

“加班时间安排”规制的劳动基准立法： 国际镜鉴与中国进路

曹燕

(西北政法大学经济法学院, 陕西西安710063)

摘要: 工时弹性化时代, 西方发达国家采用变形工时制, 实现加班时间的劳动基准弹性化规制, 并通过扩张劳动者的时间自主权, 减轻因缺乏加班时间上限的强制基准而产生的负面效应。为了解决我国加班时间安排劳动基准法律规制僵化的问题, 《劳动法》应打破综合计算工时制与标准工时制的界限, 将两者有机结合起来, 拓展标准工时强制基准规制的灵活性。在此基础上, 以现行的年工时总量为上限, 实施以3个月为参考期的加班时间弹性化规制, 降低年加班时间总量。同时, 明确规定加班时间弹性化规制参考期内日和周的最高工时数, 完善加班的补偿休息制度和加班安排的决定程序, 确保劳动者的时间自主权。从而实现“加班时间安排”兼顾“弹性”与“安全”的规制目标。

关键词: 加班时间; 加班; 劳动基准; 工作时间安排; 知情同意权

中图分类号: D992.5 **文献标志码:** A **文章编号:** 1000-2154(2023)08-0083-11

DOI: 10.14134/j.cnki.cn33-1336/f.2023.08.007

Labor Standard Law for the Regulation of “Overtime Hours Arrangement”: International Reference and China’s Approach

CAO Yan

(School of Economic Law, Northwest University of Political Science and Law, Xi’an 710063, China)

Abstract: In the era of flexible working hours, western countries generally adopt the transformed working hours system to realize the flexible regulation of labor benchmark of overtime hours, and mitigate the negative effects caused by the lack of mandatory benchmark of overtime hours by expanding workers’ autonomy in working hours. In order to solve the problem of rigid legal regulations on the labor standard of overtime hours arrangement in China, the *Labor Law* should break the boundary between the comprehensively calculated working hour system and the standard working hour system, organically combine the two, expand the flexibility of the mandatory standard working hour benchmark application, and achieve the flexibility of overtime hours regulations. In order to reduce overtime hours, the current total annual working hours shall be used as the upper limit, and a flexible regulation of overtime hours with a reference period of 3 months shall be adopted, clearly stipulating the maximum number of working hours per day and per week during the reference period. At the same time, the compensatory rest system for work overtime and the determination process for work overtime arrangement shall also be improved to ensure the autonomy of workers’ time, thus achieving the regulatory goal of balancing “flexibility” and “safety” in “overtime hours arrangement”.

Key words: overtime hours; work overtime; labor standard; working hours arrangement; informed consent right

收稿日期: 2023-02-22

基金项目: 国家社会科学基金西部项目“全球视角下中国休息休假立法完善研究”(19FX014)

作者简介: 曹燕, 女, 教授, 法学博士, 主要从事劳动法学、老龄法学研究。

一、问题的提出

近年来,“996”“247”等加班乱象在我国迅速蔓延的现实,是我国加班时间^①劳动基准法律规制效果不彰的有力证明^[1-4]。当前,在制定劳动法典成为学界热议话题的背景下,作为劳动法典的重要构成,工作时间与休息休假劳动基准的立法完善成为学界关注的焦点问题之一^[5-7]。相关研究成果普遍注意到我国延长标准工作时间劳动基准规制僵化的问题,但都未能提出一个具有说服力且具有可操作性的制度解决方案^[8-16]。导致这种困局的原因是:第一,该等研究大多囿于加班时间长度的基准规制,普遍忽视了加班时间的安排方式及其对加班时间长度的重要影响;第二,该等研究缺乏对国外立法文本的系统分析和制度构造的比较研究,使其提供的本土制度设计方案缺乏可靠的国际经验参照。^②

“工作时间的安排”是一个用来描述工作时间可衡量性的术语,指在特定的日、周、月或更长的时期内,所有工作时间与非工作时间的长度及其搭配方式(ICLS,2008)。据此,“加班时间的安排”主要涉及标准工作时间、加班时间和休息时间的长度及其搭配组合的方式。弹性化的工作时间的安排,模糊了工作时间、加班时间和休息时间之间原本鲜明的界限,导致加班出现常态化的倾向,因此,如何在实现加班时间的安排弹性化规制的同时,确保劳动者的健康与安全,成为各国工时基准立法面临的时代挑战。在工作时间的间接规制模式下,评估工时基准的立法效果,通常以能否降低年最高工时数,对加班时间进行有效的总量控制为标准^[17]。工作时间的安排方式是确定法定年最高工时数的重要依据。法定年最高工时数的客观性,使得不同国家的工作时间的安排制度具有了横向比较的可能性。通常情况下,工时弹性化法律规制经验越丰富的国家,其工时立法技术水平越高,对其他国家越具有示范意义。由是观之,以扬弃的思想借鉴工时弹性化法律规制的国际有益经验,探索完善我国加班时间劳动基准立法的有效进路,不仅可行而且有益。

鉴于前述,本文的研究主题聚焦于加班时间的安排规制的劳动基准立法设计,围绕以下议题展开:如何正确认识并准确阐释工时弹性化时代西方国家加班时间的安排劳动基准立法之普遍经验?如何可能与如何重新设计我国加班时间的安排劳动基准法律规范,使其在规制弹性化和确保劳动者健康和安全之间取得平衡?关于这些议题的研讨,将在下文如此顺乎逻辑地展开:首先,选取在工时弹性化法律规制方面具有丰富经验的六个西方国家(德国、美国、英国、法国、奥地利和日本)最新的工时立法文本,对其加班时间的安排劳动基准法律规范进行解构和比较分析,阐明其规范设计的特点,归纳、总结出各国在减少加班、降低企业成本和维护劳动者健康和安全之间取得平衡的普遍经验,并反思其局限,为完善本土立法提供可靠的

^①对于在法定最高工时范围内,超过法定标准工作时间持续工作的时间之称谓,我国《劳动法》并未作出明确、清晰的界定。该法第41—43条将其统称为延长工作时间,但第44条又将延长工作时间限定为延长每日工作时间,以此区别于在休息日和法定节假日安排劳动者工作的时间。正因如此,实践中人们会误认为延长工作时间不包括休息日和节假日的工作时间。故而,《劳动部关于职工工作时间有关问题的复函》(劳部发[1997]271号)第3条,将延长工作时间具体化为加点和加班(前者是指超过法定日标准工作时间的长时间,后者是指在休息日和法定节假日安排劳动者工作的时间)。然而,该条的本意并不是确定该等时间的称谓,而只是对于《劳动法》规定的“延长工作时间”范围的行政解释,并且该条最后一句也表明了确定该等时间的称谓要以立法解释为准。由此可见,该等时间的称谓问题,立法上至今并未予以澄清,因此,为了避免理解上的偏差和表述上的繁冗,本文借鉴工作时间的立法的国际通例和实践操作中的习惯用语,将在法定最高工时范围内,超过法定标准工作时间后持续工作的时间统称为加班时间。

^②钱叶芳、徐顺利利用国际劳工组织“雇佣条件数据库”(TRAVAIL)中部分发达国家和发展中国家工时和休假的立法数据,对各国的工时基准进行了纵向比较,并与我国的相关基准进行对比分析,得出我国应当适当提高工时基准等前瞻性的学术观点。笔者对此意见十分赞同,但是,笔者注意到该文对于加班时间的基准分析,局限于工时长度的简单比较,缺乏具体的规范依据。这是由其信息来源的缺陷导致的:该文所有关于工时和休假的立法数据大都来自TRAVAIL数据库。这个数据库是国际劳工组织在2011年前后建立的,收集了156个成员国有关工资、工时和休假的立法数据。这些数据是由ILO的专家团队从各成员国的立法相关内容中提炼和概括而成,并且只提供有关工时长度的结论性意见,没有罗列具体的法律条文。从2011年之后,该数据库就没有持续更新,无法反映当前国际工时立法的真实状况。

经验依据(第一部分);^①其次,重新检视我国加班时间安排劳动基准立法存在的问题,借鉴国际有益经验,提出制度完善的总体思路和可能的规范设计路径(第二部分)。

二、“加班时间安排”劳动基准立法的国际镜鉴及其反思

(一) 标准工作时间规制基准弹性化立法的比较分析

与日本、法国和奥地利采取固定上限的法定标准工时制不同,德、美两国采用变形工时制,^②规定一定期限内平均每周或平均每日的工时上限,形成所谓“正常工作时间”,实现了对标准工时的弹性化规制。由于立法对变形工时参考期内最高工时的限制方式不同,导致两国立法兼顾灵活性与保障性的规制效果不同。

1.《德国工作时间法》^③对标准工时的弹性化规制。该法规定:一般每日工作不超过8小时。在任意连续的24周内,平均每日工作时间不超过8小时的前提下,每日工作时间最多可延长至10小时,^④但每周周日必须让员工休息。^⑤以该法规定的变形工时参考期计算的年工作总周数为48周。据此推算,正常年最高工时达到2304小时(48周×6天/周×8小时/天)。这种弹性化规制,使参考期内任意一天和任意一周的工时上限,从8小时和48小时,被合法地延长到10小时和60小时。被延长的工作时间却不被计入加班时间。理论上,这样的工作周可以在参考期内连续安排。

2.《美国公平劳动标准法》^⑥对标准工时的弹性化规制。该法既没有规定日标准工时的上限,也没有强制周休,仅规定每周工作时间不超过40小时。该法允许企业集体协议通过年变形工时制,实现对标准工作周的弹性化规制。与德国不同的是,该法将正常年工时总量限制在2080小时以内,通过设置每周最低工时不少于30小时的保障工时期,使得在一年的大部分时间里,每周的正常工作时间上限被控制在40小时左右。^⑦这种弹性化安排不仅使美国年标准工时总量比德国低得多,而且避免了年工时总量被过度集中安排于数月,导致周工时总量过高的不利后果。

(二) 加班时间规制基准弹性化立法的比较分析

1. 德国的弹性化法律规制特点。《德国工作时间法》只对集体协议管辖范围内的企业在特殊情况下安排加班,规定了时间上限。^⑧其他原因安排的加班,时间上限几乎完全依赖集体协议确定;在没有集体协议的企业,加班时间的上限由劳动合同或内部劳动规章制度来确定。^⑨这种没有加班时间上限基准的规制模

^①笔者为了获得准确可靠的立法信息,组织专业团队翻译了《德国工作时间法》(1994年6月6日颁行,2020年12月22日修正)、《英国工作时间条例》(1998年10月1日颁行,2020年3月26日修正,以下简称《英国工时条例》)、《奥地利工作时间法》(1969年12月11日颁行,2022年4月14日修正)、《美国公平劳动标准法》(1938年6月25日颁行,2021年12月28日修正)、《法国劳动法典》(1973年1月2日颁行,2022年10月1日修正)和《日本劳动基准法》(1947年4月7日颁行,2018年7月6日修正)中有关工作时间和休息时间的条款,以此作为本文研究国外立法的文本基础。

^②所谓变形工时制,是指雇主依照劳动基准法,以集体协议或者其他法定形式,将一个月、一年或更长期间的法定标准工时总数,分摊到一定期间内,使特定的周或日的实际工作时间数超过法定标准工时数,但是,雇主可以不支付加班费的制度。

^③本课题组译,《德国工作时间法》(Arbeitszeitgesetz-ArbZG), at <https://www.gesetze-im-internet.de/burlg/> (Last visited on April 2, 2023)。

^④《德国工作时间法》第3条。

^⑤《德国工作时间法》第9条第1款。

^⑥本课题组译,《美国公平劳动标准法》(Fair labor standards act-FLSA), at <https://www.lexisnexis.co.uk/> (Last visited on April 2, 2023)。

^⑦《美国公平劳动标准法》第207条第a款第(1)项,第b款第(1)项、第(2)项。

^⑧《德国工作时间法》第14条。

^⑨《德国工作时间法》第7条第3款。

式,使工作时间有被过度延长的风险。为了保障雇员的健康和安全,该法要求雇主每日必须给予雇员不少于连续11个小时的休息时间;^①如果每日工作时间超过12小时,工作结束后,雇主必须立即给予雇员不少于11小时的补休。^②据此,理论上,包括加班时间在内的每日实际工作时间最长可以达到13小时。该法并不禁止周休日工作,但要求每年至少有15个周日不得安排加班。虽然,雇员在周日加班,雇主应当在包括该日在内的两周内安排其补休,但法律允许集体协议将这个补休日调整到其他任意期间,甚至取消补休。^③这一切导致在加班时间的参考期内,雇主可以频繁安排每天工作10~13小时、每周工作70~91小时的高强度加班。尽管,在过去的50年里,德国工会一直致力于减少工人的工作时间,并在20世纪70年代实现了每周工作40小时的阶段性成果,然而,由于工作时间弹性化的发展,《德国工作时间法》难以有效遏制加班势头的持续蔓延。多伊普勒教授对此作出中肯的评价:“德国要真正成为一个休闲社会,还有很长的路要走。”^[18]

2. 英国的弹性化法律规制特点。《英国工时条例》^④将17周内平均每周最高工时(包括加班)限制在48小时以内,但没有规定在此期间每日和每周最高工时的固定上限。^⑤这样一来,虽然能够推算出年最高工时为2448小时(17周×48小时/周×3倍),却无法确定每周或每日工作时间的具体上限。尽管,该条例给予劳动者每天11小时的连续休息时间,以及每周1天的周休日,^⑥然而,每日最高工时(包括加班时间)仍高达13小时;按每周6天计算,周最高工时可达78小时。在特殊情况下,周休日的休息时间可以被缩短到11小时,即周日加班时间最长不超过13小时。^⑦按照以上标准计算,任意一周的最高工时可达91小时(78小时+13小时)。在年最高工时范围内,这种超长工作周可以连续安排。该条例第11条第4款允许通过协议将连续两周的周休日,安排在14天内的任何一天。这将导致一种高强度的加班安排:任意连续的两周中的第1周一为周休日,第2周周日为周休日,如此一来,劳动者最长可以连续工作12天,每天工作13小时。

3. 日本的弹性化法律规制特点。《日本劳动基准法》^⑧对因工作量暴增安排加班的时间弹性化规制主要分为两种类型。参考期为3个月内的,任意1个月安排加班时间总量可以超过45小时,但该参考期的每月最高工时数不得超过100小时;参考期超过3个月不满1年的,任意1个月加班时间的总量可以超过42小时,但是该参考期的最高工时数不得超过720小时,同时,执行这种工时的总月数不超过6个月;从参考期第1天开始,按月划分的各期间分别加上期间之前的1个月、2个月、3个月、4个月和5个月的各期间中,平均每个月加班时间,以及休息日安排工作的时间不得超过80小时。^⑨据此推算,该等情况下的年最高工时(包括加班)可达2800小时(40小时/周×52周+720小时)。为确保加班时间和休息日安排工作的合规化,厚生劳动省劳动大臣可针对加班时间的集体协议规定的加班安排应注意的事项、加班工资比率等,规定相应的行政指导方针;^⑩劳资双方应确保集体协议的内容符合上述的指导方针,^⑪但该行政指导不具有劳动基准法上的强制效力^[19]。由此可见,法律虽然规定了参考期内加班时间总量和一定期限内的平均最高工时数,但是没有限制参考期内每周和每日工作时间的固定上限,这使每日和每周的实际工作时间有被过度延长的风险。

①《德国工作时间法》第5条第1款。

②《德国工作时间法》第7条第9款。

③《德国工作时间法》第11条和第12条第1款、第2款。

④本课题组译,《英国工时条例》[The Working Time Regulations 1998 (UK)-WTR], at <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/1998/1833/contents> (Last visited on April 2, 2023)。

⑤《英国工时条例》第4条。

⑥《英国工时条例》第10条第1款和第11条第1款。

⑦《英国工时条例》第11条第7款。

⑧本课题组译,《日本劳动基准法》,(日本労働基準法), at <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/3567> (Last visited on April 2, 2023)。

⑨《日本劳动基准法》第36条第5款。

⑩《日本劳动基准法》第36条第7款。

⑪《日本劳动基准法》第36条第8款。

4. 法国的弹性化法律规制特点。首先,对于一般企业,《法国劳动法典》^①明确规定了加班时间的固定上限:参考期内的周最高工时被限制在60小时之内,日工作时间的上限被限制在12小时之内。^②其次,实施每周35小时工作制的企业安排员工加班,劳资双方只需在关于加班的集体协议中规定一个加班限额,就可以在该限额内安排加班。法律并没有明确规定加班限额的时间上限,一般企业的加班时间上限的规定也不适用于这样的企业。同时,法律还允许该等企业在征求社会和经济委员会的意见后,超过加班限额安排加班,但必须为劳动者提供补休时间。^③在确定加班限额时,没有集体协议的企业会受到严格的行政管制。^④最后,只有在法律规定的情形下,获得地区高级行政长官的批准或在法律规定的特殊区域内开办的企业,通过劳资集体谈判,雇主才可以安排劳动者在周休日加班。^⑤在没有集体协议的情况下,雇主应征求社会和经济委员会的意见,将加班方案交由受影响的全体工人投票,只有在多数工人赞成的情况下,该方案才能生效。^⑥

5. 美国的弹性化法律规制特点。相较于以上四国,美国的制度设计相对“精巧”。《美国公平劳动标准法》规定,加班时间应由雇员代表和雇主通过善意的集体谈判达成集体协议,并得到国家劳资关系委员会认可。该集体协议可以规定,在连续52周参考期最高工时2240小时的范围内,超过2080小时的保障工时总量且超过每周40小时的工作时间为加班时间。^⑦据此推算,52周内加班时间总量不超过160小时。这160小时原则上可以在52周内任意分配,平均每周最长工作时间约为43小时。^⑧由于保障工时期的限制,在一年至少46周内,任意一周的正常工时一般会维持在40小时左右,因此,即使160小时的加班总量被不规则地分配于数月或数周,超过60小时以上的超长工作周在一年内也不会频繁出现。然而,美国没有每日最高工时的限制,也没有强制周休,劳动者获得规律休息的权利缺乏保障。

6. 奥地利的弹性化法律规制特点。与前述各国相比,《奥地利工作时间法》^⑨更为有效地实现了规制弹性化和安全保障性之间的平衡。第一,在要求雇主承担安全保障责任的前提下,实现加班决定程序的弹性化。《奥地利工作时间法》规定,无论因何种情况安排加班,雇主都应承担保障雇员安全和健康的责任,只有在法律允许劳动者加班且不与任何劳动者的利益相冲突的情况下,才可以安排加班。^⑩一般情况下,因雇主经营需要安排的加班,可以由劳资个别协商、集体谈判或内部劳动规章制度来决定。^⑪这种多元化的制度选择节省了加班的谈判成本。第二,在实施加班时间弹性化规制的同时,规定了参考期内每日和每周工作时间的固定上限。首先,因雇主经营需要临时安排的加班时间上限是,17周内平均每周工作时间不超过48小时,但参考期内每日、每周最高工时不得超过13小时和60小时。^⑫因加班而缩短的每日休息时间,必须在工作结束后10个工作日内予以补休;^⑬劳动者每周有1.5天的连续休息时间,一般情况下禁止周休日

①本课题组译,《法国劳动法典》(Code du Travail-CT), at https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006072050/ (Last visited on April 2, 2023)。

②《法国劳动法典》第 L3121-19条和第 L3121-21条。

③《法国劳动法典》第 LL3121-30条、第 L3121-31条、第 L3121-32条和第 L3121-33条。

④《法国劳动法典》第 L3121-39条和第 L3121-40条。

⑤《法国劳动法典》第 L3132-20条至第 L3132-25条。

⑥《法国劳动法典》第 L3132-25-3条。

⑦《美国公平劳动标准法》第207条第 b 款第(2)项。

⑧计算方法是160小时/52周,得出平均每周加班时数约为3小时,再加上每周标准工时数,可以计算出平均每周包括加班在内的最高工时为43小时。

⑨本课题组译,《奥地利工作时间法》(Arbeitszeitgesetz-AZG), at https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Erw/ERV_1969_461/ERV_1969_461.html (Last visited on April 2, 2023)。

⑩《奥地利工作时间法》第6条第2款。

⑪《奥地利工作时间法》第5条和第7条第1款、第3款、第6款。

⑫《奥地利工作时间法》第7条第1款、第3款。

⑬《奥地利工作时间法》第12条第2款。

加班。^①据此推算的年最高工时数为2448小时(17周×每周48小时×3倍)。由于法律严格限制安排补休的期限,并禁止周休日工作,雇主很难连续安排每周60小时以上、每天13小时的高强度加班。其次,以行政审批的方式允许雇主突破法定最高工时限制安排加班。该法规定:雇主如果迫切需要超过前述法定最高工时的限制安排加班,可以向劳动监察机构提出申请,劳动监察机构就此听取了劳资双方的意见,并认为雇主已经用尽了所有可能的加班时间,仍需要加班的,可以授权雇主安排加班,但是,这种加班必须符合公共利益。^②根据以上规定,尽管该国的年最高工时数达到2448小时,但是,每周最高工时被控制在60小时以内,并且很难连续安排这样的长工作周,有效降低了加班强度。雇主突破法定最高工时基准安排加班,必须符合公共利益,并且必须得到政府批准。如此一来,既满足了雇主对加班时间的迫切需求,又避免了雇主的经营利益凌驾于劳动者的人权和社会公共利益之上的道德风险。

(三) 保障劳动者时间自主权的劳动基准立法之比较分析

1. 保障劳动者知情同意权的规范设计。加班毕竟是在法定标准工作时间之外为劳动者设定劳动义务,如果不是基于劳动者自愿,就会形成强迫劳动。因此,确保劳动者对加班安排的知情同意权是避免工作时间安排涉嫌强迫劳动的前提。前述六个国家的工时立法建立了该权利概念的两个维度。一是保障劳动者的“知情权”。为了确保“加班必须明示”的原则得以落实,前述六个国家的立法一般要求:雇主必须将加班时间的安排,事先公告或通知劳动者,^③雇主应当如实记录劳动者的加班时间,^④劳动者有权索取这样的记录以知晓自己确切的工作时间;^⑤因工时记录产生争议,雇主承担证明劳动者实际工作时间的责任;^⑥雇主违反法律规定,侵犯劳动者知情权的行为是违法行为,将受到行政处罚。^⑦二是保障劳动者的“同意权”。为了确保加班基于劳动者的自愿,英国要求加班必须征得劳动者个人的书面同意;^⑧奥地利则允许通过集体协议、劳动合同和内部劳动规章制度等多种形式确定加班安排。^⑨除此而外,其他国家均将加班安排交由集体协议决定。对于集体协议做出的加班安排是否必须得到劳动者的个别同意,有两种不同的规制分野:在德国,即使是通过集体协议确定的加班安排,也必须得到雇员的书面同意,才能对其生效;^⑩而在日本,通过集体协议确定的加班安排,除向行政部门备案外,司法实践一般认为无须征得劳动者的个别同意,但强调,如果集体协议安排的加班对劳动者的利益可能造成不利影响,那么雇主必须提供证据证明加班的必要性。

2. 赋予劳动者拒绝加班的权利规范设计。前述六国工时立法大都赋予劳动者拒绝继续履行已经生效的加班协议的权利,大致形成两种规制分野。第一种是以德国和英国为代表的随时终止权模式:《德国工作时间法》允许劳动者在6个月内撤销其对加班时间的书面同意;^⑪《英国工时条例》允许劳动者根据约定的通知期或提前7天通知终止加班合同。^⑫第二种是以奥地利为代表的任意解除权模式:《奥地利工作时间法》明确将雇主保障劳动者健康和安全的责任,作为安排加班的前提要件。无论以任何形式达成的加班协

①《奥地利工作时间法》第12条第3款、第4款。

②《奥地利工作时间法》第7条第5款。

③《德国工作时间法》第16条第1款;《奥地利工作时间法》第25条第1款。

④《德国工作时间法》第16条第2款;《法国劳动法典》第L3171-1条;《美国公平劳动标准法》第211条第c款;《英国工时条例》第9条;《奥地利工作时间法》第26条。

⑤《奥地利工作时间法》第26条第8款。

⑥《法国劳动法典》第L3171-4条。

⑦《英国工时条例》第29条,《德国工作时间法》第22条第(8)项、第(9)项。

⑧《英国工时条例》第4条第1款。

⑨《奥地利工作时间法》第5条和第7条第1款、第3款、第6款。

⑩《德国工作时间法》第7条第7款。

⑪《德国工作时间法》第7条第7款。

⑫《英国工时条例》第5条。

议,都应将保障劳动者人身健康和安全的雇主责任放在首位。^①可见,在衡量保障劳动者健康和安全与“契约必须信守”之间,该法赋予前者更高的权重。因此,该法第7条第6款规定,尽管加班时间没有超过法定最高工时上限,但如果加班时间使最高工时超过每天10小时或每周50小时,从而使得工人的健康安全面临较大风险时,工人可以自由拒绝加班而无须给出任何理由。为了切实保障劳动者拒绝加班的权利,德国、美国、英国、奥地利等国的法律,不仅原则性地规定劳动者不应因行使该权利而受到雇主歧视或被解雇,并且赋予劳动者申诉或诉讼的权利。雇主因劳动者拒绝加班而解雇或歧视劳动者的,须承担相应的法律责任。^②

(四) 加班时间安排劳动基准立法的国际经验与局限

第一,部分国家摒弃了传统的法定标准工时制,转而应用变形工时制规定正常工作时间的最高时数,在实现标准工时弹性化规制的同时,也导致了加班常态化的倾向。根据各国立法考察和比较分析可见,采取变形工时制规定正常工作时间上限的国家,比采用标准工时制的国家正常年工时总量要高得多。这种弹性化规制模式的“精明”之处在于:在不支付加班费的前提下,实现加班常态化。这样弹性化的时间安排,大大降低了雇主支付加班补偿的成本和违法风险。然而,这种规制模式的缺陷也十分明显:这种所谓的正常工作时间已经比标准工时长得多,在此基础上再安排加班,将进一步提高包括加班时间在内的最高工时上限,对劳动者的健康和安全生产产生不利影响。因此,采用标准工时弹性化规制的德、美两国均限定了参考期的工时总量,以降低弹性化工时安排的负面影响。从其规制效果的比较分析可见,仅规定变形工时参考期内的工时总量和日工时上限,难以实现最佳的规制效果,只有同时规定周工时的固定上限,才能避免参考期内正常工时总量被过度集中于数周,有效化解标准工时弹性化规制与劳工安全保障之间的冲突。

第二,尽管加班时间的弹性化规制是各国立法的普遍选择,但如果没有对参考期内每日和每周工时上限作出强制规定,将导致单位时间内加班强度过大,劳动者休息权得不到保障等后果。从上述各国加班时间的安排方式来看,凡是规定了参考期内每周、每日工时的固定上限,并对参考期内加班时间总量作出明确规定的国家,周工时总量基本控制在60小时之内(例如法国和奥地利),超长工作周和超长工作日出现的频率较低,劳动强度较为合理。反之,没有明确规定参考期内每周、每日工时固定上限的国家(例如英国、德国和日本),每周工作70小时以上、每日工作12小时以上的高强度加班会频繁出现,劳动者的健康和安全生产面临较大风险。

第三,休息和补休时间的安排也会影响加班时间弹性化规制的效果。从前述六国的立法来看,凡是严格限制周休日工作,并将每周休息日安排在一周内的特定日期的国家,不大可能出现数周连续工作的现象。虽然,前述六个国家的工时立法普遍强制雇主为加班的劳动者提供补偿休息时间,但多数国家设置的补偿期限不尽合理,其主要缺陷是劳动者难以在加班后及时获得补休。相形之下,奥地利的法律将补休时间严格控制在加班结束后的10日内,不仅确保了劳动者在加班后得到及时休息,而且有效防止了连续的高强度加班,是一种可资借鉴的规制方式。

第四,各国普遍通过强化劳动者的时间自主权来制衡工时弹性化安排中雇主的时间控制权。各国的工时立法十分重视保障劳动者对加班的知情同意权,不仅普遍要求雇主必须确保加班基于劳动者的同意,而且要求该同意必须明示,并采取行政处罚甚至是刑事手段制裁侵犯劳动者知情同意权的行为。同时,还给予劳动者拒绝不适当的加班时间安排的权,使劳动者享有制衡雇主实施弹性化工作时间的自主权,一定程度地降低了工时弹性化给劳动者健康、安全带来的风险。

^①《奥地利工作时间法》第6条第2款。

^②《德国工作时间法》第7条第7款;《英国工时条例》第31条和第32条;《美国公平劳动标准法》第218条第C款;《奥地利工作时间法》第7条第6款。

三、完善我国加班时间安排劳动基准立法的规范设计路径

(一) 我国加班时间安排劳动基准立法存在的突出问题

1. 延长标准工作时间的基准规制僵化。主要体现在以下两个方面。第一,标准工时的基准规制僵化。我国目前普遍实行的是1995年5月1日起实施的《国务院关于职工工作时间的规定》(以下简称《工时规定》)所规定的标准工时制,职工每日和每周工作时间的上限分别为8小时和40小时。以此为基准,根据行政解释对职工每年工作天数的规定,推算我国年标准工时总量为2000小时(250天×8小时)。^①与前述实施标准工时弹性化规制的国家相比,我国年标准工时总量要低得多。我国《劳动法》将综合计算工时制与标准工时制严格区分,是我国无法运用变形工时制实现标准工时弹性化规制的根本原因。^②这种僵化的规制模式导致企业难以根据工作繁闲合理调配工作时间,不得不采取加班的方式来完成业务繁忙时暴增的工作量。更为严重的是,由于我国法定年标准工时总量与发达国家差距较大,导致我国企业参与国际经济竞争时,不得不用加班来弥补这一时间差距,因而不可避免地遭到国际社会的质疑和诟病。第二,加班时间的基准规制僵化。我国《劳动法》第41条将每日包括加班在内的最高工时限制在11小时以内,同时要求每月加班不得超过36小时,据此推算,包括加班在内的月最高工时约为203小时,^③法定年最高工时为2436小时(203小时/月×12个月)。与前述的六个国家相比,我国的年最高工时低于日、德、英等发达国家。导致我国年最高工时较低的主要原因是:《劳动法》严格区分标准工时制和综合计算工时制,使我国无法利用综合计算工时制来实现加班时间的弹性化规制。这种严格限定每月加班时间上限,缺乏弹性的“僵化”规制模式,使企业无法根据较长时期的业务量变化,跨月调配加班时间,既不能满足企业对加班时间灵活安排的实际需求,也无法凭借变形工时的制度优势,减少加班成本。由是观之,如何缓解有限的加班时间总量和企业对加班时间的客观需求之间日益尖锐的矛盾,同时保障劳动者的健康和安全,是当前我国加班时间安排劳动基准立法亟须解决的关键问题。

2. 加班事由的规范设计存在缺陷。我国《劳动法》第41条对用人单位因经营需要安排的加班规定了时间上限,但第42条没有对灾害、事故和紧急任务等情形下安排的加班规定任何时间限制。尽管,第42条规定的加班通常是为了维护社会公共利益而安排的,但没有时间上限极不利于保障劳动者的健康和安全,因此,有必要重新设计我国《劳动法》上加加班事由的规制分野,使劳动者在任何情况下加班都能获得安全保障。

3. 保障劳动者时间自主权的制度缺失。《劳动法》不仅没有为劳动者对加班安排的知情权提供任何保障,而且保障劳动者对加班安排同意权的规定也晦暗不明。根据《劳动法》第41条,无法得出劳资双方必须协商一致才能安排加班的推论。不过,相关行政配套明确禁止劳动合同任何一方当事人擅自延长工作时间。^④工作时间既是最基本的劳动条件之一,也是劳动合同的必备条款。加班是对基本劳动条件的变更,需要变更劳动合同的必备条款。《劳动合同法》第24条强调不得强迫劳动者加班,《劳动合同法》第35条要求变更劳动合同必须劳资协商一致。因此,作为基本劳动条件的工作时间之变更,应遵循合意变更之原则。由此可见,我国现行立法没有为雇主单方安排加班留下任何空间,加班时间的安排应当由劳资协商决定。据

^①根据《劳动和社会保障部关于职工全年月平均工作时间和工资折算问题的通知》(劳社部发[2008]3号)(以下简称《通知》)第1条的规定,我国职工年工作日总数为250天;月工作日总数为20.83天,全年52周。这一折算方法以《工时规定》确定的标准工时为基准。

^②我国的综合计算工时制与国际通行的变形工时制本质上是一致的。《劳动法》第39条将综合计算工时制纳入特殊工时的范畴,排除了将其运用到第36条规定的标准工时制的可能。

^③计算方式为:根据《通知》规定,每月正常工作日总数为20.83天,那么月正常工作时间总数为20.83×8小时/天=166.64小时,将其与月加班时间总数36小时相加,就得出月最高工时数约为203小时。

^④《工时规定》第6条。

此,即使用人单位向劳动者提出加班的合法请求,劳动者也有权拒绝。最高人民法院发布的典型案例也支持这一观点,并强调雇主不得以此为由对劳动者实施惩戒性解雇。^①然而,在经营需要时依法安排加班是用人单位行使其经营自主权的合法行为,如果劳动者有权随时拒绝用人单位合法安排的加班,就可能对用人单位正常生产经营秩序造成冲击。这样不仅不利于保障劳动者的时间自主权,在实践中也极易引发争议。

(二) 完善我国加班时间安排劳动基准立法的规范设计路径

基于前述,对于完善我国加班时间安排劳动基准立法,笔者的总体思路是:不应继续坚持《劳动法》所采取的加班时间固定上限的僵化的规制模式,而应仿效国外普遍实施的弹性化规制模式,打破综合计算工时制与标准工时制的界限,将两者有机结合起来,共同规制加班时间的上限;大力发挥集体协商的作用,充分利用集体协议拓展工时基准适用的灵活性。与此同时,一方面,明确规定加班时间弹性化规制的参考期内每周、每日工作时间的固定上限,防止劳动者连续高强度加班,充分保障其休息权;另一方面,强化对劳动者时间主权的法律保障,防止雇主安排加班的任意性,确保劳动者的健康和安全。具体的规范设计路径如下。

1. 标准工时弹性化规制的劳动基准法规范设计。尽管,《工时规定》确定的周标准工时的上限低于《劳动法》规定的周标准工时的上限,然而,笔者认为,这并不能否认《劳动法》规定的周工时标准的有效性。这是因为:部门规章只能执行法律的规定,而没有排除适用法律的效力。^②即使用人单位超过《工时规定》的标准,执行《劳动法》规定的周工时标准,也不应被认定为违法行为。在两种标准并行的情况下,加班到底应以哪种标准为基准?笔者综合前述意见,认为根据《劳动法》第36条和第38条的规定,可以推算出实际每周工作时间的上限为48小时(6天×8小时/天),然而,《工时规定》将周工时上限缩短到40小时,为了避免两者适用上的冲突,《劳动法》第36条取两者平均数(44小时)作为平均周工时的上限,且不对平均周工作时间的计算周期作明确规定,这样一来,无论企业采用哪一种周工时的固定上限,都不会违反劳动法的强制基准规定。从这个角度出发,我国标准工时制可以解释为:每日工作时间不超过8小时,在每周工作时间不超过48小时的前提下,平均每周工作时间不超过44小时。然而,由于法律没有规定平均周工时的参考期,因此,难以确定年标准工时的总量。如果对此规定参考期,则意味着在标准工时规制中应用综合计算工时制。这就必须突破《劳动法》第39条的限制,在未来修订《劳动法》或制定劳动法典时,打破标准工时和特殊工时的“二分体制”,将包括综合计算工时制在内的各种特殊工时的法律规范,与标准工时规范平行设置。如要以综合计算工时制改造《劳动法》第36条规定的平均周工时标准,就必须限定参考期。如果按照年为单位规定参考期,那么最高年标准工时将提高到2288小时(52周×平均44小时/周)。考虑到每周40小时的工时标准毕竟已执行多年,以及执行较高的工时标准可能带来的阻力和争议,可以采取如下方案加以协调:在以综合计算工时制实现标准工时弹性化规制时,通过设置较短的参考期,同时设定参考期内每周和每日的工时上限,尽可能地减少在正常工作时间范围内延长原标准工作时间所带来的负面效应。从前述六国的立法对比可见,3个月的参考期是最短的。通常情况下,参考期越短,年最高工时越低。据此,笔者提出一种可能的制度设计方案:一般每日工作时间不超过8小时,但在连续的12周(3个月)内,如果每周平均工作时间不超过44小时,那么,每天工作时间可以延长到9小时,但每周工作时间不超过48小时。这样设置参考期,年标准工时总量仅为2112小时(4倍×12周×44小时/周),比现行年标准工时总量略高些,但远低于德国和英国等发达国家。这一安排的合理性在于:一方面,用人单位可以根据经营需要,在业务繁忙时,将日工作时间延长1小时,而不必支付加班费;另一方面,被延长的工作时间受到严格的日和周的工时上限限制,对劳动者的健康和安全影响不大。为了确保劳动者的知情同意权,根据《劳动合同法》第4条的规定,企业采用弹性化方式规定本单位的正常工作时间,应当通过民主程序,由内部劳动规章制度来确定。

2. 加班时间弹性化规制的劳动基准法规范设计。按照《劳动法》规定的工时标准,我国加班时间上限为每月36小时,每年432小时。如果按照弹性化规制的标准工时为基础计算,我国年最高工时(包括加班)

^①《人力资源社会保障部、最高人民法院关于联合发布第二批劳动人事争议典型案例的通知》(人社部函〔2021〕90号)中的案例五。

^②《立法法》第88条。

将达到2544小时(2112 + 432),比现行的年最高工时2436小时高出许多。通过对前述各国的立法反思可见:在标准工时弹性化基础上再提高年最高工时基准,不仅实现不了减少加班的目的,也不利于保障劳动者的健康和安全,因此,笔者认为,应当维持现行的年最高工时数不变,在实施标准工时弹性化的同时,降低年加班时间的总量,从而在工时弹性化规制与保障劳动者的健康和安全之间取得平衡。如何在有限的年最高工时范围内减少加班时间总量?如果直接减少现行立法规定的月和日的加班时间,仍然无法满足企业根据业务繁闲,灵活调配加班时间的实际需求,并有可能导致减少了加班时间但加班成本不一定降低的“时间陷阱”。因此,应以现行年最高工时数为上限,制订综合计算工时的参考期和相应的日和周的工时上限,并取消月最高工时限制。为了避免高强度加班,参考期内的日最高工时不宜超过现行的每天11小时的标准,周最高工时不宜超过国际平均水平,具体的参考期期限设置以及参考期内的平均周工时数,可以由各级政府和各级工会,在各地区、各行业以及各类型企业范围内,广泛建立试点单位,通过实践积累经验,在未来修订《劳动法》或制定劳动法典时,综合各地实践经验加以具体规范。另外,为了充分保障劳动者的休息权,一方面,应加强对周休日工作的限制,并将周休日限定在一周内的固定日期,防止出现连续数周的高强度加班;另一方面,应完善对加班的补偿休息制度。现行《劳动法》第44条仅对休息日加班规定了调休补偿,其他情况下的加班均以支付加班费作为补偿,不补偿休息时间。这将导致劳动者在加班后无法得到及时休息,不利于保障其健康和安全。同时,单一的加班费补偿制度使用用人单位无法降低加班成本。为了改变这一困局,可以参考国外有益经验,明确规定:用人单位应对不同类型的加班,提供不同期限的补休时间,且应当在加班结束后一段较短的期限内安排补休。然而,提供补休并不意味着剥夺劳动者获得加班费的权利,因此,法律应赋予劳动者在补休和加班费之间进行自由选择的权利。

3. 加班时间弹性化安排的程序性规范设计。按照国际惯例,加班时间的弹性化规制通常依靠集体协议来执行,以免突破工时法定基准安排加班所带来的法律责任。我国《劳动法》及其相关行政配套规定,违反法律规定延长工作时间将受到行政处罚。为了确保加班时间弹性化安排的妥当性,《劳动法》有必要进一步规定;在法定最高工时范围内,通过弹性化方式安排加班,必须经过劳资集体协商达成集体协议,并向当地劳动行政部门备案。考虑到我国年最高工时数比西方发达国家略低的现实,如果企业确因实际而紧迫的经营性情况,需要突破法定最高工时限制安排加班,《劳动法》可以仿效法国和奥地利的做法,规定:此等加班不能与公共利益相冲突,且加班安排的方案必须交由受影响的劳动者投票,经多数劳动者表决同意后,报送当地劳动行政部门批准;劳动行政部门审查该等方案后,认为企业已经穷尽其他合理措施,仍有必要安排加班的,方可批准实施;对于为公共利益需要突破法定最高工时限制安排加班,用人单位应当事先向当地劳动行政部门核备;如果事前无法及时报请核备,可以在开始加班后一定期限内向劳动行政部门报告,劳动行政部门有权对该加班方案和实施情况进行审查,如果认为不适当,有权要求用人单位修改方案或对劳动者给予补偿。

4. 保障劳动者时间自主权的规范设计。首先,《劳动法》应效法奥地利,将保障劳动者健康和安全的责任,作为用人单位实行加班时间弹性化安排的前提要件,明确规定:无论以任何形式达成的加班协议,都应将保障劳动者人身健康和安全放在首位,从而使保障劳动者健康和安全的人权价值优于“契约必须信守”的合同价值。其次,《劳动法》应明确规定用人单位负有如实记录和告知劳动者工作时间和加班时间等信息的义务,明确赋予劳动者向用人单位索取相关证明的权利。为了避免《劳动法》第41条引发的合意程序之争议,根据“加班合意必须明示”的规制原则,《劳动法》应明确规定:用人单位安排加班,必须得到劳动者的书面同意;加班时间的弹性化安排,应当由集体协议来确定。再次,劳动者能否拒绝合法的加班安排?对这个问题,笔者认为:应仿效奥地利的做法,赋予劳动者对于超过一定时数的加班安排的拒绝权。采取这种规制模式的理由是:如果《劳动法》明确将保障劳动者健康和安全的责任作为用人单位安排加班的前提,那么赋予劳动者行使对超过一定时数而有可能危及自身健康和安全加班安排的拒绝权,不仅可以避免强迫劳动,也能化解劳动者行使拒绝加班的权利与用人单位维持正常经营秩序之间潜在的冲突。最后,为了防止雇主侵犯劳动者的知情同意权,《劳动法》及其相关行政配套应明确规定:劳动者不应因行使知情同意权而受到歧视或被解雇;因行使该权利而被解雇或被歧视的,劳动者有权提出申诉或提起诉讼。同

时,《劳动法》还要明确规定用人单位保障劳动者知情同意权的义务,以及侵犯劳动者知情同意权所应承担的法律责任。

四、结 论

工时弹性化时代,西方发达国家普遍采用变形工时制,实现加班时间安排劳动基准的弹性化规制。这种弹性化规制的缺陷是,过于依赖集体谈判,劳动基准法对集体协议实施加班时间的弹性化安排缺乏有效控制,劳动强度有被过度提升的风险。尽管,这些国家的立法试图通过扩张劳动者对工作时间安排的自主权,尽量避免因缺乏加班时间上限的强制基准所产生的负面效应,然而,这种“国家理性”缺位的规制体系,一旦工会谈判力下降,就无法遏制加班势头的持续蔓延。

相较于西方国家,我国加班时间安排的劳动基准立法,存在加班时间基准规制僵化、加班决定程序设计不合理、对劳动者时间自主权保障不力等突出问题。根据国际有益经验,本文提出了完善我国加班时间安排劳动基准立法的规范设计路径:《劳动法》应打破综合计算工时制与标准工时制的界限,将两者有机结合起来,拓展标准工时强制基准适用的灵活性。在维持现行的年工时总量不变的前提下,设定一段较短的参考期,并对参考期内每周、每日的最高工时作出明确限制,在实现加班时间规制弹性化的同时,对加班时间进行有效的总量控制。除此以外,还应完善加班的补偿休息制度,合理设计加班安排的决定程序,强化对劳动者时间自主权的法律保障,防止用人单位安排加班的任意性,确保劳动者的休息权。从而使我国加班时间安排的劳动基准立法,在规制弹性化和确保劳动者健康和安

参考文献:

- [1] 罗峰. 泛消费、去技能与再组织:互联网时代的基础性零工经济何以可能[J]. 浙江工商大学学报,2021(6):119-127.
- [2] 文军,刘雨婷. 新就业形态的不确定性:平台资本空间中的数字劳动及其反思[J]. 浙江工商大学学报,2021(6):92-106.
- [3] 侯慧,何雪松. “不加班不成活”:互联网知识劳工的劳动体制[J]. 探索与争鸣,2020(5):115-123.
- [4] 梁萌. 弹性工时制何以失效?——互联网企业工作压力机制的理论与实践研究[J]. 社会学评论,2019(3):35-49.
- [5] 郑尚元. 《劳动法典》法典编纂的能与不能[J]. 法治研究,2023(3):18-32.
- [6] 谢增毅. 劳动法典编纂的重大意义与体例结构[J]. 中国法学,2023(3):5-24.
- [7] 谢增毅. 劳动法典的体例结构:国际经验及其启示[J]. 北方法学,2022(6):22-29.
- [8] 林嘉,陈文涛. 论劳动基准法的法律效力[J]. 清华法学,2014(4):6-17.
- [9] 赵红梅. 论我国工时制度的缺陷、价值功能及其完善[J]. 环球法律评论,2020(1):41-57.
- [10] 王倩. 论我国特殊工时制的改造:在弹性与保障之间[J]. 法学评论,2021(6):93-105.
- [11] 陈靖远. 自主性劳动者标准工时适用除外及其限制[J]. 法学,2021(11):144-159.
- [12] 杨河清,王欣. 新常态下我国过度劳动法律规制问题研究[J]. 南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学),2017(5):71-77.
- [13] 耿紫珍,肖萌萌,王海珍,等. 利弊几何? 加班工作的研究述评与展望[J]. 中国人力资源开发,2021(12):6-21.
- [14] 张学志,蒋帆,陈展培. 标准工时制对工作时长与工资回报的影响研究——基于《劳动法》实施效果的实证检验[J]. 学术研究,2020(11):89-95.
- [15] 向玉乔,沈莹. 时间的共享伦理意蕴[J]. 湖北大学学报(哲学社会科学版),2020(1):17-24.
- [16] 钱叶芳,徐顺铁. “996类工作制”与休息权立法——资本与法律的博弈[J]. 浙江学刊,2019(4):56-67.
- [17] 中国台湾地区劳动法学会. 劳动基准法释义[M]. 台北:新学林出版公司,2005:332.
- [18] 沃尔夫冈·多伊普勒. 德国劳动法[M]. 王倩,译. 上海:上海人民出版社,2018:187-190.
- [19] 徐婉宁. 论日本工作方式改革关联法中劳基法之规制方式变革:兼论对我国工时制度之启示[J]. 台大法学论丛,2021(4):1809-1861.

