

外国人在沪劳动维权状况浅析

刘毅彬 俞思婕

(上海商学院, 200235)

摘要: 本研究针对关于外国人在沪劳动维权状况及相关问题进行了专题调查, 得出了一些初步结论, 并提出了若干立法及执法建议。

一、外国人在沪就业的现状

目前来看, 到上海就业的“洋打工”人数呈现逐年攀升的态势, 据新华社上海7月6日电, 2000年, 外国人在上海新办就业证4047份, 2004年的前9个月, 上海的外国就业者上升至11277人, 2005年的新增“洋打工”达到18325人。来自上海市外国人就业中心的最新数据表明, 截至2006年6月30日, 来沪就业的外国人累计总数已达到9.2万名, 目前实际在沪就业的外国人有5.1万人。今年新增人数超过了1.8万名。据上海市劳动和社会保障局外国人就业中心介绍, 从就业的人员结构来看, 外国人来沪就业层次也较高, 主要在外商投资企业或外企常驻代表机构任职, 占6.1%, 在非境外投资企业工作的占13.9%。他们主要担任高级管理人员和一般管理人员, 占64.0%, 其中高级管理人员占26.1%; 高级技术人员和一般技术人员占20.4%。首席代表和代表占11.1%, 其他为4.5%; 此外, 他们都有比较高的学历, 其中本科学历占70.0%, 研究生学历占16.0%, 博士学历占2.5%, 大专及以下为11.5%。

二、外国人在沪劳动维权的现状

1、“洋打工”劳动争议呈上升趋势

在上海市劳动争议仲裁委员会我们得知, 随着上海经济的快速发展, 以及与世界的同步性, 目前, 在上海的“洋打工”人数已经突破4万, 涉及“洋打工”的劳动争议也在逐年增加。去年市劳动争议仲裁委共受理“洋打工”劳动争议64件, 比前年增加了33%。然而, 相当数量的“洋打工”因不懂得中国的有关法规, 失去了维护自己权益的机会。就现在来看, 在沪就业外国人的维权争议也逐步增多, 截至目前, 今年市劳动争议仲裁委员会共受理外籍员工劳动争议纠纷50多件, 同比增加20%左右。经过劳动仲裁部门的调解仲裁, 大约5%的劳动争议依法得到受理, 从而有效地维护了外籍从业人员的合法权益。

2、“洋打工”劳动维权劳动中存在的一些问题:

(1) 未获得外国人在中国就业的资格

老外来沪工作得先办就业证。外国人来沪工作, 只有在办理就业许可登记后, 才能具有了合法就业的资格, 这也是维护自身合法权益的前提。因此, 外国公司及其上海代表处、外商独资企业不能与劳动者直接建立劳动关系, 招用员工必须通过专门的外服公司进行。违反此规定的属于非法用工行为, 在此情况下, 劳动者权益很难得到劳动法的保护。

在此次的实习中, 我们首先了解到了一些外国人在中国就业的政策, 根据国务院劳动部等四部委《关于颁发〈外国人在中国就业管理规定〉的通知》, 外国人在本市就业必备条件为: (1) 年满1周岁, 身体健康; (2) 具有从事其工作所必需的专业技能和相应的工作经历; (3) 无犯罪记录; (4) 有确定的聘用单位; (5) 持有有效护照或能代替护照的其他国际旅行证

件（以下简称代替护照的证件）。劳动部门还提醒，《外国人就业证》、《台港澳人员就业证》的有效期限最长不超过五年，而且不能超过本人所持护照及相关证件的有效期限。

此外，在中国打工的外国人，如果从事的是国家法律特别规定的职业或工种，就必须持有相应的国家职业资格证书上岗。劳动和社会保障部在最新下发的《关于外国人在中国就业持职业资格证书有关问题的函》中指出，外国人在中国就业应具有从事其工作所必须的专业技能和相应的工作经历；由于中国政府目前尚未与其他国家政府签订职业资格证书互认协议，所以外国人在中国从事国家规定的职业（工种），原则上必须持《中华人民共和国职业资格证书》。

其他的外国人在中国就业原则，还包括在读的留学生不能就业。有些外国人在上海一边工作一边兼职，这种情况其实是非法就业。对于私自雇佣外国人的企业和个人，将被处以5000元至5万元的罚款。

这里有一个案例。2005年9月，美籍学生A来到上海市劳动争议仲裁委，诉上海某外语培训机构，归还拖欠他的工资人民币1200元整。申诉人称其于2005年月至月在被上诉人处工作，负责上课，教授英语口语。工作时一切正常，按时按质授课。可在月底结算工资时，培训机构以种种理由扣其工资，只给其1800元。这才导致了此次诉讼。对此，被上诉人却不认为申诉人在自己处工作。只是朋友之间的关系，而在自己处帮忙，并且双方没有签订劳动合同，所以不应给申诉人1200元。仲裁委调查发现，申诉人确实曾于至月在培训机构工作。这是一个事实。但是，根据我国相关的法律规定，外国留学生在中国就业是非法的。就是说，在这个案件中，申诉人的工作行为是不合法的，申诉人的请求不能得到仲裁委的支持。而对于非法雇用外国留学生的培训机构，也受到了应有的处罚。

（2）超过诉讼时效

在现行的政策规定下，仲裁申请时效是维权的前提条件。一旦发生劳动纠纷，“洋打工”者应立即向上海市劳动争议仲裁委申请劳动仲裁，以便及时维护自己的权益。这也就是说，超过这一申诉时效，你收到的只能是一纸不予受理的法律文书。即使再去法院提起诉讼，法院也同样以超过时效驳回你的诉讼请求。这充分体现了申请仲裁或诉讼的时间性和主动性。这一点别说老外不知道，就连很多中国员工也不是很清楚。根据法律规定：“申请劳动仲裁，必须是在劳动关系的一方，在知道或者应当知道自己的权益被侵害时起60日内，向劳动仲裁机构申请仲裁。”上海19个区县都设有自己的劳动和社会保障局。但根据规定，凡是涉及外籍员工的劳动争议，必须向市劳动争议仲裁委申请仲裁。

（3）劳动合同签订的不完全

在涉及“洋打工”的劳动争议案中，涉及劳动报酬争议的数量最多，占到五成。这些劳动争议大多是因企业经营管理不善、停业整顿等原因拖欠员工薪水，或是企业单方面解除劳动合同产生的一些福利待遇等问题引发的。

据了解，在沪工作的外籍员工，在中国企业工作过程中与企业方的权利义务基本上是通过签订劳动合同来约定的。一旦发生争议，仲裁委员会在处理争议时主要按照双方约定的合同条款进行裁决。但在实际的工作生活中，有些外籍员工则要求除享受合同条款约定的福利待遇外，还要享受与中国员工相同的有关国内福利待遇。有的合同条款中并未对有关内容进行约定，而外籍员工则要求企业支付此项费用，认为是当时条款未尽事宜。由此而产生争议，协调不成，诉至仲裁委员会。

对此，仲裁委员会的有关专家提醒大家，外籍人士与企业签订劳动合同时，在严格遵守中国法律的前提下，应该在福利待遇、医疗保险、解除聘任关系等内容上一定要详细约定，这样将来产生劳动争议时，可以有据参照。同时，企业也有必要对外籍员工进行相关政策的解释和说明，以避免发生不必要的歧义，从而引发矛盾纠纷。特别是外籍人士在上海，是无法参加社会保险，享受社会保险待遇的。劳动合同中虽约定单位为外籍人士提供国家规定的养老、失业、医疗、公积金和其他综合保险，但是现实的商业保险中附加了许多的条件，导致外籍人士在发生医疗等费用时，往往得不到理赔。一旦双方为此发生争议，用

人单位是否应该承担这类费用以及该如何承担就成了仲裁委审理中的难点问题。由于外籍人士在上海工作,无法参加上海市的社会保险计划,如何享受医疗待遇就成了目前的新问题。我国正处于经济高速发展的阶段,而我们上海又是中国经济的中心。作为一个国际大都市,上海从上世纪90年代开始,就吸引了越来越多的外籍人士来此投资就业,而且这个数字还在逐年增加。因此,我们不应忽视那些有关外籍人士在上海的社会福利问题。其实,这些福利的提高,在一定程度上,也能吸引更多优秀的外籍人士来沪就业。从长远的方面来看,这也是有利于上海经济发展的。或许,立刻在全国都提高外国就业者的福利水平还不太现实,但这肯定是一个趋势,全世界都是如此。作为中国经济中心的上海,或许可以走在全国的前面,首先颁布一个旨在提高外国就业者福利水平的地方性法规。就如上文所说,可以先解决外籍人士的医疗待遇问题。说到底,这还是一个法律的空白点。上海可以率先尝试着填补这一空白,待有了一定的经验积累后,再向全国推广。

(4) 对于中国相关法律的不熟悉

外国劳动者对于中国相关法律的不熟悉,直接制约了其维护自身合法权益的效果。这里的法律,不仅仅是《劳动法》,还应包括所有的关于涉外劳动的法律,行政法规和地方性法规,条例等。外国劳动者来自不同的国家,各个国家对于劳动关系都有不同的规定。外国劳动者来沪就业,更重视的是自己的专业技能,以及自己所在行业的新动向,从而忽视了学习相关的法律知识。外国劳动者总是下意识的以本国的法律来衡量和处理现实的问题,这样往往错过了维权的最佳时机,造成不必要的损失。这听上去好像有点不可思议,但在实际生活中,确实有许多外国劳动者不知该如何正确维权。归根到底,这还是源于对于中国相关法律的不熟悉。

3、中国相关法律法规的空白

(1) 《劳动法》的不适用

众所周知《劳动法》是调整劳动关系,保障劳动各方合法权益的基本法律。但我国现行的《中华人民共和国劳动法》中并没有就涉外劳动合同问题做出特别的规定,也没有规定调整涉外劳动合同纠纷的法律选择规范。应当说,这是我国现有法律的漏洞,是一个不容回避的现实。从我国加入了WTO后,按照国际惯例,境外人士在国内生活、工作原则上应当享有国民待遇,但现有的《劳动法》(系15年制定)中所有规定,是否都可以适用涉及外籍人士的劳动争议,在这一点上法律规定不明确。这就使得在处理具体的问题时,会变的非常复杂,有时甚至无法可依。

(2) 缺少有效保护外国劳动者的政策

在我国现实社会中,还没有建立一套完善的旨在保护外国劳动者的机制。一般来说,上海的正式职工,单位在发给其工资的同时,还会代其缴纳四金。职工生病了,也可以享受医疗保险等。各种各样的旨在保护职工权益的政策越来越多,与之相比,保护外国劳动者的有效机制显然没有到位。由此而带来的争议,正呈现明显的上升趋势。这一点在上文中已经提到,我们应该引起重视。说到底,还是缺少保护外国劳动者的有效政策。