

劳动形态多样化对劳动法的 冲击与劳动法的范式革新

林 嘉 朱俊龙*

内容提要：随着科技进步和生产方式变革，劳动世界从标准就业为主趋向劳动形态多样化的格局。标准就业是传统劳动法保护的起点，主要指具有从属性和持续性特征的全日制劳动合同用工。在劳动形态多样化趋势下，具有不稳定性、弱从属性和去中心化的非标准就业如雨后春笋般冒出，对传统劳动法形成了强力冲击，这一冲击表现为劳动法的适用困局、劳动者劳动权益受损及用工关系调整机制滞后等。为应对劳动形态多样化的挑战，劳动法亟须进行范式革新，这需要劳动法在方法论上综合运用逻辑演绎和实用主义的思维工具，在用工关系治理机制上强化劳动立法和劳动司法的协作，并注重国家干预和社会协商的配合，在治理目标上同步推进基本劳动权益保护和生产效率解放。

关键词：劳动形态多样化 非标准就业 范式革新 基本劳动权益

随着经济的快速增长和生产方式的日渐丰富，劳动世界从标准就业趋向多元劳动形态共存的格局，这对围绕标准就业而建的传统劳动法提出了挑战，促使劳动法改革创新以适应劳动形态多样化的新图景。20世纪80年代以来，全球化和数字化潮流的刺激进一步强化了这一趋势：非标准就业群体的规模迅速扩张，新劳动形态也如雨后春笋般涌现。立法者以标准就业为模版构建劳动法制度，而现实中的非全日制用工、劳务派遣、劳务外包、平台用工、共享用工等劳动形态不断侵蚀着标准就业的领域，已然成为劳动世界中不可忽视的力量。与此同时，标准就业的形态也在变革和发展，其内容及表现形式不断丰富。在多元劳动形态的冲击下，传统劳动法的制度供给与调整模式明显滞后。在变化的劳动世界中，我们需要反思劳动形态多样化使劳动法陷入了什么样的困境，以及劳动法应如何新陈代谢以因应劳动形态多样化的挑战。

* 林嘉，中国人民大学法学院教授、民商事法律科学研究中心研究员；朱俊龙，中国人民大学法学院博士研究生。
本文为国家社会科学基金重大项目“我国社会法的概念、原则、理论与实践”（18ZDA140）的阶段性研究成果。

一、从标准就业到劳动形态多样化

学界对“标准就业”和“劳动形态多样化”并无统一定义，在深入探讨劳动形态多样化的影响之前，需要阐明标准就业的内涵及其与劳动法的关联，并描述劳动形态多样化的现象及趋势。

（一）标准就业：劳动法保护的逻辑起点

本文所称标准就业是指全日制下具有从属性及持续性的劳动合同用工。虽然工业化时代前已出现调整奴隶、附庸及学徒等群体劳作行为的规范，但劳动法起源于工业化时代，是近现代的法律现象，与工厂制生产密切相关。^{〔1〕}在工厂制生产中，雇主使用泰勒制和福特制监管和控制劳动流程，采取标准化、流水线化及去技能化的作业方法，严格把控工人的劳动时间和休息时间，强调工人对工厂制度的服从。^{〔2〕}泰勒制和福特制的生产方式塑造了早期标准就业的形态，表现出全日制及从属性等特征。国际劳工组织于2016年发布的《世界非标准就业报告》指出，虽然各国并无针对标准就业的统一法律定义，但发达国家往往将全日制、无固定期限及从属性与标准就业绑定。^{〔3〕}国际劳工组织关于标准就业的定义具有合理性，但不完全符合我国的劳动法律体系，按照《中华人民共和国劳动法》（以下简称《劳动法》）和《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》）的规定，固定期限劳动合同和无固定期限劳动合同都属于标准用工形态，除了合同期限不同外，两者在劳动合同变更、解除、终止、经济补偿金、赔偿金等方面并无本质差异，因此，固定期限劳动合同在我国不视作非标准就业。从劳动法适用范围的角度上看，本文所称标准就业一般不包含政府及事业单位等公共部门内的公务员以及参照公务员管理的职工，故我国的标准就业是劳动合同用工，其从属性来源于合意而非行政隶属关系。

传统劳动法的保护与就业形态是否为“标准就业”挂钩。劳动法为劳动者提供倾斜保护的法理基础是标准就业中的从属性，劳动者对用人单位的从属性越强，表明劳动者在生活及经济来源上对用人单位的依附性越强，越容易受用人单位侵害，越为劳动法的积极介入提供正当性。^{〔4〕}因此，从属性在理论上是劳动者获得劳动法保护的钥匙，一旦没有从属性，劳动者便难以获得劳动法保护。例如，非全日制工在具有从属性时可获得劳动法的保护，但受保护力度远不及全日制工，非全日制工无法得到《劳动合同法》中的法定解雇和经济补偿金等劳动保护。劳动关系的持续性、长期性也会影响劳动法保护力度，在我国，无固定期限合同的订立、经济补偿金的计算及裁员时的留用优先级等皆与劳动关系持续时间相关。在英国，资格期制度甚至会限制短期雇员主张不公平解雇（unfair dismissal）的救济。^{〔5〕}故劳动法并非适用于所有用工关系，而是对应全日制、从属性及持续性的标准就业，就业形态与标准就业越偏离，便离劳动法的保护越遥远。

〔1〕 参见〔德〕雷蒙德·瓦尔特曼：《德国劳动法》，沈建峰译，法律出版社2014年版，第26-33页。

〔2〕 参见谢富胜：《当代资本主义劳动过程理论：三种代表性表述》，载《马克思主义与现实》2012年第5期。去技能化不代表工厂制生产无需高技能人才，相反，在工厂生产中往往会注重高技能熟练工的挑选。

〔3〕 See International Labour Office, *Non-standard Employment around the World: Understanding Challenges, Shaping Prospects*, ILO Working Paper, 2016.

〔4〕 参见朱军：《劳动关系认定的理论澄清与规范建构》，载《法学研究》2023年第6期。

〔5〕 See Hugh Collins, Keith Ewing & Aileen McColgan, *Labour Law*, Cambridge University Press, 2012, p. 802.

（二）劳动形态多样化的趋势及表现

劳动形态多样化首先表现为非标准就业与标准就业共存，非标准就业的特征是不稳定性、弱从属性及去中心化。《世界非标准就业报告》将非标准就业分为固定期限工作、临时介绍所工作、分包、待命工作、零工、非全日制工作、隐蔽性雇佣和依赖性自雇就业，并归纳非标准就业的特征是对无固定期限、全日制和从属性标准就业的偏离。虽然非标准就业不等同于不稳定就业，但非标准就业与不稳定就业存在许多重合之处，比如零工和待命工作等非标准就业形态在获取工作机会上是不确定的。^{〔6〕}非标准就业具有按需劳动和自主劳动的特性，缺少显而易见的从属依附关系。根据非标准就业关系中的合同安排，用工方对于劳务提供方往往不享有一般性的、具有强拘束力的指示命令权。随着用工主体去组织体化的趋势，劳务提供方在法律上的独立人格也不会被用工方的组织所吸收，劳务提供方和用工方的交易模式在表面上更近似于独立主体之间的民事交易。^{〔7〕}随着数字经济的发展，采取新就业形态的平台用工还具有去中心化的特点。在平台用工模式下，劳务提供方可以自由为多个互有竞争关系的用工平台服劳务，不必束缚于单一平台的制度管理。去中心化在削弱从属性的同时，也会加剧工作的不稳定性。^{〔8〕}在我国，非标准就业的现实形态主要包括劳务派遣、劳务外包及新就业形态等用工形式。

劳动形态多样化还表现为标准就业形态的多元化。通信工具的进步和普及突破了标准就业的空间限制，远程工作和居家工作等就业形态应运而生，提升了用工的灵活性，这些工作形态在新冠疫情暴发期间得到广泛运用。灵活用工的需求推动了工时制度的改革，在传统全日制工时制度外丰富了变形工时、弹性工时及工时账户等工时类型，这些工时类型能够适应自主性劳动者的工作特性，平衡劳动者的家庭与工作，避免人力资源的重复和浪费。^{〔9〕}随着第三产业的发展和高技能劳动力的增加，部分行业中的劳动者虽仍属标准就业，但这些劳动者的从属性在内涵及表现形式上不同于传统制造业中的福特式等级关系。在社会分工的背景下，用人单位不可能在高度专业化的行业中事必躬亲，对高技能劳动者的工作步骤和流程发出直接的命令指示，此时从属性中的直接控制要素被组织从属和业务范围的因素填充。^{〔10〕}在数字经济中，算法技术和自动化监控系统的应用使用用人单位以技术为媒介强化了对劳动者的控制。算法管理是用人单位通过网络技术收集工作过程中的数据，用数据通过算法决策行为来管理劳动的过程，是数字化和自动化的人力资源管理模式。自动化技术代替了传统工厂制下的自然人监工，以技术中立的外表向劳动者传达用人单位的意志，形成具有间接性和隐蔽性的“技术从属性”。^{〔11〕}

劳动形态多样化不仅已是当下劳动世界的基本格局，还会是未来劳动力市场的主要趋势。根据《世界非标准就业报告》的数据统计，自 20 世纪 80 年代开始，非标准就业的规模在总体趋

〔6〕 See International Labour Office, *Non-standard Employment around the World: Understanding Challenges, Shaping Prospects*, ILO Working Paper, 2016.

〔7〕 参见沈建峰：《去组织体化工用及其当事人确定与责任承担》，载《政治与法律》2022 年第 8 期。

〔8〕 参见〔德〕乌尔里希·普莱斯：《从古典时代到数字化劳动世界：劳动法的起源、现状和未来》，吴勇译，载《法治现代化研究》2023 年第 5 期。

〔9〕 参见陈靖远：《自主性劳动者标准工时适用除外及其限制》，载《法学》2021 年第 11 期。

〔10〕 参见肖竹：《劳动关系从属性认定标准的理论解释与体系构成》，载《法学》2021 年第 2 期。

〔11〕 参见田思路：《技术从属性下雇主的算法权力与法律规制》，载《法学研究》2022 年第 6 期。

势上呈现增长态势，至2016年，非标准就业在各国劳动力市场中已占据重要份额。在澳大利亚，零工占据了雇佣形态的四分之一。在日本，多达37%的工人属于“非常规的”。在韩国，非标准就业占全国总工资就业比例超过三分之一。^[12]在我国，根据一项针对6座城市的劳动力调查，非标准就业占比为34.95%。^[13]按照国际劳工组织2020年的工作报告，中国的数字平台从业者占就业人口10%左右。^[14]标准就业形态的多元化也逐渐成为劳动力市场的常态，以居家工作为例，居家工作在疫情时代及后疫情时代中均普遍运用，在疫情期间，我国还曾出现一天近两亿人居家工作的“盛况”。^[15]即使在疫情结束后，欧美国家一些企业尤其互联网企业仍保持相当高的居家工作比例。

劳动形态的多样化有积极的一面，它更具灵活性和效率性，为劳动力市场注入了活力，在减少用工成本的同时扩大了就业，能够助力甚至是推动产业升级和经济发展，这是劳动形态多样化的底层动因。同时，人力资源管理方法的升级、算法应用及人工智能技术的革新为劳动形态的变革创造了诸多可能性，这使我们能预见劳动形态多样化是一个长期趋势。然而，劳动形态的多样化也有消极的一面，它会干扰现行劳动法律体系，对就业者的工作安全和劳动权益形成威胁，因此我们必须以辩证态度看待劳动形态多样化的趋势，以积极态度应对劳动形态多样化提出的挑战。

二、劳动形态多样化对劳动法的冲击

劳动形态多样化的发展对劳动法形成有力冲击，主要表现在三个方面：劳动形态多样化使用工关系的从属性愈加模糊不清，加剧了劳动法律适用的混乱；非标准就业者和标准就业者的劳动权益在劳动形态多样化的浪潮中遭到削弱，增加了就业的不安全感；现有的用工关系调整机制无法在应对劳动形态多样化时兼顾灵活和安全，一方面是过度刚性的劳动法规与用人单位的用工自主权形成冲突，抑制了劳动力市场的效率，另一方面是监管机制滞后于现实，未能适时治理劳动形态多样化下侵害劳动权益的乱象。

（一）劳动法的适用困局

1. 劳动关系认定：一道历久弥新的难题

在我国，劳动关系是适用劳动法的前提，而在劳动争议实践中，劳动关系认定一直是个难题。1994年《劳动法》颁布后，我国曾就农民工、实习生及家庭保姆等主体是否适用《劳动法》有过讨论，虽然1995年原劳动部发布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》将上述群体排除在劳动法适用范围外，但此规定未能一劳永逸地解决上述群体的法律关系

[12] See International Labour Office, *Non-standard Employment around the World: Understanding Challenges, Shaping Prospects*, ILO Working Paper, 2016.

[13] 参见王永洁：《国际视野中的非标准就业与中国背景下的解读——兼论中国非标准就业的规模与特征》，载《劳动经济研究》2018年第6期。该文所使用的标准就业概念为“劳动者与用人单位签订无固定期限劳动合同和固定期限劳动合同（不包括劳务派遣）的用工，以及机关和事业单位的正式用工”。

[14] 参见周畅：《中国数字劳工平台和工人权益保障》，载 <https://webapps.ilo.org/static/chinese/intserv/working-papers/wp011/index.html>，最后访问时间：2024年10月14日。

[15] 参见王鹏：《远程办公不误工》，载 http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202002/t20200214_305048.html，最后访问时间：2024年7月5日。

认定问题，2010年的《最高人民法院公报》便发布过认定实习生与实习单位具有劳动关系的案例，^[16]这并非孤例。原劳保部在2005年制定了《关于确立劳动关系有关事项的通知》，旨在为劳动关系认定提供清晰明确的指引，然而这一规定未能结束劳动关系认定上的论争。在《劳动合同法》颁布前，“假派遣，真劳动”及“假外包，真派遣”的现象屡禁不绝，引起了我国在劳务派遣法律关系认定上的激烈辩论。在《劳动合同法》颁布后，劳动关系认定也依然是劳动争议中的主要问题之一。根据一项研究数据，在《劳动合同法》颁布后的十年间，劳动关系确认的纠纷是劳动争议领域中数量排行前四的争议。^[17]2016年以来，平台经济如火如荼，随之而来的是新业态用工的法律关系认定问题。据2019年青岛市中级人民法院在《青岛新业态用工纠纷审判白皮书》中的统计，新业态用工纠纷案件数量自2017年起迅速增长，在新业态用工纠纷案件中，劳动关系认定争议的数量超过六成，远远超过了劳动关系认定在传统劳动争议纠纷中的占比，是新业态用工纠纷中的主要争议。^[18]新业态用工是多种用工形态的统称，包括平台配送、网约车及网络主播等类型，不同的用工类型在从属性及劳动法适用上亦有较大差距。^[19]

在劳动形态多样化的趋势下，劳动关系的认定并未随着裁判经验的积累而有所简化，反而日益复杂。在《劳动合同法》颁布前，劳动关系认定的难点在于识别“事实劳动关系”，涉及无书面劳动合同、书面劳动合同无效及缺乏用工资质情形下的劳动关系认定，这一难点最终由用工事实建立劳动关系的规则解决，在理论上可借助默示意思表示阐释。^[20]在《劳动合同法》颁布后，劳务派遣和劳务外包规模的增长为隐蔽雇佣提供了空间，部分用人单位企图通过合同安排将劳动者归入派遣劳动者和承揽人的类型。为刺破隐蔽雇佣的面纱，国际劳工组织提出以从属性理论为基点，强调事实优先原则，打击隐蔽雇佣行为。^[21]然而，在平台经济时代，劳动关系认定的复杂程度远超前两个阶段，主要表现为传统从属性理论无法应对内部谱系极为丰富的新业态用工，且新业态用工的劳动关系认定持续受到隐蔽雇佣的干扰。目前，各国未形成认定新业态法律关系的统一规则，这一问题仍然是困扰立法者的心结。

2. 从属性的类案不同判：开放式法律解释与封闭性法律适用的矛盾

为应对多样化的用工实践，不论是理论界还是司法实务界对从属性^[22]的法律解释一直保持着开放式的结构。在理论上，从属性可分为人格从属性、经济从属性和组织从属性，其中组织从属性可为人格从属性吸收，^[23]过度强调经济从属性易混淆长期承揽和劳动关系的边界，^[24]因

[16] 参见“郭某诉江苏益丰大药房连锁有限公司劳动争议案”，载《最高人民法院公报》2010年第6期。

[17] 参见王蓓、周秘：《大数据视角下〈劳动合同法〉的司法适用》，载《四川师范大学学报（社会科学版）》2021年第4期。

[18] 参见青岛市中级人民法院：《青岛新业态用工纠纷审判白皮书》，2019年12月，第10-11页。

[19] 参见林嘉：《新就业形态，要补什么法律短板》，载《人民论坛》2020年第22期。

[20] 参见李凌云：《对我国事实劳动关系立法的反思》，载《华东政法大学学报》2008年第6期。

[21] 参见陈靖远：《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》，载《法学家》2021年第2期。

[22] 从属性在我国事实上是一个学术概念，并非法律上认定劳动关系的构成要件，鉴于学界和部分司法裁判广泛使用从属性认定劳动关系，为简化表达，此处使用这一概念。就从属性概念的解读，见后文第三章第（一）部分。

[23] 参见王天玉：《基于互联网平台提供劳务的劳动关系认定——以“e代驾”在京、沪、穗三地法院的判决为切入点》，载《法学》2016年第6期。

[24] 参见王天玉：《互联网平台用工的“类雇员”解释路径及其规范体系》，载《环球法律评论》2020年第3期。

此从属性的本质是人格从属性。^[25]人格从属性的内涵可归纳为劳动者基于合意将相当时间交由用人单位支配,在该工作时间内劳动者须依用人单位指示给付劳务。^[26]从属性的核心是针对劳务给付行为的支配,该支配力来源于劳动合同而非经济实力的差距,这是劳动关系与承揽关系及经济从属的区别。

虽然从属性的理论含义相对明晰,但其与多元化的用工现实存有间隙,为消弭这一间隙,司法实践会人为延展从属性的概念,以实现个案公正。就支配对象而言,从属性在一定程度上可以是对劳务成果而非劳务行为的支配,这使主要以计件工资及绩效工资发放薪酬的工人和销售员等群体不会被排除在劳动关系之外。就支配力来源而言,由于隐蔽雇佣的存在,劳动关系中的支配力来源于劳动合同还是经济实力事实上难以辨明。为规制用人单位逃逸劳动法的做法,即便劳动者依合同享有劳动自主性,法院也会考察劳动者是否因经济依赖而实质服从用人单位指示。因此,裁判者认定从属性的指标不是静态封闭的,而是多元流动的。英美法中的控制及经济现实等标准,均由多种指标构成,且指标之间的优先级及各指标对雇员身份的证明力并不明确。^[27]大陆法对从属性的考察亦是多指标下的总体考量,即使是在法教义学极为发达的德国,也需要采用类型化方法整体权衡个案因素。^[28]按照我国《关于确立劳动关系有关事项的通知》,劳动关系认定需综合考量管理、报酬及业务组成等因素,采取的亦是开放式的解释方法。

相比于法律解释上的开放式,从属性的法律适用是封闭性的“全有或全无”,这使位于过渡区域的劳动形态缺乏统一的法律定位,引发了类案不同判现象。根据《劳动法》和《劳动合同法》的第2条,劳动法适用于建立劳动关系的劳动者和用人单位,而劳动关系仅为有无之分,不存在中间类型。与之相反,多样化的劳动形态透过法律解释折射为弱从属到强从属的谱系,制造了相互交融、无法精确分离的过渡地带。处于过渡地带的劳动形态在法律解释上存在多种可能性,但非黑即白的立法设计要求法官在多个解释方案中进行单一抉择,以厘定该劳动形态是否落入劳动法适用范围内。在多元指标的综合权衡方法下,由于欠缺客观的约束和指引,法官不得不依赖带有主观色彩的任意裁量,这也注定产生类案不同判的结果。类案不同判并非出于立法者的短视和裁判者的恣意,而是劳动形态多样化冲击劳动法所生的必然现象,这一现象正在威胁劳动法的安定性,对法律适用的公平提出挑战,还会随着任意裁量空间的扩张愈演愈烈。甚至,在新业态用工领域比对不同法院的裁判后,可以隐约发现一种结果主义的裁判思维:根据价值判断的结果选择法律解释的方案,而非通过法律解释和推理确定法律适用的结果。^[29]当下亟须立法和司法达成协作,消除从属性在法律解释与法律适用上的结构性矛盾。

[25] 参见沈建峰:《论劳动关系的法律属性:继续性债之关系的回归》,载《环球法律评论》2023年第4期。

[26] 参见黄越钦:《劳动法新论》,中国政法大学出版社2003年版,第94页。

[27] See Richard R. Carlson, *Why the Law Still Can't Tell an Employee When It Sees One and How It Ought to Stop Trying*, 22 Berkeley Journal of Employment & Labor Law 295, 338-344 (2001).

[28] 参见〔德〕雷蒙德·瓦尔特曼:《德国劳动法》,沈建峰译,法律出版社2014年版,第48页。

[29] 参见王汝唯:《互联网平台企业与平台从业者的关系研究——基于司法裁判的现状考量》,载《法律适用》2023年第9期。

（二）劳动者权益的受损

1. 标准就业者的权益减损

非标准就业与标准就业处于此消彼长的竞争关系，劳动形态多样化的趋势使标准就业者面临身份降格的危机。为降低用工成本，企业往往会利用非标准就业替代标准就业。以美国为例，临时劳务公司（temporary help firms）使用工企业可以通过劳务外包的形式规避雇佣关系。临时劳务公司的规模在 20 世纪中期至 20 世纪末迅速扩张，在 1993 年，为临时劳务公司服劳务的工人数量增长了 42 万多，超过同期其他行业的工人增长比例。^{〔30〕} 在 2015 年，美国清洁行业使用劳务外包的比例超过四分之一，远高于 1950 年时的 2%。^{〔31〕} 有美国学者认为，司法限制自由解雇的做法是临时劳务公司及劳务外包发展的重要因素，虽然法院限制自由解雇的目的是保护雇员的就业安全，在结果上却将部分雇员推向了不稳定的非标准就业。^{〔32〕} 我国也出现了相似情景：我国的劳务派遣行业在 21 世纪初一度盛行，使大量工人游离于劳动法的保护外，尽管政府出台了一系列规范劳务派遣的法规政策，但这些法规政策的效果不尽如人意，反而促使劳务派遣公司转型为劳务外包公司，部分派遣劳动者因此沦为受保护更少的外包工人。^{〔33〕}

随着人力资源管理手段和数字技术的进步，劳动者的身份降格危机愈加突出。如今，许多企业往往会优先采用非标准就业形态解决用工需求，“非必要不建立劳动关系”几乎已成为人力资源管理领域中不言自明的通识。在平台经济时代，通过复杂的组织架构、合同安排及算法技术，平台不必与工人形成直接的指挥控制关系，而可以隐藏在第三方身后或披着“技术中立”的外衣发布指令，这样的设计使平台劳动者的身份降格更具有隐蔽性和迷惑性。平台用工的竞争优势在一定程度上来源于用工成本上的优势，这一优势是通过降格工人身份、减少劳动保护建立的，比如网约车平台相较传统出租车行业的经营优势即可部分归因于规避劳动法责任的监管套利。^{〔34〕}

除身份降格外，劳动形态的多样化还会侵蚀劳动者权益，增加劳动者的维权难度。在远程工作或居家办公的场合，劳动者工作和生活的边界会渐渐模糊，这一方面会造成劳动者工作时间难以认定，引发未足额支付劳动报酬的问题，另一方面，通信工具的频繁使用可能会增加劳动者的“隐形劳动”，造成劳动者工作时间过长、休息时间不足的问题。^{〔35〕} 倘若劳动者在远程办公期间因工作原因受到伤害，劳动者认定工伤的举证难度也会更高。劳动者的人格权益同样在数字化时代受到威胁，比如部分用人单位为保证劳动者处于工作状态，会实时监控劳动者在家庭办公的状态并调取劳动者的通信记录，从而引发侵扰劳动者隐私的问题。在综合工时制、不定时工作制等灵活工时制下，劳动者可能会有工时过长、难以主张加班报酬甚至是无法主张加班报酬

〔30〕 See L. M Plunkert & H. V Hayghe, *Strong Employment Gains Continue in 1994*, 118 Monthly Labor Review 3, 6 (1995).

〔31〕 See Bernhardt, et al., *Domestic Outsourcing in the United States: A Research Agenda to Assess Trends and Effects on Job Quality*, Upjohn Institute Working Paper 4, 2016.

〔32〕 See David H Autor, *Outsourcing at Will: The Contribution of Unjust Dismissal Doctrine to the Growth of Employment Outsourcing*, 21 Journal of Labor Economics 1, 32 (2003).

〔33〕 参见田思路：《劳动关系非典型化的演变及法律回应》，载《法学》2017年第6期。

〔34〕 See R. Calo & A. Rosenblat, *The Taking Economy: Uber, Information, and Power*, 117 Columbia Law Review 1623, 1645 (2017).

〔35〕 参见谢增毅：《远程工作的立法理念与制度建构》，载《中国法学》2021年第1期。

的担忧。当用人单位围绕自动化算法建立新型管理制度时，比如使用算法制定劳动纪律或评估劳动者业绩，劳动者还可能因为算法歧视丧失奖金权益及晋升的机会，或因算法缺陷受到惩戒。这些由多元劳动形态引发的新问题具有复杂性，涉及工作和生活的边界划分、工时和工伤举证及算法责任等方面，在现有劳动法规则尚未健全的状况下，劳动者难以周全地保护自身权益。

2. 非标准就业者的保护阙如

非标准就业者被劳动法“全有或全无”的封闭式结构排除在外，只能寻求民事法律的庇护，然而民事用工规则的匮乏使非标准就业者在我国几乎处于无法可依的窘境。我国劳动法中不存在英国法中的工人类型及德国法中的类雇员，因此非劳动者的工人在我国无法获得任何劳动法保护。虽然《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）专章规定了承揽合同及委托合同等规则，但许多非标准就业者实际上并不适配《民法典》的规定，这主要是因为我国非标准就业者的法律地位不明且《民法典》供给的用工规范不足。我国关于非标准就业者的定性处于混沌的状态，常见但不统一的定义有“雇佣关系”“劳务关系”“合作关系”等，这些定义难以在法律文本中找到清晰的内涵，学界对这些定义的解释也是众说纷纭，比如有观点认为劳动关系是雇佣关系的社会化，雇佣关系和劳动关系没有本质区别，相反观点则认为雇佣关系和劳动关系的根本区别在于是否有从属性。^[36]然而，即使非标准就业者获得了明确的法律身份，也会处于无法可依的境地。《民法典》中未规定雇佣合同，而是将调整用工关系的使命全盘交由劳动法，这使民事用工规则几近于一片空白。^[37]以《民法典》关于承揽合同的规定为例，《民法典》将承揽人和定作人视为平等主体，以双方的财产交换为核心，基本复制了买卖合同的模板，缺乏关于继续性合同和人身保护的规则。诚然，实践中确实存在无异于买卖关系的承揽关系，但也存在具有人身依附性，近似于劳动者的承揽人，这些承揽人在部分劳动权利上同劳动者一样需要保护，却被完全排除在劳动法之外，亦为民法所漠视。

由于法律保护的缺失，非标准就业者只能通过合同得到保护，这使欠缺谈判能力的非标准就业者往往屈从于不利条款。在民法的视角中，承揽人、委托人等非劳动者群体具有技能熟练、财务自主且营业独立的特征，享有平等谈判的能力，故民法无需提供特别保护。^[38]但事实上并非所有非标准就业者都如民法想象的那般“完美”，有许多非标准就业者如小手工艺者、建筑工人等缺少议价能力，不得不接受发包方吝啬的价格条款以及恶劣的工作环境。在零工经济时代，还会有大量具有经济依赖性、议价能力较弱的工人被归入独立承揽人类型，承揽人类型将逐渐失去财务自主且独立营业的特有印记。^[39]面对如今实力强大的用工平台，新业态劳动者一般只能接受平台的格式条款，尽管这些格式条款未必公平合理。在劳动形态多样化的趋势下，非标准就业

[36] 参见战东升：《民法典编纂背景下劳动法与民法的立法关系——以“类似劳动者型劳务提供人”的保护为切入点》，载《法学》2018年第10期。

[37] 参见沈建峰：《数字时代劳动法的危机与用工关系法律调整的方法革新》，载《法制与社会发展》2022年第2期。

[38] See Keith Cunningham-Parmeter, *Gig-Dependence: Finding the Real Independent Contractors of Platform Work*, 39 Northern Illinois University Law Review 379, 400 (2019).

[39] See Keith Cunningham-Parmeter, *Gig-Dependence: Finding the Real Independent Contractors of Platform Work*, 39 Northern Illinois University Law Review 379, 405-408 (2019).

群体的规模还会进一步增长，这意味着有更多工人将落入法律保护的盲区，其中欠缺谈判能力的群体将任由强势用工方的不利条款摆布。

（三）用工关系调整机制的滞后

就业促进和劳动保障一直是我国公权机关的重要职能，我国在用工领域设置了一套自成体系的用工关系调整机制。国家和地方的立法机关负责制定劳动法规并设立劳动基准，为劳动行政和劳动裁审提供依据。行政机关在制定劳动政策的同时，会通过劳动行政和劳动监察介入企业的日常生产经营，处理群体性劳动争议及生产安全事故等事件，发挥着执法、监管和协调等综合性职能。司法机关通过审理劳动争议解释劳动法规，引导企业和工人的行为。全国总工会负责管理领导工会组织，督促工会组织履行职能，维护职工合法权益。我国用工关系调整机制在调整劳动关系方面发挥了积极作用，但面对劳动形态多样化发展时其短板也显露了出来。具体表现为以下两个方面：

1. 用工自主受限

在《劳动合同法》起草过程中，存在过劳动法是“单保护”还是“双保护”的激烈争论，后以《劳动合同法》第1条明确规定“保护劳动者的合法权益”为定论，进一步确立了劳动法倾斜保护劳动者的原则。倾斜保护原则是劳动法的核心，但该原则的适用不能矫枉过正，不能机械地理解倾斜保护原则而罔顾企业经营的实际需要。在实践中，存在一些行政机关和司法机关在个案裁审中单一化地适用倾斜保护原则，对企业的生产经营造成不利影响。以劳动合同变更为例，如果一味强调倾斜保护个别劳动者的利益，忽视企业转变经营战略的需求，则会使企业的经营受缚于个别劳动者的意志，无法对经济现实作出应对，这将损害企业和劳动者的整体利益。尤其是在灵活用工的趋势下，企业需要调整既有的用工布局，综合发挥多元用工类型的优势，对企业用工自主的限制有可能阻碍产业的升级转型。保护用工自主不等同于侵犯劳动权益，在某些情形中，赋予企业调整劳动合同的自由甚至会减少劳动者被解雇的概率。^[40] 过分限制企业的用工自由不仅无法真正地保护劳动者的利益，而且会激化劳资矛盾，造成不必要的对抗和冲突。正如有观点指出，法院不能代替企业思考，为保障劳动力市场的效率和繁荣，法院应尊重企业人事调动的经营战略，不可过度审查企业人事调动的原因。^[41]

我国用工关系调整机制有时未能分类治理不同的劳动形态，而是套用标准就业形态的规则，制约了企业根据生产经营需求的灵活安排。以工时制度为例，我国目前的标准工时制度缺乏弹性，表现为加班上限时间短、加班报酬标准高且补休安排不灵活等，且特殊工时制度滞后于现实，仅适用于个别行业，未能照顾因工作特点需要灵活安排时间的劳动岗位。^[42] 僵化的工时制不符合部分自主性劳动的客观生产规律，使居家办公、远程工作等新兴劳动形态的优点无法充分释放，挤压了企业的用工自由。另外，在劳动形态多样化的背景下，主张劳动法应采取分层治理

[40] 参见谢增毅：《用人单位惩戒权的法理基础与法律规制》，载《比较法研究》2016年第1期。劳动合同变更可作为前置解除合同的手段，也即最后手段原则。另参见王倩：《论基于“客观情况发生重大变化”的解雇》，载《法学》2019年第7期。

[41] See A. C. L. Davies, *Employment Law*, Pearson Education Limited, 2015, p. 351.

[42] 参见王倩：《论我国特殊工时制的改造：在弹性与保障之间》，载《法学评论》2021年第6期。

的呼声也日益高涨。教育的普及、科学技术的发展和人事管理结构的精细化造就了一批高技能或专职管理企业的劳动者，这部分劳动者的从属性表现不同于传统工厂制下的工人，拥有较强的谈判能力，与企业建立的是相对平等的合作关系，而非单向的支配关系。这部分劳动者的劳动合同往往会和民事关系如附条件的无息借贷及股权转让等混合，这些民事关系的存在有助于维持劳动者对企业的勤勉忠诚、提高企业生产效率。但在司法实践中，部分法院按照规制标准就业形态的思路，主张这些民事合同中的条件及违约金约定因违反劳动法规定而无效。这样的裁判思路不仅限制了企业的合同自由，还会诱导劳动者违背忠实义务。

2. 监管体制局部失灵

面对劳动形态多样化的冲击，监管部门有时未能规制用工企业的脱法行为，维护就业者的合法权益，这在新就业形态中尤为突出。职业安全、工作时间和休息保障等问题一直是新就业形态劳动者重点关注的对象，但我国目前仍未颁布针对新就业形态劳动者保护的立法，对上述问题亦未形成制度化的解决方案。相比于用工平台规避手段的迭代升级，监管部门的回应显得捉襟见肘且犹豫不决。用工平台通过第三方合作商、商业保险、算法监控和消费者评价机制，建构了一套迄今为止行之有效的法律规避系统，将劳资矛盾转嫁给合作商、消费者及保险人，反使平台以“调停人”的身份游走于争议的漩涡之外。^[43] 司法部门在一定程度上默许了这一套法律规避系统，比如在认定法律关系时，即便新就业形态劳动者同时起诉用工平台和第三方合作商，某些法院仅认定新就业形态劳动者和第三方合作商的劳动关系。^[44] 甚至，在存在第三方合作商的场合，某些法院会认定平台和新就业形态劳动者不存在任何直接法律关系。^[45] 在行政执法方面，由于用工平台的虚拟化和信息化，劳动监察部门难以获取执法信息并及时追责用工主体，且部分劳动监察部门存在为地方经济指标让步、有意放松执法强度的做法，^[46] 这使劳动监察在新就业形态劳动者权益维护上的作用甚微。虽然新就业形态劳动者保护已不是一个新问题，但由于监管机制的失灵，新就业形态领域的争议多发且呈上升趋势，这是一个值得反思和警惕的现象。

由于非标准就业者的碎片化，非标准就业群体的集体性权利落实出现新问题，工会在充分发挥代表监督作用上面临新挑战。不稳定性、灵活性及去中心化的工作特征使非标准就业群体缺乏内部的协作交流，不利于非标准就业者集体意识的形成。不仅如此，不同的非标准就业者往往在工作内容、经济条件及技术能力等方面存在个体差异，这使非标准就业群体存在内部分化和同业竞争。^[47] 非标准就业者的碎片化令其难以组织起协调统一的整体，非标准就业者经常无法借助常态化、制度化的集体协商表达利益诉求，这也导致非标准就业者维权渠道较为单一，相关权益更易受到用工方的侵害。

[43] 参见杨善奇、刘岩：《智能算法控制下的劳动过程研究》，载《经济学家》2021年第12期。

[44] 参见山东省德州地区（市）中级人民法院（2021）鲁14民终3754号民事判决书。

[45] 参见山东省济宁市中级人民法院（2020）鲁08民终5600号民事判决书。

[46] 参见范围：《世行营商环境评估劳工指标解析与中国因应》，载《中国政法大学学报》2024年第1期。

[47] 参见王全兴、刘琦：《我国新经济下灵活用工的特点、挑战和法律规制》，载《法学评论》2019年第4期。

三、劳动法应对劳动形态多样化的范式革新

在《劳动法》颁布 30 周年后，为应对劳动形态多样化的冲击，劳动法亟须改变滞后的认识论及方法论，在理论、立法、政策及治理机制等方面进行革新。劳动法范式的革新是一项去芜存菁的工程，需要我们在反思旧有应对模式的基础上探索新的应对路径。

（一）逻辑演绎与实用主义的交融

通过概念分析和逻辑演绎推导解决方案是劳动法应对劳动形态多样化的方法之一，这一方法在特定历史阶段有助于我们加深认识并形成系统理论。以新就业形态劳动者的权益保护为例，有部分研究将“有从属性—有劳动关系—获得劳动法保护”作为先验性规则和推演起点，围绕从属性的内涵和外延展开论述，探究新就业形态劳动者是否落入从属性范畴而获得劳动法保护。这样的研究不仅澄清了从属性的概念含义和内部体系，也清晰描述了新就业形态劳动者的劳动特征，为后期研究奠定了理论基础，毋庸置疑具有重要意义。

然而，随着研究的深入，我们也认识到这一复杂问题难以单纯依赖逻辑演绎解决。首先，“有从属性—有劳动关系—获得劳动法保护”的逻辑链条在我国并非不证自明。从属性是否有规范意义、其规范意义为何都是需要商榷的。虽然我国学界和部分司法裁判广泛使用从属性认定劳动关系，但立法文本中未见“从属性”的明确表述，因此从属性的功能是在认识论上增进认知、便利法律解释抑或作为法律适用的要件尚未可知，对这些问题的分歧皆没有确定答案。其次，这一方法尝试用逻辑演绎解答价值判断问题，容易偏离问题的实质。在新就业形态劳动者的权益保护问题上，我们关注的不仅仅是从属性概念本身的逻辑自洽，更重要的是新就业形态劳动者和用工平台之间是否达到了利益平衡，从属性理论的确可以帮助我们梳理新就业形态中的法律关系，但它无法解答法律为什么要保护新就业形态劳动者，以及法律应该如何保护新就业形态劳动者的问题。

为应对劳动形态多样化，劳动法应在逻辑演绎的基础上，以实用主义为指导，注重问题意识。回到新就业形态劳动者权益保护的问题，目前已有不少研究依循实用主义的研究思路进行有益探索。其一，部分关于从属性的研究不再拘泥于从属性的概念解读和逻辑涵摄，而是探索从属性背后的法理基础，由此阐明从属性与劳动权益保护的因果关联。比如，有研究通过探寻认定劳动关系的指导思想，主张从属性的实质是“为资方劳动丧失自主经营的可能”，并以此串联起从属性与劳动权益保护的桥梁。^[48] 这样的研究有助于打破从属性研究中的先验性思维，使研究视角在单纯的“从属性是什么”之外丰富了“从属性应是什么”，巧妙地融入了价值判断的因素。如此一来，从属性研究不再是法学家的概念游戏，而是流转于逻辑与价值之间，在一定程度上弥合了理论与现实的鸿沟。其二，一些研究不再受到部门法学的困扰，而是紧扣新就业形态劳动者的权益保护需求，从实事求是的角度出发建构新就业形态劳动者的保护模式。比如，有研究以“民法做加法”“政策加法律”为指引，通过不同规范群的组合应对不同类型的新就业形态劳动者

[48] 参见朱军：《劳动关系认定的理论澄清与规范建构》，载《法学研究》2023年第6期。

的不同问题，^{〔49〕}亦有研究生动地将民法及劳动法等规范群形容为解决实际问题的“法律工具箱”，体现了问题意识和功能主义。^{〔50〕}其三，还有研究将新就业形态劳动者权益保护与具体指标挂钩，提升了权益保护的可实践性。例如，有研究注重从属性理论与用工现实的结合，以“工作时间”的具体指标而非抽象概括的方式厘定权益保护的边界。^{〔51〕}上述具有启发性的研究有利于劳动法突破概念法学和部门法学的窠臼，可以更高效、更灵活地解决实际问题，也能将劳动形态多样化中的复杂问题简单化，实值借鉴。

（二）劳动立法和劳动司法的协作

目前，我国应对劳动形态多样化的模式存在立法供给不足、司法承载过度的状况，不利于立法和司法形成合力。相比日新月异的多元劳动形态，立法未针对标准就业形态以外的就业类型形成系统规则，且既有用工规范也滞后于劳动力市场的发展，因此引发大量用工争议。“贫瘠”的立法规范使司法难以招架庞杂的用工争议，进而催生了诸多“司法式立法”，^{〔52〕}例如法院在审理新就业形态劳动争议时，因缺乏明确的法律规定和指引，产生了司法裁量权过大及部分司法裁判缺乏教义学基础的问题。现有应对模式下的立法和司法存在割裂，有时甚至会产生立法与司法相互抵牾的现象，影响了应对方案的整体性和协调性。

劳动立法应提升立法技术，及时进行立改废释，为劳动司法提供价值指引，使劳动司法有法可依。非标准就业领域中仍存诸多立法空白，除了新就业形态劳动者权益保障存在法律短板外，现行法律在异地派遣劳动者的权益保护、派遣劳动者受歧视的救济、共享用工的规制及劳务外包的规范治理等问题上皆未作出回应，立法机构或可研究上述问题是否适于立法，对立法研究臻于成熟的领域加速立法进程，补强法律规制并预防监管风险。同时，部分法律规则过于粗疏而无法应对当下多元化的标准就业形态，这体现在远程工作形态下的加班和工伤认定规则模糊、居家工作者的休息权益保护不足、算法管理性质及算法惩戒权界限隐晦不明等方面，立法机构或可优先使用法律解释填补上述法律漏洞，对超出法条涵摄范围的应及时修改完善相应法律规则。劳动立法的使命在于权衡社会现实、政治经济等因素后作出价值判断，指引并约束劳动司法。诚然，劳动立法并非一日之功，而需尊重立法学的科学规律，以体系性、前瞻性思维为指导，是一个渐进式的工程，在未达到立法条件时，可通过劳动政策或其他规范性文件予以过渡，并建立制度试点以积累经验，这也是目前我国探索新就业形态劳动者权益保护路径的模式之一。

劳动司法应维护法律体系的自治。劳动法问题关涉社会稳定、产业政策及市场经济，劳动司法既要以法教义学为指引形成具有可复制性、可预期性的裁判规则，又需要借助法社会学等外部视角进行利益衡量和价值判断，作出合乎社会公正的裁判。目前，劳动司法对劳动形态多样化的回应较为缺少法教义学思维，比如有研究发现，关于新就业形态劳动关系认定的部分司法裁判存

〔49〕 参见王天玉：《平台用工的“劳动三分法”治理模式》，载《中国法学》2023年第2期。

〔50〕 参见沈建峰：《数字时代劳动法的危机与用工关系法律调整的方法革新》，载《法制与社会发展》2022年第2期。

〔51〕 参见姜宇：《平台经济灵活就业人员劳动权益保障的法理探析与制度建构》，载《福建师范大学学报（哲学社会科学版）》2021年第2期。

〔52〕 参见林峰、王书成：《司法式立法及制度反思——以〈劳动合同法〉等法律的实施为分析样本》，载《法学》2012年第3期。

在规范依据不明、任意性的裁判说理甚至是没有裁判说理的情形。^[53] 尽管如前所述，劳动关系认定是一个需要综合衡量各项指标的难题，但任何劳动法问题皆不是漫无边际、任由法官自由裁量的领域。为减少劳动形态多样化下的类案不同判，劳动司法或应以实定法为“相对权威”，^[54] 在大多数情形中将实定法作为裁判的约束而非简单的指引或参考，并依据实定法增强裁判说理，展现裁判的逻辑推演过程。如此，劳动司法才可以搭建交流评价的平台，在悬而未决的问题上逐渐形成共识，为劳动形态多样化中的当事人提供行为预期，并向立法机构提供可资借鉴的立法资料。当下各部门梳理劳动法典型案例的做法或可更加广泛地应用于多样化劳动形态的治理中，这有利于强化立法和司法之间的协作，增进地方司法之间的沟通。

（三）“保基本”和“促效率”的兼容

1. 保护基本劳动权益

相比于扩张劳动法适用范围方案，为多元类型就业者提供基本权益保护的方法更具可操作性，有助于协调各方利益。为保护多元类型就业者的权益，劳动法学界曾提出过扩张劳动法适用范围的方案，但扩张劳动法适用范围不仅在概念区分或界限划分上存在困难和争议，其“全有或全无”式的单选也难以平衡用工企业和就业者的利益。在实践中，扩张劳动法适用范围的方案还需要面对用工企业规避劳动法适用的博弈，因此这一方案的有效性存疑。相比于扩张劳动法适用范围的方案，另一种方案是淡化法律关系认定，为标准就业形态以外的就业者提供基本保护。以法国及意大利为例，法国在2016年颁布的2016—1088号法案为平台自雇者类型提供了基本保护，保护内容包括：价格的透明性、事故保险及集体权等。^[55] 意大利于2019年进行的改革将劳动保护扩展至雇佣关系以外的平台自雇者，保护内容包括最低工资制度、集体权利保护、书面合同形式、事故及职业病保险。拉齐奥地区还针对“数字工人”（digital workers）专门制定了一项保护法案，该保护法案的适用范围包括所有使用电子应用程序工作的工人，保护内容包括健康和职业安全、集体工资谈判和赔偿金等，该法案还建立了负责监测数字工人劳动条件的委员会机构。^[56] 这一方案不再纠结于关系认定，而是直接响应就业者的基本保护需求，虽在保护力度上不及传统劳动法保护，但也减少了平台的用工成本，增加了平台的适法意愿，兼顾了就业者和平台的利益。

我国近年来颁布的规范性文件也旨在将基本劳动权利保护扩张至非劳动关系的新就业形态。人社部于2021年颁布的《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》保护新就业形态劳动者的知情权、公平就业权、休息权及职业安全等，将最低工资保障延展至“不完全符合确立劳动关系情形的新就业形态劳动者”，于2023年颁布的《新就业形态劳动者休息和劳动报酬权益保障指引》《新就业形态劳动者劳动规则公示指引》及《新就业形态劳动者权益维护服务指南》

[53] 参见范围：《互联网平台从业人员的权利保障困境及其司法裁判分析》，载《中国人力资源开发》2019年第12期。

[54] 参见雷磊：《什么是法教义学？——基于19世纪以后德国学说史的简要考察》，载《法制与社会发展》2018年第4期。

[55] See V. De Stefano, I. Durri, C. Stylogiannis & M. Wouters, *Platform Work and the Employment Relationship*, ILO Working Paper 27, 2021.

[56] See V. De Stefano, I. Durri, C. Stylogiannis & M. Wouters, *Platform Work and the Employment Relationship*, ILO Working Paper 27, 2021.

对新就业形态劳动者作出了定义，进一步完善了权益保护细则。上述规范性文件在一定程度上突破了“全有或全无”的做法，满足了不同类型的新就业形态劳动者的保护需求，具有创新性和启发性。但是，上述规范性文件的突破程度也相对有限：其一是划分了“符合确立劳动关系情形的新就业形态劳动者”“不完全符合确立劳动关系情形的新就业形态劳动者”及“依托平台自主开展经营活动”三种类型，仍然根据关系类型的不同区别保护，而“不完全符合确立劳动关系情形”所指为何难以认定；其二是作为指南性质的规范性文件未设置法律责任条款，多为倡导性规定，没有强制约束力。

劳动法应考虑多元类型就业者的共同保护需求，以提炼“最大公约数”的做法，凝练出基本的劳动权利。未来可以通过制定《劳动法典》《劳动基准法》或专门性立法，对标准劳动之外的多元类型就业者提供基本劳动权保护，这些权利主要为：（1）平等就业权。劳动者在求职时依法享有均等就业机会，在入职后得主张同工同酬等平等待遇，不因性别、民族、种族等因素遭受歧视。（2）知情权。劳动者有权知悉与用工合同履行相关、关涉自身切身利益的信息，这些信息包括报酬计发方式、劳动强度、劳动条件、劳动纪律、绩效考核方法及解雇原因等。（3）报酬保障权。劳动者有权全额享有应得的劳动报酬，除仲裁和诉讼途径外，就业者还可通过劳动监察、支付令等程序主张报酬，在执行顺位上报酬请求权优先于一般债权。（4）休息权。劳动者有权要求合理的工作间歇及工作定额，得在工作时间外自由支配自身活动，依法享有带薪休假。（5）职业安全保障权。用工单位在其控制范围内对劳动者有人身保护义务，劳动者有权要求安全的工作条件并拒绝危险生产，拒绝危险生产不能视作就业者违约，劳动者有权在发生职业伤害时，获得职业伤害保险救济。（6）集体劳动权。劳动者有权参加和组织工会，参与集体谈判与集体协商，实现企业的民主管理。

2. 保障用工自主

为发挥劳动形态多样化的效率促进作用，我国用工关系调整机制需在一定程度上尊重企业选择劳动形态的自由，以提振劳动力市场的活力。尽管劳动形态多样化压缩了标准就业形态的空间，对就业者的劳动权益形成了消极影响，但标准就业形态只是就业的理想状态，在现实的劳动力市场中，就业者的权益保护力度取决于劳动力市场的供需关系，劳动形态多样化从某种角度而言即劳动力市场供需关系的反映。劳动力市场的供需关系具有客观性，有自身运行的规律和逻辑，立法和政策固然可以呼吁企业尽量选择标准就业形态，但不可强制企业建立劳动关系，这既在法理上无法实现，也会提高企业用工成本，降低企业用工需求，进而引发失业及市场低迷的后果。一项行之有效的用工关系调整机制不应忽视劳动力市场的规律，否则就会成为市场发展的阻力，甚至会被市场主体架空。我国的用工关系调整机制应看到劳动形态多样化在强化中国用工市场的全球竞争力、吸纳就业和促进产业改革等方面的积极之处，理解和尊重企业的合理用工选择，而不是采取强制的调整手段。当然，企业在劳动形态选择上的自由也是相对的，这一自由不能成为掩盖劳动关系的面纱，而须接受事实优先等规则的审查。

为避免方枘圆凿的错位规制，我国用工关系调整机制应根据劳动的形态区别对待，在某些情形中尊重劳资双方的意思自治。倾斜保护是劳动法的核心价值，但灵活和安全的平衡也是不

可忽视的因素。在劳动形态多样化的背景下，企业在工时、工作地点及工作岗位等方面有灵活化的需求，用工关系调整机制应承认其中合理的需求，并肯定相关的条款效力。比如，在面对高级经理及掌握核心商业机密的劳动者类型时，企业会有脆弱面并存在保护需求，此时立法和司法或可不拘泥于倾斜保护原则的机械适用，而以诚实信用或契约严守原则支持竞业限制、服务期、股权激励及相应的违约金条款。在劳动条款的审查上，用工关系调整机制宜扮演“守夜人”角色，仅在条款显失公平^[57]时介入，这是因为用工关系作为关系型契约和继续性契约，当事人在书面合同以外作出的“非正式交换”难以通过外部视角察觉，法官有时无法准确评估合同条款是否公平。强制性规范和自治性规范的共存一直是劳动法的特性，两种性质的规范有其各自存在的领域，在自治领域尊重当事人的意思自决，有助于维持交易诚信并提升市场活力。

我国用工关系调整机制应认识到用工关系的持续性及关系型特征，允许企业在合理性的基础上调整用工合同内容。根据关系型契约原理，用工关系尤其是劳动关系具有持续性和流动性，“有限理性”的交易双方在签订书面合同时只能定格某一瞬间或是某一时段的合意，无法面面俱到地预见未来情势，因此双方真实的权利义务关系通常伴随时间的流转而更易，这使关系型契约往往附随再协商条款或裁量性条款，以灵活应对将来变化。^[58]在用工关系中，企业以指示权调整劳动给付的内容亦存在正当性基础，这一正当性来源于劳务提供方通过合同自愿让渡了劳动力的处分权。^[59]劳动形态多样化意味着固有的劳动模式正在发生变化，这使许多企业存在调整人力资源分配的客观需求。劳动法的任务不是一概扼杀这些调整需求，而是甄别并保护其中的合理部分。因此，劳动法既要在一定程度上承认并保护企业的用工自主，也要对企业的裁量权进行合理性限制。就调岗问题而言，劳动法或可不拘泥于协商变更，而是承认企业指示权的存在并将指示权的行使交付合理性审查。借鉴比例原则，合理性审查可参考以下要素：（1）合同变更的目的应具有正当性，不得带有侮辱色彩；（2）变更的内容须是必要的，应选择对劳动者影响最小的变更方案，比如调岗不调薪；（3）变更效益大于变更成本，这要求企业在调岗时应尽量制定补偿方案，比如在调换工作地点时提供交通补贴或提高工资待遇，减少对劳动者的不利影响，均衡双方利益。^[60]

（四）国家干预和社会协商并重

社会协商是现代社会治理的重要模式，是多方主体就社会问题发表观点、交流想法或开展谈判，旨在增进交流主体的相互理解，在社会问题上形成共识。社会协商与国家强制的“单决”不同，强调沟通理解和相互让步，具有民主色彩。在劳动领域，社会协商可细分为宏观和微观两个层次，宏观的社会协商是国家层面的劳资政三方协商及劳资团体参与制定立法政策的

[57] 可参考《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第35条，该条的显失公平是否和民法一致，存在讨论空间。

[58] See Robert C Bird, *Employment as a Relational Contract*, 8 University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law 149, 149-150 (2005).

[59] 参见沈建峰：《论用人单位指示权及其私法构造》，载《环球法律评论》2021年第2期。

[60] 参见上海市第一中级人民法院（2013）沪一中民三（民）终字第1975号民事判决书。

民主程序，微观的社会协商是企业层面的行业协商、集体谈判及职工民主参与制度。^{〔61〕}在劳动形态多样化的治理上，我国目前偏重国家调控的手段，往往忽视了社会协商的作用。然而，自上而下的国家调控在处理牵涉多方利益的问题时可能会落入“家长主义”的窠臼，难以兼顾利益相关方的多元需求，此时更宜采用社会协商的手段，紧扣民主原则形成多方共赢的解决方案。

我国应完善劳动领域的社会协商制度，在劳动用工多样化的治理机制中综合发挥国家调控和社会协商手段的作用。首先，应推动劳资社会协商制度的法治化进程。这要求明确协商主体的法律地位，赋予协商主体知情权、抗辩权，并设置诚信磋商义务，使劳资社会协商制度常态化、制度化、法治化。其次，应逐步扩展劳资社会协商的适用范围，保护非标准就业群体的集体性权利，破除非标准就业群体行使集体性权利的制度障碍。^{〔62〕}新修改的《中华人民共和国工会法》和《中国工会章程》都明确了新就业形态劳动者有建会入会的权利，这有助于在劳动形态多元化趋势中发挥社会协商的治理功能。最后，国家干预和社会协商应打破各自封闭独立的体系，不仅在概念上相互融入，也须通过协作配合发挥最大效用。从全球视野看，当前其他市场经济国家工会运动普遍面临工人群体碎片化、工会经济和政治地位下降及代表性不足等问题，工会规模不断萎缩，反工会主义运动愈演愈烈，这使工会面临严重危机。^{〔63〕}在这一背景下，“新集体主义”（new unionism）应运而生，与传统模式下国家和社会各自独立、国家不参与属于私主体事务的集体谈判不同，新集体主义要求国家和政府直接参与集体谈判并扮演主要角色。在新集体主义的实践中，工会策略由传统的企业导向转变为公共导向，“工会的角色正在从特定成员的代表转变为普遍的工人群体的政治拥护人”^{〔64〕}。新集体主义在一定程度上与我国工会的定位异曲同工，这是因为我国工会是中国共产党领导的职工自愿结合的工人阶级群众组织，具有政治属性并承担部分公共职能，我国部分集体协商实践事实上也契合新集体主义所设想的工会运作机制。^{〔65〕}面对劳动形态多元化，单一的国家调控或社会协商均是独木难支，唯有发挥各自长处，才能在保障民主的同时实现有效的社会治理。国家干预的加入能缓解非标准就业者因碎片化导致的谈判能力不足的问题，避免社会协商流于形式，从而有效地推进协商和谈判程序并保障谈判成果，同时社会协商的本质也使各方意志和利益得到充分表达，有助于兼顾各方利益。

四、结 语

劳动形态多样化是当今世界各国劳动用工发展的趋势，对传统劳动法带来极大的挑战。劳动法应当守正创新，积极回应劳动形态多元化带来的挑战。要坚守劳动法的价值和理念，通过基本

〔61〕 参见林嘉：《劳动法视野下社会协商制度的构建》，载《法学家》2016年第3期。

〔62〕 参见班小辉：《超越劳动关系：平台经济下集体劳动权的扩张及路径》，载《法学》2020年第8期。

〔63〕 See Kate Andrias, *The New Labor Law*, 126 *The Yale Law Journal* 2, 21-24 (2016).

〔64〕 Kate Andrias, *The New Labor Law*, 126 *The Yale Law Journal* 2, 63 (2016).

〔65〕 参见林嘉：《劳动法的原理、体系与问题》，法律出版社2016年版，第63页。

劳动权利保护将更多的劳动者纳入劳动法的保护范围。要注重平衡劳动者与用人单位的利益，促进劳动者与企业共生发展。要推动劳动立法与劳动司法协调、发挥国家干预和社会协商的作用，构建适应劳动形态多元化发展的法律调整模式。

Abstract: With the progress of science and technology and the change of production mode, the labor world has shifted from standard employment to a pattern of diversified labor forms. Standard employment is the starting point of traditional labor law protection, which refers to the full-time labor contract with the characteristics of subordination and continuity. Under the trend of diversification of labor forms, non-standard employment with instability, weak subordination and decentralization has sprung up like bamboo shoots, forming a strong impact on the traditional labor law, which is manifested in the confusion of the scope of application of the labor law, the damage of labor rights, and the lag of the adjustment mechanism of labor relations. In order to meet the challenges of diversified labor forms, labor law urgently needs to carry out paradigm reform, which requires the comprehensive use of logical deduction and pragmatic thinking in methodology, strengthening the cooperation between labor legislation and labor justice in labor relations governance mechanism, and emphasizing the coordination between state intervention and social consultation. In terms of governance objectives, labor law needs to simultaneously promote the protection of basic labor rights and the liberation of production efficiency.

Key Words: diversification of labor forms, non-standard employment, paradigm innovation, fundamental rights at work

(责任编辑：沈建峰)