

关于拖欠民工工资法律问题的浅析

詹方平

(厦门大学法学院 361005)

【摘要】民工,作为流动性较大的社会底层群体,其权益的保障尤其是最基本的工资问题经常面临着困难险阻。在《中华人民共和国劳动法》和《中华人民共和国劳动合同法》都已实行的今天,拖欠民工工资的现象依旧层出不穷,且很难将其根本解决。笔者欲从民工法律地位的认定、民工获取劳动报酬衍生的问题这两个角度浅析相关法律问题。

【关键词】民工 拖欠工资;劳动报酬

按劳分配,等价有偿,同工同酬本是确定工资的原则,资方在劳方完成一定工作任务后,以货币形式直接支付给劳方劳动报酬更是天经地义之事。随着城市的加速发展,建设的需要,拖欠工资尤其是民工工资不会在短期内完全解决,所以,笔者试从民工法律地位的认定、民工获取劳动报酬衍生的问题的方法两个方面浅析拖欠民工工资的法律问题。

一、民工法律地位的认定

(一)民工的定义

民工,也称为农民工、外来工,是中国改革开放前便出现的名词,源自于淮海战役中的民夫,当时人们不太喜欢称为民夫,于是改称民工。在早期带有褒义,民工一向被认为是一个阶级,而不是一个群体。现在一般被解作农民工,但经济学家认为“农民工”一词自相矛盾,共产主义观点“农民”与“工人”是两个阶级。现在有观点认为,“民工”一词,最好的诠释应为“人民的工人”。而现代汉语词典的解释是:“在政府动员和号召下参与修筑公路、堤坝或帮助军队运输等工作的人。”汉语大词典的解释是:“在政府动员组织下,从事某项工作的劳动力。”两本词典的解释大意都相同,但两者的解释与我们现今理解的“民工”相差甚远。按照国家发改委的定义,农民工是指拥有非城镇户口,并离开户籍所在地外出务工人员。不论民工的具体定义是什么,其突出的共有的特点是外来,没有城市户口的人员。且其通常从事高强度的体力活动,主要分布在建筑业、采矿业、第三产业和其他产业链低端或劳动力密集型产业。

(二)民工的法律地位

根据《中华人民共和国劳动法》的规定:在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织和与之形成劳动关系的劳动者,适用本法。国家机关、事业组织、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者,依照本法执行。那么,“民工”是否是该规定意义上的劳动者?答案是肯定的。

首先,劳动法调整劳动关系是以劳动行为为其依归的。无论什么人,无论其先前的身份是什么,只要其施行了劳动法中的劳动行为都应当由劳动法来调整。所以,劳动法只与劳动者的行为相关,而不因人的身份,尤其是人的先前身份。而民工是以其体力劳动为形式的一种劳动方式,其与雇佣方形成一定的劳动关系,理应受《中华人民共和国劳动法》约束和保护。其次,劳动关系分为法律劳动关系和事实劳动关系。劳动关系是指劳动者与用人单位之间依劳动法形成的在劳动过程中实现彼此利益且以权力和义务为内容的关系。笔者在此并没有将劳动关系定义为法律关系,因为如果直接将劳动关系视为法律关系,则法律劳动关系和事实劳动

关系的分类将与劳动关系产生矛盾。事实上,根据《劳动法》、《劳动合同法》相关规定,劳动者与用人单位之间因单位用工而形成劳动权利义务关系,即使当事人双方虽未签订书面劳动合同,自用人单位实际使用劳动者劳动之日起,双方劳动关系依法依然确立。

二、民工获取报酬衍生的问题

“工资”的法定名称是“劳动报酬”。在劳动中,劳动者付出劳动力,实施劳动行为,完成劳动过程就履行完了其劳动义务,也同时产生了得到劳动报酬的权利。工资作为劳动报酬是劳动者从事职业劳动所获得的,是用人单位因劳动者履行劳动义务所支付的对价,那么,如果用人单位因其经济利益没有实现,未能达到其追求的经营利润,可否拒付工资?例如

建筑队或者包工头因其本身被欠工程款,以此为理由拒绝支付民工工资。有学者认为,受雇佣的劳动者的劳动目的不是追求劳动成果或者结果,劳动所形成的结果是归用人单位或雇主所有的劳动成果中所包含的经济利益或者经营利润,与劳动者并没有直接的关系。劳动者获得劳动报酬的基础是完成劳动义务,其报酬期待权的产生跟用人单位或雇主的经济利益并没有直接联系,而是一种等价支付,即劳方履行完劳动义务后,资方也必须履行其支付义务。法律要求一个合法的用人单位或者雇主必须在设立之初就具备相应的经济实力,其中包括支付劳动者劳动报酬的能力。否则,该用人单位或者雇主就不具有合法性,也就不能使用劳动者,如果我们允许用人单位或者雇主以“空手套白狼”的方式使用劳动者,必须通过劳动者的劳动去赚取包括劳动者工资在内的经营收益,则不仅有悖于法律,也有违于常理。

用人单位或者雇主把经营成本强加在劳动者身上 把本应由自己承担的经营风险全部交由劳动者来承担,以对劳动力的无成本无风险的使用,来获取经营利润,这对于劳动者的保护是非常不利的。

其次,民工与用人单位、雇主本身就处于不平等的地位。用人单位和雇主掌握着一切生产资料和人事权力,其有任意选择是否选用民工,招聘哪个民工的权利,而法治不健全、法律救济成本高、自身素质低下的因素更使本已处于劣势地位的民工雪上加霜。笔者在查阅相关资料时看到一则从经济学角度分析的拖欠民工工资的动态博弈,该博弈将民工与资方之间矛盾的产生以及演变做了直观的阐述,其博弈模型如下:

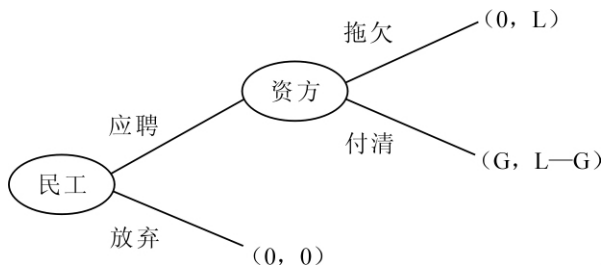


图1 拖欠民工工资博弈

(下转第 35 页)

内司法程序”，还是如 Plama 案仲裁庭认为的“可以选择的争端解决机制更多、允许投资者诉诸仲裁的争端范围更广”？对这一问题，有学者提出，程序性权利与实体权利不同，通常不是一个“更优于”另一个的问题，而是一个“不同于”另一个的问题。

三、MFN 条款扩张适用至争端解决事项的再思考

将涉及 MFN 条款适用的案件按照具体案情区别对待的观点看起来似乎比较合理，但是，即使是在上文所说的意欲“规避一定期限的东道国国内程序”的案件中，适用 MFN 条款的正当性也是值得怀疑的。

(一)MFN 条款不能取代国家同意

仲裁的基础是当事方的“同意”。缔约国往往在 BIT 中对可以仲裁的事项作出某些限制，比如规定只有涉及征收补偿金额时才可提起仲裁等。MFN 条款不能创造出本不存在的仲裁同意。假如东道国在缔结 BIT 时根本未曾预见 MFN 会被适用于程序性事项，也就谈不上“同意”了。

(二)MFN 条款的性质与 BIT 体制之间的矛盾

BIT 是“双边”投资条约。与贸易领域相对完善的多边机制不同，投资领域的多边机制未能建立，在这一现实背景下，MFN 条款如果无限制地扩张适用，就会形成实质上的多边效应，这与缔约国选择 BIT 这一机制的初衷显然相违。

(三)MFN 条款与争端解决机制之间的矛盾

争端解决机制是国家间为解决纠纷作出的一整套程序性安排。假如投资者可以通过 MFN 条款援引第三方条约中的争端解决条款，就会产生是允许投资者替换整套争端解决机制，还是可以选择任一对其有利的条款的问题。如果是前者，那么无疑会产生“选购条约”的后果；如果是后者，同样也会导致“选购条款”的现象，并且比之“选购条约”，后者带来的条约碎片化的后果更加难以控制，最终可能导致整个争端解决机制难以运行。

四、对我国缔约实践的启发

(一)警惕“自由化”陷阱

上文提到，仲裁庭经常用 BIT 保护和促进投资的目的和宗旨为 MFN 条款的扩张适用铺路。“投资保护”和“自由化”是发达国家在投资条约谈判中所追求的两大目标，也是我国参加双边及多边投资条约谈判中无法回避的两大话题。上文涉及的典型案例

(上接第 12 页)

由图 1 可以看到，民工有应聘和放弃两种选择。如果民工选择放弃，则博弈结束，双方均无收益。但是，民工前往城市的成本（路费、住宿费、餐费等）已经付出，不能再收回，并且在城市生存还需要继续的成本投入。也就是说，民工已经产生了沉淀成本 C。因此，民工选择放弃，从现实角度看并不符合民工的利益。所以，民工只能选择应聘，应聘的预期收益为： $(0 + G) / 2 = G / 2$ ，由此可知应聘是民工进城后的优势策略。民工选择应聘策略后，就将进一步策略选择的主动权交给了资方。资方有两种策略：拖欠或付清。无论资方选择拖欠还是付清，博弈都告结束。付清，当然符合民工利益，民工劳动获得回报，得到工资 G，资方也获得了 $L - G$ 万元的收益，可以说这是双赢的结局。而选择拖欠，民工血汗钱化为乌有，资方获得全部收益 L。

现在可以看到，在动态博弈初始阶段民工处于不利地位，难以与资方进行平等的讨价还价谈判，民工的处境是：如果选择放弃，民工就无法在城市中生存，这不符合民工利益。如果选择应聘，资方如能信守诺言，民工可以获得收益，但资方如果食言，民工就将一无所有。民工虽然明知选择应聘之后，还是有很大风

险的，但仍然必须选择应聘，因为在民工没有应聘之前是没有办法了解资方的策略选择的。民工这一不得不选择应聘的策略，资方自然也是心知肚明的。也就是说，资方掌握着策略选择的主动权，无论资方选择拖欠还是付清，民工都会选择应聘。博弈论一般的假设是，博弈方都是以自身利益最大化为目标的，即不考虑道德因素同时具有机会主义的倾向。在这样的原则下，资方选择拖欠，独自获得全部利润是符合资方利益的。

(二)我国可以采取的应对措施

我国在缔结 BIT 时，也存在放弃当地救济优先权、接受国际仲裁的强制性同意、将国际仲裁的管辖范围扩大到所有争端等现象。因此，我国在今后的缔约实践中不仅要“防范于未然”，也要“亡羊补牢”。

1. 在 BIT 中明确排除 MFN 条款适用于争端解决程序。美国就采取了这种方式。

2. 避免使用“与投资有关的事项”、“待遇”等宽泛的措辞，以防仲裁庭扩大解释。

3. 如果已经签订了不利的条约，可通过交换外交照会等事后排除（在 Siemens 案之后，阿根廷和巴拿马就采用了这一方式）。

4. 在 BIT 中规定 MFN 待遇不溯及既往。可以参照加拿大 2004 年 BIT 范本，规定 MFN 待遇不适用于基础条约生效前签订或有效的所有国际协定赋予的待遇。

五、总结

迄今为止的国际仲裁实践有扩大 MFN 条款适用范围的倾向。但是，MFN 条款与双边投资条约体制之间存在内在冲突，与争端解决程序之间也潜伏着矛盾，还会对仲裁的本质带来冲击。因此，我们不能盲目扩大 MFN 的适用范围，将 MFN 条款的适用范围扩张到争端解决程序领域似乎已走得太远。

【参考文献】

[1] 陈安主编：《国际投资法的新发展与中国双边投资条约的新实践》，复旦大学出版社 2007 年版。
 [2] 徐崇利：《从实体到程序：最惠国待遇适用范围之争》，载于《法商研究》2007 年第 2 期。
 [3] R. Dolzer & T. Myers, After Tecmed: Most-Favored-Nation Clauses in Investment Protection Agreements, ICSID Review — Foreign Investment Law Journal, Vol. 19, 2004.
 [4] Jarrod Wong, The Application of Most-Favored-Nation Clauses to Dispute Resolution Provisions in Bilateral Investment Treaties, 3 Asian J. WTO & Int'l Health L. & Poly, 2008.

险的，但仍然必须选择应聘，因为在民工没有应聘之前是没有办法了解资方的策略选择的。民工这一不得不选择应聘的策略，资方自然也是心知肚明的。也就是说，资方掌握着策略选择的主动权，无论资方选择拖欠还是付清，民工都会选择应聘。博弈论一般的假设是，博弈方都是以自身利益最大化为目标的，即不考虑道德因素同时具有机会主义的倾向。在这样的原则下，资方选择拖欠，独自获得全部利润是符合资方利益的。

笔者认为，加强对用人单位和雇主的监管是当前最有效的方式。我们可能期待民工自身素质的提高使其产生维权意识，在面临可能遭遇的不平等情况时懂得保护自己。但是，正因为民工素质普遍低下，受教育水平低才决定大部分民工从事的是高强度的体力活动，他们无法用他们的智慧为自己谋生。所以，健全法律和行政制度才是根本解决拖欠民工工资问题的有效方式。

【参考文献】

[1] 黎建飞：《拖欠民工工资中的法律问题》，《法学杂志》2004 年 3 月
 [2] 丁社教：《对拖欠民工工资案例的动态博弈分析》，《上海经济研究》，2007 年第 9 期