

外国人在华就业法律规制的完善

汪发洋, 李坤刚, 曹有康

(安徽大学 法学院, 安徽 合肥 230601)

摘要:我国经济社会发展面临着人口少子老龄化程度加深、国际科技人才竞争加剧等诸多挑战,劳动力市场随之发生了深刻的变化。在此背景下,外国人的入境就业管理领域应贯彻分类管理、有条件许可的“选择理念”,外国人在华就业的劳动保护领域应贯彻与本国劳动者平等的“统合理念”。目前我国调整外国人在华就业关系的法律规范存在一些弊端性问题,如外国高端人才引进程序缺乏开放性和便捷性、一般人才工作许可制度偏离市场需求、非法雇用外国人的制裁宽严失衡、合法就业的劳动法律适用不明确、非法就业人员缺乏必要的劳动保护等。为解决这些问题,应以“选择理念”为指引完善出入境管理法律规制,对外国高端人才放开以独立申请为核心的工作许可,对外国一般人才实施以劳动力市场测试为前置的工作许可,并制定宽严适当的非法雇用外国人的法律责任;应以“统合理念”为指引完善外国人就业的劳动法律规制,对在华合法就业的外国人给予实质平等的劳动保护,对非法就业的外国人已经提供的劳动给予基准的劳动保护。

关键词:外国人在华就业;“选择理念”;“统合理念”;出入境管理;劳动保护

中图分类号: D912.5 **文献标识码:** A **文章编号:** 1009-0150(2023)06-0136-17

一、问题的提出

中国特色社会主义进入新时代,我国劳动力市场正在发生深刻变革。一方面,人口少子老龄化趋势加剧,劳动适龄人口持续减少,劳动力不足问题将愈加严峻。国家统计局发布的数据显示,2022年我国人口出现60余年来首次负增长,劳动年龄人口在10多年间持续减少已超过6000万。^①随着“一带一路”建设的成功推进和经济的高质量增长又吸引了很多低技术和无技术外国人来华就业,甚至非法来华就业,进一步挤压了我国劳动者的就业空间。另一方面,为了维持经济健康持续发展和应对日趋白热化的全球人才竞争态势,我国高度重视引进外国人才特别是外国高端人才来华就业。“随着有关政策持续显效,我国利用外资保持稳中提质的态势,前5个月制造业、高技术产业实际使用外资分别增长5.9%和7.5%。”^②吸引外资对我国经济的发展具有极大促进和恢复作用。《国务院关于扩大对外开发积极利用外资若干措施的通知》中明

收稿日期: 2023-08-15

基金项目: 国家社科基金一般项目“在职竞业限制制度完善研究”(21BFX206)。

作者简介: 汪发洋(1991—),男,安徽六安人,安徽大学法学院讲师(通讯作者);

李坤刚(1964—),男,安徽阜阳人,安徽大学法学院教授;

曹有康(1995—),男,安徽合肥人,安徽大学法学院博士研究生,巢湖学院讲师。

^①参见国家统计局:《中华人民共和国2022年国民经济和社会发展统计公报》,国家统计局官网,http://www.stats.gov.cn/sj/zxfb/202302/t20230228_1919011.html,2023年7月5日访问。

^②侯捷宁:《我国利用外资稳中提质 外商投资呈现三个新特点》,《证券日报》2023年7月20日第A2版。

确支持海外高层次人才在华创业发展。^①2023年8月13日发布的《国务院关于进一步优化外商投资环境加大吸引外商投资力度的意见》提出,为符合条件的外商投资企业聘雇并推荐的外籍高级管理、技术人才申请永久居留提供便利;提高外国人永久居留身份证在公共交通、金融服务、医疗保障、互联网支付等场景应用便利度。^②

完善的外国人来华就业法律制度是优化营商环境的重要组成部分,外国人来华就业法律要适应我国实际需求,并与国际接轨。为更好地吸引外资,鼓励外资在华开展研发创新,提高外资项目的技术水平,扩大外资企业的技术溢出效益,必须从法律规制的层面解决外国人来华就业问题,在不冲击国内劳动力就业的前提下,平等保护合法来华就业的外国劳动者,并大力吸引高端人才来华就业。

外国人就业的法律规制,是指东道国对不具有本国国籍的自然人在其境内从事社会劳动并获取劳动报酬等行为进行管理的法律规范和制度。各国一般通过移民法(immigration law)和雇佣法对外国人就业行为进行法律规制,移民法律规范通过签证审批、工作许可等前端机制来决定外国人能否入境东道国并就业;雇佣法律规范则从后端解决外国人就业后劳动和社会保险等权益保护问题。^③这种前后段式的规制,不是孤立的,而是既有各自的法律理念和制度重点,也有共同立法宗旨和制度衔接的内在联系的法律调整。因此对外国人就业的规制是移民法和雇佣法两个法律部门有机关联融合的法律调整。^④中国不是传统的移民国家,没有制定移民基础法律,也未建立统一的移民法律概念,涉及移民和外国人事务的法律法规比较分散,如《出境入境管理法》《国籍法》《外国人在中国永久居留审批管理办法》等。在我国,劳动关系是由劳动法律法规专门调整的,因此外国人来华就业的法律规制是由出入境管理法与劳动法两个法律部门来实现的。

我国既有的学理研究没有突破部门法视野的局限,或从移民法角度研究外国人来华的入境就业管理,或从劳动法角度研究外国人来华就业的劳动条件和劳动保护。有关外国人的入境就业管理的讨论主要集中在如何制定并不断完善技术移民制度,做到鼓励高端、控制一般、限制低端。以及探索非法就业外国人的合法化路径。^⑤有关外国人来华就业的劳动保护,当前的讨论主要集中在对不同法律身份的外国人如何提供劳动保护。其一,对合法来华就业的外国人,有学者认为我国劳动法应当为合法就业的外国人提供同等保护,除非法律明确规定保护对象仅限于中国公民。^⑥其二,对非法来华就业的外国人,有学者认为应当遵循国际公约要求的国民待遇原则给予劳动保护。^⑦简言之,目前研究从所属部门法领域的视角出发,易陷入理解片面化的困境,无法统筹提出鼓励外国高端人才来华就业和防范外国人非法入境就业的最优解决方案。

^①参见国务院:《国务院关于扩大对外开发积极利用外资若干措施的通知》, https://www.gov.cn/zhengce/content/2017-01/17/content_5160624.htm, 2023年8月27日访问。

^②参见国务院:《国务院关于进一步优化外商投资环境加大吸引外商投资力度的意见》, https://www.gov.cn/zhengce/content/202308/content_6898048.htm, 2023年8月27日访问。

^③Kati L. Griffith. U.S. Migrant Worker Law: The Interstices of Immigration Law and Labor and Employment Law. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 125(31), 2009, pp. 125-162.

^④Kati L. Griffith. Discovering “Immigration” Law: The Constitutionality of Subfederal Immigration Regulation at Work. *Yale Law & Policy Review*, 29(2), 2011, p. 394.

^⑤参见刘国福:《改革中的外国人来华工作法律规制研究》,《社会科学战线》2017年第5期;马忠法:《标准背后的法律问题——兼论正确认知标准必要专利》,《贵州师范大学学报(社会科学版)》2023年第2期。

^⑥参见喻术红:《构建“人类命运共同体”理念下在华外籍劳工权益之保护》,《社会科学战线》2020年第1期。

^⑦参见李英、黄勤怡:《在华非法就业外国人相关权利的法律保护》,《第四届移民法论坛:出境入境管理法、中国和世界论文集》2012年。

学理上的疏漏和误区导致了我国的出入境管理法与劳动法针对外国人来华就业的规制彼此孤立,在理念宗旨、制度规则等方面有机关联不够,规制的效果不佳。因此,本文以移民法和劳动法的协调规制为视角,以高端人才来华就业为重点,构建外国人来华就业法律规制的一般理念框架,并以此检视我国现行法在外国人来华就业的入境管理和劳动保护方面存在的问题,探究相关法律制度的完善。

二、外国人在华就业法律规制的理念构建

当前,我国出入境管理法与劳动法两个部门彼此孤立,在理念宗旨、制度规则等方面互不关联地规制外国人来华就业,规制效果差,这显然无法适应现实形势需求。为此,需要厘清有机统一和协调我国出入境管理法与劳动法对外国人来华就业的规制理念,以理念统辖和指导对外国人来华就业法律规制的原则、制度和规则。

(一) 规制外国人来华就业法律规范需要“选择理念”和“统合理念”的指引

外国人就业的入境管理和劳动保护之间并非彼此孤立,而是相互促进、有机协调的。就外国人来华就业法律规制的出入境管理法和劳动法两个法律部门而言,相应的法律制度需要贯彻这种相互协调关系,有必要提炼指导制度制定和实施的基本理念,且这种指导理念须以外国人来华就业的主要社会活动和社会关系为客观依据。

当前劳动力资源跨境流动日益频繁,各国纷纷以本国利益为主,结合本国劳动力资源的供需情况来决定外国人入境就业的准入和禁入,因而实施工作许可、签证等筛选性质的制度。^①引进外国劳工既需要符合本国市场的需求,也要确保外国劳工的涌入不会损害本国劳动者的就业机会,这是主权国家维护本国利益的客观需求。美国早于1952年制定《移民与国籍法案》(Immigration and Nationality Act)确立了旨在保护国内劳动市场的劳工证(Labor Certification)制度,申请雇佣关系为基础的移民签证必须取得劳工证,要求能够证明该岗位没有足够的美国劳动者能够胜任,且雇佣该外国人不会对处于同样雇佣地位的美国劳动者的工资及其他劳动条件产生不利影响。^②因此,在外国人来华就业出入境管理中贯彻和实施选择性制度和规则,是符合国家利益至上宗旨的应然之举,也是制定和完善所必不可少的“选择理念”。

对入境就业的外国人是否需要区分合法入境就业与非法入境就业而适用不同的劳动权保护和社会保障,以及对合法入境就业的外国人是否与本国劳动者统一适用还是有差别地适用,是外国人来华就业劳动法律规范的制定和实施的重要问题。在处理这些关系和问题中,遵循国家利益至上宗旨,应为合法入境就业的外国人提供平等、周全的保障,从而鼓励外国人合法入境就业。美国作为典型的移民国家尤为注重移民融合和权益的平等保障,1964年《民权法案》第7章禁止包括种族、肤色、宗教、性别以及祖籍国等方面雇佣歧视,^③而1986年《移民改革和控制法案》(Immigration Reform and Control Act: IRCA)首次加入了禁止对外国劳动者的国籍歧视。^④以这种统一平等性思想指导规制外国人就业的劳动法律规范的制定和实施,可以抽象概括为“统合理念”。在“统合理念”指引下的外国人来华就业劳动法律规范的制定和实施,可以有效保护在华外国劳动者的相关权利,不仅有利于缓解社会矛盾维护社会稳定,也有利于吸引海外高端人才实现“聚天下英才所用”的目标,最终还是为我国的经济和社会发展助力。

^①罗杨:《美国技术移民政策综述》,《华侨华人历史研究》2014年第3期。

^②Ruth Ellen Wasem, Immigration of Foreign Workers. Labor Market Tests and Protections, <https://trac.syr.edu/immigration/library/P1772.pdf>, 2023年8月27日访问。

^③Section 701 (a), Title VII of the Civil Rights Act of 1964.

^④Carlos A. Gonzalez. Standards of Proof in Section 274B of the Immigration Reform and Control Act of 1986. *Vanderbilt Law Review*, 1323 (41), 1988, pp. 1323-1356.

(二)“选择理念”的目标及其实现的基本要求

所谓“选择理念”，是指国家根据既定标准允许哪些外国人入境就业。根据国际法上的国家主权原则，外国人没有入境的自由，是否允许外国人入境一直都被认为是国家行使管辖权范畴内的事务，联合国《保护所有迁徙工人及其家庭成员权利国际公约》认可了主权国家有权允许或者拒绝迁徙工人的入境就业。^①发达国家的成功经验便是有效地获取和使用全球人才资源，选择哪些外国人员入境就业中，高端人才无疑是政策的重点目标。^②当前我国面临着严峻的全球高科技人才竞争态势，美国对我国发展进行围堵打压，其中重要的措施就是限制科学技术领域的移民和留学政策，疫情后国际上新一轮人才战日趋白热化，如英国2020年启动无限额的“全球人才签证”(Global Talent Visa)。根据“选择理念”，我国必须加快构建具有国际竞争力的高端人才引进制度体系，以更积极开放的举措引留外国高端人才创新创业。

国家针对外国劳动者的选择，主要是为了实现两个劳动法律政策上的目标。第一，满足本国劳动力市场需求。受人口老龄化、经济全球化以及产业结构调整等因素的叠加影响，很多国家的劳动力资源难以自给自足，这就需要通过接收从事相关短缺岗位的外国人来解决。例如，20世纪90年代之后，西欧国家的经济持续增长，从事IT、医疗保健以及其他领域的各类劳动者数量严重不足，英德两国在2001年率先发布报告称，未来需要依靠外国劳动者来弥补国内劳动力资源短缺的问题。^③第二，保护本国劳动者。通过接收外国人就业来满足本国劳动力市场需求，始终是一种短期性的、可调整的国家政策。这是因为，外国人入境就业并不总是有益的，当本国劳动力市场中从事某种类型工作的劳动者供大于求时，如果从事相同类型工作的外国人仍然继续流入，那么势必会加剧本国劳动者的失业风险，甚至会出现恶性竞争的局面，导致劳动条件的整体降低。在国家利益最大化原则的指导下，政府需要阻止对本国劳动者的就业安全构成威胁的外国人进入本国劳动力市场。这也是为什么日本政府在紧锣密鼓地开展新一轮劳动力争夺战的同时，其内阁会议却于2018年敲定纳入“如果劳动力短缺的情况消除，将停止接收”等原则的基本方针之原因。^④

“选择理念”关涉外国人的入境就业管理，主要通过移民法(我国是通过出入境管理法等)实现。^⑤“选择理念”是为了满足本国劳动力市场需求和保护本国劳动者，因而移民法在外国人的准入和排除的制度设计上要充分考虑这两个目标。首先，要建立一个“过滤网”式法律制度。对于申请入境就业的外国人，要通过该制度来判断其是否属于本国劳动力市场所短缺的劳动者类型，若是，则准许其以合法身份入境就业；若不是，则禁止其入境就业。如果后者通过其他非法渠道入境就业，那么就会成为非法就业外国人。其次，还要建立一套“靶向排除+免疫提高”式法律制度。从理想状态看，一个完善的“过滤网”式法律制度可以在很大程度上实现“选择理念”的目标，但在雇主为了降低用工成本，以及外国人为了增加收入的双向经济刺激之下，实际上仍有很多外国人通过其他非法渠道入境就业。所谓靶向排除，就是对非法就业外国人进行制裁，主要是通过行政罚款、行政拘留以及强制遣返等措施，来实现对个别非法就业外国人的排除。所谓免疫提高，就是通过制裁非法雇佣外国人的雇主，来强化雇主自觉抵制外国人非法就

^①《保护所有迁徙工人及其家庭成员权利国际公约》第5条规定：“为本公约的目的，迁徙工人及其家庭成员：(a) 如在就业国内依照该国法律和该国为缔约国的国际协定，获准入境、逗留和从事有报酬活动，则视为有证件或身份正常；(b) 如不符合本条(a)项所规定的条件，则视为没有证件或身份不正常。”

^②陈丽君：《如何迎接新一轮全球人才竞争》，《光明日报》2021年2月21日07版。

^③Stephen Castles. Guestworkers in Europe: A Resurrection. *International Migration Review*, 40(4), 2006, pp. 741-766.

^④丁曼：《日本外国劳动力政策不再“犹抱琵琶半遮面”》，https://www.sohu.com/a/283203387_618422，2023年8月20日访问。

^⑤中国不是传统的移民国家，没有制定移民基础法律，也未建立统一的移民法律概念。涉及移民事务和社会关系的法律法规比较分散，如《出境入境管理法》《国籍法》《外国人在中国永久居留审批管理办法》等。

业的意识。靶向排除是排除非法就业外国人必不可少的措施,但在外国人为了获得更多收入的推力,以及目的地国较高工资水平的拉力之下,单纯的靶向排除无法阻止非法就业外国人的继续流入。已有研究表明,一国境内非法就业外国人之多寡和法律对非法雇佣外国人的制裁是否严厉之间存在着内在逻辑关系,对雇主非法雇佣外国人的制裁越严厉,其国内的非法就业外国人就越多,因而制裁雇主才是抑制外国人非法入境就业的有效方法。^①但这并不意味着,对雇主非法雇佣外国人的制裁越严厉越合理,因为严厉的制裁可能会引发雇主对合法就业外国人产生基于国籍为由的就业歧视。比如,有些雇主为了避免因非法雇用外国人而遭受法律的制裁,在招聘、录用、解雇等方面对具有外国人特征的劳动者采取不利差别对待的态度,^②这会降低本国劳动力市场对优秀外国人才的吸引力,尤其是高层次人才。只有在宽严之间寻找到一个平衡点,才有利于实现满足本国劳动力市场需求和保护本国劳动者的目标。

(三)“统合理念”的目标及其实现的基本要求

“统合理念”,是指将本国雇主与外国劳动者之间的法律关系纳入本国劳动法的调整范围。本国劳动法对外国劳动者是否给予以及如何给予劳动保护有且只能被视为一种手段,其最终目的是要服务于国家利益。国际人才竞争的背后是制度的竞争,提高对外国人才开放度和吸引力的关键,需要在“统合理念”指导下制定完善的权益保障制度。对于引才重点的高端人才,更应出台积极开放的政策措施,以形成高端人才工作和社会生活的最优生态。

国家针对外国劳动者的统合,主要是为了实现两个移民法律政策上的目标。第一,鼓励外国人合法入境就业。在经济全球化的时代,面对本国劳动力资源短缺的问题,最直接的应对策略就是引进从事相关工作的外国劳动者。推动外国人不远万里奔赴他乡就业的因素,除了优厚的劳动条件之外,更重要的是健全的劳动法治保障。为此,很多国家将外国人入境合法就业纳入本国劳动法的适用范围,充分保障他们的劳动权益。第二,抑制外国人非法入境就业。非法就业外国人是各国移民法的重点排除对象,但仅依靠移民法不足以有效减少非法就业外国人。因为从推拉理论的逻辑来看,地区间、国别间的社会经济发展差距是劳动力资源跨境流动的重要原因。^③为了获得比在其国籍国更多的收入,外国人可能会铤而走险通过非法渠道入境就业,而非法就业外国人相对低廉的用工成本又会刺激雇主更加倾向于雇用他们。因此,很多国家都会通过给予非法就业外国人一定劳动保护的方式,来提高雇主雇用他们的用工成本,从而削弱雇主非法雇用外国人的经济刺激,迫使雇主在移民法之违法成本和劳动法之用工成本的双重压力下,放弃雇用非法就业外国人。

“统合理念”关涉外国人就业的劳动条件保护,主要通过劳动法予以实现。我国在外国人就业劳动法规设计上要充分考虑“统合理念”的目标实现。首先,要给予合法就业外国人充分的劳动保护。为了更好地吸引外国劳动力和人才资源,很多发达国家已经跨越了简单的许可或者禁止外国人入境就业的初级阶段,而进入了通过劳动法律保障外国劳动者享有符合人权标准权益的更高阶段。^④如果没有给予合法就业外国人应有的充分劳动保护,那么他们的劳动权益将会处于保护失位状态,这会降低本国劳动力市场对海外人才的吸引力。但充分的劳动保护并不意味着本国劳动法完全无差别地适用于合法就业外国人。根据联合国《经济、社会、文化权利国际公约》第4条的规定,为了增进民主社会之公共福利,各国可以通过法律明确规定的方

^①Law Library of Congress. Immigration Law Sanctions and Enforcement in Selected Foreign Countries: Brazil, Egypt, Japan, Mexico, Sweden, and Switzerland, <https://www.loc.gov/item/2019669771/>, 2023年8月27日访问。

^②[日]早川智津子:《外国人労働法の政策》,信山社2008年版,第137頁。

^③梁在、王楠:《中国和21世纪的国际移民研究》,《学术月刊》2021年第8期。

^④王世洲:《我国技术移民法核心制度的建立与完善》,《中外法学》2016年第6期。

式,限制某些权利对外国人的适用,只要所定之限制与此类权利之性质不相抵触即可。考虑到劳动法中某些法律制度的特定立法目的,以及外国人就业在移民法上的特殊性,还应允许劳动法基于其他理由的合理差别规制。其次,要给予非法就业外国人必要的劳动保护。根据联合国《保护所有迁徙工人及其家庭成员权利国际公约》第3部分的规定,对外国人基本人权的保护趋势,已经从合法就业外国人延伸到非法就业外国人。^①不过,由于外国人非法入境就业问题涉及国家主权和劳动力市场管理问题,绝大多数国家并未给予他们充分的劳动保护,而是结合国际人权公约的相关规定以及本国利益需要给予一定限度的劳动保护。如果劳动法拒绝给予非法就业外国人劳动保护,非法就业外国人的用工成本会比较低廉,在资本逐利的特性下,雇主会产生雇用非法就业外国人的经济刺激。根据需求产生供给的理论,当雇主对非法就业外国人的用工需求得到增长时,非法就业外国人的数量也会得到相应增长。但如果对非法就业外国人给予完整充分的劳动保护,则又会产生允许外国人非法入境就业的法律效果。因此,对于非法就业外国人而言,既不能拒绝给予劳动保护,又不能给予充分或完全的劳动保护,否则都会与排除外国人非法就业的移民法律政策相违背,其劳动保护程度要以达到有效削弱雇主非法雇用外国人的经济刺激为准。

总体来说,外国人在华就业法律规制的“选择理念”与“统合理念”的关系是相互促进和有机协调的。“选择理念”通过对外国人入境就业的准入和排除区分了合法就业与非法就业外国人,这是“统合理念”中对不同就业身份的外国人给予差别规制的前提和基础;“统合理念”内含的给予合法就业外国人充分保护和给予非法就业外国人必要保护的措施,进一步保障“选择理念”中满足本国劳动力市场需求和保护本国劳动者的目标实现。把握“选择理念”与“统合理念”的这些基本原理,对于我国完善外国人在华就业法律规制有重要的指导意义。

三、“选择”与“统合”失当:现行外国人在华就业法律规制存在的问题

我国专门调整和涉及外国人在华就业关系的法律主要有《外国人在中国就业管理规定》(以下简称《就业管理规定》)、《中华人民共和国出境入境管理法》(以下简称《出境入境管理法》)和《中华人民共和国劳动法》《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称《劳动合同法》)等。目前,虽然我国境内就业的外国人越来越多,但令人遗憾的是,拥有专业技术的外国劳动者增速放缓,个别年份甚至不升反降,而具有低技术和非技术特征的外国劳动者却呈现出非理性增多。^②例如,珠三角地区一些从事低端产业的用人单位为了缓解国内用工成本攀升的压力非法雇用东南亚廉价劳动力。^③之所以会出现这些现象,主要是因为外国人在华就业法律规制还不够成熟,有机协调不足。一方面,出入境管理法律规制无法有效满足我国劳动力市场需求和保护我国劳动者;另一方面,劳动法律规制没有考虑到鼓励外国人合法入境就业以及削弱用人单位雇用非法就业外国人的经济刺激。

(一) 偏离“选择理念”:现行出入境管理法律规制的缺陷

我国通过实施外国人来华工作许可制度以筛选外国劳动者,采用分类管理方式,并遵循鼓励高端人才、控制一般人才、限制低端人员的基本逻辑。《就业管理规定》第6条规定:“用人单

^①International Organization for Migration. The Human Rights of Migrants, https://publications.iom.int/system/files/pdf/migrants_human_rights.pdf, 2023年8月27日访问。

^②自2018年4月2日国家移民管理局组建以来,查处的“三非”(非法入境、非法居留、非法就业)的外国人增加明显,当年查处“三非”外国人12.1万人,同比增长12%;2019年同比上升25%。参见刘子阳:《2018年国家移民管理工作回眸》,《法制日报》2019年1月22日;熊丰:《国家移民管理局:2019年出入境人员达6.7亿人次》,新华网2020年1月5日, http://www.xinhuanet.com/politics/2020-01/05/c_1125423063.htm, 2023年9月11日访问。

^③李栋:《广东去年查获五千“洋黑工”多从事低端产业》,《广州日报》2015年3月31日。

位聘用外国人从事的岗位应是有特殊需要,国内暂缺适当人选,且不违反国家有关规定的岗位。”该规定清楚地表明了我国“以我为主、按需引进”的合理引进外国人就业的政策。国家外国专家局、人力资源社会保障部、外交部、公安部2017年发布《关于全面实施外国人来华工作许可的通知》,我国实施统一的外国人来华工作许可制度,并将来华就业外国人分为外国高端人才(A类)、外国专业人才(B类)和其他外国人员(C类)。然而,具体的制度设计并未充分贯彻“选择理念”,对外国高端人才(A类)的引进审批程序缺乏开放性和便捷性,对B类外国专业人才和C类其他外国人员(以下统称为“外国一般人才”)工作许可偏离市场需求,对雇用非法就业外国人的制裁宽严失衡。

1. 外国高端人才引进程序缺乏开放性和便捷性

外国高端人才(A类)是符合“高精尖缺”为我国经济社会发展急需的外国人,主要包括入选国内人才引进计划、取得国际公认的专业成就、符合市场导向的国际企业家和高技能人才等。2017年实施的《外国人来华工作许可服务指南(暂行)》并未对外国高端人才的引进审批作出特殊规定,外国高端人才在我国合法就业的审批程序和其他外国人一样;同年实施的《外国人才签证制度实施办法》另外要求办理《外国高端人才确认函》。根据前述规定,现行的外国高端人才引进程序是:由邀请单位向外国人工作管理部门申请《外国高端人才确认函》《外国人工作许可通知》;再由申请人向驻外使领馆或外交部委托的其他驻外机构申请人才(R字)签证;入境后向外国人工作管理部门申请《外国人工作许可证》,向公安部门申请工作居留证件。

本应发挥鼓励作用的外国高端人才引进程序,却因其缺乏开放性和便捷性而事与愿违地限制了外国高端人才的引进。首先,现行的外国高端人才的引进审批制度较为保守,限制了外国高端人才来我国就业的空间和机会。无论是外国高端人才,还是外国专业人才和其他外国人员,来我国就业的前提是取得用人单位的工作邀请,方能启动人才引进程序。这样的程序设置导致外国高端人才只能“被动地”等待,而不能“主动地”寻找就业机会。此外由于语言文化等方面的差异,外国高端人才也有可能是在入境前难以取得工作邀请。其次,外国高端人才的引进审批程序繁琐,未脱离传统的行政管控思维,服务保障措施不足。一方面,多个部门分散行使审批职能,外国人工作管理部门审批《外国高端人才确认函》和《外国人工作许可证》,外交部门审批人才(R字)签证,公安部门审批工作居留许可。另一方面,根据《就业管理规定》,无论是外国高端人才,还是外国专业人才和其他外国人员,外国人的工作发生变更时,如变更就业区域、工作单位等,均需要重新申请工作许可或者办理变更审批。

2. 外国一般人才工作许可制度偏离市场需求

国家外国专家局、人社部、外交部、公安部联合制定的《外国人来华工作分类标准(试行)》规定,外国专业人才(B类)是“符合外国人来华工作指导目录和岗位需求,属于中国经济社会发展急需的外国专业人才”;其他外国人员(C类)是“满足国内劳动力市场需求,符合国家政策规定的其他外国人员”。对这两类外国人工作许可的申请和审批步骤是:用人单位在雇用外国人前,向外国人工作管理部门提出申请;外国人工作管理部门审查申请人的年龄、学历、工作经历等,根据是否符合我国劳动力市场的需求状况进行核准。由此可见,我国现行外国人工作许可是以政府行政管理为主,用人单位的作用仅仅是在未经市场调查下的“提名申请”而已,行政部门拥有宽泛的自由裁量权。

对于外国高端人才(A类),由于规定的人才标准多是世界公认的杰出性标准,引才目的更多着眼于国家长远战略性使用,故行政部门根据国家引才政策进行裁量审批并无不妥。但是,

一般的外国专业人才(B类)以及其他外国人员(C类),其大多为非公有制企业、非企业单位等短期和阶段性经营管理需要,用人单位主要考察人才的专业程度、掌握技能、岗位需求和市场效益等。由于行政部门毕竟不是劳动力市场主体,与用人单位相比,其对劳动力市场需求及其变化的感知相对迟钝且不一定准确,所以实践中很容易出现从事相关短缺类型岗位的外国人进不来,而从事饱和类型岗位的人进得来的不合理现象。详言之,行政部门自由裁量权的行使一旦过于严格,就会对从事相关短缺类型岗位的外国人的入境就业造成阻碍;而过于宽松,则又会对从事饱和类型岗位的外国人的入境就业打开方便之门。因此,现行外国人工作许可制度对于满足我国劳动力市场需求和保护我国劳动者,呈现出心有余而力不足的状态。

3. 用人单位非法雇用外国人的制裁宽严失衡

《出境入境管理法》第80条第3款规定:“非法聘用外国人的,处每非法聘用一人1万元、总额不超过10万元的罚款;有违法所得的,没收违法所得。”这是现行法关于制裁用人单位非法雇用外国人的唯一规定,但其既存在“过严”的一面,又存在“宽松”的一面。

“过严”的一面表现为,现行法在制裁用人单位非法雇用外国人时,并没有将用人单位的主观过错作为考虑因素,所以制裁对象实际上包括无主观过错的用人单位。根据过错责任原则,无论是刑事制裁抑或行政处罚,在不具备主观过错的情况下不能制裁行为人。^①实践中,持有《外国人永久居留身份证》《外国人在中华人民共和国从事海上石油作业工作准证》《临时营业演出许可证》等证件的外国人在华就业,都不需要用人单位为他们申请办理外国人工作许可,这就为一些别有用心的人冒用、涂改、伪造、转让、买卖相关证件非法就业提供了可能。除此之外,有时还会发生外国人冒用中国公民的身份非法就业的事件。^②因此,用人单位不知道其所雇用的劳动者实为非法就业外国人的情况时有发生,这其中不乏无主观过错的用人单位。对这些无主观过错的用人单位进行无差别制裁,会引起用人单位对整个外国劳动者群体基于国籍为有的就业歧视,这在一定程度上削弱了我国劳动力市场的吸引力和包容性。由此可见,对用人单位非法雇用外国人的制裁“过严”不具有合理性,此举所造成的负面影响会传导给在我国合法就业的外国人,从而阻碍更多的优秀外国人才来华就业。

“宽松”的一面表现为,现行法规定的制裁手段单一且力度较低。根据责罚相当原则,违法者所承受的制裁量,应当与其通过违法行为获得的不当利益的量予以对应,否则制裁行为将无法达到矫正违法行为的预期目的。^③现行法对用人单位非法雇用外国人的制裁是行政罚款和没收违法所得,遵循“法无明文规定不处罚”的原则,除此之外的任何制裁手段都不可对用人单位实施。对于抱有侥幸心理而少量非法雇用外国人的用人单位来说,行政罚款确实能够发挥一定的威慑作用。但对于大量、多次非法雇用外国人的用人单位而言,行政罚款的威慑作用将会大打折扣,因为上限10万元的罚款金额存在着一个逻辑悖论,即非法雇用外国人在10人以上的,用人单位的平均违法成本随着雇用人数的增多反而越少。至于没收违法所得,一直是实践中的执法难点,其中违法所得的认定难是一个重要原因。为了减少争议,行政管理中违法所得的认定,主要是依照国家部委的解释和答复。^④但目前国家部委对哪些金额属于用人单位非法雇用外国人的“违法所得”并未做出任何解释和答复,故没收违法所得在用人单位非法雇用外国人

^①王贵松:《论行政处罚的责任主义》,《政治与法律》2020年第6期。

^②戴玮:《缅甸男子冒用中国表哥身份打工14载 因吸毒被抓获》, <http://news.66wz.com/system/2014/11/28/104285832.shtml>, 2023年8月27日访问。

^③关保英:《违法成本评估研究》,《南京社会科学》2017年第8期。

^④王青斌:《行政法中的没收违法所得》,《法学评论》2019年第6期。

的制裁中不具有可操作性。总体来说,由于现行法规定的可操作性制裁手段仅为行政罚款,且可罚额度较低,缺少强威慑力的制裁手段,所以很多非法雇用外国人的用人单位对此有恃无恐。因此,“宽松”的一面同样不具有合理性,它使得有些不法用人单位更加倾向于非法雇用外国人,使我国低技术和非技术型劳动者的就业机会和劳动条件都受到了威胁。

(二) 偏离“统合理念”: 现行劳动法律规制的缺陷

“统合理念”可以指导在华就业的外国人劳动争议案件的法律适用规则,将本国雇主与外国劳动者之间的法律关系纳入本国劳动法的调整范围。然而,司法实践正是因为缺少“统合理念”的指导,存在着外国人合法就业的劳动法律适用不明确、非法就业外国人缺乏必要的劳动保护等问题。

1. 外国人合法就业的劳动法律适用不明确

当事人一方或双方是外国公民、外国法人或者其他组织、无国籍人的,为涉外法律关系,所以在我国就业的外国人所订立的劳动合同具有涉外性,需要考虑准据法的问题。根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第43条规定:“劳动合同,适用劳动者工作地法律。”因此,在我国合法就业的外国人,在双方没有约定适用其他国家法律的时候,自然适用我国法律。但问题在于,我国对于外国人在华就业的劳动权益问题有专门的行政规定,《就业管理规定》第21、22条特别提到,外国人在中国就业的,最低工资、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、社会保险五方面按照我国劳动法律规定执行,除此之外的其他劳动权益并未提及。《劳动法》和《劳动合同法》两部法律中的第2条都规定了适用范围,即我国境内的用人单位和与之形成劳动关系的劳动者,但这两部劳动法律对劳动者的国籍并未作出规定,在全国人大法工委、国务院法制办和最高人民法院对相关条文的权威解读中,也没有明确提及外国劳动者。这导致了学界对在我国合法就业的外国人的劳动法律适用问题见仁见智,有学者认为,从属地主义原则考虑,我国劳动法的适用范围理应包括合法就业外国人;^①也有学者认为,法律没有明确说明合法就业外国人可完全适用我国劳动法律规范,故可按照我国劳动法律规定执行的劳动权益仅限于《就业管理规定》明确规定的五个方面,其他劳动权益应由双方约定,不适用我国劳动法。^②

除学界争议之外,我国司法部门关于合法就业外国人的劳动法律适用标准至今没有形成统一认识。以外国劳动者分布较为集中的广东省和上海市为例,广东省高院认为,虽然《就业管理规定》未涉及除最低工资、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、社会保险之外的其他劳动权益,但这并不意味着该规定排除其他劳动权益适用我国劳动法,所以在其负责审理的相关涉外劳动争议案件中,肯定了我国劳动法对合法就业外国人的完全适用。^③然而,上海市高院在2013年发布的《上海市高级人民法院劳动争议案件审理要件指南(一)》中明确,《就业管理规定》中规定的最低工资、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、社会保险五方面按照我国劳动法律规定执行,其他劳动权益则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。^④在上海市高院负责审理的相关涉外劳动争议案件的裁判要旨中,也明确

^①参见喻术红:《构建“人类命运共同体”理念下在华外籍劳工权益之保护》,《社会科学战线》2020年第1期;孙国平:《论涉外劳动合同准据法之确定》,《法学》2017年第9期;周国良、梁华侨、程小勇:《涉外劳动关系权利义务的处理》,《中国劳动》2016年第5期。

^②参见刘国福:《改革中的外国人来华工作法律规制研究》,《社会科学战线》2017年第5期。

^③参见(2020)粤民申8555号民事判决书、(2020)粤民申1271号民事判决书、(2018)粤民再267号民事判决书、(2017)粤民申844号民事判决书。

^④上海市高级人民法院:《上海市高级人民法院劳动争议案件审理要件指南(一)(2013)》, <https://www.faxin.cn/lib/dffl/DfflSimple.aspx?gid=B1070731&libid=010203>, 2023年8月27日访问。

了其他劳动权益不适用我国劳动法的观点。^①但上海市二中院对于这个问题的看法一直坚持己见,与上海市高院的观点相反,在上海市二中院负责审理的相关涉外劳动争议案件的裁判要旨中,非常明确地表达了我国劳动法应当完全适用于合法就业外国人的观点。^②

理论上,前述两种观点都存在一定的缺陷。对合法就业外国人的劳动保护,既要做到有利于鼓励外国人合法入境就业,又要考虑到符合相关劳动法规范的特定立法目的。外国人在华合法就业完全适用我国劳动法的观点,不仅没有考虑到我国劳动法中某些法律制度的立法目的,也没有考虑到外国人就业在出入境管理法上的特殊性。例如,立法者关于无固定期限劳动合同制度,以及经济性裁员中优先留用规则的设计,都是为了维护本国劳动者劳动关系的安定性,如对外国人无差别的适用,实为不妥。而合法就业外国人不适用我国劳动法,应由雇佣双方自由约定的观点,遵循着“有约定从约定,无约定不保护”的态度,无异于将合法就业外国人置于基本的劳动保护体系之外,这无疑会降低我国劳动力市场对能够合法入境就业外国人的吸引力,不利于鼓励外国人来华就业。

2. 非法就业外国人缺乏必要的劳动保护

2020年12月25日通过的《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)》第33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华人民共和国境内的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。”该规定可以说完全继承了已被废止的《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)》第14条第1款的规定。在现行法律语境下,下级法院对上述司法解释出现了“无效劳动合同说”和“劳务合同说”两种不同的解读。广东省的法院认为,非法就业外国人与用人单位之间所订立的合同为无效劳动合同,所约定的内容无效。非法就业外国人主张劳动权利的,不予支持,双方对劳动合同无效有过错的,根据《劳动合同法》第86条的规定,由过错方承担赔偿责任。^③上海市的法院则认为,非法就业外国人与用人单位之间所订立的合同为劳务合同,应适用民法。^④

理论上,前述观点都存在的问题。对非法就业外国人的劳动保护,主要为了削弱用人单位雇用外国劳动者的经济刺激,唯有如此,才能有效防范外国人非法就业。“无效劳动合同说”是排除了《劳动合同法》第86条以外的其他劳动法律规范的适用,“劳务合同说”则是完全排除了我国劳动法对非法就业外国人的适用。二者最后的法律效果和所欲达到的目的基本相同,都是通过拒绝给予非法就业外国人劳动保护的方式,试图削弱外国人非法就业的经济刺激。然而这一目的很有可能无法实现,因为外国人入境非法就业的主要动机是为了赚取比在其国籍国更多的劳动报酬,而不论其是否受到目的地国劳动法的严格保护。^⑤即便将非法就业外国人置于我国劳动法的保护范围之外,只要他们能在我国赚取比其国籍国更多的劳动报酬,那么就无法削弱其来华就业的经济刺激。相反,用人单位非法雇用外国人本就是为了降低用工成本,拒绝给予非法就业外国人劳动保护,反倒是会使用用人单位产生更强烈的雇用非法就业外国人

^①参见(2019)沪民再6号民事判决书、(2019)沪民申363号民事判决书、(2018)沪民申2729号民事判决书、(2017)沪民申1209号民事判决书、(2015)沪高民一(民)申字第1072号民事判决书。

^②参见(2020)沪02民终3768号民事判决书、(2018)沪02民终1787号民事判决书、(2017)沪02民终6686号民事判决书、(2016)沪02民终7725号民事判决书、(2015)沪二中民三(民)终字第74号民事判决书。

^③参见(2019)粤03民终33676号民事判决书、(2019)粤0303民初16200号民事判决书、(2017)粤0303民初5010号民事判决书。

^④参见(2020)沪02民终3324号民事判决书、(2018)沪01民终3186号民事判决书、(2018)沪02民终2380号民事判决书。

^⑤Susan Charnesky. Protection for Undocumented Workers under the FLSA: An Evaluation in Light of IRCA. San Diego Law Review, 379(25), 1988, pp.395-396.

的经济刺激。

四、“选择”与“统合”有机协调：完善外国人在华就业法律规制的建议

一直以来,我国都是人力资源大国,却不是人才资源强国,尤其是高端人才不足,这是我国参与国际竞争与实现国家长期发展的一处短板。为此,我国须大力鼓励引进高端人才,吸引接收从事短缺类型岗位的外国人的同时,还要做到排除从事饱和类型岗位的外国人,建立以实现国家利益最大化为宗旨的外国人在华就业法律规制体系。外国人在华就业现行法律规制存在的缺陷和不足,可以从实现“选择理念”与“统合理念”的目标出发,作如下修正完善。

(一)“选择理念”视角下完善出入境管理法律规制

以“选择理念”为指导,出入境管理法律应对不同身份的来华就业外国人施加针对性的规制,对外国高端人才应持开放和优待的态度,实施以独立申请为核心、简化便捷的工作许可;对外国一般人才应以市场需求为导向,实施以劳动力市场测试为前置的工作许可;对雇用非法就业外国人的行为以主观过错为标准,制定宽严适当的法律责任。

1.开放以独立申请为核心的外国高端人才工作许可

现行的外国人工作许可制度下,与其他外国人一样,外国高端人才必须以被动地取得用人单位的工作邀请为前提,而不能主动地独立申请入境就业。这种被动式入境就业是为了防止我国劳动者的就业机会被外国人抢占造成社会性失业,避免劳动力市场不需要的外国人入境就业,而采取的一种保护措施。外国专业人才(B类)以及其他外国人员(C类)的无序涌入或许会对我国劳动力市场造成负面影响,但外国高端人才(A类)不会对我国劳动者的就业机会造成威胁,反而是增强我国人才资源储备的重要来源。目前很多国家为了在全球吸引高端人才,都实施了无需工作邀请的独立技术移民制度。^①例如,美国EB1-A“外国杰出人才”签证^②、英国的“全球人才签证”^③、澳大利亚的“杰出人才项目”^④等只要求申请人证明其在职业领域具备杰出成就,无需雇主单位的工作邀请,可独立提出申请。这些发达国家的独立技术移民制度可以为我国所借鉴吸收,对于外国高端人才的工作许可应当采取独立申请制度,即外国人只要能够证明符合外国高端人才(A类)标准,可独立提出外国人工作许可申请,无需国内用人单位的工作邀请。

外国高端人才应实施以独立申请为核心的工作许可制度,同时应简化审批流程和事项。一方面,建立外国高端人才工作许可一站式审批服务机制,最大限度地为外国高端人才入境就业提供便利。独立申请制度下的外国高端人才身处国外,无法在入境前通过境内用人单位办理《外国高端人才确认函》《外国人工作许可通知》。因此,建议取消《外国高端人才确认函》《外国人工作许可通知》,建立外国高端人才工作许可一站式审批服务。具体来说,外国高端人才可以向中国驻外使领馆提供相关证明材料,直接申请外国人工作许可和并联申请R字签证,经外国人工作管理部门认定符合标准的直接发放《外国人工作许可证》,外交部门同步发放R字签证。另一方面,简化后续审批事项,最大限度发挥和利用外国高端人才的知识技能。《就业管理规定》要求外国人工作许可绑定用人单位,严格限制外国人的工作单位、就业区域的变更,需

①刘国福:《中国怎样引进更多外国人才?——技术移民法律制度的国际比较与借鉴》,《人民论坛·学术前沿》2014年08期。

②U.S. Citizenship and Immigration Services. Employment-Based Immigration: First Preference EB-1, <https://www.uscis.gov/working-in-the-united-states/permanent-workers/employment-based-immigration-first-preference-eb-1>, 2023年9月11日访问。

③陈丽君:《如何迎接新一轮全球人才竞争》,《光明日报》2021年02月21日07版。

④Department of Home Affairs. Global Talent Program, <https://immi.homeaffairs.gov.au/visas/working-in-australia/visas-for-innovation/global-talent-independent-program/eligibility>, 2023年9月11日访问。

要重新审批或者办理变更申请。首先,独立申请制度下的外国高端人才工作许可不应绑定具体的工作单位。其次,我国对外国高端人才的短缺具有普遍性,外国高端人才在任何地方都表现为短缺状态,限制外国高端人才在我国的就业区域的变更并无实际意义,反而阻碍了高端人才的合理正常流动。因此,应当对现行法规定的外国人变更工作单位以及就业区域的限制性规定进行修改,允许外国高端人才在工作许可证载明的期限内自主变更工作单位以及就业区域。

2. 实施以劳动力市场测试为前置的外国一般人才工作许可

在当前进入我国就业的外国人数量日益增多的背景下,外国一般人才的入境管理应充分发挥市场在人才资源配置的决定性作用。然而,现行外国人工作许可制度由主管部门基于行政管理的思维和方式来执行,偏离市场需求导向,故对现行外国一般人才工作许可制度进行改革势在必行。正是在此背景下,海南自贸港率先提出在外国人工作许可领域引入负面清单管理模式。^①但是,工作许可制度始终追求平衡保护国内劳动力市场,对外国专业人才(B类)采取控制、对一般外国人员(C类)则采取限制态度,因此负面清单管理具有的极大开放性是否兼容存在很大争议。^②此外在国际上也几乎没有外国人就业负面清单的先例,故《海南自由贸易港外国人工作许可负面清单管理办法(试行)(征求意见稿)》自2021年公开征求意见后仍未出台。

目前,美国、加拿大、澳大利亚、新西兰以及诸多欧盟国家等主要外国劳动力资源移入国,在赋予一般外国技术移民入境就业资格之前进行劳动力市场测试。劳动力市场测试的基本内容是:雇主在招聘外国人时,需要向劳动行政部门登记空缺岗位,并在全国或者所在城市的报纸、互联网以及使用当地语言的其他刊物上刊登招聘广告。招聘要求不得恶意排除本国劳动者,拟雇用的条件也不得低于当地的劳动基准。如果在一定期限内无法招聘到合适的本国劳动者,那么雇主可就该空缺岗位招聘外国人。^③劳动力市场测试的优点在于,一方面可以确保雇主能够真正了解本国劳动力市场的实时供给状况;另一方面可以限制行政机关的自由裁量权,避免外国人工作许可的标准陷于行政化和主观化。通过劳动力市场测试,既可以接收从事短缺类型岗位的外国人,满足本国劳动力市场需求,还可以减少本国劳动者被取代或其工资被压低的风险,保护本国劳动者。^④事实上,我国已经在相关法律政策文件(如《关于全面实施外国人来华工作许可制度的通知》)中确立了劳动力市场测试基本原则,但迟迟未建立具体的实施机制。^⑤因此,相较于过于包容开放的“负面清单”管理,我国应在《外国人来华工作许可服务指南(暂行)》等实施文件中明确建立针对外国一般人才的劳动力市场测试机制,要求用人单位采取积极行动证明其拟招聘的外国人可以满足我国劳动力市场需求,且不会对我国劳动者带来不利影响,以此作为相关行政部门批准外国人工作许可的前置程序。

然而,在具体开展劳动力市场测试工作时,还需要与我国的实际情况相结合。第一,测试效力的一次性。我国出入境管理法不仅限制不具有就业资格的外国人就业活动,也限制外国人在就业资格许可范围外的就业活动,所以除了首次来华就业时需要进行劳动力市场测试之外,在之后的任何一次工作种类变更、特定范围外工作地点变动以及用人单位变更,也都需要进行劳动力市场测试。第二,创设豁免规则。劳动力市场测试需要用人单位投入金钱和时间成本来积

①《中华人民共和国海南自由贸易港法》第46条规定:“海南自由贸易港实行更加开放的人才和停居留政策,实行更加宽松的人员临时出境入境政策、便利的工作签证政策,对外国人工作许可实行负面清单管理,进一步完善居留制度。”

②肖竹:《海南自由贸易港海外引才的机制构建与制度探索》,《海南大学学报(人文社会科学版)》2021年第6期。

③Ruth Ellen Wasem, *Immigration of Foreign Workers: Labor Market Tests and Protections*, <https://trac.syr.edu/immigration/library/P1772.pdf>, 2023年8月27日访问。

④梁玉成、殷佳:《主动调整与被动适应:对中国技术移民政策的研究》,《学术月刊》2021年第8期。

⑤刘国福:《外国留学生就业政策论要》,中国经济出版社2020年版,第97页。

极证明空缺岗位是否属于短缺型,所以从节约成本和提高效率的角度出发,劳动行政部门应根据劳动力市场长期紧缺岗位的实际情况和国家利益的需要,设置豁免清单并定期调整,用人单位对于从事清单上所列工作的外国人可免于劳动力市场测试而直接雇用,因为长期紧缺性岗位引进外国人不会对我国劳动者的就业机会和劳动条件造成威胁。第三,加强用人单位劳动用工合规审查。为了维护我国内部劳动力市场的雇佣安定性,要防范用人单位为了使用外国廉价劳动力,而故意减少本国劳动者用工数量或降低劳动条件等行为。因此,用人单位为拟招聘的外国人申请办理工作许可时,除了要满足预先招聘本国劳动者、设定正常标准以上的劳动条件之外,还需要相关行政部门对该用人单位的劳动用工情况进行审查。例如,用人单位在拟招聘外国人之前的一定期间内,是否存在违法辞退我国劳动者,或者不合理地降低本单位相关岗位的劳动条件。如果存在这些劳动用工不合规情况,则应当拒绝批准该用人单位的外国人工作许可申请。

3. 制定宽严适当的非法雇用外国人的法律责任

《出境入境管理法》对用人单位非法雇用外国人的制裁,存在着制裁范围过宽但制裁力度较轻的失衡问题。对此,可从增设免责条款和强化制裁手段两方面进行完善。

首先,增设免责条款免除对无主观过错用人单位的制裁。现行法规定的制裁范围是所有雇用非法就业外国人的用人单位,而不论这些用人单位是否存在主观过错。这种一刀切的制裁容易引发用人单位对整个外国劳动者群体产生以国籍为由的就业歧视,不利于吸引优秀外国劳动者来华就业。因此,我国应在《外国人入境出境管理条例》或其实施细则中明确,对用人单位非法雇用外国人的制裁以主观过错为要件。事实上,此举在主要的外国劳动力资源移入国早有规定。例如,美国1986年IRCA规定的制裁对象是,明知是非法就业外国人而雇用的雇主,以及意识到所雇用的员工为非法就业外国人但继续雇用的雇主。^①关于主观过错的认定,需要与我国的外国人就业管理体制相结合,具体情形应为:对于不符合免办工作许可的外国人,用人单位没有为他们申请办理外国人工作许可而直接雇用的,或者外国人工作许可到期未延期而继续雇用的;对于声称符合免办外国人工作许可的外国人,用人单位在雇用他们之前,应当对证明他们享有在华就业资格的证件履行合理审查义务而没有履行的。

其次,可将制裁手段从行政处罚扩大到刑事处罚,并建立分层适用体系。《出境入境管理法》对用人单位非法雇用外国人的可操作性制裁手段单一且力度较轻,无法对用人单位形成强有力的威慑,难以有效发挥排除非法就业外国人的功能。目前,很多外国劳动力资源移入国将刑事处罚作为雇主非法雇用外国人的重要制裁手段。美国1986年IRCA就将罚金和有期徒刑作为雇主雇用非法就业外国人的制裁手段。^②日本1989年通过修订《出入境管理及难民认定法》,增设了“不法就劳助长罪”。^③欧盟2009年《雇主制裁指令》也要求,各成员国应通过刑事处罚来阻止雇主雇用非法就业外国人。^④雇主雇用非法就业外国人的目的在于减少用工成本,而刑事处罚可以最大程度增加雇主的违法成本。上述国家和地区的有益经验值得我国借鉴,我国也应适时修改刑法将刑事处罚作为用人单位非法雇用外国人的制裁手段。另外,在具体实施制

^①Title 8 U.S. Code § 1324a(a)(1)(A) .

^②Stephanie E. Steele. Deterrence to Hiring Illegal Immigrant Workers: Will the New Employer Sanction Provisions Work. Georgia Journal of International and Comparative Law, 36(2), 2008, pp. 475-509.

^③[日]宫岛乔:《一後発移民国における外国人労働者:人の受入れの「1990年レジーム」を問う》,《社会志林》2020年第66卷。

^④Directive 2009/52/EC of the European Parliament and of the Council of 18 June 2009, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:168:0024:0032:EN:PDF>, 2023年8月27日访问。

裁时,要遵循责罚相当原则,合理适用行政处罚和刑事处罚。具体而言,对于用人单位少量雇用非法就业外国人的,可适用行政处罚;对于用人单位大量雇用或者多次雇用非法就业外国人的,根据具体情节,可适用罚金以及对主要责任人适用有期徒刑。

(二)“统合理念”视角下完善外国人来华就业的劳动法律适用

“统合理念”要求将本国雇主与外国劳动者之间的法律关系纳入本国劳动法的调整范围,对不同身份的来华就业外国人提供针对性的劳动保护。对合法入境就业外国人给予实质平等的劳动保护,进一步保障“选择理念”目标的实施;对非法入境就业外国人给予基准的劳动保护,以根除用人单位非法雇用外国人的经济刺激。

1. 给予合法就业外国人实质平等的劳动保护

劳动保护关乎所有合法就业外国人的切身利益,所以立法应该为他们提供充分的劳动保护,从而实现鼓励他们入境就业的国家人才政策。由于劳动合同所适用的劳动法在实体法上具有自身特色,这在某种程度上决定了涉外劳动合同所应适用的法律冲突规则亦有别于一般的民商事合同规则,即劳动合同当事人选择准据法的自由受到较大程度限制。例如,在日本,即便合法就业外国人与雇主选择适用其他国家的劳动法,合法就业外国人也依然受到日本劳动法中绝对强行规定和特定强行规定的保护;当双方没有协议选法时,他们之间的劳动合同权利义务适用日本劳动法。^①在英国,法院一般尊重涉外劳动合同当事人之间约定的劳动法律适用条款,但如果该条款对雇员明显不利,且选择适用的法律与劳动合同并无实际关联的,则适用英国劳动法。^②而我国劳动法能否适用于合法就业外国人却还一直存在争议,这已经造成相关裁判出现两极分化的现象,其中拒绝适用的裁判与鼓励从事短缺类型岗位的外国人来华就业的目标背道而驰。因此,我国应在劳动立法中明确一个基本原则,我国劳动法的适用范围包括合法就业外国人。第一,我国劳动法中涉及劳动权益保护的强制性规范应直接适用。第二,合法就业外国人与用人单位没有约定适用其他国家劳动法的,适用我国劳动法。第三,约定适用外国劳动法但明显不利于合法就业外国人的,从倾斜保护劳动者权益原则和实质正义的角度出发,也应适用我国劳动法。

考虑到我国劳动法中有些制度设计是针对本国劳动者,理应允许劳动法对合法就业外国人的合理差别规制,以作为劳动法适用之例外情形。具体而言,以下四个劳动法律制度可以对合法就业外国人免于适用或者变通适用。第一,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。^③由于外国人在华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,可见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。我国台湾地区也有此类规定,其所谓的“劳动基准法”第9条规定,凡从事继续性工作,站在保护劳工的立场,一定要缔结不定期劳动契约,但“就业服务法”第40条和“公民营事业申请聘雇外籍或侨居外国人员办法”第18条明确排除了不定期劳动契约对外籍劳工的适用。第二,免于适用经济性裁员制度中的优先留用规则。优先留用规则的制定,一方面是为了保护长期合同的劳动者继续受雇的预期,另一方面是为了防止家庭困难的失业者给社会造成冲击。^④就外国劳动者而言,即便他们的就业资格经过数次延期之后,与用人单位之间已经存在较长期限的劳动关系,但基于他们在出入境管理法上单次合法就

①土田道夫:《外国人労働者の就労と労働法の課題》,《立命館法学》2014年第5-6号。

②Simon Deakin, Gillian S. Morris. Labour Law (6th edition). Oxford: Hart Publishing, 2012, pp.118-119.

③杨志明:《中华人民共和国劳动合同法实施条例解读》,中国劳动社会保障出版社2008年版,第56页。

④全国人大常委会法制工作委员会行政法室:《〈中华人民共和国劳动合同法〉解读与案例》,人民出版社2013年版,第172页。

业的短期性,也很难说他们对继续受雇抱有合理预期。另外,外国劳动者家庭成员的生活保障应由其国籍国社会保障体系负责,与我国无关,更不会对我国社会造成冲击,所以对他们免于适用优先留用规则也不违背立法意图。第三,扩张适用劳动合同终止制度。我国《劳动合同法》第44条不完全限定列举了劳动合同终止的情形,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的劳动合同期限长于就业资格期限的情形比较普遍。如果出现劳动合同期限未满,但就业资格期限届满且延期申请未获批准的情况,那么用人单位继续履行劳动合同会构成非法用工,终止劳动合同则又于法无据,此时用人单位将会陷入两难境地。因此,建议通过出台司法解释将“相关就业资格延期未获批准”扩张解释为合法就业外国人劳动合同终止的情形之一。第四,限缩适用经济补偿制度。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。^①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。

2. 给予非法就业外国人基准的劳动保护

自然人与用人单位之间构成劳动关系是其适用劳动法的前提。判断非法就业外国人与用人单位之间是否构成劳动关系,应从劳动关系的判断标准入手。根据原劳动部的规定,符合法律法规规定资格的劳动者向用人单位提供从属性劳动的,构成劳动关系。《中华人民共和国工会法》第3条对劳动者的定义是,以工资收入为主要生活来源的人。根据文理解释,以工资收入为主要生活来源的非法就业外国人也可以被理解为我国法律上的劳动者,他们在向用人单位提供从属性劳动时,与用人单位之间可以构成劳动关系。另外,劳动合同是具有私法性质的合同,根据私法合同理论,违反效力性强制性规定的合同无效,但违反管理性强制性规定不一定导致合同无效。^②外国人在华就业需要获得外国人工作许可的规定,是一种管理性强制性规定。据此逻辑,虽然用人单位雇用非法就业外国人违反了外国人工作许可的规定,但并不因此影响双方之间劳动合同的有效性。

由于用人单位与非法就业外国人之间关系亦属于劳动关系,所以非法就业外国人也应适用我国劳动法。但考虑到非法就业外国人是出入境管理法上禁止入境就业的对象,所以在给予劳动保护时,要做到不得与出入境管理法律政策相违背。对此,美国联邦最高法院曾确立了“对于非法就业外国人的劳动保护,不得违反美国联邦移民法律政策”的判例法规则。^③美国下级法院在引用和解释中经过了多年的发展,基本形成了如下共识:对于非法就业外国人已经提供的劳动给予劳动保护,不会构成对美国联邦移民法律政策的违反,雇主仍要按照法律规定向非法就业外国人给付未付工资和损害赔偿等;^④对于非法就业外国人没有提供的劳动给予劳动保护,则会构成对美国联邦移民法律政策的违反,故不支持非法就业外国人主张的关于复职、支付不当解雇期间的工资等请求。^⑤与美国相似,日本劳动法也适用于非法就业外国人,但为了

①全国人大常委会法制工作委员会社会法室:《新劳动合同法适用指南与案例精析》,法律出版社2013年版,第107页。

②牛安琪:《〈合同法〉第52条强制性规范反思——目的解释与利益衡量双重视角》,《法治研究》2019年第4期。

③See *Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. NLRB*, 535 U.S. 137(2002).

④See *Lucas v. Jerusalem Cafe, LLC*, 721 F.3d 927(8th Cir. 2013); *Colon v. Major Perry St. Corp.*, 987 F. Supp. 2d 451(S.D.N.Y. 2013).

⑤See *Escobar v. Spartan Sec. Serv.*, 281 F. Supp. 2d 895(S.D. Tex. 2003); *Renteria v. Italia Foods, Inc.*, 2003 U.S. Dist. LEXIS 14698 (N.D. Ill. 2003).

防止非法就业状态的继续,仅对非法就业外国人已经提供的劳动给予劳动保护。^①之所以会有这样的立法设计,原因有两个。第一,对非法就业外国人已经提供的劳动给予劳动保护,雇主雇用非法就业外国人则需要承担一般性的用工成本。出于理性经济人的考虑,雇主冒着被制裁的风险而雇用非法就业外国人的经济刺激会被削弱。当国内雇主雇用非法就业外国人的需求降低时,非法入境就业的外国人数量也会相应减少。第二,对非法就业外国人没有提供的劳动不给予劳动保护,与出入境管理法中禁止雇用非法就业外国人的规定相一致,可以避免产生允许非法入境就业的法律效果。因此,我国应在相关劳动立法中明确规定,对非法就业外国人的劳动基准保护以其已经提供的劳动为限。

五、结 语

人才是科技创新竞争的战略性资源,我国在当前国际竞争中面临着严峻“卡脖子”技术困境,本质上是因为高端技术人才资源不足。随着我国社会的少子老龄化程度不断加深,国家加大吸引外商投资力度的背景下,来华就业的外国人将会不断增多。为此,我国应以国家利益至上为宗旨,在出入境管理和劳动保护领域有机协调地贯彻“选择理念”和“统合理念”,完善外国人在华就业法律规制。在出入境管理法律规制上,开放以独立申请为核心外国高端人才工作许可,实行以劳动力市场测试为前置的外国一般人才工作许可,并制定宽严适当的非法雇用外国人的法律责任。在劳动法律规制上,一方面应给予合法就业外国人实质上的平等保护而非形式上的同等保护,另一方面要给予非法就业外国人基准的劳动保护。限于文章篇幅,本文只研究了涉及外国劳动者出入境就业管理法与劳动法协调过程中存在的基本问题,而外国人的社会保险、特殊行业管制以及在华生活社会融入等延展性政策仍有待进一步研究。唯有良好的制度环境,我国才能赢得国际竞争主动的战略资源,深入实施新时代人才强国战略,早日建成世界重要人才中心和创新高地。

Reflections on the Legal Regulations of Foreigner Employment in China

Wang Fayang, Li Kungang, Cao Youkang
(Law School, Anhui University, Anhui Hefei 230601, China)

Summary: In the context of further optimizing the foreign investment environment and increasing the attraction of foreign investment in China, it will bring more foreigners to work in China, especially facing the demand for vigorously introducing foreign high-end talents. Against this background, a legal regulatory system for foreigner employment in China should be constructed under the guidance of “selection concept” and “integration concept”. In the field of entry employment management for foreigners, the “selection concept” should be implemented in the form of classified management and conditional permission; while in the field of labor protection for foreigner employment in China, the “integration concept” should be implemented on an equal basis with domestic workers. At present, China’s legal system for regulation the employment relationship of foreigners in China have not yet implemented the two concepts, and

^①[日]菅野和夫:《労働法(第十二版)》,弘文堂2019年版,第128-129頁。

there are some drawbacks, including the lack of openness and convenience in the introduction process of foreign high-end talents, the deviation of the general talent work permit system from market demand, the imbalance of sanctions for illegal employment of foreigners, the unclear application of labor laws for legal employment, and the lack of necessary labor protection for foreigners illegally employed. To address these issues, the “selection concept” should be followed as a guide to improve the legal regulations for entry and exit administration, open up work permits with independent application as the core for foreign high-end talents, implement work permits with labor market testing as the prerequisite for foreign general talents, and formulate appropriate legal responsibilities for illegal employment of foreigners; the “integration concept” should be followed as a guide to improve the labor legal regulations for foreigner employment, provide substantive equal labor protection for foreigners legally employed in China, and provide benchmark labor protection for the labor already provided by foreigners illegally employed.

Key words: foreigner employment in China; “selection concept”; “integration concept”; entry and exit administration; labor protection

(责任编辑: 倪建文)

(上接第135页)

assets such as infringement, bankruptcy, inheritance, trust, guarantee, investment, and financing. Due to the vague and abstract provisions of Article 127 of China’s Civil Code, and the fact that digital assets themselves are a new type of property, existing legal rules are difficult to provide comprehensive protection, and the identification and characterization of digital assets have become difficult. Although Article 127 of China’s Civil Code provides space for expanding interpretation of the legal protection of digital assets from the legal level and is the legal basis for the protection of digital assets, there is a lack of accurate positioning of its superior concept of network virtual property. In judicial practice, judges have great differences in the identification of its legal essence and basically adopt a negative attitude towards the protection of relevant rights and interests. To this end, lawmakers can identify the concept of network virtual property and define it as the object of property rights on the basis of expanding the interpretation of Article 127 of China’s Civil Code. As Article 127 of China’s Civil Code is a guide clause, it is necessary to formulate a separate law, namely the Digital Assets Protection Law, to classify and protect digital assets on the basis of strictly distinguishing between traditional network virtual property and digital assets, and establish a rule of “ownership is on control” to clarify the ownership of digital assets and clearly stipulate the private law protection of digital assets, so as to solve the problems related to bankruptcy, inheritance, trust, guarantee, investment, and financing.

Key words: digital assets; concept; identification; legislation; prospects

(责任编辑: 倪建文)