



人权保护与外国人在华就业管理

● 陆海娜

近年来,随着中国经济的持续快速增长和国际地位的提高,中国的就业和投资市场对外国人的吸引力与日俱增。各种不同类型的外国人来到中国,寻求就业和更好的生活,同时也产生了各种问题和矛盾。但是由于外国人的居留身份等特殊情况,我国现有的法律在处理这些问题时常常力不从心,特别是在劳动法和外国人管理相关法规的协调方面还没有理顺,在技术移民和难民问题上的立法基本还处于起步阶段。与很多作为移民接收国的欧美国家相比,我国移民立法可以说是相当滞后。而移民管理与人权保护是密切相关的。

2013年7月1日我国新修订的《中华人民共和国出境入境管理法》生效,同时废止了1986年的《中华人民共和国外国人入境出境管理法》。这部法律正是为了适应变化了的外国人在华情况而出台。而1996年制定的《外国人就业管理条例》也正处在修订的准备阶段。与1996年相比,中国在经济和社会领域发生了巨大的变化,外国人急剧增多,类型也更复杂多样。1996年《外国人就业管理条例》出台时,来华就业的外国人数较少,且多为所谓

的高端就业者。为吸引更多外国专家来华工作,当时制定的管理条例相对宽松。但近20年来,来华就业的外国人的构成已经发生了巨大变化。除了专家、高级技术人员和高层管理人员之外,多了很多中低端外国就业者,比如公司的普通职员,在外语培训学校或双语幼儿园的外教,甚至并不具备就业资格的外国保姆和小商贩等等。另外,外国人的就业形式也多样化了:除全日制的常规就业外,还有兼职、灵活就业时间、外派、独立合同人、自由职业者等等。我国现有的劳动法以及和外国人相关的法律已经无法应对各种不同的情况,并且这种多样化及其产生的问题的复杂性对我国相关立法的修订也构成了很大的挑战:比如外国外派到中国的员工适用外派国劳动法还是我国的劳动法?外派的员工是否只要符合我国的劳动基准法就可以,而我国的劳动合同法可以不适用?社会保险在两国都应该缴纳还是可以只在其中一国缴纳?外国劳动者的退休年龄是按其母国的还是我国的退休年龄计算?退休年龄到了劳动合同是否就自动终止了?医疗期间外国人是否享有和我国劳动者一样的劳

动合同自动顺延的权利,如果顺延期间居留许可到期了怎么办?对于这些问题,不仅现有的法律法规中缺少明确规定,而且对于法律的修订者来说也不是很容易找到既符合法理又符合实际的解决方案。

本文的目的并不是要讨论这些劳动法的技术性问题具体应该如何解决,而是从人权保护的角度谈谈相关立法修订时应该遵循的原则和要注意的问题。

《外国人就业管理条例》规范的是外国人在我国就业的问题,因此不仅仅涉及国内法,也涉及国际关系和国际法。笔者认为首先需要厘清的是哪些问题是纯粹的国内法问题,哪些需要参考相关的国际法,尤其是国际人权法。

首先,外国人入境事务一般属于纯粹的国家主权范围内的事情,除非涉及到难民问题时才需要考虑我国的国际法义务。所以在是否准予外国人入境和颁发签证的问题上,在一般情况下是可以适用对等原则的。考虑到我国就业市场的状况,基于保护我国国民的就业权,维护公共秩序等正当理由,我国可以在颁发签证和就业许可时对外国人加以必要的合理的限制。比如要求用

人单位为外国人申请就业许可时证明本单位无法在中国公民中找到合适人选。这也是很多其他国家的做法。

但需要注意的是在发放就业许可时不能以国籍区别对待申请人，而只能根据其他客观合理的标准来决定，比如是否为我国就业市场所需要，申请人是否符合职位要求，否则可能构成国籍歧视。这些客观标准事实上已经足够对我国就业市场进行有效保护，没有必要使用对等原则。因为就业许可和入境许可性质不同。就业许可涉及工作权这个基本人权，所以不能适用对等原则，不能因为其母国是怎样的做法我国就采取同样的做法。因为在保护人权这个问题上，我国直接对个人负责而不是对其母国负责。而入境许可一般不涉及个人权利，则可以适用对等原则。因为自由迁徙权并不包括跨国迁徙的权利，这个权利只适用于一国境内的自由迁徙。我国可以自由决定针对外国人的入境政策。

其次，虽然我国可以在入境和就业准入的环节合理的限制外国人，但入境以后如何对待外国人则需要符合我国的国际法义务，尤其是尊重人权的义务。我国宪法含有人权保护条款，并且我国也批准了大部分的国际人权公约，因此负有人权保护的义务。其中很重要的一项义务即是使国内法符合相关国际公约的要求。

外国人就业问题涉及到一个基本人权——工作权。这是一项受国际法认可和保护的本人人权。我国2002年批准的《经济社会文化权利公约》中的工作权利总体上也适用于外国人。我国批准的1951年联合国《难民地位公约》也对难民的就

业权利作了规定。因此，我国相关法律法规的修订必须参考相关的国际公约和惯例。另外，我国虽然还没有批准联合国《移民工人及其家庭成员权利公约》，但其中的一些关于移民工人权利，尤其是合法的移民工人的权利标准还是可以参考的。

2013年中国共产党十八届三中全会提出了“完善人权司法保障制度”的重要目标。另外我国的《国家人权行动计划（2012-2015年）》在导言中也提到要“更有效的保障全体社会成员的工作权利”等等。人权并不只限于公民权利，这里的“全体社会成员”也应当包括在我国境内或由我国管辖的外国人。所以，在外国人就业问题上，既需要从管理角度考虑很多实际问题，也要注意尊重和保护外国就业者的权利，符合国际人权法的要求。

参考国际人权法的相关标准，本文对外国人就业管理需要注意的问题提出以下具体的建议：

首先，立法需要强调对外国人的平等不歧视原则，例如可以增加禁止用人单位进行国籍歧视的条款。实践中常有用人单位对外国人进行种族歧视的现象，比如有的幼儿园在招聘中公然要求应聘者白种人，金发碧眼尤其受欢迎。这点非常影响我国的国际形象。法律有正确引导公众的作用，增加此类条款在短期内不一定能减少实质性的歧视，但可以对改变观念起到一定作用，使用人单位意识到这样做是错误的，是法律所禁止的。

另外，对外国人就业应该强调“平等”待遇而不是“同等”待遇或国民待遇。平等原则允许合理的区别对待，对外国人就业可以做出合理限制。比如对永久居留权人或难民可以因为国家安全等原因限制其

申请涉及国家机密的岗位。

其次，应该审慎使用对等原则。对等原则是传统国际法的一项原则，适用于一般性的国家间交往，如关税、贸易等，但不适用于个人权利保护。人权法主要调整国家和国家管辖范围内的个人之间的关系，主要是由国家对其管辖权内的自然人承担国际法义务，而这个自然人也包括生活在这个国家的外国人。假设人权法也适用对等原则的话，美国如果侵犯了一个在美国生活的德国人的权利，则德国也可以侵犯生活在德国的美国人的权利，这显然不符合国际人权公约的宗旨。所以在外国人工作准入和工作权利保障问题上不能适用对等原则，否则会造成对不同国籍的外国人的歧视。

第三，应该根据外国人在中国不同的居住权分类规定其权利义务，进行合理的区别对待，如永久居留者原则上应享有和公民同样的权利；非法移民仍应享有紧急医疗救助等最基本权利等。但对权利的限制都应符合国际法标准：有合理的目的，如国家安全、公众利益、工作性质的需要等；采取的限制措施与目的相符并符合比例原则。获得长期居留权的外国人应获得和我国公民基本相同的就业权。根据2012年出台的《外国人在中国永久居留享有相关待遇的办法》，有“绿卡”的外国人在中国就业可免办就业证，原则上和中国公民享有相同权利，承担相同义务。

第四，对难民就业问题应有更加细致的规定，并参考国际公约的要求和国际上通常的做法。1951年联合国《难民地位公约》规定：难民在就业方面应享有同等情况下外国人所享有的最优惠待遇；而出于保护国内劳动力市场而对外国人所设

的限制不能适用于已经在避难国居住了三年以上的难民，或配偶或子女是所在国公民的难民。也就是说，在我国已获得认可的难民，应该至少允许其在中国申请《外国人就业证》。而已经在中国居住了三年以上的难民应该基本不受我国对外国人就业准入的限制，除非是出于国家安全等正当理由的限制。

而我国目前能找到的相关法律法规只有《出境入境管理法》第46条的规定：避难申请人可以凭临时身份证明在中国停留；已被认定的难民，可凭难民身份证件在中国停留居留。但是难民是否有就业的权利？避难申请人能否申请就业？如果不允许就业，是否可以获得基本生活救助？如果对就业准入做出限制，是出于何种理由，以什么标准进行限制？这些重要的涉及难民和避难者生存权的问题法律都没有规定，不得不说是立法上的一个很大的漏洞。另外，避难申请人和难民都需要足够的生活来源，如果国家不提供救助会违反国际法义务，但提供救助也是国家财政的负担，不如放开劳动力市场，对符合条件的人员发放就业证。这样准予他们融入社会，减少社会不安定因素，并且充分发挥人的能动性，提供条件使其能主动实现权利的享有，而不是被动的靠国家供给，这也是国际人权法所强调的实现权利的有效途径。

我国目前难民问题虽然还不像欧美国家那么突出，但随着我国经济地位的不断提高，这个问题可能会越来越突显。

第五，新制定的《出境入境管理法》加大了防范和打击“三非”（非法入境、非法居留和非法就业）外国人的力度，界定了外国人非法就业的情形，并规定可以将非法就业

者遣送出境。但是对于国际法上规定的非法就业的外国人的一些基本权利，如获得报酬的权利、劳动安全保护的权利、紧急医疗救助的权利等，则没有说明。非正规移民对任何一个国家的法律和管理制度都是一个挑战。我国对此需要积极应对，并加以规范。为了体现公平和人道主义原则，修订中的《外国人就业管理条例》应该包含对这些基本权利进行救济的条款，这也是符合国际惯例的。并且在必须遣送时，要注意个案审理的程序性权利，避免集体遣送。

第六，应该建立更统一的外国人就业管理制度。目前多头管理的体制影响了对外国人的有效管理和对其权利的保护。可以参考一些欧洲国家作法，建立外国人事务管理局，统一主管审核发放工作许可、居留证和就业证，由人社部门主管外国人就业的具体权利保护及纠纷解决事务。目前我国有一些中低端就业市场，比如培训学校等雇佣的外国人也领外国专家证，走不同的管理渠道，似乎没有必要，完全可以纳入一般的劳动合同管理体系。

以上是从人权保护的角度分析外国人就业管理需要改进的几个主要方面。需要强调的是，移民本身并不是一个“问题”，移民只是一个需要被管理的现象。但这种管理并不简单，因为这涉及到人的基本权利，涉及到对公民和外国人的区别对待是构成歧视还是出于保护国家利益的合理需要，涉及到我国对他国和国际社会的法律义务，涉及到人道主义的基本原则。从这个意义上讲，我国的移民法必须与国际接轨，必须与国际法相符合。但是，也不能简单地移植其他国家的法律，必须在充分考虑我国自身的法律体系的

特点和社会经济条件等国情的基础上，考察国际法标准，并比较其他国家的法律设计，建立和发展我国自己的移民法。

虽然我国目前的外国人规模还无法与欧美国家相比，但随着我国国力的不断增强，可以预见将来会有越来越多的外国移民，尤其是劳务移民。随之而来的与移民相关的问题也会越来越突出，而立法需要有一定的前瞻性才能避免处于被动的局面。如何合理合法地对外国人进行管理并保证他们的正当权益，对我国作为一个负责任的大国形象有着重要影响，也对我国继续吸引外资，创造良好的投资和法治环境有重要意义。■

（作者系中国人民大学法学院人权教育与研究中心人权项目主任）

注释：

关于这部法律出台的过程和背景，参见《公安部负责人就出境入境管理法答问》，中国新闻网，2012年6月30日。

文中列举的问题很多来自北京市劳动和社会保障学会于2014年5月5日举办的“外国人在华就业涉及的劳动法律适用问题研讨会”上的讨论，是法官、劳动仲裁员、律师以及人力资源和社会保障部门工作人员实践中遇到的法律问题。

见联合国《难民地位公约》第17条。

见《出境入境管理法》第43条和第62条。

见联合国《难民地位公约》第32条关于难民遣返的救济程序；《欧洲人权公约》第4号议定书禁止集体遣返外国人。

参见叶氢：《走向有序统一：三非外国人治理研究》，载《政法学刊》，第28卷第2期，2011年4月，第90-96页。