

[文章编号]1009-3729(2011)05-0069-05

构建海外劳务输出的法律保障机制

——以河南省相关数据为分析样本

孔小霞

(河南财经政法大学 法学院, 河南 郑州 450002)

[摘要] 汇总并分析河南省近10年来海外劳务输出的基本情况和主要数据, 可以看到河南省对外劳务输出的若干成功经验, 也发现海外务工人员权益保护不力已经成为困扰海外劳务输出可持续发展的主要障碍。加强海外务工人员权益保护涉及多重法律关系, 既要考察国内法依据, 更要注重国际法制度。完善海外劳务输出机制应从构建协调促进机制、管理监督机制和服务保障机制等方面入手。

[关键词] 海外劳务输出; 权益保护; 法律保障机制

[中图分类号] D912.295 **[文献标志码]** A

海外劳务输出对实现区域剩余劳动力转移、推动我国国际服务贸易的发展意义重大,但在当前复杂多变的国际政治、经济、安全形势下,赴海外人员的人身和财产权益遭受侵犯的事件日渐增多,海外务工人员权益保护需求强烈,但学界对此问题的关注和研究明显不够。就全国来看,在为数不多的研究成果中,有的主要把目光聚集于国家责任、我国领事保护制度的完善、联合国《外交保护条款草案》的发展,有的关注中国海外利益研究的理论构建、中国海外利益的外交保护、改革开放以来中国政府对海外公民的保护回顾等宏观问题,实务界人士则就中国海外利益保护的外交实践和典型案例进行了总结、评析。现有研究成果未涉及对海外人员权益保护的预防机制和救济途径的系统研究以及地方政府的“为与不为”、“如何为”。因此,本文拟以实证研究方法,通过调查分析作为劳务输出大省的河南省近10年来海外劳务输出的基本情况及发展障碍,从国内法、国际法相结合的角度给出构建海外劳务输出法律保障机制的建议。

一、河南省海外劳务输出的主要成果

1. 河南省海外劳务输出概况

河南省作为劳动力资源大省,近10年来赴海外务工人员数量增长迅猛,稳居中部6省之首。赴海外务工已成为中部农村劳动力转移、农民增收的有效途径,海外劳务输出也被确定为河南省“十二五”及之后长期发展的战略重点。河南省的海外劳务输出主要通过对外劳务合作和对外工程承包等形式实现。其中,对外劳务合作始于1980年代初,每年在3000人至5000人之间;1990年代之后规模逐步扩大,进入21世纪以来发展迅速。据统计,2004年以来,河南省外派各类劳务人数以年均14.5%的增幅递增(见图1);2010年河南省外派劳务人员近5.6万人次,其中,对外劳务合作业务派出32435人,连续两年高居全国第3位。截至2010年底,河南省已累计向境外输出各类劳务人员30余万人次。到2010年8月,河南省拥有国家批准的对外劳务合作

[收稿日期]2011-07-08

[基金项目]河南省软科学研究计划项目(112400430084)

[作者简介]孔小霞(1972—),女,河南省济源市人,河南财经政法大学副教授,主要研究方向:国际经济法理论与实务。

企业 55 家,外派劳务基地 42 个(其中国家级 4 个,省级 25 个),外派劳务培训中心 39 个,均居中部 6 省之首(数据来源于商务部官方网站)。

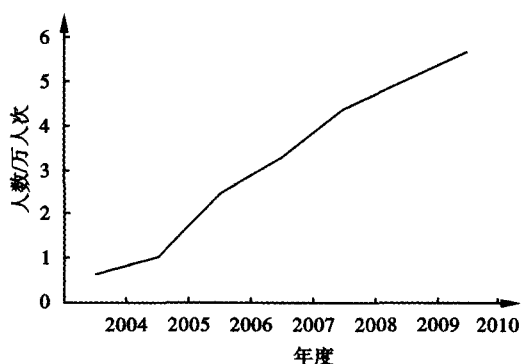


图 1 2004—2010 年河南省外派劳务人员增长情况

2. 河南省海外劳务输出的主要特点

(1) 形成省、市、县三级协作,公司、基地、学校合作的发展模式。河南省积极创新外派劳务发展模式,形成外派企业开拓国际市场、劳务基地招收、委托学校培训、乡镇输送人员相结合的良好格局,提高了外派劳务人员素质和对外劳务合作层次。以新乡市外派海员的运作模式为例,已建立起 3 个运作网络,包括海员招收网络(建立 17 个省内海员招收站,与 8 所海事院校建立委培关系)、海员培训网络(设立 12 所海员预科学校、34 所海员招生基地学校、4 个海事学院新乡基础教育教学点)、海员外派网络(与中国远洋运输、中国海运、华洋海事中心等集团下属的海员外派机构、国内外船运公司签订用人协议),年外派海员 1 000 人左右。

(2) 树立品牌意识,努力打造外派劳务的“河南品牌”。在保证扩大外派劳务规模的基础上鼓励企业多做精品项目,已经形成新县和嵩县劳务、新乡海员、栾川渔工、安阳建筑工等劳务品牌。2007 年,新县被中国对外承包工程商会评为全国 5 家“优秀对外劳务行业基地县”之一,2008 年又被中国对外承包工程商会确定为“全国外派劳务基地委员会主任委员单位”,新县劳务局下属的吉星对外劳务合作有限公司更是全国唯一一家被商务部授予直接对外劳务(研修生)培训资格的县级对外劳务公司。中国建筑股份有限公司、中国成套设备进出口公司、中国航空技术国际工程公司、中国海外工程有限责任公司等中国劳务输出骨干企业,纷纷将劳动力资源丰富的河南省作为劳务输出基地。

(3) 借力对外投资和对外承包工程带动劳务输

出。对外投资和对外承包工程所需劳务人员具有技术工人多、工资收入高、管理专业化和海外风险小等特点。河南省 2009 年对外直接投资协议投资额 3.6 亿美元,对外承包工程完成营业额近 16 亿美元,带动了 1 万多人出国就业。河南省近 6 年来对外承包工程完成营业额年均增幅约 12.2%,2009 年达到 2004 年的 8 倍,一直居于全国各省份前列。2010 年 1~2 月,河南省签订对外承包工程和劳务合同额 11.98 亿美元,同比增长 258.5%;完成营业额 2.90 亿美元,增长 41.7%;新设对外直接投资企业 13 家,中方协议出资 11 647.2 万美元,增长 252.9%。^[1]

(4) 行业领域不断拓宽,市场分布日趋多元。在巩固亚洲、非洲传统市场的基础上,一些高技能劳务人员也成功进入德国、美国、芬兰、加拿大、澳大利亚等国市场。行业领域已从最初单一的建筑劳务发展到制造业、建筑业、纺织业、农林牧渔业、餐饮业、服务业等多个领域,最近 2 年还新开辟了医护、花卉种植、肉食品加工、造船、计算机软件、海员等行业,外派中餐厨师有较大增长,设计咨询管理、科教文卫等高级技术领域的劳务人员也有派出。

二、海外务工人员权益保护不力成为河南省对外服务贸易可持续发展的主要障碍

随着河南省对外劳务合作规模的逐步扩大,涉外劳务纠纷逐渐增多,仅 2008 年就发生 18 起典型纠纷。海外务工人员权益保护不力已成为对外服务贸易可持续发展的主要障碍,目前主要存在以下问题。

1. 相关立法不足,保障机制缺位

我国迄今没有一个专门的法律和行政法规规制对外劳务贸易,《对外贸易法》仅对促进国际服务贸易作出原则性规定,《劳动法》也没有海外就业的特别规定,起主要调整作用的是部门规章和地方规范性文件,不仅数量少、位阶低、不统一,而且存在诸多制度盲区。由此导致劳务人员和劳务输出机构之间的权利与义务不明确、主管部门管理和调整对外劳务合作关系的法律依据不足、对外劳务纠纷难审难判难处理。部分政府工作人员重货物贸易、轻服务贸易,重输出数量、轻善后服务,在对外劳务输出方面缺少总体的战略规划和部署,在落实政策

措施方面工作不够扎实得力,相关宣传教育和应急预案等基础性措施不够。因此,当前亟需建立健全包括积极的政府促进机制、健全的行政管理机制、公正的纠纷调处机制、完善的权利救济机制在内的法律保障机制。

2. 涉外劳务中介市场监管不力

我国现有法律规范对海外劳务输出中违规企业的处罚力度和非法中介的打击力度不够,合法外派劳务公司(包括境内外派劳务公司和境外就业中介企业)也出现违规经营,更多的是没有经营资格的黑中介违法行事,往往以商务签证和旅游签证派遣劳务,从而导致劳务纠纷多发。前述18起事件中,属劳动部门批准的涉外劳务中介派出的10起,属不法个人及非法中介介绍出境的7起,属商务部门批准的涉外劳务中介派出的1起。

3. 赴外务工人员整体文化素质低

河南省劳务输出以低技术体力型劳务为主,纺织、服装、建筑、海洋捕捞等劳动密集型低层次劳务所占比例超过90%,而技术含量较高的中高级劳务所占比例不到10%。^[2]新县人民法院2006—2009年间受理的69件涉外劳务纠纷案件的原告全部是要求出国务工的人员,年龄集中在25~40岁之间,绝大部分是农村剩余劳动力、城镇下岗职工及无业人员。^[3]这些人员受教育程度和专业技术水平低,对当地市场的适应能力差。赴外务工人员普遍对国内外相关法律、法规和务工政策缺乏了解,急于“海外淘金”的心理和自我保护意识淡漠、自我行为约束不足,往往被不法者利用和欺骗(以内外勾结为多)。大量“海外淘金者”上当受骗后不知如何获得帮助,就到我驻外使(领)馆围堵、上访、闹事,严重扰乱了我国对外劳务的管理秩序,损害了国家形象。

三、加强海外务工人员权益保护的 法理依据

海外劳务输出业务程序复杂、法律主体众多、争议形式多样、争议内容复杂,往往涉及国内法和国际法两个层面的制度和法律。

1. 海外务工人员权益保护涉及多重法律关系

这些关系包括:

(1)国家与个人之间在国内法上的行政法律关系。其一,海外务工人员作为本国国民,以国籍为

前提,依据本国宪法及相关法律法规享有权利、承担义务,接受本国的属人管辖,当其处于国外时,国籍国可以对其提供领事保护或进行外交保护;其二,海外务工人员处于外国境内,作为外国人,接受居留国的属地管辖。一般情况下,当其权益受到侵害(来自私人的侵害)时,属于一个国家的内部事务,应由居留国按照其法律法规进行处理。

(2)国家与国家之间在国际法上的权利义务关系。如果对海外务工人员的侵害直接来自于居留国的国家机关,或者居留国对私人侵害行为直接纵容,或者未给予适当注意、采取必要的阻止措施,或者在事后没有充分给予司法救济,则会产生国家责任,使法律关系由属地国(居留国)与海外务工人员之间的国内法关系上升为属地国与海外务工人员国籍国之间的国际法关系。

(3)国外雇主、外派劳务人员、外派企业三方之间的民事法律关系。境外雇主与外派劳务人员之间形成劳务使用关系,境外雇主与外派企业之间形成外派劳务合作关系,外派企业与外派劳务人员之间形成劳务外派合同关系。

因此,加强海外务工人员权益保护,既要考察国内法依据,更要注重国际法制度。

2. 外国人待遇制度是确定海外务工人员权益的国际法基础

国际人权公约譬如《世界人权宣言》《公民权利和政治权利国际公约》等,都承认公民享有自由迁徙权,在个人国籍确定的前提下,某国的国民在任何他国都成了“外国人”;而“外国人在进入一个国家时,就立即处于该国的属地最高权之下,虽然他仍然是在他本国的属人最高权之下,除非他是属于那种受特殊规则约束的特殊类别(如外交官)的人,他是在他停留的国家管辖权之下,并且就他在该国领土上所发生的一切行为对该国负责。由于外国人在当地国家的属地最高权之下,该国可以把它法律适用于它领土内的外国人;外国人必须遵守和尊重这些法律”。^[4]

外国人待遇就是外国人在居留国享有的权利和承担的义务。在国际实践中,各国通常在本国的宪法和相关部门法中明确规定外国人在本国享受的权利和承担的义务,除此之外,各个国家还在不违背本国所承担的条约义务和国际法基本原则或一般国际强行法的前提下制定关于外国人待遇的

法律制度,具体包括出入境的条件、程序、外国人在本国的权利和义务,如《移民法》《外国人出入境管理法》《外国人法律地位法》等。外国人待遇制度不仅规定外国人在本国权利义务的具体内容,也是外国人权利受侵害时寻求法律救济时最直接的依据。

3. 属人管辖是国籍国保护在外公民的国际法依据

国家依据属人管辖权可以对处于国外的本国公民进行领事保护和外交保护。国籍国对本国公民的属人管辖权既受制于居留国的属地管辖权,也是对居留国属地管辖权的限制。美国法理学家德沃金教授认为,“保护个人权利是政府最基本目的中的精粹和核心部分”^[5]。许多国家在宪法中做出了国家对海外国民提供保护的明确规定,我国宪法从政府职能的角度规定“中华人民共和国保护华侨的正当权利和利益”。另外,依据属人管辖和保护性管辖,国际法承认一国有对在国外人身或财产受到损害的本国国民进行保护和援助的权利。因此,国家有义务、有责任也有权利保护本国国民在他国的正当权益和自由。就海外中国国民权益保护的途径而言,受害人首先应用尽当地救济政策,其次是寻求起到预防与协助作用的领事保护,而外交保护、国际人权保护只是补充救济途径。^[6]

四、健全海外劳务输出法律保障机制的若干建议

在当前复杂多变的国际政治、经济、安全形势下,随着我国海外务工人员数量持续增长,其人身和财产权益遭受侵犯的事件也日渐增多,需要构建系统性的防御和保障措施。

1. 完善海外劳务输出的协调、促进机制

(1) 加强赴海外务工人员教育培训,提高其自保能力。海外务工人员教育培训的内容方面,应包括我国涉外劳务合作方面的法律、法规和规定;涉外礼仪、外事纪律、安全保密等出国常识;合同和条款的具体含义,劳务人员应承担的义务和享有的权利,以及如何提高履约能力、保护自身权益的救济方式等。海外务工人员教育培训的主体方面,要注意促进外派劳务与职业教育紧密结合,建立商务部门与教育部门之间、外派劳务经营公司与职业学校之间的合作机制,各级政府可对经过职业学校培训的外派劳务人员给予培训费用资助。

(2) 加强国际合作,增强境外务工人员保护力度。省级人民政府可以建立和扩大同劳务输出地的友好省州关系,推动同当地政府、国外行业中介及国际投资贸易促进机构之间的合作等,畅通信息渠道,为境外务工人员和涉外劳务经营公司的权益保护提供必要支持。

2. 健全海外劳务输出的行政管理、监督机制

(1) 推动全国性立法与地方立法相得益彰。加快制定全国统一的对外劳务合作管理法律或者行政法规,理顺对外劳务合作管理体制,消除多头管理和多头对外局面,对劳务输出机构准入门槛、外派劳务人员的基本条件、劳务输出中各方当事人的权利义务、行政主管部门以及违法者应承担的法律责任充分予以明确,使对外劳务输出真正有法可依。同时,相关省份有必要积极尝试加快地方性立法(地方性法规或者地方行政规章),设立专门的劳务输出管理机构,健全外派劳务企业年检制度、境外就业人员强制保险制度(各企业必须为外派人员购买境外人身意外伤害、职业损害、医疗等保险等),提高境外人员和机构的抗风险能力。近年来,在相关政府部门的敦促下,一些企业给在海外工作的员工买了保险或协助其加入了 SOS 组织,海外工作人员受伤,能够积极利用国际企业、跨国集团来处理,使我海外务工人员权益得到保障。^[7]

(2) 加强对外派劳务市场的行政监管。第一,依法规范涉外劳务中介的市场准入许可,对现有涉外劳务中介的资质、广告、经营活动进行动态监管;第二,确实做好外派劳务合作项目的确认、信息发布审核工作,有效防范外派劳务人员出境后无劳可务的风险,以减少境外劳务纠纷或突发事件的发生;第三,各有关涉外管理机构(如省政府外事办、省公安厅出入境管理处、边防管理局和省商务厅对外投资与经济合作处等部门)应明确职责,加大横向的协作力度,对外派劳务人员的出境进行有效管理(如要求提交省级商务主管部门核发的劳务出境证明),以阻断非法劳务中介组织派遣劳务人员的出境渠道等。

3. 强化海外劳务输出的服务、保障机制

(1) 构建地方政府出国务工信息官方供给平台。《对外贸易法》规定,国家建立对外贸易公共信息服务体系,向对外贸易经营者和其他社会公众提供信息服务。省级人民政府应从本地劳务输出实

情和需要出发,重视国际劳务市场信息、国外相关法律法规、国家政策和行业规范等信息的搜集和供给,尽快建立省级海外劳务输出信息交换机构和信息网,建立外派劳务人员信息库、外经企业信息库、国际工程承包信息库、各国招商引资项目库等基础信息资源,提供相关权威信息。

(2)构建地方政府海外劳务贸易预警平台。商务部和外交部于2009年发布《防范和处置境外劳务事件的规定》《关于建立境外劳务群体性事件预警机制的通知》,要求各地建立健全境外劳务群体性事件预警机制。相关省份不妨“官民并举”,多渠道构建省级和重点地市政府海外务工预警平台。该平台的基础是各有关涉外管理机构加强合作;关键是以政府服务为基础,引导中介机构和企业充分参与,建立信息收集、风险评估和预警发布的合作机制;重点是以劳务外派公司为主体加强劳务输出后的跟踪与反馈工作。

(3)建立海外劳务突发事件处理机制。海外务工人员权益保护既涉及国内法的适用,又涉及外国法和国际法的适用,加上外派劳务人员整体素质不高,外派企业境外管理成本高、突发事件处理难度大,劳务人员境外援助需求强烈,需要专业法律服务。2001年9月,外经贸部开始在上海、江苏、浙江、黑龙江等劳务外派大省进行“外派劳务援助中心”试点工作,由省政府各相关职能部门共同参与;2002年9月,中国对外承包工程商会成立了“外派劳务人员投诉机构”。基于这些经验,相关省份有必要建立省级“对外劳务合作援助协调机制”,确定若干名涉外律师和国外劳务律师提供专业性法律援助和服务。关于经费,可以设立“省级海外人员紧急救助基金”,采取政府投入、行业互助、民间筹资、社会捐赠等方式多渠道筹资,条件成熟时不妨向出境人员开征救助附加费,作为现行对外劳务合作企业备用金的补充,为突发意外、身处困境的境外务工人员及其所需法律援助提供资金支持。

(4)推动出国风险的民间评估。海外安全始于风险评估。虽然国内的保险公司、大型企业大多组建了安全风险评估机构,但其评估受到自身业务需求、经济利益追求的局限,难以发挥更大的作用。

国务院有关部门也有对外承包工程安全风险评估机制,但作用有限。在国外,这些评估都是通过专门的大公司来完成,这样的企业像个桥梁,把民众和政府接合起来,可以由政府委托,也可以从民间找赞助。^[8]像河南这样的对外劳务输出大省,可以鼓励和扶持设立一两家民间专业评估公司,针对不同的国家、地区或行业领域开展出国风险民间评估,引导公民和企业对出境活动、投资和承包工程做出理性选择,以减少不必要的损失。

毋庸置疑,海外劳务输出是实现中国海外利益的重要载体之一,加强海外务工人员权益保护也就成为实现海外利益的重要保证,保护本国公民在国外的正当权益符合国际法关系准则和国际惯例。构建海外劳务输出的法律保障机制是一个系统工程,需要多层次、多主体、法制化的保护体系,这既有赖于法律保障制度的建立、健全和完善,更有赖于在“执政为民”思想的指导下,中央政府有效开展国际外交、地方政府积极实施对海外劳务贸易的调节促进、市场监管和公共服务,建立一个保护机构协调化、保护程序机制化和保护手段法制化的法律保障机制。

[参 考 文 献]

- [1] 孙玮. 发展河南省农村对外劳务输出的对策探析[J]. 学习论坛, 2007(9): 68.
- [2] 司慧超, 孟韶俊. 河南劳务“下西洋”[N]. 经济视点报, 2007-11-01(8).
- [3] 柳斌. 涉外劳务中介市场亟待规范[EB/OL]. (2010-01-22) [2011-05-11]. <http://hnfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=94540>.
- [4] [英]詹宁斯. 奥本海国际法[M]. 王铁崖, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1998: 320-321.
- [5] 信春鹰. 罗纳德·德沃金与美国当代法理学[J]. 法学研究, 1988(6): 95.
- [6] 孔小霞. 海外中国国民权益保护的国际化思考[J]. 兰州大学学报: 社会科学版, 2008(6): 96.
- [7] 夏莉萍. 中国政府在保护海外公民安全方面的制度化变革及原因初探[J]. 国际论坛, 2009(1): 36.
- [8] 寒锋. 海外安全: 海外安全期待风险评估[N]. 国际先驱导报, 2005-12-29(8).