

VIỆN HÀN LÂM
KHOA HỌC XÃ HỘI VIỆT NAM
HỌC VIỆN KHOA HỌC XÃ HỘI

NGUYỄN THU BA

**HỢP ĐỒNG LAO ĐỘNG ĐỐI VỚI NGƯỜI LAO ĐỘNG
NƯỚC NGOÀI LÀM VIỆC TẠI VIỆT NAM**

Chuyên ngành: Luật kinh tế

Mã số : 62 38 01 07

LUẬN ÁN TIẾN SĨ LUẬT HỌC

NGƯỜI HƯỚNG DẪN KHOA HỌC: PGS.TS. NGUYỄN HỮU CHÍ

HÀ NỘI, 2017

LỜI CAM ĐOAN

Tôi cam đoan luận án này là công trình nghiên cứu độc lập của tôi. Các tài liệu, số liệu tham khảo, trích dẫn và trình bày trong luận án là trung thực. Những kết luận khoa học của luận án chưa từng được công bố trong bất cứ công trình nghiên cứu nào khác.

Hà Nội, ngày tháng năm 2017

Tác giả luận án

NGUYỄN THU BA

DANH MỤC CÁC CHỮ VIẾT TẮT

1. ASEAN Hiệp hội các quốc gia Đông Nam Á
2. BLLĐ 2012 Bộ luật lao động số 10/2012-QH13 do Quốc hội khóa XIII kỳ họp thứ 3 thông qua ngày 18/6/2012
3. BLLĐ 1994 Bộ luật lao động do Quốc hội khóa IX kỳ họp thứ 5 thông qua ngày 23/6/1994 (sửa đổi bổ sung năm 2002, 2006, 2007)
6. Bộ LĐTB&XH Bộ Lao động Thương binh và Xã hội
7. BHXH Bảo hiểm xã hội
8. FTA Hiệp định thương mại tự do (Free Trade Agreement)
9. GPLĐ Giấy phép lao động
10. HĐLĐ Hợp đồng lao động
11. ILO Tổ chức lao động quốc tế (International Labour Organization)
12. ICRMW Công ước quốc tế về bảo vệ quyền của người lao động di trú và các thành viên trong gia đình họ năm 1990 (International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Worker and Members of their families)
13. NLĐ Người lao động
14. NSDLĐ Người sử dụng lao động
15. NLĐNN Người lao động nước ngoài
16. NSDNLĐNN Người sử dụng người lao động nước ngoài
17. NXB Nhà xuất bản
18. Sở LĐTB&XH Sở Lao động Thương binh và Xã hội
19. TAND Tòa án nhân dân
20. TPP Hiệp định đối tác chiến lược xuyên Thái Bình Dương (Trans-Pacific Partnership)
21. UBND Ủy ban nhân dân
22. WTO Tổ chức thương mại thế giới (World Trade Organization)
23. XHCN Xã hội chủ nghĩa

MỤC LỤC

MỞ ĐẦU	1
1. Tính cấp thiết của đề tài	1
2. Mục đích và nhiệm vụ nghiên cứu của luận án.	3
3. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu của luận án.	4
4. Phương pháp luận và phương pháp nghiên cứu của luận án.	5
5. Đóng góp mới về khoa học của luận án.	6
6. Ý nghĩa lý luận và thực tiễn của luận án.	7
7. Cơ cấu của luận án	7
CHƯƠNG 1: TỔNG QUAN TÌNH HÌNH NGHIÊN CỨU VÀ CƠ SỞ LÝ THUYẾT NGHIÊN CỨU	8
1.1. Tình hình nghiên cứu về hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam	8
1.2. Những vấn đề cần tiếp tục nghiên cứu về hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài.	21
1.3. Cơ sở lý thuyết nghiên cứu	24
CHƯƠNG 2: NHỮNG VẤN ĐỀ LÝ LUẬN CỦA PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG LAO ĐỘNG ĐỐI VỚI NGƯỜI LAO ĐỘNG NƯỚC NGOÀI.	29
2.1. Hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài.	29
2.2. Pháp luật về hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài.	46
CHƯƠNG 3: THỰC TRẠNG PHÁP LUẬT VÀ THỰC TIỄN THI HÀNH PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG LAO ĐỘNG ĐỐI VỚI NGƯỜI LAO ĐỘNG NƯỚC NGOÀI LÀM VIỆC TẠI VIỆT NAM	68
3.1. Quá trình hình thành và phát triển của pháp luật về hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam.	68
3.2. Thực trạng người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam theo hình thức hợp đồng lao động.	79
3.3. Thực trạng pháp luật hiện hành về giao kết, thực hiện, chấm dứt hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam.	85
CHƯƠNG 4: HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG LAO ĐỘNG ĐỐI VỚI NGƯỜI LAO ĐỘNG NƯỚC NGOÀI LÀM VIỆC TẠI VIỆT NAM	117
4.1. Định hướng hoàn thiện pháp luật về hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam.	117
4.2. Giải pháp hoàn thiện pháp luật về hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam.	126
KẾT LUẬN	143

**DANH MỤC CÁC CÔNG TRÌNH CÔNG BỐ CỦA TÁC GIẢ
TÀI LIỆU THAM KHẢO
PHỤ LỤC**

MỞ ĐẦU

1. Tính cấp thiết của đề tài

Thị trường lao động trong nước ngày càng hội nhập với thị trường toàn cầu nơi có tính cạnh tranh cao và đòi hỏi các doanh nghiệp phải linh hoạt, hiệu quả trong quản lý nhân lực. Người nước ngoài vào Việt Nam làm việc ngày càng tăng và dưới nhiều hình thức trong đó có hình thức HĐLĐ. Quy định pháp luật lao động về HĐLĐ đối với NLĐNN là một nội dung quan trọng trong cơ chế pháp lý điều chỉnh quan hệ lao động với NLĐNN.

Khi tham gia HĐLĐ, NLĐNN làm việc tại Việt Nam vừa là đối tượng tuyển dụng vừa là đối tượng quản lý. HĐLĐ là hình thức pháp lý xác định sự tồn tại của quan hệ việc làm và quyền, nghĩa vụ của NLĐ, NSDLĐ khi tham gia quan hệ đó. Về nguyên tắc, việc tuyển dụng lao động nước ngoài theo HĐLĐ chỉ áp dụng với lao động chất lượng cao tại thị trường lao động hợp pháp. Các quy định pháp luật thể hiện sự bảo đảm, hỗ trợ với lao động nước ngoài chất lượng cao nhưng vẫn cần quản lý chặt chẽ nhằm hài hòa với nguồn nhân lực trong nước và đảm bảo an ninh, trật tự xã hội. Hiện nay, chúng ta đang bổ sung, hoàn thiện các quy định pháp luật về lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam trong đó có quy định về HĐLĐ để tạo môi trường pháp lý lành mạnh thu hút nguồn nhân lực chất lượng cao, đem lại lợi ích cho nền kinh tế. Theo Báo cáo của Cục Việc làm - Bộ LĐTB&XH, tính đến tháng 7/2016 [49] cả nước có tổng số 81.791 lao động nước ngoài đang làm việc, trong đó số NLĐNN thuộc diện cấp GPLĐ là 76.158 (chiếm 94,8%), và số người đã được cấp GPLĐ là 72.218 người (chiếm 94,8% số người thuộc diện cấp GPLĐ). Lao động nước ngoài đến từ 110 quốc gia, trong đó nhiều nhất là lao động mang quốc tịch Trung Quốc, Hàn Quốc, Đài Loan, Nhật Bản (số lượng là 23.229 người, chiếm 28,4%), còn lại là lao động đến từ các quốc gia khác. Như vậy so với các năm trước, số lượng lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam ngày càng tăng cao. Tuy nhiên con số này chưa phản ánh được đầy đủ thực trạng lao động nước ngoài vì trên thực tế lao động phổ thông nhập cư bất hợp pháp cũng có chiều hướng gia tăng và gây tác động tiêu cực đến thị trường lao động.

HĐLĐ đối với NLĐNN là nội dung pháp lý được điều chỉnh bởi Bộ luật lao động 2012. BLLĐ 2012 là Bộ luật lao động hiện hành được Quốc hội nước Cộng hòa XHCN Việt Nam khóa XIII kỳ họp thứ 3 thông qua ngày 18/6/2012 có hiệu lực

thi hành từ ngày 1/5/2013 thay thế BLLĐ 1994 (cũng đã qua 3 lần sửa đổi). BLLĐ 2012 quy định rõ đối tượng áp dụng bao gồm cả NLĐNN làm việc tại Việt Nam (Điều 2). BLLĐ 2012 gồm 17 chương và 242 điều trong đó có 44 điều (từ điều 15 đến điều 58) chia thành 5 mục (thuộc Chương III) quy định về HĐLĐ. Từ điều 169 đến điều 175 (thuộc mục 3 Chương XI) quy định về lao động là người nước ngoài làm việc tại Việt Nam và một số điều khoản trong các chương, mục khác của Bộ luật. Ngoài ra, các vấn đề về HĐLĐ đối với NLĐNN còn được điều chỉnh bởi một số đạo luật và các văn bản quy phạm pháp luật liên quan. Hiện nay hệ thống chính sách pháp luật về quản lý, tuyển dụng lao động nước ngoài ở nước ta đã từng bước được xây dựng và hoàn thiện, tạo hành lang pháp lý cho việc giao kết, thực hiện HĐLĐ của NSĐNLĐNN với NLĐNN. Tuy nhiên trong quá trình thực hiện thì còn nhiều vấn đề phát sinh: NLĐNN chưa nghiên cứu đầy đủ các quy định của pháp luật lao động Việt Nam, chưa biết và hiểu rõ các điều kiện vào Việt Nam làm việc theo hình thức HĐLĐ; NSĐNLĐNN cũng không báo cáo đầy đủ kịp thời việc sử dụng lao động nước ngoài, không thực hiện đúng quy trình tuyển dụng hoặc tuyển dụng NLĐNN không đủ điều kiện, nhiều vi phạm và tranh chấp HĐLĐ xảy ra. Đặc biệt là pháp luật lao động còn thiếu nhiều quy định điều chỉnh HĐLĐ đối với NLĐNN.

Với nội dung và ý nghĩa đó, vấn đề pháp lý về NLĐNN làm việc tại Việt Nam đã được nhiều tổ chức, cá nhân quan tâm, tìm hiểu và được nhiều học giả nghiên cứu. Nhiều hội thảo đã được tổ chức, nhiều bài viết đã được đăng trên tạp chí chuyên ngành luật học và chuyên ngành về lao động xã hội. Các tác giả đã nêu được những nội dung toàn diện, khá đầy đủ về vấn đề lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam: vấn đề di chuyển lao động quốc tế, các hình thức NLĐNN vào Việt Nam làm việc; vấn đề quản lý nhà nước đối với NLĐNN v.v...

Trong quá trình xem xét, tìm hiểu các bài viết, các công trình nghiên cứu, tác giả nhận thấy, bên cạnh các kết quả đạt được, thì các công trình nghiên cứu mới chỉ tiếp cận ở một góc độ của vấn đề hoặc do phạm vi nghiên cứu nên một số nội dung quan trọng còn bỏ ngỏ. Vì vậy, rất cần một nghiên cứu toàn diện, đầy đủ về vấn đề HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam. Các nghiên cứu cũng cần phải sâu sắc hơn, đúng về đối tượng NLĐNN làm việc theo HĐLĐ để đưa ra được những quan điểm, đề xuất thực tế, hiệu quả.

Như vậy, vấn đề HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam đến nay chưa được nghiên cứu đầy đủ, toàn diện. Chưa có công trình, bài viết nào đề cập toàn bộ các nội dung cơ bản về lý luận và thực tiễn cũng như giải quyết trực tiếp những vấn đề pháp lý nhằm hoàn thiện pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam. Trên cơ sở kế thừa kết quả nghiên cứu của các bài viết, công trình của những người đi trước, luận án sẽ tiếp tục nghiên cứu, luận giải toàn diện vấn đề pháp lý về HĐLĐ đối với NLĐNN tại Việt Nam. Tuy nhiên, những vấn đề lý luận chung về HĐLĐ đã được các công trình trước đây nghiên cứu hoàn thiện nên luận án sẽ kế thừa và chỉ tập trung nghiên cứu những vấn đề lý luận và thực tiễn pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam. Nghiên cứu của đề tài luận án sẽ góp phần cung cấp các luận cứ khoa học để nghiên cứu, xây dựng, ban hành, thực hiện các văn bản pháp luật điều chỉnh HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam.

2. Mục đích và nhiệm vụ nghiên cứu của luận án.

Mục đích nghiên cứu của luận án là làm rõ những vấn đề lý luận cơ bản về HĐLĐ đối với NLĐNN; phân tích, đánh giá một cách toàn diện, thực trạng quy định pháp luật lao động về HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam và quá trình thực hiện trong thời gian qua. Thông qua đề tài, tác giả mong muốn đưa ra những định hướng và giải pháp cụ thể nhằm hoàn thiện những quy định pháp luật lao động để ngăn ngừa những vi phạm pháp luật, bảo đảm ổn định, phát triển xã hội; bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của NLĐNN, NSĐNLĐNN. Luận án cũng đề xuất những giải pháp nhằm bảo đảm thực thi có hiệu quả những quy phạm pháp luật trong thực tiễn. Để đạt được mục đích nêu trên, luận án phải thực hiện được các nhiệm vụ cụ thể sau đây:

Thứ nhất: Làm rõ được các vấn đề lý luận cơ bản về HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam. Giải thích có tính chuyên môn các khái niệm và các thuật ngữ pháp lý: khái niệm NLĐNN, khái niệm lao động di trú, khái niệm và đặc điểm của HĐLĐ đối với NLĐNN. Lý giải sự cần thiết phải có pháp luật điều chỉnh và các yêu cầu trong việc xây dựng pháp luật điều chỉnh HĐLĐ đối với NLĐNN.

Thứ hai: Làm rõ lịch sử hình thành, phát triển các quy định pháp luật lao động về HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam, phân tích, nhận xét sự thay đổi pháp luật qua từng giai đoạn. Xác định những vấn đề pháp lý chủ yếu khi giao kết, thực hiện, chấm dứt HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam.

Thứ ba: Đánh giá, phân tích, bình luận pháp luật và thực tiễn điều chỉnh của pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam, từ đó chỉ ra được những vướng mắc, tồn tại của pháp luật lao động Việt Nam. Để đạt được mục tiêu này, luận án cũng phân tích, so sánh quy định pháp luật lao động Việt Nam với quy định pháp luật tương ứng của các nước trên thế giới (đặc biệt là các nước trong khu vực). Tiếp đó, luận án tập trung phân tích, đánh giá thực trạng áp dụng các quy định pháp luật điều chỉnh HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam. Đặc biệt, thông qua một số vụ tranh chấp lao động điển hình khi giao kết, thực hiện, chấm dứt HĐLĐ đối với NLĐNN để rút ra bài học kinh nghiệm trong việc xây dựng, ban hành các quy định pháp luật.

Thứ tư: Đề ra các định hướng hoàn thiện pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam. Đề xuất những kiến nghị và giải pháp cụ thể nhằm hoàn thiện pháp luật, tạo môi trường pháp lý ổn định, thuận lợi cho việc phát triển quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của NLĐNN làm việc tại Việt Nam, hạn chế các vi phạm pháp luật.

3. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu của luận án.

HĐLĐ đối với NLĐNN là đối tượng nghiên cứu của nhiều ngành khoa học như: quản lý học, quản trị học, kinh tế học, xã hội học, luật học v.v... nhưng trong chuyên ngành đào tạo luật kinh tế, luận án chỉ nghiên cứu dưới góc độ luật học và trong phạm vi pháp luật lao động. Cụ thể, luận án nghiên cứu HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam theo các quy định của pháp luật lao động hiện hành (BLLĐ 2012, các đạo luật liên quan và các văn bản hướng dẫn thi hành) có đối chiếu với các văn bản quy phạm pháp luật lao động đã ban hành trước đây, chủ yếu từ khi ban hành BLLĐ 1994. Để luận án có độ chuyên sâu về vấn đề nghiên cứu, tùy từng nội dung và yêu cầu đặt ra, Luận án tham khảo, so sánh, đối chiếu, phân tích với các quy định pháp luật của các lĩnh vực pháp luật khác có liên quan của Việt Nam, quy định pháp luật quốc tế trong các công ước, khuyến nghị của Liên hiệp quốc, ILO v.v... và pháp luật lao động của một số nước trên thế giới.

Luận án không nghiên cứu các vấn đề sau đây:

- NLĐNN làm việc bất hợp pháp ở Việt Nam
- HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc theo các điều ước quốc tế song phương và khu vực.
- Thuê lại lao động là NLĐNN

- HĐLĐ đối với NLĐNN trong từng lĩnh vực công việc đặc thù.

Các vấn đề này cũng rất quan trọng và cần thiết được nghiên cứu nhưng do phạm vi và mục đích của luận án nên tác giả dự định sẽ nghiên cứu trong đề tài khác.

4. Phương pháp luận và phương pháp nghiên cứu của luận án.

Trên cơ sở phương pháp luận duy vật biện chứng, duy vật lịch sử của chủ nghĩa Mác - Lê Nin, 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 khác nhau của luận án 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 nhà khoa học trong 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, của ILO và tổ chức quốc tế khác.

Phương pháp khảo cứu tài liệu và kế thừa những kết quả nghiên cứu đã có: phương pháp này được sử dụng để tập hợp các tài liệu, công trình nghiên cứu trong nước và nước ngoài dựa trên các mốc thời gian, lĩnh vực pháp luật nhằm lựa chọn, tập hợp đầy đủ nhất các tài liệu liên quan đến luận án ở các nguồn khác nhau.

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 về HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc 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, đặc biệt là để nhận xét quá trình 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 về HĐLĐ đối với NLĐNN tại Việt Nam.

Ngoài ra luận án còn sử dụng những phương pháp như khảo sát, sử dụng số liệu thống kê của cơ quan quản lý trong việc tìm hiểu, đánh giá thực tiễn pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc 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. Đóng góp mới về khoa học của luận án.

Là một công trình khoa học nghiên cứu chuyên sâu và tương đối toàn diện pháp luật lao động về HĐLĐ đối với NLĐNN, luận án có những đóng góp mới về khoa học như sau:

Thứ nhất: Luận án làm rõ những vấn đề lý luận về HĐLĐ đối với NLĐNN trên cơ sở kế thừa những nghiên cứu lý luận cơ bản về HĐLĐ: khái niệm NLĐNN, Khái niệm NLĐ di trú, khái niệm và đặc điểm của HĐLĐ đối với NLĐNN, sự cần thiết phải điều chỉnh pháp luật đối với NLĐNN làm việc theo HĐLĐ; yêu cầu trong việc thiết kế các quy định pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN.

Thứ hai: Luận án trình bày quá trình hình thành, phát triển của pháp luật lao động Việt Nam về HĐLĐ đối với NLĐNN, đúc kết những nội dung pháp lý cơ bản về HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam qua từng thời kỳ. Phân tích tổng quan những vấn đề pháp lý khi giao kết, thực hiện, chấm dứt HĐLĐ đối với NLĐNN. Luận án nghiên cứu cả những vấn đề mà pháp luật lao động hiện hành của Việt Nam chưa quy định rõ và cụ thể như: điều kiện thiết lập quan hệ HĐLĐ đối với NLĐNN; những hạn chế trong thỏa thuận HĐLĐ đối với NLĐNN; HĐLĐ đối với NLĐNN vô hiệu v.v...

Thứ ba: Luận án phân tích, chỉ ra những kinh nghiệm quốc tế của một số nước trong khu vực tạo cơ sở quan trọng để đánh giá, liên hệ với pháp luật hiện hành của Việt Nam về HĐLĐ đối với NLĐNN. Đồng thời trong quá trình phân tích lý luận và thực tiễn pháp luật HĐLĐ đối với NLĐNN, luận án cũng dẫn chiếu những điều ước, công ước quốc tế lao động quan trọng liên quan để thấy được khi có sự tham gia của chủ thể đặc biệt là NLĐNN thì quan hệ lao động này luôn chịu tác động của quy luật di trú lao động quốc tế và xu thế hội nhập quốc tế.

Thứ tư: Luận án đề ra mục tiêu, định hướng của việc hoàn thiện pháp luật lao động về HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam. Những vấn đề còn vướng mắc, tồn tại của pháp luật lao động Việt Nam cùng với phương hướng hoàn thiện mà luận án đề xuất sẽ có giá trị tham khảo cho các nhà lập pháp trong việc sửa đổi các văn bản quy phạm pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN.

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 lao động về HĐLĐ đối với NLĐNN ở Việt Nam; 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 về HĐLĐ đối với NLĐNN.

Luận án còn là tài liệu tham khảo trong công tác nghiên cứu, giảng dạy pháp luật lao động, pháp luật lao động 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. Cơ 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 và cơ sở lý thuyết nghiên cứu.

Chương 2: Những vấn đề lý luận của pháp luật về hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài.

Chương 3: Thực trạng pháp luật và thực tiễn thi hành pháp luật về hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam

Chương 4: Hoàn thiện pháp luật về hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài làm việc 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 VÀ CƠ SỞ LÝ THUYẾT NGHIÊN CỨU

1.1. Tình hình nghiên cứu về hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam

Từ khi Việt Nam chuyển sang nền kinh thị trường, các thành phần kinh tế tự do kinh doanh và hội nhập quốc tế thì quan hệ lao động cũng đã có sự thay đổi cơ bản. Pháp luật lao động điều chỉnh quan hệ lao động giữa NLD làm công ăn lương với NSDLĐ được thiết lập trên cơ sở giao kết HĐLĐ. Xuất phát từ những biến đổi của thị trường lao động, những quy định về việc thiết lập, thực hiện những quan hệ HĐLĐ có yếu tố nước ngoài đã trở thành nội dung không thể thiếu của quy định pháp luật lao động. Các nghiên cứu về HĐLĐ, về người nước ngoài làm việc tại Việt Nam đã được thực hiện nhiều và đa dạng trong thời gian gần đây.

Trên cơ sở nghiên cứu các tài liệu, sách báo, bài viết của các học giả trong và ngoài nước có liên quan đến đề tài nghiên cứu, tác giả tổng quan tình hình nghiên cứu đề tài luận án theo các nhóm vấn đề với các công trình tiêu biểu: (1) Nghiên cứu về HĐLĐ; (2) Nghiên cứu về NLĐNN; (3) Nghiên cứu về NLĐNN làm việc tại Việt Nam. Việc phân tách theo các nhóm vấn đề này để tác giả có thể tiếp cận đề tài nghiên cứu của luận án là “Hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam”. Hiện nay, chưa có nhiều nghiên cứu trực tiếp về vấn đề này mà các tác giả, hoặc xác định NLĐNN làm việc theo HĐLĐ là một trong những hình thức NLĐNN làm việc tại Việt Nam, hoặc coi HĐLĐ đối với NLĐNN là một nội dung của chế định HĐLĐ của pháp luật lao động.

1.1.1 Tình hình nghiên cứu về hợp đồng lao động.

Khi nghiên cứu về HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam thì trước hết phải tìm hiểu những nghiên cứu về HĐLĐ. HĐLĐ là chế định đặc biệt quan trọng của pháp luật lao động và dưới góc độ học thuật đây là những quy định nền tảng để thiết lập quan hệ lao động giữa NLD và NSDLĐ. Giao kết HĐLĐ với NLĐNN làm việc tại Việt Nam phải tuân thủ các quy định chung của pháp luật lao động về HĐLĐ vì vậy nhất thiết phải nghiên cứu HĐLĐ và pháp luật về HĐLĐ.

Nhiều công trình nghiên cứu tổng thể các vấn đề lý luận về pháp luật lao động trong đó có chế định HĐLĐ: GS.TS. Nguyễn Quang Quỳnh: “*Luật Lao*

động”, Trường Đại học Luật khoa, năm 1975 [110]; Đặng Đức San: “*Tìm hiểu Luật Lao động Việt Nam*”, NXB Chính trị quốc gia, năm 2006 [111]; Đặng Đức San (và nhiều tác giả Vụ Pháp chế - Bộ LĐTB&XH): “*Những nội dung mới của BLLĐ 2012*”, NXB Lao động Xã hội, năm 2012 [113]. Trường Đại học Luật Hà Nội – nhiều tác giả: “*Giáo trình Luật Lao động Việt Nam*”, NXB Công an nhân dân, năm 2013 [137]. Giáo trình này được sử dụng làm tài liệu giảng dạy chính thức trong các trường đại học chuyên ngành luật và ngoài ngành. Giáo trình cung cấp kiến thức lý luận cơ bản, tổng quan về pháp luật lao động và các chế định của ngành luật lao động.

Các sách chuyên khảo đầu tiên nghiên cứu về HĐLĐ có “*HĐLĐ là gì?*” của tác giả Nguyễn Phương và Nguyễn Việt Thơ, NXB Pháp lý, năm 1988 [109]; Đặng Đức San - Nguyễn Văn Phần: “*Quản lý, sử dụng lao động trong doanh nghiệp*”, NXB Lao động Xã hội, năm 2002 [112]: Các tác giả đều đề cập đến khái niệm HĐLĐ, phân biệt quan hệ HĐLĐ với các quan hệ hợp đồng khác, phân tích điều kiện, đặc điểm chủ thể HĐLĐ và vấn đề tuyển dụng, sử dụng lao động trong doanh nghiệp.

Tuy nhiên trong số các nghiên cứu về hợp đồng thì quan trọng nhất là cuốn sách chuyên khảo về HĐLĐ của PGS.TS. Nguyễn Hữu Chí – Đại học Luật Hà Nội: “*Pháp luật HĐLĐ Việt Nam, thực trạng và phát triển*”, NXB Lao động – Xã hội, năm 2003 [58]: Trong cuốn sách chuyên khảo này, tác giả trình bày những nghiên cứu có hệ thống các vấn đề lý luận về HĐLĐ: đặc thù của sức lao động với tư cách là hàng hóa, đặc trưng của thị trường lao động Việt Nam; đặc trưng của quan hệ HĐLĐ. Tác giả nghiên cứu, đánh giá toàn diện thực trạng quy định của pháp luật lao động và áp dụng pháp luật lao động, nêu những tồn tại, hạn chế, bất cập của pháp luật lao động hiện hành. Trên cơ sở đó, tác giả đề ra các định hướng và một số giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật về HĐLĐ. Ngoài ra PGS.TS. Nguyễn Hữu Chí còn có nhiều bài viết về những vấn đề pháp lý trên cơ sở những quy định pháp luật hiện hành về HĐLĐ: “*Giao kết HĐLĐ theo BLLĐ 2012 - Từ quy định đến nhận thức và thực hiện*”, Tạp chí luật học, số 3 năm 2013 [59]; PGS.TS. Nguyễn Hữu Chí, Bùi Thị Kim Ngân: “*Thực hiện, chấm dứt HĐLĐ theo BLLĐ 2012 – Từ quy định đến nhận thức và thực hiện*”, Tạp chí Luật học số 8 năm 2013 [60]. Các bài viết đi sâu phân tích các vấn đề cơ bản về giao kết, thực hiện, chấm dứt HĐLĐ, đặc biệt là việc thực hiện pháp luật về HĐLĐ.

Cuốn sách: “72 Vụ án tranh chấp lao động điển hình – tóm tắt và bình luận” do tác giả Nguyễn Việt Cường chủ biên, NXB lao động xã hội, 2004 [66] thì lại đề cập đến các tranh chấp lao động trong đó có tranh chấp về HĐLĐ. Sau 10 năm thi hành BLLĐ 1994, tình trạng vi phạm pháp luật đặc biệt là chấm dứt HĐLĐ trái pháp luật diễn ra phổ biến và phức tạp. Tập thể tác giả là các cán bộ TAND tối cao tuyển chọn những vụ tranh chấp lao động điển hình để mang đến cho độc giả là những người quản lý và người làm công tác xét xử những kinh nghiệm bổ ích đồng thời thấy được những hạn chế trong kiến thức pháp luật của NLĐ và NSDLĐ khi giao kết, thực hiện, chấm dứt HĐLĐ.

Nhiều nghiên cứu khác của các chuyên gia pháp lý trong các bài viết trên các tạp chí chuyên ngành bàn về những vấn đề lý luận, thực tiễn và sự phát triển của pháp luật HĐLĐ: TS. Phạm Công Trứ: “HĐLĐ một trong những chế định chủ yếu của luật Lao động Việt Nam”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 7 năm 1996 [115]. Tác giả TS. Lưu Bình Nhưỡng: “Khái lược về sự phát triển của HĐLĐ ở Việt Nam”, Tạp chí Luật học, số 3 năm 1995 [96]. Tác giả TS. Phạm Thị Thúy Nga – Viện Nhà nước và Pháp luật có nhiều bài viết về các vấn đề pháp lý khác nhau của HĐLĐ: “Về HĐLĐ vô hiệu”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 11 năm 2002 [103].; “Nguyên tắc thiện ý trong thương lượng giao kết HĐLĐ”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 2 năm 2007 [104].; “Sự phụ thuộc pháp lý – dấu hiệu đặc trưng nhất trong quan hệ HĐLĐ”, số 8 năm 2008 [105]. Các bài viết tập trung về tính chất, đặc điểm và các vấn đề về giao kết HĐLĐ, đặc biệt phân tích các yếu tố làm căn cứ phát sinh HĐLĐ vô hiệu khi BLLĐ 1994 chưa có quy định điều chỉnh. TS. Phạm Thị Thúy Nga và Ths. Chu Thị Thanh An có nghiên cứu về pháp luật lao động trong lĩnh vực đặc thù thể thao chuyên nghiệp tại bài viết: “Pháp luật lao động trong thể thao chuyên nghiệp”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 12 (308) năm 2013 [107]. Bài viết đề cập đến vấn đề cần phải có những quy định đặc biệt điều chỉnh riêng đối với lao động trong lĩnh vực đặc thù là thể thao chuyên nghiệp do tính chất công việc và những điểm khác biệt về năng lực chủ thể, thời hạn hợp đồng.

Các bài viết với những quan điểm khác về những vấn đề pháp lý nói trên của: PGS TS. Lê Thị Hoài Thu – Khoa Luật Đại học quốc gia: “Một số ý kiến về HĐLĐ vô hiệu”, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật số 7 năm 2007 [124]. Tác giả Nguyễn Thị Hoa Tâm – Trường Đại học Lao động- Xã hội: “Về quyền đơn phương

chấm dứt HĐLĐ”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 8 năm 2009 [116]; “*Một số kiến nghị hoàn thiện các quy định pháp luật về đơn phương chấm dứt HĐLĐ*”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 2 năm 2012 [117]; “*Một số kiến nghị về quyền được cung cấp thông tin của các bên khi đơn phương chấm dứt HĐLĐ trong BLLĐ 2012*”, Tạp chí lao động và Xã hội số 463 năm 2013 [118].

“*A comparative study on labour laws of Asean nations*” (2010), Ministry of Labour invalids & social affairs, ILO [179]. – Báo cáo nghiên cứu của tập hợp các chuyên gia ILO và Bộ LĐTB&XH về so sánh pháp luật lao động các nước ASEAN. Ấn phẩm này cung cấp nghiên cứu so sánh pháp luật và các quy định lao động nhằm tìm ra những điểm giống và khác nhau của pháp luật lao động các nước thành viên ASEAN. Pháp luật lao động các nước ASEAN có phạm vi điều chỉnh rộng bao gồm tất cả các khía cạnh về quyền lao động, tiêu chuẩn lao động, quan hệ lao động, quản lý lao động, bảo hiểm xã hội, có mối liên hệ với các mặt dân sự, kinh tế, xã hội, văn hóa và các khía cạnh khác của đời sống xã hội. Các nghiên cứu chỉ lựa chọn so sánh một số quy định pháp luật có nội dung tác động trực tiếp tới nỗ lực chung của ASEAN trong việc phát triển nguồn nhân lực và di chuyển lao động giữa các nước ASEAN trong đó có HĐLĐ (bao gồm điều kiện để thừa nhận một quan hệ HĐLĐ, quy định về thử việc, việc làm tạm thời, chấm dứt HĐLĐ v.v...). Do có sự khác nhau về hệ thống pháp luật quốc gia nên việc so sánh lựa chọn các văn bản quy phạm pháp luật do cơ quan lập pháp quốc gia ban hành đồng thời có sự so sánh với các công ước của ILO vì công ước của ILO là các điều ước quốc tế về tiêu chuẩn lao động và quyền con người mà các nước ASEAN (đều là thành viên của ILO) có nghĩa vụ tuân thủ.

“*Labour & Employment Law: Text and Cases*” (2009), David P.Twomey, Cengage Learning (USA) [167]. Sách viết về luật tuyển dụng và lao động của Mỹ thông qua các văn bản và án lệ. Nội dung đề cập đến những vấn đề cơ bản về tuyển dụng lao động và giao kết, thực hiện, chấm dứt HĐLĐ. Những phân tích khá toàn diện các khía cạnh pháp lý về HĐLĐ cùng với những tình huống cụ thể qua án lệ được dẫn chiếu.

“*Employment & labour Law*” (2008), Patrick, J Cihon, James Ottavio, Castagnera, Cengage Learning, UK [182]. Tác phẩm này nghiên cứu các quy định về pháp luật về lao động và việc làm của Anh. Đây cũng là một nghiên cứu tổng quan về những vấn đề pháp lý khi tuyển dụng và sử dụng lao động. Các tác giả

ngiên cứu, đánh giá, bình luận các chế định cơ bản như tuyển dụng lao động, HĐLĐ, quyền và nghĩa vụ của các bên trong HĐLĐ, vấn đề sa thải lao động v.v.... Sách là tài liệu dành cho sinh viên luật chuyên ngành và cũng là tài liệu cung cấp những kiến thức lý luận về HĐLĐ.

Luận án của TS. Nguyễn Hữu Chí: “*HĐLĐ trong cơ chế thị trường ở Việt Nam*”, Hà Nội, 2003 [57]. Đây là một đề tài lớn vì liên quan đến hầu hết các nội dung của Bộ luật lao động. Lý luận về HĐLĐ chịu sự ảnh hưởng, chi phối rất lớn từ những yêu cầu có tính đặc thù của thị trường lao động và những đặc trưng của quan hệ lao động Việt Nam đang trong quá trình chuyển đổi. Luận án đã giải quyết được những vấn đề cơ bản về lý luận HĐLĐ như sự tác động, ảnh hưởng của cơ chế thị trường Việt Nam với pháp luật HĐLĐ, những đặc trưng của quan hệ lao động nước ta trong quá trình chuyển đổi, đặc trưng của HĐLĐ, phạm vi đối tượng áp dụng của HĐLĐ, mối quan hệ của HĐLĐ với các chế định khác của pháp luật lao động và pháp luật lao động quốc tế. Luận án cũng đã đánh giá thực trạng quy định, áp dụng pháp luật HĐLĐ và đưa ra các phương hướng, giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật HĐLĐ.

Luận án của TS. Phạm Thị Thúy Nga: “*HĐLĐ vô hiệu theo pháp luật lao động Việt Nam hiện nay*”, Hà Nội, 2009 [106]. Luận án giải quyết các vấn đề lý luận và thực tiễn về HĐLĐ vô hiệu. Trong lịch sử phát triển của ngành luật lao động Việt Nam, khái niệm HĐLĐ vô hiệu có thể được quy định hoặc không trong luật thực định. Luận án làm rõ định nghĩa về HĐLĐ, dấu hiệu xác định HĐLĐ vô hiệu, cách thức xử lý các trường hợp HĐLĐ vô hiệu, thẩm quyền tuyên bố HĐLĐ và đưa ra các đề xuất hoàn thiện quy định pháp luật về HĐLĐ vô hiệu.

Luận án của TS. Nguyễn Thị Hoa Tâm: “*Pháp luật về đơn phương chấm dứt HĐLĐ – những vấn đề lý luận và thực tiễn*”, Thành phố Hồ Chí Minh, 2013 [119]. Luận án nghiên cứu một số vấn đề lý luận như khái niệm, đặc điểm của đơn phương chấm dứt HĐLĐ, ý nghĩa và hệ quả pháp lý của việc đơn phương chấm dứt HĐLĐ đối với các bên trong quan hệ HĐLĐ. Nghiên cứu sự cần thiết phải điều chỉnh bằng pháp luật và nội dung điều chỉnh bằng pháp luật đối với việc đơn phương chấm dứt HĐLĐ để làm cơ sở đánh giá tính hợp lý của pháp luật hiện hành. Nghiên cứu thực trạng pháp luật và thực tiễn thực hiện pháp luật về đơn phương chấm dứt HĐLĐ tạo tiền đề đưa ra những kiến nghị hoàn thiện pháp luật về đơn phương chấm dứt HĐLĐ.

1.1.2 Tình hình nghiên cứu về người lao động nước ngoài.

Hiện tượng NLD từ một quốc gia đến làm việc tại một quốc gia khác là hiện tượng tất yếu của quá trình toàn cầu hóa và cũng là một một dung được điều chỉnh của pháp luật lao động. NLĐNN góp phần không nhỏ trong việc phát triển quan hệ lao động ở phạm vi quốc tế cả ở quốc gia có nguồn lao động và cả quốc gia tiếp nhận. Vấn đề NLĐNN được phân tích dưới góc độ của pháp luật quốc tế và họ còn được gọi là “người lao động di trú”

Tác giả Nguyễn Bình Giang và tập thể tác giả - Viện Kinh tế và Chính trị thế giới Viện Khoa học xã hội Việt Nam, đã biên soạn cuốn sách chuyên khảo: “*Di chuyển lao động quốc tế*”, NXB Khoa học xã hội, 2011, Hà Nội [74]. Nội dung cuốn sách giải quyết vấn đề nổi bật trong di chuyển lao động trên thế giới thập niên đầu thế kỷ 21 là thị trường lao động quốc tế, các thể chế lao động quốc tế, chất lượng lao động, sự phối hợp liên chính phủ còn rời rạc trong di chuyển lao động xuyên quốc gia. Các tác giả cũng nêu bật các xu hướng cơ bản trong di chuyển lao động trên thế giới đặc biệt là xu hướng di chuyển của lao động phổ thông và lao động chuyên môn cao. Các xu hướng, chính sách sự tác động tới các nước gửi lao động và nước nhận lao động đồng thời cũng có đưa ra các dự báo di chuyển lao động quốc tế trong thời gian từ năm 2011-2020.

Khoa Luật, Đại học quốc gia Hà Nội và Trung tâm nghiên cứu quyền con người và quyền công dân (CRIGHTS) – nhiều tác giả, *Lao động di trú trong pháp luật quốc tế và Việt Nam*, năm 2011, NXB Lao động Xã hội, Hà Nội [86]. Đây là sách chuyên khảo quan trọng tập hợp các bài viết và văn bản pháp luật quốc tế về lao động di trú. Bài viết “*Khuôn khổ pháp lý quốc tế về bảo vệ NLD di trú*” của Nguyễn Đăng Dung - Vũ Công Giao; “*Lao động di trú: một xu hướng toàn cầu, một nỗ lực toàn cầu*” của Phạm Hồng Thái - Vũ Công Giao đề cập những nội dung quan trọng nhất của pháp luật quốc tế về lao động di trú: Những nguyên nhân của sự gia tăng lao động di trú, xu hướng toàn cầu trong việc quản lý lao động di trú (hợp tác quốc tế về lao động di trú, bảo vệ và hỗ trợ lao động di trú); Khái quát sự phát triển của pháp luật quốc tế về bảo vệ lao động di trú; Tóm lược nội dung các văn kiện của Liên hiệp quốc, ILO về lao động di trú. Các bài viết khác trong sách đề cập tới những vấn đề lao động di trú tại quốc gia và khu vực.

Các ấn phẩm của Hội Luật gia Việt Nam: Kỷ yếu hội thảo về “*Pháp luật và cơ chế quốc tế, khu vực và quốc gia về bảo vệ NLĐNN*” tổ chức ngày 11, 12 tháng

1/2008 tại Hà Nội; Kỷ yếu hội thảo và Tuyên bố khuyến nghị chung thông qua tại Hội thảo về “*Tư vấn về bảo vệ và thúc đẩy các quyền của NLD ở nước ngoài*” tổ chức ngày 3 và 4/3/2008 tại Hà Nội [79], [80]. Các bài viết hội thảo phân tích các vấn đề về quyền của lao động nước ngoài, cơ chế bảo vệ quyền của lao động nước ngoài đối chiếu với những điều ước quốc tế, khu vực và pháp luật quốc gia.

TS. Nguyễn Đức Minh – Viện Nhà nước và Pháp luật: “*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 năm 2008 [93]. Tác giả đặt câu hỏi: “Liệu với hệ thống chính sách và quy định của pháp luật lao động hiện hành, chúng ta có thể khai thác có hiệu quả các cơ hội có thể có được từ hội nhập kinh tế quốc tế hoặc cần sửa đổi, bổ sung gì để khắc phục những nhược điểm hoặc giảm bớt các tác động tiêu cực của sự mở cửa”. Các nội dung được giải quyết lần lượt: (1) Hành trang của Việt Nam về chính sách và pháp luật lao động khi gia nhập tổ chức thương mại thế giới; (2) Bước đầu hoàn thiện chính sách pháp luật lao động sau một năm gia nhập tổ chức thương mại thế giới; (3) Tiếp tục hoàn thiện chính sách và pháp luật lao động; (4) Kết luận: hệ thống chính sách và pháp luật hiện hành của nước ta trong lĩnh vực lao động đã được xây dựng tương đối hoàn chỉnh theo cơ chế thị trường và phù hợp với tiêu chuẩn quốc tế phổ biến về lao động nên đáp ứng được các yêu cầu cơ bản của hội nhập kinh tế quốc tế.

PGS.TS Lê Thị Hoài Thu – Khoa Luật Đại học quốc gia Hà Nội có bài: “*Quyền bình đẳng của NLD di trú tại Việt Nam*”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 284, năm 2011 [126]: giải thích khái niệm NLD di trú, quyền bình đẳng của NLD di trú, pháp luật Việt Nam với việc bảo đảm quyền bình đẳng của NLD di trú.

Các chính sách, thỏa thuận về kinh tế dẫn đến những tác động lớn tới thị trường lao động. NLĐNN đến làm việc tại một quốc gia ngày càng nhiều hình thức. 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 – Vụ Hợp tác quốc tế Bộ LĐTB&XH: “*Vấn đề lao động trong đàm phán gia nhập WTO*”, Tạp chí Lao động & Xã hội số 264 năm 2005 [61]: 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. TS. Hoàng Xuân Hòa - Ban Kinh tế trung ương, “*Làn sóng dịch chuyển nhân công toàn cầu*”, Tạp chí Lao động & Xã hội số 283 năm 2006 [78]: 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. Ví dụ cụ thể tại một số quốc gia: Mỹ, Ấn độ, Nhật, Trung Quốc. Tác giả Lê Quang Trung – Cục Việc làm Bộ LĐTB&XH: “*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 [121]; “*Phát triển nguồn nhân lực trong bối cảnh hội nhập quốc tế*”, Tạp chí Lao động & Xã hội số 311 năm 2007 [122]; “*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 [123]: 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 – Vụ hợp tác quốc tế Bộ LĐTB&XH 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: “*Gia nhập WTO, “Tây” sẽ vào ta làm việc thế nào*”, Tạp chí Lao động & Xã hội số 256+257 năm 2005 [63].; “*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 [62].

Tham khảo pháp luật của các quốc gia khác về lao động nước ngoài, PGS.TS. Phan Huy Đường có bài “*Một số kinh nghiệm về quản lý lao động nước ngoài tại Singapore và bài học cho Việt Nam*”, Tạp chí Lao động & Xã hội số 430 năm 2012 [72]. Tác giả Phan Cao Nhật Anh có nhiều nghiên cứu về chế độ chính sách đối với lao động nước ngoài ở Nhật Bản qua hàng loạt bài viết trên các tạp chí nghiên cứu Đông Bắc Á: “*Lao động không chính thức ở Nhật Bản*”, Tạp chí nghiên cứu Đông Bắc Á, số 6 (100) năm 2009; “*Thực trạng lao động người nước ngoài ở Nhật Bản hiện nay*”, Tạp chí nghiên cứu Đông Bắc Á, số 4 (122) năm 2011; “*Tuyển dụng gián tiếp NLĐNN gốc Nhật tại Nhật Bản*”, Tạp chí nghiên cứu Đông Bắc Á, số 10 (128) năm 2011; “*NLĐNN ở Nhật Bản*”, Tạp chí nghiên cứu Đông Bắc Á, số 1 (119) năm 2011 [39], [40], [41], [42].

TS. Bùi Quang Sơn có sách chuyên khảo: “*Chính sách thu hút lao động chuyên môn cao nước ngoài vào phát triển kinh tế của một số nước và bài học kinh nghiệm cho Việt Nam*”, NXB Lao động, 2015, Hà Nội [114]. Nội dung sách phân tích về cơ sở lý luận và thực tiễn của chính sách thu hút lao động chuyên môn cao

nước ngoài. Chính sách thu hút lao động chuyên môn cao nước ngoài trong trường hợp của Singapore và Trung quốc; những kinh nghiệm cho chính sách thu hút lao động chuyên môn cao ở Việt Nam hiện nay.

Abella, M.I.1995, *Policy and institution for the orderly movement of labour abroad*, in M.Abella, M. and K Lonnorth (eds) *Orderly International Migration of workers and Incentives to stay: Option for emigration Countries* (Geneva: international Labour Office). Abella, MI1995 [158]. Nghiên cứu về chính sách và thể chế cho sự dịch chuyển có trật tự của lao động nước ngoài. Phân tích các vấn đề về di trú lao động quốc tế và biện pháp khuyến khích ở lại. Xác định các lựa chọn cho các nước có lao động di cư.

Ray A.August, Don Mayer, Michel Bixby (2008), *“International Business Law”* 5/E, Prentice Hall. Chương 8 “Dịch vụ và Lao động” (Services and Labor) [183]. Nội dung: Luật lao động quốc tế (Tổ chức lao động quốc tế và Quyền con người của người lao động); Các quy định liên chính phủ về lao động (Luật Lao động của Liên minh Châu Âu (EU); Tiêu chuẩn lao động của Tổ chức Hợp tác và Phát triển Kinh tế (OECD); Bảo vệ quyền của người lao động theo quy định của Hội đồng Châu Âu; Lao động có tổ chức liên quốc gia; Sự di chuyển lao động (quản lý hộ chiếu); Quy định đối với lao động nước ngoài; Áp dụng pháp luật lao động quốc gia bên ngoài lãnh thổ. Các phân tích sâu sắc dưới góc độ pháp lý và các tình huống án lệ cụ thể về vấn đề NLĐNN làm việc ở nước sở tại. Quyền của NLĐNN được bảo vệ bởi một loạt các tổ chức liên chính phủ khu vực. Trong số những tổ chức hoạt động tích cực nhất trong việc thúc đẩy các lợi ích của người lao động là Liên minh châu Âu, Tổ chức Hợp tác và Phát triển Kinh tế và Hội đồng châu Âu. Quy định của Luật việc làm trong Liên minh châu Âu về sự tự do di chuyển của người lao động trong liên minh; quyền của các quốc gia thành viên tìm kiếm và tuyển dụng lao động trong toàn liên minh; Sự tự do di chuyển của người lao động trong 27 nước thành viên là một nguyên tắc cơ bản trong các Công ước tạo thành cơ sở nền tảng tạo ra liên minh Châu Âu. Sự di chuyển của người lao động: các quy tắc chung của Tuyên ngôn Nhân quyền do Liên hiệp quốc ban hành năm 1948, đã được chấp nhận trong luật pháp quốc tế. Quy định về thị thực - sự cho phép chính thức để nhập cảnh vào một quốc gia. Giống như hộ chiếu, việc cấp giấy phép là tùy thuộc vào nước chủ nhà, và cả hai vấn đề: thời gian mà một người nước ngoài có thể ở một quốc gia và các hoạt động của người nước ngoài có thể thực hiện trong thời

gian đó đều có thể bị giới hạn. Quy định đối với người lao động nước ngoài: người nước ngoài vào một quốc gia để làm việc phải có một thị thực nhập cảnh phù hợp và họ phải tuân thủ theo quy định pháp luật việc làm của nước sở tại. Thông thường, pháp luật lao động áp dụng cho công dân sở tại với pháp luật lao động áp dụng với người nước ngoài là một khi họ được phép vào một quốc gia làm việc. Nhiều quốc gia áp đặt các quy định đặc biệt về lao động nước ngoài. Áp dụng pháp luật lao động của nước chủ nhà bên ngoài lãnh thổ: theo truyền thống, các quốc gia từ chối áp dụng đặc quyền miễn trừ ngoại giao trong pháp luật lao động của họ. Nguyên tắc này được dựa trên các khái niệm về chủ quyền, bởi mỗi quốc gia là độc lập, và không là chủ thể đối với pháp luật của các quốc gia khác.

Một số nghiên cứu khu vực: Rodriguez, E, G (1998) *International migration and income distribution in the Philippines, Economic Development and Cultural Change*, 46 [184]. Nội dung phân tích vấn đề di cư quốc tế và tác động đến phân phối thu nhập ở Phillipine. Bao gồm cả các tác động đến phát triển văn hóa và biến đổi kinh tế tại Phillipine. Regional thematic working group on international migration including human trafficking (2008), *Situation report on International migration in East and South-East Asia* Bangkok, Thai lan [186]. Báo cáo nghiên cứu về tình hình di trú quốc tế ở Đông và Đông Nam Á. Đây là công trình của Nhóm công tác chuyên đề khu vực về di cư quốc tế đề cập đến các vấn đề di cư, lao động di trú và cả vấn đề an ninh quốc tế. Di cư quốc tế bao gồm lao động di trú là hiện tượng kinh tế - xã hội có tính quy luật, giữa các quốc gia có những điểm chung nhưng có những nét khác biệt giữa các nước và khu vực. Lý thuyết hiện đại về di cư được thể hiện qua các số liệu nghiên cứu.

1.1.3 Tình hình nghiên cứu về người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam.

NLĐNN làm việc tại Việt Nam dưới nhiều hình thức vì vậy có những nghiên cứu dưới góc độ tổng quan, có nghiên cứu về từng khía cạnh pháp lý khi NLĐNN làm việc theo hình thức HĐLĐ.

Tác giả TS. Lưu Bình Nhưỡng có bài: “Về việc kết nạp chủ doanh nghiệp ngoài quốc doanh, NLĐNN tại Việt Nam vào Công đoàn Việt Nam”, Tạp chí nghiên cứu lập pháp số 109 năm 2007 [98]. Bài viết chỉ ra những hạn chế của pháp luật lao động Việt Nam trong việc chưa cho phép người nước ngoài gia nhập tổ chức công đoàn, hạn chế này vi phạm các quy định về quyền con người và nguyên tắc của

pháp luật lao động Việt Nam. Tác giả cũng đưa ra những định hướng trong việc sửa đổi các quy định của Luật Công đoàn. Bài “*Một số vấn đề pháp lý về người nước ngoài làm việc tại Việt Nam*”, Tạp chí Luật học số 9 năm 2009 [99]: bài viết nhận định chung về người nước ngoài làm việc tại Việt Nam. Những quy định pháp luật về tuyển dụng, quản lý người nước ngoài tại Việt Nam. Các ý kiến đánh giá và giải pháp tháo gỡ những vướng mắc trong thực hiện pháp luật.

TS. Đỗ Văn Đại, Hoàng Thị Minh Tâm – Khoa luật Dân sự, Đại học Luật - Thành phố Hồ Chí Minh: “*Lao động nước ngoài không có giấy phép; giá trị pháp lý của hợp đồng và vấn đề bồi thường thiệt hại do NLD gây ra*”, Tạp chí khoa học pháp lý số 4 năm 2011 [68]. Nội dung: Bình luận về bản án số 04/2007/LĐPT ngày 26/9/2007 của Tòa Phúc thẩm TAND tối cao tại Đà Nẵng. Các tác giả tập trung vào những vấn đề phát sinh từ HĐLĐ đã được thực hiện ở Việt Nam nhưng NLĐNN không có giấy phép. Giá trị pháp lý của hợp đồng khi người nước ngoài không có giấy phép, hệ quả pháp lý của hợp đồng bị tuyên bố vô hiệu (quyền và nghĩa vụ của các bên). Trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong trường hợp chấm dứt HĐLĐ với NLĐNN làm việc không có GPLĐ.

Tác giả Cao Nhất Linh – Khoa Luật Đại học Cần Thơ có nhiều bài viết về các quy định pháp luật đối với lao động nước ngoài tại Việt Nam: “*Lao động nước ngoài ở Việt Nam trong thời kỳ hội nhập*”, Tạp chí Lao động và xã hội số 312/năm 2007; “*Về GPLĐ cho người nước ngoài tại Việt Nam*”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 7 năm 2007; “*Một số điểm mới trong việc tuyển dụng và quản lý lao động nước ngoài*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 6 năm 2008; “*Bảo vệ quyền và lợi ích của NLĐNN tại Việt Nam*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 5 năm 2009 [88], [89] [90], [91]. Các bài viết đề cập đến các vấn đề pháp lý trong việc cấp GPLĐ, tuyển dụng, quản lý lao động nước ngoài. Các quy định pháp luật về đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của NLĐNN tại Việt Nam, những điểm chưa hoàn thiện của pháp luật Việt Nam về vấn đề này.

Việt Nam hội nhập sâu rộng vào nền kinh tế thế giới nên việc mở cửa thị trường lao động theo các cam kết khi gia nhập các tổ chức quốc tế là một tất yếu khách quan. Dòng lao động nước ngoài đến Việt Nam tác động tích cực đến tăng trưởng kinh tế đồng thời cũng tạo ra những hiệu ứng ngoài mong muốn (an ninh trật tự khó quản lý, gia tăng áp lực việc làm, xung đột với lao động Việt Nam v.v...). Bên cạnh sự điều chỉnh bằng pháp luật, nhà nước đã có những chủ trương chính

sách quản lý sử dụng lao động nước ngoài. Tác giả PGS.TS. Phan Huy Đường - Đại học Kinh tế, Đại học quốc gia Hà Nội đã có nhiều nghiên cứu về quản lý lao động nước ngoài tại Việt Nam: PGS.TS. Phan Huy Đường và Tô Hiến Thà, “*Lao động nước ngoài ở Việt Nam: thực trạng và giải pháp*”, Tạp chí Lao động và xã hội số 402 năm 2011 [71]; PGS.TS. Phan Huy Đường, Đỗ Thị Mỹ Dung: “*Giải pháp tăng cường quản lý nhà nước về lao động nước ngoài tại Việt Nam*”, Tạp chí Lao động & Xã hội, số 407 năm 2011 [70]; PGS.TS. Phan Huy Đường, Đỗ Thị Dung, “*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 & Xã hội số 403 năm 2011 [69]. Đặc biệt PGS.TS. Phan Huy Đường và tập thể tác giả tổng hợp các nghiên cứu và biên soạn cuốn sách: “*Quản lý nhà nước về lao động nước ngoài chất lượng cao ở Việt Nam*”, NXB Chính trị quốc gia, Hà Nội, năm 2012 [73]. Nội dung: Đánh giá thực trạng quản lý lao động nước ngoài chất lượng cao tại Việt Nam, so sánh kinh nghiệm quản lý nhà nước về lao động nước ngoài chất lượng cao của một số nước và bài học kinh nghiệm cho Việt Nam. Từ đó, đưa ra các định hướng và giải pháp hoàn thiện quản lý nhà nước đối với lao động nước ngoài chất lượng cao ở Việt Nam

Tác giả TS. Nguyễn Văn Cường, Cục quản lý xuất nhập cảnh - Chủ biên cuốn “*Hoàn thiện pháp luật xuất cảnh, nhập cảnh và cư trú ở Việt Nam*”, NXB Chính trị quốc gia, Hà Nội năm 2008 [65] đề cập đến vấn đề quản lý nhà nước trong lĩnh vực cư trú, xuất nhập cảnh của người nước ngoài tại Việt Nam. Nội dung sách tập trung phân tích một số vấn đề lý luận về pháp luật xuất cảnh, nhập cảnh và cư trú như khái niệm, nội dung, đặc trưng cơ bản của pháp luật xuất cảnh, nhập cảnh và cư trú; giới thiệu khái quát về sự hình thành và phát triển của pháp luật xuất nhập cảnh và cư trú. Đánh giá thực trạng pháp luật hiện hành, trên cơ sở đó đề xuất những phương hướng và giải pháp để hoàn thiện pháp luật xuất cảnh, nhập cảnh và cư trú ở nước ra trong xu thế hội nhập kinh tế quốc tế hiện nay.

Một số nghiên cứu đáng chú ý khác: TS. Hà Việt Dũng – Trường Đại học An ninh nhân dân: “*Tăng cường quản lý nhà nước về an ninh trật tự đối với lao động nước ngoài*”, Tạp chí Quản lý nhà nước số 167 năm 2009 [67]: Đề cập một số vấn đề đáng chú ý về tình hình lao động nước ngoài tại Việt Nam trong những năm qua dưới góc độ quản lý nhà nước. Khẳng định những thuận lợi khi tiếp nhận có chọn lọc nguồn lao động từ nước ngoài. Tập trung giải quyết một vấn đề cụ thể để nâng cao hiệu quả quản lý nhà nước đối với loại hình lao động nước ngoài tại Việt Nam.

Ths. Phan Thị Thanh Huyền – Khoa Luật Đại học Công đoàn: “*Đề xuất giải pháp quản lý và sử dụng lao động nước ngoài tại Việt Nam*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 23 (208) năm 2011 [85]: Một trong những vấn đề nổi cộm trong những năm gần đây là tình hình sử dụng bất hợp pháp lao động nước ngoài trong các doanh nghiệp Việt Nam. Hiện tượng này có xu hướng gia tăng ngoài tầm kiểm soát của các cơ quan quản lý nhà nước. Thực tế này đặt ra câu hỏi lớn về năng lực quản lý, giám sát của các cơ quan chức năng về việc sử dụng lao động nước ngoài trong các tổ chức, doanh nghiệp, đồng thời đặt ra yêu cầu có tính cấp bách về việc tăng cường kiểm tra, kiểm soát lực lượng lao động này. Tác giả cũng đề xuất một số giải pháp: kịp thời sửa đổi, bổ sung các quy định pháp luật, tăng cường công tác tổ chức thực hiện pháp luật, đẩy mạnh công tác thanh tra, kiểm tra và xử lý vi phạm.

Mặc dù chưa có luận án tiến sỹ được thực hiện nhưng đến nay đã có nhiều luận văn thạc sỹ có nội dung về lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam:

- Luận văn thạc sỹ luật học của Phạm Vũ Thắng: “*Điều chỉnh quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài trong pháp luật Việt Nam*”, Hà Nội, năm 2008 [130]. Tác giả đã nghiên cứu, phân tích làm rõ một số nội dung lý luận cơ bản, tiêu chí xác định yếu tố nước ngoài và khái niệm quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài. Hệ thống và phân tích pháp luật thực định của Việt Nam trực tiếp điều chỉnh quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài, tìm hiểu đánh giá về cơ bản thực trạng thi hành pháp luật lao động Việt Nam về lao động có yếu tố nước ngoài. Đưa ra các giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật Việt Nam về lao động có yếu tố nước ngoài.

- Luận văn Thạc sỹ luật học của Trần Thu Hiền: “*Pháp luật về sử dụng lao động nước ngoài tại Việt Nam*”, Hà Nội, năm 2011 [76]. Tác giả khái quát chung về lao động nước ngoài và thực trạng lao động nước ngoài tại Việt Nam. Phân tích, đánh giá các quy định pháp luật về sử dụng lao động nước ngoài tại Việt Nam và thực tiễn áp dụng. Nêu những điểm hạn chế, bất cập trong các quy định pháp luật về sử dụng lao động nước ngoài tại Việt Nam và đề xuất các giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật về sử dụng lao động nước ngoài tại Việt Nam.

- Luận văn Thạc sỹ luật học của Đào Thị Lệ Thu: “*Pháp luật về lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam – Thực trạng và giải pháp hoàn thiện*”, Hà Nội, năm 2012 [128]. Tác giả làm rõ một số vấn đề lý luận về lao động nước ngoài và điều chỉnh của pháp luật về lao động nước ngoài: pháp luật về tuyển dụng lao động nước ngoài, pháp luật về quyền, nghĩa vụ của người lao động nước ngoài làm việc

tại Việt Nam, pháp luật về quản lý người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam. Phân tích đánh giá thực trạng quy định pháp luật và thực tiễn thực hiện pháp luật lao động Việt Nam về lao động nước ngoài. Đề xuất các giải pháp cụ thể nhằm hoàn thiện pháp luật lao động về lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam.

1.2. Những vấn đề cần tiếp tục nghiên cứu về hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài.

1.2.1 Những kết quả nghiên cứu luận án được kế thừa

Khảo sát các công trình nghiên cứu, tác giả luận án thấy rằng, chưa có công trình khoa học nào nghiên cứu trực tiếp về HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam. Cũng chưa có nghiên cứu nào mang tính hệ thống và chuyên sâu pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam. Tuy nhiên 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 HĐLĐ và pháp luật về HĐLĐ: HĐLĐ là vấn đề pháp lý được các chuyên gia kinh tế, pháp lý đặc biệt quan tâm và ưu tiên vì đây thực sự là hình thức pháp lý, phổ biến và chủ yếu để tuyển dụng lao động trong nền kinh tế thị trường và hội nhập quốc tế. 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: khái niệm, đặc trưng của HĐLĐ, điều kiện chủ thể của hợp đồng, giao kết, thực hiện, chấm dứt HĐLĐ, HĐLĐ vô hiệu. Có thể nói các nghiên cứu về HĐLĐ là toàn diện và đầy đủ cả về lý luận và thực tiễn.

- Kết quả nghiên cứu về NLĐNN và pháp luật điều chỉnh: Các nghiên cứu dưới góc độ pháp luật quốc tế làm rõ nhiều vấn đề pháp lý cơ bản về lao động nước ngoài (lao động di trú): Đánh giá những tác động của làn sóng di chuyển lao động quốc tế tác động đến quốc gia tiếp nhận; Phân tích nội dung, quy định pháp luật lao động quốc tế, pháp luật các nước trong khu vực và pháp luật của các quốc gia về lao động di trú; Những so sánh, liên hệ với Việt Nam về quy định pháp luật, chính sách, chế độ đối với lao động nước ngoài.

- Kết quả nghiên cứu về NLĐNN làm việc tại Việt Nam: nhiều nghiên cứu tiếp cận hoặc dưới góc độ kinh tế hoặc dưới góc độ pháp lý đối với lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam. Các nghiên cứu của các chuyên gia kinh tế, xã hội, pháp lý trong thời gian gần đây, sau khi Việt Nam trở thành thành viên của khối ASEAN, đề cập đến vấn đề cơ hội và thách thức trong lĩnh vực lao động khi hội nhập kinh tế quốc tế. Các nghiên cứu cũng đề cập đến tác động tiêu cực nếu chúng ta chưa chuẩn bị đầy đủ để hội nhập. Ngoài ra còn có những nghiên cứu làm sáng tỏ một số vấn đề lý luận và thực tiễn áp dụng các quy định pháp luật về sử dụng lao động nước ngoài tại Việt Nam. Các sách chuyên khảo đã giải quyết được dưới các góc độ khác nhau các vấn đề pháp luật, kinh tế, xã hội, an ninh trật tự khi NLĐNN vào Việt Nam làm việc.

1.2.2 Những vấn đề cần được giải quyết trong luận án

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.

Một là: Quan hệ lao động nói riêng và mỗi quan hệ xã hội nói chung luôn có sự gắn bó mật thiết với quan hệ xã hội khác, vì vậy các lĩnh vực pháp luật điều chỉnh các quan hệ xã hội cũng luôn có mối quan hệ pháp lý với nhau. Như vậy, rất khó có thể phân tách rõ ràng và việc điều chỉnh, thực hiện sẽ càng vướng mắc. Các chủ thể khi giao kết HĐLĐ phải tuân thủ các quy định của pháp luật lao động về HĐLĐ. Nhưng khi có xuất hiện yếu tố đặc biệt về chủ thể - NLĐ là người nước ngoài thì quan hệ HĐLĐ đã có sự đan xen giữa các lĩnh vực pháp lý. Pháp luật Việt Nam không phân chia thành công pháp và tư pháp mà phân định thành những ngành luật hoặc lĩnh vực pháp luật, chính vì vậy các quan hệ dân sự (theo nghĩa rộng) có yếu tố nước ngoài thường được điều chỉnh bằng các quy định của pháp luật thực định (nguyên tắc áp dụng pháp luật với những quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài được hướng dẫn trong phần thứ 5 Bộ luật Dân sự năm 2015 [37]). Ngoài ra pháp luật Việt Nam công nhận nguyên tắc áp dụng trực tiếp các quy định của điều ước quốc tế mà Việt Nam ra nhập và ký kết, chính vì vậy việc tìm hiểu về những quy định pháp luật quốc tế liên quan là sự cần thiết khi nghiên cứu bất kỳ một vấn đề

pháp lý nào. Luận án sẽ theo hướng tiếp cận này khi nghiên cứu đề tài “HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam”

Hai là: Những vấn đề lý luận về HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam. Kế thừa những nghiên cứu trước về pháp luật lao động về HĐLĐ, luận án tiếp tục làm rõ khái niệm và đặc trưng của HĐLĐ đối với NLĐNN trên cơ sở phân tích tính chất đặc thù của chủ thể NLĐNN. Làm rõ khái niệm NLĐNN trong quan hệ HĐLĐ - đối tượng điều chỉnh của pháp luật lao động. Các vấn đề lý luận thực tiễn về sự cần thiết phải có pháp luật điều chỉnh HĐLĐ đối với NLĐNN, yêu cầu trong việc thiết kế các quy định pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN.

Ba là: Các vấn đề di chuyển lao động quốc tế mới chỉ được xem xét như là vấn đề của pháp luật quốc tế, nhưng thực ra đây lại là một nội dung của pháp luật lao động (không kể còn liên quan đến những ngành luật khác như hành chính, an sinh xã hội v.v....). Pháp luật lao động Việt Nam không chỉ có sự thay đổi từ cơ chế kế hoạch hóa tập trung chuyên sang cơ chế thị trường mà còn phải sẵn sàng và đáp ứng cho một sự thay đổi lớn nữa là chuyển sang xu thế hội nhập quốc tế. Chính vì vậy mà luận án sẽ phân tích những ảnh hưởng, tác động của yếu tố di chuyển lao động quốc tế đến quan hệ HĐLĐ. Liên Hợp quốc và ILO đã ban hành nhiều công ước quốc tế quan trọng để bảo vệ quyền của NLĐ di trú và thành viên trong gia đình họ [125 và 60]. Việt Nam đang trong lộ trình gia nhập công ước ICRMW về Lao động di trú và NLĐNN làm việc theo HĐLĐ là lao động di trú hợp pháp, vì vậy việc nghiên cứu về HĐLĐ đối với NLĐNN sẽ đóng góp cho những nghiên cứu chung về pháp luật lao động quốc tế.

Bốn là: Nghiên cứu thực tiễn pháp luật và thực hiện pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN. Các nghiên cứu từ trước tới nay về HĐLĐ chưa đề cập trực tiếp đến việc giao kết, thực hiện, chấm dứt HĐLĐ đối với NLĐNN và đánh giá việc thực hiện pháp luật lao động về vấn đề này. Trên cơ sở kế thừa những nghiên cứu về HĐLĐ, luận án muốn nghiên cứu đối tượng NLĐNN làm việc theo HĐLĐ (không đề cập đến các hình thức làm việc khác tại Việt Nam) và tập trung giải quyết những vấn đề pháp lý cơ bản khi giao kết, thực hiện, chấm dứt HĐLĐ với NLĐNN (Ví dụ: năng lực chủ thể khi giao kết hợp đồng, điều kiện khi tuyển dụng, giao kết hợp đồng v.v..). Làm rõ cả những vấn đề chưa được pháp luật điều chỉnh hoặc đã điều chỉnh nhưng chưa đầy đủ như: Nội dung HĐLĐ đối với NLĐNN, HĐLĐ đối với NLĐNN vô hiệu.

Năm là: Sự hình thành và phát triển các quy định pháp luật về NLĐNN 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 cận để làm rõ quá trình hình thành, phát triển các quy định của pháp luật lao động về HĐLĐ đối với NLĐNN tại Việt Nam. Đặc biệt là về những quy định pháp luật hiện hành mà do hạn chế về thời gian nên các nghiên cứu trước đây chưa thể đề cập tới hoặc chưa đầy đủ. Khi đánh giá thực tiễn áp dụng thì quy định pháp luật về vấn đề này đã bộc lộ nhiều điểm bất cập và đây cũng chính là những đóng góp của luận án đối với việc hoàn thiện pháp luật.

Sáu là: vấn đề quản lý nhà nước đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam theo HĐLĐ. Các nghiên cứu trước đây chỉ đề cập chung đến quản lý người nước ngoài làm việc tại Việt Nam theo nhiều hình thức, không tách biệt đối tượng người nước ngoài làm việc theo HĐLĐ. Luận án làm rõ những quy định về nghĩa vụ pháp lý của NLĐNN, NSĐNLĐNN trong mối quan hệ với cơ quan nhà nước. Trình bày đặc điểm và những thay đổi về thực trạng NLĐNN làm việc tại Việt Nam theo HĐLĐ, những điểm mới trong quản lý nhà nước đối với NLĐNN làm việc theo HĐLĐ. Bên cạnh những số liệu thống kê và đánh giá, điểm mới của luận án là nêu và phân tích một số tình huống tranh chấp cụ thể về HĐLĐ đối với NLĐNN để rút ra bài học kinh nghiệm cho công tác quản lý và xây dựng pháp luật.

Bảy là: Xác định những phương hướng và giải pháp hoàn thiện pháp luật lao động về HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam. Các công trình, bài viết trước đây chưa có định hướng và giải pháp hoàn thiện pháp luật HĐLĐ đối với NLĐNN. Luận án tham khảo, học hỏi việc thực hiện pháp luật, 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 để có được định hướng hoàn thiện pháp luật lao động Việt Nam. Luận án 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.

1.3. Cơ sở lý thuyết nghiên cứu

1.3.1 Cơ sở lý thuyết

Nghiên cứu về HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam, luận án sử dụng các cơ sở lý thuyết cơ bản đó là:

Học thuyết của chủ nghĩa Mác - Lê Nin và tư tưởng Hồ Chí Minh về nhà nước và pháp luật, hệ thống tri thức, các quan điểm về pháp luật và việc thực hiện pháp luật.

Các chủ trương, đường lối, quan điểm của Đảng Cộng sản Việt Nam, Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam cụ thể trong: 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; Kết luận số 92-KL/TW ngày 12/3/2014 của Bộ Chính trị về tiếp tục thực hiện Nghị quyết số 49-NQ/TW; 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&XH 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.

Những lý thuyết mà luận án tiếp cận nghiên cứu cụ thể là:

+ Lý thuyết về quyền con người: Người lao động khi di trú vẫn có quyền được làm việc công bằng, an toàn, quyền hưởng lương với tính chất là những quyền cơ bản của con người. Mỗi nhà nước của mỗi quốc gia phải có trách nhiệm bảo đảm và thực hiện.

+ Lý thuyết về hợp đồng trong cơ chế thị trường: Mỗi bên trong quan hệ hợp đồng đều có quyền tự do ý chí, tự do thỏa thuận trong khung khổ pháp luật. Nhà

nước tạo điều kiện thuận lợi cho các chủ thể và bảo vệ quyền và lợi ích của các chủ thể khi bị xâm phạm

+ Lý thuyết về nhà nước pháp quyền: Nhà nước quản lý xã hội bằng pháp luật. Nhà nước bảo đảm trật tự chung, môi trường pháp lý chung cho các bên tham gia quan hệ HĐLĐ. Sự giám sát của cơ quan công quyền là cần thiết để có môi trường lao động an toàn và không xâm phạm đến các lợi ích xã hội khác.

1.3.2 Câu hỏi nghiên cứu và giả thuyết nghiên cứu

Luận án tập trung vào các câu hỏi nghiên cứu với các giả thuyết nghiên cứu như sau:

Câu hỏi nghiên cứu thứ nhất:

+ NLĐNN là đối tượng nào? Khái niệm về NLĐNN theo quy định của pháp luật lao động Việt Nam? NLĐNN làm việc theo HĐLĐ tại Việt Nam cần phải có những điều kiện gì? HĐLĐ đối với NLĐNN có những đặc trưng gì?

+ Giả thuyết nghiên cứu: việc xác định đối tượng NLĐNN chưa được chính xác và thống nhất trong các quy định pháp luật Việt Nam. Các điều kiện pháp lý để NLĐNN vào làm việc tại Việt Nam theo HĐLĐ chưa rõ ràng, đầy đủ. Các đặc trưng của HĐLĐ đối với NLĐNN cũng chưa được nghiên cứu và đề cập đến trong các tài liệu và các đề tài nghiên cứu từ trước đến nay.

Câu hỏi nghiên cứu thứ hai:

+ Tại sao lại phải xây dựng các quy định pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN?. Những yêu cầu trong việc xây dựng các quy định pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN là gì?

+ Giả thuyết nghiên cứu: Điều kiện kinh tế xã hội, môi trường lao động, đặc điểm quan hệ lao động, đặc trưng của chủ thể NLĐNN, đặc trưng của HĐLĐ đối với NLĐNN đòi hỏi phải xây dựng quy định pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN. Xây dựng pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN phải đáp ứng các yêu cầu khách quan, chủ quan mà các nghiên cứu trước đây chưa đưa ra được một cách toàn diện.

Câu hỏi nghiên cứu thứ ba:

+ Pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN tại Việt Nam được xác định hình thành từ thời điểm nào? Trong thời gian qua có những thay đổi ra sao? nguyên nhân của những thay đổi? Yếu tố nào tác động?

+ Giả thuyết nghiên cứu: hiện tại khi nghiên cứu về pháp luật điều chỉnh HĐLĐ đối với NLĐNN, các tác giả thường tiếp cận dưới góc độ quản lý hành chính

nhà nước với người nước ngoài vào Việt Nam làm việc mà không xem xét tìm hiểu sự hình thành, phát triển của pháp luật về một loại HĐLĐ có chủ thể đặc trưng riêng. Chính vì vậy mà câu hỏi thứ ba chưa được giải quyết ở những nghiên cứu trước đây.

Câu hỏi nghiên cứu thứ tư:

+ Thực trạng NLĐNN làm việc theo HĐLĐ tại Việt Nam hiện nay ra sao? Nội dung những quy định pháp luật hiện hành của Việt Nam điều chỉnh việc giao kết, thực hiện, chấm dứt HĐLĐ đối với NLĐNN đầy đủ, hoàn thiện hay chưa? Thực tiễn việc áp dụng pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN có vướng mắc, bất cập gì?

+ Giả thiết nghiên cứu: Hiện nay chỉ có các đánh giá về thực trạng người nước ngoài làm việc tại Việt Nam nói chung và chưa có đánh giá về thực trạng NLĐNN làm việc theo HĐLĐ. Các vấn đề về giao kết, thực hiện, chấm dứt HĐLĐ đối với NLĐNN cũng chưa được nghiên cứu một cách trực tiếp, đầy đủ, tổng thể mà mới chỉ được đề cập có tính liên quan trong những vấn đề pháp lý khác. Chính vì vậy cũng chưa có sự đánh giá thực tiễn pháp luật điều chỉnh vấn đề này.

Câu hỏi nghiên cứu thứ năm:

+ Với thực tiễn pháp luật lao động điều chỉnh HĐLĐ đối với NLĐNN thì đòi hỏi phải có những định hướng và giải pháp hoàn thiện như thế nào?

+ Giả thiết nghiên cứu: Hiện nay pháp luật lao động điều chỉnh về HĐLĐ đối với NLĐNN đã bộc lộ nhiều hạn chế, nhiều điểm chưa tương thích với pháp luật quốc tế trong tiến trình hội nhập, ảnh hưởng đến quyền và lợi ích của các bên khi tham gia quan hệ HĐLĐ. Các quy định pháp luật về trình tự, thủ tục hành chính còn bất cập làm giảm hiệu quả quản lý của nhà nước đối với NLĐNN cũng như cản trở việc thu hút nguồn nhân lực chất lượng cao vào làm việc tại Việt Nam.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 1

Các công trình nghiên cứu mà tác giả đã tìm hiểu mặc dù có sự tiếp cận khác nhau nhưng đều xác định di chuyển lao động quốc tế là xu hướng của thị trường lao động và các quốc gia phải có sự điều chỉnh pháp luật, đặc biệt là pháp luật lao động phù hợp với xu thế này. Các hình thức NLĐNN vào Việt Nam làm việc ngày càng đa dạng, phức tạp và không chỉ được điều chỉnh bởi pháp luật quốc gia mà còn được điều chỉnh bởi pháp luật quốc tế. HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam có liên quan đến nhiều lĩnh vực pháp luật.

1. Các công trình nghiên cứu về HĐLĐ đã đạt được những kết quả đáng kể từ khi chúng ta chuyển sang nền kinh tế thị trường. HĐLĐ là vấn đề pháp lý được các chuyên gia kinh tế, pháp lý đặc biệt quan tâm và ưu tiên vì đây thực sự là hình thức pháp lý, phổ biến và chủ yếu để tuyển dụng lao động trong nền kinh tế thị trường. HĐLĐ là căn cứ, nền tảng để xây dựng quan hệ lao động, là yếu tố trung tâm liên quan đến mọi vấn đề pháp luật lao động khác. 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. Tuy nhiên vì mục đích nghiên cứu nên các nghiên cứu về HĐLĐ chưa đề cập chuyên sâu và toàn diện đến yếu tố nước ngoài của chủ thể NLĐ.

2. Các công trình nghiên cứu cũng đã đề cập đến một số vấn đề lý luận và thực tiễn về di cư quốc tế, lao động di trú và người nước ngoài làm việc ở nước sở tại. NLĐ di trú được xác định là chủ thể của pháp luật lao động quốc tế và những vấn đề đã được nghiên cứu như quyền con người của NLĐ di trú và thành viên của gia đình họ; NLĐ di trú có giấy tờ và NLĐ di trú không có giấy tờ v.v.... Những nội dung nghiên cứu về NLĐNN trên cơ sở pháp luật quốc gia và pháp luật quốc tế như: bảo vệ quyền và lợi ích của NLĐNN, nghĩa vụ của NLĐNN làm việc tại nước sở tại, quản lý nhà nước đối với NLĐNN làm việc v.v.. tuy nhiên cũng chưa có công trình nghiên cứu trực tiếp đến vấn đề HĐLĐ đối với NLĐNN.

3. Một số công trình phân tích, đánh giá các quy định pháp luật về NLĐNN làm việc tại Việt Nam, quản lý nhà nước đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam, xử lý vi phạm và đề xuất ý kiến hoàn thiện pháp luật có liên quan đến HĐLĐ đối với NLĐNN song lại không nhằm mục đích làm rõ các vấn đề lý luận, thực tiễn về HĐLĐ đối với NLĐNN. Do thời điểm nghiên cứu nên các công trình này cũng chưa cập nhập kịp thời sự thay đổi của các văn bản pháp luật.

4. Nhiệm vụ của luận án là tiếp tục nghiên cứu có tính kế thừa các vấn đề lý luận và thực tiễn của pháp luật lao động về HĐLĐ đối với NLĐNN. Những kết quả nghiên cứu của các công trình đã có chính là nguồn tài liệu tham khảo hữu ích và cần thiết trong quá trình hoàn thiện luận án.

5. Luận án nghiên cứu HĐLĐ đối với NLĐNN trên cơ sở học thuyết Mác - Lê Nin và tư tưởng Hồ Chí Minh, quan điểm của Đảng và Nhà nước cùng các tri thức, lý thuyết cụ thể về nhà nước và pháp luật. Các câu hỏi nghiên cứu và giả thuyết nghiên cứu đặt ra tập trung nhằm giải quyết vấn đề cần nghiên cứu sẽ là những định hướng cho nội dung các chương tiếp theo của luận án.

CHƯƠNG 2: NHỮNG VẤN ĐỀ LÝ LUẬN CỦA PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG LAO ĐỘNG ĐỐI VỚI NGƯỜI LAO ĐỘNG NƯỚC NGOÀI.

2.1. Hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài.

2.1.1 Khái niệm người lao động nước ngoài.

Để tiếp cận những vấn đề lý luận về hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài thì trước hết chúng ta phải làm rõ khái niệm “*người lao động nước ngoài*” (NLĐNN). Một trong các dấu hiệu quan trọng để xác định chủ thể NLĐNN là yếu tố “*nước ngoài*”. Việc xác định một người có phải là người nước ngoài hay không rất quan trọng vì liên quan đến quyền và nghĩa vụ pháp lý của người đó, đặc biệt là trong lĩnh vực lao động. Trong thời kỳ hội nhập kinh tế quốc tế, NSDLĐ có quyền tự do tuyển dụng lao động, còn NLĐ có quyền tự do tìm kiếm việc làm, môi trường làm việc, do vậy, NLĐ thường di chuyển đến những nơi có nhu cầu tuyển dụng lao động để tìm kiếm cơ hội việc làm. Sự mở cửa của nền kinh tế thế giới đã hình thành nên thị trường lao động quốc tế, đó là sự dịch chuyển lao động giữa các quốc gia. Mỗi quốc gia có thể đưa lao động nước mình ra nước ngoài làm việc đồng thời chấp nhận lao động nước ngoài vào làm việc tại nước mình như một thực tại khách quan. Những lao động nước ngoài đến làm việc tại một quốc gia được gọi là “*lao động di trú*” (migrant worker) (còn thể được gọi là “*lao động di cư*”).

Năm 1939, ILO thông qua Công ước đầu tiên về quyền của NLĐ di trú, năm 1949 ILO sửa đổi Công ước này bằng Công ước số 97 về NLĐ di trú (có hiệu lực từ 22/1/1952) [153, trang 49] và đến năm 1975 thông qua Công ước số 143 về Di trú trong những điều kiện bị lạm dụng và về xúc tiến bình đẳng cơ may và đối xử với NLĐ di trú (có hiệu lực từ 9/12/1978) [153 trang 216]. Bên cạnh đó, Liên hiệp quốc thảo luận về vấn đề quyền của NLĐ di trú từ đầu thập kỷ 1970 và đến ngày 18/12/1990 thì thông qua Công ước quốc tế về quyền của NLĐ di trú và các thành viên trong gia đình họ theo Nghị quyết A/RES/45/158 (International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Worker and Members of their families – sau đây gọi là ICRMW) [87 trang 158]. Hiện tại, ICRMW của Liên hiệp quốc và Công ước 97, Công ước 143 của ILO là ba công ước quốc tế quan trọng nhất về quyền của NLĐ di trú.

Theo quan niệm của ILO: “*Lao động di trú là khái niệm chỉ một người di trú*”

từ một nước này sang một nước khác để làm việc vì lợi ích của chính mình và bao gồm bất kỳ người nào đã được thường xuyên thừa nhận là lao động di trú” (Điều 11 Công ước 97 và Điều 11 Công ước 143) [153]. Dấu hiệu nhận biết lao động di trú ở đây dựa trên những khác biệt về lãnh thổ, biên giới quốc gia, là việc di chuyển của NLD từ quốc gia này sang quốc gia khác. Sự di chuyển này của NLD từ nước mà người đó mang quốc tịch sang nước khác mà người đó không mang quốc tịch. Khái niệm lao động di trú của ILO chỉ sử dụng cho NLD “*đã được thường xuyên thừa nhận là lao động di trú*” tức là những NLD di cư hợp pháp, được chấp nhận của nước đến. ICRMW có thể được xem là bản tuyên ngôn nhân quyền của NLD di trú trên toàn thế giới, là điều ước quốc tế trực tiếp nhất và toàn diện nhất về quyền của NLD di trú. Công ước xác định khái niệm người di trú rộng và bảo vệ cả quyền của NLD di trú và thành viên của gia đình họ. Chính vì vậy mà con số các quốc gia gia nhập Công ước này ngày càng tăng, tính đến năm 2009 đã có 41 quốc gia thành viên (theo báo cáo của IMO 2/4/2009 Học viện ngoại giao Hà Nội). Khoản 1 Điều 2 ICRMW quy định: “*Thuật ngữ “lao động di trú” để chỉ 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 định nghĩa này, lao động di trú có những đặc điểm sau:

- Người “*đã, đang và sẽ làm một công việc*”. NLD di trú theo công ước của Liên hiệp quốc không chỉ là những người hiện tại đang làm một công việc mà còn bao gồm cả các trường hợp người này đã làm một công việc và sắp làm trong tương lai một công việc tại một quốc gia. Đối tượng được xác định là rất rộng nhằm bảo vệ triệt để quyền lợi của NLD di trú.

- Tính chất công việc thực hiện là “*công việc có hưởng lương*”. Công việc được NLD di trú thực hiện phải là công việc làm công ăn lương để tìm kiếm thu nhập cho bản thân người lao động di trú.

- Địa điểm làm việc là “*tại một quốc gia mà người đó không phải là công dân*”. Nơi làm việc được xác định là phải nằm ngoài lãnh thổ quốc gia mà người đó là công dân. Việc xác định một người là công dân của một quốc gia hay không thường căn cứ vào quốc tịch của người đó.

Điều 2 Công ước cũng giải thích về các hình thức làm việc của NLD di trú [87, trang 163]:

- *Công nhân vùng biên* để chỉ một NLD di trú vẫn thường trú tại một nước láng giềng nơi họ thường trở về hàng ngày hoặc ít nhất mỗi tuần một lần.

- *Nhân công theo mùa* để chỉ một NLD di trú làm những công việc có tính chất mùa vụ và chỉ làm một thời gian nhất định trong năm.

- *Người đi biển* bao gồm cả ngư dân để chỉ một NLD di trú được tuyển dụng làm việc trên một tàu đăng ký tại một quốc gia mà họ không phải là công dân.

- *Công nhân làm việc tại một công trình trên biển* để chỉ một NLD di trú được tuyển dụng làm việc trên một công trình trên biển thuộc quyền tài phán của một quốc gia mà họ không phải là công dân.

- *Nhân công lưu động* để chỉ một NLD di trú sống thường trú ở một nước phải đi đến một hoặc nhiều nước khác nhau trong những khoảng thời gian do tính chất công việc của người đó

- *Nhân công theo dự án* để chỉ một NLD di trú được nhận vào quốc gia nơi có việc làm trong một thời gian nhất định để chuyên làm việc cho một dự án cụ thể đang được NSDLĐ của mình thực hiện tại quốc gia đó.

- *Nhân công lao động chuyên dụng* để chỉ một NLD di trú được NSDLĐ của mình cử đến quốc gia nơi có việc làm trong một khoảng thời gian hạn chế nhất định để đảm nhiệm một công việc hoặc nhiệm vụ cụ thể ở quốc gia nơi có việc làm hoặc tham gia một công việc cần kỹ năng, chuyên môn, thương mại, kỹ thuật hoặc tay nghề cao khác trong một thời gian hạn chế nhất định; hoặc tham gia một công việc có tính chất ngắn hạn hoặc tạm thời trong một thời gian hạn chế nhất định theo yêu cầu của NSDLĐ tại quốc gia có việc làm; và được yêu cầu rời quốc gia có việc làm sau khi hết thời hạn cho phép hay sớm hơn nếu người đó không còn phải đảm nhiệm công việc hoặc nhiệm vụ cụ thể hoặc tham gia vào công việc đó.

- *Nhân công tự chủ* để chỉ một NLD di trú tham gia làm một công việc có hưởng lương nhưng không phải dưới dạng HĐLĐ và người đó kiếm sống từ công việc này thường là bằng cách làm việc độc lập hoặc cùng với các thành viên gia đình của mình, và cũng để chỉ bất kỳ NLD di trú nào khác được coi là nhân công tự chủ theo pháp luật hiện hành của quốc gia nơi có việc làm hoặc theo các hiệp định song phương, đa phương.

Theo ICRMW, lao động di trú bao gồm cả “*lao động di trú có giấy tờ*” (documented migrant worker) và “*lao động di trú không có giấy tờ*” (undocumented migrant worker) và cả gia đình họ. Điều 4 của ICRMW quy định: “*Thành viên gia đình của NLD di trú*” là những người kết hôn với những NLD di trú hoặc có quan hệ tương tự như quan hệ hôn nhân, theo pháp luật hiện hành, cũng như con cái và

những người sống phụ thuộc khác được công nhận là thành viên của gia đình theo pháp luật hiện hành và theo hiện định song phương và đa phương giữa các quốc gia liên quan” [87, Trang 166].

- “*Lao động di trú có giấy tờ*” là lao động di trú hợp pháp. Họ được phép vào, ở lại và tham gia làm một công việc được trả lương tại một quốc gia nơi có việc làm theo pháp luật quốc gia đó và theo những hiệp định quốc tế mà quốc gia đó là thành viên.

- “*Lao động di trú không có giấy tờ*” còn được gọi là lao động di trú không hợp pháp (irregular migrant worker) hoặc lao động di trú bí mật (clandestine migrant worker) là những NLD làm việc ở nước khác mà không có các điều kiện trên (GPLĐ hay giấy phép cư trú).

Singapore là một nước có tốc độ tăng trưởng GDP cao so với tốc độ tăng dân số vì vậy Singapore không đủ nguồn nhân lực để đáp ứng nhu cầu tăng trưởng kinh tế nhanh của đất nước. Ngoài ra các nguyên nhân khác như sự già hóa dân số, tỷ lệ sinh thấp, xu hướng di cư ra nước ngoài v.v... khiến chính phủ Singapore bắt buộc phải khuyến khích người nước ngoài nhập cư vào Singapore và thực hiện các chính sách nhập cư lao động nước ngoài để phục vụ tăng trưởng kinh tế, đặc biệt là lao động chuyên môn cao. Trong những năm gần đây, để đạt được mục tiêu tăng trưởng dài hạn thì Singapore lại thắt chặt chính sách nhập cư, giảm bớt nguồn lao động nước ngoài. Singapore đã áp dụng các đạo luật khác nhau để quản lý và điều tiết lao động nước ngoài vào Singapore trong đó có Luật sử dụng lao động nước ngoài (Employment of Foreign Manpower Act 1990, revised edition 2009) [134]. Theo luật này, các thuật ngữ được giải thích như sau:

- “*Người lao động nước ngoài*” là người nước ngoài, trừ 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. Trong đó “*Người nước ngoài*” có nghĩa là người không phải công dân hoặc người thường trú của Singapore.

- “*Người nước ngoài lao động tự do*” có nghĩa là người nước ngoài không được thuê làm việc theo một hợp đồng dịch vụ, tham gia hoạt động thương mại, nghề nghiệp hoặc chuyên môn hoặc hoạt động khác ở Singapore vì mục đích lợi nhuận.

Như vậy NLĐNN được xác định không phải là công dân Singapore hoặc

người thường trú và họ cũng được phân định theo hai loại là lao động nước ngoài tự do và lao động nước ngoài theo hình thức khác.

Ngày 6/8/2003, Hàn Quốc ban hành đạo luật về sử dụng lao động nước ngoài số 6967 (Act on Foreign Workers Employment etc. - Act No 6967) [178]. Ngày 15/8/2003, Quốc hội Hàn Quốc thông qua Luật cấp phép cho NLĐNN (Foreign Employment Permit Law), có hiệu lực từ 1/8/2004 [199]. Đạo luật số 6967 quy định về việc sử dụng lao động nước ngoài với mục đích đảm bảo quan hệ cung cầu về lao động thông qua việc giới thiệu và quản lý lao động nước ngoài một cách có hệ thống, trật tự. Đối tượng điều chỉnh của Luật này: “*NLĐNN là người không có quốc tịch Hàn Quốc*” làm việc cho các doanh nghiệp hoặc cơ sở sử dụng lao động tại Hàn Quốc (Luật này cũng không áp dụng đối với lao động thuyền viên).

Pháp luật lao động Việt Nam chưa xác định rõ khái niệm “*Người lao động nước ngoài*” (NLĐNN), tuy nhiên trong các văn bản quy phạm pháp luật đã có đề cập đến đối tượng người nước ngoài làm việc tại Việt Nam. 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 (sau đây gọi là Nghị định 58CP): “*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 mục đích của việc thu hút lao động nước ngoài vào làm việc cho Việt Nam là thu hút những người có trình độ chuyên môn cao, nên khái niệm NLĐNN ở đây cũng được hiểu theo phạm vi rộng hơn bao gồm cả người Việt Nam định cư ở nước ngoài. Tại Khoản 2 Điều 1 Nghị định 58CP 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 trực tiếp ghi nhận họ là người nước ngoài, song theo tinh thần của Nghị định thì pháp luật Việt Nam coi người Việt Nam định cư ở nước ngoài 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 sẽ có địa vị pháp lý như nhau, 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 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: “NLĐNN làm việc cho NSDLĐ 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 NLĐNN 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).

Điều 169 BLLĐ 2012 quy định về điều kiện của lao động là công dân nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam. Có nghĩa là NLĐNN muốn vào Việt Nam làm việc (trong đó có hình thức HĐLĐ) thì phải là công dân nước ngoài và phải đáp ứng đầy đủ các điều kiện pháp lý khác. Việc xác định công dân nước ngoài căn cứ theo sự xác nhận về quốc tịch và không bao gồm người không quốc tịch vì quốc tịch là tiêu chí xác định tư cách công dân của người mang quốc tịch. Luật quốc tịch Việt Nam số 24/2008/QH12 do Quốc hội khóa 12 kỳ họp thứ 4 thông qua ngày 13/11/2008 sửa đổi bổ sung năm 2014 (viết tắt là Luật quốc tịch năm 2008) [29] phân biệt rõ giữa công dân nước ngoài và người không quốc tịch: “Người không quốc tịch là người không có quốc tịch Việt Nam và cũng không có quốc tịch nước ngoài” (Khoản 2 Điều 3).

Khoản 3 điều 2 BLLĐ 2012 quy định phạm vi điều chỉnh Bộ luật bao gồm “NLĐNN làm việc tại Việt Nam” nhưng trong BLLĐ không nhắc đến khái niệm NLĐNN 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 2 Nghị định 11/2016/NĐ-CP ngày 3/2/2016 quy định chi tiết thi hành một số điều của BLLĐ về lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam (viết tắt là Nghị định 11/2016/NĐ-CP) [8] xác định các hình thức làm việc của người nước ngoài tại Việt Nam đã giải thích “Người lao động nước ngoài” là từ viết tắt của “Lao động là công dân nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam theo các hình thức”. Như vậy, BLLĐ 2012 và Nghị định số 11/2016/NĐ-CP không có khái niệm chính xác về NLĐNN trong quan hệ HĐLĐ

mà đưa ra khái niệm NLĐNN theo nghĩa rộng bao gồm tất cả các công dân nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam với mọi hình thức trong đó có HĐLĐ.

Một cách giải thích khác đối với khái niệm NLĐNN đó là xác định NLĐNN là NLĐ nhưng có quốc tịch nước ngoài. Tuy nhiên cách giải thích này không làm rõ được tính chất pháp lý khi người nước ngoài đến Việt Nam làm việc theo hình thức HĐLĐ. Hơn nữa, theo quan điểm của luận án, khái niệm “*Người lao động*” theo quy định của BLLĐ 2012 cũng chưa chuẩn xác. Khoản 1 Điều 3 BLLĐ 2012 quy định: “*NLĐ 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*”. Một trong những đặc điểm của NLĐ là điều kiện về độ tuổi (đủ 15 tuổi) nhưng tại Khoản 2 Điều 164 lại có quy định: “*khi sử dụng người từ đủ 13 đến dưới 15 tuổi thì NSDLĐ phải tuân theo quy định sau đây: phải ký HĐLĐ bằng văn bản với người đại diện theo pháp luật và phải được sự đồng ý của người từ đủ 13 tuổi đến dưới 15 tuổi*”. Vậy người từ 13 đến dưới 15 tuổi lại không được gọi là “NLĐ” trong khi họ đã thực sự tham gia quan hệ HĐLĐ (nhưng do người đại diện ký kết) có khả năng lao động, làm việc theo HĐLĐ, được trả lương và chịu sự quản lý điều hành của NSDLĐ. Những quyền và nghĩa vụ đối với NLĐ vẫn được áp dụng với người “từ 13 đến dưới 15 tuổi”. Việc đưa thêm độ tuổi vào khái niệm là không cần thiết và thiếu chính xác. NLĐ “có khả năng lao động” cũng đem lại cách hiểu khác nhau với các mức độ khác nhau về năng lực hành vi khi tham gia HĐLĐ.

Tham khảo khái niệm NLĐ trong một số tài liệu nghiên cứu khác: “*Bắt kỳ một cá nhân nào làm việc vì tiền lương hoặc tiền công và cung cấp định vụ cho một NSDLĐ. Việc làm này được ràng buộc bởi một hợp đồng dạng văn bản hoặc hợp đồng “miệng” hơn là một hợp đồng khoán (thường được coi như một người thầu khoán độc lập)*” (David Macdonald and Caroline Vardenabeele, 1996, Glossary of Industrial Relations and Related Terms) [148 trang 20]. Hoặc “*NLĐ là người được tuyển dụng theo HĐLĐ hoặc thử việc ký với chủ sử dụng lao động, dù là HĐLĐ phổ thông, làm văn phòng hay bất cứ hình thức lao động nào khác, được thể hiện rõ ràng hay hàm ý bằng miệng hay văn bản*” (trích dẫn Điều 2 Luật Công Đoàn Singapore, 2000) [148 trang 20]. Các khái niệm đều không đưa ra các điều kiện về độ tuổi hoặc năng lực chủ thể NLĐ mà chủ yếu miêu tả tính chất quan hệ lao động mà họ tham gia. Như vậy, khái niệm về NLĐ chỉ nên quy định NLĐ là người có khả năng lao động, làm việc theo HĐLĐ, được trả lương bởi NSDLĐ.

Qua tìm hiểu các khái niệm về “*người lao động di trú*”, “*người lao động nước ngoài*”, “*người lao động*” trong các điều ước quốc tế, các quy định pháp luật của các quốc gia khác, luận án thấy rằng pháp luật lao động Việt Nam không nên đồng nhất hai khái niệm “*Người lao động nước ngoài*” và “*Người nước ngoài làm việc tại Việt Nam*” trong các văn bản hiện hành. Về mặt lý luận thì khái niệm người nước ngoài làm việc tại Việt Nam rộng hơn khái niệm NLĐNN và phạm vi điều chỉnh của BLLĐ 2012 chỉ áp dụng đối với NLĐNN làm việc theo HĐLĐ (không bao gồm các hình thức làm việc khác tại Việt Nam). Luận án đề xuất khái niệm NLĐNN theo quy định của pháp luật lao động Việt Nam như sau: “*Người lao động nước ngoài là người có quốc tịch nước ngoài đủ điều kiện theo quy định của pháp luật để làm việc tại Việt Nam theo hình thức hợp đồng lao động*”.

2.1.2 Khái niệm và đặc điểm của hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài.

Để xác định được khái niệm, đặc điểm của HĐLĐ đối với NLĐNN thì phải hiểu rõ bản chất và đặc điểm của HĐLĐ. HĐLĐ là căn cứ pháp lý để hình thành quan hệ lao động giữa NLĐ với NSDLĐ. HĐLĐ là sự thể hiện và thống nhất ý chí, là căn cứ pháp lý phát sinh quyền và nghĩa vụ giữa chủ thể NLĐ và NSDLĐ. Sự tự nguyện khi tham gia giao kết hợp đồng là cơ sở cho việc thực hiện hợp đồng và phát triển quan hệ hợp đồng sau này. Nội dung của hợp đồng chính là kết quả của sự thỏa thuận và dung hòa quyền, nghĩa vụ của các bên nhằm đạt được mục đích giao kết. Yêu cầu của việc giao kết HĐLĐ là phải đáp ứng được các điều kiện cơ bản mà pháp luật quy định, đồng thời thể hiện được cam kết với nội dung thỏa thuận riêng về công việc giữa NLĐ và NSDLĐ. HĐLĐ là “*một thỏa thuận ràng buộc pháp lý giữa một người thuê lao động và một NLĐ làm thuê trong đó xác lập các điều kiện và chế độ làm việc*” (David Macdonald and Caroline Vardenabeele, 1996, Glossary of Industrial Relations and Related Terms) [148, trang 80]. HĐLĐ có giá trị ràng buộc các bên, là căn cứ để bảo vệ quyền lợi của các chủ thể trước pháp luật vì vậy trước các cơ quan tài phán và khi đối chiếu với quy định của pháp luật lao động quốc gia, HĐLĐ còn được coi là “*luật riêng*” của các bên ký kết.

Pháp luật lao động của nhiều nước trên thế giới đã xây dựng chế định riêng về HĐLĐ nhưng vẫn có nhiều quốc gia quan niệm đây là một loại hợp đồng dịch vụ dân sự và chịu sự điều chỉnh của pháp luật dân sự (Ví dụ: Bộ luật Dân sự Đức: Thỏa

thuận về việc thực hiện một hoạt động và việc trả thù lao [172]; Bộ luật Dân sự Pháp: Hợp đồng thuê lao động phục vụ và Hợp đồng thuê mướn gia nhân và công nhân [170]). Hiện nay, chế định về HĐLĐ đã dần dần có tính độc lập tương đối và pháp luật lao động các nước đã có sự phân biệt các yếu tố của HĐLĐ (như chủ thể, nội dung, hình thức v.v...) so với các loại hợp đồng khác. Theo Điều 2 Luật Quan hệ lao động Malaysia 1967: *“HĐLĐ là bất cứ thỏa thuận nào, bằng miệng hoặc bằng văn bản, được diễn giải rõ hoặc có hàm ý, mà theo thỏa thuận đó, một người đồng ý thuê một người khác với tư cách là NLD làm thuê và người khác đồng ý làm người thuê để phục vụ người này với tư cách NSDLĐ”* [148, trang 80]. Khái niệm này xác định HĐLĐ là một thỏa thuận có giá trị pháp lý đối với các bên đồng thời xác định được các bên chủ thể của hợp đồng và nội dung của thỏa thuận hợp đồng. Pháp luật lao động Australia yêu cầu HĐLĐ phải đầy đủ các yếu tố như sau [97]: (1) Ý định minh bạch của các bên để thiết lập một quan hệ lao động (2) Một bên đưa ra lời đề nghị và một bên chấp nhận đề nghị đó (3) Hình thức của sự đền bù, trao đổi giữa hai bên; (4) Năng lực, nhân cách của người lập ước; (5) Tính chân thực của sự đồng thuận; (6) Tính hợp pháp của đối tượng hợp đồng. Những quy định về hợp đồng của Australia do cả luật thành văn và cả hình thức án lệ quy định nên các quan tòa có vai trò quan trọng trong việc xác định các yếu tố nhạy cảm của hợp đồng. Các quốc gia đều đã xác định tiêu chí về HĐLĐ, những tiêu chí đó được pháp điển hóa thành luật hoặc thông qua án lệ. Nếu được luật hóa, các quy phạm về HĐLĐ được quy định bằng luật đơn hành hoặc bằng một chương trong bộ luật lao động. Tùy thuộc vào từng quốc gia mà thỏa thuận hợp đồng có sự khác nhau về các yếu tố như tiền lương, chế độ bình đẳng, điều kiện làm việc, quyền và nghĩa vụ khác. Trong đó yếu tố trả thù lao và sự lệ thuộc được thừa nhận phổ biến nhất. Các đặc điểm của hợp đồng cũng có thể nhận thấy trong pháp luật lao động của các nước ASEAN về khái niệm HĐLĐ [46]: *“Hợp đồng việc làm là một văn bản thỏa thuận giữa một công nhân/NLD với một doanh nhân hoặc một NSDLĐ trong đó quy định cụ thể về công việc, yêu cầu đối với công việc, quyền và nghĩa vụ của các bên”* (Điều 1 điểm 14 Luật về nhân lực của Indonesia); *“HĐLĐ là sự thỏa thuận giữa NSDLĐ và NLD bằng văn bản hoặc bằng miệng”* (Điều 280 Bộ luật lao động của Philippines); *“Một hợp đồng việc làm thiết lập quan hệ làm việc giữa NLD và NSDLĐ. Đây là chủ thể của luật lệ thông thường và có thể được thực hiện dưới hình thức mà các bên tham gia hợp đồng thỏa thuận”* (Điều 65 Luật Lao động của Campuchia); *“Hợp đồng*

dịch vụ là thỏa thuận nào dù là thỏa thuận miệng hay thỏa thuận bằng văn bản, được diễn đạt hay được ngầm hiểu bởi một người đồng ý thuê một người khác như NLD làm thuê và người đó đồng ý phục vụ NSDLĐ như một NLD” (Điều 2 Luật Việc làm của Singapore) v.v....So sánh với khái niệm về HĐLĐ của pháp luật lao động các nước thì khái niệm HĐLĐ theo quy định của pháp luật Việt Nam có nhiều điểm tương đồng: “HĐLĐ là sự thỏa thuận giữa NLD và NSDLĐ về việc làm có trả lương, điều kiện làm việc, quyền và nghĩa vụ của mỗi bên trong quan hệ lao động” (Điều 15 BLLĐ 2012).

Sự so sánh giúp chúng ta thấy rõ hơn sự khác nhau trong cách diễn đạt khái niệm về HĐLĐ nhưng đồng thời cũng thấy được sự thống nhất khi xác định các yếu tố cơ bản của HĐLĐ: chủ thể hợp đồng, mục đích giao kết, nội dung thỏa thuận, tính phụ thuộc của người lao động, tính trực tiếp trong thực hiện công việc của NLD. Những tên gọi khác nhau như khế ước làm công, giao kèo lao động, thỏa thuận lao động, hợp đồng làm công v.v...vẫn đều thể hiện bản chất của quan hệ HĐLĐ. Tuy vậy, cần lưu ý là cơ chế thị trường lao động khá phức tạp nên có những tình huống không rõ được ai thực sự là NSDLĐ, có trường hợp che giấu quan hệ HĐLĐ hoặc pháp luật không đủ để điều chỉnh các hình thức việc làm xuất hiện trong thị trường lao động. HĐLĐ với NLĐNN là loại HĐLĐ đặc biệt với sự khác biệt cơ bản là yếu tố “nước ngoài” của một bên chủ thể là NLĐNN. Yếu tố nước ngoài phản ánh những khía cạnh phức tạp về dân tộc, quan điểm chính trị, văn hóa, đạo đức, tín ngưỡng, tôn giáo, phong tục, tập quán sinh hoạt v.v.... Đặc điểm này của chủ thể NLĐNN trong HĐLĐ cũng làm phát sinh những yếu tố pháp lý đặc thù khi giao kết, thực hiện, chấm dứt HĐLĐ. HĐLĐ đối với NLĐNN là sự thỏa thuận giữa NLĐNN và NSDNLĐNN về việc làm có trả lương, điều kiện làm việc, quyền và nghĩa vụ của mỗi bên trong quan hệ lao động theo quy định của pháp luật lao động. Chính vì vậy mà ngoài đặc điểm chung của HĐLĐ thì HĐLĐ đối với NLĐNN còn có những đặc trưng sau:

Đặc trưng về yếu tố nước ngoài của chủ thể hợp đồng lao động. Trong quan hệ HĐLĐ thông thường thì có hai bên chủ thể: “NLD” và “NSDLĐ”. Còn trong quan hệ HĐLĐ đối với NLĐNN thì đó là “NLĐNN” và “NSDNLĐNN”. Các chủ thể này phải đáp ứng các điều kiện về năng lực chủ thể (năng lực pháp luật và năng lực hành vi) thì mới có thể tham gia vào quan hệ HĐLĐ. Người nước ngoài tham gia vào quan hệ hợp đồng lao động tại nước sở tại được xác định là không

phải công dân nước sở tại. Đa số các quốc gia (bao gồm cả Việt Nam) quy định NLĐNN làm việc theo hình thức HĐLĐ phải là công dân nước ngoài (có quốc tịch nước ngoài không bao gồm người không quốc tịch), đáp ứng những điều kiện pháp luật quy định để được phép làm việc tại nước đó. Người nước sở tại đã định cư ở nước ngoài về nước tham gia quan hệ lao động theo HĐLĐ thì họ sẽ được xem xét xác định pháp luật điều chỉnh. Nếu không còn quốc tịch nước sở tại thì họ được áp dụng pháp luật về NLĐNN.

Vì NLĐNN vào làm việc theo HĐLĐ không phải là công dân nước sở tại nên trước hết họ phải đáp ứng đầy đủ các điều kiện khi nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh và cư trú của nước đó (điều kiện chung đối với người nước ngoài khi vào một quốc gia). Ngoài ra một điều kiện đặc thù đối với NLĐNN khi đến một quốc gia làm việc đó là phải có GPLĐ. GPLĐ là sự cho phép người nước ngoài thực hiện công việc có trả công theo HĐLĐ tại quốc gia đó và phân biệt với người nước ngoài nhập cảnh với mục đích khác. Luật sử dụng lao động nước ngoài (Employment of Foreign Manpower Act 1990, revised edition 2009) [134] của Singapore quy định “GPLĐ” là giấy chứng nhận thuộc một trong các loại giấy chứng nhận theo quy định được kiểm soát viên cấp theo thủ tục quy định. NLĐNN tự do cũng không được tham gia vào hoạt động thương mại, nghề nghiệp chuyên môn hoặc hoạt động khác vì mục đích lợi nhuận ở Singapore trừ khi được cấp GPLĐ có hiệu lực cho phép làm việc tại Singapore. GPLĐ có nhiều loại căn cứ mức lương, trình độ, nghề nghiệp. Nghiêm cấm việc sử dụng NLĐNN không có GPLĐ. Không ai được sử dụng NLĐNN trừ khi NLĐNN có GPLĐ có hiệu lực. Không NLĐNN nào làm việc cho NSDLĐ mà không có GPLĐ còn hiệu lực. Không ai được sử dụng NLĐNN không đúng với các điều kiện trong GPLĐ của NLĐNN. Trong quá trình truy tố hành vi phạm tội (khi sử dụng NLĐNN không có giấy phép), việc không biết NLĐ là người nước ngoài không là sự biện minh cho bị cáo trừ khi bị cáo chứng minh rằng đã có sự thận trọng cần thiết (đã kiểm tra hộ chiếu, giấy tờ nhận dạng hoặc các giấy tờ đi lại khác của người lao động) để xác định quốc tịch của người lao động. Luật cũng quy định các chế tài hành chính và hình sự với hình thức là phạt tiền đối với các hành vi vi phạm này.

Theo quy định của pháp luật Việt Nam, điều kiện nhập cảnh đối với người nước ngoài chính là điều kiện được cấp thị thực theo quy định tại Luật Nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú năm 2014 [28] và không thuộc các trường hợp chưa cho

nhập cảnh theo quy định của pháp luật. Thị thực của NLĐNN vào làm việc theo HĐLĐ là thị thực có ký hiệu “LD” (Khoản 16 Điều 8). Thị thực có giá trị một lần hoặc nhiều lần và không được chuyển đổi mục đích, thị thực được cấp riêng cho từng người lao động, được cấp vào hộ chiếu hoặc cấp rời. Người nước ngoài có nhiều hộ chiếu chỉ được sử dụng một hộ chiếu để nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú tại Việt Nam (Khoản 4 Điều 4). Khoản 1 Điều BLLĐ 2012 xác định các điều kiện đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam theo hình thức HĐLĐ là: (1) Có năng lực hành vi dân sự đầy đủ; (2) Có trình độ chuyên môn, tay nghề và sức khỏe phù hợp với yêu cầu công việc; (3) 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 và (4) phải có GPLĐ do cơ quan lao động có thẩm quyền cấp. GPLĐ đối với người nước ngoài tại Việt Nam là cơ sở pháp lý quan trọng đảm bảo điều kiện pháp lý để NLĐ có quốc tịch nước ngoài được làm việc hợp pháp tại Việt Nam. Khi làm thủ tục liên quan đến xuất cảnh, nhập cảnh thì NLĐNN phải xuất trình GPLĐ.

NSDNLĐNN là người vì mục đích theo đơn xin cấp GPLĐ và bất cứ người nào dự định sử dụng NLĐNN. NSDNLĐNN có thể là doanh nghiệp, nhà thầu, cơ quan, tổ chức, hợp tác xã, hộ gia đình và cá nhân v.v.... NSDNLĐNN phải có đầy đủ tư cách pháp lý và đủ điều kiện cần thiết đảm bảo cho việc sử dụng lao động nước ngoài như khả năng trả lương, bảo đảm điều kiện lao động, an toàn lao động, vệ sinh lao động v.v... Trong quan hệ HĐLĐ đối với NLĐNN, ngoài quyền và nghĩa vụ chung thì NSDNLĐNN có thêm các quyền và trách nhiệm theo quy định của pháp luật. Chủ thể được tuyển dụng lao động nước ngoài theo HĐLĐ là chủ thể có giới hạn. Bộ luật lao động của Philippines ban hành theo sắc lệnh của Tổng thống số 442 năm 1974. Bộ luật gồm có 9 phần và 302 điều, từ điều 40 đến điều 42 quy định về lao động nước ngoài [136]. Bộ luật không cho phép thay đổi chủ thể NLĐNN và NSDNLĐNN trong GPLĐ: bất kỳ người nước ngoài nào đến Philippines để làm việc và bất kỳ NSDNLĐNN Philippines hoặc nước ngoài muốn tuyển dụng người nước ngoài làm việc tại Philippines đều phải xin giấy phép từ Bộ lao động. Đối với doanh nghiệp đã đăng ký vào các khu vực ưu tiên đầu tư, GPLĐ nói trên có thể được cấp theo đề xuất của cơ quan chính phủ chịu trách nhiệm giám sát các doanh nghiệp đó. Sau khi được cấp GPLĐ, người nước ngoài không được chuyển giao giấy phép đó sang làm việc khác hoặc thay đổi chủ sử dụng lao động mà không có sự chấp thuận của Bộ trưởng Bộ lao động.

Đặc trưng về tính quản lý hành chính. HĐLĐ đối với NLĐNN được thiết lập trên cơ sở sự thỏa thuận của các bên và phải đảm bảo không trái với GPLĐ. Ngoài ra việc tuyển dụng, sử dụng lao động nước ngoài còn có sự giám sát, quản lý của cơ quan nhà nước. Cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền quản lý NLĐNN trong lĩnh vực lao động, ngoài ra, thời gian làm việc là thời gian NSDNLĐNN quản lý họ. Chính vì tính quản lý hành chính nên sự điều hành, giám sát của NSDNLĐNN trong quan hệ HĐLĐ với NLĐNN có khác so với quan hệ HĐLĐ thông thường. NSDNLĐNN có trách nhiệm kiểm tra những điều kiện tiên quyết để xác lập quan hệ lao động, cơ quan nhà nước cũng trao một số quyền quản lý trong suốt quá trình sử dụng lao động. Nhà nước trao trách nhiệm cụ thể cho NSDLĐ để hạn chế tình trạng tiếp nhận lao động bất hợp pháp hoặc lao động trình độ thấp. Luật về sử dụng lao động nước ngoài số 6967 của Hàn Quốc (Act on Foreign Workers Employment etc. - Act No 6967) năm 2003 [178]: Cơ quan quản lý NLĐNN là Ủy ban quản lý chính sách lao động nước ngoài được thành lập nhằm xem xét, quyết định các vấn đề liên quan đến hoạt động của hệ thống sử dụng lao động nước ngoài. Ủy ban này chịu sự giám sát của Thủ tướng Chính phủ. Hàng năm Bộ trưởng Bộ Lao động dự thảo kế hoạch tuyển dụng lao động nước ngoài và công bố vào ngày 01 tháng 10. NSDLĐ chỉ được tuyển dụng lao động nước ngoài sau thời hạn trên một tháng kể từ khi đăng ký nhu cầu tuyển dụng lao động tại Trung tâm giới thiệu việc làm và được Trung tâm thông báo không tuyển được đủ lao động là người Hàn Quốc. Luật nhân lực năm 2003 của Cộng hòa Indonesia (Chương 7 từ điều 42 đến điều 49 quy định về lao động nước ngoài) [152]: Bất kỳ NSDLĐ nào có nhu cầu sử dụng lao động nước ngoài đều có nghĩa vụ phải xin phép và phải được sự đồng ý bằng văn bản của Bộ trưởng. NSDLĐ có nhu cầu sử dụng người lao động/công nhân nước ngoài phải có kế hoạch sử dụng công nhân/NLĐNN và được Bộ trưởng hoặc quan chức do Bộ trưởng chỉ định phê duyệt. Luật sử dụng lao động nước ngoài (Employment of Foreign Manpower Act 1990, revised edition 2009) [134] của Singapore còn quy định về các công chức chính phủ có thẩm quyền quản lý NLĐNN là Kiểm soát viên về GPLĐ (ngoài ra còn có phó kiểm soát viên, trợ lý kiểm soát viên) và Thanh tra lao động do Bộ trưởng bổ nhiệm. Pháp luật lao động Việt Nam quy định NSDNLĐNN có trách nhiệm xác định nhu cầu sử dụng NLĐNN đối với từng vị trí công việc mà NLĐ Việt Nam chưa đáp ứng được, báo cáo giải trình với chủ tịch UBND cấp tỉnh nơi NLĐNN dự kiến làm việc

và phải được sự chấp thuận bằng văn bản (Khoản 1 Điều 4 Nghị định số 11/2016/NĐ-CP) [8]. Đối với nhà thầu, khi tuyển dụng NLĐNN thì nhà thầu phải kê khai số lượng, trình độ, năng lực chuyên môn, kinh nghiệm của NLĐNN cần huy động và đề nghị tuyển NLĐ Việt Nam (có kèm xác nhận của chủ đầu tư) với chủ tịch UBND cấp tỉnh nơi nhà thầu thực hiện gói thầu. Sau khi thông báo nhu cầu tuyển dụng mà cơ quan, tổ chức địa phương không giới thiệu, cung ứng được NLĐ Việt Nam thì nhà thầu được tuyển dụng NLĐNN và chủ đầu tư có trách nhiệm giám sát (Điều 4 Nghị định số 11/2016/NĐ-CP) [8]. Trong quá trình giao kết, thực hiện hợp đồng NSĐNLĐNN phải thực hiện nghĩa vụ có tính chất hành chính là thay mặt nhà nước quản lý và báo cáo về lao động người nước ngoài làm việc tại đơn vị (Ví dụ: làm các thủ tục đề nghị cấp, cấp lại GPLĐ, xác nhận không thuộc diện cấp GPLĐ; gửi văn bản thông báo về việc ký kết HĐLĐ kèm theo bản sao HĐLĐ đã ký kết tới cơ quan quản lý lao động; quản lý hồ sơ và thường xuyên cập nhật, bổ sung các giấy tờ liên quan đến NLĐNN). Khi GPLĐ hết hiệu lực, NSĐNLĐNN thu hồi GPLĐ của NLĐNN để nộp lại Sở LĐTB&XH đã cấp GPLĐ đó. Pháp luật có chế tài hành chính áp dụng đối với NSĐNLĐNN không thực hiện đúng trách nhiệm, nghĩa vụ của mình (Điều 22) [13],[14].

Các nước đều có chế độ kiểm soát GPLĐ chặt chẽ và những yêu cầu nghiêm ngặt về trình độ, bằng cấp, kinh nghiệm, chứng nhận sức khỏe. Cùng với GPLĐ là sự giám sát chặt chẽ của các cơ quan, chuyên viên chính phủ và chủ yếu áp dụng hình thức trực xuất nếu không có GPLĐ.

Đặc trưng về sự giới hạn trong công việc thực hiện. Đối tượng HĐLĐ là công việc và sự trả công. Khi giao kết HĐLĐ với NLĐNN, các bên chỉ được thỏa thuận về các công việc trong giới hạn quy định của pháp luật và chỉ được phép tuyển dụng lao động nước ngoài vào những vị trí mà NLĐ nước sở tại chưa đáp ứng được. Ngoài ra còn có các điều khoản bắt buộc về việc chuyển giao công nghệ. Sự giới hạn này thể hiện chính sách bảo hộ lao động và bảo đảm an ninh việc làm và an ninh xã hội. Có quốc gia quy định và phân biệt đối tượng lao động nước ngoài phổ thông và lao động nước ngoài chất lượng cao và phân định công việc và chế độ riêng đối với lao động phổ thông. Hầu hết các quốc gia đều có sự hạn chế đối với các lĩnh vực ngành nghề. Luật nhân lực năm 2003 của Cộng hòa Indonesia (điều 42 đến 49) [152]: Nhân công nước ngoài chỉ được phép làm việc tại Indonesia trong phạm vi quan hệ việc làm đã được xác định đối với một số công việc nhất định với thời hạn

nhất định. Bộ trưởng sẽ qui định cụ thể danh mục việc làm có thể thuê công nhân/NLĐNN và thời hạn làm việc của công nhân/NLĐNN tại Indonesia. Công nhân/NLĐNN nếu hết thời hạn làm việc ở Indonesia mà không được gia hạn thì có thể được thay thế bằng người lao động/công nhân nước ngoài khác. NSDLĐ thuê lao động/công nhân nước ngoài có nghĩa vụ tuân thủ các quy định của pháp luật về lao động nước ngoài và các chuẩn về năng lực nghề. Tiêu chuẩn năng lực nghề là trình độ bắt buộc công nhân nước ngoài phải có như kiến thức chuyên môn, kỹ năng tay nghề và nghiệp vụ cần thiết trong một lĩnh vực cụ thể và phải hiểu văn hóa Indonesia. NSDLĐ thuê lao động/nhân công nước ngoài có nghĩa vụ *“bổ nhiệm/chỉ định người làm cùng (cấp phó) là người Indonesia để lao động/công nhân nước ngoài sẽ chuyển giao công nghệ và chuyên môn cho NLD Indonesia làm cùng”*. Công nhân Indonesia làm cùng với công nhân nước ngoài không tự động thay thế hoặc chiếm giữ vị trí công tác của công nhân nước ngoài. Việc kèm làm cùng chỉ nhằm mục đích chuyển giao công nghệ và chuyên môn/kỹ năng để nhân công Indonesia có đủ khả năng đảm trách vị trí công việc đó trong tương lai khi thích hợp. Việc giáo dục và đào tạo lao động Indonesia cho tới khi lao động/công nhân Indonesia làm cùng đó có trình độ chuyên môn và kỹ năng tay nghề cần thiết để có thể thay thế vị trí lao động/công nhân nước ngoài. Quy định không áp dụng đối với lao động nước ngoài giữ vị trí Giám đốc hoặc ủy viên hội đồng. Lao động/công nhân nước ngoài không được giữ vị trí quản lý nhân sự hoặc một số vị trí làm việc nhất định theo qui định của pháp luật. Bộ trưởng sẽ qui định cụ thể về những vị trí, công việc mà lao động nước ngoài không được làm. Bộ luật lao động Philippines ban hành theo sắc lệnh của Tổng thống số 442 năm 1974 (từ điều 40 đến điều 42) [136] thì không hạn chế ngành nghề nhưng có sự bảo hộ lao động trong nước khi chỉ cho phép tuyển dụng lao động NLĐNN vào những công việc mà lao động sở tại không làm được hoặc không muốn làm. GPLĐ có thể được cấp cho người nước ngoài không định cư hoặc NSDNLĐNN sau khi đã xác định rằng tại thời điểm đó ở Philippines không có người có đủ năng lực, khả năng và nguyện vọng để thực hiện công việc mà người nước ngoài muốn làm. Theo pháp luật Việt Nam, NLĐNN chỉ được ký HĐLĐ để làm 04 vị trí công việc là: 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 (Khoản 1 Điều 170 BLLĐ 2012). Ngoài ra, vì lý do bảo vệ lợi ích cơ bản của nhà nước nên trong các luật chuyên ngành quy định rõ việc NLĐNN

không được phép giữ chức vụ, làm việc trong những ngành, nghề đặc thù (Ví dụ: Giám đốc NXB (Điều 17 Luật xuất bản 2012), Công chứng viên (Điều 8 Luật Công chứng 2014).v.v...). Đối với nhà thầu thì cũng chỉ được sử dụng lao động nước ngoài có chuyên môn phù hợp với yêu cầu của gói thầu (nghiêm cấm sử dụng NLĐNN thực hiện các công việc mà NLĐ Việt Nam có khả năng thực hiện) (Điều 5 Nghị định số 11/2016/NĐ-CP) [8].

Đặc trưng về sự hạn chế trong thỏa thuận hợp đồng. Sự hạn chế trong thỏa thuận HĐLĐ với NLĐNN bao gồm cả về nội dung, hình thức và sự lựa chọn loại HĐLĐ. Hình thức của hợp đồng là cách thức chứa đựng các điều khoản mà các bên thỏa thuận. Các bên trong quan hệ HĐLĐ với NLĐNN bắt buộc phải giao kết hợp đồng bằng hình thức văn bản do tính chất của quan hệ hợp đồng với NLĐNN là phức tạp và đáp ứng yêu cầu quản lý nhà nước. Nội dung thỏa thuận của HĐLĐ cũng không được trái với những quy định trong GPLĐ đã được cấp cho người lao động. Thời hạn của hợp đồng phụ thuộc vào thời hạn GPLĐ và không quá thời hạn GPLĐ, việc gia hạn GPLĐ cũng hạn chế. Luật về sử dụng lao động nước ngoài số 6967 của Hàn Quốc (Act on Foreign Workers Employment etc. - Act No 6967) năm 2003 [178]: NSDLĐ Hàn quốc phải ký HĐLĐ đối với lao động nước ngoài và giới hạn thời gian làm việc không quá 01 năm. NLĐNN chỉ được phép làm việc tại Hàn Quốc tối đa là 03 năm kể từ ngày nhập cảnh và chỉ được tuyển dụng lại sau khi đã rời nước này hơn 01 năm. Luật quy định mức lương tối thiểu của NLĐNN làm việc tại Hàn Quốc (bằng 760.000 Won tương đương 760 USD), áp dụng cho 226 giờ làm. Theo Luật Tiêu chuẩn lao động của Đài Loan năm 1984 (Taiwan Labor standards Act) [190]: NSDLĐ được ký HĐLĐ với lao động nước ngoài mỗi lần là 02 năm, khi hết hạn, nếu muốn thuê tiếp, NSDLĐ được xin gia hạn thêm 01 năm nữa. Những lao động làm việc tốt, không vi phạm pháp luật trong 03 năm đó có thể được ký hợp đồng làm việc ở Đài Loan thêm 03 năm nữa, nhưng phải làm thủ tục xuất cảnh về nước sau đó mới được tái nhập cảnh làm việc. Về thời gian làm việc, quy định riêng đối với lao động trong nhà máy, công trường và lao động giúp việc gia đình và chăm sóc người già, bệnh tật. Lao động trong nhà máy, công trường, xí nghiệp đều áp dụng chế độ làm việc mỗi ngày 8 giờ và hưởng các quyền, lợi ích theo quy định của pháp luật. Trong lĩnh vực giúp việc và khán hộ công trong bệnh viện và các khu điều dưỡng, do tính chất đặc thù của công việc là phải phục vụ nên không áp dụng chế độ ngày làm 8 giờ. Thời gian làm việc, nghỉ ngơi, làm thêm giờ

đều căn cứ theo HĐLĐ. Luật cũng quy định khá chi tiết các quyền lợi cụ thể (Ví dụ: lương cơ bản cho lao động nước ngoài, tiền làm thêm giờ, bảo hiểm lao động đối với lao động nước ngoài v.v..).

Những hạn chế trong thỏa thuận về nội dung, hình thức và lựa chọn loại HĐLĐ cũng thể hiện rất rõ trong các quy định của pháp luật hiện hành của Việt Nam (xem Chương 3 của luận án). Ví dụ: HĐLĐ với NLĐNN chỉ có thể lựa chọn hai loại là “*HĐLĐ xác định thời hạn*” và “*HĐLĐ mùa vụ hoặc hợp đồng ngắn hạn dưới 12 tháng*”. Do thời hạn giấy phép nên các bên không thể lựa chọn ký loại HĐLĐ không xác định thời hạn.

Đặc trưng về pháp luật điều chỉnh HĐLĐ đối với NLĐNN. NLĐNN khi ký HĐLĐ sẽ vừa phải chịu sự điều chỉnh của nước mà mình là công dân và vừa phải chịu sự điều chỉnh của pháp luật nơi thực hiện hợp đồng và các điều ước liên quan. NLĐNN được hưởng các quyền và thực hiện nghĩa vụ của lao động nước ngoài trong pháp luật lao động và được đảm bảo các quyền đó ở nước sở tại. Ngoài ra họ còn được hưởng các quyền và thực hiện các nghĩa vụ khác theo quy chế người nước ngoài trong các văn bản pháp luật liên quan (vì chưa có đạo luật riêng cho người nước ngoài). Các quy chế chung mà NLĐNN được hưởng là “*Quy chế đối xử quốc gia*” (không phân biệt đối xử giữa lao động nước ngoài với lao động nước sở tại); “*Quy chế tối huệ quốc*” (không phân biệt đối xử giữa những NLĐNN cùng làm ăn sinh sống ở nước sở tại) và “*Quy chế có đi có lại*”, tùy theo tình hình cụ thể trong mối quan hệ giữa nước sở tại và các quốc gia hữu quan. Luật về sử dụng lao động nước ngoài năm 2003 của Hàn Quốc (Act on Foreign Workers Employment etc. - Act No 6967) [178]: NLĐNN đã được hưởng các quy định về bảo hiểm xã hội bình đẳng như lao động trong nước là chế độ hưu trí quốc gia (trừ các trường hợp những người mà quốc gia của họ không áp dụng công dân Hàn Quốc bắt buộc tham gia chế độ bảo hiểm hưu trí của nước đó; Người nước ngoài không đăng ký theo đạo luật nhập cư hoặc những người bị buộc trục xuất hoặc những người ở nước này nhưng chưa được phép gia hạn; Người nước ngoài đã đăng ký theo đạo luật nhập cư nhưng hoạt động trong các lĩnh vực văn hóa, nghệ thuật, học tập, đào tạo công nghiệp, đào tạo nói chung, tôn giáo, thăm viếng và sống chung với người khác). Những người không thuộc diện áp dụng bắt buộc của chế độ hưu trí quốc gia sẽ theo thỏa thuận bảo hiểm xã hội giữa các nước. Người nước ngoài tham gia chế độ hưu trí quốc gia được đối xử công bằng với công dân nước này về mức hưởng bảo

hiểm, chuyển trợ cấp ra nước ngoài v.v... Người nước ngoài rời khỏi Hàn Quốc sau khi tham gia chế độ hưu trí quốc gia không được nhận khoản hoàn trả một lần trừ trường hợp quốc gia mà NLĐNN mang quốc tịch có ký với Hàn Quốc hiệp định về bảo hiểm xã hội hoặc những quốc gia cho phép công dân Hàn Quốc được hưởng chế độ trợ cấp tương ứng như chế độ hoàn trả một lần. BLLĐ 2012 cũng quy định: *“Lao động là công dân nước ngoài làm việc tại Việt Nam phải tuân theo pháp luật Việt Nam, Điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên và được pháp luật Việt Nam bảo vệ”* (Khoản 3 Điều 169).

Tóm lại, HĐLĐ đối với NLĐNN vừa là quan hệ thỏa thuận vừa là quan hệ có tính chất quản lý hành chính và có những giới hạn trong thỏa thuận. NLĐNN về cơ bản có sự bình đẳng về địa vị pháp lý với NLĐ nước sở tại, tuy nhiên, để được tuyển dụng, giao kết HĐLĐ thì NLĐNN còn phải đáp ứng các điều kiện chặt chẽ về nhập cảnh, quá cảnh, xuất cảnh, cư trú và điều kiện làm việc tại nước sở tại.

2.2. Pháp luật về hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài

2.2.1 Sự cần thiết phải điều chỉnh bằng pháp luật hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài.

2.2.1.1 Tính tất yếu của người lao động nước ngoài làm việc theo hình thức hợp đồng lao động

Sự xuất hiện của lao động nước ngoài tại thị trường lao động của các quốc gia trên thế giới có từ rất lâu, kể cả các nước có nguồn lao động dồi dào hay nền khoa học kỹ thuật tiên tiến. Không một quốc gia nào còn xa lạ với khái niệm lao động nước ngoài. Việc NLĐNN đến làm việc theo hình thức HĐLĐ là do nhiều nguyên nhân khách quan và chủ quan.

****Nguyên nhân khách quan.***

Sự dịch chuyển lao động quốc tế tuân theo các quy luật nhất định: lao động nước nghèo sang lao động nước giàu hơn, lao động ở nước có nguồn nhân lực trẻ dồi dào sang các nước lao động có xu hướng già đi, lao động ở nơi cung lớn chuyển sang nơi cầu nhiều.v.v...Có hai nhóm lao động tham gia vào quá trình chuyển dịch lao động là lao động chuyên môn cao và lao động phổ thông. Phần lớn lao động chuyên môn cao di chuyển từ các nước phát triển sang các nước đang phát triển và ngược lại, lao động phổ thông từ các nước kém phát triển lại đến các nước phát

triển để tìm kiếm việc làm. Mục đích của việc di chuyển của mỗi cá nhân NLD là nhằm sử dụng sức lao động tìm kiếm việc làm, tăng thu nhập, tạo dựng cuộc sống đầy đủ hơn cho bản thân và gia đình và cả xã hội. Việc dịch chuyển lao động xã hội góp phần rõ rệt làm tăng thu nhập của NLD, giải quyết việc làm, cải thiện đời sống cho nhiều người dân, tăng nguồn ngoại tệ và nhiều lợi ích kinh tế khác cho quốc gia tiếp nhận. Những nước đang phát triển có số lượng lao động lớn nhưng trình độ phát triển thấp lại đang muốn công nghiệp hóa đất nước - là những nơi thu hút lực lượng lao động có tay nghề ở những nước phát triển. Với sự phát triển của khoa học công nghệ, một số ngành nghề đòi hỏi NLD phải có sức khỏe và trình độ chuyên môn kỹ thuật cao, nắm bắt được khoa học kỹ thuật vì vậy để đáp ứng được giai đoạn phát triển hiện nay thì phải bù đắp được sự thiếu hụt đó. Các quốc gia đều chú ý đến giải pháp là cho phép NLDNN trình độ chuyên môn kỹ thuật cao vào làm việc để phục vụ sản xuất, kinh doanh trong khi chờ NLD trong nước được đào tạo và có đủ trình độ theo yêu cầu.

Như vậy quá trình toàn cầu hóa nền kinh tế đang diễn ra sâu rộng và hầu hết các nước đều thừa nhận xu hướng dịch chuyển lao động trên phạm vi toàn thế giới và không nước nào đứng ngoài quy luật của sự dịch chuyển này. Các nước trên thế giới đều chấp nhận việc đưa lao động trong nước đi làm việc ở nước ngoài (xuất khẩu lao động) cũng như việc thuê lao động nước ngoài vào làm việc tại nước mình (nhập khẩu lao động). Khoa học ngày nay mặc dù rất phát triển nhưng không đồng đều giữa tất cả các quốc gia, có quốc gia mạnh về lĩnh vực công nghệ này nhưng lại cần hỗ trợ về lĩnh vực công nghệ khác và ngược lại. Vì vậy, để phát triển và hòa nhập vào xu thế của thế giới và thị trường lao động quốc tế đòi hỏi NLD giữa các quốc gia phải có sự trao đổi học hỏi. Một nguyên nhân khách quan nữa là hiện nay trên thế giới tốc độ toàn cầu hóa và tự do hóa thương mại diễn ra nhanh chóng, nhiều quốc gia và công ty nắm trong tay lượng vốn dự trữ khổng lồ có nhu cầu đầu tư ra nước ngoài. Đây là điều kiện thuận lợi với những nước thiếu vốn có nhu cầu đầu tư lớn. Đầu tư nước ngoài quan trọng đối với cả nước phát triển và với cả nước đang phát triển và cũng khiến cho lực lượng lao động nước ngoài ở các nước này tăng cao. Những doanh nghiệp, công ty có vốn đầu tư nước ngoài cũng kèm theo các nhà quản lý, chuyên gia tư vấn, kỹ sư có trình độ cao là người nước ngoài.

Như vậy, di chuyển lao động quốc tế diễn ra ngày càng nhiều hình thức với nhiều chiều hướng, quy mô cũng ngày càng lớn. Không những thế, vấn đề này còn

gắn liền với hiện tượng di dân quốc tế. Tính chất của di chuyển lao động quốc tế rất phức tạp (hợp pháp, bất hợp pháp, thương mại, phi thương mại, cá nhân hoặc cùng với gia đình; có tổ chức hoặc tự do v.v...) mà NLĐNN làm việc theo HĐLĐ là một hình thức di chuyển lao động hợp pháp. Sự điều tiết và tham gia của các tổ chức quốc tế lớn (Liên hiệp quốc, ILO, các khối liên minh khu vực, các tổ chức phi chính phủ xuyên quốc gia v.v...) về vấn đề di chuyển lao động quốc tế ngày càng rõ ràng và mạnh mẽ hơn. Sự can thiệp của các tổ chức quốc tế và sự liên kết giữa các quốc gia đang góp phần hình thành các quy chế toàn cầu về vấn đề này và có tác động mang tính tích cực đến từng quốc gia.

****Nguyên nhân chủ quan.***

Ở mọi quốc gia, việc sử dụng lao động nước ngoài với số lượng và trình độ như thế nào là do nguyên nhân chủ quan của mỗi quốc gia đó và tất cả các quốc gia chỉ khuyến khích và chấp nhận NLĐNN hợp pháp. Nguyên nhân chủ quan này phát sinh từ tình hình kinh tế, chính trị, xã hội và những đặc điểm của thị trường lao động trong từng thời kỳ phát triển. Ngoài ra, một nguyên nhân chủ quan khác cũng ảnh hưởng đến việc sử dụng lao động nước ngoài đến từ khu vực hoặc các quốc gia cụ thể là chính sách đối ngoại giữa các quốc gia với nhau. Lấy ví dụ từ việc sử dụng lao động nước ngoài của quốc gia Singapore có thể thấy rõ những nguyên nhân chủ quan này. Các chính sách về lao động nước ngoài của Singapore chia làm 4 giai đoạn với những nội dung thay đổi khái quát như sau [114, từ trang 84 đến trang 90]:

- Từ năm 1965 đến cuối những năm 1970: Singapore tách khỏi Malaysia và trở thành một quốc gia độc lập. Chính phủ Singapore đã có chính sách thu hút lao động chuyên môn cao thông qua ban hành GPLĐ, thu hút lao động vào các ngành xây dựng. Quy định GPLĐ đối với người Malaysia ít chặt chẽ hơn so với NLĐNN đến từ các quốc gia khác.

- Từ năm 1980 đến 1986: Chính phủ Singapore có Luật việc làm đối với công nhân nước ngoài và đặt ra hệ thống chỉ tiêu lao động toàn diện quy định tỷ lệ lao động nước ngoài chỉ được chiếm 50% số lao động của một doanh nghiệp.

- Từ năm 1987 đến 2008: Singapore đạt được tăng trưởng kinh tế nhanh và có số lượng NLĐNN tăng nhanh chóng. Nhà nước Singapore nới lỏng quy định về định mức chỉ tiêu và đưa ra các hạn ngạch NLĐNN khác nhau phụ thuộc vào tỷ lệ lao động trong nước sẵn có.

- Từ năm 2009 đến nay: Singapore lại thực hiện chính sách quản lý chặt chẽ

hơn với NLDNN để đối phó với khủng hoảng kinh tế toàn cầu, đặc biệt là có lựa chọn về chất lượng. Quy định các loại Thẻ lao động cá nhân đối với NLDNN trình độ cao (Personalized employment pass - PET). Chính phủ áp dụng nhiều đạo luật khác nhau để quản lý và điều tiết lao động nước ngoài và thành lập nhiều cơ quan chức năng quản lý lao động nước ngoài.

Ở Việt Nam, trong mọi thời kỳ, vấn đề lao động, việc làm luôn được xác định là trọng yếu. Trước đây, Việt Nam là một nước có nguồn cung lao động (xuất khẩu lao động) và chủ yếu là theo hình thức hợp tác lao động được ký kết giữa chính phủ Việt Nam và chính phủ nước tiếp nhận (nhập khẩu lao động). Nhưng đến nay, Việt Nam cũng được biết tới là quốc gia có nhu cầu tiếp nhận lao động. Vấn đề người Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài (hình thức hợp pháp) đã được luật hóa để giải quyết việc làm, giải quyết tình trạng thất nghiệp trong nước, song cùng với “xuất khẩu lao động” thì vấn đề thuê lao động nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam cũng rất cần thiết và là một yêu cầu cơ bản của thị trường lao động. Về chính sách ngoại giao, Việt Nam là bạn với tất cả các nước không phân biệt đảng phái chính trị, chế độ xã hội, hợp tác trên cơ sở hai bên cùng có lợi, không can thiệp công việc nội bộ của nhau, tôn trọng độc lập chủ quyền và toàn vẹn lãnh thổ. Đây là đường lối phát triển chiến lược hết sức đúng đắn của Đảng và nhà nước, mở đường cho nước ta hòa nhập với khu vực và thế giới, xây dựng đất nước giàu mạnh. Để thực hiện thành công đường lối chủ trương, nhiệm vụ của Đảng đã đề ra, đòi hỏi chúng ta phải xây dựng được một nền sản xuất vững mạnh và lực lượng sản xuất tiên bộ. Sự nghiệp phát triển kinh tế đặt ra nhiệm vụ là phải sản xuất ra nhiều của cải vật chất, song không chỉ là những sản phẩm của lao động giản đơn mà còn phải là các sản phẩm có chất lượng cao của nền sản xuất hiện đại với trình độ chuyên môn hóa cao. Để có được những sản phẩm đó đòi hỏi NLD phải có trình độ cao, kỹ năng lành nghề, nắm bắt, tiếp cận được khoa học kỹ thuật hiện đại áp dụng vào việc sản xuất cũng như quản lý sản xuất.

Thực tiễn ở nước ta lực lượng lao động và nguồn lao động dồi dào đây là một ưu điểm của nền sản xuất khi lực lượng lao động luôn sẵn sàng đáp ứng đòi hỏi về nhân lực. Song, mặc dù nguồn lao động, nguồn nhân lực của Việt Nam rất lớn nhưng trình độ chuyên môn, kinh nghiệm làm việc của người Việt Nam còn thấp kém, đặc biệt trong việc áp dụng khoa học kỹ thuật vào sản xuất. Chúng ta chưa có đội ngũ công nhân lành nghề, trình độ kỹ thuật cao, được đào tạo bồi dưỡng có hệ

thống, nên chưa có đủ khả năng đáp ứng những đòi hỏi của quá trình chuyển đổi sang nền kinh tế thị trường (đặc biệt một số ngành nghề đòi hỏi lao động vừa có sức khỏe vừa có trình độ chuyên môn kỹ thuật cao như: chế tạo, lắp ráp ô tô, đồ điện tử, khai thác, khí hóa dầu, công nghệ thông tin liên lạc, bưu chính viễn thông v.v...). Tồn tại những hạn chế trên là do xuất phát từ đặc điểm thực tế của Việt Nam vốn phát triển từ một nước nông nghiệp lạc hậu, sản xuất nhỏ, đất nước trải qua chiến tranh, đội ngũ lao động đã qua đào tạo chiếm tỷ lệ thấp trong tổng số lao động.

Việt Nam bước vào công cuộc đổi mới từ năm 1986, tham gia quá trình hội nhập kinh tế quốc tế từ mốc điểm quan trọng là sự gia nhập WTO năm 2006, tham gia 16 Hiệp định thương mại tự do FTA, đặc biệt tham gia Hiệp định đối tác chiến lược xuyên Thái Bình Dương (TPP), FTA với liên minh Châu Âu. 15/12/2008 Hiến chương ASEAN (mà Việt Nam là thành viên) đã chính thức có hiệu lực sau khi được tất cả các nước thành viên phê chuẩn. ASEAN đã thông qua nhiều văn kiện thúc đẩy hợp tác trong lĩnh vực lao động và xã hội. 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 người hành nghề có kỹ năng hoặc kinh nghiệm phù hợp để được chứng nhận và làm việc ở nước ngoài. 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). Đây là những bước quan trọng để Việt Nam hội nhập thực sự nền kinh tế khu vực và thế giới. Lao động nhập cư là một thực tế mà chúng ta phải chấp nhận khi mở cửa hội nhập. Chúng ta cũng đối mặt với các thách thức mới, đổi mới các quy định của pháp luật về tuyển chọn, quản lý lao động nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam, phải thực hiện các cam kết mở của thị trường lao động, đáp ứng các tiêu chuẩn lao động quốc tế.

Như vậy, để có được đội ngũ NLD trong nước có trình độ chuyên môn kỹ thuật cao, đáp ứng được yêu cầu sản xuất thì không những cần có kiến thức về mặt lý thuyết mà những người này cần phải có kinh nghiệm, có thời gian công tác thực tiễn nhất định thì mới trở thành NLD có chuyên môn cao. Đó là một trong những lý do giải thích tại sao vấn đề tuyển dụng NLDNN làm việc cho doanh nghiệp, tổ chức, cá nhân Việt Nam lại được đặt ra. Điều này không mâu thuẫn với tình hình dư thừa lao động trong nước, dù tình trạng thất nghiệp đang là một vấn đề nan giải.

Việc tuyển dụng NLĐNN vào làm việc tại Việt Nam không chỉ nhằm mục đích đáp ứng nhu cầu sản xuất mà còn giúp cho lao động Việt Nam tiếp cận và nắm bắt kịp thời những tiến bộ của khoa học kỹ thuật hiện đại. Pháp luật Việt Nam cũng quy định các doanh nghiệp có sử dụng lao động nước ngoài phải có trách nhiệm đào tạo lao động Việt Nam để thay thế và chỉ được tuyển dụng lao động nước ngoài ở những vị trí mà lao động Việt Nam không thể đáp ứng được.

2.2.1.2 Sự cần thiết phải điều chỉnh bằng pháp luật hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài.

Dưới góc độ kinh tế việc thuê mướn, sử dụng lao động nước ngoài vào làm việc tại một quốc gia là đòi hỏi nhân lực tất yếu và việc quy định điều kiện tuyển dụng, làm việc của NLĐNN theo hình thức HĐLĐ cũng là yêu cầu tất yếu. Dưới góc độ pháp lý, quan hệ HĐLĐ là đối tượng điều chỉnh của pháp luật lao động và HĐLĐ cũng là một chế định quan trọng của pháp luật lao động. Việc điều chỉnh pháp luật đối với HĐLĐ có chủ thể là NLĐNN chính là một yêu cầu có tính khách quan vì HĐLĐ liên quan trực tiếp đến quyền, lợi ích của NLĐNN và NSĐNLĐNN. Khi điều chỉnh HĐLĐ đối với NLĐNN, nhà nước bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các bên đồng thời xác định các giới hạn pháp lý cần thiết để đảm bảo ổn định, trật tự chung của xã hội. Tính chất phức tạp của HĐLĐ đối với NLĐNN cho thấy nếu pháp luật điều chỉnh toàn diện, phù hợp thì sẽ dung hòa được lợi ích của các bên, tác động tích cực đến môi trường lao động, điều kiện kinh tế xã hội.

Pháp luật điều chỉnh HĐLĐ đối với NLĐNN sẽ tạo cơ sở pháp lý để NLĐNN và NSĐNLĐNN thiết lập, duy trì quan hệ HĐLĐ. Các quy định sẽ cụ thể hóa vấn đề về giao kết, thực hiện, chấm dứt hợp đồng lao động với NLĐNN. Pháp luật Việt Nam cần xây dựng khung pháp lý điều chỉnh HĐLĐ đối với NLĐNN. Thống nhất các khái niệm liên quan đến HĐLĐ đối với NLĐNN. Trên cơ sở các đặc trưng của HĐLĐ đối với NLĐNN cần xác định các vấn đề pháp lý cơ bản khi giao kết, thực hiện, chấm dứt HĐLĐ đối với NLĐNN. Quy định chặt chẽ về nội dung, hình thức HĐLĐ đối với NLĐNN nhưng vẫn đảm bảo tính chất bảo vệ NLĐNN. Xác định rõ quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ HĐLĐ đối với NLĐNN đặc biệt là các quyền, nghĩa vụ bị tác động bởi yếu tố quốc tịch, hoặc đối với NSĐNLĐNN có những quyền được nhà nước trao manh tính chất quản lý hành chính. Tiền lương và các chế độ đối với NLĐNN phải đặt trong mối tương quan với quan hệ HĐLĐ

thông thường. Xác định các hậu quả pháp lý và các chế tài tương thích, đồng bộ trong trường hợp các bên không tuân thủ các quy định pháp luật.

Pháp luật điều chỉnh HĐLĐ đối với NLĐNN sẽ tạo cơ sở pháp lý để nhà nước quản lý đối tượng NLĐNN vào Việt Nam làm việc theo hình thức HĐLĐ. Việc nhà nước từng bước hoàn thiện các quy định pháp luật về quản lý NLĐNN làm việc theo HĐLĐ thể hiện quá trình chuyển biến tích cực trong quản lý lao động nói riêng, phù hợp với sự phát triển của thị trường lao động nói chung. Mặc dù nhà nước thừa nhận và bảo vệ quyền tự do ý chí của các bên trong quan hệ hợp đồng nhưng nhà nước vẫn phải thể hiện ý chí công quyền trong các quy định quản lý hành chính đối với NLĐNN. Quản lý nhà nước đối với HĐLĐ với NLĐNN có tính chặt chẽ hơn so với HĐLĐ thông thường, nhà nước giám sát cả hai bên chủ thể và không chỉ giám sát đối với hành vi vi phạm HĐLĐ của mỗi bên với nhau mà còn giám sát nhưng vi phạm do chủ thể hợp đồng gây ra ảnh hưởng lợi ích chung. Sự giám sát này là cần thiết nhưng cũng không được tác động quá sâu hạn chế tính chủ động, tự định đoạt của quan hệ hợp đồng.

NLĐNN làm việc theo HĐLĐ tác động cả hai chiều tích cực và tiêu cực đến sự phát triển của thị trường lao động và quan hệ lao động tại mỗi quốc gia điều này bắt buộc nhà nước lại phải có sự điều chỉnh bằng pháp luật mang tính điều tiết vĩ mô, mặc dù quan hệ HĐLĐ là quan hệ tư. Về mặt tích cực: lao động nước ngoài trực tiếp góp phần nâng cao chất lượng nguồn nhân lực, chuyển giao nhanh tiến bộ khoa học công nghệ và thúc đẩy tăng trưởng và phát triển kinh tế; góp phần thúc đẩy chuyển dịch cơ cấu kinh tế theo hướng công nghiệp hóa, hiện đại hóa trong dài hạn. Các chuyên gia, lao động nước ngoài trình độ cao hầu hết đều tập trung vào lĩnh vực công nghiệp, xây dựng, thương mại và dịch vụ (ngân hàng, tài chính, đào tạo, y tế). Lao động nước ngoài góp phần đưa nhanh tiến bộ kỹ thuật, công nghệ kỹ thuật và quản lý tiên tiến vào sản xuất, chuyển giao có hiệu quả các công nghệ mới đó cho NLĐ bản địa. Lao động nước ngoài làm tăng hiệu quả tài chính đối với nước tiếp nhận (họ có mức lương cao, thu nhập cao và do vậy mức đóng góp các khoản thuế cho chính phủ cao hơn). Lao động nước ngoài sẽ làm hình thành những ngành nghề mới hoặc đa dạng hóa ngành nghề, góp phần làm tăng hiệu quả của hệ thống giáo dục. Lao động nước ngoài cũng là yếu tố tăng cường mối quan hệ quốc tế giữa các quốc gia, thúc đẩy giao lưu văn hóa giữa các nước trong khu vực và trên thế giới. Đối với các tác động tiêu cực của NLĐNN vào làm việc theo HĐLĐ thì càng cần có

sự điều chỉnh chặt chẽ của pháp luật để đảm bảo an ninh trật tự. Lao động nước ngoài sẽ cạnh tranh việc làm với lao động trong nước. Cơ hội việc làm cho lao động nước ngoài sẽ ít đi, lợi ích của NLD bị ảnh hưởng. Lao động nước ngoài có sự khác biệt về ngôn ngữ, văn hóa, lối sống vì vậy có thể dẫn đến những xung đột, bất cập về mặt xã hội. Lao động nước ngoài làm gia tăng những vi phạm pháp luật, khó khăn cho quản lý và điều tiết thị trường lao động. Tự do hóa thị trường lao động (ví dụ trong cộng đồng ASEAN, Cộng đồng chung Châu Âu v.v...) có thể dẫn đến số lượng lao động nước ngoài đến nước sở tại làm việc với số lượng lớn (bao gồm cả phổ thông và trình độ cao). Các quốc gia phải có chính sách quản trị phù hợp vì nếu không kiểm soát được sẽ dẫn đến biến đổi không chỉ thị trường lao động mà còn cả về xã hội, dân tộc, tôn giáo v.v...

Pháp luật điều chỉnh HĐLĐ đối với NLDNN còn góp phần điều chỉnh vấn đề sử dụng lao động chuyên môn cao nước ngoài vào Việt Nam làm việc. “*Chuyên môn*” là lĩnh vực kiến thức riêng của một ngành khoa học, kỹ thuật. Nhìn chung lao động chuyên môn phản ánh trình độ nguồn nhân lực trên thị trường lao động. Lao động chuyên môn là những lao động thực hiện các công việc chuyên môn, phải qua đào tạo và công việc chuyên môn là những công việc đòi hỏi phải được thực hiện bởi chỉ một loại lực lượng lao động có kỹ năng làm việc đặc thù, chuyên nghiệp, đã được đào tạo nhằm đáp ứng được việc thực hiện các công việc đó. Lao động chuyên môn cao là những lao động được đào tạo chuyên sâu, có kinh nghiệm thực hành, đầy đủ năng lực và kỹ năng làm việc trong một lĩnh vực cụ thể. Người được công nhận là lao động chuyên môn cao thường phải trải qua các khóa huấn luyện, đào tạo chuyên biệt, bao gồm các nhà quản lý, quản trị doanh nghiệp, chuyên gia tư vấn, các doanh nhân, các giáo sư, các nhà khoa học những người đã tốt nghiệp đại học trở lên ở nhiều chuyên ngành khoa học kỹ thuật, có trình độ, nghiệp vụ kỹ thuật cao, hoặc những lao động có kỹ năng lao động giỏi hoặc đã được chuyên môn hóa, có khả năng hòa nhập và thích ứng với những thay đổi của xã hội, của khoa học công nghệ, tham gia lao động có hiệu quả cao, có khả năng đóng góp cho sự phát triển của các tổ chức và toàn xã hội. Có rất nhiều định nghĩa liên quan đến lao động chuyên môn của các tổ chức quốc tế. Tổ chức phân loại tiêu chuẩn quốc tế về giáo dục (ISCED) thuộc UNESCO thì cho rằng lao động chuyên môn cao là lao động phải qua đào tạo, lao động có chất lượng phản ánh trình độ nhất định về giáo dục hoặc bằng cấp chính thức của một cá nhân trên thị trường lao động [114 trang

15,16]. “*Lao động chuyên môn cao nước ngoài*” là những lao động chuyên môn cao có khả năng di chuyển lao động trên thị trường lao động quốc tế. Lao động chuyên môn cao nước ngoài có thể phân thành các loại: Lao động chuyên môn cao nước ngoài trực tiếp tham gia các lĩnh vực sản xuất; lao động chuyên môn cao nước ngoài là chuyên gia học thuật; lao động chuyên môn cao nước ngoài trong các ngành văn hóa và xã hội [114, trang 17].

Tóm lại, để đáp ứng các yêu cầu mới của thị trường lao động thì việc xây dựng pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN theo khung pháp lý phù hợp là tất yếu nhưng đòi hỏi phải thực hiện khoa học và có sự nghiên cứu đầy đủ. Cần tìm hiểu, tham khảo kinh nghiệm quốc tế về việc điều chỉnh HĐLĐ đối với NLĐNN, đánh giá thực trạng và tình hình thực tiễn việc thực hiện các quy định pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN.

2.2.2 Yêu cầu trong việc xây dựng pháp luật về hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài.

2.2.2.1 Pháp luật về hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài phải phù hợp với nội dung và nguyên tắc của pháp luật lao động về hợp đồng lao động.

Pháp luật lao động áp dụng cho NLĐ nước sở tại và pháp luật lao động áp dụng với NLĐNN khi họ được phép vào làm việc tại một quốc gia không được có sự tách biệt. Pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN phải được xây dựng trên cơ sở những nội dung và nguyên tắc chung của pháp luật lao động về HĐLĐ. Khi NLĐNN đủ điều kiện vào một quốc gia để làm việc theo HĐLĐ thì họ sẽ tham gia vào quan hệ pháp luật HĐLĐ và trở thành NLĐ với đầy đủ quyền và nghĩa vụ mà pháp luật quy định. Do yêu cầu quản lý, các quốc gia đều có các quy định riêng đối với NLĐNN, tuy nhiên những nội dung và nguyên tắc cơ bản vẫn phù hợp với chế định chung về HĐLĐ. Tham khảo pháp luật của các nước thành viên ASEAN [152] thì những quy định riêng (do sự khác biệt về quốc tịch) về HĐLĐ đối với NLĐNN có thể được xây dựng thành một đạo luật độc lập, hoặc một phần riêng trong luật về lao động hoặc trong một văn bản pháp luật khác. Tuy nhiên dù ở hình thức nào thì NLĐNN vẫn được coi là NLĐ và nếu pháp luật không xác định những quyền và nghĩa vụ pháp lý đặc biệt đối với họ thì họ đương nhiên vẫn sẽ được hưởng quyền và nghĩa vụ lao động như lao động nước sở tại. Ở các quốc gia có đạo luật độc lập

đối với NLĐNN (Ví dụ: Singapore, Hàn quốc) thì việc điều chỉnh HĐLĐ đối với NLĐNN hiệu quả và nghiêm minh hơn. Có quốc gia quy định và phân biệt đối tượng lao động nước ngoài phổ thông và lao động nước ngoài chất lượng cao, phân định công việc, chế độ riêng đối với lao động phổ thông (Đài Loan). Hầu hết các quốc gia đều có sự hạn chế đối với các lĩnh vực ngành nghề (Ví dụ: Indonesia hạn chế NLĐNN 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 người lao động 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 NSĐNLĐNN để đảm bảo rằng NLĐNN 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 hồi hương cho NLĐNN (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 đặc biệt còn có thể là đã được xác định trong một điều ước quốc tế về thương mại, lao động, hợp tác song phương hay đa phương. Các Điều ước này thường thiết lập một quyền có đi có lại cho một trong các nước ký kết để sử dụng chắc chắn một số loại lao động quốc gia của họ trong lãnh thổ của nước kia. Công dân của một trong các bên sẽ không bị cấm hành nghề trong phạm vi lãnh thổ của bên kia chỉ đơn thuần vì lý do quốc tịch của họ. Trong mọi trường hợp NSĐNLĐNN và NLĐNN cả hai đều là hai chủ thể của pháp luật lao động của nhà nước sở tại, trừ khi có một hiệp ước quốc tế hoặc đạo luật rõ ràng và cụ thể quy định khác.

Các quy định về quyền và nghĩa vụ của NLĐNN bao gồm những quyền, nghĩa vụ tương tự với NLĐ nước sở tại. Pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN phải bảo đảm quyền và lợi ích cơ bản của các bên trong quan hệ HĐLĐ. 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. Nhà nước trao trách nhiệm cụ thể cho NSĐNLĐNN để hạn chế tình trạng tiếp nhận lao động bất hợp pháp hoặc lao động trình độ thấp. Các nước đều đã áp dụng các hình thức chế tài khác nhau để đảm bảo trật tự đối với NLĐNN và NSĐNLĐNN (Singapore, Việt Nam).

2.2.2.1 Pháp luật về hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài phải đảm bảo tính chặt chẽ trong quản lý nhà nước đối với chủ thể người

lao động nước ngoài.

Mặc dù bản chất HĐLĐ là quan hệ dân sự, được các bên xác lập trên cơ sở nguyên tắc thỏa thuận, tự nguyện, thiện chí, bình đẳng tuy nhiên NLĐNN là lao động đặc biệt và là đối tượng quản lý nhập cảnh, xuất cảnh và cư trú nên quan hệ HĐLĐ đối với NLĐNN phải chịu sự quản lý phối hợp của các cơ quan nhà nước. Ở mọi quốc gia, nhà nước chính là chủ thể quản lý thống nhất vấn đề lao động và việc làm nên trong việc quản lý lao động nước ngoài theo HĐLĐ việc quản lý cũng đồng bộ với quản lý lao động địa phương và có thể đồng bộ với các hình thức lao động khác dù phải có những quy định riêng. Trong quá trình sử dụng lao động nước ngoài, các cơ quan nhà nước cũng xác định phân công, phối hợp để quản lý. Luật sử dụng lao động nước ngoài của Singapore (Employment of Foreign Manpower Act 1990, revised edition 2009) [134] quy định về các công chức chính phủ có thẩm quyền quản lý NLĐNN là Kiểm soát viên về GPLĐ và thanh tra lao động do Bộ trưởng bổ nhiệm. Việc quản lý NLĐNN 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 giấy phép. Singapore xử lý nghiêm khắc với lao động nhập cư bất hợp pháp. Luật quy định mức phạt; thủ tục xử phạt đối với những NSDLĐ vi phạm quy định về thuê người nước ngoài; NLĐNN vi phạm các quy định về làm việc tại Singapore với nhiều loại chế tài (phạt tiền, đình chỉ, hủy bỏ GPLĐ) và hình sự hóa các hành vi vi phạm với hình thức phạt tiền nặng và án tù. Để thuận lợi cho việc quản lý và nâng cao trách nhiệm của NSDNLĐNN, nhà nước quy định các nghĩa vụ pháp lý đối với họ. NSDNLĐNN quản lý NLĐNN 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 [152] quy định NSDNLĐNN có nhu cầu sử dụng NLĐNN 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. NSDNLĐNN có nghĩa vụ tuân thủ các quy định của pháp luật về lao động nước ngoài và các tiêu chuẩn về năng lực nghề do Bộ trưởng qui định. NSDNLĐNN có nghĩa vụ “bổ nhiệm/chỉ định” người làm cùng (cấp phó) là người Indonesia để NLĐNN chuyển giao công nghệ và chuyên môn.

Việc quản lý NLĐNN làm việc tại Việt Nam theo HĐLĐ là sự phối hợp công tác giữa cơ quan là Bộ LĐTB&XH, các cơ quan quản lý lao động các cấp; Bộ Y tế; Bộ Công an, Bộ Tài chính, Bộ Công thương, UBND các cấp v.v... và cũng không tách rời trách nhiệm của NSĐNLĐNN và chủ đầu tư. Nội dung quản lý quan trọng nhất đối với NLĐNN làm việc theo HĐLĐ tại Việt Nam là những điều kiện về tuyển dụng và các thủ tục về GPLĐ. Theo Điều 20 Nghị định 11/2016/NĐ-CP: Bộ LĐTB&XH có trách nhiệm thực hiện chấp thuận nhu cầu sử dụng NLĐNN; xác nhận không thuộc diện cấp GPLĐ; cấp, cấp lại GPLĐ; thu hồi GPLĐ; xác nhận đã thu hồi GPLĐ và đề nghị cơ quan công an trục xuất NLĐNN làm việc tại Việt Nam không có GPLĐ đối với NLĐNN làm việc cho NSĐLĐ; Chỉ đạo, đôn đốc, thanh tra và kiểm tra việc thực hiện các quy định của pháp luật về NLĐNN làm việc tại Việt Nam. Bộ Công an có trách nhiệm hướng dẫn về thẩm quyền, thủ tục trục xuất đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam không có GPLĐ; Hướng dẫn việc cấp thị thực cho NLĐNN liên quan đến việc cấp, cấp lại GPLĐ; xác nhận không thuộc diện cấp GPLĐ; cung cấp thông tin về NLĐNN được cấp thị thực vào làm việc cho cơ quan, tổ chức, doanh nghiệp tới Bộ LĐTB&XH. 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 NLĐNN 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.

2.2.2.2 Pháp luật hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài phải đồng bộ và tương thích với môi trường pháp lý chung.

Pháp luật của các quốc gia điều chỉnh HĐLĐ đối với NLĐNN sao cho phù hợp với điều kiện kinh tế, xã hội cũng như điều kiện chính trị của nước đó. Điều này là hoàn toàn hợp lý bởi mỗi quốc gia khi ban hành quy định pháp luật cần căn cứ vào điều kiện riêng của đất nước để đảm bảo quy phạm pháp luật được thi hành trên thực tế và trở thành công cụ hiệu quả của nhà nước trong việc quản lý xã hội. Mặt khác, sử dụng lao động của mỗi quốc gia còn bị ảnh hưởng bởi quan hệ ngoại giao, thương mại, văn hóa giữa các nước. Số lượng lao động nước ngoài vào làm việc theo HĐLĐ thay đổi phức tạp đòi hỏi pháp luật phải có những quy định cụ thể để quản lý họ nhằm đảm bảo mục tiêu khuyến khích sự phát triển của nền kinh tế, đồng thời đảm bảo an toàn cho thị trường lao động trong nước.

NLĐNN làm việc tại Việt Nam theo hình thức HĐLĐ là đối tượng điều chỉnh của pháp luật lao động. Tuy nhiên, cũng giống như những ngành luật khác trong hệ thống pháp luật quốc gia, pháp luật lao động có mối quan hệ mật thiết với các ngành luật khác đặc biệt là tư pháp quốc tế. Tư pháp quốc tế điều chỉnh các quan hệ xã hội thuộc các ngành luật khác điều chỉnh mà có yếu tố nước ngoài. NLĐNN làm việc theo hình thức HĐLĐ thuộc đối tượng áp dụng của bộ luật lao động và thực hiện các quyền và nghĩa vụ theo quy định của pháp luật lao động. NLĐNN làm việc trong những lĩnh vực đặc thù còn chịu sự điều chỉnh của các văn bản pháp luật chuyên ngành. Bên cạnh đó họ còn được hưởng các quyền và thực hiện các nghĩa vụ khác theo quy chế đối với người nước ngoài được quy định trong các văn bản liên quan như Bộ luật Dân sự, Luật Thương mại, Luật Đầu thầu v.v... Việc giao kết thực hiện HĐLĐ với NLĐNN trong các lĩnh vực, công việc đặc thù về nguyên tắc vẫn phải tuân thủ các quy định chung của pháp luật lao động tuy nhiên do đặc thù của công việc (trình độ chuyên môn, sự chuyển nhượng, tính quốc tế v.v...) nên cần phải có quy định riêng để phù hợp với đặc điểm HĐLĐ. Đối với các công việc này NLĐNN và NSDNLĐNN còn phải tuân thủ quy định của luật chuyên ngành hoặc quy chế của tổ chức nghề nghiệp, hiệp hội. Như trong lĩnh vực thể thao, cầu thủ bóng đá chuyên nghiệp phải tuân thủ Điều lệ và các quy định của Liên đoàn bóng đá thế giới (tiếng pháp là Fédération Internationale de Football Association; tiếng Anh là International Federation of Association Football - viết tắt là FIFA), Liên đoàn bóng đá châu Á (Asian Football Confederation - viết tắt là AFC), Điều lệ của liên đoàn bóng đá quốc gia và Đơn vị tổ chức giải. Khi đủ 18 tuổi, cầu thủ có thể ký HĐLĐ bóng đá chuyên nghiệp với một câu lạc bộ. Cầu thủ được phép sử dụng Đại diện cầu thủ do FIFA, Liên đoàn bóng đá quốc gia cho phép để đại diện, bảo vệ quyền và lợi ích của mình trong đàm phán và ký kết HĐLĐ với câu lạc bộ. Mỗi đại diện cầu thủ đều sử dụng Hợp đồng mẫu của FIFA và phải tuân thủ các quy định của Quy chế đại diện cầu thủ FIFA về hợp đồng đại diện. Theo Quy chế của Liên đoàn bóng đá Việt Nam [92], cầu thủ bóng đá chuyên nghiệp nước ngoài được Liên đoàn bóng đá Việt Nam cấp Giấy chứng nhận hành nghề cầu thủ chuyên nghiệp khi đáp ứng được một số điều kiện (có HĐLĐ với câu lạc bộ, đội bóng chuyên nghiệp; có giấy chứng nhận đủ sức khỏe để thi đấu bóng đá chuyên nghiệp, không trong thời gian bị đình chỉ, cấm thi đấu) và phải có Giấy chứng nhận chuyển nhượng quốc tế (International Transfer Certificate – viết tắt là ITC) và GPLĐ do cơ quan lao động

cấp tỉnh nơi đặt trụ sở của câu lạc bộ cấp. Cầu thủ được quyền chuyển nhượng trong nước và quốc tế theo Quy chế và phù hợp với các quy định của FIFA, AFC, Liên đoàn bóng đá Việt Nam và luật pháp Việt Nam. HĐLĐ bóng đá chuyên nghiệp với cầu thủ bóng đá nước ngoài là HĐLĐ ký kết giữa câu lạc bộ và cầu thủ chuyên nghiệp các bên phải tuân thủ Quy chế về tư cách và chuyển nhượng cầu thủ của FIFA và tuân thủ quy định của pháp luật Việt Nam về lao động cùng Quy chế của Liên đoàn bóng đá Việt Nam.

Những đặc điểm đặc thù về công việc, điều kiện chủ thể và cách thức quản lý nhà nước có tác động, ảnh hưởng lớn đến thỏa thuận HĐLĐ của các bên. Do sự đan xen của các lĩnh vực pháp luật và nhiều quy định chung, riêng vì vậy pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN mặc dù nhất thiết phải đảm bảo yêu cầu về sự thỏa thuận riêng tư của các chủ thể nhưng vẫn phải coi NLĐNN là đối tượng quản lý nhà nước. Tính đồng bộ, tương thích phải được đặc biệt được lưu ý khi xây dựng, hoàn thiện pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN.

2.2.2.3 Pháp luật điều chỉnh hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài chịu tác động bởi bởi những yếu tố mang tính rào cản hoặc hỗ trợ của mỗi nhà nước.

Trong mọi quan hệ hợp đồng thì pháp luật luôn phải bảo đảm quyền và lợi ích cơ bản của các bên. Tuy nhiên, trong quan hệ HĐLĐ đối với NLĐNN thì mặc dù NLĐNN không bị phân biệt đối xử với lao động trong nước nhưng việc bảo đảm này có thể hạn chế vì còn phải xem xét đến các nguyên tắc bảo hộ công dân và các yêu cầu về an ninh xã hội của nước tiếp nhận lao động. Bộ luật lao động Philippines [136] cho phép có nhiều tổ chức công đoàn (tổ chức của người lao động) hoạt động, đồng thời cũng quy định về nghiêm cấm “thực hành lao động không công bằng” nhưng lại có những quy định ngoại lệ đối với lao động nước ngoài ở chương 3 (điều 269, 270). Mọi người nước ngoài (bẩm sinh hay pháp lý), cũng như các tổ chức nước ngoài bị nghiêm cấm tham gia trực tiếp, gián tiếp dưới mọi hình thức vào các hoạt động công đoàn mà không ảnh hưởng đến mối quan hệ bình thường giữa công đoàn Philippines và các tổ chức lao động quốc tế. Người nước ngoài được thực hiện quyền tự tổ chức và tham gia, hoặc hỗ trợ các tổ chức lao động với điều kiện họ là công dân của một nước đã trao những quyền tương tự cho NLĐ Philippines.

NLĐNN cũng không được đương nhiên xác lập quan hệ HĐLĐ như công dân nước sở tại mà phải đáp ứng các điều kiện, thủ tục do pháp luật của nước sở tại

quy định. So với HĐLĐ thông thường, quyền và nghĩa vụ của NLĐNN và NSĐNLĐNN có thể hạn chế về quyền và bổ sung thêm các nghĩa vụ. NLĐNN cần phải nghiên cứu để hiểu rõ quy định của pháp luật nước sở tại về tuyển dụng và quản lý lao động nước ngoài và các quy định khác có liên quan. NSĐNLĐNN có các quyền và nghĩa vụ chung như những NSĐLĐ khác nhưng còn có thêm các trách nhiệm hướng dẫn, cung cấp cho NLĐNN các quy định của pháp luật nước sở tại, làm các thủ tục để tuyển dụng lao động nước ngoài, quản lý hồ sơ và báo cáo hình hình thực hiện với cơ quan quản lý v.v...Việc xác lập quan hệ HĐLĐ đối với NLĐNN không chỉ đơn thuần thực hiện công việc theo hợp đồng mà còn tham gia vào nhiều mối quan hệ xã hội pháp lý khác nữa (quan hệ sở hữu, quan hệ cư trú, quan hệ hôn nhân v.v..). Chính vì vậy mà các nước tiếp nhận lao động phải bảo vệ lao động và giá trị văn hóa trong nước bằng việc đặt ra các điều kiện mang tính rào cản pháp lý hạn chế lao động nước ngoài.

Việc được vào nước sở tại làm việc hay không, làm loại công việc gì, trong thời gian bao nhiêu lâu, có những nghĩa vụ pháp lý gì cũng phải tuân thủ các quy định quản lý cụ thể trong từng thời kỳ, từng giai đoạn (nằm ngoài thỏa thuận của HĐLĐ). Theo từng thời kỳ, từng giai đoạn phát triển kinh tế, các quốc gia linh hoạt thay đổi các chế độ, chính sách đối với lao động nước ngoài. Ngày 30/01/2012, Ủy ban lao động Đài Loan công bố việc thực hiện nội dung sửa đổi Luật Dịch vụ việc làm, chính thức có hiệu lực từ ngày 01/02/2012. Trong đó, nội dung sửa đổi điều 52 Luật này liên quan trực tiếp đến NLĐNN, cụ thể như sau [200]: Giấy phép thuê lao động nước ngoài (bao gồm lao động phổ thông, thuyền viên tàu cá, lao động làm việc trong gia đình) cấp cho NSĐLĐ có thời hạn 03 năm. Trường hợp đặc biệt, có thể xin gia hạn, nhưng việc gia hạn do Viện Hành chính quyết định. Trước khi sửa đổi, thời hạn này là 02 năm, có thể gia hạn 01 năm; Lao động nước ngoài (bao gồm lao động phổ thông, thuyền viên tàu cá, lao động làm việc trong gia đình) có tổng thời gian làm việc tại Đài Loan không quá 12 năm; trước khi sửa đổi, thời gian này là không quá 09 tháng. Việc sửa đổi này tạo thuận lợi cho NLĐNN được phép làm việc trong thời gian dài hơn ở Đài Loan. Việc thay đổi chính sách và quy định pháp luật đối với NLĐNN làm việc theo HĐLĐ ở Việt Nam cũng thể hiện rõ trong những thay đổi của quá trình hình thành, phát triển của pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN (Xem phần 3.1 Chương 3 của luận án).

Bên cạnh việc quản lý chặt chẽ thì tùy theo giai đoạn và mục tiêu phát triển,

việc sử dụng lao động nước ngoài trình độ cao cũng được hưởng các chế độ hỗ trợ phù hợp được thể chế hóa bằng các quy định pháp luật để thu hút nguồn nhân lực, tạo động lực phát triển và cạnh tranh trong thị trường lao động. Chính phủ Việt Nam ban hành Nghị định số 87/2014/NĐ-CP ngày 22/09/2014 quy định 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 [15]. Chuyên gia nước ngoài tham gia hoạt động khoa học và công nghệ tại Việt Nam được hưởng các chính sách về: (1) xuất nhập cảnh và cư trú; (2) tuyển dụng, lao động, học tập; (3) tiền lương; (4) nhà ở; (5) tiếp cận thông tin; (6) khen thưởng, vinh danh và một số chế độ khác. Để được hưởng chính sách hỗ trợ thì chuyên gia nước ngoài phải được công nhận về trình độ học vấn, kinh nghiệm có khả năng đóng góp cho nền học thuật Việt Nam, cơ quan, tổ chức phải tuyển dụng chuyên gia đúng theo lĩnh vực ưu tiên, trọng điểm của quốc gia.

2.2.2.4 Pháp luật điều chỉnh hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài phải phù hợp với pháp luật quốc tế nói chung và điều ước quốc tế về lao động.

Lao động nước ngoài làm việc theo HĐLĐ là một trong các hình thức người nước ngoài di trú. Trong Tuyên ngôn quốc tế nhân quyền năm 1948 - văn kiện chính trị thể hiện cam kết chung của các quốc gia đặc biệt là các thành viên của Liên hiệp quốc – bao gồm cả các quy định về quyền của người lao động không phân biệt quốc tịch. Theo Tuyên ngôn quốc tế nhân quyền [198], mọi người đều có quyền: “*Tự do hội họp và lập hội có tính cách hoà bình*” (Điều 20); “*được hưởng an sinh xã hội*” (Điều 22); “*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, pháp luật về lao động di trú có các nguyên tắc điều chỉnh cơ bản được quy định trong ICRMW; 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 [87]. Việt Nam chưa phải là thành viên của các công ước nêu trên nhưng Việt Nam đã là thành viên của ILO và đang trong lộ trình gia nhập ICRMW vì vậy cần lưu ý các nguyên tắc này.

- 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. Điều 6 Công ước 97 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...”*. ICRMW 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 NLĐNN 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 NLĐNN đến làm việc.

- Nguyên tắc *“Đối xử quốc gia”*. Công ước số 97 về NLD di trú của ILO quy định các quốc gia thành viên của công ước có bổn phận tạo điều kiện thuận lợi cho việc di trú lao động bằng cách thiết lập duy trì sự giúp đỡ và dịch vụ thông tin miễn phí cho những NLD di trú cũng như có biện pháp chống lại những tuyên truyền sai lầm về vấn đề di trú và xuất nhập cảnh. Công ước cũng quy định về những dịch vụ y tế thích hợp cho NLD di trú và sự chuyển giao tiền thu nhập cũng như tiền tiết kiệm của họ. Công ước cũng đưa ra một nguyên tắc quan trọng, 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. Theo nguyên tắc này thì NLĐNN 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 NLĐNN *“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 ICRMW thì quy định: “NLĐ 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: “*các quyền của lao động nước ngoài được áp dụng trong suốt quá trình di trú lao động*”. Các quốc gia phải bảo vệ các quyền của NLĐNN trong mọi giai đoạn của tiến trình di trú lao động: “*Các biện pháp được thực hiện cho phù hợp bởi mỗi thành viên, trong phạm vi quyền tài phán của mình, để tạo điều kiện thuận lợi cho sự ra đi, cuộc hành trình và tiếp nhận người di cư về việc làm*” (Điều 4, Công ước số 97), bao gồm “*việc chuẩn bị di trú, ra đi, quá cảnh và toàn bộ thời gian ở và làm công việc có hưởng lương tại quốc gia có việc làm cũng như việc quay trở về quốc gia xuất sứ hoặc quốc gia thường trú*” (Điều 1, ICRMW). Công ước số 143 của ILO đưa ra các biện pháp phòng chống việc di trú lén lút và bất hợp pháp đồng thời khẳng định nghĩa vụ bảo vệ nhân quyền căn bản của tất cả mọi NLĐ di trú.

Các công ước này được xem là hiến chương quốc tế về vấn đề lao động di trú toàn cầu, gồm các quy định cơ bản về sự an toàn và điều kiện sức khỏe người lao động, mức lương tối thiểu, giờ làm việc tối đa, chống kỳ thị v.v...các quốc gia khi đã tham gia các công ước này đều phải tuân thủ những quy định trong đó. Quốc gia tiếp nhận lao động đến sinh sống làm việc trên lãnh thổ nước mình phải chịu trách nhiệm về an sinh xã hội của những người này và công dân của mình.

Ở các khu vực trên thế giới, tham khảo về quyền của các quốc gia thành viên về tuyển dụng lao động trong liên minh Châu Âu [183], cho thấy sự tự do di chuyển của người lao động trong các nước thành viên là một nguyên tắc cơ bản trong các Công ước tạo thành cơ sở nền tảng tạo ra liên minh Châu Âu - European Union (EU) (những thông tin hiện nay về tình trạng di chuyển của người lao động trong EU có thể xem trang *Thực trạng về sự tự do di chuyển của người lao động của Nghị viện Châu Âu* tại <http://www.europarl.eu>). Cộng đồng năng lượng nguyên tử Châu Âu cấm bất kỳ hạn chế nào dựa trên vấn đề quốc tịch đối với việc làm của người lao động có trình độ trong ngành công nghiệp điện tử. Hiệp ước thành lập Cộng đồng Châu Âu (European Community Treaty) - văn bản nhằm mục đích thúc đẩy toàn diện sự hợp tác kinh tế của các thành viên EC, quy định sự tự do di chuyển của

người lao động sẽ được bảo đảm trong phạm vi EU. Điều 39 của Hiệp ước EC cho phép người lao động 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. Điều 40 cho phép Hội đồng EU loại bỏ và làm hài hòa những thủ tục hành chính làm cản trở sự tự do di chuyển của người lao động và tạo lập một thiết chế cần thiết phù hợp với những người tìm việc tại một nước với lời đề nghị tại một nước khác. Điều 42 trao quyền cho Hội đồng EU được “thông qua các biện pháp như vậy trong lĩnh vực bảo đảm xã hội như là sự cần thiết mang lại tự do di chuyển cho người lao động. Năm 1968, Hội đồng Bộ trưởng ban hành Quyết định 68/360 để thực hiện các quy định của Hiệp ước EC về sự tự do di chuyển của người lao động. Quy định này đảm bảo người lao động (và gia đình của họ) 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. Người lao động phải xuất trình chứng minh thư hoặc hộ chiếu, nhưng không đòi hỏi thị thực xuất cảnh, nhập cảnh. Những người lao động đã có việc làm được cấp một giấy phép cư trú tự động gia hạn cho phép họ ở lại trong một quốc gia thành viên ít nhất 5 năm, chỉ yêu cầu rằng họ không được tự ý bỏ công việc của họ hoặc vắng mặt khỏi đất nước trong một thời gian dài. Điều 39 (2) của Hiệp ước EC quy định rằng người lao động là công dân của một nước thành viên không thể bị đối xử khác biệt bởi quốc tịch của họ. Sự bảo đảm này được thực hiện bởi Quy chế 1612/68, văn bản đã tuyên bố rằng luật pháp quốc gia và các quy tắc hành chính là để làm vô hiệu những những cản trở dứt khoát hoặc hạn chế ngầm quyền của người lao động tiếp nhận và theo đuổi việc làm. Một khi một người lao động đã tìm được việc làm, sự phân biệt đối xử về số “tiền công lao động” là không phù hợp. Do vậy, một người lao động nước ngoài có quyền “hưởng phúc lợi xã hội và thuế ưu đãi tương tự như công dân quốc gia” và “*được hưởng tất cả các quyền và lợi ích khác như công dân quốc gia kể cả trong vấn đề nhà ở, được sở hữu nhà ở nếu anh ta cần*” (Điều 9). Cuối cùng, người lao động nước ngoài không thể bị đối xử khác biệt trong những cách thức mà họ bị mất việc, hoặc “phục chức hoặc tuyển dụng lại” nếu họ đã trở thành người thất nghiệp. Quyền của người lao động di chuyển tự do qua biên giới của nước thành viên EU bị hạn chế: Di chuyển có thể bị từ chối trên cơ sở của chính sách công cộng, an ninh công cộng, và y tế công cộng. Tuy nhiên, những hạn chế này chỉ áp dụng đối với quyền vào hoặc rời khỏi một quốc gia thành viên và không phải cản trở đối với quyền được đối xử bình đẳng khi một người lao động đã được

tiếp nhận vào một quốc gia.

NLĐNN làm việc tại Việt Nam (bao gồm cả NLĐNN làm việc theo HĐLĐ) được hưởng các quyền lợi và phải thực hiện các nghĩa vụ theo pháp luật Việt Nam và có thể phải theo các điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia. Pháp luật lao động Việt Nam quy định cụ thể quyền, nghĩa vụ của NLĐNN trong pháp luật lao động và đảm bảo các quyền, nghĩa vụ đó ở Việt Nam. Việt Nam chúng ta đã ký được nhiều các Hiệp định thương mại tự do (Free Trade Agreements – FTAs) và cùng với quá trình toàn cầu hóa, nội dung và phạm vi của các FTA ngày càng được mở rộng. Ngoài các vấn đề thương mại truyền thống thì các FTA đã mở rộng phạm vi điều chỉnh đến các vấn đề lao động và môi trường. Số lượng các FTA có chứa điều khoản về lao động không ngừng tăng lên (theo báo cáo của Thủ tướng chính phủ tại kỳ họp thứ 10 Quốc hội khóa XIII tháng 11/2015: tại thời điểm năm 1995 mới chỉ có 4 FTA có nội dung về lao động nhưng đến tháng 1 năm 2015 thì đã có 72 FTA có nội dung này). Về lĩnh vực lao động, Việt Nam đã tham gia 21 công ước của ILO. Ngày 8/3/2013, Việt Nam đã là thành viên Công ước lao động hàng hải năm 2006 của ILO [201]. Lao động trong ngành hàng hải là lao động có tính chất quốc tế vì NLD làm việc trên tàu của những quốc gia khác nhau, nhiều lao động có quốc tịch khác nhau làm việc trên một tàu biển và ngoài ra, tàu biển hoạt động ở cảng biển của quốc gia nào cũng phải tuân thủ pháp luật của quốc gia đó. Với sự kiện pháp lý gia nhập Công ước, ngày 24/12/2014 Chính phủ ban hành Nghị định 121/2014/NĐ-CP quy định chi tiết một số điều của Công ước lao động hàng hải năm 2006 về chế độ lao động của thuyền viên làm việc trên tàu biển. Tiếp đó, để phù hợp và tương thích với những thay đổi quan trọng của việc gia nhập Công ước về lao động hàng hải và đáp ứng yêu cầu hội nhập quốc tế, ngày 25/11/2015 Quốc hội thông qua Bộ luật hàng hải 2015 (có hiệu lực từ 1/7/2017) thay thế Bộ luật hàng hải năm 2005) [32]. Chính thức thành lập vào cuối năm 2015, Cộng đồng kinh tế ASEAN (AEC) sẽ cho phép các lao động có tay nghề cao, dịch vụ, đầu tư và hàng hóa của 10 quốc gia thành viên của ASEAN được di chuyển tự do hơn trong khu vực. Các thỏa thuận thừa nhận lẫn nhau (Mutual Recognition Arrangements – MRAs) của các thành viên ASEAN cho phép 8 ngành nghề mà lao động có kỹ năng, kinh nghiệm phù hợp được hành nghề ở nước ngoài [140, từ trang 25 đến 40]. Tất cả các nước thành viên ASEAN hiện nay đều đã là thành viên của ILO do đó khi xây dựng pháp luật quốc gia, các nước ASEAN đều có sự đối chiếu với các tiêu

chuẩn lao động quốc tế, và về cơ bản pháp luật các nước ASEAN có sự phù hợp nhất định và đều hướng tới những tiêu chuẩn lao động quốc tế. Những công ước của ILO được các quốc gia ASEAN phê chuẩn đều được nội luật hóa để đảm bảo sự tương thích giữa pháp luật quốc gia và tiêu chuẩn quốc tế.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 2

Chương 2 của luận án nghiên cứu các vấn đề lý luận về HĐLĐ đối với NLĐNN. Nghiên cứu của Chương 2 có ý nghĩa quan trọng khi làm rõ được những vấn đề lý thuyết về HĐLĐ đối với NLĐNN, tạo cơ sở để nghiên cứu thực tiễn vấn đề này ở các chương tiếp theo. Chủ thể NLĐNN là chủ thể đặc biệt, HĐLĐ đối với NLĐNN có những điểm đặc trưng riêng nên đã đặt ra những yêu cầu và sự cần thiết phải điều chỉnh bằng pháp luật.

1. HĐLĐ đối với NLĐNN là cơ sở pháp lý bảo đảm quyền tự do tìm kiếm việc làm của NLĐNN và tự do tuyển dụng lao động của NSDNLĐNN. Trên cơ sở những lý luận cơ bản về HĐLĐ của pháp luật lao động và yếu tố chủ thể đặc biệt trong quan hệ HĐLĐ đối với NLĐNN, luận án đưa ra khái niệm về NLĐNN, khái niệm và đặc điểm của HĐLĐ đối với NLĐNN. Những vấn đề này là những nội dung quan trọng của pháp luật của mỗi quốc gia nhưng hiện nay còn chưa được xác định rõ ràng và thống nhất theo quy định của pháp luật Việt Nam (những đặc trưng về quốc tịch của chủ thể, về sự giới hạn trong thỏa thuận, đặc thù về công việc v.v...). NLĐNN có sự bình đẳng về địa vị pháp lý với NLĐ nước sở tại, khi thiết lập quan hệ HĐLĐ tại quốc gia tiếp nhận thì NLĐNN phải được pháp luật nước đó bảo vệ. Việc quy định và đảm bảo lợi ích chính đáng của NLĐNN làm việc theo HĐLĐ tại nước sở tại là thể hiện sự phát triển, hoàn thiện của pháp luật lao động hiện đại. Việc tham khảo pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN ở các nước có điều kiện tương tự Việt Nam là cần thiết để khẳng định những phân tích, đánh giá ở phần lý luận đồng thời rút ra bài học kinh nghiệm cho Việt Nam.

2. Thị trường lao động của mỗi quốc gia chịu ảnh hưởng của quy luật di trú lao động quốc tế và ngày càng hội nhập với thị trường toàn cầu nơi có tính cạnh tranh cao và đòi hỏi NSDLĐ phải linh hoạt, hiệu quả trong quản lý nhân lực. Việc sử dụng lao động nước ngoài là tất yếu khách quan và chủ quan của nền kinh tế hội nhập. Pháp luật điều chỉnh HĐLĐ đối với NLĐNN được xây dựng trên cơ sở nắm bắt những yêu cầu về đối tượng điều chỉnh, sự cần thiết phải điều chỉnh để phát huy

được những yếu tố tích cực, giảm bớt những tác động tiêu cực của đối tượng NLĐNN tác động tới quan hệ lao động khi tham thị trường lao động.

3. Chương 2 cũng đã nêu đầy đủ những phân tích, nhận định về những yêu cầu, đòi hỏi trong việc xây dựng pháp luật lao động về HĐLĐ đối với NLĐNN. Pháp luật về HĐLĐ với NLĐNN là một nội dung của pháp luật lao động và là một phần trong hệ thống pháp luật quốc gia vì vậy phải tương đồng và không mâu thuẫn với các quy định khác của pháp luật lao động và của các ngành luật khác. Pháp luật điều chỉnh HĐLĐ đối với NLĐNN trong thời kỳ mới cũng phải phù hợp với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật quốc tế vì bản thân NLĐNN cũng là chủ thể trong quan hệ pháp luật lao động quốc tế.

Trên cơ sở những kiến thức lý luận tổng quan về HĐLĐ đối với NLĐNN, luận án tiếp tục nghiên cứu thực trạng pháp luật và thực tiễn thi hành pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN cùng vấn đề hoàn thiện pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN ở các chương sau.

CHƯƠNG 3: THỰC TRẠNG PHÁP LUẬT VÀ THỰC TIỄN THI HÀNH PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG LAO ĐỘNG ĐỐI VỚI NGƯỜI LAO ĐỘNG NƯỚC NGOÀI LÀM VIỆC TẠI VIỆT NAM

3.1. Quá trình hình thành và phát triển của pháp luật về hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam.

Quá trình hình thành và phát triển pháp luật HĐLĐ đối với NLĐNN được xem xét trong quá trình thay đổi, phát triển chung của pháp luật về HĐLĐ và pháp luật về NLĐNN làm việc tại Việt Nam. Luận án xác định các giai đoạn chính là thời điểm ban hành những văn bản quy phạm pháp luật quan trọng tác động đến tính chất, nội dung pháp luật lao động về HĐLĐ đối với NLĐNN.

3.1.1 Pháp luật về hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam từ khi chuyển đổi sang nền kinh tế thị trường đến trước khi ban hành Bộ luật lao động năm 1994.

Vào những thập kỷ cuối của thế kỷ hai mươi, tình hình chính trị, an ninh quốc tế thế giới có những biến chuyển rất phức tạp. Việt Nam sau chiến tranh là một nước nông nghiệp lạc hậu, sản xuất kém phát triển, quy mô nhỏ, mang nặng tính chất tự cấp tự túc, cơ chế quản lý tập trung quan liêu bao cấp, lạm phát tăng cao. Để khôi phục và phát triển kinh tế, xã hội, Đảng đã chủ trương mở cửa nền kinh tế, thực hiện công cuộc cải cách, đổi mới toàn diện nền kinh tế. Đại hội đại biểu toàn quốc của Đảng Cộng sản Việt Nam lần thứ VI (tháng 12/1986) đã có Nghị quyết về chủ trương đổi mới cơ chế quản lý kinh tế theo hướng *"xóa bỏ cơ chế tập trung, quan liêu, bao cấp, xây dựng nền kinh tế hàng hóa nhiều thành phần vận hành theo cơ chế thị trường có sự quản lý của nhà nước theo định hướng xã hội chủ nghĩa"*. Thể chế hóa đường lối đổi mới của Đảng, Hiến pháp năm 1992 khẳng định: *"Nhà nước thực hiện nhất quán chính sách phát triển nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa. Cơ cấu kinh tế nhiều thành phần với các hình thức sản xuất, kinh doanh đa dạng dựa trên chế độ sở hữu toàn dân, sở hữu tập thể, sở hữu tư nhân, trong đó sở hữu toàn dân và sở hữu tập thể là nền tảng"* (Điều 15). Quan

hệ lao động của Việt Nam đã có sự thay đổi cơ bản từ quan hệ hành chính chuyển sang quan hệ lao động hợp đồng. Thị trường lao động tồn tại nhiều loại quan hệ lao động với những tính chất khác nhau và thuộc đối tượng điều chỉnh của những ngành luật khác nhau.

Để hợp tác, giúp đỡ các tổ chức kinh tế Việt Nam, nhiều chuyên gia nước ngoài đã đến Việt Nam làm việc trong các xí nghiệp quốc doanh và xí nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài. Sau khi Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam năm 1987 ra đời, Hội đồng Bộ trưởng ban hành Quy chế lao động đối với các xí nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài theo Nghị định số 233-HĐBT ngày 22/06/1990 và 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 tạo cơ sở pháp lý thống nhất về việc sử dụng lao động có yếu tố nước ngoài vì quy chế này áp dụng cho cả NLĐ Việt Nam và NLĐNN. *“Đối với công việc đòi hỏi kỹ thuật cao hoặc để làm công việc quản lý mà phía Việt Nam chưa đáp ứng được, xí nghiệp được tuyển người nước ngoài cho một thời hạn nhất định theo đúng thủ tục do nhà nước Việt Nam quy định nhưng phải lập chương trình đào tạo để người Việt Nam có thể sớm làm được công việc đó”* (Điều 5 Nghị định 233-HĐBT) và *“....3.Tuyển người nước ngoài: a) Đối với công việc đòi hỏi kỹ thuật cao hoặc để làm việc quản lý mà phía Việt Nam chưa đáp ứng được, xí nghiệp có quyền tuyển người nước ngoài nhưng phải có văn bản đề nghị cơ quan lao động địa phương chấp thuận với các nội dung cơ bản: Công việc cần sử dụng người nước ngoài, thời hạn sử dụng cụ thể; Chương trình, kế hoạch cụ thể đào tạo người Việt Nam thay thế người nước ngoài; Đơn vị, tổ chức hoặc cá nhân chịu trách nhiệm về phí tổn đưa người nước ngoài vào Việt Nam và trở về nước”* (Phần II: tuyển dụng và đào tạo, Thông tư 19-LĐTBXH/TT). Như vậy, theo những văn bản này, NLĐNN đến Việt Nam làm việc phải là lao động có chuyên môn, trình độ nhằm thực hiện công việc đòi hỏi kỹ thuật cao hoặc để làm công việc quản lý mà phía Việt Nam chưa đáp ứng được. Họ phải có “Thẻ làm việc” theo mẫu của Bộ LĐTB&XH. Xí nghiệp muốn tuyển dụng NLĐNN phải có văn bản đề nghị và phải được cơ quan lao động địa phương là Sở LĐTB&XH chấp thuận. Tuy nhiên, do quy định mới dừng ở Nghị định, Thông tư nên hiệu lực pháp lý của văn bản chưa cao,

các quy định vẫn còn mang tính chung chung. Điều kiện về năng lực chủ thể của NLĐNN, điều kiện, trình tự thủ tục cấp Thẻ làm việc, hình thức xử lý những trường hợp không đủ điều kiện v.v... chưa được quy định cụ thể. Trong giai đoạn này, NLĐNN vào Việt Nam vẫn chưa nhiều, tính phức tạp của quan hệ HĐLĐ đối với NLĐNN chưa lớn nên pháp luật lao động cũng chưa chú trọng điều chỉnh.

3.1.2 Pháp luật về hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam từ khi ban hành Bộ luật lao động năm 1994 đến trước khi ban hành Bộ luật lao động năm 2012.

Sau khi Quốc hội ban hành Hiến pháp năm 1992, việc xác định quyền tự do kinh doanh của các chủ thể, quyền hoạt động đầu tư nước ngoài vào Việt Nam và sự hội nhập của Việt Nam với nền kinh tế quốc tế đã tác động không nhỏ đến thị trường lao động. Sự kiện pháp lý quan trọng là việc pháp điển hóa pháp luật lao động: ra đời Bộ luật lao động do Quốc hội khóa 9, kỳ họp thứ 5 thông qua ngày 23/6/1994, có hiệu lực kể từ ngày 1/1/1995 (được sửa đổi 3 lần vào các năm 2002, 2006, 2007). Mặc dù BLLĐ 1994 bao quát toàn bộ các chế định của pháp luật lao động nhưng các quy định dành cho NLĐNN lại không nhiều, chỉ có một mục chung "*Lao động cho các tổ chức, cá nhân nước ngoài tại Việt Nam, người nước ngoài lao động tại Việt Nam*" (Từ điều 131 đến điều 133 thuộc Mục V - Chương XI). Điểm mới là BLLĐ 1994 mở rộng đối tượng điều chỉnh là người nước ngoài làm việc thường xuyên cho các doanh nghiệp, tổ chức và cho cá nhân Việt Nam trên lãnh thổ Việt Nam (Điều 3). Trước đó, pháp luật lao động chỉ điều chỉnh lao động nước ngoài làm trong các xí nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài.

Hướng dẫn BLLĐ 1994 về lĩnh vực này có hai văn bản là Nghị định 58/CP ngày 03/10/1996 của Chính phủ về cấp GPLĐ cho người nước ngoài làm việc tại các doanh nghiệp, tổ chức ở Việt Nam và Thông tư 09/LĐTBXH-TT ngày 18/03/1997 của Bộ LĐTB&XH hướng dẫn thực hiện việc cấp GPLĐ cho người nước ngoài làm việc tại các doanh nghiệp, tổ chức ở Việt Nam. Nghị định 58/CP và Thông tư 09/LĐTBXH-TT quy định rất cụ thể việc cấp GPLĐ (GPLĐ thay thế cho “Thẻ làm việc”), từ điều kiện cấp, trình tự, thủ tục, thẩm quyền cấp đến thời hạn của

giấy phép. Tuy nhiên, những thẻ làm việc đã được cấp có thời hạn dưới 03 năm thì vẫn được tiếp tục sử dụng cho đến khi hết hạn. Người nước ngoài làm việc tại Việt Nam được quy định cụ thể là người không có quốc tịch Việt Nam theo Luật Quốc tịch Việt Nam và người Việt Nam định cư ở nước ngoài vào làm việc cho các doanh nghiệp, tổ chức tại Việt Nam đáp ứng đủ các điều kiện về độ tuổi, trình độ, chuyên môn, không có tiền án, tiền sự và không thuộc các trường hợp ngoại lệ. Các doanh nghiệp, tổ chức được sử dụng lao động là người nước ngoài trong thời hạn tối đa không quá 03 năm do vậy, thời hạn của GPLĐ không quá 03 năm (kể cả thời gian gia hạn). Cơ quan cấp GPLĐ được phân cấp: Bộ LĐTB&XH cấp GPLĐ cho lao động nước ngoài làm việc ở Việt Nam từ 03 tháng trở lên và Sở LĐTB&XH cấp GPLĐ cho lao động nước ngoài làm việc dưới 03 tháng hoặc những trường hợp được Bộ LĐTB&XH ủy quyền.

Hạn chế lớn nhất của hai văn bản này là chưa bao quát hết các đối tượng được phép sử dụng NLĐNN. Đó chính là lý do để Chính phủ ban hành Nghị định số 169/1999/NĐ-CP ngày 03/12/1999 sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định 58/CP và Bộ LĐTB&XH ban hành Thông tư 08/2000/TT-BLĐTB&XH ngày 29/03/2000 thay thế Thông tư 09/LĐTBXH-TT. Theo các văn bản này, chủ thể được sử dụng NLĐNN được bổ sung thêm: Hợp tác xã; nhà thầu (thầu chính, thầu phụ); Các cơ sở y tế, văn hóa, thể thao, giáo dục và đào tạo; văn phòng đại diện, chi nhánh của các công ty nước ngoài; ngân hàng liên doanh, chi nhánh ngân hàng liên doanh, chi nhánh tổ chức luật sư nước ngoài được phép hoạt động tại Việt Nam. Nghị định 169/1999/NĐ-CP bỏ quy định giới hạn thời hạn sử dụng lao động nước ngoài tối đa 03 năm mà thời hạn phù hợp với thời hạn của HĐLĐ (có thời hạn) đã giao kết. Bộ LĐTB&XH không cấp GPLĐ mà ủy quyền cho Sở LĐTB&XH và Ban quản lý khu công nghiệp. Thủ tục cấp GPLĐ đơn giản hơn (hồ sơ xin cấp GPLĐ giảm từ 03 bộ xuống còn 01 bộ, thời gian cấp cũng giảm từ 45 ngày xuống 15 ngày v.v...). Nghị định 169/1999/NĐ-CP bổ sung quy định cấp lại GPLĐ (khi bị mất, hỏng).

Năm 2002, BLLĐ 1994 được sửa đổi, bổ sung lần thứ nhất. Mục V “Lao động cho các tổ chức, cá nhân nước ngoài tại Việt Nam, người nước ngoài lao động

tại Việt Nam” chỉ sửa đổi, bổ sung hai điều 132, 133 nhưng lại là những nội dung rất quan trọng về HDLD đối với NLĐNN. Đó là quy định về tỉ lệ lao động nước ngoài mà các cá nhân, doanh nghiệp, tổ chức được phép tuyển dụng; thời hạn của GPLĐ; các trường hợp phải xin cấp GPLĐ và các đối tượng được phép sử dụng NLĐNN. Trên cơ sở đó, Chính phủ ban hành Nghị định 105/2003/NĐ-CP ngày 17/09/2003 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của BLLĐ về tuyển dụng và quản lý lao động nước ngoài tại Việt Nam thay thế Nghị định 58/CP và Nghị định 196/1999/NĐ-CP. Bộ LĐTB&XH ban hành Thông tư 04/2004/TT-BLĐTBXH ngày 10/03/2004 hướng dẫn thi hành một số điều của Nghị định 105/2003/NĐ-CP. Hai văn bản này điều chỉnh các vấn đề về tuyển dụng và quản lý lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam chứ không chỉ về việc cấp GPLĐ. Như vậy, sau giai đoạn mở cửa cho lao động nước ngoài nhưng lại thiếu những thiết chế cần thiết, Việt Nam đã phải hạn chế bằng việc định mức số lượng NLĐNN được phép tuyển dụng. Doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế được tuyển với tỷ lệ không quá 3% so với số lao động hiện có, nhưng nhiều nhất không quá 50 người, ít nhất được tuyển 01 người. Với các cơ quan, tổ chức khác, Nghị định 105/2003/NĐ-CP không quy định tỷ lệ, nhưng nếu muốn tuyển NLĐNN thì phải được sự chấp thuận của Chủ tịch UBND cấp tỉnh. Trường hợp doanh nghiệp có nhu cầu tuyển NLĐNN vào vị trí công việc mà lao động Việt Nam chưa đáp ứng được vượt số lượng quy định, thì được tuyển thêm nhưng không quá 50% so với số lao động được phép tuyển và phải được sự chấp thuận bằng văn bản của Chủ tịch UBND cấp tỉnh nơi doanh nghiệp đóng trụ sở chính. Chủ thể được sử dụng NLĐNN bổ sung thêm cơ quan, tổ chức quốc tế hoặc nước ngoài, cá nhân là người nước ngoài. Nghị định 105/2003/NĐ-CP còn bổ sung Chương III về thanh tra khen thưởng và xử lý vi phạm và lần đầu tiên pháp luật quy định hình thức chế tài “*trục xuất*” đối với NLĐNN (Điều 14).

Ngày 29/11/2005 Quốc hội thông qua Luật Đầu tư số 59/2005/QH11. Đây được coi là đạo luật có nhiều tiến bộ, thể hiện tinh thần hội nhập kinh tế quốc tế, xoá bỏ những sự phân biệt đối xử giữa đầu tư trong nước và đầu tư nước ngoài. Nhà đầu tư nước ngoài được hưởng nhiều ưu đãi về thuế, về tiền thuê đất v.v... và cả về

việc sử dụng lao động. Luật Đầu tư số 59/2005/QH11 quy định nhà đầu tư có quyền thuê lao động trong nước, thuê lao động nước ngoài làm công việc quản lý, lao động kỹ thuật, chuyên gia theo nhu cầu sản xuất, kinh doanh, trừ trường hợp điều ước quốc tế mà Cộng hòa XHCN Việt Nam là thành viên có quy định khác (Khoản 3 Điều 14). Trong bối cảnh đó, ngày 13/7/2005, Chính phủ đã ban hành Nghị định 93/2005/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung Nghị định 105/2003/NĐ-CP. Đối với các doanh nghiệp hoạt động trong các lĩnh vực đặc thù sử dụng ít lao động hoặc ở giai đoạn mới đầu tư, sản xuất chưa ổn định mà có nhu cầu tuyển NLĐNN vượt quá tỷ lệ 3% thì trình Chủ tịch UBND cấp tỉnh xem xét và chấp thuận bằng văn bản. Trường hợp các doanh nghiệp, tổ chức đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền của Việt Nam có quyết định phê duyệt dự án hoặc cấp giấy phép hoạt động trong đó có quy định số lượng NLĐNN được sử dụng thì không phải xin chấp thuận. Bổ sung thêm đối tượng được tuyển: Văn phòng điều hành của bên hợp danh trong hợp đồng hợp tác kinh doanh; các nhà thầu (thầu chính, thầu phụ) nước ngoài nhận thầu tại Việt Nam; các tổ chức hành nghề luật sư tại Việt Nam theo quy định của pháp luật Việt Nam v.v... Nghị định 93/2005/NĐ-CP bỏ đối tượng tổng giám đốc, phó tổng giám đốc, giám đốc, phó giám đốc *không thuộc* “các trường hợp không cần GPLĐ” vì thực tế rất nhiều doanh nghiệp thuê người nước ngoài giữ các chức vụ này nên về bản chất đây là quan hệ HĐLĐ.

Từ ngày 11/01/2007 Việt Nam chính thức trở thành thành viên của WTO, tất cả các cam kết của Việt Nam khi gia nhập WTO phải được ưu tiên áp dụng so với pháp luật quốc gia. Biểu cam kết về dịch vụ ngày 27/10/2006 của Việt Nam với WTO có hai phương thức cung cấp dịch vụ có thể ảnh hưởng đến việc người lao động nước ngoài vào Việt Nam làm việc đó là hiện diện thương mại và hiện diện thể nhân. Các phương thức này liên quan đến các vấn đề nhập cảnh và lưu trú của người nước ngoài và dẫn đến hàng loạt lao động nước ngoài đến Việt Nam. Tuy nhiên các đối tượng này *không phải* là NLĐNN vào Việt Nam làm việc theo HĐLĐ và chưa được pháp luật lao động trước đó điều chỉnh, vì vậy Chính phủ ban hành Nghị định 34/2008/NĐ-CP ngày 25/03/2008 quy định về tuyển dụng và quản lý người nước ngoài làm việc tại Việt Nam và Bộ LĐTB&XH có Thông tư

08/2008/TT-BLĐTBXH ngày 10/06/2008 hướng dẫn thi hành một số điều của Nghị định 34/2008/NĐ-CP. Tiếp đó, Chính phủ có Nghị định 46/2011/NĐ-CP ngày 17/6/2011 sửa đổi, bổ sung Nghị định 34/2008/NĐ-CP và Bộ LĐTB&XH có Thông tư 31/2011/TT-BLĐTBXH ngày 3/11/2011 hướng dẫn thi hành một số điều của Nghị định 34/2008/NĐ-CP và Nghị định số 46/2011/NĐ-CP (thay thế cho Thông tư 08/2008/NĐ-CP). NLĐNN làm việc theo HĐLĐ được xác định là một trong số những hình thức làm việc tại Việt Nam của người nước ngoài. Các văn bản này có nhiều điểm mới liên quan đến NLĐNN làm việc theo HĐLĐ như xóa bỏ hạn ngạch lao động nước ngoài được phép tuyển dụng, đơn giản hóa thủ tục hành chính trong việc xin cấp GPLĐ. Tuy nhiên, Nghị định 34/2008/NĐ-CP quy định khá rộng các doanh nghiệp, tổ chức được quyền sử dụng lao động nước ngoài nhưng không quy định Hộ kinh doanh. Hộ kinh doanh là hình thức cá nhân hoạt động kinh doanh phổ biến, có số lượng đăng ký kinh doanh khá lớn (Khoản 1 Điều 49 Nghị định 43/2010/NĐ-CP ngày 15/4/2010 về Đăng ký doanh nghiệp). Nghị định 34/2008/NĐ-CP cho phép người nước ngoài làm việc dưới 03 tháng không phải xin cấp GPLĐ khiến cho nhiều NLĐNN không đủ điều kiện cấp GPLĐ vẫn làm việc ở Việt Nam lâu dài một cách hợp pháp bằng cách ký các HĐLĐ dưới 03 tháng hoặc cứ sau thời gian gần 03 tháng lại làm thủ tục xuất cảnh và nhập cảnh trở lại. Thậm chí, nhiều lao động nước ngoài ở lại Việt Nam làm việc mà chỉ thông qua visa du lịch. Các doanh nghiệp, tổ chức tuyển dụng lao động nước ngoài phải đăng báo tuyển dụng nhưng việc này chỉ mang tính hình thức không chứng minh được việc tuyển NLĐNN là do không có lao động Việt Nam thay thế. Khoản 2 Điều 4 Nghị định 34/2008/NĐ-CP lại quy định NSDNLĐNN tuyển dụng NLĐNN thông qua tổ chức giới thiệu việc làm thì không phải thông báo trên báo trung ương và địa phương nên khó kiểm soát được số lượng NLĐNN. Nhà thầu nước ngoài (thầu chính, thầu phụ) được phép sử dụng NLĐNN nhưng thường xuyên không tuân thủ quy trình tuyển dụng. Chủ đầu tư khoán cho nhà thầu chính, nhà thầu chính lại thuê nhà thầu phụ và cuối cùng mọi hoạt động liên quan đến tuyển dụng, sử dụng NLĐNN do nhà thầu phụ tự quyết định.

3.1.3 Pháp luật về hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài làm việc ở Việt Nam từ khi ban hành Bộ luật lao động năm 2012 đến nay.

BLLĐ 1994 sau gần 20 năm thực hiện, đã tạo hành lang pháp lý cho NSDLĐ và NLD thiết lập quan hệ lao động, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của NLD và NSDLĐ. Tuy nhiên, mặc dù đã qua ba lần sửa đổi, bổ sung, nhưng BLLĐ 1994 mới chỉ đáp ứng một số yêu cầu phát sinh trong từng giai đoạn phát triển của nền kinh tế. Đảng và Nhà nước ta thấy cần phải sửa đổi BLLĐ 1994 một cách cơ bản và toàn diện, nhất là sau khi một số lĩnh vực thuộc đối tượng phạm vi điều chỉnh của Bộ luật đã được tách ra thành luật đơn hành, thì phải bảo đảm không trùng lặp, chồng chéo. Bên cạnh đó, một số bộ luật, đạo luật có những nội dung liên quan trực tiếp cũng đã được sửa đổi hoặc ban hành mới (Ví dụ: Luật Doanh nghiệp 2014, Luật Đầu tư 2014, Luật Đấu thầu 2013 v.v...). Trong bối cảnh hội nhập quốc tế sâu rộng của thập niên đầu thế kỷ 21, nước ta đã là thành viên của Liên hiệp quốc (UN), của Tổ chức Lao động quốc tế (ILO); của Hiệp hội các quốc gia Đông Nam Á (ASEAN), gia nhập Tổ chức thương mại thế giới (WTO). Bộ luật lao động phải phù hợp với thông lệ quốc tế, các công ước quốc tế, đặc biệt là những công ước quốc tế mà nước ta đã phê chuẩn.

Trên cơ sở tình hình kinh tế, chính trị, xã hội mới, BLLĐ 2012 đã kế thừa và phát triển các chế định còn phù hợp của BLLĐ 1994; sửa đổi những chế định không còn phù hợp và bổ sung thể chế hóa những vấn đề mới phát sinh trong quan hệ lao động. BLLĐ 2012 quy định rõ người nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam là công dân nước ngoài. Bổ sung điều kiện chung là công dân nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam phải tuân theo pháp luật Việt Nam, được pháp luật Việt Nam bảo vệ và còn phải tuân theo điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên. Đưa vào luật các quy định về điều kiện của lao động là công dân nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam: *“không phải là người phạm tội hoặc truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của pháp luật Việt Nam và pháp luật nước ngoài”*; *“có giấy phép do cơ quan nhà nước có thẩm quyền của Việt Nam cấp trừ các trường hợp được pháp luật quy định”* (hai điều kiện này trước đây được hướng dẫn trong Nghị định 34/2008/NĐ-CP). Bổ sung thêm hai điều kiện: Có năng lực hành vi dân sự đầy đủ và có trình độ

chuyên môn, tay nghề và sức khỏe phù hợp với yêu cầu công việc. 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). BLLĐ 2012 rút ngắn thời hạn GPLĐ là 02 năm. Luật hóa các quy định về các trường hợp không thuộc diện cấp GPLĐ và các trường hợp GPLĐ hết hiệu lực. Bỏ quy định về việc gia hạn GPLĐ, bỏ việc giới hạn số lượng và tỷ lệ khi tuyển dụng lao động nước ngoài.

Ngày 05/9/2013, Chính phủ ban hành Nghị định số 102/2013/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. Bộ LĐTB&XH ban hành Thông tư số 03/2014/TT-BLĐTBXH ngày 20/1/2014 hướng dẫn thi hành một số điều của Nghị định số 102/2013/NĐ-CP. Theo các văn bản này, chủ thể được sử dụng lao động nước ngoài được mở rộng bao gồm cả hộ kinh doanh, cá nhân kinh doanh (được cơ quan có thẩm quyền cho phép hoạt động kinh doanh). Bổ sung thêm một số lao động đặc thù (cầu thủ, bảo dưỡng máy bay v.v...). Chính phủ ban hành một loạt các Nghị quyết, Nghị định quan trọng: Nghị quyết số 47/NQ-CP ngày 08/7/2014 phần 4 quy định điều kiện đối với lao động là người nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam; Nghị định số 95/2013/NĐ-CP ngày 22/8/2013 quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực lao động, bảo hiểm xã hội, đưa NLD Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo HĐLĐ; Nghị định số 88/2015/NĐ-CP ngày 7/10/2015 sửa đổi, bổ sung Nghị định 95/2013/NĐ-CP; Nghị định số 73/2012/NĐ-CP ngày 26/09/2012 quy định về hợp tác, đầu tư của nước ngoài trong lĩnh vực giáo dục theo trình tự, thủ tục rút gọn, Nghị định số 87/2014/NĐ-CP ngày 22/9/2014 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 công nghệ tại Việt Nam, Nghị định số 64/2015/NĐ-CP ngày 06/8/2015 quy định cơ chế phối hợp giữa các Bộ, cơ quan ngang Bộ, Ủy ban nhân dân 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. Các Bộ, ngành liên quan cũng đã ra các văn bản hướng dẫn tạo thành khung pháp lý tương đối hoàn

chính. Trong quá trình thực hiện Nghị định số 102/2013/NĐ-CP và Thông tư số 03/2014/TT-BLĐTBXH phát sinh một số vấn đề: có những quy định bất hợp lý, khó thực hiện, một số thủ tục hành chính cần phải cải cách và rút gọn hơn nữa; ngược lại, cần bổ sung một số quy định để quản lý NLĐNN chặt chẽ hơn. Ngày 3/2/2016 Chính phủ ban hành 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 thay thế cho Nghị định số 102/2013/NĐ-CP. Ngày 25/10/2016 Bộ LĐTB&XH ban hành Thông tư số 40/2016/TT-BLĐTBXH hướng dẫn Nghị định số 11/2016/NĐ-CP.

Nghị định số 11/2016/NĐ-CP với những điểm mới quan trọng trong việc điều chỉnh NLĐNN làm việc tại Việt Nam theo hình thức HĐLĐ. Điều 3 giải thích rõ về các vị trí, công việc: “*Chuyên gia*”, “*Nhà quản lý*”, “*Giám đốc điều hành*” và “*Lao động kỹ thuật*”. Việc cấp, cấp lại GPLĐ có những điểm mới như bỏ quy định “*hàng năm*” NSDNLĐNN phải xác định nhu cầu sử dụng NLĐNN đối với từng vị trí công việc, vì thực tế điều này là bất hợp lý (Điểm a Khoản 1 Điều 4). Việc xác định trước nhu cầu trong một năm khó đảm bảo chính xác và nhu cầu sử dụng lao động còn có thể phát sinh đột xuất. Quy định chủ thể có thẩm quyền xem xét chấp thuận nhu cầu sử dụng lao động nước ngoài là Chủ tịch UBND cấp tỉnh “*nơi NLĐNN dự kiến làm việc*”, trước đây là quy định là nơi “*NSDNLĐNN có trụ sở chính*” (không đảm bảo được hiệu quả quản lý vì có nhiều trường hợp NLĐNN không làm việc tại trụ sở chính).

Điều 5 Nghị định số 11/2016/NĐ-CP đã bỏ quy định đánh giá, lựa chọn nhà thầu phải thực hiện các quy định về sử dụng lao động đã nêu trong hồ sơ mời thầu, hồ sơ yêu cầu và các quy định của pháp luật đấu thầu Việt Nam vì không khả thi. Bổ sung trách nhiệm của UBND cấp tỉnh trong quản lý lao động nước ngoài (Khoản 1 Điều 6). Sửa đổi, bổ sung tại Khoản 2 Điều 7 về các trường hợp lao động nước ngoài khác không thuộc diện cấp GPLĐ. Bổ sung đối tượng ở điểm (e) “*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*” vì việc chuẩn bị giấy tờ trong hồ sơ đề nghị cấp GPLĐ mất nhiều thời gian trong khi thời gian làm việc rất ngắn đặc biệt trong trường hợp để

xử lý những sự cố, tình huống khẩn cấp. Bổ sung thêm đối tượng ở điểm h, i và k vì thực tiễn sử dụng lao động đã có đối tượng này nhưng pháp luật chưa điều chỉnh.

Khoản 2 Điều 8 Nghị định số 11/2016/NĐ-CP quy định cơ quan xem xét xác nhận NLĐNN không thuộc diện cấp GPLĐ là Sở LĐTB&XH “*nơi người nước ngoài dự kiến làm việc*” (quy định cũ là “*nơi người nước ngoài thường xuyên làm việc*” không thể xác định được nếu họ chưa vào Việt Nam làm việc). Về điều kiện cấp GPLĐ, Điều 9 Nghị định số 11/2016/NĐ-CP bỏ quy định về điều kiện hành nghề đối với NLĐNN hành nghề khám bệnh, chữa bệnh, trực tiếp khám bệnh, chữa bệnh tại Việt Nam hoặc làm việc trong lĩnh vực giáo dục đào tạo và dạy nghề vì pháp luật chuyên ngành đã quy định. Đối với Hồ sơ đề nghị cấp GPLĐ, giảm bớt thủ tục hành chính nhưng vẫn đảm bảo nhân thân của NLĐNN khi chỉ yêu cầu NLĐNN nộp một trong hai loại giấy xác nhận là phiếu lý lịch tư pháp hoặc văn bản xác nhận NLĐNN không phải là người phạm tội hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự do nước ngoài hoặc Việt Nam cấp (khoản 3 điều 10), bỏ quy định phải nộp văn bản của Chủ tịch UBND cấp tỉnh về việc chấp thuận sử dụng NLĐNN (văn bản chấp thuận sử dụng NLĐNN đã có tại cơ quan cấp GPLĐ, việc yêu cầu nộp lại giấy tờ này là không cần thiết và tăng thủ tục hành chính). Bổ sung Khoản 8 Điều 10 về Hồ sơ đề nghị cấp GPLĐ đối với một số trường hợp đặc biệt, quy định này để giảm bớt một số giấy tờ trong hồ sơ đề nghị cấp GPLĐ và NLĐNN có thể sử dụng lại những giấy tờ còn hiệu lực. Rút ngắn thời hạn xem xét cấp giấy phép của Sở LĐTB&XH từ 10 ngày còn 07 ngày làm việc, kể từ ngày nhận đủ hồ sơ đề nghị cấp GPLĐ. Khoản 3 Điều 12 bỏ quy định “*phải nộp bản sao GPLĐ*” vì chính Sở LĐTB&XH là cơ quan cấp GPLĐ. Tăng thời hạn được đề nghị cấp lại GPLĐ từ không quá 15 ngày lên không quá 45 ngày nhằm tạo điều kiện cho NSĐNLĐNN và NLĐNN chủ động kế hoạch và thời gian nộp hồ sơ đề nghị cấp GPLĐ trước khi GPLĐ hết hạn, tránh những vi phạm nằm ngoài ý muốn chủ quan của họ (Khoản 2 Điều 15). Bổ sung trường hợp thu hồi hồ GPLĐ do NSĐNLĐNN hoặc NLĐNN không thực hiện đúng quy định, bổ sung trình tự thu hồi GPLĐ, tăng cường trách nhiệm của NSĐLĐ và bổ sung trách nhiệm của Giám đốc Sở LĐTB&XH (khoản 2 và 3 Điều 17).

Cuối cùng, về trách nhiệm thi hành của các cơ quan nhà nước: Điểm b Khoản 1 Điều 20 bổ sung thêm trách nhiệm mới của Bộ LĐTB&XH nhằm tăng hiệu quả quản lý lao động nước ngoài và đảm bảo sự tương đồng về thẩm quyền hành chính cũng như tư cách ngoại giao. Bổ sung trách nhiệm của Bộ Công an về việc chia sẻ, cung cấp thông tin cần thiết để cùng phối hợp quản lý NLĐNN (Khoản 2); trách nhiệm liên quan của Bộ Tài chính (Khoản 3); trách nhiệm của Bộ Công thương (Khoản 4).

Cùng với Nghị định số 11/2016/NĐ-CP, Thông tư 40/2016/TT-BLĐTBXH việc sử dụng NLĐNN 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.

3.2. Thực trạng người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam theo hình thức hợp đồng lao động.

Đánh giá tình hình và thực trạng NLĐNN là việc tại Việt Nam theo hình thức HĐLĐ chủ yếu dựa trên các số liệu về NLĐNN làm việc theo HĐLĐ của các báo cáo trong những năm gần đây của cơ quan quản lý trực tiếp NLĐNN là Cục Việc làm - Bộ LĐTB&XH [48], [49], [50], [51]. Ngoài ra có tham khảo thông tin, số liệu trong các nghiên cứu khác.

Dưới góc độ quản lý, tính đến tháng 7/2016 cả nước có tổng số 81.791 người nước ngoài đang làm việc, trong đó số lao động không thuộc diện cấp GPLĐ là 5.633 người (chiếm 6,9% trên tổng số lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam); Số lao động nước ngoài thuộc diện cấp GPLĐ là 76.158 (chiếm 94,8%), trong đó số người đã được cấp GPLĐ là 72.218 người (chiếm 94,8% số người thuộc diện cấp GPLĐ); số còn lại 3.939 người (chiếm 5,2%) bao gồm số người đã nộp hồ sơ chờ cấp GPLĐ, số người đang hoàn thiện các giấy tờ trong hồ sơ đề nghị cấp GPLĐ. Lao động nước ngoài đến từ 110 quốc gia, trong đó lao động mang quốc tịch Trung Quốc là 25.274 người (chiếm 30,9%); lao động mang quốc tịch Hàn Quốc là 14.968 người (chiếm 18,3%); lao động mang quốc tịch Đài Loan (Trung Quốc) là 10.551 người (chiếm 12,9%); lao động mang quốc tịch Nhật

Bản là 7.770 người (chiếm 9,5%); còn lại lao động đến từ các quốc gia khác là 23.229 người (chiếm 28,4%). Lao động 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...

Tình hình cụ thể về lao động nước ngoài tại những địa phương có nhiều lao động nước ngoài đến làm việc như sau:

Tại thành phố Hồ Chí Minh: tính đến hết tháng 9/2014 tổng số lao động nước ngoài làm việc trên địa bàn là 17.744 người (lao động Trung Quốc là 2.233 người, chiếm 12,6% tập trung chủ yếu tại các doanh nghiệp, tổ chức sản xuất, kinh doanh). Riêng trong 9 tháng đầu năm 2014, thành phố Hồ Chí Minh có 6.315 hồ sơ đề nghị cấp GPLĐ, trong đó đã cấp GPLĐ cho 5.303 trường hợp, chiếm 83,9% (cấp mới là 4.277 trường hợp, cấp lại là 1.026 trường hợp); số còn lại 1.012 hồ sơ thì có 357 hồ sơ đang xử lý và 655 hồ sơ trả lại để hoàn thiện.

Tại thành phố Hà Nội: tính đến hết tháng 9/2014 tổng số lao động nước ngoài làm việc trên địa bàn là 9.340 người (lao động Trung Quốc là 1.088 người, chiếm 11,6% tập trung chủ yếu tại các doanh nghiệp, tổ chức sản xuất, kinh doanh). Riêng trong 9 tháng đầu năm 2014, thành phố Hà Nội có 3.800 hồ sơ đề nghị cấp GPLĐ, trong đó đã cấp GPLĐ cho 2.626 trường hợp, chiếm 69,1%; số còn lại 1.174 hồ sơ thì có 799 hồ sơ đang xử lý và 375 hồ sơ trả lại để hoàn thiện.

Tại tỉnh Hà Tĩnh: tính đến 21/10/2014 tổng số NLĐNN làm việc tại Vũng Áng (thuộc Khu kinh tế Hà Tĩnh) là 5.917 người (lao động Trung Quốc là 4.268 người, chiếm 72,1% tập trung chủ yếu tại Dự án Formosa Hà Tĩnh). Trong tổng số 5.917 NLĐNN làm việc tại Vũng Áng thì số lao động không thuộc diện cấp phép là 195 người (chiếm 3,3%); Số NLĐNN đã được cấp phép tại các địa phương khác đến làm việc tại Vũng Áng là 231 người (chiếm 3,9%). Số lao động phải cấp phép là 5.491 người (chiếm 92,8% NLĐNN đang làm việc tại Vũng Áng). Trong đó, số NLĐNN đã được cấp giấy phép là 4.396 người (chiếm 80,1%); Số lao động đã có hồ sơ nộp chờ cấp phép là 670 người (chiếm 12,2%); Số lao động còn lại đang hoàn thiện hồ sơ (khám sức khỏe, dịch chứng thực, lý lịch tư pháp, chuyển đổi visa.v.v...) là 425 người (chiếm 7,7%). Trong tổng số 4.268 lao động Trung Quốc làm việc tại Vũng Áng thì số lao động Trung Quốc phải cấp phép là 4.115 người

(chiếm 96,4%). Trong đó, số lao động đã được cấp giấy phép là 3.088 người (chiếm 75,0%); Số lao động đã có hồ sơ nộp chờ cấp phép là 670 người (chiếm 16,3%); Số lao động đang hoàn thiện hồ sơ (khám sức khỏe, dịch chứng thực, lý lịch tư pháp, chuyển đổi visa,...) là 357 người (chiếm 8,7%).

Tại tỉnh Bình Dương: tính đến hết tháng 9/2014 tổng số lao động nước ngoài làm việc trên địa bàn là 10.796 người (lao động Trung Quốc là 4.370 người, chiếm 40,5% tập trung chủ yếu tại các doanh nghiệp, tổ chức sản xuất, kinh doanh). Số lao động nước ngoài không thuộc diện cấp GPLĐ là 1.075 người (chiếm 10%); số người phải cấp GPLĐ là 9.721 người, trong đó số đã được cấp GPLĐ là 8.279 người (chiếm 85,2% tổng số người phải cấp GPLĐ), còn lại là 1.442 người, bao gồm số người đã nộp hồ sơ chờ cấp GPLĐ và số người đang hoàn thiện các giấy tờ trong hồ sơ đề nghị cấp GPLĐ (chiếm 14,8%). Trong số 4.370 NLD Trung Quốc có 1.609 người (chiếm 36,8%) làm việc ở vị trí là nhà quản lý, giám đốc điều hành; 2.153 người (chiếm 49,3%) làm việc ở vị trí là chuyên gia và 608 người làm việc ở vị trí là lao động kỹ thuật (13,9%).

Tại tỉnh Trà Vinh: tính đến hết tháng 9/2014 tổng số lao động nước ngoài làm việc trên địa bàn là 1.813 người (lao động Trung Quốc là 1.722 người, chiếm 94,9% tập trung chủ yếu tại Dự án Nhà máy Nhiệt điện Duyên Hải I). Số lao động nước ngoài không thuộc diện cấp GPLĐ là 15 người (chiếm 0,8%); số lao động phải cấp GPLĐ là 1.798, trong đó số đã được cấp giấy phép là 1.221 người (chiếm 67,9% tổng số người phải cấp GPLĐ), còn lại là 577 người, bao gồm số người đã nộp hồ sơ chờ cấp GPLĐ, số người đang hoàn thiện các giấy tờ trong hồ sơ đề nghị cấp GPLĐ và chờ Chủ tịch UBND tỉnh phê duyệt nhu cầu sử dụng (chiếm 32,1%). Trong số 1.722 NLD Trung Quốc có 158 người (chiếm 9,2%) làm việc ở vị trí là nhà quản lý, giám đốc điều hành; 162 người (chiếm 9,4%) làm việc ở vị trí là chuyên gia và 1.402 người làm việc ở vị trí là lao động kỹ thuật (chiếm 81,4%).

Tại tỉnh Bình Thuận: tính đến hết tháng 9/2014 tổng số lao động nước ngoài làm việc trên địa bàn là 783 người (lao động Trung Quốc là 528 người, chiếm 67,4% tập trung chủ yếu ở Dự án Nhà máy Nhiệt điện Vĩnh Tân II). Số lao động nước ngoài không thuộc diện cấp GPLĐ là 145 người (chiếm 18,5%); số người phải cấp GPLĐ là 638 người, trong đó đã cấp GPLĐ là 421 người (chiếm 66% tổng số người phải cấp GPLĐ), còn lại là 217 người, bao gồm số người đã nộp hồ sơ chờ cấp GPLĐ và số người đang hoàn thiện các giấy tờ trong hồ sơ đề nghị cấp GPLĐ

(chiếm 34%). Trong số 528 NLD Trung Quốc có 58 người (chiếm 11,0%) không thuộc diện cấp GPLĐ; số người phải cấp GPLĐ là 470 người, trong đó số người đã cấp GPLĐ là 258 người (chiếm 54,9% tổng số người phải cấp GPLĐ), còn lại là 212 người, bao gồm số người đã nộp hồ sơ chờ cấp GPLĐ và số người đang hoàn thiện các giấy tờ trong hồ sơ đề nghị cấp GPLĐ (chiếm 45,1%).

Tỷ lệ lao động nước ngoài được cấp GPLĐ tăng dần qua các năm được thể hiện qua bảng số liệu sau:

*	Tổng số lao động nước ngoài	Năm 2011		Năm 2012		Năm 2013		Năm 2014		Năm 2015	
		63.557	%	70.362	%	72.172	%	76.309	%	83.585	%
1	Số lao động không thuộc diện cấp GPLĐ	6.356	10,0	4.185	5,9	6.903	9,6	5.610	7,4	5.676	6,8
2	Số lao động thuộc diện phải cấp phép	57.201	90,0	66.177	94,1	65.269	90,4	70.699	92,6	77.909	93,2
2.1	Số lao động đã được cấp phép	33.622	58,8	39.797	60,1	43.336	66,4	55.263	78,2	73.534	94,4
2.2	Số lao động chưa cấp GPLĐ	23.580	41,2	26.380	39,9	21.933	33,6	15.436	21,8	4.375	5,6

Bảng số liệu trong Báo cáo của Cục Việc làm – Bộ LĐTB&XH tháng 8/2016 [49]

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 giấy phép lao động 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....Theo số liệu tổng hợp của các địa phương mới nhất trong tháng 1/2017 của Cục Việc làm - Bộ LĐTB&XH [48]: cả nước có tổng số 79.786 lao động nước ngoài đang làm việc, trong đó: số lao động 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 người đã nộp hồ sơ chờ cấp GPLĐ, số người đang hoàn thiện các giấy tờ trong hồ sơ đề nghị cấp GPLĐ.

Xem xét về nhu cầu sử dụng NLĐNN qua tỷ lệ sử dụng NLĐNN trong các doanh nghiệp, tổ chức chúng ta thấy: loại hình doanh nghiệp chiếm tỷ lệ lớn nhất (68,6%) trong các đơn vị có sử dụng NLĐNN, 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 NLĐNN. Về số lượng NLĐNN được sử dụng: có đến 34% doanh nghiệp, đơn vị sử dụng từ 1 đến 2 NLĐNN, 27% doanh nghiệp, đơn vị sử dụng từ 3 đến 5 NLĐNN. NLĐNN chủ yếu giữ những vị trí quan trọng như quản lý, giám đốc điều hành (20,6%), chuyên gia kỹ thuật (29,1%) chỉ có 5% là nghệ nhân. Lĩnh vực mà NLĐNN làm việc nhiều nhất là dịch vụ khoa học công nghệ, giáo dục y tế (20,1%); Lĩnh vực xây dựng (20,8%), Lĩnh vực công nghiệp chế biến, chế tạo (14,4%); Lĩnh vực nông lâm thủy sản (12,8%), Lĩnh vực khách sạn, nhà hàng (10,1%) các lĩnh vực khác từ 1 đến 5%. Nếu đối chiếu theo tỉnh, thành phố khảo sát thì NLĐNN thường tập trung vào ngành nghề mũi nhọn ở địa phương. Các số liệu này lấy từ kết quả khảo sát 200 doanh nghiệp, tổ chức (tại 9 tỉnh, thành phố) năm 2012 [84, Trang 24 - 27].

Còn theo kết quả khảo sát tình hình sử dụng NLĐNN 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 [202], thì NLĐNN được tuyển dụng với nhiều lý do nhưng nguyên nhân chủ yếu vẫn là tuyển dụng cho các vị trí đòi hỏi trình độ, chuyên môn kỹ thuật cao. Số liệu cụ thể: 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 NLĐNN được tuyển dụng trong doanh nghiệp không lớn: 50% các doanh nghiệp tham gia khảo sát sử dụng không quá 5 NLĐNN; 62% NLĐNN 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% NLĐNN

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 NLĐNN: 71% công ty được khảo sát có thuê NLĐNN làm việc tại Việt Nam dưới 3 tháng. Thời gian làm việc của NLĐNN từ 3 đến 5 năm (chiếm 60%), gắn bó lâu dài với doanh nghiệp từ 6 năm trở lên (khoảng 23%).

Một điểm tiêu cực cần phải lưu ý trong thực trạng NLĐNN làm việc tại Việt Nam đó là vẫn tồn tại số lượng lớn lao động nước ngoài không có GPLĐ (trong đó có nhiều lao động phổ thông) hay còn gọi là lao động 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 lao động Việt Nam và lao động nước ngoài). Nhu cầu sử dụng lao động của các nhà thầu rất lớn, trong khi khả năng cung ứng lao động Việt Nam của các tổ chức dịch vụ việc làm còn hạn chế và phụ thuộc vào số lượng và chất lượng nguồn nhân lực của địa phương đó và các địa phương lân cận. Chính vì vậy mà 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 lao động nước ngoài tại Nhà máy điện đạm Cà Mau (do liên danh nhà thầu Wuhuan Engineering Co., Ltd - WEC và China National Machinery Import and Export Corporation CMC làm tổng thầu đã phát hiện rất nhiều lao động phổ thông người Trung Quốc không có GPLĐ. Trong số 1.728 lao động người Trung quốc thì chỉ có 677 có giấy phép. Công trường nhà máy Alumi Nhân Cơ (huyện Đắc R'Lấp, tỉnh Đắc Nông), kiểm tra giữa tháng 7/2011 có 267 lao động Trung Quốc, trong đó có 252 người làm việc trên 3 tháng nhưng chỉ có 67 người được Sở LĐTB&XH tỉnh Đắc Nông cấp GPLĐ [85].

Cơ quan nhà nước đã thanh tra, kiểm tra các địa phương, chấn chỉnh việc thực hiện quản lý NLĐNN 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 NLĐNN và xử lý 08 trường hợp không có GPLĐ...[48]. Các Sở LĐTB&XH 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.

3.3. Thực trạng pháp luật hiện hành về giao kết, thực hiện, chấm dứt hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam.

Pháp luật hiện hành về giao kết, thực hiện, chấm dứt HĐLĐ với NLĐNN được thực hiện theo quy định pháp luật chung về HĐLĐ, nhưng cần phải được phân tích thêm vì liên quan đến đặc trưng của HĐLĐ đối với NLĐNN.

3.3.1 Giao kết hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài.

Giao kết HĐLĐ là bước đầu tiên trong việc sử dụng lao động nước ngoài để hình thành nên quan hệ HĐLĐ. Tìm hiểu giao kết HĐLĐ với NLĐNN cần xem xét các điều kiện về chủ thể và thủ tục tuyển dụng.

3.3.1.1 Điều kiện năng lực chủ thể

Chủ thể trong quan hệ HĐLĐ đối với NLĐNN là “*Người lao động nước ngoài*” và “*người sử dụng người lao động nước ngoài*”. Các chủ thể này phải đáp ứng các điều kiện về năng lực chủ thể thì mới có thể tham gia vào quan hệ HĐLĐ.

Thứ nhất là điều kiện đối với chủ thể NLĐNN. NLĐNN vào làm việc tại Việt Nam theo HĐLĐ phải đáp ứng đầy đủ các điều kiện chung đối với người nước ngoài khi nhập cảnh, xuất cảnh, cư trú tại Việt Nam. Tự do đi lại, cư trú, di cư là những quyền cơ bản của con người (bao gồm cả tự do đi lại trong một lãnh thổ quốc gia và đi vào lãnh thổ của một quốc gia khác và từ nước khác về nước mình – quyền xuất cảnh, nhập cảnh, cư trú để làm ăn sinh sống, học tập, thương mại, du lịch). Người nước ngoài vào Việt Nam làm việc theo HĐLĐ cũng là một trong các đối tượng điều chỉnh của pháp luật xuất cảnh, nhập cảnh và cư trú. Các cơ quan nhà nước có thẩm quyền xem xét các điều kiện và giải quyết thủ tục nhập cảnh, xuất cảnh, cư trú đối với các chủ thể này theo quy định của pháp luật quốc gia, và các điều ước quốc tế về xuất cảnh, nhập cảnh, cư trú mà nhà nước Việt Nam ký kết hoặc tham gia. Pháp luật nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú của người nước ngoài tại Việt Nam xác định nguyên tắc, điều kiện, trình tự, thủ tục, quyền và nghĩa vụ của người nước ngoài nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú tại Việt Nam; quyền và trách nhiệm của cơ quan quản lý nhà nước Việt Nam, của cơ quan, tổ chức, cá nhân trong hoạt động nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú của người nước ngoài tại Việt Nam. Người nước ngoài có nhiều hộ chiếu chỉ được sử dụng một hộ chiếu để nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú tại Việt Nam. Nước Việt Nam tạo điều kiện thuận lợi đối với việc nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh của người

nước ngoài vào Việt Nam làm việc theo HĐLĐ; 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. Điều kiện nhập cảnh đối với NLĐNN làm việc theo HĐLĐ chính là điều kiện được cấp thị thực theo quy định tại điều 10 Luật Nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú năm 2014:

- Có hộ chiếu hoặc giấy tờ có giá trị đi lại quốc tế.
- Có cơ quan, tổ chức, cá nhân tại Việt Nam mời, bảo lãnh, trừ trường hợp quy định của pháp luật
- Không thuộc các trường hợp chưa cho nhập cảnh quy định của pháp luật .

Thị thực là loại giấy tờ do cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam cấp, cho phép người nước ngoài nhập cảnh Việt Nam. Người nước ngoài nhập cảnh theo diện đơn phương miễn thị thực thì hộ chiếu phải còn thời hạn sử dụng ít nhất 06 tháng và phải cách thời điểm xuất cảnh Việt Nam lần trước ít nhất 30 ngày. Thị thực của NLĐNN vào làm việc theo HĐLĐ là thị thực có ký hiệu “LD”. (Khoản 16 Điều 8 Luật Nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú năm 2014) [28] và khi đề nghị cấp thị thực NLĐNN phải có giấy tờ chứng minh mục đích nhập cảnh là GPLĐ theo quy định của pháp luật lao động. Thị thực có giá trị một lần hoặc nhiều lần và không được chuyển đổi mục đích, thị thực được cấp riêng cho từng người lao động, được cấp vào hộ chiếu hoặc cấp rời.

NLĐNN làm việc theo hình thức HĐLĐ 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. Người Việt Nam định cư ở nước ngoài có thể là người đã từng có quốc tịch Việt Nam, nay đang cư trú, làm ăn sinh sống ở nước ngoài và đang mang quốc tịch nước ngoài và có thể vẫn mang quốc tịch Việt Nam. Nếu người Việt Nam định cư ở nước ngoài về nước tham gia quan hệ lao động với tư cách NLĐ làm việc theo HĐLĐ thì họ sẽ được xem xét xác định pháp luật điều chỉnh. Nếu không còn quốc tịch Việt Nam thì họ được áp dụng pháp luật về NLĐNN.

Điều kiện đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam theo hình thức HĐLĐ là: (a) Có năng lực hành vi dân sự đầy đủ; (b) Có trình độ chuyên môn, tay nghề và sức khỏe phù hợp với yêu cầu công việc; (c) 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 và (d) phải có GPLĐ do cơ quan lao động có thẩm quyền cấp (Khoản 1 Điều

169 BLLĐ 2012). GPLĐ được coi là cơ sở pháp lý quan trọng đảm bảo điều kiện pháp lý để NLĐ có quốc tịch nước ngoài được làm việc hợp pháp tại Việt Nam. GPLĐ có thời hạn tối đa là 02 năm và có thể bị cấp lại hoặc thu hồi theo quy định của pháp luật Việt Nam. Khi làm thủ tục liên quan đến xuất cảnh, nhập cảnh NLĐNN phải xuất trình GPLĐ. NLĐNN làm việc tại Việt Nam theo HĐLĐ không có GPLĐ bị trục xuất theo quy định của pháp luật Việt Nam. NLĐNN vào làm việc 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 1 năm thì không thuộc diện cấp GPLĐ (điểm e khoản 2 Điều 7 Nghị định 11/2016/NĐ-CP). GPLĐ hết hiệu lực trong những trường hợp theo quy định tại Điều 174 BLLĐ 2012.

Thứ hai là điều kiện đối với chủ thể NSĐNLĐNN. Chủ thể được tuyển dụng lao động nước ngoài theo HĐLĐ là chủ thể có giới hạn (chủ thể có điều kiện). NSĐNLĐNN chính là những NSĐLĐ nhưng có đòi hỏi chặt chẽ hơn ở điều kiện sử dụng lao động và trách nhiệm trong quá trình tuyển dụng và sử dụng lao động.

Nghị định 102/2013/NĐ-CP (đã hết hiệu lực) và Nghị định 11/2016/NĐ-CP sử dụng từ “NSĐNLĐNN” để chỉ chủ thể trong quan hệ HĐLĐ với NLĐNN. Còn trong các văn bản pháp luật ban hành trước đó chỉ sử dụng cách dùng từ chung là “NSĐLĐ”. Theo quan điểm của luận án và qua các phân tích ở chương 2 luận án thì nên sử dụng các dùng từ là “NSĐNLĐNN” để xác định, phân biệt chính xác chủ thể và đặc tính chủ thể của quan hệ HĐLĐ đối với NLĐNN. Tuy nhiên, cần lưu ý là trong toàn văn Nghị định 11/2016/NĐ-CP thì lại không thống nhất khi sử dụng cách dùng từ này (có thể đây là lỗi kỹ thuật).

Theo quy định tại khoản 2 điều 2 Nghị định 11/2016/NĐ-CP, NSĐNLĐNN 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 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 2013).

- Văn phòng đại diện, chi nhánh của doanh nghiệp, cơ quan, tổ chức được cơ quan có thẩm quyền cấp phép thành lập. 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. Ngành nghề kinh doanh của chi nhánh phải đúng với ngành nghề kinh doanh của doanh nghiệp; 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).

- 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 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. *“Hợp tác xã là tổ chức kinh tế tập thể, đồng sở hữu, có tư cách pháp nhân, do ít nhất 07 thành viên tự nguyện thành lập và hợp tác tương trợ lẫn nhau trong hoạt động sản xuất, kinh doanh, tạo việc làm nhằm đáp ứng nhu cầu chung của thành viên, trên cơ sở tự chủ, tự chịu trách nhiệm, bình đẳng và dân chủ trong quản lý hợp tác xã. Liên hiệp hợp tác xã là tổ chức kinh tế tập thể, đồng sở hữu, có tư cách pháp nhân, do ít nhất 04 hợp tác xã tự nguyện thành lập và hợp tác tương trợ lẫn nhau trong hoạt động sản xuất, kinh doanh nhằm đáp ứng nhu cầu chung của hợp tác xã thành viên, trên cơ sở tự chủ, tự chịu trách nhiệm, bình đẳng và dân chủ trong quản lý liên hiệp hợp tác xã”* (Điều 3 Luật hợp tác xã 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. Quy định này của Nghị định 11/2016/NĐ-CP là chưa chính xác vì khái niệm “*Cá nhân được phép hoạt động kinh doanh*” bao gồm cả “*Hộ kinh doanh*”. Theo pháp luật hiện hành thì Hộ kinh doanh được hiểu là chủ thể được thành lập theo quy định của Nghị định 78/2015/NĐ-CP về đăng lý doanh nghiệp (từ điều 66 đến điều 79). Được phép hoạt động kinh doanh thể hiện ở sự cho phép của nhà nước mà hình thức là giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh. Hộ kinh doanh không có tư cách pháp nhân vì vậy khi giao kết HĐLĐ thì vẫn xác định đó là HĐLĐ với NSDLĐ là cá nhân.

Nếu là “*Cá nhân được phép hoạt động kinh doanh*” thì có hai loại chủ thể:

+ Thứ nhất là chủ doanh nghiệp tư nhân hoạt động theo Luật Doanh nghiệp 2014. Doanh nghiệp tư nhân không có tư cách pháp nhân nên việc cá nhân đăng ký thành lập doanh nghiệp tư nhân về bản chất vẫn là cá nhân kinh doanh.

+ Thứ hai là những cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên không phải đăng ký kinh doanh theo quy định của Nghị định số 39/2007/NĐ-CP. Cá nhân hoạt động thương mại là “*cá nhân tự mình hàng ngày thực hiện một, một số hoặc toàn bộ các hoạt động được pháp luật cho phép về mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ và các hoạt động nhằm mục đích sinh lợi khác nhưng không thuộc đối tượng phải đăng ký kinh doanh*” (Khoản 1 Điều 3 Nghị định 39/2007/NĐ-CP). Họ là những người kinh doanh, buôn bán nhỏ lẻ, buôn bán vật v.v... Cá nhân được phép hoạt động kinh doanh còn có thể được hiểu là hộ gia đình, tổ hợp tác hoạt động kinh doanh (chủ thể hạn chế, không có tư cách pháp nhân theo quy định tại điều 101 của Bộ luật dân sự 2015).

Như vậy cần xác định rõ hơn về cá nhân được phép hoạt động kinh doanh. Cần cân nhắc về chủ thể là cá nhân hoạt động thương mại theo quy định của Nghị định 39/2007/NĐ-CP. Năng lực chủ thể 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. Cũng có quan điểm cho rằng những cá

nhân kinh doanh, hộ gia đình, tổ hợp tác do hoạt động kinh doanh có thể có nhu cầu tuyển dụng lao động nước ngoài, tuy nhiên thực tế cho thấy số lượng rất ít, trong các cuộc khảo sát, điều tra thì ngay cả hợp tác xã cũng không có tuyển dụng lao động nước ngoài.

Nghị định nên quy định rõ 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 về tính hợp pháp, điều kiện đảm bảo các quyền lợi cho NLĐNN cũng như điều kiện để nhà nước thanh tra, kiểm tra việc tuyển dụng, sử dụng lao động nước ngoài.

Qua thực tiễn giải quyết tranh chấp thì việc xác định NSĐNLĐNN cũng rất quan trọng vì liên quan đến việc xác định tính chất quan hệ hợp đồng. Có vụ việc, Tòa án đã phải xác định trên cơ sở quan hệ HĐLĐ thực tế vì các bên có thể vô ý hoặc cố ý nhằm lẫn giữa chủ thể là NSĐNLĐNN và xác định không chính xác loại quan hệ hợp đồng. Xem xét Bản án số 822/2015/LĐ-PT ngày 08/7/2015 V/v “Tranh chấp đơn phương chấm dứt HĐLĐ” tại TAND thành phố Hồ Chí Minh [147]. Công ty Y & R 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 Y&R Việt Nam dưới hình thức luân chuyển trong nội bộ doanh nghiệp. HĐLĐ của ông Sorge được lập theo mẫu riêng, được ký bởi những người không phải là người đại diện theo pháp luật, không được đóng dấu của Công ty Y&R Việt Nam. Công ty Y&R Việt Nam xác nhận ông Sorge có làm việc tại Công ty Y&R Việt Nam từ ngày 09/11/2009 đến ngày 10/10/2011 và trả lương cho ông Sorge trong thời gian này. Hội đồng xét xử phúc thẩm nhận định HĐLĐ được ký giữa ông Sorge và Công ty Y&R 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 1994. Hơn nữa, theo GPLĐ số 20693 do Sở LĐTB&XH Thành phố Hồ Chí Minh cấp cho ông Travis Ryan Sorge ngày 30/12/2010, tên của NSĐLĐ là Công ty Y&R Việt Nam. Phía Công ty Y&R 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 Y & R Việt Nam là luân chuyển nhân sự nội bộ, và ủy thác trả lương từ công ty Singapore. Mặt khác, theo văn bản số 7870 ngày 16/6/2014 của Sở LĐTB&XH thì chính Công ty Y&R Việt Nam có văn bản đề ngày 09/12/2011 gửi Sở về việc thông báo chấm dứt HĐLĐ với ông Sorge.

3.3.1.2 Thủ tục tuyển dụng người lao động nước ngoài.

Thủ tục tuyển dụng NLĐNN căn cứ theo các quy định của BLLĐ 2012, Nghị định 11/2016/NĐ-CP và Thông tư 40/2016/TT-BLĐTBXH [22], [8], [5].

Trước hết, NSĐNLĐNN (trừ nhà thầu) có trách nhiệm xác định nhu cầu sử dụng NLĐNN đối với từng vị trí công việc mà người lao động Việt Nam chưa đáp ứng được và báo cáo giải trình với cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Trước ít nhất 30 ngày kể từ ngày dự kiến sử dụng NLĐNN, NSĐNLĐNN gửi báo cáo giải trình về nhu cầu sử dụng NLĐNN (theo Mẫu số 1 ban hành kèm theo Thông tư 40/2016/TT-BLĐTBXH) tới Chủ tịch UBND cấp tỉnh nơi NLĐNN dự kiến làm việc. Trường hợp có thay đổi nhu cầu sử dụng NLĐNN thì NSĐNLĐNN gửi báo cáo giải trình thay đổi (theo Mẫu số 2 ban hành kèm theo Thông tư 40/2016/TT-BLĐTBXH) đến cơ quan chấp thuận trước ít nhất 30 ngày kể từ ngày dự kiến sử dụng NLĐNN. Cơ quan chấp thuận thông báo việc chấp thuận sử dụng NLĐNN tới NSĐNLĐNN (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 người lao động nước ngoài, nhà thầu có trách nhiệm kê khai số lượng, trình độ, năng lực chuyên môn, kinh nghiệm của người lao động nước ngoài cần huy động để thực hiện gói thầu tại Việt Nam và đề nghị tuyển người lao động Việt Nam vào các vị trí công việc dự kiến tuyển NLĐNN (có kèm theo xác nhận của chủ đầu tư) với Chủ tịch UBND cấp tỉnh nơi nhà thầu thực hiện gói thầu (theo Mẫu số 4 ban hành kèm theo Thông tư 40/2016/TT-BLĐTBXH). Trường hợp có nhu cầu điều chỉnh, bổ sung số lao động đã kê khai thì chủ đầu tư phải xác nhận phương án điều chỉnh, bổ sung nhu cầu lao động cần sử dụng của nhà thầu nước ngoài (Mẫu số 5 ban hành kèm theo Thông tư 40/2016/TT-BLĐTBXH). Chủ tịch UBND cấp tỉnh chỉ đạo các cơ quan, tổ chức của địa phương giới thiệu, cung ứng người lao động Việt Nam cho nhà thầu. Trong thời hạn tối đa 02 tháng, kể từ ngày nhận được đề nghị tuyển từ 500 NLĐ Việt Nam trở lên và 01 tháng kể từ ngày nhận được đề nghị tuyển dưới 500 NLĐ Việt Nam mà không giới thiệu hoặc cung ứng NLĐ Việt Nam được thì Chủ tịch UBND cấp tỉnh xem xét, quyết định việc nhà thầu được tuyển NLĐNN (Mẫu số 6 ban hành kèm theo Thông tư 40/2016/TT-BLĐTBXH). Chủ đầu tư có trách nhiệm giám sát, yêu cầu nhà thầu thực hiện đúng nội dung đã kê khai về việc sử dụng NLĐNN.

Sau khi được cơ quan nhà nước chấp thuận và xác nhận nhu cầu sử dụng

NLĐNN, NSDNLĐNN tiến hành thủ tục xin cấp GPLĐ gồm các bước:

Bước 1: Chuẩn bị hồ sơ đề nghị cấp GPLĐ. NSDNLĐNN 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):

(1) Văn bản đề nghị cấp GPLĐ của NSDNLĐNN theo quy định của Bộ LĐTB&XH (Mẫu số 7 ban hành kèm theo Thông tư 40/2016/TT-BLĐTBXH)

(2) Giấy chứng nhận sức khỏe hoặc giấy khám sức khỏe do cơ quan, tổ chức y tế có thẩm quyền của nước ngoài hoặc của Việt Nam cấp có giá trị trong thời hạn 12 tháng, kể từ ngày ký kết luận sức khỏe đến ngày nộp hồ sơ.

(3) Phiếu lý lịch tư pháp hoặc văn bản xác nhận NLĐNN không phải là người phạm tội hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự của nước ngoài cấp. Trường hợp NLĐNN đã cư trú tại Việt Nam thì chỉ cần phiếu lý lịch tư pháp do Việt Nam cấp. Phiếu lý lịch tư pháp hoặc văn bản xác nhận NLĐNN không phải là người phạm tội hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự được cấp không quá 06 tháng, kể từ ngày cấp đến ngày nộp hồ sơ.

(4) Văn bản chứng minh là nhà quản lý, giám đốc điều hành, chuyên gia hoặc lao động kỹ thuật. Đối với một số nghề, công việc, văn bản chứng minh trình độ chuyên môn, kỹ thuật của NLĐNN được thay thế bằng một trong các giấy tờ sau đây: a) Giấy công nhận là nghệ nhân đối với những ngành nghề truyền thống do cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài cấp; b) Văn bản chứng minh kinh nghiệm của cầu thủ bóng đá nước ngoài; c) Bằng lái máy bay vận tải hàng không do cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam cấp đối với phi công nước ngoài; d) Giấy phép bảo dưỡng tàu bay do cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam cấp đối với NLĐNN làm công việc bảo dưỡng tàu bay.

(5) 02 ảnh màu (kích thước 4cm x 6cm, phông nền trắng, mặt nhìn thẳng, đầu để trần, không đeo kính màu), ảnh chụp không quá 06 tháng tính đến ngày nộp hồ sơ.

(6) Bản sao có chứng thực hộ chiếu hoặc giấy tờ có giá trị thay hộ chiếu hoặc giấy tờ có giá trị đi lại quốc tế còn giá trị theo quy định của pháp luật.

(7) Các giấy tờ liên quan đến NLĐNN

Bước 2: Nộp hồ sơ đề nghị cấp GPLĐ. Trước ít nhất 15 ngày làm việc, kể từ ngày NLĐNN dự kiến bắt đầu làm việc cho NSDNLĐNN thì NSDNLĐNN đó phải nộp hồ sơ đề nghị cấp GPLĐ cho Sở LĐTB&XH nơi NLĐNN 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 LĐTB&XH cấp GPLĐ cho NLĐNN 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.

GPLĐ được cấp khi NLĐNN có đủ điều kiện sau: a) Có năng lực hành vi dân sự đầy đủ theo quy định của pháp luật. b). Có sức khỏe phù hợp với yêu cầu công việc. c). Là nhà quản lý, giám đốc điều hành, chuyên gia hoặc lao động kỹ thuật.d). Không phải là người phạm tội hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của pháp luật Việt Nam và pháp luật nước ngoài.d). Được chấp thuận bằng văn bản của cơ quan nhà nước có thẩm quyền về việc sử dụng NLĐNN (Điều 9 Nghị định 11/2016/NĐ-CP). GPLĐ có thời hạn theo thời hạn của HĐLĐ dự kiến ký kết nhưng không quá 02 năm. NLĐNN được cấp lại GPLĐ khi bị mất, bị hỏng hoặc thay đổi nội dung ghi trên GPLĐ hoặc trong trường hợp GPLĐ còn thời hạn ít nhất 05 ngày nhưng không quá 45 ngày. Sau khi NLĐNN được cấp giấy phép thì NSDNLĐNN phải ký HĐLĐ bằng văn bản với NLĐNN trước ngày dự kiến làm việc. Trong 05 ngày làm việc kể từ ngày ký kết HĐLĐ, NSDNLĐNN gửi bản sao HĐLĐ đã ký kết tới Sở LĐTB&XH, nơi cấp GPLĐ đó (Khoản 3 điều 12 Nghị định 11/2016/NĐ-CP). Những trường hợp không thuộc diện cấp giấy phép thì phải có xác nhận của Sở LĐTB&XH trước 07 ngày làm việc, kể từ ngày NLĐ bắt đầu làm việc, nhưng NLĐNN 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).

Tùy thuộc vào đối tượng NSDNLĐNN, pháp luật có sự phân cấp quản lý nhà nước ở trung ương và địa phương đối với việc xem xét chấp thuận nhu cầu sử dụng NLĐNN, cấp, cấp lại GPLĐ xác nhận các trường hợp không thuộc diện cấp GPLĐ (Điều 3 Thông tư 40/2016/TT-BLĐTBXH). Tại các khu công nghiệp, khu chế xuất, khu kinh tế và khu công nghệ cao việc thực hiện một số nhiệm vụ quản lý lao động trong đó có chức năng quản lý lao động nước ngoài của UBND cấp tỉnh, Sở LĐTB&XH được ủy quyền cho Ban quản lý khu công nghiệp theo Thông tư số 32/2014/TT-BLĐTBXH ngày 1/12/2014 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 (Điều 7 Thông tư 32/2014/TT-BLĐTBXH).

3.3.1.3 Nội dung hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài.

Nội dung HĐLĐ là toàn bộ các vấn đề mà hai bên thương lượng, bàn bạc và đưa vào hợp đồng, trong đó có chứa đựng quyền và nghĩa vụ của các bên. 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 NLĐNN phải đảm bảo các nội dung chủ yếu theo quy định của pháp luật lao động (Điều 23 BLLĐ 2012 và Điều 4 Nghị định 05/2015/NĐ-CP).

Về thông tin của chủ thể giao kết HĐLĐ: tên và địa chỉ NSĐNLĐNN hoặc của người đại diện hợp pháp. Tên NSĐNLĐNN xác định theo giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, hợp tác xã hoặc giấy chứng nhận đầu tư hoặc quyết định thành lập cơ quan, tổ chức; trường hợp là cá nhân thì ghi họ và tên NSĐNLĐNN theo chứng minh nhân dân hoặc hộ chiếu được cấp. Địa chỉ của NSĐNLĐNN ghi theo giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, hợp tác xã hoặc giấy chứng nhận đầu tư hoặc quyết định thành lập cơ quan, tổ chức theo quy định của pháp luật. Họ tên, ngày tháng năm sinh, giới tính, địa chỉ, nơi cư trú, số hộ chiếu do cơ quan có thẩm quyền cấp của NLĐNN. Số GPLĐ, ngày tháng năm cấp, nơi cấp GPLĐ của cơ quan có thẩm quyền cấp.

Về công việc và địa điểm làm việc: sự thỏa thuận về công việc phải làm là yếu tố quan trọng mà hai bên phải xác định rõ vì vậy đây là điều khoản chủ yếu có ảnh hưởng đến nội dung của các điều khoản khác. Nếu công việc vi phạm pháp luật có thể làm hợp đồng vô hiệu. Công việc của NLĐNN đảm nhận có sự giới hạn theo quy định của pháp luật: Điều 3 Nghị định 11/2016/NĐ-CP quy định về các vị trí công việc NLĐNN được thỏa thuận là “*Chuyên gia*” thuộc một trong các trường hợp: a) Có văn bản xác nhận là chuyên gia của cơ quan, tổ chức, doanh nghiệp tại nước ngoài; b) Có bằng đại học trở lên hoặc tương đương và có ít nhất 03 năm kinh nghiệm làm việc trong chuyên ngành được đào tạo phù hợp với vị trí công việc mà NLĐNN dự kiến làm việc tại Việt Nam; trường hợp đặc biệt do Thủ tướng Chính phủ xem xét, quyết định”; “*Lao động kỹ thuật*” là người được đào tạo chuyên ngành kỹ thuật hoặc chuyên ngành khác ít nhất 01 năm và làm việc ít nhất 03 năm trong chuyên ngành được đào tạo”. “*Nhà quản lý*” là người quản lý doanh nghiệp theo quy định của luật doanh nghiệp hoặc người đứng đầu, cấp phó của người đứng đầu cơ quan, tổ chức. “*Giám đốc điều hành*” là người đứng đầu và trực tiếp điều hành đơn vị trực thuộc cơ quan, tổ chức, doanh nghiệp. Việc xem xét cấp, cấp lại, thu hồi

GPLĐ liên quan đến thẩm quyền của cơ quan quản lý nhà nước về lao động cấp tỉnh nơi NLĐ dự kiến đến làm việc. Chính vì vậy mà cũng như đối với “*công việc*”, NLĐNN không được tùy tiện thay đổi “*địa điểm làm việc*”.

Về thời hạn hợp đồng: việc xác định thời hạn hợp đồng còn liên quan đến thời hạn của GPLĐ và các quy định quản lý NLĐNN làm việc tại Việt Nam. NLĐNN không được ký loại hợp đồng không xác định thời hạn và không áp dụng quy định đương nhiên chuyển sang hợp đồng không xác định thời hạn theo khoản 2 Điều 22 BLLĐ 2012. NLĐNN chỉ có thể giao kết HĐLĐ xác định thời hạn và phải phù hợp với thời hạn của GPLĐ (pháp luật hiện hành quy định thời hạn giấy phép là 02 năm). Trên thực tế nhiều doanh nghiệp đã ký HĐLĐ không xác định thời hạn nhưng chỉ được xác định thời hạn HĐLĐ trên cơ sở GPLĐ.

Tình huống 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 [142]. Ngày 29/7/2010, ông Timothy Scott Hunter (nguyên đơn) và Công ty TNHH Truyền thông WPP (bị đơn) ký HĐLĐ không xác định thời hạn, có hiệu lực từ ngày 18/10/2010, chức danh là Giám đốc điều hành. Tại cuộc họp ngày 21/01/2013, nguyên đơn nhận được thông báo chấm dứt HĐLĐ có hiệu lực ngay trong ngày 21/01/2013 do không đáp ứng yêu cầu quản lý của NSDLĐ. Cũng trong ngày 21/01/2013, nguyên đơn nhận được thông báo yêu cầu xem xét lại dự thảo thỏa thuận chấm dứt HĐLĐ và có phản hồi chậm nhất vào ngày 01/02/2013. Bị đơn yêu cầu nguyên đơn không phải làm việc hoặc đến văn phòng từ ngày 22/01/2013 đến ngày 21/02/2013 hoặc đến khi việc thỏa thuận chấm dứt hợp đồng được ký kết. Trong khi nguyên đơn chưa có phản hồi thì bị đơn đã đăng trên các phương tiện thông tin đại chúng về việc nguyên đơn từ chức. Ngày 02/02/2013 nguyên đơn có thư phản hồi từ chối đề nghị chấm dứt HĐLĐ. Ngày 21/02/2013, bị đơn rút lại đề xuất đã gửi cho Nguyên đơn ngày 22/01/2013 và thông báo đề xuất này không còn hiệu lực. 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. Lý do đưa ra là vào thời điểm ký HĐLĐ, Công ty TNHH Truyền thông WPP là công ty liên doanh giữa 2 doanh nghiệp Công ty TNHH Chu Thị và Công ty Mindshare Singapore theo giấy phép đầu tư số 2539/GP do Bộ Kế hoạch và đầu tư cấp ngày 11/01/2006. Tháng 01/2013, trong quá trình rà soát các quy định, Hội đồng thành viên của Công ty TNHH Truyền thông WPP phát hiện ra 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 quan hệ lao động thực tế giữa công ty và ông Timothy Scott Hunter. Tại bản án sơ thẩm số 485/2015/LĐ-ST ngày 21/4/2015, Tòa án tuyên xử: hủy thông báo ngày 28/02/2013 của bị đơn; bị đơn phải nhận nguyên đơn trở lại làm công việc theo HĐLĐ ký ngày 29/7/2010. Bị đơn kháng cáo, đề nghị xác định HĐLĐ giữa bị đơn và ông Timothy Scott Hunter được ký kết ngày 29/7/2010 bị vô hiệu, do đó không phát sinh nghĩa vụ của bị đơn đối với nguyên đơn. Quyết định của Hội đồng xét xử phúc thẩm là chấp nhận một phần yêu cầu kháng cáo của bị đơn, sửa một phần bản án sơ thẩm: HĐLĐ giữa Công ty và ông Timothy Scott Hunter ký ngày 29/7/2010 chấm dứt vào ngày 07/02/2014; Công ty phải bồi thường cho ông Timothy Scott Hunter theo quy định pháp luật.

Qua diễn biến vụ án chúng ta thấy, mặc dù ký sai thẩm quyền nhưng thực tế ông Timothy đã làm việc tại công ty TNHH Truyền thông WPP đúng với công việc mà hai bên đã thỏa thuận trong HĐLĐ từ ngày 29/7/2010. Ông Timothy vẫn liên tục nhận lương của Công ty TNHH Truyền thông WPP từ năm 2010 đến thời điểm chấm dứt HĐLĐ là ngày 28/02/2013. Như vậy, hai bên đã xác lập mối quan hệ HĐLĐ với nhau trên thực tế nên các bên phải thực hiện HĐLĐ này. Án sơ thẩm nhận định việc Công ty TNHH WPP đơn phương chấm dứt HĐLĐ trái pháp luật với ông Timothy Scott Hunter là có cơ sở (căn cứ Điều 36 và Khoản 1 Điều 38 BLLĐ 1994). GPLĐ số 21170/SHCM ngày 10/02/2011 do Sở LĐTB&XH 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.

Về tiền lương: Tiền lương chính là tiền công của việc làm, tiền thù lao mà NSDLĐ có trách nhiệm trả cho NLĐ căn cứ vào công việc mà hai bên đã thỏa thuận. Mức lương, hình thức trả lương, phụ cấp lương, các khoản bổ sung khác xác định theo quy định của pháp luật lao động. Chế độ nâng ngạch, nâng bậc, nâng lương: điều kiện, thời gian, thời điểm, mức lương sau khi nâng bậc, nâng ngạch, nâng lương mà hai bên đã thỏa thuận và không trái với pháp luật Việt Nam. Điểm 3

Điều 21 nghị định 05/2015/NĐ-CP quy định: “*Tiền lương ghi trong HĐLĐ và tiền lương trả cho NLD được quy định bằng tiền Đồng Việt Nam, trừ trường hợp trả lương, phụ cấp lương cho người không cư trú, người cư trú là người nước ngoài theo quy định của pháp luật về ngoại hối*”. Theo Điểm 14 Điều 4 Thông tư 32/2013/TT-NHNN hướng dẫn hạn chế sử dụng ngoại hối trên lãnh thổ Việt Nam: “*Người cư trú, người không cư trú là tổ chức được thỏa thuận và trả lương thưởng, phụ cấp trong HĐLĐ bằng ngoại tệ chuyển khoản hoặc tiền mặt cho người không cư trú và người cư trú là người nước ngoài làm việc cho chính tổ chức đó*”.

Thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi: do các bên thỏa thuận nhưng không vượt quá giới hạn mà pháp luật cho phép. Phải ghi rõ thời giờ làm việc trong ngày, trong tuần; ca làm việc; thời điểm bắt đầu và thời điểm kết thúc của ngày, tuần hoặc ca làm việc; số ngày làm việc trong tuần; làm thêm giờ và các điều khoản liên quan khi làm thêm giờ. Thời gian, thời điểm bắt đầu, thời điểm kết thúc nghỉ trong giờ làm việc; thời gian nghỉ hàng tuần, nghỉ hàng năm, nghỉ lễ, tết, nghỉ việc riêng, nghỉ không hưởng lương. Ngoài ngày nghỉ, ngày lễ của Việt Nam thì NLĐNN còn được nghỉ thêm 01 ngày tết cổ truyền dân tộc và 01 ngày quốc khánh của nước mà họ mang quốc tịch (Khoản 2 Điều 115 BLLĐ 2012).

Trang bị bảo hộ cho người lao động: là một nội dung của điều kiện lao động, điều kiện về an toàn, vệ sinh lao động. Những điều kiện này rất quan trọng cho việc đảm bảo tái sản xuất sức lao động của NLĐ đồng thời góp phần cho sự tiến bộ xã hội trong vấn đề nhân quyền. Phải ghi cụ thể số lượng, chủng loại, chất lượng và thời hạn sử dụng của từng loại trang bị bảo hộ lao động theo quy định của NSDLĐ. Luật An toàn, vệ sinh lao động số 84/2015/QH13 đã có hiệu lực từ ngày 1/7/2016 quy định đối tượng áp dụng bao gồm cả NLĐNN làm việc tại Việt Nam (Khoản 4 Điều 2) vì vậy NLĐNN được hưởng đầy đủ các quy định, chính sách về bảo đảm an toàn, vệ sinh lao động.

Chế độ bảo hiểm xã hội: NLĐNN chưa được tham gia chế độ BHXH bắt buộc. Hạn chế này đã được khắc phục tại Khoản 2 Điều 2 của Luật BHXH 2014 nhưng thời điểm áp dụng từ ngày 1/1/2018 và Chính phủ Việt Nam đang xây dựng Nghị định về chế độ BHXH bắt buộc cho NLĐNN. Chế độ tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp quy định ở mục 3 chương III Luật An toàn, vệ sinh lao động 2015 (từ điều 41 đến 62) - là một trong 5 chế độ bảo hiểm xã hội bắt buộc (trước áp dụng theo Luật BHXH 2014 nhưng từ 1/7/2016 được áp dụng theo cả hai văn bản Luật

An toàn, vệ sinh lao động 2015 và Luật BHXH 2014). Theo quy định của Luật An toàn, vệ sinh lao động 2015 thì NLĐNN cũng chưa được tham gia chế độ bảo hiểm tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp mặc dù là đối tượng áp dụng của Luật này (Khoản 1 Điều 43 Luật An toàn, vệ sinh lao động 2015). Luật Việc làm năm 2013 quy định chế độ bảo hiểm thất nghiệp chỉ áp dụng cho NLĐ Việt Nam (Điều 1 và Khoản 1 Điều 3). Việc thực hiện chế độ bảo hiểm thất nghiệp với NLĐNN có khó khăn cả về lý thuyết và thực tiễn. NLĐNN không phải là đối tượng để được hưởng các chế độ chính sách về việc làm của nhà nước Việt Nam (chỉ được tuyển NLĐNN vào công việc, vị trí quy định và chỉ được tuyển dụng nếu NLĐ Việt Nam không đáp ứng được). Điều 174 BLLĐ 2012 quy định GPLĐ hết hiệu lực khi HĐLĐ chấm dứt và thời gian NLĐNN ở lại Việt Nam sau khi chấm dứt HĐLĐ để được hưởng các chế độ bảo hiểm thất nghiệp sẽ rơi vào tình trạng cư trú bất hợp pháp. NLĐNN được tham gia bảo hiểm y tế theo quy định tại Khoản 2 Điều 1 của Luật bảo hiểm y tế 2008 (sửa đổi bổ sung năm 2014). NLĐNN làm việc theo HĐLĐ có thời hạn từ đủ 03 tháng trở lên tại Việt Nam là đối tượng bắt buộc tham gia bảo hiểm y tế. NLĐNN đóng 1/3 và NSDLĐ đóng 2/3 theo mức đóng tối đa là 6% tiền lương tháng. Tiền lương của NLĐNN tham gia bảo hiểm y tế là mức tiền lương ghi trên HĐLĐ và phải được tính bằng Việt Nam đồng. Trường hợp trong HĐLĐ ghi tiền lương là ngoại tệ thì tỷ giá ngoại tệ được quy đổi dựa trên tỷ giá giao dịch bình quân trên thị trường ngoại tệ liên ngân hàng do Ngân hàng Nhà nước công bố tại thời điểm ngày 2 tháng 1 cho 06 tháng đầu năm và ngày 1 tháng 7 cho 06 tháng cuối năm. NSDNLĐNN sẽ đóng bảo hiểm y tế cho NLĐNN và trích tiền đóng bảo hiểm y tế từ tiền lương của NLĐNN để nộp cùng lúc vào quỹ bảo hiểm y tế hằng tháng, hoặc hàng quý hay 06 tháng một lần đối với doanh nghiệp hoạt động trong ngành nông, lâm, ngư, diêm nghiệp. Mức hưởng bảo hiểm y tế đối với NLĐNN được thực hiện như đối với NLĐ Việt Nam (Điều 12 và 22 Luật Bảo hiểm Y tế 2008, sửa đổi bổ sung năm 2014).

Đào tạo, bồi dưỡng, nâng cao trình độ kỹ năng nghề: NLĐNN làm việc ở các vị trí đòi hỏi có kỹ năng, kinh nghiệm và trình độ độ cao, vì vậy nhà nước khuyến khích các bên có thỏa thuận về việc chuyển giao công nghệ, kỹ năng làm việc, bồi dưỡng kiến thức giữa NLĐNN với lao động Việt Nam.

Các nội dung khác liên quan đến thực hiện nội dung mà hai bên thỏa thuận. Căn cứ vào khả năng, nhu cầu các bên có thể thỏa thuận về những điều kiện

khác nhằm bảo đảm cho quan hệ HĐLĐ được duy trì ổn định và chấm dứt mà không xảy ra tranh chấp. Tuy nhiên các bên cũng cần lưu ý là các thỏa thuận chi tiết, cụ thể sẽ liên quan đến các lĩnh vực pháp luật khác và có thể khó xác định là nội dung thỏa thuận có vi phạm pháp luật hay không. Điều đặc biệt cần ghi nhớ là toàn bộ nội dung thỏa thuận của HĐLĐ không được trái với nội dung ghi trong GPLĐ đã được cấp. BLLĐ 2012 quy định về các trường hợp GPLĐ hết hiệu lực trong đó có quy định “*GPLĐ hết hiệu lực khi nội dung của HĐLĐ không đúng với nội dung của GPLĐ đã được cấp*” (Khoản 3 Điều 174).

3.3.1.4 Hình thức và ngôn ngữ hợp đồng lao động đối 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 2012).

Theo quy định chung về HĐLĐ thì HĐLĐ ngắn hạn (dưới 03 tháng) 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: “*Đối với NLĐNN theo quy định tại điểm a, khoản 1 điều 2 Nghị định này, sau khi NLĐNN được cấp GPLĐ thì NSDLĐNN 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 LĐTB&XH đã cấp giấy phép đó*”. 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 NLĐNN không thuộc diện cấp GPLĐ*”. NLĐNN 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 NLĐNN và NSĐNLĐNN vẫn phải lựa chọn hình thức văn bản. HĐLĐ được làm thành 02 bản, NLĐNN giữ 01 bản, NSĐNLĐNN giữ 01 bản. Khi giao kết HĐLĐ đối với NLĐNN 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 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 Bộ luật dân sự năm 2015).

3.3.1.5. Hiệu lực của hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài.

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 là: (a) HĐLĐ có hiệu lực kể từ ngày các bên tiến hành giao kết hợp đồng; (b) HĐLĐ có hiệu lực kể từ ngày các bên thỏa thuận; (c) HĐLĐ có hiệu lực kể từ ngày NLĐ bắt đầu làm việc.

Thông thường HĐLĐ có hiệu lực kể từ ngày các bên tiến hành giao kết - trường hợp (a). Tuy nhiên có nhiều trường hợp HĐLĐ có hiệu lực trước hoặc sau khi giao kết - trường hợp (b) và (c). Việc xác định thời điểm có hiệu lực phụ thuộc vào ý chí của các bên giao kết. Các bên cần xác định rõ hai thời điểm có thể không đồng nhất là thời điểm có hiệu lực và thời điểm NLĐ bắt đầu làm việc. Trường hợp NLĐ làm việc ngay sau khi ký HĐLĐ thì ngày có hiệu lực là ngày ký kết. Trường hợp NLĐ làm việc một thời gian sau đó mới ký hợp đồng thì ngày có hiệu lực là ngày NLĐ bắt đầu làm việc.

Đối với NLĐNN thì việc xác định hiệu lực của hợp đồng *còn phụ thuộc vào hiệu lực của GPLĐ*. Sau khi NLĐNN được cấp GPLĐ, NSĐNLĐNN và NLĐNN phải ký HĐLĐ bằng văn bản theo quy định của pháp luật lao động Việt Nam trước ngày dự kiến làm việc cho NSĐLĐ. 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 NLĐNN có GPLĐ và hiệu lực của hợp đồng không quá thời hạn có hiệu lực của giấy phép.

Pháp luật lao động không cấm hai bên thỏa thuận về việc làm thử (có thời gian thử việc). Tuy nhiên điều kiện để NLĐNN 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 NLĐNN. NSDNLĐNN có thể ký HĐLĐ ngắn hạn trong trường hợp chưa hoàn toàn tin tưởng vào năng lực của NLĐNN.

3.3.1.6. Đại diện ký kết hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài.

Khoản 1 Điều 3 Nghị định 05/2015/NĐ-CP quy định: “*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*”. Khoản 1 Điều 50 BLLĐ 2012, Điều 14 Thông tư 30/2014/NĐ-CP quy định về trường hợp HĐLĐ vô hiệu do vi phạm thẩm quyền ký kết, vì vậy khi ký kết HĐLĐ phải xác định theo đúng chủ thể nếu không HĐLĐ sẽ vô hiệu:

NSDNLĐNN là cá nhân hoặc tổ chức nên người đại diện ký kết HĐLĐ là:

- Người đại diện theo pháp luật quy định tại điều lệ của doanh nghiệp hoặc người được người đại diện theo pháp luật ủy quyền đối với doanh nghiệp hoạt động theo Luật Doanh nghiệp. Hiện nay, theo quy định tại Luật Doanh nghiệp 2014 thì công ty cổ phần, công ty TNHH có thể có một hoặc nhiều người đại diện theo pháp luật, điều lệ công ty quy định cụ thể số lượng, chức danh quản lý, quyền, nghĩa vụ của người đại diện theo pháp luật (Điều 13 Luật doanh nghiệp 2014).

- Người đại diện theo pháp luật quy định tại điều lệ hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã hoặc người được người đại diện theo pháp luật ủy quyền đối với 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

- 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 ủy quyền hợp pháp bằng văn bản cho người khác giao kết HĐLĐ. Trừ trường hợp “cá nhân trực tiếp sử dụng” lao động. Giấy ủy quyền phải theo mẫu do Bộ LĐTB&XH quy định (Khoản 1 Điều 3 Thông tư 47/2015/TT-BLĐTBXH ngày 16/11/2015). Như vậy khi giao kết HĐLĐ, NSDNLĐNN có thể trực tiếp ký hoặc ủy quyền cho người khác ký hợp đồng nhưng nếu NSDNLĐNN là

cá nhân thì phải giao kết trực tiếp với NLĐNN và không được ủy quyền cho người khác ký kết.

Đối với NLĐNN thì căn cứ Khoản 2 điều 3 Nghị định 05/2016/NĐ-CP, NLĐNN phải trực tiếp ký HĐLĐ và không được ủy quyền.

Trong thời gian tới cần luật hóa quy định về đại diện ký kết HĐLĐ để thống nhất về vấn đề này và cũng nên cân nhắc cho phép việc ủy quyền trong mọi trường hợp nếu đảm bảo được điều kiện pháp lý.

3.3.2 Hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài vô hiệu

Việc xác định hợp đồng vô hiệu trong mọi lĩnh vực là rất quan trọng vì ảnh hưởng rất lớn đến quyền và lợi ích của các bên trong quan hệ hợp đồng. Trong từng lĩnh vực pháp lý, các nhà làm luật đều đưa ra các căn cứ để xác định hợp đồng vô hiệu. Những căn cứ để xác định hợp đồng vô hiệu phải có trước hoặc trong khi ký kết hợp đồng vì chỉ xảy ra trước khi ký kết mới có thể làm HĐLĐ vô hiệu. Nếu căn cứ đó xuất hiện sau khi ký kết thì hợp đồng sẽ bị chấm dứt hiệu lực hoặc bị đình chỉ. HĐLĐ có đối tượng và đặc điểm riêng nên căn cứ xác định HĐLĐ vô hiệu và việc xử lý không thể áp dụng theo quy định chung đối với hợp đồng dân sự thông thường, vấn đề này đã gây nhiều tranh luận trước khi có quy định về HĐLĐ vô hiệu tại Điều 50 BLLĐ 2012 kể cả trong hoạt động xét xử của Tòa án. Bản án số 04/2007/LĐPT ngày 26/9/2007 của Tòa án phúc thẩm tòa án nhân dân tối cao tại Đà Nẵng [68] xem xét giá trị pháp lý của HĐLĐ khi NLĐNN không có GPLĐ và trách nhiệm bồi thường của NLĐNN khi vi phạm HĐLĐ. Đây là tranh chấp HĐLĐ giữa NLĐNN là ông Tae Man Song (nguyên đơn) và NSĐNLĐNN là Công ty Hyundai Vinashin (bị đơn). Tại lần xét xử sơ thẩm thứ nhất và thứ hai, Tòa án nhân dân tỉnh Khánh Hòa xét xử theo hướng HĐLĐ vô hiệu toàn bộ. Hội đồng thẩm phán viện dẫn điều 133 BLLĐ 1994 và điều 6 Nghị định 105/2003/NĐ-CP. Tuy nhiên những quy định này chỉ nêu cần có GPLĐ, không quy định là khi vi phạm quy định về GPLĐ thì HĐLĐ vô hiệu. BLLĐ 1994 cũng không quy định thời hiệu tuyên bố HĐLĐ vô hiệu và Tòa án phải viện dẫn tới quy định của Bộ luật dân sự. Thực tiễn xét xử của Tòa án phúc thẩm lại theo hướng quyền, nghĩa vụ, lợi ích của các bên được giải quyết theo HĐLĐ (Tòa cho rằng công ty đơn phương chấm dứt HĐLĐ trái pháp luật và chỉ giải quyết quyền lợi cho NLĐNN theo thỏa thuận của các bên ghi trong HĐLĐ và tính đến ngày các bên chấm dứt HĐLĐ chứ không tính đến ngày hết hạn HĐLĐ) mặc dù HĐLĐ này bị tuyên bố vô hiệu. Tòa án đã tuyên

bỏ HĐLĐ vô hiệu nhưng lại không có hướng giải quyết rõ ràng vấn đề bồi thường thiệt hại từ việc HĐLĐ vô hiệu.

BLLĐ 2012 đã quy định hai trường hợp là HĐLĐ vô hiệu toàn bộ và HĐLĐ vô hiệu từng phần với việc xử lý khác nhau. Áp dụng những căn cứ ở Điều 50, 51 và 52 BLLĐ 2012 về HĐLĐ đối với NLĐNN thì vẫn có những vấn đề pháp lý cần phải bàn.

*** Trường hợp HĐLĐ vô hiệu toàn bộ.**

- **Toàn bộ nội dung của HĐLĐ trái pháp luật:** toàn bộ nội dung HĐLĐ vi phạm những điều cấm của pháp luật hoặc quy định quyền lợi của NLĐ thấp hơn quy định của pháp luật. HĐLĐ đối với NLĐNN cần xem xét thêm trường hợp nội dung hợp đồng trái với GPLĐ. Một trong các điều kiện của NLĐNN vào Việt Nam làm việc là phải có GPLĐ, không có giấy phép sẽ bị trục xuất (Điều 169, 171 BLLĐ 2012). Nội dung của giấy phép xác định các vấn đề: thông tin về NLĐNN (ngày tháng năm sinh, quốc tịch, hộ chiếu, giới tính), làm việc cho doanh nghiệp, tổ chức nào, địa điểm làm việc, vị trí, chức danh công việc, thời hạn làm việc, tình trạng giấy phép. Theo quy định hiện hành: nội dung của HĐLĐ ký với NLĐNN không đúng với nội dung của GPLĐ đã được cấp thì GPLĐ hết hiệu lực (Khoản 3 Điều 174 BLLĐ 2012); HĐLĐ với NLĐNN chỉ được ký sau khi có GPLĐ trừ trường hợp HĐLĐ dưới 30 ngày (Khoản 2 điều 12 Nghị định 11/2016/NĐ-CP). Như vậy có thể thấy, khi nội dung HĐLĐ trái với nội dung GPLĐ thì GPLĐ sẽ hết hiệu lực và NLĐNN không đủ điều kiện năng lực chủ thể để làm việc tại Việt Nam và HĐLĐ sẽ bị vô hiệu.

Thực tế xét xử có rất nhiều trường hợp NLĐNN ký HĐLĐ khi chưa có GPLĐ và có trường hợp khi ký HĐLĐ khi không có GPLĐ nhưng trong quá trình làm việc NLĐNN 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 [141, Trang 136 và 137].

Bản án phúc thẩm số 1639/2015/LĐ-PT ngày 28/12/2015 về HĐLĐ vô hiệu khi không có GPLĐ [145]. Ông Phạm Cong Danh (nguyên đơn) vào làm việc tại Công ty TNHH Louis Dreyfus Commodities Việt Nam (bị đơn), theo thư mời ngày 17/9/2012 với vị trí Giám đốc phát triển kinh doanh, cà phê (Việt Nam). Cũng trong

ngày, hai bên ký kết Bản thỏa thuận việc làm. Theo ông Danh, ngày 10/6/2014 Công ty thông báo (miệng) quyết định chấm dứt HĐLĐ. Ngày 9/7/2014, Công ty gửi ông Danh “Thông báo chấm dứt làm việc” về việc quyết định chấm dứt công việc từ ngày 9/7/2014 với lý do không xin được GPLĐ. Nguyên đơn cho rằng đã cung cấp đầy đủ các giấy tờ nhưng công ty không nộp hồ sơ xin cấp GPLĐ tại Sở LĐTB&XH Thành phố Hồ Chí Minh, mà lại cho ông nghỉ việc. Việc công ty đơn phương chấm dứt HĐLĐ với ông trái pháp luật. Công ty lại cho rằng ông Danh không cung cấp đầy đủ các giấy tờ mà công ty yêu cầu nên không thể tiến hành thủ tục xin GPLĐ.

Tại bản án lao động sơ thẩm số 1185/2015/LĐ-ST ngày 20/8/2015, TAND Quận 1, Thành phố Hồ Chí Minh tuyên xử: «Thông báo chấm dứt việc làm» ngày 10/6/2014 của bị đơn là trái pháp luật. Hủy Thông báo chấm dứt làm việc ngày 9/7/2014. Buộc bị đơn phải nhận ông Danh trở lại làm việc theo HĐLĐ số 30/2012 - HĐNS đã ký ngày 01/12/2012. Nguyên đơn có trách nhiệm giao cho bị đơn các giấy tờ theo quy định tại Điều 10 Nghị định 102/2013/NĐ-CP để bị đơn hoàn tất thủ tục xin GPLĐ.

Ngày 04/9/2015 bị đơn kháng cáo bản án sơ thẩm: (1) Tuyên bố quan hệ làm việc giữa nguyên đơn và bị đơn xác lập thông qua thư mời làm việc ngày 7/9/2012, bản thỏa thuận việc làm ngày 17/9/2012, HĐLĐ số 30/2012-HĐNS ngày 01/12/2012 là vô hiệu toàn bộ do nguyên đơn không có GPLĐ. (2) Tuyên bố Công ty chấm dứt làm việc với ông Danh là đúng quy định pháp luật; (3) Tuyên bố Công ty không buộc phải thực hiện việc xin GPLĐ vì vượt quá yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn.

Tại phiên tòa phúc thẩm: Xét thấy, trong khoảng thời gian ông Danh làm việc tại Công ty, việc tuyển dụng và quản lý người nước ngoài làm việc tại Việt Nam được quy định tại: 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. Theo đó, NSDLĐ có trách nhiệm hướng dẫn, cung cấp cho NLĐNN các quy định của pháp luật Việt Nam và làm các thủ tục xin cấp GPLĐ cho NLĐNN. Đối chiếu các điều kiện làm việc tại Việt Nam của người nước ngoài thì ông Danh có đủ điều kiện được cấp GPLĐ. Theo nội dung các thư điện tử cũng như lời thừa nhận của công ty thì ông Danh đã cung cấp đầy đủ giấy tờ cần thiết cho công ty. Trong thời gian hơn 01 năm kể từ ngày 6/11/2012 đến ngày 13/12/2013, công ty không yêu cầu ông Danh nộp bổ sung tài liệu, không thông báo

tiến trình thực hiện và kết quả xin GPLĐ mà chỉ sau khi Nghị định 102/2013/NĐ-CP có hiệu lực mới gửi thư điện tử thông báo việc phải làm lại thủ tục từ đầu. Hơn nữa, phía công ty cho rằng ông Danh không cung cấp đầy đủ tài liệu thì có thể chấm dứt HĐLĐ nhưng công ty không thực hiện việc này mà đến tháng 3/2013, công ty bổ nhiệm ông Danh thêm chức Giám đốc hoạt động khối cả phê tại Việt Nam. Do đó, có đủ cơ sở khẳng định đến thời điểm trên, Công ty hoàn toàn có lỗi trong việc không tiến hành các thủ tục xin GPLĐ. Theo Khoản 3 Điều 14 của Thông tư 03/2014/TT- BLĐTBXH và văn bản số 17661/SLĐTBXA-VL ngày 3/11/2014 của Sở LĐTB&XH Thành phố Hồ Chí Minh thì trường hợp của ông Danh có thể được cấp GPLĐ. Như vậy, có đủ cơ sở xác định, Công ty đã không thực hiện đúng thỏa thuận của hai bên và quy định của pháp luật về trách nhiệm của NSDLĐ trong việc xin GPLĐ. Tòa Phúc thẩm giữ nguyên bản án lao động sơ thẩm.

Theo nội dung vụ tranh chấp này có thể thấy việc NLĐNN vào làm việc tại Việt Nam không có GPLĐ nhưng nếu như không phải lỗi của NLĐNN thì HĐLĐ sẽ không bị tuyên bố vô hiệu mặc dù các văn bản pháp luật đều quy định chỉ được ký HĐLĐ sau khi được cấp GPLĐ.

- **Người ký kết HĐLĐ không đúng thẩm quyền.** Một trong những căn cứ xác định giao dịch dân sự vô hiệu là “chủ thể có năng lực pháp luật dân sự, năng lực hành vi dân sự phù hợp với giao dịch dân sự được xác lập” (Điểm a khoản 1 Điều 117 Bộ luật Dân sự 2015). 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 lưu ý vấn đề chữ ký kèm con dấu và chữ ký không kèm con dấu. 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.

Bản án sơ thẩm số 23/2014/LĐST ngày 16/9/2014 về việc tranh chấp tiền lương [143]. Tòa án đã phải xem xét hiệu lực của HĐLĐ khi có yêu cầu xác nhận tư cách của người ký kết hợp đồng.

Ngày 01/06/2011, ông Morten Bruhn Meder (nguyên đơn) có ký HĐLĐ không số “Ngày 1/6/2011” làm việc từ ngày 01/10/2011 đến 01/10/2014 cho Công ty TNHH sản xuất thương mại công nghệ nhựa Á Châu (bị đơn), với chức danh Giám đốc sản xuất, mức lương là 6.000USD/tháng. Trước khi giao kết HĐLĐ với Công ty TNHH Á Châu thì ông Morten làm Trưởng phòng phát triển dự án tại Công ty TNHH Sancom Việt Nam, GPLĐ được cơ quan chức năng cấp đến ngày 31/5/2012 nên đến ngày 13/6/2012, ông được Sở LĐTB&XH Thành phố Hồ Chí Minh cấp GPLĐ số 28844/SHCM làm việc tại Công ty TNHH Á Châu thời hạn từ ngày 26/6/2012 đến ngày 26/6/2015. Trong quá trình làm việc, bắt đầu từ 1/10/2011 ông Morten luôn hoàn thành tốt nhiệm vụ. Tuy nhiên, do Công ty luôn trả lương không đúng thời gian đã cam kết và số tiền lương nợ tăng dần nên ông Morten đã viết đơn xin từ chức ngày 31/1/2013. Được Công ty đồng ý, ông đã chính thức nghỉ việc vào ngày 2/03/2013. Ông Morten yêu cầu Tòa án giải quyết việc Công ty TNHH Á Châu không thanh toán các khoản lương còn nợ với lý do không chính đáng. Đây là vụ tranh chấp về tiền lương nhưng có một tình tiết là bị đơn cho rằng HĐLĐ ngày 01/06/2011 giữa ông Morten ký với ông Jacob Scherf - Chủ tịch kiêm Tổng Giám Đốc Điều hành đã làm phát sinh quan hệ lao động là không đúng và không có căn cứ, bởi Ông Jacob Scherf không giữ chức vụ Chủ tịch kiêm tổng giám đốc điều hành mà chỉ là chuyên gia về nhựa được Công ty TNHH Á Châu mời làm chuyên gia tư vấn cho các dự án của Công ty, không phải là NLĐ của Công ty. Do sơ sót của bộ phận Văn thư tại Công ty nên đã đóng dấu của Công ty vào chữ ký của ông Jacob Scherf tại 02 văn bản do nguyên đơn cung cấp là HĐLĐ làm việc không số “Ngày 1/6/2011” và “Thư từ chức” ngày 31/1/2013. Ông Jacob Scherf không có thẩm quyền để ký các văn bản trên nên HĐLĐ ngày 01/06/2011 giữa ông Morten ký với ông Jacob Scherf không thể phát sinh quan hệ lao động giữa ông Morten Bruhn Mender và Công ty TNHH Á Châu.

Hội đồng xét xử nhận định: Đối với HĐLĐ ngày 15/6/2012 do Công ty TNHH Á Châu xuất trình, Công ty xác định đây là HĐLĐ có giá trị thực hiện do được hai bên ký kết trên cơ sở GPLĐ số 28844/SHCM ngày 13/6/2012 do Sở LĐTB&XH thành phố Hồ Chí Minh cấp. Tuy nhiên, ông Morten không thừa nhận

chữ viết và chữ ký trong HĐLĐ trên là của nguyên đơn. Căn cứ kết luận giám định số 1139/KLGD-TT ngày 11/10/2013 của Phòng kỹ thuật hình sự - Công an thành phố Hồ Chí Minh và kết luận giám định số 385/C54B ngày 24/01/2014 của Phân viện khoa học hình sự - Bộ Công an tại Thành phố Hồ Chí Minh thì chữ ký và chữ viết phía bên trái trong HĐLĐ ký ngày 15/6/2012 không phải là chữ ký và chữ viết của ông Morten. Đối với HĐLĐ ngày 01/06/2011 giữa ông Morten ký với ông Jacob Scherf - Chủ tịch kiêm Tổng Giám Đốc Điều hành Công ty TNHH Á Châu và Thư từ chức ngày 31/1/2013 được ký giữa giữa ông Morten với ông Jacob Scherf do ông Morten xuất trình, tuy không được Công ty xác nhận có ủy quyền cho ông Jacob Scherf nhưng Công ty thừa nhận con dấu được đóng. Công ty cũng không chứng minh được số tiền chuyển cho ông Jacob Scherf không phải tiền lương.

Hội đồng xét xử xét thấy, ông Jacob Scherf có ký vào HĐLĐ ngày 01/06/2011 và Thư từ chức ngày 31/1/2013 không phải ký với tư cách cá nhân mà nhân danh Công ty TNHH Á Châu. 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. Kết luận: quan hệ lao động giữa ông Morten và Công ty TNHH Á Châu được xác lập bằng HĐLĐ không số “Ngày 1/6/2011”, và văn bản “Thư từ chức” ngày 31/01/2013.

Qua vụ việc có thể thấy, mặc dù bên NSDLĐ ký HĐLĐ ký 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 NLĐNN.

Có quan điểm cho rằng GPLĐ là một trong những điều kiện xác định năng lực pháp lý của NLĐNN khi ký kết HĐLĐ. NLĐNN không có GPLĐ thì không đủ năng lực pháp lý và HĐLĐ đối với NLĐNN không có giấy phép là hợp đồng vô hiệu toàn bộ. Tuy nhiên cũng có quan điểm cho rằng GPLĐ chỉ là một trong các điều kiện vào Việt Nam làm việc chứ không phải là căn cứ xác định HĐLĐ vô hiệu. Việc vi phạm pháp luật không phải lúc nào cũng dẫn đến hợp đồng vô hiệu. 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 [142]. 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.

- Công việc mà hai bên đã giao kết trong HĐLĐ là công việc bị pháp luật cấm. NLĐNN không được làm các công việc bị pháp luật cấm, ngoài ra khi thỏa thuận về công việc với NLĐNN, các bên chỉ được thỏa thuận về các vị trí công việc mà pháp luật cho phép NLĐNN làm việc. NLĐNN chỉ được làm 04 loại công việc theo quy định của pháp luật và phải làm đúng công việc đã được ghi trong GPLĐ. Pháp luật cho phép ký HĐLĐ với NLĐNN để làm những công việc theo quy định là 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.

- Nội dung của HĐLĐ ngăn cản hoặc hạn chế quyền thành lập, gia nhập và hoạt động công đoàn của NLĐ: Luật Công đoàn 2012 quy định đoàn viên công đoàn phải là công dân Việt Nam (Điều 5 Luật Công đoàn 2012: “*Người lao động là người Việt Nam làm việc trong cơ quan, tổ chức, doanh nghiệp có quyền thành lập, gia nhập và hoạt động công đoàn*”) - có nghĩa là chưa cho phép NLĐNN tham gia tổ chức công đoàn. Chính vì vậy mà cả về lý thuyết và thực tiễn đều không áp dụng căn cứ này khi xác định HĐLĐ vô hiệu đối với chủ thể NLĐNN (Điểm d khoản 1 Điều 50 BLLĐ 2012, khoản 5 điều 11 Nghị định 44/2013/NĐ-CP về xử lý HĐLĐ vô hiệu toàn bộ trong trường hợp HĐLĐ vô hiệu toàn bộ do nội dung của HĐLĐ hạn chế hoặc ngăn cản quyền thành lập, gia nhập và hoạt động công đoàn của NLĐ). Trong xu hướng đáp ứng các yêu cầu về tiêu chuẩn lao động quốc tế, pháp luật lao động Việt Nam cần phải là mở rộng đối tượng thành viên công đoàn là NLĐNN, hoặc cho phép thành lập những tổ chức khác nhau của NLĐ (có thể là công đoàn của những NLĐNN và không nhất thiết phải tổ chức tại một doanh nghiệp).

Pháp luật dân sự xác định hậu quả của hợp đồng vô hiệu toàn bộ là hợp đồng

sẽ phải bị huỷ bỏ. Hợp đồng vô hiệu sẽ không làm phát sinh thay đổi chấm dứt quyền nghĩa vụ dân sự của các bên từ khi giao dịch được xác lập. Khi hợp đồng vô hiệu thì các bên khôi phục lại tình trạng ban đầu, hoàn trả cho nhau những gì đã nhận (Điều 131 Bộ luật dân sự 2015). Do HĐLĐ có đối tượng đặc thù là công việc và sự trả công (công việc đã thực hiện, sức khỏe đã tiêu hao, tiền công đã chi phí vào tái tạo sức lao động v.v...) nên việc xử lý HĐLĐ lao động vô hiệu không áp dụng theo quy định chung mà theo hướng để các bên giao kết lại HĐLĐ đúng pháp luật, chỉ xử lý những vi phạm (Khoản 2 Điều 52 Bộ luật lao động 2012).

*** Trường hợp HĐLĐ 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 NLĐ 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 NLĐ 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).

Theo quy định của Điều 516 Bộ luật tố tụng dân sự 2015 [38] thì chỉ có TAND có thẩm quyền tuyên bố HĐLĐ vô hiệu.

3.3.3 Thực hiện hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài

*** Thay đổi chủ thể của hợp đồng**

HĐLĐ là hợp đồng được ký kết giữa cá nhân NLĐ và NSDLĐ. Về nguyên tắc, công việc của hợp đồng phải do chính NLĐ thực hiện. Việc thay đổi NLĐ ảnh hưởng đến chất lượng công việc, yêu cầu của NSDLĐ vì vậy không được thay đổi NLĐ nếu NSDLĐ không đồng ý và khi có sự thay đổi NLĐ có nghĩa là giữa hai bên phải giao kết một HĐLĐ mới. Việc thay đổi NLĐ không được áp dụng đối với cả NLĐ Việt Nam hay là NLĐNN. Các quy định về thay đổi NSĐNLĐNN 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

NLĐNN đã được cấp GPLĐ và đang còn hiệu lực mà làm việc cho NSDNLĐNN khác ở cùng vị trí công việc với hồ sơ giảm một số giấy tờ. Còn trường hợp thay đổi NSDNLĐNN và thay đổi vị trí làm việc thì NLĐNN và NSDNLĐNN mới phải làm thủ tục xin cấp GPLĐ từ đầu. Như vậy, việc thay đổi chủ thể NLĐNN hoặc NSDNLĐNN được coi như ký HĐLĐ mới.

*** Thay đổi nội dung của HĐLĐ**

Nội dung của HĐLĐ là những điều khoản quy định những quyền và nghĩa vụ của cả hai bên và hai bên phải cam kết thực hiện vì vậy thay đổi nội dung HĐLĐ là thay đổi quyền và nghĩa vụ của cả hai bên. 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 cho bên kia biết trước ít nhất 03 ngày làm việc 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.

Việc thay đổi nội dung hợp đồng đối với NLĐNN cũng không được trái với nội dung quy định trong GPLĐ. Việc tạm thời chuyển NLĐNN 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 NLĐNN đã được cấp GPLĐ đang còn hiệu lực mà làm khác vị trí công việc ghi trong giấy phép lao động nhưng không thay đổi NSDLĐ.

*** Tạm hoãn HĐLĐ**

Tạm hoãn HĐLĐ là việc tạm ngừng thực hiện các quyền và nghĩa vụ đã được hai bên thỏa thuận trong hợp đồng trong một thời gian nhất định mà không làm mất hiệu lực của hợp đồng. Các trường hợp tạm hoãn HĐLĐ với NLĐNN được pháp luật lao động xác định chia thành hai loại là tạm hoãn do thực hiện các nghĩa vụ mà pháp luật quy định (NLĐNN bị tạm giữ, tạm giam .v.v..) và tạm hoãn do thỏa thuận của các bên (NLĐNN xin nghỉ không hưởng lương vì lý do của bản thân hoặc của gia đình v.v..) (Điều 32 BLLĐ 2012). Trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày hết thời hạn tạm hoãn HĐLĐ, NLĐNN phải có mặt tại nơi làm việc và NSDNLĐNN phải nhận lại NLD trở lại làm việc trừ trường hợp hai bên có thỏa thuận khác. Những quy định pháp lý về tạm hoãn hợp đồng xuất phát từ việc tạm dừng những nghĩa vụ của NLĐNN trong quan hệ hợp đồng mà vẫn bảo vệ được quyền lợi của họ. Đặc

biệt trong cơ chế thị trường, nhà nước một mặt đòi hỏi trách nhiệm của NLĐNN nhưng vẫn luôn bảo đảm yêu cầu cá nhân của người lao động.

3.3.4 Chấm dứt hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài.

Chấm dứt HĐLĐ là việc các bên chấm dứt việc thực hiện các quyền và nghĩa vụ đã thỏa thuận trong hợp đồng, đồng thời cũng là chấm dứt quan hệ pháp luật lao động. Chấm dứt HĐLĐ là một vấn đề pháp lý phức tạp có ảnh hưởng trực tiếp tới quyền lợi của NLĐNN và NSĐNLĐNN. Chấm dứt hợp đồng nếu được các bên thỏa thuận và giải quyết đầy đủ các quyền lợi cho NLĐNN thì sẽ không gây ra hậu quả xấu, ngược lại nếu việc chấm dứt hợp đồng mà không giải quyết thỏa đáng những thỏa thuận và trách nhiệm giữa hai bên thì sẽ tác động tiêu cực không chỉ đối với các bên trực tiếp tham gia quan hệ hợp đồng mà còn gây ra những tác động tâm lý, xã hội và pháp lý (tham khảo bản án [142], [143], [144], [143], [145], [146], [147]). Việc chấm dứt hợp đồng có thể do cả hai bên cùng đồng ý chấm dứt hoặc có thể phát sinh do ý chí từ phía một bên. Chấm dứt HĐLĐ cần chú ý tới các căn cứ chấm dứt hợp đồng để giải quyết quyền lợi cho các bên theo thỏa thuận hoặc theo quy định pháp luật. Sự chấm dứt hợp đồng có thể có nhiều lý do và nguyên nhân nhưng cần phải được xác định là hợp pháp hay không hợp pháp để từ đó xác định vấn đề trách nhiệm pháp lý, trách nhiệm bồi thường. Các bên khi chấm dứt hợp đồng trong 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 huỷ 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.

**** Chấm dứt HĐLĐ do sự thỏa thuận của hai bên***

Các bên có thể đương nhiên chấm dứt HĐLĐ trong những trường hợp sau (Khoản 1, 2 và 3 Điều 36 BLLĐ 2012):

- Hết hạn hợp đồng: thời hạn chấm dứt hợp đồng đã được các bên thỏa thuận từ khi giao kết.

- Đã hoàn thành công việc theo HĐLĐ: NLĐNN 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: NLĐNN và NSĐNLĐNN cùng thỏa thuận chấm dứt hợp đồng kể cả trong trường hợp thời hạn hợp đồng chưa chấm dứt.

****Chấm dứt HĐLĐ do ý chí của bên thứ ba hoặc do sự kiện pháp lý khác.***

Chấm dứt HĐLĐ do ý chí của bên thứ ba hoặc sự kiện pháp lý khác là những trường hợp đặc biệt có thể liên quan đến quy định của các ngành luật khác. HĐLĐ là thỏa thuận riêng giữa NLĐ và NSDLĐ, nhưng cũng không được trái với những quy định của pháp luật. Và trong những trường hợp này, quy định của pháp luật hoặc ý chí của nhà nước sẽ quyết định sự tồn tại của quan hệ HĐLĐ (khoản 4, 5, 6, 7 và 8 Điều 36 BLLĐ 2012):

- NLĐ 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 NLĐNN vì thứ nhất: NLĐNN đủ điều kiện và thời gian đóng bảo hiểm của nước họ thì không liên quan đến HĐLĐ thực hiện tại Việt Nam; NLĐNN đủ điều kiện và độ tuổi hưởng lương hưu theo quy định của pháp luật Việt Nam thì cũng không liên quan đến người nước ngoài vì đến thời điểm này họ chưa được tham gia quan hệ bảo hiểm xã hội ở Việt Nam.

- NLĐ bị kết án tù giam, tử hình hoặc bị cấm làm công việc ghi trong HĐLĐ theo bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật của tòa án.

- NLĐ chết, bị tòa án tuyên bố mất năng lực hành vi dân sự, mất tích hoặc là đã chết.

- 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

- NLĐ bị xử lý kỷ luật sa thải theo quy định của pháp luật lao động.

HĐLĐ đối với NLĐNN còn được xác định là chấm dứt trong hai trường hợp:

Trường hợp 1: GPLĐ hết hiệu lực theo quy định tại khoản 1, 2, 3, 4, 5, 7 và 8 Điều 174 BLLĐ 2012 và GPLĐ bị thu hồi do NLĐNN hoặc NSDLĐNN không thực hiện đúng quy định của Nghị định 11/2016/NĐ-CP (Điều 17). Cần lưu ý là chưa có hướng dẫn Điều 17 về các trường hợp vi phạm Nghị định 11/2016/NĐ-CP có thể bị thu hồi giấy phép vì vi phạm có thể có nhiều loại vi phạm và với các mức độ khác nhau. Nghị định cũng không nói đến hậu quả của việc thu hồi và việc có thể cấp lại GPLĐ sau khi bị thu hồi.

Trường hợp 2: khi NLĐNN bị trục xuất (Điều 18 Nghị định 11/2016/NĐ-CP).

*** Chấm dứt HĐLĐ do một bên đơn phương chủ động.**

Việc chấm dứt hợp đồng do một bên đơn phương chủ động được pháp luật lao động quy định khá đầy đủ. Đây là nội dung pháp lý gắn liền với chế định kỷ luật

lao động, trách nhiệm vật chất, giải quyết tranh chấp lao động. Việc đơn phương thể hiện ý chí bao giờ cũng xuất phát từ lợi ích của một bên chủ thể, không xem xét đến quyền lợi của bên kia vì vậy khó đạt tới sự nhất trí và nếu không được giải quyết hợp tình hợp lý sẽ rất dễ xảy ra tranh chấp. Chấm dứt HĐLĐ do một bên đơn phương chấm dứt phải đáp ứng điều kiện về căn cứ chấm dứt và điều kiện về thời hạn báo trước, nếu không sẽ trái pháp luật. Chấm dứt HĐLĐ có chủ thể NLĐNN cũng không áp dụng các quy định về HĐLĐ không xác định thời hạn.

- Chấm dứt HĐLĐ do NLĐNN chủ động. NLĐNN 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 2012). Trong các trường hợp này NLĐNN phải chú ý báo trước cho NSĐNLĐNN biết trong thời hạn một số ngày mà pháp luật quy định.

- Chấm dứt HĐLĐ do NSĐNLĐNN chủ động. Việc NSĐNLĐNN đơn phương chấm dứt hợp đồng thường gây ra những ảnh hưởng lớn đến đời sống và thu nhập của NLĐNN vì vậy so với trường hợp NLĐ đơn phương chấm dứt hợp đồng thì pháp luật quy định NSĐLĐ khi đơn phương chấm dứt HĐLĐ cần phải tuân thủ những quy định chặt chẽ hơn về căn cứ, trình tự, thủ tục chấm dứt. NSĐNLĐNN cũng chỉ có quyền đơn phương chấm dứt HĐLĐ trong những trường hợp pháp luật quy định (Điều 38 BLLĐ 2012). Khi đơn phương chấm dứt HĐLĐ xác định thời hạn, NSĐNLĐNN phải báo cho NLĐNN biết trước ít nhất một số ngày mà pháp luật quy định.

Luật lao động Việt Nam mang ý nghĩa nhân đạo vì vậy, để bảo vệ quyền lợi của NLĐ, pháp luật lao động cũng quy định những trường hợp NSĐNLĐNN không được đơn phương chấm dứt HĐLĐ kể cả khi có căn cứ pháp luật (Điều 39 BLLĐ 2012). Cũng cần lưu ý là không áp dụng được tất cả các căn cứ theo quy định tại điều 37, 38, 39 BLLĐ 2012 trong quan hệ HĐLĐ đối với NLĐNN (ví dụ căn cứ ở điểm đ khoản 1 điều 37)

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

NSĐNLĐNN phải thông báo bằng văn bản cho NLĐNN 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. NSDNLĐNN có trách nhiệm hoàn thành thủ tục xác nhận và trả lại những giấy tờ khác mà NSDNLĐNN đã giữ lại của người lao động. NSDNLĐNN thu hồi GPLĐ của NLĐNN nộp lại cho Sở LĐTB&XH đã cấp giấy phép đó (điểm b khoản 2 điều 17 Nghị định 11/2016/NĐ-CP). Trong hầu hết các trường hợp chấm dứt HĐLĐ (chấm dứt theo quy định tại các khoản 1,2,3,5,6,7,9 Điều 36 BLLĐ 2012) và NSDNLĐNN đơn phương chấm dứt HĐLĐ (theo quy định tại Điều 38 BLLĐ 2012), NSDNLĐNN có trách nhiệm chi trả trợ cấp thôi việc theo quy định cho NLĐNN đã làm việc thường xuyên cho mình từ đủ 12 tháng trở lên khi HĐLĐ chấm dứt. NSDNLĐNN có trách nhiệm chi trả trợ cấp mất việc làm theo quy định cho NLĐNN 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 2012).

Việc đơn phương chấm dứt HĐLĐ thường dẫn đến tranh chấp. Tranh chấp có thể từ căn cứ của việc chấm dứt hợp đồng và tranh chấp từ việc bồi thường khi chấm dứt HĐLĐ. Giải quyết tranh chấp HĐLĐ đối với NLĐNN thực hiện theo quy định chung về giải quyết tranh chấp lao động cá nhân và tranh chấp có yếu tố nước ngoài. Khái niệm tranh chấp có yếu tố nước ngoài mới chỉ được quy định cụ thể trong Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004 (sửa đổi bổ sung năm 2011) - Khoản 2 điều 410. Ngày 25/11/2015 Quốc hội thông qua Bộ luật tố tụng dân sự 2015 (có hiệu lực từ ngày 1/7/2016), Bộ luật tố tụng dân sự 2015 có nhiều thay đổi quan trọng đáp ứng yêu cầu hội nhập và cam kết quốc tế, hoàn thiện các thủ tục và tháo gỡ các khó khăn trong giải quyết vụ việc có yếu tố nước ngoài. Khi phát sinh tranh chấp và giải quyết tranh chấp HĐLĐ đối với NLĐNN cần lưu ý các vấn đề về nội dung và thủ tục như: xác định loại HĐLĐ, tình trạng hợp đồng; xác định tính hợp pháp của nội dung ghi trong thỏa thuận hợp đồng; HĐLĐ vô hiệu, mức bồi thường cho NLĐNN. Việc xác định tư cách chủ thể của NLĐNN và tính hợp pháp của HĐLĐ còn phụ thuộc vào việc NLĐNN có hay không có GPLĐ. HĐLĐ được thực hiện trong khoảng thời gian xác định và pháp luật lao động có những thay đổi về văn bản pháp luật điều chỉnh vì vậy áp dụng đúng văn bản để điều chỉnh quan hệ HĐLĐ cũng góp phần đảm bảo tính hợp pháp của HĐLĐ.

Bản án số: 822/2015/LĐ-PT ngày 08/7/2015 V/v “*Tranh chấp đơn phương chấm dứt HĐLĐ*” tại TAND thành phố Hồ Chí Minh [147]. Tại phiên tòa phúc thẩm,

Bị đơn công ty Y & R Việt Nam kháng cáo yêu cầu hủy bản án lao động sơ thẩm với các lý do: (1) Tòa án cấp sơ thẩm áp dụng BLLĐ 2012 để giải quyết vụ án là không đúng; (2) Ngày 10/10/2012 nguyên đơn - ông Sorge khởi kiện Công ty Y & R Việt Nam là hết thời hiệu khởi kiện; (3) Chưa đánh giá hết các luận cứ mà bị đơn trình bày. Hội đồng xét xử nhận định: ông Sorge bị chấm dứt HĐLĐ vào ngày 10/10/2011, ngày 10/10/2012 ông Sorge có đơn khởi kiện Công ty Y & R Việt Nam về việc đơn phương chấm dứt HĐLĐ tại Tòa án cấp sơ thẩm và được thụ lý giải quyết vụ án vào ngày 17/12/2012. Như vậy, tất cả sự việc trên đều xảy ra trước khi BLLĐ 2012 có hiệu lực (BLLĐ 2012 có hiệu lực thi hành từ ngày 1/5/2013). Do đó, căn cứ pháp lý để áp dụng giải quyết vụ án này phải là BLLĐ 1994. Tuy nhiên, những quy định của BLLĐ 1994 trong việc xem xét việc đơn phương chấm dứt HĐLĐ cũng như giải quyết hậu quả so với BLLĐ 2012 không có thay đổi và cơ bản vẫn đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp cho bên bị vi phạm, do vậy, không cần thiết phải hủy án mà Tòa án cấp sơ thẩm cần rút kinh nghiệm. Theo quy định tại Điều 167 BLLĐ 1994: *“Thời hiệu yêu cầu giải quyết tranh chấp lao động cá nhân là một năm, kể từ ngày xảy ra hành vi mà mỗi bên tranh chấp cho rằng quyền, lợi ích của mình bị vi phạm”* đối với các tranh chấp lao động về đơn phương chấm dứt HĐLĐ. Điều 152 Bộ luật Dân sự 2005 quy định: *“...3. Khi thời hạn bắt đầu bằng một sự kiện thì ngày xảy ra sự kiện không được tính mà tính từ ngày tiếp theo của ngày xảy ra sự kiện đó”*; Điều 153 Bộ luật Dân sự năm 2005 quy định *“...Thời điểm kết thúc ngày cuối cùng của thời hạn vào lúc hai mươi tư giờ của ngày đó”*. Từ phân tích trên, có cơ sở xác định ngày 10/10/2012, nguyên đơn khởi kiện bị đơn tại Tòa án cấp sơ thẩm là còn thời hiệu.

Vụ án cho thấy mặc dù thời hiệu khởi kiện được căn cứ theo quy định của BLLĐ 1994, tuy nhiên việc giải thích thời hiệu phải dẫn chiếu các quy định về thời hiệu của Bộ luật dân sự 2005. TAND xét xử cấp sơ thẩm cũng đã nhầm lẫn về thời điểm có hiệu lực của BLLĐ 2012 và xét xử theo quy định của BLLĐ 2012 mặc dù các tình huống và việc khởi kiện diễn ra trước khi BLLĐ 2012 có hiệu lực.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 3

Qua nghiên cứu thực trạng pháp luật và thực tiễn thi hành pháp luật lao động về HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam, luận án rút ra những kết luận sau đây:

1. Quy định pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN là một nội dung quan trọng của chế định HĐLĐ. NLĐNN là đối tượng tuyển dụng và quản lý đặc biệt vì vậy khi giao kết HĐLĐ với NLĐNN cần phải tuân thủ những quy định chung về HĐLĐ và cả những quy định điều chỉnh riêng với đối tượng này.

2. Việc tuyển dụng NLĐNN hợp pháp ở Việt Nam chỉ áp dụng đối với lao động chất lượng cao, hạn chế vị trí công việc. Nếu so với quan hệ HĐLĐ thông thường thì HĐLĐ đối với NLĐNN có sự khác biệt rõ nét nhất ở điều kiện khi thiết lập quan hệ hợp đồng, thủ tục tuyển dụng, sự giới hạn trong các thỏa thuận hợp đồng và sự quản lý, giám sát nhất định của nhà nước với đối tượng này trong suốt quá trình giao kết, thực hiện, chấm dứt hợp đồng. Việc quản lý NLĐNN thuộc trách nhiệm của các cơ quan nhà nước có chức năng và có trao một phần trách nhiệm cho NSĐNLĐNN.

3. Quá trình hình thành và phát triển các quy định pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN trải qua các giai đoạn được xác định bởi các bước hoàn thiện pháp luật lao động: Giai đoạn trước năm 1994, giai đoạn từ năm 1994 đến năm 2012 và giai đoạn từ năm 2012 đến nay. Các quy định pháp luật luôn có sự sửa đổi, bổ sung qua các thời kỳ. Nội dung, hình thức văn bản pháp luật thay đổi để đáp ứng các yêu cầu của thị trường lao động, sự phát triển kinh tế, xã hội và mục đích quản lý nhà nước.

4. Pháp luật lao động hiện hành đang dần hình thành một cơ chế pháp lý khá đầy đủ về HĐLĐ đối với NLĐNN: Vị trí, công việc được sử dụng NLĐNN, điều kiện về năng lực chủ thể của NLĐNN, các thủ tục pháp lý khi tuyển dụng, giao kết, thực hiện, chấm dứt HĐLĐ với NLĐNN. Tuy nhiên vẫn còn có những quy định chưa phù hợp, còn những nội dung chưa được làm rõ, những vấn đề cần phải luật hóa.

5. Thực hiện các quy định pháp luật hiện hành về HĐLĐ đối với NLĐNN vẫn còn có những bất cập. Các văn bản quy phạm pháp luật thiếu tính thống nhất, thậm chí mâu thuẫn với nhau. Thực tế vẫn còn có nhiều vi phạm xảy ra do các nguyên nhân khác nhau: quy định pháp luật chưa hoàn thiện, vi phạm của NLĐNN, vi phạm của NSĐNLĐNN, sự yếu kém của cơ quan quản lý v.v...

CHƯƠNG 4: HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG LAO ĐỘNG ĐỐI VỚI NGƯỜI LAO ĐỘNG NƯỚC NGOÀI LÀM VIỆC TẠI VIỆT NAM

4.1. Định hướng hoàn thiện pháp luật về hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam.

Một trong các mục tiêu phát triển đất nước của Đảng và Nhà nước ta trong giai đoạn hiện nay là phát triển, nâng cao chất lượng giáo dục và đào tạo; chất lượng nguồn nhân lực; phát triển khoa học, công nghệ và kinh tế tri thức. Việt Nam định hướng phát triển là một nước công nghiệp đòi hỏi việc ứng dụng hệ thống công nghệ cao vào quá trình sản xuất là tất yếu trong khi nguồn lao động trong nước chưa đủ khả năng để đáp ứng yêu cầu này. Việc mở cửa cho NLDNN có trình độ cao vào Việt Nam vừa góp phần giải quyết việc thiếu hụt nguồn nhân lực chất lượng cao, vừa giúp đào tạo nguồn lao động trong nước. Việc sử dụng lao động nước ngoài tại Việt Nam là một vấn đề mang tính tổng hợp trên các khía cạnh kinh tế, xã hội, ngoại giao, pháp lý. Hoàn thiện pháp luật về HĐLĐ đối với NLDNN làm việc tại Việt Nam phải có những định hướng phù hợp với sự phát triển của quan hệ HĐLĐ. Trên cơ sở những định hướng đó Việt Nam sửa đổi, bổ sung, ban hành mới những quy định pháp luật lao động trên cơ sở kế thừa những thành tựu lập pháp đã có.

4.1.1 Hoàn thiện pháp luật về HĐLĐ đối với NLDNN làm việc tại Việt Nam phù hợp với chủ trương, đường lối của Đảng và nhà nước Việt Nam.

Nhà nước quản lý xã hội bằng pháp luật. Đó là cơ sở chủ yếu điều chỉnh các quan hệ cơ bản trong xã hội. Quan hệ giữa các cơ quan quản lý nhà nước về lao động cũng như các doanh nghiệp, tổ chức với tư cách NSDNLDNN và NLDNN đương nhiên phải chịu sự điều chỉnh của pháp luật lao động ở bất cứ thời điểm nào, tại bất cứ quốc gia nào. Quá trình xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật lao động nói chung phải quán triệt quan điểm pháp luật, phản ánh đúng và phù hợp với đường lối, chính sách của Đảng. Đường lối, chính sách của Đảng, Nhà nước có liên quan đến NLDNN làm việc tại Việt Nam phải được thể chế hóa kịp thời, làm cho thể chế đó có hiệu lực thực thi và bắt buộc trong phạm vi cả nước. Các văn bản về lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam phải tạo cơ sở pháp lý thuận lợi cho việc

mở rộng quan hệ hợp tác quốc tế giữa Việt Nam và các nước. 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*”. Một nhiệm vụ trọng tâm là đổi mới căn bản và toàn diện giáo dục, đào tạo; phát triển nguồn nhân lực, nhất là nguồn nhân lực chất lượng cao. Có thể thấy sự quan tâm của nhà nước đối với nguồn nhân lực có trình độ chuyên môn cao là rất lớn, nhất là với định hướng phát triển nước công nghiệp, ứng dụng các các hệ thống công nghệ cao. Tuy nhiên nguồn lao động trong nước chưa đủ khả năng để đáp ứng yêu cầu vì vậy cần mở cửa cho NLĐNN có trình độ cao vào Việt Nam. Về cơ bản, thủ tục hành chính vẫn là rào cản lớn trong việc thu hút đầu tư. Mặc dù hiện nay thủ tục đã được cải cách, giảm thiểu nhưng thực tiễn vẫn còn nhiều khó khăn vướng mắc vì vậy cần đơn giản hóa, không quy định quá nhiều giấy tờ, không yêu cầu thêm ngoài quy định, phối hợp đồng bộ giữa các cơ quan nhà nước v.v... để NLĐNN có thể vào làm việc tại Việt Nam một cách thuận lợi.

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...*”. Hoàn thiện pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam phải thực hiện trên cơ sở tổng kết rút kinh nghiệm,

đánh giá hiệu quả của công tác quản lý lao động nước ngoài; đồng thời dự kiến diễn biến của tình hình kinh tế, chính trị, xã hội trong thời gian tới để xây dựng, sửa đổi, bổ sung các văn bản pháp luật hiện hành cho phù hợp với thực tiễn và có tính khả thi. Quan điểm này đòi hỏi những người làm luật phải nhìn nhận vấn đề một cách khách quan, biện chứng và toàn diện.

4.1.2 Hoàn thiện pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN vào làm việc tại Việt Nam phù hợp với xu thế toàn cầu hóa về di chuyển lao động quốc tế.

Thế giới vận động theo xu hướng hòa nhập cùng tồn tại và phát triển thì người làm luật phải có tầm nhìn xa, phải thấy được những vấn đề có tính toàn cầu để xây dựng những văn bản pháp luật đảm bảo được sự phù hợp giữa pháp luật quốc gia với sự phát triển của pháp luật quốc tế nói chung và pháp luật của các nước có quan hệ chặt chẽ lâu dài với Việt Nam nói riêng. Khi tham gia vào xu thế hội nhập quốc tế, một trong những điểm yếu của Việt Nam chính là hệ thống pháp luật. Việt Nam ngày càng cố gắng hơn trong việc hoàn thiện hệ thống pháp luật, phù hợp với các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên. Hệ thống pháp luật lao động cũng thuộc phạm vi sửa đổi, bổ sung, tiếp cận với pháp luật quốc tế đặc biệt là các công ước của ILO, Liên hiệp quốc về lao động di trú. Việc phê chuẩn các công ước của ILO về lao động di trú không chỉ bổ sung cho những quy định còn thiếu trong pháp luật Việt Nam về quyền lợi và nghĩa vụ của NLĐNN làm việc tại Việt Nam mà còn tạo hành lang pháp lý cho NLĐNN làm việc trong các doanh nghiệp Việt Nam có thể tự bảo vệ quyền lợi của mình, cũng như góp phần vào sự phát triển nhân lực và kinh tế cho đất nước.

Nhìn chung, đối tượng điều chỉnh của pháp luật về HĐLĐ trở nên khó xác định cho dù đối với từng quan hệ lao động nước ngoài, nhà nước ta đã xác định các điểm đặc thù và có những quy định riêng điều chỉnh (Ví dụ: người Việt Nam định cư ở nước ngoài có quốc tịch nước ngoài về Việt Nam làm việc thì được hưởng chế độ hỗ trợ nào với tư cách Việt kiều; ký HĐLĐ làm công việc có tính đặc thù trong xác định quốc gia nơi làm việc như lĩnh vực hàng hải, thể thao chuyên nghiệp). Hơn nữa, khi thiết lập HĐLĐ đối với NLĐNN thì quan hệ lao động tập thể, quyền thương lượng tập thể của NLĐNN có thể khó thực hiện và có thể vượt ra giới hạn của pháp luật quốc gia. Một tác động đáng kể đến việc xây dựng pháp luật về HĐLĐ có yếu tố nước ngoài là có sự can thiệp mạnh mẽ của các tập đoàn kinh tế

và các thiết chế tài chính quốc tế vì toàn cầu hóa tạo điều kiện phát triển nhiều quan hệ HĐLĐ phức tạp (Ví dụ: Nhà thầu nước ngoài thực hiện dự án tại Việt Nam và tuyển dụng lao động nước ngoài làm việc ở Việt Nam). Khả năng xung đột pháp luật lao động về HĐLĐ có yếu tố nước ngoài giữa các quốc gia gia tăng, việc thi hành pháp luật lao động quốc gia trở lên khó khăn do sự thiếu những điểm chung về ngôn ngữ, văn hóa, chính trị, lịch sử giữa các chủ thể có yếu tố nước ngoài. Việc đưa các quy định về lao động vào trong một hiệp định thương mại để đảm bảo tiêu chuẩn lao động và quyền lợi NLĐ trở nên quan trọng và không thể thiếu mặc dù vẫn có quan điểm cho rằng việc đặt ra các quy định và tiêu chuẩn chung về lao động sẽ làm hạn chế tính cạnh tranh của doanh nghiệp và mất lợi thế cạnh tranh của quốc gia có tiêu chuẩn lao động thấp, quy định chung về lao động không thúc đẩy tự do thương mại, không thúc đẩy cạnh tranh toàn cầu. Ngoài ra, các quy định của pháp luật lao động Việt Nam còn nhiều điểm chưa thống nhất với với các điều ước quốc tế mà Việt Nam tham gia. Về mặt lý luận, NLĐNN làm việc tại Việt Nam theo hình thức HĐLĐ sẽ được hưởng chế độ đãi ngộ quốc gia (đãi ngộ như công dân) trong quan hệ pháp luật lao động (Điều 3 BLLĐ 2012). Tuy nhiên, còn nhiều quy định chưa đáp ứng được (Ví dụ: vấn đề bảo hiểm xã hội, tham gia công đoàn). Việt Nam cũng chưa tham gia các Công ước quốc tế quan trọng về lao động di trú (Công ước số 97, Công ước số 143 của ILO và ICRMW).

Việt Nam đã tham gia Công ước quốc tế về các quyền kinh tế xã hội và văn hóa năm 1966 từ năm 1982 [194]. Điều 2 của Công ước: *“Các quốc gia hội viên ký kết công ước này bảo đảm thực thi các quyền liệt kê trong công ước này không phân biệt chủng tộc, màu da, nam nữ, ngôn ngữ, tôn giáo, chính kiến hay quan niệm, nguồn gốc quốc gia hay xã hội, tài sản, dòng dõi hay bất cứ thân trạng nào khác”*. Quy định này của Công ước đã ghi nhận quyền được đối xử bình đẳng giữa mọi cá nhân không chỉ giữa công dân trong cùng một quốc gia mà công dân một quốc gia với người nước ngoài trên lãnh thổ của quốc gia đó. Điều 9 của Công ước quy định: *“Các quốc gia hội viên ký kết công ước này thừa nhận quyền của mọi người được hưởng an sinh xã hội và bảo hiểm xã hội”*. Việt Nam chưa tham gia Công ước 87 của ILO năm 1948 về quyền tự do hiệp hội và về việc bảo vệ quyền được tổ chức [153 trang 36] nhưng trong điều 8 của Công ước quốc tế về các quyền kinh tế xã hội và văn hóa năm 1966 có quy định về *“quyền tự do thành lập nghiệp đoàn và tham gia nghiệp đoàn (theo nội quy và điều lệ), để bảo vệ và gia tăng*

quyền lợi kinh tế và xã hội của mình". Quyền tham gia thành lập công đoàn của NLD từ lâu được pháp luật quốc tế coi là quyền cơ bản chính đáng của người lao động, đặc biệt là đối với NLD di trú thì quyền này càng quan trọng. Chúng ta nên xúc tiến việc ký kết các hiệp định về lao động với những nước mà Việt Nam đang và sẽ có quan hệ hợp tác thương mại và lao động. Theo Điều 10 Công ước 97 [153, trang 49]: "*Khi số lượng NLD di trú từ lãnh thổ một nước thành viên này sang lãnh thổ một nước thành viên khác đã trở nên khá quan trọng thì các nhà chức trách có thẩm quyền của những lãnh thổ đó nếu thấy cần thiết và đang mong muốn, sẽ phải cùng nhau ký kết các hiệp định để giải quyết những vấn đề quan tâm chung*". Như vậy, việc ký kết hiệp định về lao động sẽ góp phần bảo vệ quyền lợi cho hai phía và thống nhất những vấn đề chung phát sinh về lâu dài trên bình diện pháp luật quốc tế giữa hai nhà nước có công dân là lao động đang làm việc tại nước kia.

Hoàn thiện pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam để bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của NLĐNN trong mối tương quan với quyền lợi của NLD Việt Nam và an ninh việc làm trong nước. Trong mối quan hệ HĐLĐ thì NLD luôn ở thế yếu vì vậy NLĐNN làm việc ở Việt Nam càng cần sự bảo vệ của pháp luật. Hơn nữa, pháp luật lao động Việt Nam luôn hướng tới mục đích tạo điều kiện, yếu tố mang lại lợi ích cao hơn cho NLD vì vậy pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN cũng phải thuận lợi cho NLĐNN trong suốt quá trình làm việc tại Việt Nam. NLĐNN cũng chính là người tạo ra giá trị thặng dư cho xã hội, do vậy, để thuận lợi hơn cho hoạt động sản xuất, kinh doanh của các chủ thể kinh doanh thì các quy định về tuyển dụng lao động nước ngoài không được gây vướng mắc, cản trở đối với hoạt động kinh doanh, thực hiện các dự án đầu tư, đấu thầu v.v.... Các quy định liên quan đến thủ tục hành chính cần phải đơn giản, gọn nhẹ, tránh phiền hà; các quy định về điều kiện làm việc tại Việt Nam cần thông thoáng hơn và các biện pháp xử lý đối với lao động nước ngoài làm việc bất hợp pháp cần mềm dẻo, linh hoạt nhưng vẫn đảm bảo tính răn đe, phòng ngừa. Tuy nhiên việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của NLĐNN cần phải tính tới ảnh hưởng đến NLD trong nước vì trong cùng một lĩnh vực, mở rộng quyền của đối tượng này sẽ làm hạn chế quyền lợi của đối tượng khác và nhà nước luôn phải bảo hộ việc làm cho lao động trong nước. Thị trường lao động Việt Nam đang thiếu hụt nguồn vốn nhân lực cấp cao mặc dù đã có các chiến lược đầu tư đào tạo và chương trình phát triển nguồn nhân lực trung, cao cấp, đạt chuẩn quốc tế. Hàng năm, Việt Nam có hàng ngàn sinh viên tốt nghiệp đại học,

cao đẳng và một số lượng không nhỏ người đạt trình độ sau đại học nhưng trong đó chỉ có một phần nhỏ có thể đáp ứng nhu cầu tuyển dụng nhân lực trung, cao cấp của thị trường lao động. Nếu mở cửa cho NLĐNN thì NLĐ Việt Nam sẽ phải chịu áp lực việc làm rất lớn, nếu không muốn nói là rất khốc liệt và số lượng NLĐ Việt Nam bị thất nghiệp sẽ gia tăng. Như vậy, có thể khẳng định rằng nhu cầu tuyển và sử dụng NLĐNN là một tất yếu nhưng phải luôn đặt trong điều kiện chung của an ninh việc làm cũng như sự cân bằng các yếu tố của thị trường lao động trong nước.

4.1.3 Hoàn thiện pháp luật lao động về HĐLĐ đối với NLĐNN phù hợp với tiêu chuẩn chung của pháp luật lao động quốc tế.

Pháp luật về HĐLĐ với NLĐNN vẫn đang trong quá trình hội nhập gần hơn với những tiêu chuẩn chung được pháp luật lao động quốc tế thừa nhận. Tiêu chuẩn lao động là những quy định về lao động (có 3 dạng chính là quy định mang tính định lượng, quy định về quyền và quy định về nguyên tắc). Tiêu chuẩn lao động quốc tế là những tiêu chuẩn do ILO đưa ra, được thể hiện bằng những công ước và khuyến nghị. Một trong những công việc quan trọng và cấp thiết trong tiến trình hội nhập quốc tế là phải sửa đổi, bổ sung nhiều văn bản pháp luật cho phù hợp với những thể chế quốc tế mà Việt Nam tham gia và để thực hiện các cam kết mà Việt Nam đưa ra. Việt Nam đổi mới hoàn thiện chính sách về lao động theo hướng tiếp cận tốt hơn các tiêu chuẩn quốc tế nhưng cũng phải phù hợp với điều kiện, hoàn cảnh của Việt Nam. Các vấn đề về lao động nước ngoài còn phải bảo đảm những nguyên tắc định hướng thị trường, không phân biệt đối xử. Ngoài ra, các quy định về lao động nước ngoài của Việt Nam còn mang tính chất khung nên cần thể chế hóa, bổ sung, sửa đổi, hoàn thiện nhiều văn bản. Trong tiến trình hội nhập quốc tế, thì vấn đề tiêu chuẩn quốc tế luôn được đưa ra như là yêu cầu cơ bản không chỉ đối với quan hệ lao động mà cả với quan hệ kinh tế, thương mại. Nhà nước cần chú ý xử lý những vấn đề về tiêu chuẩn lao động trong quan hệ HĐLĐ có yếu tố nước ngoài (vấn đề đại diện người lao động, giấy phép lao động v.v...)

Hoàn thiện pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN theo hướng sửa đổi phù hợp với những cam kết quốc tế đã và đang trong quá trình phê chuẩn của Việt Nam. Với việc hình thành Cộng đồng kinh tế ASEAN (AEC), việc ký kết hiệp định thương mại tự do Việt Nam – EU (EVFTA) và Hiệp định đối tác xuyên Thái bình dương (TPP), Việt Nam là một trong các nước có vị thế tốt để hưởng lợi từ chính sách hội

nhập toàn cầu. Tuy nhiên để được hưởng lợi từ TPP và các hiệp định thương mại tự do khác, Việt Nam phải có những cải cách quan trọng, rộng khắp để cải thiện môi trường kinh doanh, hệ thống pháp luật trong đó có pháp luật lao động. Các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới không tạo ra các tiêu chuẩn lao động quốc tế mới mà chỉ đòi hỏi Việt Nam thông qua và duy trì trong luật những quyền được nêu trong Tuyên bố năm 1998 của ILO về các nguyên tắc và quyền cơ bản trong lao động. Ngoài ra TPP còn bổ sung thêm nội dung về những điều kiện lao động có thể chấp nhận được về lương tối thiểu, giờ làm việc và an toàn, sức khỏe nghề nghiệp và nội dung điều chỉnh lớn nhất là quyền tự do liên kết của NLĐ. Trong TPP và EVFTA, Việt Nam đã cam kết cùng với các nước đối tác của hai hiệp định này thực hiện một cách đầy đủ trong luật pháp cũng như trong thực tiễn những nguyên tắc và quyền lao động cơ bản được nêu trong tuyên bố 1998 của ILO. Nếu hai hiệp định này được Quốc hội Việt Nam phê chuẩn và thông qua thì trong thời gian ngắn, Việt Nam phải hoàn thiện pháp luật bao gồm cả luật và văn bản dưới luật để tương thích với những cam kết trong hiệp định. Việc phê chuẩn các công ước của ILO không phải cam kết bắt buộc trong các hiệp định này nhưng cùng với quá trình sửa đổi, bổ sung pháp luật thì Việt Nam phải có kế hoạch để nghiên cứu phê chuẩn 3 công ước cơ bản của ILO (công ước số 105, công ước 87, công ước 98). Hơn nữa việc hoàn thiện pháp luật không chỉ để tương thích với những cam kết trong FTAs của Việt Nam mà còn để thực hiện các mục tiêu mà Việt Nam đang hướng tới. Ngày 31/12/2015, Cộng đồng kinh tế ASEAN (ASEAN Economic Community - AEC) chính thức được thành lập. Sự kiện này được dự báo sẽ đem đến cả cơ hội lẫn thách thức cho NLĐ và NSDLĐ Việt Nam. Thực chất, hội nhập kinh tế ASEAN đã trải qua một quá trình phát triển lâu dài từ trước đó và thỏa thuận tự do đi lại sẽ giúp lao động các nước trong khu vực có cơ hội lớn hơn trong việc tìm kiếm các công việc trong khu vực và ngược lại. Một trong những thỏa thuận đáng chú ý và có tác động trực tiếp nhất của AEC đó là việc các lao động có trình độ thuộc 8 nhóm lĩnh vực nghề nghiệp, bao gồm: bác sỹ, nha sỹ, hộ lý, kỹ sư, kiến trúc sư, kiểm toán viên, giám sát viên và nhân viên du lịch, sẽ được tự do di chuyển giữa các quốc gia. Đi lại tự do có nghĩa là loại bỏ điều kiện GPLĐ trong việc tuyển dụng NLĐNN là công dân các nước trong khu vực thuộc 8 nhóm ngành nghề thỏa thuận. Việt Nam và các nước ASEAN đã hình thành một thị trường lao động thống nhất giữa các nước ASEAN sau quá trình nhất thể hóa không gian về kinh tế. Việc di chuyển của lao động tự do

giữa các nước trong khối ASEAN có nhiều thuận lợi và ưu đãi đồng thời cũng xuất hiện yếu tố cạnh tranh mới nếu Việt Nam không kịp thay đổi và đáp ứng. Nâng cao chất lượng nguồn nhân lực nói chung và chất lượng lao động có kỹ năng nghề di chuyển trong khu vực ASEAN nói riêng mang lại lợi ích cho các quốc gia phái cử và quốc gia tiếp nhận. ASEAN chủ trương hài hòa các tiêu chuẩn kỹ năng/năng lực giữa các nước tiến tới công nhận lẫn nhau về trình độ và văn bằng để thúc đẩy phát triển kỹ năng, di chuyển lao động [140, trang 25 đến 40].

4.1.4 Hoàn thiện pháp luật về HĐLĐ với NLĐNN theo hướng hoàn thiện chế định về HĐLĐ và hệ thống hóa các quy định về HĐLĐ đối với NLĐNN.

Pháp luật lao động trong đó có chế định HĐLĐ luôn liên tục hoàn thiện để đáp ứng yêu cầu phát triển của quan hệ lao động. BLLĐ 2012 đã trải qua hơn bốn năm thực hiện, tuy nhiên nội dung các quy định còn mang tính chất chung, vẫn còn có nhiều văn bản dưới luật để hướng dẫn thi hành. Các văn bản hướng dẫn ban hành chậm, thiếu đồng bộ, nội dung chòng chéo, mâu thuẫn, gây khó khăn cho việc thực hiện. Các đạo luật mới ban hành gần đây đã ảnh hưởng đến nội dung của BLLĐ 2012 (ví dụ: Bộ luật dân sự 2015, Bộ luật tố tụng dân sự 2015, Luật Doanh nghiệp 2014; Có các luật chuyên ngành tách ra từ BLLĐ 2012 như Luật Việc làm 2013, Luật an toàn, vệ sinh lao động 2015). Quốc hội khóa 14 đã ban hành Nghị quyết số 22/2016/QH14 về việc quyết định soạn thảo dự án Luật sửa đổi bổ sung một số điều của BLLĐ 2012. Lần sửa đổi này của BLLĐ nhằm khắc phục những bất cập từ thực tiễn áp dụng của BLLĐ 2012, tuân thủ các tiêu chuẩn quốc tế và tạo môi trường thuận lợi cho doanh nghiệp và NLĐ. Một trong các nội dung cần phải sửa đổi nhiều lần này là chế định về HĐLĐ. Các quy định hiện hành có nhiều quy định chưa cụ thể, rõ ràng, gây khó khăn trong quá trình thực hiện. Việc hoàn thiện pháp luật lao động phải được tiến hành đồng bộ với việc sửa đổi Bộ luật lao động. Trên cơ sở các đánh giá việc thực hiện pháp luật lao động về HĐLĐ, có nhiều ý kiến đưa ra về việc sửa đổi, bổ sung các quy định về nguyên tắc giao kết hợp đồng, điều kiện giao kết hợp đồng, loại hợp đồng, việc làm thử, nội dung hợp đồng, tạm hoãn thực hiện hợp đồng, chấm dứt hợp đồng. Việc sửa đổi bổ sung các quy định về HĐLĐ cũng chính là sửa đổi bổ sung các quy định về HĐLĐ với NLĐNN. Cần xem xét những thay đổi này áp dụng như thế nào trong quan hệ HĐLĐ đối với NLĐNN. Cũng cần kịp thời đề xuất để sửa đổi những bất cập đang có trong quy định về HĐLĐ đối với

NLĐNN hoặc bổ sung ngay những quy định riêng trong HĐLĐ đối với NLĐNN mà pháp luật lao động hiện hành còn chưa quy định.

Hiện nay các quy định về HĐLĐ đối với NLĐNN được áp dụng chung theo quy định về HĐLĐ của BLLĐ 2012 và nằm rải rác trong một số văn bản khác. Mặc dù qua thực tiễn thực hiện, nhiều quy định chung không thể hoặc khó áp dụng đối với HĐLĐ với NLĐNN. Các quy định pháp luật do nhiều Bộ, ngành khác nhau ban hành nên có mâu thuẫn khó khăn khi thực hiện. Cần cân nhắc phương án hệ thống các quy định về HĐLĐ đối với NLĐNN bằng một đạo luật. Hoặc chúng ta xây dựng *Luật về NLĐNN làm việc tại Việt Nam theo HĐLĐ* hoặc xây dựng *Luật về HĐLĐ*. Đối với các đối tượng NLĐNN làm việc tại Việt Nam và với tầm quan trọng của vấn đề di cư lao động quốc tế thì cần thiết xây dựng một đạo luật riêng về NLĐNN làm việc tại Việt Nam theo HĐLĐ (Ví dụ Luật sử dụng lao động nước ngoài của Singapore - Singapore Employment of Foreign Manpower Act 1990, revised edition 2009 [134]; Đạo luật về sử dụng lao động nước ngoài số 6967 của Hàn quốc Act on Foreign Workers Employment etc. - Act No 6967 ngày 6/8/2003 [178]). Xây dựng luật về HĐLĐ cũng được một số quốc gia thực hiện để giải quyết tất cả các vấn đề liên quan đến giao kết, thực hiện, chấm dứt HĐLĐ bao gồm HĐLĐ có yếu tố nước ngoài (Ví dụ: Luật HĐLĐ của Trung quốc năm 2007 [151]). Tuy nhiên, hiện tại Việt Nam đã có Luật người Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng (ban hành năm 2006) thì lựa chọn phù hợp là xây dựng đạo luật về NLĐNN làm việc tại Việt Nam theo HĐLĐ, quy định đầy đủ các vấn đề pháp lý cơ bản về giao kết, thực hiện, chấm dứt HĐLĐ đối với NLĐNN, quản lý nhà nước đối với NLĐNN và phải bổ sung những Mục hoặc Phần quy định về đối tượng NLĐNN đặc biệt: NLĐNN làm việc cho các nhà thầu tại Việt Nam, NLĐNN là học sinh, sinh viên nước ngoài học tập và làm việc tại Việt Nam, NLĐNN làm việc trong những lĩnh vực đặc thù (xác định những nguyên tắc điều chỉnh khi liên quan đến luật chuyên ngành, công ước quốc tế v.v...)

Xây dựng chế định về HĐLĐ đối với NLĐNN phải đồng bộ với các chế định khác của pháp luật lao động và các quy định liên quan thuộc các lĩnh vực pháp luật khác. Việc giao kết, thực hiện, chấm dứt HĐLĐ đối với NLĐNN liên quan đến các vấn đề về tiền lương, thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi, bảo hộ lao động, bảo hiểm xã hội, đại diện người lao động, giải quyết tranh chấp v.v... vì vậy hoàn thiện chế định về HĐLĐ đối với NLĐNN phải đặt trong quá trình hoàn thiện các chế

định khác của pháp luật lao động. Quy định về HĐLĐ với NLĐNN 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 về HĐLĐ đối với NLĐNN 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 về HĐLĐ đối với NLĐNN mới có tính thực tế và khả thi, bảo vệ quyền, lợi ích của NLĐNN, NSĐNLĐNN một cách hiệu quả nhất.

Pháp luật về HĐLĐ với NLĐNN là một nội dung trong hệ thống chính sách pháp luật về sử dụng nhân lực chất lượng cao vì vậy về lâu dài cần xem xét giải pháp luật hóa các chính sách về trọng dụng và thu hút nhân tài. Vấn đề phát triển nguồn nhân lực chất lượng cao phải được xác định là mục tiêu ưu tiên phát triển của đất nước. Nguồn nhân lực chất lượng cao là nhân tố quyết định sự thành công của quá trình đẩy mạnh công nghiệp hóa, hiện đại hóa, là yếu tố cơ bản thúc đẩy sự tăng trưởng kinh tế của mỗi quốc gia. Tuy nhiên hiện nay chúng ta rất khan hiếm nhân lực có chuyên môn cao (đặc biệt là trong các lĩnh vực tài chính, bảo hiểm, ngân hàng v.v...), cần phải tạo điều kiện để nguồn nhân lực cao là người nước ngoài di chuyển vào Việt Nam làm việc. Xây dựng chính sách pháp luật về sử dụng nhân lực chất lượng cao phải mang tính đồng bộ (đào tạo kỹ năng, năng lực thực hành, phát triển hệ thống giáo dục trong nước đồng thời với chính sách trọng dụng và thu hút nhân tài từ nước ngoài) khắc phục tình trạng ban hành văn bản dưới luật, lẻ tẻ và không đồng bộ.

4.2. Giải pháp hoàn thiện pháp luật về hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam.

Hiện nay, việc thực hiện, áp dụng pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN còn nhiều vướng mắc, bất cập cần phải giải quyết. Luận án trình bày những bất cập của pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN đồng thời đề xuất những giải pháp, kiến nghị cụ thể trên cơ sở cân nhắc các điều kiện thực hiện để góp phần hoàn thiện pháp luật. Các giải pháp được chia theo 3 nhóm: (1) Giải pháp về nghiên cứu và lý luận; (2) Giải pháp về hoàn thiện quy định pháp luật lao động và (3) Giải pháp về nâng cao hiệu quả thực thi pháp luật.

4.2.1 Giải pháp về nghiên cứu và lý luận

Một là, thống nhất và làm rõ các khái niệm liên quan đến HĐLĐ đối với NLĐNN. Các khái niệm cơ bản: "Người lao động", "Người lao động nước ngoài", "Hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài", cần phải được xác định chính xác và sử dụng thống nhất. Khái niệm NLĐ đã được giải thích ở khoản 1 điều 3 BLLĐ 2012: "*NLĐ 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 NSDLLĐ*" tuy nhiên trong Điều 164 Mục 1 Chương XI BLLĐ 2012 có quy định về người từ đủ 13 đến dưới 15 tuổi được tham gia quan hệ HĐLĐ qua người đại diện. Nhóm người từ đủ 13 đến dưới 15 không được gọi là NLĐ mặc dù họ làm việc và được trả lương theo HĐLĐ. Cần phải xác định họ cũng là NLĐ để đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của họ. Việc quy định độ tuổi (15 tuổi) này là không cần thiết và làm cho khái niệm thiếu chính xác nếu căn cứ khái niệm NLĐ để giải thích về khái niệm "NLĐNN". Nếu xác định NLĐNN là NLĐ có quốc tịch nước ngoài thì lại bao gồm những người từ đủ 15 đến dưới 18 và quy định pháp luật Việt Nam đòi hỏi công dân nước ngoài có năng lực hành vi dân sự đầy đủ (đủ 18 tuổi) mới được làm việc tại Việt Nam.

BLLĐ 2012 sử dụng thuật ngữ NLĐNN cũng chưa có sự thống nhất. Khoản 3 điều 2 BLLĐ 2012 xác định đối tượng điều chỉnh của BLLĐ 2012 là "NLĐNN làm việc tại Việt Nam" nhưng không có giải thích về khái niệm này. Đề mục của Mục 3 chương XI BLLĐ 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 NLĐNN 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 (bao gồm cả hình thức HĐLĐ) đều là "NLĐNN". Có quan điểm cho rằng những người nước ngoài vào Việt Nam để chào bán dịch vụ, cung cấp dịch vụ theo hợp đồng hay những người là đại diện của tổ chức phi chính phủ nước ngoài v.v...đều là người lao động, họ kiếm tiền bằng chính sức lao động của mình, không nhất thiết phải ký HĐLĐ với một doanh nghiệp, tổ chức ở Việt Nam. Phần lớn

trong số họ đã là nhân viên (có quan hệ HĐLĐ) của các chủ lao động (NSDND) ở nước ngoài. Tuy nhiên trong áp dụng văn bản (BLLĐ 2012 và văn bản hướng dẫn) rất cần sự đồng bộ trong sử dụng thuật ngữ để tránh gây nhầm lẫn, khó xác định và phân loại NLĐNN dẫn đến vi phạm pháp luật trong tuyển dụng và quản lý.

Như vậy, để hoàn thiện các khái niệm của BLLĐ 2012 về NLĐNN và NSDLĐNN cần làm rõ các khái niệm và thuật ngữ pháp lý cơ bản. Phân biệt 2 khái niệm NLĐNN 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 NLĐNN.

Khái niệm thứ hai là khái niệm “NSDNLĐNN”. Trong BLLĐ 2012 chưa có khái niệm về “NSDNLĐNN” Khoản 2 Điều 2 Nghị định 11/2016/NĐ-CP đã xác định các cá nhân, tổ chức là “NSDNLĐNN” và cách gọi như vậy là chính xác vì “NSDNLĐNN” cũng không đồng nhất với “NSDLĐ”. Đề nghị đưa khái niệm “NSDNLĐNN” vào BLLĐ 2012 (có thể bổ sung vào Điều 3 về Giải thích thuật ngữ) để rõ hơn điều kiện cũng như quyền, trách nhiệm của chủ thể này khi tuyển và sử dụng lao động nước ngoài.

Với việc quy định về khái niệm NLĐNN và NSDNLĐNN thì cũng cần bổ sung thêm khái niệm “HĐLĐ đối với NLĐNN” (Đã được phân tích ở Chương 2 của Luận án) 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 về Chủ thể (có quốc tịch khác nhau); Căn cứ phát sinh, thay đổi, chấm dứt HĐLĐ (theo pháp luật nước ngoài); Công việc của HĐLĐ (được thực hiện ở các quốc gia khác nhau).

Hai là, xác định rõ các hình thức làm việc tại Việt Nam của người nước ngoài và pháp luật điều chỉnh. Chính vì trong các văn bản pháp luật không xác định rõ hoặc có sự nhầm lẫn về đối tượng NLĐNN nên dẫn đến việc xác định không rõ về đối tượng điều chỉnh của pháp luật lao động. Đối tượng điều chỉnh của pháp luật lao động là các quan hệ lao động phát sinh giữa NLĐ làm công ăn lương với NSDLĐ (làm việc theo hình thức HĐLĐ) và các quan hệ xã hội liên quan trực tiếp đến quan hệ này. Vì vậy, Bộ luật lao động và văn bản hướng dẫn chỉ nên quy định và điều chỉnh về đối tượng người nước ngoài làm việc theo hình thức HĐLĐ. Người nước ngoài vào Việt Nam làm việc theo hình thức HĐLĐ chính là NLĐNN. Họ cần đáp ứng đủ các điều kiện để được nhập cảnh, cấp GPLĐ, giao kết, thực hiện

HĐLĐ tại Việt Nam và phải tuân thủ pháp luật lao động về HĐLĐ của Việt Nam. Còn người nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam theo nhiều hình thức khác sẽ là đối tượng điều chỉnh của ngành luật khác, họ có thể không tham gia quan hệ lao động mà pháp luật lao động điều chỉnh. Các quy định về miễn GPLĐ đối với đối tượng này không cần thiết phải quy định trong BLLĐ 2012, có thể quy định trong các văn bản về quản lý xuất cảnh, nhập cảnh, cư trú của người nước ngoài.

Hiện nay, chúng ta chưa có quy định cụ thể về sử dụng lao động nước ngoài của nhà thầu. Lao động làm việc cho nhà thầu có nhiều trình độ khác nhau và cũng có những điểm khác biệt với NLĐNN làm việc cho cá nhân, tổ chức khác (trình độ, thủ tục tuyển dụng v.v...) vì vậy pháp luật không nên áp dụng chung một quy trình quản lý, cấp phép cùng với các lao động nước ngoài khác. Khoản 1, 2 Điều 5 Nghị định 11/2016/NĐ-CP quy định nhà thầu bắt buộc phải tuyển lao động Việt Nam vào các vị trí công việc dự kiến tuyển NLĐNN trước khi tuyển lao động nước ngoài. Quy định này nhằm tạo cơ hội việc làm cho lao động Việt Nam, tuy nhiên trên thực tế không phát huy được hiệu quả vì nhà thầu thường yêu cầu công việc có thời hạn ngắn hoặc công việc đặc thù đáp ứng được từng yêu cầu của gói thầu vì vậy lao động Việt Nam cũng chưa đáp ứng được và cũng làm chậm trễ tiến độ của nhà thầu. Pháp luật về đấu thầu cũng quy định các điều kiện để nhà thầu tham gia dự thầu phải có năng lực và kinh nghiệm đã từng thực hiện các dự án tương tự về kỹ thuật và quy mô, thực tế nhiều nhà thầu đã có sẵn đội ngũ lao động kỹ thuật, chuyên môn lành nghề và kinh nghiệm để thực hiện dự án trúng thầu. Nhiều trường hợp NLĐNN làm việc cho các nhà thầu chỉ có trình độ phổ thông, xảy ra nhiều vi phạm khi làm việc nhưng không có các quy định điều chỉnh cụ thể và nhìn chung rất khó quản lý (tham khảo thực trạng lao động Trung quốc làm việc cho các nhà thầu [94]). Như vậy cần xây dựng quy chế riêng đối với việc tuyển dụng, quản lý lao động làm việc cho các nhà thầu tại Việt Nam và cũng lưu ý các quy định quản lý hành chính nhà nước trong hoạt động đấu thầu. Cũng tương tự như vậy đối với lao động là học sinh, sinh viên học tập tại Việt Nam. Các lao động này khó kiểm soát trình độ lao động vì không thuộc diện cấp giấy phép, việc sử dụng lao động nước ngoài là học sinh, sinh viên còn liên quan đến các lĩnh vực quản lý nhà nước về giáo dục vì vậy cũng cần có quy chế riêng.

Ba là, xác định lại điều kiện để cấp GPLĐ cho NLĐNN vào Việt Nam làm việc theo hình thức HĐLĐ. Không nên xác định điều kiện của NLĐNN làm

việc tại Việt Nam theo HĐLĐ đồng nhất với điều kiện người nước ngoài vào Việt Nam làm việc vì hai đối tượng này là khác nhau (như đã trình bày ở giải pháp thứ nhất). Việc quy định về cấp GPLĐ cho NLĐNN cùng với các đối tượng người nước ngoài khác trong BLLĐ 2012 và Nghị định 11/2016/NĐ-CP sẽ làm nhầm lẫn về điều kiện này. Cũng nên cân nhắc và xem xét lại các điều kiện để NLĐNN vào Việt Nam làm việc theo HĐLĐ. Hiện nay chúng ta cấp GPLĐ cho lao động nước ngoài theo tiêu chí vị trí công việc (4 loại công việc) và xác định cấp GPLĐ cho lao động hợp pháp, chất lượng cao. Do yêu cầu lao động và 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/TT-BLĐTBXH 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 đối với lao động nước ngoài là chuyên gia trong lĩnh vực giáo dục thì hoàn toàn thiếu những hướng dẫn cụ thể về bằng cấp, chứng nhận trình độ mặc dù trên thực tế giáo viên nước ngoài vào Việt Nam làm việc ngày càng đông.

Hướng hoàn thiện là việc cấp giấy phép cho NLĐNN phải xác định cụ thể, hơn theo yêu cầu quản lý và phân loại chi tiết trình độ chuyên môn. Kinh nghiệm trong việc sử dụng lao động nước ngoài và quản lý nhập cư có thể tham khảo một nước phát triển như Đức. Luật nhập cư của Đức 2005 (German Immigration Act 2005) [203], đạo luật quy định cụ thể và chi tiết các vấn đề liên quan đến lao động nhập cư trong đó có NLĐNN vào Đức làm việc. Theo Luật nhập cư, trách nhiệm cấp Giấy phép cư trú thuộc Bộ Nội vụ. Bộ Lao động xác nhận mục đích lao động của người lưu trú. Chia lao động nhập cư có 3 đối tượng: (1) Lao động làm thuê phổ thông theo yêu cầu của nền kinh tế và các hiệp định song, đa phương (được cấp Giấy phép lưu trú có thời hạn); (2) Lao động trình độ cao (Cấp giấy phép lưu trú vô thời hạn được xác định theo mức lương, không được dưới 64.000 euro/năm); (3) Doanh nhân ngoại quốc đầu tư 1 triệu euro và tạo được 10 chỗ làm việc sau đó đã hạ xuống 250.000 euro và 5 chỗ làm việc (cấp giấy phép có thời hạn, sau 5 năm chuyển sang vô thời hạn). Chúng ta có thể phân loại đối tượng người nước ngoài vào Việt Nam làm việc thành 3 nhóm: Nhóm 1 - Lao động là công dân nước ngoài vào Việt Nam làm việc theo hình thức HĐLĐ (NLĐNN). Nhóm 2 - Người nước ngoài vào Việt Nam làm việc theo các hình thức khác gồm di chuyển trong nội bộ doanh nghiệp; thực hiện các loại hợp đồng hoặc thỏa thuận, nhà cung cấp dịch vụ

theo hợp đồng, chào bán dịch vụ... Nhóm 3 - Người nước ngoài vào Việt Nam làm việc ngắn ngày (dưới 30 ngày) gồm: thương nhân vào thu mua hàng hóa ngắn ngày; người nước ngoài vào thực tập tại Việt Nam; người nước ngoài vào Việt Nam để công tác, tham dự họp, khảo sát, đầu tư .v.v... trong đó Nhóm 1 phải có GPLĐ trước khi xin thị thực nhập cảnh vào Việt Nam; Nhóm 2 và Nhóm 3 thì xác nhận không thuộc diện cấp giấy GPLĐ trước khi xin thị thực nhập cảnh vào Việt Nam.

Đối với lao động nước ngoài phổ thông, pháp luật Việt Nam không khuyến khích, thậm chí quy định rất chặt chẽ các điều kiện được cấp GPLĐ nhưng lao động này vẫn tồn tại và số lượng ngày càng tăng. Xuất phát từ việc xã hội có nhu cầu sử dụng lao động phổ thông, nếu không có quy định pháp luật để điều chỉnh thì sẽ không thu được những nguồn lợi do họ mang lại (thuế thu nhập cá nhân, kinh nghiệm, chất lượng phục vụ v.v...) mà còn không bảo đảm được an ninh việc làm trong nước. Để việc chấp nhận lao động phổ thông làm việc hợp pháp tại Việt Nam không ảnh hưởng đến việc làm của lao động trong nước thì có thể quy định điều kiện cấp phép chặt chẽ hơn. Họ không được là lao động tự do mà phải là nhân sự của một trung tâm hay doanh nghiệp chuyên cung ứng lao động và họ phải có tiền ký quỹ gửi tại Trung tâm hay doanh nghiệp đó. Như vậy, một phần chúng ta quản lý được số lượng, công việc và thời gian làm việc của họ, đảm bảo việc thu thuế từ thu nhập của họ, có cơ sở để giải quyết những tranh chấp của họ với những NSDLĐ thực sự như làm mất mát đồ đạc, bồi thường vi phạm hợp đồng v.v....

4.2.2 Giải pháp về hoàn thiện quy định pháp luật lao động.

Một là, xây dựng và hoàn thiện chế độ BHXH đối với NLĐNN làm việc theo hình thức HĐLĐ. Đối với NLD nói chung và NLĐNN nói riêng thì vấn đề BHXH luôn được quan tâm khi thiết lập quan hệ HĐLĐ. Về tổng quan thì các quy định pháp luật và chính sách an sinh xã hội của Việt Nam đã tương thích với quy định chung của ILO và khu vực. Luật BHXH năm 2014 (có hiệu lực từ 1/1/2016) đã quy định về chế độ BHXH bắt buộc áp dụng với NLĐNN và quy định này đến 1/1/2018 có hiệu lực thi hành. Bộ LĐTB&XH đang xây dựng trình Chính phủ dự thảo Nghị định quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật BHXH 2014 về BHXH bắt buộc đối với người lao động là công dân nước ngoài làm việc tại Việt Nam. Để đảm bảo quyền lợi cho NLĐNN khi làm việc tại Việt Nam và thực hiện nguyên tắc về đối xử bình đẳng, dự thảo đưa ra phương án thực hiện cả 5 chế độ BHXH bắt

buộc đối với NLĐNN. Tuy nhiên trong quá trình xây dựng chế độ BHXH bắt buộc đối với NLĐNN thì Việt Nam cần lưu ý đến việc đàm phán và thỏa thuận với các nước khác về tinh thần và cách thức thực hiện vì muốn áp dụng BHXH bắt buộc với NLĐNN thì Việt Nam phải ký kết thỏa thuận tránh nộp BHXH hai lần, và áp dụng điều khoản loại trừ với những trường hợp không có thỏa thuận song phương này. Hiện tại NLĐNN chưa được tham gia bảo hiểm thất nghiệp theo Luật Việc làm 2013 vì khoản 1 điều 3 Luật Việc làm giải thích: “*người lao động là công dân Việt Nam, từ đủ 15 tuổi trở lên, có khả năng lao động và có nhu cầu làm việc*”. Luận án đã phân tích việc có thể cho phép NLĐNN tham gia chế độ bảo hiểm thất nghiệp hay không ở Chương 3. Trong thời gian tới chúng ta tiếp tục nghiên cứu một hình thức bảo hiểm việc làm phù hợp hơn với NLĐNN. Chế độ bảo hiểm y tế không có quy định riêng với NLĐNN làm việc theo HĐLĐ tại Việt Nam mà áp dụng theo quy định chung đối với NLĐ làm việc theo HĐLĐ tại khoản 1 điều 12 Luật Bảo hiểm y tế năm 2008 (sửa đổi bổ sung năm 2014). Cần lưu ý là đến 1/1/2018 khi điều 16 khoản 2 Luật BHXH 2014 có hiệu lực thì NLĐ (bao gồm cả NLĐNN) làm việc từ 1 tháng trở lên thuộc đối tượng tham gia bảo hiểm xã hội. Quy định này là bất hợp lý trong việc tính toán và làm thủ tục các chế độ bảo hiểm không chỉ cho NLĐNN mà ngay cả đối với NLĐ Việt Nam. Cũng như các vấn đề pháp lý khác, chế độ bảo hiểm xã hội đối với NLĐNN rất cần có sự nhanh chóng khi ban hành văn bản hướng dẫn vì từ trước tới nay khi tính thuế thu nhập cá nhân thì những khoản BHXH, bảo hiểm y tế là những khoản thu nhập không thuộc diện tính thuế.

Hai 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 NLĐNN. Pháp luật công đoàn hiện nay vẫn chưa ghi nhận quyền thành lập và gia nhập tổ chức công đoàn của NLĐNN làm việc tại Việt Nam (Điều 5 Luật Công đoàn 2012) [24]. Hạn chế này cũng mâu thuẫn với nhiều điều khoản của BLLĐ 2012 như Điều 5, Điều 50, Điều 189 v.v... Khi NLĐNN không được hưởng quyền lợi của đoàn viên công đoàn thì NSDNLĐNN cũng rất khó khăn khi xây dựng thỏa ước lao động tập thể, xử lý kỷ luật lao động, đơn phương chấm dứt HĐLĐ đối với NLĐNN. Tiêu chuẩn quốc tế cũng như các cam kết về lao động của Việt Nam trong các FTAs đều đặt ra vấn đề thay đổi lớn đó là quyền tự do liên kết, thương lượng tập thể. Chương 19 của Hiệp định TPP 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 [196]. Quy định về quyền gia

nhập tổ chức công đoàn của NLĐNN hoặc quyền thành lập tổ chức bảo vệ quyền lợi của NLĐNN 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 NLĐNN, bảo đảm nghĩa vụ thương lượng thiện chí của NSĐNLĐNN 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 NLĐNN được gia nhập tổ chức công đoàn/hoặc cho phép thành lập tổ chức bảo vệ quyền lợi của NLĐNN. Những vấn đề cần cân nhắc: 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.

Ba là, cần bổ sung quy định về căn cứ xác định HĐLĐ vô hiệu trong trường hợp HĐLĐ có chủ thể là NLĐNN. Quy định về HĐLĐ vô hiệu hiện nay khó áp dụng để giải quyết các tranh chấp HĐLĐ đối với NLĐNN. Ký kết HĐLĐ với NLĐNN mà không có GPLĐ thì có bị vô hiệu toàn bộ hay không?; ký kết hợp đồng có nội dung trái với GPLĐ thì bị coi là vô hiệu toàn bộ hay từng phần?. Căn cứ thứ hai khi công việc mà hai bên giao kết trong HĐLĐ không trái pháp luật nhưng trái với nội dung GPLĐ thì có bị coi là vô hiệu hay không?. Qua thực tiễn xét xử thì TAND vẫn xem xét quan hệ HĐLĐ thực tế để giải quyết quyền lợi cho các bên. 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 thống nhất. Căn cứ thứ tư xác định HĐLĐ vô hiệu (điểm d khoản 1 Điều 50 BLLĐ 2012) không áp dụng với NLĐNN vì pháp luật chưa trao quyền thành lập, gia nhập, hoạt động công đoàn cho họ nên không thể xác định là vi phạm hay không vi phạm. Như vậy, cần bổ sung hoặc có hướng dẫn cho Điều 50 BLLĐ 2012 quy định về các căn cứ xác định HĐLĐ vô hiệu đối với NLĐNN.

Bốn là, quy định về các loại HĐLĐ đối với NLĐNN. Khoản 1 Điều 22 BLLĐ 2012 quy định về các loại hợp đồng trong đó có HĐLĐ không xác định thời hạn. Như ở Chương 3 luận án đã phân tích, khi giao kết HĐLĐ đối với NLĐNN, các bên không thể lựa chọn loại HĐLĐ không xác định thời hạn và cũng không thể áp dụng quy định đương nhiên chuyển sang loại HĐLĐ không xác định thời hạn theo khoản 2 Điều 22 vì vậy cần có quy định riêng về loại HĐLĐ đối với NLĐNN. Khi giao kết HĐLĐ đối với NLĐNN, các bên chỉ được giao kết loại HĐLĐ có xác định thời hạn, thời hạn HĐLĐ do các bên thỏa thuận nhưng không quá thời hạn ghi trong GPLĐ. Cũng nên cân nhắc để xác định phân loại HĐLĐ đối với NLĐNN theo

vị trí công việc tuyển dụng mà hiện nay pháp luật đã giới hạn (4 loại công việc). Phân loại HĐLĐ theo công việc giúp thuận tiện cho cơ quan nhà nước quản lý NLĐNN đồng thời xác định những vấn đề pháp lý chuyên ngành liên quan đến loại HĐLĐ được các bên thỏa thuận, lựa chọn.

Năm là, bổ sung hoặc sửa đổi một số quy định pháp luật lao động trong giao kết, thực hiện, chấm dứt HĐLĐ đối với NLĐNN. Khi phân tích quy định và thực hiện pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN ở Chương 2, luận án đã đề cập và nêu một số vấn đề bất cập cần sửa đổi hoặc bổ sung đối với pháp luật lao động hiện hành. Cụ thể là: cần bổ sung quy định việc giao kết HĐLĐ đối với NLĐNN bắt buộc phải bằng văn bản. Trường hợp làm việc ngắn hạn dưới 30 ngày thì không cần giấy phép nhưng vì nếu làm việc ngắn hạn, không giao kết bằng văn bản thì khó quản lý và giải quyết tranh chấp nếu phát sinh và trong hồ sơ xác nhận NLĐNN không thuộc diện cấp GPLĐ bắt buộc phải có giấy tờ chứng minh mà HĐLĐ chính là loại giấy tờ chứng minh. Xem xét đề quy định rõ HĐLĐ đối với NLĐNN phải bằng tiếng Việt và tiếng Anh. Sở dĩ lựa chọn tiếng Anh đây là ngoại ngữ được lựa chọn phổ biến ở Việt Nam sau tiếng Việt, hiện tại mẫu GPLĐ cấp cho NLĐNN theo Thông tư 40/2016/TT-BLĐTBXH cũng sử dụng song ngữ Việt – Anh. Khi có mâu thuẫn về ngôn ngữ thì bản tiếng Việt sẽ được lựa chọn. Quy định rõ về thời hạn tạm hoãn HĐLĐ đối với NLĐNN vì quy định về tạm hoãn HĐLĐ hiện nay có liên quan đến thời hạn của GPLĐ. BLLĐ 2012 không quy định về thời hạn tạm hoãn HĐLĐ nên nếu thời gian tạm hoãn dài hơn thời điểm chấm dứt HĐLĐ hoặc thời hạn của GPLĐ thì đến thời điểm chấm dứt HĐLĐ hoặc thời điểm hết hạn GPLĐ, hợp đồng có bị chấm dứt hay không?. Vì vậy phải quy định thời gian tạm hoãn đối với NLĐNN trong mối liên quan đến thời hạn GPLĐ.

Sáu là, bổ sung, hoàn thiện các quy định pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN trong từng lĩnh vực 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, lao động nước ngoài trong lĩnh vực 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 người lao động. 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). Vấn đề này của HĐLĐ đối với NLĐNN hiện nay còn bỏ ngõ. Pháp luật lao động cần có những điều khoản nguyên tắc hoặc với những HĐLĐ tính chất công việc phức tạp nhiều vi phạm, tranh chấp thì phải có văn bản dưới luật hướng dẫn cụ thể, tránh những bất cập không đáng có do pháp luật còn bỏ ngõ. Ngoài ra cũng cần bổ sung quy định riêng về lao động nước ngoài làm việc cho các nhà thầu nước ngoài.

Bấy là, quy định về công việc, vị trí được phép tuyển dụng NLĐNN. Khoản 4 Điều 3 Nghị định 11/2016/NĐ-CP giải thích “nhà quản lý, giám đốc điều hành thuộc các trường hợp: quy định tại khoản 18 điều 4 Luật doanh nghiệp 2014 hoặc là người đứng đầu, cấp phó của người đứng đầu của cơ quan tổ chức”. Quy định như vậy khi thực hiện có khó khăn là nếu NSĐNLĐNN muốn tuyển dụng NLĐNN vào một vị trí quản lý cấp trung (ví dụ như trưởng bộ phận, trưởng dự án, trưởng ban v.v..). Quy định điều kiện “kép” ở điểm b khoản 3 điều 3 Nghị định 11/2016/NĐ-CP về chuyên gia nước ngoài phải có bằng đại học trở lên hoặc tương đương và có ít nhất 03 năm kinh nghiệm làm trong chuyên ngành được đào tạo có thể là quá chặt chẽ và nên cân nhắc chỉ quy định một trong hai điều kiện. Tương tự như vậy tại khoản 5 điều 3 Nghị định 11/2016/NĐ-CP quy định về lao động kỹ thuật là “*người được đào tạo chuyên ngành kỹ thuật ít nhất 01 năm và làm việc ít nhất 03 năm trong chuyên ngành được đào tạo*” cũng chỉ nên quy định một trong hai điều kiện.

Tám là, sửa đổi bổ sung các quy định về thủ tục, thẩm quyền hành chính trong quản lý GPLĐ của NLĐNN. Khoản 8 Điều 10 Nghị định 11/2016/NĐ-CP đã bổ sung quy định giảm các thủ tục hành chính khi cấp GPLĐ trong những trường hợp đặc biệt: NLĐNN đã được cấp GPLĐ và đang còn hiệu lực mà làm việc cho NSĐLĐ khác ở cùng vị trí công việc ghi trong GPLĐ theo quy định của pháp luật; NLĐNN 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 NSĐLĐ; NLĐNN 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. Cần bổ sung thêm trường hợp đặc biệt khi cấp GPLĐ cho NLĐNN làm việc tại nhiều tỉnh, thành phố. Theo quy định hiện hành thì NLĐNN làm việc tại tỉnh, thành phố nào thì phải được Sở LĐTB&XH cấp tỉnh đó cấp GPLĐ (GPLĐ chỉ có giá trị trong địa bàn của tỉnh, thành phố). Trường hợp NLĐNN làm việc tại nhiều tỉnh, thành phố thì phải cấp nhiều GPLĐ. Quy định nêu

trên gây phiền hà cho NLĐNN khi phải chuẩn bị nhiều hồ sơ đề nghị cấp GPLĐ và khó khăn cho công tác quản lý vì cùng một NLĐNN nhưng có nhiều GPLĐ. Do đó cần có một cơ quan thống nhất quản lý đối tượng nêu trên và chỉ cần cấp một GPLĐ. Hoặc có trường hợp NLĐNN làm việc cho nhiều NSDNLĐNN nhưng thực tế về thủ tục họ chỉ được cấp một GPLĐ và hoặc là làm việc bất hợp pháp hoặc bị tước quyền, vì vậy cũng cần bổ sung thêm trường hợp đặc biệt này vào khoản 8 điều 10 Nghị định 11/2016/NĐ-CP. 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 LĐTB&XH trả lời không cấp, cấp lại GPLĐ mà NSDNLĐNN cho rằng không hợp lý. Về vấn đề thu hồi GPLĐ, NLĐNN sẽ bị Sở LĐTB&XH có thẩm quyền thu hồi GPLĐ đã cấp trong trường hợp NSDNLĐNN hoặc NLĐNN không thực hiện đúng quy định (Khoản 2 Điều 17 Nghị định 11/2016/NĐ-CP). Tuy nhiên cần lưu ý việc quy định căn cứ thu hồi GPLĐ là quá rộng và khó xác định. Chính phủ xem xét để xác định các căn cứ cụ thể, rõ ràng hơn trong trường hợp này. Điều 8 Nghị định 11/2016/NĐ-CP xác nhận NLĐNN không thuộc diện cấp GPLĐ thì doanh nghiệp vẫn phải nộp hồ sơ cấp xác nhận NLĐNN không thuộc diện cấp GPLĐ. Quy định này mất thời gian, chi phí của doanh nghiệp và đi ngược lại xu thế đơn giản hóa thủ tục hành chính. Xem xét bỏ thủ tục xác nhận mà chỉ yêu cầu doanh nghiệp kê khai và thông báo cho Sở LĐTB&XH và tự chịu trách nhiệm về kê khai này. Điểm a Khoản 3 Điều 14 Nghị định 11/2016/NĐ-CP quy định 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. Quy định này giảm tính thân thiện trong thủ tục hành chính vì vậy có thể bỏ (vì các thông tin về GPLĐ đã được lưu trữ). Trong thời gian tới cũng cần sớm xây dựng dự thảo Thông tư hướng dẫn thực hiện việc cấp GPLĐ cho NLĐNN 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).

Chín là, hoàn thiện các quy định trong xử lý vi phạm đối với NLĐNN và NSDNLĐNN. 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), chế tài đối với NLĐNN là trục xuất 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, thực hiện cũng có khó khăn vì phải do cơ quan khác tiến hành và không đủ kinh phí. Trong lĩnh vực lao động thì chưa có tiền lệ. Về căn cứ trực 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 trực 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 trực xuất. Bộ Công an có trách nhiệm hướng dẫn về thẩm quyền, thủ tục trực xuất đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam không có GPLĐ (nhưng hiện nay chưa có văn bản hướng dẫn). Như vậy, có thể thấy biện pháp nặng nhất áp dụng với NLĐNN là trực xuất nhưng lại ít khi thực hiện do vấn đề thủ tục tiến hành. 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 NLĐNN đó mang quốc tịch, một phần vì cơ quan thực hiện không phải cơ quan quản lý lao động. Trong thời gian thực hiện chế tài trực xuất mà NLĐNN xin được GPLĐ thì lại được ở lại Việt Nam làm việc mà không phải chịu chế tài gì. Chúng ta có thể quy định rõ hơn việc áp dụng và 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 NSDNLĐNN vi phạm các quy định pháp luật về tuyển dụng NLĐNN 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 hình thức trực xuất, Bộ Công an cần sớm có hướng dẫn về thẩm quyền, thủ tục trực xuất đối với NLĐNN làm việc không có GPLĐ.

4.2.3 Giải pháp về nâng cao hiệu quả thực thi pháp luật.

Một là, nâng cao hiệu quả công tác xây dựng, ban hành văn bản pháp luật. Việc thực thi pháp luật phụ thuộc trước hết vào chất lượng văn bản pháp luật. Cần nâng cao chất lượng công tác nghiên cứu lý luận trong lĩnh vực pháp luật và đổi mới tư duy lập pháp theo kịp với yêu cầu của thực tiễn. Việc nghiên cứu 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. 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). Xác định mục tiêu rõ ràng khi thực hiện công tác xây dựng pháp luật. Cần 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.... 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. 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. 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). Việc xây dựng, ban hành văn bản pháp luật điều chỉnh quan hệ HĐLĐ có yếu tố nước ngoài cần chú ý đến vấn đề có áp dụng pháp luật nước ngoài để điều chỉnh. Cần hoàn thiện cơ sở pháp lý cho việc áp dụng pháp luật nước ngoài vào Việt Nam, giảm dần các quy định có tính chất “luật khung”. Còn nhiều các văn bản chứa đựng các quy định khung vì vậy những nhà làm luật cần yêu cầu có sự tham gia của nhà quản lý trong việc đưa ra những quy định chi tiết nhằm áp dụng pháp luật trong từng lĩnh vực cụ thể.

Hai là, tăng cường và đổi mới năng lực quản lý nhà nước đối với NLĐNN. Để phát huy vai trò quản lý của nhà nước đối với NLĐNN 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 quan hệ lao động. Quản lý NLĐNN 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. Tập trung xây dựng một cơ chế hiệu quả để ngăn ngừa, xử lý các vi phạm pháp luật. Tăng cường năng lực của cơ quan thanh tra về lao động. 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. Tổ chức thanh tra chuyên đề về quản lý lao động nước ngoài tại các cơ quan cấp giấy phép lao động ở địa phương và các doanh nghiệp, tổ chức. Công tác hậu kiểm sau cấp phép là công tác còn nhiều hạn chế nên cũng hết sức coi trọng. Xây dựng quy chế cho công tác thanh tra, kiểm tra và xử lý vi phạm đối với hoạt động tuyển dụng, quản lý NLĐNN. Định kỳ hoặc đột xuất tổ chức những đoàn thanh tra liên ngành để kiểm tra việc thực hiện và phát hiện, xử lý vi phạm. Đồng thời cũng phải tăng mức chế tài xử phạt đối với những hành vi vi phạm pháp luật trong quản lý NLĐNN. Chế tài xử phạt hành chính trong vi phạm pháp luật về quản lý NLĐNN hiện nay chưa đủ mức răn đe và buộc NSĐNLĐNN và NLĐNN phải thực hiện; các biện pháp cưỡng chế chưa kiên quyết; chưa có nhiều biện pháp xử lý triệt để đối với các doanh nghiệp, nhà thầu hay cá nhân NLĐNN có tình vi phạm pháp luật Việt Nam. 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.

Ba là, nâng cao hiệu quả công tác thực hiện pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN. Đổi mới nội dung và phương thức quản lý nhà nước đối với NLĐNN vào Việt Nam làm việc theo HĐLĐ. Các cơ quan nhà nước luôn chủ động đánh giá, phân tích tình hình để có những chính sách điều chỉnh phù hợp với tình hình kinh tế xã hội. Rà soát, đánh giá và thực hiện các biện pháp cần thiết tạo thuận lợi hơn cho việc tuyển dụng lao động và sử dụng lao động nước ngoài. Đảm bảo tính thống nhất và linh hoạt của thị trường lao động. Công tác phối hợp, trao đổi thông tin trong quản lý lao động nước ngoài giữa các cơ quan chuyên môn ở địa phương cần phải thực hiện chặt chẽ, kịp thời và đồng bộ. Còn nhiều đầu mối, lực lượng cùng quản lý nên thông tin không tập trung, thống nhất. Nhiều địa phương chưa thực hiện nghiêm túc báo cáo tình hình tuyển và sử dụng lao động nước ngoài định kỳ theo quy định. Ở cấp trung ương cần tăng cường hướng dẫn kiểm tra các địa phương trong việc thực hiện các quy định của pháp luật, công tác quản lý nhà nước về lao động nước ngoài làm việc tại các địa phương; Định kỳ gặp gỡ đối thoại với các doanh nghiệp, hiệp hội doanh nghiệp nước ngoài và các tổ chức có liên quan để lắng nghe, trao đổi thông tin và kịp thời hướng dẫn, tháo gỡ khó khăn, chấn chỉnh những vi phạm, tạo điều kiện để các địa phương, doanh nghiệp và người lao động thực hiện tốt các quy định của pháp luật. Tăng cường trách nhiệm và sự phối hợp giữa các Bộ, ngành ở Trung ương với các cơ quan chuyên môn ở địa phương một cách thường xuyên, kịp

thời và đồng bộ. Ở cấp địa phương, trước hết cần giải quyết các vướng mắc về quan điểm, nhận thức tư tưởng của một bộ phận cán bộ quản lý về vấn đề di chuyển lao động quốc tế (đây là hiện tượng tất yếu trong nền kinh tế thị trường hội nhập chứ không phải là nguyên nhân của hiện tượng thất nghiệp, mất việc làm của lao động trong nước). Nâng cao năng lực đội ngũ cán bộ quản lý NLĐNN về trình độ ngoại ngữ, khả năng nắm bắt tình hình. Cần chủ động xây dựng kế hoạch phát triển nguồn nhân lực gắn với chương trình kinh tế xã hội của địa phương để đáp ứng nhu cầu về lao động ở địa phương, đặc biệt là nhu cầu của các nhà thầu nước ngoài nhằm hạn chế sử dụng người lao động nước ngoài trái phép. Tổ chức giới thiệu, cung ứng lao động Việt Nam cho nhà thầu nước ngoài theo đề nghị của nhà thầu nước ngoài trên địa bàn. Phổ biến, hướng dẫn doanh nghiệp, tổ chức và nhà thầu thực hiện đúng pháp luật lao động. Tổ chức triển khai thực hiện đồng bộ và hiệu quả quy chế phối hợp, khắc phục tình trạng gián đoạn và cục bộ trong hoạt động quản lý và trao đổi thông tin giữa các cơ quan.

Bốn là, 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 và các quy định của pháp luật liên quan đến đầu tư, đấu thầu và lựa chọn nhà thầu. Nâng cao trách nhiệm, ý thức chấp hành pháp luật của cá nhân NLĐNN, NSĐNLĐNN. 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. Hiện nay, trong việc sử dụng lao động nước ngoài tại Việt Nam còn nhiều nhóm lao động, lĩnh vực lao động chưa được pháp luật quan tâm và còn bỏ ngỏ: Ví dụ như lao động trong những lĩnh vực đặc thù, lao động của học sinh, sinh viên nước ngoài học tập và làm việc tại Việt Nam v.v.... Các thông tin về những thay đổi của thị trường lao động ASEAN trong thời gian tới cũng cần phải được tuyên truyền và phổ biến. Các thông tin mà doanh nghiệp và người lao động cần phải quan tâm là những ưu tiên của ASEAN, văn kiện của ASEAN, xây dựng và nội luật hóa các văn kiện ASEAN trong kế hoạch quốc gia. Để đáp ứng nhu cầu phát triển nguồn nhân lực có chất lượng cao cho quá trình hội nhập, nhà nước Việt Nam đang xúc tiến xây dựng và phát triển hệ thống các tiêu chuẩn kỹ năng nghề quốc gia theo nguyên tắc phù

hợp với tiêu chuẩn tham chiếu của ASEAN và quốc tế, có thể so sánh và công nhận tương đương đối với các tiêu chuẩn nghề chung trong ASEAN. Xây dựng và phổ biến tiêu chuẩn kỹ năng nghề quốc gia giúp cho NLĐ định hướng nâng cao trình độ, kiến thức, kỹ năng của bản thân. NSDLĐ có cơ sở để tuyển chọn lao động, bố trí công việc và mức lương phù hợp.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 4

Trên cơ sở phân tích tổng quan các vấn đề lý luận ở chương 2, đánh giá thực trạng pháp luật và thực tiễn thi hành pháp luật ở chương 3, Chương 4 của luận án đưa ra các định hướng hoàn thiện pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN, từ đó có những kiến nghị và đề xuất sửa đổi, bổ sung các quy định của pháp luật:

1. Hoàn thiện pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN trước hết cần khắc phục những điểm chưa hợp lý của pháp luật hiện hành. Bổ sung những quy định, hướng dẫn về HĐLĐ đối với NLĐNN. Việc đảm bảo quyền, lợi ích của các bên trong quan hệ HĐLĐ cần cân nhắc từng vấn đề để hài hòa lợi ích, không mâu thuẫn về quyền lợi, không xung đột những quy định điều chỉnh pháp luật của các chế định khác thuộc pháp luật lao động. Việc hoàn thiện pháp luật cũng cần chú ý đến tính thống nhất những quy định pháp luật lao động, pháp luật hành chính, pháp luật kinh doanh, pháp luật dân sự v.v... Ngoài ra hoàn thiện pháp luật phải đảm bảo phù hợp với cơ chế quản lý hành chính của nhà nước, đảm bảo an ninh, trật tự xã hội trong xu thế hội nhập toàn cầu.

2. Hoàn thiện quy định về HĐLĐ đối với NLĐNN cũng đặt ra trong định hướng hoàn thiện chế định về HĐLĐ, mục tiêu cụ thể là sửa đổi, bổ sung Bộ luật lao động 2012 đáp ứng các điều kiện và tiêu chuẩn quốc tế. Cân nhắc việc xây dựng đạo luật về HĐLĐ hoặc đạo luật về NLĐNN làm việc ở Việt Nam theo HĐLĐ. Đây sẽ là căn cứ pháp lý để các bên trong quan hệ HĐLĐ có thể thực hiện quyền và nghĩa vụ của mình và vẫn đảm bảo được sự quản lý, giám sát của nhà nước.

3. Trong xu hướng hội nhập quốc tế, Việt Nam đã ký kết các hiệp định quan trọng có những nội dung tác động lớn đến quan hệ lao động (Hiệp định TPP, thỏa thuận chung ASEAN v.v...). Việc tuân thủ và áp dụng trực tiếp các hiệp định này trong thời gian tới sẽ tạo sự thay đổi lớn trong việc điều chỉnh pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN. Xu thế xóa bỏ rào cản thủ tục hành chính (đặc biệt là bỏ, miễn GPLĐ với một số quốc gia trong các thỏa thuận song phương hay thỏa thuận chung)

sẽ là tất yếu và sự quản lý chặt chẽ sẽ chỉ áp dụng với những công dân nước ngoài mà giữa Việt Nam và quốc gia đó không có cam kết chung về lao động.

4. Cùng với việc hoàn thiện các quy định của pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN thì cũng cần phải thực hiện đồng bộ công tác xây dựng, thực hiện pháp luật lao động. Nhanh chóng ban hành Nghị định hướng dẫn Luật BHXH 2014 về thực hiện chế độ BHXH bắt buộc với NLĐNN, ban hành các văn bản hướng dẫn về HĐLĐ đối với NLĐNN trong những lĩnh vực đặc thù, sử dụng lao động nước ngoài của nhà thầu v.v... tăng cường bồi dưỡng kiến thức pháp luật lao động cho NLĐNN, NSĐNLĐNN và cán bộ quản lý nhà nước.

Pháp luật lao động về HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam hiện nay có nhiều ưu điểm hơn so với trước đây nhưng cũng đã bộc lộ không ít nhược điểm. Việc hoàn thiện pháp luật lao động về HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam là việc làm cấp thiết, đặc biệt trong bối cảnh thị trường lao động đang có xu hướng quốc tế hóa như hiện nay.

KẾT LUẬN

Là một chế định quan trọng của pháp luật lao động, chế định về HĐLĐ luôn được các nhà nghiên cứu và các nhà làm luật sửa đổi, điều chỉnh cho phù hợp và hoàn thiện. Tuy nhiên HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam lại là một nội dung chưa được quy định thống nhất, toàn diện. Mặc dù có nhiều vấn đề pháp lý phát sinh khi giao kết, thực hiện, chấm dứt từ HĐLĐ đối với NLĐNN những lại chỉ căn cứ theo quy định chung về HĐLĐ nên thực tế đã có nhiều khó khăn trong áp dụng pháp luật. Tùy từng điều kiện về đặc điểm kinh tế, chính trị xã hội mà các quốc gia cũng có những quy định riêng trong việc sử dụng lao động nước ngoài. Có quốc gia chỉ cho phép tuyển dụng lao động nước ngoài trình độ chuyên môn cao, có quốc gia lại ưu tiên sử dụng lao động phổ thông và có quốc gia cho phép tuyển dụng lao động mọi trình độ với điều kiện khác nhau. Ngoài ra, pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN cũng chịu chi phối, tác động bởi các chính sách đối ngoại và phát triển hội nhập của mỗi nước.

Với đề tài nghiên cứu: **“Hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam”**, luận án đã làm sáng tỏ những vấn đề lý luận và thực tiễn của pháp luật lao động về HĐLĐ đối với NLĐNN để từ đó đề xuất sửa đổi, bổ sung các quy định pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam. Qua quá trình nghiên cứu, phân tích luận án rút ra các kết luận sau đây:

1. HĐLĐ đối với NLĐNN là một nội dung của chế định HĐLĐ của pháp luật lao động nhưng HĐLĐ đối với NLĐNN có những đặc trưng riêng cần phải xác định rõ và luật hóa. Ngoài ra do quan hệ HĐLĐ đối với NLĐNN còn chịu sự tác động của các chính sách về an ninh xã hội, an sinh xã hội, ngoại giao, bảo hộ lao động v.v... của mỗi quốc gia nên tính chất giao dịch “tư” đương nhiên bị hạn chế.

2. HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam có sự giới hạn mang tính chất hành chính. Khi thiết lập quan hệ HĐLĐ, các bên chủ thể NLĐNN và NSĐNLĐNN bắt buộc phải tuân thủ và đáp ứng những điều kiện quản lý nhà nước. Tính giới hạn này thể hiện sự giám sát cần có của nhà nước đối với chủ thể NLĐNN. NLĐNN cũng là một công dân nước ngoài làm việc trên lãnh thổ Việt Nam vì vậy những quy định về xuất cảnh, nhập cảnh, quá cảnh v.v... tác động và ảnh hưởng lớn đến quan hệ HĐLĐ.

3. Pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN của Việt Nam và các quốc gia trong khu vực và trên thế giới có những điểm tương đồng. Tình trạng hợp pháp để tham gia HĐLĐ được thể hiện ở GPLĐ. Các quốc gia chủ yếu xác định vị trí pháp lý của NLĐNN như những NLĐ bản địa. NLĐNN được hưởng đầy đủ các quyền và nghĩa vụ lao động ngoại trừ các giới hạn có thể làm ảnh hưởng đến an ninh quốc phòng và bảo hộ lao động của đất nước. Tuy nhiên, trong thời gian gần đây, sự đẩy mạnh việc hội nhập quốc tế trong mọi lĩnh vực kinh tế, văn hóa, xã hội đã đặt vấn đề về xu hướng di chuyển lao động toàn cầu. Trên thế giới đã có những thỏa thuận quốc tế cho phép NLĐ tự do di chuyển và làm việc trong khu vực, liên minh quốc gia. Pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam gần đây cũng có nhiều thay đổi phù hợp với quy luật, giảm bớt những điều kiện, rào cản.

4. Nội dung pháp luật về HĐLĐ với NLĐNN bao gồm các vấn đề về giao kết, thực hiện, chấm dứt HĐLĐ. NLĐNN và NSĐNLĐNN cần hiểu và nắm rõ được những quyền, nghĩa vụ của mình để không vi phạm pháp luật Việt Nam và điều ước quốc tế liên quan. Các cơ quan nhà nước có trách nhiệm quản lý chặt chẽ NLĐNN làm việc trên lãnh thổ Việt Nam nhưng cũng cần phải nắm vững pháp luật, tạo điều kiện thuận lợi cho NLĐNN làm việc, đóng góp cho xã hội và nền kinh tế Việt Nam, đồng thời giải quyết những vấn đề phát sinh, xử lý kịp thời vi phạm.

5. Pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN có vai trò rất quan trọng trong điều chỉnh quan hệ lao động với NLĐNN, tạo cơ sở pháp lý cho việc thực hiện quyền và nghĩa vụ của NLĐNN và NSĐNLĐNN đồng thời cụ thể hóa những quy định quản lý nhà nước đối với NLĐNN làm việc tại Việt Nam. Pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN đảm bảo quyền tự do thỏa thuận và lợi ích hợp pháp của các bên, thúc đẩy phát triển quan hệ lao động trong nền kinh tế hội nhập

6. Pháp luật hiện hành về HĐLĐ đối với NLĐNN đã từng bước hoàn thiện, giảm thiểu các thủ tục hành chính, tạo điều kiện để NSĐNLĐNN tuyển dụng lao động theo yêu cầu sản xuất, kinh doanh. NLĐNN có thêm các cơ hội làm việc hợp pháp tại Việt Nam. Những thay đổi của pháp luật cũng theo hướng tiếp cận các quy định của pháp luật quốc tế (các công ước của ILO, Liên hiệp quốc) về vấn đề này.

7. Bên cạnh những tiến bộ, tích cực thì pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN còn 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 quan hệ lao động. 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 vì vậy cần sớm có sự thay đổi, bổ sung.

8. Với những vấn đề nêu trên thì hoàn thiện pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN trên cơ sở phải đảm bảo cả yêu cầu lý luận và cả yêu cầu thực tiễn là việc làm cần thiết. 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 không cản trở việc thực hiện quyền của NLĐNN, NSĐNLĐNN. Sửa đổi đồng bộ các quy định pháp luật và tiến tới xây dựng đạo luật về NLĐNN làm việc tại Việt Nam theo HĐLĐ.

Tóm lại, đối với Việt Nam, chính sách pháp luật về lao động nước ngoài là một vấn đề quan trọng trong việc sử dụng nguồn nhân lực phục vụ cho sự nghiệp phát triển của đất nước, đặc biệt trong giai đoạn hội nhập quốc tế. NLĐNN vào Việt Nam làm việc theo hình thức HĐLĐ sẽ làm tăng thêm số lượng, phong phú thêm lực lượng lao động, đồng thời tăng tính cạnh tranh trên thị trường lao động. Pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN mặc dù chưa được xây dựng thành chế định riêng và có hệ thống nhưng đang được hoàn thiện. Trong quá trình ban hành và thực thi pháp luật về HĐLĐ đối với NLĐNN, chúng ta luôn rút ra những kinh nghiệm lập pháp của các quốc gia khác đồng thời chú ý tiếp cận các quy định của pháp luật quốc tế./.

DANH MỤC CÁC CÔNG TRÌNH CÔNG BỐ CỦA TÁC GIẢ

1. Nguyễn Thu Ba, Phạm Văn Luyện (2011), “*Sự bảo đảm pháp lý đối với lao động di trú theo quy định của pháp luật lao động Việt Nam*”, Tạp chí Kinh tế và Phát triển, số tháng 8/2011, Trang 37 đến 43.
2. Nguyễn Thu Ba (2012), “*Những quy định mới về hợp đồng lao động trong Bộ luật lao động 2012*”, Tạp chí Lao động và Xã hội, số 441/2012. Trang 20 đến 21
3. 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 Khoa học: “*Quản trị doanh nghiệp trong bối cảnh nền kinh tế phục hồi*”, NXB Đại học Kinh tế quốc dân, tháng 10/2014. Trang 559 đến 573.
4. Nguyễn Thu Ba (2015), “*Những bất cập của pháp luật lao động về lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam và kiến nghị sửa đổi, bổ sung*”, Tạp chí Kinh tế và Phát triển, số 221 (II), Tháng 11/2015. Trang 32 đến 40.
5. Nguyễn Thu Ba – chủ biên (2015), *Luật Lao động Việt Nam*, sách chuyên khảo, NXB Đại học Kinh tế quốc dân. *Chương 2: Hợp đồng lao động*. Trang 69 đến 129.
6. 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*”, NXB Đại học Kinh tế quốc dân, tháng 4/2016. Trang 256 đến 269.
7. Nguyễn Thu Ba (2016), “*Bàn về điểm mới của 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*”, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, (www.tcdcp.l.moj.gov.vn công thông tin tháng 5/2016).
8. Nguyễn Thu Ba (2016), “*Người lao động nước ngoài và đặc trưng của hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài*”, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật (số định kỳ tháng 6/291). Trang 31 đến 36.
9. Nguyễn Thu Ba (2016), “*Điều kiện giao kết hợp đồng lao động đối với người lao động nước ngoài*”, Tạp chí Lao động và Xã hội số 533, tháng 8/2016. Trang 14 đến 16./.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT

1. Bộ LĐTB&XH (2013), *Thông tư số 30/2013/TT-BLĐTBXH* ngày 25/10/2013 hướng dẫn Nghị định số 44/2013/NĐ-CP.
2. Bộ LĐTB&XH (2014), *Thông tư số 32/2014/TT-BLĐTBXH* ngày 1/12/2014 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.
3. Bộ LĐTB&XH (2015), *Thông tư số 24/2015/TT-BLĐTBXH* ngày 13/7/2015 quy định chi tiết thi hành khoản 6 điều 14 Nghị định số 87/2014/NĐ-CP.
4. Bộ LĐTB&XH (2015), *Thông tư số 47/2015/TT-BLĐTBXH* ngày 16/11/2015 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.
5. Bộ LĐTB&XH (2016), *Thông tư số 40/2016/TT-BLĐTBXH* ngày 25/10/2016 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.
6. Bộ Công an (2015), *Thông tư số 04/2015/TT-BCA* ngày 5/1/2015 quy định mẫu giấy tờ liên quan đến việc nhập cảnh, xuất cảnh, cư trú của người nước ngoài tại Việt Nam.
7. Bộ Tư pháp, TAND tối cao, Viện Kiểm sát nhân dân tối cao, Bộ Công an, Bộ Quốc phòng (2012), *Thông tư liên tịch số 04/2012/TTLT-BTP-TANDTC-VKSNDTC-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.
8. Chính phủ (2016), *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.
9. Chính phủ (2013), *Nghị định số 44/2013/NĐ-CP* ngày 10/5/2013 Quy định chi tiết thi hành một số điều của Bộ luật Lao động về hợp đồng lao động.
10. Chính phủ (2015), *Nghị định số 05/2015/NĐ-CP* ngày 12/1/2015 Quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số nội dung của Bộ luật Lao động.

11. Chính phủ (2014), *Nghị định số 63/2014/NĐ-CP ngày 26/06/2014* quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật đấu thầu;
12. Chính phủ (2012), *Nghị định số 73/2012/NĐ-CP ngày 26/09/2012* quy định về hợp tác, đầu tư của nước ngoài trong lĩnh vực giáo dục.
13. Chính phủ (2013), *Nghị định số 95/2013/NĐ-CP ngày 22/08/2013* 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;
14. Chính phủ (2015), *Nghị định số 88/2015/NQ-CP ngày 07/10/2015* sửa đổi bổ sung Nghị định số 95/2013/NĐ-CP.
15. Chính phủ (2014), *Nghị định số 87/2014/NĐ-CP ngày 22/9/2014* của Chính phủ 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.
16. Chính phủ (2015), *Nghị định số 64/2015/NĐ-CP ngày 6/8/2015* 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
17. Chính phủ (2012), *Nghị định số 106/2012/NĐ-CP ngày 20/12/2012* quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ LĐTB&XH.
18. Chính phủ (2014), *Nghị quyết số 47/NQ-CP ngày 08/7/2014* phiên họp Chính phủ thường kỳ tháng 6 năm 2014.
19. Chính phủ (2017), *Nghị quyết số 38/NQ-CP ngày 25/4/2017* 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.
20. Chính phủ (2016), *Nghị quyết số 36a/NQ-CP ngày 14/10/2016* về Chính phủ điện tử.
21. Quốc hội (2013), *Hiến pháp năm 2013*, thông ngày 28/11/2013.
22. Quốc hội (2012), *Bộ luật Lao động số 10/2012-QH13*.
23. Quốc hội (1994), *Bộ luật Lao động* (sửa đổi bổ sung 2002, 2006, 2007)

24. Quốc hội (2012), *Luật Công đoàn số 12/2012/QH13*
25. Quốc hội (2014), *Luật Bảo hiểm xã hội số 58/2014/QH13*
26. Quốc hội (2013), *Luật Việc làm số 38/2013/QH13*
27. Quốc hội (2008), *Luật Bảo hiểm y tế số 25/2008/QH12* (sửa đổi bổ sung năm 2014).
28. Quốc hội (2014), *Luật nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú của người nước ngoài tại Việt Nam số 47/2014/QH13*.
29. Quốc hội (2008), *Luật Quốc tịch* (sửa đổi bổ sung năm 2014).
30. Quốc hội (2009), *Luật Lý lịch tư pháp số 28/2009/QH12*
31. Quốc hội (2012) *Luật Xử lý vi phạm hành chính số 15/2012/QH13*
32. Quốc hội (2015), *Bộ luật hàng hải số 95/2015/QH13*
33. Quốc hội (2006), *Luật Thể dục thể thao số 77/2006/QH11*
34. Quốc hội (2014), *Luật Doanh nghiệp số 68/2014/QH13*
35. Quốc hội (2013), *Luật Đấu thầu số 43/2013/QH13*
36. Quốc hội (2014), *Luật Đầu tư số 67/2014/QH13*
37. Quốc hội (2015), *Bộ luật Dân sự số 91/2015/QH13*
38. Quốc hội (2015), *Bộ luật Tố tụng dân sự số 92/2015/QH13*

TÀI LIỆU TIẾNG VIỆT

39. Phan Cao Nhật Anh (2009), *Lao động không chính thức ở Nhật Bản*, Tạp chí nghiên cứu Đông Bắc Á, số 6 (100).
40. Phan Cao Nhật Anh (2011), *Người lao động nước ngoài ở Nhật Bản*, Tạp chí nghiên cứu Đông Bắc Á, số 1 (119).
41. 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 (128).
42. 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 (122).
43. Bộ LĐTB&XH – USAID (2016), *Kỷ yếu hội thảo “Đánh giá tổng kết 3 năm thi hành Bộ luật lao động”* ngày 8, 9/2016, Hà Nội.
44. Bộ LĐTB&XH, Tổng liên đoàn lao động Việt Nam, Phòng Thương mại và công nghiệp Việt Nam, ILO (2016), *Kỷ yếu hội thảo: “Diễn đàn quan hệ lao*

- động Việt Nam trong tiến trình hội nhập quốc tế”*, 19/4/2016, Hà Nội.
45. Bộ LĐTB&XH, ILO (2016), *Bộ tài liệu tham khảo sửa đổi khuôn khổ pháp luật để đổi mới quan hệ lao động*, Hà Nội.
 46. Bộ LĐTB&XH (2010), *Nghiên cứu so sánh pháp luật lao động của các nước ASEAN*, tháng 4/2010.
 47. Bộ LĐTB&XH (2016), *Kỷ yếu hội thảo: 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)*, 29/9/2016 đến 1/10/2016, Hải Phòng.
 48. Cục Việc làm, Bộ LĐTB&XH (2017), *báo cáo tình hình lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam*, tháng 2/2017.
 49. Cục Việc làm, Bộ LĐTB&XH (2016), *báo cáo tình hình lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam*, tháng 8/2016.
 50. Cục Việc làm, Bộ LĐTB&XH (2015), *báo cáo tình hình lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam*, tháng 12/2015.
 51. Cục Việc làm, Bộ LĐTB&XH (2014), *báo cáo tình hình lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam*, tháng 12/2014.
 52. Nguyễn Hữu Chí (1999), *Nguyên tắc giao kết hợp đồng lao động*, Tạp chí Luật học, số 3.
 53. 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.
 54. Nguyễn Hữu Chí (2002), *Chấm dứt hợp đồng lao động*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 9.
 55. Nguyễn Hữu Chí (2002), *Bàn về khái niệm hợp đồng lao động*, Tạp chí luật học số 4.
 56. Nguyễn Hữu Chí (2002), *Đặc trưng của hợp đồng lao động*, Tạp chí nghiên cứu lập pháp, số 10.
 57. 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.

58. Nguyễn Hữu Chí (2003), *Pháp luật hợp đồng lao động Việt Nam, thực trạng và phát triển*, NXB Lao động Xã hội, Hà Nội.
59. 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.
60. 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.
61. Đỗ Quỳnh Chi (2005), *Vấn đề lao động trong đàm phán gia nhập WTO*, Tạp chí Lao động & Xã hội số 264.
62. 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.
63. Nguyễn Mạnh Cường (2005), *Gia nhập WTO, “Tây” sẽ vào ta làm việc thế nào*, Tạp chí Lao động & Xã hội, số 256+257.
64. Nguyễn Văn Cường (2006), *Tìm hiểu những quy định của pháp luật xuất, nhập cảnh ở một số nước trên thế giới*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 9.
65. Nguyễn Văn Cường (2008), *Hoàn thiện pháp luật xuất cảnh, nhập cảnh và cư trú ở Việt Nam*, NXB Chính trị quốc gia, Hà Nội.
66. Nguyễn Việt Cường (2004), *72 Vụ án tranh chấp lao động điển hình – tóm tắt và bình luận*, NXB Lao động Xã hội, Hà Nội
67. Hà Việt Dũng (2009), *Tăng cường quản lý nhà nước về an ninh trật tự đối với lao động nước ngoài*, Tạp chí Quản lý nhà nước số 167.
68. 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.
69. 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 & Xã hội số 403.
70. 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 & Xã hội, số 407.
71. Phan Huy Đường, Tô Hiến Thà (2011), *Lao động nước ngoài ở Việt Nam, thực*

- trạng và giải pháp*, Tạp chí Lao động & Xã hội số 402.
72. Phan Huy Đường (2012), *Một số kinh nghiệm về quản lý lao động nước ngoài tại Singapore và bài học cho Việt Nam*, Tạp chí Lao động & Xã hội số 430.
 73. Phan Huy Đường (2012), *Quản lý nhà nước về lao động nước ngoài chất lượng cao ở Việt Nam*, Sách chuyên khảo, NXB Chính trị quốc gia, Hà Nội.
 74. Nguyễn Bình Giang và tập thể tác giả (2011), *Di chuyển lao động quốc tế*, NXB Khoa học Xã hội, Hà Nội.
 75. Trần Thúy Hằng (2012), *Hoàn thiện pháp luật Việt Nam về lao động nước ngoài tại Việt Nam phù hợp với điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên*, Tạp chí Tòa án nhân dân kỳ II tháng 7/2012, Số 14.
 76. Trần Thu Hiền (2011), *Pháp luật về sử dụng lao động nước ngoài tại Việt Nam*, Luận văn thạc sỹ luật học, Khoa Luật, Đại học quốc gia Hà Nội.
 77. Doãn Hùng (2013), *Di dân quốc tế - bản chất, xu hướng vận động và định hướng chính sách quản lý*, NXB Chính trị quốc gia, Hà Nội.
 78. Hoàng Xuân Hòa (2006), *Làm sống di chuyển nhân công toàn cầu*, Tạp chí Lao động & Xã hội, số 283.
 79. Hội Luật gia Việt Nam (2008), *Kỷ yếu hội thảo và Tuyên bố khuyến nghị chung thông qua tại Hội thảo về “Tư vấn về bảo vệ và thúc đẩy các quyền của người lao động ở nước ngoài”* tổ chức ngày 3, 4 tháng 3 năm 2008 tại Hà Nội.
 80. Hội Luật gia Việt Nam (2008), *Kỷ yếu hội thảo về “Pháp luật và cơ chế quốc tế, khu vực và quốc gia về bảo vệ người lao động nước ngoài”* tổ chức ngày 11, 12 tháng 1 năm 2008 tại Hà Nội.
 81. Hội Luật gia Việt Nam (2008), *Những điều cần biết về Lao động di trú*, NXB Hồng Đức, Thành phố Hồ Chí Minh.
 82. Học viện tư pháp (2004), *Kỹ năng giải quyết các tranh chấp lao động*, NXB Thống kê, Hà Nội.
 83. 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.
 84. 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.

85. 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(208).
86. Khoa Luật, Đại học quốc gia Hà Nội và Trung tâm nghiên cứu quyền con người và quyền công dân (CRIGHTS) (2011), *Lao động di trú trong pháp luật quốc tế và Việt Nam*, NXB Lao động Xã hội, Hà Nội.
87. Khoa Luật, Đại học quốc gia Hà Nội (2010), *Quyền của người lao động di trú (công ước của liên hợp quốc và những văn kiện quan trọng của ASEAN*, NXB Hồng Đức, Thành phố Hồ Chí Minh.
88. Cao Nhất Linh (2007), *Lao động nước ngoài ở Việt Nam trong thời kỳ hội nhập*, Tạp chí Lao động & Xã hội số 312.
89. Cao Nhất Linh (2007), *Về Giấy phép lao động cho người nước ngoài tại Việt Nam*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 7.
90. Cao Nhất Linh (2008), *Một số điểm mới trong việc tuyển dụng và quản lý lao động nước ngoài*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 6.
91. Cao Nhất Linh (2009), *Bảo vệ quyền và lợi ích của người lao động nước ngoài tại Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 5.
92. Liên đoàn bóng đá Việt Nam (2014), *Quy chế bóng đá chuyên nghiệp (sửa đổi, bổ sung năm 2015)* ban hành kèm theo Quyết định số 528 /QĐ-LĐBĐVN ngày 10/12/2014 của Ban chấp hành liên đoàn bóng đá Việt Nam.
93. 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.
94. Nguyễn Trà My (2013), *Thực trạng lao động Trung Quốc tại Việt Nam và một số kiến nghị*, Luận văn thạc sỹ luật học, Trường đại học Luật Hà Nội.
95. Phạm Trọng Nghĩa (2014), *Thực hiện các công ước cơ bản của Tổ chức lao động quốc tế (ILO) tại Việt Nam – Cơ hội và thách thức*, Sách tham khảo, NXB Chính trị quốc gia, Hà Nội.
96. Lưu Bình Nhưỡng (1995), *Khái lược về sự phát triển của hợp đồng lao động ở Việt Nam*, Tạp chí Luật học, số 3.
97. Lưu Bình Nhưỡng (2003), *Những yếu tố của hợp đồng lao động nhìn từ góc độ so sánh giữa Luật lao động Việt Nam và Luật lao động Australia*, Tạp chí

- Nhà nước và Pháp luật 4/2003.
98. 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.
 99. 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.
 100. 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.
 101. 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.
 102. Vũ Hoàng Ngân, Vũ Thị Uyên (2016), *Giáo trình quan hệ lao động*, NXB Đại học kinh tế quốc dân, Hà Nội.
 103. Phạm Thị Thúy Nga (2002), *Về hợp đồng lao động vô hiệu*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 11.
 104. Phạm Thị Thúy Nga (2007), *Nguyên tắc thiện ý trong thương lượng, giao kết hợp đồng lao động*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 2.
 105. Phạm Thị Thúy Nga (2008), *Sự phụ thuộc pháp lý, dấu hiệu đặc trưng nhất trong quan hệ hợp đồng lao động*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 8.
 106. Phạm Thị Thúy Nga (2009), *Hợp đồng lao động vô hiệu theo pháp luật lao động Việt Nam hiện nay*, Luận án tiến sĩ luật học, Học viện khoa học xã hội.
 107. Phạm Thị Thúy Nga – Chu Thị Thanh An (2013), *Pháp luật lao động trong thể thao chuyên nghiệp*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 12.
 108. Phạm Trọng Nghĩa (2014), *Thực hiện các công ước cơ bản của tổ chức lao động quốc tế (ILO) tại Việt Nam – Cơ hội và thách thức*, NXB chính trị quốc gia, Hà Nội.
 109. Nguyễn Phương, Nguyễn Viết Thor (1988), *Hợp đồng lao động là gì*, NXB Pháp lý, Hà Nội.
 110. Nguyễn Quang Quynh (1975), *Luật lao động*, Trường Đại học Luật khoa, Sài Gòn.
 111. Đặng Đức San (2006), *Tìm hiểu Luật lao động Việt Nam*, NXB Chính trị quốc

- gia, Hà Nội.
112. Đặng Đức San, Nguyễn Văn Phần (2002), *Quản lý, sử dụng lao động trong doanh nghiệp*, NXB Lao động Xã hội, Hà Nội.
 113. Đặng Đức San và nhiều tác giả (2012), *Những nội dung mới của Bộ luật Lao động 2012*, NXB Lao động Xã hội, Hà Nội.
 114. 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*, NXB Lao động, Hà Nội.
 115. Phạm Công Trứ (1996), *Hợp đồng lao động – một trong những chế định chủ yếu của luật lao động Việt Nam*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 7.
 116. Nguyễn Thị Hoa Tâm (2009), *Về quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 8.
 117. Nguyễn Thị Hoa Tâm (2012), *Một số kiến nghị hoàn thiện các quy định pháp luật về đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 2.
 118. Nguyễn Thị Hoa Tâm (2013), *Một số kiến nghị về quyền được cung cấp thông tin của các bên khi đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động trong Bộ luật lao động 2012*, Tạp chí Lao động & Xã hội, số 463.
 119. Nguyễn Thị Hoa Tâm (2013), *Pháp luật về đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động – những vấn đề lý luận và thực tiễn*, Luận án tiến sỹ luật học, Trường đại học Luật thành phố Hồ Chí Minh.
 120. Nguyễn Anh Tuấn (2016), *Hiệp định đối tác xuyên thái bình dương (TPP) và tác động tới Việt Nam*, Sách chuyên khảo, NXB Chính trị quốc gia, Hà Nội.
 121. Lê Quang Trung (2005), *Môi trường pháp luật lao động ngày càng thuận lợi với các nhà đầu tư nước ngoài*, Tạp chí Lao động & Xã hội số 264.
 122. Lê Quang Trung (2007), *Phát triển nguồn nhân lực trong bối cảnh hội nhập quốc tế*, Tạp chí Lao động & Xã hội số 311.
 123. Lê Quang Trung (2008), *Một số giải pháp về lao động - việc làm sau khi Việt Nam ra nhập WTO*, Tạp chí Lao động & Xã hội số 331.
 124. Lê Thị Hoài Thu (2007), *Một số ý kiến về hợp đồng lao động vô hiệu*, Tạp chí

- Dân chủ và Pháp luật, số 7.
125. Lê Thị Hoài Thu (2010), *Trợ cấp thôi việc trong pháp luật lao động Việt Nam*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 3.
 126. Lê Thị Hoài Thu (2011), *Quyền bình đẳng của người lao động di trú tại Việt Nam*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 284.
 127. Lê Thị Hoài Thu (2015), *Những bất cập trong quy định của Bộ luật tố tụng dân sự về việc giải quyết các vụ án lao động có yếu tố nước ngoài và một số kiến nghị*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 324.
 128. Đào Thị Lệ Thu (2012), *Pháp luật về lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam – thực trạng và giải pháp hoàn thiện*, Luận văn thạc sỹ luật học, Trường đại học Luật Hà Nội.
 129. 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 sỹ kinh tế chính trị, Trường đại học kinh tế, Đại học quốc gia Hà Nội.
 130. Phạm Vũ Thắng (2008), *Điều chỉnh quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài trong pháp luật Việt Nam*, Luận văn thạc sỹ luật học, Khoa Luật, Đại học quốc gia Hà Nội.
 131. Ngô Sĩ Trung (2013), *Chính sách thu hút và sử dụng nhân tài của một số quốc gia trên thế giới và bài học cho Việt Nam*, Tạp chí Lao động & Xã hội số 449.
 132. Nguyễn Chính Tâm (2007), *Thu hút nhân tài – bài học kinh nghiệm từ một số nước*, Tạp chí Lao động & Xã hội, số 320.
 133. Nguyễn Tiệp (2006), *Tác động của WTO đối với phát triển nguồn nhân lực Việt Nam*, Tạp chí Lao động & Xã hội, số 300.
 134. Trường Đại học Luật Hà Nội (2011), *Các đạo luật về lao động của Singapore*, NXB Công an nhân dân, Hà Nội.
 135. Trường Đại học Luật Hà Nội (2011), *Các văn bản pháp luật lao động của Thụy Điển*, NXB Công an nhân dân, Hà Nội.
 136. Trường Đại học Luật Hà Nội (2011), *Một số văn bản pháp luật lao động của Philippines*, NXB Công an nhân dân, Hà Nội
 137. Trường Đại học Luật Hà Nội (2013), *Giáo trình Luật lao động Việt Nam*,

- NXB Công an nhân dân, Hà Nội.
138. Trường Đại học Luật Hà Nội (2013), *Giáo trình Tư pháp quốc tế*, NXB Công an nhân dân, Hà Nội.
 139. Trường Đại học Luật Hà Nội (1999), *Từ điển giải thích thuật ngữ luật học*, nhà xuất bản Công an nhân dân, Hà Nội.
 140. Trường Đại học Luật Hà Nội, Bộ LĐTB&XH (2016), *Kỷ yếu hội thảo khoa học “Chính sách, pháp luật ASEAN về lao động và các vấn đề xã hội – tính tương thích của pháp luật Việt Nam”* ngày 1/12 tại Hà Nội.
 141. Trường Cán bộ tòa án (2014), *Tài liệu bồi dưỡng nghiệp vụ Giải quyết vụ án lao động*, NXB Văn hóa thông tin, Hà Nội.
 142. TAND Thành phố Hồ Chí Minh (2015), *Bản án số 973/2015/LĐ-PT* ngày 17/8/2015 V/v “*Đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động*”.
 143. TAND Quận 1 Thành phố Hồ Chí Minh (2014), *Bản án số 23/2014/LĐST* ngày 16/9/2014 V/v “*Tranh chấp tiền lương*”.
 144. TAND Quận 1 Thành phố Hồ Chí Minh (2015), *Bản án số 1185/2015/LĐST* ngày 20/8/2015 V/v “*Tranh chấp về những trường hợp bị đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động*”.
 145. TAND Thành phố Hồ Chí Minh (2015), *Bản án số 1639/2015/LĐ-PT* ngày 28/12/2015 V/v “*Tranh chấp đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động*”.
 146. TAND Quận 1 Thành phố Hồ Chí Minh (2013), *Bản án số 03/2013/LĐ-ST* ngày 3/9/2013 V/v “*Đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động*”.
 147. TAND Thành phố Hồ Chí Minh (2015), *Bản án số 822/2015/LĐ-PT* ngày 8/7/2015 V/v “*Tranh chấp đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động*”.
 148. Trung tâm hỗ trợ phát triển quan hệ lao động (CIRD) và Dự án quan hệ lao động Việt Nam – ILO (2012), *100 thuật ngữ thông dụng nhất về quan hệ lao động được quốc tế sử dụng*, NXB Lao động Xã hội, Hà Nội.
 149. Trung tâm nghiên cứu quyền con người - quyền công dân (2009), *Bảo vệ người lao động di trú*, NXB Lao động, Hà Nội.
 150. Đào Quang Vinh, (2009), *Một số kinh nghiệm quản lý nguồn lực ở Châu Á*, Tạp chí Lao động & Xã hội, số 364.

151. Vụ Pháp chế, Bộ LĐTB&XH (2010), *Tài liệu tham khảo Pháp luật lao động nước ngoài*, NXB Lao động Xã hội, Hà Nội.
152. Vụ Pháp Chế, Bộ LĐTB&XH (2010), *Pháp luật lao động các nước ASEAN*, NXB Lao động Xã hội, Hà Nội.
153. Vụ pháp chế, Bộ LĐTB&XH (2010), *Một số Công ước của tổ chức lao động quốc tế*, NXB Lao động xã hội, Hà Nội.
154. Vụ Pháp chế, Bộ LĐTB&XH (2011), *Tài liệu nghiên cứu cho thuê lại lao động*, NXB Lao động Xã hội, Hà Nội.
155. Vụ Pháp chế, Bộ LĐTB&XH (2016), *Hướng dẫn áp dụng Bộ luật Lao động*, NXB Lao động Xã hội, Hà Nội.
156. Vụ Pháp chế, Bộ LĐTB&XH (2012), *Những nội dung mới của Bộ luật lao động 2012*, NXB Lao động - xã hội, Hà Nội.
157. Vụ Pháp chế, Bộ LĐTB&XH (2016), *Đánh giá tình hình xây dựng và ban hành văn bản quy phạm pháp luật trong lĩnh vực lao động xã hội giai đoạn 2012-2015 và dự kiến kế hoạch hoàn thiện pháp luật giai đoạn 2016-2020*, Hà Nội.

TÀI LIỆU TIẾNG NƯỚC NGOÀI.

158. Abella, M.I.1995, *Policy and institution for the orderly movement of labour abroad*, in M.Abella, M. and K Lonnorth (eds) *Orderly International Migration of workers and Incentives to stay: Option for emigration Countries* (Geneva: international Labour Office).
159. Allison Hough, LLB, Barrister (2001), *Employment Law*, Old Balley Press, London.
160. Andres Solimano, Molly Pollack (2004), *International mobility of the highly skilled: the case between Eurrope and Latin America*, Working Papers, No 1, Santiago, Chile.
161. Brenda S.A.Yeoh (2012), *Migration and divercities: challenges and possibilities in global-city Singapore*, National University of Singapore.
162. Brean Creighton & Andrew Steward (2005), *Labour law*, The Fedaration Press, Sydney, 2005.

163. Brenda S.A.Yeoh và Weiqiang Lin (2012), *Rapid growth in Singapore's immigrant population brings policy challenges*, Theo Migration Information Source, April.
164. Chia Siow Yue (2011), *Foreign labour in Singapore: trends, policies, impacts and challenges*, Discussion paper series No 2011-2014, Philippine
165. Catherine Barnard, Simon Deakin and Gillians Morris (2004), *The Future of Labour law*, Oxford and Portland Oregon 2004.
166. Chia Siow Yue (2011), *Foreign labour in Singapore: trends, policies, impacts and challenges*, Discussion paper series No 2011-2014, Philippine
167. David P.Twomey, Cengage Learning (2009), *Labour & Employment Law: Text and Cases* , USA.
168. Economist Intelligence Unit (2012), *Skilled labour shortfalls in Indonesia, the Philippines, Thailand and Vietnam*, British council, June.
169. European International Migration (2002): *Evaluation of the current Situation, European Population Papers Series No. 5. developed by John Salt*, Migration research Unit, Department of Geography University College London, UK, 2002;
170. French Labour Code 2006.
http://www.mpsv.cz/files/clanky/3221/Labour_Code_2012.pdf
171. Friedberd, Rachel and Hunt, Jennifer (1999), *Immigration and the receiving economy*, The handbook of international migration, Hirschman, Charles, al. editors, Russell Sage foundation, New York.
172. German Council, *German Civil Code* (2002). Federal Law Gazette - Service provided by the Federal Ministry of Justice and consumer protection in cooperation with juris GmbH (www.Juris.de)
173. German Council, *German works constitution Act* (1972). Federal Law Gazette - Service provided by the Federal Ministry of Justice and consumer protection in cooperation with juris GmbH (www.Juris.de)
174. Graeme Hugo (2005), *Migration in the Asia-Pacific Region*, Global Commission on international migration (GCIM), September.

175. International Labour Organization (ILO) (2007), *Ratifications of International Instruments on Migration/Migrant rights* (as of 2 May 2007). Bangkok, Thailand, ILO.
176. Jonathan Chaloff and George Lamaitre (2009), *Managing highly skilled labour migration: a comparative analysis migration policies and challenges in OECD countries*, OECD social, employment and migration working paper No 79.
177. Jonathan Chaloff and George Lamaitre (2009), *Managing highly skilled labour migration: a comparative analysis migration policies and challenges in OECD countries*, OECD social, employment and migration working paper No 79.
178. *Korea Act on Foreign Workers Employment 2003* (Act No.6967).
http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=64966&p_country
179. Ministry of labour – Invalids & Social Affairs, and ILO (2010), *A comparative study on labour laws of Asean Nations*.
180. Mark c.Regrets (2001), *Research and policy in high skilled international migration: a perspective with data from United States*, National Science Foundation, USA.
181. Nana Oishi (2012), *Highly skilled migration and competitiveness: sciences & engineering sectors in Japan*, Sophia University.
182. Patrick, J Cihon, James Ottavio, Castagnera, (2008), *Employment & labour Law*, Cengage Learning, UK
183. Ray A.August, Don Mayer, Michel Bixby (2008), *International Business Law, (Chapter 8: Services and Labor) 5/E*, Prentice Hall.
184. Rodriguez, E, G (1998), *International Migration and income Distribution in the Philippines*. Economic Development and Cultural Change, 46.
185. Richard Mitchell and Stephen Deery (1993), *Labour Law and Industrial Relations in Asean*, Longman Cheshire.
186. Regional thematic working group on international migration including human trafficking (2008), *Situation report on International migration in East and South-East Asia*, Bangkok, Thailand.
187. Sriskandarajah D. (2005), *Migration and Development: a new research and*

- policy agenda*, world economic, 6, 2.
188. Shandre Mugan Thangavelu (2012), *Economic growth, welfare and foreign workers: case of Singapore*, National University of Singapore.
189. *Singapore Employment of Foreign Workers Act (1990)*
<http://statutes.agc.gov.sg/>
190. *Taiwan Labor standards Act 1984*
<http://investtaiwan.nat.gov.tw/eng/show.jsp?ID=16&MID=2>
191. Taylor, J.E (2006), *International Migration and Economic Development, International Symposium in International Migration and development*, June 28-30, Turin, Italy, available at: <http://www.un.org/esa/population>.
192. Todaro (1976), *Internal migration in developing countries*, Geneva, ILO.

NGUỒN TÀI LIỆU TỪ CÁC TRANG WEB

193. <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>
194. <http://thuvienphapluat.vn/van-ban/Thuong-mai/Cong-uoc-quoc-te-cac-quyen-kinh-te-xa-hoi-va-van-hoa-1966-269761.aspx>
195. <http://www.ilo.org/public/english/region/asro/bangkok>.
196. <http://thuvienphapluat.vn/tintuc/vn/hiep-dinh-TPP//11921/ban-tieng-viet-cua-hiep-dinh-tpp-chuong-19-lao-dong>
197. http://www.uscis.gov/working_united-states/working-us
198. <http://thuvienphapluat.vn/van-ban/Quy-en-dan-su/Tuyen-ngon-quoc-te-nhan-quyen-1948/65774/noi-dung.aspx>
199. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/.../wcms_344235.pdf
200. <http://duhocdailoan.net.vn/index.php?choose=newsdetail&id=23>
201. thuvienphapluat.vn/.../Lao-dong.../Cong-uoc-Lao-dong-Hang-hai-2006-203056.aspx
202. www.vbf.org.vn/...nam-2013/.../216-khao-sat-viec-su-dung-nguoi-lao-dong-nuoc-ng...
203. [https://thelifeofthelaw.wordpress.com/2005/.../new-german-immigratio.../.](https://thelifeofthelaw.wordpress.com/2005/.../new-german-immigratio.../)

