

# 论外国人来华就业法律制度的完善<sup>\*</sup>

涂永前

**【提要】**科技是第一生产力,科技人才是国家发展的根本。我国非常重视人才开发,制定了一系列人才战略,但是从目前的政策和法律来看,我们引进海外高新技术及管理人才的制度亟需完善。随着越来越多的外国人来中国就业,我国规制外国人来华就业相关法律呈现出一定的局限性:工作范围界定过于笼统,未能就外国人来华就业对我国劳动力市场形成的冲击进行客观评估,并制定详细的紧缺职业清单;永久居留申请人群的限定过严,缺少对申请人应具备的能力和应提交佐证材料进行明确描述;没有突出雇主作为直接受益人和第一责任人应该承担的管理责任和应当发挥的管理功能。鉴于此,亟需制定科学的职业清单,细化技术移民制度设计,进行有效的分类管理,在严格限制特殊人群入境范围的前提下适度放宽准入条件,对低端劳动力引进进行严格控制,针对华裔科技人才的引进可以考虑特殊制度设计,并逐步强化雇主的微观管理功能。

**【关键词】**在华外国人 职业清单 技术移民

〔中图分类号〕D922.13 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1000-2952(2016)05-0121-06

目前我国的人才战略和制度设计存在缺陷,影响了对海外高层次科技人才的引进。根据中组部2014年6月的数据,按照计划分批次引进的4000多名海外高层次人才中,只有1306人成功拿到了中国绿卡。有报道指出每年持专家证、就业证来中国的外国人仅3~5万。而新西兰这个不到500万人口的国家,一年发出的工作签证就有18万。美国官方数据则显示,单在2013年一年美国就向全球发放了99万张绿卡。中国现行的“永久居留证制度”,即“中国绿卡”,素被称为“全球最难申请”。截至目前,获得中国“绿卡”的外籍人士数量不足万人。我国在国际人才引进领域的尴尬由此可见一斑。<sup>①</sup>

\* 基金项目:中央高校基本科研业务费专项资金项目《我国转型期劳动者工资权及其法律保障完善研究》(项目编号:15XNB009)及辽宁省高校“科技金融法研究”创新团队(2014)。

致谢:本文写作过程中我的硕士研究生李宜真帮助收集整理了部分资料,相关学术观点与学友广西财经学院廖文龙教授进行过交流,在此表示谢意。

① 邓媛、有之忻:《外国人拿中国“绿卡”有多难》,《国际先驱导报》2014年6月16日,http://ihl.cankaoxiaoxi.com/2014/0616/401321.shtml.

## 一、外国人来华就业管理法律体系的局限性

(一) 管理部门之间权责不清,彼此难以协调行动;以部门规章为核心,缺乏专门立法

关于外国人就业的管理部门在法律规定上包括外交部、公安部、人力资源和社会保障部、卫生部等,某些情况下还涉及商务部、文化部、教育部等,相关部门之间缺乏有效的沟通和协调机制,无法实现人员信息和管理资源的共享,还存在机构职能交叉错位的问题,导致政出多门,管理低效。在无法律依据进行有效管理情况下,公安部门基于社会治安管理的压力发挥的作用比较突出,主要方式是以突击的手段予以打击清查,但难以有效应对外国就业人群流动性、隐蔽性的特点,治标有限,不能治本。

当前,我国专门针对外国人来华就业管理的法律规则是1996年由多部门联合制定和发布的《外国人在中国就业的管理规定》,其在法律位阶上属于部门规章,同专门立法相比,其不仅执行效力偏低,而且受制于部门利益、改革惰性以及跨部门协调成本,自我完善意愿与效率均较低,同实际脱节的情况长期存在,在很大程度上放大了成文法在稳定性与适应性上的固有矛盾。可以说,缺乏专门立法是当前我国在规制外国人就业,尤其是管控外国人“非法就业”问题上的最大法律障碍,亟需在《出入境管理法》的基础上,积极制定规制外国人就业的专门法律。在技术全球化迅速发展的今天,技术人才处于一种全球快速流动的状态中,滞后的规章制度不利于提升我国在全球人才市场上的竞争力。

(二)《管理规定》原则性较强,条文较笼统,缺乏分类精细化管理

1996年的《管理规定》明确了以外交部门、公安机关和劳动部门为核心的管理主体和各自的事权范围,以跨部门协作的方式构建起我国规制和管控外国人来华就业的基本程序和制度框架。然而,20年来,事权范围的界定仍然处于最外围的表层层面,即仍然停留在外交部门、公安部门和劳动部门的职责分工,未能基于外国人来华就

业行业分布广泛化以及职业结构复杂化的实际情况,借鉴国际惯例与通行经验,与时俱进地推进行业、职业分类精细化管理。正因为现有的管理制度过于粗线条,缺乏针对性,“一刀切”的笼统管理不仅有违市场自发形成的内生性需求,亦必然加大了“非法就业”管控的治理难度,亟需进行相应完善与突破。在外国人就业管理的规定中,在宏观上未能根据我国人力资源市场的情况设立调控外国人就业流向的机制,在微观上缺少关于准入资格、数量限制等比较详细的操作细则,从而使得基层管理部门面临辨别人才标准的困境。此外,我国也没有对外国人技能的专门评估机制,即便是外国人所持有的学历证明和工作经历也无官方认定渠道,只能由用人单位自行判断。

(三)对高层次人才永久居留审批管理办法申请人群限定过严,能力要求不够明确,且申请程序较繁琐

《外国人在中国永久居留审批管理办法》虽然已经打开技术移民的窗口,但将人群限定为“在重点企业事业单位、机构和高校担任副总经理、副厂长等职务或者具有副教授、副研究员等副高级以上职称”的人员,范围狭窄,过于笼统,不够明确,亦未有任何佐证材料的要求,因而在具体的操作中主要以主管部门的审核为准,主观性太强,既无法充分吸收卓越的科技与商业人才,亦无法保证通过审批的申请者具有相应的特别或杰出能力。

与此同时,在当前由外交部、公安部与人事部三个部门各司其职、协同管理的多部门管理构架下,申请人往往不得不在这三个部门间往返奔波,申请程序过于繁琐。更为重要的是,申请人在申请前必须获得工作签证,并在中国以高级职位连续任职满四年。无形之中,这将那些具有广博知识储备和极具创新能力的国外优秀应届毕业生拒绝于国门之外。

(四)整体理念仍偏重于管理、规范与保障,未能突显开放状态下利用全球人力资源推动本国经济发展的大国人才战略以及市场经济条件下基于劳动力供需结构的客观分析

《管理规定》制定的一个基本原则是“鼓励高层次人才引进,限制普通劳动力流入”。这

一基本原则与其他国家的外国人就业政策基本相符，但通过严格的就业许可证制度、用人单位聘用外国人的申请与审批制度、以及外国人居留证制度，实则形成了计划经济色彩浓厚的外国人才行政管理模式，其核心是通过行政许可审批用人单位和外国人资格，重在管理与保障，但并没有基于我国劳动力供需结构的实际状况统筹考虑国际、国内劳动力市场，没有以量化方式来客观评估和顺应市场经济运营对外来就业人员的内生性需求，没有通过规范外国人就业市场秩序来调整用人单位在引进外国人才过程中的行为，亦没有通过明晰落实责任制来发挥用人单位在引进外国人才过程中的作用，更没有充分突显开放状态下利用全球人力资源推动本国经济发展的大国人才战略。

## 二、完善外国人来华就业法律制度的建议

(一) 完善现有法律体系的立法思想、原则与宗旨

在完善现有法律制度的过程中，需要汇聚法学、劳务、国际贸易等领域的专家学者，不同区域的基层政府官员，以及来自于不同行业、不同职业的业界代表，广泛调查，充分论证，兼收并蓄，在立法思想、立法原则、立法宗旨的整个方向性顶层设计中形成切合实际的基本判断。要考虑以下两方面因素：

1. 遵循市场规律，将我国劳动力市场的实际供需结构作为政策制定、实施、调整的根本依据

外国人来华就业不仅是一个国家的主权问题和涉外问题，也是一个具有自身供需关系和受市场规律支配的经济现象，其具有平衡我国劳动力供需矛盾、促进我国劳动力结构优化的调节功能，能够对我国社会经济发展做出积极贡献。所以，在立法规制外国人来华就业时，需要遵循市场规律，识别我国劳动力供需结构及其未来演变趋势，尤其是高端顶级人才的内生性供给不足，从统筹国际国内两个劳动力市场，优化我国劳动力结构和促进社会经济发展的整体进行全盘考虑。

2. 坚持科学立法，避免主观臆测、争论与决

断，从法律条文的源头捍卫法治的客观与公正

法律制定的一个逻辑起点是社会实际情况，但对社会实际情况的认知往往又是一个基于经验推断和理性抽象的主观过程。受先验之见、样本不足等主观和客观原因的影响，反映在立法者脑海中以文字表述为载体的实际情况很多时候存在这样或那样的主观偏误。上世纪中后期以来，随着量化分析方法在经济学和管理学等社会科学领域的广泛使用，许多研究社会科学方法论和社会哲学的学者都先后指出法律学科在方法论上的落后性。<sup>①</sup> 所以，需要抛弃先验主观思想，避免僵化与守成，量化分析我国的劳动力供需结构，客观分析放宽外国人来华就业范围对我国就业秩序究竟能够产生怎样的冲击与影响，避免盲目鼓励或一味禁止，必须将法律条文的制定构筑在客观、规范、科学的经济学分析之上，追求法学的科学性，<sup>②</sup> 最大程度保证法律条文能够反映和服务社会实际，使严厉打击“非法就业”具有广泛、真实、合理的现实基础，避免为打击而打击的程序性合法。

(二) 完善现有法律体系的具体方向与内容

1. 全局统筹，制定管理外国人来华就业的专门法律，提高现有管理规定的法律位阶

缺乏针对外国人就业的专门法律，是当前我国管理外国人就业和管制“非法就业”的法制障碍，制定外国人就业法迫在眉睫。需要在2012年《出境入境管理法》的基础上，统筹规划，通过专题调研涉外立法的现实需求，积极推动外国人来华就业管理法的立法进度，围绕留学类临时职业签证、临时职业签证以及永久职业签证三个基本类型，推动构建更为详实、细化、明确和具可操作性的法制内容框架。在设立外国人来华就业专门法律的基础之上，以外交部、公安部 and 人社部为首的各部门需积极跟进，及时推出相应的部门规章，逐渐形成以《出境入境管理法》为基础，以《外国人就业法》为

<sup>①</sup> [日] 川岛武宜：《现代化与法》，王志安译，中国政法大学出版社1994年版，第23页。

<sup>②</sup> 毋国平：《法学的科学性与“法”：以纯粹法理论为中心》，《法律科学》（西北政法大学学报）2014年第1期。

核心,以《外国人在中国就业的管理规定》为部门配套规章,以各重要城市和边境省区管理条例为辅助的制度体系,全面构建起既顺应国际趋势,又符合中国实际利益的法制框架。

2. 尊重市场供需结构,客观评估外国人来华就业对我国不同行业的实际影响,细化外国人来华就业范围标准,避免盲目鼓励或一味禁止

1996年的《管理规定》仅仅将来华就业外国人按照高层次人才和普通劳动力的口径进行划分,标准笼统,过于粗线条,无法真实对接我国劳动力供需在不同区域、不同行业 and 不同职业的复杂结构,因而需要借鉴其他国家的先进经验,结合我国加入WTO开放领域的议事日程,对新开放行业和已经融入的行业做统筹考虑。从美国、日本、韩国及全球各国的经验来看,形成了一些具有普遍性的制度框架,如劳动力市场测试、职业清单、年度配额、积分评估、雇主担保制度等。<sup>①</sup>以外国人就业和移民问题最为复杂、最为严格和最为规范的美国为例,其特别强调政策制定的科学性与规范性,为准确辨识本国劳动力的实际供需状况,其建立了市场测试制度,定期对本国的劳动力市场进行测试,从而将相应的政策制定牢固地构筑在规范的经济学分析之上。与此同时,美国将“无法从本国市场招收到满意人员”作为雇主聘用外籍劳动力的前提条件,<sup>②</sup>避免在对待外国人就业问题上出现混乱。

从实际的操作来看,首先,按照国际通行规则进行职业界定,规范职业名称,在职业类别与职业名称上全面实现国际接轨,以便于统筹管理国内国际两个劳动力市场。其次,在此基础上,建立定期的劳动力市场测试制度,准确识别给定时点的劳动力供需结构,客观评估放宽外国人来华就业范围对国内就业秩序的冲击与影响,以此为据,确定可以向外国人适当开放的重点行业和主要职业。以劳动力密集型行业为例,当前是否可以或者应该在多大程度上适当向劳动力密集型的行业进行政策倾斜,这不应该主观臆断,必须客观分析,准确测度,进行规范而科学的决策。<sup>③</sup>最后,全面细化外国人来华就业的范围标准,制定面向外国人来华就业的职业清单,以“鼓励”、“限制”和“禁止”

三个基本等级明确我国不同行业、不同地域、不同职业向不同类型的外国劳动力开放的程度。

总的来说,制定外国人来华就业的范围标准和职业清单,是当前我国加强对外国人来华就业管理,优化相应法律条文的根本方向与核心内容。其涉及范围广,任务重,工作难度大,但意义也极其深远,不仅能够避免粗线条的笼统管理,防止在外国人来华就业问题上出现一味禁止或盲目鼓励,也借鉴了国际劳工法律制度的发展趋势以及国际社会对待移民工人问题的先进经验,且能够为我国的国际劳工政策提供充分且令人信服的依据,适当平衡维护国内社会稳定和塑造大国国际形象间的矛盾。此外,通过职业清单的制定,可以在一定程度上平衡成文法在法律稳定性与适应性之间的矛盾,即通过定期调整职业清单,结合移民配额制度等,可以在不改变法律文本的情况下保证外国人来华就业充分适应既定时点我国特定行业的实际劳动力供需情况。

3. 积极参与全球人才竞争,进一步细化技术移民政策,科学设定优先序,着力引进全球顶级科技与商业人才

对《外国人在中国永久居留审批管理办法》,须设计出细化、明确、可操作性强的政策制度,可以从以下两方面完善:

(1) 细化类别,明确条件,设定优先序。考虑到我国国情,当前技术移民主要强化对顶级科技和商业人才的吸引,可以初步设定三个优先序:分别等同于美国的第一优先、第二优先和第五优先,即特别能力者、杰出能力者和投资移民,可以参考美国经验,每一个优先类别下设子类别,并对每一个子类别的能力要求、所需佐证材料、申报程序、填写表格进行具体描述。

以第一优先为例,可以具体包括三类人群:一是在科学、教育、商业等领域中具有超出普通人能力的特别能力者,荣获国际大奖,在国

<sup>①</sup> 刘金伟:“外国人在华就业规制制度研究”,安徽大学硕士学位论文,2014年。

<sup>②</sup> 钱晓燕:“全球背景下的中国劳动力跨境就业研究:理论、政策及服务模式”,南开大学硕士学位论文,2009年。

<sup>③</sup> 陈俊洁:《我国劳动执法体制功能的失位与重塑》,《政法论丛》2015年第3期。

内国际赢得持久声誉；二是在特定学术研究领域中取得杰出成就的教授或研究人员；三是跨国公司的外籍执行官或经理，尤其是金融类人才。由于第一类人才的稀缺性与杰出能力，可以免于提供雇主工作证明，免于申领劳动许可证。对第二、第三类人才需提供雇主工作证明和申请劳动许可证。与此同时，详细列出能力要求和所需佐证材料，如荣获国际大奖、在特定领域做出重大原创性贡献的证明等。

(2) 简化程序，化繁为简，缩短审核时间。可以参照美国相关做法，对特别能力者的申报程序进行简化，主要是废除具备在中国工作经验的相关要求，即只要符合特别能力者的申报条件，并按规定提供相应佐证材料，无论是否具有在中国工作的经验，均有资格申请永久居留权，并免于办理就业许可。

日前，北京市中关村国家自主创新示范区为引进海外高层次人才，在中关村开展新政策试点工作，吸引在北京创业的外籍高层次人才、外籍华人、创业团队外籍成员和外籍青年学生四大类外籍人才。公安部于2016年3月3日推出支持北京创新发展的20项出入境政策措施，涉及外国人签证、入境出境、停留居留等方面。主要包括：为符合认定标准的外籍高层次人才设立申请永久居留“直通车”；公安部在中关村设立外国人永久居留服务窗口，并缩短审批期限；对中关村市场化外籍人才申请永久居留实施积分评估制度；对中关村创业团队外籍成员和企业选聘的外籍技术人员提供办理口岸签证和长期居留许可的便利；对具有博士研究生以上学历或在中关村长期创业的外籍华人提供申请永久居留的便捷通道；允许境外高校外国学生在中关村短期实习；允许在京高校外国留学生在中关村进行兼职创业等。<sup>①</sup>

4. 进行移民管理制度的创新，建立人性化的外国人在华管理体系，吸引华裔人才的回归

同样作为金砖国家的印度，一直以来都非常重视印裔人才的回归。据媒体报道，海外印度人才持有“印度裔卡”或“海外公民证”，在购房、医疗、社会保障、所得税、贷款额度、风险投资基金的申请、知识产权保护等方面都有“本土公民待遇”，但不享有选举和被选举权利。印度这一

举措解决了海外印裔人士多层次的要求和国家吸引人才的需求。在我国也已经有相关管理制度上的创新尝试。在中关村200万创业人员中，外籍和海归人员占比仅为1.5%，而在美国硅谷海外人才占比为36%，为吸引国际科技创新人才，中关村开展外籍人才管理先行试点，具体举措有：试点移民入籍制度，使获得永久居住资格的人员入籍更加便利；试点华裔卡制度，由于中国不承认双重国籍，对于原籍是中国的侨胞，将参考其他国家的可享受永久居留等形式；试点外籍人员临时身份证制度，例如居住6个月以上能获得临时身份证，可享受在华便利服务；试点境外高校学生到北京中关村实习，等等。<sup>②</sup> 这些举措无疑是制度上的进步，也显示了我国招揽海外人才的诚意。

5. 强化雇主法律责任，在一些特殊行业和区域实行雇主担保制度

雇主作为聘用外国人的直接受益者，基于权利与义务对等的基本原则，其在法律框架内必然应该承担相应的责任义务。而且，雇主作为外国人来华就业的第一责任人，是对来华就业外国人在微观层面管理的主体，本身就是社会宏观治理体系的一个有益补充，构成了社会宏观治理的一个缓冲带和防火墙。当然，很多时候来华就业的外国人出现个体纠纷或小规模社会问题的事件缘由就是与雇主之间的经济纠纷。解铃还须系铃人，雇主作为矛盾的一方必然也是矛盾解决的关节点。

为此，需要在现有雇主责任法律条款的基础上，进一步强化雇主作为直接受益人和第一责任人应该承担的管理责任和应该发挥的管理功能，逐步在一些特殊行业和区域，对边境地区雇佣“边境工人”和“季节性工人”进行严格限制并逐步过渡到禁止，因为这些低端劳动力所从事的工作是可替代并且程式化的，我们应充分利用“互联网+就业”优势，优先安排境内劳动力资源丰富的省内或外省劳动力来从事此类工作；严格限制到最终限制所谓“季节性工人”及“边境工人”

<sup>①</sup> 唐宁：《北京：中关村外籍高层次人才永久居留新政3—1启动》，《法制晚报》2016年2月25日。

<sup>②</sup> 万宏蓄：《“华裔卡”呼唤降低留华门槛》，《瞭望东方周刊》2016年第2期，详见[http://www.lwdf.cn/article\\_1954\\_1.html](http://www.lwdf.cn/article_1954_1.html)。

的过渡期，严格实施雇主担保制度，明确要求雇主在外国人来华的生活、工作、培训、人身财产安全等基本权利保障和劳资纠纷自主调解等问题上做出切实承诺，并将该承诺作为劳动部门向雇主授予就业许可的前提条件。

此外，结合现代计算机技术和大数据分析工具，建立外国人来华就业信息上报系统和外国人来华就业信息管理系统，要求雇主定期上报本公司雇佣外国人情况及所聘用外国人的基本信息，尤其是定期上报来华工作外国人的违法情况，并将该系统接入外国人来华就业信息管理系统，整合公安机关、劳动部门的信息，并通过国际合作实现与其他国家的外国人信息共享，进行大数据综合分析，识别特殊外国人和具有潜在风险的外国人，对这些人群有针对性加强管理，并严格控制可疑人员的入境。

总之，通过以上五方面的制度细化与政策完善，从源头上更好地解决外国人来华就业管理的两个基本问题：一是鼓励、限制或禁止哪

些外国人在我国的哪些行业就业？即通过客观评估外国人来华就业对我国劳动力市场形成的实际冲击与影响，根据评估结果的行业差异性，制定外国人来华就业的范围和职业清单，重点吸引海外高技术人才流入。二是如何有效管理来华就业的外国人和减少相应的社会治理成本？即通过利用现代技术，与外国人派出国与我国共同构建外国人来华就业信息管理系统，实现管理主体间的信息共享，对外国人的“入境、就业、居留、出境”的全过程进行动态跟踪与管理，尤其是强化雇主的微观管理功能，并在外国人较为集中的地区提供外语法律、警务服务，最大程度上降低外国人来华就业所形成的社会治理成本，提高我国利用境外人力资源的正向收益。

本文作者：法学博士，中国人民大学劳动人事学院副教授，中国就业研究所研究员

责任编辑：赵俊

## The Improvement of China's Legal System of Foreign Talent Immigration Institutions

*Tu Yongqian*

**Abstract:** China has been the most active engine of world economy, more and more foreigners are therefore attracted to work in China, making the employment problems of foreigners in China more and more serious. A definition of the work scope is absent. The scientific and accurate assessment to determine what type of foreign talents should be encouraged, restricted, or forbidden to work in what kind of occupations is absent. The number of foreigners permitted to apply for permanent residence is extremely restricted without specific capability qualifications. "Border workers" and "seasonal workers" are not identified and recognized as the international practice though they have unique features in the job they do and the place they mainly stay. The cooperating and coordinating management fails to enhance the role that should be played and fulfilled by the employer as the first beneficiary and the first responsible person. Therefore, an accurate occupation list should be scientifically figured out for effective classification management. Moreover, policies on skilled immigration should be clearly and specifically laid out. And special groups like "border workers" should be gradually restricted by using internet employment techniques. Finally, the employer's functions should be highlighted.

**Keywords:** foreign talents; list of occupations; skilled migration