

“一带一路”建设中海外劳工权益的法律保护*

花 勇

(华东政法大学马克思主义学院,上海 201620)

摘要:海外劳工权益是我国海外利益的重要组成部分。伴随着“一带一路”建设的持续推进,海外劳工的数量持续攀升,遭遇的风险和危机随之增多。现有法律制度重劳务合作,劳权保护意识不够;海外劳工法律保护条款较少,劳务派遣企业资质要求过低,违法成本低;领事保护已不堪重负。针对海外劳工法律保护不足的现状,必须加强海外劳工保护立法,建立海外劳工派遣许可制度;树立劳权观念,建立海外劳工专门服务行政机构,统筹海外劳工执法保护;坚持有限度的“意思自治原则”,实施“或裁或审制”,保障海外劳工的司法救济。

关键词:海外劳工;“一带一路”;劳动法;劳权

中图分类号:D922.5

文献标志码:A

文章编号:1001-862X(2016)04-0114-006

经济全球化的迅速发展,不仅表现为商品和资本的跨境流动,也表现为人员的全球流动。海外劳工既是全球化发展的结果,也是全球化快速推进的表现。随着世界各国越来越融入国际社会,参与国际分工,劳动力的全球流动更频繁,数量更庞大。全球化在为劳动者创造海外就业机会和财富的同时,也给海外劳工带来众多不确定的风险和危机。

一、“一带一路”建设与海外劳工发展

(一)海外劳工与海外劳工权益

海外劳工是指在海外以提供劳动服务的形式满足雇主主要求从而获得报酬的劳动力所有者。一般来说,海外劳工包括三种类型:(1)境内用人单位将与之签订劳动合同的劳动者派遣至境外劳动,包括两种形式:一是境内用人单位将其劳动者派遣至境外雇主处工作;二是境内用人单位在境外承揽业务,然后将其员工派遣海外履行劳动义务。(2)境内外派劳务企业与境外雇主签订劳

务合作合同,然后将与其建立劳动关系的劳动者派遣至境外工作。(3)境内就业中介机构将我国劳动者介绍到境外就业。^[1]

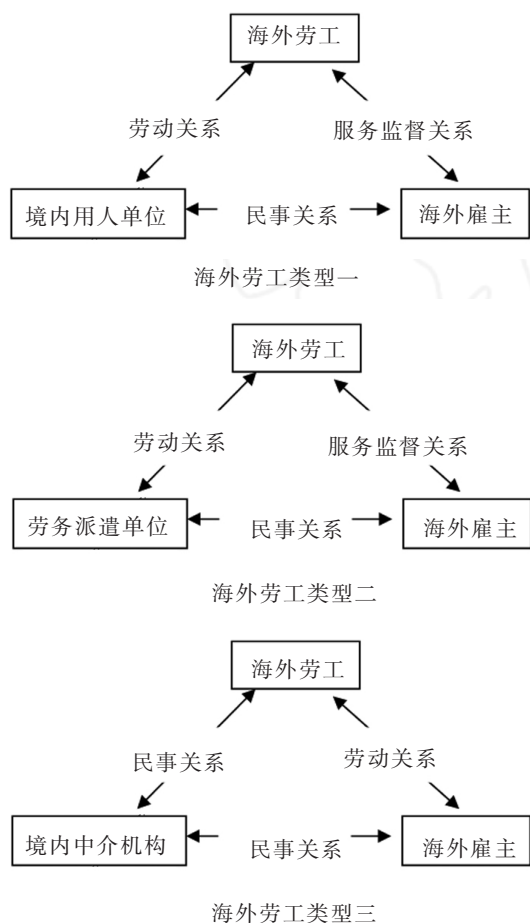
从我国劳动法律保护来说,三种类型的海外劳工被保护的强度依次递减。^[2]第一、二种类型,境内企业和境内劳动者之间是劳动法律关系,受我国《劳动法》、《劳动合同法》保护。相对于第一种类型,第二种类型的境内企业没有实质性业务,只是劳务派遣,属于服务型企业,而第一种类型的境内企业有自己实质性的经营范围,劳务输出只是其部分业务。第三种类型的海外劳工,境内企业和境内劳动者之间是民事法律关系,境内企业只是中介服务机构,不是用人单位,与海外劳工签订的不是劳动合同,只是民事合同,不受劳动法保护。

海外劳工权益主要是指我国海外劳工的合法劳动权利和利益,既包括目的国(地区)法律和我国国内法规定的权利,也包括国际条约和双边条约赋予的合法权益。具体来说,这些权益包括国际社会一般人权公约所规定的公民基本权利,

本刊网址·在线杂志:www.jhlt.net.cn

* 基金项目:中国法学会课题“危机状态下海外劳工法律保护研究”(CLS[2014]D104)

作者简介:花勇(1979—),安徽合肥人,华东政法大学马克思主义学院讲师,博士,主要研究方向:中国特色外交实践和理论。



也包括国际劳工条约规定的劳动时间、劳动条件、劳动报酬等劳动方面的权利以及权利受侵害时的救济和补偿权利。

(二)“一带一路”建设与海外劳工的发展

随着改革开放的深入,特别是“走出去”战略实施以来,对外劳务合作稳步增长,中国海外劳工增量和存量不断增加。2003 年在海外劳务人员是 52.5 万人,2015 年 102.7 万人,增长了近 1 倍。截至 2015 年底,我国累计派出各类劳务人员 802 万。^[3] 2013 年 9 月习近平访问中亚提出建设“丝绸之路经济带”。同年 10 月访问东南亚提出建设“21 世纪海上丝绸之路”。“一带一路”战略在中国的积极倡议和推动下,得到沿线各国的热情回应。“一带一路”建设将进一步推动海外劳工增长。对海外劳工的保护事关“一带一路”的建设。

1.“一带一路”持续推动海外劳工增长

目前“一带一路”沿线国家和地区对基础设施建设的需求十分旺盛,把基础设施建设作为刺

激经济增长的重要手段。欧盟出台 260 亿欧元的欧洲交通网络规划。非洲、拉美、亚太地区快速城市化急需加快基础设施建设。中国政府设立的相关配套资金(对外贷款和各种基金)大力推动互联互通工程。对外贷款包括:300 亿美元对非洲国家贷款、200 亿美元对南亚国家优惠贷款、100 亿美元对中东欧国家专项贷款、100 亿美元对东盟国家优惠贷款等。中国倡导或支持设立的各种基金包括:400 亿丝路基金,50 亿美元中非发展基金、30 亿美元二期中国-东盟投资合作基金、30 亿美元对中东欧国家投资基金等。^[4]大量资金的投入,必将持续推动“一带一路”建设,特别是基础设施建设。

2015 年 1—9 月,我国企业在“一带一路”沿线国家和地区新签合同额 591.1 亿美元,占同期我国对外承包工程新签合同额的 42.9%,同比增长 24.9%。^[5]基础设施类海外劳工超过海外劳工总量的一半。^[6]2015 年 1—5 月,中国企业向“一带一路”沿线国家和地区派出各类劳务人员 8 万人,5 月末在外人数 31.2 万人,占中国在外出各类劳务人员总数的 31.2%。截至 5 月底,累计向“一带一路”沿线国家派出各类劳务 280.3 万人,占累计派出各类劳务人员总数的 36.4%。^[7]“一带一路”建设为对外劳务合作开辟了更加广阔舞台,便利了对外劳务合作的开展,加速了海外劳工的输出。

2.海外劳工权益保护关系“一带一路”建设

“一带一路”建设不仅仅是基础设施等物质层面的建设,更是文化、思想等精神层面的交流沟通。海外劳工本身就是我国对外交流的主体之一。对外交流不仅仅是官方层面的,基层对外交往因其广泛性、平民性、便捷性,更能拉近与他国普通民众的距离。这种平民化的交流有助于海外民众了解中国基本制度、基本政策,有助于海外民众以公正理性的态度认识中国,理解中国走社会主义道路的历史选择。我们对海外劳工的保护,使海外劳工感受到身为中国人的自豪,在对外交流的过程中,以更加自信的态度展示中国的成就,感染海外民众。中国对劳动权益的重视,对劳动者安全的尊重和保护,能够为海外民众认可和支持,纠正部分海外民众对中国片面的

认识,构建良好的海外形象。总之,保护海外劳工合法权益,有利于海外劳工与他国民众的民间交流,从而有助于夯实外交关系的群众基础,促进“一带一路”战略得到更多国家和人民的支持。

3.“一带一路”建设中的海外劳工风险

随着海外劳工数量的不断增长,以及在外劳工存量的扩大,我国海外劳工面临的风险也随之增大。据统计,2007年到2011年,我国共发生325件海外公民安全风险事件,包括112件海外劳工风险事件,占总风险事件的37.5%。海外劳工风险事件占全部风险事件的比例从2007年的32.7%上升到50.7%。^[8]“一带一路”沿线部分国家政治动荡、政府腐败、法制不完善、社会治安问题严重,有些国家处于社会转型时期,社会经济矛盾突出。

除了以上沿线国家国内风险之外,还存在区域风险。“一带一路”经过东亚、东南亚、南亚、中亚、西亚、北非等地区。这些地区是当今世界热点问题和冲突多发地区。东北亚朝核问题、东南亚领土争端、南亚印巴问题、阿富汗问题、西亚北非的持续动荡、中亚的恐怖主义和极端宗教势力,等等,地区紧张、恐怖主义、极端分裂势力是海外劳工安全的重大威胁。以外交部“出国特别提醒”为基础,可以发现“一带一路”沿线地区安全形势严峻,风险率明显高于其他地区。^[9]考虑到“一带一路”沿线国家是中国海外劳工主要目的地,这些风险无论是发生几率还是危害程度都值得我们高度重视,提前加强防范。

二、海外劳工权益法律保护现状

中国政府积极推动“走出去”战略和提出“一带一路”倡议以来,就非常重视海外劳工权益的保护。但中国海外劳工权益的法律保护现状仍然不容乐观,如劳动权利方面,劳动环境恶劣、工资低、超时劳动和无偿加班等;社会权利方面,社会保障欠缺,地位低下等;人身权利方面,护照被强制“保管”,人身自由受限制,抗议抗争容易遭强制遣返等。

(一)领事保护不堪重负,法律保护不足

21世纪以来,中国领事保护发展迅速,在保

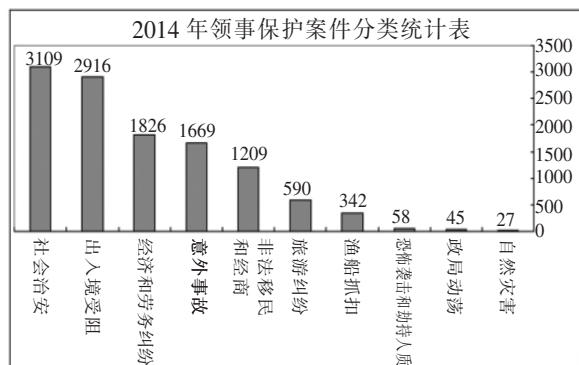


图1 2014年领事保护案件分类统计表^[10]

护海外劳工权益方面发挥重要作用。根据《维也纳领事关系公约》第5条规定,领事保护是一国领事机关或领事官员,根据本国的国家利益和对外政策,在国际法许可的限度内,在接受国国内保护派遣国民的权利和利益的行为。领事保护的功能主要在于协助或帮助境外公民维护合法正当权益,能够运用的手段是在接受国反映要求和提出建议,敦促接受国相关部门公平公正妥善处理。2014年中国驻外外交和领事机构全年受理的领事保护和协助案件数量持续大幅攀升,达59526件,其中领事保护案件14340件,领事协助案件45186件。与劳工权益直接相关的经济和劳务纠纷类案件全年达1826件,较2013年的983件增长近1倍。按照现有增长速度,经济和劳务纠纷还将继续上升,这将给领事保护带来更大工作压力。驻外大使发出呼吁“劳务纠纷问题……根本解决还是要走法律途径”^[11]。

(二)过于偏重劳务合作,劳动权益重视不足

长期以来,海外劳工服务保护是由外经贸委负责的,后转入商务部负责。这种管理模式更多将海外劳工纳入对外合作的框架中,将其主要功能定位于劳务合作。这无形之中将海外劳工等同于对外贸易的商品,对海外劳工的人身权利和劳动权利重视不足。现有海外劳工保护理念过于偏重劳务,轻视劳权,使得海外劳工在权利受到侵害时,很难通过法律途径寻求救济。这导致了海外劳工更多寻求政府渠道的帮助,从而加重了驻外使领馆的工作负担。虽然目前保护理念已经开始发生转变,但2012年实施的《对外劳务合作管理条例》对海外劳工权益保护的救济措施只有三

条(第27、28、29条),远不能应付日益复杂的海外劳务纠纷。

(三)已有法律位阶低,派遣企业资质门槛低、违法成本低

我国《劳动法》、《劳动合同法》只涉及境内劳动关系,仅能保护第一种、第二种类型的海外劳工,不能保护第三种类型的海外劳工。《对外劳务合作管理条例》主要是规范对外劳务合作,加强对外劳务合作监管,属于行政法规,位阶低,并不是专门针对海外劳工权益保护的。对外劳务合作企业资质条件过于宽松,只需要有3人以上熟悉对外劳务合作事务即可。现有法律对派遣企业的违法成本规定不高。《劳动合同法》第92条仅规定对派遣单位的违法行为责令改正,处以不超过五万元的罚款和吊销营业执照。《劳动合同法修正案》规定企业如果违反行政许可就没收违法所得并处以罚款。总体上来说,现有法律对派遣企业的违法制裁力度较轻,不能很好地规范外派企业的经营行为和维护海外劳工的权益。

三、 加强对海外劳工权益的法律保护

(一)明确海外劳工派遣单位责任,完善海外劳工立法

明确海外劳工派遣单位的责任主体。理顺劳务派遣关系是建立劳务派遣权利义务体系的关键。我们建议以“控制权标准”来分配劳务派遣关系中的权利义务,基于“谁控制,谁担责”的一般法律原则,加入“利益”因素,考虑海外劳工的行为让哪一个行为主体受益,哪一个主体就应该承担相应义务。或者根据海外劳工派遣环节来界定派遣单位和雇佣单位的义务。外派单位主要负责派遣环节的义务,包括招聘,劳动合同订立、变更、解除、终止等。雇佣单位主要负责使用海外劳工环节承担的义务,包括工作时间、最低工资标准、加班规定、安全防护、就业歧视、休息休假等。考虑到海外劳工相对于一般派遣劳动的特殊性,特别是与外派企业相比的弱势,以及外派企业对用工环节承担相应的连带责任,我们主张劳务派遣企业是海外劳工法律关系中的责任主体,承担主要的法律责任。

建立和完善海外劳工派遣许可制度。纵观各国立法经验,都对劳务派遣企业实施严格的许可制度。日本规定劳务派遣必须获得厚生劳动省的许可,经营特殊性劳务派遣,还要向厚生劳动省报备,报备内容包括派遣人数、派遣费用、派遣计划等。法国劳务派遣企业必须依法向劳动监察官提出申请,只有劳动监察官同意该申请,或者劳动监察官收到申请15天内没有提出反对意见,劳务派遣企业才被允许派遣活动。我国《劳动合同法》对劳务派遣单位只做了基本要求,《劳动合同法修正案》规定劳务派遣单位应向劳动行政部门申请许可,但没有规定行政许可的具体条件以及拒绝行政许可的法定情形。我们认为可借鉴国外经验,按照从业人数和资格、注册资金、派遣计划、派遣培训等核定是否许可,并且设定许可期限。许可期限届满后,劳务派遣单位必须向劳动行政部门申请延期。许可制度的建立还包括监督检查制度,要求劳务派遣单位定期向劳动行政部门提交有关劳务派遣情况的详细信息,劳动行政部门不定期对劳务派遣企业进行检查和定期评估,明确劳务派遣单位退出的具体法定情形,根据定期评估结果取消不达标单位经营资格。同时,行政许可的资格必须包括要求劳务派遣单位设立保证金。派遣单位在申请劳务派遣许可证前,向指定银行缴纳一定数额的风险保证金,专门用来保障海外劳工的基本权益,尤其是当海外劳工与派遣单位发生争议或派遣单位违法违规时,劳动行政部门通过缴纳在指定银行的保证金确保海外劳工得到及时救济。

严格规范海外劳工合同条款。海外劳工合同是维护海外劳工权益的重要法律依据。以国际通行范本为基础,结合中国实际,拟定符合我国国情的标准合同范本,明确劳动关系当事人的权利义务。目前世界上比较成熟的外派劳务合同一般包括合同有效期限、工资津贴和奖金、工作时间和加班报酬、职工安全与社会保障、缴税责任条款、终止雇佣条款、争议及解决方式等。具体海外劳工合同内容包括合同期限、劳动报酬及支付方式、社会保险的数额与缴纳、工作内容、工作地点、工作时间和休息休假、劳动条件、职业培训和职业危害防护、被派遣人在国外居留工作许可等

手续的办理、人身意外伤害保险的购买、国外雇主原因解除与海外劳工的合同对海外劳工的经济补偿、发生突发事件对海外劳工的协助救助、违约责任等。

(二)完善劳动行政服务,加强海外劳工执法保护

明确海外劳工的管理服务机构。效仿菲律宾、印度等劳务输出大国经验,将商务部的对外劳务合作职能转给人力与社会资源部,在人社部设立海外劳工保护局专门负责海外劳工权益的保护。海外劳工保护局负责劳务合作企业的资质许可和审查;定期发布海外就业信息;统筹建立海外劳工数据库,方便提前预警和保护;与外交部合作设立劳工参赞,为海外劳工提供及时专业的法律援助。

法律保护与外交保护、军事保护相结合。当海外劳工遇到劳资纠纷,或者人身安全遇到危险,可求助中国外交领事部门。领事部门的官员会派出相应的领事保护官员,给予海外劳工法律指导,协助其聘请律师,申请法律援助。外交保护主要是帮助海外劳工在目的国司法框架内,运用目的国司法手段维护权益。当然,外交资源是有限的,过度使用外交资源,不仅造成外交资源的紧张,也容易影响外交关系的良性发展。海外劳工权益涉及劳动权方面的,建议首先运用司法手段。在这个过程中,外交保护可以为司法手段的运用提供辅助性帮助。值得我们注意的是,如果发生恶意针对中国海外劳工群体的严重人身伤害事件,需要及时采用外交保护,立即要求东道国政府采取必要措施制止针对中国海外劳工的暴力行为。如发生在越南的针对中国企业的打砸烧抢事件。另一种极端情形是东道国内部发生动乱或严重冲突,我国政府采用军事保护,维护海外劳工的权益和生命安全。如利比亚撤侨、也门撤侨。针对不同的侵权和危害事件,根据危害严重程度和急迫程度,灵活运用法律保护、外交保护、军事保护,在维护和发展对外关系的同时,保护好中国海外劳工的权益。

设立专门针对海外劳工保护的基金。可以效仿菲律宾设立紧急遣返基金(用于危机事件或严重自然灾害,外派劳务机构没有责任或没有能力支付的遣返费用)、海外劳工贷款担保基金(劳工

出国基本费用贷款和家庭援助贷款)、法律援助基金(帮助海外劳工法律维权)、海外劳工奖学金(帮助海外劳工或海外劳工的直系亲属在境外求学深造)。该基金可以采用国家、企业、个人三方统筹,帮助抵御海外风险。

(三)坚持有限度的“意思自治原则”,实行“或裁或审”的司法保护

明确有限度的“意思自治原则”。“意思自治原则”是指在一定范围内适用当事人选择的法律处理涉外合同纠纷。“意思自治原则”已经成为国际社会普遍接受的原则,也是许多国际条约处理涉外合同纠纷的首要原则。考虑到海外劳工的相对弱势,我们建议采取有限度的“意思自治原则”,即劳务派遣企业和海外雇主不得通过选择法律剥夺海外劳工依据目的地国家法律强制性保护所享有的权益。通常这些强制性规定涉及劳动安全保障、最低工资标准、工资待遇等劳动者基本权利。如果对外劳务合同涉及上述海外劳工的基本权益,劳务派遣单位和海外雇主对于法律的选择,不能排除保护海外劳工合法权益的强制性规定。比如海外劳工的工伤赔偿,应该在海外劳工惯常工作地法律、海外劳工惯常居住地法律或海外雇主营业地法律选择赔偿标准最高的法律适用。处理劳动合同纠纷时遵守有限度“意思自治原则”,主要是使海外劳工保护的标准就高不就低,从而充分保护劳动者的劳权。

劳动争议解决采用“或裁或审制”。目前我国涉外劳动争议解决实行仲裁前置,未经劳动仲裁的涉外劳动纠纷,法院不受理。仲裁前置的强制性规定,延长了仲裁解决的时间,拉长了权利救济周期,不利于纠纷机制的及时解决。另外涉外劳务仲裁因不具有终局效力,当事人对劳动仲裁决议不服向人民法院起诉,仲裁决议就不发生法律效力,如此造成仲裁委员会和法院的重复劳动。实行“或裁或审制”,当事人可以向劳动仲裁委员会申请仲裁,也可以向人民法院起诉,但不得同时申请仲裁和提起诉讼。该争议解决机制可以降低劳动争议处理的时间成本,尊重当事人“意思自治”权利。鉴于其他国家设立专门劳动法庭处理劳务纠纷,我们建议可在劳务输出大省先行试点设立专门劳动法庭,规范和完善涉外劳动争议解决。

(四)与“一带一路”沿线国家签订海外劳工保护的双边条约

目前,中国和俄罗斯、巴林、毛里求斯、马来西亚、新加坡等国签订了双边劳务合作协定或备忘录。现有协定或备忘录对于促进双边劳务合作、保护海外劳工权益发挥了重要作用,但也存在下列不足:(1)现有协定规定海外劳工和境外雇主签订《雇佣合同》,一定程度上可以保护海外劳工的权益。但仅要求境内劳务派遣企业审查所签订的《雇佣合同》。考虑部分企业自身管理不严,或者与境外雇主相互勾结^[12],可能会严重损害海外劳工的权益。(2)现有协定对于如何监管境内劳务派遣企业、境外劳务中介公司以及境外雇主缺少具体详细的规定,有些协定把境内劳务派遣企业的监督权交给行业协会。(3)没有与劳务输出人员较多的国家签约。中国对外劳务合作的范围已扩展到全球180多个国家和地区,但没有与日本、沙特等海外劳工输出较多的国家签约。

随着“一带一路”建设的推进,海外劳工的数量将不断增加,有必要充实和完善现有的劳务合作协定,加快与中国海外劳工主要输出国或地区签订劳务合作协定。建议中方负责谈判落实的机构是人社部。协议必须要求他国或地区加强对其境内劳务中介公司和雇主的管理监督,并要求对方适时向中方通报对方企业和雇主的评估情况。协议必须明确中方劳务派遣企业的监督管理机构,避免将监督管理权下放给行业协会。协议需要进一步保障海外劳工同工同酬等劳动权益,相应的社会保障,特别是医疗、工伤保险必须得到满足。

(五)加快区域劳务合作立法,推动国际劳工规范健康发展

深化中国-东盟区域劳务合作立法。东盟不仅在中国周边外交中扮演着举足轻重的角色,而且是中国海外劳工的主要目的地之一。深化中国-东盟区域劳务合作立法,不仅有助于保护中国海外劳工的权益,也有助于保护东盟国家海外劳工的权益。深化中国-东盟劳务合作立法,可以现有国际劳工标准为基础,参考欧盟劳工合作立法经验,以保护劳工基本权益为原则,明确海外劳动者的基本权利、劳动条件、法律适用、权利救济、争端解决机制,设立联合监督机构等。

加快上海合作组织区域劳务合作立法。中国相当一部分对外承包工程是在中亚。上合组织在现有安全合作功能的基础上,以常态化合作机制为平台,开创劳务对话与合作的新平台,使得安全领域的合作外溢到劳务合作。基础的劳务合作立法可从维护劳动者基本权益出发,建设利益共同体。非洲、阿拉伯国家、拉美地区等,可以中非论坛、中国海湾阿拉伯国家合作委员会战略对话、中拉论坛等为基础性平台,商讨劳务合作区域立法,保护双方劳工权益。

参考文献:

- [1]李坤刚.涉外劳务应纳入劳动争议处理范围[J].中国劳动,2009,(6):46.
- [2]孙国平.我国海外劳工法律保护之检视[J].时代法学,2013,(2):62.
- [3]文月.2015年中国对外劳务合作发展述评[J].国际工程与劳务,2016,(3):41.
- [4]荀晓晖.借“一带一路”东风扬帆起航[J].国际劳务与工程,2015,(3):35-36.
- [5]商务部10月20日新闻发布会.[EB/OL],<http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ah/>.
- [6]文月.2015年中国对外劳务合作发展述评[J].国际工程与劳务,2016,(3):42.
- [7]商务部2015年7月7日新闻发布会.[EB/OL],<http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/slfw/201507/20150701036542.shtml>.
- [8]龚涛.中国对外劳务输出行业现状与人员安全研究[D].上海:上海外国语大学,2012:24.
- [9]汪段泳.中国海外公民安全:基于对外交部“出国特别提醒”(2008—2010)的量化解读[J].外交评论,2011,(1):67.
- [10]2014年中国境外领事保护与协助案件总体情况.[EB/OL],<http://cs.mfa.gov.cn/gyls/lsgz/ztl/ajztqk2014/t1277568.shtml>.
- [11]张哲.2009年度中国人海外安全报告[N].南方周末,2010-1-28(11).
- [12]2008年日本山梨中国女工遭虐就是因为国内劳务派遣公司于日本雇主联手欺压。中国女工被残酷剥削,中日两公司同流合污.[EB/OL],<http://news.sohu.com/20080907/n259420912.shtml>.

(责任编辑 丹 若)