

□ 上海通乾律师事务所 朱慧 武慧琳

随着改革开放的不断深入和国际间人员交流的日益频繁，如今外国人在中国就业已不是新鲜事。但问题随之而来：外国人就业适用什么法律？发生争议如何解决？和本国劳动者在适用劳动法律上是否存在区别？

案例简介

PAUL 先生是外国国籍，持有效的外国人就业证。劳动合同到期后，A 公司决定不再续签劳动合同，双方劳动关系于 2016 年 11 月 17 日终止。

2016 年 12 月 5 日，PAUL 先生向劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，提出要求 A 公司支付终止劳动合同的经济补偿金 39000 元等仲裁请求，仲裁委审理后作出 A 公司应支付 PAUL 先生经济补偿金 39000 元的仲裁裁决。

A 公司不服仲裁裁决，向法院提起诉讼。法院经审理后认为：根据相关法律规定，在我国就业的外国人在最低工资、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、社会保险方面要求适用中国劳动标准的，可予支持。当事人在上述规定之外约定或履行的其他劳动权利义务，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的内容予以确定；当事人在前述所列的依据之外，提出适用有关劳动标准和劳动待遇要求的，不予支持。PAUL 先生系外国人，其劳动合同终止的经济补偿金不属于可以适用中国劳动标准的事项，A 公司、PAUL 先生之间的劳动合同亦无相关权利义务的规定，A 公司要求不予支付终止劳动合同经济补偿金的诉讼请求于法有据，故判决 A 公司无需支付经济补偿金。

PAUL 先生不服一审判决，向上级法院提起上诉，二审法院经审理后认为：PAUL 先生办理了外国人就业证，双方建立合法的劳动合同关系，其理应受到《劳动合同法》的保护，鉴于劳动合同对合同期满终止劳动关系的法律后果未作明确的约定，因此双方应当按照《劳动合同法》的相关规定履行，即用人单位在劳动合同到期后未与劳动者续订劳动合同的，应当支付经济补偿金。据此判决 A 公司支付经济补偿金 39000 元。A 公司不服二审判决，向法院申请再审。

法院经再审认为：根据《外国人在中国就业管理规定》和本市相关规定，在国内就业的外国人在最低工资、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，劳动合同当事人要求适用的可予适用；其他劳动权利义务可按合同约定或实际履行的内容予以确定；除此以外，劳动合同当事人提出适用有关劳动标准和劳动待遇要求的，不予适用。据此，因双方当事人已在劳动合同中约定无论何种原因解除或终止劳动合同，A 公司均无需支付任何经济补偿，二审法院判决撤销一审判决，判决 A

公司应向 PAUL 先生支付经济补偿金 39000 元显属不当。故判决撤销二审判决，维持一审判决。

法律适用

前述案例可以说是外籍劳动者与我国用人单位发生劳动争议的典型案列，从裁判结果来看，劳动仲裁委员会支持外籍劳动者，一审法院支持用人单位，二审法院支持外籍劳动者，再审法院支持用人单位，可以说是一波三折，折射出对于外国人在中国就业适用法律在司法实践中存在不同的认识。

其中，对于合法就业的外籍劳动者应适用中国法律，司法机关的意见是一致的。

但是，对于外籍劳动者与我国用人单位发生劳动争议时具体适用什么法律法规，是否认可双方的特别约定，不同司法机关观点迥异。

首先，外国人在中国合法就业



的前提是取得许可，只有合法就业的外籍劳动者才具备与我国用人单位建立劳动关系的主体资格。

而根据《涉外民事关系法律适用法》《最高人民法院关于适用〈涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》等规定，外国人在中国就业应适用中国法律，不能通过当事人的约定来排除中国法律的适用，这一点是没有争议的。

认识分歧

外国人在中国就业适用中国法律是确定的，主要的认识分歧在于应适用什么规定，更加具体来说，是外国人在中国就业是否完全适用我国的《劳动法》《劳动合同法》，是否和中国劳动者有所区别。

根据《劳动合同法》第四十六

条，除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，劳动者不同意续订的情形外，用人单位终止劳动合同的，用人单位应当支付经济补偿金。在前述案例中，PAUL 先生的劳动合同到期，A 公司不与 PAUL 先生续签劳动合同，劳动合同到期终止。在此情况下，适用《劳动合同法》和不适用《劳动合同法》将导致完全不同的裁判结果。

《劳动合同法》第二条规定：“中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法。”从该规定来看，法律并没有排除外国人对于《劳动合同法》的适用。那外国人在中国就业是否能和中国劳动者一样完全适用《劳动合同法》，还是有所区别呢？

我国《出境入境管理法》第四十一条规定：“外国人在中国境内工作管理办法由国务院规定。”但国务院至今未对外国人在中国境内工作的管理作出具体规定，现行的相关规定主要是人力资源和社会保障部等部门颁布的《外国人在中国就业管理规定》。根据该规定：“用人单位支付所聘用外国人的工资不得低于当地最低工资标准。”“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。”“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。”也就是说，根据该规定，除最低工资、工作时间、休息休假、劳动安全卫生以及社会保险这五项内容之外，无需按国家规定执行，而是按双方当事人的约定来执行；用人单位和外籍劳动者的劳动争议解决程序则是按照劳动争议程序来解决。

前述案例中，劳动人事争议仲裁委员会、二审法院认为外国人在中国就业应适用《劳动合同法》，故支持了 PAUL 先生主张经济补偿金的请求；一审法院、再审法院则认为外国人在中国就业应适用《外国人在中国就业管理规定》等相关规定，强调了外国人在中国就业的特殊性，认定除最低工资、工作时间、休息休假、劳动安全卫生以及社会保险这五项内容外的其他事项应属于外籍劳动者和用人单位意思自治的范畴，按照双方的约定来执行，故没有支持 PAUL 先生主张经济补偿金的请求。

该案例充分体现了外国人在中国就业适用中国法律上的两种观点。

完善立法

对于外国人在中国就业，外国人的合法权益毫无疑问应当得到保护，但考虑到外国就业者的特殊性，对于外国就业者的劳动权益很难做到完全和中国劳动者相同。现阶段外国人来华就业以高端人才居多，不同于普通劳动者，这些就业人员和用人单位具有相当的谈判能力，尊重用人单位和外国就业者的意思自治有其合理性。

从前述《劳动合同法》的规定来看，法律并没有排除外籍劳动者对《劳动合同法》的适用，且《劳动合同法》也并没有对外籍劳动者作出特别的规定。

《外国人在中国就业管理规定》虽然对外籍劳动者在中国的就业作出了特别规定，但该规定在法律层级上仅属于部门规章，而特别法优于一般法的前提是法律的位阶应当相同。正是由于这种法律位阶的差异，导致外国人在中国就业法律适用上的认识分歧。

我们认为，要从根本上解决外国人在中国就业法律适用上的争议有两种途径。一是修改《劳动合同法》，对外国人在中国就业作出特殊规定。二是提升《外国人在中国就业管理规定》的立法层级，将其由部门规章提升为行政法规。《出境入境管理法》规定：“外国人在中国境内工作管理办法由国务院规定。”如果《外国人在中国就业管理规定》提升为行政法规，那么其效力就来自《出境入境管理法》的授权，解决了法律位阶问题，司法机关就可按特别法优于一般法的原则适用《外国人在中国就业管理规定》了。