

人民日报学术文库

法律与现实的差距

发展中国家劳动法与劳工保护研究

张晓霞 彭忍钢 著

人民日报出版社

人民日报学术文库

法律与现实的差距

发展中国劳动法与劳工保护研究

张晓霞 彭忍钢 著

人民日报出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法律与现实的差距：发展中国家劳动法与劳工保护研究 / 张晓霞 彭忍钢著. —北京：人民日报出版社，2014. 12

ISBN 978 - 7 - 5115 - 2947 - 3

I. ①法… II. ①张…②彭… III. ①发展中国家—劳动法—研究②发展中国家—劳动保护—研究 IV. ①D912. 504②X9

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 304092 号

书 名：法律与现实的差距：发展中国家劳动法与劳工保护研究
著 者：张晓霞 彭忍钢

出版人：董伟

责任编辑：林薇 张伟煜

封面设计：中联学林

出版发行：人民

社 址：北京金台西路 2 号

邮政编码：100733

发行热线：(010) 65369527 65369846 65369509 65369510

邮购热线：(010) 65369530 65363527

编辑热线：(010) 65369514

网 址：www. peopledailypress. com

经 销：新华书店

印 刷：北京彩虹伟业印刷有限公司

开 本：710mm × 1000mm 1/16

字 数：194 千字

印 张：14

印 次：2015 年 3 月第 1 版 2015 年 3 月第 1 次印刷

书 号：ISBN 978 - 7 - 5115 - 2947 - 3

定 价：68.00 元



作者简介

张晓霞 山东财经大学法学院副教授，山东大学法学院博士后。主要研究方向为劳动法、社会保障法。

彭忍钢 山东财经大学外语学院副教授，毕业于湖南师范大学，研究方向为中西翻译理论。曾赴美国圣荷塞州立大学访问研究。

2012教育部人文社会科学基金，编号：12YJC8201042

目 录

CONTENTS

导 论	1
-----------	---

第1章 发展中国家劳动法与劳工保护:法律与现实之间的紧张	3
------------------------------------	---

1.1 工作世界的演变	3
1.2 就业模式与劳动法的不相称	15
1.3 劳动法的改革及贸易自由化的影响	21
1.4 劳动法的执行问题:结构及新尺度	23
1.5 劳动法与性别的平等	29
1.6 小结	34

第2章 历史的挑战及全球化的影响	
------------------------	--

——发展中国家劳动法的效用及体面工作的渴求	37
-----------------------------	----

2.1 引言	37
2.2 劳动法的无效性——作为社会及法律多元化的反应	38
2.3 未完全融入主流的贸易体系:发展中国家法律无效性的原因	44
2.4 市场利润 VS 法律保护	47
2.5 劳动法的无效性:体面工作匮乏的征兆	49

第3章 贸易自由化与劳动法 70

3.1 贸易自由化、劳动法及国家角色之间的紧张 70

3.2 发展中国家劳动法改革的领域 74

第4章 拉丁美洲地区劳动法:标准与现实的差距 84

4.1 引言 84

4.2 政治、经济背景及劳动法的演变 86

4.3 劳动法对劳动者的保护:旧问题与新困境 92

4.4 工作中的性别平等——以墨西哥为个案 113

4.5 小结 125

第5章 南非劳动法与劳工权益保护:以南共体成员国为视角 ... 127

5.1 引言 127

5.2 南非共同体国家劳动法的发展 130

5.3 南部非洲劳动法面临的挑战 141

5.4 工作中的性别平等——以莱索托为例 171

5.5 小结 179

第6章 南亚地区劳动法与劳工保护

——需要更具包容性的劳动法 181

6.1 南亚地区劳动法的历史演变 182

6.2 南亚地区劳动法:主要特征及改革措施 184

6.3 劳动法对性别平等的保护效用——以印度为个案 204

6.4 小结 210

主要参考文献 212

导 论

各国劳动法的立法目的都是为了加强对劳动者的保护,使劳动者能够在自由、公平、安全而又具有人的尊严的条件下工作。然而,在世界劳动力队伍当中,能完全享受这些保护的只有少数人。特别是对广大的发展中国家来说,一方面,全球化使得国家和企业分别从法制和市场两个层面面对不断加剧竞争与挑战,从而对劳动者的权利造成了很大的冲击。一些发展中国家为了扩大出口和赢得外国的投资,并在“发展就是硬道理”的指引下,以 GDP 的增长为行动导向,以削弱对劳工权益的保护、压低劳工工资标准为代价。在企业层面,随着产品市场竞争的不断加剧、企业收益的不断减少和增加股东回报压力的增大,企业越来越多地在雇佣关系中引入市场因素,通过非法压缩员工的权利空间来达到降低生产成本和增强竞争力的目的。另一方面,就业模式的改变直接对就业和劳动力市场造成冲击,围绕着雇佣关系所建立的工作安全和保护受到了前所未有的挑战。

本书围绕着拉丁美洲、南部非洲、南亚地区的广大发展中国家劳动法的效用(effectiveness)问题展开探讨。法律的效用问题更多地被用来表明某一法律法规达到其追求的目标的能力,其特别指的是劳动立法对劳动力市场上的弱势群体的保护能力。对于发展中国家来说,劳动立法所蕴含的意义体现出不同的道德价值和社会价值。大部分国家对于国内劳动立法中的劳动者的基本权利在形式上都给予了支持,那么劳动法赋予劳动者的

基本权利在实际运行中能得到保障吗？导致发展中国家劳动者权利失效的主要原因有哪些？如何才能使发展中国家的劳动立法得到更为有效地实施？这些问题成为本书研究的一个重点目标。

本书的研究内容从逻辑结构上分为两大部分。第一部分从总体上分析了发展中国家劳动法对劳动者保护的效用（effectiveness）问题。通过分析发展中国家劳动法调整劳资关系范围的狭窄，劳动法面临的挑战等问题来揭示发展中国家劳动立法的无效性，劳动法与劳工保护之间存在的巨大差距。这一部分还探讨了贸易自由化对发展中国家劳动法的影响，重点分析了贸易自由化与劳动法的关系。第二部分是个案研究。发展中国家的劳动法与劳工保护情况既有共性也存在差异，就拉丁美洲、南部非洲、南亚地区的发展中国家劳动法与劳工保护情况分别展开论证。

发展中国家的劳动法与劳工权利保护问题已成为国际国内社会关注和讨论的焦点问题。它不仅是一个国内的政治、经济问题，也是一个极其重要的国际法律问题。本书综合运用了法律社会学及比较分析等研究方法对发展中国家劳动法与劳工保护问题的诸多方面进行了研究，总结发展中国家劳工权利保障的现状，分析贸易自由化与劳工权利保障的可协调性，探索发展中国家在经济上融入国际社会后在劳工权利保障方面所应承担的国际责任和义务。

第 1 章

发展中国家劳动法与劳工保护：法律与现实之间的紧张

1.1 工作世界的演变

在过去的二十几年中，很多国家的用工及就业模式朝着非正规化（informalization）发展，也就是说，有越来越多的劳动者以合法的方式或事实上处于劳动立法的保护之外。“非正规”一词按照现在的理解是指在各国动力市场中普遍存在的现象。非正规经济包括许多不同类型的就业者、企业和雇主，其活动或者不被法律所覆盖，或者虽覆盖但未实施，或由于实施起来过于繁重和昂贵因而无法实施^①。即使如此，非正规经济包括许多根据刑法并不违法的合法活动。

劳动法在非正规经济中的实施是一个特殊挑战。诸如家庭工作一类的某些工作领域对劳动监察部门造成了困难，例如，那些与家庭中的隐私权相关的困难。

监察员在面临确保劳动法在那些被故意隐蔽起来和难以发现的国作

^① 国际劳工组织：《关于体面劳动和非正规经济的结论》，第 90 届国际劳工大会，日内瓦，2002 年。

场所中的实施的挑战，例如，在农业和建筑部门成为非正规部门的主体。

发展中国家非正规就业的主要表现形式主要如下几种方式：雇佣关系外部化、自营就业以及隐蔽就业。

1.1.1 雇佣关系的外部化 (externalization)

在现今的工作环境中，部分传统的雇佣关系正在逐步地让位给灵活的、临时的和基于任务契约规定的雇佣关系。经济环境的变化解释了这些传统雇佣关系的转变，其他重要的因素则源于劳动力市场制度的改变。雇佣关系的外部化在西方企业管理研究中已经成为一个重要的主题，而在发展中国家则是一个新课题。

雇佣关系外部化通常指在工作组织中使用非正规、非全职的人员，雇员与用人单位之间不存在劳动关系。雇佣关系外部化的形式也被称作：灵活就业人员配置；人才市场中介工作；契约性工作以及非正规就业^①。雇佣关系外部化和雇佣关系内部化相比，是计划用来增加组织在使用人力资源过程中的弹性而非稳定性的，它是指在组织外部建立各种雇佣关系的过程，即为管理控制外部化（使用临时代理和转包合同）和雇佣时间限制化（雇用临时人员和短期雇员）的过程。

对国外的灵活就业形式的种类和具体内涵进行分析之后，可以归纳为：非全日制就业、短期就业、派遣就业、季节性就业、待命就业、兼职就业、远程就业、承包就业、独立就业和家庭就业等共 11 种灵活就业方式。但基于雇佣外部化的本意引申出的灵活就业形式则通常是以组织内部还是组织外部的变化来定义，以是否有法律意义上的雇佣关系来确定其划分的重要尺度，即雇佣关系外部化并不完全包括了所有的灵活就业形式。美国学者阿恩·凯勒贝格（Arne LKalleberg）等人对雇佣外部化概念有借

① Arne L. Kalleberg, Jeremy Reynolds and Peter V., Externalizing employment: Flexible Staffing arrangements in US organizations. *social Science Research*, 2003. 32. pp. 525 ~ 552.

鉴意义的研究成果，他们研究的参考点是“标准的内部”概念，即通常意义上的安排在特定雇主的正规组织内部的全职或非全职雇员。用“组织 A”来表示特定的正规雇主和直接雇用灵活就业人员的雇主，组织 A 与雇佣中介的区别在于各自在特定的雇佣关系中是否是法律意义上的雇主。“直接雇佣”包括了两大类型的灵活就业人员，即员工被组织 A 直接雇用，通常是基于双方签订固定期限的兼职合同，或者待命就业。虽然其中某些兼职人员可能在其他组织有其他方式的正规雇佣关系，被组织 A 直接雇用的兼职人员归类为非正规员工。在其余的灵活就业人员配置中，法律意义上的雇主是不同于组织 A 的其他人员或组织，将这些雇主称作“雇佣中介”，包括临时代理和契约商。雇佣中介与雇员建立劳动关系，通过租赁员工或临时代理和契约合同帮助客户组织（例如，组织 A）完成业务活动，使它们在法律和管理上减轻负担，并实现管理控制外部化。^①

雇佣关系的外部化有这样一些好处：第一个好处是减少单位的雇佣成本。某些行业的某些雇主受到比其他行业以及其他雇主更大的成本压力，就有可能倾向于采用外部化雇用的灵活就业人员来降低人工成本。目前的人工成本一般包括在招聘、培训、配置和激励员工各个方面的开支。具体有：工资和福利成本，例如健康和退休金的附加福利成本；行政和雇佣成本（例如包括遵守政府规章等必要的文书工作）；招聘和雇佣成本；培训成本以及监督成本。一个组织可以雇用临时工而不需要增加健康保险、养老计划和失业保险，而且它可以雇用自我管理下属和员工的独立承包人，而不需要投入管理资源来管理他们。灵活就业人员的配置给雇主提供了法律依据，同时降低了他们的成本。众所周知，各国的法律都规定雇主不能合法地歧视正规的全职员工，尤其在员工福利方面，但是雇主被允

① Arne L. Kalleberg, Jeremy Reynolds and Peter V. , Externalizing employment: Flexible Staffing arrangements in US organizations. *social Science Research*, 2003. . pp. 525 ~ 552.

许合法支付给灵活就业人员较低的工资和福利。实际上,当内部劳动力市场处于组织经营和运作状况不佳的时候,组织往往选择辞退员工的方法来降低市场成本。第二个好处是适应组织对弹性劳动力的需求。雇佣关系外部化的人员配置为雇主提供大量的弹性:在经济急剧变化的环境中,或者在需求易变的产品市场上,可以迅速地雇用和解聘员工。采用临时工可以将每天、每周、每月或者每年的工作量在水平上进行调整,使雇主没有必要花钱雇用长期员工来安排他们最高工作量的波峰情况。除此之外,有些组织用临时工代替暂时离职的长期员工,或者为特殊的项目提供支援,例如公司的重组和并购。同时将工作外包,可以使企业理顺繁复的内部工作,并符合员工最高需求的周期。甚至企业不用任何成本就可以解雇临时工和承包人(包括企业形象受损的成本),因为这些员工从来没有想过要成为长期员工,他们往往有其他的工作选择。当组织需要在正常工作时间之外为客户提供服务时,兼职人员就派上用途了,这种情况常常在销售和服务工作中出现。

雇佣关系的外部化挑战了传统的劳动法,雇主与雇员的关系不再是从属关系,在法律地位上不再具有从属性的特征。外部化也削弱了集体谈判的力量。在组织内部,劳动力大军碎片化,要表达他们的集体利益是较为困难的,由于雇佣中介往往并不直接安排员工的工作,雇佣中介、用人单位和员工之间的三角关系,造成法律意义上的雇主无法直接控制员工的行为,产生了许多劳资争议,争议的焦点通常在于谁真正承担员工行为的法律责任。

尽管很多学术界谈论较多的是发达国家雇佣关系的外部化,但是对发展中国家来说,这已经开始成为重要的研究课题。例如,在过去的十几年中,南部非洲的“外部化已经成为非正规化的基本机制”^①在临时就业服务中,外部化的劳动力及服务已经广泛使用。而且,自1980年以来,一

^① Wester, E.; Von, K. Beyond the apartheid workplace: Studies in transition. Scottsville, University of waZulu - Natal Press. 2007. pp. 293 ~ 294.

些公司把一些重要的核心事务交由本单位的职工来从事，而把一些清洁、运输等边缘工作发包给其他组织来完成。^①

全球化，包括全球的竞争与融合以及技术的进步，这似乎成为雇佣关系外部化的主要推力。就南部非洲的情况来看，有学者指出，自20世纪90年代初期以来，贸易的自由化推动了农业部门及劳动密集型企业雇佣关系外部化的迅速发展，在这些部门中就业的劳动力主要是通过中介部门来就业的。^② 贸易的自由化似乎也推动了生产的分散以各种分包形式的出现。这样，雇佣关系外部化成为企业减少雇佣成本，满足企业对劳动力的需求，增加企业竞争力的一种策略。按照一些学者的研究，外部化成为国际高端零售商鼓励的弹性生产方式的一种产物。发展中国家的出口越来越受到国际上的一些大的采购商和跨国企业的控制的生产链条来实现，上游的国际主流发包商（采购商）与下游的分包商（供应商）之间所形成的稳定关系，采购商及跨国公司鼓励发展中国家的商业模式采用非正规化。如南非国家的种植园主通过广泛雇用季节工和合同工来降低劳动力成本。在南部非洲地区，各种类型的生产的分散化出现了。一项研究分析了南部非洲地区雇佣关系外部化的各种形式。如通过临时就业服务机构介绍的工作，组织中“非核心”任务的分包等。

在过去的20多年中，拉丁美洲地区的各种分包和外包形式也呈现出不断增长的趋势。这类情况在智利是特别的典型。智利大约有30%的劳动大军从事的是分包和临时性的工作，特别是在采矿和金属加工业中，雇佣关系外部化正在增加，1998年，各部门内有17.2%的企业拥有承包商提供的员工；在过去的5年中，20%的企业曾经就自己的主要业务，和其它企业或个人签订承包合同。在大公司里，36%曾经把工作分包，16%的企业在过去12个月里曾经和其他企业签订过承包合同，而其中又有9%

① Wester, E. ; Von, K. Beyond the apartheid workplace: Studies in trabsition. Scottsville, University of waZulu - Natal Press. 2007. pp. 293 ~ 294.

② Ibid.

的企业经常签订分包合同。在萨尔瓦多,过去十多年里,雇佣关系外部化特征似乎有所上升,例如跨国的服装制造企业就活计分包给当地公司(出口加工),然后再由这些当地公司分包给小的车间工场。在墨西哥,“企业对企业”的行为得到官方的鼓励,某些部门的企业被特别邀请使用产业分包系统(一种提供针对工业各个流程的供给方的名录)。

更加特别的是,拉丁美洲地区的典型特征是,不仅组织中的“非核心”事务外部化,而且也出现了包括“核心”事务的外部化现象。特别与那些原料的供应是通过主流企业来供应的行业,如墨西哥的汽车业和服装业。通过中介来获取工作也呈现增长的趋势,但是这并不是拉丁美洲地区劳动力市场的新模式,其实这一模式早已在建筑行业就实行了。只不过新的情况是这一模式不仅扩展到了其他行业,也出现在一些新的中介部门,包括一些国际特点或与国际合作特征的机构组织中。

在过去的二十几年中,印度的正规的制造业部门的合同工人的比重呈现非常明显增加的趋势,从1990年的12%增至2002年的23%。在其他国家,这一比例从1990年的42%增至2002年的60%。^①

在拉丁美洲地区和南亚地区,雇佣关系的外部化现象不仅仅局限于出口产业,雇佣关系外部化现象特别在那些以出口为导向的产业部门更加普遍,因为这些以出口为导向的部门更多地与“国际主流供应商的分包业务”发生联系。^② 拉丁美洲地区“分包组织的规模大小及生产能力是不同的,从中等规模的工厂到以家庭为单位的工厂”(以家庭为生产单位的微型企业)。^③

雇佣关系外部化可以以多种形式出现。最常见的是使用承包商和私营

① Sharma, A. N. "Flexibility, employment and Labour market reforms in India", in *Economic and Political Weekly*, 2006, 27 May, p. 2081.

② Ghosh, J. "Capital flows, changing patterns of work and gendered migration: Implications for women in China and South - East Asia", in *Indian Journal of Labour Economics*, 2003, vol 46, No. 3. p. 452.

③ Ibid. , p. 453.

职业介绍所。另一种非常流行的处理方式则是特许经销。在这种情况下，一企业允许另一企业或个人原则上独立地使用其商标或产品。但是，被授权者对授权者负有经济义务，后者往往对前者实施控制，包括控制其员工。

在本书第2章中一些学者指出，发展中国家的分包业务存在于正规和非正规的经济中，那些直接与国际供应商有密切联系的企业能更好地遵守劳动立法。而那些与国际供应商链条较远的企业对劳动立法的遵守情况不容乐观，劳动者的工作条件较差（在第4章谈到了拉丁美洲地区劳动法的遵守情况）。雇佣关系外部化的安排也对一国的社会保障制度提出了挑战，各国的社会保障制度原本是按照人的生命周期的不同阶段来设置的，在一个人年富力强的时期，将其收入的一部分储存起来，当疾病、衰老时把积累的这一部分以适当的方式还给他。社会保障制度并没有考虑到不稳定就业及非正规就业的情况。而且，雇佣关系的外部化对集体关系也产生了影响，工人组织松散，工人集体争取自身权利的能力在下降。

令人更加关注的问题是，雇佣关系外部化带来了若干问题。如果在一桩雇佣关系里，如果工人只需同一个人打交道的話，雇主的身份通常不会有疑义。此人要么雇用了该工人，要么行使着一名雇主的正常职能：如分配任务、提供完成任务的手段、发出指示并监督其执行、支付工资、承担风险、创造利润，以及终止雇佣关系等。但在外部化的雇佣关系中，情况可能会有所不同。在这种情况下，以上的职能被一个以上的人分别或者共同承担，这些人中的任何一个或一群都可以被视为雇主。首先，雇员大有理由疑问：“谁才是我的真正雇主？”一位在乌拉圭接受采访的劳动法庭法官发现，她和她的同事遇到的最大困难是，“复杂雇主”日益增加，加上观念和证据方面的问题，结果使得工人得到的保护越来越少。^① 在南非，在为农场提供临时工方面，对各种代理机构（“劳工掮客”）的使用

① 国际劳工局：《雇佣关系的范围》，国际劳工大会，第91届会议，2003年，日内瓦，49页。

已经大量增加。在面对多个对话者的情境下，由于工人与不同对象之间的关系有多种类型，后者可能是雇主，也可能是最终使用他们的劳动或服务的人，因此工人可能并不知道他们究竟是在为谁工作。比如，在遇到工伤事故时，他们可能不知道该向谁索取报酬或补偿，特别是当找不到直接雇主，或者该雇主破产时，他们不知道是否可以向使用方索取这些费用。

外部化雇佣关系的第二个棘手的问题是工人的权利是什么？谁来为工人的权利负责？从逻辑上讲，答案通常应与法律一致，即雇主是对其雇员权利负主要责任的人，无论他们是承包商、就业中介机构、合作伙伴抑或其他任何一种进行雇佣行为的企业或实体。但是在实现这些权利方面，使用方也可以起到关键作用（如工作时间限制、休息时间、带薪休假等）。

如何对雇主及其他可能出现的各方的身份进行确认、如何对工人的权利及保障此权利得以实现的人进行确认，都是不易解决的法律问题。因此，雇佣关系外部化产生了一个底层工人阶级进而造成了劳动力市场的分割。这些底层的劳动者与企业中的其他同类员工相比是特别弱势的，他们在就业市场上，在收入保障方面都是很脆弱的。由于他们缺乏集体代表，工作稳定性差，工作很难得到保障。结果，新的不平等出现了，或者不平等被加固了。因为某些社会阶层在外部化工作安排中占有大多数。^①这一现象在很多地区已经存在了。例如，在南非，外部化的就业安排使工人工资待遇较低，特别是那些通过临时中介机构介绍就业的工人比企业直接招聘的工人的工资更低。^② 纳米比亚劳动力市场分割的加剧主要是因为劳动关系的弹性化及通过分包、外包及临时就业中介机构的出现带来工作的外部化造成的。^③

① Davidov, G. ; Langille, B. (eds) . " *Boundaries and frontiers of labour law: Goals and means in the regulation of work* . Oxford, Hart. 2006. p. 297.

② Clerke, M. ; Godfrey, S; Theron, J. *Workers' protection: An update on the situation in South Africa* . 2002. Geneva, ILO.

③ Klerck, G. "Trade union responses to 'flexible' workforce in Namibia: Incorporation or marginalization", in *African Sociological Review*, Vol. 6, No. 2, p. 98.