

我国就业的外国人劳动争议案件适用劳动法之难点

● 吴文芳*

【内容摘要】 在我国就业的外国人劳动争议案件的法律适用在司法实践中面临几重难题。其一为未办理外国人就业证的外国人与用人单位的关系定性问题。对此,法律上的选择,一种是以外国人“适格”为由,直接排除劳动法的适用;另一种则是以违反强制性规定为由而判定劳动合同无效。在司法实践中,通常容易混淆两种选择带来的法律后果。最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)》的颁布有助于该类争议的解决,但仍有不足。其二为在我国就业的外国人的劳动争议案件中,如何处理法律的强制性规定与意思自治的冲突问题。如果外国人与境内用人单位成立劳动关系,则应当遵循我国劳动法律法规确立的强制性劳动标准。其三为我国劳动法律法规特别是《劳动合同法》中不适用于外国人的强制性劳动标准,应通过立法予以明确。

【关键词】 外国劳动者 就业证 劳动关系 劳动合同法

近年来,在我国就业的外国人劳动争议案件呈现不断增长的态势。我国劳动立法目前与外国人劳动关系相关的规定主要是 1996 年制定的《外国人在中国就业管理规定》,^①主要涉及外国人在我国就业的行政许可问题。由于该规定颁布时间较早,已无法与最近几年迅速发展的劳动立法衔接,使得外国人在我国就业劳动争议案件的法律适用成为司法实践中的难点问题。虽然最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)》(以下简称《劳动争议司法解释四》)对司法实践中出现的部分问题进行了规范,但仍有不足。基于此,本文将结合劳动立法与各地司法实践,对外国人劳动争议案件中劳动法适用中的难点问题进行分析,以期完善相关制度。

一、外国人就业证与劳动法适用之关联性

外国人在我国就业的劳动争议案件面临的第一难题是在程序法及实体法上如何处理未办理就业证的外国人的劳动争议。司法实践中,一种做法是将这类案件作为民事案件处理,排除劳动法的适用,使得该类案件在程序法和实体法上与劳动争议案件相区别;另一种做法则是将该类案件作为无效劳动关系处理,劳动法规在程序上和实体上得以部分适用。各地劳动立法或司法指导意见对该问题的处理方式不同,背后是其倚仗的劳动法基础理论有别。

* 作者单位:上海财经大学法学院。本文系国家社科基金青年项目《雇主组织参与劳动关系三方协调机制的法律保障研究》、教育部人文社科青年项目《转型期中国集体劳动关系法律协调机制研究》的阶段性成果

^① 该规定于 2008 年进行了修订,但仅将规定第 26 条中引用的“《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》”修改为“《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》”。

(一) 外国人就业证与“劳动者”的适格性

在我国劳动法理论中,“双适格”标准可谓一大特色。按照这一理论,劳动法上的“劳动者”与“用人单位”必须具备相应的适格要件。不合格的用人单位被视为“非法用工主体”,不适格“劳动者”也被排除在劳动法的保护范围之外。尽管学者们对“双适格”标准,特别是对用人单位“适格”多有批判,^②但近几年出台的劳动立法,如《劳动合同法》第93条、《工伤保险条例》第66条等已逐步将传统上的不适格主体纳入到劳动法的适用范围。

外国人就业劳动关系的特殊问题与该“适格”问题有一定的关联。与本国公民相比,国家通过更为严格的手段对外国人的劳动关系进行管理和控制。这种管理和控制主要以对用人单位颁发《外国人就业许可证》,对外国人颁发《外国人就业证》为手段。按照《外国人在中国就业管理规定》,被聘用的外国人必须依法办理《外国人就业证》方可就业。这种对身份的审批程序被视为劳动者“适格”的要件,即外国人除了具备本国劳动者应具有的外,还必须具备符合该行政管理规章设定的条件,才能满足作为劳动法上的“劳动者”资格。换言之,如果没有取得《外国人就业证》,则该外国人就不满足作为劳动者的“适格性”,其与用人单位发生的劳动争议应当作为基于民法上的雇佣关系而产生的争议处理。以上海市为例,1996年10月上海市高级人民法院、上海市劳动局联合发布的《关于审理劳动争议案件若干问题意见》规定:“外国人和港、澳、台人员未经获准,擅自就业发生纠纷的,劳动争议仲裁委员会和人民法院均不予受理。”上海市劳动仲裁机构对于未取得就业许可证和就业证的外国人在境内就业引发的纠纷,均视为非劳动争议不予受理。法院对此类纠纷起先也不受理,直至2002年2月6日才开始将此类案件当作一般民事纠纷来处理。

(二) 外国人就业证与劳动关系的判定

司法实践中的另一种做法是不将《外国人就业证》问题视为劳动者“适格”问题,排除劳动法的适用,而是认为该劳动合同因违反强制性规定而无效。在外国人就业同样较为普遍的广东省,《广东省高级人民法院、广东省劳动争议仲裁委员会关于适用〈劳动争议调解仲裁法〉、〈劳动合同法〉若干问题的指导意见》(2008)规定,将外国人未依法办理《外国人就业证》而签订的劳动合同视为无效劳动合同,并同时规定,外国人、港澳台地区居民已经付出劳动的,由用人单位参照合同约定支付劳动报酬。

在具体的案件中,劳动合同的主体不适格与劳动合同无效的法律后果经常被混淆。主体不适格根本就不会产生劳动法的适用问题,而劳动合同无效则依照《劳动合同法》第26条产生相应的法律后果。将是否取得《外国人就业证》作为劳动者的“适格”要件与将此类合同作为无效劳动合同处理,两者在法律效果上的差异极大。从程序上看,如将《外国人就业证》作为“适格”要件,该类案件根本无法适用劳动争议处理程序,当事人只能直接向人民法院起诉;如将此类案件作为无效劳动合同处理,则意味着劳动争议仲裁机构可以根据《劳动法》第26条裁决劳动合同无效。从实体法上分析,如果采“双适格”理论,该类案件应该被视为民事关系,双方之间的劳动合同只要不违反法律强制性规定、以合法形式掩盖非法目的、损害社会公共利益,一般都认为是有效的,这就意味着双方约定的经济补偿金、解除合同的待通知金或合同约定的违约条款等均有效。而对于无效劳动关系,按照我国《劳动合同法》的规定,“已经付出劳动的,可参照合同约定支付劳动报酬”,但合同上的其他约定均归于无效,劳动者也无法享受劳动法上的其他利益。

《劳动争议司法解释四》第14条第1款规定“外国人、无国籍人未依法取得就业证件即与中国境内的用人单位签订劳动合同,以及香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区居民未依法取得就业证件即与内地用人单位签订劳动合同,当事人请求确认与用人单位存在劳动关系的,人民法院不予支持。”该款的规定很明显是受到了“双适格”理论的影响,即认为外国人作为劳动者“主体”不合格,双方并不存在劳动关系,因此,双方之间的关系应当由民事法,特别是合同法予以调整,这意味着双方之间的其他

^② 参见王全兴:《劳动法》,法律出版社2008年版,第36页。

约定,只要不存在导致合同无效的因素,都应当视为有效,得以履行。需要特别注意的是,最高人民法院于2012年6月28日公布的《劳动争议司法解释四(征求意见稿)》第18条除规定了现有第14条第1款的内容外,还规定了“外国人、无国籍人以及台港澳地区居民已经付出劳动的,可参照合同约定支付劳动报酬”,实际上是混淆了民事关系与“无效劳动关系”的法律后果。^③《劳动争议司法解释四》最终删除了该款规定,说明最高人民法院还是认同了“不存在劳动关系”不应产生“无效劳动关系”的法律后果。笔者认为,以往司法实践中将未取得《外国人就业证》的外国人劳动关系作为无效劳动关系处理的做法,由于与《劳动争议司法解释四》的规定相悖,应当不再实行,并且,《劳动争议司法解释四》的规定对劳动仲裁机构也有指导意义,今后劳动争议仲裁委员会应当对没有《外国人就业证》的外国人的争议案件不予受理,因为这类案件不适用劳动法律法规,应直接去人民法院起诉。

(三) 外国人已办理《外国人就业证》但无劳动关系的法律适用

按照《外国人在中国就业管理规定》的要求,凡是在中国境内工作的外国人,均需办理就业证,但并非办理了就业证的外国人都与内地用人单位存在实质上的劳动关系,特别是受外国母公司指派到中国工作的外国人,由于其与境外母公司、境内子公司之间关系较为复杂,因此在双方发生劳动争议后,法院是否应当依据我国劳动法律法规予以裁判,还必须根据实际情况予以分析(参见表1)。

表1 外国人与境外母公司、境内子公司之关系

受母公司派遣的 外国劳动者类型	工资发放方	工作指令方
A	母公司	母公司
B	母公司	子公司
C	子公司	母公司
D	子公司	子公司

从以上几种情况看,法官在处理此类案件时须努力还原整个劳动关系的真实面目,即明确境外母公司、境内子公司与外籍员工三方之间的关系。一般情况下,外籍员工与境外母公司签订劳动合同在先,派至中国工作在后,既可能与中国的子公司签订劳动合同,也可能没有签订劳动合同。因此,仅凭判断双方是否存在劳动合同不足以判断劳动关系的存在,仍然需要遵循劳动法理论中的“从属性”原则,即劳动关系以人格上的从属性为主,经济上的从属性为辅的判断标准。^④如表1中的A及C情况,外籍员工的工作并不受中国境内子公司的指令,可以认为是双方并不存在劳动关系的核心标准,至于发放工资则只是作为辅助判断标准。正如有学者所言,不能仅仅因为外籍员工为中国境内的子公司工作就认定其与中国境内的子公司间存在劳动关系。^⑤还需要考虑的是,如确认外籍员工与境外母公司之间存在劳动关系,应该如何适用法律?有学者认为,这种情况应当出台司法解释予以明确。^⑥笔者认为,在此类案件中,考察外国劳动者与中国境内的子公司是否存在劳动关系非常关键。如果劳动者起诉中国境内的子公司,法院认定该劳动者与中国境内的子公司不存在劳动关系,可以驳回劳动者的诉讼请求;如果劳动者起诉境外的母公司,应根据《涉外民事关系法律适用法》第43条的规定,“劳动合同,适用劳动者工作地法律;难以确定劳动者工作地的,适用用人单位主营业地法律”,确定适用的法律。如果劳动

^③ 参见吴文芳:《涉外劳动关系需进一步明确规范》,《中国审判》2012年第8期。

^④ 参见黄越钦:《劳动法新论》,中国政法大学出版社2003年版,第96页。

^⑤ 参见尹力新、沈佩鸥:《境外委派至境内公司外籍员工的劳动关系认定——本塚一则诉上海三谷眼镜有限公司劳动争议纠纷案》,《法制与社会》2011年第6期。

^⑥ 参见单海玲:《我国涉外劳动法律规范的弊端与矫正》,《法学》2012年第4期。

者主要在中国工作,则法院可以根据中国劳动法予以裁判;如果合同履行地难以确定,而外国母公司虽位于境外,但在我国境内有代表机构或可供扣押的财产,也可以适用用人单位主营业地法律。如果以上条件均不具备,则我国法院对该类争议不具有管辖权,应当驳回起诉。同理,境外母公司向在我国境内的外国劳动者住所地人民法院起诉,如双方就竞业禁止义务发生劳动争议,法院必须受理。在审理时,应当根据《涉外民事关系法律适用法》的规定确定适用的实体法。但应当注意的是,此类案件不属于我国劳动仲裁机构的受案范围,故不适用劳动仲裁前置程序。

二、外国人就业的劳动关系与《劳动合同法》之适用

按照《外国人在中国就业管理规定》第23条的规定:“在中国就业的外国人的工作时间、休息休假、劳动安全卫生以及社会保险按国家有关规定执行。”如双方发生劳动争议,应按照《中华人民共和国劳动法》和《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》^⑦处理。对于2008年出台的《劳动合同法》对外国人的劳动关系是否可以适用,尚没有其他法律法规对此作出规定。由于当前立法对此规定的不明确,导致各地司法机关在审理相关案件时的适用法律不一,甚至出现同一地区在同一时期适用法律上相互矛盾的情况,致当事人对司法缺乏稳定预期,严重影响了法律的公正与统一。遗憾的是,新出台的《劳动争议司法解释四》同样没有明确该重要问题,使得这一司法空白继续存在。

上海市地方性法规规章对外国人劳动关系的处理在2011年之前基本上采取听任双方意思自治的立场。上海市劳动局1998年4月14日制定的《关于贯彻〈外国人在中国就业管理规定〉的若干意见》第16条规定:“用人单位与获准聘雇的外国人之间有关聘雇期限、岗位、报酬、保险、工作时间、解除聘雇关系条件、违约责任等双方的权利义务,通过劳动合同约定。”上海市劳动和社会保障局2002年4月17日出台的《关于实施〈上海市劳动合同条例〉若干问题的通知》第26条规定:“获准在本市行政区域内就业的外籍人员和台湾、香港、澳门人员的劳动权利义务,由用人单位的董事会或者管理机构确定后,在劳动合同中加以约定。”在司法实践中,2006年上海市高级人民法院作出《关于审理劳动争议案件若干问题的解答》[沪高法民一(2006)17号],就在我国就业的外国人适用我国劳动标准的问题对全市法院提出了指导性意见,《外国人在中国就业管理规定》规定最低工资、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、社会保险等方面的劳动标准,当事人要求适用的,劳动争议处理机构可予支持。其他事项有约定则从约定,无约定要求适用我国有关劳动标准和劳动待遇要求的,劳动争议处理机构不予支持。上海法院审理该类案件,通常将外国人与用人单位的劳动权利与义务视为双方可约定的合同事项,从而排除了《劳动合同法》甚至是《劳动法》在相关劳动标准上的强制性规定。实践中,最典型的是用人单位非法单方解除劳动合同,法院常以双方有约定从约定,无约定则不能适用我国劳动标准作出对外国劳动者不利的判决。^⑧2011年,上海市第二中级人民法院发布的《2010年劳动争议审判白皮书》认为,按照《劳动合同法》第26条的规定,劳动合同条款违反法律、行政法规等强制性规定的无效。根据上位法优先于下位法、新法优先于旧法的法律适用原则,用人单位根据《外国人在中国就业管理规定》与外籍劳动者自行约定的劳动标准条款如果有违反法律强制性规定的情形,则会被认定为无效。换言之,双方之间就合同解除、违约金等事项之约定如违反《劳动合同法》的规定,应视为无效。这是法院系统第一次公开对该问题进行法理上的阐释,明确表示自行约定的劳动标准条款应当遵循《劳动合同法》。但是,在收集到的该院2011年到2013年的裁判文书中,笔者发现一些判决并未遵循该意见,仍主张在《外国人在中

^⑦ 《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》现已废止,纠纷依《劳动争议调解仲裁法》处理。

^⑧ 例如,法院以双方未约定违约责任或经济补偿金为由,判决用人单位虽属非法解除,但无需支付任何经济补偿,也无需恢复劳动关系或支付诉讼期间的工资。笔者在上海市法院2012年公布的判决书中,已经发现数个相似的判决。参见 <http://www.hsfhy.sh.cn>: 8081, 2013年2月10日访问。

国就业管理规定》规范的最低标准外适用意思自治原则。^⑨其他省市对外国人劳动关系适用我国《劳动法》及《劳动合同法》持更为开放的态度。如《广东省高级人民法院、广东省劳动争议仲裁委员会关于适用〈劳动争议调解仲裁法〉、〈劳动合同法〉若干问题的指导意见》[粤高法发(2008)13号]规定:“外国人、港澳台地区居民在中国内地就业产生的用工关系应按劳动关系处理。外国人、港澳台地区居民未依法办理《外国人就业证》、《台港澳人员就业证》的,应认定有关劳动合同为无效劳动合同。外国人、港澳台地区居民已经付出劳动的,由用人单位参照合同约定支付劳动报酬。”由此可见,在司法实践中合法的外国人就业产生的劳动关系适用包括《劳动合同法》在内的法律法规。

在外国人适用《劳动合同法》的问题上,分歧的核心是意思自治原则与法定标准之争。实践中,外国人的劳动合同最常见的约定事项是合同解除条件,而这恰恰是《劳动合同法》为劳动者提供的核心利益。支持意思自治原则的一方认为,第一,《劳动合同法》规定劳动合同不得约定解除条件,主要是基于保护处于弱势地位的劳动者的考虑。但是大多数的外国劳动者普遍具有较高的学历层次和专业技术,往往在用人单位担任总经理或高级管理人员一职,其沟通谈判能力远远高于普通劳动者,所以对双方约定的解除条件予以认可并不会造成权利滥用的后果。^⑩第二,劳动合同脱胎于民法,因而意思自治原则在劳动合同领域也有适用的空间,^⑪允许外国人的劳动合同约定合同解除条件,有助于保障涉外劳动力市场的灵活性和协调涉外劳动关系。^⑫反对方则认为,我国《劳动合同法》对于用人单位解聘权的限制是劳动法社会法属性的体现,带有公法的强制性色彩,劳资双方不能通过合同约定的方式来加以规避。^⑬外国人与我国境内的用人单位缔结劳动合同,当然受我国劳动合同法的规制,即使是涉外劳动合同关系,对于用人单位的解聘权进行约定也不能违反《劳动法》和《劳动合同法》的规定。

从法理上分析,外国人就业劳动关系的法律适用还会涉及到法律冲突的问题,在国际私法上一般适用最密切联系的原则。外国劳动者获准在中国就业,与中国的用人单位签订劳动合同,最密切联系地为中国,应当适用中国的法律。从法律规定看,《劳动法》、《劳动合同法》、《劳动争议调解仲裁法》均规定了我国境内的用人单位与劳动者建立劳动关系、劳动合同关系、发生劳动争议适用的法律实际上也是将外国人就业的劳动关系包括在内的。《外国人在中国就业管理规定》规定外国人与用人单位的劳动争议适用《劳动法》与《劳动争议调解仲裁法》,《劳动合同法》作为最重要的实体劳动法,理应适用才符合规定的基本精神。从另一个角度看,《劳动合同法》已经对意思自治原则的适用划定了明确的范围。对于用人单位解雇权的限制,是法律提供给劳动者的保障性利益,这种保障未就劳动者的谈判能力予以区分,因此对外国劳动者也不能以此为理由拒绝适用。实际上,《劳动合同法》的适用将增强对外国劳动者的保障力度,不仅不会损害涉外就业市场的弹性,反而有利于增加外国劳动者的信心,从而保障涉外就业市场的竞争力。基于此,笔者建议《劳动争议司法解释四》第14条应增加如下规定:“外国人、无国籍人以及台港澳地区居民依法办理《外国人就业证》、《台港澳人员就业证》在中国内地就业,与用人单位发生劳动争议,双方之间存在实质性劳动关系,应按照我国劳动法律法规进行处理。”

三、外国人劳动关系适用《劳动合同法》的制度对接

如上文所分析的,外国人与我国内地用人单位发生的劳动争议应当可以适用《劳动合同法》,但由于外国人就业属于我国政府严格管制的范畴,这种管制就与《劳动合同法》的适用存在冲突。因此,实

^⑨ 参见《上海市第二中级人民法院公布案例》,http://www.hshfy.sh.cn:8081/flws/text.jsp?pa=ad3N4aD04MDI4NTYmdGFoPaOoMjAxMaOpu6a2/tbQw/HI/SjD8SnW1dfWtdoxMTE5usUmd3o9z,2013年2月10日访问。

^⑩ 参见陈樱、张明良:《未办理就业证的涉外劳动合同的效力及处理——熊大立诉发弥工位器具制造(上海)有限公司劳动合同纠纷案》,http://www.shefzy.com/view.html?id=70837,2013年2月15日访问。

^⑪ 参见万静:《涉外劳动关系与劳动合同法的碰撞》,《政府法制》2008年第15期。

^⑫ 同前注⑩,单海玲文。

^⑬ 参见万静:《外国人在华就业遭遇劳动合同法难题》,《法制日报》2008年6月9日。

有必要探讨外国人劳动关系适用《劳动合同法》中的特殊问题,以便实现未来制度上的合理对接。

(一)未签订劳动合同适用双倍工资罚则问题

持有《外国人就业证》的外国人,主张用人单位未与其订立书面劳动合同的,能否适用《劳动合同法》的双倍工资罚则?有学者主张这种情况不能支持双倍罚则。其理由是,根据《外国人在中国就业管理规定》,用人单位与被聘用的外国人签订的劳动合同是外国人取得《外国人就业证》的必备条件之一,有《外国人就业证》必有劳动合同,因此该问题是一个伪命题,对双倍工资差额的申请请求应不予支持。^⑭其实这种理解误读了《外国人就业证》办理的程序。如果外国人是由母公司派遣至在中国境内的子公司工作,其与子公司之间不一定要有劳动合同,即可办理《外国人就业证》,一旦双方发生纠纷,能否适用《劳动合同法》的双倍罚则实有讨论的必要。笔者认为,外国劳动者与内地用人单位未签订劳动合同,不应适用双倍工资罚则。理由有二:第一,如前所述,持有《外国人就业证》而与内地用人单位没有劳动合同,一般属于外国母公司派遣到中国的子公司工作之情形,故其与中国境内的子公司之间是否存在实质劳动关系,还需要仲裁机构或法院依据“从属性”原则予以判断,仅凭《外国人就业证》而没有劳动合同就让我国境内的用人单位承担双倍罚则有失公允。其次,《劳动合同法》规定的双倍工资罚则旨在杜绝用人单位利用事实劳动关系的形式逃避缴纳社会保险费等法定义务,从而达到减少用工成本,侵害劳动者利益之目的,立法者不仅看中了劳动合同的契约功能,更是强调了劳动合同的证明功能。已办理《外国人就业证》的外国劳动者,如果没有与我国境内的用人单位签订合同,那么可能与外国的母公司签有劳动合同,所以说双方的劳动关系内容其实不难确定,因此适用双倍工资罚则亦无必要。

(二)无固定期限劳动合同的适用问题

无固定期限劳动合同的签订在《劳动合同法》的制度框架下由三类事件引发:第一类是双方协商确定;第二类是劳动者在用人单位工作时间长或连续两次订立劳动合同,再次签订合同的;第三类则是用工之日起一年未签订劳动合同,视为双方已订立无固定期限劳动合同。在司法实践中,有外国劳动者提出用人单位应当按照《劳动合同法》规定签订无固定期限劳动合同,对此诉求,必须联系无固定期限劳动合同的制度主旨与外国人就业的特殊性质予以分析。

我国无固定期限劳动合同的立法目的在于维护劳动者权益,促进就业安定。^⑮这里的就业安定应当以本国就业市场为限。综观各国政府对外国人就业的政策,都以保护本国劳动者为首要任务,对于外国人,一般都要设置一定的资格和条件,以吸收本国所需要的高素质人才和本国需要补充的紧缺劳动力为目的。而以促进就业安定为目的的无固定期限劳动合同制度恰恰在此点上与外国人就业政策发生冲突。外国人所占据的就业岗位是否能够满足本国的利益,常常会随时间的推移发生改变。因而需要本国行政机关定期予以审查,这是《外国人在中国就业管理规定》的重要任务。外国人在中国就业的期限、地域和工作单位都是需要经过批准的,外国人变换工作单位,或者工作年限到期后延长,也都需要再经过劳动行政部门的审批。因此,外国的劳动者不能像中国的劳动者那样,在同一用人单位连续工作满10年或者与同一用人单位连续订立两次固定期限劳动合同后,可以向仲裁庭提出申请请求,要求与用人单位订立无固定期限的劳动合同。也正是出于此原因,即使未签订劳动合同超过一年,外国劳动者也不能主张签订无固定期限劳动合同。

(三)固定期限劳动合同与《劳动合同法》的适用

由于就业性质的原因,固定期限劳动合同是外国人在我国就业的最主要的合同类型。按理说《劳动合同法》有关固定期限劳动合同的订立、变更、终止与解除的相应法律规定应当无差别地适用于外国

^⑭ 参见柴黎平:《有关外国人在华就业的劳动争议案件处理》,《中国劳动》2012年第7期。

^⑮ 全国人大法律委员会在《关于〈劳动法〉(草案)审议结果的报告》中指出,由于许多企业只与职工签订短期劳动合同,用完职工年轻时的黄金年龄段,即行辞退。而法律也应对一些老职工予以适当照顾,允许订立长期劳动合同,因此为了进一步维护劳动者权益,促进劳动关系的稳定,建议增加规定劳动者在同一用人单位连续工作满10年以上应当订立无固定期限劳动合同。

劳动者,然而,由于《外国人在中国就业管理规定》以及地方性法规与《劳动合同法》衔接不足甚至冲突,导致《劳动合同法》解雇保护的规定适用非常困难。

《外国人在中国就业管理规定》第 18 条规定,外国人在华就业劳动合同期限最长为 5 年,这就限制了《劳动合同法》中的固定劳动合同期限。实践中,《外国人就业证》的期限通常比 5 年更短。例如,上海市外国人就业证有效期一般不超过 1 年,北京为 2 年。^⑩《外国人就业证》期满后,必须在用人单位的帮助下才可能延期。换言之,如果用人单位不协助外国人办理《外国人就业证》延期手续,外国人就失去了在中国就业的资格,劳动合同自动解除。除此之外,用人单位根据《外国人在中国就业管理规定》第 21 条的规定,解除劳动合同后,可以单方面直接至劳动行政部门申请撤销外国人的《外国人就业证》,并到公安机关办理外国劳动者出境手续。至于用人单位解除劳动合同是否合法,劳动行政部门并不审查。也就是说,用人单位可以随时单方面解除外国劳动者的劳动合同,并撤销《外国人就业证》,要求外国劳动者出境。实践中,即使外国人通过其他方式获得了中国签证,与用人单位进行劳动争议诉讼,但由于《外国人就业证》被撤销,即使法院判决用人单位非法解除劳动合同,也无法恢复原有的劳动关系。^⑪如此一来,《劳动合同法》对解雇保护的规定将变得毫无意义。

如果说《外国人在中国就业管理规定》确定劳动合同期限最长不超过 5 年,是出于保护国内就业市场、维护国家利益的需要,是对外国人就业权的合理限制,那么劳动行政部门通过《外国人就业证》期限的限制,妨碍《劳动合同法》的适用,就完全是对外国劳动者劳动权的不当侵害。至于用人单位可以完全不顾劳动者的态度,单方面撤销外国劳动者的《外国人就业证》,更是《外国人在中国就业管理规定》制定的重大疏漏。笔者认为,这些疏漏在实践中既已发觉,那么立法者应当及时予以补正。

四、结语

外国人就业劳动争议案件适用劳动法问题,不仅涉及到我国劳动法律法规适用的具体问题,在更广阔的视野中,它还是在加强外国人就业管理基础上保障外国劳动者权利及维护我国国家利益基础上实现涉外就业市场安全、有序的问题。应当尽快出台相应法规或司法解释,完善并化解外国人在我国就业的法律空白与冲突。惟有夯实基础制度构建,才有可能实现人力资源跨国流动带给我国经济、社会的种种正面效应。

(责任编辑:谢 青)

^⑩ 根据两地劳动行政部门的相关规定,只有用人单位实际到位的注册资金在 300 万美金以上或者外国跨国公司在上海设立地区总部的外国人,其就业证期限最长为 5 年。

^⑪ 同前注^⑨。