



新经济视野下 劳动争议的法律适用 与纠纷解决

前沿聚焦

□ 本报记者 蒋安杰

近年来,伴随着以“互联网+大数据”为主的现代信息技术革命,以数字经济为代表的新经济形态飞速发展。2019年,我国数字经济增加值达到35.8万亿元,占GDP的比重为36.2%,对GDP增长的贡献率达到了67.7%。在此背景下,互联网经济从业人员急剧增加,互联网行业劳动用工方面也呈现出了包括新业态下新型用工模式劳动关系的认定处理、企业垄断背景下竞业限制的认定处理等一系列新情况、新问题。围绕这些热点、难点问题,中国法学会案例法研究会和最高人民法院司法案例研究院举办第26期案例大讲堂,以“新经济视野下劳动争议的法律适用与纠纷解决”为主题进行了专题研讨,相关要点如下:

新业态下劳动关系的认定与处理

关于外卖骑手的劳动关系问题,北京市第三中级人民法院法官孙承松认为,互联网平台用工模式灵活多样,与从业人员建立法律关系的性质存在多种可能,用工模式虽有创新,但本质上仍属于提供劳务的一种交易形态,常见的用工模式有三种:一是自管骑手,即平台与劳务提供者建立劳动雇佣或合作关系;二是代理商骑手,由平台代理商与劳务提供者建立劳动雇佣或合作关系;三是App众包骑手,由自然人下载注册平台App,利用自己的空闲时间接单。法院在认定新业态劳动关系时,应从以下三个方面进行甄别:一是全面看待互联网平台用工模式的多样性,加强个案事实的司法审查;二是探索用要素式方法进行从属性的分析认定,不拘泥于协议形式;三是树立保障从业人员合法权益与促进新型经济发展并重的裁判理念。

关于网络主播跳槽问题,杭州市中级人民法院法官刘小敏认为,实践中主播和经纪公司以外的直播平台、电商公司中往往发生类似纠纷,法院通常从合意和从属性两个角度进行审查,一是重点审查双方之间是否具有建立劳动关系的合意;二是实质审查双方之间是否具备劳动关系从属性的特征,包括人身从属性和经济从属性两个方面。“互联网+”模式下劳动关系认定的本质上并没有突破传统的劳动关系从属性的评价标准,只是作为新兴商业模式,它灵活多样的用工形式如果仅从工作时间、地

点、内容等表面上来看是难以做出准确判断的,有必要对从属性的标准进行实质性的评判。

关于上门厨师的劳动关系问题,北京市朝阳区人民法院法官肖唯认为,劳动关系是否成立应属法定范畴,双方之间是否成立劳动关系的根本在于合作模式是否符合劳动关系法律要件,而不在于双方对于法律关系的认识。司法实践中应遵循现有法律规则体系,同时在裁判尺度上坚持二维理念,一是保护从业者劳动权益的理念,坚持实质审查的原则;二是尊重共享经济用工模式的理念,灵活把握传统裁判规则,两者相互制约、平衡才能最终形成妥善处理互联网平台用工劳动争议的合理方案,实现劳动者权益保护与促进互联网经济健康规范发展的双赢。

对于上述新业态下劳动关系的认定与处理问题,中央财经大学法学院教授沈建峰认为,劳动关系的认定标准和劳动关系的法律效果是一个利益分配的模型,要考虑传统的认定标准是否需随着数字经济时代而调整;认定劳动关系的时候,要考虑是以合意为准,还是用工的事实为准;在共享员工的问题上,核心在于非经营性的把握以及劳动关系归属的确定。

上海政法学院教授尉宇宏认为,在认定劳务关系方面,要把握利益平衡和社会风险控制的思想;从属性强弱的判断对于认定劳动关系是与非是一个重要的基本点,对从属性的判断需要从人格、组织、经济等多方面进行考量。

最高人民法院审判庭副庭长张能法官认为,一是要处理好客观事实与法律事实的关系,客观事实是认定案件事实的基础和根本,法律事实为处理案件提供了重要方法;二是解决劳动争议纠纷仍然要以自愿和诚实信用为基本原则,贯彻落实民法典所要求的弘扬社会主义核心价值观的基本理念;三是要适应进入新发展阶段,贯彻新发展理念,构建新发展格局,加强司法在这类纠纷当中对于人才自由流动、技术不断创新的服务和保障。

超大型企业垄断背景下竞业限制的认定与处理

关于竞业限制的司法裁判,北京市第一中级人民法院法官张建清认为,需要在动态的社会实践中不断调适校准法律适用的尺度和标准,找准竞业限制的功能定位,平等地保护劳动者和企业的合法权益,一是正本清源,把准竞业限制保护的标的;二是审慎客观,把准竞业限制的主体范围,

对竞业限制的扩张与膨胀,实践中必须保持警惕;三是宽严相济,把准竞争关系的实质判断,对同业竞争关系的判断不能过宽,必须坚持实质判断标准,只有企业在实际经营的业务领域存在直接或间接的竞争关系时才构成同业竞争。

关于劳动者能否以用人单位没有支付经济补偿为由不履行竞业限制义务,石家庄市中级人民法院法官王淑芳认为,竞业限制制度的确定是为了平衡劳动者的择业自主权与用人单位的商业秘密保护的合法权益而设立,但在实践中用人单位与劳动者均在未按照法律规定行使权利的情形经常存在。对于劳动者一方,劳动者在用人单位未支付经济补偿时可以采取法律手段解除竞业限制协议,或在履行竞业限制协议后要求单位支付经济补偿,而不能直接以用人单位未支付经济补偿为由不履行竞业限制协议。对用人单位一方,用人单位在签订竞业限制协议时,应严格按照法律规定的方式、内容进行协议的签订,尽量做到准确明晰,减少争议。

关于新经济背景下竞业限制约定合理性的审查标准,北京市第三中级人民法院法官刘苗认为,一是应采用对企业的应保护期商业秘密及劳动者的就业权、生存权平等考量,平等保护的观念,有利于实现劳动关系的和谐和稳定发展;二是应实质性地判断竞业限制,在判断竞业限制的人员范围、业务范围以及地域范围时,要充分考虑限制范围是否会因竞争产生实质性的影响,比如劳动者是否实际掌握相关商业秘密或技术秘密,用人单位对于竞业限制的范围是否存在可保利益,以及是否会对企业及相关市场份额产生实质性竞争或损害等;三是不得损害社会公共利益。

对于上述超大型企业垄断背景下竞业限制的认定与处理问题,最高人民法院行政庭庭长郭修江法官认为,一是要全面理解劳动关系的公法特点和私法特点;二是劳动关系中权利主体的权利范围既要受行政法律关系的限制,也要受民事法律的限制;三是要在坚持原有法律规定的概念的基础上,发展和完善它的内涵和外延。

首都经济贸易大学教授范围认为,第一,要考虑竞业限制裁判的实践和背景,如果允许用人单位扩张竞业限制条款的适用可能会制约创新,因为人才的流动是创新的源泉,最高法相关文件中也不再强调要平衡用人单位商业秘密的保护和财产权利的保护,与劳动者的择业自主权问题;



观点新解

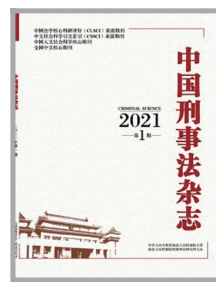
何华就药品专利期限补偿制度国际化谈——全球制药产业竞争是其推动力量



中南财经政法大学何华在《现代法学》2021年第1期上发表题为《药品专利期限补偿制度国际化及我国应对之策》的文章中指出:

药品专利期限补偿制度呈现出国际化的趋势,全球制药产业竞争是药品专利期限补偿制度国际化的推动力量。药品专利与药品价格之间的关系则是国际社会争论的焦点问题。药品专利期限补偿制度国际化进程中出现了由隐形向协同,由形式主义到实质主义、由选择性义务向强制性义务的范式转化趋势。我国应当在未来的自由贸易协定谈判中纳入药品专利期限补偿议题。在具体条款设计方面,应当在形成统一范本的前提下,区分不同谈判对象,灵活选用不同的内容范式,并且采用协同范式以规制其制度风险。

李玉华就有效刑事合规基本标准谈——其成为企业合规不起诉的关注点



中国人民公安大学法学院李玉华在《中国刑事法杂志》2021年第1期上发表题为《有效刑事合规的基本标准》的文章中指出:

随着国家治理现代化的深入发展,健全和支持民营经济各项举措的落地落实,疫情防控与复工复产的持续推进以及检察机关参与社会治理的角色转化,企业合规不起诉在我国开始兴起。有效刑事合规基本标准问题成为企业合规不起诉的关注点。确立有效刑事合规基本标准需要考虑企业规模、企业领域、发展阶段等多种因素。有效刑事合规的基本标准应当包括预防机制、识别机制和应对机制三个方面十二项要素,我国中小微企业参与合规,将使企业合规多元化和比例性特征更加鲜明。我国的企业合规将为世界企业合规的实践和标准贡献中国智慧。

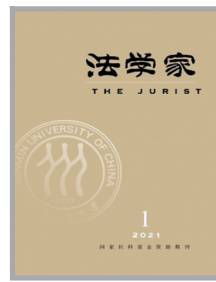
刘云就人工智能的法律人格需求谈——是伴随着自动化技术的发展产生的



清华大学法学院刘云在《东方法学》2021年第1期上发表题为《论人工智能的法律人格制度需求与多层应对》的文章中指出:

人工智能的法律人格需求是伴随着自动化技术的发展而产生的,是智能社会治理中许多具体问题都会触及的理论假设。人工智能的法律人格具有多维度的需求,既包括明确侵权责任、塑造权利能力等具体需求,也包括以构建社会治理新范式为目标的根本需求。不能简单地从概念上直接排除人工智能具有法律人格的可能性,也不能认为授予法律人格是唯一或者更佳的办法。人工智能法律人格是智能社会发展中新治理模式的选项,以功能主义的态度来进行解释或立法论的探讨是看待人工智能法律人格问题的正确视角。

杜强强就违宪的类型谈——可分为法律的字面违宪和适用违宪



首都师范大学杜强强在《法学家》2021年第1期上发表题为《法律违宪的类型区分与合宪性解释的功能分配》的文章中指出:

违宪有着不同的类型,可区分为法律的字面违宪和适用违宪。前者是指法律在普通的情形下与宪法相冲突,后者是指法律在适用于个案时不能达到合宪的结果。违宪的这种类型区分对我国宪法而言具有重要的实践意义。对于法律的适用违宪,由法院进行合宪性解释是较为适宜的补救方法,但它却不适于法律的字面违宪,这也是法院操作合宪性解释的一个理论界限;法律的字面违宪因牵涉面广,即便可以适用合宪性解释方法处理,但也不宜由法院来操作,而宜交由合宪性审查机关处理。

创新视角下数字经济时代市场支配地位的认定

前沿热点

□ 王明泽

市场支配地位在数字经济时代如何认定显得尤为重要且极具挑战。与传统行业不同,数字经济下市场结构具有寡头化、易变化的特征。但在创新竞争的视角下,寡头化与易变化和创新的相契合,因而对数字企业应采取宽容的态度,秉持鼓励创新、审慎监管和保护消费者的理念。具体认定上,需要弱化市场份额,同时对控制市场因素进行考量。

达到市场支配的地位。

反垄断法关于传统行业市场支配地位的认定,主要依据反垄断法第十八条根据经营者市场份额与竞争状况、控制市场能力、财力与技术、进入市场阻碍能力等因素的认定,以及根据第十九条运用市场份额比重的推定。而在数字经济时代,由于寡头化和易变化现象的出现,市场份额难以在数字经济时代下成为认定市场支配地位的最重要因素。此外,由于双边市场的效应,销售额难以计算的,并且也难以反映其市场份额与市场地位。因此,通过销售额认定市场份额的方法也受到冲击。

二、创新在数字经济时代认定市场支配地位中的定位与审视

创新是数字经济时代的重要特征,保护和鼓励创新也是反垄断法在这个时代的重要任务。近年来,美国兴起的“新布兰代斯运动”强调竞争与促进的关系,欧盟同样在数字经济时代由主要关注消费者到关注多元价值的转变。追根溯源的话,“创新理论”是由经济学家熊彼特提出来的,其认为推动和维持资本主义发动机运转的根本动力来自新的消费品、新的生产或运输方式、新的市场、资本主义企业创造新的产业组织形式,即不断地从内部变革经济结构,不断地破坏旧的结构,不断地创造新的结构。这种创造性破坏的过程是资本主义的基本事实,同时重要的是新产品的竞争。熊彼特提出的经济发展的实质是创新,因为如果经济没有颠覆式的创新,那么市场中的供求在价格机制下趋于均衡状态,经济处于稳定的“循环之流”,就不能向前突破发展。

创新契合市场结构的寡头化。经济学家认为完全竞争市场实现了福利最大化,即总剩余最大化,此处总剩余指的是市场消费者剩余和生产者剩余的总和。同时认为,最理想的市场状态和市场结构就是完全竞争,并将其作为市场效率和经济学分析的起点和判断标准。但是,新古典主义经济学关于完全竞争理论的论述看似完美,实则存有重大问题。首先,在完全竞争的状态下,经营者不具有改变商品价格的能力,价格等于边际成本

使得经营者没有足够的利润投资创新,即完全竞争的市场状态忽略市场当中产品差异化和产业升级。其次,完全竞争没有重视创新的作用,其刻意追求产品的同质化,忽略差异化的竞争,没有将创新当成竞争的主要手段。完全竞争理论仅只能解释静态的均衡状态,不能阐释创新等引起产业升级带来的非均衡状态,即把创新放在次要位置,依据这种理论制定的政策会影响市场上的创新。

创新需要不完全竞争的环境。在市场竞争过程中,经营者为了获取更多利润,会不断提高生产技术,努力使其个单位的生产成本低于社会平均成本,或开发新产品,开辟新市场。技术的进步与革新势必会造成一定的垄断,这是完全竞争理论所不允许的,但根据实践的证明,处于完全竞争和垄断之间的不完全竞争市场结构与状态是最有利于创新的。

创新契合市场结构的易变化。反垄断法在大多数国家都是为了促进和保护市场竞争进行设计的,其以价格机制与效应为基础,往往忽视竞争的其他要素。静态的均衡理论忽略了创新在市场竞争中的作用,将很多变量予以固定化,与真实的市场发展并不相符。对此,熊彼特曾提出“动态竞争”,以创造性破坏为特征的内在发展正是竞争的核心要素之一。在数字经济时代,创新使得动态因素对市场的影响愈加明显。一旦某个新兴企业凭借其技术实现“颠覆式创新”,就会迅速占据很大的市场份额,实现“赢者通吃”。在市场支配地位认定的过程中还应当注意分析是否为真正的“创新”,警惕打着“创新”的名号加强自身市场支配地位。

三、创新视角下认定数字经济时代市场支配地位的建议

首先,坚持鼓励创新的理念。数字经济时代,鼓励和保护创新得到前所未有的关注。面对数字经济中的竞争,我们要处理好创新与垄断的关系,既要给予科技型企业的发展空间,又要注意其隐蔽的损害竞争的行为。其次,坚持审慎监管的理念。市场通过竞争机制实现资源的最佳配置,干预

应当在市场失灵时才予以实施。最后,坚持保护消费者的理念。在市场经济当中,消费者处于弱势的一方,在数字经济当中,消费者权益受到侵害的可能性更高,因此,在进行市场支配地位认定和分析消费者福利时,在考虑价格之余,也要考虑隐私、安全等。

2019年发布和实施的《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》第十一条规定了认定新经济业态经营者具有市场支配地位时,可以考虑相关行业竞争特点、经营模式、用户数量、网络效应、锁定效应、技术特性、市场创新、掌握和处理相关数据的能力及经营者在关联市场的市场力量等因素。基于上文关于创新理论的阐述,应当坚持弱化市场份额、强化控制市场能力的考察。

在传统行业上,市场份额在认定市场支配地位时占据特别重要的位置。但是在数字经济时代,市场的集中度都较高,并且市场份额的变化较快,应当对市场份额的认定方法进行变通。市场份额的计算,应当以用户数量为主,市场份额为辅,需要根据经营者的营业活动进行分析,同时推定市场份额的比重。当然,市场份额与市场集中度等涉及市场结构的因素权重应当降低。

在控制市场能力的考量上,首先,应考虑网络效应的强度。直接网络效应强弱取决于用户数量的多少,间接网络效应则与互补产品相联系,互补产品的数量、价格与产品用户数量的多少息息相关。较强的网络效应给新进入市场的企业带来市场准入壁垒,越强的网络效应意味着具有市场支配地位的可能性越高。其次,应考虑锁定效应的强度。在认定过程中,需要计算消费者进行产品转换的时间成本、金钱成本、风险成本、消费者偏好等分析转移成本的高低,进而推测进行产品转移的可能性,即锁定效应的强弱。当产品转移成本高,用户转移的可能性较低,锁定效应较强,经营者具有市场支配地位的可能性较高。最后,还应考虑持续时间。时间这一因素因市场结构的易变性使其重要性格外突出。有学者提出市场份额推定法要求经营者的市场比例存续至少两年,笔者建议考虑两年时间的同时,结合数字企业平均的存活时间进行考量。