

科思论丛



career

vacation

salary

salary



vacation

working hours



career

salary

Human Resource

Human Resource

working hours

vacation

丁赛尔 著

外国人入境工作管理 法律和制度选择

REGULATION AND INSTITUTIONAL CHOICE



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



科思论丛

本书由中国劳动保障科学研究院资助出版

丁赛尔 著

外国人入境工作管理 法律和制度选择

REGULATIONS ON THE ENTRY AND EMPLOYMENT OF FOREIGNERS
LEGAL AND POLICY CHOICES



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

外国人入境工作管理:法律和制度选择 / 丁赛尔著.
—北京:法律出版社, 2014.3
ISBN 978-7-5118-5630-2

I. ①外… II. ①丁… III. ①出入境管理—法律
—研究—中国 IV. ①D922.144

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 288418 号

外国人入境工作管理:法律和制度选择
丁赛尔 著

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 李 群
责任编辑 李 群
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司
责任印制 翟国磊

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16
印张 12.25
字数 168 千
版本 2014 年 4 月第 1 版
印次 2014 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-5630-2

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前言

近二十年来,我国经济高速发展,对外开放程度不断加大,来华工作的外国人规模日益增长,情况日益复杂,而我国相应的管理制度却严重滞后。1996年,我国劳动部、公安部、外交部和对外贸易经济合作部曾联合制定并颁布了《外国人在中国就业管理规定》,对外国人来华就业的基本原则、制度、程序、范围、方式和管理模式等作出了规范,为我国外国人入境就业管理工作打下了良好的基础。但由于《规定》颁布时间较早,17年来我国的经济发展和劳动力结构,以及外国人来中国就业的情况等都发生了较大的变化,时至今日,《规定》已经很难满足现有情况下对外国人就业管理的需要。法律层次低、覆盖范围窄、规定原则缺乏可操作性,外国人来华工作多头审批、制度漏洞大、部门间缺乏协调等问题凸显,已经成为困扰当前外国人在华工作管理的难点。因此,针对外国人在华就业的新情况,进一步健全和完善我国外国人在华就业的相关法律、政策和管理制度迫在眉睫。

在国际上,随着全球化进程的进一步深化,伴随商品、资本、信息的跨境流动,劳动力在全球范围内跨境流动的规模也越来越大,范围也越来越广。根据联合国2006年公布的统计数据,2005年全球共有1.91亿移民,其中移民工人超过8000万人。自20世纪60年代以来,劳工移民问题一直是理论界研究探讨的一个议题。联合国、国际

劳工组织和区域组织也越来越重视劳动力流动的协调管理和对话交流。对于劳动力输入国而言,外国人入境工作将对本国的政治、经济、社会、文化等诸多方面,尤其是劳动力市场产生较大的影响,因此各输入国在引进外籍劳动力的同时大多采取比较谨慎的态度,并建立了相应的法律政策和管理制度。这些国家在长期管理实践中积累的丰富应对措施和解决各种实际问题的宝贵经验,值得我们深入研究总结并参考借鉴。

本研究的目的是通过对国际劳工移民的理论、国际立法以及典型国家和地区对外国人入境工作管理的相关法律和制度安排进行系统、全面的研究分析,结合外国人在华工作及各地管理的现状,提出健全我国外国人入境工作管理的相关建议。

本研究共分为三个部分:第一部分研究分析外国人入境工作概况及国际立法,对外国人入境工作的定义、类型和现状,有关外国人入境工作动因的主要理论、国际组织和区域组织的相关国际文书等进行综合性的论述。第二部分研究外国人入境工作管理的国外实践,对典型国家和地区外国人入境工作管理的法律政策和管理制度进行论述,归纳总结出外国人入境工作管理立法和实践的一般性特点。第三部分是健全外国人在华工作管理制度研究,系统地梳理了外国人在中国工作及管理现状、存在的主要问题,并借鉴国外经验,提出健全外国人在中国工作管理的建议。

目 录

前言 / 1

第一篇 外国人入境工作概况及国际立法 / 1

一、外国人入境工作概况 / 1

(一) 外国人入境工作的定义和类型 / 1

(二) 外国人入境工作现状 / 4

(三) 外国人入境工作的动因理论 / 5

二、外国人入境工作的国际立法 / 9

(一) 国际劳工组织的文书 / 9

(二) 联合国的文书 / 12

(三) 世界贸易组织的文书 / 14

(四) 移民工人管理合作倡议 / 14

(五) 劳动力流动区域协定 / 15

第二篇 外国人入境工作管理: 国外实践 / 17

一、外国人入境工作管理的法律制度 / 17

(一) 制度框架 / 17

(二) 制度特点 / 21

二、外国人入境工作准入管理 / 26

(一)管理机构 / 26

(二)对外国人入境工作的准入评估 / 30

(三)外国人入境工作准入许可 / 38

三、外国人入境工作准入后管理 / 43

(一)出入劳动力市场 / 43

(二)工作待遇 / 44

(三)医疗保障待遇 / 45

(四)社会保险待遇 / 46

(五)税收缴纳义务 / 47

四、低技能外国人入境工作管理 / 47

(一)法律允许但严格限制条件 / 47

(二)通过特殊政策实现引入 / 50

第三篇 健全外国人在华工作管理制度 / 53

一、外国人在华工作基本情况 / 53

(一)外国人在华工作现状 / 53

(二)外国人在华工作的影响因素 / 61

二、外国人在华工作管理现状 / 64

(一)外国人在华工作管理法律制度 / 64

(二)外国人在华工作管理实施情况 / 73

三、外国人在华工作管理存在的问题 / 80

(一)法律法规不健全 / 80

(二)管理制度不完善 / 84

四、健全外国人在华工作管理的建议 / 90

(一)明确外国人工作管理的基本原则 / 90

(二)健全外国人在华工作法律制度 / 91

(三)完善外国人在华工作管理机制 / 94

(四)谨慎放开低端劳动力市场 / 95

参考文献 / 98

分报告一 瑞典外国人入境工作管理研究 / 103

分报告二 巴西外国人入境工作管理研究 / 145

附件 相关法律主要条款译文 / 165

第一篇

外国人入境工作概况及国际立法

一、外国人入境工作概况

(一) 外国人入境工作的定义和类型

在国际上,对外国人入境工作的现象有不同的称谓,有的称之为国际劳工输入或劳务输入,有的称之为劳务合作,是指非具本国国籍的人员进入本国境内从事工作。外国人入境工作是从输入国的角度而言的,相对于输出国而言,就是本国公民境外就业或劳务输出。国际组织一般将以谋求一项职业为目的而从一国移居另一国且不具有雇用国公民资格的人员统称为“移民工人”,而将移民工人的这种行为统称为国际劳工移民。

从劳动关系角度出发,入境工作的外国人可以分为受雇劳动者和自雇劳动者两大类。受雇劳动者是指被某一雇主雇用而在他国境内从事有报酬工作的外籍劳动力。而所谓的雇主既可以是法人也可以是自然人,既可以是工作所在国的雇主,也可以是其他国家和地区的雇主。自雇劳动者是指在他国自己创造工作,不占用当地劳动力市场岗位的外籍劳动力,一般分为投资行为、个人职业行为等。

具体地,入境工作的外国人可以分为以下几种类型。

1. 自由劳动者

自由劳动者是外籍劳动力中地位最为优越的部分。他们根据国

家间达成的“劳务自由流动规定”,可以在不经过任何批准的情况下,直接进入别国就业,并享受就业国同类雇员同等劳动报酬和相关的待遇。这种外籍劳动力入境工作的形式主要是在自由贸易区范围内实行,如在欧盟成员国、北欧四国和北美自由贸易区成员国之间实行。

2. 合同工人

合同工人是指本人,或者他人或组织以其名义与雇用国雇主签订劳动合同,得以批准进入雇用国并获得合同规定的就业岗位的人员。相关合同对于其所从事工作的种类、时间均有明确限制,即合同工人不得在未获得输入国主管当局批准的情况下自行改换工作类型,也不得自行更换雇主,合同到期后必须回国。如果延期,则必须在到期之前完成合同延期的相关手续,获得输入国主管当局的正式批准。合同工人是需求驱动型的,一般分为技术工人和普通工人。技术工人一般在居住期限、更换工作及家庭团聚方面享有优惠条件。

3. 职业移民

这类外籍劳动力是指输入国为弥补国内劳动力人口不足而从外国输入的长期移民,包括技术移民和实业移民或投资移民。技术移民是指有本科以上学历教育背景,外语达到较高水平并有较高技能的移民。实业移民或投资移民是指按照规定的投资数额,需在移入国投资办厂的移民。这类移民在经过较长时期的居住和就业后,可以加入就业国的国籍,但也有一些职业移民工人仍希望继续保留原来的国籍。职业移民工人享有当地居民就业的同等待遇和条件,是外籍劳动力最渴望获得的一种境外就业方式,但仍有许多职业移民工人虽经长期努力,由于受到就业所在国移民政策的限制或阻碍,永远也得不到这种身份。

4. 调任员工

这类外籍劳动力受雇于某一跨国公司,在一定时期内由该跨国公司从其一国公司调任至其另一国公司工作。一般为跨国公司的经理、技术人员等。

5. 项目工人

由外籍劳动力的雇主带往他国,在一定时期内从事特定项目工作的工人。雇主必须负责提供完成项目所需的资源。雇主或项目中介机构必须保证在项目完成时所有因该项目而进入该国的外籍劳动力必须离开该国。

6. 季节工人

季节工人是指由于工作的季节特点限制,仅在一年中的某个季节受雇于外国雇主。此类工人往往呈现出每年季节性循环流动的特点。

7. 短期工人

短期工人是指在一定时期内,受雇于他国担任某一特定职务或从事某一特定工作的外籍劳动力。短期工人与合同工人的区别在于短期工人可以更换雇主,可以在不离开输入国的情况下延长雇用期限。许多国家针对青年的假期工作计划就是属于这种短期工作。

8. 研修生

研修生是指为了学习新技术而进入另一个先进国家,并在其私营或国有企业学习管理和操作经验与技术的外籍劳动力。研修生的培训时间一般持续数月或数年。这类外籍劳动力一般直接受企业计划的支配,并由私营企业进行管理和监督。

9. 边境工人

边境工人是指居住在边境地区,保持自己在本国国境内的居住地,但一般每天或至少每周一次前往邻国边境地区从事工作,往来穿梭于邻国工作地点和本国家庭所在地之间的外籍劳动力。

10. 公务人员

这类人员不属于一般意义上的“外籍劳动力”。他们主要是指公务人员(含外交人员)、宗教人员、运输业和新闻界代表或专家、研究人员等。

11. 特殊工人

特殊工人是指在有限且明确的时间之内,由其雇主派遣到某一就业国去从事一项具体的任务;或在有限且明确的时间之内,从事一

项要求有专业、技术或其他极为特殊技能的工作;或按照其所在就业国雇主的要求,在有限且明确的时间之内,从事短暂的工作。特殊工人出国常常是为了执行一项已事先计划好的、非常具体的任务,一般持续几个月或几年不等。除了个别人是自愿出国的之外,大多数人是应职业或业务的要求而跨国就业的。

(二) 外国人入境工作现状

随着全球化进程的进一步深化,伴随商品、资本、信息的跨境流动,劳动力跨境流动的规模也越来越大,范围也越来越广。根据联合国2006年公布的统计数据,2005年全球共有1.91亿移民,每35人中就有1人是移民,比1960年的7500万人增加了1.5倍,而且这种增长趋势仍在继续。^[1] 劳工移民^[2]是国际移民活动的重要组成部分,据估计,全世界移民工人超过8000万人。^[3] (见表1)

表1 按地区统计的移民工人估计数 (人,%)

地区	移民(包括难民)				移民工人(2000年)			
	2005年*		2000年		不包括难民		包括难民	
	百万	百分比	百万	百分比	百万	百分比	百万	百分比
非洲	17.1	9	16.3	9	5.4	7	7.1	8
亚洲	53.3	28	49.9	29	22.1	27	25.0	29
欧洲	64.1	34	56.1	32	27.5	34	28.2	33
拉美和加勒比	6.6	3	5.9	3	2.5	3	2.5	3
北美	44.5	23	40.8	23	20.5	25	20.5	24
大洋洲	5.0	3	5.8	3	2.9	4	2.9	3
合计	190.6	100	174.9	100	80.9	100	86.3	100

资料来源:《在全球经济中为移民工人谋求公平待遇》,国际劳工局,2004年。

*《移民流总趋势(2005年修改版)》,联合国,2007年。

[1] UN(2006), Trends in Total Migrant Stock: The 2005 Revision, Department of Economic and Social Affairs, Population Division, New York/Geneva.

[2] 外国人入境工作,从国际角度看表现为劳动力在各国之间的流入和流出。国际上研究该领域问题时,一般采用国际劳动力流动或劳工移民、移民工人的概念。本研究在论述国际情况或国际法律文书和制度时采用劳工移民、移民工人的表述。

[3] ILO(2004), Towards a Fair Deal for Migrant Workers in the Global Economy, Report VI, International Labour Conference, 92nd Session, ILO, Geneva.

根据经济合作与发展组织统计,2010年,23个经合组织成员国^[1]和俄罗斯联邦共流入移民工人330万人,其中永久性移民工人140万人,临时性移民工人190万人。临时性移民工人中最多的季节工人,主要是低技能的农业季节工人,其中超过一半流向德国。其次是工作假期工人,2010年约有40万人,超过一半在澳大利亚。研修生有8.3万人,2/3都在日本。^[2](见表2)

表2 2005~2010年间OECD国家临时性移民工人数

类别	2005年	2006年	2007年	2008年	2009年	2010年
研修生	115	129	164	145	114	83
工作假期工人	312	335	397	430	403	398
调任员工	91	104	118	117	92	108
季节工人	603	609	614	610	553	520
其他临时工人	1093	1165	1138	1085	794	765
合计	2187	2313	2393	2350	1956	1875

北美、欧洲、澳新、中东和东亚(包括东南亚和东北亚地区)是外籍劳动力输入的五大热点地区。北美、澳新是传统的移民地区,北美对技术智力型外籍劳动力需求量大,澳新地广人稀,劳动力资源一直缺乏;欧洲,特别是西欧、北欧人口老龄化问题日趋严重,对外国劳动力的依赖日益增强;中东地区伴随石油的开发,工程项目带动的劳工移民占较大比重,目前仍然保持着对外籍劳工的需求量;东亚一些国家和地区则因为近年来经济发展较快,资本流入量不断增大,进而增加了对劳动力的需求。此外,一些东欧国家和俄罗斯,由于经济转型和复苏,也增加了对劳动力的需求。

(三) 外国人入境工作的动因理论

外国人从其本国移居他国进行工作的动因是什么?关于这个问题的理论探讨多种多样。比较著名的有推—拉理论、新古典经济均

[1] 指美国、英国、意大利、西班牙、加拿大、德国、澳大利亚、法国、韩国、瑞士、荷兰、瑞典、挪威、日本、葡萄牙、新西兰、奥地利、丹麦、比利时、捷克、墨西哥、芬兰和爱尔兰。

[2] OECD(2012), International Migration Outlook 2012, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/migr-outlook-2012-en>.

衡理论、双重劳动市场理论和世界体系理论。

1. 推—拉理论

推—拉理论是 20 世纪的人口统计学家、地理学家和经济学家们在地理学家莱文斯坦(E. G. Ravenstein)研究的基础上提出来的。早在 1885 年,莱文斯坦发表“移民的规律”一文,提出“人口迁移并非完全盲目无序的流动,而是遵循着一定的规定”,开创了对移民及其规律进行研究的先河。1938 年,学者赫伯尔(R. Herberle)指出,迁移是由诸多力量共同作用的结果,这些力量包括促使一个人离开一个地方的“推力”和吸引他到另一个地方的“拉力”。此后,许多学者不断对这一理论进行完善,逐渐形成了著名的推—拉理论。博格(D. J. Bogue)进一步发展了推—拉理论,将影响移民的因素细分为 12 个方面的推力因素和 6 个方面的拉力因素。他认为,“推力”是指迁出地存在某些不利于生存、发展的因素,产生种种排斥力,迫使人们离家出走,一般包括政治因素、经济因素、自然灾害以及其他特殊的因素;“拉力”是指迁入地所具有的吸引力,不一定是因为迁入地的条件比迁出地优越,而是因为迁入地表现出较多的谋生和发展的机会,如国外的劳工需求大、就业机会较多、能获得某些方面的自由(如政治自由、免受宗教迫害的自由)等。

但是,推—拉理论存在较为严重的理论缺陷:虽然列举了许多的推力因素和拉力因素,但是仅停留在比较模糊的概念阶段;而且推—拉理论并不能解释劳工移民的全部动因,至少它忽略了外部强制因素如国家对劳工移民的限制。由于推—拉理论存在上述缺陷,此后的学者不再简单地着眼于寻找不同的推拉因素,而是对这些因素背后的原因进行分析。

2. 新古典经济均衡理论

新古典经济均衡理论首先由拉里·萨斯塔于 1962 年提出,经迈克尔·托达罗(Michael Todaro)进一步建构而成。

新古典经济均衡理论宏观理论部分从市场的角度分析了国际劳工移民产生的动因,认为国际劳工移民是由全球劳动力供需分布的

不平衡所引起的劳动力调整过程,是个人希望通过迁移来获得收益最大化的超越国界的人口流动。该理论认为,在经济发展快且劳动力缺乏的国家比在经济发展慢且劳动力充裕的国家可得到更高的工资收入,国家之间工资上的差距是产生移民的根源,劳工移民可以消除这种差距,而移民将使得国家间工资与福利的差距逐渐淡化、消失,而差距的消除又意味着劳工移民的停止。

新古典经济均衡理论微观理论部分是从个人角度分析国际移民的原因,认为“个人效用最大化”的理性因素导致当事人通过成本—收益分析来判断出国是否更加有利可图,从而作出是否移民的决定。

但是到 20 世纪 80 年代中期以后,国际劳工移民现象更加错综复杂,新古典经济均衡理论遇到了困境。它既不能解释在各国间工资和福利水平存在明显差距的欧洲,人口流动却很少的现象,也不能解释移民的地区倾向性问题。新古典经济均衡理论遇到的困境在于它自身的缺陷,即无视非经济因素的影响,而这些因素特别是政治因素,对移民问题的影响是举足轻重的。

1991 年斯塔克(Oded Stark)提出的“劳工移民的新经济学”,对新古典经济均衡理论作出重要修正。斯塔克认为,市场极少像新古典经济学家所设想的那种理想状态运作,移民的出现不能简单归因于两个国家之间的收入差距。他认为,获得资金和安全就业的机会,以及对付经济与社会危机的需要也是导致移民的重要因素。斯塔克的理论或多或少弥补了新古典经济均衡理论缺乏政治底蕴的缺陷,但因为影响不大,因此对其理论整体于事无补。

3. 双重劳动力市场理论

双重劳动力市场理论,又称劳动力市场分割理论,由迈克尔·皮奥里(Michael Piore)于 1979 年提出。该理论认为,发达国家的经济体系划分为两个主要的层次,即资本密集的主要部门和劳动力密集的次要部门,这种划分导致劳动力市场被分为具有高收益、高保障、高福利、舒适工作环境的高级劳动力市场和低工资、不稳定、缺乏升迁机会、工作环境恶劣的低级劳动力市场。发达国家的本地劳工对

前者趋之若鹜,对后者却不屑从事,故而需要外国移民来填补其空缺。该理论认为发达国家的劳动力市场存在对外国劳动力的内在需求,正是这种内在需求促进了当代劳动力的跨国迁移。

劳动力市场分割理论首次从国际劳工输入国内在机制的角度来探讨国际移民的现象,较好地解释了为什么现当代国际移民很多发生在历史上彼此联系不怎么紧密的国家之间的难题,也解释了当代发达国家的一个看似荒唐的矛盾现象,即一方面本国失业率居高不下,另一方面又对外国劳工有着旺盛的需求。

然而,双重劳动市场理论无论是从理论还是对现实的诠释都并非尽善尽美。首先,双重劳动市场理论只从国际劳工输入国一方寻找移民的原因,即只单纯从需求的一方,而没有从供给的一方来看待所有跨国移民。其次,该理论一味强调市场需求,显然忽略了引发当代国际移民的其他原因的重要作用。

4. 世界体系理论

世界体系理论是以历史社会学家伊曼纽尔·沃勒斯坦(Immanuel Wallerstein)1974年提出的“现代世界体系”学说为基石的。沃勒斯坦在以“依附理论”为代表的历史结构论的基础上扩展了“依附理论”的“核心”和“边缘”的概念,认为16世纪以来世界体系由“核心—半边缘—边缘”国家这三个同心圆组成。核心国家是指在资本、技术、市场上占主导地位的西方发达国家,边缘国家是指在这三方面处于从属地位的发展中国家,半边缘国家是介于前两者之间的国家。这三者之间存在“周期性律动”。

世界体系理论强调世界政治、经济的不平衡发展规律对国际移民的推动作用。认为跨国移民的实质是资本主义生产方式由核心国家向边缘国家扩展、渗透,使边缘国家融入核心国家主导的全球经济中。国际移民是经济全球化的直接结果,商品、资本、信息的国际流动必然推动国际人口迁移。日益发达的交通和通讯为跨国移民提供了前所未有的便利。

世界体系理论有助于我们了解处于不同发展阶段的国与国之间

的联系,能够很好地解释劳动力从前殖民地流向宗主国,但不适用于其他众多类型的移民,而且当代很多国际移民发生在历史上彼此不大联系的国家之间。

二、外国人入境工作的国际立法

国际法规和指南是各国针对外国人入境工作管理立法的重要基础。联合国移民署、国际劳工组织、世界贸易组织和欧盟等区域性组织都制定了相关的公约、条约和建议书,对外国人入境工作问题作出了相关的规定。这些国际立法对各国缔结双边、多边劳务协议,制定外国人入境工作合同标准具有原则性的指导意义。

(一) 国际劳工组织的文书

1. 国际劳工组织相关公约和建议书

国际劳工组织对推动国际劳工移民健康发展,尤其是促进移民工人的权益保护问题予以了密切关注,并制定了相关公约和建议书,对处于不同阶段和不同情况下的移民工人规定了各种保护措施。批准并实施这些标准是有效保护移民工人权益的基础。

(1) 关于移民工人的专门标准

国际劳工组织在两个不同的政治背景下,先后制定了专门针对移民工的标准:第一次是在第二次世界大战后的1949年,为了促进富余劳动力从欧洲流向世界其他地区,制定了《就业移民公约(修订本)》(第97号)及相关建议书;第二次是在1973年石油危机之后的1975年,制定了《移民工人(补充条款)公约》(第143号)及相关建议书。当时由于各国政府越来越关注失业率和非正常移民的增长,因此国际劳工组织将政策重点从促进富余劳动力移民转变为对移民活动进行控制。

第97号公约规定了一系列旨在协助移民工人求职和就业的条款。规定移民工人有权获得平等待遇,强调招聘移民就业及其工作条件的标准,并且提倡为移民工人制定规范合同。第97号公约相关的第86号建议书的附录文件《关于临时和长期移民就业、包括难民