

2017 新《外国人就业管理规定》及相关法律问题解读

北京安杰律师事务所 张丹 张宇

2016年9月8日至9日，国家外国专家局在天津召开“实施外国人来华工作许可制度试点工作座谈会”，对外国人来华工作许可制度改革落实进行了部署。依据要求，2016年10月1日至2017年3月31日，在北京、天津、河北、上海、安徽、山东、广东、四川、宁夏等地开展外国人来华工作许可制度试点工作。¹2017年3月28日，国家外国专家局、人社部、外交部、公安部联合印发《关于全面实施外国人来华工作许可制度通知》（外专发〔2017〕40号）（以下简称“通知”）。依据通知要求，从2017年4月1日起，全国统一实施《外国人工作许可通知》和《外国人工作许可证》，不再发放外国专家来华工作许可和外国人就业许可；依据外国人来华工作分类标准进行审批；加快制订出台《外国人在中国工业管理条例》。依据通知规定，外国人来华工作许可制度涉及以下几个方面：

一、两证合一，简化流程

1. 将原《外国专家来华工作许可证》和《外国人就业许可证》统一为《外国人工作许可通知》，采用电子化形式，用人单位和外国申请人可在线打印；原《外国专家证》和《外国人就业证》统一为《外国人工作许可证》。《外国人工作许可证》是外国人在中国工作的合法证件，“一人一号”、终生不变。
2. 统一审批流程，实行“一网”办理，建设全国统一的“外国人来华工作管理服务系统”。同时，简化归并申请材料，除个人护照、电子照片外，减少了申请书、专家或就业证申请表、许可或存根、中英文个人简历、聘用意向书等7份材料。
3. 变职业签证为“Z字签证”。2017年3月13日，人力资源社会保障部发布了《关于修改〈外国人在中国就业管理规定〉的决定》，对原《外国人在中国就业管理规定》（劳部发〔1996〕29号）有关条款进行了修改，其中将原第八条、第十条中的“职业签证”修改为“Z字签证”。这一修改一方面是为了与其他规定保持名称上的一致（如《外国人入境出境管理条例》第六条使用“Z字签证”的表述），另一方面是为了将试点工作中执行的新制度纳入新规定，实现“两

¹ 《外国人来华工作许可制度试点工作启动》中华人民共和国国家外国专家局官网
<http://www.safea.gov.cn/content.shtml?id=12749114>

证整合”。

根据本所律师理解，从 2017 年 4 月 1 日起，凡是申请来中华人民共和国境内工作的外国人，应当按如下流程办理许可：

1. 首先申请办理《外国人工作许可通知》；
2. 在获得《外国人工作许可通知》后，无需被授权单位通知函，直接持有效护照或证件至驻外使、领馆办理 Z 字签证；
3. 被聘用的外国人入境后十五日内，持《外国人工作许可通知》、劳动合同及其有效护照办理《外国人工作许可证》。
4. 已办理《外国人工作许可证》的外国人，在入境后三十日内，持许可证到公安机关申请办理居留证。

二、鼓励高端、控制一般、限制低端

2017 年 3 月 29 日，国家外国专家局发布《关于印发外国人来华工作许可服务指南（暂行）的通知》（外专发〔2017〕36 号），将外国来华人员分为 A、B、C 三类，采取区别对待。A 类为外国高端人才，具体是指符合“高精尖缺”和市场需求导向，中国经济社会发展需要的科学家、科技领军人才、国际企业家、专门特殊人才等；B 类为外国专业人才，是指符合外国人来华工作指导目录和岗位需求，属于经济社会发展急需的人才；C 类为其他外国人员，是指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。对于 A 类人才加以鼓励（无数量限制），对 B 类人才加以控制（根据市场需求限制），对 C 类人员严格限制（按国家有关规定执行数量限制）。

另外，新制度为 A 类外国高端人才开辟绿色通道，在申请外国人来华工作许可方面享有更多便利措施。例如：符合相关条件的外国高端人才，可以实现全流程在线办理，无需提交纸质材料核验；其工作资历证明、最高学位（学历）证书及无犯罪记录证明可采用承诺制；已入境的外国高端人才可境内申请外国人来华工作许可；工作许可申办、延期、注销等，办理时间由 10 个工作日缩短为 5 个工作日；工作许可期限最长可达 5 年。

从中国目前发展现状来看，经济发展并不缺少一般型人才，而是急需科学家、科技领军人才、国际企业家、专门特殊人才等“高精尖缺”类人才，为 A 类外国高端人才开通绿色通道，实乃促进经济发展的重要举措。

三、与外国人订立的劳动合同的法律适用问题

《外国人在中国就业管理规定》第十八条规定：“用人单位与被聘用的外国人应依法订立劳动合同。劳动合同的期限最长不得超过五年。”第二十六条规定：“用人单位与被聘用的外国人发生劳动争议，应按照《中华人民共和国劳动法》和《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》处理”。因此，用人单位与外籍员工的劳动合同受劳动法调整，这一点目前没有争议。然而，外国人与用人单位的劳动关系毕竟与的中国公民和用人单位的劳动关系不同。例如：《中华人民共和国劳动合同法》第十二条规定：“劳动合同分为固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同和以完成一定工作任务为期限的劳动合同”。而依据《外国人在中国就业管理规定》第十八条的规定，与外国人订立的只能不超过五年的有固定期限的劳动合同，不存在无固定期限劳动合同和以完成一定工作任务为期限的劳动合同。又如：《中华人民共和国劳动法》第46条第1款规定：“工资分配应当遵循按劳分配原则，实行同工同酬。”而依据《外国人在中国就业管理规定》第二十三条，用人单位支付所聘用外国人的工资不得低于当地最低工资标准，并未要求同工同酬，这也是不同之处。因此，对于《外国人在中国就业管理规定》第二十三条：“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”，就存在不同的解读。有观点认为，《中华人民共和国劳动合同法》第十七条对于劳动合同的内容规定了九项²，而《外国人在中国就业管理规定》第二十三条仅列举了其中四项，因此除了这四项必须按国家有关规定执行，其它事项，例如劳动合同的解除、终止等用人单位拥有订约自主权。例如：上海市劳动局《关于贯彻〈外国人在中国就业管理规定〉的若干意见的通知（沪劳外发[1998]25号）第16条规定：“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”；上海市劳动局《关于实施〈上海市劳动合同条例〉若干问题的通知》（沪劳保关发[2002]13号）第26条规定：“获准在本市行政区域内就业的外籍人员和台湾、香港、澳门人员的劳动权利义务，由用人单位的董事会或者管理机构确定后，在劳动合同中加以约定”。也有观点认为，对于《外国人在中国就业管理规定》第二十三条列举以外的事项，应当采取最低保护原则，即外国人在中国的待遇不低于中国公民待遇。尽管存在上述不同观点，笔者仍然建议用人单位依据中国劳动法律相关规定与受聘外国人订立劳动合同，以避免出现约定无效或

² 《中华人民共和国劳动合同法》第17条的规定：“劳动合同应当具备以下条款：（一）用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；（二）劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码；（三）劳动合同期限；（四）工作内容和工作地点；（五）工作时间和休息休假；（六）劳动报酬；（七）社会保险；（八）劳动保护、劳动条件和职业危害防护；（九）法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。”

违法的风险。

对于未依法办理外国人就业许可的法律责任，一方面是聘用单位和受聘外国人将受到罚款、终止雇佣、限期出境等行政处罚³，另一方面是该受聘用的外国人无法得到劳动法律保护，如无法办理社会保险⁴，发生争议无法依据劳动争议适用劳动法律规定得到保护⁵等。

³《中华人民共和国外国人入境出境管理法实施细则》第四十四条规定：“对未经中华人民共和国劳动部或者其授权的部门批准私自谋职的外国人，在终止其任职或者就业的同时，可以处 1000 元以下的罚款；情节严重的，并处限期出境。对私自雇用外国人的单位和个人，在终止其雇用行为的同时，可以处 5000 元以上、5 万元以下的罚款，并责令其承担遣送私自雇用的外国人的全部费用。”

⁴《在中国境内就业的外国人参加社会保险暂行办法》第二条规定：“在中国境内就业的外国人，是指依法获得《外国人就业证》、《外国专家证》、《外国常驻记者证》等就业证件和外国人居留证件，以及持有《外国人永久居留证》，在中国境内合法就业的非中国国籍的人员。”

⁵《人力资源和社会保障部办公厅关于涉外劳动人事争议处理有关问题的函（人社厅函〔2010〕629号）》规定：“依法取得了《外国人就业证》或《台港澳人员就业证》或《外国专家证》的外国人、台港澳居民与我国用人单位建立劳动人事关系并发生劳动人事争议的，属于我国劳动人事争议仲裁委员会受理范围”。