

劳动法最前线——从公司人事的角度看劳动法动向

第 174 回 依据合同约定解雇外籍劳动者

(撰稿人：顾茜菲)

2018 年 3 月 20 日

用人单位是否可以依据合同约定解雇外籍劳动者？

随着中国劳动力市场国际化程度日渐加深，近年来涉及外籍劳动者的劳动争议案件逐渐增多。本文拟结合相关法律法规与最新司法案例，对用人单位是否有权依据合同约定解除与外籍劳动者的劳动合同问题进行浅析。

一、相关法律法规

目前，外国人在中国就业主要依据的法律为《外国人在中国就业管理规定》(以下称“《**就业规定**》”)，该规定对于外籍劳动者实体权利及法律适用的作出了较为笼统的规定。其中，第二十二条规定，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。各地司法实践对于该条款的理解存在一定分歧：

1、部分地区将该条款理解为一种穷尽式的列举，除该规定以外的内容，包括合同解除条件、补偿金、违约金等均可以由外籍劳动者与用人单位通过劳动合同自行约定。例如上海市在《关于贯彻外国人在中国就业管理规定的若干意见》中明确规定，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。

2、部分地区则认为该条款不应构成外籍劳动者完全适用《劳动合同法》的阻碍。例如广东省在《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》中规定，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。该规定可以理解为按规定取得就业许可的外籍劳动者，可以完全适用《劳动合同法》。

二、司法实践中法院的不同认定

如前所述，基于对《就业规定》第二十二条的不同理解和解释，目前司法实践中对于用人单位是否有权依约解雇外籍劳动者，也有两种截然不同的观点，甚至同一地区的不同法院之间也可能存在不同认定：

1、观点一：认可意思自治原则

部分法院认为，如果用人单位与外籍劳动者在劳动合同中明确约定了合同解除条件，即

使该条件与《劳动合同法》规定的解除条件相抵触，也应当认可双方之间约定的效力。例如，在上海市第一中级人民法院 2015 年的案例中，法院认为除《就业规定》第二十二条所列举的内容外，双方应根据劳动合同的约定来履行，外籍劳动者适用国家有关劳动标准和劳动待遇的要求缺乏依据。本案中，双方在劳动合同中仅约定了合同解除条件，未约定经济补偿金、经济赔偿金、代通知金等内容，外籍劳动者对于经济补偿金的主张于法无据，不予支持。

2、观点二：劳动合同约定的解除条件不得与《劳动合同法》相抵触

部分法院认为，外籍劳动者依法取得就业资格并与用人单位依法建立劳动关系后，应当完全适用《劳动合同法》，包括《劳动合同法》中关于合同解除的全部规定。例如，在上海市第二中级人民法院 2017 年的案例中，尽管劳动合同中明确约定了合同解除条件，但法院认为该约定超出了《劳动合同法》规定的单方解除情形，再无其他合法依据的情况下，仅凭劳动合同的约定解除合同，于法有悖。本案中，法院支持了外籍劳动者恢复劳动关系的请求，但劳动关系仅恢复至就业证期限届满之日。