

doi: 10.3969/j.issn.1674-8425(s).2019.01.012

本文引用格式:王铀镜.“一带一路”沿线国家的劳动法律风险评估机制[J].重庆理工大学学报(社会科学)2019(1):96-106.

Citation format: WANG Youyi. Legal risk evaluation mechanism of labour law for China investment of the Belt and Road initiative [J]. Journal of Chongqing University of Technology(Social Science) 2019(1): 96-106.

“一带一路”沿线国家的劳动法律风险评估机制

王铀镜

(福建社会科学院 法学研究所,福建 福州 350001)

摘要:中国投资“一带一路”沿线国家应当注意劳动法律风险。评估“一带一路”沿线国家的劳动法律风险,应考察“东道国劳动立法”“劳动者群体维权行动”和“东道国法治水平”3个要素。“一带一路”沿线国家劳动法律风险表现各异,防控“一带一路”沿线国家中的劳动法律风险,可从宏观、中观、微观3个层面切入。宏观层面,可通过与沿线国家签订劳工合作协议、国际间工会合作的方式达成共识;中观层面,可通过完善国内立法、建立数字化的风险评估模型、为特定的风险类型购买保险等方式分散和转移风险;微观层面,可借由跨国企业采用生产守则、与工会主动谈判、劳动者和股权的本土化、采用灵活的用工制度等途径弱化冲突。

关键词:劳动法律风险 “一带一路”倡议;国际投资

中图分类号: D99

文献标识码: A

文章编号: 1674-8425(2019)01-0096-11

劳动法律风险正成为国际投资中不容忽视的重要问题。劳动法律风险是指,企业在投资过程中,因不了解或忽视劳动法律而遭致法律制裁或经济损失的风险。“一带一路”倡议让中国对外投资跨入新阶段,并面临新挑战。“一带一路”沿线国家的劳动法律文化各不相同,为降低投资风险,我国迫切需要未雨绸缪地评估和防控劳动法律风险。

一、“一带一路”投资中的劳动法律风险表现及评估方法

我国对外投资历史较短,因对东道国劳动法律了解不足而遭受损失的事件屡见不鲜。中国企业在投资“一带一路”沿线国家过程中遭遇的劳动法律风险类型各异,主要表现为用工成本增加、法律制裁、工会干预。引发劳动法律风险的成因复杂,存在“多因一果”或“一因多果”的现象。

(一) “一带一路”投资中的劳动法律风险表现

1. 用工成本增加

投资者若忽视不同国家之间劳动法律文化的差异,将引发无法预计的用工成本变化。“一带一路”沿线国家法律文化与中国有较大差异。以阿曼为例,该国劳动法规定的工资发放周期为单周、双周或每

收稿日期: 2018-07-15

基金项目:福建省社会科学规划项目省法学会专项课题“投资‘一带一路’沿线国家中的劳动法律风险评估及防控——以福建优势为视角”(FJ2017TWFX006)

作者简介:王铀镜,助理研究员,博士,主要从事劳动法与社会保障法研究。

月,中国按月发放工资的惯例并不适宜当地劳动者;在工时与休假方面,阿曼公共假期全年为12天,具体日期不固定,比如开斋节是根据本地对月亮视线决定,权威机构为假期提供指示日期,之后再在靠近日期时进行确认。不确定的假期对于需要制定严格工期计划并安排生产任务的企业而言,增加了计划的不确定性。法律还规定,在斋月里,穆斯林员工每天的工作时间可减少2小时,每周最多工作30小时;雇员在服务期限内享有一次前往麦加朝圣的带薪假期,周期不超过15日;凡是服务期满1年的员工都有权在公共假期之外,享受长达30个日历日,约22个工作日的年休假。另外,依照市场惯例,雇主还需要提供员工每年休假回家的机票^{[1]143}。而中国《职工带薪年休假条例》规定,职工累计工作已满1年不满10年的,年休假5天;已满10年不满20年的,年休假10天;已满20年的,年休假15天。对比二者的规定可发现,中国的带薪假期总体而言较短。若投资者未能预先了解此类立法与惯例,则不仅容易低估用工成本,亦会影响生产计划,进而导致投资风险增加。

2. 法律制裁

“一带一路”沿线东道国对雇主违法行为的处罚与中国存在较大差异,中国较低的违法成本导致中国企业易忽视东道国严格的法律监管,遭致法律制裁。例如,在雇佣非法移民方面,根据中国《出境入境管理法》,非法聘用外国人的,每非法聘用1人处以1万元罚款。而根据俄罗斯法律,雇主若违反移民法规定雇佣劳动者,需承担行政责任并可能按每非法聘用1人,对其法人处以100万卢布以下行政罚款(约10万人民币)和/或对负责人处以7000卢布(约700人民币)以下行政罚款^{[1]475}。跨国企业若按照在中国的经营习惯行事,可能遭到东道国法律制裁。

3. 工会干预

在跨国并购中,因企业主体变化面临劳动合同继承及解除等问题,并购进程可能遭遇劳动者群体或工会的干预。有学者总结了各国并购程序中有关劳动者权利规定的差异之处:在劳动合同继承方面,有的国家规定劳动合同自动继承;有的国家却规定继承与否还需尊重雇主与劳动者双方意愿。在劳动合同解除及经济补偿方面,有的国家裁员实行“自由雇佣”制度,对雇主要求较为宽松;有的国家则严格规定解除条件和程序。中国企业在对目标企业原有员工的安置、报酬和补偿问题上,往往会陷入道义和法律的困境。此外,员工持股制度也降低了收购的可能性——若员工抵制跨国企业,收购员工所持股份的难度将增加^{[2]12}。

中国企业在“一带一路”沿线国家落地经营后,也屡遭罢工。根据学者潘玥等人在印度尼西亚的一份问卷调查显示,在49份问卷中,有39家受访企业认为“印度尼西亚的劳工问题严重影响项目的推进”,占比达79.6%,其中,影响因素为“工会施压与干预”的占比为85.7%^[3]。2011年缅甸相继颁布了新的《劳工组织法》及其实施细则、《解决劳工纠纷法》及其实施细则,允许工人举行罢工及组织工会,还制订了最低工资标准。在过去的几年,外资企业的工人罢工在缅甸已成为常态,在缅甸设厂已满3年的杭州百艺成衣厂此前也发生过几次罢工事件,最后都以雇主的让步而和平收场。缅甸现有的数百家工会五花八门,并非都是收取了工人会费、真正从长远角度保护工人权益的公益性组织,而是政治性很强的机构,不是因为外资企业释放善意就能解决问题的^[4]。随着言论的开放,缅甸执政者为了得到民众支持,不得不对中缅关系有所牺牲。尤其是众多重大项目缺乏与当地居民、非政府组织的沟通,导致大规模的群体性劳工罢工事件,不仅使涉事企业蒙受经济损失,同时也严重影响了其他中国企业在缅甸的投资形象。中国大唐集团在克钦邦建设的胶布水坝项目,建设不久就遭到了当地居民的强烈反对和武力阻挠,被迫额外支付了2000万元人民币的环保税才化解矛盾^[5]。

(二) 引发劳动法律风险的成因分析

通过梳理上述风险表现,笔者发现,引发劳动法律风险的成因主要包括以下3类:

其一,投资者不了解或忽视东道国劳动法律而引发风险。不了解东道国劳动法,往往导致多种类型的劳动法律风险,包括因违反劳动法被制裁、为遵守预期外的东道国劳工标准引起劳动力成本变化、不了解法律救济手段难以维权而遭受损失等。与“一带一路”沿线国家相比,中国的法律环境略为宽松,对劳工权保护也未能给予足够重视,习惯了较低劳工标准的中国企业在并购外国企业时,常常对当地劳工法律法规的高标准始料未及。

其二,劳动者群体维权行动引发风险。劳动者群体维权行动包括结社、集体谈判和罢工。无论是跨国并购还是新建投资,都将经历与工会协商的环节。工会在跨国并购中通过与并购方谈判来维护员工的知情权与参与权,并参与企业决策。工会阻碍导致的并购失败或罢工导致的延期交货、违约、企业信誉受损等一系列损失,与劳动力成本波动相比,更加难以估算与弥补。

其三,东道国政府的法治水平较低而引发风险。即使预先了解东道国劳动法律及工会影响力,若东道国政府法律朝令夕改、领导人意志对法律的影响大、执法程序不透明,则评估劳动法律和工会影响力的准确性将受影响。评估东道国法治水平有助于判断企业违反劳工标准的实际后果及劳动者维权行动的最终结果。

综上所述,若要评估东道国劳动法律风险,应当从评估东道国劳工法律、劳动者群体维权行动状况、东道国法治水平三方面入手。东道国劳工法律与东道国法治水平虽有关联但不同,前者强调投资者应当如何确保投资行为“合规”,而后者强调在投资者已经遵守相关劳动立法的情况下,法律是否有实效,投资行为的法律后果是否有可预测性。劳动者群体维权行动与东道国法治水平具有一定相关性。跨国企业遭遇罢工的原因有很多,其中对我国影响较大的是,我国企业沿用本国管理思维,不善于与工会打交道或做重大决策前不与工人沟通,或因未能厘清政府与工会的关系,进而错估罢工的可能性与危害性。例如,某些国家政党领导人为获得选票而支持工人运动,肆意修改法律,导致企业与工人的矛盾激化,不利于跨国企业规避风险。可见,评估劳动法律风险还应当考虑多项因素之间的关系,下文将详述评估劳动法律风险的具体要素。

(三) 劳动法律风险的评估方式

梳理造成劳动法律风险的3项成因的具体内容,对具体指标一一考察,方可保证评估结果的准确性。评估东道国劳工法律需全面了解其劳动立法与劳动法律文化;评估劳动者群体维权行动状况则需预测劳动者群体行动的可能性和发生率;评估东道国法治水平需考察劳动争议解决机制的有效性和执法过程的透明度等。

1. 评估东道国劳工法律

第一,考察东道国劳工标准。其一,工资制度及福利待遇制度,包括:最低工资标准;法定由雇主支付的社会保险费用;法定的津贴,如餐食补贴、交通补贴、住房补贴;法定的带薪假期等。其二,工时制度。首先应关注最高加班时限;其次,在休息休假制度方面,企业必须尊重东道国文化。例如穆斯林需要有做礼拜的时间,全天一共5次^[6],礼拜时间计入工作时间中,投资者应提前了解。其三,安全和健康保障制度。不符合健康与安全要求的劳动场所将带来罚款等经济损失,且投入安装相关设施的资金同样影响投资成本。当法定劳工标准过高时,企业易面临不达标而产生的法律制裁或劳动者群体维权行动。当法定标准过低时,劳动者同样可能通过罢工要求企业提供高于最低标准的劳动条件。其四,劳动合同继承、劳

动合同解除及经济补偿制度。以印度为例,与中国立法类似之处为:法律规定若解雇已连续为同一雇主工作一年以上的员工,应提前一个月书面通知员工并陈述理由、截止日期及通告期内的员工工资水平,并向员工支付补偿。与中国立法差异较大之处为:解雇还需事先通知相关政府机构,在特殊情况下,甚至须取得政府机构批准^[7]。

第二,调研东道国劳动法律文化。有的国家立法受民族习惯或宗教文化影响,且程度不一,包括佛教、伊斯兰教、基督教等。触犯平等劳动规定或反歧视立法都将面临罚款等行政处罚。部分劳动法律文化未通过法律文本显现,例如,劳工反对加班,即使按照劳工标准给予超额的加班费也不愿配合企业的要求,预防此类风险还需依靠投资前的充分调研。

2. 评估东道国劳动者群体维权状况

第一,分析东道国结社自由权、集体谈判权和罢工权立法。考察结社权相关立法可判断工会的法律地位,如工人是否有自由组建工会的权利、工会的权利范围和权利行使方式。有的国家甚至将签署工会协议作为启动跨国并购的前置条件,要求并购方与工会协商,取得工会同意后方能开始并购程序。可见,工会态度对并购成败有较大影响^{[2]10}。

第二,判断政府对待工会行动的态度。仅考察结社权立法不足以判断罢工行动的后果,还需结合政府对待罢工的态度。通常情况下,若东道国在立法上对工会权利限制较多,则工会对跨国企业影响较小,如工会无独立地位,或集体谈判无程序保障,或罢工行动不具有合法性,政府不支持罢工。但是,工会有独立地位,集体谈判程序完善,工人享有罢工权,却不一定意味着高罢工率。具体而言,在罢工权合法的国家,若工会实质上由政府控制,独立性低,则罢工行动的结果取决于政府对外国投资者的态度。若工会独立性较强,则罢工行动的结果受到劳动者群体和政府共同影响。还需注意的是,如前所述,劳工群体易被作为政治博弈之筹码,政府领导人对劳工群体的态度,也应纳入考察范围。

第三,考察罢工事件频率。该因素体现了投资者实际遭遇风险的可能性,极具参考价值。预测评估罢工率,可查阅当地新闻报道、田野调查数据,还可参考国际劳工组织结社自由委员会公布的案件以及国际劳工组织对成员国履约状况的评论。

3. 评估东道国法治水平

分析东道国法治水平对劳动法律风险的影响,可关注以下5个方面内容:第一,劳动争议解决机制是否完善。考察东道国是否为劳动案件设置专门法院,司法机关或调解机构是否有一定数量的劳动案件,即可获知维权途径的便利性状况。若东道国未能设计有效的劳动争议解决机制,将导致劳动者更倾向选择罢工手段解决纠纷。第二,劳动争议案件的判决倾向,即司法裁判是否更多判定劳动者获胜以及劳动者获赔的金额。此类信息可反映该国政府对劳动者倾斜保护程度。第三,东道国法律是否受领导人意志影响较大。第四,政府是否有执法能力。有学者认为,政府是否有执法能力影响了劳动标准立法的实施效果,但缺乏执法能力却未必妨碍政府为工会提供结社自由权利^[8]。第五,考察政府对国际公约的遵守表现,可获知国际公约对东道国政府的约束力。

二、“一带一路”沿线国家劳动法律风险表现评估

“一带一路”沿线国家不是同质化的一个整体,其劳动法律风险无法一言以蔽之,还需具体研究沿线国家劳动法律风险特征,以便采取应对措施。根据商务部网站发布的我国对“一带一路”相关国家投资合作情况统计,2015至2017年,我国企业对“一带一路”沿线的40多个国家进行非金融类直接投资,资金主要流向新加坡、泰国、老挝、印度尼西亚、马来西亚、缅甸、越南、巴基斯坦、柬埔寨、俄罗斯等国家^[9]。

下文将以我国企业主要投资的“一带一路”沿线国家为例,从劳动法律特征、劳动者群体维权行动状况、法治水平三方面把握其风险程度。

(一) “一带一路”沿线国家劳动法律特征

“一带一路”沿线国家的劳动法律渊源,包括国际法和国内法,下文将分别论述二者特征。

国际法主要包括国际公约、区域合作协议、双边协议、单边措施等。国际公约方面,无论是国际劳工组织的一系列规范性文件,还是《经济、社会及文化权利国际公约》《世界人权宣言》等文件,都一致认为,为经济发展而牺牲劳工权利有违可持续发展的规律。由国际劳工组织发布的公约与建议书构成的国际劳工标准,是全球合作保护劳工利益的主要方式之一。“一带一路”沿线的65个国家,除了不丹和巴勒斯坦外,皆为国际劳工组织成员国。但国际劳工标准在实施方式上缺乏有效惩罚措施保障其强制力,国际劳工组织在软法的推广方面较为成功,因此各国对国际劳工公约的遵守实际上以自愿遵守为主。区域性法律方面,“一带一路”沿线国家中,包含了东盟、欧盟、阿盟、独联体等区域性组织的成员国,此类组织都对区域内的劳工权益保护做出了积极的尝试。例如,东盟10国劳工部长会议达成的《联合公报》,体现了东盟对区域劳工权益的保障。2015年的东盟劳工部长会议就人力资源发展政策、劳工——就业、社会保险、劳动关系、移民劳动者以及地区有关劳工的其他问题展开了讨论。2016年的东盟劳工部长会议则通过了有关从非正规就业向正规就业转移,面向东盟可持续就业的《万象宣言》。欧盟则采用层次更高的法律文件保护劳工权等一系列基本社会权利,如颁布了《欧共体基本社会权利宪章》。欧盟在区域经济一体化进程中,大力推行软法在社会政策领域的作用。2000年召开的“就业、经济改革与社会团结”里斯本特别高峰会议中,把“开放协调机制”作为协调欧盟与成员国及成员国之间相互关系的机制,并引入就业领域^[10]。在双边协议方面,发达国家通过贸易或投资协议与劳工保护条款挂钩的方式,推动东道国的劳工标准。例如,美国要求柬埔寨纺织品行业的工作条件基本符合当地的法律和国际承认的核心劳工标准,只要达到“基本符合”,美国将扩大柬埔寨出口到美国的纺织品配额。可见,国际劳工标准通过与贸易或投资协议挂钩,可有效提高效率。在国家单边措施方面,以普惠制为代表的单边措施,被认为是国际贸易中尊重人权和劳工权利的重要工具。发达国家将劳工标准纳入普惠制,为进口本国的货物设置了最低劳工标准。综上所述,“一带一路”沿线国家缺乏统一且有力的国际法规则推动劳工标准的提高。“一带一路”倡议不是区域合作协议,不具有法律属性,未提出整体性的劳工权益保障构想或国际劳工法新规。显然,沿线国家间的劳动关系纠纷难以通过统一模式解决,“共同体”特征未得到体现。

国内立法方面,“一带一路”沿线国家经济发达程度各不相同,且法律体系多元,涵盖大陆法系、伊斯兰法系、英美法系、印度教法传统、佛教法传统、苏联法传统、东盟法圈、阿盟法圈、欧盟法圈、WTO法圈共10类^[11]。劳动法律风险在不同国家表现不同,应主要关注劳工标准高于我国,或劳动法律文化与我国差异较大的国家。以色列的劳工标准高于我国,以其为例,对比可知,以色列在并购、裁员和经济补偿金制度方面赋予雇员较大权益。如,在涉及公司所有权转让的制度中规定,资产的转让需要取得每一位员工的同意。按照以色列法律规定,公司所有权、劳动合同条款以及工作环境的变动都属于实质性变动,公司职员可以为此申请辞职,并获得与结构性裁员相同的遣散费。留在合并后公司的员工都可以累计计算工龄,并享受与工龄相对应的权利。而离开公司的员工,除可能从并购交易中获得实质性利益的公司创始人外,一般员工都无需遵守竞业禁止条款^[12]。对比我国《劳动合同法》第34条规定“用人单位发生合并或者分立等情况,原劳动合同继续有效,劳动合同由承继其权利和义务的用人单位继续履行。”可见,按照我国立法,用人单位合并后,劳动合同不需要用人单位或劳动者的表态,可直接继承。“一带一路”沿线

国家特殊的劳动法律文化,同样值得投资者注意。再以法律文化与我国差异较大的伊斯兰法系的沙特阿拉伯为例,按照沙特阿拉伯2005年颁布的《劳工法》和劳工部相关补充规定,劳动者每日工作不得超过8小时或每周工作不得超过48小时,斋月期间穆斯林每天工作时间缩减至6小时或每周36小时^[13]。此外,沙特阿拉伯还有劳务本土化的法定要求,法律规定沙特籍雇员的比例当不低于聘用雇员总人数的75%。可见,部分“一带一路”沿线国家劳动立法与我国差异较大。另外,也有与我国劳工标准相近的国家,如格鲁吉亚,在劳动年龄的规定方面,皆为16周岁;在工时规定方面,每周最长工时都规定为40小时;解雇条件与支付经济补偿金的标准也与中国类似^[14]。笔者认为,考虑到我国投资者惯用本国管理思路处理劳工问题的特征,投资劳工标准高于我国且法律文化差异较大的国家,违法风险偏高,而劳工标准低于我国且法律文化相近的国家则违法风险较低。

(二) “一带一路”沿线国家劳动者群体维权行动概况

“一带一路”沿线国家劳动者群体维权行方式各异,以维权方式最激烈的罢工事件为考察对象,按照罢工事件发生频率,可将沿线国家分为下述3类。

第一类国家,罢工事件频发,投资风险偏高。此类国家常发生罢工的原因通常为劳工标准低,易引发劳动者不满;立法支持罢工行为或政府对非法罢工行为干涉力度小,或领导人为争取选票高度重视劳工问题;劳动争议解决机制不完善。以越南为例,2010年4月,越南法律赋予了工人罢工权,规定了罢工的详细程序^[15]。但是,根据越南《投资报》2014年4月2日报道,越南劳动社会荣军部副部长范明勋表示,从2006年起,越南全国共发生罢工逾5000起,没有一起按法律规定程序进行。随着越南吸引外资的增加,企业及劳动者的数量不断上升,非法罢工的现状仍将持续^[16]。高频率的罢工还源于越南劳工标准较低但通货膨胀率高,工人们罢工并非源于企业违反最低标准,而是希望提高收入应对高通货膨胀率。越南加入TPP之后,劳动法律风险或将走高,由于TPP允许基层工会和独立工会的组建,新增工会代表性更强,利益争取方式更加激烈,将对习惯通过政府部门处理劳资问题的境外企业造成冲击与不适^[17]。

第二类国家,罢工事件能较快平息。以缅甸为代表,政府对官方工会有较强控制力,且对非法罢工行为打压力度较大,罢工后果多倾向企业一方。缅甸尚无工会组织,根据国际劳工组织结社自由委员会公布的相关案件显示,在政府强势控制状态下,缅甸劳动者组织通过罢工争取权利的可能性较低^[18]。

第三类国家,罢工事件较少,投资风险较低。以泰国为代表,其特征为,工会依法发挥职能,三方协作较为和谐;法治水平较高;劳动争议解决机制完善,多采用温和手段解决争议,罢工事件较少发生。泰国工资成本低于发达国家,本国劳动力虽短缺但经协议引入老挝、柬埔寨、菲律宾等国劳动力后,国内劳动力较为充足。泰国工会有独立地位,且工会组织较多,为争取劳工权利和社会福利发挥了促进作用。据2014年数据,泰国未发生全国范围的大规模罢工事件,中资企业内部也未发生罢工事件^[19]。可见,即使工会地位独立也未必导致罢工频发,劳动争议解决机制、政府立场等因素均需综合考虑。

(三) “一带一路”沿线国家法治水平

“一带一路”沿线国家法治水平参差不齐,法治水平高有利于提高劳动法律风险的评估准确性,反之,法治水平低将导致评估准确性降低,风险增加。法治水平低通常表现为:反映领导人意见的法律文件凌驾于议会通过的制定法之上;劳动争议救济渠道不足;政府对国际软法的遵守程度不高。

首先,可考察各国法律实施过程是否符合法治的特征。以白俄罗斯为例,该国广泛采用总统法令管理社会经济生活,总统令效力高于普通法令^[20]。但总统令缺乏法律稳定性及程序保障机制,若投资者与

东道国关系过于依赖东道国领导人或两国之间的关系,将提高投资的法律风险。

其次,可考察劳资纠纷解决的途径。劳动争议解决机制不足,一方面易导致罢工,另一方面也不利于跨国企业维权。以越南为例,有学者认为,虽然规定了罢工制度,但漫长复杂的罢工前置程序让工人们胜算变小,罢工组织者个人承担的风险变大,因此非法罢工依旧流行,且工人代表们在非法罢工中没有发挥作用。即使是非法罢工,越南政府也不允许警方或工厂管理方压制罢工者,政府会代表工人与管理方谈判。如前所述,在立法没有规定罢工权的国家和地区,政府也不会对罢工放任不管。法律性质难辨的野猫式罢工难以与政治性罢工区别,政府往往采取行政干预,尤其当罢工对象为跨国投资者时,政府干预力度加强。当罢工行为无法可依时,投资者更难预测罢工后果,此类国家和地区的劳动法律风险甚至高于立法直接规定罢工权的国家和地区。跨国企业若难以利用东道国司法机构获得救济,同样增加法律风险,我国正积极探索该问题的解决方案。

第三,考察东道国实施核心劳工标准的状况,可推测其对国际法的遵守意愿与遵守能力。以印度为例,国内尚未设立基本的劳工权利,直至2017年6月才批准核心劳工标准中的两项废除童工公约。诚然,实施国际法,还需缔约国形成高度共识,一致遵守。但国际劳工组织成员国范围广,国家间差异大,难以实现高度共识。以“一带一路”沿线国家为例,在最易形成共识的亚洲区域集团中,中国与亚洲邻国也没有达成有关劳工标准的协议。随着“一带一路”倡议的持续推进,中国或可主导推动劳工标准,与沿线国家共同履行社会责任。

三、防控“一带一路”沿线国家的劳动法律风险

“一带一路”倡议为中国与沿线国家共同谋求国际规则的制度创新提供了机会,“一带一路”沿线国家的劳动法律风险可由政府与跨国企业共同防控。我国现有风险防控机制仍有不足,笔者建议我国风险防控机制的改善可分为3个层次:在宏观层面,由中国与沿线各国进行国际的合作;在中观层面,则依靠我国完善国内制度;在微观层面,由跨国企业采取风险防控行动。

(一) 我国现有劳动法律风险防控机制的不足

首先,我国对国际软法的利用不够充分。就国际劳工标准而言,中国加入的公约数量较少,且大部分企业对相关国际劳工标准和框架协议知之甚少。在发生劳资纠纷时,境外中资企业和协助调处解决纠纷事件的人员无法充分利用国际劳工标准解决问题。就劳动合作协议而言,我国虽已陆续与相关国家签订双边合作协定和备忘录,但合作进程较为缓慢,多边劳务合作开展程度更为有限,未能广泛应用^[21]。现有的国际软法,如东盟的联合公报及各类宣言,约束力较低,难以达到定纷止争的目的,无法直接借鉴。

其次,在沿线国家劳动法律查明方面不足。我国政府主要通过发布投资指南或指导意见的方式,帮助投资者了解相关国家的投资环境。如商务部、国家发展与改革委员会等机构发布的《对外投资合作国别(地区)指南》《一带一路国外投资指南》等文件。在劳动立法的介绍方面,此类文件中提及的工资水平、劳动合同、社会保险、工作时间和假期、罢工发生率等都属于对劳动力成本要素和罢工情况的关注。遗憾的是,上述指南均缺乏对劳资争议解决机制的介绍。对处理境外企业与外籍员工劳动关系的指南,主要包括商务部和外交部为主发布的部际联席会议制度以及各部委的相关规定和指导意见,如2011年3月,商务部、外交部、国资委和全国工商联联合印发的《境外中资企业(机构)员工管理指引》,对我国境外企业的员工管理工作从原则上进行指导。但此类规范仅对东道国相关立法进行概括性介绍,未对法律救济途径做详细指导和安排,对跨国企业的帮助十分有限。

第三,罢工带来的损失,难以通过购买保险方式转移风险。对于劳动者群体维权行动,常见的防范措施包括企业与劳动者组织沟通、积极履行企业社会责任、利用东道国劳动争议解决机制处理纠纷,对于后果严重的群体行动,如罢工,笔者认为最佳方案是通过购买保险来转移风险。但是,按照现有多边投资担保机构的承保范围规定,为促进工人、学生或其他特别利益所采取的行动以及针对被保险人的恐怖行为、绑架或类似行为,不能作为内乱险承保。美国海外私人投资公司对其承保的骚乱风险的内容也做了限制性的解释,以实现劳工目的或学生目的为主的行动不在承保之列^[22]。

“一带一路”沿线国家法律环境复杂且多元,投资法治水平较低的国家,若缺乏国家间约定的投资保护措施,仅依靠企业单打独斗,难以承担巨大的投资风险,势必打击跨国企业投资动力,有碍“一带一路”投资的发展。

(二) “一带一路”劳动法律风险防控机制的未来

1. 宏观层面:国际合作探索风险防控模式

第一,签订劳工合作双边协议、多边协议或区域协议。有学者认为,“一带一路”众多沿线国家对规则治理的认同程度不高,法律遵守能力不强,我国与之建立国际合作过程中会面临较多的不确定性和法律风险^[23]。笔者认为,不可对“一带一路”沿线国家一概而论,事实上,美国已通过贸易协议推动了柬埔寨、越南等国家劳工标准的提高。我国可借鉴《北美自由贸易协议》附属《北美劳工合作协议》的相关内容,该协议为促进墨西哥劳工标准的提高起到了积极作用。《北美劳工合作协议》要求成员国履行若干职责,例如,程序方面保障劳动法程序平等、公证、透明。信息透明度方面,则要求成员国确保法律、规则、程序和行政指令能有效获得。该协定还要求成员国共同建立三国劳工合作委员会;三国分别设置国家管理办公室;建立合作和评估机构;建立一个争端解决机制以保护工人权利不受公司和政府的侵犯等^[24]。这一系列机制意味着,当发生严重的劳工纠纷时,处理劳工权问题的管辖权不被限制在东道国。“一带一路”建设可借鉴该机制,由我国政府与沿线国家政府签订独立或附随的劳工协作协议,并通过协议建立专门机构收集、评估、参与有关劳工权益保护的问题,提高对劳动法律风险的可控性。签订劳动合作协定不仅有利于中国为沿线国家创造就业岗位,还可促进东道国人权发展,提高东道国法治水平,符合“一带一路”倡议打造人类命运共同体的目标。

第二,建立国际间工会合作。中国可探索在允许多元工会制度的国家,组建境外工会组织,向境外中资企业介绍当地工会和劳动法状况,帮助境外投资者了解当地劳动法律文化,与当地劳动者建立和谐的劳动关系。同时,可向当地劳动者输出中国工会的价值观和制度体系,介绍中国的企业经营模式和文化,帮助协调劳资纠纷^[21]。

2. 中观层面:母国政府完善风险防控机制

第一,进一步完善国内法律机制。建议可在《劳动合同法》中加入跨国企业与外籍员工的劳动关系,明确当事人的权利义务和法律责任,规定法定的劳动合同条款,以及涉外劳动争议解决机制。在争议解决机制方面,2016年由武汉仲裁委在北京成立的“一带一路”(中国)仲裁院,为投资“一带一路”沿线国家的跨国企业提供了一条降低法律风险的捷径,即在相关合同中约定:一旦发生纠纷交由中国境内仲裁机构裁决。该仲裁院成立的目的是主要为解决纠纷双方均为中国企业的涉外案件,处理涉外劳动纠纷是否可行,尚需进一步探讨。

第二,运用大数据与算法建立劳动法律风险评估模型。第一步,全面识别风险要素。可针对投资目标国设置专家小组,查明当地立法,并对社会状况进行专门调研,还可参考国际劳工组织对各国劳工状况

的评价。同时,鼓励专家学者和有经验的跨国企业上传相关资料,充实数据库。第二步,将风险因素数字化,创建数学模型。由专家小组对不同风险因素打分,并设计不同风险因素在整体指标中的权重,再转化为数学公式,使劳动法律风险的评估更加直观。例如,考察劳动力素质时,以劳动力平均受教育年限为考察因素,其计算公式为: $\bar{n}_1 = n_p x_p + n_s x_s + n_t x_t$ 。式中: \bar{n}_1 为一国的劳动力平均受教育年限; n_p 、 n_s 、 n_t 分别为一国的初等、中等、高等教育所规定的年限; x_p 、 x_s 、 x_t 分别为一国的劳动力接受初等、中等、高等教育的比例^[25]。以此类推,各类风险因素都可以通过正影响、负影响、相互影响、所占权重等因素设计成数学公式进行计算。第三步,利用算法,以网络信息及其他可被识别的信息为大数据基础,判断风险并计算风险水平,同时还能发现未知的新型风险。举例而言,在考察罢工风险时,可抓取并统计网络上发布的罢工案例及其处理结果的信息,即可预测东道国罢工概率,还能及时发现新型罢工成因,相比人工调研,效率更高。但是,对于信息化程度较低的东道国,案件若未能通过网络发布,数据仍不全面,依旧需要专家小组进行现场调研。总之,大数据和算法的运用有助于降低风险评估的成本。

第三,为特定劳动法律风险提供保险。实际上,劳动法律风险是一种“准政治风险”。如前所述,并非所有罢工都只具有经济目的,政治型罢工以促进工人福利为名,却具有政治目的,目标并非企业,企业却受到影响。因此,政治型罢工属于内乱的一种表现,应当被纳入内乱险承保范畴。建议我国进一步完善国际直接投资保险制度,不仅能鼓励和保护私人资本向“一带一路”沿线国家流动,还能分散和转移对外投资中的风险。保险金可根据劳动法律风险评估的结论,按评分或等级分别设置额度。

3. 微观层面: 跨国企业采取风险防控措施

第一,企业采用生产守则,树立良好形象,减小落地阻力。企业生产守则是由跨国企业内部自行制定并自觉采用或由非政府组织制定被跨国企业采用的,有关企业社会责任、企业道德的标准体系,如锐步人权生产标准、SA8000标准。企业生产守则在中国具有一定的影响力,根据笔者调研,中国沿海地区的大多数劳动密集型企业已能适应SA8000标准,该标准内容高于劳动法规的相关规定。可见,企业为获得境外企业的订单,也可接受较高劳工标准。但企业生产守则的影响力还不够深远,对外投资的中国企业依旧缺乏对社会理念的理解,将之与慈善和公益活动混为一谈。究其原因,有学者认为,中国跨国企业没能从战略高度看待社会责任,且参与国际投资资历较浅,自身管理能力较弱,履行社会责任的能力不足,无法同已拥有全面系统的社会责任标准和经验的发达国家企业相比^[26]。跨国企业若想避免投资时受到当地劳工或工会的抗议,首先应当自觉履行社会责任,在“一带一路”建设中,政府可鼓励跨国企业采用国际上已有的生产守则,或帮助非政府组织、跨国企业设计适用于“一带一路”沿线国家的生产守则。

第二,跨国企业主动与东道国工会对话和谈判,在谈判中明确当地劳工标准。企业与劳工或劳工组织进行集体谈判时,应注意谈判程序的合法性及集体协议内容的严密性^[27]。合法的谈判及谈判结果可约束劳工组织无理地要求提高福利待遇而进行的罢工行为。面对恶意的工会行动,可向东道国劳动争议解决机构起诉,要求按照东道国相关法律处理。

第三,劳动者和股权的本地化。跨国企业可大量使用本地劳动者,联合当地有实力投资者,以便形成利益共同体,利用劳动者群体或股东与东道国政府等相关主体的良好关系,减小企业落地阻碍,降低投资风险。例如中国招商局集团在白俄罗斯的中白工业园项目,吸引政府或企业入股,并吸收当地政府原雇员加盟,有利于避免因政府或劳动者群体行动原因造成的劳动法律风险^[20]。

第四,跨国企业可采用灵活的用工制度。如前文所述,加班与带薪休息休假等方面的劳动法律文化差异异常引发纠纷,建议企业在遵守东道国劳工标准的同时,可依法灵活用工,组合使用临时工和长期工以满足岗位性质差异或生产淡旺季差异造成的不同用工需求。

四、结语

积极推动劳动法律风险评估与防控机制的建立和创新,不仅符合“一带一路”沿线国家的国家利益、跨国企业利益和劳动者利益,也有利于提升沿线国家法治水平,夯实国际法治基础,推动“一带一路”沿线的国际投资向更加健全、稳定、公正、成熟的方向发展。“一带一路”沿线投资在中国对外投资的占比正稳步提升,我国可以此为契机对全球性和区域性规则的改革提出中国方案,履行大国责任,实现全球再平衡。

参考文献:

- [1] 中华全国律师协会. “一带一路”沿线国家法律环境国别报告: 第2卷[M]. 北京: 北京大学出版社, 2017.
- [2] 崔璇. 中国企业海外并购中的若干劳工法律问题研究[D]. 西安: 西北政法大学, 2015.
- [3] 潘玥, 陈璐莎. “一带一路”倡议下中国企业对外投资的劳工问题——基于肯尼亚和印度尼西亚经验的研究[J]. 东南亚纵横, 2018(1): 84-89.
- [4] 李晨阳. 漫谈仰光“2·23”罢工事件的处置[J]. 世界知识, 2017(6): 73.
- [5] 宋涛. 中国对缅甸直接投资的发展特征及趋势研究[J]. 世界地理研究, 2016(4): 27-35.
- [6] 高旭. 五时拜功及其意义[J]. 中国穆斯林, 2015(5): 32-33.
- [7] 姜俊祿. 企业“走出去”面临的劳工问题[J]. 全球化, 2012(3): 84-87.
- [8] HENNI H. Compliance with core labor standard[M]. Saarbrücken: VDM Verlag Dr. Müller GmbH & Co. KG, 2011: 42.
- [9] 商务部对外合作和经济合作司. 我国对“一带一路”相关国家投资合作情况系列统计[EB/OL]. (2016-12-01) [2017-08-13]. <http://www.mofcom.gov.cn>.
- [10] Lisbon European Council 23 and 24 March 2000 presidency conclusion[EB/OL]. [2018-06-15] http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_en.htm.
- [11] 何佳馨. “一带一路”倡议与法律全球化之谱系分析及路径选择[J]. 法学, 2017(6): 92-105.
- [12] 金波. “一带一路”战略下跨国并购的劳动法律风险[J]. 理论观察, 2017(4): 112-114.
- [13] 商务部国际贸易经济合作研究院. 对外投资合作国别(地区)指南: 沙特阿拉伯[EB/OL]. (2016-12-01) [2018-06-15]. <http://fec.mofcom.gov.cn/article/gbdqzn/>.
- [14] 中华全国律师协会. “一带一路”沿线国家法律环境国别报告: 第1卷[M]. 北京: 北京大学出版社, 2017: 502.
- [15] ILO. Decree No. 45/2010/ND-CP of April 21, 2010, on the organization, operation and management of associations. [EB/OL]. (2010-04-21) [2016-12-01]. <http://www.ilo.org/dyn/natlex>.
- [16] 驻胡志明市总领馆经商室. 2006年以来越南已发生逾5000起罢工[EB/OL]. (2014-04-05) [2016-12-01]. <http://www.mofcom.gov.cn/article/i/jyj/j/201404/20140400539350.shtml>.
- [17] 廖春霞, 阮氏秋霞, 梅雪恒等. 经济转型与劳动关系规制——越南加入TPP后的变革对我国劳动关系调整的镜鉴[J]. 中国人力资源开发, 2016(11): 94-101.
- [18] ILO. Effect given to the recommendations of the committee and the governing body-report No 368, June 2013 [EB/OL]. (2013-06-08) [2016-12-01]. http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50002:0:NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:3128362.
- [19] 商务部国际贸易经济合作研究院. 对我投资合作国别(地区)指南: 泰国[EB/OL]. (2016-12-01) [2018-06-15]. <http://fec.mofcom.gov.cn/article/gbdqzn/>.
- [20] 中国公司法务研究院. 2016—2017年度中国企业“走出去”调研报告[EB/OL]. (2017-01-01) [2017-10-05]. <http://www.lexisnexis.com>.
- [21] 李文沛. “一带一路”战略下境外劳动者权益保护的法律系统建构[EB/OL]. 河北法学, 2017, 35(6): 78-87.

- [22] 杨羽. 国际投资中的劳工权保护问题研究[D]. 上海: 复旦大学 2009: 38.
- [23] 韩永红. “一带一路”国际合作软法保障机制论纲[J]. 当代法学 2016(4): 151 - 160.
- [24] 吴曼嘉. 美国自由贸易协定中的劳工条款评析——以北美自由贸易协定为例[J]. 中共贵州省委党校学报 2013(6): 121 - 124.
- [25] 龚婷. 海外铜矿产资源开发战略选区风险评价研究[D]. 南昌: 江西理工大学 2013: 48.
- [26] 黄梦. 中国企业投资东南亚劳工保护责任研究[J]. 长沙理工大学学报(社会科学版) 2016 31(5): 154 - 163.
- [27] 梁岍然. 美国双边投资协定范本的劳工保护条款分析——兼论其对我国的影响及我国之对策[J]. 河北法学 2014, 32(7): 158 - 168.

Legal risk evaluation mechanism of labour law for China investment of the Belt and Road initiative

WANG Youyi

(Law Institute , Fujian Academy of Social Sciences , Fuzhou 350001 , China)

Abstract: China should pay attention to legal risks of labour law when investing the countries along the Belt and Road. To evaluate the legal risks of labour law , we should consider three factors “labor law of host country” , “the implementation of right of association” and “the legal standard of host country”. Legal risks of labour law vary from one country to another along the Belt and Road. We should prevent and control them from three aspects of macro level , medium level and micro level. At macro level ,it can be achieved by means of signing international labor cooperation agreements with the countries along the Belt and Road and establishing cooperation among international labor unions; at medium level , we should improve domestic legal system and establish digital risk assessment models and buying insurance for specific risk types to disperse and transfer risk; at micro level , the conflict is cushioned by means of the adoption of production codes by multinational enterprises , active negotiation with trade unions , localization of workers and stock equity , and flexible employment system.

Key words: legal risks of labour law; the Belt and Road initiative; international investment

(责任编辑 冯 军)