

劳动规章性质三分说： 以比例原则为检验标准

阎天*

目次

导论：劳动规章的性质之争及困惑	(二) 对三分说的检验
一、化解实然之争：三分说之形成	(三) 三分说与其他学说的比较
(一) 单方行为：解释劳动规章的公示规则	三、探索改革之道：三分说之发展
(二) 个别契约：解释违章和劳动规章违法的规则	(一) 劳动规章待遇优于劳动合同时的适用
(三) 集体契约：解释集体程序规则	(二) 劳动规章规定违纪罚款等内容的评价
(四) 三分说与其他学说的比较	(三) 劳动规章变更的控制
二、化解应然之争：三分说之检验	结论：展望劳动规章性质之争的未来
(一) 作为检验标准的比例原则	

摘要 我国劳动规章的性质分为三种情形：不直接涉及劳动者切身利益的劳动规章，其性质为无相对人的单方行为；直接涉及劳动者切身利益的规章，在公有制企业为集体契约，在其他用人单位则为个别契约。三分说比契约说、法则说更能够解释现行法和劳动关系实践。在应然层面，评价学说高下的标准是比例原则中的必要性原则，即：是否以对用人自主权限制最小的方式来实现保障劳动权的政策目标。三分说的规制手段更丰富、更灵活，能够结成谱系，因而更容易实现比例原则的要求。根据三分说评价和改良我国法律，关键是要理顺各个规制手段之间的关系，从而更充分地实现比例原则的要求。

关键词 劳动规章 用人自主权 比例原则 必要性原则

导论：劳动规章的性质之争及困惑

市场经济条件下，劳动关系原则上由劳资双方自治，法律调控多采取干预劳动合同和劳动规

* 北京大学法学院助理教授、法学博士(J.S.D.)。本文是北京市社会科学基金项目“供给侧结构性改革中的劳动法问题研究”(编号：16FXC024)的成果。作者感谢文章编辑和匿名审稿人提出的宝贵意见。

章的方式。劳动关系具有继续性特征,其内容伴随关系延续而不断创生,缔约各方事前无法充分预见并约定周备;劳动关系具有从属性特征,用人单位依据生产经营需要把控劳动关系的发展方向,不能、也无须事事与劳动者商议并达成一致;职场中的劳动关系数量巨大,如果秩序建构完全依靠用人单位与每个劳动者分别缔约,则效率低下、成本高企。由是,劳动规章对于劳动关系的重要地位显露无余。^{〔1〕} 劳动规章反映了用人单位的用人自主权,影响到职场内相当数量、甚至全部劳动者的利益,法律对其多加调控也就在情理之中。从《劳动法》^{〔2〕}到《劳动合同法》,^{〔3〕}辅以司法解释^{〔4〕}和行政解释,^{〔5〕}我国法律对于劳动规章的调控规则已经初具规模。

然而,劳动规章究竟具有何种法律性质,学界众说纷纭,未有定论。虽然有“四派十三家”之说,但是学者观点大致可归总为两派三论:一派认为,劳动规章应定性为法则,其对劳动者的拘束力与劳动者的意思无关——此即“法则说”;另一派则认为,劳动规章应定性为契约,其对劳动者的拘束力以劳资合意为必要条件。后一派又可分为两种论点:一种论点认为,劳动规章为集体劳动合同的组成部分,劳动者的意思表现为集体意思,由工会、职代会等做出——此即“集体契约说”;另一种论点则认为,劳动规章为个别劳动合同的组成部分,劳动者的意思表现为个人意思,由个人直接做出——此即“个别契约说”。^{〔6〕}各观点之间的争论在实然和应然两

〔1〕 用人单位以员工手册等形式制定劳动规章,其目的一般可归为四个方面:第一,促进人事政策执行的划一。决策层以员工手册统一管理对于人事政策的理解,并警示员工无制度空子可钻,需循规蹈矩方可免受惩戒。第二,将员工的某些利益制度化,帮助员工建立获得公平对待的稳定预期,提升员工忠诚度,压制员工结社维权动机。第三,履行法定义务。例如某些告知义务(参见《劳动合同法》第4条),建立性骚扰内部申诉机制的义务(参见《女职工劳动保护特别规定》第11条)。按章办事也可减少员工提起就业歧视申诉和诉讼的风险(参见《就业促进法》第62条)。第四,向员工传达公司运营中需要员工知悉的信息。例如薪资的计算方法。参见 Steven L. Willborn, Stewart J. Schwab, John F. Burton, Jr. & Gilliam L.L. Lester, *Employment Law: Cases and Materials* (4th ed.) (Newark: LexisNexis, 2006), p.110; Jeffrey M. Hirsch, Paul M. Secunda & Richard A. Bales, *Understanding Employment Law* (2nd ed.) (Newark: LexisNexis, 2013), pp.40-41. 又,国内学界探讨劳动规章定性问题,对我国台湾地区、德国、法国等大陆法系国家和地区经验已有较多借鉴,而对英美法参考甚少。本文为作补充,比较研究多以美国为参照。

〔2〕 主要见于《劳动法》第4条、第25条、第52条、第56条、第68条、第89条和第93条。

〔3〕 主要见于《劳动合同法》第4条、第32条、第38条、第39条、第74条、第80条和第88条。

〔4〕 主要见于《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》(2001年,以下简称《司法解释一》)第19条、《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》(2006年,以下简称《司法解释二》)第16条。《劳动合同法》颁布后,部分地方法院出台的司法指导文件中涉及劳动规章问题。包括:《江苏省高级人民法院、江苏省劳动争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件的指导意见》(2009年,以下简称《江苏意见》)第18条、第19条,《北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要》(2009年,以下简称《北京纪要》)第36条,《湖南省高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见》(2009年,以下简称《湖南意见》)第17条,《浙江省高级人民法院民一庭关于审理劳动争议案件若干问题的意见》(2009年,以下简称《浙江意见》)第34条、第45条,《广东省高级人民法院、广东省劳动争议仲裁委员会关于适用〈劳动争议调解仲裁法〉、〈劳动合同法〉若干问题的指导意见》(2008年,以下简称《广东意见》)第20条。

〔5〕 我国行政部门对于劳动立法涉及劳动规章问题的解释,以往注意较少。主要有:原劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》(劳部发[1995]309号,以下简称《劳动部意见》)第87条、原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部发[2005]12号)第1条。

〔6〕 各派学说的详细梳理,参见董保华、陈亚:《用人单位规章制度的法律性质及立法模式》,载董保华主编:《劳动合同研究》,中国劳动社会保障出版社2005年版,第161~171页;郑尚元:《劳动合同法的制度与理念》,中国政法大学出版社2008年版,第343~346页;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》,载《比较法研究》2016年第1期;朱军:《论我国劳动规章制度的法律性质——“性质二分说”的提出与证成》,载《清华法学》2017年第3期。

个层面展开。^{〔7〕} 实然层面争论的主要问题是：哪种学说与我国法律、与我国劳动关系实践的吻合度最高、解释力最强？应然层面的主要争论在于：哪种学说更有利于协调劳动者的劳动权与用人单位的用人自主权？实然与应然层面的争论合一，指向对现行法的评价问题：是否需要改善对于劳动规章的法律规制，以及如何改善。

劳动规章的性质之争迁延日久，呈现胶着状态，引发的困惑日增。困惑亦从实然与应然两层展开。实然层面的困惑在于“匹配不周”：无论法则说还是契约说都不能完美解释所有现行法和劳动关系实践中的现象。就现行法而言，学者将各学说分别带入立法和司法解释，发现某些规定可以用多种学说解释，^{〔8〕} 而每种学说都有无力解释的规定，^{〔9〕} 个别规定甚至没有任何学说可以解释。^{〔10〕} 就劳动关系实践而言，各学说均有与客观实际不符之处。^{〔11〕} 而应然层面的困惑在于“标准不明”：无论法则说还是契约说，都缺乏权衡劳动权和用人自主权的依据。其中，契约说以劳动者承诺为劳动规章生效要件，侵夺用人自主权过甚；^{〔12〕} 然而又将劳动者的沉默推定为承诺，“其实际效果必将走向该说初衷的反面”。^{〔13〕} 法则说承认了用人单位对于劳动规章的单方决定权，对劳动者过于不利。^{〔14〕} 总之，契约说和法则说均不能令人满意，都无法提供评价和改良现行法的妥当标准。面对各地法律规范不统一的问题，^{〔15〕} 学术无所适从。劳动规章之争的困惑，一时无解。

为解开上述困惑，本文提出，我国劳动规章的性质并不统一，而是分为三种情形：不直接涉及劳动者切身利益的劳动规章，其性质为无相对人的单方行为；直接涉及劳动者切身利益的规章，在

〔7〕 值得一提的是，论者往往将实然和应然层面的讨论混为一体，难于分辨。

〔8〕 例如，关于用人单位制定规章必须公示方可生效的规定（《劳动合同法》第4条、《司法解释一》第19条），依法则说，化用自《立法法》上对于法律公布的要求（第23条、第41条），可解；依个别契约说，化用自《合同法》上关于要约必须到达受约人方可生效的规定（第44条），亦可解。

〔9〕 例如，法则说很难解释：当劳动规章所规定的待遇低于劳动合同时，为何应适用劳动合同（《司法解释二》第16条。或说：私人有何有权以合意变通法则的强制性规定）。集体契约说很难解释：如果劳动规章体现了劳动者明示的集体意思，那么当劳动规章违法时，法律为什么只警告用人单位一方并责令其改正（《劳动法》第89条、《劳动合同法》第80条），却不警告同样负有过错的工会或职代会一方。而个别契约说很难解释：某些法律为何将劳动规章符合民主程序作为在审判中适用的条件（《司法解释一》第19条）。

〔10〕 例如，《劳动合同法》第4条仅规定“直接涉及劳动者切身利益”的规章制度必须公示或告知劳动者。质言之，劳动规章如果并不直接涉及劳动者切身利益，则无须公示或告知劳动者即可生效。依法则说，劳动规章必须履行与立法类似的公布程序，则该条无解。依个别契约说，劳动规章是用人单位发出的要约，只有到达劳动者方可生效，则该条亦无解。而如果劳动规章并不直接涉及劳动者切身利益，依《劳动合同法》第4条，集体协商程序根本不适用，则集体契约说对该条亦无解。

〔11〕 学者主要批评法律推定、法律拟制过多的问题。例如，契约说“将劳动者的被迫沉默拟制为‘默示同意’‘录取时的概括同意’，或‘概括性授权’，无异于是对劳动者意愿的一种讽刺”。丁建安：《企业劳动规章制度研究》，中国政法大学出版社2014年版，第33页。又如，法则说“无法解释用人单位之单方立法权的法源何在”。前注〔6〕，董保华、陈亚文，第166页。不过，推定和拟制的合理限度何在、评价标准如何，尚无分析。

〔12〕 这集中表现在对于《劳动合同法》一审稿规定的、劳动规章“劳资共决”制的批评。参见全国人大常委会法制工作委员会行政法室编：《劳动合同法（草案）参考》，中国民主法制出版社2006年版，第43、64、75页。相关规定于二审稿删去。《劳动合同法》第一、二、三、四次审议稿，收入常凯主编：《劳动合同法理论难点解析》，中国劳动社会保障出版社2008年版，第301~352页。为节约篇幅，嗣后引用时恕不出注。

〔13〕 前注〔11〕，丁建安书，第33页。

〔14〕 前注〔6〕，郑尚元书，第344~345页。

〔15〕 例如，关于劳动规章是否适宜规定违纪罚款的问题，2005年施行的《广东省工资支付条例》允许用人单位以劳动规章形式设定工资扣除事项，经书面告知劳动者后即可生效（第7条）。而2013年修订实施的《广东省劳动保障监察条例》却转而禁止劳动规章规定罚款内容（第51条）。北京、天津、河北等省（市）的地方工资支付规定则仍然允许这种规定。国家层面的《工资支付暂行规定》对各地规范的差异保持沉默。详见本文第三节第2（2）部分。

公有制企业为集体契约，在其他用人单位则为个别契约。这就是劳动规章的“性质三分说”。本文的基本观点有三：^{〔16〕}其一，在实然层面，评价学说高下的标准是对现实的解释力。三分说比契约说、法则说更能够解释现行法和劳动关系实践，故更为可采。其二，在应然层面，评价学说高下的标准是比例原则中的必要性原则，即：是否以对用人自主权限制最小的方式来实现保障劳动权的政策目标。与法则说相比，三分说的规制手段更丰富、更灵活，能够结成谱系，因而更容易实现比例原则的要求，故更为可采。其三，根据三分说评价和改良我国法律，关键是要理顺各个规制手段之间的关系，从而更充分地实现比例原则的要求。总之，三分说是对劳动规章性质之惑的试探性解答。

一、化解实然之争：三分说之形成

（一）单方行为：解释劳动规章的公示规则

本文之所以放弃对劳动规章进行统一定性，转而将劳动规章一分为三、分别定性，首先是出于解释现行法律和劳动关系实践的需要。其中，将不直接涉及劳动者切身利益的劳动规章，定性为无相对人的单方行为，是和劳动规章的公示规则密不可分的。这一规则经历过多次变化。《劳动法》并没有将对劳动者公示或通知设定为劳动规章生效的要件，也就是说，即使劳动者不知晓劳动规章存在，劳动规章也仍然有效。依个别契约说，用人单位拟定的劳动规章仅为要约，须到达劳动者并获得劳动者明示或默示承诺后方可生效。换言之，要约没有到达劳动者，断不能成立契约，劳动规章也无生效可能。解释的困难使得学说的修正成为必要。依民法原理，意思表示无须到达相对人即可生效的法律行为，只能是无相对人的单方行为。^{〔17〕}

《劳动法》的规定数年后被《司法解释一》所打破。根据《司法解释一》，劳动规章不经公示，就不能作为法院审理案件的依据。^{〔18〕}亦即，作为用人单位的意思表示，劳动规章必须到达相对人方可生效力。新的规则加大了对劳动规章的规制强度。为了与之相匹配，应当将劳动规章理解为劳资之间的个别契约，或者由用人单位做出的、有相对人的单方行为。下文将论证：前者比后者更适宜作为大多数劳动规章的定性。

《劳动合同法》则打破了对劳动规章统一定性的局面，将劳动规章区分为两类：“直接涉及劳动者切身利益”的劳动规章以公示为生效要件，其他劳动规章则不以公示为生效要件。^{〔19〕}这样一

〔16〕 以下观点顺次对应正文第一至三节。

〔17〕 关于无相对人的单方行为，参见王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年版，第208页；刘凯湘：《民法总论》，北京大学出版社2011年第三版，第264~265页。美国公法上与无相对人的单方行为类似的制度是所谓“行政禁反言”(administrative estoppel)：行政机关的指令一经发布，相对人即获得该指令将存续的正当期待，行政机关不得任意更改或撤销指令。参见王锡梓：《行政法上的正当期待保护原则述论》，载《东方法学》2009年第1期。学者指出，劳动规章类似行政机关出台的准入规则：劳动者有理由相信用人单位不会任意抬高或降低职场门槛。《雇佣法重述》曾试图引入行政禁反言制度来约束劳动规章，但因缺乏司法经验支撑而作罢。可见，法则说理论上可以提供的规制工具未必比契约说要少，其缺陷在于许多工具没有法律实践的依据。Kenneth G. Dau-Schmidt, Robert N. Covington & Matthew W. Finkin, *Legal Protection for the Individual Employee* (4th ed., New York: West, 2011), pp.122-123; Samuel Estreicher & Gillian Lester, *Employment Law* (New York: Foundation Press, 2008), pp.49-50.

〔18〕 《司法解释一》第19条。

〔19〕 《劳动合同法》第4条。至于判断“直接涉及劳动者切身利益”的标准，法律并未明言。为了防止用人单位滥用该标准、挤压集体程序的适用空间，有论者认为，应当将“直接涉及劳动者切身利益”标准虚化，将第4条解释为要求所有劳动规章一律须经过集体程序。郭军：《关于对〈劳动合同法〉第四条规定的理解与建议》，载《劳动与社会保障》2008年第1期；王全兴：《劳动合同法条文精解》，中国法制出版社2007年版，第34页。不过，上述观点与法律条文的字面意义不合，且起草者明确坚持这一区分标准。黄海华、蔡人俊：《劳动合同法疑难问题解读——立法过程中一些主要问题的介绍和思考》，中国法制出版社2014年版，第35页。

来,“直接涉及劳动者切身利益”的劳动规章仍然是个别契约,而不“直接涉及劳动者切身利益”的劳动规章则恢复为无相对人的单方行为。这与《司法解释一》显然不一致。司法对立法的解释不能违背立法本义,何况《劳动合同法》制定在后。是故,对于不“直接涉及劳动者切身利益”的劳动规章,法院应该采纳为审理案件的依据。虽然此类劳动规章并不在劳动监察的管辖范围之内,^[20]但劳动者认为劳动规章违法时,仍可提起诉讼,依据《民法通则》关于民事法律行为的一般规定,主张劳动规章无效,要求用人单位承担赔偿责任。^[21]

(二) 个别契约: 解释违章和劳动规章违法的规则

围绕用人单位违章、劳动者违章、劳动规章违法这三个问题,《劳动法》和《劳动合同法》均创设了规则。如何解释这些规则,乃是学界的重大争议所在。这些规则涉及的劳动规章都与劳动者切身利益直接相关,依性质三分说,除公有制企业的规章外,原则上应当定性为个别契约。具体而言,是依劳动者默示承诺而成立的个别契约。下文的分析表明: 个别契约的定性对于这些规则均有较为完满的解释力。

1. 用人单位违章问题的规则变迁。——该问题主要涉及劳动安全规章。对于用人单位违章指挥、强令冒险作业的,《劳动法》为劳动者设定了拒绝执行权。^[22] 拒绝权在本质上是要求用人单位履行其在劳动规章中所做的承诺,即:“劳动者服从指挥与用人单位遵守劳动安全规章互为条件。”^[23]《劳动合同法》改采依默示承诺成立的个别契约说,由此带来三方面变化: 第一,新法将拒绝权重新定性为同时履行抗辩权: 劳动者在用人单位没有履行遵守安全生产规章的义务时,有权拒绝给付劳动。

第二,新法引入《合同法》上的根本违约制度,加强了对劳动者的保护。一是将违章指挥、强令冒险作业认定为根本违约,赋予劳动者解除劳动合同的权利和获得损害赔偿的权利。^[24] 二是突破了《合同法》上单方解约必须通知对方的要求,^[25] 将劳动者不再接受指挥的行为拟制为通知,使

[20] 《劳动合同法》第74条。之前,依《劳动法》第89条,一切劳动规章均受劳动监察管辖。

[21] 《民法通则》第58条、第61条。劳动者亦可根据《民法通则》第59条,主张劳动规章的内容显失公平,要求法院启动合理性审查。

[22] 《劳动法》第56条。另见《安全生产法》第46条。

[23] 类似规定见于悬赏广告制度: 悬赏人以公开方式声明对完成一定行为(例如寻得遗失物)的人支付报酬,若到时拒绝支付,则行为的完成人有权拒绝交付行为的效果(例如拒绝交还遗失物)。在美国,悬赏广告曾是极少数典型的单诺契约之一,而劳动规章则是单诺契约理论复兴的重要标志。参见 K. N. Llewellyn, “Our Case-Law of Contract: Offer and Acceptance, II.”, 48 Yale L. J. 779, 806 (1939).

[24] 《合同法》第94条对应《劳动合同法》第38条,《合同法》第97条对应《劳动合同法》第88条。论者或认为: 遵守劳动安全规章仅为用人单位的从义务,不能与劳动者的劳动给付义务(主义务)形成对价。故用人单位违章时,劳动者并不享有同时履行抗辩权(拒绝权);且因为违反从义务并不构成根本违约,劳动者亦无解约权。为了达到赋予劳动者拒绝权的目的,学者主张: 法律将用人单位的违章行为,拟制成劳动者依约提出给付、雇主未履行协助义务而陷于受领迟延,从而使得劳动者享有拒绝权。见潘峰:《论劳动者的劳务给付拒绝权》,载《社会法评论》第5卷,第140~143页。但是这一学说仍无法解释《劳动合同法》上的根本违约规则。其实,学理及外国法上承认: 如果违反从义务会影响合同目的的达成,则可以适用同时履行抗辩权;而如果违反从义务导致合同目的无法达成,则可以构成根本违约,发生解除权等。韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年第三版,第244、305~306页。我国《合同法》上关于违约责任的规定并未区分违反主义务和从义务,故引入学理看法并无障碍。当然,劳动合同的目的何在,缔约双方见解定有不同。法律为此可将劳动者身心健康之维持拟制为劳动合同的主要目的之一。另外,《劳动合同法》允许用人单位以劳动者严重违反劳动安全规章为由解除劳动合同(第39条),可以理解为将遵守劳动安全规章定为劳动者的主义务,一旦违反将构成根本违约。内容相同的义务,对于劳动者是主义务,对于用人单位却只是从义务,逻辑是否通顺,值得商榷。

[25] 《合同法》第96条。

其获得了即时解约权。用人单位强令冒险作业，往往令劳动者的人身安全处于紧迫的危险状态；以法律拟制减轻劳动者的通知义务，有助于劳动者尽快从岗位脱身、离开威胁，并不违背比例原则。三是对于劳动者行使解约权的情形，将劳动合同解除的原因归诸用人单位，规定用人单位向劳动者支付补偿金。^{〔26〕}

第三，新法也有弱化对劳动者保护之处。根据《劳动法》，由于用人单位颁布劳动规章的意思表示并没有相对人，因此劳动者拒绝执行冒险作业的命令时，无需知晓用人单位违章。相反，如果将劳动安全规章理解为个别契约，由于契约成立以要约到达相对人为要件，则劳动者行使拒绝权时，必须知晓用人单位违章这一事实。^{〔27〕} 实践中，许多劳动者事前对劳动安全规章一无所知或知之甚少，仅为自保而拒绝冒险作业。根据个别契约说，这样的劳动者不能行使解约权，也不能获得赔偿金和补偿金。劳动者不了解规章的原因大多在于用人单位宣传不力，由此产生的后果若由劳动者承担则有失公平。^{〔28〕} 为此，劳动仲裁和司法上均拟制劳动者事前知晓劳动安全规章。^{〔29〕}

2. 劳动者违章问题的规则变迁。——该问题主要涉及劳动纪律规章。对于劳动者严重违反劳动规章的，《劳动法》为用人单位设定了解约权。^{〔30〕} 然而，由于《劳动法》并不要求劳动规章必须公示，这就使得劳动者可能在并不知晓劳动规章的情况下被认定为违章并解除劳动合同，劳动规章俨然成为用人单位的“秘密武器”。并且，由于单方行为的生效并未给相对人留出协商空间，学理上对于以单方行为给他人设定义务历来持严格限制的态度。^{〔31〕} 允许用人单位不经协商而出台决定劳动者工作机会能否存续的劳动规章，已然失之不公；若再允许平日将劳动规章秘不示人，直到欲解除劳动合同时方引为说辞，则更与保护劳动者合法权益的政策目标相悖。故此，在《劳动合

〔26〕 《劳动合同法》第46条。补偿金并不具有违约赔偿的性质，而是企业分担保障失业劳动者生活的社会责任的方式。参见全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会编：《中华人民共和国劳动合同法释义》，法律出版社2013年版，第174页。因此，补偿金与违约损害赔偿并不存在竞合关系，可以同时主张。

〔27〕 此种差别亦类似悬赏广告性质单方行为说与契约说的差别。参见葛云松：《李珉诉朱晋华、李绍华悬赏广告酬金纠纷案评析》，载《北大法律评论》1998年第1辑，第254~255页。

〔28〕 考虑到用人单位负有“对劳动者进行劳动安全卫生教育”的义务（《劳动法》第52条），则这种不公平尤甚。

〔29〕 规章内容的举证责任并不在于劳动者，而在用人单位（《劳动争议调解仲裁法》第6条）。美国法亦有对劳动者明知规章内容的推定或拟制。19世纪末，这种推定是为了帮助雇主减轻雇员遭受工伤时的赔偿责任。判例法上认为：雇主只要把安全生产手册发给了雇员，就不仅成立了要约，而且成立了推定的附和（inference of assent）；一旦雇员违反手册而使自身受损害，就构成了受害人过错（contributory negligence），雇主可以减轻责任，即便雇员宣称自己不知道手册内容。Kenneth G. Dau-Schmidt et al., *supra* note [17], at 121. 到了20世纪80年代，这种推定则是为了让雇主在手册中的允诺获得契约的强制执行效力。建立劳动规章单诺契约说的里程碑判例——伍利诉罗氏案中，雇主企业辩称：某些员工可能根本没读或者没读懂员工手册，因此不能对手册成立要约产生正当期待，手册不构成要约。而法院认为，只要手册被散发，就拟制为员工读过且读懂了，成立正当期待，手册构成要约。*Woolley v. Hoffman La Roche*, 491 A.2d 1257, 1266 (N.J. 1985). 还有的法院不采单诺契约说，而运用允诺禁反言（promissory estoppel）的理论：只要雇主在手册中做出允诺，使得员工对允诺的执行产生了信赖，雇主就必须落实，不得反悔。然而，根据契约法学说，构成允诺禁反言的员工信赖不能是群体的、概括的信赖，而必须是个人的、特定的信赖。如此一来，如果没有读过手册，显然不成立信赖，无法约束雇主。为此，法院为学说设定例外，雇员只需对雇佣手册产生群体的、概括的信赖即可成立允诺禁反言。Kenneth G. Dau-Schmidt et al., *supra* note [17], at 120-121. 单诺契约类似我国的依默示承诺而成立的合同，允诺禁反言则类似我国的单方行为。三分说规制手段之丰富、政策弹性之大，可见一斑。正如 *Woolley* 案的判决书所设问的：“公司将人事政策手册分发给相当数量的雇员，该行为的法律效果是否应该完全严格地取决于传统契约理论？如是分析对于职场现实是否充分？”*Woolley*, *supra* cited, at 1260.

〔30〕 《劳动法》第25条。

〔31〕 前注〔17〕，刘凯湘书，第264页。

同法》为劳动规章设定公示要求之后,应当将劳动纪律规章理解为依默示承诺成立的个别契约;用人单位以严重违章为由的解约权,应定性为根本违约时的合同解除权。^[32]

劳动纪律规章对于劳动者能否继续工作、维持生计意义重大。《劳动法》为此引入强制缔约制度,^[33]约束用人单位制定劳动纪律规章的权利。用人单位享有经营管理权,劳动者不服管理的行为或结果都可以成为用人单位施加惩戒的事由。但是,如果用人单位想要据此解除劳动合同,则不服管理的行为或结果必须事先写入劳动规章。换言之,对于违纪解约的条件,《劳动法》给用人单位设定了强制要约义务。^[34]具体地,用人单位根据不服管理的行为解约,该行为必须达到“严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度”的程度;^[35]根据不服管理的后果解约,该后果必须达到依据劳动规章构成“对用人单位利益造成重大损害”的程度。^[36]《劳动合同法》则尝试巩固劳动纪律规章的强制缔约制度。这主要反映为:不再允许用人单位根据纯粹的“劳动纪律”解除劳动合同,强调单方解除应当以劳动者违反“用人单位规章制度”为前提。^[37]如此一来,用人单位不得再援引《企业职工奖惩条例》等劳动纪律规定作为解约依据。此外,关于“严重”的标准,《劳动合同法》一、二审稿也曾试图将其归入强制缔约的范畴,^[38]但随后取消。新法出台后,何种违章达到“严重”程度、司法机关是否应审查对于“严重”的判断、审查标准如何,遂成为聚讼不休的难题。^[39]

3. 劳动规章违法问题的规则变迁。——对于劳动规章违反法律、给劳动者造成损害的,《劳动法》为劳动者设定了损害赔偿请求权。^[40]依《民法通则》,法律行为违反法律的无效,有过错的一

[32] 《合同法》第94条。

[33] 由于《劳动法》并不以公示为劳动规章生效要件,故劳动规章并不是契约,以“强制缔约”来解释有附会之嫌,而法则说下的“法律保留”制度则较有解释力。《劳动合同法》则为直接涉及劳动者切身利益的规章设定了公示义务,将其抬升为契约。劳动纪律规章内容重大,显然处在契约的范围之内。由此具备了适用强制缔约理论的依据。

[34] 强制缔约,依强制义务所处阶段不同,分为强制要约和强制承诺。参见崔建远:《合同法总论(中卷)》,中国人民大学出版社2012年版,第159~160页。

[35] 《劳动法》第25条第2款。

[36] 《劳动法》第25条第3款,《劳动部意见》第87条。

[37] 《劳动合同法》第39条第2款。

[38] 《劳动合同法》一审稿第31条第2款:“劳动者有下列情形之一的,用人单位可以解除劳动合同:……(二)严重违反用人单位的规章制度,按照用人单位的规章制度应当解除劳动合同的;……”

[39] 有法官认为:判断违章是否“严重”,应以劳动规章本身为标准。即便劳动规章的内容不合理,将依社会一般判断并不严重的违纪定性为严重违章,法院也不宜审查劳动规章的合理性,而应直接依规章认定劳动者符合单方解约所要求的、严重违章的条件。刘海东、刘亚男(北京市第二中级人民法院):《用人单位以违反规章制度为由与劳动者解除劳动合同的若干问题——邹某诉北京某面包公司违法解除劳动合同赔偿金案》,载朱江主编:《北京市第二中级人民法院经典案例分类精解·劳动争议卷》,法律出版社2013年版,第168页。但是,许多地方司法指导性文件已经引入了对劳动规章内容的合理性审查。参见本文一(三)部分。有的法官更认为:如果违章按照通常观点并未达到严重程度,就不应支持用人单位解除劳动合同的决定。谭玲主编:《劳动争议审判前沿问题研究》,中国民主法制出版社2013年版,第249页。违章行为是否达到可以解约程度的判断,类同于美国法上违纪行为是否达到解雇的“正当事由”(just-cause)的判断。美国司法上对此争议极大。例如,法院应审查的究竟是违纪行为,还是雇主认定违纪行为的过程?相应地,应受保护的雇员利益究竟在于继续工作,还是不被不当解雇?有法院担心,如果司法介入雇主对违纪行为的认定,可能会使得雇主决策过度受制于司法裁判的风险。还有法院认为,雇主作为制定工作纪律(通常载于员工手册)的一方,并无意让渡违纪行为的认定权。参见 Kenneth G. Dau-Schmidt et al., *supra* note [17], at 185-187.

[40] 《劳动法》第89条。

方应当赔偿对方因此所受的损失。^{〔41〕}《劳动法》推定劳动规章违法的过错在用人单位一方，将合法性注意义务加诸用人单位，明显是考虑到劳动规章由用人单位单方制定的现实。《劳动合同法》虽然要求劳动规章必须公示，但是由于劳动规章仍由用人单位主导制定，劳动者至多发挥附和的作用，所以注意义务的分配并未改变。^{〔42〕}

虽然违法的劳动规章自始无效，但是劳动者要主张损害赔偿，还需经过确认无效、厘定损失的法律程序，并不能即时获得救济。况且，损害赔偿仅为事后救济，对劳动者而言不如事前阻止损害发生有利。是故，《劳动合同法》将劳动规章视为依默示承诺而缔结的个别契约，允许劳动者以明示拒绝要约来阻止劳动规章发生合同效力。从表面上看，法律只规定了一种拒绝的方式：单方解除劳动合同。^{〔43〕}而事实上，劳动者也可以直接以言词向用人单位表示不执行劳动规章的意思。如果采用第一种方式，劳动者需要提起劳动仲裁，确认劳动规章违法无效，从而获得法定经济补偿金；^{〔44〕}而如果采用第二种方式，用人单位很可能以劳动者严重违反劳动规章为由解除劳动合同，劳动者可随即提起劳动仲裁，主张用人单位的解约行为违法，要求复职，如不复职则可获得相当于经济补偿金两倍的赔偿金。^{〔45〕}两相比较，第二种方式下劳动者的讼累并不增加，而所获救济形式更多、金额更大。可见，《劳动合同法》特别规定以解除劳动合同拒绝承诺的方式，本意当然在于加强对劳动者的保护，但因为存在保护效果更强的方式而意义大减。第一种方式的唯一优势在于：假如劳动者以言词拒绝执行违法的劳动规章，用人单位却并不解除劳动合同，而是做出其他纪律处分决定，则劳动者无法获得法律救济。因此，如果劳动者预计用人单位不会解约，那么合理的对策便是主动解约，确保获得经济补偿金。

除用人单位违章、劳动者违章和劳动规章违法以外，个别契约的定性还能够解释涉及所谓劳动者“选择权”的现行法律。“选择权”一说源自《司法解释二》第16条：“用人单位制定的内部规章制度与集体合同或者劳动合同约定的内容不一致，劳动者请求优先适用合同约定的，人民法院应予支持。”理解该条需考诸释法者原意。一方面，所谓“劳动者请求”的要件其实是虚化的。按解释者的说法，法院为保护劳动者计，如果劳动者未请求，会主动告知其权利；而劳动者断无不心领神会、做出请求的道理。另一方面，所谓“不一致”仅指劳动规章中为劳动者设定的待遇劣于合同规定而言，并不包括相反的情况。^{〔46〕}因此，本条应理解为：劳动规章中为劳动者设定的待遇劣于合同规定的，应适用合同的规定。如果将劳动规章理解为依劳动者默示承诺而成立的个别契约，则不难解释此条规定：就劳动规章与个别劳动合同的关系而言，因为劳动规章系以附和方式制定，则格式条款依法不得对抗特约条款；^{〔47〕}就劳动规章与集体合同的关系而言，因为劳动规章系个别劳动合同的组成部分，则个别劳动合同中规定的待遇依法不得低于集体合同。^{〔48〕}

〔41〕 《民法通则》第58条、第61条。

〔42〕 《劳动合同法》第26条、第80条、第86条，对应《合同法》第52条、第58条。

〔43〕 《劳动合同法》第38条。

〔44〕 《劳动合同法》第46条。

〔45〕 《劳动合同法》第48条。因用人单位违法解约而发生的赔偿金与补偿金不得同时主张，见《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第25条。

〔46〕 最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院劳动争议司法解释的理解与适用》，人民法院出版社2006年版，第193、315、316页。

〔47〕 《合同法》第41条。

〔48〕 《劳动法》第35条、《劳动合同法》第55条。

（三）集体契约：解释集体程序规则

个别契约的定性并不适用于所有劳动规章。例外之一前已述及：对于不直接涉及劳动者切身利益的规章，应当定性为用人单位无相对人的单方行为。另一个例外则是公有企业的规章，应当定性为集体契约。事实上，在解释关于劳动规章的现行法律时，所遇到的最大挑战，就在于劳动规章制定过程中集体程序的定性。

《劳动合同法》起草者宣称：“劳动合同法实际上遵循的是集体合同说。”^[49]如果属实，则三分说与立法意图无法调和。但是，即便起草者确实以集体契约说为立法指导，立法的实际内容却未必可以完全用集体契约说来解释。关于劳动规章的法律制度采用集体契约说，有两个标志：一是劳动者一方的集体代表在劳动规章制定过程中享有否决权，二是劳动规章的制定不履行集体程序时，将造成效力瑕疵。否决权源自《合同法》上受约人拒绝承诺的权利，而效力瑕疵后果源自《合同法》上意思表示缺失（合同不成立）或不真实（合同可撤销）的法律效果。^[50]如果两个标志不齐全，集体契约说即无法解释法律现象。

自劳动体制改革于20世纪80年代启动以来，我国法律对于劳动规章制定过程中的集体程序，一直采取双轨制加以规定。起初，对于公有制企业，法律法规明确赋予职工代表大会否决劳动规章方案的权利。^[51]而对于非公有制企业，有关规定则仅授权工会代表列席用人单位制定规章的会议。虽然企业“应当听取工会的意见，取得工会的合作”，但是法律并未规定“听而不取”会带来劳动规章的效力瑕疵。^[52]1993年出台的《公司法》采取“就低不就高”的思路，仅规定公司在制定重要劳动规章时应听取工会意见。^[53]这与1988年的《全民所有制工业企业法》不一致。但是，全国人大常委会并未就如何适用两部法律做出裁决。^[54]随后颁布的《劳动法》也对集体程序不着一词。

直到《司法解释一》于2001年问世，集体契约说的两个基本标志——否决权与效力瑕疵——才获得了全面规定。^[55]《司法解释一》延续了集体程序问题的双轨制。对于公有制企业，履行“民主程序”是法院将劳动规章采纳为审理依据的必要条件；而对于非公有制企业，“民主程序”的要求则被虚化，法院转而以内容合法性审查为控制用人自主权的主要手段。^[56]可见，《司法解释一》对于公有制企业采取了集体契约说，对于非公有制企业则否定了集体契约说。

[49] 前注[19]，黄海华、蔡人俊书，第35页。两位作者认为，之所以采取集体契约说，是因为“准法则说和合同附款说都过于偏向用人单位一方，不利于劳资关系的平衡”（同上）。这种观点反映出两个问题：第一，立法者并未将各学说理解为不同的规制手段体系。各学说都包容多种规制手段，规制强度的弹性都较大，并不必然偏向劳资当中一方（参见后注[79]）。第二，立法者并未采用比例原则作为评价各学说的视角。学说的优劣并不在于更偏向劳资当中的哪一方，而在于能否以对用人自主权限制最小的方式来实现对劳动权的保护。

[50] 《合同法》第25条、第54条。

[51] 《全民所有制工业企业法》（1988）第52条、《城镇集体所有制企业条例》（1991）第28条。但是，1990年制定的《乡村集体所有制企业条例》并无类似规定。

[52] 《外资企业法实施细则》（1990）第66条。

[53] 《公司法》第56条，现行《公司法》第18条。

[54] 《立法法》第85条第1款：“法律之间对同一事项的新的—般规定与旧的特别规定不一致，不能确定如何适用时，由全国人民代表大会常务委员会裁决。”

[55] 《司法解释一》第19条。

[56] 起草者明确指出：“虽然私营企业是一个人说了算，在程序上欠缺，但这只是形式上的瑕疵，关键看其制定的规章制度是否符合法律、法规的内容，同时也要看其是否符合其他条件。”前注[46]，最高人民法院民事审判第一庭书，第160页。

《劳动合同法》立法过程中，曾试图打破双轨制，将劳资“共决”作为所有企业制定规章的法定程序。如果用人单位不履行“共决”程序，法律就将劳方提出的劳动规章方案拟制为双方合意，赋予集体契约的效力。^[57]立法者的尝试旋即受挫。最终出台的法律一方面维持了关于公有制企业的先前规定，^[58]另一方面将“共决”程序弱化为协商程序，^[59]对不履行协商程序的法律后果则保持沉默。如果集体契约说真如起草者所言被贯彻始终，那么就必須将协商拟制为“共决”，将不履行协商程序的法律后果等同于不履行“共决”程序。然而，如此拟制却与《劳动合同法》上多项规定不合。比如，由于协商的存在，劳动规章不再符合《合同法》对格式条款的定义。如此一来，集体合同规定的待遇优于劳动规章时，劳动者无法依格式条款的法理而主张采用集体合同规定。这与《司法解释一》的规定相悖。又如，因为劳动规章被拟制为劳资共同制定，则制定后的公示义务不应由用人单位一方承担，而应由双方共担。这与《劳动合同法》的规定相悖。^[60]再如，由于双方的意思都反映在劳动规章当中，如果劳动规章内容违法，则双方都应承担责任，而不宜由用人单位独自承担。这也与《劳动合同法》的规定不符。可见，《劳动合同法》并未始终贯彻集体契约说。

既然集体契约说的解释力不足，地方司法机关就改采其他学说来解释《劳动合同法》关于集体程序的规定。一些省的高级人民法院和劳动仲裁委员会提出：劳动规章即便在制定时并未履行集体程序，只要进行了公示，且内容无违法或“明显不合理”之处，就可以采纳为处理劳动争议的依据。^[61]与《劳动合同法》相比，这种主张事实上取消了集体程序的法律效力，代之以对劳动规章内容的合理性审查。姑且不论法院是否拥有合理性审查的权限，^[62]在排除集体程序的法律效力之后，合理性审查就可以被单方行为和个别契约的定性所包容。《民法通则》和《合同法》上的“显失公平”的判断标准^[63]能够为审查提供依据。

然而，地方司法机关的规定不得抵触《司法解释一》，更不能违背《劳动合同法》。因此，在公有制企业中，劳动规章仍由劳资“共决”，集体程序也仍然是劳动规章发生效力的必要条件，劳动规章应定性为工会与企业之间的集体契约。

[57] 《劳动合同法》一审稿第5条、第51条。

[58] 起草者指出，新法“并不影响国有企业继续按照《全民所有制工业企业职工代表大会条例》的有关规定执行”。前注[26]，全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会书，第16页。

[59] 《劳动合同法》第4条。

[60] 另一种理解是：由于集体合同的生效并不以向劳动者公示为要件（《劳动合同法》第54条），所以劳动者集体与用人单位都没有公示义务。这种理解虽然能够解脱劳动者集体的义务，但也会令用人单位的公示义务失去依据。

[61] 《江苏意见》第18条，《湖南意见》第17条，《浙江意见》第34条，《广东意见》第20条。最高人民法院曾拟将这种观点写入司法解释。见《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）（征求意见稿）》第1条。

[62] 司法实务上对此有不同看法。有法官认为，《劳动法》和《劳动合同法》仅授权法院审查劳动规章的合法性，则合理性审查有越权之嫌。例如屠育（北京市东城区人民法院）：《法院对于劳动者是否严重违反单位劳动纪律应如何进行审查——北京某置业公司与马某劳动争议案》，载北京市劳动和社会保障法学会编：《劳动合同、社会保险与人事争议疑难案例解析》，法律出版社2009年版，第211~214页。还有的法官则赞同合理性审查。例如程学华（江苏省苏州工业园区人民法院）：《以泄露薪资信息为由开除员工构成违法解除劳动合同》，载《人民法院报》2014年6月5日，第7版。最高人民法院则在2014年以公报案例形式肯定了合理性审查。见《张建明诉京隆科技（苏州）公司支付赔偿金纠纷案》，载《最高人民法院公报》2014年第7期，第44页。

[63] 《民法通则》第59条（适用于定性为单方行为的劳动规章），《合同法》第54条（适用于定性为个别契约的劳动规章）。

（四）三分说与其他学说的比较

由以上分析可知,对于我国劳动规章方面的法律制度,三分说基本可做出较为完满的解释。与三分说相比,现有的三种主要学说均有弱点:

——个别契约说无法解释:不涉及劳动者切身利益的劳动规章,为何无须公示即可生效,而不是必须让劳动者知晓方可生效?公有制企业内涉及劳动者切身利益的劳动规章,为何要由工会代表劳动者与企业共同订立,而不是由劳动者个人与企业订立?三分说以个别契约说为基础,又为这两个解释的难题设置了例外,形成一分为三的定性方案,解释力比个别契约说更强;

——与三分说相比,集体契约说虽然在公有制企业“共决”规则的适用上解释力占优,但是无法解释《劳动合同法》根据是否直接涉及劳动者切身利益而对劳动规章所做的划分。至于集体程序方面,集体契约说更与《劳动合同法》上数条规定相抵牾;

——法则说同样无力解释劳动规章被划分为两类的现象。并且,公法制度一般不承认公民对于法令违反上级法或政府违法命令的拒绝权,仅以事后救济保护公民对于法令及执法合法性的正当期待。由是,法则说不能解释劳动者在用人单位违章指挥或劳动规章违法时的解约权。至于公有制企业的“共决”规则,同样非法则说所能涵盖。

总之,通过对现行法律的系统梳理,可以得出劳动规章性质实然层面之争的初步结论:三分说的解释力明显优于个别契约说、集体契约说和法则说。

二、化解应然之争:三分说之检验

（一）作为检验标准的比例原则

评价一个学说的优劣,不仅要看其解释实然现象的能力高下,而且要检验其能否满足应然标准。本文认为,针对劳动规章的定性问题,公法上用来协调公权力与私权利之间关系的比例原则,可资作为判断标准。比例原则是公权干预私权的宪政界限,又是平衡公共目标与私人利益的法律标准。它包含三项要求:其一,公权行使必须以促进公共目标为目的——即“妥当性”原则;其二,在实现公共目标的前提下,公权行使必须选择对于私权侵害最小的手段——即“必要性”原则;其三,不得为公共利益的较小增进而较大地牺牲私益——即“均衡性”原则。^[64] 其中,运用必要性原则进行的审查最为常见。

比例原则是否可以应用于劳动法?近年来,比例原则越出公法范围,在私法、社会法、国际法等领域均有应用。学界对此有不同看法:有的学者持稳健立场,主张将比例原则限制在约束公权力之上;有的学者则持发展立场,主张比例原则不仅适用于公权力与对象之间,而且要扩展到各种力量对比悬殊的场合,用来约束强势一方。^[65] 在劳动法上,如果采取稳健立场,那么,比例原则应当用于规范国家对于劳动力市场的干预;如果采取发展立场,那么,比例原则还应当用于规范居于强势的用人单位的行为。本文所讨论的是法律对于劳动规章的定性,其本质是国家从劳动规章角度对劳动力市场的干预,处在两种立场的交集之中。所以,无论采取哪种立场,将比例原则作为检验劳动规章性质各说的标准,都具有学理的依凭。概言之,劳动法是公权力规制劳资关系的法律依据,而法律定性是规制劳动规章的关键步骤,故应适用比例原则。

在劳动法上,比例原则、特别是必要性原则的应用已有不少先例。大陆法系如德、日等国,用

[64] 郝银钟、席作立:《宪政视角下的比例原则》,载《法商研究》2004年第6期。

[65] 刘权、应亮亮:《比例原则适用的跨学科审视与反思》,载《财经法学》2017年第5期。

比例原则约束用人单位单方面解除劳动合同的权利,要求在保障用人自主权的同时,将对于劳动者生计的损害降低到最小;^[66] 欧盟用比例原则约束就业歧视要求在保障用人自主权的同时,将对于劳动者的区别对待减少到最低;^[67] 国内还有学者提出,应当用比例原则规范政府对于集体劳动关系的干预,乃至将比例原则作为评价劳动法的整体标准。^[68] 可见,将比例原则引入劳动法、检验法律对于劳动规章的干预,不仅没有学理障碍,而且没有实践障碍。

以比例原则审视劳动规章的法律定性问题可知:法律定性应服务于保障劳动者合法权益的立法目标,^[69] 在效果上也不应发生因小失大、过分限制用人自主权的现象。特别是,为满足必要性原则的要求,法律应提供形式丰富、强度有别的规制手段,且各手段之间应相互配合,从而形成融贯的体系。如此一来,法律欲限制用人自主权时,应从规制强度最小的手段开始尝试;如强度不足,则换用强度超过原手段幅度最小的手段,以此类推。违反必要性原则的典型做法是:跳过强度略大的手段,直接尝试强度更高的手段,以致过分限制用人自主权。^[70]

(二) 对三分说的检验

既然比例原则是检验标准,那么,对于劳动规章的三分式定性,是否符合比例原则? 本文认为,三分说能够使得现行法律基本符合比例原则要求,以对用人自主权的最小限制来实现保护劳动者的公共目标。三分说对于比例原则的贯彻主要体现在五个方面:

其一,关于制定劳动规章是否需要劳动者承诺及如何承诺,按照比例原则的要求,应优先考虑无需劳动者承诺,如果对劳动者保护不足则顺次考虑默示承诺和明示承诺。三分说将直接涉及劳动者切身利益的劳动规章定性为依默示承诺成立的个别契约,而将其他劳动规章定性为无相对人的单方行为。由于法律规制的重心在于直接涉及劳动者切身利益的劳动规章,三分说事实上建立了以默示承诺为原则、以无须承诺为例外的规制体系,^[71] 仅在公有制企业保留以明示承诺成立集体契约。

其二,关于制定劳动规章的缔约方式,按照比例原则的要求,应优先考虑附和缔约,如果对劳

[66] 穆随心:《试论比例原则在惩戒解雇制度中的适用》,载《兰州学刊》2014年第1期;林更盛:《论广义比例原则在解雇法上之适用》,载《中原财经法学》2000年第5期。建议我国借鉴大陆法系做法的文献,见姜颖、李文沛:《试论比例原则在劳动合同解除中的应用》,载《河北法学》2012年第8期;冯嘉林:《比例原则在用人单位单方解约过程中的适用》,载《人民法院报》2006年6月21日,第B02版。

[67] 欧盟法的应用见高梦伊:《试论比例原则在我国劳动法中的运用》,载《法制与社会》2016年第21期。英国曾经是欧盟成员国,其劳动法同样借鉴了比例原则。孙国平:《英国行政法中的合理性原则与比例原则在劳动法上之适用——兼谈我国的相关实践》,载《环球法律评论》2011年第6期。

[68] 艾琳:《比例原则视角下的集体劳动关系治理》,载《贵州社会科学》2016年第7期;艾琳:《基于比例原则的劳动关系法理阐释》,载《特区实践与理论》2016年第5期。

[69] 《劳动法》第1条,《劳动合同法》第1条。

[70] 类似的错误做法是:将本应作为原则的低强度规制手段当成例外,而将本应作为例外的高强度规制手段当作原则。对待原则的转换尤须审慎。比如,美国法上长期以劳动规章不是契约为原则,自20世纪80年代起方稳步转向以劳动规章是单诺契约(unilateral contract)为原则。时至今日,仍有佛罗里达等个别州不承认劳动规章的强制执行效力(enforceability),原则的转换尚未最终完成。J. H. Verkerke, "The Story of Woolley v. Hoffmann-La Roche: Finding a Way to Enforce Employee Handbook Promises", in Samuel Estreicher & Gillian Lester (eds.), *Employment Law Stories* (New York: Foundation Press, 2007), pp.23, 71.

[71] 依默示承诺成立的契约相当于美国法上的单诺契约。“单诺契约说”同样是美国法上解释劳动规章性质的主流学说和司法见解。关于单诺契约,参见[美]E. 艾伦·范斯沃斯:《美国合同法(原书第三版)》,葛云松、丁春艳译,中国政法大学出版社2004年版,第47、183~186页;孙新强、孙凤举:《论英美法上的单诺合同和双诺合同——兼与杨祯教授商榷》,载《环球法律评论》2005年第5期。

劳动者保护不足再考虑个别磋商。三分说充分利用附和缔约下的合同解释规则、注意义务分配规则等保护劳动者,同样仅在公有制企业保留个别磋商成立集体契约。

其三,关于缔结劳动规章的自由度,按照比例原则的要求,应优先考虑自由缔约,如果对劳动者保护不足再考虑强制缔约。三分说将强制缔约主要限制在用人单位行使违纪解约权的条件上,一般坚守自由缔约原则。

其四,关于审查劳动规章内容的标准,按照比例原则的要求,应优先考虑合法性审查,如果对劳动者保护不足再考虑合理性审查。三分说仅将合理性审查用作替代集体程序功能的手段,并且引入《民法通则》和《合同法》上的“显失公平”的判断标准^[72]来限制法官裁量权,较妥当地处理了合法性审查与合理性审查的关系。

其五,关于法律事实的确认方式,按照比例原则的要求,应优先考虑对客观事实的认定,如果对劳动者保护不足再考虑推定和拟制法律事实。三分说基本采取了认定客观事实的做法,仅在三处进行了拟制:用人单位违章指挥时,拟制劳动者对劳动安全规章的明知;劳动者因用人单位违章行使拒绝权和解约权时,拟制劳动合同维护劳动者身心健康的目的;劳动者因用人单位违章而即时解约时,拟制劳动者对用人单位的通知。劳动规章系用人单位制定,劳动者至多有附和地位,故用人单位出尔反尔、有章不循对于劳动者的威胁甚大,采取拟制措施加强保护实属必要。^[73]

(三) 三分说与其他学说的比较

三分说固然符合比例原则,而其他学说同样与比例原则不无契合之处。取舍的标准在于:哪种学说能够为法律规制劳动规章提供形式更丰富、强度选项更多的规制手段,哪种学说就能够更精确地平衡保护劳动者与维护单位用人自主权两种需求,因而更为可取。根据这一标准,三分说较之法则说和集体契约说有明显优势。

法律将劳动规章定性为法则,就是为了将公法上对于立法的约束机制移植到劳动法上。移植的逻辑是:将劳动规章拟制为国家立法。移植而来的约束机制主要包括三个方面:一是法律保留制度。《立法法》规定:某些事项只能制定法律;《劳动合同法》相应要求:用人单位以劳动者违纪为由解除劳动合同的,该纪律必须载于事前制定的劳动规章之中。^[74]二是法律位阶制度。《立法法》确立了下位法不得与上位法抵触的原则,《劳动法》相应禁止劳动规章违反法律、法规。^[75]三是法律公布制度。《立法法》规定:全国人大及其常委会通过的法律,必须根据主席令公布;《劳动合同法》相应要求劳动规章必须由用人单位公示或告知劳动者。^[76]可见,法则说反映了劳动法与

[72] 《民法通则》第59条(适用于定性为单方行为的劳动规章),《合同法》第54条(适用于定性为个别契约的劳动规章)。

[73] 应该指出,默示的行为被视作承诺,本身也是一种拟制,至少是法律推定而非对客观事实的认定。类似地,美国法上将劳动者得知劳动规章后继续工作(而不依任意雇佣规则辞职)视为要约的对价,也是一种法律拟制。学者指出,围绕单诺契约的整个交易都是法院拟制而来,但是为实现公共政策目标(保护劳动者对于劳动规章约束力的正当预期),这种拟制不仅便当,而且可以理解。Stephen F. Befort, "Employee Handbooks and the Legal Effect of Disclaimers", 13 Indus. Rel. L. J. 326, 343 (1991/1992). 这个道理对于我国同样适用。可见,法律拟制的依据是对合意以外因素的考察。这种打破合意局限、注重合意周边环境的契约观,就是“关系契约论”(relational contract theory)。参见 Melvin A. Eisenberg, "Why There Is No Law of Relational Contracts", 94 Nw. U. L. Rev. 805 (2000). 关于关系契约论对于我国劳动合同法的借鉴意义,参见张帆:《劳动合同中的合意问题研究》,中国劳动社会保障出版社2014年版,第78~92页。

[74] 《立法法》第8条,对应《劳动合同法》第39条,《劳动法》第25条。详见本文第一节第(二)2部分。

[75] 《立法法》第78条、第79条、第80条,对应《劳动法》第89条。详见本文第一节第(二)3部分。

[76] 《立法法》第23条、第41条,对应《劳动合同法》第4条。详见本文第一节第(二)1部分。

“公法社会化”潮流的契合之处。

将法则说与三分说对比，不难发现，法则说对于用人自主权的各种约束机制，在三分说上均可以找到等效物：“法律保留”的效果相当于强制缔约；“法律位阶”与对契约内容的合法性限制近似；而“法律公布”则与要约的到达生效制度一致。反过来看，三分说所提供的许多规制选项则是法则说所不具备的。比如，三分说可以解释：当用人单位严重违反安全生产规章时，劳动者拥有拒绝权和解约权。而根据法则说，即使用人单位违反了法则，劳动者也仍然负有遵守法则的义务，拒绝和解约均无从谈起。如此看来，契约说所提供的规制手段比法则说更丰富，且各手段规制强度不一，相互之间又以合同法一般理论连结，构成融贯的体系，因此更能满足必要性原则的要求。

排除了法则说之后，再来比较三分说与集体契约说。集体契约说的主要优势在于解释公有制企业内的劳资“共决”制度，而一旦将视角转向其他企业，集体契约说所提供的规制手段就非常有限了，无法与三分说相比。这主要是源于我国立法对某些规制手段的排除。集体契约说的逻辑是：将劳动规章拟制为集体合同。而我国关于集体合同的立法主要是《劳动合同法》。根据该法，不论劳资当中的哪一方提出缔结集体合同的要约，对方都只能以明示方式承诺。并且，集体合同只能以个别磋商方式制定，不得以附和方式缔结。^[77] 当用人单位违反集体合同时，《劳动合同法》只规定工会可以要求用人单位承担责任，^[78] 却没有规定劳动者自行寻求救济的手段；劳动者依个别契约说所享有的同时履行抗辩权、解约权和损害赔偿请求权究竟是否成立，均悬而未决。可见，我国集体合同制度很不发达，集体契约说并不能从中移植足够的规制手段，无法匹敌从民法和合同法制度中开掘规制手段的三分说。^[79]

总之，法则说、集体契约说与个别契约说，分别以《立法法》《劳动合同法》集体合同章和《合同法》为土壤，从中汲取规制手段的养分。土壤的肥沃与贫瘠，在很大程度上决定了三种学说实现比例原则要求的能力高低。

三、探索改革之道：三分说的发展

综上所述，无论从实然还是应然层面，三分说均能够对各主流学说形成优势。评价现状是为了展望未来。围绕劳动规章的法律规制，当前学术和实务上讨论较多的问题有三：一是劳动规章规定的待遇优于劳动合同时应如何适用，二是对劳动规章规定违纪罚款等内容应如何评价，三是对劳动规章的更改应如何控制。这些问题将成为我国劳动规章法律制度的重要生长点，而其实质仍然是平衡用人自主权与劳动者的权益。权利的平衡离不开对于劳动关系实践的详细考察，指望根据某种原则推导出万全之法并不现实，也并非本文的主旨。但是，任何问题的解决方案都是各种规制手段的综合运用。在比例原则的指引下，检讨三分说所提供的规制手段体系，就能够跳出非此即彼的思维定势，为问题的解决开辟新的思路。

[77] 《劳动合同法》第51条。

[78] 《劳动合同法》第56条。

[79] 集体协商有助于改善个别协商中劳资谈判力失衡的局面，但这并不意味着集体契约说能够为劳动者提供更多保护。一方面，劳动者所获得的保护不仅可从谈判桌上争取来（约定的利益），而且可以由法律赋予（法定的利益）。采取个别契约说，即使劳动者所获约定利益较少，也完全可以通过法定利益实现再平衡。另一方面，集体协商组织因代表遴选方式、谈判资质和经验等欠缺，乃至自利倾向和“多数人暴政”等，存在不当代表（misrepresentation）劳动者的风险。更根本地，评价学说优劣的标准并不在于对劳动者保护的多寡，而在于能否以对用人自主权限制最小的方式来实现保护劳动权的目的。

（一）劳动规章待遇优于劳动合同时的适用

假如发生与《司法解释二》第16条所言相反的情形——劳动规章中为劳动者设定的待遇优于劳动合同规定,则如何适用?就劳动规章与集体合同的关系而言,由于法律仅要求劳动规章的待遇不得低于合同,则此种情形当然合法,无解释障碍。^[80]而就劳动规章与个别劳动合同的关系而言,究竟是应该遵循格式条款法理、适用个别劳动合同的较低待遇,^[81]还是为保护劳动者计,突破格式条款法理,采取“就高不就低”原则,适用劳动规章的较高待遇?^[82]

本文认为,劳动规章与劳动合同的适用并不存在统一的规则;法律应当引入对劳动合同内容的合理性审查,具体分析劳动合同待遇较低的原因。如果用人单位降低待遇是以其他利益为对价的(例如,以更严苛的工时制度为条件,提供更好的培训机会),则只要对价并无明显不公,劳动合同就是合理的,应当适用格式条款法理。而如果用人单位降低待遇并无对价,或者对价明显不公,则劳动合同并不合理。此时法律可将劳动规章中的较优待遇拟制为劳资双方的真实合意,从而“就高不就低”。这种具体问题具体分析的做法,将变通格式条款法理的限度降到了最低,反映了比例原则的要求。

（二）劳动规章规定违纪罚款等内容的评价

劳动规章中的违纪罚款内容,近年已成讨论热点。依三分说,劳动规章是依劳动者默示承诺而成立的契约;违纪罚款属于劳资双方的约定违约金,且为惩罚性违约金。^[83]争议发生于两个层面:一是劳动规章规定违纪罚款的合法性,二是这种规定的合理性。合法性争议的本质是法律解释问题。用人单位对违纪员工课以罚款的最初依据是1982年出台的《企业职工奖惩条例》。2008年,国务院决定废止该条例,理由是其已被《劳动法》和《劳动合同法》“代替”。^[84]《企业职工奖惩条例》自此不复为违纪罚款的依据。而《劳动法》并未禁止违纪罚款。相反,立法者还明确将劳动者违纪、用人单位依劳动规章扣除工资的情形排除出法律禁止的“克扣”行为。^[85]不过,《劳动合同法》则规定:除服务期协议、竞业限制协议和保密协议外,“用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金”。^[86]从字面上讲,以劳动规章形式约定的违纪罚款应该在禁止之列。况且,惩罚性违约金有担保债权的功能,而《劳动合同法》不仅禁止用人单位要求劳动者提供担保,^[87]立法

[80] 各地集体合同立法均采此说。例如:《山西省企业集体合同条例》第34条,《内蒙古自治区企业集体合同条例》第27条,《山东省劳动合同条例》第33条,《江西省集体合同条例》第5条,《安徽省集体合同条例》第5条,《江苏省集体合同条例》第4条,《上海市集体合同条例》第23条。

[81] 前注[11],丁建安书,第122页。

[82] 例如王林清:《劳动争议裁判标准与规范》,人民出版社2011年版,第168页。2013年修订的《江苏省劳动合同条例》则写入了“就高不就低”规则。第22条:“用人单位和劳动者对劳动报酬、劳动条件等没有约定或者约定不明确的,双方可以协商;协商不成的,按照下列规定确定:(一)实际劳动报酬和劳动条件高于用人单位规章制度及集体合同规定标准的,按照实际履行的内容确定;(二)实际履行的内容低于用人单位规章制度或者集体合同规定标准的,按照其中有利于劳动者的最高标准确定;……”也有主张无论待遇高低,一律优先适用劳动规章的。例如廖名宗:《劳动规章制度研究》,法律出版社2009年版,第224页。

[83] 违纪罚款不是赔偿性违约金,所以用人单位可以在罚款的同时追索赔偿,用以弥补违纪对于用人单位利益的损害。例如《南京市企业工资支付办法》第39条,《山东省企业工资支付规定》第30条。

[84] 《国务院关于废止部分行政法规的决定》附件1:国务院决定废止的行政法规目录(49件),序号17。

[85] 《劳动法》第50条。全国人大常委会法制工作委员会国家行政法室、中华人民共和国劳动部政策法规司、中华全国总工会法律工作部编著:《〈中华人民共和国劳动法〉释义》,工人出版社1994年版,第95页。

[86] 《劳动合同法》第25条。

[87] 《劳动合同法》第9条。

者还在阐释相关法条时否定了惩罚性违约金的存在空间。^{〔88〕}依三分说，劳动规章所规定的违纪罚款抵触《劳动合同法》。^{〔89〕}这也可以解释2013年修订的《广东省劳动保障监察条例》为何禁止劳动规章规定罚款内容。^{〔90〕}

然而，合法性之争的初步结论，并不能打消对于劳动规章违纪罚款内容合理性的反思。法律之所以禁止违纪罚款规定，无非是担心用人单位利用主导劳动规章制定的优势，规定不公平的违纪罚款，过分侵夺劳动者的劳动权、特别是获得劳动报酬权，导致劳资权益失衡。而法律平衡劳资权益时应该遵循比例原则，在维护劳动者利益时应将对用人自主权的限制控制到最小。以此为标准，《劳动合同法》绝对禁止用人单位约定违纪罚款的缔约自由，对用人自主权的限制失之过严。法律完全可以尝试综合运用三分说所提供的规制工具，对违纪罚款规定做更为精细的限制。这也是大部分地方工资支付立法的经验。一些地方对违纪罚款所占工资的比例、扣除罚款后的工资余额下限做出规定，为违纪罚款条款的合法性审查提供了依据。^{〔91〕}另一些地方则规定违纪罚款必须事先写入劳动规章或劳动合同，采用强制缔约的办法限制用人自主权。^{〔92〕}如果立法者希望进一步收紧对用人自主权的控制，不仅可以设定更高的合法性门槛、禁止以劳动合同形式规定违纪罚款，^{〔93〕}而且可以考虑引入新的规制工具。比如，可以提高劳动者承诺的形式要求，规定违纪罚款内容需获得劳动者明示的、有针对性的同意；并且援用格式合同的法理，要求用人单位就相关内容对劳动者详作解释，防止劳动者误解。又如，劳动规章和劳动合同对于违章罚款的规定不一致时，法律可以采取“就宽不就严”的原则，将罚款严厉性较轻的规定拟制为双方的真实合意。此外，法律尚可对不同的罚款事项做出区分，一方面严格禁止担保劳动者不提前辞职的罚款，^{〔94〕}另一方面准许但严格限制其他事项的罚款。

总之，根据比例原则，劳动规章并非一概不能写入违纪罚款内容，而是应该综合采取各种规制手段，以对用人自主权限制最小的方式保障劳动者的权益。这一思路对于评价劳动规章中的其他内容（如竞业限制规定）均有借鉴意义。今后我国完善法制，亦可资参照。

（三）劳动规章变更的控制

劳动规章的变更、特别是变更内容削减劳动者依劳动合同所享有利益的“不利变更”，近年超越劳动规章的订立问题，成为学术和实务上的焦点。依三分说，不直接涉及劳动者切身利益的劳动规章，其性质属于无相对人的单方法律行为，用人单位以单方意思表示即可变更之。而直接涉及劳动者切身利益的规章，其性质属于以默示承诺缔结的个别契约，则变更时应遵循《劳动合同法》，由劳资双方个别协商决定。^{〔95〕}然而，《劳动合同法》将变更时控制用人自主权的希望完全寄托于集体协商，不仅脱离我国集体谈判不发达的现状，而且经过地方司法指导意见的解释，集体协

〔88〕 前注〔26〕，全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会书，第87页。

〔89〕 如果改采法则说，虽然可以规避《劳动合同法》上对惩罚性赔偿金和担保的禁令，但是面临无法解释的难题：罚款属于行政处罚的一种，只能由法律、法规或规章设定，且罚款权不得转授，则用人单位设定罚款无法律依据。《行政处罚法》第8条至第14条。这也是论者反对劳动规章规定违纪罚款的最重要依据。

〔90〕 《广东省劳动保障监察条例》第51条。

〔91〕 例如《辽宁省工资支付规定》第19条第2款。

〔92〕 例如《北京市工资支付规定》第11条第2款。

〔93〕 有论者即主张“劳动合同不得约定劳动纪律”，包括违纪罚款。前注〔11〕，丁建安书，第131~133页。

〔94〕 这种罚款是《劳动合同法》立法的主要针对对象。前注〔26〕，全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会书，第85~87页。

〔95〕 《劳动合同法》第35条。

商程序的法律效力已经虚化。^[96] 为了平衡劳资双方利益,既不宜绝对禁止变更劳动规章,^[97] 又不能不对用人单位主导劳动规章变更的能力做出限制。^[98] 应该根据比例原则的要求,综合考虑可以选择的规制手段。

合同法上关于合同变更的法理,可以提供一项重要的规制手段——变更的溯及力控制。合同变更原则上仅向未来发生效力,不得溯及依原合同已经完成的给付。^[99] 美国及日本判例上均将该法理适用于劳动规章的变更,禁止以变更损害劳动者的“既得利益”(vested benefits)。^[100] 至于“既得利益”的范围,除已完成的给付(例如用人单位依劳动规章支付的补贴)外,是否包括对于将来给付的承诺(例如劳动规章规定的退休待遇),以及对于就业稳定性的承诺,法律上可引入内容控制,将少数虽然尚未给付、但是特别重大的期待利益列入不得变更的范围。对于用人单位“因人设章”、特别是为处置个别员工而临时修改劳动规章的问题,可以考虑以法律规定劳动规章变更内容公示与生效之间的间隔,该间隔应足以让不愿接受变更的劳动者辞职并另谋职业。^[101] 除合同变更的法理外,由于变更方案系用人单位拟定,合同法上格式合同的法理仍可适用。如果变更会减少劳动者的利益、减轻用人单位的责任,用人单位应依法采取合理方式提请劳动者注意相关内容,并按照劳动者要求做出解释。^[102]

假如合同变更及格式合同的法理仍不足以保护劳动者,可以考虑提升劳动者对于变更做出承诺的形式要求,要求劳动者必须明示承诺接受变更,否则变更对于该劳动者无效。^[103] 美国判例上即有如此要求者。^[104] 但是,依三分说,我国现行法律从未将劳动规章定性为依明示承诺成立的契

[96] 最高人民法院也曾设想以司法解释做类似规定。学者多主张以加强集体协商的法律效力应对之,即:劳动规章非经集体协商,不得变更。例如丁建安:《论企业劳动规章不利变更法律制度的完善》,载《东方法学》2014年第1期。但是,强化集体协商效力势必采取集体契约说,而集体契约说与现行法律多项制度不合。

[97] 对劳动规章的修改限制过严,有可能使得雇主无法就赋予员工更多福利进行试验,这会最终损害其竞争力。参见 Steven L. Willborn et al., *supra* note [1], at 117. 并且,即便劳动规章的变更对劳动者不利,用人单位也并非单纯的受益者,而是要付出其他代价。劳动规章的不利变更无异于告诉劳动者:用人单位以劳动规章形式许下的承诺(比如不因劳动规章以外的原因单方解约)并不可靠。这不仅会降低用人单位对于劳动者的吸引力,而且会使得劳动者转而通过结社寻求更可靠的承诺——集体合同。W. David Slawson, "Unilateral Contracts of Employment: Does Contract Law Conflict with Public Policy?" 10 Tex. Wesleyan L. Rev. 9, 30-31 (2003). 是故,对于用人单位变更劳动规章权利的控制仍应遵循比例原则,不可绝对化。

[98] 《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)(征求意见稿)》第13条曾拟规定:用人单位变更劳动合同,“虽未协商但双方已实际履行”的,变更有效。这一规定没有考虑到劳动者为维生所迫而履行变更后的劳动规章的情形,几乎赋予用人单位单方变更权,殊为不妥。

[99] 前注[34],崔建远书,第524页。

[100] *Asmus v. Pacific Bell*, 999 P.2d 71, 80 (Cal. 2000). 日本判例对于既得利益与未来利益的区分,参见前注[6],郑尚元书,第347页。

[101] *Asmus v. Pacific Bell*, 999 P.2d 71, 80 (Cal. 2000). 美国司法上对于间隔时长的标准尚有不同看法,参见 Timothy P. Glynn, Rachel S. Arnov-Richman & Charles A. Sullivan, *Employment Law: Private Ordering and Its Limitations* (2nd ed., Austin: Wolters Kluwer, 2011), p.123.

[102] 《合同法》第39条。美国法上亦有类似制度:法院要求雇主必须告知雇员欲做的更改,并且让雇员明白修改对于先前劳动契约的影响。*Demasse v. ITT Corp.*, 984 P.2d 1138, 1146 (Ariz. 1999).

[103] 我国法院有类似的判决。见张寒松:《用人单位的规章制度成为劳动合同的条款须经协商一致》,载北京市第一中级人民法院民一庭编著:《劳动法审判实务与典型案例评析》,中国检察出版社2005年版,第35~39页。

[104] *Demasse v. ITT Corp.*, 984 P.2d 1138, 1146 (Ariz. 1999).

约。如果引入明示承诺要求,不免过于刺目。^[105] 作为替代,可以考虑仿照劳动规章违法的情形,允许劳动者以辞职来明示拒绝变更的要约。为此应赋予劳动者解约权,并要求用人单位支付补偿金。^[106]

结论：展望劳动规章性质之争的未来

试图对劳动规章性质之争做出结论是困难的——写作本文的苦旅即为明证。而试图以结论来终止探讨则是徒劳且危险的。“结论只是人们为了退出某一具体研究时一个比较有效又体面的战术或策略。”^[107] 对于劳动规章性质的研究而言,当下需要的不是退出,而是深入;不是定论,而是对推翻成说的契机的敏感。

展望未来的劳动规章性质之争,重要的进展可能出现在两个方向。几乎肯定会发生的是:我国法治实践中引入了新的规制手段,或者对规制手段之间的关系做重大调整,将会挑战三分说的解释力。如果立法法和集体合同法的制度与理论取得长足进展、为法则说和集体契约说注入新的生命力,那么各学说之间的高下之争可能将呈现出新的局面。然而,无论解释论的风云如何变幻,比例原则将继续担当评价学说和制度的标准——这即是劳动法学发展的辩证法。

(责任编辑:蒋红珍)

^[105] 对于美国法来说,问题远比“刺目”要严重。由于劳动规章一直被定性为单诺契约,法院对于变更劳动规章提出明示要求,等于将单诺契约改为双诺契约,这会动摇所有基于单诺契约的劳动规章法制。对于劳动规章中有利于雇员的内容,法院为使其具有契约的拘束力,降低承诺形式要求,甚至推定劳动规章一经制定就获得了全体雇员的默示承诺(参见前引 *Woolley v. Hoffman La Roche* 案);而对于劳动规章中不利于雇员的内容,法院为了限制其拘束力,抬高承诺要求,规定承诺必须是明示的、劳动者个个做出的(参见前引 *Demasse v. ITT Corp.* 案)。为了政策需求而对契约法做如此自相矛盾的阐释,学者多有批评。

^[106] 参见前注[96],丁建安文。此外,《合同法》上不仅允许依协商变更合同,而且在某些情况下允许合同的一方自行变更合同并承担负面法律后果。例如,定作人中途变更承揽工作要求,造成承揽人损失的,应当赔偿损失(《合同法》第258条)。参见前注[24],韩世远书,第453~454页。依三分说,某些劳动规章亦可定性为有相对人的单方行为,则《合同法》上的有关规定或许可资借鉴。不过,《劳动合同法》的立法者明确表示反对单方变更。参见前注[26],全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会书,第122页。

^[107] 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第XI页。