

新就业形态中的劳动保障“法律短板”刍议

上海江三角律师事务所主任 陆敬波

“新就业形态”劳动保障究竟存在什么问题？成因是什么？如何解决？笔者谈四点看法。

一、新就业形态中的各种法律关系

“新就业形态”业已成为官方用语，但至目前尚无明确统一的定义，一般泛指所有基于新科技、新经济、新业态、新消费等产生的、不同于传统就业的各类就业形态。其内在的法律关系多种并存：(1)单位与个人之间的劳动关系，包括标准劳动关系、非全日制劳动关系以及现实中以各种非劳动关系之名行劳动关系之实的新形态就业；(2)单位与个人之间的民事关系，包括承包关系、承揽关系、代理关系、居间关系等；(3)单位与个人之间的“暧昧关系”，专指当前颇具争议的单位（实践中以平台居多）与个人之间兼具平等性和从属性而若即若离，既不宜归为劳动关系又不宜归为民事关系的特殊关系；(4)单位与单位之间的承包关系；(5)单位与单位之间的假外包关系，即假外包真派遣。

二、新就业形态“灵活多



样化”的路径

路径一：“劳动关系的灵活化”。比如共享用工、灵活工时、远程办公等，系在劳动关系不变的前提下，灵活化其中的某个或某些因素，如工作内容、工作地点、工作时间、劳动报酬等。

路径二：“去劳动关系化”。是指单位与个人之间通过建立劳动关系之外的其他法律关系来实现就业的灵活多样化，是新就业形态实现灵活多样化的主要路径。

三、新就业形态“弱从属、无保障”的失衡

新就业形态通过“去劳动关系化”，去除了劳动关系的“强从属、强保障”属性，代之以所谓的“无从属、无保障”而实现其高度灵活化，然而其真实的属性是“弱从属、无保障”。

从笔者调研情况看，存在以下比较突出的劳动保障问题：(1)劳动报酬方面：43.51%的新就业形态从业者认为“扣减收入或罚款”是与单位之间“最容易发生的争议点”；(2)工时休息方面：工作时间过长，休息不足，过劳情况普遍；(3)安全卫生方

面：最明显的例子就是快递或外卖小哥；(4)社会保险方面：尤其是工伤保险，新就业形态从业者特别需要；(5)权利救济方面：劳动仲裁和劳动监察是劳动法专具有劳动关系的劳动者开辟的特殊、便捷的权利救济渠道，新就业形态从业者大多与此无缘；(6)工会组织方面：由于在当前实践中新就业形态从业者的收入往往不被认定为工资，加之该群体分布散、流动大，工会组织不易覆盖，工会作用难以有效发挥。

四、新就业形态“弱从属、弱保障”的矫正

所谓“弱保障”，即最基础的劳动保障，分别对应前述六方面的劳动保障问题，只涉及“强保障”中的小部分项目和最基础内容。新就业形态中的劳动者，由于“去劳动关系化”，即便想要得到“弱保障”也因缺乏法律依据而难以实现，“法律短板”由此显现。

鉴于法律依据的填补需要通过立法完成，因此可以先予进行政策性或地方性试点（个别地方如浙江、成都、上海已有实践），再逐步将试点成功的经验上升为法律而将短板补齐。

立法的重点，笔者认为应聚焦于新就业形态的界定以及“弱从属、弱保障”这一新型法律关系的承认和相关权利义务内容的创设。关于立法模式的选择，则考虑到新就业形态的特殊性以及法律规制事项涉及多部法律，采用单独立法的模式，既有利于法律规范的完整性和体系化，又可通过新法优于旧法之规则，自动一次性对相关各法做出补充和修改，事半功倍。

后疫情期多元化用工趋势与发展探索分析

上海外服(集团)工会主席 归满蕾

为进一步研究疫情对外企劳动关系的影响，上海市总工会、上海外服在上海著名外企工会联合会平台上共同发布了《疫情防控期外企复工管理与劳动关系调研报告》。该报告显示，疫情推动了用工模式向更多元化的方向发展，劳动关系呈现灵活化的特点，给稳定劳动关系提出诸多挑战。

一、基于调研数据[1]的多元化雇佣现状分析

突如其来的疫情增加了人力成本，尝试新型用工模式成为企业优化人力资源配置的重要途径。

在多元化模式中，随疫情兴起的共享用工模式，获得了较多关注。共享用工是指受疫情影响难以复工的企业，将本单位员工转移至其他有用工需求的企业工作。从法律角度来看，这一模式下，员工和原用人单位的劳动关系不变，但工作地点和内容发生了变更。为了更好地保障员工合法权益，几方当事人之间可



以签订书面协议，进一步约定责任分配事项。人社部近期也专门出台了指导意见，要求充分保障企业用工和劳动者工作的自主权，尊重劳动者的意愿并保障共享用工期间的合法权益等。

可以看出，在共享用工模式下，依然要将劳动者权益放在用工调剂的首位，避免因协调、对接不利导致劳动者权益受损。

多元化用工模式灵活性较强，但管理难度和法律风

险也随之上升。很多企业虽然希望通过新型模式降低用工成本，但同时担心尚不成熟的用工模式管理困难且法律风险较高。如果未来进一步推出相关政策对多元化用工模式加以规范，会有更多企业愿意进行尝试。

二、多元化用工的发展趋势分析

(一) 疫情以及其他联动变化对于传统直雇模式形成冲击和突破

传统直雇模式在人力资

源市场上占据着主要地位，其他模式只起到辅助作用，存在于非传统行业或岗位。随着多元化模式的发展，直雇的优势地位可能会被突破，其他模式逐渐进入用人单位的选择范围，人力资源形态将会更多元化地参与到生产关系配置当中。

(二) 传统劳动法规对于新用工趋势的调整与覆盖有待进一步加强

现存的法律体系中，传统劳动法规则仅对直雇、劳动派遣等模式进行规制，

而对新型用工模式鲜少做出及时、有针对性的回应。对于市场上应运而生的新模式，劳动法规并未创新新的用工规则，而是借传统的借调关系对新生模式加以规范，可见其调整和覆盖能力有待进一步加强。

(三) 工会组织亟须探索新时期多元化用工模式下的员工保护边界

多元化用工的发展趋势对于工会保护劳动者利益的能力提出了更高水平的要求。随着平台用工、共享用工等灵活就业形式日渐得到重视，工会保护的边界也应进行新的探索，为适应变化趋势做出新的尝试，更好地发挥连接用人单位与灵活就业人员的桥梁作用。

【1】数据来源于由上海外服人力资源咨询公司主要参与、协助上海市总工会在年中发布的《疫情防控期外企复工管理与劳动关系调研报告》。

■本版整理 李嘉宝 李成溪
摄影 贡俊祺