

郑丽珍 著

ON THE RECONSTRUCTION OF
TRANSNATIONAL LABOR REGULATION REGIME

跨国劳动监管制度的重构



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

跨国劳动监管制度的重构

ON THE RECONSTRUCTION OF
TRANSNATIONAL LABOR
REGULATION REGIME

郑丽珍 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

跨国劳动监管制度的重构/郑丽珍著. —北京:社会科学文献出版社, 2014. 12

ISBN 978 - 7 - 5097 - 6717 - 7

I. ①跨… II. ①郑… III. ①劳动法 - 研究 IV. ①D912. 504

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 262779 号



跨国劳动监管制度的重构

著 者 / 郑丽珍

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 刘骁军 芮素平

责任编辑 / 蒋北娟 关晶焱

出 版 / 社会科学文献出版社·社会政法分社(010)59367156

地址:北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编:100029

网址:www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心(010)59367081 59367090

读者服务中心(010)59367028

印 装 / 三河市东方印刷有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 27.25 字 数: 445 千字

版 次 / 2014 年 12 月第 1 版 2014 年 12 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5097 - 6717 - 7

定 价 / 98.00 元

本书如有破损、缺页、装订错误,请与本社读者服务中心联系更换

 版权所有 翻印必究

内容摘要

当前跨国劳动监管实践呈现碎片化特点。其中既包括以国家为对象的国际劳动公约、宣言以及某些发达国家的单边措施和条约中的劳动标准实践，也包括针对跨国企业的指南、三方宣言和全球契约，甚至还包括公司行为守则和全球框架协议等跨国企业的自愿性承诺。面对当前充分复杂的跨国劳动问题，传统的以国家为对象的公力硬法监管（包括国际劳动公约、国家的单边措施和条约实践中的严格要求）陷入困境，正在走向解构；更具回应能力的以公力软法安排（政府间组织分别针对国家和跨国企业的促进性安排、国家单边措施和条约实践中针对国家的促进性安排）和私人机制（公司行为守则和全球框架协议）为主导的跨国劳动监管的新框架，正在建构。

借鉴反思法理论蕴含的“公力硬法监管的克制”、“法律的实验与学习精神”、“导引私人自我监管”以及“构建沟通与交流的渠道”的基本监管框架，本文认为，跨国劳动问题的根源在于以跨国企业为主体的跨国经济子系统的自利性扩张，因此，有效回应这一问题的跨国劳动监管应该把重点放在建构能够导引跨国经济子系统进行自我限制的外部压力机制之上。符合反思理性的跨国劳动监管制度的新框架应该是一个以跨国企业自我监管为基础，以政府间组织、国家、非政府间组织为外部压力的“金字塔模型”。其中，跨国企业自我监管位于塔基，是跨国劳动监管的基础，其他各层是导引跨国企业自我监管的外部压力。

塔尖是针对国家的最低限度的公力硬法监管，以国际劳动组织的硬法监管为主，国家的硬法监管为辅。“金字塔模型”从上往下第一层（包括塔尖）是针对国家的公力监管，以政府间组织（其中国际劳动组织居于中心地位）的监管为主，国家的监管为辅。除塔尖外，该层其他部分都是针对国家的公力软法监管。该层监管的作用主要是，促进国家尽快批准并通过国内法实施国际劳动组织管辖下的八个核心劳动公约，创设国家之间最低限度的硬法协调，预防跨国经济子系统的扩张在一国国内引发严重且整

体性的违反基本劳动权利的后果。“金字塔模型”从上往下第二层是针对跨国企业的公力软法监管。从上往下第三层为关注劳动问题的非政府组织（包括工会组织）的监督。这两层的结合最为密切，前者为后者提供了具有公认合法性的申诉权、话语依据、对话与监督平台等战斗武器，使后者能够更有力地敦促跨国企业进行自我监管。

本文包含导论、本论（主文）和尾论三大部分。

导论对论文的研究背景与研究框架做出说明，包括论文的选题、对现有研究的突破、具体的论证逻辑等。

主文共六章。第一章提出论题与论证方法。该章指出，面对当前日益复杂的跨国劳动问题，传统的以国家和政府间组织为主要监管主体的硬法监管模式已显出“力不从心”。因此，跨国劳动监管制度的变革已经不是“应不应该”的问题，而是“应如何改变”的问题。当前跨国劳动监管制度的变革所需要解决的“公”“私”监管力量以及“软”“硬”规范的具体结构，正是反思法理论重点关注的问题，因此该理论可以用来分析传统的跨国劳动监管模式的问题症结并探索相应的变革之道。第二章至第四章为具体论证。该部分结合反思法理论分析政府间组织、某些发达国家、私人（包括跨国企业与非政府组织）这些主体的监管实践在回应跨国劳动问题方面的不同方式和效果。分析揭示，传统的以国家为对象的公力硬法监管模式正在解构，新的以公力软法和私人机制为主导的监管框架正在建构。因此，该部分论证回答了跨国劳动监管制度为什么需要重构的问题。第五章析出观点。基于第一章提出的问题和第二至第四章所揭示的事实，第五章进一步论证，符合反思理性的跨国劳动监管框架的具体结构是什么，以及若要建成该新框架，需要先解决现有的跨国劳动监管制度存在的哪些主要问题。第六章是观点的延伸应用，主要检视跨国劳动监管制度的重构之于中国的意义、挑战及应对。

尾论用七组意思相对的概念（“本”与“末”、“私”与“公”、“软”与“硬”、作为“主体”的国家和作为“对象”的国家、“解构”与“建构”、“应然”与“实然”、“国际视野”与“本土情怀”）对全文做出总结，并指出在反思性跨国劳动监管框架真正实现之前值得进一步探索的其他问题。

关键词：跨国劳动监管；制度重构；反思法

ABSTRACT

Transnational labor regulation is a good example of fragmentation. It could be the practice in the name of international convention or declaration, or unilateral measures and treaties from some developed countries, where states are objects of regulation. It also takes the form of guidelines, tripartite declaration, and global compact, which directly regulate multinational enterprises. It even appears as voluntary promises of multinational enterprises, such as corporate codes of conduct and global framework agreements. Traditional state-targeted public regulation with strict requirements from international labor conventions, unilateral measures and treaties by some developed countries, has fallen into difficulties in solving transnational labor problems, and is deconstructing itself. A new regulation framework dominated by public soft arrangements from international governmental organizations and states, is being constructed.

Basic regulation elements implied in the theory of reflexive law are as follows: firstly, public hard arrangements should be restrained from using; secondly, the law shall have the courage to experiment and learn; thirdly, private self-regulation shall be encouraged and guided; fourthly, the law shall focus on structuring and restructuring internal discourse and external coordination. This can be applied to transnational labor regulation. Since roots of transnational labor problems lie in self-benefiting expansion of transnational economy subsystem, where multinational enterprises are the subjects of major interest, the main task of transnational labor regulation is to make the external pressures work towards guiding the self-regulation of multinational enterprises. Then the reflexive regulation framework could be depicted as a pyramid model, where the self-regulation of multinational enterprises sits at the base, and will play the fundamental role. The upper floors are external pressures that drive multinational enterprises into self-

regulation.

On the roof of the pyramid sits the public hard regulation, who will work with minimum sufficiency principle. International Labour Organisation is capable for this role with the support of states. The first floor from the top stands for stated-targeted public regulation, mainly in the form of soft arrangements; only in extremely rare cases will hard regulation be exerted (the roof). Its main task is to promote states to ratify and implement domestically eight core labor conventions. This minimal compatibility will be activated when the expansion of transnational economy subsystem has led to serious systematic violation of fundamental labor rights in one country. The second floor from the top represents public regulation targeting multinational enterprises, all in the form of soft arrangements. The third floor from the top sits non-governmental organizations including trade unions. The second and third floor from the top work closely as external pressures. It is from the public soft arrangements targeting multinational enterprises that non-governmental organizations gain complaining right as well as authoritative discourse of labor right and platform for dialogue and supervision. Therefore, non-governmental organizations are empowered to urge multinational enterprises into self-regulation.

This dissertation is composed of three parts, i. e. Introduction, the Main Text and Conclusion.

The Introduction will explain research topic, research question, research justification, and research methodology and research structure.

The Main Text includes six chapters. Chapter one focuses on the relevance between the research question, i. e. reconstruction of transnational labor regulation, and the research methodology, i. e. the theory of reflexive law. Traditional mode of state-targeted transnational labor regulation, which is dominated by international governmental organizations and some developed countries, has suffered difficulties. Obviously, the Reform of the traditional regulation mode is a matter of how to change rather than whether to change. Since the gist in reconstructing the traditional regulation mode, i. e. the relationship between public and private regulators, between hard and soft arrangements, are topics of reflexive law theo-

ry, this theory can be a useful tool to analyze the crux and seek the solution. Chapter two, three and four provide main arguments for the deconstruction of the traditional regulation mode. In this part, extent of reflexive rationality in the regulation practice of international governmental organizations, some developed countries and private entities including multinational enterprises and non-governmental organizations are analyzed. It can be seen that the traditional regulation mode is under self-deconstruction and a new framework which is dominated by public soft arrangements and private regimes is being reconstructed. Chapter five delivers the author's main opinion based on the former four chapters. It answers how to reconstruct a new regulation mode that is based on reflexive rationality, and provides solutions for problems to be solved before completion of the reconstruction. Chapter six is an outreach of the main opinion to the case of China. It Provides an insight on what significance the new reflexive regulation framework will have for China, what role China shall play, and how to respond to China's current challenges.

The Conclusion is a summarization of the dissertation with seven groups of antonymous words, including essential vs. peripheral, private vs. public, soft vs. hard, states as subjects vs. states as objects, deconstruction vs. reconstruction, ideality vs. reality, internationalization vs. localization. Further research is needed as to the reconstruction of the transnational labor regulation.

Key Words: Transnational Labor Regulation; Reconstruction of Regime; Reflexive Law

缩略语表

AFL-CIO	American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations (美国劳联 – 产联)
BIAC	Business and Industry Advisory Committee (商会顾问委员会)
BIT	Bilateral Investment Treaty (双边投资协定)
BWI	Building and Woodworkers International (建筑与木材劳动者国际联盟)
CCC	Clean Clothes Campaign (洁净服装运动)
CI	Communications International (国际通讯工会)
ETI	Ethical Trading Initiative (有道德的贸易倡议)
FIET	International Federation of Commercial, Clerical Professional and Technical Employees (国际商业文书及技术雇员联合会)
FLA	Fair Labor Association (公平劳动协会)
FTA	Free Trade Agreement (自由贸易协定)
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade (《关贸总协定》)
GFA	Global Framework Agreement (全球框架协议)
GUF	Global Union Federation (全球工会联盟)
IBRD	International Bank for Reconstruction and Development (国际复兴与开发银行)

续表

ICEM	International Federation of Chemical, Energy, Mine and General Workers' Unions (国际化学能源矿业和普通劳动者工会联盟)
ICFTU	International Confederation of Free Trade Unions (国际自由工会联合会)
IDA	International Development Association (国际开发协会)
IFA	International Framework Agreement (全球框架协议)
IFC	International Finance Corporation (国际金融公司)
IFI	International Fund for Ireland (爱尔兰国际基金)
IGF	Inter-national Graphic Federation (国际制图工会)
IGO	Inter-Governmental Organization (政府间组织)
ILO	International Labour Organization (国际劳动组织)
IMF	International Monetary Fund (国际货币基金组织)
IMF	International Metalworkers' Federation (钢铁加工业劳动者联盟)
IndustriALL	IndustriALL Global Union (全球工业总工会)
ITGLWF	International Textile, Garment and Leather Workers' Federation (国际纺织服装和皮革劳动者联盟)
ITS	International Trade Secretariat (国际贸易秘书处)
IUF	The International Union of Food, Agricultural, Hotel, Restaurant, Catering, Tobacco and Allied Workers' Associations (国际食品劳联)
MAI	Multilateral Agreement on Investment (《多边投资协定》)

续表

MEI	Media and Entertainment International (国际媒体暨娱乐产业联合会)
MIGA	Multilateral Investment Guarantee Agency (多边投资担保机构)
MNE	Multinational Enterprise (跨国企业)
NAFTA	North American Free Trade Agreement (《北美自由贸易协定》)
NGO	Non-Governmental Organization (非政府组织)
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development (经济合作与发展组织)
OTLA	Office of Trade and Labor Affairs (美国贸易与劳动事务办公室)
PIG	Public Interest Group (公共利益集团)
RTA	Regional Trade Agreement (区域贸易协定)
SAI	Social Accountability International (社会责任国际)
SARW	Southern Africa Resource Watch (《南非资源观察》)
TFT	Tit-for-Tat (投桃报李, 以牙还牙)
TPP	Trans-Pacific Partnership (《跨太平洋伙伴协定》)
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership (《跨大西洋贸易与投资伙伴协定》)
TUAC	Trade Union Advisory Committee (工会顾问委员会)
UN	United Nations (联合国)
UNI	Union Network International (国际网络工会)

续表

USTR	Office of United States Trade Representative (美国贸易代表办公室)
WCL	World Confederation of Labour (世界劳动联盟)
WFTU	World Federation of Trade Unions (国际工会联盟)
WRC	Worker Rights Consortium (工人权利联盟)
WTO	World Trade Organization (世界贸易组织)
WWC	World Works Council (世界企业工会委员会)

术语解释

基于不同学科对同一或类似概念的理解可能有不同的侧重，在借鉴其他学科的知识时，需要结合法学的逻辑界定其含义。同时，对英文法律术语的翻译不能脱离具体的制度背景。为此，本文对若干术语进行功能界定，以便阅读理解。

1. 劳动标准 (labour/labor standard)

本文将国际劳动公约或国内法规定的劳动者权益保护的最低要求称为劳动标准。本文有关概念中的 labour，包括 international labour standard、International Labour Organisation，统一翻译为“劳动”，而非“劳工”。

中国大陆文献将“劳工”与“劳动”混用，可能与早期引入国际劳动法的翻译有关系。最早将国际劳动法引入中国的是刘由锦先生。他当时组织编译欧洲著名的国际劳动法学者 Nicolas Valticos 的专著 *International Labour Law* (1975 年版) 以及国际劳动组织编写的 *International Labour Standards* (1978 年版) 时，编著的名称就叫《国际劳工法》，其中 labour standard 翻译为“劳工标准”。此后，中国很多学者沿用了这种翻译，如余云霞著《国际劳工标准：演变与争议》(2006)、杜晓郁著《全球化背景下的国际劳工标准》(2007)、林燕玲主编《国际劳工标准》(2007)。1991 年王家宠先生所著的《国际劳动公约概要》则稍有不同，他将 ILO 翻译为国际劳工组织，ILO 大会翻译为国际劳工大会，其他情况下都翻译为劳动，如国际劳动立法，国际劳动条约等。关怀先生 1994 年主编的《劳动法学基础》也采取了类似的区分。

相比之下，我国台湾地区学者对于“劳工”和“劳动”的区分比较严格。史尚宽先生的《劳动法原论》(正大印书馆 1978 年重刊) 对 labour 的翻译一致，均为“劳动”，如“国际劳动会议”“国际劳动机构”等。而“劳工”被指为“劳动者”，可见于我国台湾地区学者林丰宾和刘邦栋所著的《劳动基准法论》(三民书局股份有限公司 2011 年第 5 版) 附录——劳

动基准法第2条的解释。因此,在台湾地区有关劳动基准的法规中,“劳工”指代劳动者,而“劳动基准”指的是劳动条件最低标准,与“劳动标准”意思一致。

事实上,中国大陆文献所用的“劳工”及“劳动”英文都是 labor,翻译为“劳工”不太准确。理由是,按词语的通俗意思解释,“劳工”更宜被理解为劳动者。若将 labor standard 翻译为劳工标准,容易引人误以为是关于劳动者的标准,无法直接体现劳动保护的本意。同样,International Labour Organisation 的翻译也应该还原为“国际劳动组织”,因为国际劳动组织的主体为三方(即成员国政府、劳动者组织和雇主组织)而不仅仅是劳工(劳动者)。

2. 反思法 (reflexive law)

反思法又译为“反身型法”“反思性法”。1997年,在首篇关于图依布纳的反思法理论的中文译文——《现代法中的实质要素和反思要素》中,矫波先生将 reflexivity 翻译为“反思性”,但将 reflexive law 翻译为“反身型法”。2007年,冯健鹏先生对图依布纳另一论文(《法律与社会中的自创生:对勃兰根堡的反驳》)进行翻译时,沿用“反身型法(反身法)”。我国台湾学者廖义铭在《行政法基本理论之改革》一书中也运用了该理论,他的翻译是“反思性法”。这些学者都未指出如此翻译的原因。本文采纳“反思法”的翻译,认为该译法更接近反思法理论所要表达的意思。

反思法理论建立在系统论的基础上。系统论认为,基于功能分化,整个社会细分为若干子系统,其中法律与其他社会子系统互为环境,遵循各自的结构和运作逻辑。这些子系统虽然在认知上是开放的,但在结构上相互封闭。^① 法律变迁遵循自身的发展逻辑,即便是最强大的社会压力也将被有选择地过滤到法律结构中,适应法律规范发展的独特逻辑。反过来,其他社会子系统的变化也非法律直接硬性调整就能实现。法律只能通过对这些社会子系统的内在自我管理过程施以外部刺激,依赖这些系统内部的自我管理才能实现所期待的变化。因此,法律对社会的调整不是传统意义上的点到点的直线解决问题的思路,而是通过导引调整对象的自我调整迁

^① TEUBNER, GÜNTHER. Autopoiesis in Law and Society: a Rejoinder to Blankenburg [J]. *Law and Society Review*, 1984, 18 (2): 291; TEUBNER, GÜNTHER. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law [J]. *Law and Society Review*, 1983, 17 (2): 249; [德] 卢曼:《社会中的法律》,郑伊倩译,人民出版社,2009,第38页。

回地解决问题。

“反身型法”的翻译似乎把侧重点放在法律结构的自我封闭性上，较难看出这种新的法律理性在合法性与外在功能方面的新特点。相反，“反思”的中文意思是“思考过去的事情，从中总结经验教训”。总结过去的不足是为了更好地应对未来。图依布纳提出反思理性的目的也是为了克服传统的法律调整应对社会问题的理性不足，追求更有效地回应社会问题。因此，用“反思法”或“反思性法”的翻译更容易引人理解传统的法律理性的不足，以及这种新型法律理性在内在规范和外在功能方面的新变化。据此，以反思法理论为指导的监管称为“反思性监管”或“回应性监管”。

3. 自我指涉 (self-referential)

自我指涉的概念来源于生物学，它标示由主体生产和再生产所构成的要素的系统。图依布纳和卢曼都认为，法律系统的运作具有自成一体性，它通过观察其他社会子系统的运作，尝试理解或误解它们的结构和变化规律，并基于所理解的信息自我生产适应外部环境的规则。^① 在法律的自我指涉中，法律系统既是主体，又是对象。反过来，由于许多其他社会子系统的运作也自成一体，因此，法律试图直接将规则强加给这些子系统的做法，也不符合这些子系统的运作规律。对法律而言，更明智的做法是创设沟通与对话的渠道，便利这些社会子系统对环境系统的观察和学习，帮助它们自我生产出更好地适应外部环境系统的规则。

社会子系统的自我指涉特点实际上对法律提出了更高的要求。法律首先必须是积极的，即必须发挥劝说和促进的功能，导引其他社会子系统的自我监管，组织其他社会子系统之间的相互学习、相互对话与相互沟通。同时，法律又必须是消极的，即应该尽量避免对社会子系统的直接干预。只有当社会子系统的自利性扩张令环境系统无法容忍的时候，法律才适宜启动传统的强制功能。

4. 跨国经济子系统

全球化导致全球社会分化为多个自主或半自主的跨国社会子系统，包

^① TEUBNER, GÜNTER. Autopoiesis in Law and Society; aRejoinder to Blankenburg [J]. *Law and Society Review*, 1984, 18 (2): 292; TEUBNER, GÜNTER. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law [J]. *Law and Society Review*, 1983, 17 (2): 249; [德] 卢曼:《社会中的法律》，郑伊倩译，人民出版社，2009，第18~25页。

括但不限于经济、科学、文化、技术、卫生、交通、旅游、体育。利用政治子系统的全球化程度远低于这些经济子系统的客观情况，跨国经济子系统建构了促进自身扩张的规则，其中既包括宏观的多边自由贸易协定、投资协定和金融自由化规则，也包括微观的合同意思自治与仲裁意思自治规则。由于跨国经济子系统运作的自成一体性（例如复杂的网络结构），对其盲目扩张引起的劳动保护、环境保护等社会问题，国家或政府间组织的直接干预若非不可能，也难以奏效。因此，法律应该通过导引跨国经济子系统的自我限制来解决其所引起的跨国劳动问题，从而维护其与环境系统的兼容。

5. 跨国企业网络结构

跨国企业是典型的跨国经济子系统的利益主体。相比二战后初期跨国企业简单的垂直结构，即“母公司与子公司”或“总公司与分公司”的结构，当前的跨国企业呈现网络化结构。围绕供货关系，跨国企业与其附属单位（包括子公司、分公司、供货商、承包商、销售商）形成了复杂的横向与纵向交错的网络化结构。跨国企业的网络化结构具有两面性。一方面，这是跨国企业制造严重的社会问题的根源，其复杂结构决定了法律的直接调整不能根本解决跨国劳动问题；另一方面，这可能是支持跨国企业进行自我劳动监管的有利条件，因为它包含了促进跨国劳动问题更有效解决的内部机制。因此，如果导引适当，跨国劳动问题有望通过跨国企业的网络化结构获得解决。

目 录

contents

导 论	001
一 问题的缘起	001
二 问题的研究现状	002
三 改变现状的资源	006
四 问题的研究规划	008
 第一章 跨国劳动监管制度的变革	
——反思法理论之视域	014
第一节 反思法理论的提出	015
引 言	015
一 反思法理论创立的初衷	015
二 作为反思法理论起点之“回应型法”	020
三 反思法理论的要义	023
第二节 从反思法（理性）到反思性监管	025
引 言	025
一 反思法理论中国家监管与私人自我监管（自治）的 辩证关系	026
二 反思法理论中程序化规范与程序性和实体性规则的 辩证关系	032
三 反思性监管的基本框架	034
四 反思法理论的定位	041
第三节 反思法理论与跨国劳动监管制度的变革	043
引 言	043
一 跨国劳动监管面临的挑战	043
二 跨国劳动监管可能的主体	047