

# 在自由贸易区制度中 积极构建我国主张的劳工标准

李西霞

## 一、问题的提出

“自由贸易区”是指两个以上的主权国家或单独关税区通过签署协定，在世贸组织最惠国待遇基础上，相互进一步开放市场，分阶段取消绝大部分货物的关税和非关税壁垒，改善服务和投资的市场准入条件，从而形成的实现贸易和投资自由化的特定区域。自由贸易区所涵盖的范围是签署自由贸易协定的所有成员的全部关税领土，而非其中的某一部分。在经济全球化背景下，自由贸易区制度和世界贸易组织（WTO）多边贸易体制在促进贸易与投资增长的同时，带动了劳动力跨国流动的迅猛发展。多年来，美国和欧盟等主要经济体一直在力推将贸易政策与劳工标准挂钩。这种企图虽然在WTO多边贸易体制下未能实现，但在美国和欧盟主导的自由贸易区制度中得到了充分发展。随着世界范围内自由贸易区数量的稳步增长，越来越多的国家在与美欧签订自由贸易协定时被迫接受其主张的劳工标准。从我国现实看，中国自由贸易区自2004年启动建设以来，已签署自由贸易协定12个，涉及20个国家和地区，取得了积极

的成就。在应对国际贸易与劳工标准问题上，我国已在与智利、新西兰、秘鲁、和瑞士签署的双边自由贸易协定中纳入劳动、社会保障和就业合作的内容，这种积极的实践切合我国的重大现实需求。目前，我国不接受美欧要求的劳工标准，而自由贸易区协定将贸易政策与劳工标准挂钩正在成为一种难以阻挡的趋势，在这种背景下，在自由贸易区制度中构建我国主张的劳工标准并借此增强贸易谈判筹码和力量或许是一个战略思路。

在自由贸易区谈判中纳入我国主张的劳工标准，必须依据我国的实际情况和社会经济发展水平，选择我国可接受的劳工标准。从现实情况看，我国已经制定了较为完善的社会保险制度，对在华就业外国人提供平等的社会保险待遇，所以，将跨国就业者社会保险纳入自由贸易区协定也许是一个可行的方案。

## 二、跨国就业者社会保险作为一项国际劳工标准，在我国及相关国家的法律保护现状

社会保障（社会保险）是国际劳工组织确立的一项国际劳工标准。但由于不同国家经济社会发展水平的

差异和各国批准的国际劳工公约有所不同，因此，它们为跨国就业者提供的社会保险保障水平也各不相同。

（一）在中国境内就业的外国人的社会保险受中国法律保护

本文讨论的跨国就业者，不仅包括我国法律规定的在华合法就业的外国人，也包括在中国境外就业的中国员工。在中国境内就业的外国人参加社会保险，受我国法律保护。2011年7月1日，中国《社会保险法》正式生效实施。该法第97条规定，外国人在中国境内就业的，参照该法规定参加社会保险。同年，我国颁行《在中国境内就业的外国人参加社会保险暂行办法》（《暂行办法》），明确规定在华就业外国人的范围、参保内容、缴费、社会保险待遇和争议解决的途径。《社会保险法》和《暂行办法》是规范在中国境内就业的外国人参加社会保险的直接法律依据：在中国境内就业的外国人，依照中国法律规定参加社会保险，依法登记并缴纳社会保险费，享有相关社会保险待遇；社会保险范围包括职工基本养老保险、职工基本医疗保险、工伤保险、失业保险和生育保险五个险种；社会保险待遇水平实行国民待遇。上述法律规定表明，我国法律为在华就业的外国

人提供与国民待遇平等的社会保险。

(二) 在中国境外就业的中国员工的社会保险现状

依据在中国境外就业的中国员工的不同类型,其社会保险受法律保护的水平不同:

第一是对外援助人员,其社会保险适用《援外出国人员生活待遇管理办法》,保障水平较高。

第二是派驻海外企业人员,第三是其他因公在外人员。这两类人员一般情况下与派出企业建立有固定的劳动关系,属于外派企业的正式职工。如果就业国的法律要求外籍就业者参加当地社会保险,外派劳务员工应当参加当地社会保险;如果当地法律不允许外籍就业者参加社会保险的,则外派企业在境内对外派劳务人员缴纳社会保险费的义务不终止。因此,如果属于前者,则应按照当地社会保险法律享有社会保险待遇;如果属于后者,则适用我国《社会保险法》等相关法律的规定处理。

第四是自行到海外谋生的其他劳务人员,其在境外社会保险自行负责。

第五是对外劳务人员,是指经政府批准经营对外劳务合作业务的企业派往境外从事各类服务的人员。2012年8月1日生效的《对外劳务合作管理条例》是我国对外劳务合作领域的首部专门立法。该条例第21条以劳务合作合同所应列明的违约责任来确保对外劳务人员的社会保险权利。

以上五类人员中除第一类和第四类人员外,其他三类人员在社会保险方面都可能会面临以下困境:

#### 1. 社会保险费双重缴纳问题。

在没有签署社会保险互免协议的情形下,由于各个国家社会保障自成体系,跨国就业者有时可能会被两个国家的社会保障制度覆盖,因而被要求

向两个国家分别缴纳基于同一份工资的社会保险费。此外,在签订社会保险费互免双边协议的情形下,如果宣传不到位,很多公司及其员工不知道中德、中韩社会保险互免协定的存在,也会发生双重缴纳社会保险费问题。

2. 我国对外劳务人员社会保险待遇求偿不力。对外劳务合同是我国对外劳务合作企业与境外雇主建立劳务合作关系的法律形式,也是对外劳务争议处理的法律依据。对外劳务人员与境外雇主之间不存在直接的合同关系。因而,当社会保险规定的社会风险如年老、失业、疾病、工伤、生育发生时,只能按照对外劳务合同寻求救济。求偿的结果一方面在某种程度上取决于对外劳务合作企业解决争议的态度和行为;另一方面也取决于对外劳务合同中关于社会保险条款的具体制定。另外,法律适用问题也具有特殊性。根据我国法律规定和对外劳务合同的约定,适用的法律既可能是中国国内的法律,也可能是国外雇主所在地法律,还可能是与合同有密切联系的国家的法律。而各国法律法规中关于社会保险的范围、处理规制和待遇标准千差万别,这也增加社会保险待遇求偿的难度。

(三) 为跨国就业者提供社会保险保护的途径

劳动力的跨国流动,使得原本在一国境内管理的社会保险越出国境,致使劳动力流动过程中的社会保险很难单靠一个国家实现。因此,从关心本国劳动者利益出发,为避免出现两国企业及其员工重复参保缴费或者无法参加社会保险的情况发生,国际上通行做法是开展双边或多边谈判,通过签署政府间包括社会保险双边协议或其他类型的双边协议加以解决。

首先,签署双边社会保险协定为

跨国就业者提供社会保险是国际上的一种惯常做法。比如,中国已分别与德国、韩国和丹麦签署社会保险双边互免协议。但是它们所规定的保险范围过窄,比如中德互免的险种包括养老和失业,而中韩互免的险种只限于中国的养老保险和失业保险及韩国的国民年金和雇佣保险,中丹为中国的职工基本养老保险,丹麦的社会养老金、劳动力市场补充养老金。工伤保险、医疗保险和生育保险都没有纳入,不能给跨国就业者提供充分的保护。

其次,我国通过签署劳务输入国与劳务输出国之间的双边条约保护跨国就业者的社会保险权利。如,2002年中国与俄罗斯签订《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》。该协定对劳动者参加养老保险、失业保险和医疗保险作出具体规定;并进一步规定劳动者的强制性医疗保险以及劳动者在劳动期间发生的和由于劳动直接造成的工伤、职业病及其他健康损害的赔偿,由雇主按照接受国的法律规定办理(第12条)。截至2012年10月,我国已经与英国、俄罗斯、约旦、马来西亚、韩国、毛里求斯、塞班等多个国家或地区签订了双边劳务合作协议或备忘录。此类协定为特定类型的外派劳务人员提供了较好的社会保险。

再次,在自由贸易区协议中纳入社会保障内容。如,2005年11月18日我国与智利签署的双边自由贸易协定中纳入了社会保障合作的内容,双方同意在社会保障问题上进行合作,但并没有在协议中规定社会保障标准,更没有将劳工社会保障的实施与贸易制裁相挂钩。至于双方社会保障合作的内容和效果,由于

缺乏相关资料，有待进一步求证。不过，从协议文本看，双方在社会保障方面的合作应依据双方协商的结果。

上述三类双边协议从不同的层次保护跨国就业者的社会保险，保险范围、待遇水平、资格要求、纠纷解决的渠道各不相同，不利于跨国就业者的平等保护。尽管如此，它充分说明了我国通过双边协议保护跨国就业者社会保险已发展了相关制度并积累了有益的经验。在全球范围内自由贸易区将劳工标准与贸易挂钩的背景下，我们对上述制度进行整合完善，依据国际劳工标准提出我们自己作为发展中国家的劳工标准主张，并将其纳入自由贸易区协定，或许是一个策略，有助于破解我国在贸易和劳工标准关系上的困境。

### 三、将跨国就业者社会保险纳入我国自由贸易区制度的必要性

(一) 应对来自美欧等国家的压力

目前，WTO谈判停滞不前，美欧等主要经济体纷纷绕开WTO和联合国，构建自由贸易区体系并利用该体系争夺时代新格局和新秩序的主导权，尤其是国际经济规则的制定权。在发展自由贸易区过程中，美欧一直在推行其主张的劳工标准。在其影响下，越来越多的自由贸易区协定纳入劳工条款。据不完全统计，1995年仅有4个自由贸易区协定纳入劳工条款，到2005年该数字上升到21个，2011年增加到47个。<sup>①</sup>除此之外，美国正在积极推进的两个最大的自由贸易区谈判“跨太平洋伙伴关系协定”<sup>②</sup>和“欧美跨大西洋贸易与投资伙伴协议”，



中国（上海）自由贸易试验区

劳工标准也是重要的谈判内容。由于美欧的协议伙伴在劳工标准问题上没有多少发言权，一些比较发达的发展中国家接受美欧自由贸易协议后，开始在他们与其他发展中国家的自由贸易区谈判中推行类似美欧国家的理念，要求将劳工问题纳入自由贸易区谈判范围内。由此可见，我国在自由贸易区协议谈判中如何应对劳工保护问题，正面临着来自发达国家与某些发展中国家的双重压力。如果这种趋势长期发展下去，发达国家将贸易与劳工标准挂钩的各种目的几乎都可以通过区域或双边贸易协定实现，而且可以绕过国际劳工标准，推行其自己主张的劳工标准。在这种情势下，中国要扩大自由贸易区建设和发展，无法回避这个问题。我们应该在自由贸易区制度中提出我国主张的劳工标准，并通过对话、协商的方式积极向我们的贸易伙伴推行该劳工标准，增加我们在贸易方面的谈判筹码和力量。

(二) 是建设贸易强国和发展海外投资的需要

中国一直是贸易大国，现今中国在保有资本输入大国地位的同时，也成为资本输出大国。中国如何成为贸易强国并如何提升我国资本赴外投资的力度并保障我国企业顺利进入外国市场，创造一个更加公平公正的国际投资环境已成为一个十分现实的问题。因而，在美欧等国纷纷利用自由贸易区推行其主张的劳工标准的当下，有必要在我国自由贸易区谈判中纳入我国主张的劳工标准，彰显我国在贸易过程中对跨国就业者权利的保护，并更好地保护在中国境外就业人员的社会保险权益。

(三) 是保护跨国就业者既得权利的需要

目前，我国法律已为在华就业的外国人参加社会保险提供平等保护，而在中国境外就业的中国员工参加就业国社会保险并享有同等社会保险待遇却面临重重困难，有的无法参加就业国的社会保险，有的则面临在国

内与就业国缴纳双重社会保险费的问题，还有的社会保险待遇求偿如工伤损害的赔偿问题，在实践中难以得到有效解决、或是久拖不决，严重损害在中国境外就业的中国员工的合法权益。<sup>13</sup>因而，在我国为在华就业的外国人提供平等社会保险待遇的条件下，将我国主张的劳工标准——社会保险纳入自由贸易区制度中，并通过双边或多边协议保护在中国境外就业的中国员工的社会保险权益，是解决这一问题的一个战略思路。

#### 四、将跨国就业者社会保险纳入我国自由贸易区制度中的可行性

以美欧主导的自由贸易区协议，把贸易政策和劳工标准在法律上建立联系，并利用它们在双边或区域谈判上的优势，在全球范围内大力推行其主张的劳工标准。如果我们用战略眼光看待这个问题，用纳入我国主张的劳工标准来解决谈判中的劳工问题，就不必为了解决这个问题作出贸易上的让步，反而有可能换取更多的贸易和投资方面的利益。比如类似《中国—智利自由贸易区协议》中的解决模式，并没有给我们带来单方面的额外的义务或负担，未来的劳工合作内容取决于双方在这些领域的谈判结果。这也是本文提出的将社会保险纳入自由贸易区谈判中的要义之一。其可行性包括以下四个方面：

（一）法理基础：依据国际法原理，我国可自主接受和实施国际劳工标准

国际劳工标准是指国际劳工组织确立的处理全球范围劳工事务的各种原则、规范和准则，<sup>14</sup>它们以国际劳工公约或建议书的形式出现。国际劳工公约属于国际条约，成员国一旦批准即对其具有法律约

束力。建议书是具有软法性质的文件，在严格意义上不具有法律约束力。关于核心劳工标准的效力，尽管1998年国际劳工组织《关于工作中的基本原则与权利宣言及其后续措施》（《宣言》）<sup>15</sup>明确要求所有国际劳工组织成员国，无论是否批准与四项核心劳工标准有关的公约，均负有国际劳工组织成员国的义务：尊重、促进和实现基本劳工权利。但是核心劳工标准是否能当然适用于国内，仍在于其效力的分析。依据国际法基本原理，确立核心劳工标准的《宣言》属于软法范畴，对成员国没有约束力。<sup>16</sup>因此，就核心劳工标准而言，八项核心劳工公约只对批准国具有强制约束力。这表明，国际劳工标准的接受和实施以主权国家批准条约为前提，劳工标准是一个国内法管辖事项。因此，我国可以自主选择社会保险这一国际劳工标准并将其纳入自由贸易区制度中。当然，自由贸易区协议中的社会保险的具体内容还需和协议伙伴达成一致。

#### （二）法律基础

我国现行法律对跨国就业者的社会保险作出了详细规定。首先，《社会保险法》和《暂行办法》对在华就业的外国人参加社会保险作出明确规定。其次，我国签署的中外双边社会保险互免协议、劳务输入国与劳务输出国之间的双边条约、以及自由贸易区协定，通过双边协议规范跨国就业者社会保险。这些规定都为把社会保险纳入自由贸易区制度提供了法律基础。

#### （三）现实基础

关于社会保险，我国已经在全国范围内建立起相当完善的社会保险管理机制、社会保险经办机构、社会保险基金管理机构和社会保险监督机制。

同时，我国已有将劳工标准纳入

自由贸易区制度的相关实践，如在中国与智利签订的自由贸易区协定中，已经纳入社会保障合作内容。双方同意在劳工和社会保障问题上进行合作，但并没有在协议中载入强制性的劳工保护标准，更没有将有关的劳工义务的履行与贸易制裁相挂钩。鉴于我国作为发展中国家在社会保险领域所做出的努力，我们完全有在劳工标准议题下进行谈判的资本。更何况谈判并不意味着我们必须接受对方的标准或者其他标准。<sup>17</sup>

值得注意的是，在国际上美欧在其主导的自由贸易区协定中所推行的劳工标准各不相同，且与国际劳工组织确立的核心劳工标准也不完全一致。如在美国—澳大利亚自贸区协议中，所要求保护的劳工标准与国际劳工组织《宣言》所宣示的核心劳工标准相比，多出了“与最低工资、工作时间和职业安全、健康相关的可接受的工作条件”这一项，同时缺少“消除就业和职业歧视”。

就欧盟而言，在其签订的自由贸易区协议中对劳工标准的要求也各不相同。比如，在欧盟与地中海国家之间签订的协议中，有成员国应该遵守国内法和《世界人权宣言》关于保护人的基本权利的规定，但并没有要求缔约国参加国际劳工组织的相应条约或遵守国际劳工组织的核心劳工标准。<sup>18</sup>而2000年欧盟15个成员国和77个非洲、加勒比和太平洋国家之间签订的《科都努伙伴协议》则对劳工问题做出以下规定：（1）缔约国重申尊重国际劳工组织公约中确定的国际公认的核心劳工标准，特别是自由结社、集体谈判、禁止强迫劳动、废除童工和反对就业和职业中的歧视；（2）在某些特定的领域内加强合作；（3）劳工标准不得被用于贸易保护的目的。<sup>19</sup>

上述分析表明,在美国和欧盟主导的自由贸易区制度中所要求的劳工标准各不相同,且和《宣言》所宣示的核心劳工标准也不完全一致,而是有选择性的,其深层原因有待进一步探究。这提醒我们,在我国自由贸易区制度中选择性地纳入我国主张的劳工标准是有现实依据的。

## 五、几点建议

在自由贸易区制度中把贸易政策与劳工标准挂钩的趋势日渐增强的背景下,我国有权主张我国可接受的劳工标准,并就该劳工标准与协议伙伴进行谈判,进而将达成一致的劳工标准纳入我国自由贸易区制度中,这可能是积极应对贸易与劳工标准挂钩问题的一个策略。为此,笔者提出以下建议:

首先,在自由贸易区协定谈判中采取更为积极的立场,提出我国主张的可接受的劳工标准,即跨国就业者社会保险,并就该项劳工标准与协议伙伴进行谈判。在谈判中可以承诺在各自的法律制度框架内促进社会保险权利。

其次,国际劳工组织确立的国际劳工标准,其出发点在于促进劳工权利的保护,因此它不能被用于贸易保护主义的目的。提倡通过政府间的友好协商解决争议,反对采用贸易制裁的方式促进劳工权利保护。

再次,对自由贸易区协定、社会保险互免协议和双边劳务合作协议中有关社会保险的规定进行整合和统一,以消除将跨国就业者社会保险纳入我国自由贸易区制度可能面临的制度性障碍。■

(作者单位:中国社会科学院国际法研究所)

## 注释:

这20个国家和地区,分别是中国与东盟、新加坡、巴基斯坦、新西兰、智利、秘鲁、哥斯达黎加、冰岛和瑞士的自贸协定,内地与香港、澳门的更紧密经贸关系安排(CEPA),以及大陆与台湾的海峡两岸经济合作框架协议(ECFA)。参见:中国自由贸易区服务网(<http://fta.mofcom.gov.cn>)最后访问时间2014年8月28日。

2006年10月1日起开始实施的《中智自由贸易协定》第108条。

2008年10月1日起开始实施的《中新自由贸易区协定》第177条。

2010年3月1日起开始实施的《中国-秘鲁自由贸易协定》第161条。

2014年7月1日生效的《中国-瑞士自由贸易协定》第13.5条。

无论在理论上还是在各国的现行制度中,社会保障都包括社会保险和社会救助等内容。

参见王延中:“社会保障国际合作值得关注”,《中国社会科学院报》2008年7月31日第1版。

参见人力资源和社会保障部网站(<http://www.mohrss.gov.cn/SYrlzyhshbzb/zhuanti/waiguorencanbao/>),最后访问时间:2014年10月29日。

参见姣艳范:《海外劳工权益保护迈出重要一步》,《法治日报》2012年10月8日。

《中智自由贸易协定》第108条规定:“缔约双方应该通过劳动和社会保障合作谅解备忘录和环境合作协定增加缔约双方在劳动、社会保障和环境方面的交流和合作”。

⑩陈志阳:《多双边贸易协定中的国际核心劳工标准分析》,《国际贸易问题》2014年第2期,第60页。

⑪“跨太平洋伙伴关系协定”目前参与的谈判方包括美国、澳大利亚、

文莱、加拿大、智利、日本、马来西亚、墨西哥、新西兰、秘鲁、新加坡、和越南。参见<http://www.ustr.gov/about-us/press-office/fact-sheets/2011/february/engagement-trans-pacific-partnership-increase-export> 2014年8月28日访问。

⑫姜爱丽、朱颜新:《我国外派劳务人员工伤损害求偿法律适用问题研究》,《东岳论丛》2011年第2期,第180—183页。

⑬余云霞、王祎:《国际劳工标准》,中国劳动和社会保障出版社2007年版,第1页。

⑭1998年《宣言》确立了四项核心劳工标准,它们体现在八项核心劳工公约中。参见国际劳工组织网站:<http://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang-en/index.htm> 最后访问时间:2014年4月20日。

⑮软法是指在严格意义上不具有法律约束力、但又具有一定法律效果的国际文件。参见王铁崖主编:《国际法》,法律出版社1995年版,第456页。

⑯参见边永民:《以美国和欧盟为主导的自由贸易区协议中的劳工保护问题研究》,载《国际商法论丛》第10卷,沈四宝、王军主编,法律出版社2010年版,第13—14页。

⑰参见边永民:《以美国和欧盟为主导的自由贸易区协议中的劳工保护问题研究》,沈四宝、王军主编:《国际商法论丛》第10卷,北京:法律出版社2010年,第16页。

⑱参见Article 50 of the Conotou Partnership Agreement. 转引自边永民:《以美国和欧盟为主导的自由贸易区协议中的劳工保护问题研究》,沈四宝、王军主编:《国际商法论丛》第10卷,北京:法律出版社2010年,第17页。