

**BỘ GIÁO DỤC VÀ ĐÀO TẠO**

**BỘ TƯ PHÁP**

**TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT HÀ NỘI**

**TRẦN THÚY HẰNG**

**PHÁP LUẬT ĐIỀU CHỈNH QUAN HỆ  
LAO ĐỘNG CỦA NGƯỜI LAO ĐỘNG NƯỚC  
NGOÀI TẠI VIỆT NAM TRONG THỜI KỲ  
HỘI NHẬP KINH TẾ QUỐC TẾ**

**LUẬN ÁN TIÊN SỸ LUẬT HỌC**

**Hà Nội - 2019**

**BỘ GIÁO DỤC VÀ ĐÀO TẠO**

**BỘ TƯ PHÁP**

**TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT HÀ NỘI**

**TRẦN THÚY HẰNG**

**PHÁP LUẬT ĐIỀU CHỈNH QUAN HỆ  
LAO ĐỘNG CỦA NGƯỜI LAO ĐỘNG NƯỚC  
NGOÀI TẠI VIỆT NAM TRONG THỜI KỲ  
HỘI NHẬP KINH TẾ QUỐC TẾ**

**Chuyên ngành: Luật quốc tế**

**Mã số: 9 38 01 08**

**LUẬN ÁN TIẾN SỸ LUẬT HỌC**

**Người hướng dẫn khoa học:**

**1. PGS.TS. Nông Quốc Bình**

**2. TS. Đỗ Ngân Bình**

**Hà Nội - 2019**

## **LỜI CAM ĐOAN**

*Tôi xin cam đoan đây là công trình nghiên cứu của riêng tôi. Các số liệu nêu trong luận án là trung thực. Những kết luận khoa học của luận án chưa từng được ai công bố trong bất kỳ công trình nào khác.*

**TÁC GIẢ LUẬN ÁN**

## DANH MỤC TỪ VIẾT TẮT

AEC	ASEAN Economic Community, Cộng đồng kinh tế ASEAN
ASEAN	Association of Southeast Asian Nations, Hiệp hội các quốc gia Đông Nam Á
BLDS	Bộ luật dân sự
BLLĐ	Bộ luật lao động
EU	European Union, Liên minh Châu Âu
FTA	Free Trade Agreement, Hiệp định thương mại tự do
GPLĐ	Giấy phép lao động
ICRMW	International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Worker and Members of their families, Công ước quốc tế về bảo vệ quyền của người lao động di trú và các thành viên trong gia đình họ năm 1990
ILO	International Labour Organization, Tổ chức Lao động thế giới
HĐLĐ	Hợp đồng lao động
MRA	Mutual Recognition Arrangement, Hiệp định công nhận lẫn nhau
Nghị định số 11/2016/NĐ-CP	Nghị định số 11/2016/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành một số điều của Bộ luật lao động về lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam
NLĐ	Người lao động
NSDLĐ	Người sử dụng lao động
LĐTBXH	Lao động Thương binh và Xã hội
QHLD	Quan hệ lao động
Quy chế Rome I	Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) - Quy chế Rome về luật áp dụng cho nghĩa hợp đồng
TAND	Tòa án nhân dân
Thông tư 40/2016/TT-BLĐTBXH	Thông tư 40/2016/TT-BLĐTBXH quy định chi tiết thi hành một số điều của Nghị định số 11/2016/NĐ-CP
BLĐTBXH	
TNHH	Trách nhiệm hữu hạn
WTO	World Trade Organization, Tổ chức thương mại thế giới

## MỤC LỤC

<b>MỞ ĐẦU .....</b>	<b>1</b>
<b>1. Tính cấp thiết của đề tài.....</b>	<b>1</b>
<b>2. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu của luận án .....</b>	<b>4</b>
<b>3. Mục tiêu và nhiệm vụ nghiên cứu của luận án .....</b>	<b>4</b>
<b>4. Cơ sở lý luận và phương pháp nghiên cứu của luận án .....</b>	<b>5</b>
<b>5. Những đóng góp mới của luận án .....</b>	<b>7</b>
<b>6. Ý nghĩa lý luận và thực tiễn của luận án .....</b>	<b>7</b>
<b>7. Kết cấu của luận án .....</b>	<b>8</b>
<b>Chương 1: TỔNG QUAN TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU CÓ LIÊN QUAN ĐẾN ĐỀ TÀI LUẬN ÁN.....</b>	<b>9</b>
<b>1.1. Tình hình nghiên cứu về pháp luật điều chỉnh quan hệ lao động của người lao động nước ngoài .....</b>	<b>9</b>
<b><i>1.1.1. Các công trình nghiên cứu tại nước ngoài.....</i></b>	<b><i>9</i></b>
1.1.1.1. Các nghiên cứu về pháp luật điều chỉnh người lao động nước ngoài..9	
1.1.1.2. Các nghiên cứu về xác định pháp luật điều chỉnh hợp đồng lao động của người lao động nước ngoài.....12	
1.1.1.3. Các nghiên cứu về xu hướng hợp tác và tác động của hội nhập kinh tế khu vực ASEAN đến các quốc gia thành viên.....14	
<b><i>1.1.2. Các công trình nghiên cứu tại Việt Nam .....</i></b>	<b><i>15</i></b>
1.1.2.1. Các nghiên cứu về quản lý người lao động nước ngoài .....	15
1.1.2.2. Các nghiên cứu về hợp đồng lao động của người lao động nước ngoài	17
1.1.2.3. Các nghiên cứu về hợp tác quốc tế về lao động của Việt Nam trong thời kỳ hội nhập kinh tế quốc tế.....	18
<b>1.2. Một số nhận xét, đánh giá các nghiên cứu có liên quan đến đề tài luận án .....</b>	<b>18</b>
<b>1.3. Câu hỏi nghiên cứu và giả thuyết nghiên cứu của luận án .....</b>	<b>19</b>
<b>1.4. Những kết quả nghiên cứu được luận án kế thừa và những vấn đề cần được giải quyết trong luận án .....</b>	<b>20</b>
<b>Chương 2: NHỮNG VẤN ĐỀ LÝ LUẬN VỀ QUAN HỆ LAO ĐỘNG CỦA NGƯỜI LAO ĐỘNG NƯỚC NGOÀI VÀ PHÁP LUẬT ĐIỀU CHỈNH QUAN HỆ LAO ĐỘNG CỦA NGƯỜI LAO ĐỘNG NƯỚC NGOÀI .....</b>	<b>24</b>
<b>2.1. Khái niệm người lao động nước ngoài và quan hệ lao động của người lao</b>	

<b>động nước ngoài .....</b>	<b>24</b>
<b>2.1.1. Khái niệm người lao động nước ngoài.....</b>	<b>24</b>
2.1.1.1. Định nghĩa người lao động nước ngoài .....	24
2.1.1.2. Phân loại người lao động nước ngoài .....	29
<b>2.1.2. Khái niệm quan hệ lao động với người lao động nước ngoài.....</b>	<b>33</b>
2.1.2.1. Định nghĩa quan hệ lao động của người lao động nước ngoài .....	33
2.1.2.2. Đặc trưng của quan hệ lao động của người lao động nước ngoài .....	38
<b>2.2. Những vấn đề lý luận cơ bản về pháp luật điều chỉnh quan hệ lao động của người lao động nước ngoài .....</b>	<b>40</b>
<b>2.2.1. Vai trò của pháp luật điều chỉnh quan hệ lao động của người lao động nước ngoài trong bối cảnh hội nhập kinh tế quốc tế.....</b>	<b>40</b>
<b>2.2.2. Các nguồn luật chủ yếu điều chỉnh quan hệ lao động của người lao động nước ngoài .....</b>	<b>44</b>
2.2.2.1. Pháp luật quốc tế.....	44
2.2.2.2. Pháp luật quốc gia.....	49
<b>2.2.3. Các nguyên tắc cơ bản của pháp luật điều chỉnh quan hệ lao động với người lao động nước ngoài.....</b>	<b>51</b>
2.2.3.1. Nguyên tắc không phân biệt đối xử .....	51
2.2.3.2. Nguyên tắc đối xử quốc gia .....	52
2.2.3.3. Nguyên tắc đảm bảo và tôn trọng sự thỏa thuận hợp pháp của các bên trong quan hệ lao động.....	53
2.2.3.4. Nguyên tắc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người sử dụng lao động .....	53
<b>2.2.4. Nội dung pháp lý cơ bản của pháp luật điều chỉnh quan hệ lao động với người lao động nước ngoài tại các quốc gia trên thế giới.....</b>	<b>54</b>
2.2.4.1. Thiết lập quan hệ lao động của người lao động nước ngoài.....	54
2.2.4.2. Thực hiện quan hệ lao động của người lao động nước ngoài.....	55
2.2.4.3. Chấm dứt quan hệ lao động của người lao động nước ngoài .....	57
2.2.4.4. Quản lý nhà nước đối với quan hệ lao động của người lao động nước ngoài .....	57
<b>2.2.5. Xung đột pháp luật và phương pháp giải quyết xung đột pháp luật trong quan hệ lao động của người lao động nước ngoài .....</b>	<b>58</b>

2.2.5.1. Hiện tượng xung đột pháp luật trong quan hệ lao động của người lao động nước ngoài.....	58
2.2.5.2. Phương pháp giải quyết xung đột pháp luật trong quan hệ lao động của người lao động nước ngoài .....	60
<b>Chương 3: THỰC TRẠNG PHÁP LUẬT ĐIỀU CHỈNH QUAN HỆ LAO ĐỘNG CỦA NGƯỜI LAO ĐỘNG NƯỚC NGOÀI TẠI VIỆT NAM .....</b>	<b>68</b>
<b>3.1. Quy định trong các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên .....</b>	<b>68</b>
<b>3.1.1. Quy định về quyền lao động cơ bản và bảo vệ người lao động nước ngoài .....</b>	<b>68</b>
<b>3.1.2. Quy định về xác định pháp luật điều chỉnh quan hệ lao động trong các hiệp định tương trợ tư pháp .....</b>	<b>72</b>
<b>3.1.3. Quy định về hình thức làm việc của người lao động nước ngoài.....</b>	<b>73</b>
<b>3.1.4. Quy định về quyền được nhận văn bằng và trình độ chuyên môn của người lao động nước ngoài mang quốc tịch của các quốc gia ASEAN .....</b>	<b>75</b>
<b>3.1.5. Quy định điều chỉnh quyền và nghĩa vụ của người sử dụng lao động và người lao động nước ngoài trong các hiệp định hợp tác lao động .....</b>	<b>78</b>
<b>3.2. Quy định của pháp luật Việt Nam .....</b>	<b>79</b>
<b>3.2.1. Quy định điều chỉnh thiết lập quan hệ lao động của người lao động nước ngoài .....</b>	<b>80</b>
3.2.1.1. Điều kiện đối với người lao động nước ngoài .....	80
3.2.1.2. Điều kiện đối với người sử dụng người lao động nước ngoài .....	81
3.2.1.3. Hình thức làm việc của người lao động nước ngoài.....	84
3.2.1.4. Thủ tục tuyển dụng người lao động nước ngoài.....	87
<b>3.2.2. Quy định điều chỉnh thực hiện quan hệ lao động của người lao động nước ngoài .....</b>	<b>88</b>
3.2.2.1. Hiệu lực của hợp đồng lao động của người lao động nước ngoài .....	88
3.2.2.2. Hợp đồng lao động của người lao động nước ngoài vô hiệu.....	89
3.2.2.3. Quyền và nghĩa vụ của các chủ thể trong quan hệ lao động của người lao động nước ngoài .....	94
3.2.2.4. Hình thức và ngôn ngữ hợp đồng lao động với người lao động nước ngoài .....	95
<b>3.2.3. Quy định điều chỉnh thay đổi, tạm hoãn, chấm dứt quan hệ lao động của người lao động nước ngoài.....</b>	<b>96</b>

3.2.3.1. Thay đổi quan hệ lao động của người lao động nước ngoài.....	96
3.2.3.2. Tạm hoãn thực hiện hợp đồng lao động với người lao động nước ngoài.....	97
3.2.3.3. Chấm dứt quan hệ lao động của người lao động nước ngoài .....	97
<b>3.2.4. Quy định xác định pháp luật áp dụng cho quan hệ lao động của người lao động nước ngoài.....</b>	<b>99</b>
3.2.4.1. Xác định pháp luật áp dụng cho quan hệ lao động của người lao động nước ngoài theo sự thỏa thuận của các bên trong hợp đồng lao động .....	100
3.2.4.2. Xác định pháp luật áp dụng cho quan hệ lao động của người lao động nước ngoài khi không có sự thỏa thuận của các bên trong hợp đồng lao động.....	101
3.2.4.3. Hạn chế sự thỏa thuận của các bên lựa chọn pháp luật áp dụng cho quan hệ lao động của người lao động nước ngoài để bảo vệ người lao động.....	102
<b>3.2.5. Giải quyết tranh chấp lao động cá nhân trong quan hệ lao động của người lao động nước ngoài.....</b>	<b>105</b>
3.2.5.1. Thẩm quyền giải quyết tranh chấp lao động cá nhân trong quan hệ lao động của người lao động nước ngoài.....	105
3.2.5.2. Trình tự, thủ tục giải quyết tranh chấp lao động cá nhân trong quan hệ lao động của người lao động nước ngoài.....	108
<b>3.2.6. Quy định về quản lý quan hệ lao động của người lao động nước ngoài.....</b>	<b>110</b>
3.2.6.1. Giấy phép lao động .....	110
3.2.6.2. Trách nhiệm của các cơ quan nhà nước trong việc quản lý người lao động nước ngoài.....	111
<b>Chương 4: HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VÀ NÂNG CAO HIỆU QUẢ THỰC HIỆN PHÁP LUẬT ĐIỀU CHỈNH QUAN HỆ LAO ĐỘNG CỦA NGƯỜI LAO ĐỘNG NƯỚC NGOÀI TẠI VIỆT NAM.....</b>	<b>114</b>
<b>4.1. Tình hình thực hiện pháp luật điều chỉnh quan hệ lao động của người lao động nước ngoài tại Việt Nam.....</b>	<b>114</b>
<b>4.1.1. Nhận xét một số bất cập trong các quy định điều chỉnh quan hệ lao động của người lao động nước ngoài .....</b>	<b>114</b>
<b>4.1.2. Thực tiễn thực hiện các quy định của pháp luật điều chỉnh quan hệ lao động của người lao động nước ngoài tại Việt Nam.....</b>	<b>116</b>

4.1.2.1. Về việc cấp giấy phép lao động .....	117
4.1.2.2. Về số lượng, chất lượng của người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam .....	118
4.1.2.3. Về việc ký kết và thực hiện hợp đồng lao động với NLD nước ngoài .....	119
<b>4.2. Một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật điều chỉnh quan hệ lao động của người lao động nước ngoài tại Việt Nam và nâng cao hiệu quả thực hiện .....</b>	<b>120</b>
<i>4.2.1. Định hướng và giải pháp hoàn thiện pháp luật điều chỉnh quan hệ lao động của người lao động nước ngoài tại Việt Nam .....</i>	<i>120</i>
4.2.1.1. Định hướng hoàn thiện pháp luật.....	120
4.2.1.2. Giải pháp hoàn thiện pháp luật .....	124
<i>4.2.2. Giải pháp nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về quan hệ lao động của người lao động nước ngoài tại Việt Nam .....</i>	<i>142</i>
<b>KẾT LUẬN .....</b>	<b>148</b>
<b>DANH MỤC CÁC CÔNG TRÌNH ĐÃ CÔNG BỐ CỦA TÁC GIẢ</b>	
<b>DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO</b>	

## MỞ ĐẦU

### 1. Tính cấp thiết của đề tài

Quá trình hội nhập kinh tế quốc tế và những chính sách khuyến khích di cư của các quốc gia trên thế giới đã tạo điều kiện cho việc di chuyển lao động quốc tế. Hiện tượng NLD nước ngoài làm việc tại các quốc gia khác đang rất phổ biến trên thị trường lao động quốc tế do tác động của toàn cầu hóa, cuộc cách mạng khoa học công nghệ và sự thiếu hụt lao động của các quốc gia. Nhiều quốc gia đã coi chính sách thu hút NLD nước ngoài là một trong những biện pháp quan trọng để đẩy nhanh tốc độ phát triển kinh tế. NLD nước ngoài có những đóng góp quan trọng đối với sự phát triển kinh tế, bổ sung sự thiếu hụt lao động, đóng góp tích cực cho tăng trưởng kinh tế và năng suất lao động, góp phần tích cực vào quá trình chuyển dịch cơ cấu kinh tế, hình thành nền tảng công nghệ mới cho quá trình công nghiệp hóa và tạo hiệu ứng tốt cho phát triển nguồn nhân lực trong nước [149, tr. 10].

Tuy nhiên, đối với quốc gia tiếp nhận lao động, việc cho phép NSDLĐ tuyển dụng NLD nước ngoài luôn có tính hai mặt, buộc nhà nước phải có những chính sách can thiệp để phát huy tính tích cực của lực lượng NLD nước ngoài, đồng thời hạn chế những tiêu cực có thể nảy sinh. Một số tác động tiêu cực của việc sử dụng NLD nước ngoài đã được các nhà nghiên cứu chỉ ra là: làm giảm cơ hội đối với NLD nước sở tại trong việc tìm kiếm việc làm có mức lương cao hơn, giảm cơ hội NLD nước sở tại tiếp cận giáo dục tiên tiến, tăng sự khác biệt về văn hóa giữa người bản địa và NLD nước ngoài, từ đó tạo nên những rào cản đối với người NLD bản địa khi tham gia các hoạt động khoa học và công nghệ... Hơn nữa, vị trí làm việc trong các doanh nghiệp sẽ có sự phân biệt giữa người bản địa và người nước ngoài, người khác sắc tộc, khác quốc tịch với nhau. Điều này có thể tạo ra những rủi ro chính trị và xã hội đối với các nước tiếp nhận NLD nước ngoài [147].

Việt Nam được xác định là một trong những nền kinh tế năng động của Châu Á, là điểm đến đầy hứa hẹn cho nhiều chuyên gia nước ngoài đang tìm kiếm cả cơ hội và thách thức để phát triển sự nghiệp của họ. Bên cạnh những thế mạnh về kinh tế, Việt Nam đã tiến hành cải thiện môi trường làm việc, cải cách chương trình giáo dục và các dịch vụ y tế, cùng với sự ổn định của hệ thống chính trị, xã hội, Việt Nam đã và đang trở thành điểm đến lý tưởng cho NLD nước ngoài và gia đình của họ. Năm 2016, Việt Nam được NLD nước ngoài bình chọn và xếp hạng thứ 19 trên thế giới và đứng thứ 2 trong khu vực Đông Nam Á (chỉ sau Singapore) về môi trường làm việc của NLD nước ngoài. 35% NLD nước ngoài cho rằng thu nhập của họ tại Việt Nam tốt hơn tại quê nhà. Ngoài ra, các lý do phổ biến thúc đẩy NLD nước ngoài đến Việt Nam làm việc là tìm kiếm thách thức mới (46%), theo điều chuyển của NSDLĐ (26%) và chất lượng cuộc sống tại Việt Nam (24%) [292].

Việt Nam có chủ trương tiếp nhận NLD nước ngoài từ những năm 1985 để đáp

ứng nhu cầu sản xuất kinh doanh trong nước (Điều 16 Luật Đầu tư nước ngoài Việt Nam 1987: *Đối với những công việc đòi hỏi kỹ thuật cao mà phía Việt Nam chưa đáp ứng được thì xí nghiệp được tuyển dụng người nước ngoài*). Chủ trương này tiếp tục được pháp điển hóa trong các văn bản pháp luật đầu tư, luật lao động và các văn bản pháp luật khác như Nghị định 233/HĐBT ngày 22/6/1990 về quy chế lao động với các xí nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, Thông tư 19/LĐTBXH/TT ngày 31/12/1990 hướng dẫn thi hành Quy chế lao động đối với các xí nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài. Quy định điều chỉnh hoạt động tuyển dụng, thuê mướn NLD nước ngoài được xây dựng trong Bộ luật Lao động 1994 đến nay đã kế thừa và bổ sung những quy định của giai đoạn trước đó, thống nhất theo quan điểm đối với các công việc mà NLD Việt Nam chưa đáp ứng được thì doanh nghiệp được tuyển dụng một tỷ lệ NLD nước ngoài trong một thời hạn nhất định, nhưng phải có chương trình, kế hoạch đào tạo NLD Việt Nam bổ sung kịp thời vị trí thiếu hụt đó. Bộ luật Lao động năm 2012, có hiệu lực từ 1/1/2013, đã có các quy định riêng điều chỉnh về hoạt động lao động của NLD nước ngoài tại Việt Nam tại Mục 3 Chương XI, từ Điều 169 đến 175 và kèm theo là các Nghị định và Thông tư quy định chi tiết và thi hành một số điều của Bộ luật Lao động về lao động nước ngoài tại Việt Nam. Ngoài ra, trong bối cảnh hội nhập kinh tế quốc tế, Việt Nam đã ký kết hàng loạt hiệp định hợp tác lao động, hiệp định thương mại tự do thế hệ mới, gia nhập 21 công ước của Tổ chức Lao động thế giới. Theo đó, vấn đề bảo vệ quyền lợi và các điều kiện lao động cơ bản ngày càng được quan tâm. Từ năm 2016, Việt Nam sẽ tiếp tục thực hiện các cam kết trong khuôn khổ Cộng đồng kinh tế ASEAN nhằm thực hiện mục tiêu tự do lưu chuyển lao động có tay nghề thông qua các điều ước song phương về công nhận văn bằng.

Trải qua quá trình phát triển, pháp luật điều chỉnh hoạt động lao động của NLD nước ngoài ngày càng được hoàn thiện để phù hợp với thực tiễn phát triển kinh tế ngày càng đa dạng của đất nước. Các quy định của pháp luật đã khá chi tiết, tập trung chủ yếu vào vấn đề điều kiện tuyển dụng và cấp GPLĐ cho NLD nước ngoài làm việc tại Việt Nam. Tuy nhiên, số lượng quy định pháp luật của Việt Nam khá ít, nội dung đơn giản, chồng chéo, hiệu lực thi hành thấp. Trong bối cảnh nhu cầu lao động có tay nghề gia tăng do tác động của cuộc cách mạng công nghệ 4.0, một số quốc gia trong khu vực như Singapore, Trung Quốc, Hàn Quốc, Malaysia đã xây dựng chính sách sử dụng NLD nước ngoài như là một giải pháp để phát triển nguồn nhân lực, đáp ứng nhu cầu thiếu hụt nhân lực chất lượng cao của nền kinh tế thì tại Việt Nam, sử dụng NLD nước ngoài chỉ được coi là một biện pháp thay thế tạm thời trong trường hợp NLD Việt Nam không đáp ứng được yêu cầu của sản xuất kinh doanh. Do đó, vấn đề điều chỉnh QHLD của NLD nước

ngoài chưa nhận được sự quan tâm thích đáng từ phía Nhà nước Việt Nam. Hệ quả của việc buông lỏng quản lý, coi nhẹ nhu cầu của thị trường lao động trong thời gian qua đã gây nên một số hiện tượng gây bức xúc cho dư luận xã hội như hiện tượng NLD nước ngoài làm việc bất hợp pháp tại các thành phố lớn như Thành phố Hồ Chí Minh, Đà Nẵng, Hà Tĩnh [147].

Với sự phát triển của nền kinh tế Việt Nam theo định hướng công nghiệp hóa và hiện đại hóa, nhu cầu của thị trường lao động Việt Nam đang chuyển dần từ lao động có tay nghề thấp, số lượng lớn và chi phí rẻ sang lao động có tay nghề cùng với chi phí lao động gia tăng. Tuy nhiên, thị trường lao động Việt Nam đang gặp tình trạng thiếu hụt lao động có kỹ năng ở mọi cấp độ: lao động quản lý, kỹ sư, công nhân kỹ thuật... Tình trạng này là điều đã được dự báo trước. Theo kết quả tại một số cuộc điều tra nhu cầu của thị trường lao động Việt Nam cho thấy sự thiếu hụt phổ biến là thiếu công nhân kỹ thuật. Các cuộc điều tra cũng chỉ ra rằng trong những năm tới, để bắt kịp sự phát triển của kinh tế quốc tế, Việt Nam sẽ phải đối mặt với áp lực của lao động trình độ thấp và hoạt động kinh tế kém hiệu quả, gây cản trở sức cạnh tranh của các doanh nghiệp Việt Nam trên thị trường quốc tế [206, 207, 208, 209]. Để giải quyết tình trạng này, tiếp nhận NLD nước ngoài là một trong các giải pháp hiệu quả bù đắp sự thiếu hụt lao động trong nước. Nhưng để có được các quy định điều chỉnh phù hợp với nhu cầu và sự phát triển của nền kinh tế thì cần phải có những nghiên cứu toàn diện và đầy đủ về vấn đề pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài tại Việt Nam trong thời kỳ hội nhập quốc tế. Các nghiên cứu cần phải dựa trên cơ sở quan điểm về hội nhập quốc tế của Đảng và Nhà nước Việt Nam, đảm bảo mục tiêu bảo vệ NLD của pháp luật Lao động, đồng thời phải tham khảo kinh nghiệm của các quốc gia phát triển trên thế giới.

Những vấn đề pháp lý về QHLD của NLD nước ngoài đã được nhiều học giả quan tâm nghiên cứu. Các công trình nghiên cứu đã tiếp cận tại một số góc độ của vấn đề như các điều kiện tiếp nhận NLD nước ngoài, quản lý NLD nước ngoài làm việc theo hợp đồng, các chính sách thu hút NLD nước ngoài có chuyên môn cao, bảo vệ quyền và lợi ích của NLD di trú ... Nhưng do phạm vi nghiên cứu và hạn chế thời gian, dung lượng nghiên cứu, một số vấn đề về pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài còn bỏ ngỏ hoặc chưa được nghiên cứu sâu sắc, đầy đủ dưới các góc độ khác nhau. Trên cơ sở kế thừa kết quả nghiên cứu của các công trình nghiên cứu trước, luận án sẽ tiếp tục nghiên cứu, luận giải toàn diện vấn đề tiếp nhận và quản lý NLD nước ngoài tại Việt Nam. Nghiên cứu này sẽ góp phần bổ sung các luận cứ khoa học để xây dựng, sửa đổi, nâng cao hiệu quả thi hành các văn bản pháp luật điều chỉnh hoạt động lao động của NLD nước ngoài tại Việt Nam trong thời kỳ hội nhập kinh tế quốc tế. Chính vì vậy, việc

ngiên cứu về pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài tại Việt Nam là rất cần thiết trong giai đoạn hiện nay.

## **2. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu của luận án**

Pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài là đối tượng nghiên cứu của nhiều ngành khoa học như: quản lý học, quản trị học, kinh tế học, xã hội học, ... nhưng trong chuyên ngành đào tạo tiến sĩ luật học, luận án chỉ nghiên cứu dưới góc độ luật học và trong phạm vi pháp luật quốc gia và pháp luật quốc tế. Cụ thể là, luận án tập trung nghiên cứu các quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành và các quy định trong các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên, các bản án của Tòa án Việt Nam giải quyết các tranh chấp lao động cá nhân trong QHLD của NLD nước ngoài. Tùy từng nội dung và yêu cầu đặt ra, Luận án sẽ tham khảo, so sánh, đối chiếu, phân tích với một số quy định pháp luật quốc tế trong các công ước, khuyến nghị của Liên hợp quốc, các công ước của ILO mà Việt Nam không phải là thành viên, các án lệ và pháp luật của một số quốc gia trên thế giới điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài.

Trên cơ sở đối tượng nghiên cứu như trên, phạm vi nghiên cứu của luận án được xác định chỉ bao gồm các vấn đề sau:

- Những vấn đề lý luận cơ bản về QHLD và pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài;
- Thực trạng pháp luật quốc tế và pháp luật của các quốc gia trên thế giới điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài;
- Thực trạng pháp luật Việt Nam điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài.

Do giới hạn về thời gian nghiên cứu và dung lượng của luận án, luận án sẽ không nghiên cứu các vấn đề sau đây: NLD nước ngoài là người không quốc tịch làm việc tại Việt Nam, thuê lại lao động là NLD nước ngoài, HĐLĐ đối với NLD nước ngoài trong từng lĩnh vực công việc đặc thù, đưa hoặc cử NLD nước ngoài ra nước ngoài làm việc theo HĐLĐ, hạn chế quyền tự do hành nghề của NLD nước ngoài sau khi QHLD chấm dứt, QHLD tập thể của NLD nước ngoài, QHLD của NLD nước ngoài được thực hiện ngoài lãnh thổ Việt Nam.

## **3. Mục tiêu và nhiệm vụ nghiên cứu của luận án**

Mục tiêu nghiên cứu của luận án là tiếp tục làm rõ những vấn đề lý luận cơ bản về pháp luật điều chỉnh QHLD đối với NLD nước ngoài; phân tích, đánh giá một cách toàn diện thực trạng quy định pháp luật điều chỉnh QHLD đối với NLD nước ngoài làm việc tại Việt Nam. Trên cơ sở những phân tích đó, luận án đề xuất một số kiến nghị và giải pháp cụ thể nhằm hoàn thiện những quy định pháp luật và nâng cao hiệu quả thực hiện pháp

luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài phù hợp với bối cảnh hội nhập kinh tế quốc tế, đồng thời góp phần bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của NLD nước ngoài phù hợp với các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên. Để đạt được mục đích nêu trên, luận án phải thực hiện được các nhiệm vụ nghiên cứu cụ thể sau đây:

- Phân tích khái niệm NLD nước ngoài trong các điều ước quốc tế và trong pháp luật Việt Nam để xây dựng khái niệm NLD nước ngoài tại Việt Nam;

- Xây dựng khái niệm QHLD và chỉ ra các đặc trưng của QHLD của NLD nước ngoài;

- Làm rõ các vấn đề lý luận cơ bản về pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài như: nguyên tắc điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài, hiện tượng xung đột pháp luật và một số phương pháp giải quyết hiện tượng xung đột pháp luật trong QHLD của NLD nước ngoài, vai trò của pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài trong bối cảnh hội nhập kinh tế quốc tế, các nội dung pháp lý cơ bản của pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài;

- Đánh giá toàn diện thực trạng cơ sở pháp lý điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài tại Việt Nam như các quy định trong các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên, các quy định của pháp luật Việt Nam điều chỉnh thiết lập, thực hiện, thay đổi, tạm hoãn, chấm dứt QHLD của NLD nước ngoài để chỉ ra các bất cập trong quy định của pháp luật Việt Nam và thực tiễn thực hiện pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài làm tại Việt Nam;

- Đề xuất một số kiến nghị và giải pháp cụ thể nhằm hoàn thiện pháp luật và nâng cao hiệu quả thực hiện, tạo môi trường pháp lý ổn định, thuận lợi cho việc phát triển QHLD có yếu tố nước ngoài, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của NLD nước ngoài làm việc tại Việt Nam.

#### **4. Cơ sở lý luận và phương pháp nghiên cứu của luận án**

Nghiên cứu về pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài tại Việt Nam, luận án sử dụng các cơ sở lý thuyết cơ bản đó là: Học thuyết của chủ nghĩa Mác - Lênin và tư tưởng Hồ Chí Minh về nhà nước và pháp luật, hệ thống tri thức, các quan điểm về pháp luật và thi hành pháp luật của Đảng và Nhà nước Việt Nam. Các chủ trương, đường lối, quan điểm của Đảng Cộng sản Việt Nam, Nhà nước Cộng hòa Việt Nam được rút ra từ các văn bản sau: Chiến lược phát triển kinh tế xã hội 2011-2020 và Báo cáo chính trị của Ban chấp hành trung ương Khóa X Đại hội Đảng XI về xây dựng, hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường định hướng XHCN, trọng tâm là đổi mới cơ chế, chính sách, mở rộng thị trường, tạo lập môi trường cạnh tranh bình đẳng và cải cách hành chính; Nghị quyết số 48-NQ/TW ngày 24/5/2005 của Bộ Chính trị về chiến lược xây dựng và hoàn thiện pháp luật

Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020 xác định mục tiêu xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật đồng bộ, thống nhất, khả thi, công khai, minh bạch; Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 2/6/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến 2020; Nghị quyết số 06-NQ/TW ngày 5/11/2016 Hội nghị lần thứ IV Ban chấp hành trung ương Đảng Khóa XII về thực hiện có hiệu quả tiến trình hội nhập kinh tế quốc tế, giữ vững ổn định chính trị xã hội trong bối cảnh nước ta tham gia các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới; Chương trình tổng thể cải cách hành chính nhà nước (giai đoạn 2001-2010 và giai đoạn 2010-2020) trọng tâm là cải cách thể chế, thủ tục hành chính và cải cách bộ máy hành chính nhà nước mục tiêu cụ thể trong giai đoạn 2016-2020 của Bộ LĐTĐ trong việc hoàn thành thể chế, nâng cao hiệu lực, hiệu quả, kỷ luật, kỷ cương, tính công khai minh bạch, năng lực quản lý nhà nước, đảm bảo nâng cao chất lượng nguồn nhân lực, lao động có chất lượng cao, đảm bảo an sinh xã hội, thực hiện tốt chính sách lao động, việc làm, thu nhập, chính sách với người có công.

Trên cơ sở phương pháp luận duy vật biện chứng, duy vật lịch sử của chủ nghĩa Mác - Lênin, tư tưởng Hồ Chí Minh, quan điểm, đường lối của Đảng và Nhà nước ta trong sự nghiệp đổi mới, luận án tập trung sử dụng các phương pháp nghiên cứu chủ yếu sau đây:

- Phương pháp nghiên cứu khoa học pháp lý: các vấn đề pháp lý trong các phần được nghiên cứu, lý giải trên cơ sở giải thích rõ ràng các khái niệm, thuật ngữ pháp lý trên cơ sở những quy định cụ thể của các văn bản quy phạm pháp luật;

- Phương pháp so sánh luật học: được sử dụng để đối chiếu các quan điểm khác nhau giữa các công trình nghiên cứu, giữa quy định pháp luật hiện hành với quy định pháp luật trong giai đoạn trước đây; giữa quy định của pháp luật Việt Nam với quy định của pháp luật của một số nước, quy định của pháp luật Việt Nam với quy định của các điều ước quốc tế của ILO và tổ chức quốc tế khác;

- Phương pháp phân tích: được sử dụng ở tất cả các nội dung của luận án nhằm tìm hiểu, phân tách các vấn đề lý luận, thực tiễn pháp luật điều chỉnh QHLD của NLĐ nước ngoài tại Việt nam;

- Phương pháp chứng minh: được sử dụng ở hầu hết các nội dung của luận án nhằm đưa ra các dẫn chứng (các quy định, tài liệu, số liệu, bản án v.v...) làm rõ các luận điểm, luận cứ, nhận định;

- Phương pháp tổng hợp: được sử dụng để xem xét các báo cáo, số liệu thực tiễn nhằm rút ra các nhận định, ý kiến, phân tích đưa ra kết luận trong từng chương và kết luận chung của luận án;

- Phương pháp dự báo khoa học: được sử dụng nhằm đưa ra các đề xuất trong quá

trình phân tích những điểm hợp lý và chưa hợp lý trong các quy định và thực tiễn thực hiện pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài tại Việt Nam.

Trong quá trình thực hiện luận án, các phương pháp này có thể sử dụng độc lập hoặc đan xen tùy thuộc vào việc triển khai các nội dung và vấn đề phân tích để nhằm đạt được mục đích và nhiệm vụ nghiên cứu của luận án.

### **5. Những đóng góp mới của luận án**

Là một công trình khoa học nghiên cứu chuyên sâu và tương đối toàn diện về pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài, luận án có những đóng góp mới về khoa học như sau:

*Thứ nhất*, luận án đã xây dựng khái niệm người lao động nước ngoài và khái niệm QHLD của NLD nước ngoài, qua đó, chỉ ra những đặc trưng của QHLD của NLD nước ngoài tại Việt Nam.

*Thứ hai*, luận án đã phân tích toàn diện những vấn đề pháp lý cơ bản điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài theo quy định của pháp luật Việt Nam và các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên, bình luận các bản án của Tòa án Việt Nam giải quyết các tranh chấp lao động cá nhân phát sinh trong QHLD của NLD nước ngoài để làm rõ các bất cập quá trình áp dụng, giải thích các quy định của pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài tại Việt Nam.

*Thứ ba*, luận án chỉ ra những kinh nghiệm về quản lý và điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài tại một số quốc gia phát triển trên thế giới, tạo cơ sở tham khảo hữu ích để đánh giá pháp luật hiện hành của Việt Nam. Trên cơ sở đó, luận án đề ra các giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài tại Việt Nam phù hợp với điều kiện kinh tế xã hội của Việt Nam trong thời kỳ hội nhập kinh tế quốc tế.

### **6. Ý nghĩa lý luận và thực tiễn của luận án**

Luận án góp phần xây dựng, hoàn thiện cơ sở lý luận và hoàn thiện pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài trong bối cảnh hội nhập kinh tế quốc tế; đồng thời ở mức độ nhất định, đây sẽ là những thông tin khoa học có giá trị giúp các nhà hoạch định chính sách, nhà lập pháp và những nhà quản lý tham khảo trong việc ban hành và áp dụng những quy định cụ thể của pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài.

Luận án còn là tài liệu tham khảo trong công tác nghiên cứu, giảng dạy pháp luật lao động, tư pháp quốc tế tại các Khoa, Trường đào tạo về luật hoặc về công tác lao động xã hội. Có thể sử dụng luận án làm tài liệu tham khảo cho các doanh nghiệp, tổ chức, cá nhân sử dụng lao động nước ngoài và cho chính các cá nhân người nước ngoài đang làm việc hoặc có dự định làm việc tại Việt Nam.

## **7. Kết cấu của luận án**

Với mục tiêu và nhiệm vụ như trên, luận án được trình bày với kết cấu 4 chương.

Chương 1: Tổng quan tình hình nghiên cứu có liên quan đến đề tài luận án.

Chương 2: Những vấn đề lý luận về quan hệ lao động và pháp luật điều chỉnh quan hệ lao động của người lao động nước ngoài.

Chương 3: Thực trạng pháp luật điều chỉnh quan hệ lao động của người lao động nước ngoài tại Việt Nam.

Chương 4: Hoàn thiện pháp luật và nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật điều chỉnh quan hệ lao động của người lao động nước ngoài tại Việt Nam.

Ngoài ra còn phần Mở đầu, Danh mục các chữ viết tắt, Kết luận, Danh mục các công trình công bố của tác giả, Tài liệu tham khảo và Phụ lục.

## Chương 1

### TỔNG QUAN TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU CÓ LIÊN QUAN ĐẾN ĐỀ TÀI LUẬN ÁN

Các nghiên cứu về pháp luật điều chỉnh quan hệ lao động (QHLD) của người lao động (NLD) nước ngoài rất đa dạng, được thực hiện dưới nhiều góc độ nghiên cứu khác nhau. Trong đó, có liên quan mật thiết nhất đến đề tài nghiên cứu của luận án là các công trình nghiên cứu về các lĩnh vực: nghiên cứu về pháp luật điều chỉnh NLD nước ngoài, nghiên cứu về xác định pháp luật áp dụng điều chỉnh hợp đồng lao động (HDLĐ) của NLD nước ngoài, nghiên cứu về xu hướng hợp tác quốc tế về lao động của Việt Nam trong thời kỳ hội nhập kinh tế quốc tế.

#### **1.1. Tình hình nghiên cứu về pháp luật điều chỉnh quan hệ lao động của người lao động nước ngoài**

##### ***1.1.1. Các công trình nghiên cứu tại nước ngoài***

###### ***1.1.1.1. Các nghiên cứu về pháp luật điều chỉnh người lao động nước ngoài***

Pháp luật điều chỉnh NLD nước ngoài là sự pháp điển hóa các chính sách về cho phép tiếp nhận NLD nước ngoài nhằm bù đắp sự thiếu hụt của NLD của nước sở tại. Theo đó, pháp luật điều chỉnh NLD nước ngoài sẽ điều chỉnh các vấn đề có liên quan đến hoạt động làm việc, cư trú, bảo vệ quyền lợi quyền lợi, ... của NLD nước ngoài trong lãnh thổ của quốc gia tiếp nhận lao động. Pháp luật điều chỉnh NLD nước ngoài đã được rất nhiều các học giả trên thế giới tập trung nghiên cứu dưới nhiều góc độ khác nhau. Trong đó đáng chú ý là những tác phẩm bình luận, so sánh, đánh giá hệ thống pháp luật quản lý NLD nước ngoài tại các quốc gia có số lượng NLD nước ngoài lớn, đó là: Hoa Kỳ, Cộng đồng Châu Âu và một số quốc gia thịnh vượng tại Châu Á gồm có Trung Quốc, Nhật Bản, Hàn Quốc, Singapore.

Cuốn sách “*U.S Immigration Policy*” – tạm dịch “*Chính sách nhập cư của Hoa Kỳ*”, của một tổ chức nghiên cứu có tên là Council on Foreign Relations<sup>1</sup>, xuất bản năm 2009 đã phân tích các bất cập của hệ thống pháp luật Hoa Kỳ về quản lý NLD nước ngoài đồng thời đề ra một số khuyến nghị để khắc phục những lỗ hổng pháp lý này. Các bằng chứng cho thấy, một chiến lược kiểm soát di trú tập trung vào thay đổi ngắn hạn (đặc biệt là nơi làm việc) và kiểm soát tại biên giới đã thúc đẩy các dịch vụ bất hợp pháp để NLD được đưa qua biên giới phía tây nam của Hoa Kỳ. Các chiến dịch kiểm soát biên giới không thể ngăn cản ý định nhập cư bất hợp pháp vào Hoa Kỳ tại quốc gia xuất xứ; những

---

<sup>1</sup> Đây là một tổ chức của các nhà nghiên cứu về quan hệ đối ngoại của Hoa Kỳ, không phải là một cơ quan hoặc tổ chức thuộc Chính phủ Hoa Kỳ.

người nhập cư bất hợp pháp đang được khuyến khích ở lại Hoa Kỳ, không trở về nước xuất xứ sau nhiều e ngại bởi sự tuần tra biên giới gắt gao; hoặc e ngại về cơ hội việc làm của họ ở Hoa Kỳ đã mất đi. Chính vì vậy, các tác giả đã thảo luận các lý do cho sự tồn tại của một hệ thống kiểm soát nhập cư đã không còn phù hợp và kiến nghị thay thế bằng các chính sách mới.

Cuốn sách *“America’s Advantage: A Handbook on Immigration and Economic Growth”* là một công trình khá toàn diện phân tích về vấn đề nhập cư của Mỹ. Chương 1 là những phân tích tổng quan về tình hình nhập cư tại Hoa Kỳ trong quá khứ, hiện tại và một số dự báo về nhập cư trong tương lai. Chương 2 là những phân tích về vai trò của người nhập cư đối với sự tăng trưởng của nền kinh tế nước này. Tại chương 3, cuốn sách đã phân tích về những thách thức đối với Hoa Kỳ về vấn đề NLD nhập cư, bao gồm: hàng triệu người nhập cư không có giấy phép đang cư trú tại Hoa Kỳ; sự gia tăng trong chi phí quản lý biên giới; hàng trăm người chết mỗi năm khi cố gắng vượt qua biên giới Tây Nam; nhiều người nhập cư có trình độ học vấn thấp; quá nhiều người nhập cư nói tiếng Anh rất kém; người nhập cư phần lớn có khả năng rơi vào tình trạng nghèo đói; người nhập cư trở thành gánh nặng ngân sách cho một số bang. Những chương cuối của cuốn sách là những phân tích về một số vấn đề hạn chế cần xem xét trong chính sách nhập cư của Hoa Kỳ hiện nay như vấn đề thị thực, trợ cấp ...

Một số tác phẩm có nội dung liên quan đến đề tài quản lý lao động nước ngoài tại Châu Âu và các quốc gia Châu Á được thể hiện dưới góc độ luật so sánh. Trong đó, cuốn sách *“Laws for Legal Immigration in the 27 EU Member States”* – tạm dịch *“Pháp luật về vấn đề Nhập cư hợp pháp tại 27 Quốc gia thành viên EU”* của Tổ chức Di cư quốc tế (International Organization for Migration - IMO) đã phân loại, so sánh những điều kiện mà NLD nước ngoài (chỉ áp dụng cho NLD mang quốc tịch ngoại khối Châu Âu, không áp dụng cho NLD mang quốc tịch của một trong 27 quốc gia trong EU) có thể xin được giấy phép làm việc hợp pháp tại Châu Âu, bao gồm: Số lượng GPLĐ tại thời điểm xin cấp phép lao động, hệ thống cơ quan cấp phép, thời gian thực hiện thủ tục, các yêu cầu liên quan đến điều tiết thị trường lao động (hạn ngạch hoặc thử nghiệm thị trường), các điều kiện khác về trình độ học vấn, kinh nghiệm, kỹ năng cần thiết, khả năng về ngôn ngữ, sức khỏe, lý lịch tư pháp, cam kết trở về khi hết hạn lao động, thời hạn của GPLĐ, phạm vi áp dụng GPLĐ, thị thực dành cho người xin việc, ưu đãi dành cho NLD trong các hiệp định hợp tác lao động song phương.

Tại Châu Á, cuốn sách *“Labour migration in Asia: building effective institutions”* (2016) – tạm dịch *“Nhập cư tại Châu Á: xây dựng những thiết chế hiệu quả”*, là sự hợp tác của ba tổ chức liên chính phủ Tổ chức Lao động thế giới, Ngân hàng Phát triển Châu

Á (ADBI), Tổ chức Hợp tác kinh tế và phát triển (Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD). Tác phẩm nghiên cứu so sánh các mô hình quản lý lao động nước ngoài tại các Quốc gia Nhật Bản, Hàn Quốc, Trung Quốc và Singapore, so sánh những điểm tương đồng và khác biệt giữa ba mô hình quản lý. Điểm khác biệt giữa ba mô hình quản lý NLD nước ngoài của ba quốc gia trên là Singapore tập trung vào công tác hậu kiểm hoạt động sử dụng NLD nước ngoài trong khi Hàn Quốc và Nhật Bản lại tập trung hơn vào hoạt động kiểm soát NLD nước ngoài ngay tại giai đoạn tuyển dụng.

Một công trình khác cũng đáng chú ý là luận văn *“International and national regulation of migrant workers and lessons to be learnt from migrant worker programmes in the United States of America and Germany”*, tạm dịch là *“Quy định quốc gia và quốc tế về người lao động nhập cư và bài học từ những chương trình lao động nhập cư tại Mỹ và Đức”* của tác giả Maria Vasil’yeva. Luận văn bao gồm 3 chương. Chương 1 là những phân tích về các quy định trong các điều ước quốc tế do Liên hợp quốc và Tổ chức lao động quốc tế (ILO) khởi xướng liên quan đến bảo vệ NLD di cư, qua đó, tác giả đã chỉ ra những hạn chế trong các quy định của luật quốc tế hiện nay liên quan đến vấn đề này. *Một là*, những khoảng trống pháp lý trong việc bảo vệ NLD di cư tạm thời, NLD di cư là phụ nữ, NLD di cư bất hợp pháp và những khó khăn trong việc thông qua các công ước của Liên hợp quốc và ILO về NLD di cư. *Hai là*, những quy định chông chéo giữa các quy định của Liên hợp quốc và ILO, bao gồm những quy định về thuật ngữ, thành viên gia đình, các đối tượng NLD di cư đặc biệt như NLD thời vụ, NLD lưu động, NLD dự án, NLD làm các công việc cụ thể. Trong chương 2, tác giả đã phân tích Chương trình lao động nước ngoài tạm thời (TFWPs) của Mỹ và Đức, từ đó, rút ra một số kinh nghiệm từ những chương trình này, đồng thời đề xuất một số kiến nghị tăng cường những biện pháp bảo vệ NLD di cư. Chương 3 là những phân tích về các quy định trong pháp luật Estonia về bảo vệ NLD di cư được ghi nhận trong Luật Công dân Liên minh Châu Âu, Luật về Người nước ngoài, Luật Hợp đồng lao động của người nước ngoài của Cộng hòa Estonia cùng những quy định trong các điều ước quốc tế song phương mà Estonia đã ký kết, đồng thời, tác giả đã phân tích những nội dung chưa tương thích giữa các điều ước quốc tế này với pháp luật của Estonia.

Một bài viết khác cũng đề cập đến pháp luật các nước điều chỉnh NLD nước ngoài là *“Labor law and policy issues relating to foreign workers in Japan”*, tạm dịch là *“Những vấn đề về pháp luật và chính sách lao động liên quan đến người lao động nước ngoài tại Nhật Bản”*. Phần đầu bài viết là những phân tích về hai nguyên tắc làm cơ sở cho việc xây dựng chính sách, pháp luật đối với lao động nước ngoài tại Nhật là nguyên tắc chọn lọc và

nguyên tắc hội nhập. Theo đó, nguyên tắc chọn lọc được hiểu là người di cư đến một quốc gia khác không được tự do, thay vì đó, quốc gia có quyền thực hiện sự chọn lọc khi cho phép hoặc không cho phép người nước ngoài nhập cảnh vào lãnh thổ nước mình; nguyên tắc hội nhập được hiểu là người nước ngoài được nhập cảnh và cư trú trên lãnh thổ quốc gia được điều chỉnh bằng những quy định thích hợp của pháp luật quốc gia mà không có sự phân biệt đối xử với công dân nước sở tại. Trong phần thứ hai của bài viết, tác giả đã phân tích những nội dung cơ bản của Luật Kiểm soát nhập cư và mối quan hệ giữa những quy định của luật này với NLD nước ngoài. Phần cuối bài viết là một số đề xuất nhằm hoàn thiện chính sách, pháp luật Nhật Bản từ kinh nghiệm của Mỹ, gồm hệ thống thị thực, các vấn đề về chương trình lao động.

#### *1.1.1.2. Các nghiên cứu về xác định pháp luật điều chỉnh hợp đồng lao động của người lao động nước ngoài*

Nghiên cứu về đề tài xác định pháp luật điều chỉnh HĐLĐ của NLD nước ngoài dưới góc độ là đối tượng điều chỉnh của Tư pháp quốc tế gồm các cuốn sách: *“International conflicts of labour law: A survey of the law applicable to the international employment relation”* (1984) – tạm dịch *“Xung đột pháp luật trong luật lao động: Một khảo sát về luật áp dụng trong quan hệ lao động quốc tế”* của tác giả Morgenstern Felice và cuốn sách *“The European Private International Law of Employment”* (2015) – tạm dịch *“Tư pháp quốc tế Châu Âu về lao động”* của tác giả Grušić Uglješa. Cuốn sách *“International conflicts of labour law: A survey of the law applicable to the international employment relation”* của tác giả Morgenstern Felice đã tập trung bao quát các vấn đề có liên quan đến QHLD có yếu tố nước ngoài là đối tượng điều chỉnh của Tư pháp quốc tế, gồm có bốn nội dung chủ yếu: xác định nguồn luật điều chỉnh QHLD có yếu tố nước ngoài, xác định nguyên tắc xác định luật áp dụng điều chỉnh QHLD có yếu tố nước ngoài, xác định luật áp dụng cho từng nhóm QHLD có yếu tố nước ngoài cụ thể, quản lý QHLD có yếu tố nước ngoài. Trong đó, nội dung về HĐLĐ là một phần quan trọng của tác phẩm với các vấn đề về quyền tự do lựa chọn luật áp dụng và hạn chế tự do ý chí trong HĐLĐ để bảo vệ NLD. Cuốn sách *“The European Private International Law of Employment”* của tác giả Grušić Uglješa chỉ đề cập đến hai vấn đề lý luận về đề tài điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài là xác định luật áp dụng điều chỉnh QHLD có yếu tố nước ngoài và xác định thẩm quyền của tòa án giải quyết tranh chấp lao động có yếu tố nước ngoài. Ngoài ra, tác giả Grušić Uglješa cung cấp hai nội dung mới là các vấn đề lý luận và thực tiễn trong việc bảo vệ quyền của NLD nước ngoài trong Tư pháp quốc tế và hoạt động phái cử NLD dưới sự điều chỉnh của hệ thống pháp luật của Cộng đồng Châu Âu. Các nội dung cơ bản của Tư pháp quốc tế như xác định luật áp dụng điều chỉnh QHLD

có yếu tố nước ngoài, xác định thẩm quyền giải quyết tranh chấp lao động có yếu tố nước ngoài về cơ bản không có sự khác biệt nhiều so với cuốn sách *“International conflicts of labour law: A survey of the law applicable to the international employment relation”* của tác giả Morgenstern Felice. Tác giả Grušić Uglješa đã cập nhật, bổ sung các thay đổi trong hệ thống pháp luật của Châu Âu điều chỉnh về HĐLĐ cá nhân và QHLD có yếu tố nước ngoài. Nội dung mới trong cuốn sách *“The European Private International Law of Employment”* tập trung vào khía cạnh bảo vệ NLĐ trong QHLD có yếu tố nước ngoài, phân tích thực trạng, kiến nghị một số giải pháp nhằm tăng cường hơn nữa việc bảo vệ quyền của NLĐ nước ngoài trên lãnh thổ các quốc gia EU.

Bài báo *“Changes of the law applicable to an international contract of employment”* (2000) – tạm dịch *“Sự thay đổi luật áp dụng trong hợp đồng lao động quốc tế”* của tác giả Maria-Agnès Sabirau-Pérez, đăng trên tạp chí International Labour Review, đã đưa ra các án lệ và phân tích các kinh nghiệm của tòa án Pháp và một số tòa án các quốc gia thuộc Liên minh Châu Âu như Bỉ, Đức, trong một trường hợp đặc biệt: khi có sự thay đổi pháp luật áp dụng cho HĐLĐ có yếu tố nước ngoài. Sự thay đổi pháp luật áp dụng cho HĐLĐ có yếu tố nước ngoài có nghĩa là trong khi HĐLĐ giữa hai bên vẫn đang có hiệu lực áp dụng thì một hệ thống pháp luật của một quốc gia khác với hệ thống pháp luật ban đầu được áp dụng cho hợp đồng.

Bài viết *“The Application of Exception Clauses of the Rome Convention and the Rome I Regulation by the Dutch Courts - An Escape from Reality?”* – tạm dịch *“Việc áp dụng ngoại lệ của Công ước Rome và Quy chế Rome I tại Tòa án Hà Lan – cuộc chạy trốn khỏi thực tại”* của tác giả Emmely de Haan đăng trên tạp chí *San Diego Law Review*, số 29 (1992), phân tích nội dung về điều khoản “ngoại lệ” tại Điều 6 của Công ước Rome và Điều 8 Quy chế Rome I về vấn đề xác định luật áp dụng cho HĐLĐ trong trường hợp các bên không có điều khoản chọn luật thông qua việc phân tích một số án lệ của tòa án quốc gia Đức, Hà Lan và ý kiến của Tòa liên minh Châu Âu. Qua việc phân tích những án lệ này, tác giả đã đưa ra một kết luận rằng, về cơ bản, các nước Châu Âu không có sự thống nhất trong cách hiểu về điều khoản “ngoại lệ” trong HĐLĐ.

Bài viết *“Globalisation, the development of constitutionalism and the individual employee”* – tạm dịch *“Toàn cầu hóa, sự phát triển của chủ nghĩa hợp hiến và người lao động cá nhân”* của tác giả K Calitz gồm 3 phần. Phần đầu bài viết là những phân tích của tác giả để trả lời cho câu hỏi, hệ thống pháp luật nào sẽ được áp dụng trong các hợp đồng lao động quốc tế. Trong phần thứ hai, tác giả đã phân tích những quy định của Hiến pháp Nam Phi có liên quan đến NLĐ như quyền lập hội, quyền được đối xử công bằng để giải quyết vấn đề là, liệu rằng những quyền này có dành cho NLĐ nước ngoài hay không hay

chỉ dành riêng cho NLD mang quốc tịch nước này. Trong phần cuối bài viết, tác giả đã phân tích một số vụ việc điển hình được giải quyết tại Tòa lao động, gồm vụ *Moslemany v Lever Brothers*, *Parry v Astral Operations*, *Kleynhans v Parmalat* để làm rõ vai trò của Tòa trong việc bảo vệ quyền của NLD nước ngoài.

### *1.1.1.3. Các nghiên cứu về xu hướng hợp tác và tác động của hội nhập kinh tế khu vực ASEAN đến các quốc gia thành viên*

Cuốn sách “The ASEAN economic community: Progress, challenges, and prospects” (2015) – tạm dịch “*Cộng đồng kinh tế ASEAN: tiến trình, thách thức và viễn cảnh*” và cuốn sách “ASEAN community 2015: Managing integration for better job and shared prosperity” (2015) – tạm dịch “*Cộng đồng kinh tế ASEAN 2015: quản lý hội nhập cho công việc tốt hơn và chia sẻ thịnh vượng*” đã cung cấp các đánh giá tổng quan về xu hướng thay đổi của nền kinh tế và thị trường lao động của các quốc gia ASEAN thông qua các mô hình mô phỏng và phân tích thực nghiệm, với mục đích cung cấp cho các quốc gia thành viên ASEAN các khuyến nghị về chính sách điều tiết thị trường lao động, nhằm tận dụng lợi thế của việc hình thành AEC như tăng trưởng kinh tế, tăng thu nhập và tăng năng suất lao động. Các tác phẩm nhấn mạnh những ưu tiên quan trọng để giải quyết những thách thức và cơ hội của AEC về tăng cường cơ chế hợp tác khu vực, tạo điều kiện thay đổi cơ cấu và nâng cao chất lượng công việc, tăng cường phát triển các kỹ năng, nâng cao năng suất, tiền lương và quản lý lao động di cư.

Trong góc độ tiếp cận hẹp hơn, cuốn sách “*Assessing the impact of ASEAN economic integration on labour markets*” (2014) – tạm dịch “*Đánh giá tác động của hội nhập kinh tế khu vực ASEAN lên thị trường lao động*” của các tác giả Plummer M., Petri P. và Zhai F., nằm trong các nghiên cứu của ILO đánh giá các tác động của quá trình hội nhập trong khu vực ASEAN đến thị trường lao động của các quốc gia, trong đó có Việt Nam. Cuốn sách gồm có ba phần chính: phần thứ nhất tóm tắt quá trình thành lập Cộng đồng kinh tế chung ASEAN, các sáng kiến thành lập, các trụ cột của AEC, đặc điểm của quá trình thành lập AEC. Phần thứ hai, báo cáo đưa ra một mô hình thực nghiệm tính toán các số liệu dự báo tác động của quá trình hội nhập lên thị trường lao động của các quốc gia – được gọi là mô hình CGE. Phần cuối cùng, báo cáo đưa ra tóm tắt dự báo các kết quả tác động của Hiệp định thương mại tự do (AFTA) tác động đến tiền lương và thu nhập của NLD trong khu vực ASEAN.

Ngoài các công trình nghiên cứu chung về sự thay đổi tại các Quốc gia ASEAN còn có các tác phẩm tập trung vào đánh giá tác động của chính sách thành lập thị trường dịch chuyển tự do lao động chất lượng cao trong khu vực ASEAN, phân tích một số điểm

còn hạn chế, kiến nghị các giải pháp mở rộng thị trường tự do dịch chuyển lao động như: bài báo “*Free Flow of Skilled Labor in the AEC*” (2011) – tạm dịch “*Tự do dịch chuyển lao động có tay nghề trong AEC*” của Yue C. S. trên tạp chí Singapore Institute of International Affairs; bài báo “*ASEAN Economic Community: What Model for Labor Mobility?*” (2015) – tạm dịch “*Cộng đồng kinh tế ASEAN: mô hình nào cho dịch chuyển lao động*” của Jurje và Lavenex đăng trên tạp chí Trade Working Paper. Các bài báo này đánh giá mức độ hội nhập thị trường lao động trong khu vực ASEAN và đánh giá các chính sách cải cách thị trường lao động đang được thực hiện như một phần của việc thành lập AEC. Bài nghiên cứu “*Moving Freely? Labour Mobility in ASEAN*” – tạm dịch “*Tự do dịch chuyển? Dịch chuyển lao động trong ASEAN*” của Huelser và Heal đăng trên Tạp chí Asia-Pacific Research and Training on Trade Policy Brief, số 40, trang 1-12 đã đánh giá các tác động tích cực và tiêu cực của quá trình hình thành Cộng đồng kinh tế ASEAN lên thị trường lao động các quốc gia thành viên ASEAN, trong đó có Việt Nam.

### ***1.1.2. Các công trình nghiên cứu tại Việt Nam***

#### ***1.1.2.1. Các nghiên cứu về quản lý người lao động nước ngoài***

Cuốn sách “*Vấn đề lao động người nước ngoài ở Việt Nam trong thời kỳ hội nhập quốc tế*” (2014) do Nguyễn Thị Lan Hương là chủ biên, đã phân tích những vấn đề lý luận: Đánh giá thực trạng dòng lao động nước ngoài vào Việt Nam, phân tích quy mô, đặc trưng, các yếu tố tác động và ảnh hưởng trên các mặt tích cực và tiêu cực của NLD nước ngoài đến năng suất lao động, thị trường lao động, nền kinh tế, văn hóa, xã hội của Việt Nam. Đồng thời, các tác giả đã dự báo xu hướng về lao động nước ngoài vào Việt Nam, xây dựng quan điểm, định hướng và đề xuất hoàn thiện thể chế, giải pháp tổ chức thực thi của cơ quan nhà nước đối với việc sử dụng, quản lý lao động nước ngoài ở Việt Nam.

Cuốn sách “*Quản lý nhà nước về lao động nước ngoài chất lượng cao ở Việt Nam*” của Phan Huy Đường (Chủ biên, 2012) đã trình bày một cách có hệ thống những vấn đề chung về quản lý lao động nước ngoài chất lượng cao, giải thích rõ vì sao lại ngày càng có nhiều lao động nước ngoài đến Việt Nam làm việc và thực trạng công tác quản lý nhà nước đối với lực lượng lao động này hiện nay ở Việt Nam. Bên cạnh đó, cuốn sách cũng trình bày kinh nghiệm của một số nước về việc quản lý NLD nước ngoài. Trên cơ sở phân tích thực trạng lao động nước ngoài ở Việt Nam hiện nay, nhóm tác giả đã đưa ra những dự báo về xu hướng lao động nước ngoài chất lượng cao sẽ đến Việt Nam trong thời gian tới và đưa ra một số định hướng và giải pháp nhằm hoàn thiện quản lý nhà nước đối với lực lượng lao động này.

Luận án Thạc sĩ Luật học “*Pháp luật về sử dụng lao động nước ngoài tại Việt Nam*” (2011) của Trần Thu Hiền đã đưa ra các khái quát chung về pháp luật về sử dụng

lao động nước ngoài tại Việt Nam, làm rõ kinh nghiệm của một số quốc gia trong việc sử dụng NLD nước ngoài và bài học kinh nghiệm cho Việt Nam. Luận án Thạc sĩ Luật học “*Chính sách quản lý lao động nước ngoài của Singapore và bài học kinh nghiệm cho Việt Nam*” (2012) của Bùi Thanh Tùng đã phân tích, đánh giá thực trạng chính sách quản lý nhà nước đối với lao động nước ngoài ở Singapore. Từ đó, tác giả đề xuất một số giải pháp hoàn thiện quy định quản lý nhà nước đối với NLD nước ngoài ở Việt Nam. Singapore được đánh giá là quốc gia có chính sách thu hút NLD chuyên môn cao bậc nhất thế giới. Các “bài học” về chính sách nhập cư và thị trường lao động của Singapore có giá trị tham khảo đối việc xây dựng và hoàn thiện chính sách quản lý lao động nước ngoài tại Việt Nam.

Ngoài ra, rất nhiều các bài báo đã các đánh giá tập trung vào một số khía cạnh của hoạt động quản lý nhà nước về lao động nước ngoài. Bài báo “*Vấn đề thanh kiểm tra lao động nước ngoài ở Việt Nam*”, Tạp chí Khoa học Lao động và Xã hội, số 35, Quý II, 2013 của tác giả Cao Văn Sâm và Ngô Văn Hoài đã phân tích thực trạng thanh kiểm tra lao động nước ngoài ở Việt Nam và kiến nghị các giải pháp nhằm tăng cường hiệu quả công tác quản lý lao động nước ngoài ở Việt Nam. Bài viết đánh giá hoạt động thanh tra lao động nước ngoài tại Việt Nam về các phương diện thẩm quyền, chức năng, tần suất, chất lượng của hoạt động thanh kiểm tra. Kết quả cho thấy hoạt động thanh kiểm tra chưa tốt, khiến cho hoạt động chấp hành pháp luật trong lĩnh vực sử dụng lao động nước ngoài chưa nghiêm. Tuy nhiên, các giải pháp đưa ra còn chung chung, chưa thật sự thuyết phục. Bài báo “*Lao động nước ngoài ở Việt Nam – thực trạng và những vấn đề đặt ra*” (2013) tại Tạp chí Khoa học Lao động và Xã hội của các tác giả Nguyễn Thị Thu Hương và Nguyễn Thị Bích Thủy đã đánh giá thực trạng lao động nước ngoài ở Việt Nam, tìm ra những bất cập trong quản lý NLD nước ngoài và đưa ra các hàm ý chính sách về quản lý NLD nước ngoài. Bài viết đã đưa ra một số kiến nghị về chính sách quản lý lao động nước ngoài trong thời gian tới như: quy định chặt chẽ hơn trình tự cấp phép lao động để không còn hiện tượng NLD nước ngoài làm việc không đúng nội dung đã được cấp phép, rà soát lại quy định về chứng minh trình độ tay nghề của NLD nước ngoài, cần xem xét lại quy định xác nhận “người có nhiều kinh nghiệm trong nghề nghiệp”, sửa đổi luật đấu thầu trong đó quy định về tổ chức triển khai thực hiện các gói thầu hoặc dự án trúng thầu sau khi đã được phê duyệt, đặc biệt là việc giám sát, kiểm tra quá trình thực hiện ...

Tác giả Phan Huy Đường cùng các đồng tác giả đã có các bài viết sau: bài báo “*Lao động nước ngoài ở VN: Thực trạng và giải pháp*” (2011), Tạp chí Lao động và xã hội, số 402, cùng với tác giả Tô Hiến Thà, bài báo “*Một số vấn đề đặt ra trong thực hiện các quy định pháp luật về lao động nước ngoài ở Việt Nam và hướng hoàn thiện*”

(2011), Tạp chí Lao động và Xã hội, số 403, cùng tác giả Đỗ Thị Dung, bài báo “*Giải pháp tăng cường quản lý nhà nước về lao động nước ngoài tại VN*” (2011), Tạp chí Lao động và Xã hội, số 407, cùng với tác giả Đỗ Thị Mỹ Dung. Tác giả Cao nhất linh có một số bài viết được công bố trên các tạp chí chuyên ngành luật như: “*Một số điểm mới trong tuyển dụng và quản lý lao động nước ngoài*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 6 năm 2008; “*Về giấy phép lao động cho người nước ngoài tại Việt Nam*”, Tạp chí Nhà nước và pháp luật số 2 năm 2009; “*Bảo vệ quyền và lợi ích của NLD nước ngoài tại Việt Nam*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 142, tháng 3/2009. Tác giả Lưu Bình Nhưỡng có một số bài viết đăng trên các tạp chí chuyên ngành luật như “*Về việc kết nạp chủ doanh nghiệp ngoài quốc doanh, NLD nước ngoài tại Việt Nam vào công đoàn Việt Nam*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 109, tháng 11/2007; “*Một số vấn đề pháp lý về người nước ngoài làm việc tại Việt Nam*”, Tạp chí Luật học số 9 năm 2009. Các nghiên cứu trong các bài báo này tập trung vào việc phân tích, đánh giá các quy định của pháp luật lao động áp dụng đối với tuyển dụng và quản lý lao động nước ngoài cũng như bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của NLD nước ngoài. Mặc dù các cơ sở pháp lý được đề cập trong các bài báo đều đã hết hiệu lực kể từ 1/1/2013 khi Bộ luật Lao động Việt Nam năm 2012 có hiệu lực, nhưng các công trình nghiên cứu này cho thấy quá trình hình thành và phát triển ngày càng hoàn thiện của pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài tại Việt Nam.

#### *1.1.2.2. Các nghiên cứu về hợp đồng lao động của người lao động nước ngoài*

Tại Việt Nam, bên cạnh các nghiên cứu về HĐLĐ, các nghiên cứu về HĐLĐ của NLD nước ngoài không nhiều. Một số công trình nghiên cứu về HĐLĐ của NLD nước ngoài như Luận án Tiến sĩ Luật học “*Hợp đồng lao động đối với NLD nước ngoài làm việc tại Việt Nam*” (2017) của Nguyễn Thu Ba. Luận án đã trình bày những vấn đề lý luận về HĐLĐ đối với NLD nước ngoài, thực trạng pháp luật và thực tiễn thi hành pháp luật về HĐLĐ đối với NLD nước ngoài làm việc tại Việt Nam. Tuy nhiên, Luận án không nghiên cứu các quy định về xác định pháp luật điều chỉnh HĐLĐ của NLD nước ngoài trong BLLĐ năm 2012 và BLDS năm 2015 và các quy định trong các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên có điều chỉnh vấn đề này.

Cuốn sách “*Pháp luật HĐLĐ Việt Nam, thực trạng và phát triển*” (2003) của Nguyễn Hữu Chí đã trình bày những nghiên cứu có hệ thống những vấn đề lý luận của HĐLĐ. Tác giả đã nghiên cứu, đánh giá toàn diện thực trạng quy định của pháp luật lao động, nêu những tồn tại, hạn chế, bất cập của pháp luật lao động Việt Nam hiện hành. Trên cơ sở đó, tác giả đề ra các định hướng và một số giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật Việt Nam về HĐLĐ. Ngoài ra tác giả Nguyễn Hữu Chí còn có nhiều bài viết về những quy

định pháp luật hiện hành của Việt Nam điều chỉnh HĐLĐ như: “*Giao kết HĐLĐ theo BLLĐ năm 2012 - Từ quy định đến nhận thức và thực hiện*”, Tạp chí luật học, số 3 năm 2013; Nguyễn Hữu Chí, Bùi Thị Kim Ngân: “*Thực hiện, chấm dứt HĐLĐ theo BLLĐ năm 2012 – Từ quy định đến nhận thức và thực hiện*”, Tạp chí Luật học số 8 năm 2013. Các bài viết đi sâu phân tích các vấn đề cơ bản về giao kết, thực hiện, chấm dứt HĐLĐ theo quy định của pháp luật Việt Nam.

### *1.1.2.3. Các nghiên cứu về hợp tác quốc tế về lao động của Việt Nam trong thời kỳ hội nhập kinh tế quốc tế*

Tại Việt Nam, nghiên cứu các vấn đề về tác động của di chuyển lao động quốc tế tới nền kinh tế và thị trường lao động Việt Nam có các tác giả: Đỗ Quỳnh Chi với bài báo “*Vấn đề lao động trong đàm phán gia nhập WTO*”, Tạp chí Lao động & Xã hội số 264 năm 2005: Trình bày về các nội dung liên quan tới lao động trong đàm phán gia nhập WTO, vấn đề xác định chủ thể trong thuật ngữ “di chuyển thể nhân”, phân biệt hình thức di chuyển thể nhân với xuất khẩu lao động. Tác giả Hoàng Xuân Hòa với bài báo “*Làn sóng dịch chuyển nhân công toàn cầu*”, Tạp chí Lao động & Xã hội số 283 năm 2006: nhận định xu hướng chuyển dịch nhân công hay sự thay thế lao động trong nước bằng lao động nước ngoài trên phạm vi toàn thế giới đang diễn ra mạnh mẽ với quy mô lớn, việc sử dụng nguồn nhân lực nước ngoài là sự cần thiết có tính chiến lược. Tác giả Lê Quang Trung với các bài báo “*Môi trường pháp luật lao động ngày càng thuận lợi với nhà đầu tư nước ngoài*”, Tạp chí Lao động & Xã hội số 264 năm 2005; “*Phát triển nguồn nhân lực trong bối cảnh hội nhập quốc tế*”, Tạp chí Lao động & Xã hội số 311 năm 2007; “*Một số vấn đề lao động, việc làm sau khi Việt Nam ra nhập WTO*”, Tạp chí Lao động & Xã hội số 319 năm 2007: đề cập đến những vấn đề hoàn thiện hệ thống chính sách pháp luật việc làm để tạo môi trường đầu tư thuận lợi, phát triển thị trường lao động tại Việt Nam và đồng thời phát triển nguồn nhân lực trong quá trình hội nhập quốc tế. Tác giả Nguyễn Mạnh Cường đã đề cập đến một trong những vấn đề của hội nhập đó là tiêu chuẩn lao động, những khó khăn, thuận lợi trong lĩnh vực lao động khi hội nhập kinh tế trong các bài báo “*Gia nhập WTO, “Tây” sẽ vào ta làm việc thế nào*”, Tạp chí Lao động & Xã hội số 256+257 năm 2005; “*Cơ hội và thách thức trong lĩnh vực lao động khi Việt Nam hội nhập kinh tế quốc tế*”, Tạp chí Lao động & Xã hội số 281 năm 2005.

## **1.2. Một số nhận xét, đánh giá các nghiên cứu có liên quan đến đề tài luận án**

Trên cơ sở nghiên cứu các tài liệu, sách báo, bài viết của các học giả trong và ngoài nước, tác giả luận án nhận thấy các nghiên cứu có liên quan đến đề tài pháp luật điều chỉnh

QHLD của NLD nước ngoài tại Việt Nam trong thời kỳ hội nhập kinh tế quốc tế tập trung vào các vấn đề cơ bản như sau:

*Thứ nhất*, với đối tượng nghiên cứu là NLD nước ngoài đã có nhiều tác giả tiến hành nghiên cứu, với nhiều công trình từ nhiều góc độ khác nhau. Trên thế giới và tại Việt Nam đã có các nghiên cứu về các mô hình quản lý NLD nước ngoài trên thế giới, kinh nghiệm của các nước trong quản lý và tiếp nhận NLD nước ngoài, đánh giá tác động của quá trình hội nhập trong khu vực đến nền kinh tế và thị trường lao động Việt Nam. Các công trình nghiên cứu đã trình bày một cách có hệ thống những vấn đề lý luận chung của hoạt động quản lý NLD nước ngoài như căn cứ khoa học, căn cứ pháp lý và căn cứ thực tiễn về vai trò của NLD nước ngoài đối với phát triển kinh tế-xã hội nước ta; xác định rõ nội hàm các khái niệm cơ bản, phân tích chức năng, cơ cấu và nội dung quản lý NLD nước ngoài. Ngoài ra, các công trình nghiên cứu đã có các đánh giá về những bất cập trong pháp luật điều chỉnh NLD nước ngoài tại Việt Nam và đề xuất, kiến nghị các giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật Việt Nam về quản lý NLD nước ngoài tại Việt Nam.

*Thứ hai*, với đối tượng nghiên cứu là QHLD của NLD nước ngoài, hiện chưa có công trình nghiên cứu chuyên sâu, toàn diện về pháp luật điều chỉnh QHLD của người nước ngoài tại Việt Nam. Các công trình nghiên cứu mới chỉ tập trung vào một số vấn đề riêng lẻ, dưới nhiều góc độ khác nhau như bảo vệ quyền của NLD nước ngoài, HĐLĐ của NLD nước ngoài, xác định luật áp dụng trong HĐLĐ của NLD nước ngoài. Các phân tích bất cập của pháp luật và kiến nghị hoàn thiện pháp luật còn chung chung, chưa có sự so sánh, tiếp thu kinh nghiệm của các quốc gia trên thế giới về vấn đề này.

*Thứ ba*, các đề tài nghiên cứu dưới góc độ điều chỉnh QHLD phù hợp với bối cảnh hội nhập kinh tế quốc tế của Việt Nam vẫn chỉ tập trung nghiên cứu chủ yếu là pháp luật lao động của Việt Nam. Các điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia chưa được nghiên cứu đầy đủ hoặc không được đề cập đến. Đây là các yếu tố thể hiện sự tác động mạnh mẽ của quá trình hội nhập đến pháp luật QHLD của NLD nước ngoài tại Việt Nam.

### **1.3. Câu hỏi nghiên cứu và giả thuyết nghiên cứu của luận án**

Để làm rõ nhiệm vụ nghiên cứu của luận án, nghiên cứu sinh đặt ra và sẽ giải quyết những câu hỏi nghiên cứu và các giả thuyết nghiên cứu như sau:

*Một là*, theo quy định của pháp luật quốc gia và các điều ước quốc tế, NLD nước ngoài là những đối tượng nào?

Giả thuyết nghiên cứu: việc định nghĩa NLD nước ngoài theo quy định của pháp luật quốc gia và các điều ước quốc tế dựa trên các tiêu chí nhất định. Pháp luật Việt Nam có đưa ra các tiêu chí riêng nhưng các quy định chưa thống nhất, rõ ràng, đầy đủ.

*Hai là, QHLD của NLD nước ngoài có những đặc trưng gì?*

Giả thuyết nghiên cứu: QHLD của NLD nước ngoài mang đầy đủ các đặc điểm của QHLD nói chung. QHLD của NLD nước ngoài có đặc trưng phân biệt với QHLD thông thường tại đặc điểm về chủ thể của QHLD là chủ thể có yếu tố nước ngoài. QHLD của NLD nước ngoài là đối tượng điều chỉnh của ngành luật lao động và ngành luật Tư pháp quốc tế.

*Ba là, pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài có vai trò như thế nào trong thời kỳ hội nhập kinh tế quốc tế?*

Giả thuyết nghiên cứu: pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài có hai vai trò quan trọng trong thời kỳ hội nhập kinh tế quốc tế là tạo cơ sở pháp lý cho các bên thiết lập, thực hiện QHLD hợp pháp và, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của NLD nước ngoài.

*Bốn là, hiện tượng xung đột pháp luật có xảy ra trong QHLD của NLD nước ngoài không?*

Giả thuyết nghiên cứu: hiện tượng xung đột pháp luật có xảy ra trong QHLD của NLD nước ngoài. Để giải quyết hiện tượng này, các quốc gia đã sử dụng các phương pháp giải quyết xung đột pháp luật của tư pháp quốc tế là phương pháp xung đột và phương pháp thực chất.

*Năm là, pháp luật Việt Nam điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài cần phải sửa đổi, bổ sung như thế nào để tăng hiệu quả điều chỉnh và phù hợp với sự phát triển của nền kinh tế Việt Nam trong thời kỳ hội nhập quốc tế?*

Giả thuyết nghiên cứu: các quy định của pháp luật Việt Nam điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài còn có nhiều bất cập, hiệu quả thực hiện còn thấp. Để có thể hoàn thiện các quy định của pháp luật Việt Nam điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài cần phải đề ra định hướng và giải pháp hoàn thiện pháp luật và nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật cụ thể, phù hợp với yêu cầu của thời kỳ hội nhập kinh tế quốc tế.

#### **1.4. Những kết quả nghiên cứu được luận án kế thừa và những vấn đề cần được giải quyết trong luận án**

Một số nội dung, vấn đề của đề tài đã được các nhà khoa học tiếp cận, nghiên cứu, đánh giá dưới góc độ và mức độ khác nhau. Đây cũng là những kết quả nghiên cứu có giá trị khoa học mà luận án sẽ kế thừa, đồng thời đó cũng là những gợi mở để luận án đánh giá, phân tích sâu sắc hơn trên quan điểm cá nhân để giải quyết các nhiệm vụ nghiên cứu của luận án.

- Kết quả nghiên cứu về pháp luật điều chỉnh quản lý và tiếp nhận NLD nước ngoài: Các nghiên cứu của các tác giả làm rõ nhiều vấn đề pháp lý cơ bản về quản lý và tiếp nhận

lao động nước ngoài như khái niệm lao động nước ngoài, các mô hình quản lý và tiếp nhận NLD nước ngoài, lý thuyết đánh giá hiệu quả của pháp luật, chính sách tiếp nhận NLD nước ngoài;

- Kết quả nghiên cứu về HĐLĐ và xác định pháp luật điều chỉnh HĐLĐ của NLD nước ngoài: Các vấn đề lý luận và thực tiễn của pháp luật lao động về HĐLĐ đã được đề cập và giải quyết thấu đáo qua các công trình nghiên cứu và các bài viết của các tác giả như khái niệm, đặc trưng của HĐLĐ, điều kiện chủ thể của hợp đồng, giao kết, thực hiện, chấm dứt HĐLĐ, HĐLĐ vô hiệu, nguyên tắc xác định pháp luật điều chỉnh HĐLĐ của NLD nước ngoài, thực tiễn xác định pháp luật điều chỉnh HĐLĐ của NLD nước ngoài.

Qua các công trình nghiên cứu được tiếp cận, tác giả nhận thấy, do đối tượng nghiên cứu, mục đích nghiên cứu, nên các bài viết, công trình nghiên cứu vẫn còn nhiều vấn đề bỏ ngỏ, đó là những vấn đề đặt ra nhưng chưa phân tích, luận giải để có hướng giải quyết. Do vậy, luận án cần tiếp tục nghiên cứu, luận giải ở các khía cạnh khác, kể cả về lý luận và thực tiễn để có những giải pháp phù hợp. Trên cơ sở những kết quả nghiên cứu của các công trình đã thực hiện cũng như mục đích, nhiệm vụ nghiên cứu của luận án, trong phạm vi nghiên cứu của mình, luận án tập trung làm rõ những vấn đề sau:

*Thứ nhất*, những vấn đề lý luận. Kế thừa những nghiên cứu có liên quan đến đề tài luận án, luận án sẽ làm rõ một số vấn đề là cơ sở lý luận về QHLD và pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài như: đặc điểm của NLD nước ngoài theo các điều ước quốc tế về lao động di trú, pháp luật Việt Nam và pháp luật của các quốc gia khác trên thế giới; đặc điểm của QHLD của NLD nước ngoài, vai trò của pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài trong thời kỳ hội nhập kinh tế quốc tế; xung đột pháp luật trong QHLD của NLD nước ngoài; các nguyên tắc điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài ...

*Thứ hai*, những vấn đề về thực trạng pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài tại Việt Nam. Sự hình thành và phát triển các quy định pháp luật về NLD nước ngoài làm việc tại Việt Nam đã được nhiều công trình, bài viết trình bày, phân tích, nhận xét với tính tổng quan. Luận án sẽ tiếp thu những kiến thức đó để làm rõ khung pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài tại Việt Nam, đặc biệt là những quy định pháp luật hiện hành mà các nghiên cứu trước đây chưa thể đề cập tới hoặc chưa đầy đủ.

*Thứ ba*, những vấn đề về thực tiễn thi hành các quy định của pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài tại Việt Nam như vấn đề cấp phép lao động, ký kết và thực hiện HĐLĐ, số lượng, chất lượng của NLD nước ngoài tại Việt Nam.

*Thứ tư*, những vấn đề về định hướng và giải pháp hoàn thiện. Luận án tham khảo, học hỏi kinh nghiệm quản lý, cách giải quyết vấn đề ở mỗi quốc gia, đặc biệt là các quốc

gia có thị trường lao động phát triển, sử dụng hiệu quả nguồn nhân lực nước ngoài. Luận án sẽ có những tìm hiểu, đánh giá về việc áp dụng pháp luật hiện nay như thế nào, cần phải giải quyết những bất cập đang có ra sao, từ đó đưa ra giải pháp phù hợp, cụ thể.

## KẾT LUẬN CHƯƠNG 1

Trên cơ sở nghiên cứu các tài liệu, sách báo, bài viết của các học giả trong và ngoài nước, chúng ta thấy các công trình nghiên cứu có liên quan đến đề tài pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài tại Việt Nam trong thời kỳ hội nhập kinh tế quốc tế đã giải quyết được nhiều vấn đề cơ bản về lý luận và thực tiễn của pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài nhưng vẫn còn một số vấn đề còn bỏ ngỏ hoặc chưa được giải quyết thấu đáo.

1. Với đối tượng nghiên cứu là NLD nước ngoài đã có nhiều tác giả tiến hành nghiên cứu, với nhiều công trình từ nhiều góc độ khác nhau. Các công trình nghiên cứu đã trình bày một cách có hệ thống những vấn đề lý luận chung của hoạt động quản lý lao động nước ngoài như căn cứ khoa học, căn cứ pháp lý và căn cứ thực tiễn về lao động nước ngoài đối với phát triển kinh tế-xã hội; xác định rõ nội hàm các khái niệm cơ bản, phân tích chức năng, cơ cấu và nội dung quản lý lao động nước ngoài. Ngoài ra, các công trình nghiên cứu đã có các đánh giá về những bất cập trong pháp luật điều chỉnh NLD nước ngoài tại Việt Nam và đã đề xuất, kiến nghị các giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật Việt Nam về quản lý lao động nước ngoài tại Việt Nam.

2. Với đối tượng là nghiên cứu là pháp luật điều chỉnh QHLD của người nước ngoài, hiện chưa có công trình nghiên cứu chuyên sâu, toàn diện về pháp luật điều chỉnh QHLD của người nước ngoài tại Việt Nam. Các công trình nghiên cứu mới chỉ tập trung vào một số vấn đề riêng lẻ như quản lý NLD nước ngoài, bảo vệ quyền của NLD nước ngoài, HDLD của NLD nước ngoài, ... Các kiến nghị hoàn thiện pháp luật về NLD nước ngoài còn chung chung, chưa có sự so sánh, tiếp thu kinh nghiệm của các quốc gia trên thế giới về vấn đề này. Các đề tài nghiên cứu vẫn chỉ tập trung nghiên cứu chủ yếu là pháp luật lao động của Việt Nam, chưa thể hiện được sự tác động của quá trình hội nhập kinh tế quốc tế đến pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài tại Việt Nam. Một số vấn đề còn bỏ ngỏ hoặc chưa được giải quyết thấu đáo trong các trình nghiên cứu như: đặc điểm QHLD của NLD nước ngoài, xung đột pháp luật trong QHLD của NLD nước ngoài, xác định pháp luật áp dụng điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài.

4. Nhiệm vụ của luận án là tiếp tục nghiên cứu có tính kế thừa các vấn đề lý luận và thực tiễn về pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài, đánh giá, phân tích sâu sắc hơn trên quan điểm cá nhân để góp phần làm rõ các vấn đề pháp lý cơ bản về quản lý và tiếp nhận NLD nước ngoài. Những kết quả nghiên cứu của các công trình nghiên cứu trước đó là nguồn tài liệu tham khảo hữu ích và cần thiết trong quá trình hoàn thiện luận án.

## Chương 2

# NHỮNG VẤN ĐỀ LÝ LUẬN VỀ QUAN HỆ LAO ĐỘNG CỦA NGƯỜI LAO ĐỘNG NƯỚC NGOÀI VÀ PHÁP LUẬT ĐIỀU CHỈNH QUAN HỆ LAO ĐỘNG CỦA NGƯỜI LAO ĐỘNG NƯỚC NGOÀI

### 2.1. Khái niệm người lao động nước ngoài và quan hệ lao động của người lao động nước ngoài

#### 2.1.1. Khái niệm người lao động nước ngoài

##### 2.1.1.1. Định nghĩa người lao động nước ngoài

Khi nghiên cứu hệ thống pháp luật của quốc gia và các điều ước quốc tế đều cho thấy pháp luật của các quốc gia và các điều ước quốc tế sử dụng ba tiêu chí để phân biệt NLD nước ngoài và NLD của quốc gia sở tại là quốc tịch, khả năng di chuyển và tiêu chí xác định tư cách NLD trong QHLD.

*Thứ nhất*, theo tiêu chí quốc tịch, NLD nước ngoài là NLD không mang quốc tịch của quốc gia sở tại (quốc gia mà họ đang tiến hành hoạt động lao động). Đây là tiêu chí được sử dụng tại Điều 2 Công ước ICRMW 1990: “*lao động di trú là một người đã, đang và sẽ làm một công việc có hưởng lương tại một quốc gia mà người đó không phải là công dân*”.

Theo quy định tại Công ước ICRMW 1990, khái niệm đưa ra hai tiêu chí để xác định NLD di trú là (i) tiêu chí nghề nghiệp: thực hiện một công việc có hưởng lương; (ii) tiêu chí quốc tịch: không phải là công dân của quốc gia sở tại. Định nghĩa này bao hàm cả những người được sinh ra trên lãnh thổ của quốc gia nước ngoài, mang quốc tịch nước ngoài, chưa có sự dịch chuyển qua biên giới của một nước, nhưng vẫn được coi là NLD di trú. Đây là trường hợp là con hoặc cháu của những NLD nước ngoài được sinh ra tại nước ngoài, được nuôi dưỡng và tiếp tục làm việc tại quốc gia sở tại, và vẫn được coi là NLD di trú theo tiêu chí quốc tịch.

Một số quốc gia có ban hành quy phạm pháp luật định nghĩa về NLD di cư hoặc NLD nước ngoài có sử dụng tiêu chí quốc tịch như Philippines, Singapore.<sup>2</sup> Còn lại, đa phần các quốc gia khác không có định nghĩa về NLD di trú hoặc NLD nước ngoài mà điều chỉnh dưới hình thức người nước ngoài làm việc tại quốc gia đó. Người nước ngoài được định nghĩa theo tiêu chí quốc tịch nên NLD nước ngoài cũng được

<sup>2</sup> Điều 3 (a) Luật về người lao động di cư và người Philippines ở nước ngoài năm 1995: “*Người lao động di cư là người sẽ được tham gia, tham gia vào hoạt động có trả lương ở một nước mà người đó không phải là công dân theo pháp luật có thể được sử dụng thay cho người lao động Philippines ở nước ngoài.*” Điều 2 Luật sử dụng lao động nước ngoài (sửa đổi) của Singapore 2009, “*người lao động nước ngoài*” có nghĩa là “*Người nước ngoài, trừ người nước ngoài lao động tự do, tìm kiếm hoặc được mời làm việc tại Singapore hoặc Một người hay nhóm người khác mà Bộ trưởng có thể quy định bằng việc công bố trên Công báo; Người nước ngoài có nghĩa là không phải là công dân hoặc người thường trú của Singapore*”.

xác định theo tiêu chí quốc tịch (Điều 1101 (a)(3) Luật Nhập cư và Quốc tịch Hoa Kỳ,<sup>3</sup> Điều 2 (1) Luật cư trú Đức năm 2004<sup>4</sup>).

*Thứ hai*, theo tiêu chí về khả năng dịch chuyển, những thuật ngữ như NLD di trú, NLD di cư hoặc NLD nhập cư được dùng thay cho thuật ngữ NLD nước ngoài. NLD di trú (migrant workers) bao gồm có NLD di cư (emigration) và NLD nhập cư (immigration), đều cùng chung đặc điểm phân biệt về quốc tịch – không mang quốc tịch nơi họ đang cư trú và làm việc, chỉ khác nhau về hướng dịch chuyển. Khái niệm NLD di trú đã được định nghĩa thông qua tiêu chí về khả năng dịch chuyển được quy định trong Công ước số 97 và 143 của ILO. Theo Điều 1 Công ước số 97 của ILO, thuật ngữ *người di trú vì việc làm* được hiểu là một người di cư từ một quốc gia này tới một quốc gia khác để tìm kiếm việc làm, bao gồm bất kỳ người nào được tuyển dụng một cách lâu dài như là một người di trú vì việc làm.<sup>5</sup> Khái niệm được đưa ra trong Công ước số 97 của ILO chỉ đưa ra một tiêu chí để xác định nội hàm của khái niệm NLD di trú là mục đích di chuyển qua biên giới một quốc gia vì mục đích việc làm và đó phải là những công việc mang tính chất ổn định, lâu dài, loại trừ các mục đích khác như kết hôn, thăm thân, tham dự hội trợ, hội thảo, du lịch.

Sau đó, Công ước số 143 của ILO đã đưa ra dấu hiệu về “việc làm” cụ thể hơn và giữ nguyên tiêu chí về khả năng dịch chuyển để xác định nội hàm của khái niệm NLD di trú. Thuật ngữ “*người lao động di trú có nghĩa là người di cư hoặc đã di cư từ nước này sang nước khác vì mục đích được tuyển dụng lao động chứ không phải là tự lực lao động, và bao gồm cả những người được chính thức tuyển làm lao động di trú*”. Như vậy, chúng ta có thể thấy theo quan điểm của UN, NLDg nước ngoài đồng thời là NLD di trú nhưng theo quan điểm của ILO, người nước ngoài đã thực hiện hành vi di chuyển qua biên giới một quốc gia thì được coi là NLD di trú.

*Thứ ba*, tiêu chí xác định tư cách người lao động trong quan hệ lao động. Tiêu chí này quy định tại Công ước ICRMW 1990 và Công ước số 143 của ILO. Quy định tại Điều 2 Công ước ICRMW 1990 khá đơn giản là: *làm một công việc có hưởng lương*. Quy định tại Điều 3 Công ước số 143 của ILO phân biệt rõ hơn mục đích vì việc làm ở đây được hiểu là được tuyển dụng vào làm việc chứ không phải làm việc tự do hoặc tự lực lao động (self - employee). Tuy nhiên, trong các công ước đó đều không có phần giải thích làm rõ khái niệm về công việc có hưởng lương và khái niệm tự lực lao động

<sup>3</sup> Luật Nhập cư và Quốc tịch (*Immigration and Nationality Act*) năm 1952 của Liên bang Hoa Kỳ, sửa đổi bằng Luật Cải cách thị thực và tăng cường an ninh biên giới năm 2002 (*Enhanced Border Security and Visa Reform Act*), chỉ có định nghĩa về người nước ngoài tại chương 8, Điều 1101(a)(3): “*người nước ngoài là bất kỳ ai không phải là công dân Hoa Kỳ*”, không có định nghĩa về người lao động nước ngoài hoặc người lao động di trú.

<sup>4</sup> Luật cư trú năm 2004 (*Residence Act*) của Liên bang Đức, sửa đổi bằng Luật thị thực năm 2007 (*Act Amending the Passport Act and Other Legislation*) có định nghĩa người nước ngoài tại Chương 1, Điều 2(1): “*người nước ngoài là bất kỳ ai không phải là công dân Đức theo Điều 116 của Basic Law*”

<sup>5</sup> Khái niệm này không bao gồm: những người lao động qua lại ở các vùng biên giới, những nghệ sĩ và những người có chuyên môn hành nghề tự do đến làm việc ở nước khác trong thời gian ngắn và các thủy thủ.

nên việc xác định tư cách NLD trong QHLD phụ thuộc vào hệ thống pháp luật của các quốc gia.

Đa số pháp luật của các quốc gia trên thế giới đều định nghĩa “*người lao động*” thông qua quan hệ với NSDLĐ. Nhìn chung, có thể rút ra hai tiêu chí phổ biến để xác định tư cách của NLD là: NLD là người thực hiện công việc để nhằm mục đích hưởng lương, đồng thời NLD chịu sự giám sát, điều hành, quản lý từ phía NSDLĐ. Hai dấu hiệu này nhằm phân biệt khái niệm NLD với khái niệm lao động tự do hoặc tự thân lao động (self - employed). Ví dụ, tại Cộng hòa Liên bang Đức, mặc dù không có khái niệm về NLD nhưng lại có khái niệm về tự thân lao động hoặc lao động tự do. Theo Điều 84 khoản 1 đoạn 2 của Luật Thương mại Đức, đã định nghĩa đại diện thương mại tự do (self – employed commercial representatives), lao động tự do (self - employed) là người về bản chất tự do tổ chức công việc và quyết định thời gian làm việc. Mặc dù khái niệm pháp lý đưa ra phạm vi khá hẹp nhưng tòa án và các học giả lại giải thích áp dụng theo nghĩa rộng nhất có thể [112, tr.19]. Sự tự do cá nhân – tự do về mọi việc liên quan đến việc thực hiện công việc – là dấu hiệu cơ bản để nhận biết NLD tự do. Khái niệm NLD về cơ bản là trái ngược với khái niệm lao động tự do, NLD có sự phụ thuộc, hạn chế tự do nhất định trong việc thực hiện công việc cho NSDLĐ.

Tại Việt Nam, các văn bản quy phạm pháp luật từ trước đến nay của Việt Nam đã có đề cập đến đối tượng người nước ngoài làm việc tại Việt Nam nhưng chưa có sự thống nhất khi sử dụng khái niệm “*Người lao động nước ngoài*”. Trước đây, theo khoản 1 Điều 1 Nghị định 58CP ngày 3/10/1996 về cấp GPLĐ cho người nước ngoài làm việc tại các doanh nghiệp, tổ chức Việt Nam: “*Người nước ngoài làm việc tại Việt Nam phải có GPLĐ theo quy định tại Điều 133 và khoản 2 Điều 184 của Bộ luật Lao động là người không có quốc tịch Việt Nam theo Luật quốc tịch Việt Nam*”. Theo văn bản này, người nước ngoài được định nghĩa theo tiêu chí luật quốc tịch tức người không có quốc tịch Việt Nam hoặc người không có quốc tịch. Tuy nhiên, tại thời điểm này, khái niệm NLD nước ngoài được hiểu bao gồm cả người Việt Nam định cư ở nước ngoài. Tại Khoản 2 Điều 1 Nghị định 58CP ngày 3/10/1996 có quy định: “*Người Việt Nam định cư ở nước ngoài vào làm việc cho các doanh nghiệp tổ chức tại Việt Nam cũng phải có GPLĐ theo quy định của Nghị định này*”. Dù không có định nghĩa người Việt Nam định cư ở nước ngoài trong Bộ luật Lao động, song theo tinh thần của Nghị định thì pháp luật Việt Nam coi người Việt Nam định cư ở nước ngoài có địa vị như “*người nước ngoài làm việc tại Việt Nam*”. Người nước ngoài làm việc tại Việt Nam và người Việt Nam định cư ở nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam đều phải xin cấp GPLĐ, chịu sự điều chỉnh của pháp luật Việt Nam, có các quyền và nghĩa vụ lao động theo quy định của pháp luật lao động Việt Nam.

Tiếp theo, Điều 2 Nghị định 105/2003/NĐ-CP ngày 17/9/2003 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn một số điều của BLLĐ năm 1994 về tuyển dụng và quản lý lao động nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam (thay thế Nghị định số 58/CP và Nghị định số 169/1999/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung Nghị định số 58/CP) quy định: “*NLĐ nước ngoài làm việc cho NSDLLĐ theo quy định tại Điều 1 Nghị định này là người không có quốc tịch Việt Nam theo Luật quốc tịch Việt Nam*”. Nghị định 34/2008/NĐ-CP ngày 25/3/2008 về tuyển dụng và quản lý người nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam (thay thế Nghị định số 105/2003/NĐ-CP; Nghị định số 93/2005/NĐ-CP ngày 13/7/2005 sửa đổi, bổ sung một số điều Nghị định số 105/2003/NĐ-CP) và Nghị định 46/2011/NĐ-CP ngày 17/6/2011 sửa đổi bổ sung một số điều của Nghị định 34/2008/NĐ-CP không đưa ra khái niệm NLĐ nước ngoài mà xác định người nước ngoài trên căn cứ của một đạo luật khác: “*Người nước ngoài là người không có quốc tịch Việt Nam theo Luật quốc tịch Việt Nam*” (Khoản 1 Điều 2 của Nghị định 46/2011/NĐ-CP).

Hiện nay, theo quy định của BLLĐ năm 2012 có hiệu lực từ 1/1/2013, tại khoản 3 Điều 2 quy định phạm vi điều chỉnh Bộ luật bao gồm “*NLĐ nước ngoài làm việc tại Việt Nam*” nhưng trong BLLĐ không nhắc đến khái niệm NLĐ nước ngoài mà quy định về các điều kiện để “*lao động là công dân nước ngoài làm việc tại Việt Nam*” (Mục 3 Chương XI). Khoản 1 Điều 169 BLLĐ năm 2012 về điều kiện công dân nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam có đoạn “*Lao động là công dân nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam phải có đủ các điều kiện sau đây...*”. Nghị định 11/2016 NĐ-CP ngày 3/2/2016 quy định chi tiết thi hành một số điều của BLLĐ năm 2012 về lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam tại Điều 2 về đối tượng áp dụng có đoạn “*Lao động là công dân nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam (sau đây viết tắt là người lao động nước ngoài) theo các hình thức sau đây...*”. Đây không phải là quy định về thuật ngữ định nghĩa khái niệm NLĐ nước ngoài giống như quy định của Pháp luật Singapore hoặc Pháp luật Philippines nhưng có thể chỉ ra dấu hiệu đầu tiên của pháp luật Việt Nam để xác định NLĐ nước ngoài là dấu hiệu quốc tịch. NLĐ nước ngoài là công dân nước ngoài làm việc tại Việt Nam.

Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam chỉ có định nghĩa về người nước ngoài, được quy định rải rác trong các văn bản pháp luật như Điều 3 Luật Nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú của người nước ngoài tại Việt Nam năm 2014, Điều 3 Luật Quốc tịch Việt Nam năm 2008, Điều 4 Luật Doanh nghiệp 2014, Điều 3 Luật Đầu tư năm 2014, Điều 4 Luật Đấu thầu năm 2013. Theo những cơ sở pháp lý này, người nước ngoài tại Việt Nam được định nghĩa là người không mang quốc tịch Việt Nam, bao gồm có người mang quốc tịch nước ngoài và người không quốc tịch. Như vậy, quy định của BLLĐ năm 2012 là nhằm

loại trừ đối tượng NLD là người không quốc tịch. Quan điểm này tương đồng với quan điểm của Công ước ICRMW 1990. Theo quy định của Khoản d Điều 3 Công ước ICRMW 1990 thì NLD di trú là NLD không mang quốc tịch của quốc gia sở tại nhưng không bao gồm người không có quốc tịch.

Khái niệm “*Người lao động*” theo quy định của BLLĐ năm 2012 tại Khoản 1 Điều 3 BLLĐ năm 2012 quy định: “*NLD là người từ đủ 15 tuổi trở lên, có khả năng lao động, làm việc theo HĐLĐ, được trả lương và chịu sự quản lý điều hành của NSDLĐ*”. Khái niệm này đưa ra bốn tiêu chí để xác định NLD là độ tuổi, có khả năng lao động, làm việc theo HĐLĐ, được trả lương và chịu sự quản lý điều hành của NSDLĐ. Khái niệm này sẽ có tiêu chí về độ tuổi và khả năng lao động không áp dụng cho NLD nước ngoài vì để làm việc tại Việt Nam NLD nước ngoài phải đáp ứng điều kiện về độ tuổi là từ đủ 18 tuổi trở lên và phải có trình độ đáp ứng yêu cầu của công việc (điểm a, b khoản 1 Điều 169 BLLĐ năm 2012: NLD nước ngoài là người có năng lực hành vi dân sự đầy đủ và có trình độ chuyên môn phù hợp với yêu cầu của công việc). Tiêu chí thứ ba về được trả lương và chịu sự quản lý điều hành của NSDLĐ thì trong BLLĐ năm 2012 không có các quy định xác định dấu hiệu “*được trả lương*” hoặc “*chịu sự quản lý điều hành*” nên các dấu hiệu để xác định phân biệt việc trả lương và việc trả các khoản tiền khác như tiền phí dịch vụ theo thời gian, tiền thưởng, tiền lợi tức, các dấu hiệu xác định khả năng quản lý điều hành của NSDLĐ phụ thuộc vào sự đánh giá của tòa án đối với các điều khoản của hợp đồng giữa các chủ thể và các tình tiết của vụ việc. Cũng theo quy định tại Điều 3 BLLĐ năm 2012 thì tiêu chí thứ tư là tiêu chí về hợp đồng giữa các chủ thể phải là HĐLĐ. Trong trường hợp NLD giao kết hợp đồng với NSDLĐ theo các loại hợp đồng không phải là HĐLĐ, ví dụ như hợp đồng dân sự (hợp đồng vay tiền, hợp đồng đặt cọc ...) hoặc hợp đồng thương mại (NLD mua cổ phần hoặc góp vốn trong doanh nghiệp ...) thì quan hệ giữa hai bên không phải là QHLD, NLD sẽ được coi là loại chủ thể khác theo quy định của luật dân sự hoặc luật thương mại.

Khái niệm người nước ngoài làm việc tại Việt Nam và khái niệm NLD nước ngoài làm việc tại Việt Nam là hai khái niệm không đồng nhất. NLD nước ngoài làm việc tại Việt Nam chỉ là một bộ phận của nhóm người nước ngoài làm việc tại Việt Nam. Ví dụ như những người nước ngoài đến Việt Nam làm việc theo hình thức chào bán dịch vụ, nhà cung cấp dịch vụ, thực hiện các loại hợp đồng không phải là HĐLĐ không được coi là NLD bởi NLD là phải một bên của QHLD, thực hiện một công việc do NSDLĐ giao cho và hưởng lương từ NSDLĐ đồng thời có sự phụ thuộc pháp lý đối với NSDLĐ. NLD nước ngoài có thể làm việc tại Việt Nam theo các hình thức: thực hiện HĐLĐ, di chuyển nội bộ trong doanh nghiệp có hiện diện thương mại tại Việt Nam. Quan điểm này còn được thể

hiện tại Điều 172 Bộ luật Lao động Việt Nam 2012 quy định về Công dân nước ngoài làm việc tại Việt Nam không thuộc diện cấp GPLĐ tại Việt Nam thì có quy định ba trường hợp không phải xin cấp phép lao động do họ không phải là NLD, đó là (i) người nước ngoài là thành viên góp vốn hoặc là chủ sở hữu của công ty TNHH, (ii) người nước ngoài là thành viên Hội đồng quản trị của công ty cổ phần, (iii) người nước ngoài vào Việt Nam để chào bán dịch vụ với thời hạn dưới 03 tháng. NSDLĐ trong các trường hợp đặc biệt này chỉ mang tính quy ước theo khoản 3 Điều 2 Thông tư 40/2016/TT-BLĐTBXH. Bên cạnh tiêu chí về quốc tịch, theo tiêu chí khả năng dịch chuyển của NLD, chúng ta cũng nhận thấy rằng NLD di trú tại Việt Nam bao gồm có hai loại hình dịch chuyển lao động là NLD Việt Nam ra nước ngoài làm việc và người nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam. Do đó, NLD nước ngoài làm việc tại Việt Nam là một bộ phận của người lao động di trú.

Như vậy, khi phân tích các điều ước quốc tế và hệ thống pháp luật quốc gia về khái niệm NLD nước ngoài cho thấy các điều ước quốc tế và hệ thống Pháp luật quốc gia đều sử dụng ba tiêu chí để định nghĩa NLD nước ngoài là quốc tịch, khả năng dịch chuyển và tiêu chí xác định tư cách NLD. Do pháp luật Việt Nam chưa có định nghĩa trực tiếp về NLD nước ngoài nên tác giả luận án đề xuất xây dựng khái niệm NLD nước ngoài tại Việt Nam như sau: *“người lao động nước ngoài là người nước ngoài đến Việt Nam làm việc theo hợp đồng lao động, được trả lương và chịu sự quản lý, điều hành của người sử dụng lao động.”*

#### 2.1.1.2. Phân loại người lao động nước ngoài

Mỗi quốc gia có tiêu chí phân loại NLD nước ngoài phụ thuộc vào mục tiêu của chính sách tiếp nhận lao động nước ngoài của các quốc gia đó. Thông thường, ngoài các cách phân loại truyền thống là theo giới tính và theo độ tuổi, NLD nước ngoài còn được phân loại theo các tiêu chí về trình độ, quy chế pháp lý, quốc tịch và thời hạn cư trú tại quốc gia sở tại.

*Thứ nhất, căn cứ vào trình độ*, NLD nước ngoài được chia thành hai loại: lao động kỹ năng (*skilled workers*) và lao động phổ thông (*unskilled workers*)

Các quốc gia trên thế giới đều có các chính sách khác nhau dành cho NLD nước ngoài có kỹ năng và NLD nước ngoài phổ thông. NLD nước ngoài là lao động phổ thông thường có các quy định hạn chế hơn. Ví dụ như hệ thống pháp luật quy định cấp GPLĐ của Singapore có sự phân định rõ các chế độ về lương và hạn ngạch khác nhau căn cứ vào đặc điểm của NLD nước ngoài theo kỹ năng. Tuy nhiên, khái niệm NLD có kỹ năng và lao động phổ thông không phải là định nghĩa pháp lý. Lao động có kỹ năng còn được gọi là lao động kỹ thuật, lao động chuyên môn, lao động chất lượng cao, lao động có tay nghề được định nghĩa trong theo các Tổ chức khác nhau như OECD (Tổ chức Hợp tác kinh tế

và phát triển) hoặc UNESCO (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization - Tổ chức Giáo dục, khoa học và văn hóa của Liên hợp quốc). Theo định nghĩa của OECD, lao động kỹ năng là những người có kỹ năng làm việc cho những lĩnh vực nhất định trên thị trường lao động. Kỹ năng được phản ánh rất đa dạng, từ những việc làm đòi hỏi một nhóm người để hoàn thành một nhiệm vụ được giao liên quan đến các công việc cần sự phối hợp bằng tay và mắt, sự khéo léo và sức mạnh, đến các công việc liên quan đến kỹ năng nhận thức (phân tích, tổng hợp, kỹ năng toán học, kỹ năng nói...) và kỹ năng phối hợp (lãnh đạo, tư vấn...) [114, tr.14]. Theo Tổ chức Phân loại tiêu chuẩn quốc tế về giáo dục thuộc UNESCO (ISCED – International standard classification of education), lao động kỹ năng là lao động phải qua đào tạo. Lao động có kỹ năng phản ánh trình độ nhất định về giáo dục hoặc bằng cấp chính thức của một cá nhân trên thị trường lao động [114, tr.14]. Từ các định nghĩa trên, có thể phân biệt khái niệm về lao động có kỹ năng như sau: Lao động kỹ năng là những lao động thực hiện các công việc chuyên môn, phải qua đào tạo. Ngược lại, lao động phổ thông là những lao động thực hiện các công việc thông thường, không cần phải qua đào tạo.

*Thứ hai, căn cứ vào quy chế pháp lý*, NLD nước ngoài được chia thành hai loại NLD nước ngoài hợp pháp và NLD nước ngoài bất hợp pháp

Để có thể nhập cảnh sau đó làm việc tại một bất kỳ một quốc gia, NLD nước ngoài có thể sẽ phải đáp ứng các điều kiện pháp lý nhất định liên quan đến mục đích nhập cảnh, trình độ, thời hạn cư trú, GPLĐ, độ tuổi, quốc tịch... Những NLD mang quốc tịch nước ngoài đáp ứng được tất cả các điều kiện đó thì được coi là NLD nước ngoài hợp pháp. Do đó, NLD nước ngoài bất hợp pháp là NLD không đáp ứng được một trong các điều kiện đó. Một số quốc gia có định nghĩa cụ thể về NLD nước ngoài bất hợp pháp, thường là các quốc gia có số lượng NLD nước ngoài lớn như Hoa Kỳ, Đức, Singapore. Theo Điều 1365(b) Luật Nhập cư và Quốc tịch Hoa Kỳ 1952, đã sửa đổi bằng Luật Tăng cường an ninh biên giới và cải cách thị thực 2002, Người nước ngoài không có giấy tờ hoặc “*người nước ngoài bất hợp pháp*” là người nước ngoài nhập cảnh Hoa Kỳ bất hợp pháp nếu không có giấy phép và tài liệu hợp pháp hoặc là người nước ngoài đã từng nhập vào Hoa Kỳ hợp pháp và từ đó vi phạm điều khoản về mục đích nhập cảnh vào Hoa Kỳ hoặc đã quá thời hạn giới hạn cư trú của thị thực.

*Thứ ba, căn cứ vào quốc tịch*, NLD nước ngoài được chia thành nhiều loại khác nhau phụ thuộc vào pháp luật của quốc gia và các điều ước quốc tế mà quốc gia đó là thành viên liên quan đến cho phép tiếp nhận NLD nước ngoài.

NLD nước ngoài được phân loại theo quốc tịch căn cứ vào cam kết của quốc gia tiếp nhận NLD nước ngoài trong các điều ước quốc tế hoặc trong pháp luật của quốc gia

đó. Một số khu vực có cam kết quốc tế về mở cửa thị trường lao động dành cho NLD mang quốc tịch của khu vực đó thì có sự phân biệt giữa NLD nước ngoài mang quốc tịch của các quốc gia thành viên (citizen members) và NLD nước ngoài mang quốc tịch của các quốc gia khác (third - country citizens) như Cộng đồng Châu Âu (EU), Cộng đồng kinh tế các quốc gia Tây Phi (ECOWAS - Economic Community of West African States), Hiệp hội các quốc gia Đông Nam Á (ASEAN).

Trong EU, có sự phân biệt giữa NLD mang quốc tịch của các quốc gia thành viên EU và NLD mang quốc tịch của các quốc gia không phải thành viên EU. Theo Điều 45 của Hiệp ước về Chức năng của Cộng đồng Châu Âu (Treaty on the Functioning of the EU - TFEU), các quốc gia EU đã xóa bỏ tất cả các rào cản liên qua đến phân biệt đối xử dựa trên quốc tịch về lương và các điều kiện làm việc làm. NLD nước ngoài có quốc tịch của quốc gia là thành viên EU được áp dụng giống như NLD của nước sở tại, không áp dụng các quy định về thị thực và GPLĐ. Tuy nhiên, đối với NLD mang quốc tịch các quốc gia không phải là thành viên EU thì có tất cả đều phải xin cấp phép lao động với các điều kiện khác nhau tùy từng quốc gia [119, tr. 5]. Các điều kiện để NLD đến từ quốc gia ngoài EU có thể là chứng minh thử nghiệm thị trường lao động<sup>6</sup>, yêu cầu liên quan đến bằng cấp, tuổi, thời hạn hợp đồng tối đa... Mức độ cam kết của các quốc gia trong ECOWAS và ASEAN có hạn chế hơn so với EU. Trong ECOWAS vẫn có các quy định liên quan đến thị thực và một số giấy tờ khác như giấy chứng nhận sức khỏe, bảo hiểm du lịch nhưng NLD đến từ các quốc gia là thành viên của ECOWAS không phải xin cấp phép lao động, được cấp thị thực 03 tháng để tìm việc làm [119, tr. 17].

Ngoài ra, một số quốc gia (Hoa Kỳ, Hàn Quốc), đặt ra hạn ngạch giới hạn số lượng NLD theo quốc tịch của NLD nhằm đảm bảo sự đa dạng trong xã hội (Hoa Kỳ) và quản lý số lượng NLD bất hợp pháp đến từ một số quốc gia (Hàn Quốc). Hàn Quốc đã thúc đẩy việc ký kết hàng loạt các Thỏa thuận hợp tác lao động song phương với các quốc gia có số lượng NLD lớn tại Hàn Quốc là Indonesia, Mông Cổ, Philippines, Sri Lanka, Thái Lan, Việt Nam trong khuôn khổ Hệ thống Cấp phép việc làm (*Employment Permit System - EPS*) với mục tiêu là giảm số lượng NLD bất hợp pháp từ những quốc gia trên. Hệ thống EPS này đặt ra hạn ngạch giới hạn số lượng NLD nước ngoài theo quốc tịch đối với quốc gia trên. Hạn ngạch số lượng NLD nước ngoài tại Hoa Kỳ được quy định tại Điều 202(a)(2) Luật Nhập cư và quốc tịch Hoa Kỳ năm 1952, đã sửa đổi bằng Luật Tăng cường an ninh biên giới và cải cách thị thực 2002 (INA). Hiện nay, không có nhóm NLD thuộc diện thường trú nhân (bao gồm cả diện đoàn tụ gia đình và lao động) từ một quốc gia có thể

<sup>6</sup> Chứng minh thử nghiệm thị trường lao động (test of labor market): chứng minh NSDLĐ đã tuyển dụng nhưng không tuyển được NLD nước sở tại đáp ứng yêu cầu của công việc.

vượt quá 7% tổng số người nước ngoài nhập cư vào Hoa Kỳ trong một năm. Ngoài ra, Theo Điều 203 (c) INA 1990 dành một chế độ đặc biệt cho những người nhập cư từ các nước có tỷ lệ thấp vào Hoa Kỳ. Mỗi năm 55.000 thị thực được phân bổ ngẫu nhiên cho công dân của các nước đã có dưới 50.000 người nhập cư vào Hoa Kỳ trong 5 năm trước đó để đảm bảo sự đa dạng trong xã hội Hoa Kỳ.

*Thứ tư, căn cứ vào thời gian được phép cư trú tại quốc gia sở tại, NLD nước ngoài được chia thành hai loại là NLD nước ngoài thường trú và NLD nước ngoài tạm trú.*

Tiêu chí này chỉ áp dụng cho NLD nước ngoài hợp pháp. Ví dụ, pháp luật Hoa Kỳ phân loại người nước ngoài cư trú hợp pháp, trong đó có NLD nước ngoài hợp pháp, thành hai loại là thường trú nhân (*immigrant*) và tạm trú nhân (*nonimmigrant*). Thường trú nhân là trường hợp những NLD nước ngoài làm việc đã được Cơ quan quản lý cư trú Hoa Kỳ (*US Citizens Immigration Service – USCIS*) cấp quyền cư trú vĩnh viễn tại Hoa Kỳ và làm việc không có hạn chế ở Hoa Kỳ, còn được gọi là thường trú nhân hợp pháp (*legal permanent residence*). Tất cả NLD nhập cư hợp pháp loại này sẽ được cấp một "thẻ xanh" theo mẫu Form I-55, là bằng chứng về tình trạng làm việc và cư trú hợp pháp của người nước ngoài. Các thường trú nhân được cấp các loại thị thực là: EB-1, EB-2, EB-3, EB-4 và EB-5 [296].

Tạm trú nhân là trường hợp NLD nước ngoài đã được cấp quyền cư trú tạm thời và có thời hạn tại Hoa Kỳ. Mỗi một loại tạm trú nhân được USCIS cấp một loại thị thực tương ứng với mục đích người đó nhập cảnh vào Hoa Kỳ. Có tới hơn 20 loại thị thực dành cho các tạm trú nhân (ví dụ như các sinh viên nước ngoài sẽ nhập cảnh vào Hoa Kỳ bằng thị thực F-1, nhà kinh doanh không đầu tư sẽ nhập cảnh bằng thị thực B-1, thị thực L dành cho NLD di chuyển nội bộ trong doanh nghiệp, thị thực P cho các vận động viên, nghệ sĩ, ...). Một số tạm trú nhân được phép làm việc ở Hoa Kỳ (ví dụ như sinh viên, lao động mùa vụ, giáo viên trao đổi, nhà khoa học trao đổi, thực tập sinh), và những người khác thì không được phép làm việc (ví dụ như người tham gia hội thảo, hội chợ). Mỗi một loại tạm trú nhân có các quy tắc và hướng dẫn cần phải tuân theo để được cư trú và làm việc hợp pháp tại Hoa Kỳ ví dụ như thời gian làm việc tối đa, số lần nhập cảnh tối đa, ... Bất kỳ một tạm trú nhân nào vi phạm một trong những quy tắc này sẽ rơi vào tình trạng cư trú hoặc làm việc bất hợp pháp tại Hoa Kỳ. Một tạm trú nhân cư trú bất hợp pháp trong i) nếu ít nhất 180 ngày sẽ bị trục xuất và sẽ không thể trở lại Hoa Kỳ trong vòng 3 năm tiếp theo, ii) nếu ít nhất 365 ngày bị trục xuất và sẽ không thể trở lại Hoa Kỳ trong vòng 10 năm tiếp theo [296].

## 2.1.2. Khái niệm quan hệ lao động của người lao động nước ngoài

### 2.1.2.1. Định nghĩa quan hệ lao động của người lao động nước ngoài

Pháp luật của tất cả các quốc gia trên thế giới đều không quy định khái niệm về QHLD của NLD nước ngoài mà việc định nghĩa QHLD của NLD nước ngoài được xây dựng thông qua khái niệm QHLD và khái niệm NLD nước ngoài đã được phân tích ở phần trên. Khái niệm QHLD là khái niệm pháp lý được sử dụng phổ biến tại các quốc gia trên thế giới để chỉ mối quan hệ giữa một loại chủ thể được gọi là NLD và một loại chủ thể được gọi là NSDLĐ, trong đó NLD thực hiện các công việc cụ thể để đổi lại nhận được tiền lương, theo sự quy định của pháp luật mỗi quốc gia [116, tr. 19]. Sự tồn tại của QHLD tạo nên quyền và nghĩa vụ lao động của NLD và NSDLĐ, là phương tiện để NLD được tiếp cận với quyền và lợi ích luật định trong luật lao động và an sinh xã hội [116, tr. 3].

Do sự phát triển của khoa học công nghệ và khoa học quản lý làm thay đổi cách thức NLD tiến hành công việc, làm xuất hiện nhiều dạng lao động mới. Tại một số quốc gia phát triển, QHLD trở lên rất đa dạng và phức tạp. Bên cạnh loại hình lao động chính thức và toàn thời gian truyền thống, xuất hiện ngày càng nhiều các dạng lao động phi chính thức, bán thời gian, rất linh hoạt về thời gian và cách thức thực hiện công việc. Ngày nay, một cá nhân có thể thực hiện một công việc theo hai cách: một là, dưới sự quản lý của một chủ thể khác để nhận lương hoặc hai là thực hiện một cách độc lập để nhận được phí thực hiện công việc. Pháp luật các quốc gia cũng phân biệt hai hình thức thực hiện công việc này dựa trên một số đặc điểm nhất định. Dưới góc độ pháp lý, cách thức thực hiện công việc theo cách thứ hai không xác lập QHLD giữa các chủ thể mà có thể làm xác lập quan hệ dân sự hay quan hệ thương mại, phụ thuộc vào quy định của pháp luật từng nước.

Việc xác định sự tồn tại của QHLD giữa các bên phải dựa trên các tiêu chí, chỉ dẫn hoặc các tình tiết (*fact* hoặc *factor* hoặc *indicator* hoặc *test*)<sup>7</sup> không phụ thuộc vào tên hoặc hình thức thỏa thuận giữa các bên. Trong khoa học pháp lý, nguyên tắc này được gọi là *primacy of fact* (ưu tiên các tình tiết). Nguyên tắc này thường được áp dụng bởi các thẩm phán tại các quốc gia điển hình theo hệ thống án lệ hoặc ngay tại các quốc gia có luật thành văn nhưng trong các dạng lao động đặc biệt [116, tr. 21]. Cho dù có hay không có định nghĩa rõ ràng về QHLD trong hệ thống pháp luật có thể thấy một đặc điểm chung của QHLD được thừa nhận ở tất cả các quốc gia trên thế giới, đó là đặc trưng về mức độ quản lý của NSDLĐ đối với NLD và mức độ phụ thuộc của NLD đối với NSDLĐ. Ví dụ như

<sup>7</sup> các từ này do các tòa án sử dụng có thể thay thế cho nhau.

tại Argentina El Salvador<sup>8</sup>, Chile, Palama, Colombia, Costa Rica, Venezuela, Mexico<sup>9</sup> đều có quy định về dấu hiệu *dependency and subordination* - tức là công việc được thực hiện phụ thuộc vào quyền của NSDLĐ. Tại các quốc gia như Congo, Phần Lan, Qatar, Angola, Slovenia sử dụng dấu hiệu công việc được thực hiện dưới sự chỉ dẫn và kiểm soát của NSDLĐ bằng các thuật ngữ như: *direction, supervision, order, intructions, control, authority*. Pháp luật của Palama còn có các quy định giải thích dấu hiệu mức độ quản lý và mức độ phụ thuộc của NLĐ và NSDLĐ qua hai thuật ngữ được sử dụng là “*legal subordination*” và “*economic dependency*”<sup>10</sup>. “*legal subordination*” được hiểu là NSDLĐ hoặc đại diện của NSDLĐ chỉ đạo trực tiếp hoặc gián tiếp cách thức tiến hành công việc. “*economic dependency*” được hiểu là khoản tiền NLĐ nhận được là phần thu nhập chủ yếu của họ, khoản tiền đó là kết quả NLĐ thực hiện công việc cho một người hoặc một doanh nghiệp, nơi NLĐ làm việc không có sự tự lập về kinh tế và có mối liên hệ kinh tế với hoạt động của NSDLĐ. Pháp luật của một số quốc gia khác như Campuchia, Trung Quốc, Kenya, Nigeria, Indonesia định nghĩa QHLD theo cách mô tả hình thức thể hiện quan hệ giữa NLĐ và NSDLĐ là việc một người đồng ý làm việc cho một người khác để nhận được tiền lương<sup>11</sup>.

Theo hệ thống pháp luật Anh, HDLD là một dạng của hợp đồng dịch vụ [104, tr. 64]. Việc xác định quan hệ giữa hai bên là QHLD hay quan hệ dịch vụ phụ thuộc vào đánh giá (*test*) của tòa án Anh giải quyết vụ việc căn cứ vào các yếu tố của hợp đồng, dựa trên ba tiêu chí được xây dựng thông qua hệ thống án lệ của tòa án Anh. Đánh giá thứ nhất là khả năng quản lý, là dấu hiệu NLĐ bị NSDLĐ kiểm soát, đánh giá hoạt động lao động, được thể hiện tại án lệ Lane kiện công ty Shire Roofing Company [250]. Đánh giá thứ hai là về khả năng phối hợp và tổ chức công việc đối với những NLĐ khác được thể hiện tại án lệ Stevenson, Jordan & Harrison kiện công ty MacDonald & Evans là trường hợp NLĐ là các chuyên gia, nhà quản lý được hưởng quyền tự do thực hiện công việc, ít chịu sự quản lý chi phối của NSDLĐ [158]. Đánh giá thứ ba là mối liên hệ kinh tế, tức là kiểm tra xem NLĐ có được hưởng lợi nhuận hoặc chia sẻ rủi ro của NSDLĐ hay không, được thể hiện tại án lệ công ty Market Investigations Ltd kiện Bộ trưởng Bộ An sinh xã hội (Minister of Social Security), nhưng phải loại trừ các trường hợp NLĐ được hưởng lương hoặc thưởng trực tiếp từ kết quả hoạt động sản xuất kinh doanh [151].

<sup>8</sup> Điều 21 Luật Hợp đồng lao động Argentina 1976, Điều 17 Luật Hợp đồng lao động El Salvador 1972, sửa đổi 1995.

<sup>9</sup> Điều 7 Luật Lao động Chi lê 2002, Điều 62 Luật Lao động Panama 1995, Điều 22 Luật Lao động Colombia 1950, sửa đổi 1990, Điều 18 Luật Lao động Costa Rica 1995, Điều 67 Luật Lao động Venezela 1997, Điều 20 Luật Lao động Liên bang Mexico 1995.

<sup>10</sup> Điều 64 và 65 Luật Lao động Panama 1995.

<sup>11</sup> Điều 65 Luật Lao động Campuchia năm 1997, Điều 16 Luật Lao động Trung Quốc năm 1994, Điều 2 Luật Lao động Kenya năm 1976, sửa đổi năm 1984, Điều 91 Luật Lao động Nigeria năm 1974, Điều 1 Luật Lao động Indonesia năm 2003.

Ngoài ra, quan điểm của tòa án Anh được thể hiện tại án lệ công ty Nethermere (St Neots) Ltd và Gardiner còn dùng để đánh giá thứ tư để xác định sự tồn tại hay không QHLD giữa hai bên: mối quan hệ tương hỗ về nghĩa vụ giữa NLĐ và NSDLĐ có thể hiện khách thể của quan hệ, NSDLĐ có mục đích cung cấp một công việc để trả lương và NLĐ có mục đích là cam kết thực hiện công việc đó để nhận lương [253]. Như vậy, để xác định quan hệ giữa hai bên là QHLD hay quan hệ dịch vụ, tòa án Anh cần thiết phải thực hiện cả bốn sự đánh giá nêu trên.

Tại Pháp, theo Luật lao động Pháp năm 2007 (được sửa đổi năm 2012) không có khái niệm pháp lý về QHLD và HĐLĐ, tuy nhiên những khái niệm này sẽ được giải thích thông qua các phán quyết của tòa án và một số học thuyết [112, 113]. Theo J. Péliissier, A. Supiot and A. Jeammaud (2008), có ba yếu tố đặc trưng của HĐLĐ là: cá nhân thực hiện công việc (hoặc cá nhân cam kết thực hiện công việc), trả lương (hoặc cam kết trả lương), và mối quan hệ lệ thuộc pháp lý giữa các bên, chứ không phải là lệ thuộc về kinh tế [112]. Mối quan hệ lệ thuộc về mặt pháp lý có nghĩa là NLĐ sẽ làm việc dưới sự giám sát, kiểm tra hoặc là nguyên tắc do NSDLĐ đề ra. Đánh giá sự tồn tại của yếu tố quản lý chi phối của NSDLĐ không chỉ căn cứ vào ý chí của các bên hoặc các điều khoản trong hợp đồng, mà còn được đánh giá qua cách ứng xử của các bên khi thực hiện công việc. Một số dấu hiệu mà tòa án Pháp đã sử dụng để xác định sự tồn tại của HĐLĐ giữa hai bên như là: hành vi của các bên, mối quan hệ cá nhân của các bên, nơi làm việc, thời gian làm việc, cách thức thực hiện công việc của NLĐ là một mình hay có sự trợ giúp của những NLĐ khác, quyền sở hữu các nguyên vật liệu, công cụ, thiết bị lao động, sự chỉ dẫn hoặc giám sát của NSDLĐ, sự tham gia của NLĐ trong các tổ chức của NLĐ, sự tồn tại của các hình thức trả lương khác nhau [117, tr. 394 - 404].

Quan điểm của các học giả Đức cũng giống như quan điểm của Pháp, dấu hiệu về sự phụ thuộc của NLĐ vào NSDLĐ phải được giải thích rộng nhất có thể. Bởi vì, hiện nay, do sự phát triển của khoa học công nghệ, một số NLĐ được toàn quyền quyết định cách thức thực hiện công việc và thời gian làm việc, do đó, tòa án Đức cần phải cân nhắc cả những yếu tố khác như: khả năng chấp nhận các nhiệm vụ mới kể cả trong trường hợp NLĐ vẫn có quyền từ chối thực hiện nhiệm vụ đó, khoảng thời gian NLĐ yêu cầu để thực hiện được nhiệm vụ của NSDLĐ. Cũng giống như tòa án Pháp, quan điểm của tòa án Đức là phải căn cứ vào cách thức các bên thực hiện công việc trong HĐLĐ chứ không phải là căn cứ vào điều khoản của hợp đồng. Với cách giải thích rộng như vậy, một số vụ án tòa án Pháp và tòa án Đức coi đó là QHLD nhưng theo quan điểm của tòa án Anh thì quan hệ giữa các bên không phải là QHLD, chỉ là quan hệ dịch vụ, ví dụ như vụ án *Mingely và Pennock kiện công ty Taxi Amber Cars số hiệu (2004) EWCA Civ 328a* [252]

của tòa án Pháp và vụ án được xét xử bởi Tòa lao động Liên bang Đức (*Bundesarbeitsgericht*) vào ngày 13 tháng 1 năm 1983, số hiệu 5 AZR 149/82 [247], về việc thi hành Điều 611 Luật Lao động Liên bang Đức số 42 về trường hợp một nhà báo tự do nhưng được giải quyết tranh chấp với tư cách là NLD. Lý do có thể được giải thích là theo nguyên tắc tôn trọng sự thỏa thuận giữa các bên, tòa án Anh ưu tiên xem xét các quy định tại các điều khoản trong hợp đồng hơn là các nước theo hệ thống civil law. Theo quy định của pháp luật Pháp và pháp luật Đức, những chủ thể như người cung cấp dịch vụ, người môi giới đều thực hiện công việc theo yêu cầu của người thuê dịch vụ, nhưng sẽ không được coi là NLD vì quan hệ giữa họ và người thuê dịch vụ (được điều chỉnh bởi luật dân sự hoặc luật thương mại) có bản chất khác với quan hệ giữa NLD và NSDLĐ (được điều chỉnh bởi luật lao động).

Với mục đích quản lý NLD nước ngoài, pháp luật của một số quốc gia cũng quy định các điều kiện riêng để chọn lọc hoặc điều tiết số lượng NLD nước ngoài như các điều kiện về bằng cấp, GPLĐ. Nếu NLD nước ngoài thỏa mãn đầy đủ các điều kiện để được phép nhập cảnh, cư trú và tham gia làm việc cho các cá nhân, tổ chức của quốc gia sở tại thì được coi là NLD nước ngoài làm việc hợp pháp. Nếu NLD nước ngoài không thỏa mãn điều kiện này thì được gọi là NLD nước ngoài làm việc bất hợp pháp. Tuy nhiên, việc đáp ứng hay không đáp ứng các điều kiện để được cấp phép lao động không phải là dấu hiệu mà một số quốc gia như Anh hoặc Pháp sử dụng để xác định có hay không có sự tồn tại của QHLD giữa các bên. Trong hai án lệ của Tòa phúc thẩm Anh (*Employment Appeal Tribunal*) đã cho thấy NLD nước ngoài bất hợp pháp vẫn có quyền và nghĩa vụ lao động giống như NLD bình thường, nhưng có hạn chế hơn ở một số quyền do pháp luật quy định. Án lệ thứ nhất là án lệ Allen kiện Hounga, liên quan đến một phụ nữ Nigeria, đang làm giúp việc, sống trong nhà của NSDLĐ người Anh [247]. Để có được GPLĐ, do NSDLĐ xúi giục, người giúp việc đã cung cấp thông tin sai lệch (trong đó có một tên giả). Sau khi thị thực hết hạn, NLD vẫn ở lại Anh bất hợp pháp và tiếp tục làm việc cho vợ chồng NSDLĐ. Sau khi NLD bị sa thải, NLD đã khởi kiện chống lại việc sa thải và phân biệt đối xử về chủng tộc. Tòa án Anh cho rằng nếu HĐLĐ là bất hợp pháp (ví dụ, do NLD vào Anh làm việc đã vi phạm luật nhập cư), NLD đó có thể không được hưởng các quyền theo hợp đồng và theo luật định, do đó không thể khởi kiện về sa thải bất công. Tuy nhiên, hành vi nhập cư bất hợp pháp không ngăn chặn NLD khởi kiện về yêu cầu chống phân biệt chủng tộc do NSDLĐ đã biết rằng NLD đang làm việc bất hợp pháp. Tòa án đã chấp nhận yêu cầu về khởi kiện chống lại việc phân biệt đối xử.

Án lệ thứ hai là vụ án Kurumuth kiện Bệnh viện Đại học NHS Trust North Middlesex, là trường hợp Bệnh viện này đã sa thải một NLD nước ngoài khi GPLĐ hết

hạn [249]. Mặc dù NSDLĐ đã tiến hành các điều tra về tình trạng giấy phép nhập cư của NLD nhưng cả NLD và cơ quan biên giới của Anh (*UK Border Agency*) cũng chưa có câu trả lời thỏa đáng thì NSDLĐ đã lấy lý do đó để sa thải NLD. Tòa án Anh đã kết luận rằng lý do NSDLĐ đưa ra để sa thải NLD là không hợp lý và không công bằng, NSDLĐ phải tiến hành thu thập thêm các bằng chứng về tình trạng nhập cư của NLD nước ngoài trước khi ra quyết định sa thải. Như vậy, trong cả hai án lệ, mặc dù có bằng chứng cho thấy NLD nước ngoài làm việc bất hợp pháp nhưng những người nước ngoài này vẫn có quyền yêu cầu khiếu kiện những quyền lao động theo hợp đồng và theo luật định liên quan đến mình, với tư cách là NLD trong QHLD, nhưng hạn chế hơn so với NLD nước ngoài hợp pháp.

Tại Việt Nam, pháp luật Việt Nam có định nghĩa QHLD tại khoản 6, Điều 3 Bộ luật Lao động 2012 theo cách thức mô tả hình thức thể hiện quan hệ giữa các chủ thể trong QHLD. QHLD được thể hiện thông qua ba hoạt động là thuê mướn, sử dụng lao động và trả lương giữa NLD và NSDLĐ. Đây được coi là một dạng định nghĩa đơn giản, hình thức bởi vì việc xác định sự tồn tại QHLD giữa các bên phải căn cứ vào các dấu hiệu được quy định trong các điều luật khác như các quy định về quyền và nghĩa vụ của NLD và NSDLĐ. Trong QHLD, NLD có nghĩa vụ thực hiện công việc theo yêu cầu của NSDLĐ và có quyền nhận thù lao từ người đó (khoản 2 Điều 5 Bộ luật Lao động 2012); NSDLĐ có quyền quản lý đánh giá công việc do NLD tiến hành và trả thù lao cho công việc đó (Điều 6 Bộ luật Lao động 2012).

QHLD của NLD nước ngoài là một bộ phận của QHLD nói chung, là quan hệ xã hội hình thành trong quá trình sử dụng lao động theo sự thỏa thuận giữa NLD nước ngoài với NSDLĐ. Theo đó, một bên là NLD nước ngoài cam kết hoàn thành một loại công việc, thực hiện đầy đủ nội quy lao động và các quy định khác trong quá trình lao động và bên kia là NSDLĐ, có nghĩa vụ giao việc cho NLD nước ngoài như đã cam kết, trả lương theo năng suất, chất lượng, hiệu quả, đảm bảo các điều kiện làm việc an toàn, vệ sinh và thực hiện các nghĩa vụ khác do pháp luật quy định. Hai bên phải gặp gỡ để thiết lập QHLD dựa trên nguyên tắc cùng nhau thương lượng, tôn trọng, hợp tác và tự nguyện; kết quả của quá trình thương lượng đó HLDĐ được ký kết. Trong QHLD, NLD đặt hoạt động của mình dưới sự quản lý điều hành của NSDLĐ, chịu sự phân công công việc, chấp hành các quy định về hoạt động lao động mà NSDLĐ đề ra.

Như vậy, từ những phân tích luật thực định và lý luận về QHLD nêu trên, tác giả luận án đề xuất xây dựng khái niệm QHLD của NLD nước ngoài tại Việt Nam là “*quan hệ lao động phát sinh giữa người lao động nước ngoài và người sử dụng lao động. Trong đó, NLD nước ngoài được thuê mướn, thực hiện công việc dưới sự quản lý, điều hành của NSDLĐ để được trả lương.*”

Khái niệm trên được xây dựng dựa trên ba dấu hiệu cơ bản của QHLD và là căn cứ để phân biệt với các quan hệ xã hội khác là:

- Về chủ thể của QHLD: NLD và NSDLĐ;
- Về khách thể của QHLD: các bên trong QHLD sẽ thiết lập quan hệ vì nhu cầu thuê mướn và sử dụng sức lao động;
- Về mối quan hệ pháp lý giữa các bên: NLD có sự phụ thuộc về pháp lý và sự phụ thuộc về kinh tế trong việc thực hiện công việc cho NSDLĐ. Mức độ phụ thuộc được xác định như thế nào phụ thuộc vào quy định pháp luật từng quốc gia và tính chất công việc mà các bên thực hiện.

Khái niệm được xây dựng tương đồng với quan điểm của pháp luật các quốc gia trên thế giới và các điều ước quốc tế về lao động di trú là không đưa vào các điều kiện của NLD nước ngoài làm việc hợp pháp là cơ sở để xác định QHLD giữa NLD nước ngoài và NSDLĐ. Trong trường hợp NLD nước ngoài làm việc bất hợp pháp nhưng quan hệ giữa các bên là quan hệ mua bán sức lao động để nhằm hưởng lương thì vẫn được coi là QHLD. Việc giải quyết hệ quả của QHLD bất hợp pháp sẽ khác nhau, tùy thuộc vào hệ thống pháp luật của từng quốc gia.

#### *2.1.2.2. Đặc trưng của quan hệ lao động của người lao động nước ngoài*

QHLD của NLD nước ngoài có các đặc điểm chung của QHLD thông thường. Bên cạnh đó, QHLD của NLD nước ngoài còn có các đặc điểm riêng để phân biệt với QHLD thông thường – là QHLD của NLD và NSDLĐ cùng mang quốc tịch của nước sở tại, nước mà họ đang cư trú hoặc đang thực hiện công việc như sau:

*Thứ nhất, về chủ thể của quan hệ lao động: người lao động nước ngoài và người sử dụng lao động tại quốc gia sở tại.*

NLD nước ngoài là những NLD không mang quốc tịch của quốc gia nơi họ sẽ hoặc đang làm việc, có thể là công dân mang quốc tịch nước ngoài hoặc người không quốc tịch. NSDLĐ là các cá nhân hoặc pháp nhân hoạt động trên lãnh thổ nơi NLD di trú đến làm việc được Nhà nước của quốc gia đó cho phép tuyển dụng lao động nước ngoài. NSDLĐ có thể là pháp nhân của quốc gia sở tại hoặc pháp nhân nước ngoài hoạt động trên lãnh thổ quốc gia đó. Ví dụ như doanh nghiệp nước ngoài hoạt động trên lãnh thổ quốc gia sở tại thường thông qua các đơn vị hiện diện thương mại của mình là các văn phòng đại diện hoặc chi nhánh của doanh nghiệp đó, được coi là đại diện của pháp nhân nước ngoài tại quốc gia sở tại.

Như vậy, chủ thể của QHLD của NLD nước ngoài là chủ thể có yếu tố nước ngoài do một trong các bên chủ thể là người nước ngoài. Đặc điểm này làm cho QHLD của NLD nước ngoài trở thành đối tượng điều chỉnh của ngành luật Tư pháp quốc tế và được áp

dụng các quy phạm pháp luật của Tư pháp quốc tế như quy phạm xung đột và quy phạm thực chất.

*Thứ hai, về khách thể của quan hệ lao động của người lao động nước ngoài:* Khách thể của QHLD của NLD nước ngoài cũng giống như các QHLD nói chung, chính là sức lao động của NLD; trong đó NLD mong muốn chuyển giao sức lao động của mình thông qua việc thực hiện công việc cho NSDLĐ để hưởng lương. Sự khác biệt giữa hoạt động chuyển giao sức lao động thông thường - giữa NSDLĐ và NLD của nước sở tại - và hoạt động chuyển giao sức lao động giữa NSDLĐ và NLD nước ngoài là đặc điểm về tiền lương của NLD nước ngoài chịu sự ảnh hưởng của thị trường lao động quốc tế về tiền lương, và ảnh hưởng của quá trình phân công lao động quốc tế.

Thị trường lao động quốc tế hình thành khi mà nhu cầu và sự cung ứng lao động của các quốc gia tương tác lẫn nhau. Các quốc gia đang phát triển thì xảy ra hiện tượng già hóa dân số cần kiểm soát còn các quốc gia phát triển thì đang phải đối mặt với hiện tượng già hóa dân số làm cho lượng lao động giảm. Từ đó làm xuất hiện dòng dịch chuyển lao động từ các quốc gia đang phát triển sang các quốc gia phát triển. Ngược lại, khi các quốc gia đang phát triển thực hiện quá trình hội nhập kinh tế, mở cửa thị trường, tiếp nhận vốn đầu tư nước ngoài của các công ty đa quốc gia nhưng khả năng cung ứng lao động chuyên môn cao của những quốc gia này còn hạn chế. Từ đó làm xuất hiện dòng dịch chuyển lao động nước ngoài chuyên môn cao từ các quốc gia phát triển sang các quốc gia đang phát triển. Kết quả là, lược lượng lao động của mỗi quốc gia trở thành một bộ phận của thị trường lao động quốc tế. Sự tương tác giữa cung và cầu lao động sẽ ảnh hưởng đến việc làm và tiền lương của NLD nước ngoài. Khả năng NLD nước ngoài tìm được việc làm cao hay thấp phụ thuộc vào sự hạn chế bởi nguồn cung của NLD của nước sở tại đến lĩnh vực đó. Do đó, dẫn đến hiện tượng NLD nước ngoài chủ yếu thực hiện các công việc có sự thiếu hụt NLD của nước sở tại. Mức lương của NLD nước ngoài có sự tác động qua lại bởi sự so sánh giữa mức lương của các công việc tương đương được thực hiện tại quốc gia mà họ mang quốc tịch và khả năng chi trả của NSDLĐ của nước sở tại. Do đó, NLD nước ngoài thường có xu hướng đến làm việc tại quốc gia mà họ sẽ nhận được mức lương cao hơn tại quốc gia mà họ mang quốc tịch hoặc mức lương không cao hơn nhưng lại có cơ hội việc làm tốt hơn [199, tr. 18].

Như vậy, dưới góc độ pháp lý, khách thể của QHLD của NLD nước ngoài cũng giống như khách thể của QHLD nói chung, là sức lao động của NLD. Điểm khác nhau là giá cả sức lao động của NLD nước ngoài có sự tác động bởi quan hệ giữa cung và cầu trên thị trường lao động quốc tế, thể hiện bởi mức độ thiếu hụt nguồn cung của NLD của nước sở tại và khả năng kinh tế chi trả tiền lương của NSDLĐ của nước sở tại.

*Thứ ba, về căn cứ pháp lý phát sinh quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ lao động của người lao động nước ngoài*

Hầu hết pháp luật của các quốc gia trên thế giới đều quy định các bên trong QHLD khi xác lập các quyền và nghĩa vụ phải dựa trên cơ sở của HĐLĐ nên căn cứ phát sinh, thay đổi, thực hiện, chấm dứt QHLD của NLĐ phải được xác định dựa trên căn cứ phát sinh, thay đổi, thực hiện, chấm dứt HĐLĐ của NLĐ nước ngoài. Các căn cứ phát sinh, thay đổi, thực hiện, chấm dứt HĐLĐ của NLĐ nước ngoài được thường được xác định dựa trên căn cứ phát sinh, thay đổi, thực hiện, chấm dứt HĐLĐ thông thường. Ví dụ như QHLD phát sinh kể từ thời điểm HĐLĐ của NLĐ nước ngoài được ký kết, QHLD được thực hiện kể từ thời điểm HĐLĐ của NLĐ nước ngoài có hiệu lực, căn cứ QHLD chấm dứt kể từ thời điểm HĐLĐ của NLĐ nước ngoài bị chấm dứt hiệu lực theo các trường hợp theo pháp luật quy định. Tuy nhiên, do QHLD của NLĐ nước ngoài là đối tượng điều chỉnh của ngành luật Tư pháp quốc tế, nên các căn cứ phát sinh, thay đổi, thực hiện, chấm dứt HĐLĐ của NLĐ nước ngoài có thể bị điều chỉnh bởi các quy định về xác định pháp luật điều chỉnh HĐLĐ hoặc QHLD có yếu tố nước ngoài (quy phạm xung đột của Tư pháp quốc tế) và một số quy định dành riêng cho ký kết, thực hiện, chấm dứt HĐLĐ của NLĐ nước ngoài như thời hạn HĐLĐ, số lần được phép ký kết HĐLĐ, thời gian làm việc tối đa, ... (quy phạm thực chất của Tư pháp quốc tế).

Tóm lại, về bản chất, QHLD của NLĐ nước ngoài mang các đặc điểm của QHLD thông thường, là mối quan hệ giữa NLĐ và NSDLĐ trong quá trình thuê mướn và sử dụng sức lao động của NLĐ để hưởng lương, có căn cứ phát sinh, thay đổi, thực hiện, chấm dứt theo căn cứ phát sinh, thay đổi, thực hiện, chấm dứt của HĐLĐ. Đặc trưng phân biệt giữa QHLD của NLĐ nước ngoài với QHLD thông thường là dấu hiệu chủ thể có yếu tố nước ngoài, một trong các bên chủ thể là người nước ngoài. Đặc điểm này làm cho QHLD của NLĐ nước ngoài là đối tượng điều chỉnh của ngành luật Lao động và ngành luật Tư pháp quốc tế.

## **2.2. Những vấn đề lý luận cơ bản về pháp luật điều chỉnh quan hệ lao động của người lao động nước ngoài**

### **2.2.1. Vai trò của pháp luật điều chỉnh quan hệ lao động của người lao động nước ngoài trong bối cảnh hội nhập kinh tế quốc tế**

*Thứ nhất, pháp luật điều chỉnh quan hệ lao động của người lao động nước ngoài tạo cơ sở pháp lý để các bên thiết lập và thực hiện quan hệ lao động hợp pháp.*

Dưới góc độ thuê mướn và sử dụng lao động, NSDLĐ tại quốc gia sở tại có nhu cầu sử dụng NLĐ nước ngoài khi xuất hiện hiện tượng thiếu hụt nguồn cung lao động trong thị trường lao động của quốc gia sở tại. Sự thiếu hụt NLĐ của nước sở tại trong một

số lĩnh vực của thị trường lao động có thể do các nguyên nhân xuất phát từ năng lực NLD chưa đáp ứng được yêu cầu hoặc do chính NLD của nước sở tại không muốn làm những công việc 3D – thuật ngữ dùng để chỉ những công việc có tính chất nguy hiểm, bẩn thỉu, khó khăn. Việc bù đắp sự thiếu hụt của thị trường lao động của việc thuê mướn, sử dụng NLD nước ngoài thể hiện tại các vấn đề sau:

- Sự hiện diện của NLD nước ngoài bảo vệ hoặc tạo ra việc làm và tăng lương cho một số dạng NLD của nước sở tại. Sự thiếu hụt lao động có thể làm biến mất một số dạng công việc trong một số lĩnh vực như nông nghiệp, hóa chất. Sự cung ứng của NLD nước ngoài sẽ giúp giữ lại việc làm trong những lĩnh vực đó, tăng lương cho những NLD của nước sở tại làm quản lý;

- Việc làm của NLD nước ngoài làm giảm chi phí của hàng hoá và dịch vụ phi thương mại như trong xây dựng và y tế. Đặc thù chung của dịch vụ xây dựng và y tế phi thương mại là chi phí đầu tư cho cơ sở vật chất chiếm tới 80% chi phí dịch vụ nhưng rất khó để giảm những chi phí này. Bằng cách cho phép sử dụng bác sĩ nước ngoài hoặc kỹ sư, công nhân xây dựng nước ngoài sẽ làm giảm chi phí lao động, tạo cơ hội đầu tư nhiều hơn cho máy móc thiết bị mà không làm tăng chi phí chung của toàn xã hội cho các dịch vụ này;

- NLD nước ngoài sẽ làm các công việc mà NLD nước sở tại không muốn tham gia như những công việc 3-D (*dirty, dangerous, difficult* – bẩn thỉu, nguy hiểm, khó khăn). Việc thực hiện các công việc 3-D không thể thiếu cho sự tồn tại của một xã hội nhưng khi kinh tế càng phát triển NLD nước sở tại càng muốn tránh những công việc dạng này. Thay vì tăng lương cho những NLD nước sở tại làm việc tại các khu vực đó để thu hút thêm NLD nước sở tại tham gia vào thực hiện các công việc 3-D thì cho phép thay thế bằng lực lượng lao động nước ngoài sẽ tạo điều kiện cho NLD nước sở tại chuyển sang các công việc cần nhiều kỹ năng hơn. Từ đó, có lợi hơn cho nền kinh tế của quốc gia đó;

- Có thể mất thời gian để đào tạo NLD nước sở tại thực hiện các công việc trong các ngành nghề phát triển nhanh như công nghệ tin học, hóa học, dược phẩm, ... trong khi NLD nước ngoài có kỹ năng cần thiết để sử dụng ngay lập tức. Đây được coi là giải pháp tạm thời áp dụng khi NLD nước sở tại không đáp ứng được yêu cầu [163, tr. 34-38].

Để đáp ứng nhu cầu của NSDLĐ nói riêng và nhu cầu phát triển nền kinh tế nói chung các quốc gia thường cho phép NSDLĐ được phép tuyển dụng NLD nước ngoài thông qua việc xây dựng và áp dụng các quy định điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài. Các quy định này sẽ cụ thể hóa các vấn đề về thiết lập, thực hiện, duy trì hoặc chấm dứt QHLD giữa hai bên. Khác với hoạt động thiết lập QHLD với NLD nước sở tại, việc tuyển

dụng NLD nước ngoài là hoạt động có điều kiện, được giới hạn bởi các điều kiện tuyển dụng. Đây là những yêu cầu đặt ra nhằm hạn chế số lượng NLD nước ngoài làm việc tại một quốc gia. Ngoài ra, trong quá trình duy trì, thực hiện hoặc chấm dứt QHLD giữa hai bên, NLD nước ngoài có thể phải thực hiện theo các quy định áp dụng chung cho cả NLD của nước sở tại và quy định áp dụng riêng cho NLD nước ngoài.

Pháp luật của quốc gia thường có sự phân biệt giữa NLD nước ngoài phổ thông và NLD nước ngoài có kỹ năng. NLD nước ngoài phổ thông thường chỉ nhận được quy chế cư trú có thời hạn (tạm trú), đôi khi còn hạn chế NLD nước ngoài đến từ một số quốc gia nhất định. Tại một số quốc gia, đôi khi vì mục tiêu kinh tế, người ta lờ đi những NLD nước ngoài bất hợp pháp trong thời kỳ tăng trưởng kinh tế, sau đó tìm cách trục xuất hàng loạt do kinh tế suy giảm. Nhưng khi số lượng NLD nước ngoài giảm mạnh do những quy định hạn chế, gây ảnh hưởng đến sự cung ứng lao động cho nền kinh tế, Nhà nước lại phải trì hoãn thực hiện các quy định đó. Thái Lan là một ví dụ: các quy định của Thái Lan đối với NLD phổ thông bất hợp pháp là khá khoan dung, nhất là trong giai đoạn bùng nổ kinh tế [173]. NSDLĐ có thể thuê khách du lịch, sinh viên, người tị nạn, thực tập sinh để thỏa mãn nhu cầu lao động. Sau đó, Thái Lan đã có các quy định nhằm hợp pháp hóa NLD bất hợp pháp, ví dụ như các đợt ân xá dành cho lao NLD bất hợp pháp đến từ các quốc gia như Campuchia, Lào và Myanmar được làm một số công việc nhất định mà người bản địa không muốn làm. Lợi ích của việc hợp pháp hóa NLD bất hợp pháp là tăng thu nhập quốc gia đến từ thuế và đóng góp xã hội từ nhóm NLD này. Nhưng các quy định này sẽ phản tác dụng khi khuyến khích NLD nước ngoài tiếp tục làm lao động bất hợp pháp tại Thái Lan. Chính vì vậy, từ năm 2017, Thái Lan tuyên bố áp dụng quy định mới về quản lý NLD nhập cư, trong đó tăng mức phạt NLD và NSDLĐ vi phạm quy định về quản lý NLD nước ngoài lên từ 5 đến 40 lần. Quy định mới đã khiến phần lớn NLD nước ngoài lựa chọn hồi hương, gây nên hiện tượng thiếu hụt NLD phổ thông. Kết quả là, Thái Lan đã phải hoãn thi hành quy định mới trong vòng 120 ngày vì lợi ích kinh tế trước mắt.

*Thứ hai, pháp luật điều chỉnh quan hệ lao động của người lao động nước ngoài tạo cơ sở pháp lý để bảo vệ quyền của NLD nước ngoài trong QHLD.*

Nhu cầu bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của NLD nước ngoài xuất phát từ thực tiễn khi làm việc ở nước ngoài, NLD phải đối mặt với nhiều nguy cơ và rủi ro. Một số nguy cơ và khó khăn chính đối với một NLD nước ngoài tại quốc gia tiếp nhận lao động có thể liệt kê là:

- Không được NSDLĐ trả lương hoặc không được trả lương theo đúng thỏa thuận trong hợp đồng. Thiếu những bảo đảm về an toàn và vệ sinh lao động dẫn đến tình trạng tỷ lệ bị tai nạn lao động và bệnh nghề nghiệp cao;

- Phải sống trong điều kiện thiếu vệ sinh khiến sức khỏe giảm sút và bị mắc bệnh tật;

- Bị hành hạ và lạm dụng, kể cả lạm dụng tình dục, đặc biệt là với NLD nữ làm việc trong các ngành nghề nhạy cảm như trong các cơ sở giải trí hoặc giúp việc trong gia đình;

- Phải trả phí tuyển dụng cao cả ở nước mình và nước sở tại, dẫn đến những khoản nợ đáng kể cho NLD và làm gia đình họ trở lên bần cùng do NLD không thể gửi thu nhập đầy đủ về cho gia đình;

- HĐLĐ bị NSDLĐ đơn phương thay đổi nhưng NLD vẫn phải bồi thường cho cơ quan tuyển dụng lao động hoặc bị cáo buộc là “vi phạm HĐLĐ” nếu như vì việc đó mà họ từ bỏ công việc;

- Hộ chiếu và giấy tờ tùy thân thường bị NSDLĐ thu giữ;

- Nguy cơ NLD bị buộc trở thành NLD nước ngoài làm việc tại nước sở tại mà không có GPLĐ, làm cho họ không được bảo vệ trước pháp luật. Họ bị bỏ rơi khiến cho các quyền chính đáng của họ không được bảo vệ hoặc bảo vệ không đầy đủ và hiệu quả [156, tr. 12].

Ngoài những yếu tố kể trên, khi đã quyết định làm việc ở nước ngoài có nghĩa là NLD phải xa gia đình, bạn bè, cộng đồng, phải làm quen với những người xa lạ, những phong tục, tập quán, quy định pháp luật mới. Tất cả những thứ đó đều có thể tiềm ẩn những xung đột, mâu thuẫn mà NLD chưa chắc đã có thể biết trước và giải quyết chúng một cách hài hòa, tốt đẹp. Thêm vào đó, do nhiều NLD khi ra nước ngoài làm việc đã mang theo hoặc lập gia đình tại nước sở tại nên những vấn đề của NLD nước ngoài không chỉ là việc của riêng họ mà còn gắn với những thành viên trong gia đình họ. Đó là một loạt các vấn đề như: giáo dục, y tế, nhà ở, bảo vệ, hòa nhập và chăm sóc trẻ em và các thành viên của gia đình NLD di trú. Tuy nhiên, xét theo xu thế của sự phát triển, thực trạng và những đóng góp của NLD nước ngoài cho cả nước gốc và nước tiếp nhận lao động, cần phải tiếp tục xây dựng các cơ chế pháp lý bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của họ.

Như vậy, NLD nước ngoài khi làm việc tại quốc gia sở tại sẽ có tác động hai chiều tích cực và tiêu cực đến sự phát triển của nền kinh tế của mỗi quốc gia. Điều này bắt buộc nhà nước phải có sự điều chỉnh bằng pháp luật. Việc xây dựng các quy định điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài là tất yếu, tạo cơ sở pháp lý để các bên thiết lập và thực hiện QHLD hợp pháp, quan đó bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của NLD nước ngoài trong QHLD.

Dưới góc độ bảo vệ quyền của NLD nước ngoài trong QHLD, hiện nay đã có rất

nhiều nỗ lực của các quốc gia ở cấp đa phương toàn cầu, khu vực và song phương để cùng nhau giải quyết vấn đề này. Để có thể đối thoại với nhau, các quốc gia phải có một nền tảng các quy ước, tiêu chuẩn cho các chính sách, quy định trong lĩnh vực lao động quốc tế. Quá trình hợp tác quốc tế xây dựng khung pháp lý bảo vệ quyền của NLD nước ngoài – với tư cách là NLD di trú là quá trình cân bằng lợi ích của nước gửi lao động và nước nhận lao động, lợi ích của NLD nước ngoài và NLD của quốc gia sở tại. Các điều ước quốc tế đa phương toàn cầu của ILO và UN đã được xây dựng với mục đích tăng cường bảo vệ quyền cơ bản của NLD nước ngoài bằng cách đưa ra các tiêu chuẩn và các nguyên tắc cơ bản khi đối xử với NLD di cư và gia đình họ, trong đó cốt yếu nhất là các quyền cơ bản của con người. Tuy nhiên, rào cản cho việc ký kết vào một khung pháp lý thống nhất là quan điểm khác nhau về tác động của NLD nước ngoài, nên tự do hay hạn chế dòng dịch chuyển lao động, các gánh nặng về hành chính và tài chính khi phải sửa đổi khung pháp luật quốc gia, khả năng can thiệp của quốc gia vào việc bảo vệ quyền của NLD di trú và giải quyết vấn nạn di trú bất hợp pháp. Chính vì vậy, số lượng quốc gia tham gia vào các Công ước của UN và ILO về bảo vệ NLD di trú là rất nhỏ so với số lượng quốc gia tiếp nhận NLD nước ngoài, đều dưới 50 quốc gia và đa phần là các quốc gia gửi lao động chứ không phải là các quốc gia nhận lao động.<sup>12</sup> Điều này có nghĩa là việc bảo vệ các quyền của NLD nước ngoài chủ yếu vẫn phải dựa trên hệ thống pháp luật của các quốc gia. Do quá trình hợp tác song phương và đa phương giữa các quốc gia, pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài tồn tại ở hai cấp độ, cấp độ quốc gia do mỗi quốc gia xây dựng theo chuẩn mực riêng của mình và cấp độ quốc tế gắn liền với các cơ chế do các tổ chức quốc tế liên chính phủ toàn cầu hoặc khu vực xây dựng. Tuy nhiên, trong lĩnh vực lao động, các quy định do quốc gia xây dựng, tuy xuất phát từ đặc điểm riêng của quốc gia mình, nhưng vẫn phải tuân thủ các chuẩn mực quốc tế. Sự khó khăn của các nhà hoạch định chính sách và xây dựng pháp luật trong bối cảnh toàn cầu hóa, hội nhập kinh tế quốc tế là làm sao để kiểm soát xây dựng được pháp luật điều chỉnh NLD nước ngoài và QHLD của NLD nước ngoài phù hợp nhưng không làm ảnh hưởng đến đầu tư, thương mại quốc tế của chính quốc gia đó.

## ***2.2.2. Các nguồn luật chủ yếu điều chỉnh quan hệ lao động của người lao động nước ngoài***

### ***2.2.2.1. Pháp luật quốc tế***

Hiện nay chưa có các điều ước quốc tế đa phương toàn cầu điều chỉnh trực tiếp

<sup>12</sup> Tính đến ngày 10/06/2012, Công ước số 97 của ILO có 49 quốc gia thành viên, Công ước số 149 của ILO có 23 quốc gia thành viên, Công ước ICRMW của UN có 46 thành viên, trong đó có 16 quốc gia đã ký nhưng chưa phê chuẩn Công ước. Xem: <http://picum.org/picum.org/uploads/attachement/Ratification%20doc.pdf>, truy cập ngày 1/1/2016

QHLD của NLD nước ngoài. Hệ thống các điều ước quốc tế đa phương toàn cầu có điều chỉnh liên quan đến QHLD của NLD nước ngoài chủ yếu tập trung vào lĩnh vực bảo vệ quyền của NLD di trú. Bởi vì, quá trình hợp tác quốc tế trong lĩnh vực lao động có điểm khác biệt so với quá trình hợp tác quốc tế về thương mại và hàng hoá. So với dòng vốn đầu tư và thương mại hàng hóa đã được tự do hóa đáng kể, vấn đề dịch chuyển lao động vẫn chưa có một cơ chế toàn cầu được thành lập để tạo điều kiện thuận lợi cho tự do di chuyển lao động quốc tế<sup>13</sup> [130].

Trong bốn thể thức cung cấp dịch vụ của thương mại quốc tế được quy định trong WTO và các hiệp định thương mại, chỉ có Phương thức 4 – hiện diện thể nhân và một phần Phương thức 3 – hiện diện thương mại là có liên quan đến lao động. Đối với Phương thức hiện diện thương mại, khi các thương nhân nước ngoài cung cấp dịch vụ thương mại sẽ dẫn đến việc một số lượng NLD nước ngoài nhất định sẽ đến làm việc tại quốc gia sở tại trong các hiện diện thương mại đó. Phương thức hiện diện thương mại dễ bị nhầm lẫn với việc mở cửa thị trường, tiếp nhận lao động nước ngoài. Trong Phương thức hiện diện thương mại, những NLD nước ngoài chỉ được tiếp nhận với lý do cung cấp dịch vụ thương mại, trong phạm vi thị trường dịch vụ còn đối với trường hợp mở cửa thị trường lao động thì NLD nước ngoài được phép vào quốc gia đó vì mục đích tìm việc làm hoặc thực hiện HĐLĐ. Ngoài ra, trong Phương thức hiện diện thương mại không có sự thỏa thuận về việc cung ứng lao động và không nhằm mục đích giải quyết nhu cầu lao động của nước xuất khẩu và nước nhập khẩu như trường hợp mở cửa thị trường, tiếp nhận NLD nước ngoài.

Đối với Phương thức hiện diện thể nhân<sup>14</sup> của GATS bị đánh giá là có tham vọng về quy mô nhưng còn có rất nhiều hạn chế [140]. Số lượng NLD dịch chuyển theo Phương thức 4 của WTO chiếm tỷ trọng khá khiêm tốn trong thị trường lao động quốc tế. Theo Mundial và Banco (2003), Phương thức 4 chỉ đóng góp ít hơn 2% tổng giá trị thương mại dịch vụ. Gần 40% các cam kết trong Phương thức 4 là dành cho di chuyển nội bộ trong công ty có liên quan đến đầu tư trực tiếp nước ngoài [130]. Sự hạn chế về mở cửa thị trường lao động trên phạm vi toàn cầu là do lao động vẫn được coi là một vấn đề nhạy cảm, đe dọa tới chủ quyền và an ninh quốc gia. Các thỏa thuận về tự do dịch chuyển lao động ở quy mô toàn cầu thiếu vắng quyết tâm chính trị từ cả nước tiếp nhận lao động và nước gửi lao động.

<sup>13</sup> Khi một cá nhân đi qua biên giới một nước vì mục đích làm việc, theo tương quan giữa thương mại – lao động, có hai dạng. Dạng thứ nhất là di chuyển lao động trên thị trường lao động – dịch chuyển nhằm mục đích tìm việc làm theo HĐLĐ. Dạng thứ hai là di chuyển thể nhân trên thị trường dịch vụ - dịch chuyển nhằm mục đích thực hiện các hợp đồng thương mại. WTO chỉ điều chỉnh thương mại dịch vụ và thương mại hàng hóa, nên chỉ điều chỉnh dạng di chuyển thể nhân, không điều chỉnh dịch chuyển trong thị trường lao động các nước. Hoạt động dịch chuyển trong thị trường lao động các nước được các tổ chức khác điều chỉnh như UN hoặc ILO dưới dạng bảo vệ quyền của NLD di trú.

<sup>14</sup> WTO đã đưa ra những tiêu chí nhất định để xác định những người thuộc diện di chuyển thể nhân, gồm có ba đối tượng chính là di chuyển nội bộ trong công ty, người chào bán dịch vụ và nhà cung ứng dịch vụ theo hợp đồng. Chủ thể di chuyển nội bộ trong công ty chủ yếu liên quan đến ba đối tượng là giám đốc điều hành, quản lý và chuyên gia.

Hệ thống điều ước quốc tế đa phương toàn cầu điều chỉnh vấn đề bảo vệ quyền của NLD di trú được tổ chức Liên hợp quốc (UN) và Tổ chức Lao động quốc tế (ILO) xây dựng một hệ thống khá toàn diện và cụ thể các tiêu chuẩn pháp lý.

*Các Công ước, Khuyến nghị trực tiếp của ILO bao gồm:* Công ước số 97 về di trú tìm việc làm (sửa đổi) năm 1949; Khuyến nghị chung số 86 về di trú tìm việc làm (sửa đổi) năm 1949; Công ước số 143 về người lao động di trú (các điều khoản bổ sung); Khuyến nghị chung số 151 về người lao động di trú năm 1975; Công ước số 118 về bình đẳng trong đối xử (an sinh xã hội) năm 1962; Công ước số 157 về duy trì các quyền an sinh xã hội năm 1982; Khuyến nghị chung số 167 về duy trì các quyền an sinh xã hội năm 1983.

*Các Công ước, Khuyến nghị khác có liên quan đến vấn đề lao động di trú của ILO:* Công ước số 29 về xóa bỏ lao động cưỡng bức năm 1930; Công ước số 87 về tự do lập hội và bảo vệ quyền được tổ chức năm 1948; Công ước số 98 về quyền được tổ chức và thỏa ước lao động tập thể năm 1949; Công ước số 100 về trả lương bình đẳng năm 1951; Công ước số 105 về xóa bỏ lao động cưỡng bức năm 1957; Công ước số 111 về chống phân biệt đối xử (việc làm và nghề nghiệp) năm 1958; Khuyến nghị chung số 111 về chống phân biệt đối xử (việc làm và nghề nghiệp) năm 1958; Công ước số 138 về tuổi lao động tối thiểu năm 1973; Công ước số 169 về các dân tộc thiểu số và bộ lạc năm 1989; Công ước số 181 về các cơ sở lao động tư nhân năm 1997; Công ước số 182 về xóa bỏ những hình thức lao động trẻ em tồi tệ nhất năm 1999.

*Các văn kiện của Liên hợp quốc có liên quan đến vấn đề lao động di trú:* Công ước quốc tế về bảo vệ quyền của người lao động di trú và thành viên gia đình họ năm 1990; Công ước quốc tế về xóa bỏ tất cả các hình thức phân biệt chủng tộc năm 1965; Công ước về xóa bỏ tất cả các hình thức phân biệt đối xử với phụ nữ năm 1966; Công ước quốc tế về quyền dân sự, chính trị, 1966; Công ước quốc tế về quyền kinh tế, xã hội, văn hóa năm 1966; Công ước về quyền trẻ em năm 1989; Nghị định thư về ngăn chặn, trừng trị việc buôn bán người, đặc biệt là buôn bán phụ nữ, trẻ em, bổ sung Công ước của Liên hợp quốc về chống tội phạm xuyên quốc gia năm 2000; Nghị định thư về chống buôn lậu người di cư qua đường bộ, đường biển, và đường không, bổ sung Công ước của Liên hợp quốc về chống tội phạm xuyên quốc gia năm 2000.

Nhìn chung các điều ước quốc tế trên tập trung vào ba khía cạnh cơ bản là:

- Quy định về quyền cơ bản của NLD và bảo vệ các quyền của NLD di trú (mà tiêu biểu là Công ước của Liên hợp quốc về quyền của NLD di trú và gia đình họ);

- Hỗ trợ việc làm và bảo vệ NLD di trú trong những hoàn cảnh bị ngược đãi (tiêu biểu là Công ước số 97, Công ước số 143 của ILO và một phần của Công ước UN về

quyền của người lao động di trú và gia đình họ);

- Ngăn chặn tình trạng buôn bán người (tiêu biểu là Nghị định thư về chống buôn bán người nhập cư bằng đường biển, đường bộ và đường hàng không bổ sung Công ước của Liên hợp quốc về chống tội phạm xuyên quốc gia).

Hiện nay trong các khu vực có diễn ra hoạt động hợp tác quốc tế về lao động, cũng chưa có các điều ước quốc tế đa phương khu vực riêng, trực tiếp điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài. Một số vấn đề có liên quan đến QHLD của NLD nước ngoài đã có các điều ước quốc tế đa phương khu vực hoặc các điều ước quốc tế song phương điều chỉnh như: vấn đề xác định pháp luật điều chỉnh hợp đồng lao động trong tư pháp quốc tế, vấn đề thúc đẩy tự do dịch chuyển lao động trong khu vực, vấn đề bảo vệ quyền của NLD di trú.

Trong khu vực Châu Mỹ, Bộ luật Bustamante – *Code Bustamante* (còn được gọi bằng tiếng Tây Ban Nha là *Código de Derecho Internacional Privado*) là một trong các điều ước quốc tế nhằm thiết lập các quy tắc chung cho Tư pháp quốc tế ở châu Mỹ.<sup>15</sup> Trong đó, Điều 197 và Điều 198 của Bộ luật Bustamante có điều chỉnh hai vấn đề liên quan đến lao động là cho thuê dịch vụ và tai nạn lao động<sup>16</sup>. Cũng trong khu vực này, Công ước về Luật Dân sự quốc tế được ký kết vào 12/2/1889 (*Treaty on International Civil Law of 1889*) có quốc gia thành viên là Argentina, Bolivia, Paraguay, Peru, Uruguay, Colombia, quy định về pháp luật áp dụng đối với người thực hiện dịch vụ tại Điều 34. Sau đó, Công ước này được sửa đổi bổ sung bằng Công ước về Luật Dân sự quốc tế được ký kết vào 19/3/1940 (có ba quốc gia là thành viên Argentina, Paraguay, Uruguay) giữ nguyên điều chỉnh đối với người thực hiện dịch vụ tại Điều 38. Đặc điểm chung của các điều ước quốc tế trong khu vực Châu Mỹ điều chỉnh QHLD là chỉ có các quy định trong lĩnh vực hẹp của QHLD, chưa có quy định trực tiếp điều chỉnh QHLD hoặc HĐLD.

Tuy nhiên, trong khu vực Châu Âu, chúng ta có quy định trực tiếp điều chỉnh HĐLD cá nhân tại Công ước Rome 1980 về luật áp dụng đối với nghĩa vụ hợp đồng. Công ước này đã được thay thế bởi Quy chế về Luật áp dụng đối với nghĩa vụ hợp đồng - *Regulation on the law applicable to contractual obligations (Regulation Rome I)* có hiệu lực kể từ 17/12/2009, sau đây được gọi là Quy chế Rome I. Quy chế này áp dụng cho tất cả các thành viên của Cộng đồng Châu Âu, ngoại trừ Hà Lan. Quy chế Rome được cho là không có sự khác biệt về cơ bản so với Công ước Rome 1980. Các

<sup>15</sup> Điều ước này có 437 điều khoản, được ký kết ngày 20/2/1928, với 15 quốc gia thành viên trong khu vực Châu Mỹ la tinh (Bolivia, Brazil, Chile, Costa Rica, Cuba, Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicaragua, Panama, Peru, Venezuela)

<sup>16</sup> Artículo 197. Es de orden público internacional, en el arrendamiento de servicios, la regla que impide concertarlos para toda la vida o por más de cierto tiempo.

Artículo 198. También es territorial la legislación sobre accidentes del trabajo y protección social del trabajador.

nguyên tắc cơ bản và mục đích xây dựng Quy chế Rome được giữ nguyên như trong Công ước Rome.

Quy chế Rome I điều chỉnh chọn luật áp dụng trong hợp đồng lao động cá nhân tại Điều 8 dựa trên 03 nguyên tắc là tôn trọng tự do ý chí của các bên, áp dụng linh hoạt trong trường hợp các bên không có sự lựa chọn và giới hạn tự do ý chí nhằm bảo vệ NLD. Luật áp dụng đối với hợp đồng lao động sẽ do các bên thỏa thuận theo nguyên tắc quy định tại Điều 3 của Quy chế. Sự thỏa thuận phải được thể hiện rõ ràng bằng các điều khoản của hợp đồng hoặc qua các tình tiết của vụ án. Sự thỏa thuận của các bên không được ảnh hưởng đến lợi ích của NLD.

Bên cạnh các quy định của Tư pháp quốc tế, tại các khu vực đang diễn ra quá trình thúc đẩy tự do dịch chuyển lao động như Liên minh Châu Âu, Cộng đồng các quốc gia Caribe, Cộng đồng các quốc gia Đông Nam Á. Khu vực Caribe và Đông Nam Á chỉ cho phép tự do dịch chuyển lao động kỹ thuật cao. Các thỏa thuận về tự do dịch chuyển lao động trong khu vực mở cửa thị trường lao động của các quốc gia, trên cơ sở đó các quốc gia quy định các điều kiện liên quan đến QHLD của NLD nước ngoài phù hợp với các cam kết trong các thỏa thuận mở cửa thị trường này. Các khu vực đề ra tiêu chuẩn đối với NLD nước ngoài dành riêng cho khu vực đó như EU, ASEAN. Trong EU, NLD là công dân của một nước thành viên EU sẽ được hưởng quy chế về tự do di chuyển trong nội khối<sup>17</sup>. Theo Quyết định 68/360 để thực hiện các quy định của Hiệp ước về chức năng của Cộng đồng Châu Âu về tự do dịch chuyển của NLD sẽ đảm bảo NLD và gia đình của họ có quyền rời khỏi đất nước của họ và nhập cảnh vào bất kỳ một nước thành viên khác để có thể tìm kiếm một việc làm. NLD phải xuất trình chứng minh thư hoặc hộ chiếu, nhưng không đòi hỏi thị thực xuất cảnh, nhập cảnh. Trong khu vực ASEAN, các Thỏa thuận công nhận lẫn nhau (Mutual Recognition Arrangements – MRAs) là những công cụ chính để di chuyển lao động trong khuôn khổ AEC. Những thỏa thuận này giúp những NLD có kỹ năng hoặc kinh nghiệm phù hợp để được chứng nhận và làm việc ở nước ngoài.<sup>18</sup>

Ở cấp độ song phương, các quốc gia có thể ký kết với nhau các loại hiệp định hợp tác lao động. Các điều ước quốc tế song phương là một giải pháp linh hoạt để điều tiết linh hoạt số lượng NLD nước ngoài dựa trên lợi ích chiến lược và các mối quan hệ văn hóa lịch sử. Do nguồn cung lao động phổ thông thường là dư thừa nên các nước tiếp nhận lao động sẽ có khả năng lựa chọn thị trường lao động tại các quốc gia phù hợp về văn hóa hoặc chính trị, để ký các Hiệp định song phương về lao động. Tuy nhiên, hiệu lực của các

<sup>17</sup> Điều 39 của Hiệp ước về chức năng của Cộng đồng Châu Âu cho phép NLD không có vấn đề gì về nghề nghiệp, chấp nhận đề nghị làm việc và ở lại bất kỳ quốc gia thành viên nào để thực hiện công việc đó.

<sup>18</sup> Đến nay đã có thỏa thuận trong 8 lĩnh vực ngành nghề: Dịch vụ kỹ thuật (12/2005); dịch vụ điều dưỡng (12/2006); Dịch vụ kiến trúc, dịch vụ khảo sát (11/2007); hành nghề y, hành nghề nha khoa và dịch vụ kế toán (2/2009); hành nghề du lịch (11/2012).

thỏa thuận song phương thường ngắn, khoảng 3 năm được thỏa thuận và ký kết lại để phù hợp với chính sách lao động mới của quốc gia tiếp nhận lao động.<sup>19</sup> Các Hiệp định song phương về lao động thường được ký kết giữa nước gửi và nước nhận lao động, nhưng cũng có những trường hợp được ký kết giữa hai nước gửi lao động, thường được ký kết giữa các quốc gia có chung biên giới như Hiệp định hợp tác lao động Philippines và Indonesia, Hiệp định hợp tác lao động giữa Lào và Campuchia, Hiệp định hợp tác lao động giữa Lào và Việt Nam.

Những quốc gia tiếp nhận NLD nước ngoài ký kết các thỏa thuận lao động song phương với quốc gia gửi lao động với hai lý do chính: (i) bình thường hóa tình trạng hiện tại với một nước đưa lao động đi thông qua việc điều tiết dòng lao động bất hợp pháp và tổ chức lại dòng lao động này; (ii) khuyến khích các kênh tuyển dụng với các dạng lao động có nhu cầu cao. Khi nhu cầu đối với những dạng lao động nước ngoài nhất định của nước nhận lao động thay đổi thì sẽ làm thay đổi việc thực hiện các thỏa thuận này<sup>20</sup>[288]. Bên cạnh đó, các hiệp định hợp tác lao động có thể bao gồm các quy định điều chỉnh quyền và nghĩa vụ của NLD và NSDLĐ như quy định về HĐLĐ, nghĩa vụ chi trả chi phí hồi hương NLD hoặc hợp tác cùng giải quyết vấn nạn NLD nước ngoài bất hợp pháp.

#### 2.2.2.2. *Pháp luật quốc gia*

##### *Hệ thống văn bản pháp luật do quốc gia ban hành*

Mỗi quốc gia tùy vào lợi ích của quốc gia mình có các cách khác nhau để xây dựng các quy phạm pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài. Một số nước tập trung các quy định trong một bộ luật thống nhất như Malaxia (Luật Nhập cư và các quy định của Malaxia về quản lý NLD nước ngoài và người tạm trú nước ngoài) hay Hàn Quốc (Luật cấp phép lao động đối với lao động nước ngoài Hàn Quốc), một số nước thì các quy định nằm rải rác ở nhiều văn bản pháp luật khác nhau như Nhật Bản (các văn bản điều chỉnh nằm trong Luật số 65 về Quản lý Xuất nhập cảnh và Công nhận người tỵ nạn ngày 04/06/2003; Luật về Tiêu chuẩn lao động, Luật Bảo vệ An toàn và Sức khỏe trong Lao động...), Đài Loan (các văn bản có liên quan tồn tại ở Luật Tiêu chuẩn Lao động Đài Loan ban hành ngày 01/08/1984; Luật Dịch vụ việc làm ban hành ngày 05/05/2002; Luật Giải quyết tranh chấp Lao động Đài Loan ban hành ngày 09/06/1928; ...).

Dưới góc độ Tư pháp quốc tế, một số quốc gia trên thế giới có ban hành quy định

<sup>19</sup> Ví dụ Malaysia đã ký kết Hiệp định lao động với các quốc gia như Bangladesh, Trung Quốc, Indonesia, Pakistan, Sri Lanka, Thái Lan, Việt Nam. Thái Lan đã ký kết Hiệp định hợp tác lao động với một số quốc gia láng giềng như Campuchia, Lào, Myanmar, Việt Nam. Hàn Quốc đã ký kết Hiệp định hợp tác lao động song phương với các quốc gia trong Hệ thống cấp phép việc làm để hợp tác giảm lao động nước ngoài bất hợp pháp đến từ các quốc gia Việt Nam, Indonesia, Mông Cổ, Philippines, Sri Lanka, Thái Lan.

<sup>20</sup> Ví dụ trong Hiệp định hợp tác hộ lý giữa Anh và Philippines là Hiệp định tạo điều kiện cho y tá và điều dưỡng Philippines đến Anh làm việc, nhưng khi nghề hộ lý bị bỏ ra khỏi danh mục nghề nghiệp thiếu hụt tại Anh vào tháng 8/2008 vừa qua đã làm sụt giảm số lượng NLD hộ lý được tuyển dụng từ Philippines.

điều chỉnh xác định pháp luật áp dụng cho QHLD có yếu tố nước ngoài sẽ được áp dụng cho QHLD của NLD nước ngoài như Albania (Điều 20 Luật số 3920 ngày 21/11/1964); Austria (Phần 44 Luật liên bang ngày 15/6/1978); Liên bang Đức (Điều 27 Luật Xác định pháp luật áp dụng ngày 5/12/1975); Kuwait (Điều 62 Luật số 5 năm 1961 về luật áp dụng cho quan hệ có yếu tố nước ngoài, Phần Lan (Điều 32 Luật Tư pháp quốc tế ngày 12/11/1965); Tây Ban Nha (Điều 10(6) BLDS 1974). Một số quốc gia không có quy định về pháp luật áp dụng cho QHLD có yếu tố nước ngoài nhưng có quy định điều chỉnh pháp luật áp dụng cho hợp đồng, trong đó bao gồm cả hợp đồng lao động. Ví dụ như tại Italy (Tòa án Phúc thẩm Italy đã áp dụng Điều 25 BLDS năm 1942 cho HĐLD của NLD nước ngoài); Argentina (Điều 1205 đến Điều 1210 BLDS), Brazil (Điều 9 BLDS).

Vai trò của án lệ phụ thuộc vào quan điểm của từng quốc gia. Đối với các quốc gia theo hệ thống pháp luật Common Law, án lệ được hiểu là các bản án của tòa án cấp cao hơn có giá trị ràng buộc với các tòa án cấp dưới. Đối với các quốc gia theo hệ thống pháp luật Civil Law, các bản án của tòa án cấp cao có là nguồn luật tham khảo có giá trị đối với tòa án cấp dưới [234]. Trong hệ thống các nước Common Law, vai trò và nguyên tắc xác định giá trị án lệ cũng phụ thuộc vào hệ thống pháp luật của quốc gia đó. Ví dụ, tại Australia, chỉ có các bản án của tòa án tối cao của mỗi bang mới có thể trở thành án lệ.<sup>21</sup> Án lệ không chỉ giới hạn đối với các phán quyết của tòa án cấp cao trong nước Úc. Các phán quyết bởi các tòa tương đương của Anh và của New Zealand thường được viện dẫn bởi các luật sư như là các tài liệu từ đó án lệ được phát hiện. Phán quyết của tòa án cấp cao của Canada, tòa án cấp cao của Mỹ cũng có thể được sử dụng như là án lệ. Tuy nhiên, không phải tất cả phán quyết của tòa cấp cao đều tạo nên án lệ. Phán quyết của tòa cấp cao được xem xét bởi các chuyên gia pháp lý nhiều kinh nghiệm để xác định liệu nó có nên xuất bản để góp phần phát triển án lệ hay không. Những phán quyết này sẽ được ấn hành trong hàng loạt cuốn sách với tên gọi “Hồ sơ tòa án” (*Law Reports*). “Hồ sơ tòa án” đã tồn tại trong rất nhiều thế kỷ, sớm nhất đó là “Sách thường niên” (the Year Books) dưới thời Vua Edward II (năm 1290) [183].

Các án lệ được coi là nguồn luật bổ sung quan trọng cho pháp luật điều chỉnh quan hệ lao động của người lao động nước ngoài. Nguyên nhân đầu tiên xuất phát từ vai trò của án lệ tạo ra những nguyên lý, tư tưởng hình thành nên phán quyết của tòa án. Những nguyên lý này có thể được hình thành từ rất lâu đời hoặc là tư tưởng mới được hình thành bổ sung cho việc giải thích và áp dụng pháp luật. Trong bối cảnh số lượng các quy phạm

<sup>21</sup> Tòa tối cao của Lãnh thổ Thủ đô Úc và tòa tối cao của Lãnh thổ phía Bắc (Úc có 6 Bang - New South Wales, Queensland, Nam Úc, Tasmania, Victoria và Tây Úc và 2 vùng lãnh thổ chính là Lãnh thổ phía Bắc và Lãnh thổ Thủ đô Úc), tòa án Liên Bang (the Federal Court), tòa án gia đình (the Family Court), tòa lao động (the Industrial Relations Court) và tòa án cao cấp thẩm quyền chung Úc (the High Court of Australia).

pháp luật Lao động và Tư pháp quốc tế điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài còn hạn chế thì các án lệ sẽ là nguồn tham khảo có giá trị đối với tòa án. Nguyên nhân thứ hai là bản thân quy định điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài cho phép tòa án vận dụng giải thích áp dụng vào từng trường cụ thể. Ví dụ như quy định về xác định pháp luật điều chỉnh HĐLĐ của NLD nước ngoài trong trường hợp các bên không có thỏa thuận lựa chọn áp dụng pháp luật trong HĐLĐ thì tòa án sẽ áp dụng pháp luật của nước có mối liên hệ chặt chẽ nhất đối với HĐLĐ đó (*closest connection*). Việc xác định đâu là pháp luật của nước có mối liên hệ chặt chẽ nhất đối với HĐLĐ phụ thuộc vào đánh giá của tòa án đối với tất cả các tình tiết của HĐLĐ.

### **2.2.3. Các nguyên tắc cơ bản của pháp luật điều chỉnh quan hệ lao động với người lao động nước ngoài**

#### **2.2.3.1. Nguyên tắc không phân biệt đối xử**

Phân biệt đối xử được hiểu là sự phân biệt, loại trừ hoặc thiên vị dựa trên những điều kiện về chủng tộc, màu da, giới tính, tôn giáo, quan điểm chính trị, nguồn gốc. Trong Tuyên ngôn quốc tế nhân quyền năm 1948 của Liên hợp quốc điều chỉnh các quy định về quyền của NLD không phân biệt quốc tịch. Theo Tuyên ngôn quốc tế nhân quyền, mọi người đều có quyền: “Được làm việc, được tự do lựa chọn việc làm, được hưởng những điều kiện làm việc công bằng và thuận lợi và được bảo vệ chống thất nghiệp”; “Cùng làm việc ngang nhau, mọi người được trả lương ngang nhau, không phân biệt đối xử”; “thành lập nghiệp đoàn hay gia nhập nghiệp đoàn để bảo vệ quyền lợi của mình” (Điều 23); “Nghỉ ngơi và giải trí, được hưởng sự hạn định hợp lý số giờ làm việc và những ngày nghỉ định kỳ có trả lương” (Điều 24); “Được hưởng an sinh xã hội trong trường hợp thất nghiệp, đau ốm, tật nguyền, góa bụa, già yếu, hay thiếu phương kế sinh nhai do những hoàn cảnh ngoài ý muốn” (Điều 25); “quyền được hưởng giáo dục” (Điều 26). Không ai có thể: “bị bắt làm nô lệ hay nô dịch” (Điều 4); “Bị tra tấn hay bị những hình phạt hoặc những đối xử tàn ác, vô nhân đạo, làm hạ thấp nhân phẩm” (Điều 5); “Bị ép buộc phải tham gia bất cứ hiệp hội nào” (Điều 20). Cùng với Tuyên ngôn nhân quyền năm 1948, các nguyên tắc không phân biệt đối xử còn được quy định trong Công ước ICRMW 1990; Công ước 97 về NLD di trú và Công ước 143 về Di trú trong những điều kiện bị lạm dụng và về xúc tiến bình đẳng cơ may và đối xử với NLD di trú của ILO.

Điều 6 Công ước 97 của ILO chỉ rõ: “Mỗi thành viên công ước này cam kết có hiệu lực áp dụng, mà không có sự phân biệt đối xử liên quan đến quốc tịch, tôn giáo, chủng tộc hay giới tính cho người nhập cư hợp pháp, ...”. Điều 3 Công ước ICRMW 1990 quy định: “Công ước này được áp dụng, trừ khi được quy định khác, sau đó, đối với mọi người lao động di trú và các thành viên gia đình họ, không có bất kỳ sự phân biệt nào như giới tính,

*chủng tộc, màu da, ngôn ngữ, tôn giáo hoặc tín ngưỡng, quan điểm chính trị hoặc quan điểm khác, nguồn gốc xã hội hoặc dân tộc, quốc tịch, độ tuổi, địa vị kinh tế, tài sản, tình trạng hôn nhân, thành phần xuất thân và các địa vị khác*". Các quốc gia tiếp nhận lao động phải đảm bảo cho NLD nước ngoài được đối xử bình đẳng, không vì sự khác nhau về giới tính, chủng tộc, màu da, tôn giáo, quan điểm chính trị mà có sự phân biệt đối xử với NLD nước ngoài đến làm việc.

Ngoài ra, nguyên tắc không phân biệt đối xử đối với NLD nước ngoài được quy định trong một số đạo luật của hệ thống pháp luật quốc gia ví dụ như Thụy Điển hoặc Nhật Bản. Thụy Điển đã ban hành Luật cử người lao động tại nước ngoài năm 1999 điều chỉnh các trường hợp NSDLĐ tại quốc gia ngoài Thụy Điển cử NLD tới Thụy Điển để cung cấp các dịch vụ mang tính chất xuyên quốc gia và trường hợp NSDLĐ Thụy Điển cử NLD tới làm việc tại các quốc gia trong Liên minh Châu Âu và Thụy Sĩ. Tại Điều 5 luật này quy định NLD nước ngoài làm việc tại Thụy Điển sẽ được đối xử theo nguyên tắc đối xử quốc gia và đối xử bình đẳng trên cơ sở áp dụng hệ thống pháp luật của Thụy Điển như Luật về nghỉ phép hàng năm năm 1997, Luật về bình đẳng giữa nam và nữ năm 1991, Luật quy định các biện pháp chống phân biệt đối xử trong sinh hoạt lao động do khác biệt sắc tộc, tôn giáo hay tín ngưỡng, Luật chống phân biệt đối xử giữa NLD bán thời gian và NLD có hợp đồng kỳ hạn năm 2002 ...

Nhật Bản không ban hành luật riêng dành cho NLD nước ngoài. Luật tiêu chuẩn lao động của Nhật Bản 1947 áp dụng cho tất cả NLD, không phân biệt đối xử dựa trên quốc tịch của NLD. Điều 3 Luật tiêu chuẩn lao động Nhật Bản năm 1947 quy định "*tất cả người lao động không bị phân biệt đối xử về tiền lương, thời giờ làm việc, hoặc các điều kiện lao động khác bởi quốc tịch, tín ngưỡng hoặc vị trí xã hội*". Ngoài ra, NLD nước ngoài, kể cả NLD bất hợp pháp đều được áp dụng Luật Bảo vệ quan hệ lao động (Employment Security Law), Luật Tiền lương tối thiểu Nhật Bản năm 1959, Luật Sức khỏe và An toàn Lao động Nhật Bản năm 1972, Luật Bảo hiểm tai nạn lao động Nhật Bản năm 1947.

### 2.2.3.2. Nguyên tắc đối xử quốc gia

Công ước số 97 của ILO cũng đưa ra một nguyên tắc quan trọng thể hiện sự không phân biệt đối xử giữa NLD nước ngoài và NLD nước sở tại, đó là trong lĩnh vực điều kiện làm việc, quyền tự do lập hội và an sinh xã hội - các quốc gia phải đối xử với NLD di trú không kém thuận lợi hơn cách đối xử với người bản xứ - nguyên tắc đối xử quốc gia (*national treatment*). Theo nguyên tắc này thì NLD nước ngoài sẽ được hưởng các quyền tương tự như NLD của nước đó hiện được hưởng theo quy định của luật pháp quốc gia tiếp nhận lao động. Các quốc gia khi đối xử với NLD nước ngoài "*không kém thuận lợi*

hơn” khi được áp dụng cho công dân của mình về những vấn đề sau: tiền công, tham gia tổ chức công đoàn, thương lượng tập thể, an sinh xã hội” (Điều 6 Công ước số 97). Điều 25 của Công ước ICRMW 1990 quy định: “NLD di trú được hưởng sự đối xử bình đẳng như các công dân của quốc gia nơi có việc làm liên quan đến vấn đề thù lao, các điều kiện làm việc khác... các điều kiện tuyển dụng...”

Nguyên tắc đối xử quốc gia được thể hiện tại Điều 81 Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam: “Người nước ngoài cư trú ở Việt Nam phải tuân theo Hiến pháp và pháp luật Việt Nam và được Nhà nước bảo hộ tính mạng, tài sản và các quyền lợi chính đáng theo pháp luật Việt Nam”. Như vậy, Nhà nước Việt Nam cho phép NLD nước ngoài làm việc tại Việt Nam được hưởng các quyền tự do lao động trong khuôn khổ các quy định của pháp luật và được Nhà nước Việt Nam bảo hộ các quyền và lợi ích chính đáng.

#### 2.2.3.3. Nguyên tắc đảm bảo và tôn trọng sự thỏa thuận hợp pháp của các bên trong quan hệ lao động

Dưới góc độ pháp luật lao động, thỏa thuận hợp pháp của các bên là những thỏa thuận bình đẳng, tự nguyện, trên cơ sở tương quan lao động, điều kiện thực tế và không trái pháp luật và các giá trị xã hội ... về quyền, nghĩa vụ, lợi ích, trách nhiệm của mỗi bên tham gia QHLD. Quyền tự do thỏa thuận của các bên QHLD được ghi nhận rộng rãi trong pháp luật của hầu hết các quốc gia trên thế giới. Chẳng hạn như điều 17 Bộ luật Lao động VN năm 2012 quy định về nguyên tắc giao kết hợp đồng lao động là “tự do giao kết hợp đồng lao động nhưng không được trái pháp luật, thỏa ước lao động tập thể và đạo đức xã hội”.

Nguyên tắc này cũng được thể hiện trong các quy định của Tư pháp quốc tế trong lĩnh vực xác định pháp luật áp dụng điều chỉnh HĐLĐ thường ưu tiên luật do các bên lựa chọn. Hệ thuộc luật này thường được ưu tiên để giải quyết xung đột pháp luật về hợp đồng lao động cá nhân. Việc lựa chọn luật áp dụng giành cho các bên tự quyết định. Luật do các bên thỏa thuận phải được thể hiện trong HĐLĐ và sẽ là cơ sở để tòa án giải quyết các tranh chấp phát sinh từ HĐLĐ. Ví dụ theo khoản 1 Điều 8 Quy chế Rome I: “hợp đồng lao động cá nhân sẽ được điều chỉnh bởi luật do các bên lựa chọn theo quy định tại khoản 3”. Các bên có quyền lựa chọn hệ thống pháp luật áp dụng cho hợp đồng lao động. Khi các bên đã có thỏa thuận lựa chọn pháp luật áp dụng cho HĐLĐ thì tòa án và các cơ quan giải quyết tranh chấp có nghĩa vụ phải tôn trọng sự thỏa thuận đó.

#### 2.2.3.4. Nguyên tắc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người sử dụng lao động

Bên cạnh nguyên tắc bảo vệ NLD, pháp luật điều chỉnh QHLD còn phải đảm bảo

nguyên tắc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của NSDLĐ. Đây là một trong các nguyên tắc đặc thù của ngành luật lao động. Bảo vệ quyền của NSDLĐ là đảm bảo các quyền và lợi ích mà pháp luật đã quy định cho NSDLĐ được thực hiện mà không bị các chủ thể khác xâm hại.

Nguyên tắc này thể hiện qua Điều 4 của Bộ luật Lao động Việt Nam năm 2012: *“Bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của người sử dụng lao động, quản lý lao động đúng pháp luật, dân chủ, công bằng, văn minh và nâng cao trách nhiệm xã hội”* và các quy định của Bộ luật Lao động về quyền của NSDLĐ (Điều 6 BLLĐ 2012). Sở dĩ pháp luật lao động phải bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của NSDLĐ vì họ là một bên không thể thiếu để hình thành và duy trì QHLD. Thông qua việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của NSDLĐ, quan hệ pháp luật lao động có thể phát triển bền vững. Trong QHLD của NLD nước ngoài, NSDLĐ vừa là chủ thể có quyền quản lý, sử dụng sức lao động của NLD nước ngoài, vừa là chủ thể có nghĩa vụ báo cáo với cơ quan nhà nước có thẩm quyền về tình hình sử dụng NLD nước ngoài. NSDLĐ của NLD nước ngoài có đầy đủ các quyền và lợi ích hợp pháp theo quy định của pháp luật lao động ví dụ như: được trực tiếp hoặc thông qua các tổ chức môi giới để tuyển chọn và tuyển dụng NLD nước ngoài khi NLD Việt Nam không đáp ứng được nhu cầu của sản xuất kinh doanh, được quyền quản lý, điều hành, ban hành nội quy lao động, kỷ luật, khen thưởng NLD, được bồi thường thiệt hại nếu NLD hoặc các chủ thể khác gây thiệt hại cho NSDLĐ.

#### ***2.2.4. Nội dung pháp lý cơ bản của pháp luật điều chỉnh quan hệ lao động với người lao động nước ngoài tại các quốc gia trên thế giới***

Căn cứ vào các giai đoạn của QHLD, các nội dung pháp lý cơ bản của pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài có thể được phân thành quy định về thiết lập QHLD, các quy định về thực hiện và duy trì QHLD, các quy định về chấm dứt QHLD, các quy định về quản lý QHLD của NLD nước ngoài.

##### ***2.2.4.1. Thiết lập quan hệ lao động của người lao động nước ngoài***

Thiết lập QHLD với NLD là giai đoạn đầu tiên tạo lập mối quan hệ pháp lý giữa NLD và NSDLĐ. Giai đoạn này bắt đầu từ thời điểm NSDLĐ đưa các yêu cầu để tuyển dụng NLD nước ngoài theo nhu cầu sử dụng lao động của NSDLĐ. Khác với hoạt động thiết lập QHLD với NLD nước sở tại, việc tuyển dụng NLD nước ngoài là hoạt động được giới hạn bởi các điều kiện tuyển dụng. Điều kiện tuyển dụng NLD nước ngoài là những yêu cầu đặt ra nhằm hạn chế số lượng NLD nước ngoài làm việc tại một quốc gia. Nhìn chung có hai cách để các quốc gia trên thế giới kiểm soát việc tiếp nhận dòng NLD nước ngoài tới làm việc là (i) hạn ngạch và (ii) điều kiện tiêu chuẩn tuyển dụng.

Hạn ngạch là việc đưa ra mức trần số lượng NLD nhất định được đưa ra theo kế hoạch trong một giai đoạn nhất định thường là trong một năm. Mức trần có thể tính toán cố định hoặc theo phần trăm theo tổng lực lượng lao động. Hạn ngạch thường được lập kế hoạch ở cấp liên bang, cấp quốc gia, dựa vào các dự báo kết quả kinh tế, nhu cầu lao động, tỷ lệ thất nghiệp khu vực, từ các thỏa thuận với công đoàn lao động và chính phủ khác trong khu vực. Hạn ngạch là một công cụ cứng nhắc, không thể điều tiết theo nhu cầu thị trường lao động, nhưng rất rõ ràng và hiệu quả trong việc ngăn chặn sự phát triển “quá nóng” của thị trường lao động. Hiện nay, hạn ngạch đang được sử dụng tại một số quốc gia như Hàn Quốc, Hoa Kỳ, Singapore [104, tr. 35].

Các điều kiện tiêu chuẩn tuyển dụng cũng là một công cụ để hạn chế số lượng NLD nước ngoài dựa trên một số tiêu chí sàng lọc, phân loại lao động hoặc kiểm tra nhu cầu của thị trường lao động. Các tiêu chí rất đa dạng, có thể là yêu cầu về bằng cấp đối với NLD, điều kiện về thử nghiệm đối với thị trường lao động hoặc ban hành danh mục các ngành nghề khan hiếm lao động hoặc áp phí thuê lao động với chủ lao động. Điều kiện về thử nghiệm đối với thị trường lao động, hay còn được gọi là thuốc thử đối với thị trường lao động là các yêu cầu liên quan đến nghĩa vụ của NSDLĐ phải đưa ra các minh chứng để chứng minh có sự thiếu hụt của lao động bản địa, từ đó phát sinh nhu cầu thuê mướn NLD nước ngoài. Ví dụ như tại Singapore, NSDLĐ phải đăng thông báo tuyển dụng trong một khoảng thời gian nhất định để chứng minh rằng họ đã nỗ lực tìm kiếm để thuê lao động bản địa trước khi đăng ký nhu cầu tuyển dụng NLD nước ngoài. Ngoài ra, Singapore còn áp phí đối với NSDLĐ sử dụng lao động phổ thông người nước ngoài trong các ngành nghề như chế tạo, xây dựng và dịch vụ. Nếu NLD được thuê càng ít kỹ năng thì mức phí quy định càng cao. Trong các khu vực như chế tạo hoặc dịch vụ, mức phí còn phụ thuộc vào phần trăm số lượng NLD nước ngoài so với NLD địa phương trong lực lượng lao động [104, tr. 20]. Việc áp phí như vậy cũng đang được sử dụng tại Malaysia và Đài Loan [104, tr. 27]. Mục đích của việc áp phí là nhằm tạo ra một nguồn thu cho việc cơ cấu lại những khu vực nhất định theo hướng giảm sự phụ thuộc vào lao động nước ngoài. Đồng thời có thể được sử dụng để xoa dịu sự bất mãn của NLD của nước sở tại bằng cách tổ chức các chương trình học nghề, đào tạo nâng cao kỹ năng, bồi thường thiệt hại do mức lương bị giảm hoặc môi trường làm việc bị xuống cấp.

#### *2.2.4.2. Thực hiện quan hệ lao động của người lao động nước ngoài*

Khi NLD nước ngoài đáp ứng đủ điều kiện làm việc tại họ sẽ tham gia vào QHLD và trở thành NLD với đầy đủ quyền và nghĩa vụ mà pháp luật quy định. Do đó, QHLD được thực hiện trên cơ sở do các bên thỏa thuận về quyền và nghĩa vụ lao động được thể hiện thông qua HĐLĐ của NLD nước ngoài, đồng thời phải tuân thủ các quy định bắt buộc

của pháp luật mỗi nước. Nhìn chung, các quy định về duy trì và thực hiện QHLD áp dụng cho NLD nước ngoài và NLD nước sở tại không có sự phân biệt về nội dung và nguyên tắc chung của pháp luật như quy định về tiền lương tối thiểu<sup>22</sup>, quy định về chống phân biệt đối xử với NLD nước ngoài<sup>23</sup>. Tuy nhiên, do yêu cầu quản lý, các quốc gia đều có các quy định riêng đối với HĐLĐ của NLD nước ngoài, nhưng những nội dung và nguyên tắc cơ bản vẫn phù hợp với chế định chung về HĐLĐ như hình thức hợp đồng bắt buộc phải bằng văn bản<sup>24</sup>, số lượng các ngày nghỉ lễ, thời hạn hợp đồng<sup>25</sup>. Những quy định riêng về HĐLĐ đối với NLD nước ngoài có thể được quy định trong một đạo luật độc lập, hoặc một phần riêng trong luật về lao động hoặc trong một văn bản pháp luật khác.

Tại các quốc gia có đạo luật độc lập đối với NLD nước ngoài (Ví dụ: Singapore, Hàn quốc, Đài Loan) thì HĐLĐ đối với NLD nước ngoài có phân biệt giữa NLD nước ngoài phổ thông và NLD nước ngoài có chuyên môn cao, phân định công việc, chế độ riêng đối với lao động phổ thông. Hầu hết các quốc gia đều có sự hạn chế đối với một số lĩnh vực ngành nghề (Ví dụ: Indonesia hạn chế NLD nước ngoài làm ở lĩnh vực nhân sự). Một số quốc gia sử dụng tỷ lệ phần trăm theo quy định pháp luật để đảm bảo rằng một tỷ lệ phần trăm nhất định của lực lượng lao động địa phương được sử dụng (Singapore, Việt Nam trước đây). Một số quốc gia khác hạn chế lợi ích mà NLD nước ngoài có thể được hưởng (Ví dụ: tiền lương, chế độ về an sinh xã hội). Ngược lại, một số quốc gia trao trách nhiệm cho NSDLĐ để đảm bảo rằng NLD nước ngoài phải được kiểm tra sức khỏe, phải được tham gia bảo hiểm xã hội (ở mức độ nhất định) và được dự tính cả chi phí bồi dưỡng cho NLD nước ngoài (Philippines). Đôi khi các quy định quản lý lao động nước ngoài lại chính là để trao cho họ ưu đãi đặc biệt trong trường hợp thị trường lao động đòi hỏi (Singapore, Việt Nam). Các quy định về quyền và nghĩa vụ của NLD nước ngoài bao gồm những quyền, nghĩa vụ tương tự với NLD nước sở tại. Các hạn chế còn tồn tại ở các quốc gia đều do các nguyên nhân về an ninh quốc phòng, y tế, an sinh xã hội.

<sup>22</sup> Căn cứ Khoản 1 Điều 23 Luật Malaysia số 732 về Hội đồng tư vấn lương quốc gia, Hội đồng tư vấn lương quốc gia ngày 16/7/ 2012 ban hành Chế độ lương tối thiểu (Minimum Wages Order 2012) và có hiệu lực thi hành vào 01/01/2013; cho phép các doanh nghiệp Malaysia được khấu trừ tiền thuế Levy đối với lao động nước ngoài khi thực hiện trả lương tối thiểu. Lương tối thiểu dành cho người lao động nước ngoài là 900RM/ tháng (áp dụng đối với vùng phía tây Malaysia) và 800RM/tháng (phía Đông Malaysia). Tuy nhiên, lao động nước ngoài hành nghề giúp việc nhà tại Malaysia sẽ được miễn thuế Levy.

<sup>23</sup> Theo Điều 3 Luật Lao động tiêu chuẩn Nhật Bản sửa đổi năm 1995 nghiêm cấm NSDLĐ có sự phân biệt đối xử với những NLD về vấn đề lương, thời gian làm việc, các điều kiện làm việc do quốc tịch, tôn giáo hay địa vị xã hội. (<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WBTEXT/27776/64846/E95JPN01.htm> truy cập ngày 8/3/2017)

<sup>24</sup> Từ 1/4/2016, tất cả NSDLĐ tại Singapore phải ký kết HĐLĐ bằng văn bản với NLD nước ngoài (<http://www.mom.gov.sg/employment-practices/contract-of-service> truy cập ngày 8/3/2017)

<sup>25</sup> Theo quy định của Luật dịch vụ việc làm Đài Loan (Employment Service Act 2006, sửa đổi năm 2016), NSDLĐ được ký hợp đồng với NLD nước ngoài theo kỳ hạn là 3 năm, khi hết hạn HĐ đầu tiên nếu muốn thuê tiếp, NSDLĐ được xin gia hạn thêm 3 năm. Những người lao động nước ngoài không vi phạm pháp luật Đài Loan trong 3 năm thực hiện HĐLĐ có thể được ký hợp đồng lao động thêm 3 năm nữa để kéo dài HĐLĐ thành là 6 năm. NLD nước ngoài có thể làm việc tối đa là 12 năm, nhưng phải xuất cảnh về nước khi hết HĐLĐ 3 năm tiếp theo sau đó mới được tái nhập cảnh làm việc. (<http://laws.mol.gov.tw/eng/EngContent.aspx?msgid=68>, truy cập ngày 8/3/2017)

### 2.2.4.3. Chấm dứt quan hệ lao động của người lao động nước ngoài

Hiện nay các quốc gia trên thế giới không có quy định riêng điều chỉnh việc chấm dứt QHLD của NLD nước ngoài mà việc chấm dứt QHLD của NLD nước ngoài được thực hiện theo các quy định chung về chấm dứt HĐLĐ của NLD nước ngoài. HĐLĐ của NLD nước ngoài được chấm dứt theo các quy định dành cho chấm dứt HĐLĐ nói chung bao gồm hai trường hợp: (i) đương nhiên chấm dứt theo các quy định của pháp luật và (ii) các bên thỏa thuận chấm dứt HĐLĐ. Pháp luật của các quốc gia trên thế giới không có sự phân biệt về các trường hợp chấm dứt HĐLĐ của NLD nước ngoài và NLD nước sở tại nhưng do NLD là người nước ngoài nên pháp luật của một số quốc gia có quy định thêm một số nghĩa vụ dành cho NSDLĐ của NLD nước ngoài khi đơn phương chấm dứt HĐLĐ trước thời hạn như chi trả chi phí hồi hương NLD nước ngoài (Philippines, Malaysia, Ả rập xê út, Canada<sup>26</sup>), nghĩa vụ báo cáo với cơ quan quản lý lao động về tình trạng cư trú của NLD nước ngoài (Nhật Bản<sup>27</sup>, Canada)

### 2.2.4.4. Quản lý nhà nước đối với quan hệ lao động của người lao động nước ngoài

Do NLD nước ngoài vừa là người nước ngoài, là đối tượng của hoạt động quản lý nhập cảnh, xuất cảnh và cư trú, đồng thời là đối tượng NLD bị giới hạn bởi các điều kiện tuyển dụng, nên QHLD của NLD nước ngoài chịu sự quản lý phối hợp của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền khác nhau. Trong quá trình đó, các cơ quan nhà nước cũng xác định phân công nhiệm vụ, phối hợp để quản lý. Biện pháp quản lý phổ biến nhất NLD nước ngoài là thông qua GPLĐ. GPLĐ được cấp cho NLD nước ngoài có thời hạn nhất định, theo với công việc, khu vực và gắn liền với NSDLĐ cụ thể. Tất cả các quốc gia trên thế giới đều quy định GPLĐ là có thời hạn, đa phần tối đa là 1 hoặc 2 năm, đặc biệt Cộng hòa liên hiệp Anh là 4 năm.

GPLĐ thường được cấp cho một công việc cụ thể với một NSDLĐ. Trong trường hợp này, ít nhất trong thời hạn của giấy phép làm việc đầu tiên, người nước ngoài được gắn với một NSDLĐ cụ thể. Ví dụ, ở Ireland, NLD nước ngoài dự kiến sẽ làm việc với người chủ ban đầu trong mười hai tháng. Nếu NLD muốn thay đổi NSDLĐ sau khoảng thời gian đó, NLD nước ngoài phải làm đơn xin GPLĐ mới tại Sở Doanh nghiệp, Thương mại và Việc làm. Tuy nhiên, có những quy định trong luật pháp quốc gia của một số nước thành viên cho phép người nước ngoài tiếp cận thị trường lao động một cách tự do sau nhiều năm làm việc trong nước. Ví dụ, sau nhiều năm làm việc với GPLĐ hạn chế, NLD

<sup>26</sup> <https://www.dlapiper.com/en/canada/insights/publications/2017/03/canadian-employment-news-series-mar-2017/terminating-temporary-foreign-workers/>

<sup>27</sup> Chizuko Hayakawa, Labor law and Policy issues relating to foreign workers in Japan, Japan Labor Review, vol. 7, no. 3, 2010

nước ngoài không mang quốc tịch các quốc gia thành viên EU tại Bỉ và Áo có quyền nộp đơn xin cấp GPLĐ ngoại lệ (“*Befreiungsschein*” ở Áo hoặc giấy phép làm việc B ở Bỉ) cho phép tự do tìm việc làm với NSDLĐ mới. Luật sử dụng lao động nước ngoài của Singapore năm 1990, sửa đổi năm 2009 quy định về các công chức chính phủ có thẩm quyền quản lý NLD nước ngoài là Kiểm soát viên về GPLĐ và thanh tra lao động do Bộ trưởng bổ nhiệm. Việc quản lý NLD nước ngoài linh hoạt và chặt chẽ qua hoạt động của kiểm soát viên (ngoài ra còn có phó kiểm soát viên, trợ lý kiểm soát viên) về GPLĐ và thanh tra viên lao động. Kiểm soát viên về giấy phép có thẩm quyền xem xét Đơn xin cấp giấy phép và Quyết định cấp hoặc từ chối cấp giấy phép và có quyền thay đổi hoặc hủy bỏ điều kiện hiện hành với GPLĐ.

Ngoài các quy định về GPLĐ, những NLD nước ngoài làm việc bất hợp pháp có thể bị áp dụng các chế tài hình sự hoặc hành chính. Luật sử dụng lao động nước ngoài của Singapore năm 1990, sửa đổi năm 2009 quy định mức phạt; thủ tục xử phạt đối với những NSDLĐ vi phạm quy định về thuê người nước ngoài. NLD nước ngoài vi phạm các quy định về làm việc tại Singapore bị áp dụng nhiều loại chế tài (phạt tiền, đình chỉ, hủy bỏ GPLĐ) và hình sự hóa các hành vi vi phạm với hình thức phạt tù hoặc trục xuất.

Để thuận lợi cho việc quản lý và nâng cao trách nhiệm của NSDLĐ, một số quốc gia còn có các quy định về các nghĩa vụ của NSDLĐ đối với việc quản lý NLD nước ngoài. NSDLĐ quản lý NLD nước ngoài thông qua sổ đăng lý lao động. Sổ đăng ký lao động được thể hiện theo mẫu, nội dung do thanh tra lao động quy định và thanh tra lao động kiểm tra khi cần thiết. Luật nhân lực năm 2003 của Indonesia quy định NSDLĐ có nhu cầu sử dụng NLD nước ngoài phải có kế hoạch sử dụng gửi trước và được Bộ trưởng hoặc một quan chức do Bộ trưởng chỉ định phê duyệt. Yêu cầu về kế hoạch sử dụng nhân công nước ngoài là điều kiện để xin GPLĐ. NSDLĐ có nghĩa vụ tuân thủ các quy định của pháp luật về tuyển dụng và sử dụng NLD nước ngoài và các tiêu chuẩn về năng lực nghề do Bộ trưởng quy định. NSDLĐ có nghĩa vụ “bổ nhiệm/chỉ định” người làm cùng (cấp phó) là người Indonesia để NLD nước ngoài chuyển giao công nghệ và chuyên môn.

### ***2.2.5. Xung đột pháp luật và phương pháp giải quyết xung đột pháp luật trong quan hệ lao động của người lao động nước ngoài***

#### ***2.2.5.1. Hiện tượng xung đột pháp luật trong quan hệ lao động của người lao động nước ngoài***

Xung đột pháp luật (*conflict of law*) là một hiện tượng đặc thù xảy ra trong các quan hệ thuộc đối tượng điều chỉnh của Tư pháp quốc tế [105, tr. 5]. Đây là một hiện tượng pháp lý, xuất hiện khi có hai hệ thống pháp luật hoặc nhiều hệ thống pháp luật cùng có thể điều chỉnh một quan hệ Tư pháp quốc tế. Mặc dù thuật ngữ *conflict of law* có nghĩa là sự

“xung đột” nhưng xung đột pháp luật được hiểu là sự “xung đột” giữa các *Hệ thống pháp luật của các nước* chứ không phải giữa các *quy phạm* luật hay chế định luật. Khái niệm chung nhất về xung đột pháp luật đã được các học giả đưa ra như sau:

*“Xung đột pháp luật là hiện tượng hai hay nhiều hệ thống pháp luật của các nước khác nhau cùng có thể được áp dụng để điều chỉnh một quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài (quan hệ tư pháp quốc tế).”*

QHLĐ của NLD nước ngoài là một loại quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài, do có ít nhất một trong các bên chủ thể mang quốc tịch nước ngoài. Do đó, QHLĐ của NLD nước ngoài sẽ có liên quan đến hệ thống pháp luật của các quốc gia khác nhau như pháp luật của quốc gia mà NLD có quốc tịch, pháp luật của quốc gia là quốc tịch của NSDLĐ là cá nhân, pháp luật của quốc gia nơi NSDLĐ là pháp nhân đăng ký điều lệ hoặc có trụ sở chính, pháp luật của quốc gia nơi NLD đang thực hiện công việc ... Trong khi đó, hệ thống pháp luật các quốc gia khác nhau điều chỉnh QHLĐ của NLD nước ngoài có sự khác nhau ví dụ như các hệ thống các quy định về thiết lập, thực hiện, chấm dứt QHLĐ như đã trình bày tại phần trên [129, tr.2].

Xuất phát từ đặc điểm của QHLĐ của NLD nước ngoài và khái niệm xung đột pháp luật, chúng ta có thể thấy hiện tượng xung đột pháp luật có thể xảy ra trong QHLĐ của NLD nước ngoài nếu QHLĐ đó có khả năng chịu sự điều chỉnh của hai hay nhiều hệ thống pháp luật của các quốc gia khác nhau. Hiện tượng xung đột pháp luật trong QHLĐ của NLD nước ngoài có thể được định nghĩa như sau: *xung đột pháp luật trong quan hệ lao động của người lao động nước ngoài là hiện tượng pháp lý xảy ra khi quan hệ lao động của người lao động nước ngoài có thể được áp dụng điều chỉnh bởi hai hay nhiều hệ thống pháp luật của các nước khác nhau*. Sự điều chỉnh này chỉ dừng lại ở mức độ “khả năng” bởi vì các hệ thống pháp luật khác nhau không thể cùng một lúc điều chỉnh một quan hệ cụ thể được. Do đó, vấn đề cần phải giải quyết là trong các hệ thống pháp luật có liên quan đến QHLĐ của NLD nước ngoài, các quốc gia sẽ phải lựa chọn hệ thống pháp luật của quốc gia nào để áp dụng, việc lựa chọn sẽ phải dựa trên cơ sở hoặc nguyên tắc nào [129, tr. 7].

Như vậy, hiện tượng xung đột pháp luật trong QHLĐ của NLD nước ngoài cũng là một trong các vấn đề mà các quốc gia cần phải giải quyết trong quá trình điều chỉnh QHLĐ của NLD nước ngoài. Để giải quyết hiện tượng này, các quốc gia sẽ sử dụng các phương pháp chung giải quyết xung đột pháp luật của Tư pháp quốc tế là phương pháp xung đột và phương pháp thực chất.

### 2.2.5.2. Phương pháp giải quyết xung đột pháp luật trong quan hệ lao động của người lao động nước ngoài

#### **Phương pháp xung đột**

Phương pháp xung đột là phương pháp mà các quốc gia xây dựng và sử dụng các quy phạm xung đột để điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài. Quy phạm xung đột là một loại quy phạm pháp luật đặc biệt, không chứa đựng quyền và nghĩa vụ của các chủ thể mà chỉ chứa đựng nguyên tắc lựa chọn pháp luật áp dụng cho QHLD của NLD nước ngoài đã phát sinh. Quy phạm bao gồm hai bộ phận là phần phạm vi - phần chỉ ra quy phạm xung đột này được áp dụng cho loại quan hệ pháp luật nào (*scope*) và phần hệ thuộc - phần chỉ ra cách thức chỉ dẫn áp dụng pháp luật đối với quan hệ pháp luật được điều chỉnh tại phần phạm vi (*connected elements*) [111, tr. 2].

Các quy phạm xác định luật áp dụng cho QHLD của NLD nước ngoài có thể tồn tại dưới dạng quy phạm xung đột xác định luật áp dụng cho HĐLĐ hoặc hợp đồng thực hiện công việc hoặc hợp đồng dịch vụ có yếu tố nước ngoài hoặc quy phạm xung đột điều chỉnh riêng dành cho NLD nước ngoài.<sup>28</sup> Các nguyên tắc xác định pháp luật áp dụng cho QHLD của NLD nước ngoài được xây dựng dựa trên đặc điểm của QHLD và yêu cầu về bảo vệ NLD. Đó là nguyên tắc thừa nhận quyền tự do ý chí của các bên nhưng phải có sự hạn chế nhất định để bảo vệ NLD. Chính vì vậy, hiện nay, có hai xu hướng xây dựng nguyên tắc chọn luật áp dụng điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài. Một số các quốc gia có quan điểm cho rằng nhà nước nên tôn trọng sự tự do thỏa thuận của các bên, không nên can thiệp quá sâu vào quá trình các bên tự thỏa thuận, cho phép áp dụng hệ thuộc luật do các bên lựa chọn cho HĐLĐ của NLD nước ngoài (Hoa Kỳ). Hệ thống pháp luật Hoa Kỳ là hệ thống pháp luật điển hình đề cao hệ thuộc luật *lex voluntatis*. Tại đây, hợp đồng lao động có yếu tố nước ngoài sẽ được điều chỉnh theo pháp luật xung đột về hợp đồng, ưu tiên cho phép các bên được lựa chọn luật áp dụng đối với hợp đồng có yếu tố nước ngoài. Ví dụ: Mục 187 Second Restatement of Conflict of law<sup>29</sup> cho phép các bên có quyền lựa chọn luật áp dụng đối với tất cả các vấn đề của hợp đồng như năng lực chủ thể giao kết hợp đồng, hình thức hợp đồng, hiệu quả hợp đồng... chứ không chỉ điều chỉnh quyền và

<sup>28</sup> Một số quốc gia có quy định về luật áp dụng cho hợp đồng nhưng điều chỉnh cả hợp đồng lao động như Algeria (Điều 18 BLDS 1975), Cộng hòa Trung Đông (Điều 42 Luật số 65-71 ngày 3 tháng 6 năm 1975), Costa Rica (Điều 7 Luật Dân sự), Ai cập (Điều 19 Luật Dân sự).

<sup>29</sup> Restatement of Conflict of Laws được xuất bản bởi Học viện Pháp luật Hoa Kỳ (American law Institute) là một trong những nguồn luật quan trọng trong việc giải quyết xung đột pháp luật ở Hoa Kỳ. Trong khoa học pháp lý Hoa Kỳ, Restatement là tập hợp các chuyên luận về các vấn đề pháp lý nhằm mục đích thông báo cho thẩm phán cũng như các luật sư về các nguyên tắc chung của hệ thống án lệ. Restatement không có thẩm quyền ràng buộc các bang phải tuân thủ, tuy nhiên do những học thuyết này được xây dựng bởi kinh nghiệm của các giáo sư, luật sư và thẩm phán nên được sử dụng rộng rãi, mang tính thuyết phục cao. Trong lĩnh vực xung đột pháp luật, Học viện pháp luật Hoa Kỳ đã công bố hai phiên bản Restatement: First Restatement of Conflict of Laws Restatement) được công bố vào năm 1934 và Second Restatement of Conflict of Laws (Second Restatement) được công bố năm 1971.

nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng. Các quốc gia còn lại thì cho rằng, trong QHLD NLD thường ở vị trí “dễ bị tổn thương” nên nếu cho phép các bên tự thỏa thuận hệ thống pháp luật áp dụng để điều chỉnh QHLD giữa NLD và NSDLĐ thì NLD thường ở vị trí bất lợi so với NSDLĐ, thường phải chấp nhận các yêu cầu do NSDLĐ đưa ra, thực chất ít có cơ hội “mặc cả”. Các quốc gia theo quan điểm này sẽ sử dụng các quy phạm xung đột mệnh lệnh như hệ thuộc luật nơi NLD thường xuyên thực hiện công việc, hệ thuộc luật quốc tịch của NSDLĐ là cá nhân, hệ thuộc luật quốc tịch của pháp nhân, ... Một số quốc gia như Singapore chỉ cho phép sử dụng hệ thuộc luật *Lex loci laboris* trong quan hệ sử dụng, tuyển dụng lao động nước ngoài tại Singapore. Trong Luật sử dụng lao động nước ngoài năm 1990 được sửa đổi bổ sung năm 2009 và 2012 của Singapore chỉ có quy định về điều kiện để NLD nước ngoài được làm việc hợp pháp tại Singapore, thẩm quyền của thanh tra lao động, không có quy định về việc cho phép thỏa thuận áp dụng pháp luật nước ngoài trong QHLD. Như vậy, QHLD có sự tham gia của NLD nước ngoài tại Singapore được áp dụng pháp luật của Singapore theo quy định của từng loại lao động được quy định trong Luật sử dụng lao động nước ngoài năm 1990.

Quy phạm xung đột điều chỉnh chọn luật áp dụng cho QHLD của NLD nước ngoài được ghi nhận trong các điều ước quốc tế và trong hệ thống pháp luật của các quốc gia. Căn cứ vào nội dung của các quy phạm xung đột, quy phạm xung đột áp dụng cho QHLD của NLD nước ngoài tại các quốc gia trên thế giới thường sử dụng các hệ thuộc luật dưới đây để điều chỉnh:

- Luật do các bên lựa chọn (*Lex voluntatis*)

Luật do các bên lựa chọn nghĩa là các bên thỏa thuận với nhau về hệ thống pháp luật cụ thể nào đó sẽ điều chỉnh QHLD giữa họ với nhau. Hệ thuộc luật này thường được ưu tiên để giải quyết xung đột pháp luật về hợp đồng lao động cá nhân. Việc lựa chọn luật áp dụng giành cho các bên tự quyết định. Luật do các bên thỏa thuận phải được ghi rõ trong hợp đồng lao động và sẽ là cơ sở để tòa án giải quyết các tranh chấp phát sinh từ hợp đồng lao động. Ví dụ Theo khoản 1 Điều 8 Quy chế Rome I: “*hợp đồng lao động cá nhân sẽ được điều chỉnh bởi luật do các bên lựa chọn theo quy định tại khoản 3*” thì các bên có quyền lựa chọn hệ thống pháp luật áp dụng cho hợp đồng lao động.

Luật áp dụng đối với hợp đồng lao động sẽ do các bên thỏa thuận theo nguyên tắc quy định tại Điều 3 của Quy chế Rome I. Sự thỏa thuận phải được thể hiện rõ ràng bằng các điều khoản của hợp đồng hoặc qua các tình tiết của vụ án. Tức là, các điều khoản của hợp đồng chỉ là một trong các cách thể hiện ý chí của các bên. Theo Báo cáo Guiliano-Lagarde Report khi soạn thảo Công ước Rome 1980, kể cả trong trường hợp các bên không có thỏa thuận trong hợp đồng, ý chí của các bên trong việc lựa chọn áp dụng pháp luật

được đánh giá thông qua tất cả các tình tiết của vụ việc. Trường hợp này được gọi là sự thỏa thuận một cách ẩn ý (*implied choice of law*).

- Luật nơi tiến hành lao động (*Lex loci laboris*)

Luật nơi tiến hành lao động chính là luật của nước nơi có cơ quan, tổ chức mà NLD làm việc hoặc thường xuyên thực hiện công việc đối với những công việc được thực hiện trên lãnh thổ của nhiều quốc gia. Trong một số trường hợp cá biệt, luật nơi tiến hành lao động được coi là luật nơi cơ quan, tổ chức đóng trụ sở hay luật cờ tàu. Luật nơi tiến hành lao động sẽ được áp dụng để xác định các biện pháp bảo vệ NLD, quyền được tiếp cận hệ thống an sinh xã hội của nước nơi diễn ra hoạt động lao động, nghĩa vụ đóng thuế thu nhập cá nhân.

Theo Quy chế Rome I, khi không có sự lựa chọn thì việc xác định luật áp dụng cho hợp đồng lao động sẽ được áp dụng luật của quốc gia mà trong đó hoặc từ đó NLD thường xuyên thực hiện công việc trong hợp đồng. Quốc gia mà công việc được thường xuyên thực hiện sẽ không thay đổi nếu NLD tạm thời được cử đi làm việc ở quốc gia khác. (khoản 2 Điều 8 Quy chế Rome I). Quy định này giúp cho việc xác định quốc gia mà NLD thường xuyên thực hiện công việc đối với một số dạng lao động như phi công, tiếp viên hàng không, lái xe tải đường dài. Những người lao động này họ có một căn cứ cố định mà từ đó công việc được điều phối và nơi mà bộ phận nhân sự thực hiện các nghĩa vụ khác liên quan đến NSDLĐ như đăng ký, kiểm tra an ninh.

- Luật nước nơi có tổ chức cử NLD đi làm việc (*Lex loci Delegationis*)

Hệ thuộc luật này được áp dụng trong trường hợp NLD được cử đi công tác ở nước khác nhưng theo hợp đồng lao động mọi chế độ liên quan đến lao động như an sinh xã hội, bảo hiểm xã hội vẫn do tổ chức thuê lao động chịu trách nhiệm chi trả. Nguyên tắc này thường được áp dụng đối với quan hệ nhận thầu, khoán thầu công trình ở nước ngoài và các đơn vị này điều lao động của mình ra nước ngoài làm việc.

Điều 12 Quy chế số 883/2004 của Cộng đồng Châu Âu (EC Regulation No 883/2004) về an sinh xã hội quy định về nguyên tắc áp dụng pháp luật trong trường hợp một NLD được cử đến các quốc gia thành viên khác của Cộng đồng Châu Âu để làm việc trong thời hạn dưới 24 tháng thì các chế độ an sinh xã hội của NLD đó vẫn được áp dụng luật của nước nơi cử người lao động đi làm việc (*Lex loci Delegationis*)

- Luật nơi ký kết hợp đồng lao động (*Lex loci contractus*)

Luật nơi ký kết hợp đồng được hiểu là luật của nước nơi hợp đồng được ký kết, hệ thuộc luật này thường được áp dụng để giải quyết các tranh chấp phát sinh từ hợp đồng. Đây là nguồn luật tòa án sẽ lựa chọn áp dụng trong trường hợp các bên không có thỏa thuận chọn luật áp dụng đối với hợp đồng của mình [267]. Nơi ký kết hợp đồng được

hiểu là nơi diễn ra sự thỏa thuận cuối cùng để hợp đồng được ký kết [256]. Tuy nhiên, luật nơi ký kết hợp đồng sẽ không được áp dụng nếu mâu thuẫn với các quy định về trật tự công của quốc gia nơi có tòa án xét xử. Hệ thuộc luật này cũng được sử dụng trong lĩnh vực luật lao động nhưng không phổ biến như các hệ thuộc luật trên. Lĩnh vực luật lao động có sự đặc thù bởi các nguyên tắc bắt buộc về việc bảo vệ NLD tại nơi diễn ra hoạt động lao động nên luật nơi ký kết hợp đồng lao động chỉ được áp dụng nếu như tòa án có thẩm quyền nhận thấy nội dung của hợp đồng liên quan mật thiết đến luật nơi ký kết hợp đồng lao động [257].

- Luật của nước mà phương tiện vận tải mang cờ (*Law of flag*)

Trong lĩnh vực hàng hải, các hợp đồng thuê thuyền viên thường được điều chỉnh bởi luật của nước mà tàu treo cờ hoặc luật quốc tịch của tàu biển. Luật của nước mà tàu biển treo cờ sẽ điều chỉnh các nội dung về các điều kiện làm việc tối thiểu của thuyền viên trên tàu biển, thời giờ làm việc, cách thức trả lương và thậm chí là yêu cầu cung cấp thực phẩm trên thuyền, việc áp dụng các hình phạt nghiêm khắc đối với việc thuyền viên không tuân lệnh của thuyền trưởng, tiêu chuẩn an toàn, phao cứu sinh, chứng chỉ và điều kiện thuyền viên, một số nước còn có quy định về yêu cầu thuyền trưởng và thuyền viên phải hiểu được tiếng nói của nhau – *same language* ... Các chủ tàu ở những nước có hệ thống quy định chặt chẽ về điều kiện làm việc của thuyền viên như Hoa Kỳ (*Seamen's Act 1915*) thường có xu hướng chọn nơi đăng ký tàu biển ở những nước khác có quy định ít nghiêm khắc hơn để đăng ký quốc tịch của tàu biển tạo nên các xu hướng về cờ thuận tiện (*flag of convenience, cheap flags, free flags, flags of opportunity, flags of necessity*). Hiện tượng này đang gây khó khăn cho việc thực thi các quy định liên quan đến việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của thuyền viên.

Ngoài ra, một số hệ thuộc luật khác ít phổ biến hơn có thể được sử dụng để điều chỉnh hợp đồng lao động như luật của nước nơi đăng ký tàu bay trong vận chuyển hàng không được áp dụng để điều chỉnh các tranh chấp liên quan đến hợp đồng lao động của tiếp viên hàng không và phi công khi tàu bay đang bay; luật của người chuyên chở trong hoạt động vận chuyển bằng đường bộ và đường sắt.

### ***Phương pháp thực chất***

Phương pháp thực chất là phương pháp mà các quốc gia xây dựng và sử dụng các quy phạm thực chất để điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài. Quy phạm thực chất là loại quy phạm pháp luật thông thường, chứa đựng các quyền hoặc nghĩa vụ của các chủ thể. Quy phạm thực chất trong lĩnh vực QHLD của NLD nước ngoài thường được sử dụng để quy định về các điều kiện, tiêu chuẩn, quyền và nghĩa vụ của NLD nước ngoài và NSDLĐ trong QHLD [111, tr. 5].

Căn cứ vào nội dung của quy phạm thực chất được sử dụng trong lĩnh vực này thì có thể chia thành hai loại:

- *Thứ nhất, Quy phạm thực chất có nội dung là các quy định cụ thể về điều kiện, tiêu chuẩn, quyền và nghĩa vụ của NLD nước ngoài và NSDLĐ trong QHLD.*

NLD nước ngoài là đối tượng NLD cần được kiểm soát và chọn lọc theo các điều kiện, tiêu chuẩn cụ thể được quy định của pháp luật. Quy định về các điều kiện, tiêu chuẩn này đều là các quy phạm thực chất của Tư pháp quốc tế, áp dụng riêng cho NLD nước ngoài.

Các quy phạm thực chất có nội dung là các quy định trực tiếp về điều kiện, tiêu chuẩn, quyền và nghĩa vụ của NLD nước ngoài và NSDLĐ trong QHLD có thể được ghi nhận trong hệ thống pháp luật quốc gia hoặc trong các điều ước quốc tế. Một số quy định của pháp luật quốc gia áp dụng riêng đối với HĐLĐ của NLD nước ngoài như Điều 10 Luật lao động Singapore sửa đổi năm 2016 quy định về hình thức hợp đồng bắt buộc phải bằng văn bản, Điều 17 Luật dịch vụ việc làm Đài Loan (Employment Service Act 2006, sửa đổi năm 2016) quy định số lượng các ngày nghỉ lễ, thời hạn hợp đồng. Một số điều ước quốc tế cũng có các quy định về điều kiện tuyển dụng, ví dụ như các Hiệp định kinh tế song phương có những điều khoản về lao động: Hiệp định đối tác kinh tế Nhật Bản – Philippines cam kết cấp visa cho loại lao động chăm sóc sức khỏe, có nêu rõ các điều kiện mà y tế và người chăm sóc Philipines phải đáp ứng để làm việc tại thị trường Nhật Bản tại Chương 9 [266]. Thỏa thuận đối tác kinh tế giữa Nhật Bản – Singapore chỉ áp dụng cho hoạt động di chuyển vì mục đích kinh doanh, trao đổi nhân lực trong nội bộ doanh nghiệp [280]. Hiệp định hợp tác kinh tế toàn diện Ấn Độ - Singapore đã dỡ bỏ những hạn chế đối với NLD kỹ thuật cao Ấn độ trong 127 khoản mục đối với các ngành như: Công nghệ thông tin, dược phẩm, cơ khí, hộ lý, kế toán và giảng viên..., loại bỏ những đòi hỏi về kiểm tra tài chính và thị trường lao động, đưa ra yêu cầu về an sinh xã hội, công nhận song phương về bằng cấp do các trường đại học cụ thể chứng nhận tại hai nước [295].

- *Thứ hai, Quy phạm thực chất có nội dung là các quy định về nguyên tắc đối xử đối với NLD nước ngoài.*

Các quy định về nguyên tắc đối xử đối với NLD nước ngoài cũng được coi là một dạng quy phạm thực chất của Tư pháp quốc tế. Khác với các quy phạm thực chất có nội dung là các quy định cụ thể về điều kiện, tiêu chuẩn, quyền và nghĩa vụ của NLD nước ngoài và NSDLĐ trong QHLD là các quy định áp dụng riêng cho NLD nước ngoài. Các nguyên tắc đối xử đối với NLD nước ngoài có thể là những nguyên tắc áp dụng riêng cho NLD nước ngoài hoặc áp dụng cho NLD nước ngoài và NLD nước sở tại.

Các nguyên tắc áp dụng chung cho NLD nước ngoài và NLD nước sở tại được tìm thấy trong một số Điều ước quốc tế như Tuyên ngôn quốc tế nhân quyền năm 1948 của Liên hợp quốc điều chỉnh các quy định về quyền của NLD không phân biệt quốc tịch.<sup>30</sup> Các nguyên tắc áp dụng riêng cho NLD nước ngoài thường được quy định trong các điều ước quốc tế đa phương hoặc song phương về bảo vệ NLD di trú Công ước ICRMW 1990; Công ước 97 về NLD di trú và Công ước 143 về Di trú trong những điều kiện bị lạm dụng và về xúc tiến bình đẳng cơ may và đối xử với NLD di trú của ILO.<sup>31</sup> Ngoài ra, quy phạm thực chất quy định về nguyên tắc đối xử đối với NLD nước ngoài được tìm thấy trong một số hệ thống pháp luật quốc gia ví dụ như Điều 5 Luật cử NLD tại nước ngoài năm 1999 của Thụy Điển, Điều 3 Luật tiêu chuẩn lao động của Nhật Bản 1947.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Theo Tuyên ngôn quốc tế nhân quyền năm 1948 của Liên hợp quốc các nguyên tắc được áp dụng chung như: “Được làm việc, được tự do lựa chọn việc làm, được hưởng những điều kiện làm việc công bằng và thuận lợi và được bảo vệ chống thất nghiệp”; “Cùng làm việc ngang nhau, mọi người được trả lương ngang nhau, không phân biệt đối xử”; “Thành lập nghiệp đoàn hay gia nhập nghiệp đoàn để bảo vệ quyền lợi của mình” (Điều 23); “Nghỉ ngơi và giải trí, được hưởng sự hạn định hợp lý số giờ làm việc và những ngày nghỉ định kỳ có trả lương” (Điều 24); “Được hưởng an sinh xã hội trong trường hợp thất nghiệp, đau ốm, tật nguyền, góa bụa, già yếu, hay thiếu phương kế sinh nhai do những hoàn cảnh ngoài ý muốn” (Điều 25); “quyền được hưởng giáo dục” (Điều 26).

<sup>31</sup> Điều 6 Công ước 97 của ILO quy định: “Mỗi thành viên công ước này cam kết có hiệu lực áp dụng, mà không có sự phân biệt đối xử liên quan đến quốc tịch, tôn giáo, chủng tộc hay giới tính cho người nhập cư hợp pháp...”. Điều 3 Công ước ICRMW 1990 quy định: “Công ước này được áp dụng, trừ khi được quy định khác, sau đó, đối với mọi người lao động di trú và các thành viên gia đình họ, không có bất kỳ sự phân biệt nào như giới tính, chủng tộc, màu da, ngôn ngữ, tôn giáo hoặc tín ngưỡng, quan điểm chính trị hoặc quan điểm khác, nguồn gốc xã hội hoặc dân tộc, quốc tịch, độ tuổi, địa vị kinh tế, tài sản, tình trạng hôn nhân, thành phần xuất thân và các địa vị khác”.

<sup>32</sup> Điều 5 Luật cử người lao động tại nước ngoài năm 1999 quy định NLD nước ngoài làm việc tại Thụy Điển sẽ được đối xử theo nguyên tắc đối xử quốc gia và đối xử bình đẳng trên cơ sở áp dụng hệ thống pháp luật của Thụy Điển như Luật về nghi phép hàng năm năm 1997, Luật về bình đẳng giữa nam và nữ năm 1991, Luật quy định các biện pháp chống phân biệt đối xử trong sinh hoạt lao động do khác biệt sắc tộc, tôn giáo hay tín ngưỡng, Luật chống phân biệt đối xử giữa NLD bán thời gian và NLD có hợp đồng ký hạn năm 2002... Điều 3 Luật tiêu chuẩn lao động Nhật Bản năm 1947 quy định “tất cả người lao động không bị phân biệt đối xử về tiền lương, thời giờ làm việc, hoặc các điều kiện lao động khác bởi quốc tịch, tín ngưỡng hoặc vị trí xã hội”.

## KẾT LUẬN CHƯƠNG 2

1. Trong bối cảnh hội nhập kinh tế quốc tế như hiện nay, việc nhà nước cho phép NSDLĐ tuyển dụng và sử dụng NLD nước ngoài sẽ bù đắp sự thiếu hụt của thị trường lao động, tăng năng suất lao động và thúc đẩy chuyển giao công nghệ, khoa học kỹ thuật giữa các quốc gia. Tại mỗi quốc gia, căn cứ vào đặc điểm nền kinh tế, văn hóa, xã hội của mình để xây dựng pháp luật điều chỉnh QHLĐ của NLD nước ngoài phù hợp với bản chất của quan hệ lao động, nhu cầu của thị trường lao động, đáp ứng yêu cầu của đầu tư và sản xuất.

2. Khi phân tích các điều ước quốc tế và hệ thống pháp luật quốc gia về khái niệm NLD nước ngoài cho thấy các điều ước quốc tế và hệ thống pháp luật quốc gia đều sử dụng ba tiêu chí để định nghĩa NLD nước ngoài là quốc tịch, khả năng dịch chuyển và tiêu chí xác định tư cách NLD. Pháp luật Việt Nam chưa có định nghĩa trực tiếp về NLD nước ngoài nên tác giả luận án đề xuất xây dựng khái niệm NLD nước ngoài tại Việt Nam như sau: *“người lao động nước ngoài là người nước ngoài đến Việt Nam làm việc theo hợp đồng lao động, được trả lương và chịu sự quản lý, điều hành của người sử dụng lao động.”*

3. Từ những phân tích luật thực định và lý luận về QHLĐ, luận án đề xuất xây dựng khái niệm QHLĐ của NLD nước ngoài tại Việt Nam là *“quan hệ lao động phát sinh giữa người lao động nước ngoài và người sử dụng lao động. Trong đó, NLD nước ngoài được thuê mướn, thực hiện công việc dưới sự quản lý, điều hành của NSDLĐ để được trả lương.”* QHLĐ của NLD nước ngoài có các đặc điểm chung của QHLĐ thông thường. Bên cạnh đó, QHLĐ của NLD nước ngoài còn có các đặc trưng phân biệt với QHLĐ thông thường – QHLĐ của NLD và NSDLĐ cùng mang quốc tịch của nước sở tại, nước mà họ đang cư trú hoặc đang thực hiện công việc – tại đặc điểm chủ thể của QHLĐ của NLD nước ngoài có yếu tố nước ngoài. Chính đặc điểm này làm cho QHLĐ của NLD nước ngoài là đối tượng điều chỉnh của ngành luật Lao động và ngành luật Tư pháp quốc tế.

4. Pháp luật điều chỉnh QHLĐ của NLD nước ngoài có hai vai trò quan trọng là tạo cơ sở pháp lý cho việc thiết lập, thực hiện và duy trì QHLĐ hợp pháp giữa NLD nước ngoài và NSDLĐ tại quốc gia sở tại và bảo vệ NLD nước ngoài. Pháp luật điều chỉnh QHLĐ của NLD nước ngoài dựa trên các nguyên tắc của ngành luật lao động và ngành luật Tư pháp quốc tế như: Nguyên tắc không phân biệt đối xử, nguyên tắc đối xử quốc gia, nguyên tắc đảm bảo quyền của người lao động trong suốt quá trình di trú....

5. Xung đột pháp luật là hiện tượng đặc thù của ngành luật Tư pháp quốc tế, cũng xảy ra trong QHLĐ của NLD nước ngoài do trong QHLĐ này có thể liên quan đến nhiều hệ thống pháp luật khác nhau. Đây là một hiện tượng pháp lý đặc biệt mà các quốc gia cần phải giải quyết khi xây dựng hệ thống pháp luật điều chỉnh QHLĐ của NLD nước ngoài. Các quốc gia có thể sử dụng hai phương pháp để giải quyết hiện tượng này là phương pháp

xung đột và phương pháp thực chất. Xuất phát từ vai trò của pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài là bảo vệ NLD, các bên trong QHLD có thể thỏa thuận pháp luật áp dụng điều chỉnh HĐLD của mình nhưng sự thỏa thuận đó không được làm ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của NLD nước ngoài.

### Chương 3

## THỰC TRẠNG PHÁP LUẬT ĐIỀU CHỈNH QUAN HỆ LAO ĐỘNG CỦA NGƯỜI LAO ĐỘNG NƯỚC NGOÀI TẠI VIỆT NAM

### 3.1. Quy định trong các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên

Hiện nay, Việt Nam đã tích cực tham gia vào quá trình hội nhập kinh tế quốc tế, thực hiện nhiều hình thức hợp tác quốc tế khác nhau có điều chỉnh trực tiếp hoặc gián tiếp đến QHLD của NLD nước ngoài. Tính đến năm 2018, về cơ bản, hệ thống điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết và tham gia trong lĩnh vực này gồm có các công ước của Tổ chức Lao động Quốc tế (ILO); các văn bản pháp lý trong khuôn khổ của Hiệp hội các quốc gia Đông Nam Á (ASEAN); Cam kết của Việt Nam trong quá trình gia nhập Tổ chức Thương mại Thế giới (WTO) liên quan đến thương mại dịch vụ, Hiệp định Hợp tác lao động, Hiệp định Tương trợ tư pháp, Hiệp định thương mại tự do.

Pháp luật Việt Nam quy định về mối quan hệ giữa pháp luật quốc gia và pháp luật quốc tế theo trường phái áp dụng trực tiếp. Theo quy định của Công ước Viên về Luật Điều ước quốc tế năm 1969 mà Việt Nam đã là thành viên, các quốc gia phê chuẩn phải áp dụng nguyên tắc “pacta sunt servanda” – được hiểu là các quốc gia thành viên có nghĩa vụ tuân thủ nghiêm chỉnh và có thiện chí các quy định của các điều ước quốc tế mà mình là thành viên (Điều 26 và 27 của Công ước). Nguyên tắc này được khẳng định theo quy định tại khoản 2 Điều 6 của Luật ký kết, gia nhập và thực hiện các điều ước quốc tế Việt Nam năm 2016. Các Điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên có nội dung đủ rõ, đủ chi tiết để thực hiện thì sẽ được áp dụng trực tiếp. Các điều ước quốc tế chưa đủ chi tiết để áp dụng trực tiếp thì sẽ được nội luật hóa vào nội dung của pháp luật Việt Nam. Theo đó, các văn bản pháp luật Việt Nam sẽ được sửa đổi, bãi bỏ hoặc được ban hành văn bản mới để thực hiện các điều ước quốc tế tại Việt Nam.

#### *3.1.1. Quy định về quyền lao động cơ bản và bảo vệ người lao động nước ngoài*

Quy định về quyền lao động cơ bản trong các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên được áp dụng chung cho cả NLD Việt Nam và NLD nước ngoài. Nội dung này được điều chỉnh trong các Công ước của Tổ chức Lao động quốc tế (ILO), các văn bản pháp lý trong khuôn khổ của Hiệp hội các quốc gia Đông Nam Á (ASEAN), và trong các Hiệp định thương mại tự do thế hệ mới (FTAs).

Năm 1993, Việt Nam tái gia nhập ILO và từ đó đến nay luôn giữ vững các cam kết với ILO. Tính đến nay, Việt Nam đã gia nhập 21 điều ước quốc tế của ILO, trong đó có 5/8 công ước cơ bản của tổ chức này.<sup>33</sup> Do các quy định trong các Công ước của ILO chưa

<sup>33</sup> Bao gồm: Công ước số 111 về chống phân biệt đối xử trong việc làm và nghề nghiệp năm 1958; Công ước số 100 về

đủ chi tiết để được áp dụng trực tiếp, thực hiện các cam kết của ILO, các nội dung này đã được nội luật hóa vào pháp luật Việt Nam tại các mức độ khác nhau. Theo đó, các quyền lao động cơ bản của NLD nước ngoài được áp dụng giống như quyền lao động cơ bản của NLD Việt Nam, nói chung có những quyền lao động cơ bản sau:

- Quyền chống lại lao động cưỡng bức:

Công ước số 29 kêu gọi sự xóa bỏ đối với tình trạng lao động cưỡng bức, lao động ép buộc và tất cả các dạng lao động cưỡng bức khác. Lao động cưỡng bức là tất cả các công việc hay dịch vụ do một người bất kỳ thực hiện dưới sự đe dọa bằng hình phạt và người phải thực hiện công việc hay dịch vụ đó không tự nguyện làm (khoản 1 Điều 2 Công ước 29). Quy định về quyền chống lại lao động cưỡng bức được chuyển hóa tại khoản 3 Điều 8 quy định các hành vi bị nghiêm cấm: “*cưỡng bức lao động*” và Điều 37 BLLĐ năm 2012: “*Người lao động là nạn nhân của hành vi ngược đãi và cưỡng bức lao động được đơn phương chấm dứt QHLD mà vẫn được bồi thường đầy đủ*”. Ngoài ra, Luật phòng chống buôn bán người 2011 quy định về hành vi phòng ngừa, phát hiện, xử lý hành vi mua bán người, tiếp nhận, xác minh, hỗ trợ bảo vệ nạn nhân của hoạt động mua bán người.

- Quyền không bị phân biệt đối xử trong việc làm và nghề nghiệp:

Phần 1(a) Điều 1 Công ước số 111 đã định nghĩa phân biệt đối xử là bất cứ một sự phân biệt, loại trừ hoặc ưu đãi nào được thực hiện trên cơ sở chủng tộc, màu da, giới tính, tôn giáo, quan điểm chính trị, nguồn gốc quốc gia, nguồn gốc xã hội. Theo Công ước số 111, phân biệt đối xử có thể trong các quy định của pháp luật hoặc trong thực tiễn, có thể phân biệt đối xử trực tiếp (sự phân biệt đối xử trong các quy định, chính sách) hoặc sự phân biệt đối xử gián tiếp (phân biệt đối xử vì chủng tộc, giới tính, tín ngưỡng). Quyền chống phân biệt đối xử được chuyển hóa tại khoản 1 Điều 8 BLLĐ năm 2012: “*Nghiêm cấm phân biệt đối xử về giới tính, dân tộc, màu da, thành phần xã hội, tình trạng hôn nhân, tín ngưỡng, tôn giáo, nhiễm HIV, khuyết tật hoặc vì lý do thành lập, gia nhập và hoạt động công đoàn*”. Tuy nhiên, có hai yếu tố được quy định trong Điều 1 Công ước số 111 của ILO chưa được chuyển hóa vào pháp luật Việt Nam là “*quan điểm chính trị và nguồn gốc quốc gia*”, tức là Việt Nam vẫn chưa thừa nhận nguyên tắc không phân biệt đối xử giữa những NLD dựa trên quốc tịch.

- Quyền được trả công bình đẳng:

Công ước số 100 của ILO yêu cầu các quốc gia thành viên thực hiện các biện pháp nhằm thúc đẩy, bảo đảm khuyến khích hoặc tạo điều kiện thuận lợi cho việc áp dụng các

---

Trả công bình đẳng giữa lao động nam và lao động nữ cho một công việc có giá trị ngang nhau năm 1951; Công ước số 138 quy định tuổi tối thiểu được đi làm việc; Công ước số 29 về lao động cưỡng bức năm 1930, Công ước số 182 về cấm và loại bỏ những hình thức lao động trẻ em tồi tệ nhất.

nguyên tắc của Khuyến nghị bảo đảm lao động nam và nữ được trả công như nhau khi làm những công việc có giá trị tương đương. Công ước số 100 đưa ra tiêu chí để so sánh là “công việc có giá trị tương đương” nhưng lại không có định nghĩa về thuật ngữ này. Quyền về trả công bình đẳng theo Công ước số 100 đã được chuyển hóa tại khoản 3 Điều 90 BLLĐ năm 2012: “*người sử dụng lao động phải đảm bảo trả lương bình đẳng, không phân biệt giới tính đối với NLD là công việc có giá trị như nhau*”.

Trong khu vực ASEAN có những quy định liên quan tới quyền cơ bản của NLD, đã được thỏa luận trong khuôn khổ Cộng đồng Văn hoá - Xã hội ASEAN, song hành cùng AEC để tạo nên hai trong ba trụ cột đẩy mạnh nỗ lực thực hiện mục tiêu xây dựng Cộng đồng chung ASEAN. Một trong nhiều chiến lược của trụ cột này là sử dụng các tiêu chuẩn lao động thế giới, đặc biệt là các Công ước của ILO ràng buộc các thành viên ILO đảm bảo quyền lợi và điều kiện làm việc tối thiểu cho NLD. Tuy nhiên, với những công ước của ILO được dẫn chiếu nhưng chưa được phê chuẩn tại quốc gia thành viên thì nước đó không bị ràng buộc thực hiện những quy định lao động liên quan. Về vấn đề lao động di trú, các thành viên ASEAN đã thông qua Tuyên bố ASEAN về bảo vệ và thúc đẩy các quyền của NLD di trú vào tháng 01/2007, trong đó thừa nhận trách nhiệm của các nước nhận và nước gốc cũng như của Hiệp hội ASEAN trong việc bảo vệ và thúc đẩy các quyền của NLD di trú bao gồm: bảo vệ NLD không bị lạm dụng, phân biệt đối xử hay bạo hành, quản lý lao động di cư, chống lại nạn buôn bán người. Tuyên bố cũng kêu gọi các quốc gia tăng cường hợp tác trong những vấn đề liên quan đến bảo vệ và thúc đẩy quyền của NLD di cư bao gồm cả các thành viên trong gia đình của họ<sup>34</sup>. Tuy nhiên, Tuyên bố này chỉ có giá trị khuyến nghị, không phải là một văn kiện ràng buộc về nghĩa vụ pháp lý.

Tính đến thời điểm hiện tại, Việt Nam đã ký kết và đàm phán 16 hiệp định thương mại tự do (FTA), trong đó đã có những hiệp định chứa đựng những nội dung điều chỉnh lĩnh vực lao động.<sup>35</sup> Trong số các Hiệp định đó, hai Hiệp định thương mại tự do giữa Liên minh Châu Âu và Việt Nam (EVFTA) và Hiệp định Đối tác Xuyên Thái Bình Dương (CPTPP) có cách tiếp cận khác với các Hiệp định thương mại tự do trong khuôn khổ AEC vừa được trình bày ở phần trên khi điều chỉnh vấn đề lao động dưới cách tiếp cận về tăng cường, thúc đẩy quyền của NLD.

CPTPP là hiệp định bảo vệ quyền lợi của NLD mạnh mẽ nhất trong lịch sử. Tuy vậy, CPTPP lại không đưa ra bất kỳ tiêu chuẩn mới nào về lao động. Cụ thể, căn cứ theo

<sup>34</sup> Điều 22, Tuyên bố ASEAN về bảo vệ và thúc đẩy các quyền của người lao động di trú năm 2007

<sup>35</sup> Các FTA đã ký kết: CPTPP, ASEAN-AEC, ASEAN - Ấn Độ, ASEAN - Australia/New Zealand, ASEAN - Hàn Quốc, ASEAN - Nhật Bản, ASEAN - Trung Quốc, Việt Nam - Nhật Bản, Việt Nam - Chile, Việt Nam - Hàn Quốc, Việt Nam - Liên minh kinh tế Á Âu, Việt Nam - EU. Thông tin có tại: <http://www.trungtamwto.vn/fta> (ngày truy cập 29/04/2017). Các FTA đang đàm phán: RCEP (ASEAN+6), ASEAN - Hồng Kông, Việt Nam - EFTA, Việt Nam - Israel. Thông tin có tại: <http://www.trungtamwto.vn/fta>, ngày truy cập 29/04/2017.

chương 19, các nước thành viên có nghĩa vụ đảm bảo trong pháp luật nội địa và thực tiễn thực thi những nguyên tắc về quyền lao động thuộc hai nhóm sau:

*Thứ nhất, nhóm những nguyên tắc trong Tuyên bố của ILO năm 1998, bao gồm: (1) tự do hiệp hội và quyền thương lượng tập thể (theo Công ước số 87 và số 98)<sup>36</sup>; (2) loại bỏ tất cả các hình thức lao động cưỡng bức hoặc bắt buộc (theo Công ước số 29 và số 105); (3) bãi bỏ lao động trẻ em, cấm những hình thức lao động trẻ em tệ hại nhất (theo Công ước số 138 và Công ước số 182); (4) không phân biệt đối xử trong lao động và nghề nghiệp (theo Công ước số 100 và số 111). Bên cạnh đó, CPTPP loại bỏ lao động cưỡng bức hoặc bắt buộc bao gồm cả lao động trẻ em khi bị đối tượng khác cưỡng bức hoặc bắt buộc thực hiện công việc. Để nhấn mạnh vào vấn đề lao động cưỡng bức, CPTPP là hiệp định thương mại đầu tiên trực tiếp quy định về việc không khuyến khích các bên tham gia nhập khẩu hàng hoá được sản xuất hoặc chứa thành phần được sản xuất bởi lao động cưỡng bức bất kể có nguồn gốc từ các nước thành viên của CPTPP hay không thông qua các sáng kiến phù hợp với các nghĩa vụ của WTO.<sup>37</sup>*

*Thứ hai, nhóm các nguyên tắc về điều kiện lao động “chấp nhận được”:* CPTPP đặt ra yêu cầu tất cả các thành viên đều có cam kết thêm về mức lương tối thiểu, giờ làm việc, các vấn đề về an toàn và sức khỏe của NLD trong các quy chế và quy định nội địa<sup>38</sup>. Tuy nhiên, CPTPP không quy định về tiêu chuẩn cơ sở cho những vấn đề này, bởi vì chúng phải phụ thuộc vào chi phí lao động (*labour costs*) và những thay đổi cần thiết tùy thuộc đặc điểm cũng như trình độ phát triển của các quốc gia.

Khác với CPTPP, những quy định về lao động trong EVFTA không nằm trong một chương riêng biệt, mà là một nội dung trong chương Thương mại và Phát triển bền vững. Thông qua EVFTA, EU và Việt Nam cùng thừa nhận những tiêu chuẩn và thỏa thuận quốc tế về lao động, bao gồm những tiêu chuẩn lao động đặt ra bởi ILO ghi nhận trong Tuyên bố về các nguyên tắc và quyền cơ bản trong lao động năm 1998, và những văn kiện liên quan, đồng thời, hai bên cũng cam kết sẽ xem xét việc phê chuẩn các công ước khác của ILO phù hợp với hoàn cảnh hai bên.<sup>39</sup>

Tất cả các quốc gia thành viên trong các hiệp định FTA đều đã trở thành thành viên của ILO, vì vậy, những nội dung trong các Công ước cơ bản đều đã được nội luật hóa trong hệ thống pháp luật của các quốc gia thành viên. Tuy nhiên, các Công ước của ILO chỉ mang tính hướng dẫn và tự nguyện trong, trong khi đó, cả CPTPP và EVFTA ngoài

<sup>36</sup> Quyền tự do liên kết được đề cập đến trong hai công ước này chỉ bao gồm quyền của người lao động cũng như của người sử dụng lao động được thành lập, gia nhập tổ chức đại diện cho mình nhằm mục đích tương tác trong quan hệ lao động. Hai công ước này không điều chỉnh các hiệp hội cũng như các hoạt động không thuộc về quan hệ lao động.

<sup>37</sup> Điều 19.6 Hiệp định CPTPP.

<sup>38</sup> Điều 19.3.2 Hiệp định CPTPP

<sup>39</sup> Điều 3 Chương 15 Hiệp định EVFTA.

việc đề ra một số tiêu chuẩn mới cao hơn, đã đặt ra những quy định đảm bảo thực thi chặt chẽ, quy định hàng loạt những biện pháp hỗ trợ thực thi, cũng như cho ra những cơ chế mang tính cưỡng chế áp dụng khi các nước thành viên không tuân thủ. So với cam kết trong EVFTA, cam kết của các quốc gia trong CPTPP có phần “khắc nghiệt hơn” khi đặt thêm cơ chế trừng phạt nếu bên vi phạm không thực hiện phán quyết của cơ chế giải quyết tranh chấp. Trong EVFTA hướng tới việc giải quyết tranh chấp thông qua con đường chính trị. Ngoài ra, giải quyết tranh chấp trong khuôn khổ AEC cũng có các quy định về thẩm quyền, thủ tục, trình tự khá cụ thể, rõ ràng nhưng kể từ khi ra đời (năm 1996) cho đến nay, cơ chế này chưa từng được sử dụng bởi bất cứ quốc gia ASEAN, nếu có cũng chỉ dừng lại ở giai đoạn tham vấn. Nhìn chung, các biện pháp thực thi cam kết lao động không đặt ra nhiều cam kết mang tính chất điều kiện, thay vào đó, tập trung vào các biện pháp khuyến khích thực thi bằng việc hợp tác giữa các nhà nước, đặc biệt giữa các nhà nước với các chủ thể phi nhà nước trong nước (trong EVFTA và CPTPP), giám sát lẫn nhau thông qua các điểm liên lạc hoặc cơ quan điều phối chung trên cơ sở tự nguyện thực hiện.

### ***3.1.2. Quy định về xác định pháp luật điều chỉnh quan hệ lao động trong các hiệp định tương trợ tư pháp***

Tính đến năm 2015, Việt Nam ký kết 26 Hiệp định tương trợ tư pháp với các nước như Cu Ba, Belarus, Liên bang Nga... liên quan đến các lĩnh vực dân sự, hình sự, hôn nhân và gia đình, lao động. Trong số các Hiệp định tương trợ tư pháp Việt Nam ký kết với các quốc gia, có ba Hiệp định có quy phạm xung đột xác định pháp luật áp dụng cho QHLD (hoặc HĐLD) là Điều 44 Hiệp định tương trợ tư pháp và pháp lý về vấn đề dân sự và hình sự giữa Việt Nam - Liên bang Nga ngày 1998, Điều 40 Hiệp định tương trợ tư pháp và pháp lý về vấn đề dân sự và hình sự giữa Việt Nam - Ucraina năm 2000, Khoản 1 Điều 50 Hiệp định tương trợ tư pháp và pháp lý về các vấn đề dân sự, gia đình, lao động và hình sự giữa Việt Nam và Belarus năm 2000. Các quy phạm xung đột trong các Hiệp định tương trợ tư pháp đều cho phép các bên trong HĐLD lựa chọn pháp luật áp dụng cho HĐLD, nếu luật của nước bên thực hiện công việc không cấm.

Điều 44 Hiệp định tương trợ tư pháp giữa Việt Nam và Liên bang Nga cho phép các bên tham gia HĐLD có thể tự lựa chọn pháp luật áp dụng đối với các QHLD giữa họ; nếu các bên không lựa chọn thì việc xác lập, thay đổi, chấm dứt (hủy bỏ) hợp đồng và các tranh chấp phát sinh từ hợp đồng đó được xác định theo pháp luật của Bên ký kết nơi công việc đang, đã hoặc cần được thực hiện. Nếu NLĐ thực hiện công việc trên lãnh thổ của Bên ký kết này theo HĐLD ký kết với doanh nghiệp ở trên lãnh thổ của Bên ký kết kia, thì việc xác lập, thay đổi, chấm dứt (hủy bỏ) HĐLD và các tranh chấp phát sinh từ HĐLD đó được xác định theo pháp luật của Bên ký kết. Điều 50 Hiệp định tương trợ tư pháp giữa

Việt Nam và Belarus cũng thừa nhận và cho phép các bên thỏa thuận pháp luật áp dụng cho QHLD. Nếu các bên không lựa chọn pháp luật áp dụng cho HĐLĐ thì pháp luật áp dụng sẽ là pháp của nước mà công việc đang, đã hoặc sẽ được thực hiện. Điều 40 Hiệp định tương trợ tư pháp giữa Việt Nam và Ucraina cho phép các bên trong HĐLĐ có thể lựa chọn pháp luật áp dụng cho HĐLĐ nếu pháp luật của nước nơi thực hiện HĐLĐ không cấm điều đó và thỏa thuận này phải được lập thành văn bản. Tuy nhiên, Hiệp định không có quy định giải thích như thế nào là “*không cấm*”.

Các quy phạm xung đột trong các Hiệp định tương trợ tư pháp mà Việt Nam ký kết sẽ áp dụng điều chỉnh vấn đề xác định pháp luật điều chỉnh QHLD (hoặc hợp đồng lao động) của NLD mang quốc tịch Nga, Ucraina, Belarus đến Việt Nam làm việc theo hợp đồng lao động. Theo quy định tại khoản 2 Điều 665 BLDS Việt Nam năm 2015 về áp dụng điều ước quốc tế đối với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, trường hợp điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định khác với quy định của BLDS 2015 và luật khác về pháp luật áp dụng đối với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài thì quy định của điều ước quốc tế đó được áp dụng. Đối chiếu với quy định tại Điều 683 BLDS 2015 về Hợp đồng cũng có quy định cho phép “*Các bên trong quan hệ hợp đồng được thỏa thuận lựa chọn pháp luật áp dụng đối với hợp đồng*”. Trường hợp các bên không có thỏa thuận về pháp luật áp dụng thì pháp luật của nước có mối liên hệ gắn bó nhất với hợp đồng đó được áp dụng. Đối với hợp đồng lao động thì pháp luật của nước có mối liên hệ gắn bó nhất với hợp đồng là pháp luật của nước nơi NLD thường xuyên thực hiện công việc đối với hợp đồng lao động (khoản 2 Điều 683 BLDS 2015). Nếu NLD thường xuyên thực hiện công việc tại nhiều nước khác nhau hoặc không xác định được nơi NLD thường xuyên thực hiện công việc thì pháp luật của nước có mối liên hệ gắn bó nhất với hợp đồng lao động là pháp luật của nước nơi NSDLĐ cư trú đối với cá nhân hoặc thành lập đối với pháp nhân. Như vậy, quy định trong các Hiệp định trên không được coi là “*có quy định khác*” với quy định của BLDS 2015.

### ***3.1.3. Quy định về hình thức làm việc của người lao động nước ngoài***

Theo Nghị định thư gia nhập WTO của CHXHCN Việt Nam, trong cam kết về thương mại dịch vụ, có hai phương thức cung cấp dịch vụ mà NLD nước ngoài có thể đến Việt Nam làm việc là hiện diện thương mại và hiện diện thể nhân.

Trong Biểu cam kết cụ thể về dịch vụ của Việt Nam, cụ thể là phụ lục II Biểu cam kết cụ thể về dịch vụ và mục II. Cam kết cụ thể cho từng ngành quy định thương nhân nước ngoài được phép hiện diện thương mại ở các dịch vụ kinh doanh, môi trường, vận tải hàng không..., ví dụ như dịch vụ pháp lý (dưới hình thức chi nhánh, công ty con của tổ chức luật sư nước ngoài, công ty luật nước ngoài, công ty hợp danh giữa tổ chức luật sư

nước ngoài và công ty luật hợp danh Việt Nam). Trong các cam kết của Việt Nam không đòi hỏi NLD nước ngoài phải đáp ứng một số điều kiện của pháp luật Việt Nam về chuyên môn hoặc kinh nghiệm. Đối với phương thức hiện diện thể nhân, tại Mục I. Cam kết chung của Biểu cam kết cụ thể về dịch vụ quy định những nhóm sau:

*i) Nhóm thứ nhất:* Người di chuyển trong nội bộ doanh nghiệp. Đó là trường hợp NLD của doanh nghiệp nước ngoài được điều chuyển sang Việt Nam làm việc trong các hiện diện thương mại được thành lập tại Việt Nam gồm: người quản lý, giám đốc điều hành, chuyên gia. Các điều kiện với nhóm này được ghi nhận tại Phụ lục I Cam kết chung của Biểu cam kết cụ thể về dịch vụ gồm: Chất lượng; thời gian làm việc tối đa; số lượng.<sup>40</sup>

*ii) Nhóm thứ hai:* Nhân sự khác

Về cơ bản, nhóm thứ hai này có yêu cầu giống với nhóm thứ nhất, phải là nhà quản lý, giám đốc điều hành, chuyên gia. Ngoài những NLD nước ngoài được phép vào Việt Nam làm việc trong các hiện diện thương mại của Việt Nam thì các thương nhân nước ngoài đã có hiện diện thương mại tại Việt Nam có quyền tuyển dụng thêm những NLD nước ngoài từ ngoài lãnh thổ Việt Nam vào làm việc khi lao động Việt Nam không đáp ứng được yêu cầu của công việc. Thời hạn làm việc không quá 03 năm nhưng có thể gia hạn.

*iii) Nhóm thứ ba:* người chào bán dịch vụ. Đó là những NLD nước ngoài được cử đến Việt Nam với tư cách đại diện cho người cung cấp dịch vụ nước ngoài, không phải để trực tiếp bán dịch vụ mà để đàm phán với đối tác Việt Nam sẽ sử dụng một dịch vụ nào đó của họ. Cam kết của Việt Nam không đặt ra yêu cầu, điều kiện về số lượng và chất lượng đối với loại lao động này, chỉ hạn chế thời gian lưu trú không được quá 90 ngày.

*iv) Nhóm thứ tư:* Người cung cấp dịch vụ theo hợp đồng. Đó là trường hợp thương nhân nước ngoài không có hiện diện thương mại tại Việt Nam, cử NLD sang Việt Nam để thực hiện các hợp đồng dịch vụ (kinh tế, thương mại, tài chính, khoa học, văn hóa, y tế, ...) tại Việt Nam với các doanh nghiệp Việt Nam.

Cam kết của Việt Nam yêu cầu về điều kiện đối với NLD được cử đến phải đáp ứng về chất lượng; thời gian làm việc tại Việt Nam; số lượng.

*v) Nhóm thứ năm:* Nhóm người chịu trách nhiệm thành lập hiện diện thương mại.

Về bản chất, nhóm này giống như nhóm thứ nhất là hình thức di chuyển lao động nội bộ trong doanh nghiệp, nhưng cũng có sự khác biệt: đây là những nhà quản lý, giám đốc điều hành được cử đến để thành lập hiện diện thương mại tại Việt Nam. Họ vào Việt Nam làm việc theo HDLD đã được ký kết ở nước ngoài với pháp nhân nước ngoài, nhưng

<sup>40</sup> Xem thêm: Phụ lục I Cam kết chung của Biểu cam kết cụ thể về dịch vụ

không được trực tiếp cung cấp dịch vụ. Thời gian lưu trú tối đa ở Việt Nam là 90 ngày.

Đối với những NLD nước ngoài đến Việt Nam làm việc theo các hình thức làm việc là di chuyển nội bộ trong doanh nghiệp thuộc phạm vi 11 ngành dịch vụ trong Biểu cam kết dịch vụ của Việt Nam với WTO bao gồm: kinh doanh, thông tin, xây dựng, phân phối, giáo dục, môi trường, tài chính, y tế, du lịch, văn hóa giải trí, vận tải thì NLD nước ngoài không phải xin cấp phép lao động (khoản 2 Điều 7 Nghị định 11/2016/NĐ-CP). NSDLĐ của NLD nước ngoài phải làm hồ sơ đến Sở Lao động – Thương binh và Xã hội nơi NLD nước ngoài dự kiến làm việc xác nhận NLD nước ngoài không thuộc diện cấp phép lao động, trước ít nhất 07 ngày kể từ ngày NLD nước ngoài dự kiến làm việc tại Việt Nam. Thời hạn xác nhận NLD nước ngoài không thuộc diện cấp phép lao động không quá 02 năm. (Điều 8 Nghị định 11/2016/NĐ-CP).

#### ***3.1.4. Quy định về quyền được nhận văn bằng và trình độ chuyên môn của người lao động nước ngoài mang quốc tịch của các quốc gia ASEAN***

Theo Hiệp định khung ASEAN về dịch vụ (AFAS), các quy định liên quan tới phương thức cung cấp dịch vụ thứ tư là hiệp định thể nhân, không vượt quá các quy định của WTO theo Hiệp định GATS. Phương thức này sau đó được tách ra đàm phán riêng trong Hiệp định ASEAN về Di chuyển thể nhân (MNP) năm 2012, và bắt đầu có hiệu lực ngày 14/06/2016. Các quy định lao động trong Hiệp định khung ASEAN về dịch vụ (AFAS) và Hiệp định ASEAN về Di chuyển thể nhân (MNP) chỉ là những nguyên tắc chung, chưa có quy định cụ thể về hài hòa các tiêu chuẩn, điều kiện và thủ tục cho phép NLD nước ngoài làm việc trong khu vực ASEAN. Do vậy, các quốc gia ASEAN đã ký kết các Thỏa thuận thừa nhận lẫn nhau nhằm công nhận thẩm quyền, văn bằng, chứng chỉ của lao động có tay nghề trong khu vực. Để hỗ trợ các MRA, ASEAN đang xây dựng Khung tham chiếu trình độ ASEAN (ASEAN Qualifications Reference Framework - AQRF) để có thể so sánh các loại bằng cấp giữa các nước thành viên khi đưa ra một điểm chuẩn thống nhất cho những khuôn khổ bằng cấp hiện có. Khung tham chiếu trình độ ASEAN nhằm mục đích khớp nối các loại khung trình độ quốc gia khác nhau về giai đoạn phát triển, tổ chức từ những trường hợp mới đề xuất ban đầu đến những khung đã được xây dựng có chức năng của khung trình độ quốc gia. Một số nước đã thiết lập khung trình độ quốc gia toàn diện, trong khi có những nước mới có khung theo lĩnh vực (giáo dục phổ thông, nghề nghiệp, đại học), số khác chưa xây dựng hoặc thực hiện khung trình độ. Các Thỏa thuận thừa nhận lẫn nhau (MRAs) điều chỉnh về tính tương đương của các chứng nhận và trình độ chuyên môn của NLD. Nếu đáp ứng được các điều kiện đó, NLD nước ngoài có thể có quyền tự do tham gia vào thị trường lao động tại các quốc gia thành viên khác của ASEAN. NLD đã đủ điều kiện tại một quốc gia ASEAN sẽ đủ điều kiện để làm

việc tại các quốc gia ASEAN theo quy định của pháp luật các nước đó.

Hiện nay, trong ASEAN đã tiến hành ký kết 08 Thỏa thuận thừa nhận lẫn nhau trong các dịch vụ về kế toán và kiểm toán, y tế, nha khoa, kỹ thuật, điều dưỡng, kiến trúc, đo đạc, du lịch.<sup>41</sup> Theo đó, đối với mỗi ngành dịch vụ, quy trình, tiêu chuẩn để NLD nước ngoài được công nhận và được làm việc trong khu vực ASEAN là không giống nhau.

Theo MRA về du lịch, NLD nước ngoài muốn được hành nghề dịch vụ du lịch tại nước tiếp nhận dịch vụ trước hết cần phải được đào tạo và có chứng nhận về tay nghề đáp ứng được các yêu cầu trong tiêu chuẩn trình độ chung ASEAN về nghề du lịch (ACCSTP) do Hội đồng cấp chứng chỉ ngành du lịch (TBCP) cấp tại nước mình. NLD được cấp chứng chỉ sẽ được TBCP của nước mình đăng ký vào hệ thống đăng ký nghề du lịch ASEAN (ATPRS). Khi đó, NLD nước ngoài sẽ được công nhận là đủ tiêu chuẩn để hành nghề du lịch tại Việt Nam mà không cần phải đáp ứng thêm bất kỳ một yêu cầu nào.

MRA về du lịch trong ASEAN đã thiết lập Chương trình du lịch chung ASEAN (CATC) với mục đích tạo ra một khung chương trình chung cho các nghề du lịch trong ASEAN do các Bộ trưởng du lịch ASEAN thống nhất.<sup>42</sup> Chương trình du lịch chung ASEAN sử dụng các hộp công cụ (toolboxes) cho mỗi chức danh công việc, đưa ra các chương trình đào tạo chung được đảm nhiệm bởi các chuyên gia, giảng viên trong khu vực.<sup>43</sup> Sau khi hoàn thành việc đào tạo theo chương trình chung, NLD sẽ được cấp chứng chỉ bởi TBCP.

Khác với MRA về du lịch, để có được chứng nhận trình độ chuyên môn của NLD nước ngoài tại các quốc gia ASEAN theo các MRA trong ba lĩnh vực kế toán, kiến trúc và kỹ thuật, NLD nước ngoài trải qua quy trình 3 bước.

*Bước 1: Tại nước xuất xứ*, NLD hành nghề trong các lĩnh vực kế toán, kiến trúc, kỹ thuật muốn được công nhận về bằng cấp, chứng chỉ hành nghề của mình tại các quốc gia cần phải được cấp giấy phép hành nghề từ Cơ quan quản lý nghề (PRA) tại quốc gia mình, đồng thời đáp ứng được những tiêu chuẩn được ghi nhận trong các MRA có liên quan. NLD đáp ứng được yêu cầu của các MRA có thể nộp đơn tới Ủy ban giám sát tương ứng

<sup>41</sup> Bao gồm: Thỏa thuận khung ASEAN thừa nhận lẫn nhau về Dịch vụ Kế toán và Kiểm toán, Cha-am, Thái Lan, 26 tháng 2 năm 2009. MRA này được sửa đổi và ký chính thức vào ngày 13/11/2014 tại Nay Pyi Taw, Myanmar. Thỏa thuận khung ASEAN thừa nhận lẫn nhau về hành nghề trong lĩnh vực y tế, Cha-am, Thái Lan, 26 tháng 2 năm 2009. Thỏa thuận khung ASEAN thừa nhận lẫn nhau về hành nghề trong lĩnh vực nha khoa, Cha-am, Thái Lan, 26 tháng 2 năm 2009. Thỏa thuận khung ASEAN thừa nhận lẫn nhau về Dịch vụ Kỹ thuật, Kuala Lumpur, 9 tháng 12 năm 2005. Thỏa thuận khung ASEAN thừa nhận lẫn nhau về Dịch vụ Điều dưỡng, Philippines, 8 tháng 12 năm 2006. Thỏa thuận khung ASEAN thừa nhận lẫn nhau về Dịch vụ Kiến trúc, Singapore, 9 tháng 11 năm 2007. Thỏa thuận khung ASEAN thừa nhận lẫn nhau về Khảo sát, Singapore, 19 tháng 11 năm 2007. Thỏa thuận khung ASEAN thừa nhận lẫn nhau về hành nghề du lịch, Bangkok, Thái Lan, 9 tháng 11 năm 2013.

<sup>42</sup> Common ASEAN Tourism Curriculum

<sup>43</sup> Đến cuối năm 2015, 242 hộp công cụ đã được phát triển, mỗi bộ tương ứng với một trong số 242 đơn vị năng lực được mô tả trong Tiêu chuẩn trình độ chung ASEAN về nghề du lịch (ACCSTP). Ví dụ, Campuchia đã thành lập các Tiêu chuẩn năng lực về lĩnh vực dịch vụ khách sạn và dịch vụ du lịch. Philippines và Indonesia cũng đã thiết lập được một hệ thống chung để công nhận kỹ năng và trình độ về du lịch của người lao động ASEAN trong lĩnh vực này

– cơ quan cấp quốc gia được thiết kế theo các MRA để được chứng nhận bằng cấp và kinh nghiệm làm việc của mình. Hội đồng giám sát sẽ tiến hành kiểm tra, thẩm định và đăng ký vào hệ thống đăng ký nghề ASEAN tương ứng với những công dân đủ điều kiện (Cơ quan đăng ký nghề kế toán ASEAN - ACPAR; Cơ quan đăng ký nghề kiến trúc ASEAN – AAR; Cơ quan đăng ký nghề kỹ thuật ASEAN – ACPER).

*Bước 2: công nhận ở cấp độ ASEAN*, Các Ủy ban điều phối MRA ở cấp độ khu vực được thiết kế tương ứng với từng ngành nghề (Ủy ban điều phối nghề kế toán ASEAN – ACPACC; Ủy ban điều phối nghề kiến trúc ASEAN – AAC; Ủy ban điều phối nghề kỹ sư ASEAN – ACPECC). Các cơ quan này họp 4 lần mỗi năm nhằm xem xét, đánh giá những NLD được giới thiệu từ các hội đồng giám sát quốc gia. Những ứng viên là NLD đủ điều kiện sẽ được công nhận là chuyên gia ASEAN (Kế toán viên ASEAN – ACPA; Kiến trúc sư ASEAN – AA; Kỹ sư ASEAN – ACPE).

*Bước 3: công nhận tại nước tiếp nhận dịch vụ*, NLD đã được công nhận tư cách chuyên gia ASEAN sẽ nộp đơn với tư cách chuyên gia đăng ký nước ngoài tại nước tiếp nhận dịch vụ. Tại đây, NLD nước ngoài có thể cần phải đáp ứng thêm các điều kiện bổ sung được yêu cầu theo quy định tại pháp luật nước tiếp nhận dịch vụ, bao gồm cả yêu cầu bắt buộc phải làm việc cùng một NLD của quốc gia sở tại trong lĩnh vực này.

Như vậy, trong ba lĩnh vực kế toán, kiến trúc và kỹ thuật, NLD nước ngoài sẽ phải trải qua một quy trình đánh giá thêm tại Việt Nam trước khi được phép hành nghề tại Việt Nam mặc dù trước đó họ đã được công nhận tư cách chuyên gia ASEAN tại các cơ quan có thẩm quyền cấp độ khu vực. Hiện nay, tại Việt Nam, chưa có quy định trong lĩnh vực kế toán. Trong lĩnh vực kiến trúc, Bộ Xây dựng đã ban hành Quyết định số 554/QĐ-BXD ngày 14/06/2011 về việc ban hành quy chế đánh giá kiến trúc sư ASEAN. Trong đó, quy định về các nguyên tắc đánh giá để một NLD được công nhận là kiến trúc sư ASEAN có liên quan đến thời gian đào tạo (ít nhất năm năm đào tạo liên tục), tư cách hành nghề, có kinh nghiệm làm việc ít nhất từ 10 năm trở lên, có ít nhất 02 năm đảm nhiệm các công việc kiến trúc quan trọng, duy trì việc phát triển nghề nghiệp liên tục, tiêu chuẩn đạo đức nghề nghiệp, ...<sup>44</sup> Trong lĩnh vực kỹ thuật, Bộ Xây dựng đã ban hành Quyết định số 820 và 821/QĐ-BXD ngày 6/8/2009 về việc thành lập Ủy ban giám sát của Việt Nam và Quy chế đánh giá đối với kỹ sư chuyên nghiệp. Các nguyên tắc đánh giá NLD nước ngoài tương tự như đối với lĩnh vực kiến trúc, khác nhau về tiêu chuẩn đáp ứng cụ thể.

Khác với các MRA trong hai nhóm nói trên, nhóm MRA trong lĩnh vực y tế, nha khoa, điều dưỡng không tạo ra một hệ thống đăng ký cấp độ khu vực mà chỉ đưa ra các

<sup>44</sup> Điều 12, 13, 14,15, 16, 17 Quyết định số 554/QĐ-BXD ngày 14/06/2011 về việc ban hành quy chế đánh giá kiến trúc sư ASEAN

tiêu chí cần thiết để một NLD có thể có đủ điều kiện nộp đơn yêu cầu công nhận tại quốc gia thành viên khác. Quy trình để NLD được công nhận văn bằng chuyên môn trong lĩnh vực y tế trong khu vực ASEAN được thực hiện thông qua hai bước. NLD hành nghề trong lĩnh vực nha khoa, y khoa và y tá cần phải có chứng chỉ hành nghề được cấp bởi cơ quan quản lý nghề quốc gia (PRA), đồng thời đáp ứng được các tiêu chí đưa ra tại các MRA liên quan tới số năm tối thiểu công tác, tiêu chuẩn chuyên môn, tiêu chuẩn đạo đức, ... Khi có giấy phép hành nghề được cấp bởi PRA của quốc gia mình và đáp ứng đủ các tiêu chí được ghi nhận tại các MRA, NLD nước ngoài có thể nộp đơn trực tiếp tới các cơ quan quản lý nghề tại các quốc gia tiếp nhận. Để được công nhận một cách đầy đủ và hành nghề hợp pháp tại quốc gia tiếp nhận, NLD nước ngoài hành nghề trong lĩnh vực này cần tiếp tục đáp ứng các yêu cầu riêng tại mỗi quốc gia. Nhóm MRA này không hướng tới thiết lập một cơ chế đăng ký hành nghề chung ASEAN mà chủ yếu tập trung vào trao đổi thông tin và tăng cường hợp tác về công nhận lẫn nhau trong các lĩnh vực ngành nghề này, thúc đẩy áp dụng các thực tiễn tốt nhất về các tiêu chuẩn và trình độ, cung cấp cơ hội xây dựng năng lực và đào tạo, ... Vì vậy, NLD của một nước ASEAN khi muốn hành nghề tại Việt Nam trong ba lĩnh vực này thì vẫn phải thực hiện hoàn toàn theo các quy định pháp luật và quy trình thủ tục liên quan đến chứng minh văn bằng, trình độ chuyên môn của pháp luật Việt Nam.

Như vậy, ngoại trừ lĩnh vực du lịch, các lĩnh vực còn lại trong các MRA, việc NLD nước ngoài mang quốc tịch các quốc gia ASEAN đến Việt Nam làm việc muốn được công nhận văn bằng để hành nghề với tư cách “chuyên gia ASEAN” vẫn phải tuân thủ các quy định, yêu cầu bổ sung của pháp luật Việt Nam. Với một số lượng lớn thông tin và quy định như vậy, nhưng chưa được tổng hợp trong một cơ sở dữ liệu chung có thể gây khó khăn cho NLD khi muốn được công nhận văn bằng và cấp phép hành nghề tại Việt Nam.

### ***3.1.5. Quy định điều chỉnh quyền và nghĩa vụ của người sử dụng lao động và người lao động nước ngoài trong các hiệp định hợp tác lao động***

Từ năm 1992 đến năm 2018, Việt Nam đã ký kết khoảng hơn 20 điều ước quốc tế và hiệp định hợp tác lao động với các quốc gia và vùng lãnh thổ. Do đây là các ĐUQT song phương nên nội dung của các Hiệp định hợp tác lao động rất đa dạng, thường bao gồm các nội dung cơ bản như cam kết về việc tạo điều kiện thuận lợi để NLD Việt Nam sang làm việc tại quốc gia ký kết Hiệp định và NLD nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam, xác định các cơ chế pháp lý đảm bảo cho việc tuyển dụng được thực hiện đúng theo quy định của hai nước ký kết, từ giai đoạn tuyển dụng, thực hiện HĐLĐ và việc chấm dứt, hồi hương lao động về nước của mình. Cụ thể là, một số vấn đề pháp lý cơ bản trong các Hiệp định hợp tác lao động sau đây có điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài:

*Một là*, để tạo điều kiện thuận lợi cho việc tiếp nhận NLD nước ngoài, các Hiệp định hợp tác lao động quy định cụ thể cơ quan có thẩm quyền của mỗi nước có trách nhiệm thực thi hiệp định. Tại Việt Nam chính là Bộ LĐTBXH. Trong quá trình thực hiện Hiệp định hợp tác lao động, các cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam và nước ngoài thành lập nhóm công tác để giải quyết các vấn đề có liên quan, hai bên phải thông báo cho nhau những quy định của luật pháp nước mình trong lĩnh vực tiếp nhận và sử dụng lao động nước ngoài và kịp thời thông báo những thay đổi trong các quy định đó, trao đổi danh sách những pháp nhân và thể nhân được phép hoạt động trong lĩnh vực đưa NLD ra nước ngoài làm việc, hỗ trợ NLD di cư làm việc ở những vị trí yêu cầu tay nghề cao, phù hợp với luật pháp của Bên tiếp nhận.

*Hai là*, hình thức quản lý lao động nước ngoài được quy định trong tất cả các hiệp định hợp tác lao động là bằng GPLĐ, được cấp theo thủ tục và điều kiện do pháp luật của bên tiếp nhận quy định. QHLD giữa NLD di cư và NSDLĐ được thể hiện bằng HĐLĐ và các văn bản thỏa thuận khác phù hợp với luật pháp nước tiếp nhận. Đặc biệt, đối với một số quốc gia (Cadacxtan, Thái Lan) đã thống nhất tạo điều kiện cho NLD bằng việc quy định hai nước sẽ công nhận những văn bằng quốc gia về trình độ giáo dục và tay nghề tương đương (chứng chỉ, bằng tốt nghiệp, giấy chứng nhận, bằng cấp), và những văn bằng khác về chức danh, cấp bậc và trình độ tay nghề cần thiết cho việc thực hiện hoạt động lao động mà không cần tiến hành các thủ tục chứng thực, công chứng và hợp pháp hóa trước.

*Ba là*, theo các Hiệp định hợp tác lao động, NLD nước ngoài khi làm việc tại nước tiếp nhận lao động có một số quyền và nghĩa vụ cơ bản như các quyền và tự do cư trú phù hợp với quy định của nước tiếp nhận; mang, gửi, chuyển tiền bằng ngoại tệ về nước thường trú phù hợp với luật pháp của quốc gia tiếp nhận lao động; quyền tham gia tất cả những loại bảo hiểm tự nguyện bằng chi phí của mình hoặc chi phí của NSDLĐ; nghĩa vụ phải chịu chi phí dịch vụ y tế (trừ trường hợp cấp cứu); nghĩa vụ tuân thủ pháp luật; nghĩa vụ liên quan đến thuế thu nhập theo đúng quy định của các nước tiếp nhận.

### **3.2. Quy định của pháp luật Việt Nam**

Quy định của pháp luật Việt Nam điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài nằm rải rác tại nhiều Bộ luật và Văn bản pháp luật. Phần lớn các quy định tồn tại trong Bộ luật Lao động 2012 và các Văn bản hướng dẫn thi hành. BLLĐ năm 2012 lần đầu tiên tách phần quy định về NLD nước ngoài thành một phần riêng, nhưng vẫn giữ nguyên quan điểm của Nhà nước Việt Nam về mục đích của hoạt động tuyển dụng NLD nước ngoài là *“Chỉ được tuyển dụng lao động là công dân nước ngoài đối với công việc quản lý, giám đốc điều hành, chuyên gia và lao động kỹ thuật mà lao động Việt Nam chưa đáp ứng được, phải giải trình nhu cầu sử dụng và phải được sự chấp thuận của cơ quan nhà nước có thẩm*

*quyền*” (Điều 170). Bên cạnh đó, việc sử dụng NLD nước ngoài theo HĐLĐ tại Việt Nam trong những lĩnh vực đặc thù còn được sự điều chỉnh của các văn bản pháp luật chuyên ngành như Luật thể dục, thể thao năm 2006; Bộ luật hàng hải năm 2015; Luật hàng không dân dụng năm 2006 (sửa đổi bổ sung năm 2014); Luật luật sư năm 2006 (sửa đổi bổ sung năm 2012), các đạo luật và những văn bản dưới luật khác. Ngoài ra, QHLD của NLD nước ngoài còn chịu sự điều chỉnh của BLDS 2015 về các quy định liên quan đến xác định pháp luật áp dụng điều chỉnh cho QHLD có yếu tố nước ngoài.

### ***3.2.1. Quy định điều chỉnh thiết lập quan hệ lao động của người lao động nước ngoài***

Theo quy định tại BLLĐ năm 2012 và các văn bản hướng dẫn thi hành, Pháp luật Việt Nam đã bãi bỏ hạn ngạch về phần trăm số lượng NLD nước ngoài được phép tuyển dụng, các quy định về tuyển dụng NLD nước ngoài gồm có: điều kiện đối với NLD nước ngoài, điều kiện đối với NSDLĐ, thủ tục tuyển dụng NLD nước ngoài, điều kiện về hình thức làm việc của NLD nước ngoài.

#### *3.2.1.1. Điều kiện đối với người lao động nước ngoài*

NLD nước ngoài làm việc tại Việt Nam trước hết là công dân nước ngoài, đáp ứng những điều kiện pháp luật quy định để được phép làm việc tại Việt Nam cho tổ chức, cá nhân Việt Nam hoặc nước ngoài tại Việt Nam. Điều kiện đối với NLD nước ngoài làm việc tại Việt Nam được quy định tại Khoản 1 Điều 169 BLLĐ năm 2012 là:

*Thứ nhất*, NLD nước ngoài phải là người có năng lực hành vi dân sự đầy đủ, tức là phải từ đủ 18 tuổi trở lên theo quy định tại Điều 20 BLDS năm 2015

*Thứ hai*, NLD nước ngoài phải có trình độ chuyên môn, tay nghề và sức khỏe phù hợp với yêu cầu công việc. Điều 3 Nghị định 11/2016/NĐ-CP đã ghi nhận các tiêu chí để xác định trình độ chuyên môn của NLD nước ngoài tại từng vị trí cụ thể là “chuyên gia”; “lao động kỹ thuật”; “nhà quản lý”; “giám đốc điều hành”.<sup>45</sup>

*Thứ ba*, NLD nước ngoài không phải là người phạm tội hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của pháp luật Việt Nam, pháp luật nước ngoài. Theo quy định khoản 2, khoản 3 Điều 10 Nghị định 11/2016 NĐ-CP thì việc xác nhận NLD nước ngoài không phải là người phạm tội hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự thông qua Phiếu lý lịch tư pháp của nước mà người đó cư trú cấp.

*Thứ tư*, NLD nước ngoài phải có GPLĐ. GPLĐ có thể bị cấp lại hoặc thu hồi theo quy định của pháp luật Việt Nam. Bên cạnh đó, NLD nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam phải đáp ứng đầy đủ các điều kiện chung đối với người nước ngoài khi nhập cảnh,

<sup>45</sup> Các tiêu chí cụ thể xem thêm Điều 3 Nghị định 11/2016/NĐ-CP.

xuất cảnh, cư trú tại Việt Nam.<sup>46</sup>

Ngoài ra, trong các điều ước quốc tế song phương của Việt Nam cam kết tiếp nhận NLD nước ngoài thì đều quy định nguyên tắc chung điều kiện của NLD do pháp luật của quốc gia tiếp nhận lao động quyết định, chỉ có Thỏa thuận giữa Chính phủ CHXHCN Việt Nam và Chính phủ Ô-xto-rây-li-a về chương trình lao động kết hợp kỳ nghỉ có quy định về một số điều kiện cụ thể để NLD nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam, bao gồm: Mục đích nhập cảnh; độ tuổi; bằng cấp, trình độ của NLD và các điều kiện khác.<sup>47</sup>

### *3.2.1.2. Điều kiện đối với người sử dụng người lao động nước ngoài*

Chủ thể được phép tuyển dụng lao động nước ngoài theo HĐLĐ là chủ thể có giới hạn (chủ thể có điều kiện). Theo quy định tại khoản 2 điều 2 Nghị định 11/2016/NĐ-CP, NSDLĐ của NLD nước ngoài bao gồm các cơ quan, doanh nghiệp, tổ chức, cá nhân có đủ điều kiện:

- Doanh nghiệp hoạt động theo Luật Doanh nghiệp, Luật Đầu tư hoặc theo điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là thành viên. Khoản 7 Điều 4 Doanh nghiệp 2014 quy định về khái niệm doanh nghiệp, ngoài ra Luật Doanh nghiệp 2014 cũng quy định các loại hình doanh nghiệp khác nhau;

- Nhà thầu nước ngoài hoặc trong nước tham dự thầu, thực hiện hợp đồng (theo quy định của pháp luật đầu tư và pháp luật đấu thầu). Nhà thầu nước ngoài là tổ chức được thành lập theo pháp luật nước ngoài hoặc cá nhân mang quốc tịch nước ngoài tham dự thầu tại Việt Nam (khoản 37 Điều 4 Luật Đấu thầu năm 2013). Nhà thầu trong nước là tổ chức được thành lập theo pháp luật Việt Nam hoặc cá nhân mang quốc tịch Việt Nam tham dự thầu (Khoản 38 Điều 4 Luật Đấu thầu năm 2013);

- Văn phòng đại diện, chi nhánh của doanh nghiệp, cơ quan, tổ chức được cơ quan có thẩm quyền cấp phép thành lập;

- Cơ quan nhà nước, tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức chính trị xã hội - nghề nghiệp, tổ chức xã hội, tổ chức xã hội - nghề nghiệp;

- Tổ chức phi chính phủ nước ngoài, tổ chức quốc tế tại Việt Nam;

- Tổ chức sự nghiệp được thành lập theo quy định của pháp luật;

- Văn phòng của dự án nước ngoài hoặc của tổ chức quốc tế tại Việt Nam;

- Văn phòng điều hành của nhà đầu tư nước ngoài trong hợp đồng hợp tác kinh doanh hoặc của nhà thầu nước ngoài được đăng ký hoạt động theo quy định của pháp luật;

- Các tổ chức hành nghề luật sư tại Việt Nam theo quy định của pháp luật. Tổ chức

<sup>46</sup> Các quy định cụ thể về thị thực xem thêm Điều 10 Luật Nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú năm 2014.

<sup>47</sup> Cụ thể xem thêm Thỏa thuận giữa Chính phủ CHXHCN Việt Nam và Chính phủ Ô-xto-rây-li-a về chương trình lao động kết hợp kỳ nghỉ

hành nghề luật sư bao gồm: Văn phòng luật sư; Công ty luật, Tổ chức hành nghề luật sư được tổ chức, hoạt động theo quy định của pháp luật (Điều 32 Luật luật sư năm 2006, sửa đổi bổ sung năm 2012);

- Hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã thành lập và hoạt động theo Luật Hợp tác xã. (Điều 3 Luật hợp tác xã năm 2012);

- Hội, hiệp hội doanh nghiệp được thành lập theo quy định của pháp luật;

- Hộ kinh doanh, cá nhân được phép hoạt động kinh doanh theo quy định của pháp luật.

Pháp luật Việt Nam quy định về NSDLĐ theo phương pháp liệt kê. Nhưng khi áp dụng vào thực tiễn giải quyết tranh chấp thì việc xác định NSDLĐ còn phải căn cứ vào tính chất quan hệ hợp đồng giữa các bên. Bởi vì trong một số trường hợp việc xác định NSDLĐ khá phức tạp đặc biệt đối với những trường hợp NLD nước ngoài làm việc trong các chi nhánh, văn phòng đại diện của pháp nhân nước ngoài, doanh nghiệp liên doanh có vốn đầu tư nước ngoài hoặc HĐLĐ của NLD nước ngoài được ký kết thông qua đại diện hoặc ủy quyền. Đối với trường hợp NLD nước ngoài làm việc trong các chi nhánh, văn phòng đại diện của pháp nhân nước ngoài, pháp luật lao động của Việt Nam quy định đây là chủ thể đủ điều kiện để trực tiếp tuyển dụng NLD nước ngoài làm việc tại Việt Nam nhưng theo quy định tại Luật Doanh nghiệp thì chi nhánh của doanh nghiệp là đơn vị phụ thuộc của doanh nghiệp, có nhiệm vụ thực hiện toàn bộ hoặc một phần chức năng của doanh nghiệp để cả chức năng đại diện theo ủy quyền<sup>48</sup>. Khi NLD nước ngoài được ký kết HĐLĐ với chi nhánh và văn phòng đại diện của pháp nhân nước ngoài thì NSDLĐ là pháp nhân nước ngoài chứ không phải là chi nhánh và văn phòng đại diện của pháp nhân nước ngoài đó.

Có hai hình thức làm việc của NLD nước ngoài có thể áp dụng tại chi nhánh và văn phòng đại diện của pháp nhân nước ngoài đó là (i) họ được tuyển dụng tại Việt Nam hoặc (ii) được cử sang Việt Nam làm việc theo hình thức luân chuyển nội bộ trong doanh nghiệp. Đối với trường hợp (i), để có thể tuyển dụng NLD nước ngoài tại Việt Nam, chi nhánh và văn phòng đại diện của pháp nhân nước ngoài phải làm các thủ tục chứng minh nhu cầu sử dụng NLD nước ngoài giống như các chủ thể khác. Nhu cầu sử dụng NLD nước ngoài phải phù hợp với chức năng, phạm vi hoạt động của chi nhánh và văn phòng đại diện của pháp nhân nước ngoài.<sup>49</sup> Còn đối với chi nhánh của pháp nhân nước ngoài đã được cơ

<sup>48</sup> Văn phòng đại diện của doanh nghiệp là đơn vị phụ thuộc của doanh nghiệp có nhiệm vụ đại diện theo ủy quyền cho lợi ích của doanh nghiệp và bảo vệ các lợi ích đó (Khoản 1 và 2 điều 45 Luật Doanh nghiệp 2014). Ngành nghề kinh doanh của chi nhánh phải đúng với ngành nghề kinh doanh của doanh nghiệp.

<sup>49</sup> Ví dụ như chức năng của văn phòng đại diện là liên lạc, xúc tiến xây dựng các dự án hợp tác của thương nhân nước ngoài tại Việt Nam, nghiên cứu thị trường để thúc đẩy cơ hội mua bán hàng hoá, cung ứng và tiêu dùng dịch vụ thương mại của thương nhân mà mình đại diện, không có chức năng sản xuất, kinh doanh hàng hóa nên không thể lấy lý do tuyển dụng NLD nước ngoài vì NLD Việt Nam không đáp ứng nhu cầu của sản xuất.

quan nhà nước có thẩm quyền của Việt Nam cấp phép thực hiện chức năng kinh doanh, sản xuất hàng hóa thì có thể tuyển dụng NLD nước ngoài để đáp ứng các nhu cầu về kinh doanh, sản xuất hàng hóa.<sup>50</sup>

Đối với trường hợp NLD nước ngoài làm việc trong các công ty liên doanh có vốn đầu tư nước ngoài, theo quy định tại Luật Doanh nghiệp, doanh nghiệp liên doanh được thành lập theo hình thức công ty TNHH, công ty cổ phần. Mỗi bên liên doanh chịu trách nhiệm trong phạm vi phần vốn cam kết góp vào vốn pháp định của doanh nghiệp. Doanh nghiệp liên doanh có tư cách pháp nhân theo quy định của pháp luật Việt Nam, được thành lập và hoạt động kể từ ngày được cấp Giấy phép đầu tư. Như vậy, nếu NLD nước ngoài ký kết HĐLĐ với công ty liên doanh thì chính công ty đó là NSDLĐ của NLD nước ngoài. Trên thực tế, có một số trường hợp, khi tranh chấp lao động xảy ra giữa công ty liên doanh và NLD nước ngoài thì những công ty liên doanh này đã phủ nhận trách nhiệm, cho rằng mình không phải là NSDLĐ, đẩy trách nhiệm NSDLĐ về phía công ty nước ngoài nhằm gây khó khăn cho việc khởi kiện của NLD. Ví dụ như Bản án số 441/2012/LĐ-ST, ngày 09/4/2012 của TAND thành phố Hồ Chí Minh là trường hợp giải quyết tranh chấp đơn phương chấm dứt HĐLĐ giữa công ty TNHH Ánh Kim (bị đơn) và ông Eric Reyes (nguyên đơn), quốc tịch Philippine.<sup>51</sup> Trường hợp trong Bản án số 822/2015/LĐ-PT ngày 08/7/2015 của TAND thành phố Hồ Chí Minh về việc giải quyết tranh chấp đơn phương chấm dứt HĐLĐ giữa Công ty TNHH Dentsu Việt Nam và ông Travis Ryan Sorge, quốc tịch Singapore, mặc dù Công ty TNHH Dentsu Việt Nam phủ nhận trách nhiệm nhưng TAND thành phố Hồ Chí Minh kết luận TNHH Dentsu Việt Nam là NSDLĐ và phải có trách nhiệm đối với hành vi đơn phương chấm dứt HĐLĐ đối với NLD nước ngoài.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> Thương nhân nước ngoài được thành lập Chi nhánh của mình tại Việt Nam theo các cam kết của Việt Nam trong các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên để hoạt động mua bán hàng hoá và các hoạt động liên quan trực tiếp đến mua bán hàng hoá theo quy định tại Điều 16, Điều 19, Điều 20, Điều 22 của Luật Thương mại và quy định của Nghị định 72/2006/NĐ-CP ngày 25/7/2006.

<sup>51</sup> Công ty TNHH Ánh Kim là liên doanh thành lập bởi Công ty TNHH Thành Đạt (quốc tịch Việt Nam) và Công ty TNHH Vinvest (quốc tịch Hồng Kong). Công ty TNHH Ánh Kim đã ra quyết định bổ nhiệm ông Eric làm Trưởng phòng kỹ thuật cho Công ty từ ngày 01/8/2003 với mức lương 1.800USD/tháng nhưng không cung cấp HĐLĐ cho NLD nước ngoài (HĐLĐ bị công ty TNHH Ánh Kim giữ lại để làm GPLĐ). Đến ngày 23/05/2013, Tổng giám đốc Công ty Ánh Kim ra quyết định thôi việc đối với ông Eric, theo quyết định ông được nghỉ việc kể từ ngày 23/5/1013. Tại thời điểm xảy ra tranh chấp, công ty TNHH Ánh Kim phủ nhận có QHLD với ông Eric, cho rằng, ông Eric chỉ là trường hợp được công ty mẹ tại Hồng Kong cử sang công ty Việt Nam làm việc nên công ty TNHH Ánh Kim không có trách nhiệm trả lương và thực hiện các nghĩa vụ của NSDLĐ. Tuy nhiên, TAND Thành phố Hồ Chí Minh đã không đồng thuận với quan điểm của Bị đơn, quyết định rằng công ty TNHH Ánh Kim đã là pháp nhân độc lập với công ty mẹ tại Hồng Kong và là NSDLĐ của Nguyên đơn.

<sup>52</sup> Công ty TNHH Dentsu Việt Nam là công ty con được thành lập bởi Công ty TNHH Dentsu Young & Rubicam Pte, quốc tịch Singapore. Công ty TNHH Dentsu Việt Nam cho rằng không ký bất kỳ HĐLĐ nào với ông Sorge vì Công ty Dentsu Young & Rubicam Pte. Ltd. tại Singapore đã tuyển dụng ông Sorge và điều động ông Sorge làm việc tại Công ty Dentsu Việt Nam dưới hình thức luân chuyển trong nội bộ doanh nghiệp. Tuy nhiên, Tòa án Việt Nam cho rằng HĐLĐ được ký giữa ông Sorge và Công ty TNHH Dentsu Việt Nam về hình thức thoả thuận lao động không đúng với mẫu HĐLĐ, nhưng về nội dung thì phù hợp với quy định tại Điều 27 BLLĐ năm 1994. Hơn nữa, theo GPLĐ số 20693 do Sở LĐTBXH Thành phố Hồ Chí Minh cấp cho ông Travis Ryan Sorge ngày 30/12/2010, tên của NSDLĐ là Công ty TNHH Dentsu Việt Nam. Phía Công ty TNHH Dentsu Việt Nam không cung cấp tài liệu, chứng cứ chứng minh lời khai của mình, cũng như có yêu cầu triệu tập người làm chứng, chứng minh việc ông Sorge làm việc tại Công ty TNHH Dentsu Việt Nam là luân chuyển nhân sự nội bộ, và ủy thác trả lương từ công ty Singapore. Vì vậy, TAND thành phố Hồ Chí Minh kết luận TNHH Dentsu Việt Nam là NSDLĐ và phải có trách nhiệm đối với hành vi đơn phương chấm dứt HĐLĐ đối với NLD nước ngoài.

Trong cả hai vụ án trên quyền lợi của NLD nước ngoài đều không được đảm bảo do trong vụ án thứ nhất HĐLĐ bị tuyên bố vô hiệu (NLD nước ngoài chưa được cấp GPLĐ) và trong vụ án thứ hai bị đình chỉ giải quyết do hết thời hiệu khởi kiện, nhưng quan điểm của Tòa án Việt Nam được thể hiện về các công ty có vốn đầu tư nước ngoài tại Việt Nam là các công ty đã có tư cách pháp nhân theo quy định pháp luật Việt Nam thì sẽ là NSDLĐ hợp pháp.

Để ký kết HĐLĐ với NLD hợp pháp, theo quy định tại Khoản 1 Điều 3 Nghị định 05/2015/NĐ-CP: “*Người giao kết HĐLĐ bên phía NSDLĐ là người đại diện theo pháp luật quy định tại điều lệ của doanh nghiệp, hợp tác xã, người đứng đầu, cơ quan, đơn vị, tổ chức theo quy định của pháp luật, chủ hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sử dụng lao động*”, bao gồm người đại diện theo pháp luật quy định tại điều lệ của doanh nghiệp, điều lệ hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã hoặc người được người đại diện theo pháp luật ủy quyền đối với doanh nghiệp hoạt động theo Luật Doanh nghiệp, hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã hoạt động theo luật hợp tác xã; người đứng đầu cơ quan, đơn vị, tổ chức hoặc người được người đứng đầu cơ quan đơn vị, tổ chức ủy quyền đối với cơ quan nhà nước, đơn vị sự nghiệp, tổ chức chính trị, tổ chức chính trị xã hội có sử dụng lao động làm việc theo chế độ HĐLĐ; chủ hộ hoặc người đại diện hộ gia đình có thuê mướn sử dụng lao động hoặc cá nhân trực tiếp sử dụng.

Trường hợp người có thẩm quyền giao kết HĐLĐ bên phía NSDLĐ không trực tiếp giao kết HĐLĐ thì có thể ủy quyền hợp pháp bằng văn bản cho người khác giao kết HĐLĐ, trừ trường hợp “*cá nhân trực tiếp sử dụng*” lao động theo Giấy ủy quyền phải do Bộ LĐTBXH quy định mẫu (Khoản 1 Điều 3 Thông tư 47/2015/TTBLĐTBXH ngày 16/11/2015). Đối với NLD nước ngoài thì căn cứ Khoản 2 điều 3 Nghị định 05/2016/NĐ-CP, NLD nước ngoài phải trực tiếp ký HĐLĐ và không được ủy quyền.

### 3.2.1.3. Hình thức làm việc của người lao động nước ngoài

Điều kiện về hình thức làm việc là điều kiện không được quy định cụ thể trong BLLĐ năm 2012 mà được điều chỉnh trong Nghị định số 11/2016/NĐ-CP ngày 03/02/2016, là quy định chung cho cả các hình thức người nước ngoài làm việc tại Việt Nam bao gồm cả NLD nước ngoài và những chủ thể khác như tình nguyện viên, người cung cấp dịch vụ theo hợp đồng (thực hiện công việc theo hợp đồng dịch vụ), người chịu trách nhiệm thành lập hiện diện thương mại (thực hiện công việc liên quan đến thành lập hiện diện thương mại tại Việt Nam, không được trực tiếp cung cấp dịch vụ).

Các hình thức làm việc của NLD nước ngoài gồm có các hình thức như sau:

#### *i) Di chuyển trong nội bộ doanh nghiệp*

Đây là trường hợp NLD của doanh nghiệp nước ngoài được điều chuyển sang Việt

Nam làm việc trong các hiện diện thương mại được thành lập tại Việt Nam như Chi nhánh, Văn phòng đại diện của pháp nhân nước ngoài tại Việt Nam theo các vị trí gồm có: người quản lý, giám đốc điều hành, chuyên gia, lao động kỹ thuật với khoảng thời gian là 01 năm, nội dung công việc phụ thuộc vào chức năng của hiện diện thương mại của Việt Nam là chi nhánh hoặc là văn phòng đại diện. (Điều 3 Nghị định số 11/2016/NĐ-CP)

*ii) Chào bán dịch vụ*

“Chào bán dịch vụ” là trường hợp NLD nước ngoài được cử đến Việt Nam làm việc với tư cách là đại diện cho người cung cấp dịch vụ ở nước ngoài, NLD không được trực tiếp bán dịch vụ đó cho đối tác Việt Nam, mà chỉ là đàm phán với đối tác Việt Nam để bán dịch vụ.

*iii) Làm việc cho tổ chức phi chính phủ nước ngoài, tổ chức quốc tế tại Việt Nam được phép hoạt động theo quy định của pháp luật Việt Nam*

Địa vị pháp lý của tổ chức phi chính phủ ngang bằng với một pháp nhân nước ngoài thông thường, nhưng địa vị pháp lý của tổ chức quốc tế là các tổ chức liên chính phủ được xác định theo các điều ước quốc tế nên một số trường hợp còn được hưởng quyền ưu đãi miễn trừ. Ví dụ như một số NLD là nhân viên và chuyên gia của Liên hợp quốc sẽ được hưởng các quyền ưu đãi và miễn trừ theo quy định của Công ước quyền ưu đãi và miễn trừ của Liên hợp quốc năm 1946 (Quy định tại Article V và Article VI).

*iv) Nhà quản lý, giám đốc điều hành, chuyên gia, lao động kỹ thuật*

Đây là hình thức làm việc gây nhiều tranh cãi bởi vì các hình thức làm việc này bị quy định trùng lặp, không cần thiết đưa ra vào quy định về hình thức làm việc. Liệu có nên gọi đây là hình thức làm việc hay không khi đây được coi chức danh hoặc tiêu chí về nghề nghiệp cụ thể đã được quy định tại Điều 170 BLLĐ năm 2012 về Điều kiện tuyển dụng lao động là công dân nước ngoài.<sup>53</sup>

*v) Thực hiện hợp đồng lao động*

Với hình thức thực hiện HĐLĐ thì NLD vào Việt Nam làm việc để thực hiện các HĐLĐ sẽ được ký kết tại Việt Nam. Theo Cam kết trong WTO thì đây là hình thức về nhân sự khác. Ngoài những NLD nước ngoài được phép vào Việt Nam làm việc trong các hiện diện thương mại của Việt Nam thì các thương nhân nước ngoài đã có hiện diện thương mại tại Việt Nam có quyền tuyển dụng thêm những NLD nước ngoài từ ngoài lãnh thổ Việt Nam vào làm việc khi lao động Việt Nam không đáp ứng được yêu cầu của công việc. Ngoài ra, hình thức này sẽ áp dụng một số NLD nước ngoài làm việc cho những NSDLĐ phải là các thương nhân nước ngoài được hưởng các Cam kết của WTO hoặc

<sup>53</sup>Điều 170 BLLĐ năm 2012 về Điều kiện tuyển dụng lao động là công dân nước ngoài: “Doanh nghiệp, cơ quan, tổ chức, cá nhân, nhà thầu trong nước chỉ được tuyển lao động là công dân nước ngoài vào làm công việc quản lý, giám đốc điều hành, chuyên gia và lao động kỹ thuật mà lao động Việt Nam chưa đáp ứng được theo nhu cầu sản xuất, kinh doanh.”

AEC như tổ chức nghề nghiệp, cơ sở giáo dục, viện nghiên cứu...

*vi) Thực hiện các loại hợp đồng hoặc thỏa thuận về kinh tế, thương mại, tài chính, ngân hàng, bảo hiểm, khoa học kỹ thuật, văn hóa, thể thao, giáo dục, giáo dục nghề nghiệp và y tế*

Đây là hình thức làm việc tương tự với hình thức nhà cung cấp dịch vụ theo hợp đồng. Đây là trường hợp thương nhân nước ngoài không có hiện diện thương mại tại Việt Nam, phải cử NLD nước ngoài sang Việt Nam để thực hiện các hợp đồng thương mại, ngân hàng, bảo hiểm, khoa học kỹ thuật, văn hóa, thể thao, giáo dục.

*vii) Tham gia thực hiện các gói thầu, dự án tại Việt Nam*

Khi thực hiện các gói thầu tại Việt Nam nhà thầu nước ngoài phải ưu tiên tuyển dụng NLD Việt Nam, nếu có nhu cầu sử dụng NLD nước ngoài thì phải làm các thủ tục tuyển dụng theo quy định của pháp luật Việt Nam. Nhưng hình thức tuyển dụng NLD nước ngoài thì phải theo các hình thức đã được quy định phía trên như thực hiện HĐLĐ hoặc di chuyển nội bộ trong doanh nghiệp.

Hình thức NLD nước ngoài làm việc trong các dự án được quy định riêng tại khoản 2 Điều 7 Nghị định 11/2016 một trong các trường hợp NLD nước ngoài không thuộc diện cấp GPLD là trường hợp NLD nước ngoài “*Vào Việt Nam để cung cấp dịch vụ tư vấn về chuyên môn và kỹ thuật hoặc thực hiện các nhiệm vụ khác phục vụ cho công tác nghiên cứu, xây dựng, thẩm định, theo dõi đánh giá, quản lý và thực hiện chương trình, dự án sử dụng nguồn hỗ trợ phát triển chính thức (ODA) theo quy định hay thỏa thuận trong các điều ước quốc tế về ODA đã ký kết giữa cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam và nước ngoài*”. Quyết định 119/2009/QĐ-TTg về việc ban hành quy chế chuyên gia nước ngoài thực hiện các chương trình, dự án tài trợ bằng nguồn vốn phát triển chính thức (ODA) đã định nghĩa NLD nước ngoài là các “*Chuyên gia nước ngoài*” là người không có quốc tịch Việt Nam vào Việt Nam để cung cấp dịch vụ tư vấn về chuyên môn và kỹ thuật hoặc thực hiện các nhiệm vụ khác phục vụ cho công tác nghiên cứu, xây dựng, thẩm định, theo dõi đánh giá, quản lý và thực hiện chương trình, dự án ODA theo quy định hay thỏa thuận trong các Điều ước quốc tế về ODA đã ký kết giữa cơ quan có thẩm quyền của Bên Việt Nam và Bên nước ngoài” (Điều 1, Quyết định 119/2009/QĐ-TTg). Theo Quyết định này, các chuyên gia nước ngoài được hưởng các ưu đãi về thị thực, ngoại hối, đăng ký lưu trú, đi lại, thuế thu nhập cá nhân.

Quy định về hình thức làm việc trong Nghị định 11/2016 NĐ-CP phù hợp với các cam kết của Việt Nam trong các điều ước quốc tế đa phương của các tổ chức quốc tế liên chính phủ như WTO và AEC, nhưng còn thiếu các quy định trong cam kết song phương về lao động với một số các quốc gia như hình thức làm việc kết hợp với kỳ nghỉ được quy

định trong *Thỏa thuận giữa Chính phủ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam và Chính phủ Australia về chương trình lao động kết hợp kỳ nghỉ*, do Thỏa thuận này có hiệu lực từ ngày 01 tháng 3 năm 2017 sau khi Nghị định 11/2016 có hiệu lực.

#### 3.2.1.4. Thủ tục tuyển dụng người lao động nước ngoài

Thủ tục tuyển dụng NLD nước ngoài căn cứ theo các quy định của BLLĐ năm 2012, Nghị định 11/2016/NĐ-CP và Thông tư 40/2016/TT-BLĐTBXH bao gồm có ba giai đoạn:

Bước 1, NSDLĐ nước ngoài xác định nhu cầu sử dụng NLD nước ngoài.

Bước 2, NSDLĐ xin cấp GPLĐ cho NLD nước ngoài.

Bước 3, NLD nước ngoài và NSDLĐ nước ngoài ký kết HĐLĐ.

Trước hết, NSDLĐ (trừ nhà thầu) có trách nhiệm xác định nhu cầu sử dụng NLD nước ngoài đối với từng vị trí công việc mà NLD Việt Nam chưa đáp ứng được và báo cáo giải trình với cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Cơ quan chấp thuận thông báo việc chấp thuận sử dụng NLD nước ngoài tới NSDLĐ (theo Mẫu số 3 ban hành kèm theo Thông tư 40/2016/TT-BLĐTBXH) trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày nhận được báo cáo giải trình hoặc báo cáo giải trình thay đổi.

Đối với nhà thầu, trước khi tuyển NLD nước ngoài, nhà thầu có trách nhiệm kê khai số lượng, trình độ, năng lực chuyên môn, kinh nghiệm của NLD nước ngoài cần huy động để thực hiện gói thầu tại Việt Nam và đề nghị tuyển NLD Việt Nam vào các vị trí công việc dự kiến tuyển NLD nước ngoài (có kèm theo xác nhận của chủ đầu tư) với Chủ tịch Ủy ban dân dân cấp tỉnh nơi nhà thầu thực hiện gói thầu (theo Mẫu số 4 ban hành kèm theo Thông tư 40/2016/TT-BLĐTBXH). Trong thời hạn tối đa 02 tháng, kể từ ngày nhận được đề nghị tuyển từ 500 NLD Việt Nam trở lên và 01 tháng kể từ ngày nhận được đề nghị tuyển dưới 500 NLD Việt Nam mà không giới thiệu hoặc cung ứng NLD Việt Nam được thì Chủ tịch Ủy ban dân dân cấp tỉnh xem xét, quyết định việc nhà thầu được tuyển NLD nước ngoài (Mẫu số 6 ban hành kèm theo Thông tư 40/2016/TT-BLĐTBXH).

Sau khi được cơ quan nhà nước chấp thuận và xác nhận nhu cầu sử dụng NLD nước ngoài, NSDLĐ tiến hành thủ tục xin cấp GPLĐ cho NLD nước ngoài theo thủ tục do pháp luật quy định. Khi NLD nước ngoài được cấp GPLĐ, NSDLĐ phải ký HĐLĐ bằng văn bản theo quy định của pháp luật lao động trước ngày dự kiến làm việc cho NSDLĐ. Trong thời hạn 05 ngày làm việc, kể từ ngày ký HĐLĐ, NSDLĐ phải gửi bản sao HĐLĐ đã ký tới Sở LĐTBXH đã cấp giấy phép đó. (Khoản 3, điều 12 Nghị định 11/2016/NĐ-CP).

### ***3.2.2. Quy định điều chỉnh thực hiện quan hệ lao động của người lao động nước ngoài***

Quá trình duy trì và thực hiện QHLD của NLD nước ngoài được tiến hành kể từ thời điểm HĐLĐ giữa NLD nước ngoài và NSDLĐ đã được ký kết có hiệu lực. Như đã trình bày ở trên, theo quy định tại khoản 3, Điều 12 Nghị định 11/2016/NĐ-CP, Khi NLD nước ngoài được cấp GPLĐ, NSDLĐ phải ký HĐLĐ bằng văn bản theo quy định của pháp luật lao động trước ngày dự kiến làm việc cho NSDLĐ. Tuy nhiên, việc thực hiện HĐLĐ của NLD nước ngoài tuân thủ các quy định riêng của pháp luật dành cho HĐLĐ của NLD nước ngoài và một số quy định chung về HĐLĐ. Về cơ bản, một số vấn đề pháp lý liên quan đến thực hiện QHLD của NLD nước ngoài như xác định thời điểm có hiệu lực của HĐLĐ, các trường hợp HĐLĐ của NLD nước ngoài vô hiệu, xác định quyền và nghĩa vụ của các bên trong QHLD, một số vấn đề khác như hình thức, ngôn ngữ HĐLĐ.

#### ***3.2.2.1. Hiệu lực của hợp đồng lao động của người lao động nước ngoài***

Pháp luật Việt Nam không có quy định riêng về hiệu lực của HĐLĐ của NLD nước ngoài nên theo quy định chung của pháp luật lao động về hiệu lực HĐLĐ, các thời điểm có thể xác định làm căn cứ phát sinh hiệu lực của HĐLĐ là: (i) HĐLĐ có hiệu lực kể từ ngày các bên tiến hành giao kết hợp đồng; (ii) HĐLĐ có hiệu lực kể từ ngày các bên thỏa thuận; (iii) HĐLĐ có hiệu lực kể từ ngày NLD bắt đầu làm việc. Trường hợp NLD làm việc ngay sau khi ký HĐLĐ thì HĐLĐ có hiệu lực kể từ ngày các bên tiến hành giao kết - trường hợp (i). Trường hợp NLD làm việc một thời gian sau đó mới ký hợp đồng thì ngày có hiệu lực là ngày NLD bắt đầu làm việc - trường hợp (ii) và (iii). Việc xác định thời điểm có hiệu lực phụ thuộc vào ý chí của các bên giao kết nên các bên cần xác định rõ hai thời điểm có thể không đồng nhất là thời điểm có hiệu lực và thời điểm NLD bắt đầu làm việc.

Đối với NLD nước ngoài thì việc xác định hiệu lực của hợp đồng còn phụ thuộc vào hiệu lực của GPLĐ. Sau khi NLD nước ngoài được cấp GPLĐ, NSDLĐ và NLD nước ngoài phải ký HĐLĐ bằng văn bản theo quy định của pháp luật lao động Việt Nam trước ngày dự kiến làm việc cho NSDLĐ. Như vậy các bên bắt buộc phải ký HĐLĐ *trước ngày dự kiến làm việc*. Hiệu lực của HĐLĐ chỉ có thể xác định sau ngày NLD nước ngoài có GPLĐ và hiệu lực của hợp đồng không quá thời hạn có hiệu lực của giấy phép.

Pháp luật Việt Nam không cấm hai bên thỏa thuận về việc làm thử (có thời gian thử việc) nên các bên hoàn toàn có thể thỏa thuận về thời gian thử việc. Tuy nhiên điều kiện để NLD nước ngoài được cấp thị thực vào Việt Nam làm việc là phải có GPLĐ (chứng minh mục đích nhập cảnh) và thời gian thử việc ngắn không thuận lợi cho các thủ tục liên quan nên thực tế không có trường hợp thực hiện việc làm thử với NLD nước ngoài.

### 3.2.2.2. *Hợp đồng lao động của người lao động nước ngoài vô hiệu*

Bên cạnh các quy định về hiệu lực của hợp đồng lao động của NLD nước ngoài, pháp luật Việt Nam cũng có quy định về các trường hợp HĐLĐ của NLD nước ngoài không có hiệu lực pháp lý tại Điều 50, 51 và 52 BLLĐ năm 2012 với hai trường hợp là HĐLĐ vô hiệu toàn bộ và HĐLĐ vô hiệu từng phần. Tuy nhiên, việc áp dụng những căn cứ tại Điều 50, 51 và 52 BLLĐ năm 2012 cho HĐLĐ đối với NLD nước ngoài còn có một số khó khăn và vướng mắc cần phải giải quyết.

Theo Điều 50 HĐLĐ của NLD nước ngoài vô hiệu toàn bộ khi thuộc một trong bốn trường hợp sau: Toàn bộ nội dung của HĐLĐ trái pháp luật; người ký kết HĐLĐ không đúng thẩm quyền; công việc mà hai bên đã giao kết trong HĐLĐ là công việc bị pháp luật cấm; nội dung của HĐLĐ hạn chế hoặc ngăn cản quyền thành lập, gia nhập và hoạt động công đoàn của NLD.

HĐLĐ của NLD nước ngoài sẽ vô hiệu một phần khi nội dung của phần đó vi phạm pháp luật nhưng không ảnh hưởng đến các phần còn lại của hợp đồng. Trong trường hợp một phần hoặc toàn bộ nội dung của HĐLĐ quy định quyền lợi của NLD thấp hơn quy định trong pháp luật về lao động, nội quy lao động, thoả ước lao động tập thể đang áp dụng hoặc nội dung của HĐLĐ hạn chế các quyền khác của NLD thì một phần hoặc toàn bộ nội dung đó bị vô hiệu.

#### *\* Trường hợp hợp đồng lao động của NLD nước ngoài vô hiệu toàn bộ*

Trong bốn trường hợp HĐLĐ vô hiệu toàn bộ được quy định tại Điều 50 BLLĐ năm 2012 thì có trường hợp thứ tư không áp dụng cho HĐLĐ của NLD nước ngoài. Như vậy, còn có ba trường hợp sau đây HĐLĐ của NLD nước ngoài bị tuyên bố vô hiệu toàn bộ.

#### ***Thứ nhất, HĐLĐ của NLD nước ngoài vô hiệu toàn bộ khi toàn bộ nội dung của HĐLĐ trái pháp luật.***

HĐLĐ của NLD nước ngoài có thể có liên quan đến rất nhiều hệ thống pháp luật khác nhau do đó quy định “*toàn bộ nội dung HĐLĐ là trái pháp luật*” được hiểu là trái pháp luật của Việt Nam. Trái quy định của pháp luật Việt Nam có thể được giải thích là vi phạm những điều cấm của pháp luật hoặc quy định quyền lợi của NLD thấp hơn quy định của pháp luật lao động, nội quy lao động, thoả ước lao động tập thể. Ngoài ra, trái pháp luật còn được hiểu là “*Công việc mà hai bên đã giao kết trong hợp đồng lao động là công việc bị pháp luật cấm*” hoặc “*Nội dung của hợp đồng lao động hạn chế hoặc ngăn cản quyền thành lập, gia nhập và hoạt động công đoàn của người lao động*” nhưng hai nội dung này lại được tách ra thành hai quy định xem xét riêng.

Điều cấm của pháp luật Việt Nam được áp dụng theo quy định chung tại Điều 8

BLLĐ năm 2012, không có sự phân biệt giữa NLD nước ngoài và NLD Việt Nam. Trường hợp thứ hai mà HĐLĐ có thể vô hiệu toàn bộ là “*quy định quyền lợi của NLD thấp hơn quy định của pháp luật lao động, nội quy lao động, thỏa ước lao động tập thể*” cũng áp dụng chung cho cả NLD nước ngoài và NLD Việt Nam bởi vì pháp luật Việt Nam không có sự phân biệt về các quyền lợi riêng dành cho NLD nước ngoài giống như một số quốc gia (Singapore, Hàn Quốc, Cộng hòa Liên bang Đức là các quốc gia có quy định về mức lương tối thiểu dành cho NLD nước ngoài làm việc tại đó). Tuy nhiên, HĐLĐ của NLD nước ngoài trái pháp luật còn một trường hợp đặc biệt nữa là nội dung của HĐLĐ không phù hợp với GPLĐ của NLD nước ngoài. Đây là trường hợp còn gây tranh cãi. Có quan điểm cho rằng, GPLĐ không phải là “pháp luật” mà chỉ là một trong các điều kiện để NLD nước ngoài vào Việt Nam làm việc hợp pháp. Nhưng rất nhiều các quy định của BLLĐ năm 2012 và các văn bản hướng dẫn thi hành đã thể hiện yêu cầu về sự phù hợp của nội dung HĐLĐ của NLD nước ngoài với GPLĐ được cấp cho NLD nước ngoài.<sup>54</sup> Chính vì vậy, khi xảy ra trường hợp NLD nước ngoài và NSDLĐ đã thực hiện công việc, đã ký kết HĐLĐ nhưng NLD nước ngoài chưa có GPLĐ thì việc giải quyết hậu quả của hiện tượng này không thống nhất trong các bản án của Tòa án Việt Nam.

Đa số các bản án của Tòa án Việt Nam đều giải quyết theo hướng là nếu NLD nước ngoài chưa có GPLĐ thì hợp đồng giữa hai bên vô hiệu toàn bộ. Đây là hướng giải quyết trong thủ tục giám đốc thẩm vào năm 2006, do Chánh án Tòa án Nhân dân tối cao, được hỗ trợ bởi Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao, kháng nghị đối với bản án của Tòa phúc thẩm Tòa án Nhân dân tối cao chấp thuận bản án của Tòa án lao động sơ thẩm tỉnh Khánh Hòa vì phát hiện vi phạm pháp luật nghiêm trọng xét xử vụ án số 02/LĐ-GDT giữa ông Tae Man Song (nguyên đơn) và công ty Hyundai Vinashin (bị đơn) giữa nguyên đơn, ông Tae Man Song, quốc tịch Hàn Quốc, được Bị đơn, công ty Công ty Hyundai Vinashin, một xưởng đóng tàu liên doanh tại tỉnh Khánh Hòa.<sup>55</sup> Vào tháng 5 năm 2005, Tòa sơ thẩm của TAND tỉnh Khánh Hòa, cho rằng HĐLĐ liên quan giữa ông Song và Hyundai

<sup>54</sup> Quy định tại Điều 169, 171 BLLĐ năm 2012: NLD nước ngoài không có GPLĐ sẽ bị trục xuất, khoản 3 Điều 174 BLLĐ năm 2012: nội dung của HĐLĐ ký với NLD nước ngoài không đúng với nội dung của GPLĐ đã được cấp thì GPLĐ hết hiệu lực, khoản 2 Điều 12 Nghị định 11/2016/NĐ-CP: HĐLĐ với NLD nước ngoài chỉ được ký sau khi có GPLĐ trừ trường hợp HĐLĐ dưới 30 ngày.

<sup>55</sup> Nguyên đơn, ông Tae Man Song, quốc tịch Hàn Quốc, được Bị đơn, công ty Công ty Hyundai Vinashin, một xưởng đóng tàu liên doanh tại tỉnh Khánh Hòa, ký HĐLĐ với thời hạn hợp đồng sáu năm liên tục kể từ ngày 11 tháng 3 năm 1999 đến ngày 10 Tháng 3 năm 2005 với chức vụ thuyền trưởng. Trong khi Nguyên đơn làm việc tại Hyundai Vinashin trong thời hạn sáu năm; Nguyên đơn chỉ có GPLĐ thời hạn một năm kể từ ngày 11 Tháng 3 năm 2001 đến ngày 10 tháng 3 năm 2002. Nguyên đơn đã làm việc cho Bị đơn, không có GPLĐ trong thời gian từ ngày 11 tháng 3 năm 2004 đến ngày 10 tháng 3 năm 2005 khi tranh chấp xảy ra. Lý do Nguyên đơn khiếu kiện Bị đơn là Bị đơn đã ban hành một thông báo chấm dứt HĐLĐ với Nguyên đơn do cáo buộc Bị đơn vi phạm HĐLĐ. Theo Điều 9 của HĐLĐ với điều kiện sử dụng lao động, Hyundai Vinashin, được quyền chấm dứt hợp đồng nếu NLD, Nguyên đơn, không thực hiện theo chỉ thị của Bị đơn. Vào ngày 01 tháng 12 năm 2004, Nguyên đơn đã khởi kiện tại TAND tỉnh Khánh Hòa, yêu cầu Hyundai Vinashin bồi thường vì chấm dứt HĐLĐ trái pháp luật đối với ông trên cơ sở pháp lý là Hyundai Vinashin đã không thông báo đầy đủ theo yêu cầu của Bộ luật Lao động.

Vinashin hoàn toàn vô hiệu vì thực tế ông Song không có GPLĐ theo yêu cầu của pháp luật. Cả hai bên kháng cáo lên Tòa phúc thẩm. Vào ngày 08 Tháng 6 năm 2005, Tòa án phúc thẩm ra quyết định đồng thuận với quyết định của Tòa án sơ thẩm bảo vệ nhằm bảo vệ quyền lợi cho NLĐ. Sau đó, Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao đã giám đốc thẩm đối với bản án của cả hai phiên tòa sơ thẩm và tòa án cấp phúc thẩm, cho rằng đã có một lỗi vi phạm pháp luật nghiêm trọng và yêu cầu vấn đề này được phải được xét xử lại. Hội đồng lưu ý rằng các Tòa án cấp dưới đã đúng trong việc xem xét HĐLĐ vô hiệu vì ông Song không có GPLĐ, các tòa cấp dưới đã sai khi giải quyết hậu quả của HĐLĐ vô hiệu khi cho rằng Bị đơn đã chấm dứt hợp đồng bất hợp pháp và bồi thường cho Nguyên đơn, bởi vì HĐLĐ đã vô hiệu từ thời điểm GPLĐ hết hiệu lực nên không thể hiểu ở đây là chấm dứt HĐLĐ trái pháp luật nữa. Vì những lý do này, Hội đồng Thẩm phán hủy bản án của cả hai tòa án xét xử sơ thẩm và Tòa phúc thẩm và yêu cầu cho TAND tỉnh Khánh Hòa để xét xử sơ thẩm lại vụ án.

Trong trường hợp NLĐ nước ngoài khi ký HĐLĐ khi không có GPLĐ nhưng trong quá trình làm việc NLĐ nước ngoài lại được cấp GPLĐ. Khoảng thời gian từ khi được cấp GPLĐ là hợp đồng hợp pháp và nếu có tranh chấp trong thời gian này thì hợp đồng không bị coi là vô hiệu. Hợp đồng vô hiệu với khoảng thời gian từ khi ký hợp đồng đến khi chưa được cấp giấy phép là vô hiệu toàn bộ, còn khoảng thời gian từ khi có giấy phép là hợp pháp. Đối với khoảng thời gian trước khi người nước ngoài được cấp giấy phép lao động, thì tuy chưa được cấp giấy phép, nhưng người nước ngoài đã làm việc và được NSDLĐ trả lương. Theo quy định tại Điều 52 BLLĐ năm 2012, thì quyền, lợi ích của các bên trong HĐLĐ bị tuyên bố vô hiệu vẫn phải được giải quyết theo quy định của pháp luật và các thỏa thuận hợp pháp khác. Do đó, việc tuyên bố HĐLĐ vô hiệu đối với khoảng thời gian từ khi ký HĐ đến khi người nước ngoài được cấp giấy phép lao động là không cần thiết.

Việc coi điều kiện GPLĐ có phải là một yếu tố quyết định HĐLĐ vô hiệu hay không còn có những quan điểm không thống nhất khi xem xét một số bản án mà trong trường hợp NLĐ nước ngoài không có GPLĐ, Tòa án Việt Nam còn cân nhắc cả yếu tố lỗi, tức là tòa án Việt Nam còn tìm hiểu cả nguyên nhân vì sao NLĐ nước ngoài không có GPLĐ. Nếu lỗi thuộc về NSDLĐ, Tòa án Việt Nam sẽ không tuyên bố HĐLĐ vô hiệu. Nếu lỗi thuộc về NLĐ nước ngoài, Tòa án Việt Nam sẽ tuyên bố HĐLĐ vô hiệu. Nếu lỗi thuộc về cả hai bên, Tòa án Việt Nam sẽ tuyên bố HĐLĐ vô hiệu. Quan điểm này xuất phát từ quy định tại các văn bản như Nghị định 34/2008/NĐ-CP; Nghị định 46/2011/NĐ-CP; Thông tư 31/2011/TT-BLĐTBXH; Nghị định số 102/2013/NĐ-CP; Thông tư 03/2014/TT-BLĐTBXH, Nghị định 11/2016/NĐ-CP/ NĐ-CP thì NSDLĐ là chủ thể có nghĩa vụ phải hướng dẫn NLĐ nước ngoài các giấy tờ hợp pháp và nộp hồ sơ đề nghị cấp

GPLĐ cho Sở LĐTBXH nơi NLĐ nước ngoài dự kiến làm việc.

Các bản án của TAND Thành phố Hồ Chí Minh như Bản án phúc thẩm số 1226/2012/LAO ĐỘNG - PT ngày 24/9/2012, Bản án sơ thẩm số 537/2007/LĐ-ST ngày 5/4/2007, Bản án sơ thẩm số 1792/2008/LĐ-ST ngày 4/11/2008 đều thuộc trường hợp khi các bên ký kết và thực hiện HĐLĐ nhưng không có GPLĐ và NSDLĐ có đầy đủ chứng cứ chứng minh lỗi thuộc về NLĐ nước ngoài. NSDLĐ đều nhiều lần gửi thư điện tử yêu cầu NLĐ nước ngoài cung cấp tài liệu để xin cấp GPLĐ nhưng NLĐ nước ngoài vì các nguyên nhân khách quan và chủ quan đều không đáp ứng được. Tòa án Thành phố Hồ Chí Minh đều đã tuyên bố HĐLĐ đó vô hiệu do lỗi thuộc về NLĐ nước ngoài.

Bản án sơ thẩm số 1068/2007/LĐST ngày 26/06/2007 của Tòa án Thành phố Hồ Chí Minh giữa ông Micheal James, quốc tịch Anh (Bị đơn) và Trường Hàn Quốc tại Thành phố Hồ Chí Minh (nguyên đơn) là trường hợp khi ký kết HĐLĐ mà không có GPLĐ nhưng tòa án cho rằng lỗi thuộc về cả hai bên. Trong vụ án này, nguyên đơn và bị đơn đều đổ lỗi cho nhau về việc không xin cấp GPLĐ nhưng đều không xuất trình được tài liệu, chứng cứ để chứng minh việc làm này nên Tòa án không có căn cứ để chấp nhận. Tòa án sơ thẩm đã quyết định rằng HĐLĐ vô hiệu do lỗi của mỗi bên là như nhau. Như vậy, cứ có lỗi của NLĐ nước ngoài trong việc không cung cấp hồ sơ để xin cấp GPLĐ thì HĐLĐ đó bị tuyên vô hiệu. Ngược lại, nếu NLĐ đã cung cấp đầy đủ hồ sơ mà NSDLĐ không xin cấp GPLĐ thì HĐLĐ không bị tuyên vô hiệu.

***Thứ hai, HĐLĐ của NLĐ nước ngoài vô hiệu toàn bộ khi người ký kết HĐLĐ không đúng thẩm quyền***

Chủ thể tham gia quan hệ HĐLĐ phải đủ năng lực chủ thể và người ký HĐLĐ cũng phải đủ năng lực chủ thể (cả trong trường hợp người được ủy quyền). Căn cứ thứ 2 này chỉ đề cập đến người ký kết hợp đồng tuy nhiên nếu chủ thể giao kết không có đủ năng lực pháp luật thì người đại diện ký kết đương nhiên cũng không có năng lực pháp luật. Người ký HĐLĐ phải đúng thẩm quyền hoặc đúng phạm vi được ủy quyền, được ủy quyền hợp pháp (thủ tục và nội dung) và đủ năng lực chủ thể để ký kết (Điều 14 Thông tư 30/2013/TT-BLĐTBXH và Điều 3 Thông tư 47/2015/TT-BLĐTBXH). Đối với doanh nghiệp thì việc ký kết đúng thẩm quyền còn phải đáp ứng điều kiện về chữ ký kèm con dấu và chữ ký không kèm con dấu.<sup>56</sup> Điều kiện này đã có tranh chấp pháp sinh tại Bản án sơ thẩm số 23/2014/LĐST ngày 16/9/2014 về việc tranh chấp giữa ông Morten Bruhn Meder (nguyên đơn) và Công ty sản xuất thương mại công nghệ nhựa Á Châu (bị

<sup>56</sup> Kể từ 1/7/2015 theo Luật doanh nghiệp 2014 thì doanh nghiệp có thể có nhiều con dấu và việc quản lý, sử dụng, lưu giữ con dấu theo quy định pháp luật và điều lệ công ty (Điều 44 Luật Doanh nghiệp 2014). Đối với cơ quan và tổ chức khác thì việc quản lý, sử dụng con dấu theo quy định của Nghị định 99/2016/NĐ-CP ngày 1/7/2016 về quản lý con dấu.

đơn). Tòa án đã phải xem xét hiệu lực của HĐLĐ khi có yêu cầu xác nhận tư cách của người ký kết hợp đồng. Mặc dù NSDLĐ ký HĐLĐ không đúng thẩm quyền nhưng căn cứ vào con dấu của doanh nghiệp và quan hệ HĐLĐ thực chất thì Tòa vẫn xác nhận HĐLĐ có hiệu lực pháp lý và giải quyết quyền lợi cho NLĐ nước ngoài. Căn cứ vào Điều 36 Luật doanh nghiệp 2005 thì con dấu là tài sản của doanh nghiệp, người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp phải chịu trách nhiệm quản lý, sử dụng con dấu theo quy định pháp luật. Từ đó Hội đồng xét xử đi đến kết luận: QHLD giữa ông Morten và Công ty TNHH Á Châu thực sự đã được xác lập bằng HĐLĐ không có số hiệu “Ngày 1/6/2011” và văn bản “*Thư từ chức*” ngày 31/01/2013. Như vậy, theo quan điểm của tòa án Việt Nam, mặc dù NSDLĐ ký HĐLĐ không đúng thẩm quyền nhưng căn cứ vào con dấu của doanh nghiệp và quan hệ HĐLĐ thực chất thì Tòa án vẫn xác nhận HĐLĐ có hiệu lực pháp lý và giải quyết quyền lợi cho NLĐ nước ngoài.

Theo quy định của BLLĐ 2015, HĐLĐ của NLĐ nước ngoài chỉ được ký kết sau khi có GPLĐ. Nhưng nếu trong trường hợp NLĐ nước ngoài đã có GPLĐ nhưng khi các bên ký kết HĐLĐ thì người ký kết HĐLĐ lại không đúng thẩm quyền thì HĐLĐ đó có vô hiệu toàn bộ hay không? Đây là tình huống xảy ra tại Bản án số 973/2015/LĐ-PT ngày 17/8/2015 về việc “*Đơn phương chấm dứt HĐLĐ*” của TAND Thành phố Hồ Chí Minh giữa Timothy Scott Hunter (nguyên đơn) và Công ty Truyền thông WPP (bị đơn). Sau khi NLĐ nước ngoài đã có GPLĐ, tại thời điểm ký kết HĐLĐ, người trực tiếp ký HĐLĐ với ông Timothy Scott Hunter là ông Mark Patterson, Giám đốc của Công ty GroupM Asia Pacific trong khi người đại diện theo pháp luật của Công ty TNHH Truyền thông WPP là ông Trần Vĩnh Quang. Như vậy, HĐLĐ giữa Công ty TNHH Truyền thông WPP và ông Timothy Scott Hunter đã được ký kết bởi người không có thẩm quyền theo quy định của pháp luật. Trong trường hợp này đúng ra bị đơn và nguyên đơn cần phải giao kết lại HĐLĐ trên cơ sở đúng người có thẩm quyền ký kết và tiếp tục thực hiện HĐLĐ này. Tuy nhiên, các bên đã không thực hiện việc ký lại. TAND vẫn xác định quan hệ HĐLĐ thực tế và giải quyết quyền lợi của nguyên đơn theo thời hạn của GPLĐ. Mặc dù cách giải quyết của Tòa án Thành phố Hồ Chí Minh trong trường hợp này không có căn cứ pháp luật nhưng lại hợp lý trong việc bảo vệ quyền lợi của NLĐ.

***Thứ ba, HĐLĐ của NLĐ nước ngoài vô hiệu toàn bộ nếu công việc mà hai bên đã giao kết trong HĐLĐ là công việc bị pháp luật cấm.***

NLĐ nước ngoài không được làm các công việc bị pháp luật cấm, nên khi thỏa thuận về công việc với NLĐ nước ngoài, các bên chỉ được thỏa thuận về các vị trí công việc mà pháp luật cho phép NLĐ nước ngoài làm việc. NLĐ nước ngoài chỉ được làm 04 loại công việc theo quy định của pháp luật và phải làm đúng công việc đã được ghi trong

GPLĐ, bao gồm: Nhà quản lý, giám đốc điều hành, chuyên gia và lao động kỹ thuật. Nếu giao kết hợp đồng làm một loại công việc khác thì trong trường hợp các điều khoản khác không trái pháp luật thì hợp đồng vẫn phải bị coi là vô hiệu toàn bộ và nếu như làm đúng công việc trong nhóm công việc được pháp luật cho phép nhưng lại không đúng vị trí, chức danh công việc ghi trong GPLĐ thì hợp đồng cũng có thể bị coi là vô hiệu toàn bộ.

*\* Trường hợp hợp đồng lao động của người lao động nước ngoài vô hiệu từng phần*

Khi một phần nội dung của hợp đồng trái quy định của pháp luật nhưng không ảnh hưởng đến nội dung các phần còn lại của HĐLĐ; trong trường hợp một phần hoặc toàn bộ nội dung của HĐLĐ quy định quyền lợi của NLD thấp hơn quy định trong pháp luật về lao động, nội quy lao động, thỏa ước lao động tập thể đang áp dụng hoặc nội dung của HĐLĐ hạn chế các quyền khác của NLD thì một phần hoặc toàn bộ nội dung đó bị vô hiệu (Khoản 2 và 3 Điều 52 Bộ luật Lao động 2012). Khi HĐLĐ bị tuyên bố vô hiệu từng phần thì quyền, nghĩa vụ, lợi ích của các bên được giải quyết theo thỏa ước lao động tập thể hoặc theo quy định của pháp luật. Các bên tiến hành sửa đổi bổ sung phần của HĐLĐ bị tuyên bố vô hiệu để phù hợp với thỏa ước lao động tập thể hoặc pháp luật về lao động (Khoản 1 Điều 52 Bộ luật Lao động 2012).

Bản án số 537/2007/LĐ-ST ngày 5/4/2007 của TAND Thành phố Hồ Chí Minh đã tuyên bố vô hiệu một phần của HĐLĐ giữa ông John Randall Smith, quốc tịch Hoa Kỳ và công ty Y tế Viễn Đông Việt Nam, quốc tịch Việt Nam với lý do thỏa thuận của hai bên là trái Điều 38 Bộ luật Lao động. Lý do là tại Điều 9.4 của HĐLĐ hai bên đã thỏa thuận Công ty có quyền chấm dứt HĐLĐ với ông John mà không cần lý do, chỉ cần thông báo trước 03 tháng bằng văn bản. Tuy nhiên, sau đó, Bản án này lại tuyên bố HĐLĐ vô hiệu toàn bộ do NLD nước ngoài chưa có GPLĐ nên việc tuyên bố HĐLĐ vô hiệu một phần như trên không có ý nghĩa pháp lý, chỉ có ý nghĩa tham khảo.

*3.2.2.3. Quyền và nghĩa vụ của các chủ thể trong quan hệ lao động của người lao động nước ngoài*

Quyền và nghĩa vụ của các chủ thể trong QHLD của NLD nước ngoài được xác định theo nội dung hợp đồng lao động và theo quy định của pháp luật. Các bên thỏa thuận những nội dung của điều khoản nhưng không được trái pháp luật, trái thỏa ước lao động tập thể. HĐLĐ với NLD nước ngoài phải đảm bảo các nội dung chủ yếu theo quy định tại Điều 23 BLLĐ năm 2012 và Điều 4 Nghị định 05/2015/NĐ-CP, bao gồm các nội dung sau: *Nghĩa vụ về cung cấp thông tin của chủ thể giao kết HĐLĐ; nghĩa vụ pháp lý liên quan đến công việc và địa điểm làm việc của NLD nước ngoài; nghĩa vụ tuân thủ*

*các quy định về thời hạn hợp đồng của HĐLĐ ký kết với NLD nước ngoài<sup>57</sup>; quyền và nghĩa vụ pháp lý liên quan đến tiền lương, thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi, trang bị bảo hộ cho người lao động; quyền và nghĩa vụ pháp lý liên quan đến chế độ bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế, bảo hiểm thất nghiệp.*<sup>58</sup>

#### 3.2.2.4. Hình thức và ngôn ngữ hợp đồng lao động với người lao động nước ngoài

Pháp luật lao động quy định hình thức của HĐLĐ phải làm bằng văn bản đối với hầu hết các loại HĐLĐ chỉ trừ trường hợp giao kết hợp đồng đối với công việc có tính chất tạm thời có thời hạn dưới 03 tháng (Khoản 2 Điều 16 BLLĐ năm 2012) có thể ký bằng hình thức lời nói. Điểm b khoản 1 Điều 4 và điểm e khoản 1 Điều 7 Nghị định 11/2016/NĐ-CP cũng quy định trường hợp người nước ngoài vào Việt Nam làm việc tại vị trí chuyên gia, nhà quản lý, giám đốc điều hành hoặc lao động kỹ thuật có thời gian làm việc dưới 30 ngày và thời gian cộng dồn không quá 90 ngày một năm thì không phải xác định nhu cầu sử dụng lao động nước ngoài và không thuộc diện cấp GPLĐ. Nếu không thuộc diện cấp giấy phép thì NSDLĐ cũng không phải gửi bản sao HĐLĐ đã ký cho cơ quan quản lý theo khoản 3, Điều 12 Nghị định 11/2016/NĐ-CP.

Tuy nhiên để được xác nhận là không thuộc diện cấp GPLĐ thì khoản 3 Điều 8 Nghị định 11/2016/NĐ-CP quy định trong Hồ sơ xin xác nhận không thuộc diện cấp giấy phép phải có “*Giấy tờ chứng minh NLD nước ngoài không thuộc diện cấp GPLĐ*”. NLD nước ngoài sang Việt Nam làm việc theo hình thức HĐLĐ (dưới 30 ngày) thì văn bản hợp đồng là căn cứ rõ ràng nhất chứng minh tình trạng pháp lý trong trường hợp này. Việc giao kết hợp đồng bằng văn bản cũng là căn cứ để quản lý đối tượng này và là căn cứ để giải quyết tranh chấp hợp đồng nếu có. Dù thỏa thuận HĐLĐ thời vụ hay ngắn hạn thì NLD nước ngoài và NSDLĐ vẫn phải lựa chọn hình thức văn bản. HĐLĐ được làm thành 02 bản, NLD nước ngoài giữ 01 bản, NSDLĐ giữ 01 bản. Khi giao kết HĐLĐ đối với NLD nước ngoài thì các bên có thể lựa chọn ngôn ngữ giao kết không phải là tiếng Việt hoặc xác lập HĐLĐ bằng cả tiếng Việt và tiếng nước ngoài. Tuy nhiên các bên cần xác định

<sup>57</sup> Trên thực tế đã có trường hợp doanh nghiệp đã ký HĐLĐ không xác định thời hạn nhưng HĐLĐ chỉ được xác định thời hạn theo thời hạn của GPLĐ như tại Bản án số 973/2015/LĐ-PT ngày 17/8/2015 V/v “*Đơn phương chấm dứt HĐLĐ*” của TAND Thành phố Hồ Chí Minh giữa ông Timothy Scott Hunter (nguyên đơn) và Công ty TNHH Truyền thông WPP (bị đơn). Hai bên chủ thể đã ký HĐLĐ không xác định thời hạn, có hiệu lực từ ngày 18/10/2010, chức danh là Giám đốc điều hành. Ngày 28/02/2013 bị đơn gửi thư cho nguyên đơn thông báo chấm dứt công việc kể từ ngày 01/3/2013 với lý do là HĐLĐ đã vô hiệu ngay từ khi ký kết do việc ký kết HĐLĐ với ông Timothy Scott Hunter không đúng thẩm quyền và việc bổ nhiệm ông Timothy Scott Hunter không đúng điều lệ của công ty nên đã chấm dứt mối QHLD thực tế giữa công ty và ông Timothy Scott Hunter. Tuy nhiên, Tòa án Việt Nam đã quyết định chấm dứt HĐLĐ là do hết hạn hợp đồng, không phải là do hợp đồng vô hiệu vì chủ thể ký kết HĐLĐ không đúng thẩm quyền. Theo GPLĐ số 21170/SHCM ngày 10/02/2011 do Sở LĐTBXH cấp cho ông Timothy Scott Hunter xác định thời hạn của nguyên đơn làm việc tại Việt Nam bắt đầu từ ngày 10/02/2011 đến ngày 07/02/2014. Công ty đã ký HĐLĐ không xác định thời hạn với nguyên đơn nhưng theo Điểm d Khoản 4 Điều 4 Nghị định 34/2008/NĐ-CP thì “*...Nội dung HĐLĐ không được trái với nội dung ghi trong GPLĐ đã được cấp...*”, như vậy, xác định HĐLĐ của hai bên chỉ có giá trị đến ngày GPLĐ hết hạn là ngày 07/02/2014.

<sup>58</sup> Nội dung cụ thể những nghĩa vụ này xem thêm Bộ luật Lao động, Luật An sinh xã hội và Nghị định 05/2015/NĐ-CP

ngôn ngữ nào sẽ được hiểu chính thức khi phát sinh tranh chấp. Còn nếu các bên không thỏa thuận về việc xác định ngôn ngữ hợp đồng thì việc giải thích về cách hiểu khác nhau trong ngôn ngữ hợp đồng thì sẽ được giải quyết theo quy định của pháp luật dân sự (Điều 121 và 404 BLDS năm 2015).

### ***3.2.3. Quy định điều chỉnh thay đổi, tạm hoãn, chấm dứt quan hệ lao động của người lao động nước ngoài***

QHLD của NLD nước ngoài được thực hiện trên cơ sở HĐLĐ giữa hai bên, nên việc thay đổi, tạm hoãn, chấm dứt QHLD của NLD nước ngoài cũng thực hiện trên cơ sở các trường hợp thay đổi, tạm hoãn, chấm dứt HĐLĐ. Do đó, việc thay đổi, tạm hoãn, chấm dứt QHLD của NLD nước ngoài có thể được tiến hành do các bên thỏa thuận hoặc theo các trường hợp do pháp luật quy định.

#### ***3.2.3.1. Thay đổi quan hệ lao động của người lao động nước ngoài***

QHLD của NLD nước ngoài bị thay đổi trong các trường hợp sau đây:

##### ***Thứ nhất, trường hợp thay đổi chủ thể của hợp đồng lao động***

Các quy định về thay đổi NSDLĐ cần phải thực hiện đầy đủ thủ tục cấp GPLĐ. HĐLĐ không được trái với GPLĐ mà nội dung của giấy phép xác định công việc, vị trí và chủ thể tuyển dụng lao động nước ngoài đồng thời liên quan đến cơ quan quản lý lao động nước ngoài địa phương. Khoản 8 Điều 10 Nghị định 11/2016/NĐ-CP quy định trường hợp đề nghị cấp GPLĐ đối với NLD nước ngoài đã được cấp GPLĐ và đang còn hiệu lực mà làm việc cho NSDLĐ khác ở cùng vị trí công việc với hồ sơ giảm một số giấy tờ. Còn trường hợp thay đổi NSDLĐ và thay đổi vị trí làm việc thì NLD nước ngoài và NSDLĐ mới phải làm thủ tục xin cấp GPLĐ từ đầu. Như vậy, việc thay đổi chủ thể NLD nước ngoài hoặc NSDLĐ nước ngoài được coi như ký HĐLĐ mới.

##### ***Thứ hai, trường hợp thay đổi nội dung của HĐLĐ***

Nội dung HĐLĐ của NLD nước ngoài là cơ sở để cấp GPLĐ nên việc thay đổi nội dung HĐLĐ đối với NLD nước ngoài không được trái với nội dung quy định trong GPLĐ. Việc tạm thời chuyển NLD nước ngoài sang làm công việc khác không thể áp dụng vì trong GPLĐ quy định rõ về công việc thực hiện. Muốn thay đổi công việc phải làm thủ tục xin cấp GPLĐ trong trường hợp đặc biệt. Điểm c khoản 8 Điều 10 Nghị định 11/2015/NĐ-CP quy định về trường hợp NLD nước ngoài đã được cấp GPLĐ đang còn hiệu lực mà làm khác vị trí công việc ghi trong GPLĐ nhưng không thay đổi NSDLĐ. Về nguyên tắc thực hiện hợp đồng nói chung, trong quá trình thực hiện HĐLĐ, nếu bên nào có yêu cầu sửa đổi, bổ sung nội dung của hợp đồng thì nêu nội dung cần thay đổi và thông báo trước về những nội dung cần sửa đổi, bổ sung. Trường hợp hai bên không thỏa thuận

được việc sửa đổi, bổ sung nội dung HĐLĐ thì tiếp tục thực hiện HĐLĐ đã giao kết hoặc chấm dứt hợp đồng theo quy định của pháp luật.

### *3.2.3.2. Tạm hoãn thực hiện hợp đồng lao động với người lao động nước ngoài*

Trong trường hợp, HĐLĐ được áp dụng pháp luật lao động của Việt Nam thì các trường hợp tạm hoãn HĐLĐ với NLD nước ngoài được áp dụng giống như HĐLĐ thông thường. Có hai khả năng thực hiện tạm hoãn HĐLĐ là tạm hoãn do thực hiện các nghĩa vụ mà pháp luật quy định (NLD nước ngoài bị tạm giữ, tạm giam, v.v...) và tạm hoãn do thỏa thuận của các bên (NLD nước ngoài xin nghỉ không hưởng lương vì lý do của bản thân hoặc của gia đình, v.v...) (Điều 32 BLLĐ năm 2012). Trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày hết thời hạn tạm hoãn HĐLĐ, NLD nước ngoài phải có mặt tại nơi làm việc và NSDLĐ phải nhận lại NLD trở lại làm việc trừ trường hợp hai bên có thỏa thuận khác. Do pháp luật Việt Nam không có quy định về thời gian tối đa hoặc tối thiểu tạm hoãn thực hiện HĐLĐ nên nếu trong thời gian tạm hoãn thực hiện HĐLĐ mà GPLĐ của NLD nước ngoài bị hết hạn thì trước ít nhất 5 ngày trước khi GPLĐ hết hạn, NLD nước ngoài phải xin cấp lại GPLĐ khác để có thể tiếp tục làm việc. Nếu NLD nước ngoài không xin cấp lại GPLĐ thì HĐLĐ cũng sẽ chấm dứt vào thời điểm GPLĐ hết hạn.

### *3.2.3.3. Chấm dứt quan hệ lao động của người lao động nước ngoài*

Pháp luật Việt Nam không có quy định riêng chấm dứt QHLD của NLD nước ngoài nên việc chấm dứt QHLD nước ngoài được thực hiện theo thủ tục chung của BLLĐ năm 2012 về các trường hợp chấm dứt HĐLĐ (BLLĐ năm 2012 không có quy định về chấm dứt QHLD). Việc chấm dứt QHLD của NLD nước ngoài có thể do cả hai bên cùng đồng ý chấm dứt HĐLĐ hoặc có thể phát sinh do ý chí từ phía một bên (đơn phương chấm dứt HĐLĐ). Các bên khi chấm dứt HĐLĐ, tùy từng trường hợp cũng phải thực hiện đầy đủ các thủ tục, nghĩa vụ về việc báo trước, trình tự chấm dứt. Mỗi bên đều có quyền hủy bỏ việc đơn phương chấm dứt HĐLĐ trước khi hết thời hạn báo trước nhưng phải thông báo bằng văn bản và phải được bên kia đồng ý.

#### ***Thứ nhất, trường hợp chấm dứt HĐLĐ do sự thỏa thuận của hai bên***

HĐLĐ của NLD nước ngoài sẽ đương nhiên chấm dứt hiệu lực trong những trường hợp được quy định tại Khoản 1, 2 và 3 Điều 36 BLLĐ năm 2012, bao gồm:

- Hết hạn hợp đồng: thời hạn chấm dứt hợp đồng đã được các bên thỏa thuận từ khi giao kết HĐLĐ;
- Đã hoàn thành công việc theo HĐLĐ: NLD nước ngoài đã hoàn thành công việc theo hợp đồng mà không còn công việc khác để giao kết hợp đồng mới hoặc hai bên không thỏa thuận giao kết hợp đồng mới;

- Hai bên cùng đồng ý chấm dứt hợp đồng: NLD nước ngoài và NSDLĐ cùng thỏa thuận chấm dứt hợp đồng kể cả trong trường hợp thời hạn hợp đồng chưa chấm dứt.

***Thứ hai, trường hợp chấm dứt HĐLĐ do ý chí của bên thứ ba hoặc do sự kiện pháp lý khác***

Trong những trường hợp được quy định tại khoản 4, 5, 6, 7 và 8 Điều 36 BLLĐ năm 2012, quy định của pháp luật hoặc ý chí của nhà nước sẽ quyết định sự tồn tại của quan hệ HĐLĐ. Tuy nhiên do HĐLĐ của NLD nước ngoài có những quy định riêng nên không phải tất cả các trường hợp quy định tại Điều 36 BLLĐ năm 2012 cũng áp dụng được cho NLD nước ngoài. Cụ thể như sau: NLD đủ điều kiện về thời gian đóng bảo hiểm xã hội và tuổi hưởng lương hưu theo quy định của pháp luật. Quy định này không áp dụng với NLD nước ngoài; NSDLĐ là cá nhân chết, bị tòa án tuyên bố mất năng lực hành vi dân sự, mất tích hoặc là đã chết; NSDLĐ không phải là cá nhân chấm dứt hoạt động; NLD bị xử lý kỷ luật sa thải theo quy định của pháp luật lao động. Ngoài các trường hợp trên, HĐLĐ đối với NLD nước ngoài đương nhiên chấm dứt trong hai trường hợp: GPLĐ hết hiệu lực theo quy định tại khoản 1, 2, 3, 4, 5, 7 và 8 Điều 174 BLLĐ năm 2012 và GPLĐ bị thu hồi do NLD nước ngoài hoặc NSDLĐ không thực hiện đúng quy định của Nghị định 11/2016/NĐ-CP (Điều 17); NLD nước ngoài bị trục xuất theo quy định tại Điều 18 Nghị định 11/2016/NĐ-CP.

***Thứ ba, trường hợp chấm dứt HĐLĐ do một bên đơn phương đưa ra đề nghị chấm dứt HĐLĐ***

NLD nước ngoài làm việc theo HĐLĐ xác định thời hạn, HĐLĐ theo mùa vụ hoặc theo một công việc nhất định có thời hạn dưới 12 tháng có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng trước thời hạn nhưng phải có sự báo trước trong những trường hợp pháp luật quy định (Điều 37 BLLĐ năm 2012). Trong các trường hợp này NLD nước ngoài phải chú ý báo trước cho NSDLĐ biết trong thời hạn một số ngày mà pháp luật quy định.

NSDLĐ cũng chỉ quyền đơn phương chấm dứt HĐLĐ trong những trường hợp pháp luật quy định (Điều 38 BLLĐ năm 2012). Khi đơn phương chấm dứt HĐLĐ xác định thời hạn, NSDLĐ phải báo cho NLD nước ngoài biết trước ít nhất một số ngày mà pháp luật quy định. Luật Lao động Việt Nam có quy định những trường hợp NSDLĐ không được đơn phương chấm dứt HĐLĐ kể cả khi có căn cứ pháp luật (Điều 39 BLLĐ năm 2012) nhưng không áp dụng được tất cả các căn cứ theo quy định tại Điều 37, 38, 39 BLLĐ năm 2012 trong quan hệ HĐLĐ đối với NLD nước ngoài (ví dụ căn cứ ở điểm đ khoản 1 Điều 37).

***\* Trách nhiệm và quyền lợi của các bên khi chấm dứt HĐLĐ***

NSDLĐ phải thông báo bằng văn bản cho NLD biết thời điểm chấm dứt HĐLĐ ít

nhất 15 ngày trước ngày HĐLĐ xác định thời hạn hết hạn. Trong thời hạn 07 ngày làm việc, kể từ ngày chấm dứt HĐLĐ, hai bên có trách nhiệm thanh toán đầy đủ các khoản có liên quan đến quyền lợi của mỗi bên; trường hợp đặc biệt, có thể kéo dài nhưng không được quá 30 ngày. NSDLĐ có trách nhiệm hoàn thành thủ tục xác nhận và trả lại những giấy tờ khác mà NSDLĐ đã giữ lại của NLĐ. NSDLĐ thu hồi GPLĐ của NLĐ nước ngoài nộp lại cho Sở LĐTBXH đã cấp giấy phép đó (điểm b khoản 2 Điều 17 Nghị định 11/2016/NĐCP). Trong hầu hết các trường hợp chấm dứt HĐLĐ (chấm dứt theo quy định tại các khoản 1, 2, 3, 5, 6, 7 và 9 Điều 36 BLLĐ năm 2012) và NSDLĐ đơn phương chấm dứt HĐLĐ (theo quy định tại Điều 38 BLLĐ năm 2012), NSDLĐ có trách nhiệm chi trả trợ cấp thôi việc theo quy định cho NLĐ nước ngoài đã làm việc thường xuyên cho mình từ đủ 12 tháng trở lên khi HĐLĐ chấm dứt. NSDLĐ có trách nhiệm chi trả trợ cấp mất việc làm theo quy định cho NLĐ nước ngoài đã làm việc thường xuyên cho mình từ đủ 12 tháng trở lên bị mất việc làm do thay đổi cơ cấu, công nghệ hoặc vì lý do kinh tế hoặc do sáp nhập, hợp nhất, chia, tách doanh nghiệp, hợp tác xã (các trường hợp quy định tại khoản 10 Điều 36, Điều 44 và Điều 45 của BLLĐ năm 2012).

#### ***3.2.4. Quy định xác định pháp luật áp dụng cho quan hệ lao động của người lao động nước ngoài***

HĐLĐ của NLĐ nước ngoài là HĐLĐ có yếu tố nước ngoài do một bên chủ thể là NLĐ mang quốc tịch nước ngoài (Điều 663 BLDS năm 2015: quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài khi ít nhất một bên chủ thể là cá nhân, pháp nhân nước ngoài). HĐLĐ của NLĐ nước ngoài có liên quan đến nhiều hệ thống pháp luật khác nhau như Luật Quốc tịch của NLĐ, Luật Quốc tịch hoặc Luật nơi có trụ sở chính của doanh nghiệp cử NLĐ đến làm việc, Luật nơi tiến hành lao động, ... Do đó, một vấn đề sẽ được đặt ra khi giải quyết các tranh chấp về HĐLĐ của NLĐ nước ngoài là xác định hệ thống pháp luật của quốc gia nào sẽ được áp dụng cho QHĐLĐ đã phát sinh giữa các chủ thể. Xác định pháp luật áp dụng cho QHĐLĐ của NLĐ nước ngoài được quy định tại BLDS năm 2015 và BLLĐ năm 2012.

BLDS năm 2015 không có quy định riêng áp dụng cho HĐLĐ của có yếu tố nước ngoài mà chỉ có quy định về xác định pháp luật áp dụng cho HĐLĐ, điều chỉnh tại Điều 683 theo ba nguyên tắc: Nguyên tắc tôn trọng tự do ý chí của bên, nguyên tắc xác định pháp luật áp dụng trong trường hợp các bên không có sự thỏa thuận lựa chọn, nguyên tắc giới hạn tự do ý chí để bảo vệ NLĐ.

*3.2.4.1. Xác định pháp luật áp dụng cho quan hệ lao động của người lao động nước ngoài theo sự thỏa thuận của các bên trong hợp đồng lao động*

Theo quy định tại khoản 1 Điều 683: “*Các bên trong quan hệ hợp đồng được thỏa thuận chọn pháp luật áp dụng đối với hợp đồng*” thì NLD và NSDLĐ có quyền thỏa thuận lựa chọn áp dụng pháp luật áp dụng đối với HĐLĐ giữa các bên. Trong QHLD gồm có QHLD cá nhân (thể hiện thông quan HĐLĐ) và QHLD tập thể (thể hiện thông quan thỏa ước lao động tập thể). Do đó, khoản 1 Điều 683 sẽ áp dụng cho HĐLĐ cá nhân mà không áp dụng cho thỏa ước lao động tập thể.

Quyền thỏa thuận lựa chọn áp dụng pháp luật áp dụng đối với hợp đồng được sử dụng phổ biến trong các quy định xác định pháp luật áp dụng cho hợp đồng dân sự nói chung và HĐLĐ nói riêng. Tuy nhiên, khi so sánh quy định của pháp luật Việt Nam với quy định của các điều ước quốc tế có quy định về vấn đề này, có thể thấy quy định pháp luật Việt Nam đơn giản hơn, chưa có quy định về một số vấn đề xác định sự thể hiện ý chí của các bên. Ví dụ trong Quy chế Rome I năm 2008 về luật áp dụng đối với nghĩa vụ hợp đồng tại khoản 1 Điều 8 cũng khẳng định “*hợp đồng lao động cá nhân sẽ được điều chỉnh bởi luật do các bên lựa chọn theo quy định tại khoản 3*”.<sup>59</sup> Ngoài ra, Quy chế Rome I có quy định riêng cho nguyên tắc tự do ý chí trong lựa chọn luật áp dụng cho hợp đồng tại Điều 3 của Quy chế Rome I bao gồm các quy định về sự thể hiện ý chí của các bên, thời điểm thể hiện ý chí, mối quan hệ của pháp luật do các bên lựa chọn với hợp đồng. So với quy định của Quy chế Rome I, quy định của BLDS Việt Nam năm 2015 đơn giản hơn, chưa có một số quy định như:

- Phạm vi áp dụng trong hợp đồng: pháp luật do các bên lựa chọn cho HĐLĐ sẽ áp dụng cho toàn bộ hợp đồng hay chỉ cho áp dụng cho một phần của HĐLĐ?

- Sự thể hiện ý chí của các bên: sự thỏa thuận lựa chọn pháp luật áp dụng của các bên phải thể hiện bằng điều khoản chọn luật hay đánh giá qua các tình tiết khác của hợp đồng?

- Thời điểm thể hiện ý chí các bên: các bên được quyền chọn pháp luật áp dụng cho HĐLĐ sau khi xảy ra tranh chấp khi các bên đã ký kết HĐLĐ?

- Điều kiện về mối liên quan của pháp luật do các bên lựa chọn đối với HĐLĐ: pháp luật do các bên lựa chọn có cần có mối liên hệ với HĐLĐ giữa các bên không?

<sup>59</sup> Quyền lựa chọn tại Điều 8 chỉ áp dụng cho hợp đồng lao động cá nhân, không áp dụng cho thỏa ước lao động tập thể (collective agreements). Thỏa ước lao động tập thể sẽ áp dụng theo nguyên tắc chung tại Điều 3 và Điều 4.

*3.2.4.2. Xác định pháp luật áp dụng cho quan hệ lao động của người lao động nước ngoài khi không có sự thỏa thuận của các bên trong hợp đồng lao động*

Theo khoản 1 và 2 Điều 683 BLDS năm 2015, trường hợp các bên không có sự thỏa thuận lựa chọn pháp luật áp dụng cho HĐLĐ thì áp dụng pháp luật của nước có mối quan hệ gắn bó nhất đối với HĐLĐ. Pháp luật của nước được coi là pháp luật có mối quan hệ gắn bó nhất đối với HĐLĐ là pháp luật nước nơi NLĐ thường xuyên thực hiện công việc đối với HĐLĐ. Nếu NLĐ thường xuyên thực hiện công việc tại nhiều nước khác nhau hoặc không xác định được nơi NLĐ thường xuyên thực hiện công việc thì pháp luật nước nơi có quan hệ gắn bó nhất với HĐLĐ là pháp luật nước nơi NSDLĐ thường trú đối với cá nhân hoặc nơi đăng ký đối với pháp nhân.

Trường hợp thứ nhất, các bên không có sự thỏa thuận lựa chọn pháp luật áp dụng cho HĐLĐ thì áp dụng pháp luật của nước nơi NLĐ thường xuyên thực hiện công việc. Điều 683 BLDS năm 2015 sử dụng hệ thuộc luật của nước nơi NLĐ thường xuyên thực hiện công việc nhưng không có phần giải thích về tiêu chí “thường xuyên” thực hiện công việc.

Trường hợp thứ hai, NLĐ thường xuyên thực hiện công việc tại nhiều nước khác nhau hoặc không xác định được nơi NLĐ thường xuyên thực hiện công việc. Trường hợp này được xét đến khi NLĐ có nơi làm việc từ ba quốc gia trở lên và không có các dấu hiệu được phân tích ở trên thì không xác định được nơi NLĐ thường xuyên thực hiện công việc, luật áp dụng cho HĐLĐ là luật của nước nơi NSDLĐ thường trú đối với cá nhân hoặc nơi đăng ký đối với pháp nhân.

Trường hợp thứ ba, nếu chứng minh được pháp luật của nước khác với pháp luật được nêu tại khoản 2 Điều này có mối liên hệ gắn bó hơn với hợp đồng thì pháp luật áp dụng là pháp luật của nước đó (khoản 3 Điều 683 BLDS năm 2015).

Pháp luật Việt Nam chưa có hướng dẫn và án lệ về trường hợp nào được xác định là có mối liên hệ gắn bó với HĐLĐ. Khi tham khảo án lệ của các quốc gia trên thế giới, theo quan điểm của tòa án quốc gia Châu Âu như Anh, Pháp, Đức, Hà Lan thì các tình huống sau, tòa án thường ưu tiên áp dụng luật của quốc gia có mối liên hệ chặt chẽ nhất với hợp đồng:

- Khi các yếu tố khác của hợp đồng liên quan đến một quốc gia nhưng quốc gia đó không phải là nơi NLĐ làm việc;
- Khi NLĐ làm việc ở một quốc gia đủ lâu, thời gian làm việc tại quốc gia này có thể loại trừ việc áp dụng Điều 8(4), nhưng tất cả các yếu tố khác của hợp đồng liên quan đến một quốc gia khác [133, tr. 32];
- Các hợp đồng có liên quan ví dụ như: trong bối cảnh bình đẳng về việc làm và

mong muốn đảm bảo rằng tất cả NLD làm việc cùng nhau theo hợp đồng được điều chỉnh bởi các luật giống nhau;

- So với hệ thống pháp luật dẫn chiếu theo khoản 2 và khoản 3 Điều 8 thì luật của nước có mối liên hệ với hợp đồng này bảo vệ tốt hơn NLD.<sup>60</sup>

### 3.2.4.3. Hạn chế sự thỏa thuận của các bên lựa chọn pháp luật áp dụng cho quan hệ lao động của người lao động nước ngoài để bảo vệ người lao động

Theo khoản 5 Điều 683 BLDS năm 2015 thì hạn chế tự do ý chí sẽ được đặt ra trong trường hợp các bên trong HĐLĐ lựa chọn áp dụng pháp luật nước ngoài mà luật nước ngoài đó có ảnh hưởng đến quyền lợi tối thiểu của NLD theo quy định của pháp luật Việt Nam thì pháp luật Việt Nam sẽ được áp dụng.<sup>61</sup> Hạn chế tự do ý chí được áp dụng riêng cho NLD và người tiêu dùng vì đây là hai đối tượng có vị trí yếu thế hơn khi ký kết hợp đồng với NSDLĐ hoặc người cung cấp hàng hóa, dịch vụ. Mặc dù NLD có quyền thỏa thuận pháp luật áp dụng đối với HĐLĐ nhưng do sức ép về nhu cầu phải có việc làm nên họ thường chấp nhận các điều khoản trong HĐLĐ do NSDLĐ chủ động đưa ra. Những điều khoản này, kể cả điều khoản về chọn pháp luật áp dụng cho HĐLĐ, thường có lợi hơn cho NSDLĐ mà NLD ít có cơ hội “mặc cả”.

Để áp dụng được điều khoản này, cơ quan có thẩm quyền phải chứng minh được hai vấn đề: *Thứ nhất*, quyền lợi tối thiểu của NLD nước ngoài theo quy định của pháp luật Việt Nam là những quyền nào? *Thứ hai*, pháp luật nước ngoài được các bên lựa chọn có nội dung như thế nào thì được coi là ảnh hưởng đến quyền lợi tối thiểu của NLD? Pháp luật lao động của Việt Nam chưa có quy định giải thích về quyền lợi tối thiểu của NLD nói chung bao gồm những quyền nào nên có thể áp dụng khoản 1 Điều 5 Bộ luật Lao động năm 2012 về quyền của NLD. Tiêu chí quyết định pháp luật do các bên lựa chọn có được áp dụng hay không là so sánh giữa luật do các bên lựa chọn với quy định của pháp luật Việt Nam. Thực tế là, pháp luật Việt Nam chưa phải là hệ thống có lợi nhất cho NLD nước ngoài xuất phát từ thực trạng một số quyền lao động mà NLD nước ngoài chưa được áp dụng tại Việt Nam như: quyền đình công, quyền hoạt động, gia nhập công đoàn. Ngoài ra, NLD nước ngoài phải tham gia bảo hiểm y tế nếu làm việc tại Việt Nam theo HĐLĐ không xác định thời hạn, hợp đồng có thời hạn từ 03 tháng trở lên. Mức đóng bảo hiểm y tế của NLD nước ngoài là 1,5% tiền lương tháng đóng bảo hiểm xã hội bắt buộc.<sup>62</sup> *Mức tiền lương tháng tối đa để tính số tiền đóng bảo hiểm y tế là 20 lần mức*

<sup>60</sup> Phần giải thích (23) của Lời nói đầu Quy chế Rome I: “đối với các hợp đồng được ký kết với bên yếu thế hơn, những bên này sẽ được bảo vệ quy phạm xung đột có lợi hơn nguyên tắc chung”.

<sup>61</sup> khoản 5 Điều 683 BLDS 2015: “Trường hợp pháp luật do các bên lựa chọn trong hợp đồng lao động, hợp đồng tiêu dùng có ảnh hưởng đến quyền lợi tối thiểu của người lao động, người tiêu dùng theo quy định của pháp luật Việt Nam thì pháp luật Việt Nam được áp dụng”

<sup>62</sup> Khoản 8 Điều 1 Luật Bảo hiểm y tế sửa đổi bổ sung năm 2014.

*luong cơ sở*. Từ ngày 1/1/2018, NLD nước ngoài sẽ được tham gia bảo hiểm xã hội, nhưng mức đóng bảo hiểm xã hội của người nước ngoài hiện nay chưa có văn bản nào hướng dẫn cụ thể.<sup>63</sup> Do đó, nếu chỉ lấy tiêu chí so sánh là pháp luật Việt Nam thì mức độ áp dụng bảo hộ về quyền sẽ là mức tối thiểu nhưng chưa phải là có lợi nhất cho NLD.

Pháp luật nước ngoài được các bên lựa chọn có nội dung như thế nào thì được coi là ảnh hưởng đến quyền lợi tối thiểu của NLD. Có thể xảy ra hai trường hợp được coi là ảnh hưởng đến quyền lợi tối thiểu: quy định pháp luật nước ngoài là có số lượng quyền ít hơn so với pháp luật Việt Nam hoặc không có quy định tương tự như quy định pháp luật Việt Nam. Như vậy rất cần có sự giải thích để khi áp dụng quy định này không làm ảnh hưởng đến quyền tự do thỏa thuận của các bên trong HĐLĐ và vẫn phải đảm bảo tốt nhất quyền và lợi ích hợp pháp của NLD.

Trong Bộ luật Lao động năm 2012 cũng có quy định về trường hợp sự thỏa thuận của các bên trong hợp đồng làm ảnh hưởng đến quyền lợi của NLD thì sự thỏa thuận đó sẽ bị tuyên bố vô hiệu. Trong trường hợp một phần hoặc toàn bộ nội dung của HĐLĐ quy định quyền lợi của NLD thấp hơn quy định trong pháp luật về lao động, nội quy lao động, thỏa ước lao động tập thể đang áp dụng hoặc nội dung của HĐLĐ hạn chế các quyền khác của NLD thì một phần hoặc toàn bộ nội dung đó bị vô hiệu (Khoản 2 và 3 Điều 52 Bộ luật Lao động năm 2012). Đây là quy định được áp dụng cho sự thỏa thuận về các quyền lợi và nghĩa vụ cụ thể của NLD trong HĐLĐ. Như vậy, sau năm 2015 thì BLDS Việt Nam năm 2015 sẽ bổ sung thêm trường hợp thỏa thuận pháp luật áp dụng cho HĐLĐ mà ảnh hưởng đến quyền lợi tối thiểu của NLD nước ngoài theo quy định của pháp luật Việt Nam thì pháp luật đó sẽ không được áp dụng.

Ngoài ra, theo khoản 2 Điều 169 Bộ luật Lao động năm 2012 thì đối với NLD là công dân nước ngoài làm việc tại Việt Nam phải tuân theo pháp luật lao động Việt Nam, điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên có quy định khác và được pháp luật Việt Nam bảo vệ. Đây là quy định gây ra nhiều tranh cãi vì dường như quy định này mâu thuẫn với quy định BLDS năm 2015. Điều luật quy định cụ thể “*tuân theo pháp luật lao động Việt Nam*” nhưng trong pháp luật lao động Việt Nam chưa đề cập đến quyền lựa chọn áp dụng pháp luật trong HĐLĐ.

Theo Điều 156 Luật Ban hành quy phạm pháp luật Việt Nam năm 2015 về Áp dụng văn bản quy phạm pháp luật: “*Trong trường hợp các văn bản quy phạm pháp luật có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì áp dụng văn bản có hiệu lực pháp lý cao hơn*”. Nhưng theo Điều 4 Luật Ban hành quy phạm pháp luật về Hệ thống văn bản pháp luật thì Bộ luật Lao động và BLDS là hai văn bản pháp luật có hiệu lực pháp lý ngang

<sup>63</sup> Điều 2 và Điều 124 Luật Bảo hiểm xã hội 2014.

nhau. Như vậy, nên chăng chúng ta có thể giải thích quy định tại khoản 2 Điều 169 theo hướng “*tuân thủ pháp luật lao động Việt Nam*” là tuân thủ các quy định của Bộ luật Lao động Việt Nam và các văn bản hướng dẫn thi hành về điều kiện để người nước ngoài được làm việc hợp pháp tại Việt Nam như GPLĐ, hình thức làm việc, còn lại quyền và nghĩa vụ của các bên trong QHLD phải tuân thủ theo luật của nước được xác định theo các nguyên tắc xác định pháp luật áp dụng của Tư pháp quốc tế quy định trong BLDS Việt Nam năm 2015. Các bên có quyền lựa chọn thỏa thuận pháp luật nước ngoài áp dụng điều chỉnh HĐLĐ của mình nhưng quy định của pháp luật nước đó không được thấp hơn các quyền lợi mà NLĐ được hưởng theo quy định của pháp luật Việt Nam. Trong trường hợp sự thỏa thuận đó ảnh hưởng đến quyền lợi của NLĐ thì sự thỏa thuận đó vô hiệu, pháp luật nước ngoài đó sẽ không được áp dụng, thay vào đó sẽ áp dụng pháp luật của Việt Nam.

Trong các bản án của Tòa án Việt Nam giải quyết các tranh chấp liên quan đến HĐLĐ của NLĐ nước ngoài chỉ có một số rất ít các bản án có đề cập đến xác định pháp luật áp dụng cho HĐLĐ. Bản án số 1068/2007/LDST ngày 26/6/2007 của TAND Thành phố Hồ Chí Minh xét xử tranh chấp đơn phương chấm dứt HĐLĐ giữa ông Micheal James Welch, quốc tịch Anh quốc (Nguyên đơn) và Trường Korean School Ho Chi Minh City (Bị đơn), quốc tịch Hàn Quốc. Trong phần nội dung lập luận của Bị đơn, Bị đơn cho rằng Căn cứ vào Quyết định số 421/QĐ-UBND ngày 22/1/1998 của Ủy ban dân dân cấp Thành phố Hồ Chí Minh về việc cho phép Tổng lãnh sự Hàn Quốc thành lập trường học dành cho trẻ em người Hàn Quốc thì Trường Korean School Ho Chi Minh City là Trường Hàn Quốc, trực thuộc Tổng lãnh sự quán Hàn Quốc, được thành lập tại Thành phố Hồ Chí Minh, từ kinh phí của Chính phủ Hàn Quốc, do đó, việc giải quyết các tranh chấp phát sinh phải tuân theo quy định của nền giáo dục Hàn Quốc và do pháp luật Hàn Quốc điều chỉnh. TAND Thành phố Hồ Chí Minh đã không đồng thuận với quan điểm này căn cứ vào Điều 3, 131 và 132 Bộ luật Lao động 1994 thì NLĐ nước ngoài làm việc tại Việt Nam phải tuân theo pháp luật lao động của Việt Nam và trong HĐLĐ các bên thỏa thuận cơ quan giải quyết tranh chấp là TAND Thành phố Hồ Chí Minh, TAND Thành phố Hồ Chí Minh quyết định không chấp nhận yêu cầu của Bị đơn. Chúng ta chưa thể bình luận về quyết định của Tòa án Việt Nam là đúng hay sai nhưng từ bản án này chúng ta thấy có hai vấn đề liên quan đến xác định pháp luật áp dụng cho HĐLĐ của NLĐ nước ngoài là: nếu chỉ áp dụng BLLĐ Việt Nam thì các bên trong HĐLĐ của NLĐ nước ngoài không được thỏa thuận áp dụng pháp luật nước ngoài. Ngoài ra, Tòa án Việt Nam đã sử dụng dấu hiệu các bên thỏa thuận cơ quan giải quyết tranh chấp là Tòa án Việt Nam để suy luận về ý chí của các bên lựa chọn pháp luật Việt

Nam cho HĐLĐ.

Có thể nhận thấy một xu hướng của Tòa án Việt Nam khi giải quyết các tranh chấp lao động có liên quan đến NLD nước ngoài là chỉ khi một trong hai bên chủ thể có khiếu nại liên quan đến xác định pháp luật áp dụng cho HĐLĐ thì Tòa án Việt Nam sẽ xem xét giải quyết trong bản án, còn đối với tranh chấp mà các chủ thể không có yêu cầu thì Tòa án Việt Nam sẽ áp dụng pháp luật Việt Nam để giải quyết mà không có phần lý giải về lý do xác định pháp luật áp dụng điều chỉnh HĐLĐ của NLD nước ngoài. Xu hướng này của Tòa án Việt Nam có điểm khác so với quan điểm của một nước trên thế giới, ví dụ như Nhật Bản. Trong tất cả các bản án của tòa án Nhật Bản được công bố tại website của Tòa án tối cao Nhật Bản về việc giải quyết các tranh chấp lao động liên quan đến NLD nước ngoài đều có phần đầu là phần xác định về thẩm quyền (Jurisdiction) và phần thứ hai là phần xác định pháp luật áp dụng điều chỉnh HĐLĐ (Applicable law), mặc dù các bên không có khiếu nại liên quan đến xác định pháp luật áp dụng điều chỉnh HĐLĐ. Xác định pháp luật áp dụng điều chỉnh HĐLĐ luôn được Tòa án Nhật Bản xem xét vì đây là cơ sở giải quyết tranh chấp giữa các bên [304, 305].

### ***3.2.5. Giải quyết tranh chấp lao động cá nhân trong quan hệ lao động của người lao động nước ngoài***

Hiện nay, pháp luật Việt Nam không có quy định riêng về giải quyết tranh chấp lao động cá nhân của NLD nước ngoài tại Việt Nam. Chính vì vậy, nếu phát sinh tranh chấp giữa NLD nước ngoài và NSDLĐ sẽ áp dụng các quy định chung trong Bộ luật Tố tụng dân sự, BLLĐ và các văn bản khác có liên quan. BLLĐ năm 2012 có quy định khái niệm chung về tranh chấp lao động là những tranh chấp lao động là tranh chấp về quyền, nghĩa vụ và lợi ích phát sinh giữa các bên trong QHLD và phân loại tranh chấp lao động thành tranh chấp lao động cá nhân và tranh chấp lao động tập thể từ đó có những quy định về chủ thể có thẩm quyền giải quyết tranh chấp, trình tự, thủ tục giải quyết đối với hai loại tranh chấp này. Như vậy, các tranh chấp lao động cá nhân trong QHLD của NLD nước ngoài tại Việt Nam và NSDLĐ sẽ áp dụng như sau:

#### ***3.2.5.1. Thẩm quyền giải quyết tranh chấp lao động cá nhân trong quan hệ lao động của người lao động nước ngoài***

Việc giải quyết các tranh chấp lao động cá nhân trong QHLD của NLD nước ngoài được tiến hành bởi hòa giải viên lao động và Tòa án nhân dân.

##### ***i) Hoà giải viên lao động***

Hòa giải viên lao động là chủ thể có thẩm quyền giải quyết tranh chấp do cơ quan

quản lý nhà nước về lao động cấp huyện đề cử<sup>64</sup>. Các loại tranh chấp mà Hòa giải viên lao động có thẩm quyền giải quyết là tất cả các tranh chấp lao động và tranh chấp về hợp đồng đào tạo nghề. Ở Việt Nam, Hòa giải viên lao động chỉ được thành lập ở các cấp quận, huyện, thành phố thuộc tỉnh mà không có Hòa giải viên lao động cấp quốc gia. Việc ghi nhận Hòa giải viên lao động có thẩm quyền giải quyết tranh chấp lao động cũng được pháp luật một số các nước khác như Indonexia, Hoa Kỳ, Thổ Nhĩ Kỳ... quy định.

Để trở thành hòa giải viên lao động, cá nhân phải đáp ứng bốn điều kiện về năng lực chuyên môn, kinh nghiệm...<sup>65</sup>

*ii) Tòa án nhân dân*

Tranh chấp trong QHLD cá nhân của NLD nước ngoài thuộc trường hợp tranh chấp lao động có yếu tố nước ngoài nên thẩm quyền của Tòa án được xác định theo hai bước: Bước 1: xác định thẩm quyền chung của tòa án Việt Nam đối với tranh chấp lao động đó theo quy định tại Chương 38 Bộ luật Tố tụng dân sự và Bước 2: xác định thẩm quyền của Tòa án cụ thể theo quy định tại Chương 3 của Bộ luật Tố tụng dân sự (khoản 2 Điều 469 Bộ luật Tố tụng dân sự 2015).

*Thứ nhất, thẩm quyền chung của Tòa án Việt Nam đối với các tranh chấp lao động cá nhân của NLD nước ngoài được xác định như sau:*

- Bị đơn là cá nhân cư trú, làm ăn, sinh sống lâu dài tại Việt Nam. Bị đơn trong tranh chấp lao động của NLD nước ngoài có thể là NLD nước ngoài hoặc NSDLĐ của NLD nước ngoài. Trường hợp này chỉ áp dụng đối với NSDLĐ là cá nhân cư trú, làm ăn, sinh sống lâu dài tại Việt Nam. Trường hợp bị đơn là NSDLĐ là pháp nhân Việt Nam hoặc pháp nhân nước ngoài có hiện diện thương mại tại Việt Nam được áp dụng theo trường hợp thứ hai.

- Bị đơn là cơ quan tổ chức có trụ sở tại Việt Nam hoặc bị đơn là cơ quan, tổ chức có chi nhánh, văn phòng đại diện tại Việt Nam đối với các vụ việc liên quan đến hoạt động của văn phòng, chi nhánh đó tại Việt Nam. Bị đơn trong trường hợp này chỉ có thể là NSDLĐ của NLD nước ngoài.

- Bị đơn có tài sản trên lãnh thổ Việt Nam. Trường hợp này được áp dụng cho cả Bị đơn là NLD nước ngoài và NSDLĐ tại Việt Nam.

- Vụ việc về quan hệ dân sự mà việc xác lập, thay đổi, chấm dứt quan hệ đó xảy ra ở Việt Nam hoặc công việc được thực hiện trên lãnh thổ Việt Nam. Trường hợp này tòa án Việt Nam sẽ có thẩm quyền đối với các tranh chấp trong QHLD của NLD nước ngoài được mà quan hệ đó được thiết lập, thực hiện, thay đổi chấm dứt tại lãnh thổ Việt Nam, ví

<sup>64</sup> Điều 198 Bộ luật Lao động năm 2012

<sup>65</sup> Điều 4 Nghị định số 46/2013/NĐ-CP ngày 10 tháng 5 năm 2013 của Chính Phủ quy định chi tiết một số điều của Bộ luật Lao động về tranh chấp lao động

dụ như các trường hợp HĐLĐ của NLD nước ngoài được ký kết, thực hiện, chấm dứt trên lãnh thổ Việt Nam.

- Vụ việc về quan hệ dân sự mà việc xác lập, thay đổi, chấm dứt quan hệ đó xảy ra ở ngoài lãnh thổ Việt Nam nhưng có liên quan đến quyền, nghĩa vụ của cơ quan tổ chức, cá nhân Việt Nam hoặc có trụ sở, nơi cư trú tại Việt Nam. Ví dụ trường hợp HĐLĐ của NLD nước ngoài được ký kết và sẽ được thanh lý ở nước ngoài nhưng NLD nước ngoài được cử đến Việt Nam để làm việc trong diện di chuyển nội bộ trong doanh nghiệp.

*Thứ hai, thẩm quyền cụ thể của Tòa án được căn cứ vào thẩm quyền theo vụ việc, thẩm quyền theo cấp; thẩm quyền theo lãnh thổ; và thẩm quyền theo sự lựa chọn của một bên tranh chấp là nguyên đơn.*

- Thẩm quyền của Tòa án theo vụ việc: Tòa án nhân dân có thẩm quyền giải quyết tranh chấp lao động đối với tranh chấp phát sinh giữa NLD nước ngoài và NSDLĐ bao gồm các trường hợp sau:

Tranh chấp lao động cá nhân giữa NLD với NSDLĐ mà Hoà giải viên lao động của cơ quan quản lý nhà nước về lao động huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh hoà giải thành nhưng các bên không thực hiện hoặc thực hiện không đúng, Hoà giải không thành hoặc không hoà giải trong thời hạn do pháp luật quy định, trừ các tranh chấp sau đây không nhất thiết phải qua hoà giải tại cơ sở. Tranh chấp giữa NLD nước ngoài và người sử dụng nước ngoài không nhất thiết phải qua Hoà giải tại cơ sở bao gồm: tranh chấp về xử lý kỷ luật lao động theo hình thức sa thải hoặc về trường hợp bị đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động; tranh chấp về bồi thường thiệt hại giữa NLD và NSDLĐ; về trợ cấp khi chấm dứt hợp đồng lao động; tranh chấp giữa NLD là người giúp việc gia đình với NSDLĐ.

- Thẩm quyền của Tòa án theo các cấp: Tòa án nhân dân cấp huyện có thẩm quyền giải quyết tranh chấp lao động giữa NLD nước ngoài và NSDLĐ, trường hợp có tài sản ở nước ngoài hay cần ủy thác tư pháp thì Tòa án nhân dân cấp huyện không có thẩm quyền mà do Tòa án nhân dân cấp tỉnh giải quyết<sup>66</sup>. Đối với tranh chấp lao động giữa NLD nước ngoài và NSDLĐ Việt Nam thì các hình thức của Ủy thác tư pháp có thể là tổng đạt giấy tờ, hồ sơ, tài liệu liên quan; triệu tập người làm chứng, người giám định; thu thập, cung cấp chứng cứ hoặc các yêu cầu khác.<sup>67</sup> Hiện nay, Việt Nam đã ký kết các hiệp định tương trợ tư pháp với một số nước như An - giê - ri, Trung Quốc, Cu Ba, Bê - la - rít, Liên bang Nga, ... nên vấn đề ủy thác tư pháp liên quan đến vụ án lao động sẽ áp dụng các hiệp định trên, trường hợp có yêu cầu ủy thác tư pháp giữa Việt Nam mà

<sup>66</sup> Điều 35, 37 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015

<sup>67</sup> Luật tương trợ tư pháp năm 2007

nước ngoài chưa có Hiệp định về tương trợ tư pháp thì hoạt động ủy thác tư pháp sẽ được thực hiện trên nguyên tắc có đi có lại nhưng không trái pháp luật Việt Nam, phù hợp với pháp luật và tập quán quốc tế.<sup>68</sup>

Tòa án nhân dân tối cao có thẩm quyền phúc thẩm các bản án hoặc quyết định chưa có hiệu lực pháp luật của Tòa án nhân dân cấp tỉnh bị kháng cáo, kháng nghị theo thủ tục phúc thẩm; giám đốc thẩm, tái thẩm các bản án hoặc quyết định có hiệu lực pháp luật của Tòa án nhân dân cấp tỉnh bị kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm hoặc tái thẩm.

- Thẩm quyền của Tòa án theo lãnh thổ (Điều 39 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015);
- Thẩm quyền của Tòa án theo sự lựa chọn của nguyên đơn (Điều 39 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015).<sup>69</sup>

### *3.2.5.2. Trình tự, thủ tục giải quyết tranh chấp lao động cá nhân trong quan hệ lao động của người lao động nước ngoài*

Đối với tranh chấp lao động cá nhân thì trình tự giải quyết tranh chấp lao động của NLD nước ngoài bao gồm các thủ tục sau:

#### *i) Thương lượng*

Để khuyến khích việc các bên tự giải quyết tranh chấp lao động nhanh chóng và góp phần duy trì QHLD hài hòa thì pháp luật lao động Việt Nam quy định theo hướng có tranh chấp phát sinh sẽ ưu tiên để các bên tự thương lượng và tự dàn xếp với nhau; thương lượng không phải là phương thức giải quyết tranh chấp lao động bắt buộc. Nếu các bên thương lượng không thành, các bên có thể đưa vụ việc đến các chủ thể có thẩm quyền khác như Hòa giải viên lao động (đối với trường hợp bắt buộc phải thông qua thủ tục hòa giải trước khi giải quyết tại Tòa án) hoặc Tòa án giải quyết (đối với những vụ việc không bắt buộc thông qua thủ tục hòa giải).

#### *ii) Hòa giải tranh chấp lao động cá nhân tại Hòa giải viên lao động*

Trường hợp các bên thương lượng không thành hoặc các bên từ chối thương lượng thì có thể yêu cầu hòa giải do Hòa giải viên lao động tiến hành. Thời hạn để yêu cầu Hòa giải viên lao động giải quyết là 06 tháng kể từ ngày phát hiện ra hành vi mà mỗi bên tranh chấp cho rằng quyền, lợi ích hợp pháp của mình bị vi phạm.<sup>70</sup> Ngoài ra, quy định bổ sung trong Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 về việc cho thi hành các văn bản Hòa giải thành ngoài Tòa án là cơ sở pháp lý nhằm tạo điều kiện phát triển phương thức Hòa giải tranh chấp lao động trên thực tế.

Có thể khái quát thủ tục tranh chấp lao động được giải quyết tại Hòa giải viên lao

<sup>68</sup> Khoản 2 Điều 4 Luật tương trợ tư pháp năm 2007

<sup>69</sup> Điều 40 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015

<sup>70</sup> Khoản 1 Điều 202 Bộ luật Lao động năm 2012

động như sau:

- Nộp đơn yêu cầu hòa giải và lựa chọn Hòa giải viên;
- Chuẩn bị buổi hòa giải và tiến hành hòa giải. Vấn đề này pháp luật giao cho Hòa giải viên hoàn toàn chủ động nhưng có quy định một số yêu cầu khi tiến hành buổi hòa giải như đảm bảo sự có mặt của các bên tranh chấp, các bên tranh chấp tự thương lượng giải quyết tranh chấp của mình; Hòa giải viên phải đưa ra phương án hòa giải...

Trong trường hợp hòa giải không thành hoặc một trong hai bên không thực hiện các thỏa thuận trong biên bản hòa giải thành hoặc hết thời hạn 05 ngày làm việc mà Hòa giải viên lao động không tiến hành hòa giải thì mỗi bên tranh chấp có quyền yêu cầu Tòa án giải quyết.

*iii) Giải quyết tranh chấp lao động cá nhân tại Tòa án nhân dân*

**\* Giải quyết tranh chấp lao động cá nhân theo thủ tục sơ thẩm**

*Khởi kiện và thụ lý vụ án lao động:* một bên tranh chấp có quyền nộp đơn khởi kiện và các tài liệu, chứng cứ có liên quan trực tiếp đến Tòa án hoặc gửi qua đường bưu điện hoặc gửi trực tuyến bằng hình thức điện tử qua Cổng thông tin điện tử của Tòa án để yêu cầu Tòa án giải quyết<sup>71</sup>. Sau khi nhận được đơn khởi kiện, Tòa án phải thực hiện các công việc cụ thể sau: kiểm tra quyền khởi kiện, xem xét về thời hiệu, xem xét về thẩm quyền, xem xét vụ án tranh chấp có thuộc trường hợp phải trả lại đơn khởi kiện hay không, xem xét về án phí. Sau khi người khởi kiện nộp biên lai thu tiền tạm ứng án phí (nếu có) thì Tòa án ra quyết định thụ lý vụ án và tiến hành vào sổ thụ lý. Kể từ lúc này, Tòa án chính thức có thẩm quyền và trách nhiệm trong việc giải quyết vụ án lao động.

*Chuẩn bị xét xử và hòa giải:* sau khi thụ lý vụ án Tòa án tiến hành chuẩn bị xét xử và hòa giải đối với các bên. Thời hạn chuẩn bị xét xử vụ án lao động là 2 tháng, và được kéo dài thêm thời hạn là 1 tháng đối với vụ án lao động phức tạp hoặc do trở ngại khách quan. Trong giai đoạn này, Tòa án phải tiến hành thực hiện các công việc cụ thể như sau<sup>72</sup>: lập hồ sơ vụ án; xác định tư cách đương sự, người tham gia tố tụng; xác minh, thu thập chứng cứ, áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời, hòa giải. Nếu hòa giải thành, việc giải quyết vụ án sẽ chấm dứt, Tòa án tiến hành lập biên bản công nhận sự hòa giải của các bên và các bên có nghĩa vụ thi hành các thỏa thuận đã đạt được trong biên bản hòa giải đó.

*Phiên tòa lao động sơ thẩm:* Tòa án sẽ mở phiên tòa sơ thẩm để xét xử giải quyết tranh chấp nếu các bên Hòa giải không thành. Bản án sơ thẩm là kết quả của quá trình xét xử sơ thẩm vụ án lao động, tuy nhiên nó chưa có hiệu lực ngay mà có thể bị kháng cáo, kháng nghị theo thủ tục phúc thẩm.

<sup>71</sup> Điều 189, 190 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015

<sup>72</sup> Khoản 2 Điều 203 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015

\* Giải quyết tranh chấp lao động cá nhân tại Tòa án cấp phúc thẩm

Thời hạn chuẩn bị xét xử phúc thẩm vụ án lao động là 02 tháng kể từ ngày thụ lý vụ án. Hòa giải không được đặt ra đối với phiên tòa phúc thẩm. Bộ luật Tố tụng Dân Sự năm 2015 đã quy định khá cụ thể về trình tự, thủ tục giải quyết tranh chấp lao động cá nhân theo thủ tục phúc thẩm tại chương XV đến chương XVII.

\* Thủ tục xét lại bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật theo thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm

Để bảo vệ quyền và lợi ích của các bên, bảo đảm việc xét xử của Tòa án là đúng pháp luật thì những bản án, quyết định của Tòa án dù đã có hiệu lực pháp luật vẫn có thể xem xét lại theo thủ tục tố tụng đặc biệt là thủ tục tái thẩm và giám đốc thẩm nếu có kháng nghị của người có thẩm quyền. Giám đốc thẩm, tái thẩm đều là thủ tục xét lại các bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật trên cơ sở kháng nghị của những người có thẩm quyền.

### ***3.2.6. Quy định về quản lý quan hệ lao động của người lao động nước ngoài***

Quy định về quản lý QHLD của NLD nước ngoài bao gồm các quy định quản lý đối với NSDLĐ và NLD nước ngoài và trách nhiệm của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong việc thực hiện quản lý đó. Các quy định quản lý của pháp luật Việt Nam hiện hành đối với NSDLĐ và NLD nước ngoài bao gồm: GPLĐ, thị thực lao động và cư trú của NLD nước ngoài.

#### ***3.2.6.1. Giấy phép lao động***

Trách nhiệm xin cấp GPLĐ cho NLD nước ngoài là trách nhiệm của NSDLĐ. Để xin cấp GPLĐ cho NLD nước ngoài, NSDLĐ cần thực hiện các thủ tục sau:

*Bước 1:* Chuẩn bị hồ sơ đề nghị cấp GPLĐ. NSDLĐ cần chuẩn bị hồ sơ đề nghị cấp GPLĐ gồm các giấy tờ theo Điều 10 Nghị định số 11/2016/NĐ-CP và hướng dẫn tại Điều 6 Thông tư 40/2016/TT-BLĐTBXH.

*Bước 2:* Nộp hồ sơ đề nghị cấp GPLĐ. Trước ít nhất 15 ngày làm việc, kể từ ngày NLD nước ngoài dự kiến bắt đầu làm việc cho NSDLĐ thì NSDLĐ đó phải nộp hồ sơ đề nghị cấp GPLĐ cho Sở LĐTBXH nơi NLD nước ngoài dự kiến làm việc.

*Bước 3:* Xem xét hồ sơ và cấp GPLĐ. Trong thời hạn 07 ngày làm việc, kể từ ngày nhận đủ hồ sơ đề nghị cấp GPLĐ, Sở LĐTBXH cấp GPLĐ cho NLD nước ngoài theo Mẫu số 8 ban hành kèm theo Thông tư 40/2016/TT-BLĐTBXH. Trường hợp không cấp GPLĐ thì có văn bản trả lời và nêu rõ lý do.

Đối với những trường hợp không thuộc diện cấp GPLĐ thì phải có xác nhận của Sở LĐTBXH trước 07 ngày làm việc, kể từ ngày NLD bắt đầu làm việc. Những NLD

nước ngoài vào Việt Nam làm việc tại vị trí chuyên gia, nhà quản lý, giám đốc điều hành hoặc lao động kỹ thuật có thời gian làm việc dưới 30 ngày và thời gian cộng dồn không quá 90 ngày trong 01 năm thì không phải xác nhận (Khoản 2 Điều 8 Nghị định 11/2016/NĐ-CP).

*\* Thời hạn của giấy phép lao động:*

Vấn đề này được quy định tại Điều 173 Bộ luật Lao động năm 2012 và được quy định chi tiết tại Điều 11 Nghị định số 11/2016/NĐ-CP, về cơ bản không có sự thay đổi so với các quy định trước đó. Cụ thể thời hạn của GPLĐ được cấp là không quá 02 năm và theo thời hạn của một trong các trường hợp sau đây:

- Thời hạn của HĐLĐ dự kiến sẽ ký kết;
- Thời hạn của phía nước ngoài cử NLD nước ngoài sang làm việc tại Việt Nam;
- Thời hạn hợp đồng hoặc thỏa thuận ký kết giữa đối tác Việt Nam và nước ngoài;
- Thời hạn hợp đồng hoặc thỏa thuận cung cấp dịch vụ ký kết giữa đối tác Việt Nam và nước ngoài;
- Thời hạn nêu trong văn bản của nhà cung cấp dịch vụ cử NLD nước ngoài vào Việt Nam để đàm phán cung cấp dịch vụ;
- Thời hạn đã được xác định trong giấy chứng nhận tổ chức phi chính phủ nước ngoài, tổ chức quốc tế được phép hoạt động theo quy định của pháp luật Việt Nam;
- Thời hạn trong văn bản của nhà cung cấp dịch vụ cử NLD nước ngoài vào Việt Nam để thành lập hiện diện thương mại của nhà cung cấp dịch vụ đó;
- Thời hạn trong văn bản chứng minh NLD nước ngoài được tham gia vào hoạt động của một doanh nghiệp nước ngoài đã thành lập hiện diện thương mại tại Việt Nam.

*3.2.6.2. Trách nhiệm của các cơ quan nhà nước trong việc quản lý người lao động nước ngoài*

Các cơ quan có thẩm quyền trong hoạt động quản lý NLD nước ngoài bao gồm: Bộ LĐTBXH, Bộ Tài chính, Bộ Công Thương, Bộ Công An, Ủy ban dân dân cấp cấp tỉnh, ... Ngoài ra, trong nội dung của các hiệp định hợp tác lao động mà Việt Nam ký kết đều xác định Bộ LĐTBXH là cơ quan đầu mối có trách nhiệm thực thi các quy định trong Hiệp định. Quy định trách nhiệm của cơ quan này trong vấn đề quản lý NLD nước ngoài tại Việt Nam trong các văn bản gồm: Thực hiện chấp thuận nhu cầu sử dụng NLD nước ngoài; Xác nhận không thuộc diện cấp GPLĐ; cấp, cấp lại GPLĐ và thu hồi GPLĐ; xác nhận đã thu hồi GPLĐ và đề nghị cơ quan công an trục xuất NLD nước ngoài làm việc tại Việt Nam không có GPLĐ đối với NLD nước ngoài làm việc cho NSDLĐ; xây dựng kế hoạch tổ chức thanh tra, kiểm tra việc thực hiện các quy định của pháp luật về NLD nước ngoài tại Việt Nam; các kế hoạch kiểm tra, thanh tra hàng năm hoặc đột xuất để phát hiện

và xử lý kịp thời những hành vi vi phạm. Việc quy định các trách nhiệm nêu trên là hoàn toàn tương thích với các quy định trong Hiệp định hợp tác lao động của Việt Nam đã ký kết với các nước, góp phần tăng hiệu quả của công tác quản lý NLD nước ngoài ở Việt Nam.

Trong phạm vi thẩm quyền của mình, Bộ Lao động thương binh và xã hội giao cho Cục Việc làm là cơ quan có trách nhiệm trực tiếp thi hành các nhiệm vụ cụ thể nêu trên và các trách nhiệm khác như tuyên truyền, phổ biến, tập huấn các quy định của pháp luật về NLD nước ngoài làm việc tại Việt Nam; tiếp nhận các thông tin về NLD nước ngoài được cấp thị thực vào làm việc tại Việt Nam do Bộ Công An cung cấp; quản lý, hướng dẫn và kiểm tra việc thực hiện các quy định của pháp luật về NLD nước ngoài làm việc tại Việt Nam; Tổng hợp, báo cáo tình hình NLD nước ngoài làm việc tại Việt Nam.

Bộ Công An là cơ quan được giao trách nhiệm hướng dẫn về thẩm quyền, thủ tục trực xuất đối với NLD nước ngoài làm việc tại Việt Nam không có GPLĐ, hướng dẫn cấp thị thực cho NLD nước ngoài liên quan đến việc cấp, cấp lại GPLĐ; xác nhận không thuộc diện cấp GPLĐ; Định kỳ hằng quý cung cấp thông tin về NLD nước ngoài được cấp thị thực vào làm việc cho cơ quan, tổ chức, doanh nghiệp tới Bộ LĐTBXH.

Bộ Tài chính có trách nhiệm hướng dẫn về lệ phí cấp, cấp lại GPLĐ, xác nhận không thuộc diện cấp GPLĐ.

Bộ Công Thương có trách nhiệm hướng dẫn căn cứ, thủ tục để xác định NLD nước ngoài di chuyển trong nội bộ doanh nghiệp thuộc phạm vi 11 ngành dịch vụ trong biểu cam kết dịch vụ của Việt Nam với Tổ chức Thương mại thế giới. Bộ Công Thương đã ban hành Thông tư số 35/2016/TT-BCT ngày 28 tháng 12 năm 2016 để hướng dẫn về vấn đề này.

Ủy ban nhân dân cấp tỉnh có trách nhiệm định kỳ hằng năm hoặc đột xuất theo yêu cầu, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh có trách nhiệm báo cáo Bộ LĐTBXH về nhu cầu sử dụng NLD nước ngoài, chấp thuận nhu cầu sử dụng NLD nước ngoài và tình hình quản lý NLD nước ngoài làm việc trên địa bàn.

### KẾT LUẬN CHƯƠNG 3

Qua nghiên cứu thực trạng pháp luật điều chỉnh QHLĐ của NLD nước ngoài tại Việt Nam, luận án rút ra những kết luận sau:

1. Khung pháp luật điều chỉnh QHLĐ của NLD nước ngoài tại Việt Nam bao gồm có hai hệ thống văn bản pháp luật là: hệ thống các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên và hệ thống văn bản pháp luật do Việt Nam ban hành. Trong các điều ước quốc tế đa phương mà Việt Nam tham gia, Việt Nam chưa tham gia các điều ước quốc tế điều chỉnh trực tiếp về NLD di trú của ILO hoặc UN. Trong các điều ước quốc tế song phương mà Việt Nam ký kết, Việt Nam chưa ký kết các hiệp định hợp tác lao động chỉ nhằm mục đích tiếp nhận NLD nước ngoài. Việt Nam chưa ban hành luật riêng điều chỉnh QHLĐ của NLD nước ngoài, các quy định điều chỉnh QHLĐ của NLD nước ngoài chủ yếu tồn tại trong BLLĐ, ngoài ra nằm rải rác tại các văn bản pháp luật chuyên ngành khác. Nội dung các quy định của pháp luật Việt Nam về cơ bản tương thích với quy định trong các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên.

2. Pháp luật Việt Nam đang dần hình thành một cơ chế pháp lý tương đối đầy đủ về QHLĐ của người NLD nước ngoài. Các quy định của pháp luật Việt Nam về thiết lập, thực hiện, chấm dứt QHLĐ của NLD nước ngoài có sự kết hợp điều chỉnh của các quy định chung về QHLĐ và một số quy định điều chỉnh riêng đối với đối tượng là NLD nước ngoài. Khi áp dụng các quy định chung về QHLĐ còn có một số quy định không phù hợp và một số quy định được áp dụng không thống nhất như: quy định về thời hạn HĐLĐ, quy định về HĐLĐ vô hiệu. Ngoài ra, vẫn còn có một số quy định chưa phù hợp, một số nội dung chưa được làm rõ, một số quy định, thuật ngữ cần phải được hướng dẫn và giải thích.

## Chương 4

# HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VÀ NÂNG CAO HIỆU QUẢ THỰC HIỆN PHÁP LUẬT ĐIỀU CHỈNH QUAN HỆ LAO ĐỘNG CỦA NGƯỜI LAO ĐỘNG NƯỚC NGOÀI TẠI VIỆT NAM

### 4.1. Tình hình thực hiện pháp luật điều chỉnh quan hệ lao động của người lao động nước ngoài tại Việt Nam

#### 4.1.1. Nhận xét một số bất cập trong các quy định điều chỉnh quan hệ lao động của người lao động nước ngoài

*Thứ nhất*, một số quy định của pháp luật Việt Nam chưa tương thích với quy định của các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên:

- Quy định của pháp luật Việt Nam chưa đáp ứng được nguyên tắc không phân biệt đối xử và nguyên tắc đối xử quốc gia.

NLĐ nước ngoài thực hiện QHLĐ tuân thủ theo sự thỏa thuận của các bên về quyền và nghĩa vụ lao động theo quy định của HDLĐ và theo quy định của pháp luật Việt Nam điều chỉnh QHLĐ của NLĐ nước ngoài. Mặc dù, các quy định của pháp luật Việt Nam đã đáp ứng được một phần nguyên tắc “*không phân biệt đối xử*” và nguyên tắc “*đối xử quốc gia*” theo quy định của các công ước của ILO và UN. Tuy nhiên, quy định NLĐ nước ngoài làm việc tại Việt Nam không có quyền thành lập hoặc gia nhập công đoàn vẫn là sự thể hiện của sự không bình đẳng giữa NLĐ nước ngoài và NLĐ Việt Nam. Nguyên nhân của thực trạng này có thể là do quan điểm về phương diện chính trị, Công đoàn Việt Nam là một tổ chức chính trị xã hội, là thành viên của hệ thống chính trị Việt Nam nên không thể bao gồm những người không phải là công dân Việt Nam.

Quy định chưa cho phép NLĐ nước ngoài tham gia công đoàn sẽ hạn chế việc bảo vệ quyền và lợi ích của họ trong giải quyết các tranh chấp lao động cá nhân. Một vấn đề được đặt ra ở đây là pháp luật hiện hành quy định thành phần tham gia phiên Hòa giải có đại diện tổ chức đại diện tập thể lao động đối với vụ án lao động khi có yêu cầu của NLĐ<sup>73</sup>. Như vậy, đối với trường hợp tranh chấp giữa NLĐ nước ngoài và NSDLĐ Việt Nam, tập thể NLĐ, tổ chức đại diện cho NLĐ trong doanh nghiệp là Công Đoàn Việt Nam có bắt buộc phải là cơ quan đại diện cho NLĐ nước ngoài? Công Đoàn Việt Nam có quyền từ chối khi NLĐ nước ngoài yêu cầu? Bởi vì theo quy định của pháp luật Công Đoàn hiện hành là tổ chức chính trị - xã hội của giai cấp công nhân và NLĐ Việt Nam, như vậy có được hiểu là tổ chức Công Đoàn Việt Nam không có trách nhiệm đại diện cho NLĐ nước ngoài? Trường hợp Công Đoàn Việt Nam không đồng ý đại diện cho NLĐ nước ngoài,

<sup>73</sup> Khoản 1 Điều 209 Bộ luật Tố tụng Dân Sự năm 2015

họ có quyền yêu cầu Công Đoàn lao động nước họ đại diện trước Tòa án? Hiện nay, pháp luật Việt Nam chưa có quy định về vấn đề này. Tham khảo kinh nghiệm của các nước khác trên thế giới thì thấy các nước đều cho rằng phạm vi Công Đoàn chỉ hoạt động trong nước đó. Để giải quyết trường hợp trên thì ở Đức, Tòa án lao động khu vực của Đức năm 1975 xem xét và quyết định rằng một Công Đoàn của Đức nên cố gắng đại diện cho những NLD mang quốc tịch Hà Lan, làm việc tại công ty ở Đức tại Tòa án lao động. Điều này phù hợp so với việc yêu cầu Công Đoàn Hà Lan (nơi NLD quốc tịch Hà Lan là thành viên) hay do Liên đoàn Quốc tế của các Công đoàn độc lập (International Confederation of Free Trade Unions - ICFTU) và nay là Tổng Liên đoàn Lao động Quốc tế đại diện [129, tr. 98]. Vì vậy, hiện nay, NLD nước ngoài tại Việt Nam không được sự bảo vệ từ phía công đoàn nước họ và cả công đoàn Việt Nam.

- Quy định về hình thức làm việc của NLD nước ngoài tại Việt Nam chưa cập nhật các quy định về tiếp nhận lao động trong các Hiệp định hợp tác lao động như hình thức làm việc kết hợp với kỳ nghỉ được quy định trong *Thỏa thuận giữa Chính phủ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam và Chính phủ Australia về chương trình lao động kết hợp kỳ nghỉ*.

*Thứ hai*, các định nghĩa, thuật ngữ được sử dụng chưa có sự thống nhất.

- Pháp luật Việt Nam không có định nghĩa về NLD nước ngoài mà việc định nghĩa NLD nước ngoài phải xây dựng thông qua khái niệm NLD và khái niệm người nước ngoài. Tuy nhiên, Phần quy định tại Mục 3 Chương XI của BLLĐ năm 2012 về các điều kiện để công dân nước ngoài làm việc tại Việt Nam không đồng nhất với khái niệm NLD nước ngoài được xây dựng dựa trên khái niệm NLD và khái niệm người nước ngoài;

- Trong BLLĐ năm 2012 chưa có khái niệm về “*Người sử dụng người lao động nước ngoài*” nhưng Nghị định 11/2016/NĐ-CP lại sử dụng khái niệm “*Người sử dụng người lao động nước ngoài*”. “*Người sử dụng người lao động nước ngoài*” về bản chất là “*NSDLĐ*”.

*Thứ ba*, các quy định về thiết lập, thực hiện, thay đổi, chấm dứt QHLD của NLD nước ngoài còn chung chung, một số quy định không phù hợp với thực tiễn sử dụng NLD nước ngoài tại Việt Nam:

- Điều kiện giao kết HĐLĐ của NLD nước ngoài của Việt Nam chưa đưa ra đầy đủ tiêu chí để xác nhận, thiếu các quy định về công nhận bằng cấp, chứng nhận trình độ của NLD nước ngoài. Điều kiện giao kết HĐLĐ của NSDLĐ của NLD nước ngoài quá rộng, bao gồm cả những chủ thể phải đăng ký kinh doanh và những chủ thể không phải đăng ký kinh doanh, có thu nhập thấp (cá nhân hoạt động thương mại, hộ kinh doanh sử dụng dưới 10 lao động), không phù hợp với nhu cầu sử dụng NLD nước ngoài của thị trường lao

động Việt Nam;

- Các hình thức làm việc của NLD nước ngoài được quy định trùng lặp, thiếu chính xác, chưa có sự phân loại theo các tiêu chí thống nhất và logic;

- Về thủ tục tuyển dụng của NLD nước ngoài có quy định về việc sau khi NLD nước ngoài được cấp GPLĐ thì hai bên mới được ký kết HĐLĐ và phải gửi bản sao của HĐLĐ đã ký tới Sở Lao động thương binh xã hội đã cấp giấy phép đó nhưng không có quy định về thủ tục kiểm tra, xác nhận sự phù hợp của GPLĐ với HĐLĐ đã ký kết dẫn đến những trường hợp hai bên đã ký kết các HĐLĐ không phù hợp với GPLĐ, làm cho HĐLĐ bị tuyên bố vô hiệu một phần hoặc toàn bộ, gây ảnh hưởng đến quyền lợi của NLD;

- Pháp luật Việt Nam không có quy định riêng điều chỉnh tạm hoãn, thay đổi, chấm dứt HĐLĐ của NLD nước ngoài nên các quá trình tạm hoãn, thay đổi, chấm dứt HĐLĐ của NLD nước ngoài áp dụng quy định của HĐLĐ nói chung. Do đó, các bên sẽ phải tự xác định một số quy định phù hợp và một số quy định không phù hợp khi áp dụng cho HĐLĐ của NLD nước ngoài. Điều này gây khó khăn cho NLD nước ngoài do hạn chế về nhận thức và ngôn ngữ;

- Pháp luật Việt Nam vẫn chưa có hướng dẫn trực tiếp và cụ thể về trường hợp NLD nước ngoài không có GPLĐ đối với việc tuyên bố HĐLĐ vô hiệu toàn bộ, dẫn đến sự áp dụng không thống nhất tại cơ quan giải quyết tranh chấp.

*Thứ tư*, các quy định về xác định pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài trong BLDS năm 2015 về xác định pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài còn chung chung, thiếu các hướng dẫn áp dụng xác định sự thỏa thuận của các bên, xác định pháp luật của nước có mối liên hệ gắn bó với HĐLĐ, không có định nghĩa về các thuật ngữ được sử dụng như “*nơi người lao động thường xuyên thực hiện công việc*”, “*quyền lợi tối thiểu của NLD*”. Quy định về xác định pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài trong BLLĐ năm 2012 còn được hiểu mâu thuẫn với quy định của BLDS năm 2015. Từ đó, gây khó khăn cho việc áp dụng và giải thích pháp luật.

#### ***4.1.2. Thực tiễn thực hiện các quy định của pháp luật điều chỉnh quan hệ lao động của người lao động nước ngoài tại Việt Nam***

Hiện nay các đánh giá tình hình thực hiện các quy định của pháp luật Việt Nam điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài không nhiều, chủ yếu dựa trên các số liệu thống kê về NLD nước ngoài làm việc theo HĐLĐ của các báo cáo trong những năm gần đây của cơ quan quản lý trực tiếp NLD nước ngoài là Cục Việc làm - Bộ Lao động thương binh và xã hội. Ngoài ra có tham khảo thông tin, số liệu trong các nghiên cứu khác được thực hiện kể từ khi BLLĐ năm 2012 có hiệu lực. Trong đó, việc thực hiện đã đạt được một số kết quả như sau:

#### 4.1.2.1. Về việc cấp giấy phép lao động

Tỷ lệ lao động nước ngoài được cấp GPLĐ tăng dần qua các năm được thể hiện qua bảng số liệu trong Báo cáo của Cục Việc làm – Bộ LĐTBXH tháng 8/2016 như tại Phụ lục 2. Từ các thông kê trên cho thấy tỷ lệ lao động nước ngoài được cấp GPLĐ trên tổng số lao động nước ngoài thuộc diện phải cấp GPLĐ tăng dần từ 58,8% (năm 2011) lên 78,2% (năm 2014) và 94,4% (năm 2015). Số lao động nước ngoài chưa được cấp GPLĐ chủ yếu là các đối tượng đã được cấp thị thực ký hiệu “DN” cấp cho người vào làm việc với doanh nghiệp tại Việt Nam, thị thực ký hiệu “ĐT” cấp cho nhà đầu tư nước ngoài tại Việt Nam, thị thực ký hiệu “LV” cấp cho người nước ngoài vào làm việc với cơ quan, tổ chức, v.v... [243, 244, 245, 246].

Theo số liệu tổng hợp của các địa phương mới nhất trong tháng 1/2017 của Cục Việc làm - Bộ LĐTBXH: cả nước có tổng số 79.786 NLD nước ngoài đang làm việc, trong đó: số NLD không thuộc diện cấp GPLĐ là 6.465 người (chiếm 8,1% trên tổng số lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam); Số lao động nước ngoài thuộc diện cấp GPLĐ là 73.320 (chiếm 91,9%), trong đó số người đã được cấp GPLĐ là 69.378 người (chiếm 94,6% số người thuộc diện cấp GPLĐ); số còn lại 3.942 người (chiếm 5,4%) bao gồm số NLD đã nộp hồ sơ chờ cấp GPLĐ, số NLD đang hoàn thiện các giấy tờ trong hồ sơ đề nghị cấp GPLĐ [243, 244, 245, 246].

Theo quy định của pháp luật Việt Nam để thiết lập QHLD hợp pháp, NLD cần phải được cấp GPLĐ nhưng hiện nay, tại Việt Nam vẫn tồn tại số lượng lớn NLD nước ngoài không có GPLĐ là những NLD bất hợp pháp. Tại các công trình tổng thầu, công trình lớn và các dự án trọng điểm, nhà thầu nước ngoài thường chuyển các phần việc cho các nhà thầu phụ hoặc ký kết hợp đồng ở nước ngoài, giao toàn quyền cho nhà thầu phụ trong việc sử dụng lao động (trong đó có NLD Việt Nam và NLD nước ngoài). Vi phạm xảy ra nhiều ở các nhà thầu, đặc biệt là nhà thầu Trung quốc. Ví dụ, ngày 7/5/2011, đoàn kiểm tra tỉnh Cà Mau kiểm tra hành chính về NLD nước ngoài tại Nhà máy điện đạ Cà Mau (do liên danh giữa hai nhà thầu Wuhuan Engineering Company và China National Machinery Import and Export Corporation CMC làm tổng thầu) đã phát hiện rất nhiều NLD phổ thông mang quốc tịch Trung Quốc không có GPLĐ. Trong số 1.728 NLD Trung quốc thì chỉ có 677 NLD có giấy phép. Công trường nhà máy Alumi tại Nhân Cơ (huyện Đắc R’Lấp, tỉnh Đắc Nông), được kiểm tra giữa tháng 7/2011 có 267 NLD Trung Quốc, trong đó có 252 người làm việc trên 3 tháng nhưng chỉ có 67 người được Sở LĐTBXH tỉnh Đắc Nông cấp GPLĐ [307].

Hệ thống cơ quan nhà nước quản lý NLD nước ngoài đã tiến hành thanh tra, kiểm tra các địa phương, chấn chỉnh việc thực hiện quản lý NLD nước ngoài tại các tổ chức,

doanh nghiệp và kiên quyết xử lý các vi phạm pháp luật. Ví dụ trong năm 2016: tỉnh Bình Thuận xử phạt hành chính 02 nhà thầu nước ngoài, trục xuất 04 trường hợp lao động nước ngoài không có GPLĐ; tỉnh Hải Dương đề nghị cơ quan chức năng trục xuất 164 trường hợp lao động nước ngoài không có GPLĐ; thành phố Hồ Chí Minh nhắc nhở 03 doanh nghiệp sử dụng NLD nước ngoài và xử lý 08 trường hợp không có GPLĐ, ... [244]. Các Sở LĐTBXH đã ủy quyền việc cấp GPLĐ cho các Ban Quản lý Khu công nghiệp, Khu chế xuất, nhưng việc phối hợp thực hiện trong việc quản lý còn hạn chế

Tuy nhiên, do mạng lưới cơ quan quản lý NLD nước ngoài còn quá mỏng, ở địa phương (cấp tỉnh, huyện, xã) chưa có cán bộ chuyên trách theo dõi, quản lý, nên vấn đề theo dõi, quản lý, xây dựng hồ sơ dữ liệu không được cập nhật thường xuyên, có nhiều địa phương việc kiểm soát NLD nước ngoài chỉ là hình thức. Ngoài ra, công tác phối hợp giữa các cơ quan nhà nước trong việc quản lý NLD nước ngoài còn nhiều bất cập. Người nước ngoài đến địa phương không chỉ làm việc mà còn sinh sống tại địa phương, vì vậy liên quan đến khai báo tạm trú, an ninh, văn hóa, ... Hoạt động quản lý NLD không chỉ Sở lao động, Phòng lao động mà cần sự vào cuộc của chính quyền địa phương. Trong khi đó ở các địa phương chưa xây dựng được quy chế phối hợp trong việc quản lý NLD nước ngoài, dẫn đến sự chồng chéo trong công tác thanh kiểm tra, gây phiền hà, ức chế cho các doanh nghiệp và người NLD nước ngoài [201, 202].

Cơ quan nhà nước quản lý về lao động còn thực hiện các quy định của pháp luật về quản lý NLD nước ngoài tại các địa phương chưa nghiêm túc; việc theo dõi và quản lý NLD nước ngoài chưa được thực hiện thường xuyên, kịp thời và thiếu sự phối hợp, hỗ trợ của các ngành, các đơn vị ở địa phương; sự phối hợp giữa các cơ quan quản lý còn nhiều kẽ hở; thực hiện chế độ báo cáo không đầy đủ, không đúng quy định; việc kiểm tra, thanh tra và xử lý các vi phạm còn rất hạn chế; thiếu chủ động trong thanh tra, kiểm tra về NLD nước ngoài, mà chỉ tham gia với các đoàn thanh tra cấp bộ; việc phát hiện và xử lý các hành vi vi phạm pháp luật lao động về NLD nước ngoài chưa nhiều; chưa có nhiều đề xuất với Ủy ban nhân dân, Bộ Lao động, Thương binh và Xã hội và các cơ quan có liên quan để có những giải pháp quản lý NLD nước ngoài thật sự hiệu quả.

#### *4.1.2.2. Về số lượng, chất lượng của người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam*

NLD nước ngoài đến Việt Nam từ 110 quốc gia, trong đó có số lượng nhiều nhất là NLD mang quốc tịch Trung Quốc là 25.274 người (chiếm 30,9%); NLD mang quốc tịch Hàn Quốc là 14.968 người (chiếm 18,3%); NLD mang quốc tịch Đài Loan (Trung Quốc) là 10.551 người (chiếm 12,9%); NLD mang quốc tịch Nhật Bản là 7.770 người (chiếm 9,5%); còn lại NLD đến từ các quốc gia khác là 23.229 người (chiếm 28,4%).

NLĐ nước ngoài giữ vị trí quản lý, giám đốc điều hành là 12.114 người (chiếm 15,5%); chuyên gia và lao động kỹ thuật là 52.715 người (chiếm 67,6%); các hình thức khác là 13.209 người (chiếm 16,9%) bao gồm giáo viên, bác sỹ, luật sư, cầu thủ bóng đá, phi công lái máy bay, nghệ nhân một số ngành nghề truyền thống người nước ngoài v.v... [243, 244, 245, 246].

Nhu cầu sử dụng NLĐ nước ngoài qua tỷ lệ sử dụng NLĐ nước ngoài trong các doanh nghiệp, tổ chức: loại hình doanh nghiệp chiếm tỷ lệ lớn nhất (68,6%) trong các đơn vị có sử dụng NLĐ nước ngoài, tiếp đó là nhà thầu nước ngoài (10,3%), văn phòng đại diện, chi nhánh (9,7%), các loại dự án, đơn vị sự nghiệp nhà nước, tổ chức phi chính phủ, hộ gia đình (mỗi loại từ 2-3%). Riêng hợp tác xã thì không có sử dụng NLĐ nước ngoài [147].

Về số lượng NLĐ nước ngoài mà các đơn vị đã tuyển dụng: có đến 34% doanh nghiệp, đơn vị sử dụng từ 1 đến 2 NLĐ nước ngoài, 27% doanh nghiệp, đơn vị sử dụng từ 3 đến 5 NLĐ nước ngoài. Các số liệu này lấy từ kết quả khảo sát 200 doanh nghiệp, tổ chức (tại 9 tỉnh, thành phố) năm 2012 [147].

Về trình độ của NLĐ nước ngoài, theo kết quả khảo sát tình hình sử dụng NLĐ nước ngoài tại 83 doanh nghiệp từ các Hiệp hội doanh nghiệp và phòng Thương mại nước ngoài tại Việt Nam năm 2013 - thực hiện bởi Tiểu nhóm nhân sự Diễn đàn doanh nghiệp Việt Nam, NLĐ nước ngoài được tuyển dụng với nhiều lý do. Nguyên nhân chủ yếu là tuyển dụng cho các vị trí đòi hỏi trình độ, chuyên môn kỹ thuật cao: 38% là tuyển chuyên môn kỹ thuật; 26% do thiếu hụt ứng viên địa phương cho vị trí cần tuyển, còn lại là các lý do khác như đáng tin cậy, phát triển sản phẩm mới v.v.... Số lượng NLĐ nước ngoài được tuyển dụng trong doanh nghiệp không lớn: 50% các doanh nghiệp tham gia khảo sát sử dụng không quá 5 NLĐ nước ngoài; 62% NLĐ nước ngoài làm việc trong bộ phận quản lý cấp cao, các phòng ban kỹ thuật với vị trí trong ban giám đốc hoặc trưởng các bộ phận. 93% NLĐ nước ngoài được sử dụng có hơn 3 năm kinh nghiệm trong vai trò họ đảm nhiệm. Doanh nghiệp cũng chỉ có nhu cầu ký HĐLĐ ngắn hạn với NLĐ nước ngoài: 71% công ty được khảo sát có thuê NLĐ nước ngoài làm việc tại Việt Nam dưới 3 tháng. Thời gian làm việc của NLĐ nước ngoài từ 3 đến 5 năm (chiếm 60%), gắn bó lâu dài với doanh nghiệp từ 6 năm trở lên (khoảng 23%) [303].

#### *4.1.2.3. Về việc ký kết và thực hiện hợp đồng lao động với NLĐ nước ngoài*

Đa số NSDLĐ đã thực hiện nghiêm túc việc ký HĐLĐ với NLĐ nước ngoài, phần lớn có HĐLĐ từ 12 đến dưới 36 tháng (61,6%), một số ít NLĐ có HĐLĐ dưới 6 tháng (3,2%). NLĐ nước ngoài có mức lương khá cao so với NLĐ Việt Nam và có sự phân cực lớn giữa những NLĐ nước ngoài. Mức thu nhập phổ biến là từ 20 đến dưới 50 triệu, cao

nhất là nhóm NLD nước ngoài có thu nhập đến 100 triệu (quản lý, chuyên gia, nghệ nhân), thấp nhất là mức lương dưới 5 triệu (lao động mùa vụ tại các công trường, trung tâm tiếng anh...) [303].

Về tuyển dụng NLD nước ngoài, có 87,7% doanh nghiệp được khảo sát đều xây dựng quy chế tuyển dụng, có những tỉnh 100% doanh nghiệp đã có quy chế này (Đồng Nai, Vũng Tàu). Số doanh nghiệp chưa có quy chế tuyển dụng (12,3%) nêu lý do “cơ quan mẹ ở nước ngoài đưa người sang” (98,4%) nên không cần tuyển dụng NLD nước ngoài ở Việt Nam, không cần quy chế tuyển dụng. Một số ít doanh nghiệp (1,6%) chưa xây dựng quy chế với lý do rất ít tuyển NLD nước ngoài hoặc chỉ tuyển tạm thời trong thời gian nhất định khi lao động Việt Nam chưa đảm nhiệm được [147].

Về nguồn thông tin về việc làm để tuyển dụng NLD nước ngoài, kênh thông tin phổ biến nhất là do doanh nghiệp/tổ chức sử dụng lao động cung cấp (chiếm 2/3 số lượng NLD nước ngoài được khảo sát). Trường hợp doanh nghiệp/tổ chức ở nước ngoài gửi lao động sang làm việc tại chi nhánh/văn phòng/công ty con tại Việt Nam, họ thường cung cấp đầy đủ thông tin việc làm cho người NLD nước ngoài trước khi cử đi (43,5%). Đối với doanh nghiệp/tổ chức đang hoạt động tại Việt Nam có nhu cầu tuyển dụng NLD nước ngoài, họ trực tiếp cung cấp thông tin cho NLD nước ngoài đến tuyển dụng (22,7%). Thực trạng đáng buồn là chỉ có gần 15% NLD nước ngoài trong mẫu khảo sát tiếp cận thông tin việc làm qua môi giới, trong đó 10,1% qua môi giới ở nước sở tại và 3,9% qua môi giới ở Việt Nam. Điều này cho thấy vai trò của hệ thống môi giới việc làm chưa tương xứng ở phân khúc thị trường “lao động cao cấp” này. Cũng có tới 15% NLD nước ngoài tìm thông tin việc làm ở Việt Nam qua người thân, người quen, bạn bè đã hoặc đang ở Việt Nam. Thực chất đây là kênh thông tin phi chính thức, có thể gặp nhiều rủi ro cho NLD [147].

## **4.2. Một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật điều chỉnh quan hệ lao động của người lao động nước ngoài tại Việt Nam và nâng cao hiệu quả thực hiện**

### **4.2.1. Định hướng và giải pháp hoàn thiện pháp luật điều chỉnh quan hệ lao động của người lao động nước ngoài tại Việt Nam**

#### **4.2.1.1. Định hướng hoàn thiện pháp luật**

***Thứ nhất, việc hoàn thiện pháp luật điều chỉnh quan hệ lao động của người lao động nước ngoài phải phù hợp với chủ trương, đường lối của Đảng và Nhà nước Việt Nam.***

Quá trình xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật lao động nói chung phải phản ánh đúng và phù hợp với đường lối, chính sách của Đảng, phù hợp với các chiến lược chính sách do Nhà nước đề ra. Đảng và Nhà nước Việt Nam đã đưa ra nhiều chính sách

thể hiện quan điểm thúc đẩy hội nhập kinh tế quốc tế và phát triển nguồn nhân lực chất lượng cao.

Nghị quyết Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XII Đảng Cộng sản Việt Nam đặt ra các nhiệm vụ phát triển đất nước 5 năm 2016-2020, trong đó mục tiêu “*Đẩy mạnh toàn diện, đồng bộ công cuộc đổi mới; phát triển kinh tế nhanh, bền vững, phấn đấu sớm đưa nước ta cơ bản trở thành nước công nghiệp theo hướng hiện đại*”. Hội nghị lần thứ tư Ban Chấp hành Trung ương Đảng khoá XII ban hành Nghị quyết số 06-NQ/TW (ngày 5/11/2016) về thực hiện có hiệu quả tiến trình hội nhập kinh tế quốc tế, giữ vững ổn định chính trị - xã hội trong bối cảnh nước ta tham gia các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới, trong đó có nội dung hoàn thiện hệ thống pháp luật và nâng cao năng lực thực thi pháp luật: “*Khẩn trương rà soát, bổ sung, hoàn thiện luật pháp trực tiếp liên quan đến hội nhập kinh tế quốc tế, phù hợp với Hiến pháp, tuân thủ đầy đủ, đúng đắn các quy luật của kinh tế thị trường và các cam kết hội nhập kinh tế quốc tế; nội luật hoá theo lộ trình phù hợp những điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên, trước hết là luật pháp về thương mại, đầu tư, sở hữu trí tuệ và chuyển giao công nghệ, lao động - công đoàn... bảo đảm tranh thủ được thời cơ, thuận lợi, vượt qua các khó khăn, thách thức từ việc tham gia và thực hiện các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới. Nâng cao nhận thức và năng lực pháp lý, đặc biệt là luật pháp quốc tế, thương mại quốc tế, trước hết là của cán bộ chủ chốt các ngành và chính quyền các cấp, doanh nghiệp, cán bộ làm công tác tổ tụng, đội ngũ luật sư và những người trực tiếp làm công tác hội nhập kinh tế quốc tế, ...*”. Như vậy, hợp tác kinh tế quốc tế và khu vực là một trong những định hướng chiến lược của Việt Nam trong thời gian tới. Tuy nhiên, điều này sẽ mở ra những cơ hội cũng như những nguy cơ, thách thức lớn. Mặc dù hợp tác và phát triển là xu thế lớn nhưng cục diện thế giới có nhiều chuyển biến nhanh và khó lường. Toàn cầu hóa sẽ tiếp tục theo xu hướng đa cực, đa trung tâm. Các nước lớn sẽ vừa hợp tác, vừa cạnh tranh nhau gay gắt hơn. Các quốc gia sẽ tiếp tục đẩy mạnh tái cấu trúc nền kinh tế theo hướng nâng cao chất lượng tăng trưởng, phát triển bền vững, thúc đẩy xuất khẩu, tạo thêm nhiều việc làm.

Theo Chiến lược tổng thể hội nhập quốc tế đến năm 2020, tầm nhìn đến năm 2030 thì Chiến lược hội nhập của Việt Nam bao gồm những điểm sau đây:

- Chủ động và tích cực hội nhập kinh tế quốc tế trên cơ sở xây dựng nền kinh tế độc lập tự chủ ngày càng cao trong điều kiện hội nhập quốc tế ngày càng sâu rộng để phát triển bền vững, khai thác có hiệu quả và từng bước tạo dựng lợi thế so sánh và thúc đẩy tiến trình hội nhập quốc tế nói chung;

- Thực hiện Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội (bổ sung, phát triển năm 2011) và Chiến lược phát triển kinh tế - xã hội 2011 – 2020;

- Tăng cường, quán triệt nhận thức về hội nhập kinh tế quốc tế trong toàn Đảng, toàn dân. Phải coi hội nhập quốc tế, trong đó có hội nhập kinh tế quốc tế, là sự nghiệp của toàn dân, dưới sự lãnh đạo của Đảng và sự quản lý của Nhà nước. Nhân dân là chủ thể của hội nhập, người được hưởng thành quả và cũng là người chịu tác động trực tiếp từ hội nhập;

- Gắn kết hơn nữa với quá trình đổi mới kinh tế - xã hội trong nước để nâng cao hiệu quả và tăng cường sự thúc đẩy, hỗ trợ lẫn nhau vì mục tiêu phát triển chung. Trong mối quan hệ qua lại giữa hội nhập kinh tế quốc tế và công cuộc đổi mới trong nước, để đảm bảo tính chủ động trong hội nhập kinh tế quốc tế, đổi mới trong nước phải là nền tảng, là gốc, mang ý nghĩa quyết định;

- Hội nhập kinh tế quốc tế cần được đặt trong mối quan hệ hài hòa với hội nhập trong các lĩnh vực khác nhưng hội nhập kinh tế quốc tế phải là trọng tâm, cần đi trước một bước để tạo cơ sở;

- Hội nhập kinh tế quốc tế phải nhằm thúc đẩy các quan hệ hợp tác song phương, khu vực và đa phương; tiếp tục nâng cao vị trí vai trò của Việt Nam trên trường quốc tế; chủ động xây dựng các quan hệ đối tác mới thực sự mang lại lợi ích quốc gia. Kết hợp chặt chẽ hội nhập kinh tế quốc tế với yêu cầu giữ vững độc lập tự chủ, an ninh quốc phòng.

Đảng và Nhà nước ta luôn nhận thức rõ vai trò quan trọng của chiến lược phát triển nguồn nhân lực và khẳng định vai trò của NLD nước ngoài có chất lượng cao trong quá trình hội nhập kinh tế quốc tế. Chủ trương phát triển mạnh mẽ nguồn nhân lực chất lượng cao được đề ra tại Đại hội Đảng lần thứ XI là sự tiếp tục thực hiện quan điểm chỉ đạo mà Hội nghị Ban Chấp hành Trung ương lần thứ 7, khóa X nêu ra tại Nghị quyết 27-NQ/TU: tri thức Việt Nam là LLD sáng tạo đặc biệt qua trọng trong tiến trình đẩy mạnh công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước và hội nhập quốc tế; xây dựng đội ngũ tri thức vững mạnh là trực tiếp nâng tầm trí tuệ của dân tộc, sức mạnh của đất nước, nâng cao năng lực lãnh đạo của Đảng và chất lượng hoạt động của hệ thống chính trị; đầu tư xây dựng đội ngũ tri thức là đầu tư cho phát triển bền vững.

Người nước ngoài vào Việt Nam xuất phát từ chính sách hội nhập kinh tế quốc tế, thu hút đầu tư mạnh mẽ đầu tư nước ngoài vào Việt Nam. Nước ta có nhiều ngành, lĩnh vực mới, cần có công nghệ, đòi hỏi người có trình độ chuyên môn, có kinh nghiệm để đảm đương vì nguồn lực trong nước còn thiếu và yếu, như các nhóm ngành dịch vụ, tư vấn, tài chính, ... Sự có mặt của NLD nước ngoài tạo thuận lợi cho việc đào tạo NLD Việt Nam, cả trước mắt lẫn lâu dài, tạo điều kiện cho lao động Việt Nam vươn lên, nâng cao trình độ, kỹ năng, ý thức, ... có thể đảm đương thay thế công việc mà người nước ngoài đảm nhận. Việt Nam chỉ tuyển lao động có trình độ chuyên môn kỹ thuật cao để đáp ứng cho nhu cầu

về lao động, trong tương lai sẽ phải đào tạo lao động Việt Nam thay thế.

Hiến pháp ghi nhận các quyền cơ bản của công dân trong đó quy định: Điều 81 “*người nước ngoài cư trú tại Việt Nam phải tuân theo Hiến pháp và pháp luật Việt Nam, được Nhà nước bảo hộ tính mạng tài sản và các quyền lợi chính đáng theo pháp luật Việt Nam.*”; đồng thời đưa ra khung pháp lý mang tính chất định hướng cho sự hình thành và phát triển của hệ thống pháp luật nói chung và pháp luật trong quản lý nhà nước về xuất cảnh, nhập cảnh nói riêng. Nhà nước Việt Nam tạo điều kiện thuận lợi đối với việc nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh của người nước ngoài; bảo hộ tính mạng, tài sản, quyền và lợi ích hợp pháp khác của người nước ngoài cư trú tại Việt Nam trên cơ sở pháp luật Việt Nam và điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia.

Tuy nhiên, sự tham gia của nguồn nhân lực nước ngoài không chỉ tại NLD được thuê mướn, sử dụng mà còn từ phía NSDLĐ, các tổ chức đại diện. Điều này yêu cầu cần phải tiếp tục phát triển thị trường lao động Việt Nam theo hướng đẩy mạnh hợp tác đa phương trong lĩnh vực lao động, hợp tác với các cá nhân và tổ chức phi Chính phủ nước ngoài phục vụ xây dựng, triển khai có hiệu quả các chương trình phát triển về lao động - xã hội.

***Thứ hai, việc hoàn thiện pháp luật điều chỉnh quan hệ lao động của người lao động nước ngoài phải phù hợp với tiêu chuẩn, điều kiện quy định trong các điều ước quốc tế về lao động.***

Theo Chiến lược hội nhập quốc tế về lao động và xã hội đến năm 2020, tầm nhìn đến năm 2030, vấn đề hoàn thiện pháp luật trong lĩnh vực lao động và xã hội phải đảm bảo độc lập tự chủ, bảo vệ lợi ích quốc gia; thực hiện có trách nhiệm các cam kết quốc tế; khai thác có hiệu quả môi trường hợp tác quốc tế, tranh thủ nguồn lực, ưu tiên của quốc tế phục vụ mục tiêu phát triển lĩnh vực lao động - xã hội. Các mục tiêu được đề ra nhằm hoàn thiện chế chế trong lĩnh vực lao động xã hội phù hợp với các tiêu chuẩn, điều kiện quy định trong các điều ước quốc tế về lao động gồm có:

- Chủ động nghiên cứu, ký kết, tham gia các điều ước, tiêu chuẩn và cam kết quốc tế về lao động - xã hội phù hợp với điều kiện phát triển kinh tế - xã hội của đất nước. Nội luật hóa các điều ước, tiêu chuẩn và cam kết quốc tế về lao động - xã hội mà Việt Nam là thành viên. Áp dụng phương pháp tiếp cận, tiêu chí đánh giá về lao động - xã hội theo thông lệ quốc tế và khu vực;

- Chủ động xây dựng, thực hiện hiệu quả các cơ chế, chính sách về lao động - xã hội trong quá trình hội nhập trên nguyên tắc hợp tác bình đẳng, cùng có lợi nhằm bảo vệ lợi ích quốc gia; lợi ích của NLD, đặc biệt là các nhóm yếu thế; lợi ích của doanh nghiệp;

- Chủ động dự báo, xử lý kịp thời các vấn đề lao động - xã hội phát sinh trong quá

trình phát triển, thực thi các cam kết quốc tế;

- Phát triển, dự báo thị trường lao động; thúc đẩy chuyển dịch cơ cấu lao động, di chuyển lao động trong nước và quốc tế, đặc biệt là đưa nhiều lao động có trình độ cao đi làm việc ở nước ngoài; hoàn thiện chính sách việc làm; quản lý di cư lao động quốc tế, di chuyển thể nhân và tổ chức dịch vụ việc làm; xây dựng, thực hiện chương trình việc làm công theo các tiêu chí khu vực và quốc tế;

- Phát triển QHLD hài hòa, ổn định và tiến bộ; hoàn thiện hệ thống pháp luật về QHLD phù hợp với tiêu chuẩn lao động khu vực và quốc tế;

- Nâng cao năng lực thanh tra lao động đáp ứng yêu cầu quản lý lao động hiệu quả trong quá trình hội nhập quốc tế;

- Xây dựng tiêu chuẩn kỹ năng nghề, tiêu chuẩn giáo viên và đào tạo giáo viên, chương trình, giáo trình đào tạo, tiêu chuẩn kiểm định chất lượng phù hợp với tiêu chuẩn khu vực và quốc tế;

- Thực hiện các cam kết và đóng góp vào việc xây dựng, sửa đổi, hoàn thiện các tiêu chuẩn ASEAN và quốc tế về giáo dục nghề nghiệp; ưu tiên hoàn thiện khung trình độ quốc gia; tham gia xây dựng khung tham chiếu trình độ giữa các nước ASEAN. Tăng cường liên kết đào tạo, chuyển giao các bộ chương trình, đào tạo thí điểm các nghề trọng điểm cấp độ ASEAN và quốc tế; tham gia mạng nghiên cứu, chuyển giao tri thức về giáo dục nghề nghiệp giữa các nước trong khu vực và trên thế giới. Đàm phán, ký kết các thỏa thuận thừa nhận lẫn nhau về văn bằng, chứng chỉ giáo dục nghề nghiệp với các nước trong khu vực và trên thế giới.

#### *4.2.1.2. Giải pháp hoàn thiện pháp luật*

##### ***Thứ nhất, một số kiến nghị về nghiên cứu và lý luận***

*Một là, nghiên cứu, học tập kinh nghiệm của các quốc gia trên thế giới trong việc xây dựng chính sách, pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài*

Hoạt động xây dựng pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài có đặc thù là phải phù hợp với các chính sách của nhà nước về chọn lọc và thu hút NLD nước ngoài. Trong thời gian gần đây và trong những năm sắp tới, xu hướng chọn lọc NLD nước ngoài đang chuyển dịch rất mạnh theo hướng thu hút NLD chuyên môn cao nước ngoài do xu thế toàn cầu hóa lan rộng và tác động của cuộc cách mạng công nghiệp 4.0 làm gia tăng nhu cầu lao động về lao động chuyên môn cao. Rất nhiều các quốc gia trên thế giới đã có lịch sử xây dựng và áp dụng chính sách thu hút NLD chuyên môn cao nước ngoài như Hoa Kỳ, Singapore. Các quốc gia khác cũng bắt đầu đưa ra các chương trình ưu đãi NLD nước ngoài có chuyên môn cao như Canada, Nhật Bản, Đức. Đáp ứng xu hướng này, Việt Nam đã ban hành các chính sách thu hút lao động chuyên môn cao nước ngoài

trong hoạt động khoa học công nghệ và có sự sửa đổi hoàn thiện chính sách cho phù hợp với điều kiện thực tiễn của đất nước. Từ quan điểm của Việt Nam bắt đầu từ năm 1986, khi bắt đầu áp dụng chính sách đổi mới đến nay, về việc chỉ cho phép tuyển dụng người nước ngoài đối với những công việc đòi hỏi kỹ thuật cao mà phía lao động Việt Nam không đáp ứng được nhưng phải có lộ trình đào tạo thay thế lao động Việt Nam, Việt Nam đã có các quy định riêng liên quan đến chính sách thu hút NLD nước ngoài đến hoạt động khoa học công nghệ tại Việt Nam.

Sau khi Luật Khoa học công nghệ được ban hành và bắt đầu có hiệu lực từ tháng 6 năm 2013, với mục đích đẩy mạnh việc nghiên cứu ứng dụng thành tựu khoa học và công nghệ tiên tiến và hiện đại, Chính phủ đã ban hành Nghị định 87/2014 ngày 22 tháng 9 năm 2014 về thu hút cá nhân hoạt động khoa học và công nghệ là người Việt Nam ở nước ngoài và chuyên gia nước ngoài tham gia hoạt động khoa học tại Việt Nam. Theo đó, người Việt Nam ở nước ngoài và chuyên gia nước ngoài tham gia hoạt động khoa học và công nghệ tại Việt Nam được hưởng chính sách quy định tại Nghị định này nếu đáp ứng một trong các điều kiện: Có sáng chế hoặc giống cây trồng được đăng ký quyền sở hữu trí tuệ phù hợp với nhiệm vụ khoa học và công nghệ thực hiện tại Việt Nam; có công trình nghiên cứu khoa học và công nghệ xuất sắc phù hợp với nhiệm vụ khoa học và công nghệ thực hiện tại Việt Nam; có bằng tiến sỹ, đã và đang giảng dạy, nghiên cứu khoa học, chuyển giao công nghệ tại cơ sở nghiên cứu có uy tín ở nước ngoài trong lĩnh vực chuyên môn phù hợp với nhiệm vụ khoa học và công nghệ tại Việt Nam; có bằng tiến sỹ, đã làm việc trên 3 năm ở vị trí nghiên cứu khoa học tại chương trình, dự án hợp tác quốc tế về khoa học và công nghệ hoặc bộ phận nghiên cứu của doanh nghiệp có uy tín ở nước ngoài. Để thực hiện chính sách này, Bộ Lao động thương binh và xã hội đã ban hành Thông tư số 24/2015/TT-BLĐTBXH ngày 13/7/2015 quy định trình tự, thủ tục rút gọn về cấp GPLĐ cho người Việt Nam ở nước ngoài và chuyên gia nước ngoài tham gia hoạt động khoa học và công nghệ tại Việt Nam theo quy định tại khoản 6 Điều 14 của Nghị định số 87/2014/NĐ-CP. Thời gian cấp phép lao động được rút gọn trong 3 ngày kể từ khi nhận được hồ sơ hợp lệ. Thời hạn tối đa của giấy phép là 2 năm.

Tuy nhiên, việc ban hành chính sách thu hút NLD chuyên môn cao nước ngoài của Việt Nam chậm hơn rất nhiều so với các quốc gia trong khu vực, muộn hơn Trung Quốc 10 năm và muộn hơn Singapore 20 năm. Có thể lý giải nguyên nhân của thực trạng này là do Việt Nam thực hiện chiến lược cải cách kinh tế từ năm 1986, muộn hơn nhiều so với thời điểm Singapore công nghiệp hóa hướng về xuất khẩu vào năm 1968 và muộn hơn so với chiến lược cải cách kinh tế của Trung Quốc vào năm 1979.<sup>74</sup> Việt Nam thường ưu tiên

<sup>74</sup> Quy định cho phép tuyển dụng NLD nước ngoài của Việt Nam đầu tiên vào năm 1986 trong Luật đầu tư nước

các chính sách liên quan đến việc đưa NLD Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng hơn so với các chính sách liên quan đến thu hút NLD nước ngoài. Theo Quyết định Phê duyệt Chiến lược hội nhập quốc tế về lao động và xã hội đến năm 2020 và tầm nhìn đến năm 2030 ngày 20 tháng 01 năm 2016 của Chính Phủ có đề ra nhiệm vụ từ bây giờ đến năm 2030 là *“thúc đẩy chuyển dịch cơ cấu lao động, di chuyển lao động trong nước và quốc tế, đặc biệt là đưa người lao động có trình độ cao đi làm việc ở nước ngoài, chưa đặt ra nhiệm vụ thu hút NLD chuyên môn cao nước ngoài đến Việt Nam làm việc. Điều này có thể xuất phát từ đặc điểm Việt Nam là một quốc gia đông dân, có tỷ lệ thất nghiệp cao lại chủ yếu rơi vào lao động có chuyên môn kỹ thuật [193]. Tuy nhiên, với đặc điểm về lao động và việc làm trên thị trường lao động Việt Nam như: chất lượng lao động thấp, chưa đáp ứng được yêu cầu phát triển kinh tế, cơ cấu ngành nghề đào tạo có nhiều bất cập, thì giải pháp đưa NLD Việt Nam có trình độ cao đi làm việc ở nước ngoài sẽ làm trầm trọng thêm sự thiếu hụt lao động chuyên môn cao ở Việt Nam.*

Thực trạng thiếu định hướng về chính sách khiến cho các quy định về thu hút lao động chuyên môn cao nước ngoài của Việt Nam hiện nay còn sơ sài và thiếu hệ thống hơn rất nhiều so với một số quốc gia trong khu vực như Singapore và Trung Quốc. Trong khi Singapore đã thực hiện chế độ cấp thị thực theo phân loại chuyên môn đối với lao động nước ngoài thì Việt Nam vẫn chỉ có một loại giấy phép cấp cho lao động là chuyên gia nước ngoài vào Việt Nam thực hiện các đề tài, dự án khoa học, phân biệt với GPLD thông thường dành cho NLD nước ngoài vào Việt Nam làm việc theo HĐLĐ (có ký hiệu là LĐ). Trung Quốc là quốc gia có đặc điểm về lực lượng lao động tương đồng với Việt Nam (số lượng lao động lớn, nhưng chất lượng lao động thấp, tỷ lệ thất nghiệp cao) nhưng đã có hệ thống thẻ Xanh thực hiện chính sách thu hút nhân tài như kế hoạch 1000 người - kế hoạch hàng nghìn nhân tài và có những chính sách rõ ràng bài bản trong thu hút sinh viên quốc tế [149, tr. 80]. Nhưng Việt Nam hiện nay vẫn chưa có định hướng rõ ràng trong thu hút sinh viên quốc tế đến Việt nam học tập và làm việc để giữ lại làm nguồn cung cấp lao động chất lượng cao. Các chính sách thu hút lao động chuyên môn cao nước ngoài hiện mới dừng lại ở việc ban hành Nghị định và Quyết định, chính sách này mới chỉ giới hạn trong hoạt động nghiên cứu, chủ trì các nhiệm vụ khoa học công nghệ, mà chưa được áp dụng trong hoạt động sản xuất, kinh doanh. Các ưu đãi mà Việt Nam đưa ra trong chính sách

---

ngoài năm 1987 và chính sách thu hút NLD nước ngoài trong Nghị định số 87/2014/NĐ-CP. Trong khi đó, Singapore ban hành quy định điều chỉnh NLD nước ngoài từ năm 1965 trong Immigration Act 1966 và chính sách thu hút NLD nước ngoài từ năm 1990 trong Employment of foreign empower Act 1990. Trung Quốc trong giai đoạn đầu thực hiện cải cách kinh tế cũng hạn chế tuyển dụng NLD nước ngoài nhưng có chính sách thu hút NLD nước ngoài từ năm 1996 trong Nghị định về quản lý NLD nước ngoài năm 1966 (Rules for the Administration of Employment of Foreigners in China) đã có quy định tại Điều 9 về miễn thị thực và giấy phép lao động cho chuyên gia nước ngoài.  
Xem tại: <http://english.mofcom.gov.cn/aarticle/lawsdata/chineselaw/200211/20021100050543.html>, truy cập ngày 8/3/2018.

thu hút chuyên gia nước ngoài mới thực hiện được về thủ tục hành chính như rút gọn thời gian cấp phép, cho phép thời hạn thị thực tối đa, mà chưa có các quy định về các dịch vụ hỗ trợ như cung cấp thông tin về thị trường lao động, thông tin về quy định pháp luật, tổ chức y tế, giáo dục dành cho con em NLD nước ngoài, ... Như vậy, các vấn đề còn tồn tại sẽ tác động đến hiệu quả của chính sách thu hút lao động chuyên môn cao nước ngoài ở Việt Nam thấp hơn nhiều so với các quốc gia khác trong khu vực. Trong bối cảnh cách mạng khoa học công nghệ mới – cách mạng công nghiệp 4.0 – đã và đang làm gia tăng nhu cầu lao động có kỹ năng, Việt Nam có khả năng sẽ phải đón nhận lực lượng lao động chuyên môn thấp hơn các quốc gia khác trong khu vực Châu Á do thiếu các cơ chế đồng bộ về chính sách và pháp luật.

Dựa trên các phân tích, tổng hợp về kinh nghiệm của các quốc gia trên thế giới, dưới độ nghiên cứu và lý luận, một số kinh nghiệm có thể áp dụng cho Việt Nam để có thể tiếp tục hoàn thiện chính sách thu hút NLD nước ngoài, đặc biệt là đối tượng NLD chuyên môn cao nước ngoài như sau:

- Xây dựng chính sách thu hút lao động nước ngoài phải dựa trên các nghiên cứu về hiệu quả kinh tế đạt được từ việc sử dụng lao động nước ngoài, các chính sách kinh tế vĩ mô hiệu quả và dự đoán khoa học về cung và cầu trong thị trường lao động của chính quốc gia đó. Hệ thống kinh tế vĩ mô hiệu quả, kết hợp với kế hoạch chuyển dịch cơ cấu kinh tế và kế hoạch đào tạo thu hút nhân tài sao cho phù hợp với kế hoạch kinh tế đề ra đã giúp xác định rõ mục tiêu cần thu hút lao động chuyên môn cao nước ngoài vào lĩnh vực nào, ở trình độ nào, ngành nghề nào và số lượng bao nhiêu. Cơ cấu kinh tế đa dạng hóa cũng giúp cho quốc gia dễ tìm kiếm các lao động chuyên môn cao nước ngoài ở nhiều ngành nghề khác nhau, bù đắp cho những thiếu hụt trong nước. Những thay đổi chính sách thu hút lao động chuyên môn cao nước ngoài cần phải gắn chặt với cơ sở lý thuyết, tình hình thế giới và thực tiễn phát triển của từng nước. Chính sách thu hút lao động chuyên môn cao nước ngoài cần phải gắn với các chiến lược phát triển kinh tế – xã hội tầm nhìn xa khoảng 5-10 năm, trong đó hoạch định rõ những ngành nghề ưu tiên phát triển trong giai đoạn đó, dự báo tương đối chính xác cung – cầu lao động trong nước ở các ngành nghề ưu tiên cũng như xác định các danh mục ngành nghề cần lao động nước ngoài và số lượng lao động chuyên môn cao nước ngoài cần thiết phải tuyển dụng.

Như vậy, chúng ta nên xây dựng lộ trình trong chính sách thu hút lao động chuyên môn cao nước ngoài chi tiết và cụ thể hơn nữa, trên cơ sở đánh giá tổng thể cơ cấu dân số, nhu cầu của nền kinh tế, trong đó đưa ra các dự báo cụ thể về lĩnh vực thu hút, trình độ nào, vùng nào, quốc tịch nước nào, số lượng cần thiết là bao nhiêu, ... Chính sách thu hút NLD chuyên môn cao nước ngoài cần phải gắn với các chiến lược phát triển kinh tế – xã

hội tầm nhìn xa khoảng 5-10 năm, trong đó hoạch định rõ những ngành nghề ưu tiên phát triển trong giai đoạn đó, dự báo tương đối chính xác cung – cầu lao động trong nước ở các ngành nghề ưu tiên cũng như xác định các danh mục ngành nghề cần lao động nước ngoài và số lượng lao động chuyên môn cao nước ngoài cần thiết phải tuyển dụng. Chúng ta có thể áp dụng kinh nghiệm của các quốc gia xây dựng hạn ngạch về số lượng NLD nước ngoài. Bởi vì, khi đưa ra các số liệu, con số cụ thể trong hạn ngạch, cơ quan việc làm của những nước đó phải nghiên cứu dựa trên cơ sở nhu cầu của nền kinh tế, khả năng hấp thụ của thị trường lao động, mục đích của chính sách tiếp nhận. Một số tiêu chí xây dựng hạn ngạch nên được cân nhắc khi xây dựng chính sách tiếp nhận NLD nước ngoài của Việt Nam như tỷ lệ thất nghiệp của NLD nước sở tại (Hungary, Áo) hoặc tỷ lệ gia tăng hoặc sụt giảm dân số, chất lượng nguồn lao động (Hàn Quốc).

- Để chính sách thu hút NLD chuyên môn cao nước ngoài đạt được hiệu quả như mong muốn thì cần phải có các quy định quản lý giám sát chặt chẽ hoạt động tuyển dụng và sử dụng NLD nước ngoài, hạn chế tình trạng lao động bất hợp pháp. Hiện nay quy định về quản lý NLD nước ngoài của Việt Nam chưa đạt được hiệu quả, hiện tượng người nước ngoài làm việc không có giấy phép và không đúng như trong GPLD vẫn còn diễn ra phổ biến. Một trong những nguyên nhân của tình trạng này là chế tài xử lý NLD nước ngoài và NSDLĐ sử dụng NLD nước ngoài bất hợp pháp chưa đủ sức răn đe. Chế tài nghiêm khắc nhất dành cho NLD nước ngoài là bị cơ quan cảnh sát Việt Nam trục xuất theo đề nghị của Sở LĐTBXH nhưng điểm yếu của chế tài này là chi phí để hồi hương sẽ rất lớn. Trong bối cảnh gia tăng gánh nặng cho ngân sách nhà nước thì loại chế tài này nên được áp dụng rất hạn chế. Trong khi đó, chế tài dành cho NSDLĐ chỉ là phạt tiền tối đa là 75.000.000VNĐ và đình chỉ hoạt động từ 1 đến 3 tháng. Với khoản tiền trên nhiều doanh nghiệp sẵn sàng nộp phạt và tái phạm nhiều lần. Hình phạt đình chỉ hoạt động rất hiếm khi được áp dụng vì nếu áp dụng sẽ có ảnh hưởng đến những NLD khác, trong đó có NLD Việt Nam. Do đó, Việt Nam cần thí điểm áp dụng thêm các loại hình chế tài dành cho NSDLĐ và NLD nước ngoài như biện pháp hình sự, hoặc cấm NSDLĐ tiếp tục tuyển dụng NLD nước ngoài trong một khoảng thời gian nhất định. Singapore có những hình thức xử lý rất nghiêm NLD nhập cư bất hợp pháp. NLD nước ngoài bất hợp pháp có thể bị thanh tra lao động của Cục quản lý Nguồn nhân lực Singapore bắt giam mà không cần có lệnh của tòa án, với mức án phạt tù tối đa lên đến 5 năm [284].

- Cần kết hợp hài hòa các quy định về thu hút NLD chuyên môn cao nước ngoài với chính sách phúc lợi xã hội khác, hỗ trợ NLD nước ngoài và gia đình họ hòa nhập và cống hiến cho xã hội của nước ngoài sở tại. Xu hướng NLD nước ngoài di chuyển từ các nước phát triển hơn sang các nước đang phát triển hơn để tìm kiếm cơ hội tốt hơn và tránh

bị đánh thuế thu nhập cao ở nước chủ nhà là một lợi thế đối với các nước đang phát triển. Tuy nhiên, đi kèm với nhu cầu trốn thuế, NLD nước ngoài thường xem xét các chính sách gia đình và chính sách an sinh xã hội liên quan đến bản thân họ. Chính sách gia đình trở nên rất quan trọng trong di cư quốc tế, đặc biệt là các vấn đề chấp nhận người thân của chuyên gia đi theo họ ra nước ngoài, người thân của họ sẽ tiếp cận các chính sách an sinh xã hội và chăm sóc sức khỏe ở nước tiếp nhận chuyên gia. Lao động chuyên môn cao nước ngoài thường rất “nhạy cảm” với chính sách gia đình, họ thường xem xét các vấn đề được hưởng lợi của người thân trước khi quyết định làm việc lâu dài tại một nước đang phát triển.

Singapore đã làm tốt được chính sách gia đình và an sinh xã hội đối với lao động chuyên môn cao nước ngoài và người thân của họ. Các mức độ trợ cấp và ưu đãi đối với người thân của chuyên gia được quy định khác nhau, dựa theo mức thu nhập và ngành nghề của chuyên gia nước ngoài. Với hệ thống cho phép định cư lâu dài dễ dàng hơn rất nhiều so với các nước khác, Singapore tương đối thành công trong việc thu hút lao động chuyên môn cao nước ngoài nhờ quan tâm đến chính sách đối với gia đình và an sinh xã hội, bảo hiểm y tế và giữ gìn vệ sinh môi trường an toàn, sạch nhất trên thế giới. Ngược lại, Trung Quốc chưa thực sự quan tâm đến chính sách gia đình và an sinh xã hội cho người thân của các chuyên gia nước ngoài. Chính vì vậy, lượng lao động chuyên gia nước ngoài vào Trung Quốc chủ yếu là người Hoa sinh sống ở các nước châu Á và Hoa Mỹ. Người gốc Trung Quốc có những lợi thế nhất định về cộng đồng, ngôn ngữ, họ hàng, mối quan hệ quen biết, vì vậy chính phủ Trung Quốc đã biết sử dụng lợi thế này để kêu gọi trí thức chuyên gia Hoa Kiều về Trung Quốc làm việc. Tuy nhiên, đối với lao động chuyên môn cao nước ngoài không phải là Hoa Kiều, còn có rất nhiều rào cản chưa được giải quyết. Ví dụ như tình trạng ô nhiễm không khí tại của Trung Quốc trở nên trầm trọng, tình trạng internet bị giám sát chặt cùng những mối lo ngại khác về mất an toàn thực phẩm, chất lượng nước và an ninh xã hội. Cùng với đó, những hạn chế trong chính sách y tế, giáo dục, việc làm cho người thân của chuyên gia nước ngoài ở Trung Quốc cũng khiến nhiều chuyên gia nước ngoài quyết định đưa cả các thành viên gia đình ra khỏi Trung Quốc sau một thời gian ngắn làm việc ở nước này [149].

Do điều kiện kinh tế của Việt Nam còn có khoảng cách rất xa so với Singapore và Trung Quốc, nên chúng ta có thể lựa chọn các dịch vụ hỗ trợ dành cho NLD chuyên môn cao nước ngoài đến Việt Nam làm việc có chi phí thấp hơn như: thành lập trung tâm hỗ trợ thông tin về pháp luật và thị trường lao động, giảng dạy Tiếng Việt miễn phí. Ngoài ra, Việt Nam cần nghiên cứu gia nhập các điều ước ước tế về bảo vệ NLD di trú. Việc này không chỉ bổ sung những quy định còn thiếu trong hệ thống pháp luật Việt Nam mà còn

tạo hành lang pháp lý cần thiết để NLD nước ngoài có thể tự bảo vệ quyền lợi của mình, tạo ra tâm lý ổn định, yên tâm công hiến và hòa nhập với môi trường kinh tế - xã hội của Việt Nam.

*Hai là, nghiên cứu mô hình chọn lọc tiếp nhận NLD nước ngoài vào Việt Nam.*

Hiện tại, về cơ bản có hai mô hình chọn lọc tiếp nhận NLD nước ngoài phổ biến là mô hình do cung điều chỉnh, thông qua các hệ thống tính điểm nhập cư như ở Úc, New Zealand, Canada, ... và chính sách do cầu điều chỉnh, thông qua các chương trình cho phép nhập cư khi đã có hợp đồng làm việc như ở các nước Hàn Quốc, Nhật Bản, Qatar... Tuy nhiên, mỗi mô hình có ưu và nhược điểm riêng.

Trong các mô hình tính điểm NLD nước ngoài, một hệ thống tiêu chí phân loại dựa trên bằng cấp, kinh nghiệm và năng lực của NLD do nhà nước đưa ra để sàng lọc và lựa chọn NLD phù hợp với mục đích tiếp nhận của quốc gia đó. NLD sẽ được nhập cảnh để tìm việc làm trước khi có HĐLĐ. Tiêu chí đã có HĐLĐ dự kiến được ký kết chỉ là một trong các tiêu chí được tính điểm. Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy đối tượng NLD nước ngoài có kỹ năng trung bình không gặp được điều kiện thuận lợi trên thị trường lao động, tỷ lệ khá lớn trong số họ không tìm được việc làm phù hợp với chuyên môn, do họ chưa có đủ các thông tin về nhu cầu tuyển dụng của NSDLĐ. Nhưng trong mô hình tính điểm, lại có sức thu hút lớn đối với NLD nước ngoài có kỹ năng cao tham gia vào nghiên cứu và trao đổi khoa học kỹ thuật do họ biết trước các ưu đãi có lợi từ phía Nhà nước. Còn trong mô hình cho phép làm việc dựa trên yêu cầu từ phía NSDLĐ thì NLD chắc chắn sẽ có việc làm ngay khi nhập cảnh nhưng lại có sức thu hút yếu hơn với NLD có kỹ năng cao bởi vì các quyền lợi và ưu đãi của NLD do NSDLĐ đưa ra, còn trong pháp luật của các quốc gia này không có sự phân biệt rõ ràng giữa NLD có kỹ năng trung bình và NLD có kỹ năng cao.

Để khắc phục các đặc điểm này, một số quốc gia đã kết hợp cả hai mô hình này trong hệ thống pháp luật của mình. Zealand đang giữ mô hình tính điểm cho NLD nước ngoài thì mức điểm dành cho yếu tố đã có HĐLĐ giữ tỷ trọng cao nhất. Trung Quốc đã bắt đầu áp dụng mô hình tính điểm NLD nước ngoài từ năm 2017 với hệ thống phân loại NLD nước ngoài chia thành ba loại: A (trên 85 điểm) cho tài năng cao cấp, B (85-60) cho nhân viên chuyên nghiệp, và C (dưới 60 điểm) đối với người không có bằng cấp đại học hoặc nhân viên dịch vụ. Cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp GPLĐ sẽ quyết định điểm cho từng ứng viên dựa trên trình độ học vấn, mức lương, độ tuổi, thời gian làm việc tại Trung Quốc, trình độ thông thạo tiếng Trung Quốc, vị trí việc làm, ...

Điều này cho thấy nhu cầu cần phải tiếp tục thúc đẩy nghiên cứu các mô hình chính sách đang được áp dụng tại các quốc gia trên thế giới, phân tích, đánh giá các điểm mạnh

để có thể xây dựng mô hình thích hợp cho Việt Nam trong tương lai. Hiện tại, mô hình mà Việt Nam đang sử dụng là mô hình do cầu điều chỉnh, tức là việc cho phép tuyển dụng NLD nước ngoài được thực hiện sau khi NSDLĐ chứng minh có nhu cầu tuyển dụng NLD nước ngoài. Mô hình này có ưu điểm là việc sử dụng NLD nước ngoài đáp ứng tốt nhu cầu của thị trường lao động Việt Nam nhưng lại có nhược điểm là thiếu các tiêu chí phân loại và chọn lọc NLD nước ngoài, chưa có sức hấp dẫn đối với NLD có chuyên môn cao. Do đó, rất cần thiết nghiên cứu kết hợp áp dụng các tiêu chí phân loại và chọn lọc NLD nước ngoài của mô hình tính điểm NLD để có thể áp dụng tại Việt Nam trong thời gian sắp tới.

*Ba là, nghiên cứu mô hình hạn chế lao động phổ thông bất hợp pháp vào Việt Nam làm việc.*

Tình trạng lao động phổ thông bất hợp pháp đang là thách thức rất lớn đối với tất cả các quốc gia trên thế giới. Các quốc gia trên thế giới đã áp dụng rất đa dạng các biện pháp, công cụ để nhằm giảm bớt tình trạng này. Giải pháp thứ nhất có thể là tăng cung ứng lao động bản địa dựa trên giảm tỷ lệ thất nghiệp, kéo dài tuổi về hưu, tăng cường sự tham gia lao động của lao động nữ, tăng năng suất lao động thông qua tăng vốn. Các quy định cho phép tuyển dụng NLD nước ngoài thường đi theo nguyên tắc yêu cầu NSDLĐ cố gắng tìm kiếm lao động bản địa, nếu không tìm kiếm được thì được phép tuyển dụng lao động nước ngoài. Việc tăng khả năng cung ứng của NLD nước sở tại sẽ giảm nhu cầu cần tuyển dụng NLD nước ngoài.

Tuy nhiên, giải pháp này thường bị lách luật do NSDLĐ khá dễ dàng chứng minh rằng không thể tìm thấy NLD nước sở tại phù hợp. Do đó, giải pháp thay thế tốt hơn là đánh thuế NSDLĐ sử dụng NLD nước ngoài để khuyến khích họ tìm kiếm NLD nước sở tại. Tiền thuế này sẽ được sử dụng để hỗ trợ cho NLD nước ngoài hòa nhập tốt hơn với môi trường của quốc gia sở tại. Một công cụ kinh tế khác là hoàn trả thuế an sinh xã hội cho NLD phổ thông nước ngoài đồng ý quay trở về nước vì để khuyến khích NLD nước ngoài hồi hương thay vì tiếp tục ở lại quốc gia sở tại làm việc trong tình trạng bất hợp pháp.

Tuy nhiên, các công cụ kinh tế trên không thể giải quyết được hoàn toàn vấn nạn lao động bất hợp pháp với quy mô lớn như hiện nay. Một giải pháp khác là cần tăng cường hợp tác giữa nước gửi lao động và nước nhận lao động để cả hai quốc gia và cả NLD đều nhận được lợi ích khi trở về. Nước nhận lao động sẽ tạo điều kiện để NLD nước ngoài giữ liên lạc với gia đình tại quê nhà, miễn phí các chi phí chuyển ngoại hối về nước. Nước gửi lao động sẽ tăng cường các chương trình tái hòa nhập và tạo việc làm cho NLD của mình sau khi trở về nước.

Xu hướng chính sách của các quốc gia trong thời gian sắp tới là hạn chế tiếp nhận

lao động phổ thông nước ngoài nhưng tăng cường bảo vệ quyền lợi của đối tượng này khi họ đã làm việc tại quốc gia sở tại. Một số quốc gia (Italia, Tây Ban Nha) thì cho phép những NLD nước ngoài bất hợp pháp đủ điều kiện thì được nhập cư hoặc trở thành lao động hợp pháp dài hạn. Pháp là quốc gia tiên phong áp đặt sự bảo vệ tốt hơn cho những NLD nước ngoài bất hợp pháp. Luật số 2011-672 ngày 16 tháng 6 năm 2011 về nhập cư, hội nhập và quốc tịch của Pháp, có hiệu lực từ ngày 2 tháng 12 năm 2011, buộc NSDLĐ phải bồi thường, trả lại tiền lương, đóng thuế cho NLD, kể cả trong trường hợp NLD nước ngoài bất hợp pháp đã buộc phải hồi hương. Luật đã được hướng dẫn bằng Nghị định ngày 30 tháng 11 năm 2001 và Nghị quyết ngày 30 tháng 11 năm 2011. Các biện pháp cung cấp hỗ trợ tài chính cho NLD nước ngoài bất hợp pháp xuất phát từ quan điểm NLD nước ngoài bất hợp pháp được coi là nạn nhân của NSDLĐ. NSDLĐ thường lựa chọn tuyển dụng NLD nước ngoài bất hợp pháp vì lý do họ sẽ phải trả lương thấp hơn, đồng thời không thời không phải thực hiện các nghĩa vụ khác về an sinh xã hội, bảo hiểm y tế, bồi thường thiệt hại. Giá trị hỗ trợ tài chính được quy định từ một đến ba tháng tiền lương của tổng số tiền lương phải trả cho NLD bất hợp pháp. Mục đích của biện pháp tài chính này nhằm tăng chi phí sử dụng NLD nước ngoài bất hợp pháp, từ đó giảm nhu cầu sử dụng những NLD nước ngoài bất hợp pháp.

Như vậy, với các cách thức, biện pháp đang được các quốc gia sử dụng rất đa dạng, sẽ cần tiếp tục nghiên cứu sâu hơn nữa để tìm ra một biện pháp thích hợp hạn chế số lượng NLD nước ngoài bất hợp pháp của Việt Nam. Bên cạnh các biện pháp kiểm soát bằng thủ tục hành chính, Việt Nam cũng nên nghiên cứu để áp dụng thêm các biện pháp kinh tế làm giảm nhu cầu của NSDLĐ như đánh thuế người sử dụng NLD nước ngoài, yêu cầu NSDLĐ đóng Bảo hiểm xã hội và Bảo hiểm y tế bắt buộc cho NLD nước ngoài, lập quỹ hồi hương NLD nước ngoài bất hợp pháp từ tiền nộp phạt của NSDLĐ.

***Thứ hai, một số kiến nghị hoàn thiện các quy định của pháp luật Việt Nam về quan hệ lao động của người lao động nước ngoài.***

Hiện nay các quy định về NLD nước ngoài được áp dụng chung theo quy định của BLLĐ năm 2012 và nằm rải rác trong một số văn bản khác. Mặc dù qua thực tiễn thi hiện, nhiều quy định chung không thể hoặc khó áp dụng đối với NLD nước ngoài. Các quy định pháp luật do nhiều Bộ, ngành khác nhau ban hành nên có mâu thuẫn khó khăn khi thực hiện. Ngoài ra, quy định về QHLD của NLD nước ngoài còn liên quan đến tư pháp quốc tế, hành chính, tổ tụng dân sự, tổ tụng hành chính v.v..., vì vậy tính hợp lý của chế định không chỉ phù hợp với thực tiễn mà còn phải phù hợp với sự tác động qua lại của các lĩnh vực pháp luật với các vấn đề cụ thể như xuất cảnh, nhập cảnh, cư trú, sở hữu tài sản, chế độ thuế, v.v... Hoàn thiện pháp luật điều chỉnh QHLD của

NLĐ nước ngoài phải đảm bảo mối tương quan tổng thể các vấn đề pháp luật cần hoàn thiện khác. Đáp ứng yêu cầu này thì pháp luật điều chỉnh QHLD của NLĐ nước ngoài mới có tính thực tế và khả thi, bảo vệ quyền, lợi ích của NLĐ một cách hiệu quả nhất. Do đó, nên chăng chúng ta hệ thống các quy định đối với NLĐ nước ngoài bằng một đạo luật riêng bằng cách xây dựng và ban hành *Luật về người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam theo hợp đồng lao động* hoặc *Luật về tuyển dụng, sử dụng người lao động nước ngoài*.

Tuy nhiên, việc ban hành một đạo luật riêng điều chỉnh NLĐ nước ngoài làm việc tại Việt Nam chưa thể thực hiện được trong thời gian sắp tới do chính sách thu hút NLĐ chuyên môn cao nước ngoài vẫn còn sơ sài và nhiều hạn chế, chưa có định hướng rõ ràng về nguồn thu hút, số lượng thu hút hoặc ngành nghề thu hút cụ thể. Vì vậy, trong bối cảnh chưa thể xây dựng đạo luật riêng điều chỉnh NLĐ nước ngoài thì cần tiến hành sửa đổi, bổ sung một số nội dung còn chưa hợp lý. Cụ thể như sau:

*Một là, thống nhất các khái niệm có liên quan đến QHLD của NLĐ nước ngoài.*

BLLĐ năm 2012 sử dụng thuật ngữ NLĐ nước ngoài cũng chưa có sự thống nhất. Khoản 3 Điều 2 BLLĐ năm 2012 xác định đối tượng điều chỉnh của BLLĐ năm 2012 là “*NLĐ nước ngoài làm việc tại Việt Nam*” nhưng không có giải thích về khái niệm này. Đề mục của Mục 3 Chương XI BLLĐ năm 2012 quy định về “*NLĐ Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài, lao động cho các tổ chức cá nhân nước ngoài tại Việt Nam, lao động là người nước ngoài làm việc tại Việt Nam*”. Trong nội dung các quy định tại Mục 3 Chương XI thì không sử dụng khái niệm NLĐ nước ngoài và khái niệm “*Lao động là người nước ngoài làm việc tại Việt Nam*” mà sử dụng khái niệm “*Công dân nước ngoài làm việc tại Việt Nam*”. Tiếp đó, khoản 1 Điều 2 Nghị định 11/2016/NĐ-CP quy định về các hình thức lao động của công dân nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam và xác định toàn bộ công dân nước ngoài vào Việt Nam làm việc theo nhiều hình thức đều là NLĐ nước ngoài. Trong đó, những người nước ngoài vào Việt Nam để chào bán dịch vụ, cung cấp dịch vụ theo hợp đồng đều được gọi là NLĐ. Từ thực trạng này cho thấy BLLĐ năm 2012 và văn bản hướng dẫn cần sự đồng bộ trong sử dụng thuật ngữ để tránh gây nhầm lẫn, khó xác định và phân loại NLĐ nước ngoài. Như vậy, cần xác định lại khái niệm NLĐ nước ngoài trên cơ sở phân biệt 2 khái niệm NLĐ nước ngoài và người nước ngoài làm việc tại Việt Nam và không nên xác định mọi hình thức công dân nước ngoài vào Việt Nam làm việc là NLĐ nước ngoài. Trên cơ sở tham khảo quy định của pháp luật các quốc gia trên thế giới về NLĐ nước ngoài (Hoa Kỳ, Phillipine, Singapore, ...) và các Điều ước quốc tế về lao động di trú (Công ước số 97 và Công ước số 147 của ILO, Công ước ICRMW của UN) thì luận án đề xuất xây dựng khái niệm NLĐ nước ngoài làm việc tại Việt Nam là

*“người lao động nước ngoài là người nước ngoài đến Việt Nam làm việc theo hợp đồng lao động, được trả lương và chịu sự quản lý, điều hành của người sử dụng lao động.”* Khái niệm này phù hợp định nghĩa về người nước ngoài trong pháp luật Việt Nam, phù hợp với quy định về hình thức làm việc của người nước ngoài tại Việt Nam, trên cơ sở có tiếp thu quan điểm của ILO và UN về NLD di trú. Theo khái niệm này, NLD nước ngoài bao gồm người không quốc tịch và người mang quốc tịch nước ngoài, không bao gồm trường hợp NLD nước ngoài thực hiện công việc cho NSDLĐ tại Việt Nam nhưng không đi qua biên giới của Việt Nam để làm việc (ví dụ như trường hợp người nước ngoài thực hiện các công việc thông qua mạng internet như viết chương trình phần mềm máy tính, thiết kế nội thất, thiết kế thời trang, giảng dạy qua internet, ...). NLD nước ngoài làm việc tại Việt Nam bao gồm NLD nước ngoài hợp pháp và NLD nước ngoài bất hợp pháp. Trong quá trình thực hiện công việc, NLD nước ngoài phải có sự quản lý, điều hành của NSDLĐ tại Việt Nam để nhằm hưởng lương. Quá trình quản lý điều hành của NSDLĐ được giải thích rộng nhất có thể.

Khái niệm thứ hai là khái niệm *“Người sử dụng người lao động nước ngoài”*. Trong BLLĐ năm 2012 chưa có khái niệm về *“Người sử dụng người lao động nước ngoài”* nhưng Nghị định 11/2016/NĐ-CP lại sử dụng khái niệm *“Người sử dụng người lao động nước ngoài”*. *“Người sử dụng người lao động nước ngoài”* về bản chất là “NSDLĐ”. Do đó không cần thiết đưa thêm một khái niệm mới là khái niệm *“Người sử dụng người lao động nước ngoài”* vào BLLĐ năm 2012 nhưng có thể bổ sung vào Điều 3 về Giải thích thuật ngữ NSDLĐ đối với NLD nước ngoài để rõ hơn điều kiện cũng như quyền, trách nhiệm của chủ thể này khi tuyển dụng và sử dụng lao động nước ngoài. BLLĐ năm 2012 cần bổ sung thêm khái niệm *“HĐLĐ đối với NLD nước ngoài”* và khái niệm *“Quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài”* vì đây chính là đối tượng điều chỉnh của pháp luật lao động và phạm vi điều chỉnh của Bộ luật Lao động. Tiêu chí về *“Quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài”* có thể cân nhắc xác định trên cơ sở khái niệm quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài BLDS năm 2015. Tuy nhiên, các yếu tố nước ngoài của QHLD phải phù hợp với đặc điểm của QHLD như chủ thể (NLD và NSDLĐ); Căn cứ phát sinh, thực hiện, thay đổi, chấm dứt HĐLĐ xảy ra ở nước ngoài.

Ngoài vấn đề thuật ngữ, BLLĐ năm 2012 đã mở rộng loại đối tượng được phép tuyển dụng NLD nước ngoài. Về lý thuyết, việc cho phép và thừa nhận nhu cầu tuyển dụng NLD nước ngoài của các loại chủ thể như hộ kinh doanh, hợp tác xã, cá nhân hoạt động thương mại là để đảm bảo sự bình đẳng trước pháp luật của các chủ thể kinh doanh. Tuy nhiên trên thực tế, khả năng kinh tế của loại chủ thể này có thể không đảm bảo cho việc thuê mướn sử dụng lao động nước ngoài (quy mô nhỏ, điều kiện làm việc, khả năng chịu

trách nhiệm). Các điều kiện sử dụng lao động ở các doanh nghiệp được sự kiểm tra, thanh tra của cơ quan nhà nước nhưng ở cá nhân hoạt động thương mại (và cả hộ gia đình, tổ hợp tác) rất khó kiểm tra. Hơn nữa các vị trí được phép tuyển dụng (nhà quản lý, giám đốc điều hành, chuyên gia, lao động kỹ thuật) hầu hết cũng không thích hợp với quy mô, tổ chức kinh doanh của cá nhân hoạt động thương mại, hộ gia đình, tổ hợp tác. Thực tế cho thấy, số lượng NLD nước ngoài được các “loại NSDLĐ” này tuyển dụng rất ít, do đó, Nghị định nên quy định hẹp hơn về đối tượng này là “*Hộ kinh doanh và cá nhân có đăng ký kinh doanh*”. Điều kiện “*có đăng ký kinh doanh*” sẽ đảm bảo khả năng bảo vệ các quyền lợi cho NLD nước ngoài cũng như điều kiện để nhà nước thanh tra, kiểm tra việc tuyển dụng, sử dụng lao động nước ngoài.

*Hai là, bổ sung quy định về các điều kiện đối với NLD nước ngoài phù hợp với chính sách thu hút NLD nước ngoài có chuyên môn cao của Việt Nam.*

Hiện nay chúng ta cấp GPLĐ cho lao động nước ngoài theo vị trí công việc (4 loại công việc) để nhằm phù hợp với chính sách thu hút NLD nước ngoài có chuyên môn cao. Tuy nhiên thực tế cũng cho thấy, lao động phổ thông nước ngoài (lao động bất hợp pháp) vẫn vào Việt Nam làm việc. Khoản 4 Điều 10 Nghị định 11/2016/NĐ-CP và khoản 2, 3 Điều 6 Thông tư 40/2016/TTBLĐTBXH quy định về văn bản chứng minh là nhà quản lý, giám đốc điều hành, chuyên gia và lao động kỹ thuật nhưng chưa đưa ra đầy đủ tiêu chí để xác nhận, đặc biệt thiếu các quy định về công nhận bằng cấp, chứng nhận trình độ của NLD nước ngoài.

Hiện nay, trong lĩnh vực công nhận bằng cấp, chứng nhận trình độ của NLD nước ngoài, một số quốc gia đã ký kết các điều ước quốc tế về thỏa thuận công nhận lẫn nhau (Mutual Recognition) hoặc ban hành một đạo luật riêng về công nhận văn bằng do cơ quan nước ngoài cấp. Trong khu vực ASEAN, Việt Nam đã ký kết 08 thỏa thuận công nhận lẫn nhau trong các ngành nghề dịch vụ. Theo quy định các Hiệp định này, có thể thấy chỉ có MRA trong lĩnh vực dịch vụ cho phép công nhận tự động và đầy đủ. Một hệ thống cấp phép quốc tế đã được thiết lập (Hội đồng cấp chứng chỉ nghề du lịch) để cho phép NLD nước ngoài có quốc tịch các quốc gia ASEAN được phép hành nghề mà không cần phải đáp ứng thêm các điều kiện của các cơ quan cấp chứng chỉ của các quốc gia. Bộ Tiêu chuẩn trình độ chung ASEAN về nghề du lịch đã đưa ra yêu cầu tối thiểu đối với 32 ngành nghề công nhận lẫn nhau trong lĩnh vực du lịch. Các MRA trong lĩnh vực kỹ thuật, kiến trúc và kế toán chỉ cam kết công nhận một phần. NLD nước ngoài vẫn phải trả qua thêm một quy trình đánh giá bằng cấp thứ hai tại các quốc gia tiếp nhận lao động trước khi được phép hành nghề tại quốc gia đó. Riêng MRA trong lĩnh vực nha khoa, y khoa, y tá không có các hệ thống đăng ký cấp độ khu vực mà chỉ có một số tiêu

chỉ cần thiết để NLD nước ngoài đủ điều kiện nộp đơn yêu cầu công nhận tại các quốc gia tiếp nhận lao động. Điều đó có nghĩa là để được công nhận và hành nghề hợp pháp tại Việt Nam trong lĩnh vực nha khoa, y khoa, y tá, NLD nước ngoài có quốc tịch các quốc gia ASEAN cần tiếp tục đáp ứng các yêu cầu riêng theo quy định của pháp luật Việt Nam.

Tuy nhiên, với 08 MRA như hiện tại vẫn chưa đáp ứng được nhu cầu quản lý về chất lượng NLD nước ngoài thông qua công nhận văn bằng do cơ quan nước ngoài cấp, pháp luật Việt Nam vẫn cần có quy định riêng, thống nhất về công nhận văn bằng của NLD nước ngoài. Chúng ta có thể tham khảo kinh nghiệm của Cộng hòa Liên bang Đức khi xây dựng các quy định về công nhận văn bằng của NLD nước ngoài. Kể từ tháng 4 năm 2012 Luật Công nhận văn bằng của Đức (*Act concerning the Assessment of Equivalence of Professional Qualifications*) có hiệu lực, mọi lao động đã được đào tạo ở nước ngoài có quyền làm đơn xin công nhận bằng cấp và trình độ chuyên môn của mình. Bộ luật này áp dụng cho tất cả mọi người, không giới hạn bởi quốc tịch hay tình trạng cư trú. Với điều kiện là NLD đã được đào tạo ở ngoài nước Đức và đã hoàn thành quy trình đào tạo, ngay từ khi chưa nhập cảnh vào lãnh thổ Đức, NLD có thể làm đơn xin công nhận văn bằng của mình thông qua mạng internet. Luật công nhận văn bằng đã tạo ra sự rõ ràng, minh bạch và mở ra một triển vọng nghề nghiệp tốt hơn cho nhiều lao động nước ngoài.

Công nhận văn bằng là sự đánh giá và sự chứng nhận về mặt pháp lý tính tương đương của một văn bằng do cơ sở giáo dục nước ngoài cấp với một văn bằng của Đức. Quy trình thẩm định được thực hiện theo quy định của pháp luật, trong đó các cơ quan có thẩm quyền (*Anerkennungsstellen*) sẽ thẩm tra xem văn bằng của người nộp đơn có tương đương với văn bằng của Đức không và liệu có được công nhận không. Đức phân loại hai nhóm nghề nghiệp: nhóm nghề nghiệp bắt buộc và nhóm nghề nghiệp tự do. Quy trình thẩm định công nhận văn bằng cho hai nhóm nghề nghiệp này sẽ có chức năng và quy định pháp lý khác nhau.

Nhóm nghề nghiệp bắt buộc bao gồm các nghề như Bác sỹ, Y tá, Luật sư, Giáo viên, Giáo viên mầm non, Kỹ sư, ... Vì các nghề này liên quan trực tiếp đến sinh mạng con người, nên luật pháp quy định rõ chuyên môn kỹ thuật và trình độ nghề nghiệp mà NLD cần phải đạt được. Nếu NLD muốn hành nghề này tại Đức với văn bằng do cơ sở giáo dục do nước ngoài cấp, hoặc NLD nước ngoài muốn sử dụng chức danh chuyên môn nghề, NLD bắt buộc phải đặt đơn xin công nhận văn bằng của mình. Trong trường hợp này, giấy chứng nhận trình độ tương đương được coi là giấy phép hành nghề ở Đức. (Chương 1, Điều 4 – Điều 8 Luật Công nhận văn bằng của Đức năm 2012.)

Nhóm nghề nghiệp tự do, pháp luật Đức không quy định cụ thể về chuyên môn kỹ

thuật và trình độ nghề nghiệp của lao động. Điều này có nghĩa là NLD có thể trực tiếp xin việc và hành nghề tại Đức mà không nhất thiết phải xin công nhận văn bằng. Tuy nhiên, nếu NLD có giấy chứng nhận trình độ tương đương sẽ giúp cho NSDLĐ Đức hiểu rõ hơn về trình độ và kỹ năng của NLD nước ngoài, nhờ thế mà cơ hội của NLD nước ngoài trên thị trường lao động Đức sẽ được nâng cao hơn. Ngoài ra, nếu NLD muốn bổ túc nghiệp vụ, tham gia các khóa học nhằm bồi dưỡng trình độ, nâng cao tay nghề, NLD cũng có thể làm đơn xin công nhận văn bằng. (Chương 2, Điều 9 – Điều 13 Luật Công nhận văn bằng của Đức năm 2012).

Việc công nhận văn bằng không đảm bảo chắc chắn NLD nước ngoài muốn làm việc tại Đức sẽ được cấp giấy phép cư trú, nhưng lại là một điều kiện bắt buộc khi nộp đơn xin thị thực. Đối với những NLD mang quốc tịch của các quốc gia không thuộc các nước thành viên liên minh Châu Âu, để có thể nhập cảnh vào Đức với mục đích làm việc, tất cả NLD cần phải xin cấp thị thực nhập cảnh vào Đức. Một trong số các điều kiện xin cấp thị thực là bằng cấp của NLD nước ngoài đã được công nhận hoặc tương đương với bằng của Đức. Tuy nhiên để được cấp giấy phép cư trú với mục đích làm việc tại Đức, NLD cần phải thỏa mãn nhiều điều kiện khác nữa.

Như vậy, Việt Nam cần xây dựng các quy định về công nhận bằng cấp, chứng nhận trình độ của NLD nước ngoài bao gồm các quy định về định nghĩa văn bằng, phân loại, tiêu chí công nhận, điều kiện công nhận, ...

*Ba là, bổ sung quy định về căn cứ xác định HĐLĐ vô hiệu đối với HĐLĐ với NLD nước ngoài.*

Căn cứ xác định HĐLĐ của NLD nước ngoài vô hiệu được xác định theo Điều 50 BLLĐ năm 2012 nhưng có một số quy định chưa phù hợp cần phải làm rõ khi áp dụng cho HĐLĐ của NLD nước ngoài. Một số trường hợp như nếu NLD nước ngoài ký kết HĐLĐ mà không có GPLĐ thì HĐLĐ đó có bị vô hiệu toàn bộ hay không? Hoặc nếu NLD được ký kết hợp đồng có nội dung không đúng với GPLĐ thì bị coi là vô hiệu toàn bộ hay từng phần? Qua thực tiễn xét xử thì một số bản án vẫn xem xét quan hệ HĐLĐ thực tế để giải quyết quyền lợi cho các bên nhưng một số bản án thì nếu NLD nước ngoài đã làm việc cho NSDLĐ nhưng không có GPLĐ thì coi như HĐLĐ vô hiệu toàn bộ. Như vậy GPLĐ có phải là căn cứ xác định HĐLĐ vô hiệu hay chỉ mang tính chất quản lý hành chính và các quy định về giá trị GPLĐ khi xác định HĐLĐ vô hiệu phải được áp dụng thống nhất.

*Bốn là, bổ sung các quy định pháp luật đối với NLD nước ngoài làm việc trong một số công việc đặc thù.*

Hiện nay, có rất nhiều công việc có tính chất đặc biệt và sử dụng lao động nước

ngoài với số lượng lớn (ví dụ như lao động nước ngoài trong lĩnh vực hàng hải, hàng không, khai thác dầu khí, thể thao, giáo dục, v.v...). Các quan hệ HĐLĐ trong những lĩnh vực này khá phức tạp không chỉ do yếu tố nước ngoài của chủ thể mà còn do tính chất công việc và sự di chuyển quốc tế thường xuyên của NLĐ. Các công việc này không chỉ được điều chỉnh bởi pháp luật lao động quốc gia mà còn được điều chỉnh bởi luật chuyên ngành hoặc điều ước quốc tế hoặc quy chế tổ chức nghề nghiệp quốc gia hoặc quốc tế (và thậm chí đan xen lẫn nhau). Các quy định đối với việc tuyển dụng sử dụng NLĐ nước ngoài trong những lĩnh vực này vẫn được áp dụng giống như những NLĐ nước ngoài thông thường trong khi tính chất công việc phức tạp, dễ xảy ra các vi phạm, tranh chấp ảnh hưởng đến lợi ích của các bên. Do đó, cần có những văn bản hướng dẫn quy định riêng một số quy định phù hợp với từng dạng công việc này.

*Năm là, thống nhất quy định về xác định pháp luật áp dụng điều chỉnh HĐLĐ của BLDS năm 2015 và BLLĐ năm 2012.*

Quy định tại BLLĐ năm 2012 về áp dụng pháp luật cho công dân nước ngoài làm việc tại Việt Nam đang gây nhiều tranh cãi. Theo khoản 2 Điều 169 Bộ luật Lao động 2012 thì đối với NLĐ là công dân nước ngoài làm việc tại Việt Nam phải tuân theo pháp luật lao động Việt Nam, điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên có quy định khác và được pháp luật Việt Nam bảo vệ. Điều luật quy định cụ thể “*tuân theo pháp luật lao động Việt Nam*”, nhưng trong pháp luật lao động Việt Nam chưa đề cập đến quyền lựa chọn áp dụng pháp luật trong HĐLĐ như theo quy định tại BLDS năm 2015 nên dường như quy định này mâu thuẫn với quy định BLDS năm 2015. Như vậy, nên chăng chúng ta cần bổ sung quy định giải thích quy định tại khoản 2 Điều 169 theo hướng “*tuân thủ pháp luật lao động Việt Nam*” là tuân thủ các quy định của Bộ luật Lao động Việt Nam và các văn bản hướng dẫn thi hành về điều kiện để người nước ngoài được làm việc hợp pháp tại Việt Nam như GPLĐ, hình thức làm việc, còn lại quyền và nghĩa vụ của các bên trong QHLD phải tuân thủ theo luật của nước được xác định theo các nguyên tắc xác định luật áp dụng đối với QHLD của Tư pháp quốc tế quy định trong BLDS Việt Nam năm 2015. Cách giải thích này phù hợp Luật Ban hành văn bản pháp luật năm 2015 về hiệu lực của văn bản pháp luật và phù hợp với quy định của các hiệp định tương trợ tư pháp và hiệp định Hợp tác lao động mà Việt Nam ký kết với các quốc gia khác.

Ngoài ra, đối với những vấn đề về xác định pháp luật điều chỉnh HĐLĐ của NLĐ nước ngoài mà BLDS Việt Nam chưa có quy định như sự thể hiện ý chí lựa chọn pháp luật áp dụng cho HĐLĐ của các bên, nước nào là nước nơi NLĐ thường xuyên thực hiện công việc, pháp luật của nước có mối liên hệ gắn bó hơn với HĐLĐ cần phải có sự bổ sung, hướng dẫn kịp thời để tránh hiện tượng áp dụng không thống nhất tại các cơ quan

giải quyết tranh chấp.

*Sáu là, sửa đổi bổ sung các quy định về thủ tục cấp GPLĐ của NLD nước ngoài.*

Theo quy định hiện hành thì NLD nước ngoài làm việc tại tỉnh, thành phố nào thì phải được Sở LĐTBXH cấp tỉnh đó cấp GPLĐ (GPLĐ chỉ có giá trị trong địa bàn của tỉnh, thành phố). Trường hợp NLD nước ngoài làm việc tại nhiều tỉnh, thành phố thì phải cấp nhiều GPLĐ. Quy định nêu trên gây phiền hà cho NSDLĐ khi phải chuẩn bị nhiều hồ sơ đề nghị cấp GPLĐ và khó khăn cho công tác quản lý vì cùng một NLD nước ngoài nhưng có nhiều GPLĐ. Nhưng cũng có trường hợp một NLD nước ngoài làm việc cho nhiều NSDLĐ tại Việt Nam nhưng thực tế về thủ tục họ chỉ được cấp một GPLĐ. Do đó cần có phương thức quản lý hiệu quả hơn đối với những đối tượng nêu trên và cũng cần bổ sung thêm trường hợp đặc biệt này vào khoản 8 Điều 10 Nghị định 11/2016/NĐ-CP. Hiện nay, khoản 8 Điều 10 Nghị định 11/2016/NĐ-CP chỉ quy định về những trường hợp đặc biệt như sau: NLD nước ngoài đã được cấp GPLĐ và đang còn hiệu lực mà làm việc cho NSDLĐ khác ở cùng vị trí công việc ghi trong GPLĐ theo quy định của pháp luật; NLD nước ngoài đã được cấp GPLĐ và đang còn hiệu lực mà làm khác vị trí công việc ghi trong GPLĐ theo quy định của pháp luật nhưng không thay đổi NSDLĐ; NLD nước ngoài đã được cấp GPLĐ nhưng hết hiệu lực mà có nhu cầu tiếp tục làm việc cùng vị trí công việc đã ghi trong GPLĐ.

Bổ sung quy định về cơ quan chức năng có thẩm quyền xem xét, giải quyết việc cấp, cấp lại GPLĐ đối với các trường hợp Sở LĐTBXH trả lời không cấp, cấp lại GPLĐ mà NSDLĐ cho rằng không hợp lý. Về vấn đề thu hồi GPLĐ, NLD nước ngoài sẽ bị Sở LĐTBXH có thẩm quyền thu hồi GPLĐ đã cấp trong trường hợp NSDLĐ hoặc NLD nước ngoài không thực hiện đúng quy định (Khoản 2 Điều 17 Nghị định 11/2016/NĐ-CP). Tuy nhiên việc quy định căn cứ thu hồi GPLĐ là quá rộng và khó xác định nên cần ban hành các văn bản hướng dẫn để xác định các căn cứ cụ thể, rõ ràng hơn trong trường hợp này.

Chúng ta có thể bỏ quy định tại điểm a khoản 3 Điều 14 Nghị định 11/2016/NĐ-CP quy định về trường hợp GPLĐ bị mất thì phải có xác nhận của cơ quan Công an cấp xã của Việt Nam hoặc cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài theo quy định của pháp luật vì các thông tin về GPLĐ đã được lưu trữ nên quy định này là không cần thiết. Trong thời gian tới, Việt Nam cũng cần sớm xây dựng dự thảo Thông tư hướng dẫn thực hiện việc cấp GPLĐ cho NLD nước ngoài làm việc tại Việt Nam qua mạng điện tử (theo Nghị quyết số 36a/NQ-CP ngày 14/10/2015 của Chính phủ về Chính phủ điện tử). Để giảm các thủ tục hành chính cũng như tăng cường sự quản lý trong hoạt động cấp GPLĐ cho NLD nước ngoài chúng ta có thể học tập kinh nghiệm từ sự cải cách của Trung Quốc trong thời gian gần đây.

Trung Quốc cũng đã tiến hành cải cách thủ tục hành chính để cấp GPLĐ cho NLD nước ngoài. Bắt đầu từ năm 2017, Cục Quản lý Nhà nước về các chuyên gia nước ngoài (SAFEA) đã áp dụng hệ thống GPLĐ thống nhất trên cả nước sử dụng một hệ thống phân loại theo điểm, có ba cấp để đánh giá ứng viên nào đủ điều kiện xin GPLĐ. Hệ thống phân loại NLD nước ngoài chia thành ba loại: A (trên 85 điểm) cho tài năng cao cấp, B (85-60) cho nhân viên chuyên nghiệp, và C (dưới 60 điểm) đối với người không có bằng cấp đại học hoặc nhân viên dịch vụ. SAFEA sẽ quyết định điểm cho từng ứng viên dựa trên trình độ học vấn, mức lương, độ tuổi, thời gian làm việc tại Trung Quốc, trình độ thông thạo tiếng Trung Quốc, vị trí việc làm, ... So với hệ thống cũ, hệ thống mới có quá trình đánh giá minh bạch hơn và rút ngắn thời gian chờ đợi. Theo hệ thống cũ, có hai cơ quan chính phủ là Phòng Nhân sự và An sinh Xã hội (HRSS) và SAFEA, quản lý quá trình xin cấp thị thực lao động nước ngoài. HRSS cấp GPLĐ và GPLĐ dành cho Hoa kiều cho người xin cấp thị thực Z, trong khi SAFEA đã cấp Giấy chứng nhận Chuyên gia và Chứng chỉ Chuyên gia nước ngoài cho người xin thị thực R. Tuy nhiên, bắt đầu từ ngày 1 tháng 4 năm 2017, NLD nước ngoài muốn xin thị thực Z hoặc thị thực R đều phải nộp đơn cho SAFEA mà không có sự phân tách về thẩm quyền như trước đây. Ngoài ra, GPLĐ và giấy phép chuyên gia nước ngoài đã được đưa vào GPLĐ của người nước ngoài và giấy chứng nhận GPLĐ của chuyên gia nước ngoài. Mỗi thẻ giấy phép làm việc của người nước ngoài sẽ có một số định danh (ID) duy nhất. Theo hệ thống mới, NSDLĐ và người nước ngoài có thể điền đơn và nộp các giấy tờ cần thiết thông qua hệ thống dịch vụ quản lý trực tuyến cho NLD nước ngoài tại Hệ thống Dịch vụ Quản lý do SAFEA thành lập trên website của Cục.<sup>75</sup>

*Bây là, xem xét và quy định về quyền gia nhập tổ chức công đoàn hoặc quyền thành lập tổ chức đại diện bảo vệ quyền lợi của NLD nước ngoài.*

Pháp luật công đoàn hiện nay vẫn chưa ghi nhận quyền thành lập và gia nhập tổ chức công đoàn của NLD nước ngoài làm việc tại Việt Nam (Điều 5 Luật Công đoàn Việt Nam 2012). Hạn chế này cũng mâu thuẫn với nhiều điều khoản của BLLĐ năm 2012 như Điều 5, Điều 50, Điều 189, v.v ... Khi NLD nước ngoài không được hưởng quyền lợi của đoàn viên công đoàn, nếu doanh nghiệp có sử dụng nhiều NLD nước ngoài hoặc NLD nước ngoài đang được thuê mướn tại các vị trí quan trọng của doanh nghiệp (quản lý, giám đốc điều hành) thì NSDLĐ cũng khó khăn khi xây dựng thỏa ước lao động tập thể, xử lý kỷ luật lao động, đơn phương chấm dứt HĐLĐ đối với NLD nước ngoài. Tiêu chuẩn quốc tế cũng như các cam kết về lao động của Việt Nam trong các FTAs đều đặt ra vấn đề thay

<sup>75</sup> Các quy trình, điều kiện để xin cấp visa R dành cho NLD nước ngoài chuyên môn cao muốn làm việc tại Trung Quốc, xem tại [http://en.safea.gov.cn/2018-03/09/content\\_35818694.htm](http://en.safea.gov.cn/2018-03/09/content_35818694.htm), truy cập ngày 8/3/2018.

đổi lớn đó là quyền tự do liên kết, thương lượng tập thể. Chương 19 của Hiệp định CPTPP quy định về 15 điều trong đó có điều khoản về tự do hiệp hội và thực hiện có hiệu quả quyền thương lượng tập thể. Quy định về quyền gia nhập tổ chức công đoàn của NLD nước ngoài hoặc quyền thành lập tổ chức bảo vệ quyền lợi của NLD nước ngoài có ảnh hưởng và tác động quan trọng tới quan hệ HĐLĐ. Việc gia nhập tổ chức công đoàn giúp bảo vệ hiệu quả nhất quyền, lợi ích của NLD nước ngoài, bảo đảm nghĩa vụ thương lượng thiện chí của NSDLĐ nếu quan hệ HĐLĐ phát sinh mâu thuẫn, bất đồng, tranh chấp. Nhà nước Việt Nam và Tổng liên đoàn lao động Việt Nam đang xem xét trao quyền cho NLD nước ngoài được gia nhập tổ chức công đoàn/hoặc cho phép thành lập tổ chức bảo vệ quyền lợi của NLD nước ngoài. Những vấn đề cần cân nhắc khi cho phép NLD nước ngoài tham gia hoạt động công đoàn như: các giới hạn mức tự chủ hoạt động; cam kết về tôn chỉ, mục đích hoạt động; nghĩa vụ tuân thủ Hiến pháp, pháp luật Việt Nam.

*Tóm lại, hoàn thiện các quy định về việc xử lý vi phạm khi tuyển dụng và sử dụng NLD nước ngoài bất hợp pháp.*

Hình phạt nghiêm khắc nhất dành NLD nước ngoài bất hợp pháp theo quy định pháp luật Việt Nam là trục xuất. Theo Điều 22 Nghị định 95/2014/NĐ-CP (điều khoản này đã được sửa đổi bổ sung theo quy định của Nghị định 88/2015/NĐ-CP), căn cứ để áp dụng hình phạt trục xuất đối với NLD nước ngoài khi có một trong các hành vi: (1) Làm việc nhưng không có GPLĐ theo quy định của pháp luật, trừ trường hợp không thuộc diện cấp GPLĐ; (2) Sử dụng GPLĐ đã hết hạn. Trục xuất vừa là hình phạt vừa là hình thức xử phạt hành chính nên có các văn bản hướng dẫn khác nhau, do Sở LĐTBXH hoặc thanh tra lao động đề xuất nhưng Cơ quan công an mới là chủ thể có thẩm quyền thực hiện. Thêm vào đó, không có quy định về nguồn kinh phí thực hiện trong trường hợp số lượng NLD nước ngoài bất hợp pháp lớn, cần nguồn kinh phí lớn. Trong thời gian chờ thực hiện chế tài trục xuất, NLD nước ngoài sẽ bị quản lý như thế nào, có giam giữ họ hay không. Không thể giam giữ họ vì họ không phải là tù nhân. Còn nếu để NLD nước ngoài ở ngoài xã hội thì họ phải tiếp tục lao động bất hợp pháp để duy trì cuộc sống. Trong lĩnh vực lao động thì chưa có tiền lệ, hình phạt này mới chỉ được áp dụng trong trường hợp người nước ngoài vi phạm luật hình sự của Việt Nam.

Về căn cứ trục xuất, quy định trên của Nghị định 95/2014/NĐ-CP cũng chưa thống nhất với điều 18 Nghị định 11/2016/NĐ-CP. Thủ tục này hiện nay thực hiện theo Nghị định số 112/2013/NĐ-CP ngày 2/10/2013 quy định hình thức xử phạt trục xuất, biện pháp tạm giữ người, áp giải người vi phạm theo thủ tục hành chính và quản lý người nước ngoài vi phạm pháp luật Việt Nam trong thời gian làm thủ tục trục xuất. Bộ Công an có trách nhiệm hướng dẫn về thẩm quyền, thủ tục trục xuất đối với NLD nước ngoài làm việc tại

Việt Nam không có GPLĐ (nhưng hiện nay chưa có văn bản hướng dẫn). Như vậy, có thể thấy biện pháp nghiêm khắc nhất là trục xuất nhưng lại ít khi thực hiện do vấn đề thủ tục tiến hành, nguồn kinh phí thực hiện. Khó khăn trong việc thực hiện quy định của pháp luật còn một phần vì sợ ảnh hưởng đến quan hệ ngoại giao với các nước mà NLD nước ngoài đó mang quốc tịch, một phần vì cơ quan thực hiện không phải cơ quan quản lý lao động. Do đó, Bộ Công an cần sớm có hướng dẫn về thẩm quyền, thủ tục trục xuất đối với NLD nước ngoài làm việc không có GPLĐ.

Chúng ta có thể cân nhắc bổ sung thêm một số hình thức xử phạt bổ sung khác trong xử phạt hành chính. Biện pháp bổ sung duy nhất hiện nay là NSDLĐ vi phạm các quy định pháp luật về tuyển dụng NLD nước ngoài thì bị đình chỉ không cho phép tuyển dụng lao động nước ngoài trong một thời hạn từ 1 đến 3 tháng. Thời hạn này không hợp lý vì không có tính răn đe nên có thể quy định kéo dài hơn là từ 3 tháng đến 12 tháng. Đối với NLD nước ngoài bị áp dụng hình thức trục xuất nên có thêm quy định hình phạt bổ sung là cấm quay trở lại Việt Nam trong vòng 20 năm hoặc vĩnh viễn.

#### ***4.2.2. Giải pháp nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về quan hệ lao động của người lao động nước ngoài tại Việt Nam***

*Thứ nhất, nâng cao hiệu quả công tác xây dựng, ban hành văn bản pháp luật phù hợp với quy định của các điều ước quốc tế về lao động di trú.*

Việc thực thi pháp luật phụ thuộc trước hết vào chất lượng văn bản pháp luật. Hoàn thiện hệ thống pháp luật, chính sách cần thực hiện đồng bộ ở các khâu quy định nhập cư, quản lý thị trường lao động, hoạt động tiếp nhận NLD (cấp phép lao động, nghĩa vụ của NSDLĐ). Việc xây dựng chính sách pháp luật phải gắn với định hướng chiến lược của Nghị quyết số 48-NQ/TW về chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020. Pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài phải có sự hội nhập về tiêu chuẩn luật pháp, tham khảo các quy định của các Tổ chức quốc tế nhằm bảo vệ quyền lợi của NLD di trú, cũng như quyền lợi của các quốc gia phái cử lao động hoặc nhập khẩu lao động trong quá trình tham gia phân công lao động toàn cầu. Sự thành công của hội nhập kinh tế quốc tế phụ thuộc rất nhiều vào sự hội nhập về pháp luật, sự hiệu quả của quản lý NLD nước ngoài mang lại cho mỗi quốc gia và các chủ thể của nó.

Để thúc đẩy bảo vệ quyền lợi của NLD nước ngoài, Việt Nam cần xem xét, đánh giá tình hình thực hiện các cam kết về tiêu chuẩn lao động trong các công ước cơ bản mà Việt Nam đã phê chuẩn. Hiện tại Việt Nam phê chuẩn 18 công ước ILO, trong đó có 17 công ước đã thực hiện, trong đó có 5/8 công ước cơ bản của ILO (C29, C100, C111, C138 và C182). Việt Nam hiện đang giữ vị trí thành viên chính thức của Hội đồng quản

trị của ILO trong giai đoạn 2011-2015 và thành viên Hội đồng nhân quyền của Liên hợp quốc. Ngoài ra, một số hoạt động cần được thực hiện trong thời gian tới như: Tham gia tích cực vào các diễn đàn khu vực và quốc tế về quyền của người di cư và hỗ trợ di cư an toàn. Tham gia xây dựng các chương trình thực hiện các cam kết được nêu trong các Tuyên ngôn về quyền con người (Hiến chương Liên hợp quốc), Công ước quốc tế về các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa, Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị, Công ước quốc tế về xóa bỏ tất cả các hình thức phân biệt chủng tộc, Công ước về xóa bỏ tất cả hình thức phân biệt đối xử chống lại phụ nữ và Công ước về quyền trẻ em, ... Tiến hành rà soát, bổ sung danh mục và lộ trình nghiên cứu và phê chuẩn các công ước của ILO như Công ước số 97 (1949) và Công ước số 143 (1975) về lao động di cư, ...

Hiện nay tính dự báo trong xây dựng pháp luật hiện nay còn thấp, nhất là những vấn đề mới phát sinh dẫn đến những chính sách không phù hợp với thực tiễn, phát sinh các yêu cầu sửa đổi văn bản mới được ban hành (thậm chí chưa có hiệu lực). Vì vậy, cần xác định mục tiêu rõ ràng khi thực hiện công tác xây dựng pháp luật, xác định các vấn đề phải ưu tiên, vấn đề cần điều chỉnh, tránh việc sửa đổi quá nhanh chóng hoặc chỉ so sánh đơn giản, v.v ... Ngoài ra, chú trọng đến việc tổ chức, đánh giá toàn diện việc thực hiện các văn bản pháp luật đã được ban hành nhằm kịp thời đề xuất sửa đổi, bổ sung, bãi bỏ những quy phạm lạc hậu.

Hiệu quả của công tác xây dựng ban hành văn bản pháp luật còn phụ thuộc vào kinh nghiệm và trình độ của đội ngũ cán bộ tham gia vào công tác xây dựng và thi hành pháp luật. Do đó, để làm cải thiện chất lượng của hoạt động này cần nâng cao năng lực đội ngũ cán bộ tham gia công tác xây dựng pháp luật và thi hành pháp luật; đào tạo, sử dụng nguồn nhân lực làm công tác xây dựng văn bản. Việc nâng cao năng lực chuyên môn đặc biệt cần xác định và chú trọng yêu cầu phải có kiến thức chuyên ngành luật. Phối hợp giải quyết các khó khăn về tài chính như kinh phí đánh giá dự báo tác động kinh tế, yêu cầu tham vấn, lấy ý kiến nhân dân vào dự án luật, ban hành văn bản hướng dẫn, v.v ... Tăng cường công tác kiểm tra, xử lý văn bản, xây dựng văn bản và công tác này phải được chuyên môn hóa (cán bộ thực hiện chủ yếu là kiêm nhiệm, không phải chuyên trách).

*Thứ hai, nâng cao năng lực quản lý nhà nước đối với NLD nước ngoài.*

Để phát huy vai trò quản lý của nhà nước đối với NLD nước ngoài cần củng cố, hoàn thiện các thiết chế quản lý nhà nước về lao động. Xác định nhiệm vụ của cơ quan quản lý là phải thực hiện vai trò tổng hợp vừa quản lý, vừa điều phối, vừa hỗ trợ QHLD. Quản lý NLD nước ngoài là lĩnh vực có liên quan đến hoạt động của nhiều cơ quan, ban ngành đặc biệt là chủ trương chính sách kinh tế đối ngoại vì vậy phải có sự phối hợp đồng bộ của nhiều cơ quan, đơn vị. Phải sớm nghiên cứu, xây dựng được quy chế phối hợp về

quản lý lao động nước ngoài giữa các Bộ, ngành. Quy chế phối hợp phải xác định rõ trách nhiệm của các cơ quan với việc phân công, phân cấp cụ thể.

Trước mắt Việt Nam cần xây dựng các chương trình cấp phép lao động cho NLD nước ngoài hoặc các thỏa thuận song phương với các nước có nhiều NLD nước ngoài đến Việt nam theo kinh nghiệm của Hàn quốc về Hệ thống cấp phép lao động theo hạn ngạch, còn được gọi là Hệ thống cấp phép lao động - EPS. Đồng thời, Việt Nam cần xây dựng chiến lược đào tạo NLD Việt Nam và lộ trình thay thế NLD nước ngoài trong một số lĩnh vực, ngành nghề Việt nam có thể đảm nhiệm được. Cập nhật nhu cầu sử dụng lao động người nước ngoài theo từng lĩnh vực cần đầu tư, ngành nghề, khu vực, địa phương, từ đó có chương trình, kế hoạch cụ thể trong thu hút các nguồn lực đầu tư, thu hút nhân tài.

Hướng dẫn các địa phương thực hiện các quy hoạch và kế hoạch sử dụng NLD nước ngoài trong những ngành nghề có yêu cầu; quy định cụ thể về vùng nào, ngành nào mà NLD nước ngoài được hành nghề/không được hành nghề; đối tượng lao động, ngành nghề, trình độ chuyên môn của NLD nước ngoài được tuyển dụng; hình thức tuyển dụng lao động; loại hình doanh nghiệp và tổ chức được phép tuyển dụng/không được phép tuyển dụng NLD nước ngoài; cách bố trí các nguồn lực về con người; tài chính, công nghệ; việc đăng ký nhập cư, GPLD, ...

Ngoài ra các cơ quan quản lý nhà nước cũng cần chủ động, tích cực và quyết liệt trong việc rà soát, phát hiện lao động nước ngoài làm việc bất hợp pháp trên địa bàn và xử lý kiên quyết đối với lao động này. Tập trung xây dựng một cơ chế hiệu quả để ngăn ngừa, xử lý các vi phạm pháp luật trong hoạt động tuyển dụng và sử dụng NLD nước ngoài của NSDLĐ bằng cách tăng cường năng lực của cơ quan thanh tra về lao động.

Từ trước đến nay công việc chính của thanh tra lao động chủ yếu tập trung vào việc xác định và xử phạt các vi phạm pháp luật lao động. Thực tế cho thấy công việc này bị hạn chế bởi số lượng thanh tra viên và số lượng lớn các doanh nghiệp trong cả nước, trong khi đó dịch vụ tư vấn và vấn đề phòng ngừa lại bị bỏ qua. Chính vì vậy, việc đưa ra các thông báo, cảnh báo (điển hình tốt và vi phạm) về vấn đề vi phạm pháp luật lao động là giải pháp quan trọng thúc đẩy việc thực thi pháp luật lao động đồng thời mở rộng tác động của thanh tra lao động và cũng là cơ sở vững chắc để hợp tác với các đối tác xã hội tăng cường hiệu quả thực thi luật pháp lao động của các doanh nghiệp. Nâng cao nhận thức của doanh nghiệp, tổ chức để thay đổi ý thức hành vi chấp hành nghiêm pháp luật lao động, xây dựng văn hóa thực hiện pháp luật, tăng cường công tác tự kiểm tra của doanh nghiệp, tổ chức thông qua việc báo cáo phiếu tự kiểm tra.

Chúng ta cần tổ chức các hoạt động thanh tra có trọng điểm và tăng cường thẩm quyền của thanh tra. Thẩm quyền của thanh tra cần được quy định rõ ràng, được tự do tiếp

cận các địa điểm thanh tra, tạo điều kiện tốt hơn trước những trở ngại hiện nay để thanh tra lao động thực hiện tốt nhiệm vụ thanh tra, điều này cần được quy định trong hệ thống pháp luật. Xây dựng chương trình thanh tra có trọng điểm hơn trên cơ sở kết quả báo cáo phiếu tự kiểm tra của các doanh nghiệp, tổ chức, thanh tra các khu vực có nguy cơ vi phạm cao, ... Quy định tạo điều kiện tốt hơn, thẩm quyền thanh tra rõ ràng, đảm bảo thanh tra lao động thực hiện tốt nhiệm vụ thanh tra, được tự do tiếp cận địa điểm thanh tra, các tài liệu liên quan đến nội dung thanh tra.

Thành lập hệ thống thanh tra lao động chuyên biệt, thống nhất từ Trung ương đến địa phương: Lao động là lĩnh vực có nhiều chuyên biệt riêng đòi hỏi các nội dung kỹ thuật đặc thù vì thế việc thành lập đơn vị thanh tra lao động chuyên biệt là cần thiết, cần bố trí các cán bộ đáp ứng được yêu cầu nội dung thanh tra như vậy sẽ giúp tăng cường thẩm quyền của hệ thống thanh tra. Tăng tỷ lệ cán bộ thanh tra lao động đồng thời với việc nâng cao trình độ chuyên môn, nghiệp vụ của đội ngũ thanh tra.

Thiết lập hệ thống các đối tác xã hội hỗ trợ công tác thanh tra, kiểm tra: Thanh tra lao động cũng cần phải thiết lập cho được mối quan hệ tốt với các tổ chức của NSDLĐ cũng tổ chức đại diện NLD, tổ chức phi chính phủ, giới truyền thông, ... Những tổ chức này có thể góp phần quan trọng vào việc thúc đẩy, giám sát kiểm tra việc thực thi pháp luật lao động trong các doanh nghiệp/tổ chức. Tăng cường chức năng phòng ngừa và phối hợp với các đối tác xã hội: xây dựng chiến lược cải thiện, thúc đẩy văn hóa phòng ngừa vi phạm pháp luật lao động trong mối quan hệ các đối tác như tổ chức địa diện giới sử dụng lao động, đại diện tổ chức NLD, các tổ chức xã hội dân sự, giới truyền thông ... Chiến lược này góp phần tăng cường thực thi pháp luật lao động và bổ sung nhiệm vụ, năng lực cho thanh tra lao động thông qua tiếp xúc công chúng và các chương trình nâng cao nhận thức.

*Thứ ba, nâng cao hiệu quả công tác tuyên truyền, phổ biến quy định pháp luật.*

Tiếp tục đẩy mạnh công tác tuyên truyền, phổ biến các quy định của pháp luật về tuyển dụng và quản lý người nước ngoài làm việc tại Việt Nam, quản lý xuất, nhập cảnh, đăng ký tạm trú. Nâng cao trách nhiệm, ý thức chấp hành pháp luật của NLD nước ngoài, NSDLĐ. Tăng cường và nâng cao hiệu quả công tác thông tin thị trường lao động. Việc thực hiện tuyên truyền, phổ biến pháp luật phải có trọng tâm, trọng điểm. Các văn bản mới ban hành phải được phổ biến thông qua các kênh khác nhau. Các trang thông tin của Bộ, ngành phải thường xuyên cập nhật.

Tăng cường vai trò của các tổ chức đoàn thể như công đoàn, đoàn thanh niên, hội phụ nữ, ... trong công tác tuyên truyền, vận động, quản lý, ... để NLD nhanh chóng hội nhập với môi trường, điều kiện làm việc tại Việt Nam, giúp họ tuân thủ pháp luật và các

quy định tại Việt Nam, đảm bảo quyền lợi cho NLD và lợi ích quốc gia. Nâng cao nhận thức của NLD nước ngoài, qua nhiều kênh, nhiều hình thức, tuyên truyền pháp luật, văn hóa Việt Nam, giúp NLD nước ngoài nhanh chóng thích ứng với điều kiện làm việc và sinh sống tại Việt Nam.

Tăng cường chức năng phòng ngừa và phối hợp với các đối tác xã hội; xây dựng chiến lược cải thiện, thúc đẩy văn hóa phòng ngừa vi phạm pháp luật lao động trong mối quan hệ các đối tác như tổ chức đại diện giới sử dụng lao động, đại diện tổ chức NLD, các tổ chức xã hội dân sự, giới truyền thông, ... góp phần tăng cường thực thi pháp luật lao động và bổ sung nhiệm vụ, năng lực cho thanh tra lao động thông qua tiếp xúc với các chủ thể và các chương trình nâng cao nhận thức pháp luật.

## **KẾT LUẬN CHƯƠNG 4**

Với mục đích nghiên cứu là đưa ra một số kiến nghị để hoàn thiện pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài tại Việt Nam, chương 4 đã phân tích, đánh giá thực tiễn thực hiện pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài, từ đó đề xuất một số sửa đổi, bổ sung đối với một số quy định của pháp luật. Trên cơ sở phân tích tổng quan các vấn đề lý luận tại chương 2, đánh giá thực trạng pháp luật tại chương 3, thực tiễn thực hiện pháp luật tại chương 4, luận án rút ra một số kết luận như sau:

1. Quy định pháp luật Việt Nam về cho phép tuyển dụng và sử dụng NLD nước ngoài đã có sự thay đổi tích cực. Từ quan điểm NLD nước ngoài chỉ là giải pháp bù đắp sự thiếu hụt lao động trong trường hợp NLD Việt Nam không thể đáp ứng được yêu cầu, Việt Nam đã có các quy định riêng liên quan đến chính sách thu hút NLD nước ngoài hoạt động khoa học công nghệ tại Việt Nam. Tuy nhiên, các quy định pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài tại Việt Nam còn nhiều bất cập. Các quy định thiếu tính thống nhất, thậm chí còn mâu thuẫn với nhau, nhiều quy định chưa được hướng dẫn giải thích áp dụng cụ thể.

3. Hoàn thiện các quy định pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài phải phù hợp với chủ trương, đường lối của Đảng và Nhà nước Việt Nam, phù hợp với các tiêu chuẩn, điều kiện quy định trong các điều ước quốc tế về lao động. Trong xu hướng hội nhập quốc tế, Việt Nam đã ký kết sẽ tiếp tục ký kết các điều ước quốc tế có tác động đến QHLD của NLD nước ngoài tại Việt Nam, việc nội luật hóa hoặc áp dụng trực tiếp các điều ước quốc tế này trong thời gian tới sẽ tạo ra sự thay đổi tích cực trong việc điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài tại Việt Nam. NLD nước ngoài sẽ có cơ hội tiếp cận đầy đủ hơn về nguyên tắc không phân biệt đối xử, được miễn GPLD theo cam kết của các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên.

4. Hoàn thiện các quy định pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài trước hết cần khắc phục những điểm chưa hợp lý của pháp luật hiện hành, bổ sung các quy định, hướng dẫn áp dụng về các điều kiện tuyển dụng, HĐLĐ của NLD nước ngoài tại Việt Nam. Việc đảm bảo quyền và lợi ích các bên trong QHLD nhằm đến mục tiêu hài hòa lợi ích, không mâu thuẫn về quyền lợi, không xung đột với các quy định điều chỉnh trong các Bộ luật khác. Việc hoàn thiện pháp luật cũng phải chú ý đến sự thống nhất giữa quy định của pháp luật lao động, pháp luật hành chính, pháp luật kinh doanh, pháp luật dân sự, ... Ngoài ra, còn phải đảm bảo an ninh, trật tự xã hội, thúc đẩy đầu tư nước ngoài trong xu thế hội nhập kinh tế, quốc tế hiện nay.

## KẾT LUẬN

Hiện tượng NLD nước ngoài làm việc tại Việt Nam không còn là hiện tượng mới nhưng vẫn luôn có tính thời sự. Hiện tượng này đã và đang nhận được nhiều sự quan tâm của các nhà nghiên cứu, nhà hoạch định chính sách, nhà lập pháp. Pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài từng bước được xây dựng qua các thời kỳ phát triển của nền kinh tế Việt Nam. Tuy nhiên, chất lượng và số lượng các quy phạm pháp luật chưa đáp ứng được yêu cầu điều chỉnh hiệu quả, đáp ứng nhu cầu của nền kinh tế trong thời kỳ hội nhập kinh tế quốc tế của Việt Nam. Trong tương lai, Việt Nam là một bộ phận của Cộng đồng kinh tế ASEAN, là một nền kinh tế đang phát triển, cũng sẽ được hưởng lợi từ sự xuất hiện của một đội ngũ NLD lành nghề và có kiến thức từ khắp nơi trên thế giới. Vì vậy, trong tình hình đó, đòi hỏi Việt Nam cần phải hoàn thiện pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài; các Bộ, ngành và các địa phương phải nghiêm túc thực thi chính sách và tăng cường quản lý việc sử dụng NLD nước ngoài, đảm bảo an ninh quốc gia và phát triển đất nước ổn định.

Với đề tài nghiên cứu: ***“Pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài tại Việt Nam trong thời kỳ hội nhập kinh tế quốc tế”***, luận án đã làm sáng tỏ những vấn đề lý luận và thực tiễn của pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài để từ đó đề xuất các kiến nghị sửa đổi, bổ sung các quy định pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài làm việc tại Việt Nam. Qua quá trình nghiên cứu, phân tích luận án rút ra các kết luận sau đây:

1. QHLD của NLD nước ngoài là quan hệ xã hội hình thành trong quá trình sử dụng lao động theo sự thỏa thuận giữa NLD nước ngoài với NSDLĐ. Theo đó, một bên là NLD nước ngoài cam kết hoàn thành một loại công việc, thực hiện đầy đủ nội quy lao động và các quy định khác trong quá trình lao động và bên kia là NSDLĐ, có nghĩa vụ giao việc cho NLD nước ngoài như đã cam kết, trả lương theo năng suất, chất lượng, hiệu quả làm việc. Pháp luật của các quốc gia trên thế giới đều tương đồng tại đặc trưng về mức độ quản lý của NSDLĐ đối với NLD và mức độ phụ thuộc của NLD đối với NSDLĐ. Ngoài ra, với mục đích quản lý NLD nước ngoài, pháp luật của một số quốc gia cũng quy định các điều kiện riêng để chọn lọc hoặc điều tiết số lượng NLD nước ngoài như các điều kiện về bằng cấp, GPLĐ. Nếu NLD nước ngoài thỏa mãn đầy đủ các điều kiện để được phép nhập cảnh, cư trú và tham gia làm việc cho các cá nhân, tổ chức của quốc gia sở tại thì được coi là NLD nước ngoài làm việc hợp pháp. Nếu NLD nước ngoài không thỏa mãn điều kiện này thì được gọi là NLD nước ngoài làm việc bất hợp pháp. Tuy nhiên, việc đáp ứng hay không đáp ứng các điều kiện để được cấp phép lao động không phải là dấu hiệu để xác định có hay

không có sự tồn tại của QHLD giữa các bên. Trong trường hợp NLD nước ngoài làm việc bất hợp pháp nhưng quan hệ giữa các bên là quan hệ bán sức lao động để nhằm hưởng lương thì vẫn được coi là QHLD. Việc giải quyết hệ quả của QHLD bất hợp pháp sẽ khác nhau, tùy thuộc vào hệ thống pháp luật của từng quốc gia.

2. Pháp luật về QHLD đối với NLD nước ngoài có vai trò rất quan trọng trong điều chỉnh QHLD giữa NLD và NSDLĐ, tạo cơ sở pháp lý cho việc thực hiện quyền và nghĩa vụ của các bên, đồng thời bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của NLD nước ngoài. Hoạt động tuyển dụng và sử dụng NLD nước ngoài là hoạt động có điều kiện, được quản lý và giám sát bởi cơ quan nhà nước có thẩm quyền, trên cơ sở hệ thống quy phạm pháp luật do nhà nước ban hành hoặc xây dựng trong các điều ước quốc tế mà quốc gia đó là thành viên. Pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài của các quốc gia rất phức tạp, liên quan đến nhiều ngành luật, nhiều cơ quan quản lý, các đối tượng điều chỉnh đa dạng bao gồm cả NLD nước ngoài hợp pháp và NLD nước ngoài bất hợp pháp, NSDLĐ mang quốc tịch nước ngoài và NSDLĐ mang quốc tịch nước sở tại.

5. Tại Việt Nam, pháp luật hiện hành về QHLD của NLD nước ngoài đã từng bước hoàn thiện, giảm thiểu các thủ tục hành chính, tạo điều kiện để NSDLĐ tuyển dụng lao động theo yêu cầu sản xuất, kinh doanh. NLD nước ngoài có thêm các cơ hội làm việc hợp pháp tại Việt Nam. Những thay đổi của pháp luật cũng theo hướng tiệm cận các quy định của các công ước của ILO, UN về vấn đề này. NLD nước ngoài được pháp luật đối xử theo các nguyên tắc, tiêu chuẩn lao động tối thiểu giống như NLD Việt Nam.

6. Bên cạnh những điểm tiến bộ, tích cực thì pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài không tránh khỏi những bất cập, hạn chế do hệ thống văn bản còn chưa đồng bộ, quy định chưa thống nhất. Các bất cập này ở các mức độ khác nhau nhưng cũng làm ảnh hưởng đến lợi ích của các bên trong QHLD. Ngoài ra có những quy định lại không phù hợp với thực tiễn thị trường lao động cũng như sự phát triển của nền kinh tế thị trường, chưa tương thích với các cam kết của Việt Nam trong các điều ước quốc tế mà Việt Nam đã ký kết hoặc tham gia.

7. Với những vấn đề nêu trên thì hoàn thiện pháp luật điều chỉnh QHLD của NLD nước ngoài trên cơ sở phải đảm bảo yêu cầu lý luận và yêu cầu thực tiễn là nhu cầu cấp bách. Trước hết cần khắc phục những bất cập của pháp luật hiện hành, đảm bảo được tính khả thi khi áp dụng các văn bản quy phạm pháp luật. Tiếp tục cải cách các thủ tục hành chính để đảm bảo sự quản lý hiệu quả từ phía cơ quan nhà nước và hiệu quả thu hút NLD nước ngoài có chuyên môn cao đến Việt Nam hoạt động nghiên

cứu khoa học công nghệ. Sửa đổi đồng bộ các quy định pháp luật và tiến tới xây dựng đạo luật về NLD nước ngoài làm việc tại Việt Nam theo HDLD. Trong quá trình ban hành và thực thi pháp luật điều chỉnh QHLD đối với NLD nước ngoài, chúng ta luôn rút ra những kinh nghiệm của các quốc gia phát triển trên thế giới đồng thời chú ý tiếp thu các quy định của các điều ước quốc tế về lao động di trú.

## DANH MỤC CÁC CÔNG TRÌNH ĐÃ CÔNG BỐ CỦA TÁC GIẢ

1. Hang Tran Thuy, “*Report on Vietnam’s Rules Regulating Foreign Workers*”, Japan Labor Issues, (Volume 1 Number 3), p. 77-83.
2. Trần Thúy Hằng, “*Chính sách thu hút người lao động nước ngoài hoạt động khoa học công nghệ tại Việt Nam*”, Tạp chí Luật học, (số 4), tr 38-54.

## DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

### Văn bản pháp luật

#### *Tiếng anh*

1. C97 Migration for Employment Convention (Revised), 1949.
2. C143 Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention, 1975.
3. International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, 1990.
4. Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2000.
5. C87 Convention concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organise, 1948.
6. C98 Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949.
7. C29 Forced Labour Convention, 1930.
8. C105 Abolition of Forced Labour Convention, 1957.
9. C138 Minimum Age Convention, 1973.
10. C182 Worst Forms of Child Labour Convention, 1999.
11. C100 Equal Remuneration Convention, 1951.
12. C111 Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958.
13. Argentina Employment Contracts Act, No. 20,744, consolidated by Decree No. 390 of 13 May 1976.
14. Argentina Labour Regulation Act, No. 25,877 of 2 March 2004.
15. Argentina National Employment Act, No. 24013 of 5 December 1991.
16. Cambodia Labor Code of 1997.
17. Chile Labor Code of 2002.
18. China Labour Law of the People's Republic of China, promulgated by Order No. 28 of the President of the People's Republic of China, 5 July 1994
19. Colombian Labour Code of 1961, revised by Decree - Law 2351 of 1965, Laws 50 of 1990, 789 of 2002.
20. Costa Rica Labour Code (as amended) of 1995.
21. El Salvador Labour Code, promulgated by Decree No. 15 of 23 June 1972, as amended up to July 1995.
22. French Civil Code of 2006.
23. German Act Amending the Passport Act of 2007.
24. German Civil Code of 1896, revised 2002, 2007, 2008.

25. German Residence Act of 2004.
26. Indonesia Manpower Act No. 13 of 2003.
27. Japan Immigration Act of 2014.
28. Japan Labor Standards Act of 1947.
29. Japan Minimum Wage Act of 1959.
30. Kenya Employment Act (Chapter 226), No. 2 of 1976 (consolidated to 1984).
31. Malaysia Employment Act, 1955 (No. 265) (revised up to 1981).
32. Mexico Federal Labour Act, as amended up to 1 October 1995.
33. Migrant Workers and Overseas Filipinos Act of 1995.
34. Nigeria Labour Act (Chapter 198) No 21 of 1974.
35. Panama Labour Code, promulgated by Cabinet Decree No. 252, as amended up to Act No. 44 of August 1995.
36. Philippines Labor Code of the Philippines, Presidential Decree No. 442 of 1974.
37. Singapore Manpower Act 2009.
38. Sweden Posting of worker Act of 1999.
39. United States Enhanced Border Security and Visa Reform Act of 2002.
40. United States Immigration and Nationality Act of 1952.
41. Venezuela Organic Labour Act, as amended up to 1997.

***Tiếng việt***

42. Hiệp định khung ASEAN về dịch vụ.
43. Hiệp định ASEAN về di chuyển thể nhân.
44. Thỏa thuận khung ASEAN thừa nhận lẫn nhau về Dịch vụ Điều dưỡng.
45. Thỏa thuận khung ASEAN thừa nhận lẫn nhau về Dịch vụ Kế toán và Kiểm toán.
46. Thỏa thuận khung ASEAN thừa nhận lẫn nhau về Dịch vụ Kiến trúc.
47. Thỏa thuận khung ASEAN thừa nhận lẫn nhau về Dịch vụ Kỹ thuật.
48. Thỏa thuận khung ASEAN thừa nhận lẫn nhau về Hành nghề du lịch.
49. Thỏa thuận khung ASEAN thừa nhận lẫn nhau về Hành nghề trong lĩnh vực y tế.
50. Thỏa thuận khung ASEAN thừa nhận lẫn nhau về Hành nghề trong lĩnh vực nha khoa.
51. Thỏa thuận khung ASEAN thừa nhận lẫn nhau về Khảo sát.
52. Thỏa thuận giữa Chính phủ Việt Nam và Chính phủ Australia về chương trình lao động kết hợp kỳ nghỉ.
53. Bản ghi nhớ giữa Chính phủ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam và

- Chính phủ Vương quốc Thái Lan về hợp tác lao động năm 2015.
54. Bản Thỏa thuận về phái cử và tiếp nhận lao động giữa Chính phủ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam và Chính phủ Vương quốc Thái Lan năm 2015.
  55. Hiệp định đối tác kinh tế giữa Nhật Bản và Singapore.
  56. Hiệp định giữa Chính phủ Việt Nam và Chính phủ Séc về sự làm việc hỗ tương của công dân Việt Nam và công dân Séc năm 1994
  57. Hiệp định hợp tác lao động giữa Chính phủ Việt Nam và Chính phủ Cộng hòa Cadacxtan về việc công dân Việt Nam sang làm việc có thời hạn tại Cộng hòa Cadacxtan và công dân Cadacxtan làm việc có thời hạn tại Việt Nam năm 2009.
  58. Hiệp định hợp tác lao động giữa Chính phủ Việt Nam và Chính phủ Liên bang Nga về việc công dân Việt Nam làm việc có thời hạn tại Liên bang Nga và công dân Nga làm việc có thời hạn tại Việt Nam năm 2008.
  59. Hiệp định hợp tác lao động giữa Chính phủ Việt Nam và Chính phủ Lào năm 2013.
  60. Hiệp định hợp tác lao động giữa Chính phủ Việt Nam và Cộng hòa Lào về việc cử và tiếp nhận chuyên gia Việt Nam đi làm việc tại Lào năm 2009.
  61. Hiệp định tương trợ tư pháp và pháp lý về các vấn đề dân sự, gia đình, lao động và hình sự giữa Việt Nam và Belarut năm 2000.
  62. Hiệp định tương trợ tư pháp và pháp lý về vấn đề dân sự và hình sự giữa Việt Nam và Nga năm 1998.
  63. Hiệp định tương trợ tư pháp và pháp lý về vấn đề dân sự và hình sự giữa Việt Nam và Ucraina năm 2000.
  64. Hiệp định về hợp tác song phương giữa Chính phủ Việt Nam và Chính phủ Lào giai đoạn 2016 - 2020 năm 2015.
  65. Hiến pháp Việt Nam năm 2013.
  66. Bộ luật Lao động Việt Nam năm 1994, sửa đổi bổ sung 2002, 2006, 2007.
  67. Bộ luật Hàng hải Việt Nam năm 2015.
  68. Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 2015.
  69. Bộ luật Tố tụng dân sự Việt Nam năm 2015.
  70. Bộ luật Lao động Việt Nam năm 2012.
  71. Luật Bảo hiểm xã hội Việt Nam năm 2014.
  72. Luật Bảo hiểm y tế Việt Nam năm 2008, sửa đổi bổ sung năm 2014.
  73. Luật Công đoàn Việt Nam năm 2012.
  74. Luật Đấu thầu Việt Nam năm 2013.
  75. Luật Đầu tư Việt Nam năm 2014.

76. Luật Doanh nghiệp Việt Nam năm 2014.
77. Luật ký kết và gia nhập điều ước quốc tế Việt Nam năm 2016
78. Luật Lý lịch tư pháp Việt Nam năm 2009.
79. Luật nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú của người nước ngoài tại Việt Nam năm 2014.
80. Luật Quốc tịch Việt Nam năm 2008, sửa đổi bổ sung năm 2014.
81. Luật Thể dục thể thao Việt Nam năm 2006.
82. Luật Việc làm Việt Nam năm 2013.
83. Luật Xử lý vi phạm hành chính Việt Nam năm 2012.
84. Nghị định số 73/2012/NĐ-CP ngày 26/09/2012 của Chính phủ Việt Nam quy định về hợp tác, đầu tư của nước ngoài trong lĩnh vực giáo dục.
85. Nghị định số 106/2012/NĐ-CP ngày 20/12/2012 của Chính phủ Việt Nam quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ LĐTB&XH.
86. Nghị định số 95/2013/NĐ-CP ngày 22/08/2013 của Chính phủ Việt Nam quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực lao động, bảo hiểm xã hội và đưa người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài.
87. Nghị định số 44/2013/NĐ-CP ngày 10/5/2013 của Chính phủ Việt Nam quy định chi tiết thi hành một số điều của Bộ luật Lao động về hợp đồng lao động.
88. Nghị định số 63/2014/NĐ-CP ngày 26/06/2014 của Chính phủ Việt Nam quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật đấu thầu.
89. Nghị quyết số 47/NQ-CP ngày 08/7/2014 phiên họp Chính phủ thường kỳ tháng 6 năm 2014.
90. Nghị định số 87/2014/NĐ-CP ngày 22/9/2014 của Chính phủ Việt Nam về thu hút cá nhân hoạt động khoa học và công nghệ là người Việt Nam ở nước ngoài và chuyên gia nước ngoài tham gia hoạt động khoa học và công nghệ tại Việt Nam.
91. Nghị định số 64/2015/NĐ-CP ngày 6/8/2015 của Chính phủ Việt Nam quy định cơ chế phối hợp giữa các Bộ, cơ quan ngang Bộ, UBND tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương trong công tác quản lý nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú của người nước ngoài tại Việt Nam.
92. Nghị định số 88/2015/NQ-CP ngày 07/10/2015 của Chính phủ Việt Nam sửa đổi bổ sung Nghị định số 95/2013/NĐ-CP.
93. Nghị định số 05/2015/NĐ-CP ngày 12/1/2015 của Chính phủ Việt Nam quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số nội dung của Bộ luật Lao động.
94. Nghị định số 11/2016/NĐ-CP ngày 3/2/2016 của Chính phủ Việt Nam quy định

chi tiết thi hành một số điều của Bộ luật Lao động về lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam.

95. Nghị quyết số 36a/NQ-CP ngày 14/10/2016 của Chính phủ Việt Nam về Chính phủ điện tử.
96. Nghị quyết số 38/NQ-CP ngày 25/4/2017 của Chính phủ Việt Nam thực hiện Nghị quyết số 06-NQ/TW về thực hiện có hiệu quả tiến trình hội nhập kinh tế quốc tế, giữ vững ổn định chính trị xã hội trong bối cảnh nước ta tham gia các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới.
97. Thông tư số 30/2013/TT-BLĐTBXH ngày 25/10/2013 của Bộ LĐTB&XH Việt Nam hướng dẫn Nghị định số 44/2013/NĐ-CP.
98. Thông tư số 32/2014/TT-BLĐTBXH ngày 1/12/2014 của Bộ LĐTB&XH Việt Nam về hướng dẫn ủy quyền thực hiện một số nhiệm vụ quản lý nhà nước về lao động trong khu công nghiệp, khu chế xuất, khu kinh tế và khu công nghệ cao.
99. Thông tư số 24/2015/TT-BLĐTBXH ngày 13/7/2015 của Bộ LĐTB&XH Việt Nam quy định chi tiết thi hành khoản 6 điều 14 Nghị định số 87/2014/NĐ-CP.
100. Thông tư số 47/2015/TT-BLĐTBXH ngày 16/11/2015 của Bộ LĐTB&XH Việt Nam hướng dẫn thực hiện một số điều về hợp đồng lao động, kỷ luật lao động, trách nhiệm vật chất của Nghị định 05/2015/NĐ-CP.
101. Thông tư số 40/2016/TT-BLĐTBXH ngày 25/10/2016 của Bộ LĐTB&XH Việt Nam hướng dẫn thi hành một số điều của Nghị định số 11/2016/NĐ-CP ngày 3/2/2016 quy định chi tiết thi hành một số điều của Bộ luật lao động về lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam.
102. Thông tư số 04/2015/TT-BCA ngày 5/1/2015 của Bộ Công an Việt Nam quy định mẫu giấy tờ liên quan đến việc nhập cảnh, xuất cảnh, cư trú của người nước ngoài tại Việt Nam.
103. Thông tư liên tịch số 04/2012/TTLT-BTP-TANDTCVKSNDTC-BCA-BQP ngày 10/05/2012 về hướng dẫn trình tự, thủ tục tra cứu, xác minh, trao đổi, cung cấp thông tin lý lịch tư pháp, Bộ Tư pháp, TAND tối cao, Viện Kiểm sát nhân dân tối cao, Bộ Công an Việt Nam.

## **Sách**

### ***Tiếng Anh***

104. Abella, Manolo, Sabrina Kouba (2016), *Structures for the Governance of Labor Immigration in Japan, the Republic of Korea, and Singapore*, Labour Migration in ASIA.

105. Abla, J. Mayss (1999), *Principles of Conflict of Laws*, Cavendish Publishing Limited.
106. Aring M. (2015), *ASEAN Economic Community 2015: Enhancing competitiveness and employability through skill development*, ILO.
107. Cavers, David Farquhar (1965), *The choice-of-law process*, Vol. 15, University of Michigan Press.
108. Chia S. (2013), *The ASEAN economic community: Progress, challenges, and prospects*, ILO.
109. Council on Foreign Relations (2009), *U.S Immigration Policy*, Council on Foreign Relations Inc.
110. Dicey, Albert Venn (2000), *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, Vol. 1. London: Sweet & Maxwell.
111. Erpyleva, Natalia (2015), *The Evolution of Conflict Regulation in Private International Law of Russia and Poland*, Higher School of Economics Research Paper No. WP BRP 47/LAW/2015.
112. Grušić Uglješa (2015), *The European Private International Law of Employment*, Cambridge University Press.
113. Grusic, Torremans, Heinze, Merrett, Mills, Otero García-Castrillón, Walker, (2017), *Cheshire, North and Fawcett: Private International Law*. Oxford University Press.
114. Hollifield, J., Martin, P., Orrenius, P. (2014), *Controlling immigration: A global perspective*, Stanford University Press.
115. ILO (2010), *A comparative study on labour laws of Asean nations*.
116. ILO (2016), *Guide on measuring migration policy migration policy impacts in ASEAN*.
117. ILO (2016), *The employment relationship*, Report V, International Labour Conference, 95<sup>th</sup> Session, Geneva.
118. ILO, ADBI, OECD (2016), *Labour migration in Asia: building effective institutions*.
119. IMO (2009), *Laws for Legal Immigration in the 27 EU Member States*.
120. J. G. Collier (1984), *Conflict of laws*, Cambridge University Press.
121. Jean Péliissier, A. Supiot, A. Jeammaud (2008), *Droit du travail*, Précis Dalloz.
122. Joppke C. (1998), *Challenge to the nation-state: Immigration in Western Europe and the United States*, Oxford University Press on Demand.
123. Kristina Touzenis (2012), *Free movement of person in the European Union and*

- Economic Community of West African States – A comparison of law and practice*, UNESCO migration studies 4.
124. M. Weiss, M. Schmidt (2008), *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Aalphen aan den Rijn.
  125. Martin P., Abella M. (2014), *Reaping the economic and social benefits of labour mobility: ASEAN 2015*, ILO.
  126. Martinez Jr R., Martinez, R., Valenzuela Jr, A. (2006), *Immigration and crime: Race, ethnicity, and violence*, NYU Press.
  127. Merrett Louise (2011), *Employment contracts in private international law*, Oxford University Press.
  128. Modood Tariq, Anna Triandafyllidou, Ricard Zapata-Barrero (2006), *Multiculturalism, Muslims and citizenship: A European approach*, Routledge.
  129. Morgenstern Felice (1984), *International conflicts of labour law: A survey of the law applicable to the international employment relation*, ILO.
  130. Mundial, Banco (2003). *Labor Mobility and the WTO: Liberalizing Temporary Movement*, Global Economic Prospects 2004: realizing the development promise of the Doha Agenda.
  131. Ngai M. (2014), *Impossible subjects: Illegal aliens and the making of modern America*, Princeton University Press.
  132. OECD (2001), *International mobility of highly skilled*, OECD Publication.
  133. Plender Richard, Michael Wilderspin (2009), *The European private international law of obligations*, Sweet & Maxwell.
  134. Plummer, Petri, Zhai (2014), *Assessing the impact of ASEAN economic integration on labour markets*, ILO Asia-Pacific Working Paper.
  135. Rasiah R. (2014), *Economic implications of ASEAN integration for Malaysia's labour market*, ILO.
  136. Rozehnalová Naděžda, Klára Drličková (2015), *Czech private international law*. Masaryk University.
  137. Stone, Peter (2014), *EU private international law*. Edward Elgar Publishing.
  138. Tu Guangjian (2016), *Private international law in China*, Springer.
  139. Wong T. (2015), *Rights, Deportation, and Detention in the Age of Immigration Control*, Stanford University Press.
  140. World Bank (2003), *Moving people to deliver services*, World Bank Trade and Development Series, The World Bank, Washington D.C
  141. Zatz M. S., Rodriguez N (2015), *Dreams and Nightmares: Immigration Policy*,

*Youth, and Families*, University of California Press.

### **Tiếng Việt**

142. Phạm Quốc Anh (2008), *Những điều cần biết và người lao động di trú*, Nhà xuất bản Hồng Đức, Hà Nội.
143. Nguyễn Hữu Chí (2003), *Pháp luật hợp đồng lao động Việt Nam, thực trạng và phát triển*, Nhà xuất bản Lao động Xã hội, Hà Nội.
144. Nguyễn Thị Hồng Bích (chủ biên, 2007), *Xuất khẩu lao động của một số nước Đông Nam Á: kinh nghiệm và bài học*, Nhà xuất bản Khoa học xã hội, Hà Nội.
145. Phan Huy Đường (chủ biên, 2012), *Quản lý nhà nước về lao động nước ngoài chất lượng cao ở Việt Nam*, Nhà xuất bản Chính trị.
146. Lê Thanh Hà (2008), *Quan hệ lao động trong hội nhập kinh tế quốc tế*, Nhà xuất bản lao động xã hội, Hà Nội.
147. Nguyễn Thị Lan Hương (2014), *Vấn đề lao động người nước ngoài ở Việt Nam trong thời kỳ hội nhập quốc tế*, Nhà xuất bản Lao động, Hà Nội.
148. Phạm Trọng Nghĩa (2014), *Thực hiện các công ước cơ bản của Tổ chức lao động quốc tế tại Việt Nam – Cơ hội và thách thức*, Nhà xuất bản chính trị quốc gia, Hà Nội.
149. Bùi Quang Sơn (2015), *Thu hút lao động chuyên môn cao nước ngoài cho phát triển kinh tế của một số nước Châu Á và bài học cho Việt Nam*, Nhà xuất bản Lao động.
150. Nguyễn Anh Tuấn (2016), *Hiệp định đối tác xuyên thái bình dương (TPP) và tác động tới Việt Nam*, Nhà xuất bản Chính trị quốc gia, Hà Nội.

### **Bài viết tạp chí**

#### **Tiếng Anh**

151. Akbari, Ather, Martha MacDonald (2014), “Immigration policy in Australia, Canada, New Zealand, and the United States: An overview of recent trends”, *International Migration Review*, (vol 48.3), p. 801-822.
152. Athukorala, Prema-Chandra (2006), “International labour migration in East Asia: Trend, patterns and policy issues”, *Asian-Pacific Economic Literature*, (Vol 20, Issue 1), p. 27-34.
153. Barnard, Catherine (2009), “The UK and Posted Workers: The Effect of Commission v Luxembourg on the Territorial Application of British Labour Law Case C-319/06 Commission v Luxembourg, Judgment 19 June 2008”, *Industrial law journal*, (vol 38.1), p.122-132.

154. Boucher, Anna, Lucie Cerna (2014), “Current policy trends in skilled immigration policy”, *International Migration*, (vol 52.3), p. 21-25.
155. Calitz Karin, Christoph Garbers (2013), “Comparative Perspective on the Application of Domestic Labour Legislation in International Employment Disputes”, *Stellenbosch Law Review*, (vol 24), p. 538.
156. Chien Marsha (2010), “When two laws are better than one: Protecting the rights of migrant workers”, *Berkeley Journal International Law*, (vol 28), p.15.
157. Grušić, U. (2013), “Should the connecting factor of the engaging place of business be abolished in European Private International Law?”, *International and Comparative Law Quarterly*, (vol 62), p.173-192.
158. Huelser, Heal (2014), “Moving Freely? Labour Mobility in ASEAN”, *Asia-Pacific Research and Training on Trade Policy Brief*, (vol 40), p.1-12.
159. Kondo A. (2015), “Migration and Law in Japan”, *Asia and the Pacific Policy Studies*, (vol 2), p. 155–168.
160. Jurje Flavia, Sandra Lavenex (2015), “ASEAN Economic Community: What Model for Labour Mobility.” *NCCR–Swiss National Centre of Competence in Research Working Paper 2*.
161. Jones L. (2015), “Explaining the failure of the ASEAN economic community: the primacy of domestic political economy”, *The Pacific Review*, p.1-24.
162. Plummer M. G., Petri P. A., Zhai, F. (2014), “Assessing the impact of ASEAN economic integration on labour markets”, *ILO Asia-Pacific Working Paper*, (vol 1), p. 22.
163. Martin, P., Abella, M. (2014), “Reaping the economic and social benefits of labour mobility: ASEAN 2015”, ILO.
164. Ofreneo, R., Abyoto, K. W. (2015), “Managing Labour Adjustments in an Integrating ASEAN”, (*No. DP-2015-80*).
165. Orbeta Jr, A. (2013), “Enhancing labor mobility in ASEAN: focus on lower-skilled workers”, (*No. DP 2013-17*).
166. Piñeiro, Laura Carballo (2015), “The Law Applicable to Individual Employment Contracts”, *International Maritime Labour Law*, Springer Berlin Heidelberg, p. 151-228.
167. Piñeiro, Laura Carballo (2015), “Collective Labour Relations and Private International Law”, *International Maritime Labour Law*, Springer Berlin Heidelberg, p. 229-311.
168. Piñeiro, Laura Carballo (2015), “International Jurisdiction Over Individual

- Employment Contracts”, *International Maritime Labour Law*, Springer Berlin Heidelberg, p. 75-149.
169. Morgenstern Fice. (1985), “Importance, in Practice, of Conflicts of Labour Law”, *International Labor Review*, (vol 124), p.119.
170. Sabirau-Perez, Marie-Agnès (2000), “Changes of the law applicable to an international contract of employment”, *International Labour Review*, (vol 139.3), p.335-357.
171. Stewart, Andrew, Janey Greene (2009), “Choice of Law and the Enforcement of Post-Employment Restraints in Australia”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, (vol 31), p. 305.
172. R. Wank (2005), “Germany’ in ‘Labour Law in Motion”, *BCLL*, (vol 53), p.19.
173. Wickramasekera, Piyasiri (2002) “Asian labor migration: Issues and challenges in an era of globalization”, *International Migration Papers 5, ILO*.
174. Yamakawa, Ryuichi (1992), “Applicability of Japanese Labor and Employment Laws to Americans Working in Japan”, *The San Diego Law Review*, (vol 29), p. 175.
175. Yamakawa, Ryuichi (2009), “Transnational Dimension of Japanese Labor and Employment Laws: New Choice of Law Rules and Determination of Geographical Reach”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, (vol 31), p. 347.
176. Yamakawa, Ryuichi (2010), “Choice of law and covenants not to compete: Japan”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, (vol 31), p. 347-799.
177. Dorssemont Filip, Aukje AH Van Hoek (2011), “Collective Action in Labour Conflicts Under the Rome II Regulation”, *European Labour Law Journal*, (vol 2.1), p.17
178. Wang, Huiyao (2011), “China’s National Talent Plan: Key Measures and Objectives.”, Xem tại [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1828162](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1828162), truy cập ngày 20/12/2017

### **Tiếng Việt**

179. Phan Cao Nhật Anh (2009), “Lao động không chính thức ở Nhật Bản”, *Tạp chí Nghiên cứu Đông Bắc Á*, (số 6), tr. 7-12.
180. Phan Cao Nhật Anh (2011), “Người lao động nước ngoài ở Nhật Bản”, *Tạp chí Nghiên cứu Đông Bắc Á*, (số 1), tr. 3-7.
181. Phan Cao Nhật Anh (2011), “Thực trạng lao động người nước ngoài ở Nhật Bản

- hiện nay”, *Tạp chí Nghiên cứu Đông Bắc Á*, (số 4), tr. 4-8(122).
182. Phan Cao Nhật Anh (2011), “Tuyển dụng gián tiếp người lao động nước ngoài gốc Nhật tại Nhật Bản”, *Tạp chí Nghiên cứu Đông Bắc Á*, (số 10), tr. 2-12.
183. Nguyễn Bá Bình (2009), “Án lệ - loại nguồn quan trọng bậc nhất tại Úc”, *Báo Pháp luật Việt Nam*, số Chủ nhật, 30/08/2009.
184. Đỗ Quỳnh Chi (2005), “Vấn đề lao động trong đàm phán gia nhập WTO”, *Tạp chí Lao động & Xã hội*, (số 264), tr 27-34.
185. Nguyễn Hữu Chí (1999), “Nguyên tắc giao kết hợp đồng lao động”, *Tạp chí Luật học*, (số 3), tr. 5-9.
186. Nguyễn Hữu Chí (2002), “Một số vấn đề về hợp đồng lao động theo quy định của Bộ luật lao động và Luật sửa đổi bổ sung một số điều của Bộ luật lao động”, *Tạp chí Tòa án nhân dân*, (số 8), tr. 2-10.
187. Nguyễn Hữu Chí (2002), “Chấm dứt hợp đồng lao động”, *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật*, (số 9), tr. 2-11.
188. Nguyễn Hữu Chí (2002), “Bàn về khái niệm hợp đồng lao động”, *Tạp chí Luật học*, (số 4), tr. 3- 11.
189. Nguyễn Hữu Chí (2002), “Đặc trưng của hợp đồng lao động”, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, (số 10), tr. 3-9.
190. Nguyễn Hữu Chí (2013), “Giao kết hợp đồng lao động theo Bộ luật Lao động năm 2012 – Từ quy định đến nhận thức và thực hiện”, *Tạp chí Luật học*, (số 3), tr. 2-12.
191. Nguyễn Hữu Chí, Bùi Thị Kim Ngân (2013), “Thực hiện, chấm dứt hợp đồng lao động theo Bộ luật Lao động năm 2012 – Từ quy định đến nhận thức và thực hiện”, *Tạp chí Luật học*, (số 8), tr. 2-15.
192. Nguyễn Mạnh Cường (2005), “Cơ hội và thách thức trong lĩnh vực lao động khi Việt Nam hội nhập kinh tế quốc tế”, *Tạp chí Lao động & Xã hội*, (số 281), tr 12-17.
193. Lê Thị Hồng Diệp (2014), “Những hạn chế về lao động và việc làm trên thị trường lao động Việt Nam hiện nay”, *Tạp chí Khoa học Đại học Quốc gia Hà Nội: Kinh tế và Kinh doanh*, (Tập 30, Số 4), tr. 48-54.
194. Đỗ Văn Đại, Hoàng Thị Minh Tâm (2011), “Lao động nước ngoài không có giấy phép; giá trị pháp lý của hợp đồng và vấn đề bồi thường thiệt hại do người lao động gây ra”, *Tạp chí Khoa học pháp lý*, (số 4), tr. 17-31.
195. Phan Huy Đường, Đỗ Thị Dung (2011), “Một số vấn đề đặt ra trong thực hiện các quy định pháp luật về lao động nước ngoài ở Việt Nam và hướng hoàn

- thiện”, *Tạp chí Lao động và Xã hội*, (số 403), tr. 37-40.
196. Phan Huy Đường, Đỗ Thị Mỹ Dung (2011), “Giải pháp tăng cường quản lý nhà nước về lao động nước ngoài tại Việt Nam”, *Tạp chí Lao động và Xã hội*, (số 407), tr. 33-39.
197. Phan Huy Đường, Tô Hiến Thà (2011), “Lao động nước ngoài ở VN: Thực trạng và giải pháp”, *Tạp chí Lao động và Xã hội*, (số 402), tr. 38-42.
198. Lê Thị Kim Hân (2015), “Kinh nghiệm quốc tế về chính sách hỗ trợ lao động di cư quốc tế trở về và bài học rút ra cho Việt Nam”, *Tạp chí Khoa học Lao động và Xã hội*, (số 1), tr. 76-84.
199. Hoàng Xuân Hòa (2006), “Làn sóng dịch chuyển nhân công toàn cầu”, *Tạp chí Lao động và Xã hội*, (số 283), tr 17-19.
200. Phan Thị Thanh Huyền (2011), “Đề xuất giải pháp quản lý và sử dụng lao động nước ngoài tại Việt Nam”, *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp*, (số 23), tr.15-19.
201. Nguyễn Thị Thu Hương, Nguyễn Thị Bích Thủy (2013), “Thực trạng sử dụng lao động nước ngoài trong các doanh nghiệp”, *Tạp chí Lao động & Xã hội*, (số 462), tr. 22-29.
202. Nguyễn Thị Thu Hương, Nguyễn Thị Bích Thuý (2013), “Lao động nước ngoài ở Việt Nam – thực trạng và những vấn đề đặt ra”, *Tạp chí Khoa học Lao động và Xã hội*, (số 35), tr. 35-40.
203. Nguyễn Thị Thu Hương, Trần Bích Thủy (2014), “Giải pháp đào tạo, thay thế lao động nước ngoài ở Việt Nam”, *Tạp chí Kinh tế & phát triển*, (số 199), tr. 27-31.
204. Phạm Trọng Nghĩa (2008), “Một số vấn đề cơ bản của pháp luật lao động quốc tế”, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, (số 9), tr.17-21.
205. Phạm Trọng Nghĩa (2008), “Pháp luật lao động trong quá trình toàn cầu hóa”, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, (số 11), tr.11-13.
206. Nguyễn Bá Ngọc (2008), “Chính sách về việc làm và thị trường lao động trong quá trình hội nhập kinh tế quốc tế”, *Tạp chí Lao động và Xã hội*, (số 333), tr. 22-27.
207. Nguyễn Bá Ngọc, Chử Thị Lân (2014), “Thị trường lao động chuyên môn kỹ thuật trình độ cao ở Việt Nam”, *Tạp chí Kinh tế & phát triển*, (số 201), tr. 43.
208. Nguyễn Bá Ngọc, Đặng Đỗ Quyên (2015), “Chất lượng lao động trình độ cao ở Việt Nam: Những hạn chế cơ bản”, *Tạp chí Khoa học Lao động và Xã hội*, (số 1), tr. 5-8.
209. Nguyễn Bá Ngọc (2013), “Thực trạng chất lượng lao động chuyên môn kỹ thuật

- trình độ cao ở nước ta”, *Tạp chí Khoa học Lao động và Xã hội*, (số 36), tr.21-34.
210. Lưu Bình Nhưỡng (1995), “Khái lược về sự phát triển của hợp đồng lao động ở Việt Nam”, *Tạp chí Luật học*, (số 3), tr. 5-9.
211. Lưu Bình Nhưỡng (2007), “Về việc kết nạp chủ doanh nghiệp ngoài quốc doanh, người lao động nước ngoài tại Việt Nam vào Công đoàn Việt Nam”, *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp*, (số 109), tr. 17-24.
212. Lưu Bình Nhưỡng (2009), “Một số vấn đề pháp lý về người nước ngoài làm việc tại Việt Nam”, *Tạp chí Luật học*, (số 9), tr.18-24.
213. Lưu Bình Nhưỡng (2009), “Một số vấn đề pháp lý về người nước ngoài làm việc tại Việt Nam”, *Tạp chí Luật học*, (số 9), tr. 16-22.
214. Nguyễn Đức Minh (2008), “Hoàn thiện chính sách và pháp luật lao động đáp ứng yêu cầu hội nhập kinh tế quốc tế”, *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật*, (số 3), tr. 27-33
215. Nguyễn Huyền Lê, Phạm Huy Tú (2015), “Năng suất lao động Việt Nam – Hướng tới cộng đồng kinh tế Asean”, *Tạp chí Khoa học Lao động và Xã hội*, (số 1), tr. 8-16.
216. Nguyễn Huyền Lê, Goran O. Hultin (2011), “Tình hình thiếu hụt lao động kỹ năng ở Việt Nam”, *Tạp chí Khoa học Lao động và Xã hội*, (số 26), tr. 75-82.
217. Cao Nhất Linh (2008), “Một số điểm mới trong tuyển dụng và quản lý lao động nước ngoài”, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, (số 6), tr. 54 -59.
218. Cao Nhất Linh (2009) “Về giấy phép lao động cho người nước ngoài tại Việt Nam”, *Tạp chí Nhà nước và pháp luật*, (số 2), tr. 15-19.
219. Cao Nhất Linh (2009), “Bảo vệ quyền và lợi ích của NLD nước ngoài tại Việt Nam”, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, (số 142), tr. 21- 29.
220. Cao Văn Sâm, Ngô Văn Hoài (2013), “Vấn đề thanh kiểm tra lao động nước ngoài ở Việt Nam”, *Tạp chí Khoa học Lao động và Xã hội*, (số 35, Quý II).
221. Lê Quang Trung (2007), “Một số vấn đề lao động, việc làm sau khi Việt Nam ra nhập WTO”, *Tạp chí Lao động và Xã hội*, (số 319), tr. 67-70.

### **Luận văn, luận án**

222. Nguyễn Thu Ba (2017), *Hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam*, Luận án Tiến sĩ Luật học, Học viện khoa học xã hội.
223. Nguyễn Hữu Chí (2003), *Hợp đồng lao động trong cơ chế thị trường ở Việt Nam*, Luận án tiến sĩ luật học, Trường đại học Luật Hà Nội.

224. Phạm Thị Hương Giang (2013), *Hoàn thiện pháp luật về quản lý lao động nước ngoài tại Việt Nam*, Luận văn Thạc sĩ Luật học, Đại học Quốc gia Hà Nội.
225. Trần Thúy Hằng (2011), *Pháp luật Việt Nam về người lao động nước ngoài làm việc trong các doanh nghiệp – thực trạng và giải pháp*, Luận văn Thạc sĩ Luật học, Đại học Luật Hà Nội.
226. Trần Thu Hiền (2011), *Pháp luật về sử dụng lao động nước ngoài tại Việt Nam*, Luận văn Thạc sĩ Luật học, Đại học Quốc gia Hà Nội.
227. Nguyễn Trà My (2013), *Thực trạng lao động Trung Quốc tại Việt Nam – một số kinh nghiệm*, Luận văn Thạc sĩ Luật học, Đại học Luật Hà Nội.
228. Nguyễn Trà My (2013), *Thực trạng lao động Trung Quốc tại Việt Nam và một số kiến nghị*, Luận văn thạc sĩ luật học, Trường đại học Luật Hà Nội.
229. Cao Nhất Linh (2009), *Bảo vệ quyền và lợi ích của người lao động nước ngoài tại Việt Nam*, Luận văn Thạc sĩ Luật học Đại học Quốc gia Hà Nội.
230. Phạm Vũ Thắng (2008), *Điều chỉnh quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài trong pháp luật Việt Nam*, Luận văn Thạc sĩ Luật học, Đại học Quốc gia Hà Nội.
231. Bùi Thanh Tùng (2012), *Chính sách quản lý lao động nước ngoài của Singapore và bài học kinh nghiệm cho Việt Nam*, Luận văn Thạc sĩ Luật học, Đại học Quốc gia Hà Nội.

### **Kỷ yếu hội thảo**

232. Nguyễn Thu Ba (2014), “Quy định hiện hành về hợp đồng lao động với người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam”, *Kỷ yếu Hội thảo “Quản trị doanh nghiệp trong bối cảnh nền kinh tế phục hồi”*, Nhà xuất bản Đại học Kinh tế quốc dân, tháng 10/2014, tr. 559 - 573.
233. Nguyễn Thu Ba (2016), “Vài nét sự phát triển của pháp luật lao động về lao động nước ngoài trong quá trình hội nhập quốc tế”, *Kỷ yếu Hội thảo khoa học quốc gia “Thực thi các cam kết pháp lý của Việt Nam trong các Hiệp định thương mại tự do (FTAs) và vấn đề bảo vệ quyền sao chép trong bối cảnh hội nhập”*, Nhà xuất bản Đại học Kinh tế quốc dân, tháng 4/2016, tr. 256 - 269.
234. Lại Thị Phương Thảo (2017), “Nguyên tắc xây dựng và áp dụng án lệ, kinh nghiệm một số nước và một số gợi mở cho Việt Nam”, *Kỷ yếu Hội thảo khoa học Quốc tế – Án lệ – lý luận, thực tiễn ở Việt Nam và một số nước*, Trường Đại học Luật Hà Nội, tháng 3/2017.
235. Bộ LĐTBXH (2010), “Nghiên cứu so sánh pháp luật lao động của các nước

- ASEAN”, *Kỷ yếu hội thảo*, tháng 4/2010, Hà Nội.
236. Bộ LĐTBXH – USAID (2016), “Đánh giá tổng kết 3 năm thi hành Bộ luật lao động”, *Kỷ yếu hội thảo*, ngày 8/9/2016, Hà Nội.
237. Bộ LĐTBXH (2016), “Các phương án sửa đổi, bổ sung các tiêu chuẩn lao động trong Bộ luật lao động (Hợp đồng lao động, cho thuê lại lao động, kỷ luật lao động và lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam)”, *Kỷ yếu hội thảo*, 29/9/2016 đến 1/10/2016, Hải Phòng.
238. Bộ LĐTBXH, Tổng liên đoàn lao động Việt Nam, Phòng Thương mại và công nghiệp Việt Nam, ILO (2016), “Diễn đàn quan hệ lao động Việt Nam trong tiến trình hội nhập quốc tế”, *Kỷ yếu hội thảo*, 19/4/2016, Hà Nội.
239. Bộ LĐTBXH, ILO (2016), “Bộ tài liệu tham khảo sửa đổi khuôn khổ pháp luật để đổi mới quan hệ lao động”, *Kỷ yếu hội thảo*, Hà Nội.
240. Hội Luật gia Việt Nam (2008), “Tur vấn về bảo vệ và thúc đẩy các quyền của người lao động ở nước ngoài”, *Kỷ yếu hội thảo và Tuyên bố khuyến nghị chung thông qua tại hội thảo*, ngày 3 – 4/3/2008, Hà Nội.
241. Hội Luật gia Việt Nam (2008), “Pháp luật và cơ chế quốc tế, khu vực và quốc gia về bảo vệ người lao động nước ngoài”, *Kỷ yếu hội thảo*, ngày 11-12/1/2008, Hà Nội.
242. Trường Đại học Luật Hà Nội, Bộ LĐTBXH (2016), “Chính sách, pháp luật ASEAN về lao động và các vấn đề xã hội – tính tương thích của pháp luật Việt Nam”, *Kỷ yếu hội thảo*, ngày 1/12, Hà Nội.

### **Báo cáo**

243. Báo cáo tình hình lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam (2017), tháng 2/2017, Cục Việc làm, Bộ LĐTBXH.
244. Báo cáo tình hình lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam (2016), tháng 8/2016, Cục Việc làm, Bộ LĐTBXH.
245. Báo cáo tình hình lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam (2015), tháng 12/2015, Cục Việc làm, Bộ LĐTBXH.
246. Báo cáo tình hình lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam (2014), tháng 12/2014, Cục Việc làm, Bộ LĐTBXH.

### **Bản án**

#### ***Tiếng Anh***

247. Case Allen vs Hounnga, xem tại

- <https://www.employmentcasesupdate.co.uk/site.aspx?i=ed8214>. , truy cập ngày 15/5/2017.
248. Case Carmichael vs National Power Plc (1999) ICR 1226 (HL), xem tại <http://swarb.co.uk/carmichael-and-another-v-national-power-plc-hl-24-jun-1999/>, truy cập ngày 15/5/2017.
249. Case Kurumuth vs NHS Trust North Middlesex University Hospital, xem tại <https://www.employmentcasesupdate.co.uk/site.aspx?i=ed8297>, truy cập ngày 15/5/2017.
250. Case Lane vs Shire Roofing Company (Oxford) Ltd (1995) IRLR 493 (CA), 495 (per Henry LJ). xem tại <http://www.hse.gov.uk/enforce/enforcementguide/investigation/status-contract.htm>., truy cập ngày 15/5/2017.
251. Case Market Investigations Ltd vs Minister of Social Security (1969) 2 QB 173, 184-185 (per Cooke J), xem tại <http://swarb.co.uk/market-investigations-v-minister-of-social-security-1969/>, truy cập ngày 13/3/2017
252. Case Mingely, Pennock vs Taxi Amber Cars (2004) EWCA Civ 328a, xem tại <http://swarb.co.uk/mingeley-v-pennock-and-another-ta-amber-cars-ca-9-feb-2004/>, truy cập ngày 15/1/2017.
253. Case Nethermere (St Neots) Ltd vs Gardiner (1984) ICR 612 (CA), xem tại <http://swarb.co.uk/nethermere-st-neots-ltd-v-taverna-and-gardiner-ca-1984/>, truy cập ngày 15/5/2017.
254. Case no. 5 AZR 149/82 của Tòa lao động liên bang Đức, xem tại [https://www.jurion.de/urteile/bag/1983-01-13/5-azr-149\\_82/](https://www.jurion.de/urteile/bag/1983-01-13/5-azr-149_82/), truy cập ngày 10/2/2017.
255. Case O’Kelly vs Trusthouse Forte (1984) QB 90 (CA), xem tại <http://swarb.co.uk/okelly-v-trusthouse-forte-plc-ca-1984/>, truy cập ngày 13/3/2017.
256. Case Pastor vs Union Cent. Life Ins. Co., 184 F. Supp. 2d 1301, 1305 (S.D. Fla. 2002), xem tại: <http://conflictoflaws.uslegal.com/laws-applicable-to-contracts/lex-loci-contractus/#sthash.aXPumncJ.dpuf>, truy cập ngày 2/3/2018.
257. Case Shorewood Packaging Corp. vs Commercial Union Ins. Co., 865 F. Supp. 1577, 1581 (N.D. Ga. 1994), xem tại: <http://conflictoflaws.uslegal.com/laws-applicable-to-contracts/lex-loci-contractus/#sthash.aXPumncJ.dpuf>, truy cập ngày 2/3/2018.
258. Case Stevenson, Jordan vs Harrison vs MacDonald & Evans (1952) 1 TLR 101

(CA), 111 (per Denning LJ), xem tại <http://swarb.co.uk/stevenson-v-macdonald-1952/>, truy cập ngày 13/2/2017.

### ***Tiếng Việt***

259. Bản án số 03/2013/LĐ-ST ngày 3/9/2013 về “V/v đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động”, TAND Quận 1 Thành phố Hồ Chí Minh.
260. Bản án số 23/2014/LĐST ngày 16/9/2014 về “V/v tranh chấp tiền lương”, TAND Quận 1 Thành phố Hồ Chí Minh.
261. Bản án số 822/2015/LĐ-PT ngày 8/7/2015 về “V/v tranh chấp đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động”, TAND Thành phố Hồ Chí Minh.
262. Bản án số 973/2015/LĐ-PT ngày 17/8/2015 về “V/v đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động”, TAND Thành phố Hồ Chí Minh.
263. Bản án số 1185/2015/LĐST ngày 20/8/2015 về “V/v tranh chấp về những trường hợp bị đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động”, TAND Quận 1 Thành phố Hồ Chí Minh.
264. Bản án số 1639/2015/LĐ-PT ngày 28/12/2015 về “V/v tranh chấp đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động”, TAND Thành phố Hồ Chí Minh.

### **Website**

265. <http://dl.ueb.vnu.edu.vn/bitstream/1247/8895/1/WOLFGANG%20FORM.pdf>, truy cập ngày 10/9/2015.
266. <http://duhocdailoan.net.vn/index.php?choose=newsdetail&id=23>, truy cập ngày 23/7/2015.
267. <http://conflictoflaws.uslegal.com/laws-applicable-to-contracts/lex-loci-contractus/>
268. [http://en.safea.gov.cn/2018-03/09/content\\_35818694.htm](http://en.safea.gov.cn/2018-03/09/content_35818694.htm), truy cập ngày 8/3/2018.
269. [http://en.safea.gov.cn/2018-03/09/content\\_35818694.htm](http://en.safea.gov.cn/2018-03/09/content_35818694.htm), truy cập ngày 20/1/2018.
270. [http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031\(01\):EN:HTML](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031(01):EN:HTML), truy cập ngày 13/7/2016.
271. <http://fia.mpi.gov.vn/TinBai/5456/Tinh-hinh-thu-hut-Dau-tu-nuoc-ngoai-12-thang-nam-2017>, truy cập ngày 13/2/2018.
272. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2707>, truy cập ngày 16/7/2016.
273. <http://laws.mol.gov.tw/eng/EngContent.aspx?msgid=68>, truy cập ngày

- 18/9/2017.
274. <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/app5.67/full>, truy cập ngày 15/8/2018.
275. <http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p?page=0;query=DocId%3A721bb736-982f-4f25-9b78-569f2809efaa%20Depth%3A0%20Status%3Ainforce;rec=0>, truy cập ngày 23/5/2017.
276. <http://swarb.co.uk/mingeley-v-pennock-and-another-ta-amber-cars-ca-9-feb-2004/>, truy cập ngày 27/6/2017
277. <http://thuvienphapluat.vn/tintuc/vn/hiep-dinh-TPP//11921/ban-tieng-vietcua-hiep-dinh-tpp-chuong-19-lao-dong>, truy cập ngày 13/9/2015.
278. <http://www.bakermckenzie.com/en/insight/publications/2017/06/new-law-on-foreign-employees>, truy cập ngày 27/6/2017.
279. [http://www.ilo.org/dyn/eplcx/termmain.showCountry?p\\_lang=en&p\\_country\\_id=187](http://www.ilo.org/dyn/eplcx/termmain.showCountry?p_lang=en&p_country_id=187), truy cập ngày 16/7/2016.
280. <http://www.ilo.org/public/english/region/asro/bangkok>. truy cập ngày 16/7/2016.
281. [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/.../wcms\\_344235.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/.../wcms_344235.pdf), truy cập ngày 16/7/2016.
282. <http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/philippine/epa0609/main.pd>, truy cập ngày 26/6/2015.
283. <http://www.mom.gov.sg/~media/mom/documents/services-forms/passes/wpsspconditions.pdf?la=en>, truy cập ngày 24/6/2017.
284. <http://www.mom.gov.sg/employment-practices/contract-of-service>, truy cập ngày 1/3/2018.
285. <http://www.mom.gov.sg/legislation/employment-of-foreign-manpower-act>, truy cập ngày 20/12/2017.
286. [http://www.mom.gov.sg/publish/momportal/en/communities/work\\_pass/work\\_permit/application/requirements/foreign\\_worker\\_levy.html](http://www.mom.gov.sg/publish/momportal/en/communities/work_pass/work_permit/application/requirements/foreign_worker_levy.html), truy cập ngày 2/3/2018.
287. <http://www.nas.gov.sg/archivesonline/speeches/view.html?filename=1998060404.htm>, truy cập ngày 20/12/2017.
288. <http://www.nhsemployers.org/~media/Employers/Documents/Recruit/UK%20Philippines%20MOU.pdf>, truy cập ngày 2/3/2018.
289. <http://www.oecd.org/science/inno/2727370.pdf>, truy cập ngày 3/2/2018.

290. <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>, truy cập ngày 1/5/2015.
291. [http://www.uscis.gov/working\\_united-states/working-us](http://www.uscis.gov/working_united-states/working-us), truy cập ngày 1/6/2017.
292. <https://expatexplorer.hsbc.com/survey/country/vietnam>, truy cập ngày 6/1/2017.
293. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1828162](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1828162), truy cập ngày 20/12/2017
294. <https://www.employmentcasesupdate.co.uk/site.aspx?i=ed8214>, truy cập ngày 2/3/2016.
295. [https://www.iesingapore.gov.sg/-/media/IE-Singapore/Files/Publications/Brochures-Free-Trade-Agreements/IE\\_JSEPA-AJCEP\\_Mar2012.ashx](https://www.iesingapore.gov.sg/-/media/IE-Singapore/Files/Publications/Brochures-Free-Trade-Agreements/IE_JSEPA-AJCEP_Mar2012.ashx), truy cập ngày 9/12/2017.
296. <https://www.irs.gov/individuals/international-taxpayers/immigration-terms-and-definitions-involving-aliens>, truy cập ngày 9/4/2018.
297. [https://www.jurion.de/urteile/bgh/1982-11-23/vi-zr-222\\_79/](https://www.jurion.de/urteile/bgh/1982-11-23/vi-zr-222_79/), truy cập ngày 1/3/2018.
298. [https://www.keepeek.com//Digital-Asset-Management/oecd/employment/international-mobility-of-the-highly-skilled\\_9789264196087-en#.Wq08iihuY2w#page14.](https://www.keepeek.com//Digital-Asset-Management/oecd/employment/international-mobility-of-the-highly-skilled_9789264196087-en#.Wq08iihuY2w#page14.), truy cập ngày 2/7/2017.
299. [https://www.keepeek.com//Digital-Asset-Management/oecd/employment/international-mobility-of-the-highly-skilled\\_9789264196087-en#.Wq08iihuY2w#page14](https://www.keepeek.com//Digital-Asset-Management/oecd/employment/international-mobility-of-the-highly-skilled_9789264196087-en#.Wq08iihuY2w#page14), truy cập ngày 2/5/2015.
300. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20121231>, truy cập ngày 2/5/2015.
301. [thuvienphapluat.vn/.../Lao-dong.../Cong-uoc-Lao-dong-Hang-hai-2006-203056.aspx](http://thuvienphapluat.vn/.../Lao-dong.../Cong-uoc-Lao-dong-Hang-hai-2006-203056.aspx), truy cập ngày 3/8/2016.
302. [www.mom.gov.sg/Documents/foreign-manpower/EFMA/EFMA-Executive-summary.pdf](http://www.mom.gov.sg/Documents/foreign-manpower/EFMA/EFMA-Executive-summary.pdf), truy cập ngày 3/5/2015.
303. [www.vbf.org.vn/...năm-2013/.../216-khảo-sát-việc-sử-dụng-người-lao-độngnước-ng...](http://www.vbf.org.vn/...năm-2013/.../216-khảo-sát-việc-sử-dụng-người-lao-độngnước-ng...), truy cập ngày 3/5/2015.
304. [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/search](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/search), truy cập ngày 2/2/2018.
305. <http://www.courts.go.jp/english/about/justice/koike/Index.html>, truy cập ngày 2/2/2018.
306. [http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031\(](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031()

01):EN:HTML, truy cập ngày 10/10/2017.

307. <https://tuoitre.vn/hon-1000-lao-dong-trung-quoc-lam-viec-khong-phep-450330.htm>, truy cập ngày 6/6/2018.