

文章编号: 1674 - 5205(2016)01-0122-(012)

DOI: 10.16290/j.cnki.1674-5205.2016.01.013

# 工作时间基准的体系构造及立法完善

王天玉

(清华大学法学院, 北京 100084)

**摘要** 我国工作时间基准体系成型于上世纪90年代中期,至今已运行20年并未有任何系统修订,难以有效应对实践中普遍存在的长时间工作、无序加班等问题。为此,应当从市场化的劳动关系本质出发,厘清现有工时制度的内在矛盾,界定工作时间的概念内涵,确立工时法制的调整边界,以指导司法裁判。工时基准法制的立法完善应沿袭现有的标准工时规定,细化特殊工时的适用范围并强化保障手段,实现工作时间调整的法治化。

**关键词** 工作时间; 劳动基准; 加班; 标准工时; 劳动弹性化

**Abstract:** The China's labor standard legal institution of working hours took shape in the mid-90s, which has already been operating for 20 years without any amendments. The result is such system could not effectively deal with the widespread issues in practice such as long working hours and overtime working. Therefore it is necessary to solve the inherent contradiction of current working hour legal system according to the nature of market-driven labor relationship as well as define working hour, which thus establish the regulation edge and instruct judicial adjudication. The reconstruction of working hour legal system should reserve current standard hours rule, refine the application range of non-standard hours and strengthen protective measures in order to realize the legalization of working hour regulation.

**Key Words:** working hours; labor standard; overtime Working; standard hours; labor flexibility

中图分类号: DF47 文献标识码: A

## 引言

《中国共产党第十八次全国代表大会上的报告》首次提出“健全劳动标准体系”,显示党中央在改革走向深入的历史时期高度关注劳动法律体系的完善,将“劳动标准”提升为提高就业质量、构建和谐劳动关系的全局性战略部署,在劳动法制的发展进程中具有里程碑的意义。劳动标准在学术研究中一般称为劳动基准<sup>①</sup>,是劳动关系得以确立和运行的基础性法定条件,涉及内容广泛并具有较强的技术性,对于市场化条件下劳动用工形态的发育和塑造有着根本性的制度影响。构建健全的劳动基准法律体系须从我国既有规范的发展历程和实践经验出发,发掘现有机制长期运行所积累的法律解释与司法判决等制度资源,依循劳动基准的法理并借鉴外国立法例和司法准

则反思当下劳动基准制度构造的缺失与错位,由此形成关于劳动基准的系统性学理认知和制度总结,奠定健全劳动基准立法的智识基础。

作为劳动关系的核心内容之一,工作时间是各国劳动法制调整的重点,构成劳动基准的基本组成部分<sup>②</sup>。我国现行工时基准法制成型于1995年前后,至今已运行20年,未曾经过系统修订完善。反观此20年间,中国社会经历巨大变革与转型,经济体量和社会结构均呈脱胎换骨之势,法律框架中的民商事各项基本制度已然经过数次立法与修法,体系日益丰

<sup>①</sup> 劳动标准(Labor Standard)又称“劳动基准”,一般认为起源于美国1938年《公平劳动基准法》(Fair Labor Standard Act)。中文词汇库中的“劳动基准”译名应始于1947年的《日本劳动基准法》,在我国台湾地区沿用至今。参见林振贤《劳基法的理论与实务》,台湾捷太出版社2003年版,第36页。我国大陆学界亦接受了“劳动基准”的概念称谓,并引之为通行学术语言。因此,本文将“劳动标准”、“劳动基准”视为Labor Standard的同义概念,下文统一使用“劳动基准”。

<sup>②</sup> 各国由于公权力介入劳动关系的程度和路径不同,而塑造了不同的劳动基准立法,但对于最低工资、最高工时之类劳动关系核心要素均有严格且系统立法。Rudolf Buschmann, Jürgen Ulber, Arbeitszeitgesetz: Basiskommentar Mit Nebengesetzen und Ladenschluss, Frankfurt: Bund - Verlag, 2009, 35ff.; J? rg Janichi, Aktuelle arbeitszeitrechtliche Probleme und der Entwurf des Arbeitszeitgesetzes, Berlin: Duncker & Humblot, 1992, 47ff.

收稿日期: 2015 - 04 - 12

基金项目: 中国博士后科学基金第57批面上资助项目  
(2015M570067)

作者简介: 王天玉(1982—),男,吉林长春人,清华大学法学院  
博士后研究人员,法学博士。

盈。劳动法领域虽有《劳动合同法》及《劳动争议调解仲裁法》的颁行,但劳动基准法制仍止步不前,涉及工作时间的制度构造未有充分的梳理和反思,无法有效应对和解决全社会范围内普遍存在的长时间工作、无序加班等工时基准实践问题<sup>①</sup>,致使大量涉及加班的劳动争议案件因之而起<sup>②</sup>。当今世界的发展潮流是降低工作时间<sup>③</sup>,并提出“劳动者不仅是企业的一员,也是其家庭的一员、更是整个社会的一员,其必须有暂行脱离职业生活、自由享受从事其他生活的权利”之理念,<sup>(1),168</sup>将缩短工时作为提高劳动者生活水平的指标之一<sup>④</sup>。相比较之下,我国的经济的发展却未能使劳动者分享到休闲的福利,实际工作时间仍在高位运行<sup>⑤</sup>,外界批评“劳动法制未能有效发挥作用”,直接损害了国际劳工组织以“体面劳动”为主旨的政策框架。<sup>(2),126</sup>无可回避的现实是,工时领域存在整体性的法律调整低效,工时基准法律制度因其缺陷和滞后而难辞其咎。

我国学界尚未形成对工作时间基准制度的系统研究,已有涉及到工时基准的文献可分为三类:第一类是以劳动基准为论题涉及到工时制度,例如在著名的“劳动基准高低之争”中,王全兴、董保华、常凯三位教授均在讨论中以工作时间作为论证要点之一,用以评判劳动基准之高低与取舍<sup>⑥</sup>;此外,在与劳动基准相关的法律效力、实施状况以及劳动基准立法问题的讨论中,均对工时有涉及<sup>⑦</sup>。第二类是针对加班问题进行讨论,主要以加班工资为研究对象,部分涉及到对工时的分析<sup>⑧</sup>;第三类是直接讨论工作时间及其认定标准,但仅有个位数的寥寥几篇,其中约半数主要研究“待命时间”,故总体上对工作时间之学理认识尚未形成体系化论证<sup>⑨</sup>。可见,即便在劳动基准这个有待于更多学术投入的领域中,工作时间已是因缺乏关注而边缘化,似乎成为一个能够被时时看到但又被遗忘的角落。无论是面对实践中普遍存在的加班与工时争议,还是回应工时立法所需要的学理支撑,现有的研究成果都均显不足。鉴于此,在依法治国渐成时代强音之际,关涉千万劳动者谋生之本的工时基准法制应当秉持法治思维予以全面梳理,探究各项规范性文件的内在缺陷及逻辑衔接,从劳动关系之法理出发完善工时制度体系,回应变革时代劳资双方的共同诉求。

### 一、现行工时基准的制度构成及其内在矛盾

工作时间是测度劳动关系存续状态的时间标尺,劳动者与用人单位依据劳动合同所为之对待给付均在工作时间所确定的时间维度中展开。由于我国法

律框架中没有专门的“劳动基准”立法,关于工作时间之法源是以《劳动法》第四章“工作时间和休息休假”及国务院《关于职工工作时间的规定》(国务院令 第 174 号)为主干,原劳动部发布的若干部部门规章为分支形成的制度体系。

作为工时基准制度的主干,《劳动法》与《国务院关于职工工作时间的规定》(以下简称《规定》)之间的位阶关系不是想当然的法律与行政法规的上下层级,二者之间的现实关系与法理的相悖构成了制度架构的深层次内在矛盾。

首先,在法律效力位阶上,按照规范性法律文件效力位阶原理,表格列举的工作时间制度体系应当是以《劳动法》为起点,国务院行政法规为承接,原劳动部的部门规章为细则形成的自上而下“金字塔”结构。此认识在实践中似已成通行说法,亦得到原劳动

① 世界经合组织(OECD)在2011年发表报告指出,中国是世界上工作时间最长的国家之一,位列墨西哥、日本、韩国之后的第四位。OECD, *Society at a Glance 2011: OECD Social Indicators* (Paris: OECD) 2011.

② 据上海、北京、深圳、苏州、湖南等地劳动仲裁机构2008年受案情况统计,加班和加班工资争议已经成为当前劳动者和用人单位之间发生的主要纠纷。周良国、黎建飞等《专家视点:加班和加班工资》,《中国劳动》2008年第12期,第6页。

③ See Andrew E. Clark, *Your money or your life: Changing Job Quality in OECD Countries*, *British Journal of Industrial Relations*, 2005, 43(3): pp. 377 - 400.

④ See Lonnie Golden, *A Brief History of Long Work Time and the Contemporary Sources of Overwork*, *Journal of Business Ethics*, 2009, 84(2): pp. 217 - 227.

⑤ See Vinod Mishra and Russell Smyth, *Working hours in Chinese enterprises: evidence from matched employer - employee data*, 2013, 44(1): pp. 57 - 77.

⑥ 参见王全兴《劳动合同法立法争论中需要澄清的几个基本问题》,《法学》2006年第9期;常凯、董保华《WTO给我们的劳动者带来什么》,《新华文摘》2002年第1期;董保华《中国劳动基准法的目标选择》,《法学》2007年第1期。

⑦ 相关文献包括:林嘉、陈文涛《论劳动基准法的法律效力》,《清华法学》2014年第4期;沈同仙《我国劳动基准的实施现状及对策》,《法学》2007年第4期;秦国荣《劳动权的权利属性及其内涵》,《环球法律评论》2010年第1期;涂永前《我国劳动基准立法的现状与进路》,《社会科学》2014年第3期;王全兴、沈同仙、冯彦君、王文珍《专家谈:劳动基准问题》,《中国劳动》2011年第5期。

⑧ 相关文献包括:赵红梅《劳动法:劳动者权利义务融合之法——社会法的视角且以加班工资为例》,《上海财经大学学报》2010年第2期;王林清《加班控制制度法律问题研究》,《法学杂志》2012年第8期;曹燕《加班工资计算法律问题研究》,《中国劳动》2013年第1期;侯玲玲《我国加班工资计算基数的地方裁判规则》,《法学》2014年第6期。

⑨ 相关文献包括:孙国平《劳动法上待命时间争议的认定》,《法学》2012年第5期;胡玉浪《劳动法上待命时间的法学分析》,《法治研究》2010年第4期;冯海娟《待命时间的定性及工资支付问题探析》,浙江大学2013年硕士论文;沈同仙《工作时间认定标准探析》,《法学》2011年第5期;徐波《论工作时间的法律范围》,苏州大学2010年硕士论文;戈芊芊《延长工作时间的认定研究》,苏州大学2009年硕士论文;余准军《工作时间劳动基准的除外适用》,苏州大学2011年硕士论文。

部的肯定,在其发给广州市劳动局的复函(劳部发[1997]271号)中指出,《国务院关于职工工作时间的规定》(国务院令第174号)是依据《劳动法》第36条的规定,按照我国经济和社会发展的需要,在标准工时制度方面进一步作出的规定<sup>①</sup>,但是,查阅国务院《规定》可发现,该规定并未写明是以《劳动法》为依据,而是在第1条中明示“根据宪法有关规定,制定本规定”。依据《立法法》,国务院可制定行政法规的事项有两类情形:一类是为执行法律的规定需要制定行政法规的事项;另一类是《宪法》第89条规定的国务院行政管理职权,其中第1款是“根据宪法和法律,规定行政措施,制定行政法规,发布决定和命令”。那么,《规定》应属于国务院行政管理职权之事项,其立法依据应当是《宪法》第43条所载之“国家规定职工的工作时间和休假制度”,而不是为执行《劳动法》的规定而制定的行政法规。可见,《规定》与《劳动法》同以宪法为依据,至少在法律效力层级上不是从属关系。

规范性文件名称	制定机构	制定时间
《中华人民共和国劳动法》	全国人大常委会	1994
国务院《关于职工工作时间的规定》(国务院令第174号)	国务院	1995(1994.2发布,1995.3修订)
原劳动部《关于贯彻执行〈劳动法〉若干问题的意见》(劳部发[1995]309号)	原劳动部	1995
原劳动部《〈国务院关于职工工作时间的规定〉的实施办法》(劳部发[1995]143号)	原劳动部	1995
原劳动部《〈国务院关于职工工作时间的规定〉问题解答》(劳部发[1995]187号)	原劳动部	1995
原劳动部《关于企业实行不定时工作制度和综合计算工时工作制的审批办法》(劳部发[1994]503号)	原劳动部	1994

其次,在适用范围上,《规定》所调整的对象涵盖了《劳动法》的规制领域。《规定》第2条所确定的适用范围是“我国境内的国家机关、社会团体、企事业单位以及其他组织的职工”。职工在我国法律体系中是一个外延宽泛的概念,在立法技术上多从广义上用以指代全社会范围内的各种类型劳动者,一般认为

较为准确的法律涵义可溯源《工会法》,其第2条规定“工会是职工自愿结合的工人阶级的群众组织”,第3条规定“在中国境内的企业、事业单位、机关中以工资收入为主要生活来源的体力劳动者和脑力劳动者……都有依法参加和组织工会的权利”。据此,职工可概括为“以劳动所得为生者”,正如机关、企事业单位中均建立工会一样,职工不仅包括与机关、企事业单位等单位建立劳动关系的劳动者,也包括政府机关公务员和人事单位聘用人员。这种概念理解在其他规范性文件中也得到了印证,原劳动部《〈国务院关于职工工作时间的规定〉的实施办法》(1995)第2条规定,“本办法适用于在中华人民共和国境内的一切机关、团体、企业事业单位的职工”。随着之后的立法演进,虽然在法律架构中具体区分了劳动者与公务员及事业编制人员,但是职工的概念外延却未因此限缩,仍包含上述全部主体在内。例如2007年颁布的《职工带薪年休假条例》(国务院令第514号)第2条规定“机关、团体、企业、事业单位、民办非企业单位、有雇工的个体工商户等单位的职工连续工作满1年以上的,享受带薪年休假”。再者2012年颁布的《女职工劳动保护特别规定》(国务院令第619号)亦适用于我国境内的“国家机关、企业、事业单位、社会团体、个体经济组织以及其他社会组织”的女职工。可见,《规定》基于对“职工”概念外延的解释确立了全社会的工作时间基准,而《劳动法》第2条所确定的适用范围是“我国境内的企业、个体经济组织和与之形成劳动关系的劳动者,以及国家机关、事业组织、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者”,即以存在劳动关系为调整依据。因此,《劳动法》的调整对象范围在《规定》的覆盖领域之内。

最后,在内容上,《规定》不仅更改了《劳动法》所确定的工时基准,并且条文内容更具有宏观性。《劳动法》规定的工时制度是每日不超过8小时,平均每周不超过44小时。现在全社会通行的工时制度是《规定》所确定的每日8小时,每周40小时。虽然《规定》降低工作时间基准在事实上增进了劳动者的权益,但问题是《规定》作为行政法规不具备修改《劳动法》条文规定的法律效力,《劳动法》规定内容的修改应当藉由全国人大常委会颁行法律修正案或者工时特别法,国务院在得到全国人大常委会授权情况下方有权予以变更。但基于上文中立法依据的剖析,《劳动法》与《规定》是同源源于《宪法》的两

<sup>①</sup> 参见原劳动部《关于职工工作时间有关问题的复函》(劳部发[1997]271号)。

个独立规范性文件,二者对于工时基准的不同规定在性质上是条文冲突。由于《规定》不是劳动特别法,那么按照法条冲突协调之上位法优于下位法原则,依据法理推论应是存在劳动关系的劳动者仍应当按照每周44小时工作,其他非劳动关系的职工依据《规定》每周工作40小时。但此推论显然不符合法律实践,尚未有一起案件区分《劳动法》与《规定》作出判决,所有涉及工时基准的案件均以《规定》为裁判依据。此外,《规定》中将有关特殊情况下缩短或延长工时的事项规定为“按照国家有关规定执行”,相比较之下,《劳动法》对此规定更显清晰和全面,确定了加班每日不超过3小时、每月不超过36小时的限制及其例外,充当了“国家有关规定”的角色。在原劳动部出台的部门规章层面,《〈国务院关于职工工作时间的规定〉的实施办法》第1条写明是以《规定》为根据制定的,但是其内容均是对《劳动法》条文的解释。可见,在制度的实际运行中,《规定》事实上处于《劳动法》的上位规范地位。

可见,《劳动法》附从于《规定》的制度结构不仅有悖于法律位阶之法理,更造成工时基准制度无法针对劳动关系的特点予以有效调整。《劳动法》所调整的“工作”是指用人单位与劳动者之间基于劳动合同所为之劳动给付,绝大多数劳动关系存在于生产经营性企业组织中,事业单位及国家机关中具有劳动关系的工勤人员所占整体比例较小;而《规定》中的“工作”因“职工”概念的宽泛外延,不仅包括劳动给付,还包括机关、事业单位中的公务行为和公共服务。对“工作”内涵作此区分的原因在于,企业生产必须以市场波动为指挥棒,劳动者给付劳动的时间及频率也必须随企业生产经营进度而不断调整。机关及事业单位则无需以市场周期安排作息,其工作时间的常规化表征公共服务的确定化,能够为社会活动提供稳定的公务预期。此两类“工作”具有截然不同的天然属性,时间调配也不可能等同。诚然,《规定》及《劳动法》未能意识到这一区别其实无可苛责,“评价历史应回到当时的场景”。此二者均出台于20年前,当时国有企业所占用工比重最大,工作模式类似于机关、事业单位,工作时间安排具有较强的稳定性,构成社会主流用工方式,因而必然成为立法调整的标准对象。但今日用工模式已不仅是市场化,更呈现出弹性化与灵活化的趋势,分工细化导致不同行业、岗位的工时明显不同。延续20年之久的工时基准制度难以契合当下的市场实践,所形成的格局是机关、事业单位因其工作的常规性能够较好地执行工时规定,但是企业违法则已成普遍现象,由此导致劳动者的身体伤

害、精神疾病乃至“过劳死”屡见不鲜<sup>①</sup>。鉴于此,工时基准法制的立法完善应当以企业用工方式为主要对象,界定工作时间的法律内涵及其边界,以市场化条件下工作时间灵活化与弹性化作为立法思维的客观现实,基于劳动法理完善工时认定机制、适用范围与保障机制。

## 二、工作时间的界定方式及其边界

工作时间虽然是劳动基准中的基础性概念,但是现行的全部规范性文件都没有关于工作时间的定义,造成实践中劳资双方乃至仲裁机构及法院对某一时间段是否属于工作时间的认识不清。界定工作时间实质上是划分工作与休息的时间边界。如果将眼光放宽到劳动者在工作日的全天24小时,可以发现连续的时间因活动内容和法律意义的不同而划分为接续的“时段”。工作时间作为劳动合同履行阶段,有其特殊的法律保障意义:劳动者即使没有实际给付劳动,也有权主张工资对价<sup>②</sup>;并且,此时段内劳动者所受到伤害有权主张工伤赔偿。而休息时间则因劳动者已脱离工作状态,属于自主支配时间,由其个人对此时段内行为结果负责。现有各国法制均对时间划分采取二分法,唯工作时间与休息时间构成全部时段,不存在二者之间的过渡时间或第三种时间。<sup>(3)</sup>虽然劳动者的时间从完全投入工作到完全休息之间可因劳动给付程度之不同分为:实际工作时间(Vollarbeit oder Voll Arbeitstätigkeit)、备勤时间(Arbeitsbereitschaft)、待命时间(Bereitschaft oder Bereitschaftsdienst)、候传时间(Rufbereitschaft)、非工作时间(volle Ruhezeit oder Freizeit)<sup>③</sup>,但司法上仍强调上述时段应划归为工作时间抑或休息时间,二者之间无任何中间

<sup>①</sup> See Bauman, A., Ma, G. S., Cuevas, F., Omar, Z et al. Cross-nation Comparisons of Socioeconomic Differences in the Prevalence of Leisure Time and Occupational Physical Activity and Active Commuting in Six Asia-Pacific Countries. *Journal of Epidemiology and Community Health*. 2008(65), 35-45; Houdmont, J., Zhou, J. and Hassard, J. Overtime and Psychological Well-being Among Chinese Office Workers. 2011(61), pp. 270-273.

<sup>②</sup> 依据德国“基础危险”(Substratsgefahr)理论,如果雇主因非本人过错的特定原因导致无法向劳动者提供给付劳动的生产资料,客观上无法让劳动者开展工作,劳动者仍享有工资请求权。典型情形包括企业内部生产经营事由,例如工厂停电、失火、机器设备检修等,企业外部事由,例如原材料供给中断、政府命令停产整顿、恶劣天气影响等。MünchArbR/Blomeyer, 2. Aufl., München 2000, § 57 Rn. 19.

<sup>③</sup> Fechner, *Probleme der Arbeitsbereitschaft* (1963), S. 204-205.; Frey, *Arbeitsbereitschaft, Rufbereitschaft, Bereitschaftsdienst* (1960).

类型时间<sup>①</sup>。因此,界定工作时间即是确定了其与休息时间的边界,此边界的扩张与限缩则表征着劳资之间的利益分配。为全面探寻工作时间的界定方式及其与休息时间之间的边界,笔者从立法例、学理及司法三个方面予以分析阐释。

### (一) 立法例

国际劳工组织(ILO)于1962年确定了两类工时概念,一类是标准工时,意指根据法律或条例、集体合同或仲裁裁决、通行规则或惯例,劳动者在诸如一天或一周的特定较短期间内应当用于工作活动的时间;另一类是实际工作时间,意指劳动者在特定期间内实际用于工作的时间,包括标准工时内的工作时间及超出此时间的加班工作、用于工作准备的时间、工作过程中的非工作间隔时间、工休时间。<sup>〔4〕</sup>

《欧盟工作时间指令》(Working Time Directive 2003)第2条第1款规定,劳动者的工作时间是指根据法律或惯例,劳动者在雇主指挥支配下正在工作状态下的任何时段,包括执行职务、接受培训等,与之相对应的“休息时间”则是非工作的任何时段。<sup>〔5〕</sup>

英国《工作时间条例》(Working Time Regulations 1998)第1部分“一般条款”中规定工作时间是与“被雇佣的劳动者”相联系,意指劳动者依据雇主指示或职责实际工作任意时段、接受相关培训的任意时段、依据相关协议符合本条例目的之额外时段。<sup>〔6〕</sup>此目的一般被视为“实现工作的人性化原则”<sup>〔2〕</sup>。

德国《工作时间法》(Arbeitszeitgesetz 1994)第1章“一般条款”中将工作时间定义为从工作开始到结束的时间,但不包括休息时间。为多个雇主工作的时间应当累加。地下采矿工作的休息时间应当计入工作时间。<sup>〔7〕</sup>

美国《公平劳动标准法》(Fair Labor Standards Act 1938)没有直接对工作时间下定义,而是藉由“雇佣”(employ)的界定间接地确定工作时间的范围,即劳动者处于雇佣状态之下的时间就属于工作时间。所谓“雇佣”是指“承担或允许工作”(to suffer or permit to work)<sup>〔3〕</sup>。在此情况下,依雇主所已知并以雇主利益为目的之时间消耗以及被视为劳动者“主要劳动给付”(principal activity)所用之时间都是工作时间,包括作为劳动者岗位核心部分的所有职责、任务或者行为<sup>〔4〕</sup>。

日本《劳动基准法》(Revised Labor Standards Act 2010)也没有关于工作时间的定义,根据第32条第1、2款的规定,工作时间是不包含休息时间在内的实际工作时间;特例是第38条第2款之规定,井下劳动者从进入矿井到出井,包括休息时间在内都属于工作

时间。据此,工作时间一般理解为“实际使劳动者处于工作的时间。”<sup>〔8〕,275</sup>该法中所使用的“労働させ”(中文“使劳动”)被解释为劳动者在雇主的指挥监督下劳动。<sup>〔9〕,62</sup>

综上,立法中对工作时间的界定采用了“工作”与“休息”相结合的定义方式,以“受雇主指示”、“履行职责”等要素正向认定工作的状态,同时从“休息”的角度逆向排除不属于工作的时间,二者之间以前者为主要判断基准。但是,囿于成文法自身语言表达抽象程度的局限,对于“实际工作”、“受雇主指示”以及“履行职责”等概念内涵均须根据学理分析以及司法对具体案件的裁判结果予以阐释,学理和司法承担起了法律解释的责任。

### (二) 学理

我国大陆学界对于工作时间的研究成果难称丰富,沈同仙教授梳理了现有学理定义,例如,工作时间是指劳动者为履行劳动义务,在法定限度内应当从事劳动或工作的时间;<sup>〔10〕,269</sup>工作时间是职工根据法律的规定,在用人单位中用于完成本职工作的时间<sup>〔11〕,153</sup>等,并提出批评,“从文义上给工作时间做诠释,停留在法律规定的表象上”。<sup>〔12〕</sup>台湾地区学者的讨论更为深入,有学者提出工作时间是“劳动者在雇佣者指挥命令下提供劳务的时间”。<sup>〔13〕,227</sup>也有学者从劳动合同的角度出发,指出“只要劳工依约提出其劳动力,处于雇主得支配之状态下,则即属于工作时间”。<sup>〔14〕,412</sup>亦有学者针对劳动形态的变化突破“雇主支配”的圈界,提出“受拘束时间”的概念,既包含劳动者“于雇主指挥监督下服劳务之时间”,也包括“雇主明示默示指示下服劳务之时间”。<sup>〔15〕,297</sup>

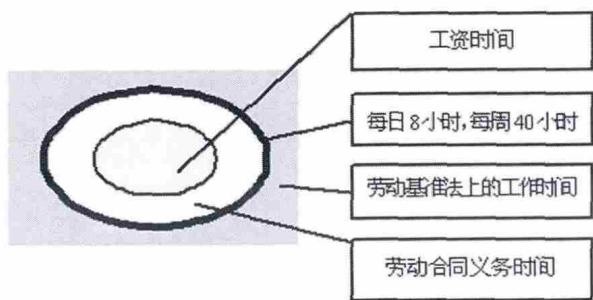
日本学界对工作时间的研究更系统,近年来学说上最重要的发展乃是提出了工作时间概念的多义性,即将工作时间区分为劳动基准法上的工作时间与劳动合同上的工作时间,后者又区分为劳动合同义务的时间与工资时间。<sup>〔16〕,2-10</sup>

① See Case C - 14/04 Dellas and others v. Premier Minister and Another [2006] IRLR 225; Case C - 151/02 Landeshauptstadt Kiel v. Jaeger [2003] IRLR 804. Case C - 14/04 Dellas and others v. Premier Minister and Another [2006] IRLR 225.

② See Hardy, S., Harmonising European Working Time in an Enlarged EU: A Case of Failed Humanization?. International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, 2006(22), 543.

③ U. S. C. A. § 203(g).

④ See C. F. R. § § 785.7, 785.9, 785.11.



如上图所示,劳动基准法上的工作时间与劳动合同上的工作时间是以“每日8小时、每周40小时”的标准工时作为分界线,在此基准界限范围内可由劳资双方依据劳动合同确定工作时间,但超出此基准则属于劳动基准法上“延长工作劳动或者可能产生违法罚则问题之工作时间”。<sup>〔16〕3-4</sup>由劳动合同所确定的工作时间内,与主合同义务“劳动给付”相对应的是工资时间,体现在此时间维度中劳动与工资的对价关系;此外“劳动合同义务时间”则是由劳动合同约定的附属于劳动给付义务的时间,例如劳动者开始实际工作前的打卡、备勤、早操以及工作后的整理等时间,还包括职业培训以及年会、庆典等其他履行合同约定事项所占时间。<sup>〔16〕4-6</sup>据此,所有合同约定时间在非法律许可的情况下不能超出法定基准,否则构成违法,合同时间内不区分劳动强度均属于工作时间。超出工时基准的加班时间不得由劳动合同约定,而应依据劳动基准法认定法律后果,违反法律关于加班的规定将导致雇主之公法责任。此观点发展至今已成为日本学界关于工作时间分类的通说,对学说和判例的讨论和发展裨益甚大。<sup>〔17〕206</sup>

### (三) 司法

司法裁判中所实际适用的工作时间认定标准是将立法上工时规定与学说上工时解释相结合,通过一系列案件的审理逐步描绘出工作时间的边界。日本司法对工作时间的认定采纳“客观说”,即“工作时间不是依据劳动合同、规章制度、集体合同所确定的劳资合意,而是应考察客观情形”。<sup>〔18〕88</sup>日本最高法院在“三菱重工长崎造船所事件”中提出“是否属于工作时间应当根据劳动者的行为是否属于雇主的指挥命令之下来客观地确定,不应当依据劳动合同、规章制度以及集体合同中的约定内容来决定”<sup>①</sup>。围绕此判决的学术观点和判例形成了“指挥命令下说”,认为工作时间是劳动者处于雇主指挥命令之下的时间,工作开始前后的待机、整理时间等都被视为工作时间,该说为日本司法及学理之通说。<sup>〔18〕92</sup>有学者对此提出批评,认为该说过于抽象,应当加入劳动者实际活动的“业务性”作为“指挥监督”的补偿标准,是

为“二分说”。<sup>〔8〕265</sup>此观点在后续的司法实践中修正了“指挥命令说”过于抽象的缺陷,在“大星大楼管理事件”中,大楼的管理员负责楼内警卫及设备运行,其每日24小时的勤务时间内有8小时是在楼内的休息室“假寐”(我国称之为“睡班”),但此时间段内仍依据合同负有待命、应对警报及突发事件的义务。因此,日本最高法院在审理此案中认可“工作时间是劳动者处于雇主指挥命令下之时间”的先例及通说,同时针对“假寐”劳动类型指出,劳动者虽然未处于指挥监督之下,但“并未获得劳动解放之保障,仍负有劳动合同上的劳动给付义务”<sup>②</sup>。此案提炼出的“劳动解放之保障”与“负有劳动合同上的劳动给付义务”被认为是“指挥命令”的下位概念,具有表里关系。<sup>〔19〕</sup>实际上形成以“指挥命令”为核心的综合性判断标准,在不存在工作时间与休息时间之间灰色地带的前提下,“只要没有获得劳动解放”即可认定为工作时间。<sup>〔8〕267</sup>

美国司法围绕着“承担或允许工作”(suffer or permit to work)的立法表述构建工作时间认定标准。最高法院最初认为,并不是所有无明示或默示合同为他人工作的人都可以列为“雇员”(employee)<sup>③</sup>,可适用《公平劳动标准法》(FLSA)的雇员必须是其在雇主控制或要求下付出“体力或心智”,以使雇主或其营业获利,并因此获得报酬<sup>④</sup>。但是,最高法院在此后的Anderson案中改变了此项规则,提出“不要求付出体力或心智”,只要“在雇员被要求放弃对其本人时间或活动实质性的支配之时”即是工作时间,包括雇员被要求留在雇主的生产经营场所、值班或限定的工作地点<sup>⑤</sup>。由此,美国司法形成了“主要利益”(Primary Benefit)原则,雇员依据劳动合同履行“劳动给付”(Principal Activities)以实现雇主利益为目的,相应的时间即是工作时间。雇员在工作开始前后的活动时间只有构成劳动给付的一部分,或者在特定情况下劳动给付所必需时,才属于工作时间,例如生产场所整理、机器调试等,而工作结束后的洗浴时间则不是工作时间。在雇员等待工作的时间认定问题上,最

① (日)三菱重工業長崎造船所事件,最一小判平12.3.9,民集54-3-801。

② (日)大星ビル管理事件,最一小判平14.2.28,労働判例706号26頁。

③ Walling v. Portland Terminal Co., 330 U.S. 148, 152, 6 WH Cases 611 (1947)。

④ Tennessee Coal, Iron & Railroad Co. v. Muscoda Local 123., 321 U.S. 590, 4 WH Cases 293 (1944)。

⑤ Anderson v. Mount Clemens Pottery Co., 328 U.S. 680, 6 WH Cases 83 (1946)。



高法院在 *Armour* 案中重申了此项原则,指出“等待的时间是否可以主张报酬要看此时间是否主要为了雇主及其营业利益之目的”<sup>①</sup>。沿袭这一思路,司法确认了值班状态下的等待时间是工作时间的一部分,“此等待时间期间是不确定的或者相当短暂的,雇员不能基于个人目的而有效地利用此时间”<sup>②</sup>,“在此情形下,哪怕雇员把时间花在了娱乐上,例如打牌、看电视或者读书”均为工作时间<sup>③</sup>。可见,美国司法偏重考察时间目的性及支配力,不关注劳动者在此时段内的实际行为,也因此排除雇主实际指挥控制程度的审查。

#### (四) 我国工作时间之界定

劳动关系的本质应当作为界定工作时间的出发点。关于劳动关系不同于一般民事关系的从属性特征,学界早已引之为共识性前提,诸如“雇主指挥命令”、“劳动以雇主利益为目的”<sup>④</sup>等考察要点亦无理解异议。因此,已有学者将工作时间定义为“劳动者接受用人单位的指示,在用人单位的管理或约束下从事工作或与工作相关的活动的时间”。<sup>(12)</sup> 此定义涵盖了用人单位指示、命令以及业务性的要点,值得肯定。鉴于工作时间的界定是司法认定的基础,仍有以下问题有待于学理阐释。

我国司法上对于工作时间的认定尚未形成统一标准,但从目前一些地方中高级法院关于劳动争议案件法律适用的意见以及一系列案件判决来观察,司法已形成了注重“工作强度”的明显倾向。笔者的这一判断立基于相关研究成果,其中孙国平教授关于我国劳动法上待命时间司法实践的分析显示,相关判决多强调值班之工作内容、劳动强度(密度),或以为值班期间难以将工作与生活区分,故未充分体现业务性与工作强度<sup>⑤</sup>。此外,最高人民法院王林清法官就加班时间认定问题撰文指出,实践中判断加班的构成要件,应当遵循以下原则:一是值班通常不视为加班,值班期间所从事的工作与正常工作期间从事工作基本相同的,应当视为其正常工作,不按照加班来处理;二是应当根据劳动的强度酌情确定加班的时间<sup>⑥</sup>。对此,笔者认为,现已形成的司法裁判倾向事实上产生了两方面的效果:一方面,以“工作强度”为基础承认了正常工作时间与休息时间之间存在第三类时间,诸如值班等工作强度不大的工作状态即属此类,其法律导向过于偏向用人单位的经济成本考量,造成对劳动者休息时间的蚕食。对于劳动者而言,无论处于何种强度的工作状态都已经不能自主支配时间,即便如值班之相对清闲状态也是在用人单位安排下以其利益为目的之时间付出。并且,对于何种劳动强度是适当

的问题,缺乏具体的测评标准,遗留了法律适用的难点,易于衍生个案处理结果的争议。另一方面,“劳动强度”已成为认定工作时间的的基本考察要素。劳动者在工作时间内应处于依合同约定实际给付劳动的状态,劳动者所“受拘束”的工作强度应当达到一定程度,诸如值班的较轻程度“受拘束”工作状态并不足够。上文梳理的美日司法关于工作时间的认定重点均已从“劳动给付”演进到“时间支配”,对工作时间“业务性”的要求仅须符合“雇主利益目的”。由此反思,劳动法理学始终坚持以“雇主指挥命令”作为判断劳动关系以及劳动者弱势性的依据,而此司法强调的“劳动强度”标准实际上与学理相冲突,将“雇主指挥命令”提升为“有实质内容并处于执行中的雇主指挥命令”,剥离了劳动者处于准备提供劳务的受控状态之时间,无疑将加重劳动者的弱势性,损害劳动者权益的保障。

为此,应当考虑在劳动法总则或未来单行工作时间法中对“工作时间”予以法律界定,以此作为认定工作时间的的基本指引,其意义在于统一法律文本和司法实践中对工作时间的认识,包括劳动基准法、劳动合同法以及劳动案件中的争议时间,以便解决工作时间认定的事实问题,在此基础上再依循劳动基准或劳动合同确定争议工作时间的法律后果。从劳动关系的本质出发,结合上文所述各国立法、学理及司法实践,工作时间的定义应以“用人单位指挥命令”为中心,将“业务性”与“劳动者时间自主性”及“时间付出之目的性”相结合。综上,笔者认为可将工作时间界定为:劳动者依劳动合同约定或用人单位指示,为实现用人单位利益而处于工作或相关活动中的时间,不包括劳动者可自由活动的休息时间。当然,工作时间

① *Armour & Co. v. Wantock*, 323 U. S. 126, 4 WH Cases 862 (1944).

② *Cole v. Farm Fresh Poultry*, 824 F. 2d 923, 929-30, 28 WH Cases 369 (11th Cir. 1987).

③ *Brock v. DeWitt*, 633 F. Supp. 892, 895-96, 27 WH Cases 1246 (W. D. Mo. 1986).

④ BAG, AP Nr. 20, 28 zu § 611 BGB Abh? gigkeit; NZA 1993, 174, 175; 1992, 36, 37; 894, 895.

⑤ 孙国平教授梳理分析了北京、广州、江苏、山东等省市法院及劳动仲裁委员会关于劳动争议案件法律适用的指导意见,以及一系列工作时间认定争议案件的判决,勾勒出我国司法对工作时间劳动内容与强度的重视。详见孙国平《劳动法上待命时间争议的认定》,《法学》2012年第5期。

⑥ 王林清法官就加班认定的时间条件指出,加班需要以特定的工作作为内容支撑,至于在该时间内劳动者是否从事用人单位的工作以及该工作的进行是否为用人单位分配工作任务所致,应当综合劳动者岗位工作的情况、用人单位的业务特点以及报酬的给付标准来认定。参见王林清《工资纠纷若干问题阐释》,《人民司法》2013年第11期。

的法律界定并不是终点,此项定义的内涵仍需司法在具体案件的裁判中积累法律解释。

### 三、工时基准的体系构造

#### (一) 标准工时与劳动基准高低之争

加班成为企业用工普遍形态的情况下,实践中有观点认为,在国务院《规定》适用范围过于宽泛的情况下,应当反思每日8小时、每周40小时的标准工时水平对企业是否过低,以致于加班成为企业的理性选择。既然现实中此工时基准不能得到有效落实,应当考虑调高针对企业的工时基准。

针对企业的标准工时应如何设置是完善现有的工时制度的核心问题,是应当继续沿用现有国务院《规定》确定的基准,还是遵从《劳动法》采纳每日8小时、每周44小时的基准,抑或其他工时基准值得慎思。对此问题的分析应当置于有关我国劳动基准高低与否的争论中来审视。早在2001年,董保华与常凯两位教授就有过关于我国劳动基准高低与否的争论,董保华教授认为我国劳动标准是高了,而不是低了;常凯教授则认为简单地说中国劳工标准过高了是不合适的。<sup>(20)</sup>此后,王全兴教授也加入了讨论,<sup>(21)</sup>董保华教授就其观点进一步指出我国有些标准虚高,如工时、加班费等,常常是一种纸面上的规定,并未得到真正的落实,对此劳动基准法应当实行“低标准、广覆盖、严执法”,“以一个发展中国家的经济地位,不断挑战世界劳动基准法最高水平,本身就耐人寻味”。<sup>(22)</sup>就工时基准高低的问题,在我国学界确是缺乏系统的研究,尤其是纳入到世界范围内处于何种水平,尚未有文献予以排名展示。为此,笔者以“法定每周标准工时”为指标,整理了部分主要发达与发展中国家的工时基准水平,如下图所示。

发达国家		发展中国家	
国家	每周标准工时(小时)	国家	每周标准工时(小时)
美国	40	印度	48
日本	40	巴西	44
德国	40	墨西哥	48
法国	35	俄罗斯	40
韩国	40	南非	45

相比较之下,我国的周标准工时在法律条文规定层面已与发达国家处于同一水平。《劳动法》以及国务院《规定》确立工时基准的立法背景资料无可查询,因此无法分析20年前立法之时是处于何种考量。藉此,在分析现行工时基准是高还是低的问题上必须面对的现实是此基准已实施20年,是否应予调整应当在一个广阔的时空维度下思考。笔者的观点是应当沿用国务院《规定》所确定的工时基准,据此修订《劳动法》规定,问题的症结不在于工时基准的高低,而在于现行制度规定之粗糙与保障机制之不健全,理由分列如下:

第一,我国标准工时实施多年,应当承认已形成了社会认同和制度惯性。国务院《规定》第7条规定,国家机关、事业单位统一的周休息日为星期六和星期日,企业可以根据实际情况灵活安排周休息日。但是,在现实中大多数企业认可了周六日作为周休息日,在全社会范围已形成了周末休息时间的共识,从而家庭生活共同的休息时间能够协调。如果提高工时基准必然会导致工作时间与休息时间的重新划分,社会活动及家庭生活也必将受此影响而全面调整,由此将导致全社会范围内活动时间规划的重新整合,可以想象此项制度变动将引发的争议以及成本。因此,我国工时基准既然已经确立在此水平,不应当“走回头路”降低基准水平,毕竟“劳动条件不是抽象数字化的契约条件,劳动条件及其保障意义均应该摆到劳工的整体生活脉络来思考”。<sup>(23)</sup><sup>52</sup>工时基准法律规定的落实问题应当问究保障机制的缺失,而不是降低保障水平。即便立法将工时基准调高到发展中国家的最高周工作时间之48小时,以墨西哥为例,高工时基准不能消除劳动者长时间工作,在劳动保障机制不完善情况下,高工时基准仍不可避免地突破<sup>①</sup>。

第二,我国已成为世界第二大经济体,在降低工时已成为世界共识与趋势之背景下,如果我国立法“逆之而行”提高工时基准必将有损国际声誉,引致更大外界批评与压力。我国现有工时基准制度实施效果不佳导致的长时间工作已被外界批评为“全球劳动标准的底线竞争”,<sup>(24)</sup>亦被指责为中国经济所创造的奇迹在一定程度上在于廉价而过度地使用劳动力。<sup>(25)</sup>在我国经济发展已经取得举世瞩目成就之时,应当是有能力更好地保障劳动者的工作权益并使之分享经济发展成果,而不能采用调高工时基准的方

<sup>①</sup> See Sangheon Lee, Deirdre McCann and Jon C. Messenger, Working Around the World: Trends in Working Hours, Laws and Policies in a Global Comparative Perspective, London: Routledge press, 2007, p122.



式缓和普遍存在的无序加班状况,否则无异于对过度使用劳动力的默认和纵容。即便我国在上世纪九十年代立法之时所确立的工时标准偏高,到当今已有条件使此基准更好地落实。反观同样以长时间工作著称的近邻日本,于1947年制定《劳动基准法》之时所确定的周工时基准是48小时,此后长时间内保持较高的人均劳动时间,直至上世纪80年代,“鉴于日本社会经济状况的变化和劳动者意识的变化,以及国际贸易摩擦背景下欧美发达工业国家对长时间劳动的严厉批判,为了保障劳动者的身心健康和生活质量的提高,增强企业和社会的活力,适应国际劳动标准,维持和确保中长期雇用,以及通过劳动者余暇时间的增加来刺激消费、扩大内需”,日本于1987年将《劳动基准法》的周工时基准修改为40小时。<sup>(26)</sup><sup>157</sup>我国当下同样面临着社会经济变化、劳动者权利意识觉醒、应对国际贸易摩擦以及欧美人权议题非难,并且也有责任提高劳动者的保障水平,给予劳动者更多闲暇时间以促进消费,解放内需。因此,工时基准应当坚守,而不是相反。

第三,工时基准制度遭遇大范围违法的症结不在于标准过高,而在于保障机制不健全以及制度整体之粗糙与滞后。董保华教授提出劳动基准应实施低标准是与严执法相联系的,“低标准是严执法的前提,两者存在着联系”。<sup>(22)</sup>笔者认为,无论标准高低,过于依靠行政执行的保障方式实施劳动基准必然会遭遇困境。劳动执法作为公权力行为受制于劳动行政部门的人事编制与执行经费,例如长三角地区数万劳动者聚集的工业园区内,仅有几十人编制的劳动监察机构没有能力细致地核查每一个劳动者所处的劳动条件。暂莫论工作时间,即便是劳动生产安全这样关乎生命财产安全的劳动基准都无法依靠劳动监察完全落实<sup>①</sup>。在劳动监察较为被动和低效的情况下,劳动者通过仲裁或诉讼的维权方式已成为促进劳动法实施的衍生机制,劳动者藉此以较低的维权成本获得较高的赔偿,此类争讼行为的普遍化客观起到了法律保障的作用<sup>②</sup>。而裁审机制的局限在于其是事后救济,劳动者藉此进行的维权活动也是个别化的矫正,因此尚无法克止违反劳动基准之加班行为的大范围存在。从域外经验来看,落实工时制度的重要机制是集体合同,在有些国家集体合同已取代法定工时成为确定工作时间的依据。<sup>(27)</sup>但是,我国集体劳动关系法制尚未充分发育,基层工会的代表性问题仍存在较大争议。<sup>(28)</sup>虽然集体合同中包含工作时间的内容,但目前推动集体协商的重点在于工资,且协商机制的运行仍有待于观察。<sup>(29)</sup>综上,我国工时基准制度的

完善路径不是降低标准,而是将保障思维的重点由行政化的劳动监察转向劳资集体协商,通过劳动关系双方自治以确立共同认可的工时条件,将劳动基准转变为劳动合同内容。当然,由于我国集体劳动关系领域整体法制进程迟滞,此工时集体协商机制与工资、劳动安全等其他劳动条件一样仍有很长的路要走。

此外,我国工时法制本身的滞后和疏漏是其实施效果不佳的内在原因。如上文所述,工时法制在非市场化的环境下诞生,缺乏对未来市场机制用工方式变化的想象力。当下,全球化、科技创新所带动的生产方式变革滚滚而来,劳动时间结构剧烈变动,工时弹性化趋势已不可逆转,法律调整必须因之而增加弹性,并更为精细化,工时制度完善的关键是强化特殊工时法制。

## (二) 特殊工时制度之适用与完善

随着上世纪70年代欧美主要发达国家实现“从工业转向服务业”的产业结构调整,社会分工体系及劳动形态发生重大变化,促使传统的劳动生产方式向“弹性泰勒主义”(flexibler Taylorismus)的“劳动者自主控制”转变。<sup>(30)</sup><sup>298</sup>竞争的全球化以及技术的发展使劳动呈现弹性化的趋势,以典型化、标准化劳动为规范对象的劳动法制难以符合现代社会的生产组织面貌。<sup>(31)</sup><sup>15</sup>为此,各国工时基准均相应地做出了调整,日本于1993、1998和2003年三度对《劳动基准法》工时及休假规定进行修改,放宽了特殊弹性工时的适用。<sup>(32)</sup><sup>243</sup>德国亦已有大量企业实施“工时账户”(Arbeitszeitkonto)、召唤工作(Arbeit auf Abruf)等特殊工作时间制度。<sup>(33)</sup><sup>134</sup>

如果说以德日为代表的工时法制经历了由严格规制到适度放松的变化,那么我国工时法制则应由过度放任转向系统调整。德日之劳动基准法制在工业时代已相当完善,对标准化劳动关系有着细致的调整机制,当劳动弹性化兴起之后,彼之立法重心即在于调适原有针对标准劳动的规范体系,适度放松规制强度和范围。我国的情况则与之相反,现有工时法制称之为系统周延,《劳动法》和国务院《规定》均只规

① 例如2014年昆山“8.2”工厂爆炸事故的该企业处于昆山经济开发区内,长期存在安全生产隐患,劳动行政部门并未能实现有效监管。在网络检索发现,截止2006年底,昆山经济开发区已吸纳员工22.7万人,但并未查到该区的劳动监察部门有多少人员,即便是估算200人也难以对全区的所有企业和劳动者予以有效监察。[http://baike.baidu.com/link?url=s6M5h4KzflQ6XdPa8UPEcu8T9QNodZUwf\\_8wbb3s4tZOhMqOkfDdc0wYvH5r-sICYBJFVKKHwUHO\\_Nv5iBSgEq#8](http://baike.baidu.com/link?url=s6M5h4KzflQ6XdPa8UPEcu8T9QNodZUwf_8wbb3s4tZOhMqOkfDdc0wYvH5r-sICYBJFVKKHwUHO_Nv5iBSgEq#8), 2015/4/2.

② See Virginia E. Harper Ho, From Contracts to Compliance? An Early Look At Implementation Under China's New Labor Legislation, *Columbia Journal of Asian Law*, 2009, Vol. 23, No. 1, pp77-78.

定了标准工时,对于标准工时的适用除外情形,《劳动法》第39条规定,企业因生产特点不能实行本法第36条、第38条规定的,经劳动行政部门批准,可以实行其他工作和休息方法;国务院《规定》第5条规定,因工作性质或者生产特点的限制,不能实行标准工时的,可以实行其他工作和休息办法。梳理条文可发现,我国特殊工时的法律制度是由原劳动部发布的两部部门规章构成的,即《关于贯彻执行〈劳动法〉若干问题的意见》(以下简称《意见》)和《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》(以下简称《办法》)中共计13个条文构成,将特殊工时的主要形式确立为综合计算工时制与不定时工时制<sup>①</sup>,由此形成的调整机制已然失之简略与疏漏:

第一,适用范围规定粗糙。依据《办法》,不定时工作制适用于企业高管、外勤、推销等无法按标准工时衡量的职工、长途运输、出租汽车司机和装卸人员等需要机动作业的职工以及其他特殊情形;综合计算工时制适用于交通、铁路、邮电、水运、航空、渔业等行业中因工作性质需要连续作业的职工、地质、勘察、建筑、旅游等行业的部分职工以及其他情形。上述规定所涉及的岗位和行业并不是所有劳动者均不适合采用标准工时,而一旦企业获准可以适用不定时工作制或综合计算工时制即极大地扩展了支配劳动者时间的权利,能够很大程度地规避加班限制及加班费成本,无疑使企业获得了非常大的优势。自2008年之后,适用特殊工作时间的企业呈现大幅度增长趋势,其中不乏企业利用特殊工时制度适用范围的简略“钻空子”,以此规避标准工时规定。

第二,劳动行政部门审批行为的性质不清晰。企业实施不定时工作制必须经由劳动行政主管部门的审批,对于此审批行为的性质及效力尚缺乏研究,与之相关的问题包括:如果此审批是行政许可,那么劳动者是否可以提起行政诉讼?此审批对劳动合同具有何种效力?用人单位以审批为依据变更工作时间合同约定,劳动者能否依据《劳动合同法》第38条主张解除合同?此类问题在实践中均无定论,根源在于审批行为本身的性质不清。

第三,关于劳动者权益保障的规定过于含糊。《意见》和《办法》均规定“用人单位应采取适当方式确保职工的休息休假权利”,但对于如何确保则没有规定,尤其是对于不定时工作制,由于其完全脱离了标准工时衡量工作时间的轨道,对于工作的适当时长、是否过度、如何救济等缺乏规则依据,以致于现实中往往仅依据用人单位的规章指令,法律调整缺位。

在劳动弹性化的冲击下,可以预见我国未来特殊工时制度的适用比例将会进一步扩大。为防止特殊工时的“非正常繁荣”,工时制度应予以系统重构。笔者对此提出的完善思路是:第一,对于综合计算工时,应当将时间周期与工作岗位及企业形态等紧密联系,即分类规定“周、月、季、年”应分别对应何种工作岗位及企业形态,可借鉴的外国经验例如日本《劳动基准法》规定,一周变形劳动时间制每日不得超过10小时,并且仅适用于劳动者未达到30人的小商店、旅店、饭店、餐饮店等。<sup>(26)</sup>第二,对于不定时工作制应当全面改造,可借鉴德国“工时账户”制度,劳动者每工作一个小时即在其工时账户中存入一个小时,通过法律规定或集体合同确定结算时间,使劳资双方对工时的累计及工作周期均有预期,并能够据此实现法律的有效调整。依德国2000年工商业公会统计,已有65%的企业实施此工时账户制度,被视为符合劳动者利益的弹性手段。<sup>(34)</sup>第三,对于行政审批制度,在无视劳动者的情况下以行政审批的方式决定劳动条件本身就带有浓厚的计划色彩。劳资之间实施何种工时制度应当首先由双方依据工作岗位的特点进行协商,在无法实施标准工时的情况下由双方协商同意采纳特殊工时,此时工时条款已经成立;继而将协商结果向劳动行政部门报批,此行政审批是审查劳资协商结果是否符合豁免标准工时,乃是劳资就工时所达成的合同条款生效要件。由此可以理顺劳动合同与行政审批之间的法理。

#### 四、代结论:工时基准法制完善之建议

在改革走向深入之际,劳动基准法制应当肩负起引领劳动用工方式变革、塑造面向未来弹性工作方式之劳动关系的历史使命。为此,基于上文的分析和阐释,我国工时基准法制之完善应考虑下述要点。

第一,整合既有劳动基准规范体系。鉴于现行劳动基准规范体系散乱且逻辑关系不清,完善劳动基准法制的第一步应当是梳理及整合现有规范,在此基础上逐项予以细化完善。现有行政法规和劳动部门规章所调整的事项均有工时制度的基本内容,而《劳动法》又过于简略笼统,因此可将国务院《规定》及各劳动部门规章中关于劳动关系工时调整的部分吸纳进

<sup>①</sup> 综合计算工时是指用人单位以标准工作时间为基准,以周、月、季、年为周期,综合计算工作时间的工时制度。在工时综合计算周期内不区分工作日与公休日,如果总工时超出标准工时则应支付加班费;不定时工作制针对无法按照标准工作时间衡量或需要机动作业的劳动者,采用弹性工作时间计算方式,不受《劳动法》第41条关于加班的限制,不计算加班费的工时制度。

《劳动法》,以充实标准工时、特殊工时适用范围及方式的法律规定不足。在此基础上,明确国务院《规定》的定位是《劳动法》调整范围之外其他劳动方式的工时依据。由此形成以《劳动法》为文本的劳动基准具备了相对完整的工时制度架构,但这只是工时基准法制的雏形,各部分规定应当逐一分解锻造,以使其实现彻底转变。

第二,《劳动法》应当明确规定工作时间的定义。工作时间定义的意义在于划分劳动者受支配的工作时间与私人自主的休息时间,既应当保障加班时间的测算,又防止用人单位对劳动者休息时间的侵蚀。在当下法律上无工作时间明确定义的情况下,司法事实上充当了工作时间的界定者,但司法上过于强调“工作强度”又在某种程度上造成了与学理的冲突。因此,《劳动法》应当对工作时间予以法律界定,给予司法“构成要件”式的裁判指引。笔者建议将工作时间定义为:劳动者依劳动合同约定或用人单位指示,为实现用人单位利益而处于工作或相关活动中的时间,不包括劳动者可自由活动的休息时间。

第三,标准工时应当沿用当前的每日8小时、每周40小时的规定。虽然关于我国标准工时过高、不符合我国国情的质疑一直存在,但现行标准工时的确立有其客观历史脉络,实施至今已成为社会生活所认同并遵循的基本时间维度,结合我国经济实力增强与国际竞争日趋激烈的大背景,提高法定标准工时已不可行。标准工时在现实中未能很好落实的症结在于两个方面,一是劳动基准保障体系乏力,用人单位违反标准工时不担心违法成本;二是特殊工时规定滞后,使得很多用人单位在无法有效利用特殊工时的情况下只有标准工时的唯一选项,而随着市场分工的细化和劳动弹性化的兴盛,特殊工作方式日益增多,现行工时规定难以应对而表现出的种种弊端不可均归咎于标准工时规定。为此,《劳动法》关于标准工时的规定仍应确定为每日8小时、每周40小时。

第四,特殊工时制度应当予以全面修订。为应对劳动弹性化趋势,各国劳动基准法均趋于增强法律调

整的弹性,赋予劳资双方更多工作时间的选项。我国特殊工时法制的问题在于如此重要的工时内容仅规定于部门规章层面,并且以行政审批代替监管,一旦用人单位获准实施特殊工时即某种程度上脱离了监管。因此,着眼于未来劳动关系的走向,工作时间的弹性化与灵活化已无可回避,特殊工时基准法制的任务应当是针对不同行业及岗位提供若干细化的工时选项,既满足用人单位弹性用工的需求,又保障劳动者的权益不脱离法律监管。特殊工时的适用亦应当回归于劳动合同条款,不应当基于行政审批实施,而应由劳资双方合意达成,将行政审批转变为行政备案,强化事后监管。

第五,劳动基准保障机制应当拓展。我国劳动基准的保障方式过于依赖行政执法,仍具有浓厚的计划时代思维色彩,但长期以来的劳动实践已表明劳动执法在市场环境下无法全面覆盖各用人单位的劳动关系,存在较大监管盲区,亦有被地方利益和资本利益俘获的风险,致使用人单位的违法成本很低。<sup>〔35〕</sup>发达国家工时基准最普遍的实施方式是集体合同,由集体劳动法制辅助劳动基准在具体劳动关系中的实现。但我国集体劳动法制仍处于较低水平,在实践中的作用相当有限。为此,工时基准的保障应当纳入到劳动法制保障机制整体升级改造的进程之中,在当下行政执法保障方式之外吸纳NGO、媒体等社会组织参与监督,并着重加强集体劳动法制的完善与推行,将当前以“工资”为重点的集体协商行为拓展为包括工时等其他劳动基准在内的综合性集体协商机制,使“行政化”劳动基准保障制度转变为“社会化”劳动基准保障制度。

德国谚语有言,时间不是依其长度,而是依其深度来测量。藉此,工作时间既是劳动者职业生涯“深度”的表征,更是其家庭生活、社会生活,乃至生命状态的映像。工时虽是劳动关系的一个基点,却是无数奔忙个体幸福的起点,理应得到劳动基准法制的坚实支撑。

## 参 考 文 献

〔1〕〔日〕西村健一郎. 企業における多様な休暇制度(M) // 日本労働法学会. 講座 21世紀の労働法(第7卷)・健康安全と家庭生活. 东京: 有斐閣, 2000.

〔2〕Sangheon Lee, Deirdre McCann and Jon C. Messenger. Working Around the World: Trends in Working Hours, Laws and Policies in a Global Comparative Perspective (M). London: Routledge press, 2007.

〔3〕孙国平. 劳动法上待命时间争议的认定(J). 法学, 2012, (5): 42-55.

- 〔 4 〕 ILO ,The Resolution concerning statistics of hours of work (EB/OL). (2015 - 3 - 25). <http://ilo.org/global/statistics-and-databases/statistics-overview-and-topics/working-time/current-guidelines/lang-en/index.htm>.
- 〔 5 〕 Directive 2003/88 (2003) OJ L299/9 (EB/OL). (2015 - 3 - 29). <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32003L0088>.
- 〔 6 〕 Terms and Conditions of Employment (The Working Time Regulation 1998 No. 1833) [EB/OL]. (2015 - 3 - 19). <http://www.legislation.gov.uk/uksi/1998/1833/made/data.pdf>.
- 〔 7 〕 Arbeitszeitgesetz (Bundesgesetzblatt, 10 June 1994, No. 33) [EB/OL]. (2015 - 3 - 22). <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/37814/64928/E94DEU01.HTM#div02>.
- 〔 8 〕〔日〕菅野和夫. 労働法 (M). 东京: 弘文堂, 2012.
- 〔 9 〕〔日〕蓼沼謙一. 労働時間・残業・交替制 (M). 东京: 総合労働研究所, 1971.
- 〔 10 〕王全兴. 劳动法 (M). 北京: 法律出版社, 2008.
- 〔 11 〕黎建飞. 劳动法和社会保障法 (M). 北京: 中国人民大学出版社, 2007.
- 〔 12 〕沈同仙. 工作时间认定标准探析 (J). 法学, 2011, (5): 134 - 143.
- 〔 13 〕黄越钦. 劳动法新论 (M). 北京: 中国政法大学出版社, 2003.
- 〔 14 〕黄程贯. 劳动法 (M). 台北: 国立空中大学, 1997.
- 〔 15 〕邱俊彦. 工作时间 (C) // 台湾劳动法学会. 劳动基准法释义. 台北: 新学林出版公司, 2005.
- 〔 16 〕〔日〕荒木尚志. 労働時間の法的構造 (M). 东京: 有斐閣, 1991.
- 〔 17 〕〔日〕石橋洋. 労基法上の労働時間の概念と判断基準 (C) // 日本労働法学会. 講座 21 世紀の労働法 (第 5 卷)・賃金と労働時間. 东京: 有斐閣, 2000.
- 〔 18 〕〔日〕東京大学労働法研究会. 注釈労働時間法 (M). 东京: 有斐閣, 1990.
- 〔 19 〕〔日〕中瀬裕也. 仮眠時間と休憩時間 (J). 労働判例百選, 2002, (165): 89 - 112.
- 〔 20 〕常凯, 董保华. WTO 给我们的劳动者带来什么 (J). 新华文摘, 2002, (1): 1 - 3.
- 〔 21 〕王全兴. 劳动合同法立法争论中需要澄清的几个基本问题 (J). 法学, 2006, (9): 19 - 28.
- 〔 22 〕董保华. 中国劳动基准法的目标选择 (J). 法学, 2007, (1): 52 - 60.
- 〔 23 〕〔日〕遠藤隆久. クロ - ハリセ - ションと労働法の市民法化 (C) // 横井芳弘 等. 市民社会の変容と労働法. 东京: 信山社, 2005.
- 〔 24 〕Anita Chan. A Race to the Bottom: Globalisation and China's Labour Standards (J). China Perspectives, 46, 2003: 1 - 46.
- 〔 25 〕Nan, L. Is There New Hope in Labor Rights Protection for Chinese Migrant Workers? (J). Asian Pacific Law & Policy Journal, 10, 2009: 483 - 518.
- 〔 26 〕田思路, 贾秀芬. 日本劳动法研究 (M). 北京: 中国社会科学出版社, 2013.
- 〔 27 〕Gerhard Bosch. Working Time and Working Time Policy in Germany (EB/OL). (2015 - 4 - 3). [http://www.jil.go.jp/english/reports/documents/jilpt-reports/no.7\\_bosch.pdf](http://www.jil.go.jp/english/reports/documents/jilpt-reports/no.7_bosch.pdf).
- 〔 28 〕Simon Clarke, Chang - Hee Lee & Qi Li. Collective Consultation and Industrial Relations in China (J). BRIT. J. INDUS. REL. 42, 2004: 235 - 244.
- 〔 29 〕谢德成, 王天玉. 集体劳动关系的法律目标及规范重点 (J). 当代法学, 2010, (2): 112 - 122.
- 〔 30 〕Leisewit, Pickshaus, Reusch. Entgrenzung der Arbeit im flexiblen Kapitalismus: Anforderungen an eine Arbeitspolitik (M). Hamburg: VAV - Verl., 2001.
- 〔 31 〕Rupert Scholz, Wandel der Arbeitswelt als Herausforderung (M). Köln: Hanns Martin Schleyer - Stiftung, 1988.
- 〔 32 〕〔日〕濱口桂一郎. 労働法政策 (M). 京都: ミネルヴァ書房, 2004.
- 〔 33 〕Lale Necati. Arbeitszeitkonten bei flexibler Arbeitszeit (M). Hamburg: Verlag, 2005.
- 〔 34 〕Ingo Hamm. Arbeitszeitkonten (M). München: Bund - Verlag GmbH, 2003.
- 〔 35 〕Virginia Harper Ho. From Contracts to Compliance? An Early Look At Implementation Under China's New Labor Legislation (J). Columbia Journal of Asian Law, Vol. 23, No. 1, (2009): 47 - 49.

( 本文责任编辑 涂永前)