

新就业形态劳动者休息权法律保障实证研究

卢一赫^{1*}, 李子怡¹, 张雯嘉¹

(1.西南民族大学, 四川省成都市, 610041; *通讯作者, 2294069901@qq.com)

摘要:数字经济时代下,新就业形态劳动者数量激增,但其休息权却未得到切实保障。本文采用实证研究方法,以2018-2024年174例涉及新就业形态劳动者休息权保障争议的案例为样本,考察新就业形态劳动者休息权保障的实践情况,并从劳动关系认定、工时制度、用人单位责任、举证责任四个角度探析新就业形态劳动者休息权法律保障的困境。针对四个困境,笔者从劳动关系、制度解释、算法机制、薪酬制度以及集体协商五个角度提出对策建议予以纾解,从而帮助保障新就业形态劳动者休息权,以新型劳动者发展带动新质生产力发展。

关键词:新就业形态劳动者;休息权;实证研究

引言

在数字经济时代,平台经济新业态改变了传统的劳动模式,为了对新就业形态劳动者提供劳动法上的保护,2021年7月我国人力资源社会保障部等八部门共同印发了《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》(下称“《指导意见》”),明确指出平台用工关系存在劳动关系、民事关系以及“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”(下称“不完全劳动关系”)。

以外卖骑手、网约车司机为典型代表的新就业形态劳动者在享受灵活用工模式带来的福利同时,却同样因为“灵活”的特性面临劳动权益被侵害的问题:用工形式特殊导致无法被认定是劳动者、用工较为灵活导致工作时间无法确认、强制加班却无法享受加班补贴、持续高强度工作却仍无法享受节假日。如何在数字经济时代背景下,以现有法律体系合理保护新就业形态劳动者的休息权,创造更好的劳动环境,平衡用人单位与劳动者之间的权益成为现阶段我国社会法领域需要解决的问题之一。

因此,本文将从实务角度出发,以174份新就业形态劳动者休息权纠纷裁判案例为基础,通过实证研究方法,以实证分析数据为依据,总结目前新就业形态劳动者休息权法律保障的困境,并提出解决现实困境的路径建议,从而达到有效保障新就业形态劳动者休息权,缓和新就业形态劳动者与用人单位之间的矛盾,以新型劳动者群体发展大力促进新质生产力发展的目的。

1 新就业形态劳动者休息权法律保障的实证考察

笔者于2024年10月2日以“外卖员”“网约车司机”“休息权”“加班费”“休息”“节假日”等关键词,以“2018-2024年”为时间节点,于中国裁判文书网进行案例检索,共得到案例432份。围绕着“新就业形态劳动者休息权保障”的主题,经过人工筛选获取有效样本案例174份。下文就样本案例展开实证分析,力求呈现我国新就业形态劳动者休息权法律保障的真实样态。

1.1 法院对案涉劳动者与用人单位之间法律关系的认定情况

1.1.1 法院对案涉劳动者与用人单位之间法律关系认定情况分布

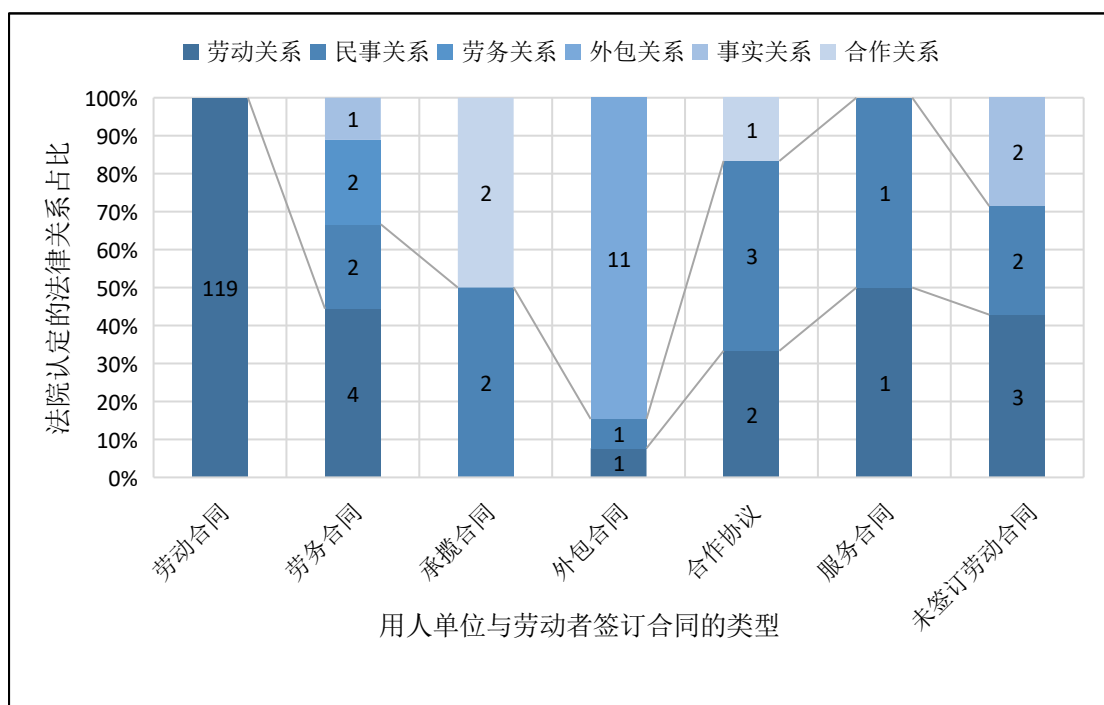


图 1 法院对劳动者与用人单位间法律关系认定的情况

根据实证研究数据（见图 1），涉及确认法律关系认定的样本案例共 160 个，其中新就业形态劳动者与用人单位签订劳动合同，法院均认定两者之间构成劳动关系的样本案例数高达 119 个，占比达 74.38%，而对于签订除劳动合同外的其他合同的样本案例共 41 个，占比达 25.62%。

在签订劳务合同、承揽合同、外包合同等其他类型合同的劳动纠纷案件中，部分法院对于法律关系的认定并不会只依据合同形式简单认定¹，而会在分析新就业形态劳动者的工资发放情况、被管理情况等用人单位的实际用工情况后，进一步认定法律关系，是符合现行劳动关系认定规则的做法。

法院认定劳动者和用人单位之间的法律关系为民事关系的案例数量共有 11 例²，且每类非劳动合同的样本案例中都存在认定其为民事关系的案例。这说明部分用人单位通过与新就业形态劳动者签订非劳动合同的形式，实现去劳动关系化，使得新就业形态劳动者获得不了法律意义上的劳动者身份，从而逃避用人单位劳动法上的义务，使得法律难以对该类群体予以充分保护。

1.2 法院对新就业形态劳动者工时制度的认定情况

法院在处理加班费争议中，新就业形态劳动者的工时制度认定往往影响最终的判决结果，因此笔者在此对样本案例中涉及法院认定工时制度的案例进行统计并分析。

¹ 出现该类情况的有（2021）京 0112 民初 40616 号民事判决书、（2021）湘 01 民终 9301 号民事判决书、（2020）湘 1224 民初 2715 号民事判决书、（2019）沪 01 民终 11709 号民事判决书、（2019）浙 03 民终 1644 号民事判决书等样本案例，共 11 例。

² 出现该类情况的有（2023）辽 01 民终 16821 号民事判决书、（2023）云 0302 民初 2646 号民事判决书、（2022）鲁 03 民终 2758 号民事判决书、（2021）皖 0811 民初 1397 号民事判决书、（2020）粤 2072 民初 10500 号民事判决书等样本案例，共 11 例。

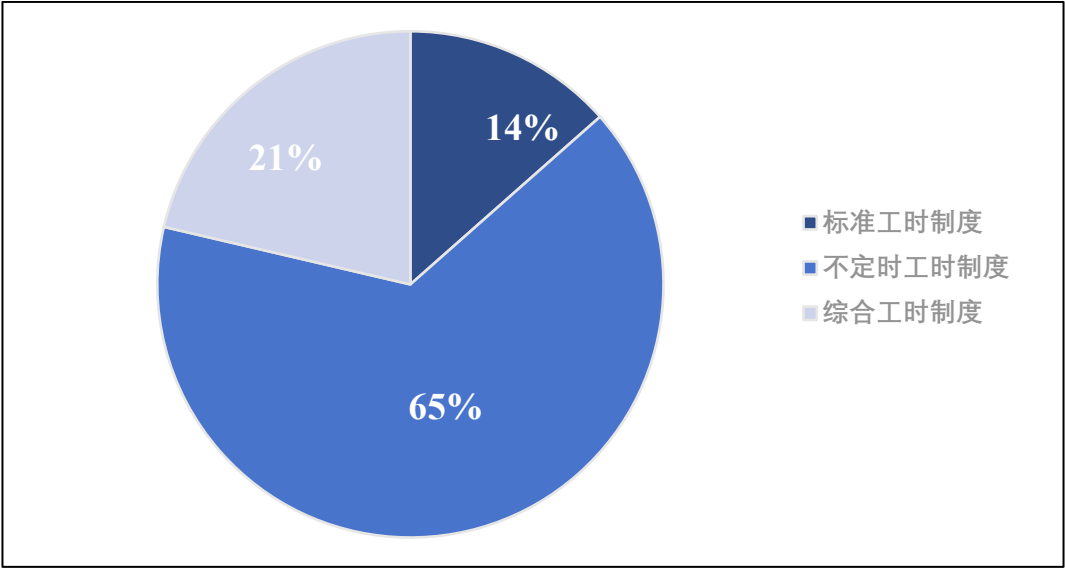


图2 工时制度法院认定情况

根据图2数据显示，法院主要认定新业态劳动者的工时制度为不定时工时制度，认定比例达到了65.17%。而将其认定为标准工时制度的占比则相对较少，仅为13.48%。虽然存在因个案具体情况不同而影响法院对工时制度认定的因素，但上表可以从宏观角度反映法院对于新就业形态劳动者的劳动工时制度认定的大致情况。

1.3 休息休假制度实施情况实证分析

劳动者休息权的实现，直接表现为有足够的日常休息时间、合理限度的工作时间以及能正常休假的法定节假日。在此，笔者通过分析样本案例，得出在不同的工时制度下，法院对劳动者实际工作时间以及休假制度具体实施的认定情况。

1.3.1 劳动者实际工作时间情况实证分析

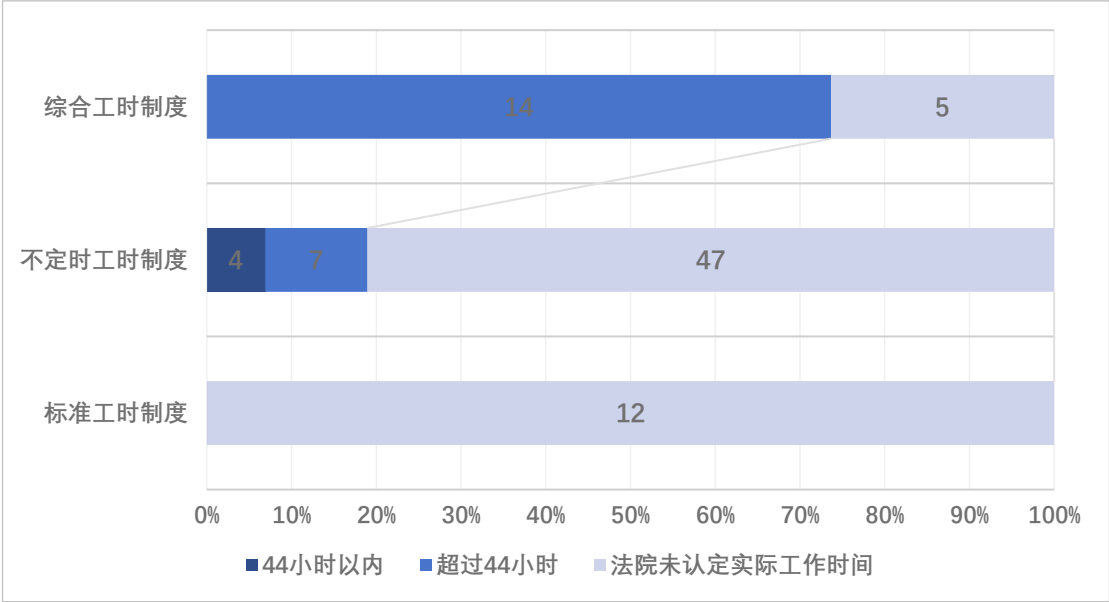


图3 劳动者每日实际工作时间分析

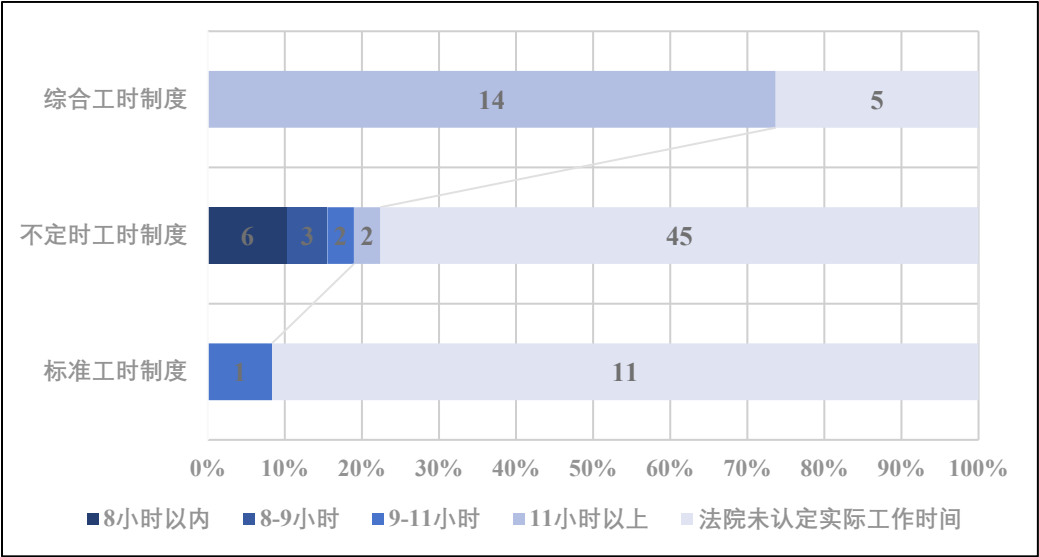


图 4 劳动者每周实际工作时间分析

从图 3 和图 4 中可知，在被法院认定为适用标准工时制度的样本案例中，存在每日实际工作时间达到 9 小时到 11 小时区间的情况，甚至出现了月工作时间高达 300.48 小时的案例。在适用不定时工时制度的样本案例中，每日工作时间超出八小时的情况占比 12.07%，每周工作时间超过 44 小时的情况占比 18.97%，而法院未作认定的比率各占 77.59%和 81.03%³。在适用综合工时制度的样本案例中，每日工作时间在 11 小时以上的占比以及每周工作时间超过 44 小时的占比均高达 73.68%。

可见，在现实情况中，无论适用何种工时制度，新就业形态劳动者超时加班情况十分常见存在工作时间过长的问题。同时，也可得出，基于不定时工时制的工作时间认定，存在法院难以界定的困境。

1.3.2 劳动者休假制度实施情况实证分析

在对新就业形态劳动者日常工作时间的延长情况进行实证分析后，笔者将从周休、法定节假日与带薪年假三种类型的休假制度角度对新就业形态劳动者休假制度的实施情况主要加以分析。劳动者休假制度在实施过程中，主要存在用人单位通过奖励机制鼓励周休加班、劳动者有加班事实但无法证明加班、用人单位强制加班等劳动者周休时间进行加班的情形。

表 1 劳动者休假制度实施情况分析

具体理由	分类标准		周休		法定节假日		带薪年假		平均占比
	数量	百分比	数量	百分比	数量	百分比	数量	百分比	
用人单位通过奖励机制鼓励加班的	19	10.92%	17	9.77%	17	9.77%	17	9.77%	10.15%
未经单位同意自愿来加班的	5	2.87%	2	1.15%	1	0.57%	1	0.57%	1.53%
主观自愿加班的	42	24.14%	42	24.14%	10	5.75%	10	5.75%	18.01%
用人单位强制加班的	5	2.87%	4	2.30%	3	1.72%	3	1.72%	2.30%
有加班事实但无法证明的	35	20.11%	4	2.30%	3	1.72%	3	1.72%	8.04%
法院未认定的	98	56.32%	105	60.34%	136	78.16%	136	78.16%	64.92%
未达到一年工作期限却请求带薪年假的							2	1.15%	1.15%
用人单位未安排劳动者带薪年假的							1	0.57%	0.57%
劳动者未休假							1	0.57%	0.57%

³ 例案为（2018）闽 02 民终 5526 号民事判决书。

1.3.2.1 周休实施情况

根据表 1，在样本案例中前述情形在总量中占比 37.36%，在被法院认定了周休情况的样本案例中以上情形占比甚至高达 85.53%。由此可见，新就业形态劳动者周休实际落实情况不容乐观。

1.3.2.2 法定节假日实施情况

根据数据表，涉及法院认定法定节假日情况的样本案例中以上情形占比达到了 36.23%。由此可见，虽然与周休情况相比有所改善，但新就业形态劳动者法定节假日实际落实比例依然有待提高。

1.3.2.3 带薪年假实施情况

由于国务院公布的《职工带薪年休假条例》第三条对带薪年假的前提条件进行了规定，因此劳动者需满足至少一年的工作时间，才能获得相应的年休假。在实务中，新就业形态劳动者由于工时制度特殊、工作时间难以认定等问题，满足条件的新就业形态劳动者本身占比相对较少。在此情况下，新就业形态劳动者的带薪年假实施情况，依然如前两种休假，存在用人单位通过奖励机制鼓励加班、劳动者有加班事实但无法证明加班、用人单位强制加班等加班情形，占比同样达到了 58%，甚至超出了法定节假日实施情况的占比。由此可见，新就业形态劳动者带薪年假实际落实情况不容乐观。

1.4 法院对劳动者加班费诉求的裁判情况

笔者就样本案例中的法院对劳动者加班费诉求的判决进行分析后，发现法院裁判出现了以工时制度适用情况、用人单位履行义务情况和证据使用情况三方面为主的理由，且出现了同案不同判的情况，下文笔者将以法院是否支持劳动者加班费诉求为分类依据对数据进行分析。

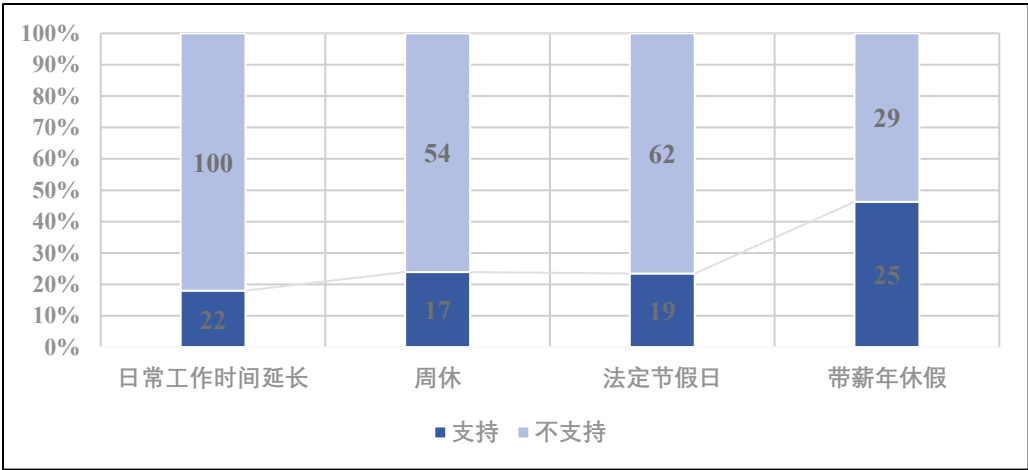


图 5 劳动者加班费诉求裁判情况

根据以上数据可知，以日常工作时间延长主张加班费诉求的样本案例数最多，多达 122 份，且法院对此的不支持率占比最高，高达 81.97%。而含带薪年假加班费诉求的样本案例数最少，仅有 54 份，法院对此的支持率与不支持率各占 46.30%和 53.70%，基本持平。

为了进一步探究实务中法院对于新就业形态劳动者加班费这一问题的认定原因，下面我们将从法院支持或不支持理由的数据分析进行阐释。

1.4.1 法院支持劳动者加班费理由分析

根据下表，可以发现在四种加班费诉求形态中，违反休息权本意，超过法院认定工时、符合法律规定，应当给予加班费、违反标准工时制、奖金/提成不认定为加班费这四类裁判理由由高到低排列，其平均占比依次为 54.33%、15.55%、15.3%、14.82%。

表 2 法院支持加班费诉求理由分布

具体理由	分类标准	日常工作 时间延长		周休		法定节假日		带薪年假		平均 占比
		数量	百分比	数量	百分比	数量	百分比	数量	百分比	
标准 工时制	超过标准工时规定的 8 小时	1	3.33%	5	10.87%	3	14.29%	4	16.67%	11.29%
	审批瑕疵，适用标准 工时制			3	6.52%	2	9.52%			4.01%
违反休息权本意，超法院认定工时		21	70.00%	10	21.74%	15	71.43%	13	54.17%	54.33%
奖金/提成不认定为加班费		8	26.67%	15	32.61%					14.82%
符合法律规定应当给予加班费				13	28.26%	1	4.76%	7	29.17%	15.55%

针对表 2 以上情况，我们将在下面进行具体分析：

1.4.1.1 理由一：违反休息权本意，超过法院认定工时

适用本理由作为裁判依据的样本案例数量在各诉讼请求下的平均占比达到了 54.33%，排名第一。法院在认定用人单位适用不定时工时制度后，本来应当依照《工资支付暂行规定》第十三条第四款的规定⁴，判决实行不定时工时制度的劳动者不应当获得加班费。但是该部分法院根据《宪法》第四十三条的规定⁵，从休息权制度的法理出发，酌定劳动者工作时间，并就超过酌定合理工作时间的部分计算加班费。⁶这一裁判理由有效地维护新就业形态劳动者合法权益，也在一定程度上填补了《工资支付暂行规定》因制定时间过早而不适用于数字经济时代劳动者的漏洞。

1.4.1.2 理由二：奖金/提成不认定为加班费

适用本理由作为裁判依据的样本案例数量在各诉讼请求下平均占比达到了 14.82%，排名第三。由于带薪年假极少存在通过发提成来抵消加班费的情况，因此并无相关案例检索。

本理由同时出现在了支持与不支持的裁判理由中，根本原因是法院对奖金/提成与加班费的性质的区分不同。使用该理由作为支持理由的法院认为：两者虽然都具有多劳多得的性质，但是奖金/提成是对于劳动者的工作的认可与激励，而加班费是对于劳动者在其应当休息时间内进行工作的补偿⁷，以奖金/提成抵消加班费支付的行为是逃避用人单位责任的行为。这一认定有力地惩罚了用人单位试图以此来逃避支付劳动者加班费的行为，同时在一定程度上帮助新就业形态劳动者跳出用人单位的“隐形控制”，保证其休息权。

1.4.1.3 理由三：审批瑕疵，应适用标准工时制

适用本理由作为裁判依据的样本案例数量在各诉讼请求下平均占比为 4.02%，排名第五。

根据《劳动法》第三十九条的规定：“企业因生产特点不能实行本法第三十六条⁸、第三十八条⁹规定的，经劳动行政部门批准，可以实行其他工作和休息办法。”适用本裁判理由的法院认为用人单位虽然主张不定时

⁴ 《工资支付暂行规定》第十三条第四款：“实行不定时工时制度的劳动者，不执行上述规定”。

⁵ 《中华人民共和国宪法》第四十三条：“中华人民共和国劳动者有休息的权利。国家发展劳动者休息和休养的设施，规定职工的工作时间和休假制度。”

⁶ 适用该理由的有（2021）川 0107 民初 21378 号、（2020）沪 01 民终 6584 号、（2019）京 02 民终 1528 号、（2019）闽 02 民终 3762 号等样本案例。

⁷ 适用该理由的有（2018）浙 01 民终 383 号、（2017）浙 01 民终 1432 号、（2017）浙 01 民终 1428 号、（2016）浙 0103 民初 7815 号等样本案例。

⁸ 《中华人民共和国劳动法》第三十六条 国家实行劳动者每日工作时间不超过八小时、平均每周工作时间不超过四十四小时的工时制度。

⁹ 《中华人民共和国劳动法》第三十八条 用人单位应当保证劳动者每周至少休息一日。

工时制，但因该单位在并未经过劳动行政部门审批、仅审批了部分劳动者或者未通过劳动行政部门批准等程序瑕疵情况下，便适用不定时工时制度是不合理的，故法院认定应当适用标准工时制。¹⁰

1.4.2 法院不支持劳动者加班费理由分析

根据表 3，我们可以发现在四种加班费诉求形态中，不定时工作制度不适用加班费¹¹、无证据证明加班事实¹²、无劳动关系不适用加班费¹³以及提成应当认定为加班费¹⁴这四种裁判理由的占比较高，其平均占比分别为 27.15%、33.95%、14.63%、10.49%。

表 3 法院不支持劳动者加班费理由分析

数据类型	分类标准	日常工作 时间延长		周休		法定节假日		带薪年假		平均 占比
		数量	百分比	数量	百分比	数量	百分比	数量	百分比	
不定时 工时制	不适用加班费	26	22.03%	23	32.39%	27	34.18%	6	20.00%	27.15%
	审批瑕疵但仍应适用不定时工作制度	1	0.85%	1	1.41%	1	1.27%			0.88%
用人单 位已履 行义务	已告知无加班费	8	6.78%	2	2.82%	2	2.53%			3.03%
	已支付固定加班费	1	0.85%					3	10.00%	2.71%
	提成认定为加班费	15	12.71%	10	14.08%	12	15.19%			10.49%
	奖金认定为加班费	9	7.63%							1.90%
	已全额支付加班费	5	4.24%							1.06%
无劳动关系不适用加班费		18	15.25%	14	19.72%	16	20.25%	1	3.33%	14.63%
无证据证明加班事实		35	29.66%	21	29.58%	21	26.58%	15	50.00%	33.95%
未经仲裁不予受理								1	3.33%	
职工不享受带薪年假								4	13.33%	

针对表 3 以上四种情况，我们将在下面进行具体分析：

1.4.2.1 理由一：不定时工时制度不适用加班费

适用本理由作为裁判依据的样本案例数量在各诉讼请求下的平均占比达到了 27.15%，排名第二。这类法院均是以《工资支付暂行规定》第十三条第四款的规定¹⁵作为裁判依据，因新就业形态劳动者大多适用不定时工作制，所以判决其不适用加班费。

1.4.2.2 理由二：无劳动关系不适用加班费

适用本理由作为裁判依据的样本案例数量在各诉讼请求下的平均占比达到了 14.63%，排名第三。根据《宪法》及《劳动法》的规定，只有劳动者才享有法律保护的休息权利。然而法院并不认为新就业形态为劳动形态，因此其并不适用休息制度及加班费规定，因而导致了本裁判理由的出现。

¹⁰ 适用该理由的样本案例有(2023)浙 0102 民初 13925 号。

¹¹ 适用该理由的有(2024)豫 01 民终 9134 号民事判决书、(2023)京 03 民终 15577 号民事判决书、(2022)粤 0112 民初 18461 号民事判决书、(2022)吉 01 民终 4659 号民事判决书、(2021)津 02 民终 9180 号民事判决书等样本案例。

¹² 适用该理由的有(2023)浙 0102 民初 13925 号民事判决书、(2022)青民申 113 号民事裁定书、(2022)京 0105 民初 37018 号民事判决书、(2021)皖 0811 民初 1397 号民事判决书、(2020)川 0108 民初 1934 号民事判决书等样本案例。

¹³ 适用该理由的有(2023)云 0302 民初 2646 号民事判决书、(2020)桂 0330 民初 1466 号民事判决书、(2019)津 0104 民初 16201 号民事判决书、(2018)京 0108 民初 55941 号民事判决书等样本案例。

¹⁴ 适用该理由的有(2020)湘 0281 民初 4044 号民事判决书、(2019)京 01 民终 8401 号民事判决书、(2019)京 01 民终 8389 号民事判决书、(2018)京 0108 民初 55942 号民事判决书等样本案例。

¹⁵ 《工资支付暂行规定》第十三条第四款：“实行不定时工时制度的劳动者，不执行上述规定”。

1.4.2.3 理由三：提成应当认定为加班费

适用本理由作为裁判依据的样本案例数量在各诉讼请求下的平均占比达到了 10.49%，排名第四。由于带薪年假极少存在通过发提成来抵消加班费的情况，因此并无相关案例检索。这类法院根据用人单位的抗辩推定劳动者与用人单位已就加班费问题达成一致或者已经以支付一定的形式来抵消加班费支付，从而并不支持劳动者的加班费诉求。

1.4.2.4 理由四：无证据证明加班事实

适用本理由作为裁判依据的样本案例数量在各诉讼请求下的平均占比达到了 33.95%，排名第一。在这些样本案例中，劳动者难以就加班事实进行取证、也难以就工作时间认定提供有利的证据，使得法院会因劳动者无法完全满足证据证明责任，从而判决其承担证明不能的不利后果。

1.5 群体性案例同案不同判的情况分析

在样本案例中，大量出现以天津安驾商务咨询服务有限公司（下称“安驾公司”）、安徽金诺亚人力有限公司等公司为被告的群体性争议案件，在这些案件中安驾公司系列案件具有较大的研究意义。安驾公司是以提供网络预约用车服务为核心业务的有限责任公司，公司与相应网约车司机均签有劳动合同，薪酬方案为“基本工资+加班费+勤奋奖+特别奖金”。该公司的网约车司机就加班费问题与公司产生争议并进行起诉。该系列案件的三个争议焦点在广西¹⁶、广东¹⁷以及浙江¹⁸的法院判决中均出现了完全不同的判决结果，下面将对三个争议焦点各法院的判决情况进行整理与分析（见表 4）。

表 4 同案不同判裁判情况

法院情况	焦点一	焦点二	焦点三	支持情况
浙江法院	否	否	是	支持
广西法院	是	是	否	不支持
广东法院		是	否	不支持

1.5.1 焦点一：“勤奋奖”是否应当认定为已经支付加班费

本案所述“勤奋奖”是指的对于每日在线时长超过 11 小时且服务质量达标的司机所给予的金钱，且该“勤奋奖”审固定在公司《薪酬管理办法》之中的。

在广西法院看来，“勤奋奖”已经经过原告确认，是原告与被告的意思表示达成一致的结果，应当认定为含有延时加班工资的内容，因此用人单位无需再支付。而在浙江法院看来，“勤奋奖”是一种激励机制，发放金额依赖于月“计奖营业额”排名，计算方法与仅根据加班时间与工资计算的加班费完全不同。可见，两法院是对“勤奋奖”的性质上产生分歧从而导致结果不一。

1.5.2 焦点二：《薪酬管理办法》和《驾驶员薪酬政策简介》是否可以被法院采纳

本争议焦点的出现主要是由于浙江法院与其他两法院对于薪酬规定的有效要件的确认出现分歧。

浙江法院认为这一类薪酬规定应当按照《劳动合同法》第四条¹⁹通过民主程序进行制定，并经过有效的公示或者告知程序，才可以对劳动者适用。然而本案中用人单位并未提供相关证据证明以上两项事实存在，因此

¹⁶ 出现该情况的有（2016）桂 0503 民初 733 号民事判决书、（2016）桂 0503 民初 747 号民事判决书、（2016）桂 0503 民初 749 号民事判决书、（2016）桂 0503 民初 753 号民事判决书等样本案例。

¹⁷ 出现该情况的有（2016）粤 1971 民初 7839 号民事判决书、（2016）粤 1971 民初 7875 号民事判决书、（2016）粤 2071 民初 14195 号民事判决书、（2016）粤 2071 民初 14202 号民事判决书等样本案例。

¹⁸ 出现该情况的有（2018）浙 01 民终 970 号民事判决书、（2018）浙 01 民终 383 号民事判决书、（2017）浙 01 民终 1432 号民事判决书、（2016）浙 0103 民初 7815 号民事判决书、（2016）浙 0103 民初 7816 号民事判决书等样本案例。

¹⁹ 《中华人民共和国劳动合同法》第四条：“用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。

浙江法院推定两规定不能对劳动者适用。然而在另外两个法院，其并未对两文件的订立程序进行确认，其只是依照劳动者和用人单位达成一致来推定两文件一定适用于劳动者，并未确认是否民主产生。

1.5.3 焦点三：网约车司机在线时长是否完全认定为工作时长

浙江法院认为不能混淆乘客需要的服务和安驾公司为了提供服务而要求驾驶员进行的工作。对于安驾公司业务来说，一个驾驶员在线可以便于其对用车订单及时响应，这对公司利益非常重要，所以应当认定为工作时间。而其他法院则认为，在线时间内劳动者需要休息和吃饭，也可能从事与工作无关的事情，因此在线时长不完全是原告工作时长。三法院从劳动者和用人单位两角度出发来判断在线时长，从而导致了分歧。

2 新就业形态劳动者休息权保护困境

2.1 新就业形态劳动者身份认定困难

新就业形态劳动者本应具有劳动者身份，享有休息权，但用人单位基于去劳动关系化的目的，利用法律的滞后性使得他们被排除在劳动者之外，从而无法享有本应享有的休息权利。根据前文的实证分析部分，可将具体情况分为以下两个方面。

一方面，网络平台与劳动者之间的合同形式多样，用人单位以非劳动合同排除自己的合法义务。在法院对法律关系认定情况的数据分析（见图1）中，涉及劳资关系认定的有效样本案例共有160份，其中存在41份订立了非劳动合同的其他类型合同，由此可知新就业形态劳动者与用人单位签订合同不仅限于劳动合同，包括还不限于合作协议、服务协议。这类非传统合同往往刻意模糊双方的劳动关系，强调双方的平等合作的民事关系，以不完全劳动关系为名义规避劳动法上的用人单位责任。这使得在认定劳动者身份时，缺乏明确的合同依据，增加了认定劳动者身份的难度。

另一方面，新就业形态劳动者与用人单位之间的劳动关系难以适用传统的劳动关系认定标准，使得新就业形态劳动者身份难以得到认定。与传统的劳动关系不同，新就业形态劳动者往往没有固定的工作时间和工作地点，难以明确界定劳动关系的从属性。同时，平台运营主体和管理方式较为复杂，以在法院对双方法律关系认定情况数据分析为例（见图1），在13份样本案例中签订外包合同的劳资关系中有11份认定为外包关系，由此可见，部分用人单位通过层层转包、代理等方式将业务外包，将新就业形态劳动者与实际用工主体之间置于不完全劳动关系中，使得新就业形态劳动者的身份在法律上被排除出劳动者身份，而将之认为是民事关系中的主体之一，最终使新就业形态劳动者的合法权益难以得到有效维护[1]。

综合以上可知，由于不完全劳动关系的特殊性质，资本意图利用其模糊与新就业形态劳动者之间的关系，将新就业形态劳动者划分出劳动者范围之外，以求达到逃避用人单位法定责任和降低用工成本的效果，进而实现剥削事实劳动者劳动价值的目的。

2.2 非标准工时制度实施规定模糊

根据前文法院认定的新就业形态劳动者实际工作情况以及工时制度的情况数据，可以总结出现行的非标准工时制度存在实施规定模糊，导致用人单位过度加长新就业形态劳动者工作时间导致其休息权无法保障的困境。

用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。

在规章制度和重大事项决定实施过程中，工会或者职工认为不适当的，有权向用人单位提出，通过协商予以修改完善。用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。”

2.2.1 现行非标准工时制度规定存在模糊地带

在我国劳动法律法规中，标准工时制度规定明确²⁰，但对于非标准工时制度，相关规定则较为粗糙。²¹什么是非标准工时制度，非标准工时制度如何认定等问题均不明确。

法院对新就业形态劳动者的劳动工时制度认定的实证数据显示（见图 2），法院主要认定新就业形态劳动者的工时制度为不定时工时制度，占认定比例的 65.17%。而将其认定为标准工时制度的占比则相对较少，仅为 13.48%。但是法院认定的新业态劳动者的实际劳动时间实证分析数据表明，在适用不定时工时制度的情况下，每日工作时间超出八小时的情况占比 53.86%，每周工作时间超过 44 小时的情况占比 63.63%。对于适用综合工时制的新就业形态劳动者，每日工作时间在 11 小时以上的占比以及每周工作时间超过 44 小时的占比均高达 73.68%。可见，实际情况中，适用非标准工时制的新业态劳动者的实际劳动时间普遍偏长，休息权得不到有力的保障。

另外，结合对于新业态劳动者加班费不被支持的实证分析数据（见表 3）可知，法院适用不定时工时制度不适用加班费作为裁判依据的样本案例数量在各诉讼请求下的平均占比达到了 27.15%，排名第二。由此可见，根据现有的有关非标准工时的规定，在新业态劳动者工作时间普遍延长但适用非标准工时的情况下，劳动者的加班费往往得不到支持，休息权被侵犯得不到应有的补偿。

2.2.2 非标准工时制度不适用加班费的规定不能适应当下要求

“非标准工时制度不适用加班费”是劳动与社会保障部在 1995 年公布施行的《工资支付暂行规定》第十三条第四款的规定。当时对非标准工时制度的认定标准在人力资源社会保障部自 1995 年 1 月 1 日起施行的《关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法》第四条、第五条进行规定。

然而，《规定》与《办法》均是基于当时的历史背景和各行业劳动者特征加以规定的，并未预见到当下数字经济迅猛发展，出现大量新就业形态劳动者这样的情况。其规定已经不能完全适应当下情形。《工资支付暂行规定》中，“非标准工时制度不适用加班费”的规定是基于认为非标准工时制度是为了规定工作时间无法整块统计的工时情况，但不意味着适用非标准工时制度的劳动者每日的工作时间可以因此延长。适用非标准工时的新业态劳动者却往往因为非标准工时制度规定模糊而每日工作时间过长。

另外，根据本研究得出的实证数据（见表 3），适用“非标准工时制度不适用加班费”规定进行裁判的案件，在各诉讼请求下平均占比达到了 27.15%，排名第二。可见，“非标准工时制度不适用加班费”这一规定会导致工作时间普遍被延长的新业态劳动者加班费得不到支持，休息权得不到保障。在现实裁判中该条规定存在不能适应当下要求的困境。

2.3 用人单位消极履行义务

根据前文对于法院不支持劳动者加班费诉求的数据分析，用人单位在劳动者休息权保护中处于重要地位，然而现在的平台企业并没有积极履行保护劳动者休息权的义务，从而导致劳动者的合法休息权利被侵害。下面笔者将从三点展开论述。

2.3.1 用人单位隐形控制劳动者

在前文的数据分析中（见表 3），在用人单位通过奖励机制鼓励加班的情况下，会有 10.92% 的劳动者选择放弃周休进行加班、有 9.77% 的劳动者会放弃法定节假日或者带薪年假进行加班。

在这种接单机制下，劳动者会被薪酬奖励所激励，不断驱使自己加班，从而达到自我盘剥、自我规训和自我加压，陷入一种收入激励下的主动过劳状态[2]。新就业形态劳动者会愿意不断延长工作时间，消磨工作与生活的边界，心甘情愿地成为“全天候工人”[3]，从而丧失自己对于个人生活和休息空间的掌控权。

²⁰ 《中华人民共和国劳动法》第三十六条 国家实行劳动者每日工作时间不超过八小时、平均每周工作时间不超过四十四小时的工时制度。

²¹ 《中华人民共和国劳动法》第三十九条：“企业因生产特点不能实行本法第三十六条、第三十八条规定的，经劳动行政部门批准，可以实行其他工作和休息办法。”

用人单位通过发放奖励这种劳动者认为的正向方式达到了隐形控制劳动者的负向结果，使得劳动者对平台制度产生认同，牢牢控制劳动者不断为了更多的收入而拼命工作。由于这样的隐形控制是劳动者自我盘剥规训的结果，难以取证且并不存在传统意义上的可罚性，因此是劳动者休息权保护的重难点。

2.3.2 用人单位排除自己的合法义务

用人单位除了采取隐形控制的剥削手段外，还往往通过混淆概念、提前告知等方式来排除自己合法义务。数据显示（见表3），6.78%的法院采纳“已告知无加班费”的理由对劳动者的诉求不予支持，12.71%的法院则采纳“已支付提成作为加班费”为理由对劳动者的诉求不予支持。然而在这部分公司内，大多数的薪酬结构多为“基本工资+提成+其他工资”的形式，然而在这种薪酬结构里并未出现加班费，也并未将提成与加班费相联系。面对这样的情况，用人单位实际是在混淆概念来排除自己的合法义务，从而躲避支付加班工资的情况。

同时，利用提前约定来排除支付加班费也存在侵权问题。虽然法院以“协商一致”为理由予以认定，但是法院并没有考虑到新业态劳动者的特殊状况。新业态劳动者签订劳动合同往往是依托于线上平台的格式合同，劳动者如果想要获得此份工作，就必须同意该类条款并予以签订，这样的方式并无法使得劳动者与用人单位自愿平等协商一致，而是使劳动者“被迫协商一致”。用人单位利用平台用工的特殊性剥夺劳动者的协商权，从而达到形式上的协商一致，让劳动者必须签订可能侵犯自身休息权的条款，是对劳动者休息权的侵犯。

2.3.3 劳动者民主管理制度未发挥积极作用

我国《劳动法》第七条²²、第八条²³，《劳动合同法》第四条均对劳动者的集体民主管理机构的相关权利进行了规定。在安驾公司的群体性纠纷案例中，浙江法院认为安驾公司的《薪酬管理办法》和《驾驶员薪酬政策简介》并没有证据表明经过了民主管理机构的民主投票产生便将其适用于全体劳动者，应当不予认可。

可见，仍有部分公司存在对涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项没有经过工会或者职工代表大会的讨论与协商确定，或者讨论了并未留下会议资料等形成管理制度的过程性材料的情况。而这种情况的出现既是对我国劳动者集体协商、民主管理制度的漠视、也是对于劳动者合法权益的侵害[4]。

而这种弱化与新就业形态劳动者的劳资关系形态也是密不可分的。在去劳动关系化的用工形态背景下，劳动者与用工平台之间的组织从属性与人身从属性正在被不断弱化，这导致传统的职工代表大会制度也难以维系。

2.4 劳动者加班事实举证困难

前文数据显示（见表3），法院以“无证据证明加班事实”为由不支持劳动者加班费诉求的平均占比排名第一。因为无证据证明加班事实从而导致加班费诉求无法被支持的问题已经成为劳动者休息权保护中的一大难题。

2.4.1 新就业形态劳动者举证责任难以负担

由《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第九条规定²⁴可知，在我国现行诉讼体系中，劳动者仍应就主张事实遵循“谁主张、谁举证”的一般规则。

然而，这一规定在传统用工关系中可以很好的完成举证责任，劳动者往往只需要提供相应的考勤记录、工作记录就可以证明自己存在加班事实。但在平台用工关系下，劳动者与用人单位之间并不存在强人身或者强组织从属性，同时，由于新就业形态劳动者工作平台的特性，导致劳动者无固定的工作时间和工作地点，进而使劳动者难以就自己的加班事实予以举证。

²² 《中华人民共和国劳动法》第七条：“劳动者有权依法参加和组织工会。工会代表和维护劳动者的合法权益，依法独立自主地开展活动”。

²³ 《中华人民共和国劳动法》第八条：“劳动者依照法律规定，通过职工大会、职工代表大会或者其他形式，参与民主管理或者就保护劳动者合法权益与用人单位进行平等协商”。

²⁴ 《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第九条：“劳动者主张加班费的，应当就加班事实的存在承担举证责任。但劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据，用人单位不提供的，由用人单位承担不利后果。”

2.4.2 新就业形态劳动者与用人单位举证责任不平衡

虽然我国规定了劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据时,其可以请求法院提供,如不提供则由用人单位承担责任,但是由于平台用工数据全部存储在用人单位的平台中,劳动者端口无权限予以查阅,也更不可能了解后台数据中是否包含加班事实存在的数据,那么劳动者在想要请求法院要求用人单位提供证据时,会承担更高层次的举证责任。那么即使劳动者提供了证据,用人单位也有可能提供其他证据来予以抗辩。加班证据的归属导致劳动者举证困难,同时更高层次的举证责任使劳动者在其提供初步证据,但难以证明加班事实时,承担不利的结果责任,从而导致其无法维护自己的权益。

3 新就业形态劳动者休息权保护路径探析

3.1 明晰新就业形态劳动者身份

在数字经济时代中,新就业形态劳动者与用人单位之间所形成的不完全劳动关系性质难以明确界定,既有承揽、委托等民事关系的性质,也具备劳动关系中一定的从属性。由于其性质的特殊性,目前的法律体系难以给予新就业形态劳动者确定性保护,用人单位往往会选择与新就业形态劳动者签署劳动合同之外的合同来逃避其应当负担的法律责任,以此达到剥削新就业形态劳动者劳动价值的目的。

为了有效保护不完全劳动关系中的新就业形态劳动者的合法权益,应当予以其劳动者的法律地位,但同时考量其“不完全”的特性,应当给予其一定程度低于传统劳动者的待遇,同时保证其必要的收入,比如可以以当地最低工资标准作为其兜底工资,以确保新就业形态劳动者的基本生活所需。

同时,对于其休息权的保护,不可因为“不完全劳动关系”和“不定时工时制”的存在而认定新就业形态劳动者无权请求加班费,因为休息权是劳动者的基本权利,必须保证新就业形态劳动者必要的休息时间。对于劳动者休息权保护的路径涉及可以基于标准工时制度,以“潮汐式”总体规定其工作时间,不规定其每日的工作时间,而是以每周或每月为单位规定总体且合理的工作时间,以新就业劳动者所在行业的特殊性质及其个人意愿划分“合理”的标准。对于超出新划分的“合理”工作时间的部分,用人单位支付的对应的加班费应低于标准工时制度的标准,高于其当地最低工作薪资标准,这一裁量应当由当地政府结合当地的经济发展水平来合理制定新就业形态劳动者的加班费标准。

这一系列的举措,既注重了新就业形态劳动者身份的特殊性,同时也注重其与用人单位之间的协商以及公权力对于事实劳动关系的保护功能,从而达到更好地维护新就业形态劳动者权益的目的。

3.2 对非标准工时制度不适用加班费限缩解释

前文详细论述了非标准工时制度不适用加班费的规定不能适应当下要求的困境。针对以上困境,应当对“非标准工时制度不适用加班费”这一规定进行限缩解释。具体做法可以是:

通过休息权基础立法理念去调整劳动关系。在实证分析数据中,存在“违反休息权本意,超过法院认定工时”这一法院支持新就业形态劳动者加班费请求的理由。并且适用本理由作为裁判依据的样本案例数量在各诉讼请求下的平均占比达到了54.33%,排名第一²⁵。可见,在当下裁判中法院认为要从休息权本质出发认定加班费的情形较为普遍,当下法院裁判已经不再完全机械适用规定,而是从休息权是为了保障劳动者休息时间从而恢复精力的本质出发,对新就业形态劳动者的休息权有无得到侵犯进行认定。即通过从劳动者休息权本质出发进行认定,对虽然适用不定时工时制但休息权实际受到损失的新业态劳动者不适用“非标准工时制度不适用加班费”的规定,对该规定进行限缩解释。防止休息权被侵犯的新业态劳动者受到该条规定过多的限制。

3.3 落实用人单位休息权保护义务

笔者认为应当通过加大用人单位保护责任和畅通劳动者诉求机制两方面,完善用人单位的休息权保护制度。

²⁵ 出现该情况的有(2021)湘0104民初13419号、(2021)川0107民初21378号、(2019)京02民终1528号、(2019)闽02民终3762号等样本案例。

3.3.1 引入“算法工作强度”，构建平台强制休息制度

笔者认为应当从平台用工的特点切入，对休息权进行保护。外卖员、网约车司机获得工作机会的方式都需要通过用人单位所搭建的线上用工平台，他们需要通过抢单的方式获得工作机会，从而取得报酬。如果新业态劳动者可用工平台所限制，则会被迫进入休息状态，而笔者想要构建的平台强制休息制度则是基于此理论。

平台可以引入“算法工作强度”的概念，由平台算法依照劳动者的接单总时间、当日的天气、劳动者的工作时间段与工作强度进行综合认定，从而确定该劳动者今日的工作强度数值。当劳动者连续工作所产生的工作强度数值超过了今日的“算法工作强度”，平台可以暂时锁定劳动者的接单入口 20-30 分钟，从而达到强制劳动者休息，由用人单位主动保护劳动者休息权的目的。

3.3.2 清晰规划劳动者工资结构，搭建企业薪酬备案制度

在前文论述中，12.71%的用人单位成功以“已支付提成作为加班费”的抗辩理由使得法院作出不支持的判决，而在安驾公司的群体性纠纷中，大部分法院也采纳了“奖励金认定为加班费”的观点，对劳动者加班费不予支持²⁶。用人单位混同提成、加班费这一类的激励薪酬与加班费之间的概念，从而达到逃避加班费支付目的的行为应当被严厉制止。

用人单位应当在企业的薪酬管理相关规定中，清晰规划劳动者工资结构，禁止将“提成”“奖励金”这类激励性质的报酬与加班费相混同。同时，搭建企业薪酬备案制度，在用人单位于本单位对薪酬制度进行公开之外，由单位人事管理部门将薪酬制度上报各县、市人力资源与社会保障部门，达到形式监督要求。加大劳动监察部门对混同工资结构行为的打击力度，实质监督工资薪酬的合法划分与合理实施，减少混同工资薪酬结构导致劳动者加班费诉求不予支持的情况出现。

3.3.3 优化劳动者集体协商制度，畅通劳动者诉求通道

职工代表大会与工会作为劳动者参与民主管理的重要平台、参加规章制度制定的重要议事机构，本应当在企业治理过程中起到重要作用。然而，新就业形态劳动者却面临着协商一致平等难、民主管理参与难这两大问题，笔者将就这两个问题分别论述。

3.3.3.1 完善新就业形态劳动者合同签订方式

根据前文所述，用人单位会把握新就业形态劳动者无法线下商议合同的弱点，利用格式合同排除自己支付加班费的合法义务。

笔者认为，面对新就业形态劳动者的劳动合同，应当建立格式合同审查机制。新就业形态劳动者数量多、需求多，如果过度期望用人单位合同特殊化，无疑是对新就业形态劳动者群体发展的阻碍。因此，我们应当从合同制定角度入手，由职工代表大会或工会对平台上提供的格式合同予以审查确定，对于“已告知加班没有加班费”这样排除用人单位义务的条款予以删除，保护劳动者权益。同时提供多份不同特点格式合同，打破签订合同阶段“被迫协商一致”的困境，实现劳动者的协商权，进一步保护劳动者的合法休息权益，避免用人单位以强势地位剥夺劳动者合法权益。

3.3.3.2 构建“劳动者片区”线上集体协商机制

新就业形态劳动者群体数量基数较大，工作时间较为分散，通过线下职工代表大会实现民主管理的可行性较低。即使有条件召开线下职工代表大会，也有可能出现办公室职工在不了解新就业形态劳动者劳动问题的情况下，制定出不合理的公司管理方案，反而无法更好地保障劳动者休息权。

因此，笔者认为应当抓住新就业形态劳动者依托于平台开展工作的特点，以经常工作地点为基础，对劳动者工作地点按照片区进行划分，通过 APP 线上平台投票的方式，决定各片区的职工代表。之后，开放线上集体协商室，由各片区职工代表在线上协商室就问题进行发言讨论，举手表决。从而解决新就业形态与传统集体协商机制之间的冲突问题，以更科学更民主的政策保护劳动者休息权。

²⁶ 出现该情况的有（2016）桂 0503 民初 733 号、（2016）桂 0503 民初 749 号、（2016）桂 0503 民初 753 号等样本案例。

3.4 优化加班举证责任配置

在法院不支持劳动者加班费理由的实证分析数据中,法院裁判理由中“无证据证明加班事实”平均占比达到了33.95%,排名第一。由此数据可知,在诉讼程序阶段,劳动者大都无法完全满足法律法规²⁷中证明责任,一方面劳动者无法提供加班事实的证据,另一方面劳动者所提供的证据有限,难以形成对加班事实的确信。这一现状体现了在诉讼程序阶段对于加班事实的举证责任配置不合理的现象。为了保护劳动者的合法权益不受侵害,同时也保护用人单位合理行使其管理权、配置权[5],应对劳动争议案件中加班事实的证明制订更为合理的举证责任分配规则,以解决实践中遇到的问题。

增加用人单位对于加班事实证明责任。涉及加班费的劳动争议案件不宜看做普通民事争议案件,表面上劳动者与用人单位是民事法律关系的平等主体,但实际上,用人单位一直是处于管理者的地位,劳动者从属、依附于用人单位,往往处于弱势地位。同时,涉及加班事实的考勤表等证据往往都由用人单位掌握,在对于加班事实证明时,劳动者一般难以提供。因此,在诉讼程序阶段,应当增加用人单位对于加班事实证明责任。

要求劳动者仅承担提供初步证据证明加班事实存在的责任。这里的初步证据典型的有工资条、多名证人作证等,在劳动者提供初步证据证明加班事实或用人单位掌握加班事实的证据后,法院可以据此将证明责任中的行为责任与结果责任均转至用人单位,要求用人单位提供无加班事实的证据或提供相应的证据,否则由用人单位承担不利后果。这一方式既合理降低了劳动者的证明标准,对用人单位的要求也不至于过高,可以有效地维护劳动者的合法权利并平衡劳动者与用人单位的事实不平等地位。

4 结语

新质生产力的发展推动了产业模式和就业形态的深刻变革,然而,传统法律体系的局限性以及新就业形态劳动者用工模式的灵活性,使得劳动者休息权的法律保障面临重重困境。这种困境在新质生产力背景下愈发凸显,新就业形态劳动者的劳动关系因生产方式和组织形式的创新而难以认定,基于传统标准工时制度构建的加班费规则在非标准工时的新就业场景下不再适用,成为劳动者获得合理报酬的阻碍。同时,用人单位利用灵活用工模式消极履行义务,而劳动者又面临收集证据的巨大困难,这些因素相互交织,严重威胁到劳动者休息权这一保障新质生产力可持续发展的关键权益。

我们应当深刻认识到新就业形态劳动者在新质生产力发展中的特殊地位和价值,紧紧抓住他们的用工特点和模式,从新质生产力发展的视角出发,明确不完全劳动关系的认定标准,这一标准应与新质生产力所催生的新产业、新业态相适应。同时,完善非标准工时制度的理论体系,使其能更好地契合新质生产力下灵活多样的劳动时间安排。还要建立健全用人单位休息权保护制度,确保用人单位在遵循新质生产力发展规律的同时履行对劳动者休息权保障的责任。此外,优化劳动者举证责任制度,为劳动者维权提供便利,保障其合法休息权益。通过这些措施,营造良好的劳动环境,真正实现以新型劳动者群体权益保障为切入点,促进新型劳动者群体在新质生产力发展中茁壮成长,让新质生产力在良好的劳动生态中充分释放其强大能量,为经济发展注入源源不断的动力。

基金项目

西南民族大学大学生创新创业训练计划(202510656005)

参考文献

- [1] 郑尚元. 民法典制定中民事雇佣合同与劳动合同之功能与定位[J]. 法学家, 2016(6): 61.

²⁷ 《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)》第四十二条:“劳动者主张加班费的,应当就加班事实的存在承担举证责任。但劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据,用人单位不提供的,由用人单位承担不利后果。”

- [2] 梁栋. 新就业形态劳动者过劳问题的法律规制[J]. 地方立法研究, 2023(6): 40-41.
- [3] 李胜蓝, 江立华. 新型劳动时间控制与虚假自由——外卖骑手的劳动过程研究[J]. 社会科学研究, 2020, 35(6): 91-112, 243-244. DOI:10.19934/j.cnki.shxyj.2020.06.005
- [4] 张静, 闫晓燕. 缺乏民主管理是现代企业制度之殇[J]. 中国劳动关系学院学报, 2014, 28(4): 92-94.
- [5] 上海市闵行区人民法院. 劳动争议案件中的举证责任分配[J]. 人民司法, 2005(7): 14-18. DOI:10.19684/j.cnki.1002-4603.2005.07.004.