

# 特殊劳动权的保护： 基于不完全劳动关系视域\*

侯海军 曾华林

(南京师范大学法学院, 江苏 南京 210046)

**[摘要]** 劳动权是劳动者因劳动而产生的各项权利。我国现行劳动法体系中, 作为劳动关系主体的劳动者享有平等就业权、劳动报酬权、休息休假权和劳动安全卫生保护权等权利, 而作为非标准劳动关系中的新业态劳动者也应当享有特殊劳动权。在大数据和人工智能技术的推动下, 新型平台用工迅速发展, 给传统劳动用工模式带来深刻变革, 平台用工从属性特性的弱化对新业态劳动者劳动关系的界定及劳动者权益保障带来冲击和影响。当前多数新就业形态从业人员难以纳入劳动关系, 使得平台从业人员的劳动权益保障不充分。特别是劳动基准保护、职业伤害保障以及集体协商权益等方面问题尤为明显, 这对于和谐用工关系的构建造成了不利影响。《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》中“不完全劳动关系”提出, 是中国劳动法律制度的一次重要创新与贡献。目前“不完全劳动关系”尚处于理论探索阶段并未形成制度体系, 需要对平台用工进行类型化和具体化, 以防止不完全劳动关系过度泛化。在新业态从业人员劳动者权益保障政策指引下, 应当强化对不完全劳动关系中劳动者的劳动基准保护, 创新建立专属的职业伤害保障法律制度, 并积极推进新业态劳动者建立行业工会, 依法行使集体协商权。

**[关键词]** 平台经济 劳动权 不完全劳动关系 法律保障

**[中图分类号]** D924 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 2096-983X(2024)04-0079-11

互联网信息时代的背景下, 平台用工等新型就业形态应运而生, 创造了大量的新职业、新岗位, 催生了一批批依托互联网提供服务的新业态劳动者, 外卖、快递、物流、网约车等行业的从业人员规模不断扩大, 逐渐成为我国劳动者的重要组成部分。根据国家信息中心推出的《中国共享经济发展年度报告》, 我国互联网平台2019年和2020年共享经济参与者中提供服务者人数分别约为7800万人和8400万人。<sup>[1]</sup>此外,

2021年国民经济运行情况显示, 我国新产业新业态新模式持续较快发展, 目前我国灵活就业人员已经达到了2亿人左右,<sup>[2]</sup>为共享经济的发展注入了强大的动力。然而, 灵活的用工方式也使得新业态劳动者的法律关系性质难以明确界定, 这一群体的劳动权益保障问题越发凸显, 成为社会关注的热点话题。因此, 有必要研究如何加强对平台从业人员这类新业态群体的劳动权益保障问题。

收稿日期: 2023-10-06; 修回日期: 2023-12-28

\*基金项目: 2022年江苏省社会科学基金项目“互联网平台用工关系分类调整研究”(22FXB003)

作者简介: 侯海军, 法学博士、副教授, 中国法治现代化研究院研究员, 主要从事劳动与社会保障法研究; 曾华林, 硕士研究生, 主要从事劳动法研究。

## 一、劳动权与特殊劳动权

劳动权作为劳动法学的核心范畴,在我国劳动法学界的关注和研究由来已久,早在1987年,学界就开始了对劳动权的性质、劳动权的概念以及劳动权的内涵等相关研究。但迄今为止,学界对于劳动权的确切定义,仍然没有达成一致认同的观点。

### (一) 有关劳动权的讨论

“劳动的权利”与“劳动权利”的区分。立法上,关于劳动权的规定见之于我国宪法和劳动法,《中华人民共和国劳动法》(以下简称《劳动法》)第3条规定了“劳动者享有平等就业和选择职业的权利、取得劳动报酬的权利……以及法律规定的其他劳动权利”。《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第42条明确了中华人民共和国公民有劳动的权利和义务。可以看到,这两部法律在表述上并没有直接定义为劳动权,劳动法采用的是“劳动权利”这一概念,而宪法上使用“劳动的权利”。就权利主体而言,“公民”和“劳动者”是两个不同的法学范畴,具有不同的意义和内涵。<sup>[3]</sup>我国宪法规定,劳动权主体为中国公民,不受年龄、辨识能力限制,与劳动法律关系无关。公民有权要求国家加强劳动权保护,促进就业、保障公平,创造必要条件以获得就业机会。这体现了劳动权作为公民积极性权利的独特地位。而劳动法上劳动权的主体是劳动关系中的劳动者,义务主体是用人单位。劳动法适用于建立劳动关系的劳动者,且劳动者须以工资收入为主要生活来源。劳动法规定劳动权以劳动关系为前提,采用“全有”或“全无”调整模式,非劳动关系由民事或其他法律规范调整。

劳动权的特征。学界对劳动权的概念作广义、狭义和中义三种理解。广义劳动权泛指公民或劳动者所享有的,一切因劳动而产生的或与劳动有关的各项权利,包括个别劳动权和集体劳动权、宪法上的劳动权和劳动法上的劳动权、实体劳动权和程序劳动权等。<sup>[4]</sup>狭义劳动权

立足于宪法维度,把劳动权等同于就业权,或者说工作权,指劳动者享有的获得就业的权利。<sup>[5]</sup>也有学者认为“劳动权还可以有范围不同的中义的理解,中义的劳动权是指公民或劳动者团体所享有的,一切因劳动而产生的或与劳动有关的由劳动法所规定的权利”<sup>[6]</sup>。相较而言,广义劳动权的观点是我国劳动法学的通说。具体来说,劳动权有以下几个特征:第一,劳动权是法定权利,劳动者的劳动权由法律规定。劳动法保障劳动者权益,包括平等就业、选择职业、获取报酬等。宪法规定的劳动权是公民基本权利,旨在保障劳动者就业和生存发展。劳动法与宪法共同维护劳动者权益。第二,劳动权是一组权利束,是综合性权利。劳动权是劳动者享有的与劳动有关的综合性权利。劳动权包括个别劳动权和集体劳动权,劳动关系中的劳动权和与劳动关系密切联系的社会关系中的劳动权,可以依据不同的标准进行分类。劳动权不仅包含人身权、财产权,同时还包含政治权利、文化权利。第三,劳动权是因劳动而产生的或与劳动有关的权利。劳动法上的劳动权是因劳动而产生的或与劳动有关的、由劳动法以及相关法律规定和保障的权利。除了劳动法界定的劳动权益,劳动者亦享有作为公民的基本政治参与、经济利益、文化权益、人身自由及财产权等广泛权利。

劳动权的性质。关于劳动权的性质,学界的通说观点认为劳动权是社会权;有学者认为劳动权是一种自由权。<sup>[7]</sup>也有学者持劳动权的性质是受益权的观点。<sup>[8]</sup>还有学者认为劳动权是生存权和发展权、受益权和自由权属性兼具的权利类型。<sup>[9]</sup>我们认为,劳动权的性质是社会权。首先,从立法理念来看,国家通过立法对社会中的弱势群体进行倾斜性保护,保障弱势群体的劳动和生活的基本权利,是为了谋求全体人民的实质平等,体现的是社会本位的思想。其次,从权利内容来看,市场经济下,失业源于市场供求和结构性经济原因。国家和社会需积极促进经济发展,增加就业岗位,实现充分就

业,并完善社会保障,为失业者提供再就业支持。最后,从历史实践来看,劳动权发展从个体权利本位转向社会公共利益本位,社会法理念应成为考察劳动权概念的重要理论背景。<sup>[10]</sup>

## (二)有关劳动关系中劳动权与非劳动关系中劳动权的区分

以劳动者与用人单位双方是否存在劳动关系作为劳动权的划分标准,可以将劳动权划分为劳动关系中的劳动权和非劳动关系中的劳动权。前者的权利主体与用人单位具有从属性关系且确立了劳动关系,享有劳动法律规定的一系列劳动权利;后者即本文中的特殊劳动权,其权利主体由于不符合或者不完全符合现行劳动关系认定的情形,与用人单位之间不存在劳动关系,亦享有特殊劳动权,其权利内容涵盖与劳动就业相关的各项权利。

### 1. 劳动关系中的劳动权

这些标准劳动关系下的劳动权的主体指的是与用人单位缔结劳动合同且存在劳动关系的劳动者。传统劳动关系中的劳动者在人格、组织、经济上处于从属性地位,受用人单位内部规章制度的约束以及用人单位意志的控制和支配,劳动者基于从属性享有要求用人单位提供就业保障的权利。劳动者报酬权指的是劳动者劳动后应得到相应报酬,主要形式为工资、奖金和津贴。劳动报酬是家庭生活的重要来源,劳动者可与雇主协商工资水平。劳动法要求男女同工同酬,且受最低工资标准保护。劳动者有权要求雇主按时足额支付工资,禁止拖欠或无故克扣,并享有工资的支配权。休息休假权保障劳动者合理休息,恢复劳动力。用人单位不得强制加班、延长工作时间不支付加班工资,休息日加班须调休或支付报酬。职业安全权保障劳动者获得劳动卫生保护,用人单位需执行国家劳动安全卫生标准,提供安全工作环境,特别保护女性职工和未成年工,确保生命安全和身体健康,避免职业伤害,并规定特殊权利、待遇及禁忌情形。社会保障权保障劳动者在疾病、年老、失业、生育、工伤时获得经济帮助。劳动者有权

要求单位依法缴纳社会保险费,并享受相应待遇。若单位不办理社会保险,劳动者可向有关机构反映,维护自身权益。

### 2. 非劳动关系中的劳动权:特殊劳动权

劳动权具有广义上的概念,其权利主体不仅仅指劳动关系中的劳动者。劳动权作为劳动者的基本权利,非劳动关系中的劳动者也具有获得就业机会和享受劳动保障的权利。劳动关系外的劳动权,简称劳动就业权,是劳动权最基本、最重要的方面。从逻辑结构上来看,劳动就业权是公民最重要、最基本的生存权利,是公民生存和发展的重要基础。<sup>[11]</sup>当前,互联网信息技术的蓬勃发展催生了“平台+个人”的新就业模式。新业态、新模式的涌现创造了大量新就业机会,平台从业人员规模大幅度增长。灵活弹性的就业形态使得大部分平台从业人员的法律性质处于非劳动关系中,陷入“劳而无保”的困境。这类群体的特殊劳动权保障问题是全社会关注最广泛、争议最大的崭新课题。本文着重探讨非标准劳动关系中的特殊劳动权的保护问题。

## 二、特殊劳动权的法律保障现状

### (一)难以纳入现有劳动关系体系

我国现行《劳动法》尚未对劳动关系的具体定义和认定标准做出详细规定。仅在2005年,原劳动和社会保障部(现为人力资源和社会保障部)发布了《关于确定劳动关系有关事项的通知》。该通知明确指出,即使用人单位与劳动者之间未签订书面的劳动合同,只要满足以下条件,依然可以认定劳动关系的成立:一是用人单位与劳动者双方均须符合法律法规所规定的主体资格;二是用人单位依法制定的劳动规章制度应适用于劳动者,劳动者应接受用人单位的劳动管理,并从事由用人单位安排的有偿劳动;三是劳动者提供的劳动应构成用人单位业务活动的重要组成部分等条件。理论上认为,劳动关系是一种稳定且带有人身依附性

质的法律关系,其本质属性在于劳动者与用人单位之间存在从属关系,从属性是认定劳动关系的基准。并且劳动关系的认定须符合三个标准:经济从属性、组织从属性、人格从属性。经济从属性意味着劳动者是为用人单位而工作,劳动者提供劳务的目的是帮用人单位创造利润,劳动者在经济上不具有独立性;组织从属性指的是劳动者的劳动是用人单位经营业务的组成部分;人格从属性要求劳动者服从于用人单位的各项规章制度和劳动纪律,接受用人单位的监督管理。而在灵活多样的新型就业形态中,劳动者与平台企业之间往往呈现出“从属性”和“独立性”复杂交织的状态,这在一定程度上弱化了经济从属性、组织从属性和人格从属性。

学界对平台从业人员双方之间用工关系存在较大分歧,尚未形成统一的意见:1)肯定平台从业人员与平台企业之间存在劳动关系。有观点认为我们不能仅因为劳动者能够向多个雇主提供技能就断定劳动关系发生了根本改变。即便劳动者与多个雇主建立了关系,这种关系本质上仍然是管理与被管理、指挥与服从的传统劳动关系模式。<sup>[121]</sup>新型经济形态下,平台企业与其从业人员之间的用工关系没有脱离传统劳动关系的框架。<sup>[122]</sup>2)否定新业态劳动者与平台企业之间存在劳动关系。以网约车平台与司机为例,有观点认为双方之间不存在劳动关系而是劳务关系,认定为劳务关系更符合当下经济、社会发展趋势,也符合我国法律对劳务关系的认定标准。<sup>[123]</sup>或者说双方存在经营合作关系,这种关系应被视为一种共同经营、共担风险、共享收益的合作模式。<sup>[124]</sup>3)平台就业者与企业之间的法律关系按照现行法确实难以定性,须依据实际情况予以认定。有观点认为传统劳动关系的判定理论具备高度的弹性和适应性,足以容纳当前网络平台用工关系的多样性。我们应当基于现有的劳动关系理论和判定规则,通过改进方法,对个案进行精细化处理。<sup>[125]</sup>此外,还有学者认为应该将“网约工”的劳动关系分为

三种类型:第一类是传统的非典型劳动关系,第二类是完全独立的劳动关系,第三类则是介于两者之间的准从属性独立劳动关系。<sup>[126]</sup>

新业态劳动者与平台企业之间是否存在劳动关系,也一直是司法实务上讨论的热点,至今未形成统一的裁判标准和理念。争议的实质在于劳动法的适用范围应否扩展至类似网约车司机、外卖配送员以及快递员等新就业形态劳动者。

江苏省苏州市法院系统对平台从业关系的裁判实务中就有三种类型:一是认定双方建立劳动关系;二是认定双方存在雇佣关系;三是不明确双方属于何种用工关系,转而判定新业态劳动者行为性质是否属于执行工作任务,若属于则适用用人单位替代责任,判决由平台企业承担侵权责任。<sup>[127]</sup>而就其中一类平台从业人员网络主播与平台企业是否存在劳动关系,各地法院裁判结果也不一致。四川省成都市中级人民法院发布2021年劳动争议十大典型案例“郭某与某艺人公司劳动争议案”中成都中院审理认为“双方未形成从属性劳动特征,不构成劳动关系”。<sup>[128]</sup>然而,广东省高级人民法院发布劳动争议十大典型案例“某传媒公司诉李某劳动争议案”中,深圳市中级人民法院认为“双方实际履行的内容符合劳动关系的法律特征,于是依法认定网络主播的劳动关系主体地位”。<sup>[129]</sup>司法实践中存在同案不同判的现象。

## (二)特殊劳动权益法律保障缺失

### 1. 平台从业人员缺乏劳动基准保护

平台从业人员休息休假权利难以保证。从电商物流与快递业从业人员、网约车司机以及全职外卖配送员的工作强度偏高的工作状况中,可以看出:平台从业人员工作与生活界限模糊,工作嵌入生活的问题突出,平台从业人员工作时间长,休息休假比较少,对他们来说工作中的短暂休息即是这类群体的休息时间,普遍存在缺乏合理且必要的休息休假时间的问题。人民智库推出的《灵活就业群体生活状态调查报告(2022)》调查数据显示,八成以上的灵活就业人员认为自身工作生活界限模糊。<sup>[130]</sup>平台从

业人员工作与生活界限模糊，工作嵌入生活的问题突出，休息休假比较少，普遍存在缺乏合理且必要的休息休假时间的问题。

平台从业人员工作强度普遍较高，加班现象突出。平台用工模式下，平台企业并没有对其从业人员的工作时间作出刚性要求，平台企业对新就业形态劳动者的管理也相对松散，劳动者的工作时间相对自由。目前我国标准工时制度为职工每日工作8小时，每周工作40小时。但是，《中国灵活用工发展报告（2022）》数据表明，平台从业人员的周平均工时为54.43小时，甚至比非平台从业人员的周平均工时都要长。<sup>[22]</sup>这说明平台从业人员实际上工作强度非常大，甚至存在着部分超时工作的情况，当然这也与平台从业人员超时工作部分与平台对计件单价的设置和对多劳多得的鼓励有关。

## 2. 职业伤害保障普遍缺失

平台从业人员职业伤害风险较高。新就业形态劳动者的工伤保险缺位致使部分新就业形态劳动者仍处于多风险情境下的“裸奔”<sup>[23]</sup>。特别是对于交通出行、外卖、快递即时配送行业来说，特殊的就业方式伴随着高发的职业伤害风险。比如，外卖骑手常边骑行边打电话，导致超速、闯红灯等违规行为。尤其是极端天气下，订单需求增多，骑手交通事故频发，重伤死亡现象更是屡见不鲜。据南京市交通管理局提供的资料显示，外卖快递骑手是违法率和事故率的“佼佼者”，2020年南京交警共查处快递、外卖骑手交通违法1.96万起。<sup>[24]</sup>

平台从业人员难以纳入工伤保险体系。从平台从业人员的社会保险参保情况来看，多数互联网平台都否认自己与其从业人员之间存在劳动关系，不与平台从业人员签订劳动合同以及不为这类群体缴纳社会保险费用已成为当前平台用工中的普遍现象。根据我国现行《社会保险法》，新业态从业者可个人参加养老和医疗保险，但工伤保险仅限于与平台建立劳动关系的职工。当前，工伤保险主要面向传统劳动者，新业态从业者多属非劳动关系，纳入现有体系

存在制度障碍。尽管有部分平台企业为其从业人员购买了意外伤害险等商业保险来防范职业风险，但商业保险是自愿投保，存在缴费水平高、保额低、理赔程序繁琐以及赔付门槛较高的问题，其保障力度与工伤保险待遇相去甚远。此外，我国现行的《工伤保险条例》不仅将工伤保险与劳动关系进行捆绑，即一般情况下，劳动者在工作期间，因工作原因在工作场所范围内遭受伤害才能被认定为工伤，享受工伤保险的相关待遇。然而新业态从业人员的工作形式灵活、弹性，其工作和生活没有明确的界限，往往交织在一起，一旦遭受职业伤害，难以区分工作时间和工作原因进而认定为工伤。因此，新业态劳动者不仅参加工伤保险的比例低，且工伤认定也存在较大障碍。

## 3. 集体协商权难以共同行使

以快递员、网络送餐员为代表的新就业形态劳动者大多无固定工作场所，工作形式灵活弹性大，人数众多且分散，利益诉求更具多元化，这就使得将这类人员组织起来与互联网平台进行集体协商存在相当程度的困难。在互联网平台行业劳动者与平台企业发生劳动争议时，通常是由这类弱势群体中的争议方个体进行维权，缺少集体维权服务，维权力量相对弱小。另外，平台企业掌握和控制相关数字技术与数据资源等，平台工人难以参与其中，平台企业借助这种技术优势在合同条件上拥有更强势的话语权。<sup>[25]</sup>新业态下，互联网平台企业单方面规定劳动者权益，缺乏集体谈判和民主讨论。多数从业者对工会权和集体谈判权陌生，导致集体劳动权益大多虚置。此外，制度化的沟通协商机制是平台从业者表达诉求的最佳途径，但遇劳动争议时，他们常避免直接提出诉求，转向非正式渠道，较少选择法律途径解决纠纷。

综上所述，在现有劳动关系“二分法”的框架下，将这一部分从属性较弱的平台用工关系纳入劳动关系中调整，尚存在制度困境。非标准劳动关系下平台从业人员无法参与工伤保险，且由于工作特质，他们面临着较大的职业伤害

风险。非劳动关系中的劳动者处于弱势地位，欠缺一定的劳动话语权，法律有必要为其特殊劳动权进行保护。

### 三、基于“不完全劳动关系”分层配置特殊劳动权

2021年7月16日，人力资源和社会保障部等八部门联合出台《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《指导意见》），明确“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”。这就明确指出了平台用工关系存在劳动关系、民事关系、“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关系”三种情形。《指导意见》首次在制度层面上提出了“不完全符合确立劳动关系情形”的概念，正式引入第三种劳动用工形态，学界大多称这类新型劳动关系为“不完全劳动关系”或者“第三类劳动者”。《指导意见》规定的不完全符合确立劳动关系的情形在劳动关系与平等民事主体法律关系之间创设性地开辟了一条中间地带，照顾到了现实中不同类型的平台用工关系。由于劳动法的初衷在于为具有从属性的雇员提供保护，因此，对于不完全具备从属性的主体，以及虽具备从属性但从属程度不同的雇员自然有必要加以区别对待。<sup>[26]</sup>对于目前不完全具备劳动关系从属性要件的，不能别除在劳动关系之外。基于互联网平台用工的多样性和复杂性，对互联网平台用工法律关系分类调整是保障平台用工下劳动者特殊劳动权的路径选择。<sup>[27]</sup>

#### （一）不完全劳动关系的适用

《指导意见》的劳动关系“三分法”还停留在概念层面。在类型化调整的逻辑框架下，如

何完善并细化劳动关系的认定标准，进而区分劳动关系、民事关系和不完全劳动关系，成为解决这类群体的迫切需求，保障新业态劳动者特殊劳动权的关键。

#### 1. 不完全劳动关系的适用情形

一是人格、组织从属性弱，不完全符合劳动关系的认定标准。第一，从经济从属性上来看，大多数新就业形态的劳动者的劳动收入主要来源于平台企业，该笔收入作为平台从业人员及其家庭成员的主要生活来源，也从从业人员对平台企业具有较强的经济从属性。义联调研报告称近九成的外卖配送员认为当前所从事的外卖配送工作是其唯一的收入来源。<sup>[28]</sup>第二，从人格从属性上来看，在用工管理上，平台企业对不完全劳动关系下劳动者的管理与传统劳动关系下的劳动者的用工管理需加以区分。平台对其从业人员的管理、控制力度较弱，平台通过网络向从业人员提供用户需求信息、提供服务流程、服务费用等相关信息。平台从业者的工作时间较为弹性、灵活，工作场所不固定，平台从业人员可以自主选择是否提供服务，自主安排提供服务的工作时间和工作场所。平台对新业态劳动者只是通过互联网进行间接控制，劳动者对平台缺乏足够的人身依附性。标准劳动关系下，用人单位对劳动者实行安排、组织、指示、监督等较为紧密、严格的用工管理，劳动者不具有独立性，必须服从于用人单位制定的各项规章制度和劳动纪律。第三，从组织从属性上来看，传统劳动关系与劳动者是一一对一的用工模式，用人单位对劳动者的工作时间有明确的规定。新业态劳动者在这方面明显不同：其一，新业态从业人员可以同时等多家互联网平台注册，为多个平台企业提供服务；其二，劳动者的工作任务大多由平台从业人员自己提供劳动工具并且独立完成，平台企业往往只负责应用软件的开发运营、数据信息的整合推送，并不直接经营实体业务，从业人员提供的服务与平台的业务范畴差距较大。新业态从业人员对平台企业的组织从属性较弱。因此，新

就业形态劳动者的经济从属性强且具有一定程度上的人格从属性、组织从属性，只不过是人格从属性、组织从属性相比于传统劳动关系中的劳动者来说比较弱。从业人员虽然与平台企业虽然具备劳动关系认定的部分特征，但是不具备标准劳动关系的全部条件，即《指导意见》所言不完全符合劳动关系认定的全部情形。

二是平台企业对从业者实行“算法”控制。平台用工模式下，劳动者享有较大的自主决定权，但这并不影响平台通过算法管理、控制和监督其从业人员的劳动过程，对劳动者进行劳动控制和用工管理。平台利用网络和信息技术，将劳动过程管理融入数字化的劳动流程标准、量化的服务绩效评估和质量监控指标，实现劳动过程的高效监管，使传统难以监控的环节变得透明可控。<sup>[29]</sup>尤其是，当前，新一轮的人工智能技术正在迅速变革，生成式人工智能（Generative AI）作为科技革命与产业变革的先导技术，其卓越的大模型训练与大算力优势，已成为当今数字时代创新发展的核心动力，为平台企业开辟了更广阔的盈利空间。平台企业通常控制着交易规则，通过更加严苛的算法设定来尽可能地提高用工效率、压缩劳动者的权益以追求更高利润，使得新业态从业人员承受着日益深重的算法剥削。第一，制定算法规则。平台通过算法技术收集、分析、处理各类数据，在企业利益最大化的驱使下，设置最有利和最高效的算法规则，平台从业人员在提供服务过程中必须执行，没有任何协商的空间或拒绝的自由。第二，发布工作任务。新业态从业者虽可自主选择服务，但一旦接单，劳动全程受算法支配和监控，需遵循算法规则完成任务以获报酬。平台能实时分配订单、在线指导，并全链条追踪记录劳动过程，精确测量劳动结果，实现“个性化定制”与有序管理。<sup>[30]</sup>第三，执行考核标准。平台利用算法规定从业人员的工作、评价和奖惩机制。如外卖平台通过算法安排骑手的订单、报酬、时间等，骑手需按时送达，否则将受罚。超时频繁或时间长者，将面临更严厉的

处罚，如罚款、下线、封禁账号等。尽管，新就业形态中，平台对劳动者的控制与劳动者所享有的时间、地点选择权并存，但这种自由实则掩盖了新业态用工的潜在问题。平台与其从业人员之间的权力失衡问题显著，且在现代技术的冲击下，新就业形态下的劳动者处境更为严峻，其地位愈发被动。<sup>[31]</sup>新业态下，平台对劳动者的管理强度未减，而是通过算法技术进行间接、精细、隐蔽和严苛的控制。因此，不应被表象所蒙蔽，需认清平台用工背后企业通过算法规则对劳动者进行的更深层次管理。

## 2. 细化不完全劳动关系的认定标准

一是遵循事实优先原则。平台用工方式灵活多样，用工主体多元化。在实践中，平台会与其从业人员签订各种形式的劳务合同、雇佣合同、服务协议、承揽合同、合作协议等非劳动合同，在合同中明确规定与劳动者双方之间不存在任何劳动关系。甚至引导劳动者注册成为个体工商户，以此为由主张双方不存在任何劳动关系。这都使得平台从业人员与平台的法律关系更加错综复杂，以致2022年10月国务院明令禁止企业强迫新业态劳动者注册个体工商户。虽然平台用工下不能忽视对双方主体之间签订的协议进行审查，但平台企业在实际用工中，会对劳动者进行算法技术上的严格控制和管理，却以形形色色的合同掩盖真实用工关系。此时，应当以劳动关系的从属性理论为基础，要遵循事实优先的原则，对劳动从属性的强度进行实质性审查，而不能仅仅通过“外观主义”，简单机械地以双方签订的合同名称和协议内容作为判断和认定劳动关系是否存在的依据。

二是优化“从属性”认定标准。从属性是一个综合性的概念，认定新业态劳动者与平台企业双方之间是否存在劳动关系。数字经济日新月异，平台用工形态越来越灵活、复杂和多变。在实践中，对新业态劳动者身份的认定应立足于劳动关系从属性的基本内涵，针对新型用工关系的判定采用多重标准，根据个案用工形态和劳动方式的差异综合考虑其受平台企业控制

的程度,组织上、业务上的归属,薪酬的支付方式以及提供服务的持续时间等多重因素,具体而言:第一,人格从属性方面:1)劳动者是否要严格遵守平台企业的工作手册、劳动纪律、奖惩办法等规章制度;2)劳动者的劳动过程是否受平台企业设定的算法规则所管理和控制,即平台通过设定算法对其劳动者的劳动条件、劳动方式、考勤记录、劳动收入、服务费结算、服务质量、任务完成标准、完成时间以及进出平台等进行单方面决定和限制。例如,饿了么和美团对骑手进行外形管理,约束骑手必须配备能够体现平台企业标识的工作制服、外卖配送箱等;3)劳动者能否自行安排工作时间和工作任务,是否必须按照平台的标准和指令等。第二,经济从属性方面:1)平台企业是否属于单方定价,是否排除劳动者对服务价格进行协商;2)从提供服务的工作时长上来看,新业态劳动者是否提供持续性服务,其工作时长是否较长,提供服务的行为是否具有稳定性收入;3)从收入占比上来看,劳动者通过平台获得的劳动报酬是否主要或者全部来源于平台企业。第三,组织从属性方面:1)劳动者是否被纳入平台企业的组织体系当中,并以平台名义对外提供服务;2)是否限制劳动者注册多家平台企业并为多平台提供服务。

总之,灵活多样的互联网平台用工模式与传统用工模式有着显著区别,应当注重事实优先原则,不拘泥于主体间合同的外观形式,加强对个案事实的实质性分析。根据当前劳动关系从属性的概念和内涵,细化人格从属性、组织从属性和经济从属性的认定情形,综合审查各要素认定劳动关系从属性是否存在以及判断从属性存在的强弱程度。

## (二) 赋予必要劳动基准保护

鉴于“网约工”岗位及其所在行业的特殊性,劳动工时和劳动定额基准的适用性需遵循特定规则。因此,在劳动基准立法中应针对这些特殊性,对具体基准的适用范围进行差异化、灵活性的规定。<sup>[17]</sup>特殊劳动者也享有基

本保障。针对平台用工和新业态特点,应参照标准劳动基准法明确新业态劳动者权益,如最低工资、最高工时。短期内建立负面清单制度,保障劳动者安全健康。为未来“基本劳动标准法”积累经验,设定“基准性”劳动标准。<sup>[30]</sup>

### 1. 建立最低工资保障制度

明确将新就业形态不完全劳动关系中的劳动者纳入最低工资保障范围,比照现有法律制度对工资的相关规定,督促企业合理确定薪酬标准,利用算法技术科学确定最低工资。新业态劳动者按照协议提供劳动并依据算法规则完成劳动后,企业应向其及时足额支付劳动报酬,不得随意罚款、拖欠收入以及无故克扣劳动报酬。且该笔劳动报酬不得突破最低工资的红线,即平台支付的劳动报酬不得低于当地最低工资标准。

### 2. 合理确定工作时长和工作量

在平台用工薪酬支付方式以及算法激励机制下,劳动者往往放弃休息时间或者说不得自行延长工作时间以获得更高的劳动收入。因此,针对新业态劳动者工作强度普遍较大,缺少必要休息休假时间。应当推动行业和企业根据国家法定工时制度,合理安排新就业形态劳动者劳动定额标准。可以考虑采用“工作疲劳度”标准,结合体力消耗数据来设定网约工的合理工时。通过利用可穿戴设备或大数据分析,可以精确评估网约工的工作负担,当达到工作时限或身体疲劳临界点时,适时停止任务分配,并合理安排休息时间,确保工时制度的有效执行。<sup>[32]</sup>

## (三) 构建专属性职业伤害保障制度

专属职业伤害保险制度指不完全劳动关系中的劳动者在提供服务过程中因工作原因发生意外事故时,对劳动者本人及其近亲属提供相应物质帮助的一项制度。该制度与我国现行工伤保险法律制度并驾齐驱,为不同类型的劳动者提供职业伤害保障。具体设计如下:

### 1. 适当放宽职业伤害认定范围

在平台用工关系职业伤害的认定上,无法

严格遵从“三工标准”进行认定,而是以工作时间、工作原因为关键要素,工作场所不做强制性规定。具体而言,工作场所方面,平台从业人员有较大的自主决定权,工作场所一般不固定,因此不应做过多的限制,否则会缩小工伤认定范围;工作时间方面,以平台上系统的数据记录为依据;工作原因方面,明确劳动者是由于提供劳务而遭受的职业伤害,非工作原因则排除在外。

### 2. 简化职业伤害保险赔偿程序

劳动者想要获得工伤保险的赔偿,需要经过一道道程序,劳动者在其提供劳务过程中遭受伤害后,必须提交职业伤害认定申请,以及完成后续的各种审批流程。由于新业态从业人员流动性大,可以凭借互联网,进行网上申请,在线提交相关材料。此外,平台企业缺乏现场控制,难以及时知晓事故的发生,也很难现场调查并取证,应由从业者承担主要的举证和申报责任,并应简化申报的材料要求。只要平台从业者提出事故发生以及时间的证明材料即可,同时平台有义务提交系统留痕数据以供审查。<sup>[33]</sup>

### 3. 建立职业伤害保险费缴纳责任分担机制

职业伤害险的责任主体为“政府—平台企业—新业态劳动者”三方。首先,职业伤害保险既然是一项社会保险,理应由政府主导,作为职业伤害险的一方缴纳主体,建立职业伤害保险基金;其次,平台企业也应当承担一定的社会责任。平台作为经济的受益方,须承担起用人单位的责任。平台企业作为职业伤害保险的缴纳主体是其本应承担的社会责任,有利于遏制平台利用法律漏洞,规范平台用工,促使平台企业为其从业人员提供更安全的工作条件。最后,平台从业人员本身具有相对的独立性,在提供劳务过程中拥有一定的自主选择权,与企业的从属性关系比较弱。故而,应突破现行工伤保险机制,允许新业态从业者选择平台并由政府统筹一账号,各平台代扣代缴保险金入该账号,以保障从业者权益。<sup>[34]</sup>

### 4. 差别化职业伤害保险待遇

根据保险法相关规定,职工在确认工伤

后,可以享受涵盖停工留薪期间的工资、医疗费用、伙食补助费、生活护理费、器具费、伤残津贴、丧葬费、抚恤金以及一次性工亡补助金等工伤保险待遇。对于新业态从业人员而言,其职业伤害的保障范围在现行工伤保险保障范围之内进行降低。除了一次性伤亡需要保持基本相同的补偿水平外,其他保障项目的范围和待遇水平应明确限定在“保基本”范围内,基本保障可以涵盖意外死亡和残疾赔偿、一定限额的部分医疗费报销、较低标准的误工补贴、低额的医疗期内津贴、意外死亡的安葬津贴等。<sup>[35]</sup>

## (四) 保障不完全劳动关系者集体协商权的行使

### 1. 探索实行新就业形态劳动者多种入会方式

流动性大、分散性强是互联网平台行业劳动者的突出特点。工会组织应当根据新就业形态劳动者的人员分布、行业特点以及劳动关系实际情况,探索“互联网+工会”的组建方式以避免时空和距离造成的维权问题。鼓励各互联网平台行业的龙头平台引领建会,推动行业工会联合会带动建会,吸引分布较为密集的新业态劳动者加入区域性工会。

### 2. 创新互联网平台从业人员便捷入会渠道

新就业形态劳动者处于各行各业、用工方式灵活多样、工作作息时间不固定、工作任务碎片化的状态,如何在不影响其正常工作和生活的前提下提供行之有效的维权和服务,对这类群体入会工作的开展来说是一个新挑战。为了尽可能地把互联网平台行业劳动者组织到工会中,工会组织也需要与时俱进适应互联网平台行业用工关系的新特点,创新互联网平台行业劳动者入会形式,依托互联网技术创建数字化系统和服务平台推进平台从业人员入会。

### 3. 完善不完全劳动关系者参与平台企业民主管理制度

开展平等协商集体劳动权益工作,新业态背景下,工会组织应当充分发挥其劳动权益保护的职能作用,为互联网平台行业劳动者的合法权益积极发声。依托行业性、区域性工会联

合会建立以职工代表大会为法定形式的民主管理制度,通过协商谈判和民主参与落实该类灵活就业人员的集体劳动权益。具体而言,从互联网平台从业人员中选出协商代表,就劳动收入、抽成、保护、社保、培训、管理等事项与平台协商,签订集体合同。鼓励新就业形态劳动者参与平台规则制定,保障其话语权,制定更科学、公平的平台算法规则。同时,要求平台建立内部争议处理机制,畅通劳动者诉求渠道并反馈处理结果,保障其申诉权。

#### 四、结语

平台就业等新就业形态为当前劳动力市场增添了新的活力。灵活用工方式在吸纳就业、保障民生、促进经济社会发展过程中发挥着积极作用,新就业形态的发展方兴未艾。然而,就业形态的新型化也对劳动权益保障带来了新的挑战,新业态劳动者法律身份认定困难,难以纳入劳动关系调整,许多新业态劳动者被排除在传统劳动法保护范围之外,这对其特殊劳动权的保障无疑带来了巨大的难题。特殊劳动权是新业态群体的基本权利,保障这类群体的特殊劳动权是推动构建互联网平台和谐用工关系的重中之重。将平台从业人员按照从属性进行分类调整,明确不完全劳动关系的适用情形,进而将不完全符合劳动关系的平台从业者的用工关系定性为“不完全劳动关系”,进一步细化人格从属性、组织从属性和经济从属性三要素的认定标准。通过完善劳动基准保护,健全最低工资和支付保障制度,科学确定工作时长和工作强度;构建一套专门的职业伤害保险制度,扩大职业伤害险的适用对象,放宽职业伤害险的认定范围,简化该保险的赔偿程序,在现行工伤保险的框架下予以合理缩减职业伤害险的待遇;加强集体协商权,探索新业态劳动者的多种建会方式,创新平台从业人员入会的便捷渠道,建立参与民主管理的制度,增强该类群体的话语权等举措,对新业态劳动者关注的重点

领域参照传统劳动关系的标准进行适当区别化保护,切实保障新业态劳动者的特殊劳动权,推动平台经济向更高水平发展。

#### 参考文献:

- [1]国家信息中心.中国共享经济发展报告(2020),中国共享经济发展报告(2021)[R/OL].(2021-02-19)[2023-11-10].<http://www.sic.gov.cn/sic/93/552/557/list/indexp1.html>.
- [2]国家统计局.国家统计局局长就2021年国民经济运行情况答记者问[R/OL].(2022-01-17)[2023-11-10].<http://www.sic.gov.cn/sic/93/552/557/list/indexp1.html>.
- [3]王德志.论我国宪法劳动权的理论建构[J].中国法学,2014(3):72-90.
- [4]冯彦君.劳动权略论[J].社会科学战线,2003(1):167-175.
- [5]王全兴.劳动法:第1版[M].北京:法律出版社,1997:105.
- [6]林嘉.劳动法的原理、体系和问题:第1版[M].北京:法律出版社,2016:65-67.
- [7]陈学超,杨春福.劳动权性质论——自由主义视野下的初步探讨[J].法学研究,2004(3):64-69.
- [8]金福海,杨飞.宪法劳动权之重新解释[J].山西大学学报(哲学社会科学版),2002(3):94-97.
- [9]李炳安.劳动权性质论[J].湘潭大学学报(哲学社会科学版),2011(5):42-45.
- [10]许建宇.劳动权的界定[J].浙江社会科学,2005(2):59-65.
- [11]林嘉.劳动法的原理、体系和问题:第1版[M].北京:法律出版社,2016:74.
- [12]闻效仪.正确认识和把握共享经济对劳动关系的影响[J].工会博览,2018(10):22-23.
- [13]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[J].中国人民大学学报,2019(2):78-88.
- [14]彭倩文,曹大友.是劳动关系还是劳务关系——以滴滴出行为例解析中国情境下互联网网约车平台的雇佣关系[J].中国人力资源开发,2016(2):93-97.
- [15]蒋岩波,朱格锋.共享经济模式下网约车平台与司机法律关系的辨析与认定[J].河南财经政法大学学报,2019(5).
- [16]谢增毅.互联网平台用工劳动关系认定[J].中外法学,2018(6):1546-1569.
- [17]王全兴,王茜.我国“网约工”的劳动关系认定及权益保护[J].法学,2018(4):57-72.
- [18]江苏省苏州市中级人民法院课题组.关于新就业形态劳动用工法律关系界定的调研报告[J].人民司

法, 2022(7): 4-10.

[19]北大法宝. 四川省成都市中级人民法院发布2021年劳动争议十大典型案例之三: 郭某与某艺人公司劳动争议案——网络主播人员与艺人公司不具备从属性特征的, 不构成劳动关系[R/OL]. (2022-04-28) [2023-11-10]. <https://www.pkulaw.com/pfnl/95b2ca8d4055fcelb9571b9de5af791c3cf1537cf82a4513bdfb.html>.

[20]北大法宝. 广东省高级人民法院发布劳动争议十大典型案例之一: 某传媒公司诉李某劳动争议案——依法认定网络主播的劳动关系主体地位[R/OL]. (2022-04-28) [2023-11-10]. <https://www.pkulaw.com/pfnl/95b2ca8d4055fcelcf050cad68c527c7b9f1da45227b768bdfb.html>.

[21]贾晓芬, 刘哲, 邓楚韵. 灵活就业群体生活状态调查报告2022[J]. 国家治理, 2022(18): 60-64.

[22]杨伟国, 吴清军, 张建国等. 中国灵活用工发展报告(2022): 多元化用工效率、灵活性和合规[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2021: 117.

[23]韦杰. 不完全劳动关系视野下新就业形态劳动者权益保障研究[J]. 学术论坛, 2023(3): 124-132.

[24]南京市公安局. 去年外卖快递骑手交通违法行为降幅明显[R/OL]. (2021-02-10) [2023-11-10]. <http://gaj.nanjing.gov.cn/jtgl/202102/t202102102824167.html>.

[25]班小辉. 超越劳动关系: 平台经济下集体劳动权的扩张及路径[J]. 法学, 2020(8): 160-175.

[26]谢增毅. 我国劳动关系法律调整模式的转变[J].

中国社会科学, 2017(2): 123-143.

[27]侯海军. 互联网平台经济模式下用工关系多样性分析及分类调整[J]. 法治现代化研究, 2023(6): 100-114.

[28]北京致诚农民工法律援助与研究中心. 外卖平台用工模式法律研究报告[R/OL]. (2021-09) [2023-11-10]. <https://zgnmg.org/wp-content/uploads/2021/09/zhicheng-report-on-food-delivery-workers.pdf>.

[29]胡磊. 平台经济下劳动过程控制权和劳动从属性的演化与制度因应[J]. 经济纵横, 2020(2): 36-44.

[30]胡磊. “不完全”劳动关系的生成机理、运行特点与治理取向[J]. 经济纵横, 2022(10): 8-18.

[31]徐丽红. 不完全劳动关系的认定标准探究[J]. 社会法学研究, 2022(00): 232-244.

[32]郭毅玲, 马小茜. 第三类劳动者视角下网约工法律身份认定的困境及出路[J]. 天水师范学院学报, 2022(5): 113-121.

[33]汪发洋. 平台灵活就业人员职业伤害保障制度的构建[J]. 安徽农业大学学报(社会科学版), 2021(5): 112-118.

[34]袁朝辉. 新就业形态人员社会保险状况研究[J]. 中国劳动关系学院报, 2021(1): 83.

[35]朱小玉. 新业态从业人员职业伤害保障制度探讨——基于平台经济头部企业的研究[J]. 华中科技大学学报, 2021(2): 32-40.

【责任编辑 邱佛梅】

## Protection of Special Labor Rights: Based on the Perspective of Incomplete Labor Relations

HOU Haijun & ZENG Hualin

**Abstract:** In the current labor law system of China, the workers who are the subjects of labor relations enjoy various labor rights, and the workers who are the new types of non-standard labor relations also enjoy special labor rights. At present, most of the new employment forms are facing the problems of insufficient protection of labor standards, occupational injuries and collective bargaining rights and interests. Under the guidance of the policy of protecting the rights and interests of workers in new forms of business, it is necessary to strengthen the protection of the labor standards of workers in incomplete labor relations. Establishing an exclusive legal system of occupational injury protection is important. Furthermore, we should explore the construction of trade unions for workers in new forms of business, and then promote the construction of new harmonious employment relations on Internet platforms.

**Keywords:** platform economy; labor rights; incomplete labor relations; legal protection