

国际劳务关系 法律适用问题研究

詹朋朋 著

晨读

复旦法学博士文丛

復旦大學

国际劳务关系 法律适用问题研究

詹册朋 著

复旦法学博士文丛

 法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国际劳务关系法律适用问题研究 / 詹朋朋著. —北京: 法律出版社, 2011
(复旦法学博士文丛)
ISBN 978-7-5118-1654-2

I. ①国… II. ①詹… III. ①国际法: 劳动法—法律适用—研究 IV. ①D998.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 260786 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/易明群	装帧设计/乔智炜
出版/法律出版社	编辑统筹/学术·对外出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/永恒印刷有限公司	责任印制/吕亚莉
开本/A5	印张/7.5 字数/191 千
版本/2011 年 1 月第 1 版	印次/2011 年 1 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939796
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782	西安分公司/029-85388843
重庆公司/023-65382816/2908	
上海公司/021-62071010/1636	北京分公司/010-62534456
深圳公司/0755-83072995	
书号:ISBN 978-7-5118-1654-2	定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

“复旦法学博士文丛”编辑委员会

(编委按姓氏拼音排序)

主 任:季立刚

编 委:	陈浩然	陈治东	董茂云	段 匡
	郭 建	胡鸿高	季立刚	潘伟杰
	孙南申	王全弟	谢佑平	杨心宇
	张乃根	章武生		

序

国际劳务作为国际经济活动的三大要素之一,其重要性受到各国日益关注。詹朋朋博士以国际劳务关系的法律适用作为国际私法领域中的一个特殊问题加以研究,其选题具有一定创新性,其研究成果亦具重要理论与实践意义。

国际劳务一般体现为劳动力的跨境流动,在性质上属于服务贸易。在该专著中,作者以 WTO 体系下《服务贸易总协定》中所规范的“自然人流动”为背景,以中国近年来对外劳务输出、外商投资劳动关系以及外国人来华就业的现状为出发点,就解决我国日益增多的涉外劳务纠纷问题,并针对各种国际劳务关系中各类纠纷所涉及的法律冲突,分析与论述了国际劳务关系与纠纷中的法律适用的作用与规则。

国际劳务关系涉及不同国家和地区的民事、劳动法律制度中的不同法律规定,包括劳务合同的效力、劳务人员待遇、国际劳务关系各方的权利与义务等方面。在处理此类国际劳务关系过程中,适用

不同的法律规定往往会导致不同的处理结果,这就是国际劳务关系的法律冲突问题。因此,通过法律选择的方法确定准据法,是解决国际劳务关系法律冲突的主要方法。

作者认为国际劳务关系主要涉及外派合作、工程承包、海外派遣三大类型,国际劳动合同关系只是国际劳务关系中的一部分。该专著在区分不同劳务法律关系基础上,进行法律适用问题的分析,其研究角度与观点具有一定创新性,并反映了国际劳务关系的多重复杂性,其中的法律问题亦涉及公法与私法两个领域。分析这些复杂的国际劳务关系的法律适用,需要首先辨别其中的不同法律关系,然后针对各个法律关系确定其法律适用规则。

在上述论述的基础上,作者在专著中提出具有独立见解的以下观点:

1. 当事人意思自治原则作为国际私法的首要原则,在国际劳务关系准据法的确定中发挥着重要作用,但因事关雇员切身利益,当事人意思自治原则在各国立法上均受到一定的限制,即不得排除雇员本应受到的强制性保护,国际劳务关系中的当事人如就涉及雇员利益事项选择法律的,也不能排除雇员应受到的强制性规范的保护。

2. 根据当事人意思自治原则和最密切联系原则的指引,首先考虑当事人的主观意图,其次也重视合同的客观连接点,确定有关合同适用的准据法,并以此作为确定各方当事人的权利和义务的依据。此外,国际劳务条约和国际劳务惯例是国际社会长期实践中形成的被广泛认可的基本规则,也应在处理国际劳务争议和确定当事人权利义务时得到重视。

3. 有关雇员特别保护制度具有强制性规范的公法性质,在国际劳务关系法律适用中应作为重要考虑因素。不应被当事人排除的国内强制性规范,应不限于惯常工作地法与法院地法中的强制性规范,还应包括其他与案件有“充分联系”国法律中的强制性规范。

4. 外派合作劳务关系的三方当事人关系复杂,三者之间存在三份性质不同的合同,三份合同的准据法之间存在一定关联,其中劳务人员与境外雇主的劳动关系占据核心的地位。在确定准据法时,不能排除

有“充分联系”的国家对雇员的强制性保护,并应适用最有利于雇员的法律中的强制性规范。

5. 国际工程承包劳务关系中三方当事人的关系相对比较独立,发包人与劳务人员间通常没有合同关系,但承包关系与劳动关系存在一定关联,有关准据法的确定也会受到劳动关系特殊规则的影响。在确定劳动关系的最密切联系原则时,应对当事人共同本国法及其他连结点给予充分的重视。

6. 海外派遣劳务关系实践中,派遣人员可能与母公司形成劳动关系,也可能与子公司形成劳动关系,需要对此加以辨明。在确定派遣人员与母公司或子公司的关系时,需要根据对派遣人员的实际控制因素进行判断。但在派遣员工与母公司形成劳动关系时,员工与子公司并没有直接的合同义务,此时关于劳动关系的争议只能通过母公司解决。

该专著结构安排完整合理,内容涉及国际劳务关系的基本理论、争议管辖权、法律适用一般原则,以及不同类型国际劳务关系的法律适用规则,全书研究内容的思路清晰、论述充分、表述清楚,具有较高专业理论水平,同时结合中国劳动合同法的实施,阐述了有关劳务纠纷处理的法律适用问题,并对完善中国涉外劳务关系法律适用的规则提出有益的观点与建议。

作者詹朋朋博士是一位具有良好科研素质与发展潜力的青年学者,他在复旦大学攻读法学博士学位的三年中,努力学习、潜心钻研,按时完成了博士学业与论文。该专著系在其博士论文基础上修改而成。作为他的博士论文导师,看到该研究成果得以付梓,甚感欣慰,并借此机会将这本专著推荐给从事涉外劳动法、国际劳务合作、国际私法学习与研究的学生、学者和相关实务界人士。

孙南申

(复旦大学法学院院长、博士后流动站站长)

2010年10月6日

目 录

序/孙南申

导论 /1

第一章 国际劳务关系法律适用的基本理论问题 /12

第一节 国际劳务关系概述 /12

一、相关概念的辨析:服务关系、劳务关系、雇佣关系、
劳动关系 /12

二、国际劳务关系的概念 /17

三、国际劳务关系的类型 /23

四、国际劳务关系的现状 /29

第二节 国际劳务关系的法律渊源 /31

一、国内立法 /31

二、国际条约 /34

三、国际惯例 /38

第三节 国际劳务关系的法律适用 /40

一、国际劳务关系法律冲突 /40

2 国际劳务关系法律适用问题研究

二、国际劳务关系法律适用的作用 /44

三、国际劳务关系法律适用的特点 /46

第四节 国际劳务争议管辖权 /47

一、管辖权问题在国际劳务关系法律适用中的地位 /47

二、国际劳务争议管辖机构 /49

三、国际劳务诉讼管辖权的确定 /51

四、仲裁和准司法机构的管辖权 /53

第二章 国际劳务关系法律适用的一般原则 /57

第一节 当事人意思自治原则的运用 /58

一、当事人意思自治原则在国际劳务关系法律适用中的运用 /58

二、默示选择:心理学角度的探讨 /64

三、我国涉外劳务关系中当事人意思自治原则的运用及完善 /67

第二节 最密切联系原则的适用 /74

一、最密切联系原则在国际劳务关系法律适用中的运用 /74

二、“惯常工作地”的确定:心理学角度的探讨 /80

三、我国涉外劳务关系中最密切联系原则的运用及完善 /83

第三节 国际劳务条约和惯例的适用 /86

一、国际劳务条约的适用 /86

二、国际劳务惯例的适用 /92

第四节 雇员特别保护制度 /95

一、强制性规范(mandatory rules)的适用 /96

二、最有利雇员原则的适用 /103

第三章 国际外派合作劳务关系的法律适用 /106

第一节 国际外派合作劳务法律关系 /106

一、外派企业与境外雇主的法律关系 /108

二、劳务人员与外派企业的法律关系 /112

三、劳务人员与境外雇主的法律关系 /117

第二节 外派合作劳务法律冲突 /119

一、外派合作劳务合同效力的法律冲突 /119

二、外派合作劳务担保效力的法律冲突 /120

第三节 外派合作劳务法律适用 /121

一、外派企业与境外雇主之间关系的法律适用 /122

二、劳务人员与外派企业之间关系的法律适用 /125

三、劳务人员与境外雇主之间关系的法律适用 /128

四、三种关系法律适用相互之间的联系 /134

五、我国外派合作劳务法律适用中的问题及完善 /140

第四章 国际工程承包劳务关系的法律适用 /146

第一节 国际工程承包劳务法律关系 /146

一、国际工程承包与国际工程承包劳务 /146

二、承包人与发包人的法律关系 /149

三、劳务人员与承包人的法律关系 /151

四、劳务人员与发包人的法律关系 /153

第二节 国际工程承包劳务法律冲突 /156

一、人身损害赔偿的法律冲突 /156

二、国际工程承包保函的法律冲突 /157

三、国际工程承包劳务合同效力的法律冲突 /159

四、国际工程承包劳务工资水平的法律冲突 /160

第三节 国际工程承包劳务法律适用 /161

一、发包人与承包人之间关系的法律适用 /161

二、承包人与劳务人员之间关系的法律适用 /162

三、劳务人员与发包人之间关系的法律适用 /169

四、我国涉外工程承包劳务法律适用中的问题及完善 /171

第五章 跨国公司海外派遣劳务关系的法律适用 /175

第一节 跨国公司与海外派遣 /175

一、海外派遣是跨国公司国际化经营的重要手段 /175

二、海外派遣人员的来源 /178

4 国际劳务关系法律适用问题研究

第二节 海外派遣劳务法律关系 /179

一、劳动关系的确定是海外派遣劳务法律关系分析的首要问题 /179

二、海外派遣劳务法律关系的立法与实践 /182

三、母公司与子公司的法律关系 /186

四、派遣员工与母公司的法律关系 /188

五、派遣员工与子公司的法律关系 /190

第三节 海外派遣劳务法律冲突 /192

一、雇佣歧视的法律冲突 /192

二、海外派遣合同解除的法律冲突 /196

第四节 海外派遣劳务法律适用 /198

一、母公司与子公司之间关系的法律适用 /198

二、派遣员工与母公司之间关系的法律适用 /199

三、派遣员工与子公司之间关系的法律适用 /204

四、我国海外派遣劳务法律适用中的问题及完善 /207

结论 /212

参考文献 /218

后记 /227

导 论

一、问题的提出

劳务合作是当今国际经济关系的一根纽带,同时也是国际经济技术合作的一种主要形式。^[1] 国际劳务合作对输出国和输入国都具有重要影响。在服务贸易自由化的大背景下,国际劳务贸易得到了蓬勃发展,其主要原因是劳动力市场的不均衡导致劳动力的流动。我国 2006 年新派出各类劳务人员 34 万人,同比增加 6.6 万人;2006 年年末在外各类劳务人员达到 67 万人。^[2]

由于国际劳务纠纷中当事人的争议会涉及不同国家或地区的法律规定以及相关的国际条约和惯例,而各国和地区的法律规定在国际劳务合同效力、合同解除、工资水平等诸多方面存在着较大差

[1] 张鹤盛:《国际劳务经济》,重庆大学出版社 1999 年版,第 8 页。

[2] <http://hzs.mofcom.gov.cn/aarticle/aa/x/200701/20070104278161.html>, 2007 年 9 月 13 日访问。

异,而国际劳务公约和惯例在工资、休假、反对歧视等方面也存在不同的规则,司法机构适用不同的法律作为准据法就极有可能作出不同的判决,从而形成法律冲突。因此,本书研究的中心问题就是应当如何辨明各种国际劳务关系从而正确地适用法律来处理客观存在的国际劳务关系法律冲突。

本书要研究的问题可以分为四个方面:

第一,在司法实践中,国际劳务关系法律冲突主要表现在哪些方面,涉及哪些法律渊源?如果适用不同的准据法,判决结果可能会有哪些差异?

第二,国际劳务关系法律适用应遵循怎样的一般原则?这些一般原则应该如何运用?

第三,不同的类型国际劳务关系的法律冲突是否存在不同?不同类型国际劳务关系法律适用规则是否存在不同?

第四,我国应如何完善国际劳务关系法律适用的相关制度?

二、研究思路

本书的写作从国际劳务关系的综合关系来考察其法律适用问题。前人的研究角度主要局限于对劳动关系法律适用问题的考察,而忽视了对国际劳务关系中的非劳动关系的分析。本书则力图结合实践中的情况,根据现实中国际劳务关系的现状,抓住各种类型的国际劳务关系的复杂特征,解决现实问题。前人的研究把国际劳务关系简单化为国际劳动合同关系,但实践中,个人谋职型国际劳务关系只是极少一部分。单纯从劳动合同关系的角度并不能解决大部分现实中的问题,如外派合作和工程承包在我国劳务输出中占有主要的份额,其中包含的问题远非劳动合同关系所能涵盖。因此,本书力求从全新的角度研究国际劳务关系。

国内外对国际劳务关系的研究非常少,尤其是关于法律适用的讨论。而有些学者的著作内容也仅涉及国际劳务关系的一部分,而没有涉及其他内容。另外,国内外学者关于国际劳务关系的公法方面的研

究也有不少,但私法方面的研究却极少。本书力图开辟一些前人没有涉及的领域,如国际劳务关系中的国际劳务合作合同、劳务派遣合同的法律适用以及它们和雇佣合同的适用关系。

本书提出一些可能较新的观点,例如,本书认为国际劳务关系的最密切联系地不限于劳务实施地;不同法律关系的法律适用既要区分,又应结合起来考虑;等等。

三、国内外主要研究状况

国内外仅有的关于国际劳务关系法律适用的著作大多把劳务关系和劳动关系混为一谈,如我国许多国际私法著作都把国际劳务合同的最密切联系地归纳为劳务实施地,而无视国际劳务关系中往往涉及多个法律关系,不仅有劳动关系,还有非劳动关系。国外关于国际劳务关系的研究主要是从国际人权法、国际劳工组织、国际服务贸易市场准入等公法角度展开,主要从人权法的角度讨论,且主要讨论实体问题。^{〔1〕}而有关国际劳工组织的国际劳工标准则有较多的论著。^{〔2〕}也有针对区域性组织的国际劳务关系进行研究的。^{〔3〕}

而从私法角度研究国际劳务关系的法律适用问题的论著则较少。在菲利斯·摩根斯特恩(Felice Morgenstern)撰写的一本书^{〔4〕}中,作者较详尽地讨论了劳动关系的法律冲突问题。不过,劳动关系只是国际劳务关系的一部分,国际劳务关系除了包括劳务人员与境外雇主的劳动关系外,还往往涉及劳务人员与中介机构或派遣机构的劳务服务关系、境外雇主与中介机构或派遣机构的劳务合作关系。这些关系往往

〔1〕 See Ryszard Cholewinski, *Migrant workers in international human rights law : their protection in countries of employment*, Oxford University Press, 1997.

〔2〕 See Robert J. Flanagan, William B. Gould IV. *International labor standards : globalization, trade, and public policy*, Stanford Law and Politics, 2003.

〔3〕 See Staples, Helen. *The legal status of third country nationals resident in the European Union*, Kluwer Law International, 1999.

〔4〕 See Felice Morgenstern, *International Conflicts of Labor Law (A Survey of the Law Applicable to the International Employment Relation)*, International Labor Office (1984).

交织在一起,在法律适用上存在一定的关联。实践中的国际劳务关系通常是通过某个机构有组织地输出和输入的。因此,该书未能从更高的角度来讨论国际劳务关系,并不能解决实践中的许多问题。另外,有若干论文谈到雇佣合同的法律冲突。^{〔1〕}

在论文方面,有的论文^{〔2〕}讨论了劳动法的域外适用问题,有的则讨论了外国劳务人员的国际劳动权。^{〔3〕}另外,也有不少讨论国际劳工组织和国际劳工标准的论文。

国内的研究较为少见。著作方面,姜爱丽的《我国外派劳务关系法律调整理论与实务》^{〔4〕}是我国到目前为止唯一的一本讨论国际劳务关系法律问题的著作,填补了一项空白。但该书仅从中国一国角度出发,对国际劳务关系的不同类型也没有作合理区分,而对管辖权、法律选择等国际私法问题根本没有涉及。

不少关于国际服务贸易的著作都提到国际劳务贸易,其中有些涉及国际劳务关系的法律问题。如陶凯元《国际服务贸易法律的多边化与中国对外服务贸易法制》^{〔5〕}讨论了劳务外派的法律关系。不过,该作者并没有进一步区分不同的国际劳务关系,也没有讨论法律适用问题。另外一些教科书都有专门章节讨论国际劳务合同,如丁伟的《国

〔1〕 See F. Gamillscheg, *Conflict of Laws in Employment Contracts and Industrial Relations*, in Blanpain, R., 1987, *Comparative Labour Law and Industrial Relations* (3rd Ed.), Kluwer Law and Taxation Publishers.

〔2〕 Felice Morgenstern and Blaise Knapp, *Multinational Enterprises and the Extraterritorial Application of Labor Law*, 27 *International Comparative & Law Quarterly* 769 (1978).

〔3〕 Michael Wishnie, *Immigrant Workers and the Domestic Enforcement of International Labor Rights*, 4 *U. PA. Journal of Labor and Employment Law* 529 (2001 - 2002).

〔4〕 姜爱丽:《我国外派劳务关系法律调整理论与实务》,北京大学出版社2004年版。

〔5〕 陶凯元:《国际服务贸易法律的多边化与中国对外服务贸易法制》,法律出版社2000年版。

际私法学》,^[1]吕国民、郑霞、郑远民的《国际私法(冲突法与实体法)》,^[2]张仲伯、赵相林的《国际私法学》^[3]等。

目前尚无专门讨论国际劳务关系的博硕士论文。在有些博硕士论文中涉及国际劳务关系。如专门讨论国际劳动合同关系的有武汉大学2006年博士论文《国际劳动合同的法律适用问题研究》,该论文是我国关于国际劳动合同法律适用研究的第一篇博士论文,预计将产生重大影响。该文全面地讨论了国际劳动合同的法律适用问题,对于强制性规范、公共政策、最有利雇员原则等都有细致的讨论。蒋顺华的硕士论文《我国外派劳务人员权益保护法律问题研究》实际上讨论了一种形式的国际劳务关系,即劳务外包型,而对于实践中的诸多形式,均未能提及。该文作者显然对于实务中的外派劳务形式缺乏了解,套用了国内法的劳动派遣概念分析国际劳动派遣法律关系,因此讨论缺乏深度。有些研究海商法的硕士论文讨论了船员外派合同,对于这种特殊的国际劳务关系展开讨论,对本书的写作也很有启发。我国台湾地区“中国文化大学”的沈喻伟2003年的硕士论文《跨国劳动派遣的法律冲突之研究》较细致地讨论了跨国劳动派遣这种形式的国际劳务关系的法律适用,但是限于篇幅,只粗略地论及基本的法律适用规则,未详细区分不同的国际劳务关系。

期刊论文有一些相关的文章,^[4]但大多只是针对国际劳动合同或劳动争议,而没有上升到国际劳务关系的层面,因此对现实中的许多问题未能触及,如劳务外派经营企业与劳务人员之间劳务服务合同的法律适用问题等。而且,即使是这类只着眼于劳动合同的论文也为数不多,屈指可数。

[1] 丁伟:《国际私法学》,上海人民出版社2005年版。

[2] 吕国民、郑霞、郑远民:《国际私法(冲突法与实体法)》,中信出版社2002年版。

[3] 张仲伯、赵相林:《国际私法学》,中国政法大学出版社2002年版。

[4] 如郭玉军:“国际劳动合同的法律适用”,载《法学评论》1990年第4期。

四、本书主要内容、创新点与有待继续探索的问题

本书除了导论和结论部分以外,共分为五章。在导论部分主要是提出研究的问题,介绍本书的写作思路,阐明本书的理论价值与现实意义。本书的第一章主要是对国际劳务关系法律适用的基本理论问题进行研究。第二章主要是对国际劳务关系法律适用的一般原则进行总体阐述。第三章至第五章分别对三种最主要的国际劳务关系的法律适用进行了分析和探讨,其中第三章谈的是外派合作劳务关系,第四章谈的是国际工程承包劳务关系,第五章谈的是海外派遣劳务关系。本书的结论部分对全书的研究进行了总结,并在此基础上进一步阐明本书的总括性观点。

本书在总结和借鉴前人研究成果的基础上,重点在以下几个方面进行了一些有创新性的探索。

内容创新:提出了根据不同类型国际劳务关系中的法律关系来分别确定准据法的观点。目前学者关于国际劳务合同的法律适用的观点,多是对西方国家立法的总结,较少原创性的深度分析,而且往往没有注意到国际劳务关系的不同类型。本书从国际劳务贸易的实际出发,抓住三种最主要的国际劳务关系,分别分析其各自的法律关系,并初步探讨了它们的法律适用规则。这些内容是前人比较少研究的,本书试图填补这些空白,作些初步思考。研究这些内容对我国发展国际劳务贸易、更全面地融入全球化进程具有较重要的现实意义。

方法创新:从心理学角度,对准据法的默示选择和最密切联系原则中的惯常工作地进行了探讨。这在前人的研究中比较少见。笔者分析了默示选择的心理因素和惯常工作地确定中的心理因素,以求把心理学分析引入法学研究。当然,笔者的研究还比较浅,这些探讨的目的主要是希望能抛砖引玉。

见解创新:在见解方面的创新分布在全文各章节的观点中。例如,本书对最有利雇员原则的适用作了新的探讨。该原则是弱者保护原则的体现,目前正引起更多的关注。本书认为最有利雇员原则应在国际