

社会法专题研究论丛

蒋月◎主编

工资支付保障 法律问题研究

胡玉浪 著



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

工资给付和劳动给付形成对价关系，持续的劳动并定期获得足额的工资是劳动者赖以维生的重要条件。加强工资支付法律制度建设，健全工资支付保障制度体系，保护劳动所得，实现报酬正义，是保障劳动者工作权和生存权的基本途径，也是协调劳资关系和建设和谐社会的根本保证。本书主要从法条、法理和实证的角度，以工资支付与制度保障为主线，从通常情形下之工资支付保障、劳动给付障碍期间工资支付保障、工作时间与工资支付保障、非正规就业工资支付保障、欠薪支付保障五个角度，对工资支付保障进行专题研究，以促进我国工资支付立法的完善和劳动报酬权的法律保护。

上架建议 法学学术·社

ISBN 978-7-5093-5992-1



9 787509 359921 >

定价：59.00元

社会法专题研究论丛

蒋月◎主编

工资支付保障 法律问题研究

胡玉浪 著



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

工资支付保障法律问题研究 / 胡玉浪著. —北京:
中国法制出版社, 2015. 1

ISBN 978 - 7 - 5093 - 5992 - 1

I. ①工… II. ①胡… III. ①工资制度 - 劳动法 - 立
法 - 研究 - 中国 IV. ①D922. 514

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 309208 号

法律资料分享, docsriver.com

策划编辑 胡斌 责任编辑 胡斌 任乐乐 封面设计 周黎明 郑颖

工资支付保障法律问题研究

GONGZI ZHIFU BAOZHANG FALÜ WENTI YANJIU

著者/胡玉浪

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/787 × 1092 毫米 16

版次/2015 年 1 月第 1 版

印张/21 字数/346 千

2015 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 5992 - 1

定价: 59.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfsz.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66065672

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，社会立法在衡平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

目 录

Contents

第一章 通常情形下之工资支付保障 / 1

第一节 同工同酬之基础理论 / 1

一、同工同酬之概念分析 / 1

二、同工同酬与同值同酬 / 7

三、同工同酬的法律适用 / 19

第二节 工资的全额给付、预扣、扣除与抵销 / 24

一、工资全额给付原则 / 25

二、工资的预扣 / 28

三、工资的扣除 / 31

四、工资的抵销 / 37

第三节 减 薪 / 42

一、减薪概念的界定 / 42

二、雇主减薪之类型分析 / 44

三、雇主减薪正当性的判断标准 / 45

四、雇主违法减薪劳动争议的处理 / 49

第二章 劳动给付障碍期间工资支付问题 / 51

第一节 劳动给付障碍法基础理论 / 51

一、建立劳动给付障碍法的现实必要性 / 52

二、劳动给付障碍法的体系 / 54

三、劳动给付障碍期间劳工债务不履行损害赔偿责任的限缩 / 58

第二节 劳资争议与工资支付保障 / 62

一、劳工罢工与工资支付危险分配 / 62

二、雇主闭厂与工资支付危险分配 / 67

三、劳资争议与工资续付风险分配 / 70

四、结论 / 71

第三节 违法解雇与工资支付保障 / 72

一、违法解雇期间雇主继续支付工资之法理基础 / 73

二、违法解雇期间雇主继续支付工资之构成要件 / 74

三、违法解雇期间劳工工资请求权的行使 / 77

四、违法解雇期间工资扣减相关问题的解决 / 79

第四节 企业停工与工资支付保障 / 82

一、企业停工工资支付问题的提出 / 83

二、企业停工与工资支付危险分配 / 84

三、企业停工与工资续付风险分配 / 89

四、企业停工与雇主工资支付义务的履行 / 90

第五节 无薪休假与工资支付保障 / 92

一、对无薪休假应有之认识 / 92

二、无薪休假之决定与实施 / 94

三、无薪休假与雇主的工资支付义务 / 95

四、无薪休假期间劳动契约的履行与终止 / 99

第六节 劳工请假与工资支付保障 / 101

一、对劳工请假应有之认识 / 102

二、劳工请假的判断标准 / 103

三、劳工请假工资支付问题的解决 / 108

四、劳工请假与工作权的法律保护 / 111

五、我国关于劳工请假的规定及其完善 / 115

第三章 不同工作时间条件下工资支付法律问题 / 117

第一节 工作时间之基础理论 / 117

一、工作时间立法概述 / 117

二、工作时间的分类 / 122

三、工作时间的法律界定 / 125

第二节 试用期间与工资支付保障 / 132

一、试用期间工资支付的基础分析 / 132

二、试用期间工资支付标准的确定 / 133

- 三、试用期间与雇主工资的续付义务 / 135
- 四、试用期间与加班工资支付问题的解决 / 136
- 第三节 待命时间与工资支付保障 / 138
 - 一、待命时间法律概念的界定 / 138
 - 二、待命时间能否作为工作时间的判断标准 / 140
 - 三、待命时间工资支付法律问题的解决 / 142
 - 四、雇主滥用待命时间的法律规制 / 143
- 第四节 劳工值班与工资支付保障 / 144
 - 一、劳工值班概念的界定 / 145
 - 二、劳工值班与工作时间关系的处理 / 146
 - 三、劳工值班工资支付问题的解决 / 149
 - 四、雇主滥用值班制度的法律规制 / 151
- 第五节 加班工资支付保障 / 154
 - 一、加班劳动工资支付的法理基础 / 155
 - 二、加班工资支付标准的确定 / 156
 - 三、加班劳动工资支付举证责任的分配 / 163
 - 四、雇主违反加班工资支付义务的主要类型及其法律救济 / 165
- 第六节 夜间劳动与工资支付保障 / 167
 - 一、前提的厘定 / 167
 - 二、夜间劳动与夜间津贴 / 170
 - 三、夜间劳动与夜点费 / 172
 - 四、夜间劳动与加班工资 / 174
- 第七节 带薪休假与工资支付保障 / 175
 - 一、带薪休假工资支付的基础分析 / 175
 - 二、带薪休假工资支付义务的履行 / 177
 - 三、带薪休假应休未休工资支付问题的解决 / 179
 - 四、带薪休假工资权利的法律保护 / 182
- 第八节 劳工出差与工资支付保障 / 184
 - 一、劳工出差概述 / 184
 - 二、出差期间与工作时间关系的处理 / 185
 - 三、出差期间工资给付问题的解决 / 186

四、劳工出差与工伤问题的处理 / 187

第四章 非正规就业工资支付保障 / 190

第一节 劳务派遣工资支付保障 / 190

一、劳务派遣工资支付的主体 / 191

二、劳务派遣工资支付的标准 / 193

三、劳务派遣工资支付的方式 / 196

四、劳务派遣同工同酬问题的解决 / 198

第二节 部分工时劳动工资支付保障 / 212

一、部分工时劳动工资支付均等待遇原则及合理例外 / 213

二、部分工时劳动小时最低工资保障 / 217

三、部分工时劳动加班工资支付保障 / 221

四、部分工时劳动工资续付保障 / 224

第三节 家政劳动工资支付保障 / 228

一、家政劳动最低工资保障 / 228

二、家政劳动工资续付保障 / 233

三、家政劳动加班工资支付保障 / 234

四、家政工人待命期间工资支付保障 / 237

五、家政工人膳宿费用扣减问题的解决 / 240

第五章 欠薪支付保障 / 244

第一节 欠薪行政强制制度 / 244

一、欠薪行政强制制度构建的基础 / 244

二、我国欠薪行政强制制度体系 / 246

三、我国欠薪行政强制制度的完善 / 247

第二节 工资支付令制度 / 252

一、工资支付令制度的证成 / 253

二、两种不同工资支付令制度的法律界分与处理 / 254

三、工资支付令法律适用障碍 / 257

四、工资支付令制度的完善 / 259

第三节 欠薪保障金制度 / 262

一、我国欠薪保障金制度的立法与实施现状 / 263

二、海峡两岸欠薪保障基金制度之比较分析 / 264

三、加强欠薪保障基金制度建设的若干建议 / 267

第四节 我国台湾地区积欠工资垫偿制度 / 271

一、积欠工资垫偿制度的立法沿革 / 271

二、积欠工资垫偿基金制度在工资债权保护中的比较优势 / 275

三、积欠工资垫偿基金的申请要件 / 285

四、可以通过积欠工资垫偿基金受偿的工资债权范围 / 300

五、劳工申领积欠工资垫偿基金的法定程序 / 305

六、“劳工保险局”垫偿工资后对雇主的追偿 / 308

参考文献 / 313

致 谢 / 324

第一章 通常情形下之工资支付保障

第一节 同工同酬之基础理论

工资是劳动给付的对价，如果劳动者所提供的劳务是相同的，雇主应当给付相同的工资。我国《劳动法》第46条规定：“工资分配应当遵循按劳分配原则，实行同工同酬。”坚持同工同酬原则，充分体现了我国公民在法律面前一律平等，也是实行按劳分配原则的具体体现。只有坚持同工同酬原则，才能保证公民劳动报酬权的真正实现。但是由于各方面的原因，目前我国劳动者同工同酬权受侵害的现象相当严重，包括男工与女工、城镇职工与农民工、正式职工与派遣劳工同工不同酬等。这里将结合国际人权公约以及不同国家和地区的劳动立法、判例和学说，以男女同工同酬问题为考察基点，对同工同酬权的法理基础、判断标准、保障机制、法律适用等问题进行研究，希望有助于劳动者同工同酬权的法律保护，促进《劳动法》《劳动合同法》相关规定的落实、发展与完善。

一、同工同酬之概念分析

(一) 同工同酬之法理基础

1. 同工同酬是劳动者的一项基本人权

所谓同工同酬是指从事相同工作或同等价值工作的劳动者有权获得相同的劳动报酬。同工同酬是国际社会普遍认同的关于工资分配的一项重要原则，也是国际人权公约确认的劳动者的一项基本人权。如《世界人权宣言》第23条规定，人人有同工同酬的权利，不受任何歧视。《经济、社会和文化权利国际公约》第7条规定，各成员国保证最低限度给予所有工人公平的工资和同值工作同酬而没有任何歧视，特别是保证妇女享受不差于男子所享受的工作条件，并享受同工同酬。国际劳工组织1951年《对男女工人同等价值的工作付予同等报酬公约》（第100号公约，以下简称《男女同值工作同酬公约》）第2条规定，各会员国应通过与确定报酬标准的现行方法相适应的手段，促进并在尽可能与这些方法协调的情况下，保证在所有工

人中实行对男女工人同等价值的工作付予同等报酬的原则。1998年国际劳工组织将同工同酬确认为四项核心劳工标准之一，以此作为整个工业社会确定劳动条件的基本原则。可见，同工同酬不仅仅是简单的劳动法上的问题，更是关涉人的尊严和价值的人权法上的重要问题。

2. 同工同酬是消灭报酬歧视、实现工作平等权的重要组成部分

平等权是公民为实现自己与其他人在相同条件下能够享受同等待遇的一种请求权，同工同酬权是工作平等权在劳动报酬权中的重要体现。同工同酬的对立面是报酬歧视，坚持同工同酬就必须反对报酬歧视，如国际劳工组织《男女同值工作同酬公约》第1条第2项规定，对“男女工人同等价值的工作付予同等报酬”一词，系指报酬率的订定，不得有性别上的歧视。所谓歧视是指“基于种族、肤色、性别、语言宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产、出生或其他身份而作的任何区别、排斥、限制或优待，其目的或效果妨碍或否定了任何人的一切权利和自由在平等的基础上的承认、享有或行使。”^① 报酬歧视是就业歧视的一个重要组成部分，其主要体现为性别歧视，尤其是对妇女的歧视，即妇女是报酬歧视最主要的受害者。报酬歧视除了性别歧视之外，还体现为基于人的其他自然因素如民族、种族、肤色、社会出生等的歧视。坚持同工同酬是消灭报酬歧视、实现工作平等权的重要组成部分。

3. 同工同酬是协调劳动关系、建设和谐社会的重要保证

同工同酬是劳动者的一项重要权利。同工同酬权的实现对于此前受歧视的劳动者意味着他们能够有更多的经济来源，他们在家庭中的独立、社会上的地位、心理上的安定都得到更多的保障。是否能够实现同工同酬的目标对于许多人来说常常意味着是生活在贫困线之下还是过一种体面的有尊严的生活。^② 同工不同酬，按照劳动者的年龄、性别、种族、肤色、社会出生、宗教信仰等与工作价值毫无联系的个人特征决定报酬标准，加剧了社会经济的不平等，加重了社会群体之间的隔阂和冲突，伤害了社会上所有善良人的正常情感，它在削弱低薪职工的积极性、创造性的同时，也使得到优惠的劳动者无形中产生优越感而不求上进，进而影响到社会生产力水平的提高。遭受报酬歧视的劳动者由于很难通过自身的努力去改变境遇，往往会产生剥夺感和抵触情绪，对社会不予认同，部分人甚至在不平衡心理支配下铤而

^① 李薇薇：《论国际人权法中的平等与不歧视》，载《环球法律评论》2004年夏季号，第227页。

^② 蔡定剑、张千帆主编：《海外反就业歧视制度与实践》，中国社会科学出版社2007年版，第282页。

走险，成为社会稳定的重大隐患。^① 因此，同工同酬不仅仅是经济问题，更是社会问题。坚持同工同酬不仅有助于维护一个人的自由、尊严和价值，也有利于促进国民经济增长和社会和谐稳定。坚持同工同酬、反对报酬歧视是协调劳资关系、建设和谐社会、实现社会正义的关键所在。

（二）同工同酬之概念界定

1. 什么是“同工”

同工同酬原则是建立在“同工”基础之上的。在实践中，如何认定是否“同工”的问题，往往成为司法审查的重点，因为“同工”与否必须基于个案的特殊情况才能得以确定，对此并无普遍性的标准可以参照。1995年原劳动部办公厅颁布的《关于〈劳动法〉若干条文的说明》第46条规定，所谓同工同酬，“是指用人单位对于从事相同工作、付出等量劳动且取得相同劳绩的劳动者，应支付同等的劳动报酬。”在这里，“同工”必须具备三个条件：一是相同的工作岗位、工作内容；二是付出相同的劳动工作量；三是取得相同的工作业绩。只有同时符合这三个条件，劳动者才可能取得“同酬”。这一界定过于严苛，难以适用。

根据学者的解释，同工同酬中的“工”可以解释为工作身份、工作岗位、工作业绩。其中，工作业绩又由工作数量、质量构成和体现。同工同酬中的“酬”具体包括报酬标准和报酬数额。前者是衡量和确定报酬数额的标准和依据，其只有与特定的工作业绩相结合才能确定出具体的报酬数额。从具体的组合方式来看，“同一工作身份（如正式职工、派遣工、临时工等）适用同一的报酬标准或获得同样的劳动报酬”这样的解释是不可取的。其致命的缺陷是抹杀和否定了工作业绩（劳动贡献）对计付报酬数额的决定作用，实质上则是否定了工资分配领域的激励机制和按劳分配原则，这种身份上的“大锅饭”现象既有违公平也有害效率。同理，相同的工作岗位获得相同的工作报酬同样不可取，亦非同工同酬之本意和初衷。同样的报酬标准获得同样的报酬数额本身就是不正确的命题，因为报酬标准并不直接产生报酬数额，只有具体结合工作业绩才能特定化报酬数额。同样的工作业绩可能获得同等的报酬数额，不同的工作业绩则不应获取同等的工作报酬。如此观之，“同工”与“同酬”还有两种组合关系，即同样的工作岗位应当确立和适用同样的报酬标准，同样的工作业绩应获得等量数量的工作报酬。从价值目标来审视，这两个组合模式都兼顾了公平和效率，可行可取，合理合法。前者可视为同工同酬的宏观层面，

^① 高军：《惟愿公平遍布神州——我国实现同工同酬对策探讨》，载《上海企业》2007年第9期，第16页。

后者可视为同工同酬的微观层面。^① 至于同工同酬的适用领域，则应当将其确立为同一用人单位、同一工作岗位的适用范围之内。不同用人单位之间的报酬平衡只能在一定程度上凭借最低工资保障机制来推进，无法诉求同工同酬原则来实现。即便是同一用人单位，但由于工作岗位设置繁多、差异明显，在所有岗位之间实现同工同酬显然是不可能的。据此，同工同酬只有限制在同一用人单位的同一工作岗位上来倡导才具有现实性。^②

从比较法的角度看，在德国，男女同工同酬原则是建立在“同工”基础之上的。如何认定是否“同工”的问题，往往成为司法审查的重点和难点。德国联邦劳动法院判决认为，不论劳工于不同或紧密相连之同一技术性工作位置上，提供同一或相同性质之劳务，即成立相同工作，如劳务之个别要素有所不同，则只要“重要核心之劳务部分”彼此相符，则应同认成立相同工作，主要之个别劳动过程如果相同，虽然独立各自观之有可能排除与其他劳务之相同评价，但整体而言亦得认为系相同工作，而如两项工作之过程彼此相符，劳工皆可相互替代无虞者，亦得认为成立相同、或至少同值之工作。^③

美国《民权法》对“相同工作”界定为相对工作条件下（similar working condition），技术水平（skill）、付出的努力（effort）及承担的责任（responsibility）相当。“技术水平”是指履行正常工作的能力，而不是指抽象的能力或未使用过的潜在的能力；“付出的努力”指完成工作所需要的体力或脑力上的努力，包括需要额外的付出、付出更多的时间或具有更大的经济价值；“责任”是与工作相适应的责任心，包括对其他员工的监督指导的职责、决策的权利、履行工作的直接后果；“工作条件”包括实际的工作环境以及工作的危险性程度，既包括内部环境也包括外部环境，但不包括白班或夜班。^④

在英国，根据1970年《同工同酬法》的规定，所有的劳动合同中必有同等对待条件（equality clause），而且在工作相似（like work）、工作被评比为相同（work rated equivalent）、工作价值相同（work of equal value）且基于两性的劳动契约无根本上重大差异（material difference）的例外情形之下，男女必须给予同等待遇。^⑤ 同

① 冯彦君：《同工同酬原则的困惑与反思》，载《法商研究》2011年第2期，第62页。

② 冯彦君：《同工同酬原则的困惑与反思》，载《法商研究》2011年第2期，第66页。

③ 林佳和：《各国同值同酬规定之比较分析》，载《性别工作平等法制学术研讨会论文集》，2009年，第63页。

④ 李薇薇：《反歧视法原理》，法律出版社2012年版，第289页。

⑤ 饶志静：《英国反就业性别歧视法研究》，法律出版社2011年版，第112页。

等价值规则的适用范围更广，因为它不要求类似的工作，也不依赖雇主发起的工作评估。同等价值规定（equal value provisions）旨在作为备用要求，只在“类似工作”或“工作被评比为等同”都不适用的条件下才适用。^①

综上所述，在同工同酬中，“同工”至少包括相同的工作、相似的工作和同等价值的工作等几层含义，同时允许将申请者的工作与其前任雇员的工作进行比较分析。

2. 什么是“同酬”

由于同工同酬中“报酬”的确定，直接关系到劳动者同工同酬权能否真正落到实处，因此同样具有重要的意义。国际劳工组织《男女同值工作同酬公约》第1条规定：“‘报酬’一语指普通的、基本的或最低限度的工资或薪金以及任何其他因工人的工作而由雇主直接地或间接地以现金或实物支付给工人的酬金”。可见，《男女同值工作同酬公约》中“报酬”的含义覆盖了基于雇佣关系而产生的全部薪酬，既包括直接成分，也包括间接成分，其含义比通常所指的数额固定并且定期支付的“工资”一词来得丰富。也就是说，在同工同酬中“报酬”的含义，“除了工资以外，还可能包括奖金、佣金、认股权、人寿保险、养老金计划、医疗保险、住房补贴等一切与劳动关系有关的好处或权益。”^②《男女同值工作同酬公约》关于劳动报酬的宽泛的定义，有利于避免雇主支付男女劳动者一部分工资项目相同但其他部分不同，从而间接违反同工同酬原则，这一做法得到了国际社会的认同。例如，1957年通过的《建立欧洲共同体条约（罗马条约）》第119条对报酬（pay）一词所作的定义是：一般的基本或最低工资（wage）或薪资（salary），以及其他任何酬劳，不论其为金钱或实物，凡劳工因劳动关系而直接或间接得自雇主者均属之。因此，除受雇人定期从雇主取得的工资或薪资（包括周薪或月薪）是该条所称的报酬外，雇主基于劳动关系，对于受雇人所为的其他金钱或实物的支付，如加班费、家庭补助金、特别奖金、医疗服务、各类保险以及执行职务所需的车辆等，也被视为本条所称的报酬。在实践中，欧洲法院一向对报酬（pay）一词，采广义的诠释。例如，在Garland v. British Rail一案中，欧洲法院指出，英国铁路公司对男性退休员工家庭所提供的票价折扣优惠，应属该第119条所称的薪资报酬，从而该公司女性退休员工的家属也应享有同样的优惠。^③此外，欧洲法院还通过一系列判例裁决了疾病的费

① [英] 史蒂芬·哈迪：《英国劳动法与劳资关系》，陈融译，商务印书馆2012年版，第254页。
② 周长征：《劳动法原理》，科学出版社2004年版，第159页。
③ 饶志静：《英国反就业性别歧视法研究》，法律出版社2011年版，第110页。

用、因为主动或强制性裁员的裁员费用、不公正的解雇赔偿金、职业养老金、生产者保险金、过渡性养老金、额外的法定裁员费用等都符合第 141 条（原第 119 条）保障的报酬范围。^①“原则上将所有的支付都视为薪酬，并扩大薪酬概念的内涵，以便将雇主基于劳动关系对雇员的所有支付都包含在内，这是一项趋势。”^②

此外，在执行同工同酬原则时，如果男女在同样的岗位工作，雇主不能因为给女性创造的工作环境和提供的劳动保护花费了高于男性员工的代价，而给女性劳动者支付的工资低于男性，从而变相违反同工同酬原则。例如《德国民法典》第 612 条第 3 款就明确规定：“在劳动关系中，对于同样或者同等的工作，不能因为雇员的性别而给予差别对待。不能因为给予某一性别的雇员以特别的劳动保护就付给其更低的薪酬。”

（三）同工同酬之规范性质

1. 同工同酬属于强制性规范还是任意性规范

法律规范作为一个抽象的法学概念，可以划分为不同的类型。其中，根据“当事人能否以其意思排除其适用”为标准，法律规范可分为任意性规范和强制性规范。根据违反强制性规范的法律后果的不同，强制性规范又可以划分为效力性强制规范和取缔性（或管理性）强制规范。所谓效力性强制规范，乃以否认合同的法律效力为目的的规定。效力性强制规范，拘束的是行为的标的，体现的是法律对于私行为标的的评价。违反效力性强制规范，即违反了行为的法律行为价值，将导致法律行为无效。^③所谓管理性强制规范，是以对违反者加以制裁，以防止其行为，而不以其行为无效为目的之规定。管理性强制规范约束的是行为本身或者说是行为的手段。其目的在于使私法主体依据法律行为，若不遵守，则违反行为之事实行为价值，^④导致法律制裁（行政制裁，甚至是刑事制裁）。但是，纯粹的管理性强制规范并不指向法律行为的效力，亦即违反该规范并不影响行为的效力。我国《劳动法》第 46 条规定：“工资分配应当遵循按劳分配原则，实行同工同酬。”《劳动合同法》第 63 条规定：“被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。”但是对于用人单位违反同工同酬的法律后果，《劳动法》《劳动合同法》均没有作出明确的规定，同时也缺乏程序性的配套法规予以落实，使得现实中的报酬歧视行为难以得

① 饶志静：《英国反就业性别歧视法研究》，法律出版社 2011 年版，第 111 页。

② [意] T. 特雷乌：《意大利劳动法与劳资关系》，刘艺工、刘吉明译，商务印书馆 2012 年版，第 87 页。

③ 史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 330 页。

④ 史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 330 页。