

《劳动法》对海外劳工权益保护的检视与完善

◆盛钧保^{1,2}

(1.安徽省社会科学院法学研究所,安徽合肥 230601; 2.安徽省社会科学院区域现代化研究院,安徽合肥 230601)

【摘要】强化对外交流与合作,成为我国对外政策的关键词,因此,我国对外交流合作的机会越来越多,在国际沟通交流平台构建和发展中的价值不断体现出来,对外合作的业务量也因此得到了增加,海外劳务输出的规模也在这样的背景下出现了快速扩大的趋势。所以建立起一个法律关系清晰、职责划分明确的海外劳工法律保护体系,是保障海外劳工权利的发展方向。

【关键词】海外劳工;权益保护;对外劳务合作

近年来,我国劳动者在选择职业的时候,开始将国外就业平台作为重要选项,由此实现自身财富的不断积累,但是在参与实际对外劳务的过程中,因为其跨境性,还是存在风险的。在特定情况下,自身权益的保障可能难以实现。近年来,随着我国对外经济合作业务的不断开展,海外劳工合法权益遭受侵犯的事件时有发生,如何构建起完善的海外劳工权益法律保障制度,就成为目前亟须解决的难题。

一、我国现行海外劳工的法律保护体系

海外劳工劳动法律关系因其自身所包含的涉外因素,由此与国内劳动关系的特点有着明显的差异,属于一种特殊的劳动关系。因此,在构建海外劳工法律保护体系的时候,要遵循国内劳动关系与涉外劳动关系共同调整的双轨制路线。

《中华人民共和国劳动法》(以下简称《劳动法》)和《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称《劳动合同法》)作为我国调整劳动关系的基本法,其中《劳动合同法》在特别规定中以专节形式阐述了“劳务派遣”的相关规定。虽然海外用工在本质上属于劳务派遣,但是在构成要件以及劳动法的域外效力上仍存在争议。虽然有学者认为,当劳动者与涉外劳务派遣签订派遣合同并对外输出劳务的情况下,双方就已存在劳动关系,应当受我国劳动法领域的法律所调整,且《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第四十三条强调,劳动合同需要以劳动者工作地法律为基准,如果实际劳动者工作地难以进行界定,就需要将其纳入用人单位主营业地的法律范畴。对于劳务派遣而言,可以以劳务派遣地的法律作为基准。按照此条款规定,外派劳动者可以适用我国的法律,但该条款的法律描述较为概括,在实际操作中,海外劳工难以受到国内劳务派遣规则的保护。《中华人民共和国对外贸易法》中首次提及了“对外劳务合作”这一概念,但并未作出任何实质性的规定。

在上位法相关规定不够完善的情况下,行政法规就成了

保护海外劳工权益的重要依据。为真正规范对外合作,2012年国务院颁布了《对外劳务合作管理条例》(以下简称《条例》),这意味着我国开始关注对外劳务合作行为的管理和控制,将其纳入行政法规的范畴,是现阶段等级最高、影响最大的合规,对于实际对外劳务关系处理而言,是至关重要的。以保护劳务输出人员合法权益为基本诉求,对实际劳务合作经营主体的资格进行审查,确保依法签订对应的劳务合同,并且遵守相关的基本规章制度,确保劳务合作企业可以切实履行自身的义务。更为重要的是,将我国各个部门在此过程中的责任进行了界定,这对于强化涉外劳动者权益保护而言,是有力的保障。在《条例》公布之前,海外劳工权益的法律保护主要依靠商务部及相关部门制定的一系列规章与规范性文件,在《条例》公布后,部分部门规章与规范性文件相继废止,目前仍现行有效的规章有《外派劳务培训管理工作管理办法》《外派劳务人员出国手续办法》和《对外劳务合作风险处置备用金管理办法(试行)》。

二、我国海外劳工权益法律保护的现实问题

(一)对外劳务合作中法律关系的混乱

对外劳务合作在构成上与国内劳动派遣行为类似,从形式上看,存在劳务交易的双方:劳务派遣机构和劳动者,双方会结合实际劳务情况,签订对应的劳务合同,派遣机构需要依照合同的条款,给予劳务人员支付工资和满足对应的福利待遇,而劳动者需要依照合同履行自己的劳务义务。很明显实际的合同关系是针对劳务派遣机构和劳动者的,依靠劳动力给付实现两者关系的营造,是其显著的特点。其中涉及三方主体并存在两个连环合同:三方主体对应的是劳务派遣单位、劳务派遣人员和被派遣单位;二个连环合同指劳务派遣单位与被派遣单位间的劳务合作合同、劳务派遣单位和劳务派遣人员间的合同。但对外劳务合作相对于国内劳动派遣而言,其展现出自身的差异性,其集中体现在劳务派遣单位与劳务派遣人员之间的法律依据不同,由此营造出来

的法律关系格局也存在较大的差异性。《劳动合同法》在第五章第二节中明确了劳务派遣单位应与被派遣劳动者所签订的合同为劳动合同，两者在实际劳动法律关系中有着明显的差异性。在对外劳务关系格局中，《条例》明确提出，劳务合作企业和劳动者之间必须签订对应的服务合同，但是对于实际服务合同应该归结到哪种法律范畴，并没有进行说明，这无疑给对外劳务合作留下了操作空间。我国《劳动法》与《劳动合同法》及相关法律法规给予了劳动者在劳动关系中高度的法律支持，用人单位为维持劳动关系需要承担较高的法律责任，而《条例》中对法律关系的模糊界定，可能会造成对外劳务合作管理企业承担责任范围的争议。

（二）海外劳工工伤保障权的缺失

工伤保障是劳动者社会保障权的重要组成部分，但因为社会保障具有较强的属地属性，所以一直是涉外劳工权益保护的重点与难点，原因是社会保险费的分担规则不明确。《条例》中对于社会保险费用缴纳的问题进行了限定，提出要将其融入实际的涉外劳务合同条款中去，但是对于实际缴纳主体、实际缴纳的分配比例等，并没有明确下来，无形中放任了各方“意志自由”地约定工伤保险条款。而《中华人民共和国工伤保险条例》（以下简称《工伤保险条例》）第四十四条规定，外派职工参加当地工伤保险，依据前往国家或者地区的法律规定是否参保，决定其国内工伤保险关系是否中止。该条是对我国涉外劳工遭遇工伤事故处理问题的原则性规定，但具体我国外派劳工是否可以依据国内工伤保险条例处理工伤问题还需具体情况具体分析。假设外派劳工与劳务合作企业之间签署了对应的合同，此时就认定两者之间存在劳动关系，并且属于固定类型的，直接依据《工伤保险条例》第四十四条规定确定法律主体的适用。但是如果外派劳工与对外劳务合作企业在创造实际关系的时候，是以服务合同为基准的，不管适用于哪个地区或者国家的法律，国内对外劳务合作企业，并没有必要去为其缴纳工伤保险；派遣劳动不能融入工伤保险范畴，也没有与对应的企业建立正式的劳动关系，就不能依照《工伤保险条例》的相关规定来进行管理，一旦出现实际的工伤，实际的申报和赔偿都成为难题。

（三）有关部门的职能错位

现阶段，我国针对海外劳工的监督管理涉及多个行政部门，包括商务、外交、公安、人力资源社会保障、交通运输、住房城乡建设、渔业、工商行政管理等部门。其中商务部门是主要的监督机构，负责全省的对外劳务合作监督管理工作，其他部门则在各自的职责范围内负责相关事宜，各涉外劳务部门各司其职、协同管理。这种多头管理体制使得各部门在行使自身职责时，容易因部门利益的冲突而互相推诿责任或争相管理，造成管理工作秩序的混乱、效率低

下，最终导致海外劳工权益侵害事实发生后，有关职能部门的责任缺位、错位，损害了海外劳工的人身财产权益。

三、海外劳工权益法律保护的规则再塑

（一）构建海外劳工权益保护法律体系

总体来看，我国海外劳工权益保护的法律法规位阶较低，且法规与法规之间不成体系，彼此之间的衔接不是很强。再者，各个部门职权不同，实际的工作内容有所差异，再加上实际法规的界定不明确，难以形成稳定的合规体系，这些都给予了我国海外劳工权益的有效保护，造成了较大的不良影响。

从我国立法实践的角度来看，地方性法规高度重视公民合法权益的保护，并且将其作为区域稳定协调发展的重要举措。制定地方海外劳工权益保护法律规范，推动地方涉外劳工权益保护立法工作的开展，不仅急切而且有必要。就地方有关部门而言，应结合实际情况，对于对外劳务合作业务的运行机制进行分析，并出台一系列地方性的规章制度，由此进一步发挥其地方配套性作用，如制定《〈对外劳务合作管理条例〉实施办法》等地方性法规。地方立法时应当注重以下几个方面的内容。

第一，应当在立法的同时，还需协调处理好与《劳动法》《社会保险法》和《条例》等上位法中强制性规范、国际相关劳工标准规范等之间的关系，确保能够找到有效的融合点，保证我国劳动法律法规能为海外劳动者权益的保护提供依据，与国际先进的劳工权益保护实现衔接，使地方立法立足于国际视野，体现海外劳工权益保护立法的前瞻性。第二，要明确指出地方有关部门海外劳工权益保护立法的宗旨、目的、任务和基本原则等，引导法律制度朝着精细化的方向发展。比如，要明确地方有关部门在此环节中的作用，界定海外劳工社会保障任务，引导海外劳务中介机构管理机制的构建，健全备用金制度，地方有关部门应急预警机制等，使得实际的权益保护有着健全的配套制度作为支撑。进而明确涉外就业主体之间的劳动法律关系，完善地方海外劳工权益法律制度，将地方立法作为我省处理涉外劳工权益保护问题的依据，为我省切实解决海外劳工权益保护问题提供法律上的支持。

（二）厘清对外劳务合作法律关系

本文认为对于外派劳务合同应当区分对待。在具体实践操作中，许多涉外项目单位，尤其是建设工程类项目单位，由于员工流动性较大，往往难以采用由公司与劳动者直接签订劳动合同并派往国外的形式，而是更倾向于由对外劳务合作企业组织招收劳务人员并派遣至公司海外项目，继而进入实际劳动中去。对于这种情况，可以参照《对外劳务合作管理条例》规定的形式要件，从本质上看仍属于国内劳务派遣，并不能因为劳动发生地的变更而改变国内公司受到

《中华人民共和国劳动法》约束的事实，国内公司只是出于成本的考量而采取国外派遣劳务的形式。因此，对于由对外劳务合作企业向海外中国公司提供劳务时所签订的外派劳务合同的法律属性，应当属于劳动法律关系。对于由对外劳务合作企业向国外企业提供劳务时所签订的外派劳务合同，其法律属性才应当归属于劳务合同范畴。在《对外劳务合作管理条例》等上位法尚未明确划分此类问题的情况下，我国可以在立法中对此类问题予以明确，给予海外劳工权利保护以足够的法律支持和权益救济的渠道。

（三）明确各部门的职权

本着“劳动非商品”等价值理念，劳务人员作为重要的行为主体，其在实际对外劳务格局中，就不能将其看作普通的对外贸易来对待，其更应关注劳动者权利保护、侧重于人身权利而非仅仅强调商业经济利益。再者，对于劳务人员的境外劳务纠纷的处理机制的构建，应该成为焦点，确保在工资问题上、工时问题上、社会保险问题上，都能够找到有效的规范去管理。此外，海外劳工权益保障问题涉及多方利益，贯穿出国准备、境外就业和回国安置等各环节，因此，要想真正做好海外劳工权益保障工作，要进一步明确地方各部门间事权责任划分。因此，建议将商务部门的对外劳务合作主管职能转移给人力与社会资源部，以期更好地发挥部门优势，并在部门之下设专门机构，集中行使外交、公安、教育等部门涉及海外劳工的部分职能，由“分权”走向“专权”，实现管理职能的统一。地方有关部门在结合本地区对外劳务输出规模的基础上，建立本级海外就业服务与管理部，统一管理对外劳务合作业务，集中行使海外劳工保

护职能，切实保障当地走出去的劳务人员的合法权益。同时，为使该机构可以更好地统筹地方劳工市场，充分调动地方资源，发挥协同部门的作用，动员社会力量，兼顾对外劳务合作各方利益，应重点开展下列工作：搭建就业信息平台、开拓海外就业市场，向有意愿出国的劳工输送就业信息并负责办理对外劳务输出业务，简化手续、注重效率；保护海外劳工权益，包括负责出国前的劳工技能教育培训工作、细化劳工境外就业的人身财产权利保护措施及侵权事件发生后的救济途径和完善回国后的再就业保障机制；实施海外劳工社会保障、福利援助计划。

参考文献：

- [1]孙国平.我国海外劳工法律保护之检视[J].时代法学,2013,11(02):57-68.
- [2]单海玲.我国涉外劳动法律规范的弊端与矫正[J].法学,2012(04):95-106.
- [3]谢勇才,丁建定.印度海外劳工社会保障权益国际协调的实践与启示[J].中国人口科学,2018(01):107-119,128.

基金项目：

安徽省社会科学院青年课题项目,项目名称:安徽省特殊工时制度的优化路径研究,项目编号:QK202305。

作者简介：

盛钧侯(1991-),男,汉族,安徽宿州人,博士,助理研究员,研究方向:财税法学。