

简评上海市关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的实施意见

作者：辜鸿鹄 | 沈保言

近年来，平台经济快速发展，依托互联网平台就业的新就业形态劳动者数量大幅增加。与传统就业方式相比，新就业形态劳动者的就业方式相对灵活，劳动者的权益保障面临新情况和新问题。2021 年 7 月，人力资源社会保障部、最高人民法院等八个部门联合印发《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见（人社部发〔2021〕56 号）》（以下简称“《指导意见》”），加强全国范围内新就业形态从业人员权益保障。

为深入落实《指导意见》相关原则，近日，上海市人力资源社会保障局等八部门联合出台《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的实施意见》（以下简称“《上海实施意见》”）。《上海实施意见》聚焦上海市新就业形态从业人员劳动权益保障突出问题，旨在明确劳动者权益保障责任、补齐劳动者权益保障短板、优化劳动者权益保障服务、完善劳动者权益保障工作机制。笔者将在本文中对《上海实施意见》的重点内容予以解读。

一. 平台企业与从业人员的法律关系认定

由于平台用工模式下人员管理、工作时间、收入报酬等事项均具有不同于传统用工模式的灵活特征，因此新就业形态从业人员往往难以与平台企业直接确认劳动关系，进而导致无法享受相应权益。为解决这一难题，《指导意见》提出，“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”。

.....
如您需要了解我们的出版物，
请联系：

Publication@llinkslaw.com

《上海实施意见》在前述规定基础上，进一步将企业与新就业形态从业人员的权利义务关系归纳为以下四类，并对具体类型认定与劳动者权益保障规则进行细化：

(一) 符合确立劳动关系情形

《上海实施意见》将《指导意见》所称“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”进一步明确为“**企业和劳动者符合法定主体资格，企业对劳动者进行严格劳动管理，劳动者对企业有较强从属性，企业应与劳动者订立劳动合同，履行劳动用工义务**”，该等认定方式也符合原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知(劳社部发〔2005〕12号)》所规定的劳动关系审查认定原则。

根据上述意见，在新就业形态从业人员符合法定的劳动者主体资格情形下，如平台企业要求从业人员签收并严格遵守适用于公司正式员工的规章制度、从业人员工作时间与工作内容完全来自于平台企业的调度安排(不能自由安排工作时间)、平台企业对从业人员实施常态化的考勤管理和/或绩效管理的，则双方将有较大可能被认定构成劳动关系，平台企业应依法与从业人员订立劳动合同。

(二) 不完全符合确立劳动关系情形

《指导意见》结合新就业形态的用工特点首次提出“不完全符合确立劳动关系情形”，并指出在此情形下“企业应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”。对上述情形的定义积极明确了针对从业人员的权益保障不应以确立劳动关系作为唯一前提，在现有劳动法律法规框架下拓宽了从业人员权益保障的适用范围，但并未对有关情形的认定依据和书面协议应当约定内容予以具体规定。

对此，《上海实施意见》明确“不完全符合确立劳动关系情形”是指“**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，劳动者劳动过程要遵守平台企业确定的算法等规则的**”并指出双方应通过书面协议约定**工作报酬、工作时间、职业保护**等权利义务内容。

根据上述意见，对于以外卖配送员为代表的在用工过程接受平台企业劳动管理并根据特定算法等规则实际开展服务的从业人员，将可能被认定与平台企业之间构成不完全符合确立劳动关系情形。企业不能仅以不构成劳动关系为由限制和排除相关从业人员的合法权益，而应与有关人员签署书面协议并明确约定工作报酬、工作时间、职业保护条款。

(三) 劳务派遣与非全日制用工情形

对于平台企业采用劳务派遣、非全日制等方式用工的，《上海实施意见》则指出有关企业应相应严格执行《劳动合同法》《劳务派遣暂行规定》等规制劳务派遣和非全日制用工法律关系的法律法规规定。

(四) 形成一般民事法律关系情形

《上海实施意见》沿用《指导意见》关于形成一般民事法律关系情形的认定规则，从业人员个人依托平台自主开展经营活动、从事自由职业的(也即平台方仅作为接派单平台向个人提供居间服务的“众包模式”)，仍按照《民法典》等一般民事法律规定调整双方的权利义务。

二. 平台企业采取合作方式用工情形下应承担的用工主体责任

《上海实施意见》要求平台企业在采取劳务派遣等合作用工方式组织劳动者完成平台工作时，应选择具备合法经营资质的企业进行合作，并对其保障劳动者权益情况进行监督；并进一步明确了特定合作方式下的用工主体责任承担原则。

(一) 劳务派遣用工

《上海实施意见》强调，平台企业采用劳务派遣方式用工的，只能在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施，同时应依法履行用工比例、同工同酬等责任；给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与平台企业承担连带赔偿责任。

(二) 外包与其他合作用工方式

《上海实施意见》指出，平台企业采取外包等其他合作用工方式的，应督促合作企业依法用工并维护劳动者相关权益；平台企业存在未及时有效进行监督、未合理披露实际用人单位情况等过错，导致劳动者权益受到损害的，应依法承担相应责任。

(三) 以非劳动关系名义用工

实践中，平台企业往往通过会在与从业人员之间签订的各类协议中约定“双方之间不成立劳动关系或事实劳动关系”。对此，《上海实施意见》明确，平台企业以非劳动关系名义用工，但符合劳动关系特征的，仍应依法承担相应责任，该等意见有效限制了平台企业利用灵活用工方式规避劳动关系项下的用人单位主体责任。

三. 从业人员的就业环境与就业待遇

《上海实施意见》结合平台经济的实践特征，聚焦新就业形态劳动者权益保障面临的突出问题，提出针对性完善意见。

(一) 落实公平就业制度

《上海实施意见》强调，“企业招用劳动者**不得设置性别、民族、户籍等歧视性条件，不得以缴纳保证金、押金或者其他名义向劳动者收取财物，不得违法限制劳动者在多平台就业**。对于建立

劳动关系的劳动者，如果同时与其他企业建立劳动关系，对完成本企业工作任务造成严重影响，或者经本企业提出，拒不改正的，依照劳动法律相关规定处理。”

《上海实施意见》充分考虑到平台经济的灵活性特征，保障从业人员在多平台就业的权利，也即平台企业不得限制除正式建立劳动关系人员外的其他从业人员在为本企业服务的同时为其他平台企业提供服务，否则将被认定为违法。对于正式建立劳动关系的从业人员，则应严格适用《劳动合同法》对于一般劳动者的相关限制。同时，部分平台企业在过往实践中可能存在向从业人员针对发放的服装、车辆收取押金或要求从业人员在缴纳从业保证金的行为，此类行为也将被认定为违法。

(二) 保障合理劳动报酬

《上海实施意见》对于从业人员劳动报酬的最低标准作出规定，即“**劳动者在提供正常劳动情况下，折算到小时后的劳动报酬应不低于本市最低工资标准**”。同时，《上海实施意见》提出“支持工会与行业协会、头部企业开展协商，订立行业集体合同或协议，合理确定行业劳动定额标准和计件单价。督促企业按时足额支付劳动报酬，不得克扣或者无故拖欠。引导企业建立劳动报酬合理增长机制，逐步提高劳动报酬水平”。

考虑到从业人员个人在与平台企业协商时缺乏缔约协商能力，结合近年来的行业实践，在未来工会及相关行业协会将更频繁地参与从业人员与平台企业之间有关集体合同、集体协议等订立事项。平台企业应当根据《上海实施意见》确定的劳动报酬与劳动定额标准科学、合理地设定本企业标准，在用工过程中积极保障从业人员劳动报酬的按时足额支付。

(三) 完善休息休假制度

长时间高强度工作等严重侵犯从业人员休息休假权利问题长期受到社会各界广泛关注。对此，《上海实施意见》提出“推动行业明确劳动定员定额标准，科学确定劳动者工作量和劳动强度。督促企业按规定合理确定休息办法，保证新就业形态劳动者的休息权。**企业因工作性质或工作特点，不能实行标准工时制度的，符合条件的可以申请实行不定时工作制或综合计算工时工作制等其他工作和休息办法。督促企业在法定节假日支付高于正常工作时间劳动报酬的合理报酬或给予额外补偿。**”

对于从业人员超时加班问题，《上海实施意见》仅针对法定节假日加班(未涉及工作日和休息日)提出督促(而非强制)平台企业支付高于正常工作时间劳动报酬的“合理报酬”或“给予额外补偿”，并未参照《劳动法》规定的加班工资支付方式确定保障原则，体现出一定的监管包容性。

同时，关于不符合确立劳动关系情形的从业人员是否可以根据《上海实施意见》规定申请适用不定时工作制或综合计算工时工作制，值得在未来予以进一步关注。

(四) 提升社会保险水平

《指导意见》此前提出,“各地要放开灵活就业人员在就业地参加基本养老、基本医疗保险的户籍限制,个别超大型城市难以一步实现的,要结合本地实际,积极创造条件逐步放开”。对此,《上海实施意见》予以积极回应,提出“**研究积极创造条件逐步放开外省市户籍在本市灵活就业人员参加本市基本养老、基本医疗保险户籍限制的可行性**”。

根据上海市人社局同步发布的《<关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的实施意见>的政策问答》,文件仍指出“本市户籍居民及其外省市配偶可参加本市灵活就业缴费;外省市户籍灵活就业人员,原则上回户籍地参保”,但相关社会保险缴纳政策有望在未来逐步放开。

(五) 强化职业伤害保障

完善职业伤害保障是国家和各级政府在完善新就业形态劳动者权益保障工作领域的一项关键措施,此前《指导意见》明确提出“强化职业伤害保障,以出行、外卖、即时配送、同城货运等行业的平台企业为重点,**组织开展平台灵活就业人员职业伤害保障试点,平台企业应当按规定参加**”。《上海实施意见》正式提出积极开展上海市平台灵活就业人员职业伤害保障试点工作,在试点过程中探索**完善职业伤害保障的覆盖群体、参保缴费、保障情形、待遇支付等政策规定**,并鼓励平台企业通过**参加职工互助专享保障、通过购买人身意外、雇主责任等商业保险**以形成多样化的职业伤害保障体系。

目前上海市尚未就试点工作开展公布相关方案细则。以前已经开展相关试点工作的浙江省为例,其要求平台企业为劳动者单险种参加工伤保险,参保缴费、工伤认定、劳动能力鉴定、待遇标准、争议处理等按照《工伤保险条例》,且明确“从业人员同时接送多单且难以确定责任的,由同一路程首单平台企业承担工伤保险责任”。未来,上海市职业伤害保障制度究竟会以何种形式落地,值得各方持续关注。

(六) 制定完善规则算法

针对社会各界热议的平台企业算法与规则合理性问题,《指导意见》此前提出“督促企业**制定修订平台进入退出、订单分配、计件单价、抽成比例、报酬构成及支付、工作时间、奖惩等直接涉及劳动者权益的制度规则和平台算法**,充分听取工会或劳动者代表的意见建议,将结果公示并告知劳动者。工会或劳动者代表提出协商要求的,企业应当积极响应,并提供必要的信息和资料。指导企业建立健全劳动者申诉机制,保障劳动者的申诉得到及时回应和客观公正处理。”

《上海实施意见》在此基础上进一步强调“**不得将最严算法作为考核要求,遏制‘以罚代管’**”并提出“支持企业工会加强对企业执行相关制度规则和平台算法情况的有效监督”。结合《上海实施意见》将上海市市场监督管理局列为责任单位,各级市场监督管理部门在未来将在监管端对平台

企业的算法规则作出严格的审查,同时企业还必须参照《劳动合同法》规定的规章制度民主制定程序制定和修订相关制度规则与平台算法,如平台算法违反相关监管要求或通过平台企业通过算法、规章制度对从业人员采取明显超过合理限度的处罚的,将被要求承担违法责任。

此外,平台企业还应实时关注行业主管部门发布的涉及从业人员权益保障的规范性文件。例如,上海市邮政管理局联合上海市人社局等八部门于2022年2月16日印发《关于做好本市快递员群体合法权益保障工作的实施意见》,就快递员群体权益保障工作提出相关意见和要求,对于快递业企业用工管理具有重要参考价值。

四. 从业人员权益保障工作机制

针对从业人员权益保障工作机制的完善,《上海实施意见》指出,“各有关部门和单位要**实施包容审慎监管,建立平台企用工情况报告制度**,鼓励平台企业与从业人员就劳动报酬、劳动保护等建立沟通协调机制。引导平台企业完善申诉处理机制,按行业标准积极协商解决从业人员的合理诉求。**健全劳动者权益保障联合激励惩戒机制**”。上述内容在体现政府部门健全权益保障工作机制举措决心的同时,也反映出相关部门对于平台企业的监管态度也较为谨慎,在强化从业人员权益保障的同时也不会过度干扰平台企业的经营。

同时,《上海实施意见》强调未来将继续通过行业建会、区域建会等多种形式,扩大新就业形态工会组织覆盖面,加强工会对新就业形态从业人员的服务和保障。在未来,对于平台企业尤其是头部企业而言,依法建会将成为一种必然趋势。此外,根据《上海实施意见》内容,下一步上海市高级人民法院和上海市人社局还将进一步制定相关文件,以统一新就业形态劳动争议案件的受理标准和办案尺度。

最后,需要注意的是,《上海实施意见》作为有关部门联合发布的纲领性指导文件,对于部分细则性内容(如针对违法行为的罚则等)并未作出明确规定,建议平台企业今后密切关注相关责任单位在未来制定和发布的配套细则文件及实践口径,相应调整本企业新就业形态从业人员用工管理模式。

如您希望就相关问题进一步交流，请联系：



辜鸿鹄
+86 21 3135 8722
patrick.gu@llinkslaw.com

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求，请随时与我们联系: master@llinkslaw.com

上海

上海市银城中路 68 号
时代金融中心 19 楼
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

北京

北京市朝阳区光华东里 8 号
中海广场中楼 30 层
T: +86 10 5081 3888
F: +86 10 5081 3866

深圳

深圳市南山区科苑南路 2666 号
中国华润大厦 18 楼
T: +86 755 3391 7666
F: +86 755 3391 7668

香港

香港中环遮打道 18 号
历山大厦 32 楼 3201 室
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

伦敦

1/F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323



www.llinkslaw.com



Wechat: Llinkslaw

本土化资源 国际化视野

免责声明：

本出版物仅供一般性参考，并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

© 通力律师事务所 2022