

外派员工损害赔偿问题研究

张琨

(南京审计学院法学院, 江苏南京, 211815)

摘要: 由于外派员工制度的结构较为复杂, 涉及到多方主体利益, 基于多个合同关系才能实施, 因此, 在员工和企业(单位)、企业(单位)与企业(单位)之间就损害赔偿如何承担的纠纷屡见不鲜。责任主体难以确定, 责任承担方式无法落实, 这都与外派员工制度本身的复杂性和多元性有直接关系。正确掌握外派员工制度需要从其多重合同关系入手, 解决其中的法律纠纷则需要根据发生争议的双方当事人, 确定具体的合同性质, 选择恰当的法律规范。

关键词: 外派员工; 法律关系; 损害赔偿; 权益保护; 法律规范

中图分类号: D912.5

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2014)05-0145-05

在打开国际市场的进程中, 劳务外派是一种重要的方式, 截至2012年底, 我国累计派出劳务人员639万人^[1]。但由于开展劳务合作的时间较晚, 外派员工制度的发展尚未完善, 因此, 对于大多数企业(单位)而言, 外派过程中涉及到的问题是人力资源管理中面临的新课题。而随着外派人员数量的逐渐增多, 劳动争议案件的数量也呈上升趋势, 其中绝大部分争议都是围绕着派出人员财产权或人身权遭受的损害。如何妥善处理这些损害赔偿问题, 不仅对企业(单位)日后的发展具有十分重要的意义, 同时也可完善外派员工方面的法律规定提供相应的实证资料。

一、问题的提出

案例: A公司与B公司签订了一份《派遣合同》, 由A公司(乙方)派遣员工C至B公司(甲方)工作。合同的第七条约定: 外派员工在派至甲方工作。期间发生患职业病、工伤、因工死亡等情况的, 由甲方全额承担法定社会保险支付以外用人单位应付的费用, 并通过乙方支付给外派员工或其法定继承人。依照合同的约定, A公司挑选了符合资格的C派出至B公司提供劳动服务, 并与C签订了劳务合同。在外派工作期间, C的权益受到了损害, 与B公司之间产生争议。在向B公司要求赔偿未果的情况下, A公司为C支付了一定数额的经济补偿金。就该经济补偿的性质和支

付主体, A公司与B公司发生争议。A认为C属于外派员工, 在这个期间员工的损害赔偿应当由用工单位B承担, A的支出行为仅仅是垫付, B公司有义务返还。然而B公司则认为C与A是雇佣关系, 雇员在被雇佣期间受到的损失, 应当由雇主承担赔偿责任。因此, A支付补偿费用的行为并不是垫付, 而是合法有据的。

审理法院认为: 民事行为首先应当遵循诚实信用的原则。当A公司与B公司之间的《派遣合同》签订后, 双方就应当按照约定的内容, 行使权利并履行义务。由于A公司与B公司均确认《派遣合同》并未对此作出明确的约定, 故应当根据《派遣合同》约定的内容、履行的情况以及合同关系中当事人的权利义务, 按照法律规定的公平原则, 对于A公司已向外派人员支付的经济补偿金, 本院酌定由双方各半分担。^①

二、外派员工损害赔偿问题分析

上述案例反映了我国司法实践中, 在外派员工与单位之间最常见的一类纠纷, 即如何确定损害赔偿主体责任的问题。之所以难以确定责任承担主体和承担方式, 一方面是因为派出方、用工方对合同内容解释不一致, 而相互推诿赔偿责任; 另一方面是因为外派行为本身尚未完全成熟, 在一些派出行为中, 并没有详细规范的合同对派出方、外派人员与用工方的权利

收稿日期: 2013-10-14; 修回日期: 2014-02-27

基金项目: 2012年上海地方高校大文科学术新人培育计划项目资助(HZ-B2012018)

作者简介: 张琨(1987-), 女, 山西运城人, 南京审计学院讲师, 华东政法大学2011级民商法博士研究生, 主要研究方向: 财产法, 不动产法

义务进行明确约定。在这种情况下,如何判定是否已经构成了事实上的外派,就成为确定责任承担主体的关键因素。下文将对损害赔偿问题的发生原因、法律关系、解决方式等方面进行综合分析,进而对案例进行评述。

(一) 引发损害赔偿问题的缘由

在外派员工制度中,之所以损害赔偿问题成为一个“顽疾”,主要有四方面原因。

首先,法律规定的缺位是引发该问题的根本原因。随着我国外派人员的逐渐增多,劳动争议案件的数量也逐渐上升。但是相关的法律制度却没有及时更新和完善。目前,调整劳动者与用工方之间关系的法律主要是《劳动法》与《劳动合同法》。依据《劳动合同法》中对于劳动合同的分类^①,外派人员应当属于与单位订立了无固定期限劳动合同的正式员工。这部分员工可以说是从管理层到技术层支撑着一个企业的中坚力量,大部分是属于上文中提到的高学历、高职称、有经验的人才^②。依照该种逻辑,外派人员并不与用人单位相分离,而是本单位为了业务拓展和人员培训方面的需求而进行的海外市场派驻。外派人员在海外从事工作的部门往往是本单位的分支机构或驻外部门,实质上不与本部脱离劳动法律关系。用人单位使用外派员工更多的是从企业发展的整体战略出发,而进行的人员流动配置,是从企业人力资源角度来考虑的。然而,实践中大量外派行为都不属于这种情形。如果仅将外派人员及外派目的限制在这个范围内,那法律的规定无疑与实际情况相分离,不利于解决实践中存在的问题。目前法律中仅对“劳务派遣”有所规定但对外派行为规定存在空缺,使得现有法律规定在外派员工问题的解决上显得力不从心。另外,除了《劳动法》与《劳动合同法》之外,《公司法》以及与企业相关的法律中,都没有涉及外派员工制度的法律规定。因此,从法律依据的角度而言,目前我国相关法律在这一部分是缺位的,使用现有法律规定不能妥善地解决这一问题。

其次,外派合同中的规定缺乏可操作性,法律关系复杂是造成损害难以追偿的直接原因。外派劳务合作合同是外派劳务企业与境外雇主建立劳务合作关系的根本,也是解决争议的直接依据。但在实践中,不论在用工单位与派出人员之间、派出单位与用工单位之间、派出单位与派出人员之间都会忽视对损害赔偿问题的约定,即便有约定,往往也是原则性、概括性的。例如,在合同中经常对于保险的种类、损害赔偿数额和纠纷解决适用的法律约定不明。在这种情况下,不仅给外派人员发生工伤事故后的处理带来极大困难,

且常常成为境外雇主与外派劳务企业互相推诿责任、逃避赔偿的借口,严重损害了我国外派劳务人员的权益。同时,外派行为涉及的合同关系较为复杂,对于外派合同的性质究竟如何认定,至今没有达成共识。目前,学术界对于外派合同的法律属性主要有以下五种观点:① 雇佣合同^③;② 普通劳务合同^④;③ 行政合同^⑤;④ 居间合同^⑥;⑤ 应当单独归为一类特殊的合同关系^⑦。由于合同性质认定上的不一致,直接影响到法律规则的适用。

再次,在外派过程中,各方主体地位的差异是致使损害赔偿难以赔付的现实原因。劳工关注自身的劳动报酬是否能够得到合理分配,劳动权益能够得到充分保障;而雇主最希望的是通过合理的管理来降低生产成本,获得更大的经济效益和利润,实现企业更长远的发展^⑧。从派出单位的角度来说,尽管跨国(区)之间的劳务合作日渐频繁,但是我国许多单位(企业)对于开拓海外市场的经验并不够丰富。因此,对于派出员工的工资酬劳、后勤保障等问题考虑不到位。实践中外派劳务企业出于自身经济利益考虑,担心会失去客户,因此,对境外雇主侵害外派劳务人员的行为采取默认或纵容的态度,怠于行使管理职责,使派出人员的权益无法得到及时的维护。从外派人员的角度而言,被派出之后面临着全新的工作环境,较大的社会文化差异,使得部分员工由于收入上的不稳定,带来心理上的波动。加之国内对员工的保障机制本身不够完善,外派员工为企业在境外(域外)市场完成工作期间,会面临一些本土员工无法体会到的困难,因此,当他们权益遭受损害时,往往很难通过一己之力获得应有的赔偿。站在用工单位的角度来说,境外雇主本身处在优势地位,很多情况下,由于信息的不对称和对利益的追逐,派出方可能在未充分了解境外雇主资信的情况下,与其盲目签约,用工方常常利用法律规定以及合同约定的漏洞来逃避责任,而不按照法律和惯例为派出人员配备必要的保障措施。在损害发生时,派出单位(企业)和用工单位(企业)互相推诿责任,任何一方都不愿意承担其对员工的义务。

最后,外派行为的涉外性是损害赔偿难以认定的必要因素。外派行为是经济全球化下与资本全球流动相对应的劳工全球流动^⑨。派出方与用工方往往营业地不同(地区),各国对于劳动人员保护和损害认定的标准不一致^⑩,加之我国法律规定本身不健全,在损害发生后,往往认定难、处理时间长、处理结果的合理合法性也令人质疑。由于目前各国并没有针对外派人员的相关条约或协议,因此,这也为损害赔偿的实现增设了一大障碍。

综上所述,在引起损害赔偿问题的四个因素中,缺乏具有约束力的合同是直接原因。也正是因为没有行之有效的合同,才使得当事人在法律关系上处于不平等地位,派出单位、用工单位才能有机会相互推诿责任或不按照合同规定行事。因此,理清外派行为中包含的多重合同关系以及每一组当事人之间合同的性质,可以作为确定责任承担主体和方式的突破口。

(二) 外派行为中的合同关系

我国的外派合作主要包括两种方式:一种是单纯的外派劳务,另外一种是通过国际工程承包输出劳务。本文所指的外派行为主要是第一种。即具有外派劳务经营权的企业,按照与境外雇主签订的外派劳务合作合同的规定,选派各类劳务人员去境外从事劳动和服务,获取劳动报酬的活动。也就是处在不同地理区域的单位(企业)之间,一方依照另一方提出的具体要求,选派相应劳动人员完成相关工作的劳务合作形式。^[9]其中至少涉及到外派企业、外派劳务人员、境外雇主等三个主体之间的权利义务关系。换言之,单纯的外派劳务行为中除了通常所谓直接涉及三方当事人权利义务关系的“外派协议”或“外派合同”之外,还有三对基础法律关系:第一,派出单位与外派人员之间的法律关系;第二,派出单位与用工单位之间的法律关系;第三,外派人员与用工单位之间的法律关系。这三对法律关系都是以实现劳务派出利用为最终目的,而在不同当事人之间订立的合同。理清这些合同的性质和当事人之间的权利义务关系,可以为确定损害赔偿责任承担主体和承担方式提供有利的依据。

首先,从外派行为的性质上看,在派出单位与外派人员之间,实际就是一种劳务利用方式,这两者之间并没有“劳务提供—劳务使用”的关系,派出单位就是普通的民事法律关系主体,并不享有任何行政管理的权能。因此,派出单位在选派劳务人员之时,一般就“外派”目的而签订的合同,应当属于劳务用工合同。但这里的使用方并非选拔人员的单位,而是另一主体。这种特殊的用工合同关系决定了派出单位与外派人员之间雇佣和使用相分离的特征,在学理上被称为真正利他合同。具体是指:当事人以合同约定(以外派劳务合同约定)、债务人(外派人员)向第三人(用工单位)为给付,其合同所生的债权直接属于第三人(用工单位)的合同。^[10]即被选中的劳务人员接受派出,并承诺在派出之后按照用工单位的要求完成相应的工作任务,接受用工单位的监督和指导,并最终从此处获得报酬。此时,派出单位通过“外派”行为将劳务人员的监督管理权限让渡给用工单位。

其次,派出单位和用工单位之间以选派劳务人员

为目的而订立的合同。从合同的性质来看,应当属于委托合同关系,即派出单位有义务按照合同的约定,为用工单位选派符合要求的劳务人员。而用工单位也应当及时接受选派的劳务人员,并维护其人身和财产的各项权益,最终支付相应的劳务报酬。从委托合同的效力来看,委托人应当承担支付报酬、支付费用等义务,但这些义务仅仅是针对委托合同履行期内而言,当劳务人员已被派送至用工单位,委托关系即告履行完毕。

最后,在外派人员与用工单位之间是一种“拟制的劳务合同关系”。一般而言,外派人员和用工单位不再签订合同。但从行为性质来看,用工单位是外派人员真正的雇主,外派人员应当按照用工单位的要求和指示,提供劳务完成任务,用工单位最终根据劳务提供的结果给付相应的报酬。这种合同关系,可以比照雇佣关系,即用工单位享有雇主的各项权利,也必须承担雇主的责任;外派人员作为雇员,也要履行自己的义务和责任。虽然形式上来看,用工单位与外派人员之间是不直接发生合同关系,也没有现实书面的合同,但是两者之间依据事实履行的行为已经构成了劳务之债,外派人员基于该债的关系,享有损害赔偿请求权、报酬支付请求权等。而用工单位也是凭借该“拟制的劳务之债关系”享有劳务给付请求权以及损害赔偿请求权。存在于外派人员和用工单位之间的这种“类似雇佣”关系具有鲜明的时间性和期限性特征。当该次以完成一定工作任务为目的的外派行为终结时,外派人员和用工单位的这种关系自动终止,至于能否将这种拟制的法律关系转换为真正的劳务雇佣关系,要取决于派出方、外派人员以及用工方三者的合意。因此,在一份“外派合同(协议)”中包含了派出方、派出人员、用工方两两之间的三重法律关系。

(三) 损害赔偿的解决

承前所述,由于外派员工中包含多重合同关系,因此,当发生损害时,并不适宜片面地认为用工方一定是责任的承担者,而应当从损害的性质、因素、是否存在免责事由等方面综合考量,确定损害的原因,再适用相应的解决方式。

首先,就争议处理的途径而言。目前常用的争议解决方式有四种,即诉讼、仲裁、调解、协商。由于外派行为涉及到营业地不在同一国家(地区)的两个企业,因此在适用各种解决方式(特别是仲裁和诉讼)的过程中,应当特别关注域外法律或相关条约是否能够被采纳的问题。尽管仲裁和诉讼具有强制力的保证,但是由于其程序较为严格、费用较高,解决争议的时间较长,并且常常会涉及本国利益保护问题或外国法院判决的承认和执行等问题,因此,在解决外派人员

损害赔偿问题时,一般更倾向于采用协调或调解的方式。在当事人平等自愿的基础上达成协议,减少当事人之间的诉讼对抗,降低成本,以期用最小的成本从最大程度上保护外派劳务人员的合法权益。

其次,就具体解决方式而言。损害既有可能因违约所致,也有可能是基于侵权而发生。因侵权行为所致的损害,就依据《侵权责任法》的相关法理,由加害实施人承担相应的赔偿责任。在此可能存在三种情形:第一,如果加害发生在派出之前、派出过程中或由于派出方因素导致劳务人员在工作期间受到损害,都应当由派出方承担相应的赔偿责任;第二,如果加害发生在派出人员工作期间或因用工方行为导致劳务人员受损,应当由用工方承担赔偿责任;第三,如果损害是因外派人员自身原因所致,或在完成工作期间,由外派人员故意或重大过失受损,单位均应当免责。

因违约引起的损害,实际上是指一方当事人违反了法定或合同所定的义务,导致另一方受到损害。这里所谓的“义务”实际上就是对派出人员权利提供的保障,也是避免损害或弥补损害的方式。具体而言,对于派出方和用工方而言,合同的“义务”主要可以概括为两个方面:一是“保险义务”;二是“告知义务”。

“保险义务”是指派出方或用工方应当为外派人员购买相关的保险,以保证其人身和财产的安全性。实际上,通过购买保险的行为,派出方或用工方就将部分或全部赔偿责任转移至保险公司,提高对劳务人员的保障。当发生损害时,被保险人的赔偿请求权能更加及时有效地履行。如果派出方或用工方没有购买相关保险,从一定程度上已经构成了违约,只是这种违约的后果可能要等到损害发生时才能够得以体现。因此,在这种情况下,如果外派人员的权利因用工方或派出方自身义务履行不完全而延迟或不能得到保障,单位必然要承担相应的责任。其次,这里的“告知义务”是指不论派出方还是用工方基于各自与劳务人员的合同,需要对外派人员告知相关事实。就派出方而言,应当如实告知外派人员工作的地点、期限、内容、条件等基本情况,并且需要征求外派人员是否愿意接受工作的意见。就用工方而言,应当为外派人员提供工作需要的环境、资料、设备等,并且要履行相应的告知义务,以核实外派人员从派出方获得信息的正确性和完整性。在此,特别强调派出方与用工方的“双告知”义务,是因为外派与普通的劳务派遣有所不同,它的涉外性扩大了信息之间的不对称性。因此,为了有效地保障劳务人员的相关权益,派出方和用工方都应当承担“如实告知”的义务。如果派出方和用工方均违反了上述两项基本的合同义务,当派出人员受到

损害时,两者应当承担连带责任;如果一方违反了合同义务,导致派出人员利益受到损害,应当承担赔偿责任,另一方依其过错承担补充责任。

三、案例回评

针对上述案例而言,派出单位 A(后简称 A)和用工单位 B(后简称 B)均承担两项基本义务,即“保险义务”和“告知义务”。从案例事实得出,A已经为派出人员 C(后简称 C)购买了保险,并在 C 外出工作期间持续支付保险费用。而依照 A 与 B 之间的约定,B 应当承担 C 在工作期间除了保险之外的一切开支。而 C 所受到的损害发生在完成外派工作期间,在这个过程中,尽管 B 认为合同本身对损害赔偿方式的承担约定不明,所以不应由其承担责任,但事实上 B 既没有为 C 购买相关的保险,也无法举证 C 所受到的损害与工作无关。而 A 在 C 为 B 工作期间,依然履行自己的义务,为 C 支付保险费用,A 并没有事实上的违约行为。C 的损害发生在完成外派工作期间,且 B 没有履行相应的义务,依照前文的分析可知,A 这里支付赔偿费用应当构成垫付,这笔费用可以向 B 追偿。法院基于合同约定不明而做出双方分担的判决,在此并不完全妥当。

由此案例可以看出,合同中如果对于责任承担方式和范围有所约定,那么应当依照约定的方式处理。然而,如果在约定不明或没有约定的情况下,并不能出于政策衡量的角度考虑,按照公平责任,由派出方和用工方分担损害赔偿。而应当分析派出方或用工方是否存在侵权事实或违约行为作为承担责任的依据。就派出方的行为而言,如果其完成了外派行为,并且继续履行支付保险费用的义务,在没有相反证据的情况下,并不应当承担完成工作期间外派人员所受的损害责任。反之,就用工方而言,对于外派人员发生在用工期间的损害除非能够举证损害是因人员自身或第三人造成,或用工方没有任何违约事由之外,其应当承担损害责任。公平责任作为一项具有兜底性质的责任承担方式,只有在派出方和用工方均没有违约事实和过错的前提下,才能考虑适用该项标准。

四、结语

经济全球化的发展越来越迅速,国际(区际)之间的劳务贸易合作也愈发频繁,国内单位(企业)及员工

走出国门面对境外(域外)单位(企业)的趋势是不能回避的。我国单位(企业)的外派员工要想更好地在海外市场开拓新的天地,完成外派任务,为本国单位(企业)走出国门立足世界服务,不仅要靠自身的努力,提高自身业务素质和职业技能,更需要法律法规等相关配套政策的完善。对于外派人员权益的保护是当下应关注的重要问题,从外派行为的多重合同关系入手,在对每组关系进行梳理的基础上,对派出方和用工方的行为进行考量,判断是否存在违约或侵权的事实,以此为前提,依照相关法律法规规则,妥善解决外派员工损害赔偿问题。

注释:

- ① 《A公司与B公司》,(2011)沪一中民四(商)终字第1742号,北大法意网案例库。
- ② 《中华人民共和国劳动合同法》第十二条:劳动合同分为固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同和以完成一定工作任务为期限的劳动合同。
- ③ 1995年,原劳动部副部长赵雅芝同志就已《认真贯彻劳动法,依法维护外派劳务人员的合法权益》为题发表讲话,并指出外派企业应当按照《劳动法》的规定,与外派劳务人员签订劳动合同,二者之间因合同关系发生的争议应由劳动法的相关规定调整。
- ④ 以最高人民法院1990年10月9日作出的《关于劳务输出合同的担保纠纷人民法院应否受理问题的复函》为代表,认为外派企业与外派劳务人员之间不存在民法和合同法意义上的合同

关系,而是外派企业为达到依其享有的行政职权对外派劳务人员进行管理的目的而与外派人员订立的行政性质的合同。

参考文献:

- [1] 乔慧娟,田晓云.论我国外派劳务人员工伤损害赔偿的法律困境及解决[J].中国劳动关系学院学报,2014(1):22.
- [2] 王建华,慧莉.美加外派员工的劳动保障管理[J].中国社会保障,2004(7):20-21.
- [3] 郑津津.派遣劳动之法律关系与相关法律问题之研究[J].中正大学法学集刊,1999(7):245.
- [4] 马俊驹,余延满.民法原论[M].北京:法律出版社,2005.
- [5] 张国华.涉外劳动关系的法律调整——以我国外派劳务人员的权利保护为视角[J].杭州师范学院学报,2007(4):102-107.
- [6] 朱海龙.论美国劳动关系三方协调法律机制及其对中国的启示[J].政治与法律,2014(2):145.
- [7] 常凯.论海外派遣劳动者保护立法[J].中国劳动关系学院学报,2011(1):40.
- [8] [德]沃尔夫冈·多依普勒,王倩.金融危机中避免失业减少裁员之策——德国的对策[J].中国劳动关系学院学报,2009(3):61-66.
- [9] 东方法治文化研究中心等组.劳务派遣[M].上海:上海人民出版社,2008.
- [10] 蒋顺华.我国外派劳务人员权益保护法律问题研究[D].长沙:湖南大学,2004:10.

On compensation for damage in dispatched employees

ZHANG Cheng

(Law School, Nanjing Audit University, Nanjing 211815, China)

Abstract: The structure of dispatched employees system is very complicated, which is related to multiple parties, based on different contracts relationship. So, a lot of disputes between employees and enterprise are found. To correctly grasp this system must start from the multiple contracts, according to the disputes parties to determine the character of the contract and select the appropriate law form so as to resolve the legal disputes.

Key Words: dispatched employees; legal nexus; compensation for damage; the interests protection; legal regulation

[编辑: 苏慧]