

社会法专题研究论丛

蒋月◎主编

国际劳工标准的 立法转化研究

王铀镜 著



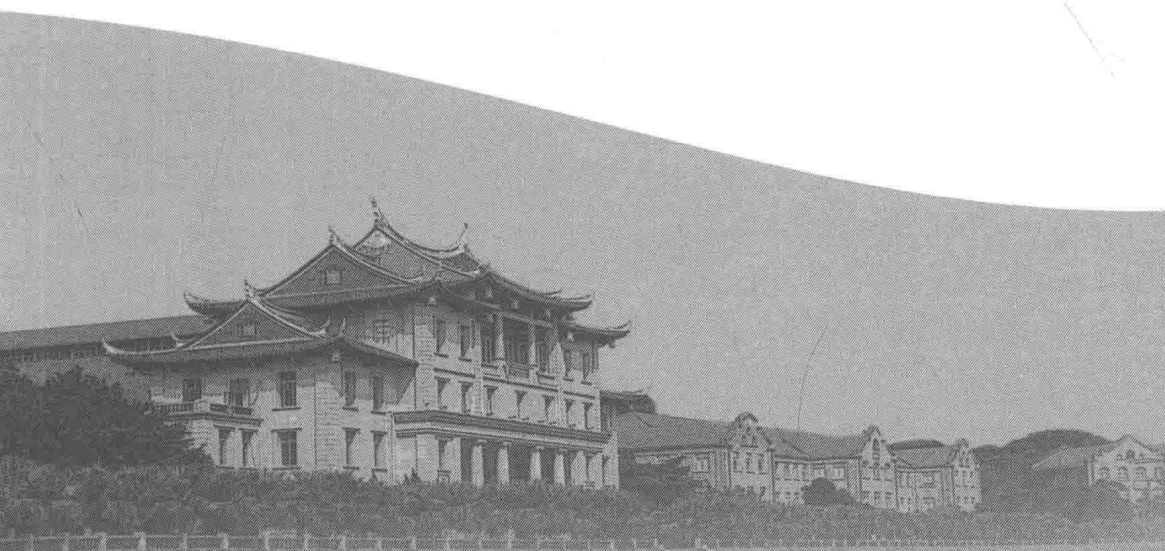
中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

社会法专题研究论丛

蒋月◎主编

国际劳工标准的 立法转化研究

王铀镜 著



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

国际劳工标准的立法转化研究 / 王铀镱著. —北京:

中国法制出版社, 2016. 7

(社会法专题研究论丛/蒋月主编)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 7563 - 1

I. ①国… II. ①王… III. ①国际法 - 劳动法 - 标准
体系 - 立法 - 研究 IV. ①D998. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 114270 号

策划编辑 胡 斌

责任编辑 耿旭冉

封面设计 周黎明

国际劳工标准的立法转化研究

GUOJI LAOGONG BIAOZHUN DE LIFA ZHUANHUA YANJIU

著者/王铀镱

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/787 毫米 × 1092 毫米 16 开

版次/2016 年 12 月第 1 版

印张/12.75 字数/220 千

2016 年 12 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 7563 - 1

定价: 39.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66066324

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

总 序

随着市场经济的推进，经济社会快速发展，我国开始加快制定现代意义上社会立法的步伐。1994年《中华人民共和国劳动法》是改革开放后全国人大常委会通过的第一部法典式社会法律。2006年以来，相继通过并实施《中华人民共和国劳动合同法》《中华人民共和国就业促进法》《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》等法律，社会立法速度之快居于各法律领域之首，初步形成社会立法体系，在干预社会利益分配、化解社会矛盾、增进社会公平、促进我国经济社会可持续发展上产生了重大影响。

我国社会立法处于社会主义初级阶段。在快速成长过程中，社会立法存在种种不足和问题。第一，诸多社会立法层次较低，有的重要领域尚无法可依。第二，社会立法决策针对热点问题，立法的系统性、前瞻性有待提高。第三，社会立法质量有待提高。现行社会立法风格粗犷，原则性规定多，条款的可操作性较弱，司法适用性有待加强。第四，某些立法有部门立法之嫌，利益关联过强，社会公众参与不足。第五，社会法的立、改、废偏慢。第六，已有社会立法实施效果不尽如人意。特别是在劳动基准、劳动合同、职业灾害防治、劳资关系协调、劳动争议处理等方面，“不是无法可依，而是有法不依”，问题众多，极端事件频发，弱势群体尚未充分享受到经济发展成果。

社会法面临着一系列重大挑战。第一，如何合理界定社会法的定位与功能。社会立法是什么，能够是什么，应该是什么？从16世纪英国“圈地运动”后期制定《济贫法》，为资本主义原始积累与发展的直接受害者提供生活救济，到资本主义大工业时期德国创造性地制定和实施一系列社会保险法，创设社会保险制度，以增强人们在工业社会防范各种社会风险的能力，保障人的生存权和发展权，再到1935年美国国会通过具有划时代意义的《社会保障法》，引发西方工业发达国家纷纷修订、补充各自已有的社会保障制度，从而极大地缓和了社会矛盾，促进了社会稳定与安全。社会立法的最直接目标就是给予社会个体以社会安全感，维护整个社会的安全与稳定。我国的社会法担负着怎样的使命？

第二，我国社会呈现贫富两极分化、城乡二元结构、地区发展不平衡等社会问题。在此环境下，社会立法在平衡社会利益分配过程中，应当更加积极，更有作为。第三，社会不同阶层和利益群体对已实施的社会立法有不同认识。例如，《劳动合同法》施行曾引发较大争议。学术研究应当积极回应。第四，近年来不断发生较大规模的劳资冲突事件或者严重的劳动者利益受损事件，表明在我国社会发展新阶段中，劳资关系遇到了新问题、新情况和“壁垒”，应当加强研究相关应对策略。第五，市场经济发展到一定阶段后，社会环境发生深刻变化，人心复杂，利益取向凸现，社会立法如何更有效地化解社会矛盾，促进社会和谐。

因此，亟待加强社会法各个领域和层面的研究。探讨施行中的社会立法之制定、设计是否科学、合理？是否达到了立法当初预期的目标？存在哪些主要和突出的问题？是否有必要进行适当的调整或修正？应当从哪些方面予以补充和完善？遇到了哪些新情况和新问题，需要制定哪些新的社会立法？应当采取哪些有针对性的策略和措施，才能从根本上扭转有法不依的现象？如何从质量和技术上提高立法水平，使社会立法更加科学、合理，使社会法实施更有成效？这些都是我国社会法领域当前迫切需要解决的重大问题。在深入调查、研究的基础上，借鉴其他国家和地区社会立法的有益经验，提出具有现实针对性和时效性的结论与建议，意义深远。

社会法专题研究论丛立足于社会法领域的基础理论、现实问题的创新研究，强调原创性，突出为我国社会立法、司法和社会保障与福利的完善提供有益参考。本丛书具有下列五方面特点：第一，强调学术创新。每本著作选题或大或小，提倡小题大做。充分利用国内外现有资源，运用跨学科方法，多角度地研究我国社会法领域的问题。所涉主题新颖，具有较强的理论前瞻性，涵盖社会权、救助权、劳动者人格权保护、劳动基准、劳动合同、企业规章制度、社会保险、福利权等专业领域；观察、分析、反映各种社会关系及其社会利益分配中的真实状态，发现主要问题与不足，为完善我国社会政策决策提供深度参考。第二，注重实践性。我国实行改革开放政策三十余年，经济社会高速发展的同时，社会管理和服 务遇到了诸多新问题、新情况，积累了许多社会风险和矛盾。贫富两极分化、群体性事件、极端事件频发，弱势群体保护不足等这些问题，促使我们反思“效率优先、兼顾公平”的发展战略，如何促进经济社会的全面

进步和可持续发展？立足中国，探寻社会立法本身设计或条款存在的不足、缺漏和问题，积极探索我国社会法建构和实施中的突出问题和难点，在深入研究的基础上，注意衡平各方面利益，系统地提出对策建议，具有较强的实际应用价值。第三，为促进我国社会法理论系统化、体系化建言献策。虽然现代意义上的社会立法诞生于西方资本主义国家，迄今已形成了完整的价值体系、理论解释范式，西方工业化国家的社会立法极为发达。中国工业化过程中应当充分借鉴西方的成功经验，但是，对西方经验抱着纯粹的“拿来主义”态度，无疑是不能解决中国所有问题的。中国正处在传统与现代化之间、东方文明与西方文明的交叉点上，对中国问题的研究、解决，必须深入中国社会实际，切中各种社会关系调整的命脉，回应中国社会深层次的利益调整需求，提出我国自己的社会立法体系建构、理论解释范式、立法策略。第四，寻求解决司法审判和仲裁中的疑难问题的路径和方案。公民的社会权利和利益的实现有赖于完备的解决争议的救济机制。本丛书针对社会法的司法救济研究，分析司法实践中出现的新型案件、新问题，并对之加以理论化、体系化，为社会法争议的解决提供指引和参照。第五，本丛书为开放式，作者以对社会法学有专攻的中青年学者为主，以厦门大学社会法学术队伍为基础。竭诚欢迎社会法同仁们加盟，贡献社会法精深之作。

社会对法律、权利、公正、公平的需求不断增长，法律供应的复杂性增长，对社会法提出了更多更高的要求。期待本丛书能为推进我国社会法的立法、法律适用和理论研究有所帮助。

是为序。

蒋 月
2010年9月2日

序

王铀铤的著作《国际劳工标准的立法转化研究》探讨我国转化已批准国际劳工标准的合理性、规范化和制度完善，是本好书。以国际劳工组织制定的公约和建议书形式表达的国际劳工标准，是各国为保护劳动者基本权利而达成的国际劳动立法，其影响深远。我国法学界研讨国际劳工标准的成果数以千计，研究国际劳工标准转化为国内法的成果也不少，不过，对国际劳工标准及其转化的研究，尚难称得上深透，故非常有必要继续研究。作者在阅读、梳理既有相关中文、英文文献基础上，深入思考立法转化问题，形成有新意的思考路径，提炼出自己的判断、观点。作者潜心研究三年，始完成这部著作，着实不易。

该著作针对我国立法转化国际劳工标准之现状，重点探讨该种转化的合理性、规范化和制度完善。论述了国际劳工标准的特性、分类和立法转化的判断方式、我国立法转化国际劳工标准的现状、我国立法转化国际劳工标准的定位和立法转化国际劳工标准之中国模式四个问题。该书以国际劳工组织实施公约与建议书专家委员会的评论作为文本依据，评价成员国遵守国际劳工标准之状况，力图站在中立客观立场观察分析我国立法转化国际劳工公约的状况，借鉴地采纳“完全达标”“部分达标”和“没有达标”三个等级标准用于判断、评价国内法转化之程度。对国际劳工标准进行多维度分类，以突出劳动权利系列的不同层次对保护要求之不同需求，认为我国现行法在公平就业权、劳动保护、休息休假等方面与国际劳工标准差距小，但就废除强迫劳动、结社自由、集体谈判权、劳动报酬权和社会保障权的规定与国际劳工标准之间差异较大。提议我国转化国际劳工公约应持社会本位观，兼顾本土性和国际性原则、充分交涉原则，国家在劳资关系上应持中立立场。针对国际劳工标准转化中的障碍，提出以优先转化核心劳工标准、与比较优势关联度低的标准、符合我国需求层次的标准来化解转化中的障碍，分别从国际劳工标准转化的实体、程序和立法技

术三个方面，提出了完善对策，并拟订了我国立法应当转化国际劳工公约的清单和步骤。这些分析、论述有一定新意，所提建议有针对性，具有应用之参考价值。

劳动法移植是个既省事又困难的活儿。在全球化时代，劳动力成本、劳动保护、劳工标准与全球经济、国际贸易的发展息息相关。国际交往和融合大潮之下，任何国家或地区的劳动法既受制于本国政治、经济、文化等多重因素制约，又不能不受到以国际劳工公约为代表的外来影响。相信该著作对于立法者斟酌国际劳动标准转化、对读者思考我国劳动法吸收借鉴国际劳工标准，完善劳动法制，增进劳动关系安定，促进经济发展和社会进步，定有助益。

蒋月

于厦门大学

缩略语表

Abbreviations

- | | |
|----------|--|
| 1. CAF | Freedom of Association Committee
自由结社委员会 |
| 2. CEACR | The Committee of Experts on the Application of Conventions
and Recommendations
实施公约与建议书专家委员会 |
| 3. EEOC | Equal Employment Opportunity Commission
平等就业机会委员会 |
| 4. ILO | International Labor Organization
国际劳工组织 |
| 5. ITUC | International Trade Union Confederation
国际工会联盟 |
| 6. OECD | Organization for Economic Cooperation and Development
经济合作和发展组织 |
| 7. WTO | World Trade Organization
世界贸易组织 |

内容摘要

中国作为国际劳工组织的成员国，批准了若干国际劳工公约，但是，与同等发展程度国家相比，中国批准的公约数量偏少。在国内立法转化上，尚未能形成体系化的法律以保障公约义务的全面履行。国际劳工标准的价值和内容符合中国所处发展阶段的转型需求，现阶段在劳动领域面临的诸多矛盾，通过落实国际劳工标准可期待获得缓解。通过履行国际劳工公约义务，中国可获得更多国际话语权及国际标准制定权，也与中国的大国地位相当。本书基于对中国立法转化国际劳工标准之现状，探讨该种转化的合理性、规范化和制度完善。

全书除导言和结语外，正文包括四章。

第一章，国际劳工标准的立法转化概述。首先，分析国际劳工标准的特性，国际劳工标准在实施过程中有着促进其发挥效力的盔甲，包括维护人权的立场和全球行动的手段，同时，国际劳工标准也有导致其效力受阻的软肋，包括对灵活性和周全性的追求。但国际劳工标准也应当不断完善，更加易于被成员国接纳。其次，按照对国际劳工标准的分类方法可知，不同类别的公约应当以不同途径实施，灵活的本土化途径有利于中国确定不同公约的本土化先后顺序。最后，对“立法转化”做出界定并介绍了遵守意愿和遵守能力的判断方式，在对立法转化程度的标准上，本书将采用“完全达标”、“部分达标”和“没有达标”三个划分等级评价中国劳动立法现状。

第二章，中国立法转化国际劳工标准的现状。首先，分析中国立法转化国际劳工标准的意愿和能力。其次，借助判断标准并参考专家委员会评论，将中国立法遵守国际劳工公约的状况分为核心劳工标准、已批准非核心劳工标准以及可考虑批准的非核心劳工标准三类进行论述，探讨中国立法转化状况的不足与经验。在核心劳工标准中，与国际劳工公约相比，在公平就业权方面差异较小，中国立法在废除童工劳动方面略有差异，在废除强迫劳动和结社自由和集体谈判权方面差异较大。而在非核心劳工标准中，与已批准公约相比，在劳动保护权和休息休假权方面未能完全达标，而劳动行政管理和就业服务类则接近完全达标；与可考虑批准的非核心劳

工公约相比，在劳动报酬权和社会保障权方面差异较大，在职业培训权方面差异较小。立法转化不达标的原因，就外部而言，“囚徒困境”、国际劳工公约的弱惩罚性等造成了有关遵守行为不符合传统遵守理论。就中国的内部治理而言，历史和制度原因、缺乏国际视野的传统观念等都为我们忽视国际劳工标准的实施带来了负面影响。最后，结合目前的立法技术水平可知，我们有一定的遵守能力，但仍需进一步增强遵守意愿。

第三章，中国立法转化国际劳工标准的定位。首先，应当树立全新的立法观念。其次，根据国际公约转化和劳动立法的特性，总结出中国转化国际劳工标准适用的原则是社会本位原则、兼顾本土性和国际性原则以及充分交涉原则。最后，根据前述国际劳工标准转化中的障碍，提出以优先转化核心劳工标准、与比较优势关联度低的标准、符合中国需求层次的标准来化解立法转化中的障碍。

第四章，立法转化国际劳工标准的中国模式。对国际劳工标准转化的实体、程序和立法技术提出了建议。对核心劳工标准的改良，尤其应当重视改良国内立法逐步接轨强迫劳动类和结社自由类公约的要求。中国已批准的非核心劳工标准中应当着重改善劳动安全、促进就业和三方协商方面的立法。在中国可考虑的非核心劳工标准方面，则应当完善最低工资制度、基本社会保障制度以及职业培训制度。在立法转化程序方面，应当为立法转化国际劳工标准制定转化程序规范，包括制作“转化清单”、立法转化的程序法、公布转化过程的信息、配备专门机构与人员等。在立法技术的改良方面，应当重视参与国际对话、提高劳动法立法层次、制定特别法、完善关键定义。

关键词：国际劳工标准；国内立法；立法转化

ABSTRACT

China, as a member of International Labor Organization (ILO), ratified some international labor conventions, which seemed relatively less comparing with other countries in the same level of development. Moreover, China's legislative compliance seemed unsystematic which was far from the indemnification of convention obligations. Actually, China, as a developing country, could draw up international labor standards to resolve some social contradictions. In other words, the values and methods of international labor standards are helpful to China's target in social transition. In addition, the comparison as this way could help China to express a strong voice, and acquire the power to set the international standards which finally make China a dominant country. In terms of the situation of legislative compliance in China, this dissertation focuses on the rationality and standardization of the procedure of legislative compliance and how to perfect the institution.

Besides introduction and conclusion, this dissertation includes four chapters.

Chapter 1 is Basics of Legislative Compliance with International Labor Standards. This chapter analyzes the character of international labor standards. International labor standards aimed at safeguarding human rights and organized the international action, which are its advantages. However, international labor standards pursued for the flexibility and comprehensive measures, which are its disadvantages. The advancement of international labor standards make it easier to use by the member states. Therefore, the positive transformation of international labor standards complies with social development goals of China. In the other hand, there are different ways for the implementation of the different categories of conventions according to the classification of international labor standards, for the reason that a flexible approach will help China to determine the localization sequence of different conventions. This dissertation defines the concept of legislation compliance and introduces new viewpoint about willing and ability of compliance. Compliance is such a way to protect legislation and judicature, which could be researched from the fundamental role. This disserta-

tion accepts three divided levels, such as High Compliance, Medium Compliance and Low Compliance to evaluate situations of legislative compliance in China.

Chapter 2 is Situation of China's Legislative Compliance with International Labor Conventions. China's willing and ability of compliance is essential index to judgement of compliance. By means of criteria and reference from expert committee comments, this chapter reflects three types relating the situation whether the legislation abides by international labor conventions. The above types include core labor standards, approved non - core labor standards, and not approved but necessary non - core labor standards. It could be found abundant deficiencies and experiences in legislative compliance. Specifically, as for core labor standard, we make a comparison between provisions in our country and International Labor Convention, fair employment rights are similarly protected and small differences could be found in legislation relating elimination of child labor. Surprisingly, the biggest gaps are existed in legislations involving elimination of forced labor, freedom of association, and right of collective bargaining. When it comes to non - core labor standard, we still have a long way in labor protection rights and the right to rest and vacation regarding the convention. In which, labor administration and employment service is close to High Compliance. Compare with not approved but necessary non - core labor standard, there is a big difference in remuneration right, the right to social security, and relatively small difference in the right to vocational training. External and internal factors constitute reasons for China's non - compliance. The former factors, for example Prisoner's Dilemma, the lag of the implementation of human rights standard, are resulted in our behavioral defects, which are not consistent with the traditional theory of compliance. The latter factors, such as historical and institutional reasons, short - sighted and xenophobic traditional concepts, play the negative role in compliance with international labor standards. Finally, it could be inferred from our legislative techniques that we have reluctant ability to comply with the international labor convention but need further enhance of corresponding willing.

Chapter 3 is The Orientation of China's Legislative Compliance with International Labor Standard. To reshape ideas of legislation is the first step. And then we need to set the principles. These principles are Social Orientated Principle, To Pay Comprehensive Attention to the Principles of Both Localization and Internationalization and Principle of Sufficient Bargaining. Then, according to the obstacles during the transformation procedure, it could be

put forward some approaches to deal with that difficulties, such as to choose core standard, and the standards which is irrelevant to comparative advantages, and the standard according to China's hierarchy of needs.

Chapter 4 is China's Mode of Legislative Compliance with International Labor Standards. In this chapter the dissertation makes some suggestions relating entities, procedures and legislative techniques during the compliance process. Firstly, this essay focuses on core labor rights, and concentrates on the labor force conventions and freedom of association especially. In addition, in terms of China's compliance with approved non – core labor rights, we should improve labor safety and health, promotion of employment and the tripartite consultations. In terms of not approved but necessary non – core labor rights, we could improve the minimum wage system, basic social security and Education, vocational guidance and training. Moreover, we need to modify or set the law in light of the stage of development with the help of ILO. Secondly, this essay tries to set the rules for the localization of international labor conventions, which include a “compliance list”, law of procedure, to open information of compliance course and to set the professional institutions and to organize the staff. Finally, the legislative techniques should be improved by some methods, which are the participation of international dialogue, the improvement of the level of labor legislation, the enactment of special regulations, and the definition of key terms.

Key Words: International Labor Law; National Legislation; Legislative Compliance

目 录

Contents

导论 / 1

- 一、选题的背景和意义 / 1
- 二、国内外研究现状 / 4
- 三、研究思路和研究方法 / 10
- 四、创新点与不足 / 11

第一章 国际劳工标准立法转化概述 / 15

第一节 国际劳工标准的特性 / 15

- 一、国际劳工标准的盔甲 / 15
- 二、国际劳工标准的软肋 / 18
- 三、国际劳工标准的改进 / 23

第二节 国际劳工标准分类与实施方法 / 26

- 一、核心劳工标准与非核心劳工标准及其实施方法 / 26
- 二、各类劳动权标准与特别适用标准及其实施方法 / 29
- 三、积极标准与消极标准及其实施方法 / 30

第三节 立法转化国际劳工标准的判定 / 32

- 一、立法转化的界定 / 32
- 二、遵守意愿与遵守能力 / 34
- 三、国际劳工标准立法转化的判定标准 / 36

第二章 中国立法转化国际劳工标准的现状 / 38

第一节 中国立法转化国际劳工标准的意愿与能力 / 38

- 一、中国立法转化国际劳工标准的意愿 / 38
- 二、中国立法转化国际劳工标准的能力 / 40
- 三、中国的立法转化意愿和能力比较 / 43

第二节 中国有关立法与核心劳工标准的比较 / 44

- 一、关于废除童工劳动 / 44
- 二、关于废除强迫劳动 / 49
- 三、关于公平就业权 / 53
- 四、关于结社自由和集体谈判权 / 61

第三节 中国立法转化已批准非核心公约之现状 / 68

- 一、立法转化劳动保护权公约现状 / 68
- 二、立法转化就业服务和促进就业公约现状 / 70
- 三、立法转化休息休假权公约现状 / 72
- 四、立法转化劳动行政管理公约现状 / 73

第四节 中国立法与可考虑批准的非核心公约之比较 / 75

- 一、中国劳动报酬权立法与有关公约之比较 / 75
- 二、中国社会保障权立法与有关公约之比较 / 75
- 三、中国职业培训权立法与有关公约之比较 / 78

第五节 中国立法转化现状的原因分析 / 78

- 一、传统遵守理论 / 78
- 二、本土障碍 / 84

第三章 中国立法转化国际劳工标准的定位 / 90

第一节 立法观念的重新定位 / 90

- 一、师夷长技无惧渗透 / 90
- 二、国际劳工标准与国际贸易的发展并非此消彼长 / 92
- 三、经济发展促进了劳工标准的提高 / 101
- 四、国际劳工标准利于经济长远发展 / 103
- 五、遵守国际劳工标准有利于社会稳定 / 107

第二节 立法转化国际劳工标准的原则 / 109

- 一、社会本位原则 / 109
- 二、兼顾本土性与国际性原则 / 112
- 三、充分交涉原则 / 117

第三节 选择适合优先改善的劳工标准类型 / 118

- 一、优先提高核心劳工标准 / 118

二、优先提高无关比较优势的劳工标准 / 119	
三、按照马斯洛需求层次选择劳工标准类型 / 120	
第四章 立法转化国际劳工标准的中国模式 / 133	
第一节 完善立法对劳动权的全面保护 / 133	
一、加强保护核心劳工标准 / 133	
二、完善中国已批准非核心劳工标准类的立法 / 142	
三、完善中国可考虑批准的非核心劳工标准类立法 / 146	
四、改善中国劳动立法环境 / 151	
第二节 制定规范的立法转化程序 / 155	
一、制作“转化清单” / 155	
二、制定立法转化程序 / 157	
三、将国际劳工公约实施进程纳入政府信息公开信息范畴 / 157	
四、配备专业机构与专门人员 / 159	
第三节 采取措施促进立法技术提高 / 161	
一、积极参与国际对话 / 161	
二、提高劳动法立法层次 / 161	
三、完善关键定义 / 162	
结 论 / 165	
重要法律文本 / 167	
主要参考文献 / 168	
后 记 / 177	