

# 论国际劳工标准与农民工权益保护

胡瑾\*

**内容提要:**国际劳工标准是国际劳工组织保护劳动者权益的基本标准,其“核心国际劳工标准”包括四个方面的内容:结社自由并有效承认集体谈判的权利、消除一切形式的强迫或强制劳动、消除就业和职业中的歧视、有效废除童工。农民工问题的实质是农民工所受到的歧视待遇问题。我国应该按照国际劳工标准改革现有的城乡二元结构体制,以消除对农民工的歧视,保护农民工的合法权益。

**关键词:**国际劳工标准 农民工权益 城乡二元结构体制 歧视待遇

农民工是走在中国改革开放前端的先锋者之一。然而,由于种种原因,现阶段农民工在城市求职和劳动的过程中,遭遇了其他社会群体迄今为止未曾经历过的种种问题和困难,整体沦为城市边缘群体和弱势群体,形成了具有中国特色的“农民工”问题。目前,在中国经济快速发展的进程中,社会结构的转型和城镇化进程的不断加快,使得农民工的权益保护问题更加突出,这引起了社会的高度关注,国内学者对农民工的权益问题也进行了较为深入的研究。本文从国际劳工保护的角度来分析论述中国农民工的权利保护问题,以期对这一问题进行更加深入和全面的研究,从而有效地促进中国经济的发展和社会的繁荣与和谐。

## 一、国际劳工标准的主要内容

国际劳工标准是指国际劳工大会通过的国际劳工公约和建议书,以及其他已达成国际协议的具有完备系统的处理劳动关系和与之相关的一些关系的规则和原则。

国际劳工标准是国际劳工组织保护劳动者权益的基本标准,这些标准通过国际劳工组织的公约和建议书加以颁发,并在各国政府批准后融入本国法律体系进行实施。国际劳工标准是在国际劳工组织的推动下形成和发展起来的,它体现了国际劳工组织的宗旨和目标,是国际惯例和国际法的重要组成部分。

国际劳工标准主要分为两大类。一类是关于人权和工会权利的,主要内容是保证自由结社的权利,禁止强迫劳动以及消除工作中的歧视以体现工人的平等和尊严等;另一类是关于就业和劳动条件的。

国际劳工组织于1998年通过了《国际劳工组织关于工作中的基本原则和权利宣言》,在该宣言中,国际劳工组织将结社自由并有效承认集体谈判的权利、消除一切形式的强迫或强制劳动、消除就业和职业中的歧视、有效废除童工等四个方面的内容定义为“核心国际劳工标准”。宣言明确提出,作为国际劳工组织成员,“即使是尚未批准这些公约,但仅从作为劳工组织成员这一事实出发,所有成员国都有义务真诚地并根据《章程》的要求,尊重、促进和实现关于作为这些公约之主题的基本权利的各项原则。”从而使得这些公约对所有成员国都具有法律上的约束力。

该《宣言》中所包含的八项核心公约,通常被称为“核心国际劳工标准”或“基本国际劳工标准”,是国际劳工组织在其80多年历史中不断发展和完善的整个劳工标准体系中最重要的一部分,也是成员国政府、雇主和工人三方智慧的结晶。

这八项国际劳工公约具体分为如下四个方面的内容:

\* 安徽教育学院政法系讲师,武汉大学国际法研究所访问学者。

参见蒋月:《中国农民工劳动权利保护研究》,法律出版社2006年2月第1版,第1页。

参见王家宠:《国际劳动公约概要》,中国劳动出版社1991年11月版,第15页。

参见国际劳工组织:《基本劳工权利原则宣言》(1982年),第2条。

参见刘旭:《国际劳工标准概述》,中国劳动社会保障出版社2003年第1版,第44页。

1. 关于自由结社与集体谈判权的公约,包括 1948年《结社自由与保障组织权利公约》(第 87号)和 1949年《组织权与集体谈判权公约》(第 98号);

2. 关于废除强迫或强制劳动的公约,包括 1930年《强迫或强制劳动公约》(第 29号)和 1957年《废除强迫劳动公约》(第 105号);

3. 关于平等权方面的公约,包括 1951年《同工同酬公约》(第 100号)和 1958年《(就业与职业)歧视公约》(第 111号);

4. 关于禁止使用童工方面的公约,包括 1973年《最低就业年龄公约》(第 138号)和 1999年《最恶劣形式的童工公约》(第 182号)。

到目前为止,国际劳工组织共制定了 186个公约和 192个建议书。2006年 8月,公约共获得 7407次批准,平均每个成员国批准 41项。上述八项公约中,目前各成员国的平均批准数大约是 7个。我国共批准了 24项,其中核心劳工公约有 4项。尚待批准的核心劳工公约包括两个方面,一是有关强迫劳动的,另一是有关结社自由和组织权的。

另外,我国政府已经签署了《经济、社会及文化权利国际公约》(2001年 2月)和《公民权利和政治权利国际公约》(1998年 12月)。批准上述劳工公约以及签署两个基本人权公约,表明中国政府对包括基本劳动权利与核心劳动标准在内的整个人权原则的认同和尊重。

以上国际劳工公约中与农民工权益紧密相关的有四个方面:

#### (一)就业机会均等与待遇平等

平等作为现代民主社会的重要原则,是人类长期追求的目标,“平等!是人性的第一愿望,是人的第一需要,是所有法制社会的主要目标。”

1958年通过的《(就业与职业)歧视公约》(第 111号)规定:“全人类不分种族、信仰或性别都有权在自由和尊严、经济保障和机会均等的条件下谋求其物质福利和精神发展”。公约所说的“歧视”主要是指基于种族、肤色、性别、宗教、政治见解、民族血统或社会出身等原因,采取的有损于就业或职业机会均等或待遇平等的区别、排斥或优惠措施,歧视性措施可能是以法律形式存在的,也可能是以事实或惯例形式存在的。<sup>⑩</sup>

#### (二)集体谈判

《组织权和集体谈判权公约》(第 98号)的主要内容包括:1. 工人应享有充分的保护,以防止在就业方面蒙受任何排斥工会的歧视行为;2. 工人组织和雇主组织均享有充分的保护,以防止在组织的建立、开展活动或内部管理方面,发生一方直接或通过代理人或会员干涉另一方的行为;3. 政府应该采取适合的措施鼓励雇主或雇主组织同工人之间进行自愿谈判的机制。<sup>⑪</sup>

#### (三)废除强迫劳动

1930年《强迫或强制劳动公约》(第 29号)规定:批准国应逐步废除一切形式的强迫劳动。在逐步废除的过渡时期里,在遵守该公约规定的种种条件和保证的前提下,为了公共利益,可以把强制劳动和义务劳动作为一种权宜之计。公约规定,“强迫劳动是指任何人因受惩罚、威胁、被迫而从事非本人自愿从事的一切

参见周长征:《中国应当批准更多的基本国际劳工公约?——基本国际劳工标准与中国劳动立法之比较研究》,“国际劳工标准研究与劳动法教学国际研讨会”会议论文。

参见杨鹏飞:《从选择性适用理论看核心劳工公约的批准》,载《政治与法律》2006年第 5期。

<http://www.ilo.org/ilolex/english/newratframeE.htm> (2006年 10月 30号访问)。我国到目前为止共批准了 4项,即 100号公约(1990年 11月),138号公约(1999年 4月),182号公约(2002年 8月),111号公约(2006年 1月)。

See Maja Kiribva Eriksson, Reproductive Freedom: In the Context of International Human Rights and Humanitarian Law, Martinus Nijhoff Publishers, 2002, p. 21.

参见国际劳工组织:1958年《(就业与职业)歧视公约》(第 111号),第 1条。

<sup>⑩</sup> 第 168号公约又增加了国籍、民族起源、残疾或年龄。《促进就业和失业保护公约》(第 168号)第 6条规定:“各会员国应保证所有受保护人享受平等的待遇而不受种族、肤色、性别、宗教、政治信仰、民族血统、国籍、民族或社会渊源、残疾或年龄方面的歧视。”

<sup>⑪</sup> 参见国际劳工组织:1949年《组织权与集体谈判权公约》(第 98号),第 2条。

工作或劳务,但有些义务不包括在强迫劳动之内。”

1957年《废除强迫劳动公约》(第105号)要求,立即和彻底废除用于政治目的的强制劳动或义务劳动,废除以下以任何形式为目的的强迫劳动:(1)将其作为政治压制或政治教育的一种手段,或作为对待持有或发表同既定的政治、社会或经济制度相对立的政治观点或思想观点的一种惩罚;(2)将其作为发展经济而动员和运用劳工的一种措施;(3)将其作为维护劳动纪律的一种手段;(4)将其作为对参加罢工成员的一种惩罚;(5)将其作为实行种族、社会、民族和宗教歧视的一种手段。<sup>⑫</sup>

#### (四)结社自由

自由结社权是整个国际劳工标准的基础,因为与强大的资方相比,单个或少数劳动者的能力非常有限,难以与雇佣者相对抗,他们只有联合起来才可能维护自己的权益,因此结社权是劳工标准中最为基础性的内容。1948年《结社自由和保障组织权利公约》(第87号)规定:“凡工人和雇工,没有任何区别地均应有权建立他们自己选择的组织,以及仅以有关组织的章程加入他们自己选择的组织,而无须事前得到批准”。<sup>⑬</sup>“行政当局不得解散工人组织和雇工组织或者干涉他们的活动。”<sup>⑭</sup>从这一表述中可以看出,工人的自由结社权包括两个内容:第一是工人有建立和选择组织的自由,第二是这种建立和选择行为无需得到任何人、任何组织的批准。

此外,1964年《就业政策公约》(第122号)和建议书(第122号)是就业领域的重要标准,与农民工权益保护具有密切的关系。公约要求成员国制定积极的政策,促进充分的、自由选择的生产性就业。“充分的”就业是指向一切有能力工作并寻找工作的人提供工作。公约重申了非歧视原则,指出每个工人不论其种族、肤色、性别、宗教信仰、政治见解、民族血统或社会出身如何,都有选择职业的自由。<sup>⑮</sup>

国际劳工标准具有双重功能,一是调节会员国国内的劳动关系。在这一功能作用下,各国的劳动标准趋向于一致化,对于各国尤其是发达国家的社会稳定和经济发展起到了重要作用。另一种功能是调节国家间贸易竞争的作用。因为对于贸易投资者来说,劳工标准不同,就意味着劳动力成本不同,这是制约贸易与投资行为的一个重要因素。这种作用在国际劳工组织的成立动机和章程中是包括在内的。<sup>⑯</sup>国际劳工标准的内容广泛,一般带有超前性。总之,不难看出核心劳工标准的实质是政治性标准,而不是对工资、工时等具体劳动条件的规范。从这个意义上讲,核心劳工标准可以被称为劳动人权。<sup>⑰</sup>

国际劳工公约的核心和宗旨是确立和保障世界范围内的劳工权利。<sup>⑱</sup>中国作为国际劳工组织的成员,不仅有责任和义务遵守和实现这些关涉劳工基本权利的各项原则,而且,应该在条件适合的情况下,扩大国际劳工公约特别是核心公约的批准范围。从中国的立法需求及其法律环境来分析,不仅完善和加强劳工标准立法是保障劳工权益最主要的法律手段,而且,就劳动立法的现状来看,中国也基本具备批准核心劳工公约的法律环境。<sup>⑲</sup>

总之,处于社会变革时期的劳工权益保障问题将是一个非常突出的社会问题和法律问题。解决这一问题的途径之一,即是参照国际劳工标准,完善中国劳工标准立法,以更有效地保障中国工人尤其是农民工的合法权益。

## 二、我国农民工权益受侵害的现状简析

进入新世纪以来,一方面我国农民收入增长趋缓,城乡收入差距在不断扩大,并且农民收入的增长越来越依赖与农村剩余劳动力转移密切相关的“外出务工”收入的增长;另一方面,作为我国目前重要的剩余劳动力转移形式的“农民工”又因被拖欠工资、子女教育、超时工作和劳动条件恶劣等引起了大家的普遍关注。

<sup>⑫</sup> 参见前注,刘旭书,第46页。

<sup>⑬</sup> 参见国际劳工组织:1948年《结社自由和保障组织权利公约》(第87号),第2条。

<sup>⑭</sup> 同注<sup>⑬</sup>,第4条。

<sup>⑮</sup> 参见前注,刘旭书,第49页。

<sup>⑯</sup> 参见张利萍:《国际劳工标准、国际贸易与我国劳工标准》,载《贵州师范大学学报(社会科学版)》2006年第2期。

<sup>⑰</sup> 参见前注<sup>⑯</sup>,张利萍文。

<sup>⑱</sup> 参见前注,王家宠书,第15—17页。

<sup>⑲</sup> 参见常凯:《WTO、劳工标准与劳工权益保障》,载《中国社会科学》2001年第1期。

如何合理促进农村剩余劳动力的转移,已成为解决日益严峻的“三农”问题的关键之一。<sup>⑩</sup>

实际上,“农民工”问题包含两个方面,一个方面是“农民工”自身的待遇问题,另一个是“农民工”引发的社会问题。最早引起人们关注的是后者,而“农民工”自身的待遇问题则是在最近几年才逐步引起全社会关注的。全国普遍出现的拖欠“农民工”工资问题,便是这类问题的典型表现。<sup>⑪</sup>

目前在农民工自身待遇方面存在诸多问题,具体表现在 12 个方面:

1. 就业受歧视和自由择业权受到严重侵害; 2. 劳动合同领域存在的问题较为突出; 3. 工资水平偏低和工资被拖欠、克扣的现象未从根本上得到遏制; 4. 未执行劳动工时制和超时加班现象严重; 5. 农民工的基本社会保险缺失严重; 6. 劳动安全与卫生条件差,使农民工健康和生命受到严重威胁与伤害; 7. 农民工享受的劳动福利待遇较少; 8. 对女职工和未成年人的特殊保护没有完全落实; 9. 农民工在职受训机会少及职业素质提高难; 10. 用人单位劳动规章制度不健全; 11. 劳动执法和劳动仲裁保护农民工合法权利的力度不够; 12. 工会在维护农民工劳动权利方面未发挥应有作用。<sup>⑫</sup>

广大农民已经为中国经济的发展付出了太过沉重的代价,对农民工的诸多限制大多源于计划经济时代集中管理的模式,这显然已经不适应市场经济体制的需要,而且成为阻碍市场经济发展的落后的上层建筑。如果继续以损害农民工的基本权益为发展代价,必将严重威胁中国社会经济的稳定。<sup>⑬</sup>

我国权威机构的最新抽样调查显示:农民工在我国二、三产业员工中所占比例已高达 59.8%。<sup>⑭</sup> 农民工从最初的“散兵游勇”到成为中国产业工人的重要组成部分,这是一个历史性的变化。这种变化绝不单纯意味着农民进城务工人员数量的增加,它在相当大的程度上还证明了农民工已成为我国工业化、现代化建设的生力军,并将逐渐演变为工人阶级的主力军。因此,对待农民工的政策取向如何,农民工的政治地位、生活现状怎样,直接涉及我国全面建设小康社会进而实现现代化的进程。<sup>⑮</sup>

### 三、我国农民工劳动权利受侵害的主要原因

农民工是城乡二元结构体制的产物,农民工劳动权利保护受阻的问题,在较大程度上,是这种特殊社会结构长期的各种深层次矛盾的集中反映与表面化。伴随着计划经济到有计划商品经济和市场经济体制的转变,我国的农民工劳动就业政策基本完成了从禁止、限制到承认、鼓励的演变,农民工的重要作用得到了认同,自由流动和劳动权利保护开始得到承认和重视。然而,在大多数时候,政策仍对农民工采取歧视立场,这一状况至今未有完全改观。既往政策的制定,由于认识等历史原因,似乎缺乏对农村劳动力流入城镇的系统深入研究,欠缺预见性,有头痛医头、脚痛医脚之嫌,穷于应付。因此,有必要加强对农民工及其劳动权利的系统全面的深入研究,并在此基础上制定有效地解决问题的社会政策和规范。<sup>⑯</sup>

1. 社会结构方面的原因:我国城乡的二元户籍制度是导致农民工待遇不平等的制度根源。从社会分层角度看,户籍制度实际上是一种“社会屏障”(social closure)制度,它将农民工屏蔽在分享城市社会资源之外。二元户籍制度犹如一道无形的高墙,将我国城市与农村社会彻底分离开来。<sup>⑰</sup> 另外,劳动力市场的二元结构和歧视农民工就业等不合理的政策限制也是重要原因之一。包括就业岗位歧视、就业管理歧视等。在现代工业社会中存在着两类劳动力市场,其一是收入高、劳动环境好、待遇好的第一劳动力市场;其二是工资低、工作条件差、福利低的第二劳动力市场。美国社会学家皮奥里(MICHAEL·J·PDRE)将之概括为劳动力市场的二元结构。他认为劳动力市场的区分并不是纯技术的,第一劳动力市场更多地受到制度性的保护,

<sup>⑩</sup> 参见曾寅初:《“农民工”问题的本质与城乡统一劳动力市场的形成》,载《中国农民问题研究》第2辑,中央编译出版社2005年9月第1版,第17页。

<sup>⑪</sup> 同注<sup>⑩</sup>,曾寅初文。

<sup>⑫</sup> 参见前注,蒋月书,第87-119页。

<sup>⑬</sup> 参见李薇薇主编:《禁止就业歧视:国际标准和国内实践》,法律出版社2006年4月第1版,第400页。

<sup>⑭</sup> 参见国务院新闻办公室2004年4月发布的《中国的就业状况和政策》白皮书。

<sup>⑮</sup> 参见王舟波:《关注成为产业工人重要组成部分的农民工通过立法程序解决农民工维权问题》,载《中国党政干部论坛》2004年第4期。

<sup>⑯</sup> 参见前注,蒋月书,第45页。

<sup>⑰</sup> 参见刘翠宵:《进城务工人员的社会保障问题》,载《法学研究》2005年第2期。

如工会力量、劳动保障制度和最低工资标准等。而第二劳动力市场却相反,常常处于利益被忽视的政策边缘。在我国,绝大多数农民工都是在第二劳动力市场就业。<sup>②③</sup>

2 法律方面的原因:立法漏洞使侵犯农民工权益的行为难以被追究。主要表现在:缺乏禁止户籍歧视和年龄歧视及其责任方面的规定;劳动合同法立法缺乏程序性规定和救济手段;缺乏对雇主拖欠工资行为的制裁性规定;对单位强制劳动的情形没有予以制裁特别是刑事制裁的规定;社会保险立法没有明确农民工的权利;缺乏农民工享受社会福利的实体法;立法欠缺用人单位须具备劳动安全卫生基本设备和设施的规定;对雇主违反女工和未成年工保护义务时的法律责任规定的不够明确;缺乏对农民工进行职业培训的规定;劳动规章制度缺乏具有可操作性的程序规定等。

另外,现行法律规定不明确或脱离实际使得农民工的劳动权利被边缘化:(1)劳动法未对劳动规章制度及其相关概念的定义和范围做出明确规定,企业劳动规章制度内容的随意性较大,有的企业片面扩大劳动制度的范围,对劳动者施加不合理的约束;(2)劳动时间的规定与实际不符。我国实行每周40小时工作制,比一些发达国家还短,如德国、日本仅实行每周48小时工作制;<sup>④</sup>(3)劳动规章与劳动合同、集体合同之关系在相关立法上没有明确规定,造成了适用上的混乱,有些企业甚至利用劳动规章制度排斥劳动合同、集体合同的适用;(4)有关劳动监察的规定存在脱离实际或者相互矛盾的情况。我国《劳动监察条例》第2条规定,劳动监察的对象包括企业、个体工商户、职业介绍机构、职业技能培训机构和职业技能鉴定机构。这就把国家机关、事业单位、社会团体、民办事业单位、家庭雇工等排斥在劳动监察对象之外。现行法律法规关于劳动监察的行政处理规定亦缺乏可操作性。《劳动监察条例》第17条有关处理程序的规定过于简单;(5)劳动仲裁与法院实行“又裁又审”,致使劳动争议救济途径不畅,救济成本过大,超出了农民工的承受能力,既降低了劳动仲裁的权威,又浪费了司法资源,还拖延了时间,成为农民工维权不能承受之重。

3 劳资双方地位悬殊,农民工处于不利的地位。就企业主方面来说,农民工合法权益受侵害的原因主要有两个方面:(1)用人单位的强势地位是雇主对农民工频加侵害的诱因。用人单位的强势地位是农民工合法权益受侵害的关键因素。作为劳动关系主体一方的雇主与农民工相比,有三种资源优势:市场资源优势、物资资源优势和资源优势;(2)用人单位自身利益的驱动。追求利益是所有营利性组织的主要目标,为了追求利润最大化,降低成本,在我国现阶段,产业层次较低且没有技术优势的劳动密集型企业,为了在竞争中生存和发展,往往无视和侵犯农民工的劳动权益,知法犯法,在劳动合同方面经常采取不签或只签短期劳动合同的方式借以淘汰老、弱、病、残或“不听话”、“难缠”的农民工。用短期合同对劳动者进行施压,使劳动者在权益受到侵害时敢怒而不敢言。

4 工会等组织未发挥应有的作用。“工会是职工自愿结合的工人阶级的群众组织。”“企业、事业单位违反劳动法律、法规,侵犯职工合法权益,工会有权要求企业、事业单位行政方面或者有关部门认真处理。企业、事业单位违反国家有关劳动(工作)时间的规定,工会有权要求企业、事业单位行政方面予以纠正。”<sup>⑤</sup>由此可见,工会本应在维护农民工权利方面发挥重要的群众性团体作用,但事实上,工会的维权作用远未达到预期的效果。首先,工会组织自身的观念和认识偏误影响了工会职能的发挥。随着我国经济结构的调整,劳资关系发生了深刻的变化。一方面“在国有和集体企业改制的过程中,工会组织被撤并的现象未能得到有效遏制,工会会员大量减少。”<sup>⑥</sup>另一方面,大量的农民工没有加入甚至被拒绝加入工会。没有工会组织的支持与帮助,农民工在权益的表述和诉求方面势单力薄,受到了很大的限制。其次,工会维权的内容和机制没有适应新形势的要求。以往,作为工会维权对象的职工主要集中在公有制部门,随着我国经济体制的变迁和产业结构的调整,农民工逐步成为劳动力队伍的主力军,工会维权的内容和形式也应该相应地发展变化。有些工会组织存在着严重的“所有制情结”,认为维护正式职工的利益是分内之事,维护农民工的权益则属于

<sup>②③</sup> 转引自任丽新:《二元劳动力市场中的农民工权益问题》,载《理论学刊》2003年第4期。

<sup>④⑤</sup> 王益英主编:《外国劳动法与社会保障法》,中国人民大学出版社2001年版,第122、459页。

<sup>⑥</sup> 《中华人民共和国工会法》第2条、第17条第1、2款。

<sup>⑦</sup> 尉健行:《认真学习贯彻“三个代表”的重要思想 努力实现新建企业工会组建工作的突破——在全总十三届五次主席团(扩大)会议上的讲话》(2000年6月26日),载人大报刊复印资料《工会工作》2000年第3期。

分外之事。<sup>②</sup>最后,有些地方政府在招商引资时也存在错误的认识,担心工会组织力量大了后,会“恶化”当地的投资环境,甚至认为“建立工会会吓跑外商”。同时,大多数农民工因为没有劳动合同或合同期短,流动性大,工会维权作用不明显等,对是否加入工会持无所谓的态度。

另外,农民工维权意识与维权能力弱,新闻媒体等社会舆论对农民工合法权益的保护关注不够,<sup>③</sup>也是我国农民工劳动权利受到侵害的主要原因。预防和及时制止侵犯农民工权益现象的发生,政府和社会负有主要责任,一个劳动者如果没有良好的社会环境和完善的法律保护,其合法权益的受侵害不仅是可能的,而且实现维权的可能性也不大,由此可见,政府对农民工权益保护不够重视,劳动执法力度不大等不利的社会环境及法律环境是农民工受侵害的重要原因。

社会是一个相互依存的有机体,每个社会成员相互之间的公正与平等、信任与合作、宽容与关爱是这个有机体和谐发展的基本规则。而歧视所造成的不平等将破坏这些基本规则,使社会失衡与断裂,并导致不同阶层之间的不满甚至对抗,从而破坏整个社会有机体的健康有序发展,并最终危害到所有社会成员。<sup>④</sup>

#### 四、遵循国际劳工标准,切实保障农民工的合法权益

有关农民工的权利主要体现在后述国际劳工公约中:第82号《社会政策公约(非本土工人)》第111号《(就业和职业)歧视公约》和第122号《1964年就业政策公约》。<sup>⑤</sup>公约的目标是在尊重社会地位和习俗的前提下,保护所有工人不受就业歧视,因为消除工作歧视是社会正义的核心。

我国虽然至今尚未批准前述公约,但已在2001年批准了《经济、社会及文化权利国际公约》(ICESCR),该人权公约也具有国内法的效力,成为中国劳工法的法律渊源之一。承认这一公约,实际上即是承认目前国际劳工组织提出的劳工标准,因为这一公约中已经包括了国际劳工标准的基本内容。履行该公约规定的义务,与承认和实施国际劳工标准是一致的。

国际劳工标准实际推崇的是一种基本的道德价值观,即是一种基本人权。平等与不歧视是“人权法的核心”。<sup>⑥</sup>在人权保护已经入宪的今日之中国,人权问题是不能够用来讨价还价的。我国在继续完善劳动权益立法的过程中,应特别注意对农民工这一最弱势群体的保护,在劳动合同、社会保险、反歧视、劳动争议处理等方面给予明确的规定。

##### (一)改革户籍制度

户籍的原始功能是公民身份的证明。然而,作为计划经济的产物,户籍制度被作为一种重要的行政管理手段得到运用,并最终演变成“一个以户籍为中心,包括教育、就业、住房、养老、医疗以及其他公共服务的城市居民身份和权利的制度”。<sup>⑦</sup>1964年国际劳工组织《就业政策公约》(第122号公约)第2条规定:“向一切有能力工作并寻求工作的人提供工作”,“每个人无论其种族、肤色、性别、宗教信仰、政治见解、民族血统或社会出身如何,都有选择职业的自由与获得必要技能与天赋的最大可能的机会,并取得一项对其很适合的工作”。《公民权利和政治权利国际公约》规定,公民有权在就业、健康、教育和社会保障方面获得平等待遇。适应上述要求,我国应改革户籍制度,建立平等、公正的人口管理制度,以实现农民工从自由流动向迁徙自由的转变。这是因为,平等应是“一切人都可以享受的权利和正义”。<sup>⑧</sup>

在改革户籍制度的具体措施上,我们应该考虑到,目前在公民迁徙权入宪尚不现实的情况下,应首先剥离依附于户籍之上的社会福利,淡化户籍制度的经济功能,恢复户籍制度对公民身份证明的原始功能。然后建立以居住地为主的城乡统一的居民身份制度,将城镇落户条件由许可制改为准入制,即凡是在城镇有合法

<sup>②</sup> 参见乔健:《新一轮结构调整下的我国劳动关系及工会的相应对策》,载《中国人力资源开发》2003年第9期。

<sup>③</sup> 参见前注,蒋月书,第122-152页。

<sup>④</sup> 参见前注<sup>②</sup>,李薇薇书,第402-403页。

<sup>⑤</sup> 1997年12月17日,我国批准了《1964年就业政策公约》(第122号)。参见刘旭:《国际劳工标准概述》,中国劳动社会保障出版社2003年第1版,第139-141页。

<sup>⑥</sup> Jerome J. Shestack, The Jurisprudence of Human Rights, in Theodor Meron (eds), Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues, 1984, p. 101.

<sup>⑦</sup> 曾宪植:《我国农民工问题探析》,载《北京行政学院学报》2003年第4期。

<sup>⑧</sup> [法]皮埃尔·勒鲁:《论平等》,商务印书馆1988年版,第272页。

固定住所、稳定的职业或生活来源的人员,均可以登记为城镇常住人口。

我们必须看到,目前我国农民工进城就业所遇到的障碍是附着在户籍制度上的其他制度障碍,如就业保障、社会保险、子女入学待遇等。解决农民工问题并不是简单地农民工的身份由农村居民改为城镇居民就万事大吉了,更为重要和实质的问题是,农民进城后能否获得与城镇原有居民同等的劳动权利与社会保障。由此可见,户籍制度改革既是根本,又不是根本;户籍制度是需要消除的障碍之一,而不是全部。<sup>③</sup>

## (二)完善就业制度、消除就业歧视

农民工问题主要就是就业问题,解决农民工问题的核心是承认和赋予农民工平等的就业权,合理引导农村剩余劳动力向城镇转移。不歧视是联合国人权条约的核心所在。国际劳工公约八个核心公约中有两个涉及不歧视。<sup>④</sup>我国针对农民工的就业歧视,不仅与时代潮流不合拍,也与我国已加入的人权公约相背离。<sup>⑤</sup>

国际人权公约关于就业权的规定主要有两个方面的内容:一是从正面规定人人享有平等(就业权);二是禁止基于社会出身、性别等因素的不合理的歧视。《公民权利和政治权利国际公约》第6条第1款规定:“本公约缔约各国承认工作权,包括人人应有机会凭其自由选择并接受的工作来谋生的权利,并将采取适当步骤来保障这一权利。国际劳工组织《(就业和职业)歧视公约》(第111号公约)第1条指出,所谓“歧视”是指“基于种族、肤色、性别、宗教信仰、政治见解、民族血统或社会出身的任何区别、排斥或特惠,其效果为取消或损害就业或职业方面的机会平等或待遇平等”。《就业政策公约》(第122号)第1条规定,本公约的目的是“促进充分的、自由选择的生产性就业”。

在具体措施上,1.应立即废除以社会出身为条件的就业和职业准入制度,仅以工作能力为资格向所有社会出身的公民平等开放一切就业和职业机会;在用工制度上彻底打破户籍、地域、行业、岗位、工种、所有制等方面的限制,实行完全由市场调节的劳动就业制度。2.各级政府要加强对劳动力市场的管理,规范用人单位和职业介绍机构的行为,预防和处理遇到的各种问题,保护农民工的合法权益;严格审核、清理农民进城务工就业的手续,取消专为农民工设置的重复登记项目。从事各行业和工种尤其是特殊行业和工种所要求的技术资格、健康等条件,应对农民工和城镇居民一视同仁。在办理农民进城务工就业和企业用工的手续时,严禁提高收费标准,防止变换手法继续向农民工乱收费,努力构建城乡一体化、市场化的统一、开放的劳动力市场体系。3.加强对农民工平等就业权的司法保护。从根本上说,农民工的平等就业权是国际劳工公约中的核心标准问题,是一个基本人权问题,是恢复农民的“国民待遇”问题,是一视同仁地保障城乡劳动者合法权益的问题。事实上农民工遭遇就业歧视的最主要根源在于政府方面。为此,当宪法诉讼在今天看来还是“水中月”的时候,必须加强对政府涉及农民工权利的抽象行政行为的司法审查。同时,应为农民工在求职和劳动过程中遇到的歧视提供平等的民事司法保护。

## (三)充分发挥工会在农民工维权中的积极作用

“从世界各国劳动力市场的发展看,受雇一方地位的改善是在工联主义兴起之后”。<sup>⑥</sup>帮助农民工组建工会,通过工会凝聚农民工的集体力量来争取自身的利益。“雇主的经营权和雇员的通过集体谈判来获得体面生活的权利都是社会的基础”。<sup>⑦</sup>《结社自由和保障组织权利公约》(第87号公约)第2条提出:“凡工人和雇工,没有任何区别地均应有权建立他们自己选择的组织,以及仅依有关组织的章程加入他们自己选择的组织,而无须事前得到批准。”“通过工会组织,不仅可以使民工在与雇主处理劳资关系时形成抗衡的力量,而且有利于民工以组织的形式在事关民工根本利益的问题上,促使地方政府公正地对待民工利益”。<sup>⑧</sup>在市场化的私营和外资企业里,劳资力量对比极为悬殊,农民工惟有依靠自身集体的力量——工会,才能争得自身权益。应当根据市场化的要求,采取自下而上的方式组建工会和发展会员。首先,工会可从稳定劳工队

<sup>③</sup> 参见前注,蒋月书,第177页。

<sup>④</sup> LO Convention No. 111, Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958; and LO Convention No. 100, Equal Remuneration, 1951. 公约全文可参见: <http://www.ilo.org/public/english/standards/norm/whatare/fundam>.

<sup>⑤</sup> 参见前注,蒋月书,第179页。

<sup>⑥</sup> 卢海元:《走近城市:农民工的社会保障》,经济管理出版社2004年第1版,第15页。

<sup>⑦</sup> Fred Witney and Benjamin J. Taylor, Labor Relations Law, Englewood Cliffs, Ewe Jersey Hall, 1996, p. 319.

<sup>⑧</sup> 戴文宪:《积极发展城镇农民工加入工会》,载《中国党政干部论坛》2002年第8期。

伍入手,减少农民工的流动,以便形成共同的利益纽带和工会意识。应加强工会民主,推动中小企业直选工会领导人,尊重会员在工会中的主体地位,使工会真正得到会员的支持和认可。其次,针对市场竞争加剧,结构性失业突出之现状,工会要大力开展职业培训,帮助农民工掌握新知识、新技能,通过各种途径提高其素质和市场竞争能力。再次,面对众多小型分散的非公企业,工会组织要突破单位限制组建联合基层工会、基层工会联合会,由这些工会组织直接吸收那些难以独立建会企业的职工加入工会或建立工会小组。进一步实现地方工会和产业工会的有效结合,可采取产业和地方工会负责人交叉任职的办法,既做大了产业工会,又体现了地方工会领导为主的原则,创新了产业工会组织领导体制。最后,应进一步培育劳动关系两大主体即工会和雇主的协商谈判能力,逐步形成劳资双方自主谈判以决定劳动关系事项的格局。其中,培养工会组织的自主协商谈判能力和作用至为重要。

#### (四)建立和完善农民工的社会保障制度,逐步建立城乡一体的社会保障机制

国际劳工组织《费城宣言》把“扩大社会保障措施,向所有需要此种保护的人提供基本收入和充分的医疗照顾”<sup>④5</sup>作为国际劳工组织的任务。1982年的《维护社会保障权利公约》(第157号)要求有关国家通过订立双边或多边国际协定来解决因流动就业或移居他国而产生的社会保障权利的保持问题(包括将取得和已经取得的受益权利),以及防止重复缴纳保险金、重复领取社会保险津贴等可能出现的舞弊现象。<sup>④6</sup>《伤残、养老和遗属补助公约》(第128号公约)对伤残保险方面规定了保障范围、津贴率计算方法,同时还规定,应当在规定的条件下向伤残者提供康复服务以及采取措施为残疾人提供适当的就业岗位。在老年津贴方面,规定了享受保障者年龄不得超过65岁及老年津贴率计算方法等。遗属津贴是指对由于家庭支柱死亡以致寡妇或子女生活无着落而提供的补助。<sup>④7</sup>

中国目前的社会保障体制是为城市人设计的。虽然近年来也推出了所谓的“农村养老保险制度”,但只不过是按照“个人缴费为主、集体补助为辅、政府给予政策扶持”的原则,<sup>④8</sup>建立了个人帐户积累式的养老保险。政府目前正在把现有的社会保险从城镇职工推行到进城的农民工。这种制度无论是农民工的受益程度还是农民工的参与广度都与城市社会保障体系有较大的差别。在中国现阶段,农民工处于一种游离或边缘状态,具有双重身份、地位尴尬、流动性强及未来发展不确定等特点。因此,针对农民工的社会保障制度之设计应符合其利益需要。一般说来,农民工最基本的需要是找份工作、拿到工钱,出了工伤、遭了意外、得了大病能够及时得到救治。目前大量出现的农民工工伤事故和为数不少的农民工职业病群体,使尽快建立农民工的工伤保险制度成为当务之急。从长远看,城镇社会保障制度在覆盖对象上应当是包括农民工在内的所有工资收入者,打破将城镇职工和农民工截然分开、差别对待的状况,建立城乡一体的社会保障制度是大势所趋。而随着城乡一体的社会保障制度的逐步建立,农民工这个概念也将成为历史的陈迹,农民工的社会保障当然也就不再成为问题。<sup>④9</sup>这既满足了农民工的实际需要,又适应了我国保障人民基本权利的实际情况,而且也遵循了国际劳工标准。

#### (五)参照国外立法,加强对侵犯农民工劳动权者刑事责任的追究

我国目前对侵犯农民工劳动权的制裁措施过于温和,侧重于民事赔偿和行政处罚而轻刑事责任,这样不利于对劳动权的保护。<sup>⑤0</sup>我国近期频繁发生的劳动安全事故表明,我国农民工劳动权的保护水平太低。在民事赔偿和行政处罚已不足以保障劳动权的情况下,追究侵犯农民工劳动权者的刑事责任,是唯一的选择。<sup>⑤1</sup>笔者以为我国刑法对劳动权的保护是力不从心的,应该予以完善:一是关于侵犯农民工劳动权犯罪的

<sup>④5</sup> Matthew Craven, *The international Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Clarendon Press, 1995.

<sup>④6</sup> Thomas R. Michl and Duncan K. Foley (2001), *Social Security in a Classis Growth Model*, Working Paper, 8569, NBER.

<sup>④7</sup> Jayasri Dutta, Sandeep Kapur, J. Michael Orszag *A portfolio approach to the optimal funding of pensions*. *Economics Letters*, 69 (2000).

<sup>④8</sup> 参见国务院新闻办公室 2004年4月发布的《中国的就业状况和政策》白皮书。

<sup>④9</sup> 参见段玉恩、苏树厚:《尽快建立健全农民工社会保障制度》,载《人民日报》2006年8月2日第9版。

<sup>⑤0</sup> 参见孙燕山、孙凤君、赵立军:《侵犯劳动者权益犯罪研究》,中国人民公安大学出版社 2006年5月第1版,第369-391页。

<sup>⑤1</sup> 参见前注<sup>⑤0</sup>,乔健文。

罪名不足,侵犯劳动平等权、劳动报酬权、休息休假权、社会保障权、妇女或未成年职工特殊劳动保护等权利均未被纳入刑法保护的范畴。目前只有违章作业责任事故罪、劳动安全设施责任事故罪、强迫劳动罪、打击报复统计会计人员罪以及《工会法》所规定的犯罪,这些罪名远远不足以满足我国现阶段对农民工劳动权保护的需要。德国刑法典在保护劳动权方面除了一般犯罪条款外还特别规定有关于劳动安全、社会保障、监管主体等的犯罪条款。《美国法典》第 29 篇第 186 节规定了妨害工会利益的犯罪。<sup>⑤2</sup>二是刑事责任的主体大多限于“直接责任人员”,缺少对用人单位和行政监管主体的有力刑事制裁。在我国社会转型时期,公民对政府行使公共职能的适当性、合法性要求越来越高,以此来增强公民对政府的信赖也异常重要。这一方面外国也有立法例。如《法国民法典》第 L263—2 条规定:机构主要负责人、经理、经营管理人员或职员,因其个人过错,违反劳动安全法规规定的,处 500 法郎到 1.5 万法郎罚金。根据德国刑法典第 266A 条规定,健康保险机构的成员也可以成为犯罪主体。三是构成犯罪的情节均是“情节严重的模糊表述”。<sup>⑤3</sup>法律应当具有预防功能,故当刑法对结果犯的处罚不足以起到威慑作用时,就应当将结果犯调整为危险犯,这样才能起到防患于未然的作用,对作为宪法基本权利的劳动权尤应如此。国外的立法例已经给我们提供了参照,比如,德国职业条例第 148 条第 2 款规定,违反主管机关关于劳动保护条件和设施的,威胁他人生命、健康或者他人重大财产安全的,处 1 年以下监禁或者罚金。1976 年的《日本劳动安全卫生法》规定,雇主对机械、易燃、易爆以及原材料、瓦斯、蒸气、粉尘和放射线、高温、低温、超声波、噪声、振动、异常气压等可能对人体健康造成危害、产生危险的物质必须采取必要的措施,并保证工作环境良好的通风、换气、采光,防止工人患职业病,违者处 6 个月以下徒刑或 30 万日元以下罚款。

## 五、结语

在马克思主义经典理论家的笔下,工人阶级的基础是制造业工人。中国共产党的党章确定它是工人阶级的政党。而中国宪法明确规定,“中华人民共和国是工人阶级领导的,以工农联盟为基础的社会主义国家。”<sup>⑤4</sup>2004 年 9 月,中国工会第 14 次全国代表大会的开幕式报告明确提出:“一大批进城务工人员成为工人阶层的新成员。”2004 年中央一号文件再次提出,“进城就业的农村劳动力已经成为产业工人的重要组成部分。如今,所有的统计数据都显示,农民工已是工人阶级的主体,<sup>⑤5</sup>是中国共产党的根基。也就是说,如果农民工的合法权益得不到保障,农民工的生存与发展所受到的歧视性对待持续下去,将严重损害中国共产党作为工人阶级政党的基础,削弱其执政的正当性与合法性,也将威胁中国社会主义的根基。”<sup>⑤6</sup>

从国内法、国际法以及社会主义国家的理论基础来看,基于社会出身的就业歧视都是不合法、不合情理的,有悖于社会主义基本理念和国际人权准则,损害基本社会公平和正义。对此必须废除,才能减少其社会危害性,创造和谐社会。<sup>⑤7</sup>

(责任编辑:赵 钢)

<sup>⑤2</sup> 参见严励、刘志明:《我国劳动权刑法保护研究》,载《山西大学学报》2002 年第 3 期。

<sup>⑤3</sup> 参见前注<sup>⑤2</sup>,乔健文。

<sup>⑤4</sup> 《中华人民共和国宪法》第 1 条第 1 款。

<sup>⑤5</sup> 国务院新闻办公室 2004 年 4 月发布的《中国的就业状况和政策》白皮书披露:2003 年,中国农村劳动力到乡以外地方流动就业的人数已超过 9800 万人,是 1990 年 1500 万人的 6 倍以上。二十世纪九十年代后,农民离乡外出就业平均每年以 500 万人左右的规模迅速增加,成为农村劳动力转移的主要渠道。

<sup>⑤6</sup> 参见前注<sup>⑤3</sup>,李薇薇书,第 402 页。

<sup>⑤7</sup> 参见前注<sup>⑤3</sup>,李薇薇书,第 400 页。