获得就业机会的“职业稳定”观^④,保障劳动者职业发展的相关工作须从传统的、正规就业视角下的以用人单位为中心(特别是以长期劳动合同或无固定期限劳动合同绑定用人单位为中心),转向以“多样性”与“主体性”为关键词的、外部劳动力市场的支持系统为中心,目标是尽可能支持每个人多元化的职业志向与自主发展。

就制度更新而言,“劳动法是保障市场经济正常运行的法制子系统”,“应为促进劳动力市场中劳动者自主谈判的良性运作创设各类制度性支持”,“关键在于拓展个体劳动者适合职位的选择机会及自由流动,强化劳动者的议价能力”^⑤。易言之,通过政府之手的支持,劳动者就能处于劳动力市场供需秩序的主动地位。结合新业态现状,参考日本有关劳动市场法的探索,健全外部劳动力市场的支持系统至少包括以下几方面:其一,信息支持。确保有就业意愿的个体能够便捷获取劳动力市场中海量的、具有可信度的用工需求或就业机会。其二,中介支持。对于就业选择有困难的人或就业选择存在限制因素的人(例如因家庭原因需就近就业或只能特定时间就业的人),帮助其能够根据自身意愿、能力及特殊条件匹配合适的工作岗位;对于实现就业有困难的人(例如交通不便或无力承担外出务工成本的人),通过有组织的劳动力流动帮助其打破从获取就业信息到真正实现就业之间的现实障碍。其三,职业发展支持。为新业态乃至各行各业灵活就业人员的职业发展提供指导,根据劳动力市场的需求及劳动者自身特质,通过基础性培训与个性化培训相结合的方式,针对性地提升、拓展劳动者的职业技能,帮助其能够根据自身意愿在劳动力市场进行较为自主的横向流动与纵向流动,从而提升灵活就业人员的就业质量。其四,失业支持。为新业态乃至各行各业灵活就业人员开通自愿参缴失业保险的机制,同时对申领失业保险待遇的法定条件进行符合灵活就业实际情况的解释或改造,缓解灵活就业人员失业的收入压力。其五,反歧视支持。除招聘条件、用工需求或平台登录条件设置年龄、性别、疾病等常见就业歧视之外,还需关注劳动者在实现灵活就业向正规就业身份转换时可能遭遇的不公平对待。

(二)强化平台反垄断

新业态的健康发展以及“选择模式”下从业者自我决定的正常施展以反垄断为前提。一旦平台形

① 菅野和夫、諏訪康雄:《労働市場の変化と労働法の課題——新たなサポート・システムを求めて》,《日本労働研究雑誌》1994年12月号。

② 諏訪康雄:《雇用政策とキャリア権——キャリア法学への模索》,東京:弘文堂,2017年,第22頁。

③ 鎌田耕一:《キャリアを活かす労働市場の法政策》,《連合総研レポート:資料・情報・意見》2024年3月号。

④ 相关观点参见荒木尚志:《労働法》第2版,東京:有斐閣,2013年,第686頁。

⑤ 菅野和夫、諏訪康雄:《労働市場の変化と労働法の課題——新たなサポート・システムを求めて》,《日本労働研究雑誌》1994年12月号。

成垄断,不仅从业者的就业选择受限,平台还会因垄断交易机会变得更加强势,加剧平台对交易规则的一言堂。在“选择模式”下提高从业者对平台的谈判能力,就必须在质和量两方面开拓其他就业渠道。在转职机会受限的情况下,无论从业者如何与现有平台进行交涉,其诉求都很难得到满足。劳动法学界普遍认为平台垄断是导致“选择模式”弊病的重要原因,但以推广劳动关系为目标的法律关系的“强制模式”反而会助长垄断。

以平台常被诟病且被执法部门重点监管的“二选一”为例,部分平台被曝以封号为压力手段,要求从业者只能在本平台接单。此种“二选一”旨在确保平台保有足够数量的服务者,当活跃在平台上的服务者越多,订单完成的时间越短,消费者的体验越佳,会吸引更多人使用该平台;反过来,当使用平台的人越多,平台承载的订单越多,也会吸引更多的服务者登录该平台寻求交易机会、获取劳动报酬。加之平台经济存在锁定效应^①,消费者易对更早进入市场的平台形成交易习惯与路径依赖。因此,禁止从业者在不同平台自由接单的“二选一”会极大干扰相关市场的正常竞争,阻碍新竞争者的入场,巩固特定平台在双边市场的支配地位。更严重的是,此种“二选一”严重侵害从业者的就业自主权,有违“选择模式”的基本价值,理应取缔。但若在新业态推广劳动关系,无论从业者和平台建立劳动关系,还是和平台的合作方建立劳动关系,基于劳动关系的从属性,用人单位可通过内部规章制度禁止其员工登录其他平台从事兼职行为。何况劳动者对用人单位负有忠实义务,不应从事有损所在用人单位竞争利益的兼职行为,否则用人单位可根据内部规章制度予以处分。可见,在新业态推广劳动关系不仅会强化平台对从业者的控制,还会使反垄断法和反不正当竞争法失去规制“二选一”的抓手,反倒助长平台的垄断利益。

新业态虽是吸纳居民就业的重要“蓄水池”,但其储量依旧有限。近年来,上海、三亚、济南等地发布网约车运力趋于饱和的警示,部分地方甚至暂停发放网约车经营许可证^②。当市场无法“做大蛋糕”,参与主体易陷入分蛋糕的零和博弈,“内卷”之风难免吹进新业态,其结果必然是单位劳动回报的下降。避免新业态从业者因争夺有限交易机会陷入“内卷”的最佳方式是让各平台为争夺人力资源而“内卷”,毕竟平台横跨双边市场,服务人员的充盈是吸引更多消费者使用平台的必要保障,从业者自会从平台“内卷”所产生的交易溢价中获益。因此,劳动就业主管部门与其在新业态推广法律关系的“强制模式”及劳动管制,不如将工作重心移至就业市场的扩容提质,不仅让传统就业与新业态为吸引人力资源而竞争,还要激发新业态各平台的竞争。

五、结语

《中共中央 国务院关于构建和谐劳动关系的意见》发布伊始,笔者曾聚焦内部劳动力市场,提出法律对劳动关系的规制理念、调整思路应实现从“静态和谐”到“动态和谐”的转变^③。但近十年来,以劳动合同法律制度为核心的内部劳动力市场仍维持“高管制”“强外部”的特性。立足当下,新业态高质量充分就业不宜以法律关系的“强制模式”以及向新业态输入劳动管制为重点,应协同反垄断的目标,以完善外部劳动力市场的支持系统为方向,提升劳动者在劳动力市场的自主决定能力与职业发展空间,健全失业保险的兜底机制,让政府之手与市场之手形成合力,使“选择模式”兼顾当事人自我决定之弹性与长期职业稳定的良性格局。

① 有关平台经济锁定效应的论述参见孙晋:《数字平台的反垄断监管》,《中国社会科学》2021年第5期。

② 《多地网约车新增按下“暂停键”,灵活就业者还能入场吗?》,《工人日报》2023年6月16日,第5版。

③ 董保华、李干:《构建和谐劳动关系的新定位》,《南京师大学报(社会科学版)》2016年第2期。

Re-examining the Construction of Harmonious Labor Relations —An Evaluation of the “Optional Model” of Employment in New Business Forms

Li Gan¹ Dong Baohua²

(1. Law School, Shanghai University of International Business and Economics,
Shanghai 201620, P.R.China;

2. Law School, East China Normal University, Shanghai 200241, P.R.China)

Abstract: Flexible employment in new business forms generally exhibits an “Optional Model” of legal relationships, where workers may choose between labor relations governed by labor law or civil relations governed by civil law. The prevailing view among labor authorities and labor law scholars advocates transforming this “Optional Model” into a “Mandatory Model” of legal relationships. The “Mandatory Model” is based on the existence of subordination between platforms and workers, seeking to promote labor relations or “quasi-labor relations” in platform employment, thereby applying labor law’s regulatory rules in full or in part. The validity of this perspective warrants careful examination. As a guiding document for labor and employment policy in the new era, the “Opinions of the Central Committee of the Communist Party of China and the State Council on Building Harmonious Labor Relations” identifies “Three Major Issues” in establishing harmonious labor relations: persistently high numbers of labor dispute cases, the continued prominence of wage arrears for migrant workers, and the recurring occurrence of collective work stoppages and mass incidents. Statistical data from the past decade indicates that these “Three Major Issues” are not particularly prominent in platform employment. As long as workers’ choices regarding employment relationships are genuine, their freedom to move between platforms is fully guaranteed, and there is no risk of payment delays in platform work, the development of platform employment will help alleviate the “Three Major Issues.” While the employment conditions of platform workers under the “Optional Model” require improvement, imposing labor regulations through a “Mandatory Model” is neither the only nor the optimal solution. The key priorities should be strengthening the support system for the external labor market and effectively implementing anti-monopoly measures. If labor relations or “quasi-labor relations” are promoted in platform employment, the inherent subordination within such relationships could strengthen platforms’ control over workers. It might even legitimize platforms’ restrictions on workers taking orders from other platforms or enforcing exclusivity arrangements, thereby fostering platform monopolization. This would ultimately harm workers’ interests.

Keywords: Harmonious labor relations; Employment in new business forms; Optional model; External labor market; Support system

[责任编辑:王玲强]