

论我国工时制度的缺陷、价值功能及其完善

赵红梅

内容提要:现实中企业加班泛滥,表层原因是我国工时制度的关键规范包括标准工时制、特殊工时制以及加班管制等存在较为严重的缺陷,难以良好实施;中层原因是工时制度与劳动法、社会保险法等与之密切相关的几个主要制度之间不具有协调性,包括限制加班与支付加班工资、基础工资与加班工资以及加班工资与社保费之间关系等,这些制度矛盾对用人单位规避工时制度形成不良利益诱引;深层原因则是工时制度的价值功能受到人们的普遍怀疑,其根基有所摇动。这一系列问题导致我国工时制度面临严峻的挑战,应当适当变革和系统完善工时制度和相关制度规范以迎接这一挑战。

关键词:脑力劳动者 体力劳动者 劳动法 工时制度 加班工资 社会保险法

赵红梅,中国政法大学民商经济法学院教授

一 问题的提出

从 1890 年起,世界各地劳工运动的核心诉求之一就是希望劳动者每天工作 8 小时,这也是国际劳工组织第一届会议的主题之一。^[1]但这主要是在第二次工业革命大背景下以流水线上的传统产业工人为模板而为广大劳动者争取到的工作时间利益。时至今日,它是否依然适合成为规范我国各类劳动者工作时间的的基本标尺准星,是我们应当严肃面对的话题。“在过去的几十年里,整个发达国家的工作时间实践探索以多样化的方式爆发。一度在许多地方占据统治地位的每日 8 小时和每周 40 小时标准工作制,在今天已让位于日益多样化、灵活化、非标准的工作时间安排。”^[2]劳动力市场发展与公共政策相结合,出现了不同的工作时间配置。摆在我们面前的问题是,在什么情况下会出现新的有

[1] See Gerhard Bosch, Working Time: Tendencies and Emerging Issues, *International Labour Review*, Vol. 138, Issue 2 (1999), p. 131.

[2] Berg Peter, Gerhard Bosch, Jean Charest, Working-Time Configurations: A Framework for Analyzing Diversity across Countries, *The Journal of Work and Policy*, Vol. 67, Issue 3 (2014), p. 805.

关工作时间标准的理论和立法框架?^[3]

有学者研究认为过劳问题呈现这样一种基本趋势:在工业化早期,市场竞争主要体现在产量和成本上,故以加班泛滥为表征的过劳主要发生于体力劳动者群体。而在后工业化时代,随着生产的机械化、自动化水平的不断提高,产品市场竞争日趋激烈,竞争的焦点从产量、成本逐渐向技术、管理方面转移,故以加班泛滥为表征的过劳主要发生于脑力劳动者群体。西方国家几百年的这一演变过程浓缩于我国改革开放后 40 年的时间内。^[4]我国体力劳动者群体过劳的老问题还未解决,新问题就大量涌现,^[5]以新兴互联网企业员工为代表的脑力劳动者群体过劳问题又接踵而至,2019 年 4 月在我国掀起波澜的“996 工作制”^[6]现象即可佐证。这正是我国工时制度面临严峻挑战的时代背景。针对我国普遍存在的加班泛滥问题,有论者认为,“加班文化”的盛行,侵害了广大劳动者的休息权,损害了其身心健康,并对劳动者的家庭和谐形成破坏,社会应对加班泛滥说“不”,劳动行政部门更应严惩违反工时制度的相关企业。^[7]前述见解不无切中加班泛滥原因要害之闪光点,但仍未触及制度根本,并未从法律制度和法律理论层面深入研究在我国当下为何加班如此泛滥。^[8]此外,即使涉及“加班文化”,也应该从思想层面解析而不能仅从现象层面描述。

我国劳动法学界已针对工时制度做了有价值的深入研究。^[9]但既有研究尚存在以下不足:其一,基本以标准工时制下体力劳动者保护的 need 为出发点构建工时制度,未置于我国时代背景下探寻不同用工类型和不同劳动者(特别是体力劳动者与脑力劳动者)工时保护规律的差异性,以提出更加有效地抑制加班泛滥的理论和对策。其二,孤立地论述我国工时制度存在的缺陷以及如何完善,可谓探寻出我国加班泛滥的表层原因,而尚未注意到工时制度与劳动法、社会保险法等主要制度之间的关系以及工时制度的价值功能等中层以及深层原因。本文力争弥补既有研究存在的前述不足,为我国工时制度的完善和相关理论的发展尽绵薄之力。

二 制度本身论

我国工时制度本身是否存在缺陷及其面临何种挑战,是探寻我国加班泛滥的表层原

[3] See Berg Peter, Gerhard Bosch, Jean Charest, Working-Time Configurations: A Framework for Analyzing Diversity across Countries, *The Journal of Work and Policy*, Vol. 67, Issue 3 (2014), p. 810.

[4] 参见樊明、田志浩:《过度劳动的过去、现在与未来》,《中国劳动关系学院学报》2018 年第 7 期,第 12 页。

[5] 近几年以共享经济平台从业者为代表的灵活就业群体,他们因与平台法律关系的普遍“去劳动关系化”而游离于劳动法之外,因本文只在劳动法框架内研究工时制度,故基本不涉及该问题。

[6] 996 工作制是指:早 9 点到岗、晚 9 点下班,每周工作 6 天。

[7] 参见夏颐:《“加班”与“健康”,哪个是根本》,《就业与保障》2016 年第 11 期,第 38 页。

[8] 参见孙国平:《“过劳死”的比较法思考》,《当代法学》2010 年第 1 期,第 127 页。

[9] 我国劳动法学界专门研究工时制度的论文包括但不限于:沈同仙:《工作时间认定标准探析》,《法学》2011 年第 5 期;孙国平:《“过劳死”的比较法思考》,《当代法学》2010 年第 1 期;孙国平:《劳动法上待命时间争议的认定》,《法学》2012 年第 5 期;王天玉:《工作时间基准的体系构造及立法完善》,《法律科学(西北政法大学学报)》2016 年第 1 期。

因。其实,法律的有效性应当基于其具有必要合理可行性,而不仅仅是主权者的命令。这“给予法律特别的权威,也给予我们对法律特别的尊重”。^[10] 如果我国工时制度在一些关键制度规范上存在较为严重的缺陷,则在当下难以良好实施,必然面临严峻的挑战。

(一) 标准工时制与特殊工时制的缺陷与完善

就立法宽严度而言,我国标准工时制与特殊工时制正好相反,前者太严格太死板,而后者又太灵活太宽松。今后在立法上,前者应做减法,而后者应做加法。

1. 标准工时制

标准工时制是指在一般情况下,劳动者从事劳动的正常工作时间的工时制度。^[11] 根据《中华人民共和国劳动法》(下称“《劳动法》”)第36条和1995年国务院修改的《国务院关于职工工作时间的规定》第3条,每日工作8小时、每周工作40小时,就是我国所谓的标准工时制下的正常工作时间。

劳动关系用工是以用人单位独占劳动者工作时间且在此时间内向劳动者指派工作任务为导向的。“劳动法的保护是因为雇员放弃对自己劳动力处置而获得的一种补偿”。^[12] 在标准工时制中,劳动者通常接受用人单位安排于固定的工作场所和相对固定的工作时间内排他性地只听命于该用人单位的具体工作任务指令从事劳动,劳动者必须严格依据此具体工作任务指令完成工作过程,否则视为违反劳动合同和劳动规章制度。本文之所以认为我国标准工时制太严格太死板,主要是因为它没有考虑到,即使在标准工时框架下,各类劳动者以及他们处于不同工作性质下的实际工作时间的合理确定也可能存在差异,这主要由是否存在待命时间以及待命时间长短导致的工作强度不同所决定的。研究标准工时所涉及的问题点,不仅包括时间长度,还包括时间质量,以及时间长度与时间质量的关系。

从理论上来说,在标准工时制下的正常工作时间内,劳动者的工作过程应当具有连贯性。“劳动时间通常理解为劳动从开始到结束没有休息暂停的时间”,^[13] “工作是从工作开始到工作结束的时间,不包括休息的时间”。^[14] 但于实践中,在标准工时制下的正常工作时间内,劳动者的工作过程往往并非都具有连贯性。在脑力劳动者工作自由度较大的情形下更容易出现这一现象。比如,上班期间会有很大机会处理私人事务,这时劳动者实际处于工作与休息之间的一种模糊状态。“996工时制”下我国相当一部分脑力劳动者工作时长与此相关。但我们也必须实事求是地承认,我国相当一部分脑力劳动者如整体收入水平较高的互联网程序员,不但工作时长、而且工作具有高度连贯性,工作强度较之体力劳动者有过之而无不及。^[15] 因此,脑力劳动者的工作是否具有连贯性不能一

[10] [美]罗纳德·德沃金著:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,中文版序言,第21页。

[11] 参见林嘉主编:《劳动法和社会保障法》(第四版),中国人民大学出版社2016年版,第196页。

[12] [德]W. 杜茨著:《劳动法》,张国文译,法律出版社2005年版,第18页。

[13] [德]W. 杜茨著:《劳动法》,张国文译,法律出版社2005年版,第59页。

[14] [德]雷蒙德·瓦尔特曼著:《德国劳动法》,沈建峰译,法律出版社2014年版,第339页。

[15] 参见韩朔:《“IT码农”生存压力状况调查与分析——以北京市海淀区中关村软件园IT从业者为例》,《北方文学》(下半月)2012年第5期,第258页。

概而论。本文以下只针对不具有连贯性的情形加以研讨。此外,体力劳动者工作虽自由度不大,但在一些特殊的情形下也会出现工作过程停歇不连贯的状态。劳动法学界将劳动过程不具有连贯性,劳动者在工作岗位或用人单位允许的待命地点等待用人单位发布工作任务指令的状态和时间称之为“待命状态”和“待命时间”。

我国目前的法律法规对于待命时间是否为工作时间问题的准确认定尚付阙如。有论者认为,总体上宜将在工作场所的待命时间认定为工作时间。^[16] 有论者也认为,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,即便于工作中处于相对闲暇状态,也是在用人单位安排下以实现其利益为目的之时间付出。^[17] 德国学者也同样指出,“工作待命的特点在于,劳动者必须出现在工作岗位并随时准备工作,一旦有必要就可以主动加入到工作过程中。”^[18] 前述主张待命时间为工作时间的观点或许还认为,劳动者处于待命这一不实际工作的相对闲暇状态,完全是用人单位不指派具体工作任务单方面造成的,劳动者对此并无过错,用人单位应自担其损。

本文并不完全否认前述理由具有一定合理性,但却认为凡合理性都应进行利益考量且不可过于利益失衡。首先,用人单位对劳动者指派具体工作任务,填满其正常工作时间的每一时刻,使其像机器人一样快速准确工作,或许适合于体力劳动,却基本不适合于脑力劳动,如此也是对脑力劳动者人格的不尊重。其次,在待命状态下劳动者单纯付出几乎无工作强度之时间,“要考虑雇员享有离开工作场所和从事他本来无法从事的活动的自由所享有的好处”。^[19] 如果在事先征得劳动者同意的情况下,将待命时间视具体情况折算为一定比例的工作时间而不是 100% 算作工作时间,即用人单位以给予劳动者降低工作强度和工作过程可多休闲的待遇,换取多占有劳动者部分工作时间,也算对双方都较为公平合理,毕竟折算本身也使用用人单位为其不向劳动者指派具体工作任务付出了不小代价。此种折算为一定比例的工作时间是一种折中处理方案,较为公平合理。

在我国目前的司法实践中,相关判决支持工作场所的待命时间(主要表现为值勤时间)为工作时间的偏少,多强调待命之工作内容与加班之工作内容有别、待命工作之劳动强度(密度)不同于加班,或以为值班等待命期间难以将工作与生活区分,从而不支持待命时间为工作时间。^[20] 有论者认为,我国现已形成的司法裁判倾向事实上以“工作强度”为基础承认了待命时间为正常工作时间与休息时间之间存在第三类时间,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。^[21] 本文认为,过于偏向用人单位的经济成本考量固不可取,但也不能从一个极端走向另一个极端,过分强调绝

[16] 参见孙国平:《劳动法上待命时间争议的认定》,《法学》2012 年第 5 期,第 47 页。

[17] 参见王天玉:《工作时间基准的体系构造及立法完善》,《法律科学(西北政法大学学报)》2016 年第 1 期,第 128 页。

[18] [德]雷蒙德·瓦尔特曼著:《德国劳动法》,沈建峰译,法律出版社 2014 年版,第 339 页。

[19] See Loren Schwart, Reforming the Fair Labor Standards Act: Recognizing On-call Time as a Distinct Category of Compensable Work, *University of San Francisco Law Review*, p. 225.

[20] 参见孙国平:《劳动法上待命时间争议的认定》,《法学》2012 年第 5 期,第 52 页。

[21] 参见王天玉:《工作时间基准的体系构造及立法完善》,《法律科学(西北政法大学学报)》2016 年第 1 期,第 128 页。

对保护劳动者利益也应克制。就此德国的经验值得借鉴,在报酬权方面,工作待命、值班和呼叫待命可能也会被不同处理。报酬请求权根据合同以及团体协议、工厂协议、职务协议或经营习惯确定。^[22]待命时间为工作时间不再是铁板一块。

2009年南京市中级人民法院、南京市劳动争议仲裁委员会发布的《关于加班工资纠纷审理的若干法律适用意见》(下称“《南京市意见》”)第17条就此作出明确规定,“对于工作时间长,但劳动强度明显与工作时间明显不一致的,或者长期处于等待状态,等待期间有休息场所可以休息,完全认定为工作时间明显不合理的,用人单位与劳动者可以约定对工作时间进行一定的折算。如无约定的,劳动仲裁委员会、人民法院可以酌情折算。”本文认为,前述规定中“或者长期处于等待状态,等待期间有休息场所可以休息”的限制过于严格,可以扩展为如下表述:“或者长期处于等待状态,等待期间可以休息或处理非本职工作事务的”。同时,对工作岗位不可做过于狭窄的理解,经用人单位允许工作岗位的范围可以适当拓宽;呼叫待命的报酬通常以小时工资计算,属于零工工时制而不属于在此讨论的标准工时制。就将待命时间视具体情况折算为一定比例的工作时间,本文具体设想如下:视情况可折算1/2-3/4。具体可由用人单位与劳动者通过劳动合同或者其他形式约定。双方就此有争议的,可经由劳动争议处理程序确定。

2. 特殊工时制

灵活化、非标准的工时制具有不可预测的时间表,助长了无法预测的后果。这类工作往往比标准工时下的全职工作报酬低或者工作时间长或者工作强度大,从而加剧劳动力市场的不平等性。^[23]

(1) 不定时工时制

不定时工时制是指用人单位因生产特点、工作特殊需要或职责范围的关系,无法实行标准工时制,需机动作业而采取的不确定工作时间的工时制度。^[24]不定时工时制的实质要件主要根据1994年原劳动部颁发的《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》(下称“《原劳动部审批办法》”)第4条判定。依据其规定,企业对符合下列条件之一的职工可以实行不定时工作制:企业中的高级管理人员、外勤人员、推销人员、部分值班人员(主要指每日、每周值班时间远超于标准工时,但夜间可休息睡眠的那部分值班人员)和其他因工作无法按标准工时衡量的职工;企业中的长途运输人员、出租汽车司机和铁路、港口、仓库的部分装卸人员以及因工作性质特殊,需机动作业的职工;其他因生产特点、工作特殊需要或职责范围的关系,适合实行不定时工作制的职工。本文认为,前述规定存在以下不足。

第一,适用不定时工时制的劳动者差异很大,劳动法却未实施分类保护。^[25]这其中高级管理人员最为特殊,其有灵活的工作时间,往往并没有工作时间与非工作时间的明晰

[22] 参见[德]雷蒙德·瓦尔特曼著:《德国劳动法》,沈建峰译,法律出版社2014年版,第340页。

[23] Berg Peter, Gerhard Bosch, Jean Charest, Working-Time Configurations: A Framework for Analyzing Diversity across Countries, *The Journal of Work and Policy*, Vol. 67, Issue 3 (2014), p. 805.

[24] 参见《深圳市办法》第6条。

[25] 参见谢增毅:《我国劳动关系法律调整模式的转变》,《中国社会科学》2017年第2期,第123页。

界限。这也是有学者主张公司高管不适用或不完全适用劳动法保护的原因。^[26] 依据《深圳市实行不定时工作制和综合计算工时工作制审批管理工作试行办法》(下称“《深圳市办法》”)第 15 条,用人单位中符合《公司法》规定的高级管理人员实行不定时工时制的,不需办理审批手续。但是企业中的外勤人员、推销人员、部分值班人员、长途运输人员、出租汽车司机以及铁路、港口、仓库的部分装卸人员等,都在工作内容与形式、工作时间与强度,以及与用人单位劳动关系从属性强弱等方面呈现出差异,将这些劳动者统一置于不定时工作制这一大箩筐中,怎么能实现对他们更有针对性的法律保护呢?

第二,不定时工时制的兜底性实质性条件的设定不合理。前述规定中的“其他因生产特点、工作特殊需要或职责范围的关系,适合实行不定时工作制的职工”的表述过于模糊,适用起来十分宽松随意,这已成为企业肆意实行不定时工时制的尚方宝剑。企业往往直接将具有一定灵活性的工作岗位设定为不定时工时制岗位,这样就免去了支付加班工资负担。其实这正是本文在标准工时制下讨论是否将待命时间认定为工作时间的原因。在标准工时制下,待命时间会大部分折算为工作时间。可是,在不定时工时制下折算工作时间不但不必要了,正常工作时间与延长工作时间的界限也模糊不清甚至已彻底不存在。这对于一些工作强度大而劳动报酬又低的劳动者十分不利。

因此,本文建议应对不定时工时制的兜底性实质性条件加以进一步限缩。依据《深圳市办法》第 6 条,不定时工时制还适用于“实行年薪制或劳动合同约定工资高于深圳市职工上年度月平均工资三倍以上,且可以自主安排工作、休息时间的人员”。这就贯彻了实质公平原则,只克制性地将中高薪酬和工作自由度更高者归入不定时工时制劳动者之列。

(2) 综合工时制

综合工时制是指用人单位因工作情况特殊或受季节和自然条件限制,需要安排员工连续作业,无法实行标准工时制度,采用以周、月、季、半年、年等为周期综合计算工作时间的工时制度。^[27] 综合工时制的实质要件主要根据《原劳动部审批办法》第 5 条判定。本文认为,在综合工时制下平均日正常工作时间和平均周正常工作时间应与法定标准工时制下正常工作时间基本相同,故劳动者在一个相对更长的时间周期内,法定正常工作时间的平均值和总量值得以有效控制,劳动者正常工作时间的法律保护更加接近于标准工时制而不同于不定时工时制,因此,综合工时制与不定时工时制相比更有利于劳动者保护,对综合工时制的实质性条件设定可以不过于挑剔。但综合工时制与标准工时制相比还是更不利于劳动者保护,因此前述规定有关综合工时制的兜底性实质性条件设定“其他适合实行综合计算工时工作制的职工”仍有过于模糊之嫌。依据《深圳市办法》第 8 条,综合工时制还适用于从事下列工种或岗位的人员:受外界因素影响生产任务不均衡的,可以定期集中安排休息、休假的。这就防止了企业将一些本该放入标准工时制的劳动者归入综合工时制劳动者之列,以逃避更严格的工时制管制。

[26] 参见谢增毅:《公司高管的劳动者身份判定及其法律规则》,《法学》2016 年第 7 期,第 93 页。

[27] 参见《深圳市办法》第 8 条。

(3) 计件工时制

计件工时制是指以劳动者完成一定劳动定额为计酬标准的工作时间制度。劳动立法并未对计件工时制的实质要件即什么类型的劳动者适用计件工时制作出规定,仅对用人单位实行计件工时制的限制条件和行为规范作出了规定。《劳动法》第37条对计件工时制的规制核心要点是,警惕用人单位以大多数普通劳动者在标准工时下难以完成因而过于苛刻的劳动定额而进行残酷剥削。本文对计件工时制提出两点完善建议:其一,行政审批中劳动定额的核定必须有工会、职工代表大会的意见反馈;同时引入第三方评估机制,以提高审批的科学性、客观性和公正性。其二,工会、职工代表大会应对劳动定额核定后的运行实行全程法律监督。

(二) 加班管制的缺陷与完善

目前我国加班管制,从立法来说是规范化与灵活化均不足,法律规范总体十分简单粗疏,而法律实施则是灵活化泛滥而规范化缺失。今后在立法上应着重加强规范化、适度增加灵活化,并应加强法律实施的规范化。

1. 加班确定的实质要件

劳动者延长工作时间是基于劳动关系从属性即由用人单位主动安排劳动者不得已接受?还是劳动者主动自愿为之?亦或介于两者之间?目前劳动者延长工作时间的情形非常复杂,既有用人单位主导也有劳动者主导(见下表)。

表 劳动者延长工作时间情形分析

类别	主导者	用人单位的主观意志	原因	是否符合加班确定的实质要件
第一大类	用人单位	安排	为生产经营需要而组织安排	符合
		安排或允许	隐性强迫 ^[28]	
		安排或允许	隐性强迫+物质诱导 ^[29]	
第二大类	两者兼而有之	允许或默许或未有效阻止	物质诱导 ^[30]	允许符合,默许和未有效阻止中的应知而未知通常符合
		允许或默许或未有效阻止	精神诱导 ^[31]	
第三大类	劳动者	允许或默许或未有效阻止	正常工作时间工作效率低下	允许通常符合,其他不符合
		允许或默许或未有效阻止	迎合加班文化	
		允许或默许或未有效阻止	获得职业升迁和自我发展	

以上表中所列举的劳动者延长工作时间的情况,仅是各种客观的事实。那么,以下将进一步探讨其中哪些符合加班确定的实质要件应认定为劳动法上的加班。从《劳动法》

[28] 如有的企业单方面规定不合理的劳动定额,普通员工在标准工时内因完不成定额任务而不得不加班。

[29] 如有的企业支付给无特殊技能的员工的工资底薪只达到最低工资标准,员工以此维持生计艰难,只得无奈接受企业安排的超时加班,以获取加班工资。

[30] 如有公司每天17:30正常下班,但告知员工:17:30有免费班车;20:30提供免费工作晚餐;22:00以后离开公司可报销出租车费等。

[31] 如有的企业大肆倡导加班代表拼搏等企业文化。

第 41 条有关“用人单位由于生产经营需要,经与工会和劳动者协商后可以延长工作时间”的表述,可以清楚地看出立法者的本意是:加班一定是由用人单位主导的而非由劳动者主导的。同时,《劳动法》第 44 条有关用人单位需向劳动者支付加班工资的情形,多处使用了“安排劳动者延长工作时间”的表述。

有论者认为,受控性是确立工作时间的最重要要件因素,表现为用人单位的命令和允许。^[32] 本文认为,前述观点有一定道理但还值得商榷:首先,脱离用人单位控制的情况对劳动者来说增加了缺乏安全保护的危险性,或许可以合理解释流水线上的体力劳动者不具有受控性的主动延时工作是否应视为加班,但却难以解释脑力劳动者或许不具有受控性的主动延时工作是否应视为加班,因为后者的不受控性通常并不必然带来危险性。其次,命令系主动安排要求对方服从,允许则是被动同意对方主动提出的要求,允许是否含默许和未有效阻止仍存疑问。通常来说,允许^[33]是劳动者向用人单位主动表达延时工作的愿望,用人单位明示同意,双方达成合意。而默许是指劳动者未向用人单位主动表达过延时工作的愿望,而是自行作出延时工作的实际行动,但用人单位当时或事后得知并未明确反对和阻止该行动。可见,用人单位默许和未有效阻止劳动者延时工作的行为,是否视为允许该行为存在疑问,其中未有效阻止疑问更大。这也正是在司法实践中不仅以电子打卡考勤记录确认加班时间的原因。^[34]

本文认为,前述表中所列举的三大类劳动者延长工作时间的各种情形,是否符合或基本符合确定加班的实质要件按下述原则处理:(1)第一大类用人单位主导的三种情形,系由用人单位安排或允许劳动者延长劳动时间,毫无疑问完全符合或基本符合确立加班的实质要件。(2)第二大类两者兼而有之的两种情形,其中得到用人单位允许基本符合确立加班的实质要件对此加以确认。而得到用人单位默许和未有效阻止的,其中属于应知而未知的,用人单位鼓励和希望劳动者积极延时工作的意思表示十分明显,在证据能够证明虽未经用人单位实际控制,但劳动者延时工作的具体内容确定给用人单位带来了经济利益,则酌情认定基本符合确定加班的实质要件,以抑制用人单位鼓励和希望劳动者积极加班。(3)第三大类劳动者主导的三种情形,其中得到用人单位允许的情形,也可酌情认定基本符合确定加班的实质要件。而得到用人单位默许和未有效阻止的一般不认定基本符合确定加班的实质要件。

2. 待命时间折算工作时间的加班认定和加班工资问题

依据传统劳动法的理论,若用人单位不向劳动者发布具体工作任务指令,导致工作过程不具有连贯性,劳动者处于待命状态的时间通常也被视为正常工作时间,并不影响劳动报酬的获得。基于前述对待命时间折算工作时间的分析,本文将进一步探讨在标准工时制下劳动者于正常工作时间以外继续工作是否一概算作加班和能否获得加班工资问题。就此本文的观点如下:待命时间折算工作时间,但并不是说因折算节省下来的劳动者没有

[32] 参见沈同仙:《工作时间认定标准探析》,《法学》2011 年第 5 期,第 137-138 页。

[33] 依据《美国公平劳动标准法》,并非只有完成雇主安排工作的时间才算工作时间,雇主允许工作的时间也是工作时间。参见林晓云等编著:《美国劳动雇佣法》,法律出版社 2007 年版,第 10 页。

[34] 就此可参见《南京市意见》第 2 条和第 4 条。

实际提供劳动的时间即使被用人单位独占,用人单位也无需支付此时间内的劳动报酬。比如,在标准工时制下的某一个月,用人单位有10个工作日全天没给劳动者下达任何工作任务指令,用人单位就扣除这10天每天8小时1/2时间劳动者的劳动报酬,这样做是不对的。待命时间折算工作时间只意味着,因折算节省下来的劳动者未实际提供劳动的时间,如果随后(标准工时制下的当日、当月)用人单位安排其加班将不再支付该时间内的加班工资,但依然算作加班时间。

首先,依然算作加班时间是为了防止加班泛滥导致过劳。因为,在待命时间里,劳动者虽没有实际提供劳动,但也消耗了一定的体力和精力。因折算节省下来的时间若不算作加班时间,那劳动者超时工作或许会十分严重。比如用人单位全天未给劳动者下达任何工作指令,若按1/2比例折算,当日节省下来4个小时时间,那若用人单位安排劳动者加班,其当日在岗的时间最高共计会达到 $8 + 4 + 3$ (法定日加班上限) = 15小时。若算作加班时间,劳动者就不会发生严重超时工作。劳动者当日在岗时间最高只达到 $8 + 3 = 12$ 小时,即不能超过12小时。前述算作加班时间也同样受法定月加班时间上限的制约。即使按本文第三部分建议的适当上调法定日和月加班时间上限,也不会发生严重过劳问题。

其次,用人单位安排劳动者加班将无需再支付该时间内的加班工资,是为了适当平衡劳资双方的经济利益,并且仅就因折算节省下来的时间无需再支付加班工资,超出这一时间仍需支付加班工资。比如,当日节省下来的时间为1小时,而劳动者实际加班3小时,则用人单位仍需支付2小时加班工资。

再次,标准工时制下因折算节省下来的时间,当日未因加班消耗掉的可积攒于当月消耗,仍未消耗的则于当月清除。

美国研究者认为,尽管美国《公平劳动标准法》对雇员工作时间或休闲时间有严格的二分法,但雇主和法院都认识到,随时待命的时间往往需要根据规约有一种不同的补偿形式。^[35]也有论者指出,“对于何种劳动强度是适当的问题,缺乏具体的测评标准,遗留下了法律适用的难点,易于衍生个案处理结果的争议。”^[36]本文的前述相关分析,可谓不畏法律适用的难点,对化解易于衍生个案处理结果的争议做了积极的探索。

3. 特殊工时制的加班认定和加班工资问题

《南京市意见》第16条规定,“对于与企业约定较高年薪制的企业高级管理人员、高级技术人员等,以及难以用标准工时衡量工作时间、劳动报酬而与用人单位约定实行较高年薪制的劳动者,其主张加班工资的,一般不予支持。”前述规定的可取之处在于,未不加区分地认为特殊工时制下的延长劳动时间一律不做加班认定和不给付加班工资,而是仅针对较高年薪制的特殊劳动者做了排除适用的规定。除此之外,特殊工时制下的一般劳动者其实相较标准工时制下的劳动者处于更弱势的地位,他们更容易被迫长时间劳动,因为针对他们的加班认定和加班工资支付更加困难。

[35] See Loren Schwart, Reforming the Fair Labor Standards Act: Recognizing On-call Time as a Distinct Category of Compensable Work, *University of San Francisco Law Review*, p. 232.

[36] 王玉:《工作时间基准的体系构造及立法完善》,《法律科学(西北政法大学学报)》2016年第1期,第128页。

依据 2009 年修订的《深圳市员工工资支付条例》(下称“《深圳市条例》”)第 20 条,用人单位安排实行不定时工时制的劳动者在法定休假节日工作的,按照不低于本人标准工资或者计件工资的 300% 支付加班工资。依据该条例第 19 条,实行综合工时制的劳动者在综合计算工时周期内,实际工作时间达到正常工作时间后用人单位安排其工作的视为延长工作时间,按照不低于本人标准工资或者计件工资的 150% 支付加班工资。用人单位安排实行综合工时制的劳动者在法定休假节日工作的,按照不低于本人标准工资或者计件工资的 300% 支付加班工资。本文认为,深圳市的前述规定,有必要推广至全国适用,但需要做以下完善:第一,实行不定时工时制的铁路、港口、仓库的部分装卸人员等,大多属于重体力劳动者,如果用人单位在非法定休假节日安排该类劳动者超长时间工作而无需支付加班工资的话,就要考虑如何限制用人单位合理提高其基础工资,以缩小他们与标准工时下的劳动者的工作待遇差。第二,实行综合工时制的劳动者,大多属于重体力劳动者,虽然在综合计算工时周期内,劳动者实际工作时间达到正常工作时间后,用人单位安排劳动者工作需要支付加班工资,但因为大多是在季或者年的周期内计算综合工时是否超标,往往需连续几个月每日超负荷地工作,每日休息不充分,对身体的损耗甚至伤害很大或较大,另几个月则连续在家休息。以一整年的综合工时平均计算下来,加班时间或许并不长,故用人单位不需要支付多少加班工资。如此对该类劳动者并非公平合理。于是,就要考虑要求用人单位合理提高该类劳动者的基础工资,或者进一步提高其在非在法定休假节日加班工资的比例——从目前的 150% 提高到 200%。

三 制度协调论

我国工时制度并非孤立的制度,而与劳动法、社会保险法等几个主要制度特别是其中的一些法律规范密切关联。如果它们之间的关系不具有协调性,则在当前背景下会对用人单位以及劳动者规避工时制度形成不良利益诱引,加剧当下所面临的挑战。

(一) 限制加班与支付加班工资

工时制度中的限制加班规范与工资制度中的加班工资规范密切相关。本文认为,工时制度的重心应是避免加班泛滥而非加班必须支付加班工资(当然并非是说加班不必支付加班工资)。

1. 支付加班工资是必要的但需予以限制

国家显然不会不公平地剥夺劳动者工作更多时间以赚取更多劳动报酬的机会。^[37]高标准加班工资的支付,可以使劳动者加班形成的额外劳动付出因获得金钱补偿,通过提高生活水平而加速恢复体力和产生心理平衡感,以及以替代方式(如雇佣保姆)照顾家庭。因此,劳动者加班后获取合理、适度的加班工资是必要的。但这一切都是在不违法超时加班的前提下才有正当合理性。对超过《劳动法》规定的加班时间上限的那部分违法

[37] See Golden Lonnie, A Purpose for Every Time: The Timing and Length of the Work Week and Implications for Worker Well-Being, *Connecticut Law Review*, Vol. 42, Issue 4 (2010), p. 1187.

超时加班,是要求用人单位仍需依据法定标准向劳动者支付加班工资?还是加班工资中的溢价部分类比民法学的“自然之债”(是指虽为法律所认可,但却不受强制执行力保护的债)处理?前者显然会激励劳动者接受违法超时加班,而后者则会在相当大的程度上抑制劳动者如此。事实上,不能仅以行政处罚控制加班泛滥,如何使得加班工资也附带具有抑制而非激励违法超时加班的辅助管制功能,是一个值得进一步深入探讨的问题。

2. 避免加班泛滥以保护劳动者的休息健康权

立法者希望通过设置高标准的加班工资来抑制加班泛滥。虽然不能说如此毫无功效,但也不能对它的功效抱太多不切实际的幻想。保护劳动者的休息健康权应主要依靠加班工资以外的有效法律措施。依据《劳动法》第41条,“在保障劳动者身体健康的条件下”才能延时加班。这个重要规定应具体落实。首先,用人单位不得安排或允许孕期哺乳期女性劳动者、未成年劳动者和不适宜加班的残疾劳动者加班。^[38]其次,用人单位应在接到医生开具的劳动者身体健康适宜在本工作岗位上延时加班的证明后,再安排或允许该劳动者延时加班。再次,用人单位一旦发现劳动者或劳动者自己发现在延时加班过程中身体健康状态不适宜继续工作应立即制止或自己停止继续工作,其他劳动者发现前述状况有向用人单位报告和提示该劳动者停止继续工作的义务。

用人单位安排劳动者休息应当符合健康学和医学原理,而不是空洞地流于形式。特殊工时制增加了导致工作时间延长和工作紧张(强度大)的可能性。^[39]依据《深圳市办法》第11条,实行不定时工时制和综合工时制的用人单位应采用集中工作、集中休息、轮休调休、弹性工作时间等适当方式,确保员工的休息休假权利和生产、工作任务的完成。“集中工作、集中休息、轮休调休、弹性工作时间”的表述过于笼统,不好把握。长期集中工作36个小时,然后再集中休息36个小时,这依然会对劳动者的身心健康造成严重损害。在综合工时制下,劳动者平均日正常工作时间和平均周正常工作时间应与法定标准工时制下正常工作时间基本相同。但问题就出在“平均工作时间”上。综合计算的工时周期越长,用人单位受到工时制度管制的约束越低,对劳动者保护越不利。以周、月为周期,用人单位受到工时制度管制的约束极强,基本与标准工时制无异,用人单位会尽力回避;而以年甚至数年为周期,用人单位受到工时制度管制的约束极低,会出现劳动者被迫连续数月高强度疲劳工作,然后连续数月回家休息的情形,这其实对劳动者身体的损害较大。因此,即使是针对不定时工时制和综合工时制,还是应该对劳动者每日连续工作的最长时间上限和连续休息的最短时间下限作出明确的限制性规定,但《劳动法》第42条规定的特殊情形除外。依据《深圳市办法》第9条,对于实行综合计算工时工作制的第三级以上(含第三级)体力劳动强度的工种岗位,每日连续工作时间不得超过11小时,而且每

[38] 德国《母亲保护法》《青少年劳动保护法》《残疾人保护法》就此有特别规定。参见[德]W. 杜茨著:《劳动法》,张国民译,法律出版社2005年版,第60页;[德]雷蒙德·瓦尔特曼著:《德国劳动法》,沈建峰译,法律出版社2014年版,第350页。而我国《劳动法》只在第61、63条规定对怀孕7个月以上的女职工不得安排其延长工作时间和夜班劳动,不得安排女职工在哺乳未满1周岁的婴儿期间延长工作时间和夜班劳动。对不得安排未成年劳动者、残疾劳动者延长工作时间则未做具体规定。

[39] See Yvonne Lott, Working-time Flexibility and Autonomy: A European Perspective on Time Adequacy, *European Journal of Industrial Relations*, Vol. 21, Issue 3 (2015), p. 261.

周至少休息 1 天。该规定对于保护重体力劳动者的休息健康权十分必要合理,但保护得还不够,还应当进一步规定 11 小时之内再有一定的工休时间,而不是连续工作。对于这以外的轻体力劳动者还应当规定每日连续工作时间有上限如不得超过 15 小时。

用人单位应积极采取调休、补休的方式为劳动者加班提供补偿,因为这是保护劳动者休息健康权的次优(最优是不加班)方式。现在有一种不正确的认识,用人单位安排劳动者加班就只能以支付加班工资的形式补偿劳动者。依据《劳动法》第 44 条,“休息日安排劳动者工作又不能安排补休的”才支付加班工资,此立法本意是:休息日对劳动者加班补偿的形式首先是安排补休,其次才是支付加班费。这里面就有个问题需要探讨,采取调休、补休的方式还是支付加班工资的方式补偿劳动者,是将选择主导权给劳动者还是用人单位?依据美国《公平劳动标准法》,标准工时制下一周工作超过 40 小时的,雇主都要向雇员支付相当于工资 1.5 倍的加班费。2003 年有人提议让雇员有机会选择用补偿假来替代加班费。这一提议因遭到工会的反对而失败。工会认为,尽管雇员有机会选择,但选择对雇员来说未必公平,雇主若鼓励雇员选择补偿假而非加班费,反而对雇主节约成本更有利。^[40] 本文认为,就我国而言,平时和法定节假日加班补偿方式的选择主导权应给予劳动者,而休息日的前述主导权应给予用人单位(《劳动法》第 44 条的立法本意)。至于选择调休、补休用人单位能否藉此节约成本,取决于加班时间与调休、补休时间的比例关系。再说即使用用人单位节约了成本,但同时也达到了保护劳动者休息健康权的次优目的,我们又有什么理由反对之?

工时制度不仅管制了用人单位,也限制了劳动者加班的自由和以自身的劳动付出获取更多加班工资的利益。既往我们的劳动法理论过分强调管制用人单位,同时赋予劳动者更多的权益(主要是获取高标准加班工资)。如此这般,不但没有达到真正保护劳动者休息健康权的目的,还使加班工资成为诱使劳动者“自愿”超时加班的法律工具。现在我们应强调劳动者不但享有依法加班获得加班工资的权利,还负有接受工时制度管制(不“自愿”违法超时加班)的法律义务(目前无法律责任)。“国家监督、强制履行……规则保障该保护规范的落实强制雇主——部分也就强制了劳动者——遵守该命令。”^[41] 其实加以限制的义务保护相比给予自由的权利保护在此对劳动者更加有利,因为“权利是一种直接的、外显的利,而义务是一种间接的、隐含的利”^[42]

(二)基础工资与加班工资

基础工资与加班工资密切关联,前者是确定后者的基础。合理确定加班工资的计算基数与依据法定标准给付加班工资标准哪个更重要? 本文认为,只有在合理确定基础工资即加班工资的计算基数的基础上依据法定标准给付加班工资才具有公平合理保护劳动者权益的实际意义。因为 8 小时工作日被认为是一种为赚取工资的人提供足够的收入和

[40] See Peter Berg, Working Time Flexibility in the German Employment Relations System: Implications for Germany and Lessons for the United States, *Industrielle Beziehungen/The German Journal of Industrial Relations*, Jahrg. 15, H. 2 (2008), pp. 145–146.

[41] [德]雷蒙德·瓦尔特曼著:《德国劳动法》,沈建峰译,法律出版社 2014 年版,第 336 页。

[42] 谢晖著:《法学范畴的矛盾辨思》,山东人民出版社 1999 年版,第 211 页。

闲暇时间的一种方式。^[43]

《劳动法》规定确立高标准的加班工资,本想抑制加班本身,但却事与愿违地刺激了劳动者对加班的渴望。^[44] 同时也被一些用人单位“巧妙”利用成为其诱使劳动者“自愿”多加班的法律工具。导致这一局面出现的原因较为复杂。其中一个重要的原因是,囿于我国集体协商机制不发达,集体合同制度在合理确定工时和工资领域发挥的实际作用不大,无法与国外这方面集体保护发达能为保护下的劳动者提供高水准基础工资^[45]的情形相提并论,无技能的一般体力劳动者的基础工资基本等同于或者只是略高于最低工资标准,而有一般技能的体力劳动者和底层脑力劳动者的基础工资虽高于最低工资标准,但也未必就是能满足他们个人和家庭生存发展的要求或者达到个人自我价值实现的工资水平。藉此,加班工资计算中至关重要的基础工资即通常是写在劳动合同中的月工资标准,其与劳动者获得劳动报酬的心理预期存在很大差距,于是他们只能通过加班获取加班工资或者从事兼职获取另外的劳动报酬来缩小前述差距。有学者研究认为,农民工工资结构呈现出基本工资占比下降,加班工资占比上升的趋势,这意味着农民工只有付出更多的劳动时间才能维持工资总量的增长水平;劳动时间有助于提升农民工的加班工资,但对其基本工资有负向显著影响。^[46] 进一步来说,劳动者工资总额 = 正常工作时间的工资 + 加班工作时间的加班工资。如果集体协商机制发达集体合同制度发挥实际功效,能保障劳动者正常工作时间的工资达到现在劳动者挣得的工资总额,则劳动者或许会选择舍弃加班工作时间的加班工资,于是加班泛滥得以抑制。可见,集体协商机制集体合同制度对抑制加班泛滥具有十分重要的功效。

但我们必须承认,上述仅仅是一种理论假设,实际的情况会复杂得多。劳动者获取劳动报酬的欲望因人而异,受市场经济大环境下过度消费主义的影响,有的劳动者的欲望会水涨船高。即便劳动者正常工作时间的工资藉集体保护达到现在劳动者挣得的工资总额,但有的劳动者依然会选择通过加班挣得加班工资。如此表达应该更准确,我国加班泛滥的一个重要原因是基础工资的集体保护不力,基础工资的集体保护具有抑制加班泛滥的明显效果,但无法使之绝迹。

(三) 加班、加班工资与社保费等

加班、加班工资与社保费等也有一定关联。本文认为,我国现行社保费等的缴费基数本应包含加班工资,但实际包含关系大为弱化;社保费等缴费规则刺激了加班的盛行。

社保费和住房公积金是企业人力资源成本的一个重要组成部分,这就使得这两项费

[43] See Berg Peter, Gerhard Bosch, Jean Charest, Working-Time Configurations: A Framework for Analyzing Diversity across Countries, *The Journal of Work and Policy*, Vol. 67, Issue 3 (2014), p. 808.

[44] 孙国平:《“过劳死”的比较法思考》,《当代法学》2010年第1期,第125页。

[45] 在德国的一些经济部门中,通常将一个中等集体协议工资群组(例如受过良好教育的专业劳动者的工资)的工资成为基本工资,其他集体协议工资群组的工资则按照基本工资的百分比来计算(例如未受过教育的劳动者的工资为基本工资的70%)。参见[德]雷蒙德·瓦尔特曼著:《德国劳动法》,沈建峰译,法律出版社2014年版,第406页。

[46] 参见蔡禾、李超海:《农民工工资增长背后的不平等现象研究》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2015年第3期,第111页。

用具有了企业类似固定成本的性质。^[47] 当劳动者数量增加,按照人头数量计算的社会保险费和住房公积金开支亦会随之而增加。依据 1990 年国家统计局颁发的《关于工资总额组成的规定》第 4 条的规定,加班加点工资属于工资总额的组成部分。而社保费和住房公积金的缴纳均应以职工的税前工资为基础。从理论上来说,如果加班工资完全计入工资总额,社保费和住房公积金的缴纳以税前工资为基数,劳动者因加班获取的加班工资高导致工资总额高,则企业和劳动者缴纳的社保费和住房公积金也等比例高,则一定不会诱使企业通过安排和允许劳动者加班降低人力资源成本。反之,如果前述推理的哪个环节出现断裂,则会诱使企业这样做。以下以社保费缴纳为例分析。

在通常情况下,职工社保缴费基数并不采用当月实发工资额,而是采用职工上年度月平均工资额。但职工的实际工资水平有低有高,低的只能达到法定的当地最低工资水平,高的可以达到社会平均工资水平的上百倍。出现断裂的环节在于,职工缴费工资高于所在地上年度社会平均工资 300% 的(相当于白领中的中高收入者那部分人群的收入水平),超过部分就不再计入缴费基数,也就是说这部分人群即使加班再多,工资总额再高也与社保征缴无关(收入越高减除掉的基数也越高)。而企业如果聘用两个职工来完成原来一个职工通过超时加班完成的工作,这样每一个职工的工资总额减半,企业就要为两个职工缴纳社保费,可能每个职工都不再被减除掉缴费基数。这明显增加了企业的用工成本。其实,对于职工缴费工资低于所在地上年度社会平均工资 60% 的企业而言,如果聘用两个职工来完成原来一个职工通过超时加班完成的工作,企业为此增加的社保缴费成本还将更为明显。

四 价值功能论

反思我国工时制度的价值功能,是探寻我国加班泛滥的深层原因。如果我国工时制度的价值功能遭到人们的普遍怀疑,则在当前时代背景下制度根基有所摇动,将面临更加严峻的挑战。

(一) 有利于劳动者身心健康

“工会运动发轫之初,抗争目标之一就是工时,最初目标可以说是基于健康理由。”^[48] 毫无疑问,工时制度的主旨正是避免加班泛滥以有利于劳动者身心健康,故该制度可谓具有个人安全和社会安全的价值功能。在传统劳动法理论看来,标准工时制下的正常工作时间即每日工作 8 小时、每周工作 40 小时,这是工时制度保障劳动者身心健康的基石范畴。“过劳死”是对生命这一根本价值的极大漠视,隐性损害身体健康的超时加班也可能危及个人安全和社会安全,必然遭到本文的反对。但这并不等于说,超过前述标准工时制度下的正常工作时间,就必定严重妨碍了劳动者合理休息不利于其身心健康,因为前述乃劳动者合理休息以有利于其身心健康的最理想状态的工作时间,而不一定是广泛适用

[47] 张智勇:《低水平工资下的长时间劳动——基于富士康的考察》,《中国劳动关系学院学报》2018 年第 1 期,第 15 页。

[48] 黄越钦著:《劳动法新论》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 226 页。

于各类劳动者以及他们处于不同工作性质和工作强度下的合理化的工作时间。同时我们不应忽视以下差异:一是,劳动者类型的差异。事实上,不同类型的劳动者和不同身体素质的劳动者之间存在较大差异。二是,劳动者的工作性质差异。劳动者所从事的劳动偏向体力劳动还是脑力劳动,在以法律严格控制劳动时间满足保护其身心健康利益需求方面总体上有着较为明显的差异。三是,劳动者的工作强度。我们不能否认延长工作时间是导致过劳的重要原因之一。但也要认识到,延长工作时间不必然等于过劳。影响劳动者合理休息有损于其身心健康的因素并非只包含延长工作时间一项,其实也应对增加工作强度给予关注甚至给予特别的关注。需要注意的是,我国蓬勃兴起的共享经济为劳动者兼职获取另外的劳动报酬提供了极大的便利,但不少兼职从业者也存在严重的过劳问题。^[49] 这给工时制度有利于劳动者身心健康具有实际的效果带来了很大的不确定性。

工时制度使得劳动者合理休息以有利于其身心健康的价值观受到了挑战。藉此,我国工时制度有必要作出一定的妥协,加班时间上限建议改为:每日不得超过4或5小时,但每月不得超过48小时。^[50] 在此特别强调,是否放宽加班时间上限需要区分工作性质和工作强度。对于工作强度极大的体力劳动者,不允许加班;对于工作强度大或较大的体力劳动者,其法定加班日和月工时的上限不但不能提高,还应当降低。

(二)有利于劳动者照顾家庭

到20世纪初,工时问题开始从人性化的角度探讨,因为工时的缩短可以使劳动者保留自己家庭生活的时问。^[51] 的确,工作时间不仅是我们工作中的一个因素,而且也跨越了工作和家庭之间的界限。^[52] 关于最长劳动时间的规定“可以保障劳动者有适当的休闲时间安排私人生活”,^[53] 即对家庭友好。^[54] 不可否认的是,减少工作时间的最大受益者或许是家庭。在美国1908年一起关于应当规定女性工作时间的宪法争议案件中,主审法官认为,将女性每日工作时间缩短为10小时的原因包括:妇女的母亲职责包括对子女的养育和教育以及对家庭的维护,使得妇女在维持生计的斗争中处于不利地位,尤其是当照顾家庭的负担都落在她身上的时候。因此,几乎没有必要质疑缩短女性工作时间的必要性。^[55] 以下站在个体劳动者的立场基于他们最有可能秉持的个人(自由主义)揭示事实和阐述观点,这与集体(反自由)主义的立场截然不同:前者理性现实,后者感性浪漫。

第一,时间是把工作和生活结合起来的关键决定因素。“时间适应”是指个人的工作时间和他们的生活时间之间的契合。这是个人的权利要求与他们的需要和目标与可利用

[49] 参见美团外卖点评研究院:《2018年外卖骑手群体研究报告》, <https://mp.weixin.qq.com/s/LSdnGWfwRUYc-cumt8kn5pg>, 最近访问时间[2019-06-12]。

[50] 依据《韩国劳动基准法》第53条第1项,雇主经与雇员者协商,周工作时间可以延长12小时。参见万利、杨河清:《韩国长时间劳动的现状成因》,《中国劳动关系学院学报》2017年第3期,第3页。

[51] 参见黄越钦著:《劳动法新论》,中国政法大学出版社2003年版,第226页。

[52] See Berg Peter, Gerhard Bosch, Jean Charest, Working-Time Configurations: A Framework for Analyzing Diversity across Countries, *The Journal of Work and Policy*, Vol. 67, Issue 3 (2014), p. 806.

[53] [德]雷蒙德·瓦尔特曼著:《德国劳动法》,沈建峰译,法律出版社2014年版,第338页。

[54] See Golden Lonnie, A Purpose for Every Time: The Timing and Length of the Work Week and Implications for Worker Well-Being, *Connecticut Law Review*, Vol. 42, Issue 4 (2010), p. 1187.

[55] See CURT MULLER, Plff. in Err., v. STATE OF OREGON, (208 U. S. 412).

的资源之间的匹配。^[56] 人们价值观的不同以及精细的社会分工合作都对“时间适应”有所影响。

第二,当前许多在大城市工作的劳动者面临的首要压力不是工作时间长,而是对劳动报酬不满意(特别是在与高房价的对比下)。于是他们选择将照顾家庭让位于通过延长劳动时间获取更多的劳动报酬。有论者认为,社会的不确定性太大,未来的生存压力倒逼成为劳动者当前的加班动力。^[57]

第三,工作时间的自主性可能导致工作紧张,但也可以促进工作和生活的结合。^[58] “城市地区的通勤时间更长,工作和继续教育的结合,以及更加个性化的生活方式和强烈的休闲偏好,增加了员工(对自主调配工作和照顾家庭时间)的兴趣。”^[59] 因此,自主性也是一个需要考虑的因素。

(三)有利于促进就业

“国家期望通过缩短工时,抬高加班工资的支付标准来达到增加就业岗位、扩大就业人群的目标”。^[60] 标准工时下正常工作时间即每日工作 8 小时、每周工作 40 小时,相比于有些互联网企业安排劳动者每日工作 14 - 15 小时、每周工作 6 天、共计 84 - 90 小时,相当于增加了一倍以上人群的就业机会。可见,工时制度具有有利于促进广泛就业的价值功能。需要注意的是,增加就业岗位与扩大就业人群并不总是具有一一对等的关系。在劳动者均处于单一劳动关系情形下,缩短工时确实能增加就业岗位,在其对缩短工时后所获取的劳动报酬收入不满足的情况下,有很大可能会选择通过在其他非典型劳动关系岗位兼职来获取隐性就业收入。这时,缩短工时虽增加了就业岗位但并未随之等比例扩大就业人群。

(四)有利于形成用工的公平竞争秩序

到 20 世纪初,工时问题也开始“从社会整体利益来考虑,因为……事实上工时的缩短,还可以是整体劳动力在有计划情形下短缺,以避免劳动力市场上,劳动者自己形成‘竞卖’现象”。^[61] 前文论及劳动者中的青壮年、正常人和个体身体素质好的,相对于中老年、孕期哺乳期女性、未成年人、某些残疾人和个体身体素差的,在同样工作性质和工作强度下,劳动持续较长时间的疲劳感为轻,且恢复体力的时间为短。如果法律不严格控制所有劳动者的工时使其合理休息以有利于其身心健康,那些精明势利的用人单位就会在劳动力市场上只聘用劳动力价值最高的劳动者,这就如同“把法律达尔文主义的慈善目标和它的实际实施过程中表现出的冷酷无情之间的差距呈现在我们面前”,^[62] 导致用人

[56] See Yvonne Lott, Working-time Flexibility and Autonomy: A European Perspective on Time Adequacy, *European Journal of Industrial Relations*, Vol. 21, Issue 3 (2015), p. 260.

[57] 参见张智勇:《低水平工资下的长时间劳动——基于富士康的考察》,《中国劳动关系学院学报》2018 年第 1 期,第 15 页。

[58] See Yvonne Lott, Working-time Flexibility and Autonomy: A European Perspective on Time Adequacy, *European Journal of Industrial Relations*, Vol. 21, Issue 3 (2015), p. 270.

[59] Berg Peter, Gerhard Bosch, Jean Charest, Working-Time Configurations: A Framework for Analyzing Diversity across Countries, *The Journal of Work and Policy*, Vol. 67, Issue 3 (2014), p. 809.

[60] 孙国平:《“过劳死”的比较法思考》,《当代法学》2010 年第 1 期,第 126 页。

[61] 参见黄越钦著:《劳动法新论》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 226 页。

[62] 参见[美]伯纳德·施瓦茨著:《美国法律史》,王军译,中国政法大学出版社 1990 年版,第 157 页。

单位之间形成用工的不公平和无序竞争。且如此弱肉强食的“丛林法则”，会进一步导致劳动力价值低的劳动者难以就业，或者即使就业也只能获得更加微薄的劳动报酬，其劳动的尊严感会进一步降低。这是以“扶弱抑强”著称的劳动法所不能接受的。

然而，用工的公平竞争秩序属于社会公共利益的范畴，就用人单位而言最多属于企业社会责任的范畴。促使用人单位之间形成用工严格受工时制度限制的公平竞争秩序，需要全社会对必要合理可行之工时制度给予高度认同和共同遵守，综合运用劳动法和社会保险法的各项制度以及营造良好的市场竞争环境，而不是单单以严格的劳动监察特别是行政处罚强制用人单位守法就能实现的。但工时制度适用不力，显然已成为我国用人单位之间尚未形成用工的公平竞争秩序的一个主要短板。

五 结 论

在我国当前时代背景下，应清晰认识到工时制度本身在法律规范上的缺陷与不足，对于标准工时制、特殊工时制以及加班管制等制度，应充分进行反思，理解制度本意与初衷并加以运用，形成体系化效应。更为重要的是，在劳动法、社会保险法等系列制度框架内，应探寻不同用工类型和不同劳动者工时保护规律的差异性，以更加有效地抑制加班泛滥。为应对我国工时制度所面临的严峻挑战，工时制度本身和相关制度规范应当变革和系统完善。

[本文系“中国政法大学新兴学科培育与建设计划”项目资助成果。]

[Abstract] Overtime in enterprises has become a widespread phenomenon in China. The surface-level cause of this phenomenon are the serious defects in the key institutional norms on the working hours system, including standard and special working hours and overtime control, which make it difficult to be implemented. The middle-level cause is the lack of coordination of the relations between the working hour system and the main systems of labor and social insurance laws, including the relations between the restriction on overtime and the payment for overtime, base salary and overtime pay, and overtime pay and social security premiums – which encourages the employer to circumvent the work hour system. And the deep-level cause is that the value function of the working hour system in China has been widely questioned and its foundation is shaken. All these factors have posed serious challenges to the working hour system in China. To meet these challenges, China should reform and systematically improve its working hours system and relevant institutions.

(责任编辑:姚 佳)