

我国合法就业外国人的劳动法适用问题

张津赫

青岛大学法学院, 山东 青岛

收稿日期: 2024年12月18日; 录用日期: 2025年1月17日; 发布日期: 2025年1月26日

摘要

外国人与中国用人单位之间劳动争议的处理, 涉及如何保护国家的权益和维护双方当事人合法权益的问题, 目前我国合法就业的外国人劳动争议案件的劳动法适用长期面临着理论与实践两大难题, 在理论方面, 我国现行的《外国人在中国就业管理规定》虽对合法就业劳动者进行了初步的规定, 明确用人单位与合法就业劳动者之间可以建立劳动关系, 但关于劳动者具体权益保护制度的适用的指引并不完善, 我国法律明确规定外国合法就业劳动者在社会保险、最低工资、最高工时、基准劳动保护等方面可以适用我国劳动法, 但除此之外的劳动者权益保护制度, 如解雇保护制度、双倍工资、无固定期限劳动合同等更高级的劳动保护制度能否直接对外国劳动者进行适用并无相应的法律规定, 关于这些强制性规定对于外国劳动者而言是否能直接适用, 劳动者与单位的约定是否能对抗劳动法律规范中的强制性规定, 众多学者提出了自己的见解。在司法实践方面, 有关确定劳动关系纠纷、解除劳动合同纠纷、经济补偿金纠纷等争议频出, 各地的判决往往不一, 更缺少解释性规范, 对以上条文的适用方式加以细致说明。我国调整外国人来华就业的法律规范繁多, 但在具体适用上则存在衔接不明、法条冲突等问题, 我国劳动法律法规应对此些问题进行统一明确规定。

关键词

外国劳动者, 劳动关系, 就业证

The Application of Labor Law to the Legal Employment of Foreigners in China

Jinhe Zhang

Law School, Qingdao University, Qingdao Shandong

Received: Dec. 18th, 2024; accepted: Jan. 17th, 2025; published: Jan. 26th, 2025

Abstract

The handling of labor disputes between foreigners and Chinese employers involves the issue of how

to protect the rights and interests of the state and the legitimate rights and interests of both parties. At present, the application of labor law in the labor dispute cases of legally employed foreigners in China has long been faced with two major problems in theory and practice. In terms of theory, although the current “Regulations on the Administration of Employment of Foreigners in China” in China has made a preliminary stipulation on the legally employed workers, it is clear that the employer and the legally employed workers can establish labor relations, however, the guidelines on the application of the system of protecting the specific rights and interests of workers are not perfect, although our law clearly stipulates that the legal employment of foreign workers in social insurance, minimum wage, maximum working hours, benchmark labor protection and other aspects can be applied to our labor law, but other than that, the system of protection of workers’ rights and interests, there is no clear legal provision as to whether a more advanced system of labor protection, such as dismissal protection, double wages, open-ended employment contract, can be directly applied to foreign workers, many scholars have put forward their own opinions on whether these compulsory provisions can be directly applied to foreign workers and whether the agreement between workers and their units can resist the compulsory provisions in labor laws and regulations. In judicial practice, disputes over the determination of labor relations disputes, the settlement of employment contract disputes, and disputes over financial compensation are frequent. The judgments of different places are also inconsistent, and there is even a lack of interpretive norms to explain the application of the above provisions in detail. There are many laws and regulations regulating the employment of foreigners in China, but there are some problems, such as unclear connection and conflict of laws and regulations in application, which should be uniformly and clearly stipulated in China’s labor laws and regulations.

Keywords

Foreign Workers, Labor Relations, Employment Permit

Copyright © 2025 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 合法就业外国人劳动法适用的困境

截至目前，调整在华就业外国人相关权利义务的法律规范主要是《外国人在中国就业管理规定》。其通过行政准入制度确立了适格主体身份取得的形式要件，即外国人就业证的有无，并以此作为依据作出适用法律的规定，但因其所涉及适用法律的繁多，也因专门性规定则侧重于外国人就业管理和出入境管理，涉外就业的专门法律法规内容滞后于实际情况，导致在关于外国劳动者具体司法适用上存在诸多问题，致使已取得就业证的合法外国劳动者，其往往就用人单位与劳动者自主协商约定的合同解除条款、补偿金等更高级的劳动保护措施的应用而产生争议。

1.1. 我国合法就业外国人劳动法适用的司法现状

近年来，随着我国跨境劳动力流动日益增加，具有涉外因素的劳动合同的数量亦不断增加，围绕其产生的争议也日渐增多，争议类型呈现复杂化趋势。截至 2024 年第三季度，根据案例检索数据分析，以“外国人”与“劳动争议”为关键词，以“劳动争议”为案由借助威科先行、北大法意，共检索到的 2020~2024 年间 647 篇裁判文书为例，其中排除当事人为“港澳台人士”与非外籍劳动者的案件 89 件，剩余 558 件。

从总体数量上看，在华合法就业外国人劳动合同争议从 2020~2024 年呈现大幅下降的态势。总体情况概述在华合法就业外国人适用劳动合同争议，从类型上看，焦点主要分布在确认劳动关系、追索劳动

报酬、解除劳动关系、经济补偿金适用等问题上,其他则包括如竞业限制及社保缴纳等方面内容。

但这里需要明确的是,通过详细案例数据来看从诉讼请求上看,在华合法就业外国人的诉讼请求多以复合情形出现,即当事人可能又请求确认劳动关系又请求追索劳动报酬,也有可能主张同时解除并适用经济补偿金,只提出保护某项具体实体劳动权利的案件较少;具体细分则仍可以分为几类,在确认“劳动关系纠纷”中,存在以下细分争议情形:“主体适格”、“就业证存在时间问题等瑕疵”、“劳动合同约定与就业证冲突”、“二倍工资”;在“解除劳动合同纠纷”中,存在以下有关解雇保护的细分争议情形:“离职后恢复劳动关系”、“约定赔偿金适用纠纷”、“解除劳动合同行为是否违法”、“约定解除劳动合同条款是否有效”。

在实践中,因为就业证的缺失,在华非法就业的外国劳动者往往只能与用人单位建立民事雇佣关系,致使劳动法律规范中所规定的有关劳动者最低权益保障的相关条款无法适应,从而导致相应的基本劳动保护缺乏的情形屡见不鲜。与此同时,即便是已经持有就业证的合法劳动者仍然有部分劳动权益难以获得保护的情形,截至2024年9月8日,以“劳动争议”、“外国人”、“就业证”为关键词在中国裁判文书网、威科先行法律信息库中检索,共检索到95件案例,由于2018年7月28日起台港澳人员在内地(大陆)就业不再需要办理《台港澳人员就业证》的原因,筛除部分系列案件以及重复上传或与研究内容无关的案件,最终选取了符合相关条件的16份裁判文书。

主要包括以下问题:第一种则是解雇保护制度与约定解除条款是否适用问题的情形,其中包含了约定经济补偿金和约定解除劳动合同条款是否生效的问题,我国目前只在《中华人民共和国劳动合同法》规定了因合同解除或终止而产生的经济补偿金或用人单位单方违法解除劳动合同而产生的赔偿金问题,但对于在我国境内就业的外籍人士是否适用则存在争议,在安德鲁案中,法院主张用人单位与劳动者之间存在意思自治,故支持劳动者取得经济赔偿金,而在郭某案¹中,法院则认为未予以书面约定则不予适用,可以看出来法院的判断依据,如果签订了劳动合同并在其中加以约定,则法院支持适用,如果不在其中约定,法院则大概率不予支持。

第二种则是关于无固定期限劳动合同适用的裁判情况,目前根据我国对此已有相应的法律规范,即《外国人在中国就业管理规定》第十七条,用人单位与外籍人士订立的劳动合同期限最长不得超过五年,到期后可以续订。无固定期限劳动合同条款与就业证期限冲突,现行《管理规定》明确规定了在华就业外国人与用人单位订立的无固定期限劳动合同,期限为5年,因此,当用人单位与外籍人士订立的劳动合同为无固定期限的,该期限条款往往会被认为无效。正如邵岚案²所展示的一样,用人单位与劳动者所签订的劳动合同违反了《外国人在中国就业管理规定》,取得就业证系强制性规范,《劳动法》以及《劳动合同法》均将违反法律、行政法规的强制性规定作为劳动合同无效的要件,故当事人订立劳动合同必须遵守合法原则。因此,双方约定的劳动合同期限为无固定期限的条款无效,法院不支持劳动者通过合同约定从而订立无固定期限劳动合同的行为。

但总体来看,在司法实践中该问题存在判决思路不一的情形,一种情形是坚持“特别法优先”原则,无固定期限劳动合同当然无效。第二种则是“明示约定有效”,即支持劳动者与用人单位在劳动合同或者他处约定适用无固定期限的合同条款。

第三种则是双倍工资是否适用的情况,我国目前只在《中华人民共和国劳动合同法》规定了用人单位如果一个月内不与劳动者签订劳动合同,则一年内超过时间适用双倍工资,但其对于在我国境内就业的外籍人士是否适用则存在争议,在司法实践中则多如郭云虎案所展示的一样,用人单位与劳动者所签

¹ 郭云虎与立达(中国)纺织仪器有限公司上海分公司劳动合同纠纷,上海市第一中级人民法院(2020)沪01民终12033号民事判决书。

² 邵岚与安特优发动机工程(苏州)有限公司上海分公司劳动合同纠纷案,上海市浦东新区基层人民法院(2021)沪0115民初65542号民事判决书。

订的双倍工资属于意思自治条款，未约定则后提出不予支持，至于未取得就业证却仍主张双倍工资时，则更不予支持。

1.2. 我国合法就业外国人劳动法适用困境的原因分析

由于《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(一)》的规定，在我国现行框架下，合法就业的外国人虽然属于我国劳动法意义上的劳动者，且一些基础性权利得到了保护，如基本的获取报酬权等，但法院在审判过程中仍存在一些疑问[1]。由于缺少具体且明确的规范指引，在具体到解雇保护制度、双倍工资、无固定期限劳动合同等制度的适用上，便会产生诸多问题，从以上几个案例中，便能发现法院适用产生分歧的原因，总是在于用人单位与劳动者之间存在的意思自治与法律明确规定之间的对抗，由于这些制度并没有明文法律规定，部分法院在认定合法外国劳动者是否享有该权益时，便有相当大的自主裁量权，以上海法院为例，其往往支持劳动者与用人单位间的意思自治，只要用人单位与劳动者就该权益进行了书面约定，便予以支持，而大部分法院即使用人单位已经与劳动者进行了约定，仍以不存在相关法律法规的理由不支持外国合法劳动者享有该权益。

因此，为了解决目前外国人劳动法适用存在的困境，首先需要明确外国劳动者是否应当享有，是否能完全享有该项劳动权益，应该怎样地适用该项劳动权益，其次在法律规范中予以明确规定，提供具体的指引路径，避免实践中的同案不同判现象的发生。

2. 合法就业外国人适用劳动法的理论分析

目前国内学者对于来华合法就业外国人适用劳动法的讨论，主要涉及两方面，分别是劳动基准适用与有争议的强制性劳动法律规范适用两方面。对于合法就业外国劳动者适用的劳动基准而言，部分内容在《外国人在中国就业管理规定》中有相应的法律规定，学界基本达成一致。因此不必多作讨论。但出于保护劳动者之需要而作的更高级的劳动保护条款，如劳动者具有就业证未签订劳动合同双倍罚金适用问题，劳动合同期限与就业证期限的冲突(无固定期限劳动合同条款的适用)，约定解除劳动合同的效力与“解雇保护”制度的适用。则是否可以再结合“法无禁止即可行”的原则，允许当事人意思自治，则存在争议。争议原因是单位根据《外国人在中国就业管理规定》与合法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，因此有学者提出司法机关都应当主动适用相关法律法规，严格限制在这些问题上劳动关系双方当事人的意思自治[2]。

对于在华就业外国人劳动法律纠纷的处理，争议本质体现在所适用的劳动法律规范“私法性质”与“公法性质”之间的博弈与权衡，意思自治与国家强制的博弈，而纵观全局的司法实践，即使是在外籍劳动者持有就业证的情况下，以郭云虎案与郭某和安德鲁案为例，也只有通过合同约定才能确定双方具体的权利义务，未约定内容就不予支持，我国在对于非法与合法就业外国人的对待上，都采取了一种意思自治的规定，法律不进行强制性的规定，但这种私法自治的精神无疑与社会法公法的内涵有所冲突，与劳动法立法精神相违背，在当今社会法理念盛行的时代，劳动权是核心人权之一[3]，私法自治的理念是否应当继续如此地贯彻有待商榷。

2.1. 合法就业外国人未签订劳动合同时双倍工资适用的研究

关于“有就业证无劳动合同”是否适用双倍工资罚则的问题，存在以下三种观点。

第一种观点则认为，就业证存在的前提是劳动合同已存在，因此该命题本身就是伪命题，对在华就业外国人我国采行了行政许可准入制度，外国劳动者与用人单位签订的劳动合同是就业证取得的条件，因此有就业证必有劳动合同[4]。

第二种观点则认为，判断劳动关系要从实际出发，如果在外国劳动者与用人单位的法律关系中符合

“从属性”、“财产平等性”这几种性质，则可以依据此判断劳动关系是否存在，不可仅凭就业证或劳动合同。此外也有学者主张《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。

第三种观点则在首先承认了劳动合同是取得就业证的前提下，认为在此种情况下，依据对劳动者“倾斜保护”的原则，如果存在劳动者与用人单位在缺少就业证情况下而签订劳动合同的情况，便主要是用人单位过错，因此用人单位必须对此负责，在此种情形下，完全支持劳动者适用双倍工资罚则[5]。

我国目前在司法实践中则是完全支持意思自治，未约定则不保护，但应该秉着具体情况具体分析的原则，对于用人单位明显存在过错且双方已签订劳动合同的应该支持双倍工资适用。

2.2. 合法就业外国人是否适用无固定期限劳动合同的研究

关于无固定期限劳动合同条款的适用问题，我国《劳动合同法》中存在无固定期限劳动合同的强制性规定，但其是否可以直接适用于在华就业外国人与用人单位之间，主要存在以下两种观点：

第一种观点以就业证为中心，并不完全否认，外国劳动者与用人单位之间订立无固定期限劳动合同的可能性。当就业证完成期限延续的时候，此时可以不受5年期限的限制，进行续订。

第二种观点则认为，5年后延长的新就业证，应当视为订立新劳动合同，而不是“连续两次”订立劳动合同，因为该五年期限末端的端点，并不会因为整体期限被延续而抵消。《管理规定》第17条所规定的“劳动合同期限届满即行终止”代表劳动合同在5年期满后，即便是就业证期限得到延长，也是订立了新的劳动合同，而不是视为“连续两次”订立劳动合同。

我国目前的司法实践中基本认为不存在适用无固定期限的可能，但用人单位与外国劳动者之间的约定无固定期限合同往往又会涉及国家强制规定的内容，需要进一步明确。

2.3. 合法就业外国人劳动合同约定解除效力的研究

约定解除的效力问题是指，外国劳动者与用人单位约定的解除劳动合同的条款是否有效，以及相应的法律后果该如何处理的问题，有以下观点：

第一种观点则支持意思自治原则，认为劳动合同公私要素兼具，因此不能简单将其看作一般意义上的合同：既不可完全脱离劳动合同法的规制，也不可全然抛弃意思自治原则。这一观点在出台于1998年的“上海市劳动局关于贯彻《外国人在中国就业管理规定》的若干意见”第16条就规定，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，通过劳动合同约定中体现较多，有关劳动合同单方解除的条件是可以通过合同约定的方式进行明确的。因为这属于劳动合同意思自治原则的范畴。劳动法并没有禁止合同约定用人单位的解聘条件，也就是说在无约定的情形下需要遵守相关规定，有约定则从约定。允许外国人的劳动合同解除条件，有助于保障涉外劳动力市场灵活性和协调涉外劳动关系[6]。

第二种观点同样支持意思自治，但与此同时需要有相关的限度，即不应当超过法律限制，此种观点认为当事人双方就劳动合同解除进行约定的行为应被允许，但是约定的内容不能突破“底线”：即我国劳动法律规范在劳动合同解除方面所提供的最低保护[7]。意思自治原则也应该有一个范围，劳动合同的约定不能违反法律规定。劳动法和劳动合同法属于公法范畴，主要体现保护劳动者利益的精神，此观点在北京市法院审判中体现较多。

第三种观点则不支持意思自治原则，这种观点认为我国用人单位的解除权是具有强制性的，相应的法规属于强制性法规，劳资双方不能通过合同约定的方式来规避[8]。此外，这种限制带有社会法属性，具有强烈的公法色彩，不能通过意思自治而被抹杀。法律对于用人单位单方解除劳动合同的条件规定得很明确，而在中国境内为中国企业服务的外国员工，应该也属于劳动法调整规范的对象，用人单位不能通过合同约定的方式，以“只要提前一个月书面通知”为单方解除劳动合同的条件，来规避法律对此的限制性规定。劳动法是不允许以双方事先约定的情形作为解除条件的，否则劳动法限制性规定将没有任何意义。

2.4. 合法就业外国人经济补偿金与劳动关系恢复制度的研究

“解雇保护”适用的讨论，当下世界各国的解雇保护制度其实只是在两者之间选取一个平衡点[9]。

所说的“解雇保护”，在我国制度主要由法定“经济补偿金”、“赔偿金”组成，除此外也包括一些其他条款，前者规定在《劳动合同法》第36条、第40条、第41条、第44条第1款、第46条、第47条；后者规定在第48条。我国的解雇保护规定了“经济补偿金”制度以及解雇程序的单方解除权，要求用人单位解除劳动合同，首先需符合法定情形，其次需提前30天告知劳动者，或支付代通知金；其次，则限制了劳动合同期限届满即告终止、劳动合同终止等情形以及规定了法定终止的范围。

在华就业外国人在适用“解雇保护”制度方面的难点在于：我国《劳动合同法》第46条“经济补偿金”制度、第48条用人单位违法解除劳动合同违约责任的承担。

对于我国第46条“经济补偿金”制度，存在以下两种观点：

第一种观点认为根据《劳动合同法》强烈的“属地属性”，应该直接适用于在华就业的劳动者；第二种观点则支持意思自治原则，其认为，如果没有明确约定，就不予采用。

对于《劳动合同法》第48条用人单位违法解除劳动合同及其违约责任承担条款能否恢复劳动关系的判断，主要存在以下两种学说：

第一种观点以就业证为中心，认为劳动合同履行期限的长短与就业证期限的长短紧密相连，因此用人单位解除劳动合同，外国劳动者要求继续履行的，首先看其就业证是否被注销；其次是看就业证是否还在有效期内。

第二种观点以单位意愿为中心，为了能够快速解决此类纠纷，除用人单位明确表示愿意与外国劳动者恢复劳动关系的情形外，无论就业证所剩余期限长短，都应该判决劳动关系不能恢复，由用人单位通过法律规定或者合同来决定后续补偿。因为就业证延期的办理，涉及诸多行政审批环节，链条较长、耗时间已是毋庸置疑。此时如果在华就业外国人，就劳动合同期限延长相关事项，请求法院进行裁判，有可能造成履行不能。因此为了能够快速解决此类纠纷，除用人单位明确表示愿意与外国劳动者恢复劳动关系的情形外，无论就业证剩余有效期限的长短，一般不宜裁决或判决双方恢复劳动关系，而应采取由用人单位根据双方劳动合同约定或法律法规规定，赔偿违约损失或支付赔偿金等经济方式处理。

在约定解除条款和解雇保护适用问题上，我国目前在我国司法实践与相关理论中均分歧较大，司法实践中有的地方支持意思自治原则，如双方确实在劳动合同中有所约定，则能按该条款解除劳动合同或者适用经济赔偿金制度，但也有的地方认为法律未作规定即不适用。在这一问题上，我国应当在意思自治与国家强制间作一明确。

3. 合法就业外国人适用劳动法的规制路径

3.1. 在合法就业劳动者劳动法适用中明确“意思自治”的限度

从劳动者角度来讲，劳动者除了享有基本人权之外，还享有劳动权利，如结社自由权、工会权利、

平等就业权、劳动报酬权、休息休假权、劳动保护权等，我国为了保护这些基本权利，在我国劳动法与劳动合同法中做了部分强制性规定，但在涉及外国劳动者这些权利的适用中则采用放任了劳动者与用人单位自由约定的措施，从劳动合同本质看，劳动合同在一定程度上是对劳动关系确立且存在的印证，其因此也增添了一层“人身隶属性”的色彩，劳动者在合同双方中处于相对弱势的地位；但其本质仍旧是处理双方权利义务的合同；国家对劳动合同的干预，目的应该是为了更好地服务其合同的性质，实现双方的实质平等，从而维护整个劳动力市场的弹性及韧性。劳动合同毕竟是一种合同，劳动合同双方当事人仍享有一定程度的意思自治。

表面上看，虽然处理在华合法就业外国人劳动合同纠纷，需要权衡的是《司法解释一》《劳动合同法》《管理规定》等多重法律规范之间的逻辑适用关系，而实际上，从本质而言是解决以下一个问题：即“意思自治”原则作用的限度，与国家强制性规定的抵触程度，因此明白了意思自治原则限度，就能明晰对合法就业外国人如何进行权益保护。

而解雇保护、未签订劳动合同双倍赔偿金、无固定期限劳动合同这些规定的本质是我国因为用人单位的强势地位，我国为了保护劳动者，制定了相应的兜底条款，如果直接对合法就业外国劳动者进行适用无疑也是一种显失公平的行为。

以解雇保护制度中的约定解除劳动合同条款与经济补偿金为例，目前《中华人民共和国劳动合同法》规定的因合同解除或终止而产生的经济补偿金或用人单位单方违法解除劳动合同而产生的赔偿金对于在我国境内就业的外籍人士是否适用，在司法实践中可见到不同的裁判口径，即便劳动争议的法律适用具有很强的地域性。有法院认为可按当事人之间的书面劳动合同、单项协议或其他协议以及实际履行内容予以确定，即无约定则不支持。此种观点则支持意思自治原则，应当留给用人单位与劳动者自主协商的空间。也有的法院认为外国人与中国境内用人单位建立了劳动关系，即为中国境内的劳动者，可以直接适用《中华人民共和国劳动合同法》，同时也由法院从社会保障法的立法宗旨出发。主张立法目的是我国设置经济补偿金及解雇保护制度是促使用人单位与劳动者保持稳定的劳动关系，可以让处于强势地位的单位承担更多义务，不能随意解除劳动关系，但外籍劳动者在经济实力、综合素质、信息获取能力等方面具备一定优势，与用人单位签约过程中占有一定谈判话语权和主动性，应认为其具备较强的预见能力和风险抵御能力。故对于最低劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生条件及社会保险五方面基本权利之外的权利义务，如经济补偿金或者违法解除的赔偿金应充分尊重双方意思自治。

综上，结合我国具体国情，在最低劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生条件及社会保险依据我国已有的法律给予保障，但超出此外的解雇保护、未签订劳动合同双倍赔偿金、无固定期限劳动合同需要视合法劳动者自己情况而定，尊重用人单位与外国劳动者间的意思自治，但不能完全遵循“有约从约，无约则不保护”的原则。

3.2. 对合法就业外国劳动者制定专门的劳动法适用条款

虽然我国《劳动法》和《劳动合同法》等重要劳动立法对外国人在华就业权益问题并未作出专门规定，仅有部门规章和相关司法解释有所涉及但《劳动法》第2条明确了适用范围，按照通常的理解，只要是在中国境内与用人单位建立了劳动关系的劳动者，法律没有特别排除适用的，都应该适用《劳动法》。原《司法解释(四)》第14条明确规定，持有合法就业证件的外国人与用人单位建立用工关系的，可以认定为劳动关系，劳动关系是劳动法的核心范畴，也是劳动法律规则设计的起点。按照《外国人在中国就业管理规定》第26条规定，用人单位与被聘用的外国人发生劳动争议，应按照《劳动法》和《劳动争议调解仲裁法》处理。因而，《劳动法》的适用范围应当包括建立劳动关系的在华合法就业的外国劳动者。虽然《劳动合同法》和《外国人在中国就业管理规定》并未明确外国劳工的《劳动合同法》适用问题，但

是依据《涉外民事关系法律适用法》第43条可知,外国人在中国境内就业的,应当优先适用中国的劳动合同法律,因为工作地或用人单位主营业地都在中国。至于如何适用,作为劳动者身份的外国劳工,在通常情况下,应当与国内劳动者同等适用劳动立法。在现行劳动法律规范下,除法律明文规定保障之对象仅限于本国劳工外,理论上本国与外国劳工应享有同等之保障。

所以应当在劳动法中明确规定相应的制度的适用。第一,对于无固定期限合同而言,免于适用无固定期限劳动合同制度。无固定期限劳动合同制度是为了解决我国劳动合同短期化、劳动关系不稳定的突出矛盾。由于外国人合法就业本就限于一定期限内,《就业管理规定》第17条规定,用人单位与被聘用的外国人之间的劳动合同的期限最长不得超过五年,立法并未赋予他们建立长期劳动关系的基础,所以对他们免于适用并不违背立法意图。第二,对于经济补偿金为代表的解雇保护制度。经济补偿制度的建立,一是为了减轻失业者焦虑情绪和实际生活困难,二是为了引导用人单位与劳动者建立稳定劳动关系。劳动法律法规未明确外国劳动者的经济补偿适用规则。外国劳动者仅在一定期限内享有合法就业的资格,在这个期限内,劳动法有必要保障他们劳动关系的稳定性,但期满之后则无此必要。因此,建议通过出台司法解释限制经济补偿的适用范围,对于劳动合同期限届满或者就业资格期限届满而终止劳动合同的外国劳动者,明确可以不支付经济补偿。第三,对于合同约定解除效力问题,我国《劳动合同法》规定列举了劳动合同解除的情形,但相关法律法规均未对外国劳动者进行特殊考虑。实践中,用人单位与外国人约定解除劳动合同的情形比较普遍。如果当事人与用人单位约定解除合同,该劳动合同是否能在达成约定条件时,任由一方解除,此时用人单位将会陷入两难境地。因此,建议从用人单位角度进行考虑,通过出台司法解释放任劳动者与用人单位自由约定。

4. 结语

当今世界,来华就业的外国人将会不断增多,不可避免地会出现更多涉外劳动争议,我国非法就业与合法就业的劳动者都不在少数,在劳动力市场国际化趋势不可避免的时代背景下,对已取得就业证之部分外籍劳工提供若干基础性劳动保护,从而实现法律公平之价值,保障在华外籍劳工的基本人权,已取得就业证之外籍劳工劳动保护适用问题应通过相应的法律规定明确,对于未明确规定的法律部分,应尊重当事人与用人单位间的意思自治,允许自由约定解雇保护、劳动合同解除等事项,通过这些法律规定从而对劳动力市场进行规制,来缓解我国境内“三非”问题,使涉外用工健康发展,不仅保障了我国就业的外国人的合法权益,也是我国在国际合作中取得涉外就业市场竞争力的表现,体现了我国劳动法律制度的不断完善。

参考文献

- [1] 刘冰钰. 论未办理就业证的涉外劳动合同效力[J]. 湖北经济学院学报(人文社会科学版), 2019, 16(8): 87-89.
- [2] 水波, 郭征海. 外国人在中国就业的法律适用问题[J]. 中国社会保障, 2016(12): 52-53.
- [3] 柴黎平. 有关外国人在华就业的劳动争议案件处理[J]. 中国劳动, 2012(7): 25-27.
- [4] 吴文芳. 我国就业的外国人劳动争议案件适用劳动法之难点[J]. 法学, 2013(6): 154-160.
- [5] 李凤琴. 涉外劳动争议中中国劳动法律规范的适用[J]. 北京理工大学学报(社会科学版), 2014, 16(4): 131-136, 143.
- [6] 万静. 涉外劳动关系与劳动合同法的碰撞[J]. 政府法制, 2008(15): 60-61.
- [7] 沈建峰. 劳动关系作为法律关系: 兼论劳动法学研究的范式转换[J]. 中国人力资源开发, 2021, 38(4): 82-93.
- [8] 董保华. 劳动合同立法的争鸣与思考[M]. 上海: 上海人民出版社, 2011: 51-53.
- [9] 刘金伟. 外国人在华就业规制制度研究[D]: [博士学位论文]. 合肥: 安徽大学, 2014.