

我国海外劳工权益立法保护 与国际协调机制研究

王 辉

内容提要 我国每年输出的海外劳工数量庞大,为实施国家“走出去”经济发展战略和扩大就业渠道发挥了重要作用,但海外劳工权益保护问题也随之凸显。面对这一情况,我们除了需要加强外交和领事保护与应急机制建设,更应当积极加入国际劳工标准及缔结双边和多边劳务协定,建立和完善海外劳工权益保护的涉外立法规定,通过国内法和国际法的协同配合,逐步实现海外劳工权益的充分保护。

关键词 海外劳工 权益保护 涉外立法 外交保护 劳务协定

王 辉,嘉应学院政法学院副教授 514015

伴随着“走出去”经济发展战略的实施,我国通过对外投资、承包工程、劳务合作等形式输出的海外劳工数量也逐渐增多。根据商务部的统计,2015年我国对外劳务合作派出各类劳务人员53万人,其中承包工程项下25.3万人,劳务合作项下派出27.7万人,年末在外各类劳务人员102.7万人^[1]。除了通过正规的劳务输出外,劳务市场还存在一些“黑外劳”现象,二者相加使海外劳工实际数量远超过百万。然而,我国海外劳工的人身安全及合法权益的保护现状却令人担忧^[2]。应当看到,每一个海外劳工还和他身后的家庭、亲人紧紧联系在一起,关系到更多人的情感和利益,全社会理应重视和关注海外劳工的权益保护。

本文为中国法学会2015年度部级法学研究课题(课题编号CLS(2015)D134)阶段性成果。

[1]《2015年我国对外劳务合作业务简明统计》,资料来源于商务部对外投资和经济合作司, <http://hzs.mofcom.gov.cn/article/date/201601/20160101239878.shtml>,访问时间:2016年3月3日。

[2]我国每年海外劳工发生的各种伤亡事故是一个不小的数字。比较突出的有:2004年6月阿富汗恐怖组织对中铁十四局在阿工地的袭击,造成11名中国工人死亡,5名工人受伤。据不完全统计,2000-2003年间,中国公民在非洲遇险遇害事件每年约10起,2004年后,每年增加到了近20起。仅南非一国,2004-2006年,就有40名华人遇害身亡。方伟:《中国公民在非洲的安全与领事保护问题》,〔杭州〕《浙江师范大学学报》(社会科学版)2008年第5期。2014年5月16日,中国水利水电第十六工程局喀麦隆公司遭到武装人员袭击,一名中国员工受伤,10人失踪;10月11日包括10名中国人在内的被当地武装分子绑架的27名人质在喀麦隆获释。

一、我国海外劳工权益受损现状令人担忧

我国大量劳工到海外工作,具体来说主要有三种途径:一是在我国境内已与用人单位建立劳动关系的劳动者,经由用人单位派到海外工作,或派到海外雇主处工作,或用人单位在国外承揽业务后组织劳动者在海外履行劳动义务;二是在我国境内已与具有经营资格的对外劳务合作企业建立劳动关系的劳动者,经由对外劳务合作企业派到海外雇主处劳动,也就是涉外劳务派遣;三是具有境外就业介绍资格的就业中介把劳动者介绍到海外雇主处劳动。综合来看,在前两种途径中,劳动者虽然身在海外工作,但由于和我国境内的用人单位或对外劳务合作企业具有劳动关系,在发生劳动纠纷时比较容易通过我国国内的劳动法律法规来解决,对海外劳工权益的影响不是太大。而对于第三种途径,由于境外就业中介只是把劳动者介绍到海外工作,由海外雇主和劳动者建立劳动关系,就业中介游离于劳动关系之外,一旦发生人身或财产损害,劳工维权就相对困难。我国海外劳工权益遭受损害,主要就集中在第三种途径上。在我国海外劳工的人员组成中,主要以农村劳动力和城镇失业及下岗人员为主,整体上文化水平不高,语言交流能力较弱,对外交往能力也较差,处于明显的弱势地位。

当前,我国海外劳工权益受损主要表现在四个方面:一是海外工作的真实情况被隐瞒,比如工作的时间、地点、种类、工资、福利等,实际情况与招工时的承诺相差甚远。二是没有落实劳动合同约定的各项权益,如合同约定的最低工资标准、工资准时发放、工资无故不得扣减、加班时间限制、劳动环境保护等^[1]。三是人身权利方面受到很多限制,如出境后,工人的护照、身份证被强制收走,稍有反抗就会遭受人身攻击,甚至被强制遣返回国^[2]。四是社会权利方面,我国海外劳工无法融入当地社会,各项权利受限,国民待遇缺失,也缺少所在国基本的社会保障,更不能参加当地的工会组织。在我国海外劳工合法权益频频受损及遭受种种不公平待遇情况下,海外劳工开始以怠工、罢工、游行示威、静坐上访等方式进行各种抗议。2009年在非洲、东欧和中东等许多国家,因我国海外劳工的劳务纠纷引发的群体性事件持续不断。自2008年12月起,在罗马尼亚首都布加勒斯特,陆续有上千名中国劳工来中国驻罗大使馆“上访”^[3]。我国海外劳工维权的行动也引起了劳工所在国政府、国际社会、社会组织等各方面的关注,但是在事件的处理上却往往采用个案处理方式,没有形成固定的做法,国际社会没有达成共识,各国的处理上方式也不同;而在我国国内也没有形成统一的法律制度。为加强我国海外劳工权益的保护,必须从不同视角、通过不同方法进行综合性研究。

二、我国海外劳工权益保护方式值得思考

1. 海外劳工权益保护的方式

(1) 外交保护方式 外交保护是国际法上保护在外国的本国公民的传统制度,现代意义上的外交保护实践出现在18世纪末期^[4]。2006年的联合国国际法委员会第58届会议上通过的《外交保护条款草案》指出,外交保护是“一国对于另一国国际不法行为给属于本国国民的自然人或法人造成损害,通

[1]常凯:《论海外派遣劳动者保护立法》,〔北京〕《中国劳动关系学院学报》2011年第1期。

[2]2008年湖北黄石6名赴日女研修生在日本山梨县受尽盘剥一事曾引起中日媒体乃至两国政府的高度关注,其中3为女工被强制遣返回国,1人逃跑时腿被摔断,2人逃走。资料来源于 http://japan.xinhuanet.com/2013-12/05/c_132942842.htm,访问时间:2016年2月3日。

[3]孙国平:《我国海外劳工法律保护之检视》,〔长沙〕《时代法学》2013年第2期。

[4]黄润秋:《论海外公民权益的外交保护》,《南昌大学学报》(人文社会科学版)2008年第3期。

过外交行动或其他和平解决手段援引另一国的责任,以期使该国责任得到履行”。外交保护制度需要平衡的是国籍国属人管辖权与属地国属地管辖权之间的关系,虽然国籍国有权基于本国的属人管辖权对本国公民进行保护,但同时也要体现对属地国的属地管辖权的尊重。因此,外交保护制度行使的前提条件之一就是“用尽当地救济原则”,但是在应对突发情况、无法满足“用尽当地救济原则”时,就可以直接动用外交保护权来保护本国公民。我国直接通过外交保护方式来对我国海外劳工及中国公民保护的例子也不少,代表性的例子有:一是2011年2月发生的从利比亚帮助撤离我国公民事件,由外交部、商务部等多部门组成应急指挥部,采取派船、飞机等运输工具共撤回了包括在利比亚务工的共计35860名中国公民^[1]。另一个是2012年1月发生在苏丹的中国水电公司项目工地遭到苏丹反政府武装袭击,其中有29名员工被劫持,后在外交部、我国常驻联合国代表团、常驻日内瓦代表团、有关国家和红十字国际委员会等机构的共同努力下,29名中方人员终于安全回国。

通过外交保护权的运用,虽然可以保护本国公民在属地国的权利,但也引起了我们的思考:是不是所有本国公民都可以请求国籍国动用外交保护权来保障自己的权益?外交保护权是公民的权利抑或是国家的权利,或是国家的义务?自18世纪以来,外交保护权一直被认为是受害者国籍国国家的权利,而不再是受害者个人的权利^[2]。“外交保护在性质上是一种国际程序。当一个国民为取得外国的赔偿而向本国政府提出请求时,便使该请求成为独立于个人控制的国际交涉对象,因而必须服从其政府的解决。通过对受到外国侵害的本国国民的支持而提出请求的政府,由于作为主权者的资格而行为,因此是作为自身的请求而提出的,而不是作为个人请求者的代理人或受托人而行为”^[3]。另从我国《宪法》第89条规定:“国务院行使下列职权:……保护华侨的正当的权利和利益”中也可以看出,国务院代表国家行使外交保护权,是国家的“职权”而不是国家的“义务”。可见,动用国家的外交保护权,并不是基于公民的个人权利,也不是国家的义务,而是国家的权利(力)。“外交保护归根到底是属于各国自由裁量的政治问题”^[4]。因此,国家是否行使外交保护方式,也不是那么简单随意,需综合考虑政治、法律、国际关系等复杂问题,会受到许多方面因素的制约。

(2)领事保护方式 领事保护,也称领事协助,是指一国的领事机构、领事官员或领事代表,根据本国的国家利益和对外政策,于国际法许可的限度内,在接受国(属地国)同意的范围内,保护派遣国(国籍国或属人国)及其国民的权利和利益的行为^[5]。广义的领事保护,也包括领馆和领事官员向派遣国国民提供必要的帮助和协助。2015年外交部发布了新的《中国领事保护和协助指南》,分别就中国公民出国前后的特别提醒、领事官员能为中国公民做些什么、寻求领事保护的常见问题、文明出行、免责声明等事项做了详尽说明。2015年外交部共妥善处置近8万起领事保护与协助案件,其中包括上百起重大领保案件,撤离战乱和自然灾害地区中国公民6000余人,安全营救遭绑架劫持人员50多名^[6]。领事保护对我国海外劳工权益的保护发挥了重要作用。

在传统国际法上,领土主权高于一切,也就使领事保护的国籍国属人管辖权相比属地国的属地管

[1]《中国在利比亚撤离行动结束 外交部披露细节》,资料来源于http://news.xinhuanet.com/2011-03/07/c_121155197.htm,访问时间:2016年2月4日。

[2]万霞:《海外中国公民安全问题与国籍国的保护》,〔北京〕《外交评论》2006年第6期。

[3]龚刃韧:《国际法上人权保护的历史形态》,〔北京〕《中国国际法年刊》1990年刊。

[4]〔美〕托马斯·伯根索尔,肖恩·D·墨菲:《国际公法》,黎作恒译,〔北京〕法律出版社2005年版,第111页。

[5]万霞:《海外公民保护的困境与出路》,〔北京〕《世界经济与政治》2007年第5期。

[6]《中国领事保护与服务:盘点2015,期冀2016》,资料来源于中国领事服务网,<http://cs.mfa.gov.cn/gyls/lsgz/lqbb/t1337887.shtml>,访问时间:2016年2月7日。

辖权来说处于弱势,所以也造成了领事保护在海外劳工权益保护方面并不是万能的,会不可避免地带来国家主权之间“冲突”的问题。此外,我国在保护海外劳工行使领事保护权时,不管是领事机构,还是领事官员和代表,都无权介入属地国的行政和司法,只能通过沟通、建议、监督和敦促等方式使问题尽快解决,致使在处理问题时会显得较为被动,有时根本无法控制事情的进展。

外交保护和领事保护都是一国基于国籍国的属人管辖权对本国公民在海外所采用的保护手段。从广义上说,外交保护包括了领事保护;从狭义上说,外交保护仅指国籍国将属地国对其国民的损害视为对本国的损害而引起国家责任的保护行动。所以从这个意义上讲,领事保护所表现的权利性质是国籍国公民享有的请求其本国协助和保护的权利,受属地国国内法和国籍国国内法的双重调整;外交保护所表现的权利性质是国籍国对属地国的权利,表现为国家之间的关系,受国际法调整^[1]。在处理海外劳工权益时,领事保护往往是外交保护的前奏,二者之间存在相互补充的关系,甚至在有些情况下可以相互转化^[2]。随着我国“外交为国”向“外交为民”理念的转变,我国外交和领事保护也将会对我国海外劳工权益提供更加完备的保护。当然,随着我国有更多的劳工走出国门,外交和领事保护权方式也面临着越来越大的压力。

(3)法律保护方式 各国对海外劳工权益的法律保护,基本上是通过主权国家和国际社会的立法、执法和司法行为而形成的法律保障制度体系。在国际上,“保障外籍劳工人权”作为一项基本的法律原则,已被绝大多数国家所认可^[3]。国际劳工组织已在移民劳工^[4]权益保护上制定了许多国际劳工公约和建议书^[5],这些公约和建议书也被称为国际劳工标准。国际劳工标准为保护世界范围内的移民劳工权益提供了基本的保护条件,也为各国保护本国海外劳工提供了国际法依据。作为高度区域化组织的欧盟,在劳工法律和政策制定方面先行一步,已经把劳务引进的权限规定为欧盟机构和成员国共有,成员国在签证、制定引进外籍劳务的原则、计划和规定、审核外籍劳工、签发工作签证等拥有权限。德国和日本是海外劳工输入较多的国家,两国在劳务输入方面都制定了比较完整的劳工管理制度。德国在规范和管理移民工人的法律法规主要有《外国人法》、《居留法》、《就业促进法》、《就业条例》、《外籍劳工工作许可发放条例》、《停止招募外籍劳工条例》以及劳工部制定的《停止招募外籍劳工的例外安排条例》和《建筑业管理条例》等^[6]。中国对外承包工程商会与德国劳工总署下辖的外劳职业介绍中心还专门签署了《关于介绍中国护理工赴德从业协议》的框架。日本对劳务输入的移民劳工进行规范的主要是《外国人研修制度》和《技能实习制度》等法律法规。应当看到,虽然日本对海外劳工

[1]万霞:《海外中国公民安全问题与国籍国的保护》,[北京]《外交评论》2006年第6期。

[2]2001年国际法院“拉格朗案”(LaGrand Case)中,德国指控美国未能立即告知拉格朗兄弟有权利得到领事保护,从而剥夺了德国提供领事保护的可能性。因此,德国有权根据自身的权利以及代表其国民行使外交保护权。参见黄润秋:《论海外公民权益的外交保护》,《南昌大学学报》(人文社会科学版)2008年第3期。

[3]常凯:《论海外派遣劳动者保护立法》,[北京]《中国劳动关系学院学报》2011年第1期。

[4]在国际上,海外劳工一般称为“移民劳工”。根据联合国《保护移民工人及其家庭成员权利的国际公约》第2条的规定,移民工人是指那些“即将、正在或者已经在国籍国外从事有报酬的劳动的人”,包括永久移民工人和临时移民工人。本文所指的“移民工人”或“海外劳工”,指的就是临时移民劳工。

[5]1949年《移民就业公约(修正)》及其建议书、1955年《保护(不发达国家)移民建议书》、1975年《移民工人(补充规定)公约》及其建议书、1975年《违法迁移及促进移民工人享有同等机会与同等待遇公约》及社会保障方面的四个公约和建议书(具体指:1925年的第19号公约《本国与外国工人关于事故赔偿的同等待遇公约》;1935年的第48号公约《维护残废、老年及遗属保险权利的国际制度的建立公约》;1962年的118号公约《本国人与外国人在社会保障方面平等待遇公约》和1982年的第157号公约《建立维护社会保障权利的国际制度公约》)。

[6]吕国泉等:《中国海外劳务移民的发展变迁与管理保护》,[北京]《华侨华人历史研究》2014年第1期。

需求非常明显,但在日本国内却存在着大量侵害研修生权益的现象,工作超时繁重、无故克扣拖欠工资,甚至粗暴威胁强制遣返等等。

我国一直非常重视海外劳工权益的保护,制定了许多专门保障海外劳工权益的法规和规章制度^[1]。此外,我国《劳动法》、《劳动合同法》等劳动法律法规虽然明确规定只保护我国境内的劳动者,但如果海外劳工和我国境内的劳务输出企业或对外劳务合作企业存在劳动合同关系,仍然可以通过我国劳动法律法规进行保护。在海外劳工与我国对外劳务合作企业没有劳动合同关系的情况下,根据《对外劳务合作管理条例》第23条的规定,对外劳务合作企业与外派劳工间的关系是服务合同关系,即使该服务合同并非明确是劳动合同,但根据该条例,我国海外劳工权益还是可以得到一定程度的保护^[2]。

2. 我国海外劳工权益保护方式问题剖析

(1) 倚重外交和领事保护权的行使,轻于法律保护方式

通过分析我国众多海外劳工权益维权事件可以看到,在权益侵害事实发生后,大多由我国外交部门牵头组织启动、商务部门和地方政府有关部门及经营企业随即跟进,经过各方共同努力最终保护了劳工权益,这是事情解决的基本方式。可以说,这种方式确实具有快捷、方便、可靠的优势,但同时也反映出对海外劳工权益保护的思路,就是非常重视我国外交部门所拥有的外交保护和领事保护能力,而对于启动国际法、国际条约或国内法寻求保护却不是很积极。需要指出的是,面对数百、上千名劳工的“上访”及每年几万起的领事保护案件,我国驻外使领馆的人员与力量终究有限,虽竭尽全力也会力不从心,难保海外劳工合法权益不被克减^[3]。目前,我国在全球的领事保护官员仅几百人,平均下来我国每一位驻外使领馆领事官员要服务超过19万海外中国公民,这个数字是俄罗斯的13倍、日本的15倍,一些中国驻外使馆专门的领保官员甚至只有一个人^[4]。中国驻罗马尼亚大使馆经商参处有关人员曾坦言:“劳务纠纷问题,使馆在国内主管部门的指导下,积极开展工作维护企业与劳务人员的合法权益,根本解决还要走法律途径……大使馆不是万能的^[5]。”

(2) 对加入国际劳工标准和签订劳务协定的重视程度不够

国际劳工组织主要通过制定国际劳工标准对移民劳工权利进行保障。在国际劳工组织制定的八个核心劳工标准中,目前我国批准的只有四个。由于已批准的国际劳工标准数量少及执行效果不是很好等原因,使我国与国际劳工组织的合作发展缓慢,也使世界主要劳务输入国在劳务合作方

[1]主要有:《对外劳务合作管理条例》(2012年5月16日颁布)、《对外劳务合作经营资格管理办法》(2004年7月26日颁布)、《〈对外劳务合作经营资格管理办法〉补充规定》(2005年8月15日颁布);《对外劳务合作备用金暂行办法》(2001年11月27日颁布);《关于修改〈对外劳务合作备用金暂行办法〉的决定》(2003年8月21日颁布);《关于处理境外劳务纠纷或突发事件有关问题的通知》(2003年7月30日颁布);《办理劳务人员出国手续的办法》(2002年3月12日颁布);《境外就业中介管理规定》(2002年5月14日颁布)等。

[2]《对外劳务合作管理条例》第29条规定:“劳务人员在国外实际享有的权益不符合合同约定的,对外劳务合作企业应当协助劳务人员维护合法权益,要求国外雇主履行约定义务、赔偿损失;劳务人员未得到应有赔偿的,有权要求对外劳务合作企业承担相应的赔偿责任。对外劳务合作企业不协助劳务人员向国外雇主要求赔偿的,劳务人员可以直接向对外劳务合作企业要求赔偿。因对外劳务合作企业隐瞒有关信息或者提供虚假信息等原因,导致劳务人员在国外实际享有的权益不符合合同约定的,对外劳务合作企业应当承担赔偿责任。”由此可见,对外劳务合作企业承担了与国外雇主等同的责任,对劳务人员的最终权益保护起到了兜底作用。

[3]孙国平:《我国海外劳工法律保护之检视》,〔长沙〕《时代法学》2013年第2期。

[4]吴斌、刘佳等:《出境人数持续飙升 中国全力保护公民海外安全》,〔广州〕《南方都市报》2014年5月19日,第A12版。

[5]张哲:《2009年度中国人海外安全报告》,〔广州〕《南方周末》2010年1月28日,第B11版。

面对我国设置了不少的障碍^[1]。通过签订双边或多边劳务合作协定,对我国海外劳工权益进行直接保护,也不失为一种很好的保护途径。当前,我国已和一些劳务输入国签订了双边劳务合作协定和备忘录^[2]。但是双边劳务合作协议签订的数量还不多,在多边劳务合作上仍需开拓。另外,在我国主要劳务输入国如日本、德国、非洲等的国家,还没有进行双边劳务合作谈判,这是应该我们引起重视的。

(3) 保护海外劳工权益的涉外性劳动立法缺失

我国目前对海外劳工权益的保护并没有制定专门的法律规定^[3],主要由政府和部门规章组成。但是从这些规章的内容上看,也主要是对劳务输出进行规范,而不是把重点放在海外劳工权益保护上。此外,规章的内容也不是很全面,特别是对海外劳工的权益保障等基本方面都没有规定,这也使得海外劳工权益的保护难以全面展开。同时,根据我国《劳动法》、《劳动合同法》等主要保护劳动者权益的法律法规的规定,它们只调整我国境内的用人单位与劳动者之间形成的劳动关系,并不调整海外劳工劳动关系,也没有对涉外劳动关系做出强制性或特殊规定。即使在现行《劳动合同法》中有劳务派遣的规定,但这一规定是否适用于境外劳务派遣,却并不明确^[4]。在我国劳动法没有规定域外法律效力的情况下,当然也不能把国内的法律规定推定用于海外劳工的保护上。2011年4月1日起生效的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第43条规定:“劳动合同,适用劳动者工作地法律;难以确定劳动者工作地的,适用用人单位主营业地法律。劳务派遣,可以适用劳务派遣地法律。”但是,对于这种劳动合同法律适用是不是能够直接解决海外劳工权益纠纷,比如是不是适用涉外性劳动合同,如何适用涉外民事冲突法的规定,仍然存在诸多疑问。从整体上看,我国在保护海外劳工权益的涉外劳动立法方面仍存在一些重要缺失。

三、我国海外劳工权益立法保护与国际协调机制构建

1. 加强外交和领事保护的预防和应急机制建设

在保护我国海外劳工权益方面,外交和领事保护制度发挥了重要作用。但是这种外交和领事保护程序的启动,却属于“事后救济”,有可能使损害得以弥补,也有可能使损害无法挽回。因此,为了把海外劳工受损产生的风险降到最低,就需要对风险的控制进行“前移”,从而实现“风险规避”。风险规避是指通过计划的制定或变更来消除风险或风险发生的条件,使保护目标免受风险的影响。一是要降低损失发生的机率,这主要是采取事先控制措施;二是要降低损失程度,这主要包括事先控制、事后

[1]孙国平:《论劳动法的域外效力》,[北京]《清华法学》2014年第4期。

[2]中国和俄罗斯政府间《关于中华人民共和国公民在俄罗斯联邦和俄罗斯联邦公民在中华人民共和国的短期劳务协定》(2001年2月5日生效)、中国和马来西亚政府间《关于雇用中国劳务人员合作谅解备忘录》(2003年9月生效)、中国和毛里求斯共和国政府间《关于双边劳务合作的协定》(2005年1月24日生效)、中国政府和约旦哈希姆王国政府间《关于双边劳务合作的协定》(2005年12月12日生效)、中国与澳大利亚政府间《关于为招聘技术劳务人员提供便利的合作谅解备忘录》(2007年9月24日生效)、中国和阿拉伯联合酋长国政府间《关于双边劳务合作的谅解备忘录》(2008年5月19日生效)、中国和新西兰政府间《中国自然人临时雇佣安排协议》(2009年11月2日签署)、中国和韩国政府间《关于启动雇佣许可制劳务合作的谅解备忘录》(2010年6月10日生效)、中国与驻卡塔尔政府间《关于规范卡塔尔雇佣中国劳务人员的协议》(2011年9月28日生效)等。

[3]《对外劳务合作管理条例》也只是行政法规(国务院令620号,2012年8月1日起施行)。

[4]常凯:《论海外派遣劳动者保护立法》,[北京]《中国劳动关系学院学报》2011年第1期。

补救两个方面^[1]。所以,加强我国海外劳工权益的保护,也应通过外交和领事保护的事先控制预防和事后补救应急机制建设方面来实施。

本着“预防为主、预防与处置并重”的原则,首先在事先控制预防方面,我国外交部门和劳务管理机构、劳务输出企业等相关单位应加强交流合作,开展劳务输出培训,提高海外劳工安全意识,掌握劳务输入国的劳动规定,特别是要了解当地的治安状况、宗教信仰、历史文化和风俗习惯等,避免社会纠纷。同时,我国驻外使领馆也应掌握海外劳工的务工情况,保持信息沟通顺畅,在出现劳务纠纷势头时能够迅速介入,避免事态扩大。此外,还可以通过网络、微信平台、领保指南、安全提醒手册等加强预防控制。其次在事后补救应急机制方面,应继续发挥中央、地方、企业、驻外使领馆的“四位一体”的应急机制,完善境外我国公民和机构安全保护部际联席会议制度,在发生海外劳工损害事件时能够迅速启动应急预案,及时保障海外劳工的人身和财产安全。

2. 积极加入国际劳工标准及缔结双边和多边劳务协定

加强对国际劳工标准的研究,积极遵守和执行国际劳工标准,是保护我国海外劳工权益的有力抓手。从我国的对外劳务输出区域来看,主要集中在亚洲和非洲国家,而欧洲和美洲较少,究其原因就是与我国参加的国际劳工标准的数量不多有密切关系。因此我们要积极加入国际劳工标准,为海外劳工权益保障打下国际合作基础。

在国际上,无论达成何种全球性多边协定都并非易事,对国际劳工权益保护的全球多边协定亦是如此。但从务实角度出发,缔结双边协定和区域性多边协定还是可行的^[2]。在订立双边和多边劳务协定时,应尤其注意加强劳工权益保障方面的合作和监管力度,提供海外劳工基本的权利保护标准与规范,并制定有效的救助措施。同时也要做好各国的冲突法和准据法的衔接,使海外劳工权益的法律保护真正落到实处。

3. 建立和完善海外劳工权益保护的涉外立法规定

为了规范和加强对我国对外劳务合作,我国出台了不少法规和规章,如国务院发布的规范对外劳务合作管理的《对外劳务合作管理条例》,专门规定对外劳务合作企业经营资格的《对外劳务合作经营资格管理办法》,防范和处置境外劳务事件的《关于处理境外劳务纠纷或突发事件有关问题的通知》等等。从以上条例及相关规定上看,主要是围绕对外劳务合作的管理及建立境外劳务纠纷或突发事件处理机制,而非专门保障海外劳工权益的规定,其中内容更是缺乏对海外劳工的劳工待遇、劳工条件、劳工保险、劳工纠纷等核心问题的明确规定,也无法对海外劳工权益实施全面保护。在我国海外劳工大量由国内境外就业中介机构外派劳务就业的情况下,2002年7月施行的《境外就业中介管理规定》明确指出境外就业是中国公民与境外雇主签订劳动合同,在境外提供劳动并获取劳动报酬的就业行为。也即是说,我国海外劳工与境外雇主之间签订的劳动合同也只能由雇主所在地国家法律调整,不能适用我国劳动法等法律法规的调整。因此,我国在海外劳工权益保护方面,既无专门性的法律法规,也无法直接通过现有的《劳动法》等国内劳动法律法规进行调整,明显出现了法律法规的缺失和空白。反观国外,同样作为重要海外劳工输出大国的菲律宾,早在1974年就制定了《菲律宾劳工

[1]陈志强:《比较与借鉴:中国境外劳工的权益保护》,《第四届移民法论坛:出境入境管理法、中国和世界论文集》,第201页,此论坛在2012年12月举行。

[2]如:1993年美、加、墨三国签订了《北美劳工合作协议》(NAALC);欧盟为吸引外国高技术人才的“蓝卡”计划(2009/50/EC);2000年美国与约旦签署的自由贸易协议涵盖劳工标准;中国已与俄罗斯、巴林、马来西亚、安哥拉等国家和地区签订了多个劳务合作协定或备忘录,并与一些劳务输入国或地区建立了政府间磋商机制。

法》,明确提出国家将对菲海外劳工进行充分保护,为菲海外劳工提供充分及时的社会、经济和法律服务。在1995年菲律宾又制定了《海外劳工与海外菲人法》,这是菲律宾关于海外劳工派遣与管理的主要法规。同时,菲律宾政府在已有相关法律法规的基础上,又形成了主要包括外交部和劳工部两个系统的就业管理机构。通过专门的立法和管理机构,菲律宾政府保证了海外就业的管理和海外劳工权益的充分保护。

要想实现对我国海外劳工权益的充分保护,除了传统的外交和领事保护之外,也必须完善我国的涉外劳动立法。为完善我国海外劳工权益保护的涉外立法,可采取三种思路:第一,修改《劳动法》的部分内容,特别是要增加针对涉外劳动关系的特殊规定。由于直接规范涉外劳动关系在劳动立法上存在空白,导致涉外劳动关系的法律调整在理论与实践均显现出严重的缺位状态,难以有效规制快速发展的涉外劳动关系^[1]。我国现行《劳动法》实施已有二十年,在当时社会背景下该法并不调整和规范涉外劳动关系,所以也就造成了对现在的涉外劳动关系无法进行适用。修改《劳动法》需要整合我国现有劳动法律法规的基本性规定,也要根据经济社会发展来增加一些新内容,如涉外劳动关系的法律规范。既要对我国已有规范涉外劳动关系分散的“条例”“办法”“规定”等层次低、内容冲突的行政法规和部门规章进行整合,也要把基本性的内容,如劳动法的域外效力、涉外劳动关系界定、涉外劳动关系管辖等通过《劳动法》的修改予以明确。而对于涉外劳动合同签订、海外劳工权利救济、海外劳工的社会保障等内容,可以通过授权国务院或相关部门制定专门的海外劳工权益保护法。同时在修改时还需协调处理好劳动法中强制性规范、任意性规范以及与国际劳工标准及双边劳务协定的关系,把握好不同层面之间的融合性,争取把修改后的《劳动法》作为沟通国内法与外国法的纽带,切实解决我国海外劳工权益保护面临的现实问题。第二,通过我国民商事冲突法及国际双边或多边协定,明确我国劳动法律法规的域外法律适用。目前我国《劳动法》、《劳动合同法》等法律规定,只调整我国境内的劳动关系,不能对涉外劳动关系进行调整和规范。外派劳工之涉外劳动纠纷是否能以劳动争议得到劳动仲裁委受理是大有问题的,对其所能提供的法律保护也是有限的^[2]。因此,为了保护我国海外劳工的合法权益,可采用民商事冲突法路径来进行救济。具体而言有三种途径:一是通过我国《民事诉讼法》第四编涉外民事诉讼程序的特别规定,主要是利用第265条关于合同纠纷的管辖,来确定我国人民法院的管辖权,然后再根据《民法通则》、《合同法》、《劳动法》及《劳动合同法》等准据法的相关规定来保护我国海外劳工的权利;二是通过《涉外民事关系法律适用法》第8条、第41条和第43条的规定^[3],来援引《劳动法》、《劳动合同法》等劳动法律法规,从而适用我国法律来保护海外劳工的合法权益;三是要积极和海外劳务输入国达成双边或多边劳务协定,确定相应的冲突法规范,明确各国的冲突法规范的法律效力,进而形成从双边或多边协定到冲突法,再到各国准据法的适用,保证劳动纠纷的顺利解决。第三,制定《海外劳工权益保护法》,专门调整规范海外劳工权益保护。在对外劳务合作

[1]单海玲:《我国涉外劳动法律规范的弊端与矫正》,〔上海〕《法学》2012年第4期。

[2]孙国平:《我国海外劳工法律保护之检视》,〔长沙〕《时代法学》2013年第2期。

[3]《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第41条规定:“当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的,适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。”可见该条确立了劳动合同适用当事人选择的法律。第43条规定:“劳动合同,适用劳动者工作地法律;难以确定劳动者工作地的,适用用人单位主营业地法律。劳务派遣,可以适用劳务派遣地法律。”该条明确在当事人没有选择劳动合同适用的法律时,可以由该法第43条进行确定。同时该法第8条规定:“涉外民事关系的定性,适用法院地法律。”表明第43条下的“劳动合同”可依《劳动合同法》来定性,从而使我国《劳动法》可以作为准据法来加以适用,进而保护我国海外劳工权益。

管理方面,可以说我国已初步形成了较为完整的法规体系。但是在重要的海外劳工权益保护方面,我国法律法规却没有对应的直接性规定,这与我国作为劳务输出大国的地位极不相称。随着海外务工人员数量的增多及海外务工人员权益受损的事件的不断发生,我国在时机成熟时要及时制定针对海外劳工权益进行专门保护的法律法规,这不仅是一件非常急需的工作,也是一件非常务实的工作。在立法进程中,既要积极吸收我国劳动法律法规关于劳动者权益保护的规定,也应关注和借鉴国际上先进的劳工权益保护的方法。在《海外劳工权益保护法》中,要指出立法的宗旨、目的、任务和基本原则等,明确具体的法律制度,如海外劳工的管理体制、海外劳工的政策支持、海外劳动法律关系的主体和内容、涉外劳动关系的法律适用、涉外劳动合同的订立及履行、涉外劳务履约保证金托管、境内外中介机构的管理和备用金制度、海外劳务突发事件的应急处理机制、海外劳务人员权益救济的途径及各方法律责任,等等。通过制定专门的《海外劳工权益保护法》,基本能够摆脱目前我国对海外劳工权益保护的立法缺失问题,也就能够对我国海外劳工进行直接保护,形成最有力的法律保护依据。

4. 构建全面多元主体参与的国内和国际保护协调机制

随着国际形势的日益复杂化,自然灾害、战争、动乱、暴恐、疾病、海外雇主的侵权等都可能对我国海外劳工的生命健康和财产安全造成威胁,构建由国家提供的外交和领事保护、社会团体参与的公益支持及海外劳工自我维权的全面、多元主体参与的国际保护协调机制,显得尤为重要。

我们知道,由国家提供外交保护,其前提是要遵守三个原则:用尽当地救济、国籍连续及遵守国际法原则^[1]。外交保护三原则保证和平衡了属地国和属人国的国家权利,但在国际上,国家为了保护本国公民却有扩大属人国权利的发展趋势。比如欧盟在2006年11月28日通过了“欧盟公民在第三国的外交和领事保护”的决议,重申欧盟25国推行相互间的外交保护和领事保护,将欧盟的领事保护延伸到欧盟公民的第三国家庭成员。现在,欧盟已启动与有关国家之间的双边及多边谈判,确保成员国公民可以实现来自欧盟及其各成员国整个区域范围的外交和领事保护^[2]。在我国“一带一路”发展战略及“亚投行”建设的带动下,也可以借助于这两个平台,通过区域性国际组织会议的决议或签订国家间的双边及多边劳务协定,来扩大我国海外劳工的外交保护权。对于领事保护,也应与外交保护一起,共同承担起保障海外劳工权益的重任,形成国家层面的保护体系。

此外,通过国内外社会团体的支持和海外劳工自我维权意识的提高也同样重要。2007年中华全国总工会正式设立境外维权领导小组、境外维权协调办公室和涉外职工权益处等机构,在解决海外劳务纠纷中发挥了重要作用。除了寻求国内工会支持外,海外劳工也应积极向当地的工会、公益组织等寻求帮助,发挥他们的地利人和的优势,为迅速解决劳务纠纷带来便利。同时,在海外劳工集中的地区,可以考虑建立中国工会和“职工之家”等类似的中国劳工维权平台,探索中国工会和外国工会之间的合作协调机制。面对海外雇主的不法行为,海外劳工也应提高自身维权意识,充分利用各种渠道,争取获得外界的帮助和支持,形成有利的维权局面。

〔责任编辑:钱继秋〕

[1]单海玲:《我国境外公民保护机制的新思维》,〔武汉〕《法商研究》2011年第5期。

[2]万霞:《海外公民保护的困境与出路》,〔北京〕《世界经济与政治》2007年第5期。