

**QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VIỆT NAM HIỆN HÀNH
VỀ LAO ĐỘNG NƯỚC NGOÀI TRONG BỐI CẢNH PHÁP LÝ
CỦA CỘNG ĐỒNG KINH TẾ ASEAN**

**VIETNAMESE LAW ON MIGRANT WORKERS
IN THE LEGAL CONTEXT OF THE ASEAN ECONOMIC
COMMUNITY (AEC)**

*Đoàn Thị Phương Diệp**

*Dương Kim Thế Nguyên***

Ngày nhận bài: 09/07/2018

Ngày phản biện: 16/07/2018

Ngày đăng bài: 15/09/2018

Tóm tắt:

Di cư lao động là một hiện tượng tất yếu trong bối cảnh toàn cầu hiện nay. Cùng với hội nhập kinh tế, các quốc gia sẽ phải chấp nhận có tình trạng lao động từ trong nước đi làm việc ở nước ngoài và ngược lại, một số lượng lao động nước ngoài đến làm việc trong nước. Trước xu thế đó, điều cần phải làm là chuẩn bị tốt cơ sở pháp lý để một mặt quản lý tốt lực lượng lao động nước ngoài đến Việt Nam làm việc; mặt khác, vẫn bảo vệ lực lượng lao động trong nước trước sức cạnh tranh từ nguồn lao động nước ngoài. Bài viết cung cấp cái nhìn về thực trạng pháp luật Việt Nam về tiếp nhận và quản lý lao động nước ngoài trong bối cảnh kinh tế khu vực hiện nay.

Từ khoá:

Lao động nước ngoài, giấy phép lao động, lao động di cư.

Abstract:

Labor migration is an indispensable phenomenon in the current global context. In line with economic integration, countries have to accept the situation that labor forces from home country go to work in foreign countries and vice versa, with a number of foreign workers coming to work inside the country. In order to deal with that trend, it is necessary to prepare well the legal basis for the good management of the foreign labor forces working in Vietnam, on the other hand, to protect the domestic labor forces from the competition from foreign workers. This article provides different views about Vietnamese law on the reception and management of foreign workers in the context of the current regional economy.

Keywords:

Migrant worker, work permit, foreign worker.

* TS., Giảng viên Khoa Luật, Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia thành phố Hồ Chí Minh;
Email: diepdt@uel.edu.vn

** TS., Giảng viên Khoa Luật - Trường Đại học Kinh tế thành phố Hồ Chí Minh

Theo thống kê của Tổ chức Lao động quốc tế (ILO), hàng năm tại Việt Nam “Có tới 80.000 người Việt Nam rời quê hương ra nước ngoài làm việc hàng năm. Khoảng 400.000 lao động Việt hiện đang có mặt tại hơn 40 quốc gia và vùng lãnh thổ trên toàn thế giới. Dòng tiền kiều hối của lao động di cư đã đạt khoảng 2 tỷ USD trong những năm gần đây”¹. Điều này phản ánh phần nào tầm quan trọng của vấn đề di cư lao động, đặc biệt là vấn đề di cư lao động giữa các quốc gia trong khu vực ASEAN. Di cư lao động đặt ra những vấn đề pháp lý tại tất cả các quốc gia ở cả hai khía cạnh, việc tiếp nhận lao động di cư và vấn đề đưa lao động trong nước ra nước ngoài. Việc xây dựng khung pháp lý hoàn chỉnh sẽ giúp các quốc gia có điều kiện quản lý tốt nhất vấn đề lao động di cư, từ đó có thể mang lại lợi ích kinh tế cho đất nước cũng như cho toàn khu vực. Mặt khác, việc hoàn thiện cơ sở pháp lý của quốc gia cũng sẽ là điều kiện thúc đẩy vấn đề hợp tác quốc tế trong lĩnh vực này một cách có lợi nhất.

Trong khuôn khổ bài viết này, tác giả chỉ đề cập đến một vấn đề pháp lý trong bối cảnh hiện nay tại Việt Nam, đó là vấn đề tiếp nhận lao động di cư tại Việt Nam. Bài viết thực hiện gồm các nội dung sau: (1) Tổng quan về tình hình lao động nhập cư tại Việt Nam hiện nay; (2) Các quy định của pháp luật quốc tế về lao động nhập cư mà Việt Nam tham gia và (3) Quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành về lao động nước ngoài.

1. Tổng quan về tình hình lao động nhập cư tại Việt Nam hiện nay

Trong bối cảnh hội nhập kinh tế khu vực và toàn cầu, biên giới giữa các quốc gia gần như chỉ còn tồn tại về mặt pháp lý, giới hạn cho những hành xử về quyền của quốc gia trong đối nội và đối ngoại. Các giới hạn này ngày càng bị xóa nhòa đi do những yêu cầu về hội nhập, giao lưu kinh tế, văn hoá giữa các quốc gia. Di cư lao động cũng đặt ra những vấn đề tương tự.

Theo số liệu năm 2015, trong báo cáo gửi Bộ Lao động, Thương binh và Xã hội, UBND thành phố Hồ Chí Minh cho biết, hiện lao động nước ngoài có giấy phép và xác nhận không thuộc diện cấp giấy phép lao động còn hiệu lực làm việc tại thành phố là hơn 20.300 người. Trong đó, hơn 19.000 người thuộc diện cấp phép. Quốc gia có nhiều lao động làm việc tại thành phố Hồ Chí Minh, nhất là Nhật Bản, kế đến là Hàn Quốc, Hoa Kỳ, Anh, Trung Quốc, Đài Loan... Vị trí công việc có nhiều lao động nước ngoài là nhà quản lý (gần 55%), còn lại là lao động chuyên gia. Có gần 5.500 doanh nghiệp, tổ chức trên địa bàn thành phố sử dụng lao động nước ngoài. Tính đến thời điểm ngày 30/6/2017, trên địa bàn thành phố có 22.656 lao động nước ngoài đang làm việc tại 6.889 tổ chức, doanh nghiệp².

Trong khi đó, số liệu thống kê từ Đã Nẵng cho thấy, tính đến giữa tháng 1/2018, có 590 đơn vị, doanh nghiệp trên địa bàn thành phố sử dụng lao động là người nước ngoài với 1.557 lao động trên tổng số 65.050 lao động (nói chung) đang làm việc. Trong đó, lao động

¹ <http://www.ilo.org/hanoi/Areasofwork/labour-migration/lang--vi/index.htm>

² Số liệu tác giả thu thập tại Sở Lao động, Thương binh và Xã hội thành phố Hồ Chí Minh.

nam là 1.264 người và nữ 293 người, đến từ 57 quốc gia. Phân theo vị trí công việc, đối tượng tham gia công tác quản lý 531 người, giám đốc điều hành 313 người, chuyên gia 270 người và 443 lao động kỹ thuật³.

Trong khi đó, theo số liệu thống kê của Bộ Lao động, Thương binh và Xã hội⁴, tính đến tháng 6/2017, lao động người nước ngoài đang làm việc tại Việt Nam đến từ 110 quốc gia, trong đó lao động mang quốc tịch Trung Quốc chiếm tỷ lệ cao nhất với 30,9%. Báo cáo về tình hình người lao động là công dân nước ngoài làm việc tại Việt Nam cho thấy, chỉ trong vòng hơn 10 năm số lao động người nước ngoài ở Việt Nam tăng từ hơn 12.600 người năm 2004 lên đến hơn 82.585 người năm 2016 và đến thời điểm 6/2017 con số này trên 84.000 người⁵. Lao động thuộc diện được cấp phép chiếm tới hơn 93% số lao động nước ngoài đang làm việc ở Việt Nam.

Cũng theo thống kê của Sở Lao động, Thương binh và Xã hội thành phố Hồ Chí Minh năm 2017, trong số lao động nước ngoài đang làm việc tại thành phố Hồ Chí Minh có 67,38% lao động là chuyên gia, 27,29% người lao động là nhà quản lý, giám đốc điều hành chiếm 0,58% và lao động kỹ thuật chiếm 4,72%⁶.

Các con số thống kê trên được thực hiện từ thực tiễn quản lý lao động nước ngoài tại địa phương. Trên thực tế, vẫn tồn tại một số lượng lao động nước ngoài làm việc trái pháp luật không thống kê được. Số lượng lao động này đến Việt Nam bằng nhiều con đường khác nhau nhưng chủ yếu là đi du lịch, sau đó ở lại làm việc mà không được cấp giấy phép.

Các con số trên cho chúng ta một cái nhìn tổng quát rằng, số lượng lao động nước ngoài đến Việt Nam không ngừng tăng lên theo thời gian, đặc biệt là việc di chuyển giữa lao động các quốc gia trong khu vực ASEAN. Điều này được giải thích bởi nhiều nguyên nhân khách quan lẫn chủ quan, tuy nhiên theo chúng tôi nguyên nhân về sự bãi bỏ những rào cản pháp lý về sự di chuyển này đóng vai trò mang tính quyết định mà việc tiến tới xây dựng thị thực chung ASEAN hay miễn thị thực giữa các quốc gia trong khu vực là một ví dụ điển hình.

2. Các quy định của pháp luật quốc tế về lao động nhập cư mà Việt Nam tham gia

Ở góc độ quốc tế, Việt Nam đã phê chuẩn các Công ước quốc tế quan trọng liên quan đến vấn đề tiếp nhận lao động nước ngoài đến và làm việc. Cụ thể là Công ước số 122 ILO ngày 9/7/1964 về chính sách việc làm (Employment Policy Convention) và Công ước số 111 năm 1958 của ILO chống phân biệt đối xử trong việc làm và nghề nghiệp (Discrimination).

Trong đó, Công ước 122 về chính sách việc làm yêu cầu “Với mục tiêu kích thích tăng trưởng và phát triển kinh tế, nâng cao mức sống, đáp ứng được nhu cầu nhân lực và vượt qua

³ <http://www.baodanang.vn/channel/5399/201806/quan-ly-hieu-qua-lao-dong-nguoi-nuoc-ngoai-2667298/> truy cập ngày 14/8/2018

⁴ <http://plo.vn/xa-hoi/hon-30-lao-dong-nuoc-ngoai-o-viet-nam-co-quoc-tich-tq-709737.html>

⁵ <http://laodongthudo.vn/hon-825-nghin-lao-dong-nuoc-ngoai-dang-lam-viec-tai-viet-nam-38831.html>

⁶ Số liệu được cung cấp bởi Sở Lao động, Thương binh và Xã hội thành phố Hồ Chí Minh.

tình trạng thất nghiệp và thiếu việc làm, mỗi nước thành viên sẽ tuyên bố và theo đuổi mục tiêu chính là một chính sách chủ động nhằm thúc đẩy một cách đầy đủ quyền tự do trong việc lựa chọn việc làm.

Hai chính sách nói trên sẽ nhằm đảm bảo rằng:

(a) Có việc làm cho tất cả những người có sẵn và tìm kiếm việc làm.

(b) Công việc được lựa chọn là hiệu quả nhất có thể.

(c) Có quyền tự do lựa chọn việc làm và cơ hội đầy đủ nhất cho mỗi người lao động để đủ điều kiện và sử dụng các kỹ năng và năng lực của mình trong một công việc phù hợp với mình, không phân biệt chủng tộc, màu da, giới tính, tôn giáo, quan điểm chính trị, quốc tịch (national extraction) hoặc nguồn gốc xã hội” (Điều 1 Công ước 122).

Công ước 111 năm 1958 mà Việt Nam đã phê chuẩn có quy định rằng “Mỗi thành viên Công ước này cam kết tuyên bố và theo đuổi một chính sách quốc gia nhằm thúc đẩy, bằng các phương pháp phù hợp với điều kiện và thực tiễn quốc gia, sự bình đẳng và được đối xử công bằng về cơ hội nghề nghiệp nhằm xóa bỏ bất kỳ sự phân biệt đối xử nào” (Điều 2 Công ước 111)⁷.

Với tư cách là một quốc gia thành viên của APEC (Asia-Pacific Economic Cooperation), Việt Nam tham gia vào các hoạt động của cộng đồng này. Một trong số các hoạt động quan trọng của APEC là hoạt động phát triển nguồn nhân lực. Hoạt động này đặt ra với mục tiêu giúp các quốc gia đào tạo nguồn nhân lực phục vụ cho sự phát triển kinh tế. Đây là một hoạt động quan trọng trong mục tiêu hoạt động chung được ghi nhận bởi APEC: “Chúng tôi thống nhất trong nỗ lực xây dựng một cộng đồng châu Á - Thái Bình Dương năng động và hài hòa bằng cách thúc đẩy thương mại và đầu tư tự do, cởi mở, thúc đẩy và đẩy mạnh hội nhập kinh tế khu vực, khuyến khích hợp tác về kinh tế và kỹ thuật, tăng cường an ninh con người và tạo môi trường kinh doanh thuận lợi và bền vững. Các sáng kiến của chúng tôi biến mục tiêu chính sách thành các kết quả và thỏa thuận cụ thể thành những lợi ích hữu hình”⁸.

Bên cạnh việc tham gia các Công ước quốc tế về lao động, cùng tham gia với tư cách là quốc gia thành viên của cộng đồng APEC, Việt Nam còn ký kết hàng loạt các hiệp định thương mại khác. Trong phạm vi khu vực châu Á, “Vấn đề lao động đang ngày càng được xem xét trong chính sách thương mại, đầu tư song phương và khu vực. Xu hướng này xuất hiện rõ ràng trong các Hiệp định Thương mại tự do (Free Trade Agreement viết tắt là FTA) trong đó bao gồm các điều khoản lao động”⁹. Một trong những Hiệp định quan trọng đó là

⁷ Nguyên văn của quy định “(Each Member for which this Convention is in force undertakes to declare and pursue a national policy designed to promote, by methods appropriate to national conditions and practice, equality of opportunity and treatment in respect of employment and occupation, with a view to eliminating any discrimination in respect thereof)”.

⁸ <https://www.apec.org/About-Us/About-APEC/Mission-Statement>

⁹ ThS. Đoàn Xuân Trường, Trường Đại học Luật Hà Nội, *Cam kết về lao động trong các Hiệp định Thương mại tự do thế hệ mới - Cơ hội và thách thức đối với Việt Nam*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, số 10 năm 2017.

Hiệp định đối tác toàn diện ASEAN - Nhật (AJCEP) năm 2008, mặc dù Hiệp định này thiên về hợp tác kinh tế, thuế quan, tuy nhiên một trong những nội dung mục tiêu trong hợp tác kinh tế của Hiệp định là phát triển nguồn lực. Việc quan tâm phát triển nguồn lực trong sân chơi chung này cũng sẽ tạo mọi trường thuận lợi cho sự di chuyển lao động giữa các quốc gia thành viên Hiệp định.

Trên đây chỉ là một số ít những thỏa thuận hợp tác quốc tế và khu vực mà Việt Nam tham gia. Các thỏa thuận này ít nhiều đều có liên quan đến vấn đề lao động và là cơ sở để thấy rằng, Việt Nam đã và đang chuẩn bị cho việc “mở cửa” đón nhận lực lượng lao động từ các quốc gia khác đến làm việc cũng như ngược lại. Vấn đề này cũng đặt ra câu hỏi, vậy, ở góc độ pháp lý có sự chuẩn bị gì từ phía Việt Nam trong việc thực hiện các cam kết quốc tế này, cụ thể là trong lĩnh vực tiếp nhận và quản lý lao động nước ngoài? Và rằng, làm thế nào để cân bằng được giữa lợi ích quốc gia trong việc bảo hộ lao động trong nước với trách nhiệm cũng như những lợi ích khác từ việc tiếp nhận lao động quốc tế đến Việt Nam làm việc? câu hỏi này sẽ được chúng tôi trình bày trong phần thứ (3) của bài viết.

3. Quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành về lao động nước ngoài

Từ sau cách mạng tháng 8/1945, Việt Nam đã có hai lần thay đổi cơ bản các quy định về lao động. Lần thứ nhất với sự ra đời của Bộ luật Lao động (BLLĐ) năm 1994, Bộ luật này đã bị thay thế bởi Bộ luật thứ hai được ban hành năm 2012 với khá nhiều những thay đổi nói chung tuy không nhiều sự thay đổi trong lĩnh vực quản lý đối với lao động nước ngoài. Có thể đề cập đến ba vấn đề cơ bản sau đây:

3.1. Tuyển dụng lao động nước ngoài

Quyền tuyển dụng. Vấn đề tuyển dụng lao động nước ngoài được quy định tại đồng thời hai văn bản hiện nay, thứ nhất là BLLĐ và thứ hai là Nghị định 11/CP (2016) quy định chi tiết một số điều của BLLĐ về lao động nước ngoài. Theo đó, BLLĐ ghi nhận tuyển dụng lao động là một quyền cơ bản của người sử dụng lao động (Điểm a, Khoản 1, Điều 6 BLLĐ). Trong khi đó, Nghị định 11/CP quy định khá rõ về những chủ thể có quyền tuyển dụng lao động nước ngoài, bao gồm các loại hình doanh nghiệp, văn phòng đại diện, chi nhánh của doanh nghiệp, cơ quan, tổ chức được cơ quan có thẩm quyền cấp phép thành lập; cơ quan nhà nước, tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức chính trị xã hội - nghề nghiệp, tổ chức xã hội, tổ chức xã hội - nghề nghiệp, tổ chức phi chính phủ nước ngoài, tổ chức quốc tế tại Việt Nam;... Theo các quy định này có thể thấy pháp luật cho phép phạm vi các chủ thể được tuyển dụng lao động nước ngoài khá rộng, bao gồm tất cả các tổ chức, doanh nghiệp. Riêng cá nhân muốn tuyển dụng lao động nước ngoài phải là cá nhân được phép kinh doanh.

Một điểm đáng lưu ý là mặc dù luật lao động Việt Nam không có đề cập nhưng Luật Cán bộ, công chức và Luật Viên chức không cho phép tuyển dụng lao động nước ngoài làm việc với tư cách là cán bộ- công chức hay viên chức tại các cơ quan nhà nước. Tuy nhiên, các

cơ quan nhà nước của Việt Nam vẫn có thể tuyển dụng theo hình thức ký kết hợp đồng lao động với lao động nước ngoài.

Quy trình tuyển dụng lao động nước ngoài. Một trong những nội dung của hoạt động quản lý nhà nước đối với lao động nước ngoài, được xây dựng tăng cường hiệu quả của việc quản lý là thiết lập quy trình quản lý đối với việc tuyển dụng và sử dụng lao động nước ngoài tại Việt Nam. Liên quan đến quy trình tuyển dụng, có thể thấy pháp luật quy định khá chặt chẽ thông qua các bước sau đây:

- Bước thứ nhất: xin phép được tuyển dụng. Theo quy định tại Khoản 1, Điều 4 Nghị định 11/CP năm 2006: “Người sử dụng lao động có trách nhiệm xác định nhu cầu sử dụng người lao động nước ngoài đối với từng vị trí công việc mà người lao động Việt Nam chưa đáp ứng được và báo cáo giải trình với Chủ tịch Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương (sau đây viết tắt là Ủy ban nhân dân cấp tỉnh) nơi người lao động nước ngoài dự kiến làm việc”.

- Trên cơ sở báo cáo giải trình và đề xuất sử dụng lao động nước ngoài “Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh có văn bản chấp thuận cho người sử dụng lao động về việc sử dụng người lao động nước ngoài đối với từng vị trí công việc”.

Riêng đối với các nhà thầu nước ngoài trúng thầu các công trình tại Việt Nam, nếu có nhu cầu sử dụng lao động nước ngoài thì “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 người lao động nước ngoài (có kèm theo xác nhận của chủ đầu tư) với Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh nơi nhà thầu thực hiện gói thầu”.

“Chủ tịch Ủy ban nhân dân 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 người lao động Việt Nam trở lên và 01 tháng kể từ ngày nhận được đề nghị tuyển dưới 500 người lao động Việt Nam mà không giới thiệu hoặc cung ứng người lao động Việt Nam được cho nhà thầu thì Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh xem xét, quyết định việc nhà thầu được tuyển người lao động nước ngoài vào các vị trí công việc không tuyển được người lao động Việt Nam.

“Chủ đầu tư có trách nhiệm giám sát, yêu cầu nhà thầu thực hiện đúng nội dung đã kê khai về việc sử dụng người lao động Việt Nam và người lao động nước ngoài; hướng dẫn, đôn đốc, kiểm tra nhà thầu thực hiện các quy định về tuyển dụng, sử dụng người lao động nước ngoài làm việc cho nhà thầu theo quy định của pháp luật; theo dõi và quản lý người lao động nước ngoài thực hiện các quy định của pháp luật Việt Nam; hàng quý, báo cáo Sở Lao động, Thương binh và Xã hội về tình hình tuyển dụng, sử dụng và quản lý người lao động nước ngoài của các nhà thầu theo quy định của Bộ Lao động, Thương binh và Xã hội” (Khoản 3, Điều 5 Nghị định số 11/2016/CP).

Như vậy, kết thúc bước thứ nhất, doanh nghiệp sẽ được quyền tuyển dụng lao động trên cơ sở sự cho phép của chủ tịch UBND cấp Tỉnh đối với lao động nước ngoài. Sự cho phép này thể hiện thông qua việc quyết định hoặc phê duyệt về việc tuyển dụng lao động nước

ngoài. Chấp thuận này phải được cấp trong vòng 15 ngày kể từ ngày nhận được báo cáo giải trình về nhu cầu sử dụng lao động nước ngoài của người sử dụng lao động.

- Bước thứ hai: Tuyển dụng lao động nước ngoài. Sau khi được chấp thuận của Chủ tịch UBND cấp tỉnh về việc tuyển dụng lao động nước ngoài, doanh nghiệp tiến hành các thủ tục thông báo tuyển dụng, tìm kiếm người lao động nước ngoài.

- Bước thứ ba: Xin cấp giấy phép lao động. Sau khi đã được chấp thuận tuyển dụng lao động nước ngoài và cũng đã tìm được người lao động phù hợp. Doanh nghiệp sẽ tiến hành các thủ tục xin cấp giấy phép lao động. Thủ tục này sẽ được phân tích chi tiết ở phần 3.2 ngay sau đây.

- Bước thứ 4: Ký hợp đồng lao động. Trên cơ sở giấy phép lao động đã được cấp, doanh nghiệp sẽ tiến hành giao kết hợp đồng lao động một cách chính thức với người lao động nước ngoài. Từ đó, người lao động nước ngoài sẽ đến Việt Nam và làm việc.

Trên đây là toàn bộ quy trình có liên quan đến việc tuyển dụng lao động nước ngoài. Có thể thấy, các quy định của Nghị định 11/CP (2016) và Thông tư 40/TT-BLĐTBXH đề cập một cách khá chặt chẽ toàn bộ các bước trong quá trình tuyển dụng lao động nước ngoài. Quy trình này cho phép quản lý một cách hiệu quả việc lao động nước ngoài đến và làm việc tại địa phương cũng như những biến động có thể liên quan đến số lượng lao động nước ngoài.

3.2. Cấp giấy phép lao động cho lao động nước ngoài đến làm việc tại Việt Nam

Cấp giấy phép lao động là một nội dung quan trọng liên quan đến việc kiểm soát lao động nhập cư vào Việt Nam. Với ý nghĩa đó, việc cấp phép lao động hiện nay vừa được xem là một bước trong quy trình tuyển dụng lao động nước ngoài vào Việt Nam làm việc, vừa được xem là một thủ tục kiểm tra điều kiện làm việc tại Việt Nam của lao động nước ngoài. Pháp luật Việt Nam hiện nay không đặt ra thủ tục dành riêng cho lao động nước ngoài di chuyển trong khu vực ASEAN và ngoài khu vực ASEAN. Điều này có nghĩa là, đối với tất cả những người lao động không có quốc tịch Việt Nam thì xem là lao động nước ngoài và nếu muốn đến Việt Nam làm việc cần thỏa mãn các điều kiện đặt ra, cụ thể là cần phải được cấp giấy phép lao động.

Tại Điều 169 Bộ luật Lao động 2012 của Việt Nam có quy định: “Lao động là công dân nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam phải có đủ các điều kiện sau đây:

- 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 và pháp luật nước ngoài.
- d) Có giấy phép lao động do cơ quan nhà nước có thẩm quyền của Việt Nam cấp, trừ các trường hợp theo quy định tại Điều 172 của Bộ luật này”.

Trong khi đó, theo quy định tại Điều 9 Nghị định 11/CP yêu cầu để được cấp giấy phép lao động người lao động nước ngoài sẽ phải đáp ứng những điều kiện nhất định. Cụ thể là:

- Có năng lực hành vi dân sự đầy đủ theo quy định của pháp luật.

- Có sức khỏe phù hợp với yêu cầu công việc.
- Là nhà quản lý, giám đốc điều hành, chuyên gia hoặc lao động kỹ thuật.
- 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.
- Được chấp thuận bằng văn bản của cơ quan nhà nước có thẩm quyền về việc sử dụng người lao động nước ngoài.

Các điều kiện này cũng chính là những loại giấy tờ mà người sử dụng lao động phải chuẩn bị trong hồ sơ xin cấp giấy phép lao động. Các điều kiện này một cách gián tiếp cho thấy rằng, Việt Nam hiện nay chỉ chấp nhận 2 nhóm lao động nước ngoài, thứ nhất là nhà quản lý hoặc giám đốc điều hành, thứ hai là chuyên gia hoặc lao động kỹ thuật¹⁰. Các quy định này có nghĩa là lao động phổ thông chưa qua đào tạo từ nước ngoài không thể vào làm việc ở Việt Nam. Theo quan điểm của chúng tôi, sự xác định này là một cách hạn chế lao động nước ngoài đến Việt Nam làm việc, tuy nhiên sự hạn chế này vẫn nằm trong sự cho phép của các Công ước quốc tế mà Việt Nam tham gia. Cụ thể, tại Khoản 2, Điều 52 Công ước quốc tế 1990 về bảo vệ quyền của lao động di trú và gia đình họ có quy định “Đối với người lao động di trú, quốc gia nơi có việc làm có thể:

a. Hạn chế việc tiếp cận một số loại công việc, nghề nghiệp hoặc những hoạt động nếu việc hạn chế này là cần thiết vì lợi ích quốc gia và được pháp luật quốc gia quy định.

b. Hạn chế việc tự do lựa chọn công việc có hưởng lương phù hợp với pháp luật của quốc gia đó về việc công nhận các văn bằng chuyên môn được cấp ở nước ngoài. Tuy nhiên, các Quốc gia thành viên liên quan sẽ cố gắng thu xếp công nhận các văn bằng đó”.

Như vậy, trong quy định của pháp luật Việt Nam chứa đựng những hạn chế liên quan đến việc tiếp nhận đối tượng lao động nước ngoài đến Việt Nam làm việc, tuy nhiên sự hạn chế trên được xác định là “cần thiết vì lợi ích quốc gia và được pháp luật quốc gia quy định”. Vì thế, có thể khẳng định rằng, các quy định của pháp luật Việt Nam trong lĩnh vực này là hoàn toàn phù hợp với Công ước quốc tế 1990.

Giấy phép lao động tại Việt Nam được cấp theo thời hạn làm việc dự kiến của người lao động nước ngoài tại Việt Nam, tuy nhiên thời hạn tối đa của giấy phép là không quá 2 năm và có thể được gia hạn hoặc cấp lại giấy phép. Người lao động nước ngoài nếu bắt buộc phải có giấy phép mà làm việc trong tình trạng không giấy phép tại Việt Nam thì sẽ bị trục xuất¹¹ (Khoản 2, Điều 171 Bộ luật Lao động 2012).

¹⁰ Chuyên gia được định nghĩa là “người lao động nước ngoài thuộc một trong các trường hợp sau:

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 người lao động nước ngoài 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 “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”.

¹¹ Thống kê thực tế từ thành phố Hồ Chí Minh, theo nguồn của tác giả thì chưa có bất cứ trường hợp nào người lao động nước ngoài bị trục xuất vì thiếu giấy phép lao động.

Không cần giấy phép lao động. Bên cạnh việc đặt ra yêu cầu liên quan đến việc cấp giấy phép lao động như một điều kiện để tiếp nhận lao động nước ngoài đến Việt Nam làm việc, hiện nay pháp luật Việt Nam cũng dự liệu những trường hợp lao động nước ngoài đến Việt Nam làm việc mà không cần giấy phép. Cụ thể là các trường hợp được quy định tại Điều 172 Bộ luật Lao động 2012:

- Là thành viên góp vốn hoặc là chủ sở hữu của công ty trách nhiệm hữu hạn.
- Là thành viên Hội đồng quản trị của công ty cổ phần.
- Là Trưởng văn phòng đại diện, dự án của tổ chức quốc tế, tổ chức phi chính phủ tại Việt Nam.
- Vào Việt Nam với thời hạn dưới 03 tháng để thực hiện chào bán dịch vụ.
- Vào Việt Nam với thời hạn dưới 03 tháng để xử lý những sự cố, tình huống kỹ thuật, công nghệ phức tạp nảy sinh làm ảnh hưởng hoặc có nguy cơ ảnh hưởng tới sản xuất, kinh doanh mà các chuyên gia Việt Nam và các chuyên gia nước ngoài hiện đang ở Việt Nam không xử lý được.
- Là luật sư nước ngoài đã được cấp giấy phép hành nghề luật sư tại Việt Nam theo quy định của Luật luật sư.
- Theo quy định của Điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên.
- Là học sinh, sinh viên học tập tại Việt Nam làm việc tại Việt Nam nhưng người sử dụng lao động phải báo trước 07 ngày với cơ quan quản lý nhà nước về lao động cấp tỉnh.

Nghị định 11/CP bổ sung thêm hàng loạt các công việc không cần cấp giấy phép lao động¹². Có thể thấy, sự bổ sung danh mục những hoạt động không cần cấp giấy phép từ

¹² a) 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, bao gồm: kinh doanh, thông tin, xây dựng, phân phối, giáo dục, môi trường, tài chính, y tế, du lịch, văn hóa giải trí và vận tải.

b) Vào Việt Nam để cung cấp dịch vụ tư vấn về chuyên môn và kỹ thuật hoặc thực hiện các nhiệm vụ khác phục vụ cho công tác nghiên cứu, xây dựng, thẩm định, theo dõi đánh giá, quản lý và thực hiện chương trình, dự án sử dụng nguồn hỗ trợ phát triển chính thức (ODA) theo quy định hay thỏa thuận trong các điều ước quốc tế về ODA đã ký kết giữa cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam và nước ngoài.

c) Được Bộ Ngoại giao cấp giấy phép hoạt động thông tin, báo chí tại Việt Nam theo quy định của pháp luật.

d) Được cơ quan, tổ chức của nước ngoài cử sang Việt Nam giảng dạy, nghiên cứu tại trường quốc tế thuộc phạm vi quản lý của cơ quan đại diện ngoại giao nước ngoài hoặc tổ chức quốc tế tại Việt Nam hoặc được Bộ Giáo dục và Đào tạo xác nhận vào giảng dạy, nghiên cứu tại các cơ sở giáo dục, đào tạo tại Việt Nam.

đ) Tình nguyện viên có xác nhận của cơ quan đại diện ngoại giao nước ngoài hoặc tổ chức quốc tế tại Việt Nam;

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.

g) Vào Việt Nam thực hiện thỏa thuận quốc tế mà cơ quan, tổ chức ở Trung ương, cấp tỉnh ký kết theo quy định của pháp luật.

h) Học sinh, sinh viên đang học tập tại các trường, cơ sở đào tạo ở nước ngoài có thỏa thuận thực tập trong các cơ quan, tổ chức, doanh nghiệp tại Việt Nam.

i) Thân nhân thành viên cơ quan đại diện nước ngoài tại Việt Nam làm việc sau khi được Bộ Ngoại giao cấp phép, trừ trường hợp điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định khác.

k) Có hộ chiếu công vụ vào làm việc cho cơ quan nhà nước, tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội.

l) Các trường hợp khác do Thủ tướng Chính phủ quyết định theo đề nghị của Bộ Lao động, Thương binh và Xã hội.

năm 2016 là một bước tiến quan trọng của Việt Nam trong thực hiện các cam kết quốc tế về một khu vực tự do, tiến bộ, nơi mà con người có thể đến làm việc trong sự bảo vệ hữu hiệu và có đầy đủ các quyền như công dân của quốc gia đó. Mở rộng danh mục không cần cấp phép là hành động có thể nhìn thấy trong đó thiện chí và nhu cầu thực sự về mở rộng quan hệ bang giao trong lĩnh vực lao động, cũng như thể hiện tinh thần rằng Việt Nam đã và đang chuẩn bị để sẵn sàng cho một thị trường lao động mở cửa với năng lực cạnh tranh đã được chuẩn bị.

Cũng cần lưu ý rằng, mặc dù có khá nhiều ngành nghề, công việc mà lao động nước ngoài có thể đến Việt Nam làm việc không cần cấp giấy phép. Tuy nhiên, để có thể thực hiện tốt chức năng quản lý kể cả đối với nhóm lao động này, Nghị định 11/CP quy định tại Điều 8 rằng đối với đối tượng lao động này người sử dụng lao động cần tiến hành thủ tục “xác nhận người lao động nước ngoài không thuộc diện cấp giấy phép”, xác nhận này cũng được tiến hành bởi Sở lao động thương binh và xã hội tại nơi doanh nghiệp đặt trụ sở.

3.3. Quyền và nghĩa vụ của lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam

Khoản 2, Điều 169 Bộ luật Lao động 2012 quy định: “Lao động là công dân nước ngoài làm việc tại Việt Nam phải tuân theo pháp luật lao động Việt Nam, Điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên có quy định khác và được pháp luật Việt Nam bảo vệ”. Như vậy, về cơ bản, quyền và nghĩa vụ của người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam tương tự như người lao động Việt Nam làm việc trong nước quy định tại Điều 5 Bộ luật Lao động 2012. Trên thực tế, có khá nhiều các quyền của người lao động nước ngoài thậm chí cao hơn nhiều so với các quyền của người lao động Việt Nam, ví dụ như quyền được trả lương, thực tế hiện nay cùng một doanh nghiệp, thậm chí cùng vị trí và số lượng công việc, lương của người nước ngoài thường cao hơn của người Việt Nam.

Luật Bảo hiểm xã hội 2014 lần đầu tiên cho phép người lao động nước ngoài tham gia bảo hiểm xã hội tại Việt Nam: “Người lao động là công dân nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam có giấy phép lao động hoặc chứng chỉ hành nghề hoặc giấy phép hành nghề do cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam cấp được tham gia bảo hiểm xã hội bắt buộc theo quy định của Chính phủ” (Khoản 2, Điều 2 Luật BHXH 2014). Sự ghi nhận quyền này là một điểm tiến mới trong việc khẳng định rằng tại Việt Nam quyền của lao động nước ngoài và của lao động là công dân Việt Nam là hoàn toàn bình đẳng như nhau¹³.

Một trong những quyền cũng khá quan trọng của người lao động nước ngoài khi đến làm việc tại Việt Nam là quyền “Làm việc, tự do lựa chọn việc làm, nghề nghiệp, học nghề, nâng cao trình độ nghề nghiệp và không bị phân biệt đối xử” (Điểm a, Khoản 1, Điều 5 Bộ

¹³ Trên thực tế, theo đánh giá của các chuyên gia lao động, người lao động nước ngoài đến làm việc tại Việt Nam sẽ không “mặn mà” lắm với quyền này bởi vì các chế độ bảo hiểm xã hội ở Việt Nam hiện nay vẫn còn thấp và riêng đối với chế độ hưu trí chỉ áp dụng mang tính chất lâu dài khi người lao động cư trú lâu dài tại Việt Nam. Do những điểm bất tiện này nên thực tế BHXH sẽ không phải là một quyền mà người lao động nước ngoài quan tâm nhiều.

luật Lao động 2012). Quyền này về nguyên tắc được ghi nhận cho mọi người lao động, tuy nhiên về việc tự do lựa chọn việc làm thì hiện nay vẫn có một hạn chế dành cho người lao động nước ngoài. Cụ thể là người lao động nước ngoài không thể trở thành cán bộ, công chức hay viên chức như công dân Việt Nam. Hạn chế này cũng được giải thích bởi ngoại lệ được công nhận tại Công ước 1990 về quyền của người lao động di trú và gia đình họ.

Tóm lại, từ tổng thể các quy định về vấn đề tuyển dụng, cấp giấy phép lao động, tiếp nhận lao động nước ngoài đến Việt Nam làm việc, có thể thấy tồn tại song song hai yêu cầu mà về lý thuyết có vẻ mâu thuẫn nhau. Thứ nhất, là mở cửa tiếp đón lao động nước ngoài trong một bối cảnh kinh tế hội nhập khu vực và toàn cầu, trong sự thôi thúc phải thiết lập các quan hệ giao thương quốc tế. Thứ hai, là bảo vệ thị trường lao động trong nước bằng cách hạn chế sự cạnh tranh giữa lao động nước ngoài và lao động Việt Nam, giảm tỷ lệ thất nghiệp. Chính phủ Việt Nam đã lựa chọn giải pháp dung hòa cho cả hai yêu cầu này bằng cách đáp ứng yêu cầu thứ nhất, mở cửa và tiếp nhận lao động nước ngoài trên tinh thần tôn trọng các cam kết quốc tế, tuy nhiên vẫn giữ lại một số ngoại lệ để bảo vệ thị trường lao động trong nước.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Công ước quốc tế ILO số 111 năm 1958 về chống phân biệt đối xử trong việc làm và nghề nghiệp
2. Công ước quốc tế ILO số 122 năm 1964 về chính sách việc làm.
3. Đoàn Xuân Trường (2017), Trường Đại học Luật Hà Nội, *Cam kết về lao động trong các Hiệp định Thương mại tự do thế hệ mới - Cơ hội và thách thức đối với Việt Nam*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, số 10 năm 2017.