

论用人单位工作规则制度完善及 劳动管理法治之实现

郑尚元

【摘要】工作规则,也就是我们一直所称的“用人单位劳动规章制度”,系达到法定雇用人数之用人单位依据法定程序制定的“内部规则”。其性质尽管存有多种学说,但其规范性却被理论与实务界所接受。换言之,它对劳动者和用人单位皆具相应的约束力。工作规则是否完善关乎劳动法是否有效实施,亦可称其为劳动关系是否和谐的衡量器。《劳动合同法》第4条规定了“用人单位劳动规章制度”,但仅仅一个条文不可能将该项制度应有的内容全部规定其中。我国学界与司法实务对其名称、属性、效力的认知尚处于初级阶段的水准。劳动者常常被“违反用人单位规章制度”所左右,而制度的边界又模糊不定,执行用人单位规章制度往往成为管理者的借口和托词。因此,完善工作规则制度,塑造其中法理,是劳动者之劳动能够有章可循、用人单位管理避免恣意而为之根本所在,亦是创建和谐劳动关系的重要指标所在。

【关键词】工作规则;劳动规章制度;法治;用人单位

【作者简介】郑尚元(1965-),男,山西灵丘人,法学博士,清华大学法学院教授、博士生导师,研究方向为劳动法和社会保障法(北京 100084)。

【原文出处】《中国劳动关系学院学报》(京),2023.2.1~16,93

一、工作规则的意义、机能和制定程序

(一)工作规则之概念溯源及其定位

工作规则的概念《劳动合同法》第4条规定:“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。”上述规定将“用人单位劳动规章制度”呈现于世人面前。何为“用人单位劳动规章制度”,客观上讲,它无法形成一个概念,更非一个名词,只是对用人单位中一种特殊规则、规范的描述。用人单位劳动规章制度,其称谓可谓五花八门,相对而言,“工作规则”较为普遍。现实生活中,“就业规则”“工作规则”“员工守则”“工厂规则”“员工手册”“工友规则”“职工手册”“从业规则”“企业内部劳动规则”等称谓不一而足。

1959年国际劳工组织ILO特别委员会报告书对之所长定义为:“企业界对 Works rules, Company rules, Work shop rules, Rules of employment, Standing order 之称号,供企业之全体从业员或大部分从业员适用,专对或主要对就业中从业员之行动有关的各种规则。”^[1]至今,国际劳工组织并未就工作规则有过任何公约或建议书,亦无相关官方定义可言。杨通轩认为,台湾地区现行法中,无论是民法雇佣章,还是1936年的劳动契约法以及劳动基准法中,均无对于工作规则加以定义者^[2]⁸⁰。笔者认为,我国现行法律、法规竟将其属性——“劳动规章制度”归结为概念、定义和名称,殊为遗憾。

事实上,我国早在20世纪50年代的企业经营

中,就使用了“企业内部劳动规则”之名称,并将之规范化。“为了进一步巩固劳动纪律,中央人民政府政务院根据中华全国总工会的建议,1954年制定了《国营企业内部劳动规则纲要》,把劳动纪律的主要内容用劳动法规的形式固定下来。1954年我国第一部宪法规定,公民必须遵守劳动纪律。”^[3]这是我国首次将企业劳动规章制度定名为“企业内部劳动规则”,遗憾的是,这一称谓没有得到制度因袭和学术承继。以笔者观点,即使到现在,使用“用人单位内部劳动规则”之名称远远好于“用人单位劳动规章制度”,且后者从根本上就不是一个名称、一个定义,只是一个工作规则的描述。我国20世纪50年代颁行的《国营企业内部劳动规则纲要》(以下简称《纲要》)在1956年社会主义改造完成后发挥了巨大作用。我国国营企业在其后的生产、经营过程中,劳动纪律的约束几乎全部依赖这一《纲要》。“企业内部劳动规则”由原政务院颁布的《纲要》来推动实施,与其时代和经济体制密切相关。国营企业皆为全民所有制企业,曾经政企不分,国家公布实施劳动纪律在内的相关劳动管理制度亦属自然。事实上,所谓的“企业内部劳动规则”并不完全属于“内部”,如少数职工的劳动违纪问题甚至需要行业主管部门,如地方的各类工业局、处负责处理。无论如何,“企业内部劳动规则”这个名称是值得肯定的。关于何为“企业内部劳动规则”,并无法定概念和下定义。王全兴认为:用人单位内部劳动规则(以下简称“内部劳动规则”),有的国家和地区称雇佣规则、工作规则或从业规则等,是指用人单位依法制定并在本单位实施的组织劳动和进行劳动管理的规则^{[4]206}。理解这一概念,须明确3个要点:(1)它是用人单位规章制度的组成部分;(2)它是职工和用人单位在劳动过程中的行为规则;(3)它是用工自主权和职工民主管理相结合的产物^{[4]206}。上述对用人单位内部劳动规则的定义、分析皆符合劳动法对这一问题的分析和归纳,亦因应时代发展的要求。我国自《劳动法》颁布实施以来,雇主名称定为“用人单位”,使用“用人单位内部劳动规

则”实乃明智。遗憾的是,这个概念也没有成为法定术语,而使用“用人单位劳动规章制度”这样描述性的、实非定义和概念性的所谓名称^①。

日本《劳动基准法》第九章使用了“就业规则”一词,并规定了有关“就业规则”的内容。学界亦使用“就业规则”这一名称。同时,日本劳动契约法若干条文规定了“就业规则”。我国台湾地区“劳动基准法”第九章使用了“工作规则”一词,实务界、学界皆称之为“工作规则”。本研究为了简捷,亦使用“工作规则”分析用人单位劳动规章制度。从实质上分析,企业劳动规章制度之存在乃是现代企业经营之必须,亦是现代企业管理法制化的体现。“工作规则”亦如当年之“企业内部劳动规则”一样:首先,它是一类规范,具有相当约束力;其次,它属于用人单位约束其雇用的劳动者,对其他劳动者不产生效力的内部规范;最后,该规则由早期的“企业”已经拓展至大部分劳动法上的用人单位,也就是劳动法上之雇主。工作规则的形成源自雇佣习惯,手工业工厂时代的雇佣劳动,在雇主的指挥监督之下,开始慢慢形成相应的劳动规则。雇员须按照雇主的指挥命令行事,雇员彼此间配合与协调,逐渐形成了一定的共识和认知。经年累月之后,这些雇佣习惯被后来的人们逐渐接受,有了一定的规则基础。类似今日之考勤、请假、工作安全注意事项等雇佣规则。早期的这些雇佣规则之作成,大部分是雇主单方的行为所致,“由企业者一方作成定型化规则,利用近代资本主义社会企业交易界普遍利用的‘一般契约条款’与劳动者缔结‘附合契约’……在此等规则之中,订立了大量对劳动者不利的内容”^{[5]55}。客观上讲,早期的这些雇佣规则更多地体现了雇主的意志,更多地体现出“指挥、命令”的属性。机器的发明,使人类社会步入工业时代,工厂劳动的规模越来越大;而公司制度的发明,使得人类资本的集聚成倍,甚至以千万倍的规模集聚,与资本伴生的劳动规模亦在大规模扩张。曾经前店后厂式的十几人、几十人生产、经营的工厂被雇用几万、几十万劳动者的现代公司所替代。“劳

动规章制度是用人单位制定的适用于该单位的劳动规则,是劳动者在共同劳动过程中必须遵守的行为规范与准则。随着社会化大产生的高速发展,劳动者数量巨增,劳工分工也日益精细。企业为了合理有效地经营管理,制定劳动者所应普遍遵循的劳动规章制度,将各种各样的劳动条件予以整理统一,实有必要。”^[6]

资本集聚的同时,劳动者的团结亦在发生,过去雇主片面制定的雇佣规则逐渐被团体劳动关系所左右,甚至受到国家公力之干预。“在有劳动基准法之国家将此等规则作为法律规整之对象,此种规则已进入由国家监督的阶段;在团体劳动关系发达后,对劳资关系规整之主要功能即渐渐由团体协约为中心来营运,不过‘未组织劳动者’,仍然有不少上述的情况,故工作规则之意义仍不得轻视,仍应由国家予以监督。”^{[7]137}在劳动关系调整团体主义氛围相对浓重的国家和地区,工作规则所应发挥的作用往往被团体协约或行业规范所替代,透过团体交涉最后达成劳资彼此认可的雇佣规则,这些规则往往与国家规定的标准或基准协调与配合,形成相应的规范。而国家管控劳动关系强烈的国家和地区,通过颁布劳动规则、劳动纪律来实现职业劳动秩序之展开。20世纪50年代我国颁行的《纲要》、1982年颁行的《企业职工奖惩条例》等即属此类。在团体劳动关系调整功能相对弱势,而又实行劳动法制之东亚国家和地区,工作规则的地位明显突出,工作规则在劳动法制中具有突出功效。“‘工作规则’在我们劳动法之地位非常奇特,一般言之在进步之工业社会,工作规则在劳动法中并无任何法规地位可言。盖其内容无非系雇主基于债权人之地位,对受雇人履行债务时之‘指示’而已,在有劳动契约的情形下,工作规则已无规范效果,最多只有事实上意思通知之效力。至于在有团体协议、团体协约的情形下,工作规则之地位更低,大致低于或等于安全守则。”^{[7]135}我国有关用人单位劳动规章制度的规定仅有《劳动合同法》第4条,而且规定过于原则。因此,作为用人单位劳动规

章制度之“工作规则”的法理分析、立法完善,乃是劳动法制完善必不可少的环节。

(二)工作规则的意义与机能

工作规则是劳动法中的特定单元和制度,系劳动合同目的实现的路径依赖,系社会化大生产背景下职业劳动展开之依据,系职场纪律维持之依据,系企业经营秩序法制化之要点,亦是劳动法制之延展。具体而言,工作规则之机能体现在以下几个方面:

1. 用人单位经营秩序与劳动秩序展开之依据

劳动法中大多数用人单位为经营性单位,经营秩序之展开,实乃用人单位指示权之行使,而劳动合同又属于继续性合同,指示权的继续性、统一性、连贯性是用人单位经营规范性之所在。当然,还可避免用人单位经营权、指示权恣意滥用,避免用人单位管理人员前后颠倒之乱指示,避免部分人员假借指示权行使打击报复不同意见者。劳动规章制度调整劳动关系之极重要意义就在于,劳动规章制度使得用人单位行使指示权时并非全然恣意,而是依照具备一定程度刚性与透明性的文本进行^[8]。与此同时,劳动者劳动之展开须在秩序状态下进行,劳动法上之职业劳动多为合作、分工之社会劳动,须在用人单位指示下完成,指示之规范与定型系劳动秩序、规范、持续之所在,避免劳动者无所适从。

2. 实现劳动基准之落实与劳动法制之延展

国家颁行之劳动基准,如工作时间、休息休假制度多数都系最低标准,规定多数较为原则,而制度实施和落实须透过用人单位的具体制度来实现,该制度之载体便是工作规则。通过用人单位具体的考勤、加班、请假等各项具体制度设计、实施,使得国家颁行的劳动基准能够得到实现,亦使国家颁行之劳动基准在不同的经营者中得到个性化之落实,即在国家规定之最低劳动基准基础上,不同用人单位存在不同的考勤、加班、请假等劳动管理制度。上述制度形成定型、规范的工作规则,且具备对所有劳动者、用人单位管理者一体的拘束力,具备一定程度的

“法规”式效力,便是劳动法制实现,甚至全社会法制实现之一环。

3. 弥补团体劳动关系调整之不足

团体劳动关系的法律调整存在不同模式,不论是对抗型,还是合作型,在团体劳动关系法律调整发达之国度,工作规则所扮演的角色和功能就不是那么突出。通过团体交涉(集体谈判)而达成劳资双方皆能认可之劳动条件,这些劳动条件自然包含工作规则的内容;而合作型劳动关系调整模式,通过雇员代表制度、雇员参与制度形成相应的劳动条件,亦能实现相关劳动条件之创制。剩下的劳动纪律中只包含严重违纪之过错惩戒,救济的方式方法除内部规则外,尚有法律途径为最终手段。而团体劳动关系调整不足的东亚国家和地区,工作规则所扮演的角色相当重要,弥补了前者的不足。

4. 和谐劳动关系的测量计

一个有章可循的用人单位,其投资、财务、销售、人事管理皆应有章可循,涉及人事管理之工作规则,便是其中一“章”。雇主处于劳动关系秩序维持之中心,掌控着就业规则的制定权,就业规则包含着职场秩序的设定、管理者职场管理机能的限定。就业规则的制定系劳资双方共同决定、参与的结果^[9],企业劳动管理秩序是否和谐,从其工作规则之“有章可循”视角可以窥测,亦可感知用人单位劳动关系之和谐度。亦如黄越钦所言:“企业内劳资关系之气压计,可预先测出职场融洽与否。”^{[7][37]}部分用人单位中,工作规则缺失、制度扭曲、滥用权威,且用人管理花招迭出,甚至欠缺人性,劳资关系自然紧张。

(三) 工作规则制定的程序建构与主要特征

诚如上文所言,工作规则作为劳动法律制度实施的延伸,是就用人单位工作规则之内容而言,每个用人单位的工作规则或有不同。同时,用人单位的工作规则又大同小异,皆须符合劳动法之法理、社会公共秩序和雇佣习惯。从劳动法本身看,工作规则制度本就属于劳动法之组成部分。我国《劳动合同法》第4条规定:“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。”上述规定表明,用人单位建立和完善劳动规章制度乃其法律上的义务,其中完善劳动规章制度更准确地说系公平、合理地变更有关规章制度的义务。如此,才能保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。该义务不仅包含用人单位启动劳动规章制度之制定,而且包含着草案制定、征求劳动者意见、反复修订、表决通过、法定审查备案等各类义务。

1. 工作规则(草案)之拟定

工作规则系用人单位劳动管理及劳动秩序维持的依据,该制度的形成系用人单位各项制度之组成部分,《劳动合同法》第4条规定了用人单位建立劳动规章制度的义务。而什么样的用人单位应当建立规章制度?该制度所包含的具体内容,即工作规则之记载事项具体包含什么?《劳动合同法》对上述问题尚未作出规定。我国台湾地区“劳动基准法”第九章对工作规则制定的要件、记载事项、效力等皆作出了规定。其中,该法第70条规定:“雇主雇用劳工人数在三十人以上者,应依其事业性质,就下列事项订立工作规则,报请主管机关核备后并公开揭示之。”日本《劳动基准法》第89条规定:“通常使用十人以上劳动者的使用者,就下列事项必须制作就业规则,并向行政官厅提出……”从上述规定分析,工作规则之制定须在雇用一定人数基础上之用人单位展开,并非所有的用人单位皆须制定工作规则。工作规则之制定须符合社会职业劳动、分工协作类社会劳动、平等劳动、管理性劳动等特点,雇佣人数过少雇主之指示权可以直达,劳资协调谈判更加直接,无须制定工作规则。“现实生活中,大量中小企业或非企业用人单位,如小餐馆、小作坊、小矿场等雇用劳动者并不多,不屑说劳动规章制度,其生产经营、销售等所有领域皆未有成文规章制度。”^{[10][349]}因此,制定工作规则之前提是有一定经营规模、雇用一定人数的经营单位,如此,用人单位始得制定工作规则。雇佣人数过少,雇主指示权可以直达劳动者,劳动者的意见亦可及时反馈于雇主。同时,劳动者之间联系、协调、配合更

加直接。换言之,雇佣人数太少的用人单位,其社会性减弱,劳动者更多地依赖雇主的直接指示,无须制定工作规则。

2. 工作规则(草案)之征求意见

工作规则之制定由用人单位主导,但不是用人单位单方、片面给劳动者制定规则,而是由其形成相应的草案以备征求劳动者意见。日本《劳动基准法》规定,工作规则在征得劳动者多数(过半数)意见同意之后,并向行政主管机关报备、公示之后才能生效,对于未过半数或意见过大的,只是将相关意见添附在相关报备文件中。我国台湾地区工作规则之制定并未规定征求劳动者意见的程序,甚至可以理解为雇主单方、片面制定工作规则。“雇主订立工作规则时,法律上无须得到劳工的同意,也无须征求劳工的意见。”^{[11]401}如果说雇主在个别行使指示权存在“恣意”之情形,而制定工作规则如陷入单方、片面的境地,任由用人单位制定规则,完全不理睬劳动者意见,一样存在“任性”之可能。“所有经营权说系认为,工作规则乃是雇主基于其企业所有权、经营权与指示权,对其事业单位内之劳工所发布的企业内规则,故工作规则之生效并不待劳工之同意。”^{[12]450}制定工作规则有无征求劳动者意见之必要,须分析工作规则之个别、团体属性,显然,工作规则对事不对人,对全体劳动者适用,自然须征求劳动者意见。《劳动合同法》第4条第2款规定:“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。”显然,依据《劳动合同法》规定,征求劳动者意见乃是用人单位的义务。《劳动合同法》第4条第3款规定:“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。”即便如此,上述规定颁布之后仍有用人单位制定劳动规章制度不征求工会或

劳动者意见,更有部分用人单位在制定劳动规章制度时,与工会或职工形成了所谓的“死磕”局面而无解。换言之,不合理、不正义的企业劳动规章制度或条款总是存在。甚至有的学者主张通过诉讼的方式矫正工作规则之不当^[13]。笔者认为,征求劳动者意见乃为必要,对于过半数人反对的工作规则(草案)或条款,用人单位应当修改;同时,应当增加报备程序,甚至是核备程序以矫正不当工作规则条款的“任性”。

3. 工作规则(草案)的报备(和审核)与公示

工作规则之所以涉及报备、审核问题,缘于工作规则属于劳动法上法制之构成部分。工作规则究竟是否需要公力干预与介入,直接影响工作规则之公平、公正,乃至效力。早在20世纪30年代,史尚宽便指出:“工厂规则,应于一切之关系劳动者出入之适当场所揭示之。揭示应保持常可读之状态。工厂规则,与劳动者雇入时,交付之。”^[14]我国台湾地区工作规则之所以单方制定,并无征求多数劳动者意见环节,乃是其最终并非任由雇主完全“作主”,而是须经历主管机关之核准程序。主管机关等于审查了工作规则的内容,对其过分不利于劳动者之规则可能剔除或否定。“工厂法第七十五条规定:‘工厂规则之订定或变更,须报准主管机关。’系采核准制。但劳动基准法不采核准制,第七十条规定雇主订立工作规则后续报请主管机关核备,改采核备制。所谓核备,系审查备查。雇主于雇用劳工人数满三十人时应即订立工作规则,并于三十日内报请当地主管机关核备(台湾地区《劳动基准法施行细则》第三十七条第一项),修正工作规则时亦同(同条第二项)。”^{[11]401}显然,工作规则攸关劳资关系协调,攸关用人单位人事管理权行使及其滥用限制,行政主管机关对于工作规则内容的妥当性、适格性所进行的审查起到了保驾护航的作用。在此情形下,即便没有征求劳动者意见,用人单位制定工作规则时亦不至“胆大妄为”。此外,台湾地区相关机构还公布了《工作规则审核要点》,该“要点”核备事项本着“劳资协调合作

之基本精神”“工作规则内容有违法不当或不足者,主管机关得通知事业单位删除、修订或增订之。”显然,主管机关的深度介入,既保障了不同雇主间的工作规则内容大体一致,亦避免了个别雇主任性规则之发生。

《劳动合同法》第4条关于用人单位劳动规章制度之规定,虽明确用人单位应当征求工会或全体职工意见,并由后者讨论、提出意见,或与工会、职工代表平等协商等。协商不一致后结局如何?工会或职工认为不适当的,有权提出修改意见,通过协商予以修改完善。不修改会产生什么样的影响?上述问题之所以成为问题,缘于用人单位劳动规章制度之制定,劳动主管部门对之袖手旁观。笔者认为,主管部门应当审核人数超过三十人之用人单位工作规则草案,否定其中过分内容。同时,透过如此审查、备案,亦可管窥用人单位劳动关系之和諧度。过去亦谈审核、备案,但一方面,工作量巨大,胆怯后退;另一方面,海量材料如何存放,实为问题。如今,大数据和信息技术的发展,存储海量用人单位劳动规章制度已不成问题。我国各地、各层级人力资源和社会保障部门之劳动关系主管机构完全应当将此项工作纳入和谐劳动关系治理之范畴。

4. 工作规则之公示程序及其现代化

《劳动合同法》第4条第4款规定:“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。”公示程序作为工作规则制定之必经程序,几乎形成共识。“‘公开揭示’或‘公告’系指张贴于事业单位中劳工容易看见之处;而‘印发’系指印制发给每位劳工。公开解释之主要目的在于使劳动条件明确化,避免无谓之劳资纠纷。”^[11]⁴⁰³日本《劳动基准法》第106条规定,使用者应将包括就业规则在内的涉及劳动者的相关文件张贴于各个常时作业场所显而易见的地方,或者备存、书面交付及其他厚生劳动省规定的方式,让劳动者周知^[15]²⁹³⁻²⁹⁴。工作规则之公示是用人单位应当承担的义务,只有通过公示,让更多的劳动者知悉工作规

则的内容,劳动者才会遵守规则,用人单位才会形成“按照规则”办事的氛围。劳动者违反规则、违反纪律的事件才可能降低。过去,这种公示多数都粘贴在公告栏中,或制作员工手册,并非随时能够查阅相关内容。如今,网络社会 and 信息技术,使得用人单位工作规则之公示易如反掌,可以通过微信或其他网络形式直接传送劳动者本人,也可通过用人单位的官方网站,长期公告包括用人单位劳动规章制度在内的所有规章制度。

工作规则之外在特征。相对内在特性或规范性质而言,工作规则之外在特征把握相对容易,多数人 can 把握其中不少特征,并且大体上可以形成工作规则之初步印象^[10]³⁴¹⁻³⁴²。工作规则的外在特征主要包括:(1)工作规则系用人单位管理层主导、劳动者参与而制定的行为规范。无论如何,工作规则之规范性毋庸置疑,这一规范是按照法定程序制定的员工行为规范。(2)工作规则系企业内部公开性之制度规范。工作规则系用人单位所有规章制度之一环,属于企业内部制度,在企业外不具有约束力,但是关联性企业间是否存在工作规则之一致性有待进一步探讨。这种企业内部制度具有相应的公开性,即在企业内部乃人尽皆知之事物,对于劳动者而言,其劳动过程在遵守法律制度的前提下,必须符合工作规则之基本要求。(3)工作规则之格式规范性特征。一般来讲,工作规则多以法规形式存在,这也是其性质上有法规一说的原因之一。工作规则多表现为“章”“节”“条”形式,貌似一部“法规”,部分企业之工作规则相当详细,内容非常之多,有时条文之多超过法律。(4)工作规则之先定存在。即使初设企业,其成立时各项规章制度制定为必须,其中就包括工作规则。换言之,劳动者参与制定或变更之工作规则,与劳动者之劳动合同存在相比,工作规则应当先定存在。即劳动者受聘用人单位后应当接受工作规则之学习与培训,即便是不完全掌握,亦因对工作规则有初步了解才可能上岗。(5)工作规则制定须按照法定程序进行始能获得法律上之支持与认可。《劳动合同

法》第4条第2款规定,用人单位在制定、修改或决定有关劳动报酬、休息休假、劳动安全卫生、保险福利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时,应当经职工代表大会或全体职工讨论,提出方案和意见,与工会或职工代表平等协商确定。上述规定对于工作规则制定程序作出了相应规定,体现了劳资合作之精神,正如有的学者所言,“制定和实施内部劳动规则,是用人单位在其自主权限内用规范化、制度化的方法对劳动过程进行组织和管理的行为。简言之,是行使用工自主权的一种形式和手段。职工作为劳动过程的要素和主体,既有权参与内部劳动规则的制定,又有权对用人单位遵守内部劳动规则实行监督,这是职工民主管理权的重要内容。”^[10]此外,工作规则的审查备案程序亦应提上议事日程,各级劳动主管部门一方面可以对部分用人单位工作之不当规定予以矫正,另一方面可以透过该工作规则的实践了解该用人单位劳动关系之和谐度。(6)工作规则体现现代企业管理法治化水平。用人单位主要为企业,公司企业和非公司企业,作为现代企业之特征,其管理是否制度化、规范化是企业管理法治化水平的考量要素。换言之,制度沉淀规范之企业,则运行相对恒久;制度朝令夕改,则可能早被市场淘汰;工作规则体现劳资合作、劳资和谐精神者,运营长久;而命令、监督、指挥皆以家族式方式管理、悖谬常规者,肯定短命。工作规则粗糙之企业管理水平相对较低,而没有工作规则之企业其管理总体上混乱。

二、工作规则的内容(记载事项)与法律属性分析

(一)工作规则的内容(记载事项)

工作规则的内容,亦称工作规则的记载事项,涉及职业劳动的方方面面。《劳动合同法》第4条第2款规定的用人单位劳动规章制度涉及的领域和方面,但并不具体,亦无法适用和操作。部分用人单位制定的劳动规章制度如同法律、法规一样原则,甚至将上述字眼一并抄录,以为如此即是用人单位的工作规则,毫无“规则”意识。当然,随着时间的推移,有

些用人单位的工作规则制定得非常细致、详尽,因无须审核备案,而被作为“商业秘密”无法面世。日本《劳动基准法》第89条规定了就业规则所记载的事项包括:(1)上班和下班时间、休息时间、休息日、休假以及劳动者分两组以上交替劳动的交接班有关事项;(2)工资的决定、计算以及支付方法,工资支付时间及截止计算日期,以及加薪有关的事项;(3)退职有关的事项(包括解雇事由),规定退职补贴时,适用劳动者的范围、退职补贴的决定、计算好的支付方法,以及退职补贴支付的时间等相关事项;(4)历史工资等(退职补贴除外)以及最低工资额确定过程中的相关事项;(5)约定与劳动者负担餐费、作业用具等有关的事项;(6)与安全卫生有关的规定事项;(7)与职业培训有关的规定事项;(8)与致害补偿以及业务外伤病扶助有关的规定事项;(9)与奖惩规定的种类和程度有关的事项;(10)除上述所列外,规定适用于事业场所所有劳动者相关的事项。我国台湾地区“劳动基准法”第70条规定工作记载的事项包括:(1)工作时间、休息、休假、纪念日、特别休假及继续性工作之轮班方法;(2)工资之标准、计算方法及发放日期;(3)延长工作时间;(4)津贴及奖金;(5)应遵守之纪律;(6)考勤、请假、奖惩及升迁;(7)受雇、解雇、资遣、离职及退休;(8)灾害伤病补偿及抚恤;(9)福利措施;(10)劳雇双方应遵守劳工安全卫生规定;(11)劳雇双方沟通意见加强合作之方法;(12)其他。台湾地区因雇主负担作成工作规则之义务,上述相关记载事项须一应俱全,如果相关事项没有记载于规则,换言之,雇主没有执行此项规定,将受到处罚。“若工作规则中未记载这些事项时,依其事业之性质,雇主可能被认为没有尽到工作规则订立义务,而须受到处罚。”^{[11][40]}

由此可见,一部规范的用人单位工作规则涉及面广、内容复杂、文字繁多,它完全可以成为“一部内容丰富的手册”。大体包括以下几个方面:(1)考勤、加班类。上下班时间之规定、上下班签到、签退,迟到早退及旷工的界定。加班的记录、程序、加班补贴

标准、餐费和交通费等。(2)请假与休假、轮班与值班类。事假、病假、婚丧假请假天数,津贴扣除及标准,节假日值班制度,轮班交接时间等。(3)工资、补贴及相关福利类。工资级别与分层、工资调级规则、加班工资标准及特殊岗位津贴标准。工资发放形式和发放日期,单位福利类别及发放形式、日期,工伤职工、工亡家属、节假日慰问金、退休老职工节假日慰问金发放等。(4)劳动安全卫生注意事项、劳保用品使用和发放类。国家颁布实施的劳动安全卫生相关法律、法规之具体常识性知识,用人单位的特别指示,劳动保护用品的分配方式、发放日期,劳动保护用品使用具体规则等。(5)培训、晋升、调职等事项类。用人单位常规培训及业务学习,岗位晋升、职级调整等。(6)考核、评价体系类,包括考核标准、考核内容、考核程序等各个方面,透过考核认定劳动者是否胜任工作,是否晋升,是否降格等。(7)劳动纪律类。考勤纪律、职场纪律类(如职场打架斗殴、言语侮辱他人、破坏公物、损毁同事物品、性骚扰同事、工作仪容仪表等)。职场外言行规范,诋毁同事领导、诋毁英雄人物、赞美敌人、诋毁少数民族等。(8)惩戒即奖励类。惩戒种类、违纪程度及其适用,奖励情形及奖励标准等,“奖励与惩戒乃是用人单位管理之必要内容,赏罚有度可能调动员工积极性,赏以勤,罚以懒;赏以绩优,罚以过失。上述行为之规则化、制度化更为必须,如赏罚无辜,员工在无成文规则之下对赏罚没有预期判断的情况下,有可能发生两个极端:一则行为谨小慎微,工作缩手缩脚;另则行为鲁莽冒失,工作大胆妄为,甚至违反职业安全卫生之强行法规范。因此,必要之奖惩制度乃是工作规则之重要内容。”^②

工作规则的内容并非完全固化,会因不同用人单位的具体情形有所不同,其内容在不同领域亦有粗细之分。上述内容在不同用人单位存在差异,但其维持劳动秩序的机能是共通的。概而言之,工作规则记载的内容越详细,越能体现其是否有机和合理。

(二)工作规则的法律属性分析

上文关于工作规则内容之分析显示,用人单位工作规则属于一种有血有肉的、内容和形式兼备的客观存在。它在用人单位之运行和管理过程中发挥着相应的作用,那么,它到底是什么?性质上属于什么?这个问题绝非是理论界的故弄玄虚,而是实务界直接操弄的“器具”,对它必须有相应的属性上的认知。“劳动关系虽然是契约关系,但是在工作规则法制上,工作规则的订立即变更系得由雇主单方为之。因此,雇主单方订立之工作规则为何对劳工发生拘束力?雇主单方制定对劳工不利益的工作规则,或将既存的工作规则予以不利益变更时,其法律效力为何?在劳动法学中是非常基本且重要的问题。”^{[11]405}如此,才会关涉其效力,乃至其与相关规范即劳动合同本身间的关系问题。一般来说,一类规范之属性界定始于学界。日本《劳动基准法》关于工作规则规定较为细密,包含第89-93条,共5个条文,学界对工作规则之法律属性长期争论不休,各家理论丰富并陈,号称“四派十三家”,大体归为以下几类,即契约说、法规范说、集体合意说、根据二分说等^{[17]263-270}。诚如王能君所言,工作规则法理错综复杂,在学说上迄今仍无通说^{[18]66}。

1. 契约说

“契约说是最早形成之学说,约在明治末期至大正期间即已提出,中间虽饱受后述法规说之供给而显消沉,但旋即对法规说展开反攻,职责法规说所持工作规则系雇主单方意思作成之论调,与近代契约概念背道而驰。”^{[17]263}契约说,又分为纯粹契约说、事实规范说和事实上习惯说。其中,纯粹契约说认为,近代市民法所标榜之契约自由原则,系以独立、平等之契约当事人为前提,工作规则本身将一般契约条件定型化,仅属事实之存在,必须透过劳资双方合意,才能产生法的意义,工作规则如已公示,工作规则作为劳动契约之内容,将发生法律拘束力。事实规范说仅认为工作规则是一种社会规范,得到劳工明示或默示,对劳工产生拘束力。事实上习惯说认

为,工作规则仅是定型化劳动契约之组成,劳工附合过程中肯定了其效力^{[17]264-265}。总而言之,契约说系以尊重劳动者契约自由为本位,以达到保护劳动者之目的。以契约说之理论,若雇主单方变更工作规则内容,必须得到劳动者同意,否则不发生效力。笔者认为,工作规则契约说定位于个体本位,对于现代企业之工作规则制定与变更,可能会考量部分劳动者之订立劳动契约之意思表示,但对于大多数劳动者而言,不论是缔约前或缔约后,工作规则的制定与变更相对独立,两者并不完全契合,尤其是资本至上的年代里,将工作规则视为定型化劳动契约之内容或劳动者缔约时之附合内容,显然是不科学的^{[10]343}。上述契约说之观点,若雇主恣意变更不利于劳动者之工作规则时,必须得到劳动者同意,否则不发生效力,此乃契约说之优点。然而法规范说批评此说,认为工作规则系企业内之经营规范,劳动者没有拒绝适用之自由。法规范说之批评,颇令契约说难以自圆其说。

2. 法规范说

法规范说共通的看法:工作规则发生拘束力的根源,在于工作规则具有法规范的性格,而与劳动者主观意思表示无关,该理论大致可分为经营权说、习惯法说和授权法说。

(1)经营权说认为,雇主系资本所有权人,故得支配生产手段、设定劳动秩序,雇主对于企业的一切物的、人的关系具有经营统制(指挥)权,而基于此经营统制权由雇主单方制定之工作规则,本就应具有法规范性。

(2)习惯法说认为,工作规则是企业内之社会规范,现实上,由雇主以其统制力来确保工作规则之执行,至于原为社会规范之工作规则为何具有法规范性格,乃是其具备工场内习惯法的属性。

(3)授权法说认为,工作规则之所以会有法的拘束力,不是因为众人对工作规则这个社会规范的确信,而是因为劳基法于保护劳工之目的,乃赋予工作规则法的效力,盖为了使雇主与劳工遵守工作规

则,同时防范雇主恣意苛待劳工,赋予工作规则法的效力^{[17]266-267}。

刘志鹏律师点评法规范说时认为,依据法规范说,雇主单方制定之工作规则,不论劳工是否同意其内容,均对劳工发生拘束力,由此极易推论除雇主凭一己之私,亦可片面地将工作规则作不利益变更,而劳工却全无拒绝之权利,此实为法规范说之最大缺陷^{[17]269}。法规范说之观点,不仅在于该类规范是用人单位对劳动者片面、单方制定的具有约束力的规则,更令人忧虑的是,它竟然上升至“法”的程度而与法律、法规成站队序列。如果工作规则的内容失去理性,便会销蚀法制的权威。“现行法对就业规则默示采法规说之谬误至为明显,由于法规说过分提高就业规则之法律地位,不当授予私法人立法权,使资方因此立于近乎国家对国民之统治地位,吾人对雇主之法律制定权采坚决反对态度,只承认其为雇主之有组织的私法上意思表示而已,充其量仅有‘事实上的习惯之效力’,尚无习惯法之可言,遑论法规。”^{[5]60}法规范说不仅在我国台湾地区现实生活中获得了印证,而且在大陆地区亦有体现。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》(法释[2001]14号)第19条规定:“用人单位根据《劳动法》第四条之规定,通过民主程序制定的规章制度,不违反国家法律、行政法规及政策规定,并已向劳动者公示的,可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。”如果工作规则仅存法规范说之学术观点的话,那么,最高人民法院上述之司法解释则以明示方式表明了用人单位之规章制度就是法律、法规,如果任其野蛮生长,私人资本可能成为立法者。“用人单位依据法律、法规和相关政策制定的内部劳动规章性质上属于劳动纪律规定,不同的用人单位有不同的劳动规章。用人单位制定的劳动规章即使对所有劳动者公示也不应成为人民法院审理劳动争议案件的根据,至多可以作为证据。从法理上讲,能够成为法律渊源的只有法律、法规、规章以及政策等对全社会具有公示力并有约束力的规范,即使习惯成为法

律渊源也需得到立法和司法实践之认可。用人单位内部劳动规章,不具有全社会的公示力,性质上属于‘私’范畴。”^[19]黄越钦认为:“只有透过公权力之力量始能强制执行,同时在私法人自治章程之形成过程中,不受公权力干涉,结果私人意思表示与私法人自治规章间之最大区别,不过在于私人意思表示汇集而成一种‘意思表示的组织体’而已,此种‘意思表示的组织’并无当然成为法律之理由。”^{[71]43}由此可见,法规范说尽管从其性质上沉淀为法规模样,但这种故意“拔高”用人单位规章制度地位,甚至谬误法源的做法将给司法实践带来巨大的戕害。

3. 根据二分说

该说将工作规则之内容分成两部分:其一为关于工资、劳动时间等狭义之劳动条件部分,此部分之工作规则,必须获得劳动者同意方能生效;其二为劳动者就业时必须遵守之行为规律,此部分是雇主依其指挥命令权制定,只需告知劳动者即能生效。所谓的根据二分说实质上并没有澄清工作规则之性质,只不过就工作规则之效力进行了分析和界别,即工资和劳动时间之规则制定或变更须经劳动者同意方能生效,而其他劳动条件,尤其是“行为规律”只需雇主通告劳动者即可生效。显然,根据二分说不具有相应说服力,如“行为规律”到底包含哪些要素并不清晰。二分说形式上大致作了相应的切割,认为有些劳动条件系通过劳资合意而形成,这样的规则须征得劳动者的同意,而另一部分更多地体现为“行为”,与利益性劳动条件相差较远,所以雇主可以径直将其作为规则,而劳动者只能服务和遵守。显然,任何规则的制定与劳动者利益都有关联,不可能遵守他方设定的规则而与己方毫无瓜葛,这样的规则难道只能逆来顺受?显然,二分说亦有其瑕疵。

对于根据二分说之批评,有的学者认为:“根据二分说将工作规则之内容分为狭义劳动条件及劳工之企业内行为规范两部分,似是言之成理,但在实际个案中究竟应如何区分?标准为何?实难区别。且强将工作规则之内容区分为二,乃是对于工作规则

一体性、整体性之漠视,而将应由劳资双方共同合意之劳动条件范围予以限缩、窄化,诚属不当,再者,企业内行为规律之规定被认定为独立部分,惟其实际上亦时常是劳工所切身关心之劳动条件,强认该等部分为雇主所得片面认定,实有剥夺劳工之权利之嫌。”^{[2]86}显然,所谓根据二分说,亦是站在资本立场之观点,并没有公允认知工作规则性质的理性判断。

4. 集体合意说

系介于契约说与法规范说之折中说,其基本立场持劳动条件由双方合意之基本原则。该说认为鉴于工作规则统一规范劳动条件之现实,个别劳工对工作规则制定、变更之承诺虽有必要,但可由劳工集体意思予以同意,未有劳工集体意见之同意,工作规则不发生效力。该说的优点在于,借劳工集体意思可抑制雇主任意苛待个别劳工。缺点是制定、变更工作规则须由劳工集体合意,将使得工作规则与团体协约区分成为问题^{[17]271}。参酌域外实在法,日本《劳动基准法》规定之工作规则,制定、变更就业规则时,只需“听取”劳方意见即可,并不须征得劳方同意。我国《劳动合同法》第4条规定,征求工会与职工代表意见,工会与职工代表认为劳动规章制定与实施存在不适当因素,可提出相关意见,通过协商予以修改与完善。而现实生活中,“听而不取”现象客观存在。因此,集体合意说亦有相应瑕疵。

工作规则存在以上各种各样的学说,仅仅是一种学说而已,其根本点在于工作规则实施过程中的效力问题。从路径上分析,日本劳动法实践中,司法裁判几乎决定了就业规则的效力,因其仅仅为征求过半数劳动者意见,并未征得过半数劳动者之同意,若听而不取现象发生,日本《劳动基准法》第90条规定便有落空之危险。若有相应的过半数劳动者同意之法制刚性,那么后续的司法审查就相对简易。我国劳动法实务中,用人单位劳动规章制度的效力,几乎落在了劳动仲裁与司法审判审查环节。相对而言,笔者认为,工作规则制定、变更过程中,主管部门的核备程序成为关键。日本《劳动基准

法》第92条规定,与法令或劳动协约发生抵触的,行政官厅可以命令变更就业规则。这一点极为重要,它体现劳动关系并非完全的意思自治领域,理性与适当更为重要。

三、工作规则不利益变更与工作规则的效力

工作规则具有相应的规范性和拘束力,对于职场劳动者而言,遵守规则乃是履行劳动合同的前提,亦是劳动者职业劳动展开之基础;同时,工作规则同样为用人单位遵守承诺之保障,避免用人单位管理人员恣意行为。我国现实生活中往往缺乏规则意识、秩序心态,对他人要求规则、讲求秩序,对己则置身事外、心若无物。于劳动者而言,工作规则对其具有约束;于管理者而言,工作规则同样应有相应的限定。工作规则系职业劳动展开所需的各个环节的规范秩序,它是依据法定的程序而形成的,相较于个别劳动合同而言,其统一性、规范性和稳定性毋庸置疑。工作规则制定过程中,不是所有劳动者对工作规则都予以肯认,有的甚至反对,只要工作规则之制定符合法定程序、内容合理,该工作规则对所有劳动者都具有约束力。客观上讲,工作规则作为一种规范之存在,它自然须和法律法规对接,和团体协约(集体合同)、劳动合同磕碰,自然产生所谓的效力判断问题。工作规则之效力问题于工作规则变更时所涉问题学界探讨最多,尤其是劳动合同在前、工作规则变更在后的情形较为突出。

(一)工作规则不利益变更问题

工作规则制定过程,因其由用人单位所发起,又经征求劳动者意见、核准、审查、备案等各类程序。在征求意见的过程中,亦会发生少数劳动者不知悉、不关心情形,之后出台的工作规则对不知情劳动者同样产生拘束力,此乃学界和实务界皆认可之法理。与工作规则之制定不同,工作规则之变更,其受众或关心者可能更少,尤其工作规则制定不久而又变更者,更易引发纠纷。对于少数用人单位因人设事、故意修订规则而整人的行为,此等工作规则是否发生效力,便是学界长期争论的问题。

日本“秋北巴士事件”之判决及工作规则变更法理形成。日本“秋北巴士事件”是一关涉就业规则是否有效的典型案例,影响深远。事件大致经过是:原告于1945年受雇于被告公司时,公司内部尚无退休年龄之限制。1955年以后,被告公司制定有关退休之工作规则,“从业员满五十岁者,达于退休年龄;已达退休年龄者,以辞令解职之。惟纵已达退休年龄,若基于业务需要,经过公司考核本人之人格、健康及能力,得临时或嘱托本人,再予聘用”。当时,原告担任主任,职位较从业员为高,故不适用此项规定。1957年,该项规定修订为“从业员满五十岁者,达于退休年龄;担任主任以上职位者,满五十五岁达于退休年龄,达于退休年龄者,应予退休”。原告主张上述对于工作规则之修改,本人并未同意,故满五十五岁退休之规定对其不生效力,并提起雇佣关系存在之诉。但是,该案经三审审理,除初审秋田地方法院判决原告胜诉,二审仙台高等法院及三审最高裁判所并未支持原告请求^{[17]272-273}。

日本最高裁判所大法庭判决认为,“关于定型化劳动条件之工作规则,不仅有社会规范之性质,而且,工作规则所规定者系合理的劳动条件之限度内,经营主体与劳工间之劳动条件依工作规则而定,已成为事实上之习惯,爰可承认工作规则之法规范性(民法第九十二条参照)……该当事业场劳工,不问事实上是否知悉工作规则之存在及其内容,或对之个别予以同意,均当然适用工作规则。”^{[18]68}日本“秋北巴士事件”之判决支持了被告,即雇主一方在工作规则之制定与变更上的相关权利,甚至形成所谓的法规范说学理。上述判决延伸工作规则不利益变更效力的理由时强调,“因新工作规则之制定或变更,剥夺既得权利、或单方地课予劳工不利益之劳动条件时,原则上不许之……但从工作规则之性质系集合的处理劳动条件,特别是统一、划一的决定劳动条件之前提以观,当该工作规则系合理之限度内,个别劳工不得以不同意工作规则为理由,而拒绝工作规则之适用;对于工作规则不满者,不外乎透过团体协商

等正当程序改善之。”^{[18]69} 关涉工作规则变更效力之相关裁判中出现了诸如“合理性”“劳动者的权益之保护”“雇主经营之必要性”等概念,王能君称之为“合理性变更法理”^{[18]70-73}。关于工作规则性质与不利益变更效力问题之探讨,台湾地区学界亦长久争论,观点并不完全一致,但在争论过程中皆考量了各种因素,合理性变更成为影响司法实务的关键。1995年台北地方法院判决认为,工作规则原系雇主为统一劳动条件即服务顾虑订定,而依现今社会之情形观之,劳工与雇主间之劳动条件依雇主所订之工作规则所规定之内容而定,已成为劳工与雇主间均有合意之一种事实上习惯,工作规则即因而有拘束劳工与雇主双方之效力,而不论劳工是否知悉工作规则之存在及其内容,或是否予以同意,均当然适用工作规则。在此情形,工作规则之于雇佣契约,即如同运送业或保险业所订之一般契约条款之于运送契约保险契约,除非当事人有反对的意思表示之外,当然成为雇佣契约内容之一部^{[18]86-87}。

(二)工作规则之制定、变更合理性之保障——多维视角

工作规则作为职业劳动展开、继续性劳动合同履行的依赖,尤其是雇佣人数达到一定规模后必不可少的工作规范,它的存在必然牵动劳资双方利益,牵涉各方关注。工作规则的制定与生效系涉及许多方面的综合性问题,体现一个国家和地区劳动法治化水平,尤其是团体劳动关系调整不够发达的国家和地区,情形更为如此。这个领域的问题凸显“规则”“秩序”意识,凸显是否依法行事与合情合理理念,凸显用人单位指挥命令权行使之任性与理性差异。因此,工作规则之变更或新工作规则之制定,尤其是工作规则之审核、备案程序,更应考量以下几个因素:

1. 工作规则内容不得违反法律、法规之规定

依照《劳动合同法》第4条之规定,用人单位劳动规章制度在制定、修改或决定有关直接涉及劳动者切身权益的规章制度或者重大事项时,应当经职工

代表大会或全体职工讨论,提出方案和意见,与工会或者职工代表平等协商确定。上述程序规定属刚性规定,该程序为必经之程序。因此,用人单位制定、修改工作规则,首先须符合上述程序性规定。其次,有关工作规则内容的制定与修改,不得与现行法律、法规之强行性规定相抵触,不仅不得与劳动类法律、法规相抵触,也不得与其他法律门类之强行性规定相抵触。正因如此,工作规则之合理性变更之判断须留待司法予以审查。一方面,工作规则所涉及的问题非常广泛,需要对其制定过程是否符合法定程序进行审查;另一方面,亦须审查工作规则内容是否与所有法律、法规规定的内容相抵触。我国台湾地区“劳动基准法”第71条规定:“工作规则,违反法令之强制或禁止规定或其他有关该事业适用之团体协约规定者,无效。”合法性乃工作规则制定、变更合理性之重要判断因素。

2. 工作规则内容之合理性与用人单位经营之必要性

究竟何为工作规则制定、变更的“合理性”?何为用人单位制定、变更工作规则的“必要性”?日本司法实务中曾进行过有针对性的分析和描述。“最高裁判所在‘大曲市农协时间’中指出,所谓合理性系指‘该工作规则的作成或变更,从其必要性和内容两方面管制,即使考虑到劳工因此所受的不利益之程度,仍可肯认在该劳资关系中该条项的法规范性’之合理性。至于如何判断工作规则变更的‘合理性’,则应以‘变更必要性’和‘变更所带来的不利益的程度’之比较考量为中心,并斟酌‘其他劳动条件改善之程度’、‘变更的社会相当性’、‘与工会的交涉经过’、其他劳工的态度等,综合判断合理性之有无。”^{[18]74} 工作规则变更的合理性判断问题是一个综合性问题,须验证大多数劳动者对该项变更反应的力度。如果大多数劳动者认为此项变更没有道理,且存在损害劳动者利益的客观事实,那么该项变更宜比较其他事项反复斟酌;如果工作规则的变更系劳动条件的降低且幅度很大,一样需要审慎对待;如

果工作规则的变更针对少数劳动者而定,客观上存在“整人”嫌疑,这样的变更更应审视其合理性;工作规则的变更系内容上由粗糙到具体,劳动条件未作大变更,完全属于经营上的必要性,那么这项变更便具备相应的合理性。

3. 工作规则变更的合理性之判断

所谓的法规范说之一,有习惯说。何为“习惯”?工作规则不是只有一个用人单位所拥有,而是雇佣人数达到一定规模以上的用人单位之义务,换言之,大多数用人单位皆有考勤、请假制度,形成了所谓的习惯和行规。如果工作规则内容变更力度过大,完全超出了行业习惯之认知,便可认定其为不合理。用人单位之经营多数情形与其他单位有共同之处,除少数商业秘密因保密措施而不外泄外,多数经营模式、工作方式有相似之处,可以效仿。当然,有些用人单位的工作规则秘不示人,但并非全部。再者,即使秘不示人,亦不可能避免主管机关的核备程序,主管机关可以在比对中,分析工作规则变更是否“理性”,是否存在经营上的必要性,通过行业习惯之比对可以得出相应的结论。

此外,工作规则变更之合理性因素,须对相关条款变更之针对性进行甄别,是否存在专门针对个别劳动者之“特别规则”,即所谓的因人设事规则的出现,存在故意整人、故意透过工作规则变更施以打击报复之实。此等工作规则变更之不合理性当在裁审环节,依赖仲裁员或法官的自由裁量认定其为无效条款。

4. 建构工作规则审查、备案制度

在工作规则制定、修改的合法性问题上,其审查完全交由法官审查已为事后审查,换言之,在劳资纠纷已经存在,甚至矛盾已很严重的情势下,做最后的挽救。程序正义乃实质正义之保障,亦是正义的有机组成部分。对于工作规则的制定与变更,工作规则内容因其涉及职业劳动展开、劳动合同履行的方方面面,就专业性而言,主管部门之审查显然更为专业。此外,大部分国家和地区之所以在政府序列中

设置劳工部门,行政部门介入劳资关系之根本在于市民社会中劳资力量扭曲后的再平衡之需要。用人单位单方制定、修改工作规则,如没有可靠的程序保障,仅仅是征求劳方意见,不免发生走过场,有应付程序之嫌。又有多少劳动者除关注自身权益外,还真正把工作规则之制定、变更放之心上。诚如黄程贯所言:“劳工之沉默被解为‘默示同意’;例如,愿意受某事业单位之雇用,亦被解为同意该事业单位所有已存在之工作规则;又例如,受雇时若劳工签下所谓‘誓愿书’或‘同意书’表明愿遵守公司一切工作规则,则纵使劳工完全不知工作规则之存在或根本不知其内容,亦属同意,而须适用工作规则。”^{[12][455]}因此,主管部门的审查、核准与备案程序成为必须,如今信息时代将用人单位劳动规章制度备案的所有负担予以化解,所剩的乃是各级人力资源和社会保障部门劳动关系主管机构的职责所在。该程序的介入将大大提升工作规则合法性的比率,亦使工作规则稳定性、证据力得到明显提升。

改革开放后,我国劳动主管部门变为一个“无权”的部门,地位逐步下滑,“管理”“干预”能力下降。和谐劳动关系之建构是一个系统工程,工作规则之审查、备案制度之建构,从实体到程序保障了诸如严重违反用人单位规章制度、严重违反劳动纪律、不胜任工作等一系列主观定性之判断,更多地从工作规则中寻找其中的合理性和依据。该制度的建构并不增加用人单位经营负担,只是主管部门增加相应的工作量。再者,不同层级的劳动主管部门完全能够胜任此项职责,且制定工作只有一次,而变更事项亦不应频繁发生。对于主管部门掌握各用人单位劳动关系的和谐度、工作规则的合理性利大于弊。1997年制定的《劳动部关于新开办用人单位实行劳动规章制度备案制度的通知》规定:“各级劳动行政部门对新开办用人单位规章制度备案审查的内容主要是:劳动规章制度内容是否符合法律法规规定;制定劳动规章制度的程序是否符合有关规定。”^③现实生活中,这个通知也就是一个通知而已。台湾地区

工作规则制定、变更的核备程序运转正常,而台湾地区恰恰中小企业繁多,工作规则亦多,并没有产生主管部门穷于应付的问题。为了审核工作规则,台湾地区主管部门公布了《工作规则审核要点》,规定劳工如对工作规则有异议时,主管机关应列为审核参考审慎处理^[11402]。此外,工作规则之制定关涉劳动者切身利益,征求工会和劳动者的意见《劳动合同法》已作出规定,工会提出不同意见,用人单位应予修改。但实践中总存在少数用人单位片面制定不当规则,征求工会和劳动者意见仅仅是走“征而不采”的过场,至今,该问题一直悬而未决。“针对此一问题,若依拙见,唯有透过修法始有可能改善,且应采取前述之集体合意说之原则,以立法手段规定,雇主订定工作规则时应与工会进行协商,且经工会之同意后,工作规则始生效力;或者若是资方片面订定,至少亦须经工会之事后同意,工作规则始能生效。”^[12460]我国工会分机关、企事业单位工会和总工会之差异,如各级总工会一样对工作规则认真对待,如以劳动行政部门审查、备案之精神,工会认真协商,理性对待,我国用人单位劳动规章制度之科学性、合理性和合法性之大概率是必然的。

(三)工作规则效力问题一与相关规范效力之比较

用人单位工作规则的所有条款因不同单位之间差异而有所区别,且工作规则条款繁细在不同用人单位间亦大有不同,即使经过审核、备案程序,即使经与工会协商一致,所有条款并不可能与其他规范不发生冲突和抵触,总会发生工作规则之相关条款效力认定之问题。这些问题往往涉及工作规则相关条款与法律法规规定、与法律精神(原则)、团体协议、劳动合同、职工代表大会决议等是否相左的问题,亦即工作规则效力的认定问题。

1. 工作规则与团体协议之间的关系

工作规则与团体协议都属于用人单位之约束规范,对于劳资双方均具约束力,但是,两者之间存在着较为明显的差异:

(1)制定工作规则与团体协议缔结程序不同,主

体亦有差异。学理上讲,工作规则之制定系由用人单位主导,在工会或劳动者附合同意,部分雇佣人数较少、未成立工会之用人单位征得劳动者过半数同意,并经主管机构审核备案后方可生效;而团体协约系经由劳资双方谈判、妥协后所缔结的协议,其中劳动者一方必为团体——工会,没有工会的用人单位不可能存在团体协约。

(2)工作规则与团体协议的形式不同。两者皆以劳动条件为轴而展开,但是,工作规则所订劳动条件之规则,形式上具备“法规”样式之规范,虽存在集体合意之因素,但劳资双方并不签字画押,并不具有“约”之因素,甚至部分学者主张用人单位可单方、片面制定工作规则,因此,其存在的样态乃是“规章制度”。而团体协议之存在,系劳资双方透过团体力量而达成之“约”,特别是劳方,必须以团体——工会为法律主体之一方,始能达成团体协议。团体协议属于“约”之存在,我国甚至将其称之为“集体合同”,实际上,团体协议之所约,既包含合同要素“债”之权利义务关系,亦包含彼此遵守约定之行为规范,并不具有“债”之效力,乃是规范之存在。亦如黄越钦所言,工作规则本身并非法规,亦无契约的性质,它不属于“约”之存在^[7143]。

(3)工作规则与团体协议的效力不同。工作规则所生效力须与团体协议之约定大体一致,否则将致无效。“由于工作规则依现在通说,采定型化契约说。工作规则有关劳动条件之内容成为劳动契约内容之部分,当该部门异于该团体协议所约定之劳动条件者,其相异部分无效;无效之部门以团体协议之约定代之。”^[120]此外,台湾地区“劳动基准法”第71条规定:“工作规则,违反法令之强制或禁止规定或其他有关该事业适用之团体协议规定者,无效。”在团体劳动关系法律调整发达的德国,体现劳资自治属性的工厂协议代行工作规则之功能,其效力受到两方面控制,“其一,工厂协议不得违反上位阶法律;其二,为了保证团体协议自治的实现,工厂协议不仅在调整对象上,而且在效力上劣后于团体

协议……”^[21]，尤其是在劳动条件具有“债”之因素者，工作规则不得违反团体协约。当然，团体协约之规范部分，所涉劳动条件之约，范围之宽泛，几乎与工作规则内容无异，涉劳动合同目的实现之各个方面，因其不涉及法律上的请求权，多数情形下，不发生效力冲突的问题。

2. 工作规则与劳动合同之间的效力比较

工作规则系为工作展开而制定，即使对用人单位亦具有拘束力，主要针对的对象为劳动者，主要目的在于维持职场秩序。它的存在必然与团体协约、劳动合同产生效力上的冲突，诚如上文有关工作规则不利益变更所产生效力判断问题。劳动合同系劳动者个体与用人单位双方通过协商，就相关权利义务大致一致的一类特殊雇佣合同。而工作规则之存在，如系用人单位单方、片面之作成，自然不能拘束劳动合同所约定的相关事项；即便是集体合意，如征求工会和全体劳动者同意，同样不能直接颠覆劳动合同约定之事项。因此，工作规则与劳动合同之间效力的判定，通常以劳动合同优先作为选择。“因为工作规则并未经过劳工合意而仅由雇主单方面写成，可知其效力多不如劳动契约，所以工作规则只能对于劳动契约未规定的部分加以填补，对于劳动契约已经有规定的部分，仅得优先适用劳动契约的规定。”^[22]显然，工作规则与劳动合同之间必然锅碗相碰，两者难免产生彼此不一致的现象。劳动合同与工作规则之间有着无数联系，尽管两者皆关涉劳动条件之创制，但两者之间亦有明显的差异：

(1) 两者表意上的差异。工作规则系应由集体合意而成、针对的对象亦为集体或全体劳动者，而劳动合同系由用人单位与劳动者个别协商而定。

(2) 属性上的差异。工作规则属性上存在诸多说法，如法规说、定型化契约说、集体合意说等，但终究不属于契约，所谓的定型化契约之说根本不存在。而非团体协约与劳动合同那样需要达成意思表示的一致。劳动合同属典型的契约，它涉及用人单位与劳动者彼此权利义务关系之设定，享有权利的一方

具备法律上的请求权，而针对工作规则劳资双方皆无直接请求主张权利之请求权存在。

(3) 规范效力上的差异。工作规则具有相应的规范效力，而劳动合同并不具有普遍的规范性，劳动者的履约行为之规范多在工作规则的约束下展开。而劳动合同对于劳动者而言，仅仅拘束签约者，即劳动者本人，与他人无涉。

工作规则与劳动合同尽管存在着上述差异，但是，两者彼此间关系之交织乃是客观之存在，如果没有劳动合同之存在，没有雇佣关系之存在，亦无所谓劳资，更无所谓工作规则；没有工作规则的职业劳动形同一堆乱麻，工作没有头绪，职场没有秩序。诚如有的学者所言：“工作规则、劳动契约、团体协约三者均涉及劳雇双方权义关系，使形成错综复杂的关系。基本上，工作规则系由雇主片面制定，即雇主指示权之具体化；而劳动契约是劳雇双方就劳动条件方面之表示；是以一旦工作规则成为劳动契约上的权义关系内容，而为实质的依据，不啻由雇主单方面决定劳动契约，进而可能造成不利劳工之情形，使劳动契约形如附合契约。”^[23]

回溯我国计划经济时期，国营企业劳动者之劳动展开同样需要职场秩序与劳动纪律，那是一个“有规则没合同”的年代，自无探讨工作规则与劳动合同关系之必要。自20世纪80年代中后期之后，随着非公所有制企业，如民营、外资等企业的大规模发展，许多企业，尤其是中小企业处于“有合同无规则”的状态，甚至连(劳动)合同都不签订，一样无须探讨工作规则与劳动合同之问题。在部分企业，老板或管理者颐指气使、滥施指示，雇主指示形同圣旨。在没有工作规则的情形下，朝令夕改、因人施策，极大地戕害了在职劳动者的权益，亦无须探讨工作规则与劳动合同关系立法或解释之存在。《劳动合同法》颁布实施以来，用人单位劳动规章制度成为工作规则的实际存在，用人单位必须构建相应的工作规则制度，法律条文只有该法第4条一个条文，规定之粗糙、依据之无据现象毋庸讳言。用人单位未制定劳动规

章制度亦无法律责任或罚则之存在,对于工会或劳动者意见不采纳、执意而行的用人单位,其劳动规章制度的效力法律没有任何注解。而灵活经营之小企业,如雇用十人以下之小企业、个体工商户作为用人单位是否一样承载制定用人单位劳动规章制度之义务,皆无规定。而早在1997年发布的用人单位劳动规章制度备案通知,亦因未能入法而无法实施,显然,现实生活中存在的劳动合同与工作规则的冲突纠纷案件、劳动合同履行与用人单位滥施指示的纠纷案件便无法可依。完善用人单位劳动规章制度成为劳动合同制度完善的必经之路,只有该制度得以完善,始能合理分析、处理工作规则与劳动合同之间的关系。依目前《劳动合同法》之规定,工作规则与劳动合同之间效力的探讨,更应依赖劳动合同双方当事人约定,而不是效力飘忽不定的用人单位劳动规章制度。

工作规则与劳动合同之间的关系集中体现在工作规则变更引发的劳动合同履行问题上,工作规则变更对劳动者利益所产生的负面影响程序,亦称不利益程度,工作规则中有关劳动条件变更之必要性、变更后的工作规则内容的正当性皆属于考量的因素。同时,与工会的协商结果以及变更后工作规则存在合理性,可以作为劳动合同之劳动条件,执行变更后的工作规则。否则,工作规则便对劳动合同不产生拘束力^{[15]337-338}。工作规则虽属用人单位内部规范,但其实施乃是劳动法治之延伸,亦体现社会秩序在劳动关系领域之存在。

我国正在建构法治国家,法治建设的精髓在于秩序精神之培养,工作规则的实施既可以保障劳动者工作有章可循,亦能约束用人单位管理者恣意妄为。工作规则的制定、变更,尤其是后者,在劳动合同就相关劳动条件有约在先的前提下变更,更应理性,更应协商,更应履行法定程序。

注释:

①“用人单位劳动规章制度”作为名称如同《社会保险法》

上社会保险法律主体之一的“社会保险经办机构”一样,将描述作为定义。

②亦有将惩戒单独设置之工作规则。本文限于篇幅,惩戒权行使及其限制部门不再详细叙述。参见:郑尚元.劳动合同法的制度与理念[M].北京:中国政法大学出版社,2008:343.

③长期以来,用人单位劳动规章制度审查备案制度之建构,无疑会增加部分工作机构工作量,同时,在纸质年代里,如何存放这些海量的纸质材料成为相关部门的难题。如今,这些材料完全可以电子信息形式存储于容量为海量的云盘或其他存储介质中。备案不成问题的情况下,产业发达地区,如江苏昆山市,企业登记数量大,人保部门之劳动关系协调机构面临着巨大的工作量。参见:沈建峰.论用人单位劳动规章的制定模式与效力控制——基于对德国、日本和我国台湾地区的比较分析[J].比较法研究,2016(1):25.

参考文献:

- [1]黄越钦.劳动法论[M].台北:三民书局,1994:122.
- [2]杨通轩.工作规则法律性质之探讨[M]//李洙德.劳动法裁判选辑(三).台北:元照出版公司,2000.
- [3]关怀,任扶善,陈文渊.劳动法学[M].北京:群众出版社,1993:319.
- [4]王全兴.劳动法学[M].北京:高等教育出版社,2004.
- [5]黄越钦.从劳工法探讨企业管理规章之性质[J].政法评论,1978(17).
- [6]高圣平.用人单位劳动规章制度的性质辨析——兼评《劳动合同法(草案)》的相关条款[J].法学,2006(10):154.
- [7]黄越钦.劳动法新论[M].北京:中国政法大学出版社,2003.
- [8]郑尚元,王艺非.用人单位劳动规章制度形成理性及法制重构[J].现代法学,2013(6):73.
- [9]秋田成就.労働契約の法理論[M].東京:総合労働研究所,1993:125.
- [10]郑尚元.劳动合同法的制度与理念[M].北京:中国政法大学出版社,2008.
- [11]台湾劳动法学会.劳动基准法释义——施行二十年之回顾与展望[M].台北:新学林出版股份有限公司,2009.

- [12]黄程贯.劳动法[M].台北:空中大学出版社,2001.
- [13]丁建安.劳动规章诉讼模式之反思与重构[J].法商研究,2016(2):123.
- [14]史尚宽.劳动法原论[M].台北:正大印书馆,1978:383.
- [15]荒木尚志.劳働法[M].東京:有斐閣,2009.
- [16]王全兴.劳动法[M].北京:人民法院出版社,2005:239.
- [17]刘志鹏.劳动法理论与判决研究[M].台北:元照出版公司,2002.
- [18]王能君.工作规则不利益变更之法律效力[M]//台湾劳动法学会.劳动法裁判选辑(四).台北:新学林出版股份有限公司,2006.
- [19]郑尚元.论劳动争议诉讼程序之完善——兼评最高人民法院法释[2001]14号[J].南京大学法律评论,2003(1):139.
- [20]刘士豪.工作规则与团体协约相异之效力[M]//台北大学法律学院劳动法研究中心.个别劳动法精选判决评释.台北:元照出版公司,2018:29.
- [21]沈建峰.论用人单位劳动规章的制定模式与效力控制——基于对德国、日本和我国台湾地区的比较分析[J].比较法研究,2016(1):17.
- [22]郭玲惠.劳动契约法论[M].台北:三民书局,2011:11.
- [23]李洙德.定型化劳动契约法制之研究[D].台北:“中国文化大学”,2001:245.

The Improvement of Employment Rules and Regulations of Employers and Realization of Rule of Law in Labor Management

Zheng Shangyuan

Abstract: Employment rules, known as "labor regulations and rules of the employer", are "internal rules" formulated by the employer in accordance with legal procedures for employing a certain number of people. Although the nature of such rules varies among various scholarly viewpoints, their normativity has been accepted in both theoretical and practical circles. In other words, employment rules have corresponding constraints on both employees and employers. The completeness of employment rules, which can also be regarded as a measure of harmonious labor relations, is related to the effective implementation of labor laws. Whilst article 4 of the Labor Contract Law stipulates the "Labor Regulations and Rules of the Employer", a single article cannot cover all the contents of this system. As the current academic and judicial practice in China is still in the early stage of understanding the name, nature, and effectiveness of the employment rules system, employees are frequently influenced by "violations of employer rules and regulations". In addition, as the boundaries of such rules are unclear, implementing the employment rules and regulations of employers often serves as excuses and pretexts for employers. Therefore, improving the employment rules and regulations and shaping its legal principles are the key to having organized labor and avoiding arbitrary employer management, as well as providing an important indicator for creating harmonious labor relations.

Key words: employment rules; rules and regulations of labor; rule of law; employer