

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

[www.nclp.org.vn](http://www.nclp.org.vn)

**VĂN PHÒNG QUỐC HỘI**

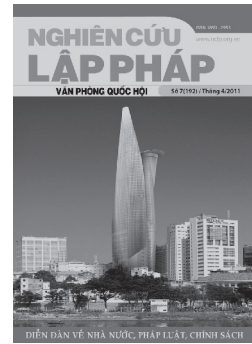
**Số 7(192) / Tháng 4/2011**



**DIỄN ĐÀN VỀ NHÀ NƯỚC, PHÁP LUẬT, CHÍNH SÁCH**

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



## Mục lục

### NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 5** Về viện kiểm sát ở Việt Nam  
**GS, TSKH. Đào Trí Úc**
- 12** Kiến nghị sửa đổi các nội dung của Hiến pháp 1992  
**ThS. Trần Việt Dũng**
- 16** Hoàn thiện hơn nữa chế độ bầu cử đại biểu dân cử ở nước ta  
**PGS, TS. Nguyễn Minh Đoan**
- 21** Đổi mới cơ chế kiểm tra tính hợp hiến, hợp pháp, các văn bản quy phạm pháp luật của bộ trưởng, thủ trưởng cơ quan ngang bộ  
**Nguyễn Thị Phương**

### BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 26** Bảo đảm quyền con người của người bị tình nghi phạm tội trong các vụ án áp dụng thủ tục rút gọn  
**ThS. Nguyễn Sơn Hà**
- 32** Giải pháp nâng cao hiệu quả hoạt động của đại diện lao động  
**ThS. Đào Mộng Điệp**

### CHÍNH SÁCH

- 38** Tiền lương của công nhân trong các doanh nghiệp tư nhân  
**TS. Bùi Ngọc Thanh**

### THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 42** Sửa đổi, bổ sung Bộ luật Hình sự năm 1999 đối với các tội phạm về tham nhũng  
**Đình Văn Quế**
- 47** Chế định phòng vệ thương mại – nhìn từ vụ việc điều tra áp dụng biện pháp tự vệ đối với một mặt hàng nhập khẩu  
**ThS. Nguyễn Ngọc Sơn**

### KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 56** Quản lý rủi ro trong hoạt động hải quan từ kinh nghiệm các nước  
**Nguyễn Thị Kim Long**

#### HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. TRẦN ĐÌNH ĐÀN (CHỦ TỊCH)  
TS. NGUYỄN SĨ DŨNG (PHÓ CHỦ TỊCH)  
GS. TSKH. ĐÀO TRỌNG THỊ  
GS. TS. TRẦN NGỌC ĐƯỜNG  
PGS. TS. ĐÌNH VĂN NHẢ  
PGS. TS. TRẦN ĐÌNH NHẢ  
PGS. TS. PHAN TRUNG LÝ  
PGS. TS. ĐẶNG VĂN THANH  
TS. DƯƠNG NGỌC NGƯU  
TS. NGÔ ĐỨC MẠNH  
TS. PHẠM VĂN HÙNG

#### TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

#### PHÓ TỔNG BIÊN TẬP:

NGUYỄN QUANG MINH

#### TRỤ SỞ:

27A VÕNG THỊ - TÂY HỒ - HÀ NỘI  
ĐT: 080-48486/ 44078  
FAX: 080-48486  
Email: nclp@qh.gov.vn  
Website: www.nclp.org.vn

#### THIẾT KẾ:

NGUYỄN ANH VŨ

#### GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

Số 117/GP-NGÀY 30-3-2001  
CỦA BỘ VH TT

#### PHÁT HÀNH:

HÀ NỘI: 080-43364  
TP. HỒ CHÍ MINH: 080-83558

#### TÀI KHOẢN:

0011000467735  
TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP  
NGÂN HÀNG TM CỔ PHẦN  
NGOẠI THƯƠNG VIỆT NAM

IN TẠI CÔNG TY CP IN KHKT

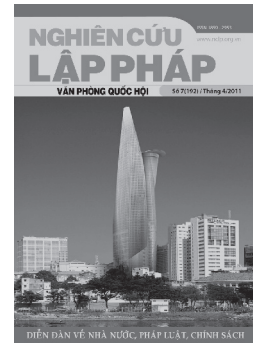
**GIÁ: 15.000 ĐỒNG**

Ảnh bìa: Tháp tài chính BITEXCO  
(Bitexco Financial)

Tác giả: Hữu Sơn

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



## Legis 4/2011

### STATE AND LAW

- 5** About the Procuracy in Vietnam

**Prof, Dr. Dao Tri Uc**

- 12** Proposals to modify the content of the 1992 Constitution

**LL.M. Tran Viet Dung**

- 16** To further improve the system of people's deputies election in our country

**Prof, Dr. Nguyen Minh Doan**

- 21** Innovating the mechanism for examining the constitutionality and legality of the legal text of the ministers and the heads of ministerial-level agencies

**Nguyen Thi Phuong**

### DISCUSSION OF BILLS

- 26** Ensuring human rights of suspects in criminal cases applying simplified procedures

**LL.M. Nguyen Son Ha**

- 32** Solutions to improve operational efficiency of the labor representatives

**LL.M. Dao Mong Diep**

### POLICIES

- 38** Wages of workers in private enterprises

**Dr. Bui Ngoc Thanh**

### LEGAL PRACTICE

- 42** Amending and supplementing regulations on corruption-related crimes in the 1999 Penal Code

**Dinh Van Que**

- 47** Regulations on trade defense - seen from the investigation case for the application of safeguard measures against an import

**LL.M. Nguyen Ngoc Son**

### FOREIGN EXPERIENCE

- 56** Risk management in customs operation from the foreign experience

**Nguyen Thi Kim Long**

#### EDITORIAL:

Dr. TRAN DINH DAN (Chairman)  
Dr. NGUYEN SI DUNG (Vice Chairman)  
Prof. Dr. DAO TRONG THI  
Prof. Dr. TRAN NGOC DUONG  
Prof. Dr. DINH VAN NHA  
Prof. Dr. TRAN DINH NHA  
Prof. Dr. PHAN TRUNG LY  
Prof. Dr. DANG VAN THANH  
Dr. DUONG NGOC NGUU  
Dr. NGO DUC MANH  
Dr. PHAM VAN HUNG

#### EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

#### VICE EDITOR-IN-CHIEF:

NGUYEN QUANG MINH

#### OFFICE:

27A VONG THI - TAY HO - HA NOI  
ĐT: 080-48486/ 44078  
FAX: 080-48486  
Email: nclp@qh.gov.vn  
Website: www.nclp.org.vn

#### DESIGN:

NGUYEN ANH VU

#### LICENSE OF PUBLISHMENT:

N<sup>o</sup> 117/GP-DATE 30-3-2001  
MINISTRY OF CULTURE AND  
INFORMATION

#### DISTRIBUTION:

HA NOI: 080-43364  
HO CHI MINH CITY: 080-83558

#### ACCOUNT NUMBER:

0011000467735  
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE  
VIETCOMBANK

PRINTED IN SCIENCE TECHNOLOGY  
PRINTING COMPANY

Price: 15,000 VND

# VỀ VIỆN KIỂM SÁT Ở VIỆT NAM

■ ĐÀO TRÍ ÚC\*

Cải cách bộ máy nhà nước nói chung và cải cách tư pháp nói riêng ở Việt Nam đang đặt ra hàng loạt vấn đề lý luận và thực tiễn cần tiếp tục được nghiên cứu và giải quyết thấu đáo, trong đó có vấn đề về Viện kiểm sát nhân dân (VKSND) với tính cách là một chế định trong hệ thống quyền lực nhà nước ở nước ta. Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 2/6/2005 của Bộ Chính trị “Về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020” đã xác định rõ: “Trước mắt, VKSND giữ nguyên chức năng như hiện nay là thực hành quyền công tố và kiểm sát hoạt động tư pháp (...). Nghiên cứu việc chuyển Viện kiểm sát (VKS) thành Viện công tố, tăng cường trách nhiệm của công tố trong hoạt động điều tra”.

Triển khai thực hiện quan điểm và tư tưởng chỉ đạo của Đảng trong cải cách tư pháp nói chung và đối với vấn đề VKSND nói riêng thời gian qua đã cho thấy nhiều cách tiếp cận và quan điểm khác nhau trong giới nghiên cứu và các cơ quan hữu trách; cùng với đó là một số đề án, ý tưởng xung quanh vấn đề về VKS đã được đề xuất. Để có thể đánh giá đúng cơ sở khoa học và tính khả thi của các ý tưởng, các đề án, thiết nghĩ chúng ta cần nghiên cứu công phu, có hệ thống về một loạt các vấn đề có liên quan mật thiết với nhau.

## 1. Viện kiểm sát, công tố và các thiết chế tương tự trong cơ cấu quyền lực nhà nước ở các nước trên thế giới

### 1.1. Vị trí trong bộ máy nhà nước

Nếu căn cứ vào vị trí của VKS trong bộ máy nhà nước, chúng ta thấy một sự đa dạng. Có thể chia làm ba nhóm sau đây:

*Nhóm các nước mà VKS hay cơ quan công tố nằm trong cơ cấu của Bộ Tư pháp*, điển hình là các nước như Mỹ, Pháp, Bỉ, Nhật, Balan, Rumani, Hà Lan, Đan Mạch... Trong nhóm này cũng có hai cách tổ chức khác nhau. Ở các nước châu Âu lục địa và Nhật Bản, cơ quan công tố nằm trong cơ cấu tổ chức của Bộ Tư pháp, nhưng vẫn được coi là cơ quan tư pháp và được tổ chức thống nhất. Chẳng hạn, ở Pháp, theo Sắc lệnh số 58-01270 công bố Luật về vị trí pháp lý của chức danh Thẩm phán công tố (Magistrature) năm 1958 thì tất cả các thẩm phán công tố (ở Việt Nam thường gọi là “thẩm phán đứng” để phân biệt với thẩm phán ngồi chủ tọa phiên tòa) đều trực thuộc thẩm phán công tố cấp trên mình và đều thuộc Bộ trưởng Bộ Tư pháp. Tòa phá án, Tòa thượng thẩm có các Tổng công tố viên, còn Tòa đại hình có Công tố quốc gia. *Như vậy, tuy về cơ cấu tổ chức, Công tố nằm trong ngành hành pháp, nhưng về chức năng thì hoàn toàn độc lập và*

(\* GS, TSKH. Chủ tịch Hội đồng Khoa học và Đào tạo, Khoa Luật - ĐHQG Hà Nội, Ủy viên Hội đồng Lý luận Trung ương Đảng.

*tính chất lại là cơ quan tư pháp.*

Cũng thuộc nhóm này, nhưng cơ quan có chức năng như cơ quan công tố ở Mỹ và Canada có tên gọi là General Attorney và người đứng đầu cơ quan này đồng thời là Bộ trưởng Bộ Tư pháp. Các Attorney không đặt tại các Tòa án, có vị trí độc lập và được coi là Cơ quan tư pháp.

*Nhóm các nước mà cơ quan công tố hoàn toàn nằm trong thành phần của hệ thống tư pháp* được đặt tại các Tòa án, nhưng độc lập với Tòa án về mặt chức năng, đó là các nước như Tây Ban Nha, Bun-ga-ri... Chẳng hạn, theo Luật năm 1981 của Tây Ban Nha, cơ quan công tố có tên là Bộ Thuế (Ministerio Fiscal); chức năng của nó là thúc đẩy công lý nhằm bảo vệ pháp chế, các quyền công dân, các lợi ích công theo chức năng hoặc theo yêu cầu của những người hữu trách, giám sát nhằm bảo đảm tính độc lập của các Tòa án, giữ quyền công tố tại Tòa án. Cơ quan công tố được đặt tại các Tòa án, nằm trong hệ thống các Tòa án từ trung ương đến cấp tỉnh. Về mặt chức năng, các cơ quan công tố hợp thành một hệ thống dọc mang tính thống nhất và phụ thuộc trên - dưới. Đứng đầu hệ thống này là Tổng Công tố nhà nước do Nhà vua bổ nhiệm, trên cơ sở đề nghị của Chính phủ sau khi đã có ý kiến của Hội đồng quyền tư pháp, có vị trí chỉ sau Chánh án Tòa án tối cao.

*Nhóm thứ ba gồm các nước có cơ quan VKS hoặc Công tố là một hệ thống riêng biệt, trực thuộc Quốc hội hoặc trực thuộc Nguyên thủ quốc gia.* Nhóm này gồm các nước Trung Quốc, Việt Nam, Triều Tiên, Lào và nhiều nước Mỹ Latin (Colombia, Ecuador...). Ở các nước này, cơ quan như VKS nước ta có hai chức năng rõ rệt là chức năng giám sát việc tuân theo pháp luật và chức năng công tố. Hoạt động giám sát có đối tượng là các cơ quan nhà nước (chỉ các cơ quan hành pháp từ bộ trở xuống), các tổ chức xã hội, tổ chức kinh tế, các cơ quan, đơn vị, cá nhân. Cho đến nay, kể cả ở Liên Xô và nhiều nước Đông Âu khi chế độ xã hội chủ nghĩa (XHCN) không còn nữa thì hệ thống VKS vẫn còn giữ cả hai chức

năng nói trên. Tại nhiều nước Mỹ Latin cũng vậy, cơ quan kiểm sát, công tố có vị trí độc lập do Hiến pháp quy định như các cơ quan khác là Chính phủ, Tòa án. Trong số đó, ở một số nước Mỹ Latin như Colombia, Ecuador có hai cơ quan riêng rẽ: một cơ quan có chức năng công tố, một cơ quan khác có chức năng giám sát chung và bảo vệ quyền con người, quyền công dân. Cả hai đều độc lập với các cơ quan khác của nhà nước.

Có thể thấy rằng, nếu chỉ xét trên bình diện “chỗ đứng” về mặt tổ chức của các cơ quan như VKS hoặc Công tố ở nhiều nước và nhiều khu vực khác nhau thì vẫn chưa rõ cơ quan này thuộc “nhánh” quyền lực nhà nước nào trong cơ chế phân quyền: lập pháp, hành pháp hay tư pháp. Tuy nhiên, một điều có thể nhìn thấy là, *dù sự hiện diện ở “nhánh” quyền lực nào thì tính độc lập về chức năng của loại cơ quan đó luôn luôn được bảo đảm.* Trong số các nguyên tắc tổ chức và hoạt động của cơ quan này thì nguyên tắc độc lập với tư cách là cơ quan quyền lực nhà nước, nguyên tắc tính thống nhất về tổ chức và chức năng là những nguyên tắc quan trọng và phổ biến nhất.

Ở những nước mà VKS hay thiết chế tương tự có cả hai chức năng là kiểm sát chung và công tố thì về mặt tổ chức cũng như chức năng, cơ quan này hoàn toàn độc lập với các cơ quan khác của Nhà nước. Ở những nước mà VKS chỉ làm chức năng công tố thì nó chỉ có vị trí độc lập về mặt chức năng. Tuy nhiên, trong trường hợp này, cơ quan công tố cũng như các công tố viên vẫn có vị trí độc lập trong tư cách là một cơ quan tư pháp. Tính độc lập của cơ quan VKS hay công tố là yếu tố mang tính nguyên tắc, có khi được coi là nguyên tắc hiến định trong Hiến pháp Cuba, Argentina, Bolivia, Bồ Đào Nha, Columbia, Azerbaijan, Uzbekistan. Chẳng hạn, theo Hiến pháp Cuba: “VKS Cuba độc lập, không phụ thuộc vào các cơ quan quyền lực nhà nước ở trung ương và ở địa phương”. Luật về VKS của Azerbaijan tại Điều 7 quy định: “Mọi sự cản trở bởi bất kỳ ai và với bất kỳ lý do nào, trực tiếp hay gián tiếp đối với hoạt động hợp pháp của VKS, mọi sự

tác động, đe dọa, can thiệp bất hợp pháp cũng như mọi biểu hiện thiếu tôn trọng VKS đều không thể chấp nhận được và phải bị truy cứu trách nhiệm theo pháp luật”. Luật về VKS của liên bang Nga (Điều 5), của Belarus (Điều 6) đều có những quy định tương tự.

Nhiều nước thuộc Liên Xô trước đây, trong đó có Liên bang Nga, ngay tại Hiến pháp, đã đặt VKS trong chương về các cơ quan tư pháp, và mặc định là thuộc quyền tư pháp. Ở một số nước, Hiến pháp còn dành một chương riêng biệt về VKS, không để chung với Tòa án như trước đây. Chẳng hạn, Hiến pháp Ucraina đặt chương về VKS trước chương về Tòa án; còn ở Hiến pháp các nước Tazgikistan, Turkenistan, Uzbekistan, Belarus, chương về VKS được đặt liền sau chương về Tòa án.

Ở các nước XHCN hiện nay như Trung Quốc, Triều Tiên, Cuba; hay ở Liên bang Nga, VKS là cơ quan độc lập, thống nhất và có vị trí gần hơn với cơ quan lập pháp, bởi lẽ: người đứng đầu cơ quan đó do Quốc hội bầu, chịu trách nhiệm và báo cáo trước Quốc hội giống như Thủ tướng, Chánh án và một số chức danh cao cấp khác của Nhà nước.

Song song với việc khẳng định tính chất độc lập của VKS hay cơ quan công tố với tính cách là một thiết chế nhà nước, Hiến pháp và pháp luật của nhiều nước, kể cả những nước mà cơ quan đó nằm trong cơ cấu của ngành hành pháp, còn quy định *vị trí độc lập của các kiểm sát viên, công tố viên*.

Bộ luật Tố tụng hình sự của Cộng hòa Pháp quy định tại Điều 669 về vị trí hoàn toàn độc lập của công tố viên. Cũng theo Bộ luật này, các chức danh như Thẩm phán và thành viên Bồi thẩm đoàn có thể bị thay đổi, nhưng Công tố viên thì không bị thay đổi bởi những lý do tương tự đối với các chức danh đó.

Các nước Estoni, Latvia, Balan hiện nay là những nước có sự thay đổi lớn trong việc quy định vị trí pháp lý của VKS so với trước đây, qua việc chuyển VKS vào hệ thống các cơ quan hành pháp, đặt trong cơ cấu tổ chức của Bộ Tư pháp. Tuy vậy, pháp luật về VKS của các nước này đều quy định tính độc lập

của VKS và của các kiểm sát viên. Theo Luật về VKS của Balan, thì: “Trong hoạt động, các kiểm sát viên độc lập, không bị ảnh hưởng bởi các cơ quan và cá nhân khác thuộc cơ cấu quyền lực nhà nước hoặc quản lý nhà nước và chỉ tuân theo pháp luật.

Cấm tất cả các cơ quan: Quốc hội, Nội các, các cơ quan nhà nước, các cơ quan tự quản địa phương, các quan chức nhà nước và viên chức tự quản địa phương, các doanh nghiệp, các tổ chức và mọi cá nhân can thiệp vào công việc của VKS trong quá trình điều tra vụ án và thực hiện các chức năng khác của VKS” (Điều 6).

### **1.2. Các chức năng của Viện kiểm sát, cơ quan công tố và các thiết chế tương tự**

Nếu xét theo các chức năng được giao thực hiện, chúng ta có thể chia các thiết chế này của các nước trên thế giới thành hai nhóm chủ yếu: nhóm có chức năng công tố và nhóm có chức năng giám sát việc tuân theo pháp luật (bảo đảm pháp chế, kiểm sát chung).

*Nhóm thứ nhất* gồm hầu hết các nước thuộc hệ thống luật châu Âu lục địa và thiết chế General Attorney của Mỹ. Ở các quốc gia nói trên, cơ quan này có chức năng chủ yếu là truy tố người phạm tội hình sự và giữ quyền công tố tại Tòa án. Ngoài ra, các cơ quan này còn có thêm chức năng giám sát hoạt động điều tra và giám sát chế độ giam giữ tại các trại giam.

*Nhóm thứ hai* gồm các nước XHCN và đa số các nước trước đây là quốc gia XHCN. Ở các nước này, chức năng của VKS đa dạng hơn, bao gồm chức năng giám sát việc tuân theo pháp luật và chức năng công tố, chỉ đạo hoạt động điều tra, giữ quyền công tố trước Tòa án.

Các chuyên gia và các nhà lý luận ở nhiều nước lý giải về hiện tượng khác nhau này bởi nhiều lý do.

Theo một nghiên cứu của Ngân hàng Thế giới, sở dĩ tại các nước Tây Âu và Mỹ, cơ quan công tố không thực hiện chức năng kiểm sát chung (giám sát việc tuân theo pháp luật) là vì ở đó văn hóa pháp lý đã trở thành nền tảng chung của mọi cơ cấu xã hội và Nhà nước; họ có xã hội dân sự phát triển, xã hội ổn định, vì

vậy, năng lực tự điều chỉnh, ý thức tôn trọng pháp luật của người dân cao v.v..

Trong khi đó, cũng theo các nghiên cứu này, ở Nga cũng như các nước XHCN Đông Âu trước đây thì ngược lại, văn hóa pháp lý không phát triển, ý thức tôn trọng và tuân thủ pháp luật thấp, tình trạng coi thường pháp luật đang phổ biến, xã hội dân sự không phát triển v.v., vì vậy, Nhà nước vẫn cần có một cơ chế giám sát việc tuân theo pháp luật nhằm bảo đảm cho pháp chế được tôn trọng<sup>1</sup>.

Cũng có cách giải thích khác đi vào tầng sâu hơn trong việc duy trì nhu cầu giữ chức năng kiểm sát chung của VKS. Theo đó, trong xã hội mà truyền thống “Nhà nước mạnh”, “trách nhiệm xã hội lớn” của Nhà nước thì nhu cầu cần có cơ chế riêng để bảo đảm sự thống nhất của pháp luật và duy trì pháp chế là một nhu cầu khách quan. Còn ở quốc gia như nước Anh, nơi các truyền thống tự quản địa phương, truyền thống tư tố phổ biến, Tòa án có uy thế nổi trội thì bản thân khái niệm “pháp chế”, “tuân thủ pháp luật” cũng không có, bởi hệ thống thông luật chủ yếu là các án lệ nên không cần đến một thiết chế nhà nước như VKS để giám sát việc tuân theo pháp luật.

Còn ở các nước châu Âu lục địa, bức tranh lại hơi khác. Ở đó, quyền lực nhà nước đóng vai trò chủ động và với mức độ can thiệp sâu hơn vào đời sống của xã hội dân sự và nền kinh tế so với tình hình ở Anh. Tuy nhiên, cũng tại các nước này, một nền tư pháp mạnh và có uy tín cao trong xã hội đã hình thành và phát triển mà chức năng chủ yếu của nó là bảo vệ các quyền con người, quyền công dân, vì vậy, Nhà nước, mà trước hết là ngành hành pháp, đã không dễ gì để có thể can thiệp được sâu vào đời sống xã hội.

Như vậy, sự cần thiết phải có một thiết chế giám sát nhằm bảo đảm tính thống nhất của pháp luật ở mỗi quốc gia, mỗi khu vực đều đã được lý giải bởi đặc điểm lịch sử, tính đặc thù của văn hóa, của truyền thống... Không

thể coi đó là sản phẩm của một chế độ xã hội theo kiểu quốc gia XHCN hay quốc gia tư bản chủ nghĩa. Cũng không thể coi thiết chế VKS là “sản phẩm Xô-viết” và “sự sao chép nó bởi các nước XHCN” trước đây vì, *thứ nhất*, ngay tại nước Nga, thiết chế VKS đã ra đời từ thời Nga hoàng Ecaterina Đệ Nhị (1864) với hai chức năng là giám sát chung và công tố; khi Cách mạng tháng Mười thành công năm 1917, Nhà nước Xô-viết đã bỏ chức năng giám sát của VKS, chỉ giữ lại chức năng công tố, cho đến năm 1922 thì khôi phục lại và vẫn tồn tại cho đến ngày hôm nay; *thứ hai*, sau khi Liên Xô tan rã, các nước XHCN Đông Âu sụp đổ, thì nhiều nước trong số đó đã thực hiện chính sách “đoạn tuyệt” với ảnh hưởng của Liên Xô trên nhiều phương diện và lĩnh vực, nhưng thiết chế VKS vẫn được giữ lại, trừ Séc. Và ngược lại, việc các nước Âu - Mỹ không cần đến một thiết chế có chức năng giám sát chung theo kiểu VKS cũng bắt nguồn từ thực tế lịch sử và việc các cơ quan công tố ở các nước đó không có chức năng giám sát việc tuân theo pháp luật không thể được coi là một “hiện tượng chung” hay là “tính quy luật” như một số người quan niệm.

## 2. Khái quát về quá trình hình thành và phát triển của thiết chế Viện kiểm sát nhân dân ở Việt Nam

Thiết chế tổ chức VKSND ở nước ta có tuổi đời cùng với Nhà nước cách mạng và trải qua nhiều giai đoạn phát triển từ năm 1945 đến nay với những mô hình, phương án tổ chức khác nhau nhằm đáp ứng yêu cầu của từng giai đoạn cách mạng, đồng thời cũng phản ánh điều kiện khách quan, chủ quan trong tổ chức bộ máy nhà nước ta.

### *Giai đoạn I: mô hình Công tố nằm trong Tòa án*

Giai đoạn từ 1945 đến 1958, trước khi cải tổ lại hệ thống Viện công tố, mô hình tổ chức cơ quan công tố hoàn toàn giống như mô hình cơ

(1) Ibrahim J. Shihata: *The Rule of Law in former Soviet Union and China. Essay on Legal, Judicial and Other institutional reforms, supported by the World Bank. Kluwer Law International, 1997, N.5*

quan công tố của Pháp. *Về tính chất*, đó là cơ quan tư pháp; *về chức năng*: chức năng chủ yếu là công tố, buộc tội và chức năng thứ hai là chỉ đạo hoạt động điều tra và thực hiện điều tra đối với một số loại vụ án nhất định; *về tổ chức*: đặt trong Tòa án; *về quản lý hành chính*: do Bộ Tư pháp quản lý; *về địa vị pháp lý*: có tính độc lập cao trong hoạt động, với tư cách là thiết chế thuộc quyền tư pháp; được Hiến pháp và pháp luật bảo đảm tính độc lập và chỉ tuân theo pháp luật, các cơ quan khác không có quyền can thiệp.

### **Giai đoạn II: Công tố trực thuộc Chính phủ**

Mô hình tổ chức này của Viện Công tố ở nước ta tồn tại rất ngắn (1958 - 1959) và có thể nói chỉ tồn tại trên pháp lý như một bước quá độ về tổ chức *theo hướng tạo thành một hệ thống riêng, độc lập trong bộ máy nhà nước Việt Nam*.

### **Giai đoạn III: mô hình VKSND hiện nay**

Bắt đầu từ Hiến pháp 1959, kế đó là Hiến pháp 1980 và Hiến pháp 1992 của nước ta, trong hơn 50 năm qua, đã duy trì một hệ thống thống nhất của VKSND. *Về tổ chức*, Viện kiểm sát nhân dân tối cao (VKSNDTC), các VKSND địa phương và VKS quân sự tạo thành một hệ thống; theo đó, VKSND cấp dưới chịu sự lãnh đạo của VKSND cấp trên, các VKSND địa phương và VKS quân sự chịu sự lãnh đạo thống nhất của Viện trưởng VKSNDTC. Viện trưởng, các phó Viện trưởng và kiểm sát viên VKSND địa phương và VKSQS các quân khu và khu vực do Viện trưởng VKSNDTC bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức. Viện trưởng VKSNDTC chịu trách nhiệm và báo cáo công tác trước Quốc hội, trong thời gian Quốc hội không họp thì chịu trách nhiệm và báo cáo công tác trước Ủy ban thường vụ Quốc hội và Chủ tịch nước. Nhiệm kỳ của Viện trưởng VKSNDTC theo nhiệm kỳ của Quốc hội. Bắt đầu từ Hiến pháp 1992 có thêm trách nhiệm của VKSND địa phương báo cáo trước Hội đồng nhân dân về tình hình thi hành pháp luật ở địa phương và trả lời chất vấn của đại biểu Hội đồng nhân dân.

Như vậy, xét về vị trí và tổ chức, có thể hiểu

VKSND là một hệ thống cơ quan độc lập và thống nhất. Hai đặc trưng cơ bản này phản ánh yêu cầu về một thiết chế có chức năng quan trọng trong việc giám sát việc thi hành pháp luật của các bộ, các ngành, các cơ quan chính quyền địa phương, các tổ chức, cơ quan và cá nhân, bảo đảm cho pháp luật được chấp hành nghiêm chỉnh và thống nhất (theo quy định trước ngày 7/01/2002 - ngày có hiệu lực của Nghị quyết số 51/2001/QH11 về việc sửa đổi, bổ sung một số điều của Hiến pháp 1992); kiểm sát các hoạt động tư pháp (kể từ 7/01/2002) và thực hành quyền công tố.

*Về tính chất*, kể từ Hiến pháp 1959 đến trước ngày 7/01/2002, ở nước ta không có các khái niệm quyền lập pháp, quyền hành pháp và quyền tư pháp. Hiến pháp năm 1992 tại lần sửa đổi, bổ sung năm 2001 lần đầu tiên xác định một nguyên tắc quan trọng trong tổ chức quyền lực nhà nước ở nước ta: quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công và phối hợp giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp (Điều 2). Với quy định đó, chúng ta có thể nói rằng, có các nhánh quyền lực nhà nước ở nước ta. Tuy nhiên, khi chế định tổ chức và chức năng của các cơ quan trong bộ máy nhà nước, Hiến pháp chưa xác định rõ những cơ quan nào là cơ quan hành pháp, những cơ quan nào là cơ quan tư pháp. Vì vậy, rất khó để xác định, hiện nay, với những chức năng kể trên, VKSND thuộc lĩnh vực nào của quyền lực nhà nước.

Tuy nhiên, theo tinh thần của các văn kiện của Đảng, có thể hiểu VKSND là hệ thống tổ chức độc lập, thống nhất, nhưng với hai chức năng kiểm sát các hoạt động tư pháp và thực hành quyền công tố, VKSND thiên về tính chất của một cơ quan tư pháp. Cụ thể: Văn kiện Đại hội X và Đại hội XI của Đảng nhắc đến hai chức năng đó của VKS khi xác định nhiệm vụ xây dựng hệ thống cơ quan tư pháp trong sạch, vững mạnh, dân chủ, nghiêm minh, bảo vệ công lý, quyền con người<sup>2</sup>.

(2) Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ X, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2006, tr. 127; Báo cáo Chính trị của Ban chấp hành Trung ương Đảng Cộng sản Việt Nam tại Đại hội lần thứ XI của Đảng, Báo Nhân Dân, ngày 13/1/2011.



### **3. Mô hình tổ chức và chức năng của Viện kiểm sát nhân dân ở nước ta trong quá trình cải cách bộ máy nhà nước đáp ứng yêu cầu của Nhà nước pháp quyền XHCN**

Nhìn vào thực trạng của việc thực hiện yêu cầu về kiểm tra, giám sát quyền lực nhằm đảm bảo pháp chế, kỷ cương và kỷ luật, phát huy dân chủ XHCN và quyền lực của nhân dân, chúng ta thấy rõ sự thiếu đồng bộ của hệ thống các cơ chế kiểm tra, giám sát; sự bất cập của một số cơ chế so với yêu cầu của việc kiểm tra, giám sát thực hiện quyền lực, thậm chí là một số “khoảng trống” của cơ chế kiểm tra, giám sát việc thực hiện quyền lực.

Nhu cầu về sự kiểm tra, giám sát trong tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước đã và đang được đặt ra một cách bức thiết hơn bao giờ hết trong quá trình xây dựng và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền XHCN của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân ở nước ta.

Trong bối cảnh đó, nhìn nhận thiết chế VKSND ở nước ta trong chiều dài lịch sử của nó có thể thấy, với vị trí và tính chất hiến định, với hình thức tổ chức, các chức năng được giao tương ứng, thì đây là thiết chế mang trong mình nhiều tố chất của một thiết chế giám sát quyền lực hữu hiệu.

Về vị trí và tính chất hiến định, cần tiếp tục xác định VKS là một hệ thống thống nhất độc lập về mặt tổ chức.

Về mặt nhận thức lý luận, cho đến nay trong các giới nghiên cứu và hoạt động thực tiễn ở nước ta chưa có sự nhận thức chung và thống nhất về vị trí của VKSND trong hệ thống các cơ quan quyền lực nhà nước. Có thể nêu ba luồng ý kiến sau đây:

*Loại ý kiến thứ nhất* coi VKSND là một cơ quan tư pháp vì chức năng cơ bản của nó như Hiến pháp đã xác định là thực hành quyền công tố, kiểm sát các hoạt động tư pháp.

Khi lập luận cho quan điểm này, các ý kiến cho rằng, xét về tính chất việc thực hành quyền công tố (truy tố, khởi tố về hình sự, khởi tố về dân sự, điều tra hoặc chỉ đạo điều tra hình sự, giữ vai trò luận tội trước Tòa án) và việc kiểm

sát các hoạt động tư pháp là những hoạt động thuộc phạm vi của hoạt động tư pháp - xét xử, trực tiếp liên quan đến xét xử.

*Loại ý kiến thứ hai* cho rằng hoạt động công tố thuộc chức năng của cơ quan hành pháp vì chức năng duy trì và bảo vệ trật tự xã hội nằm trong phạm vi của hoạt động điều hành, quản lý của cơ quan hành pháp; khi phát hiện có hành vi xâm hại đến lợi ích điều hành và quản lý thì cơ quan hành pháp có quyền truy tố người phạm tội ra trước Tòa án và thực hiện việc buộc tội. Vì vậy, một cơ quan có chức năng đó phải thuộc cơ quan hành pháp cho phù hợp với chức năng tương ứng.

*Loại ý kiến thứ ba* cho rằng, hệ thống VKSND ở nước ta có lịch sử hình thành và phát triển lâu dài cùng với quá trình hình thành và phát triển của bộ máy nhà nước đã tồn tại và hoạt động như một hệ thống cơ quan độc lập và thống nhất với người đứng đầu do Quốc hội - cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất - bầu ra, cần được tiếp tục duy trì vị trí đó trong hệ thống bộ máy nhà nước đã vận hành thông suốt và về cơ bản là có hiệu quả trong lịch sử tổ chức quyền lực nhà nước ở nước ta. Điều đó có nghĩa rằng, VKSND cần được xác định như tại Chương X của Hiến pháp, từ Điều 137 đến Điều 140 với những định hướng đổi mới, hoàn thiện cần thiết đáp ứng yêu cầu của Nhà nước pháp quyền XHCN.

Trước khi đưa ra quan điểm của mình về mô hình tổ chức và hoạt động của VKSND ở nước ta, chúng tôi cho rằng, cần xét đến nhiều yếu tố trong tổng thể.

*Thứ nhất*, như đã nêu, trong số các cơ chế kiểm tra, giám sát quyền lực nhà nước ở nước ta, VKSND có vai trò và vị trí mà các thiết chế khác không thay thế được. Ở nhiều nước, nhất là các nước Âu - Mỹ, quyền lực nhà nước được tổ chức theo cơ chế phân quyền, các hình thức kiểm tra, giám sát của nghị viện rất mạnh; Toà án có nhiều quyền lực, trong đó có quyền phán quyết các vi phạm Hiến pháp đối với các văn bản và quyết định của các cơ quan lập pháp và cơ quan hành pháp, phê chuẩn lệnh bắt giữ, giam giữ bị can, quyền giám sát hoạt động thi

hành án hình sự v.v..

Trong bối cảnh đó, người ta không có nhu cầu có thêm một thiết chế kiểm tra, giám sát việc tuân theo pháp luật, kể cả đối với lĩnh vực hoạt động tư pháp. Nhưng trong cấu trúc quyền lực nhà nước thống nhất ở nước ta cũng như nhiều nước XHCN trước đây, do tính chất chuyên nghiệp chưa cao của hoạt động giám sát nghị viện cũng như vai trò và vị trí hạn chế của Toà án, rất cần một thiết chế giám sát quyền lực độc lập, có tính chuyên nghiệp cao để giúp Quốc hội thực hiện chức năng giám sát ở những tầng thấp hơn Quốc hội trong việc giám sát hoạt động của các cơ quan hành pháp và tư pháp. Nhiều nước ở Đông Âu hay Liên bang Nga, tuy đã chuyển hướng tổ chức quyền lực nhà nước theo nguyên tắc tam quyền phân lập với vai trò giám sát mạnh hơn của Quốc hội cũng như tăng chức năng của Toà án (kể từ năm 1993, theo Hiến pháp mới của Liên bang Nga, việc phê chuẩn lệnh bắt đã chuyển từ thẩm quyền của VKS sang thẩm quyền của Toà án), nhưng các nước đó hầu hết vẫn giữ nguyên tên gọi, vị trí, chức năng, nhiệm vụ của VKS trong hệ thống các cơ quan quyền lực nhà nước với lý do: họ không có các điều kiện của một cơ chế phân quyền hoàn chỉnh như phương Tây, nơi có lịch sử hàng trăm năm vận hành cơ chế đó.

*Thứ hai*, ở các quốc gia, kể cả các nước phương Tây, tuy vị trí, chỗ đứng về tổ chức, phạm vi các chức năng có khác nhau nhưng các thiết chế công tố, VKS luôn luôn là một thiết chế độc lập về chức năng và thống nhất về hệ thống (trừ Hoa Kỳ là nơi mà General Attorney của các Bang là độc lập với nhau và không chịu sự chỉ đạo của General Attorney của Liên bang).

*Thứ ba*, tuy được đặt ở những vị trí rất khác nhau nhưng hầu hết các nước đều coi các chức năng chủ yếu của VKS hoặc viện công tố (chức năng công tố, chức năng kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong các hoạt động hành pháp và tư pháp) là những chức năng thuộc

quyền tư pháp.

Ở nước ta, như đã thấy từ việc phân tích ở trên, tổ chức và hoạt động của VKSND trong nhiều thời kỳ lịch sử đã được coi là một bộ phận của hoạt động tư pháp. Trong các văn kiện gần đây nhất của Đảng và Chiến lược cải cách tư pháp đều coi công tác của VKS là nội dung của hoạt động tư pháp<sup>3</sup>.

Từ những luận đề trên đây có thể thấy rằng, mô hình tổng quát của VKSND ở nước ta có thể được hình dung như sau:

- Về tên gọi: *Viện Công tố Việt Nam*;
- Về chức năng:

1) *Thực hành quyền công tố*, bao gồm các chức năng cụ thể là: khởi tố vụ án hình sự, khởi tố bị can, bị cáo; truy tố người phạm tội ra trước Toà án; thực hành quyền công tố trước Toà án trong vụ án hình sự (và trong vụ án dân sự khi liên quan đến lợi ích của Nhà nước hoặc theo yêu cầu của đương sự); chỉ đạo hoạt động điều tra; thực hiện điều tra đối với một số loại vụ án hình sự; phê chuẩn lệnh bắt; kháng nghị các bản án của Toà án.

2) *Kiểm sát (giám sát) các hoạt động tư pháp* bao gồm: giám sát việc tuân theo pháp luật trong hoạt động điều tra, hoạt động thi hành án hình sự, tổ chức và hoạt động của các cơ sở giam giữ, cải tạo người phạm tội.

Quan niệm về kiểm sát các hoạt động tư pháp cần được hiểu theo hai hướng: *kiểm sát trực tiếp và giám sát tố tụng*. Đối tượng kiểm sát trực tiếp gồm hoạt động điều tra, truy tố; hoạt động thi hành án; tổ chức và hoạt động của các cơ sở giam giữ, cải tạo. Đây là hoạt động của các cơ quan hành pháp làm chức năng của hoạt động tư pháp. Giám sát tố tụng được thực hiện trong quá trình thực hiện chức năng công tố của VKS nhằm kháng nghị các bản án và quyết định của Toà án. Bản thân quy trình tố tụng được pháp luật tố tụng chế định một cách nghiêm ngặt chính là sự kiểm tra chặt chẽ nhất theo tinh thần của Nhà nước pháp

(Xem tiếp trang 20)

(3) Xem: Đảng Cộng sản Việt Nam, *ltdđ*.

# KIẾN NGHỊ SỬA ĐỔI CÁC NỘI DUNG CỦA HIẾN PHÁP NĂM 1992

■ TRẦN VIỆT DŨNG \*

Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001) là cơ sở pháp lý cho việc đẩy mạnh đổi mới về kinh tế, đổi mới hệ thống chính trị, thực hiện các quyền tự do dân chủ của công dân, cải cách bộ máy nhà nước, từng bước xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của nhân dân, do nhân dân và vì nhân dân. Tuy nhiên trong những năm qua, điều kiện chính trị, kinh tế, xã hội, đối ngoại, quốc phòng, an ninh... của đất nước đã có sự biến đổi mạnh mẽ, đồng thời, trong quá trình thi hành Hiến pháp năm 1992 (Hiến pháp hiện hành) đã phát hiện nhiều tồn tại, vướng mắc. Để đáp ứng các yêu cầu mới và khắc phục những bất cập, Hiến pháp hiện hành cần sớm có những sửa đổi, bổ sung.

## 1. Bất cập trong Hiến pháp hiện hành

*Một số quy định của Hiến pháp chưa phù hợp với định hướng đổi mới bộ máy nhà nước*

Hiến pháp hiện hành chưa thể hiện đầy đủ, sâu sắc quan điểm xây dựng Nhà nước pháp quyền của Đảng ta. Chẳng hạn, Điều 2 quy định: “Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa... Quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công phối hợp trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp”, nhưng cơ quan nào là cơ quan hành pháp, cơ quan nào là cơ quan tư pháp thì Hiến pháp vẫn chưa quy định rõ. Theo quan điểm truyền thống, Viện kiểm sát nhân dân với chức năng thực hành quyền công tố là cơ quan tư pháp, nhưng hiện nay, có quan điểm đề nghị thành lập Viện công tố trực thuộc Chính phủ để thực hiện chức năng thực hành quyền công tố. Vậy Viện công

tố trong tương lai sẽ là cơ quan tư pháp hay là cơ quan hành pháp? Ngoài ra, đang rất phổ biến quan niệm các cơ quan điều tra, cơ quan thi hành án... là cơ quan tư pháp (như Nghị quyết số 03 của Ban chấp hành trung ương Đảng khóa VIII đã đề ra chương trình cải cách tư pháp, trong đó đề cập đến việc đổi mới tổ chức hoạt động của các cơ quan điều tra, các cơ quan thi hành án dân sự và hình sự...)

Văn kiện Đại hội Đảng lần thứ X đã đề ra chủ trương xây dựng cơ chế bảo vệ Hiến pháp. Nhưng cho đến nay, vẫn chưa có quy định nào của Hiến pháp về việc thành lập một cơ quan chuyên trách thực hiện bảo vệ Hiến pháp, bảo đảm tính hợp hiến của các văn bản quy phạm pháp luật do các cơ quan nhà nước ban hành cũng như hoạt động của các cơ quan nhà nước đó. Chính vì vậy, có một số văn bản quy phạm pháp luật có dấu hiệu trái với Hiến pháp, một số quyền hiến định của công dân bị vi phạm,

(\*) ThS. Phó trưởng khoa Luật - Đại học Huế.

nhưng chưa được xử lý kịp thời.

Nghị quyết số 49-NQ/TU ngày 02/6/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 đã định hướng tổ chức Tòa sơ thẩm khu vực, định hướng chuyển Viện kiểm sát thành Viện công tố. Nhưng cho đến nay, các văn bản quy phạm pháp luật có liên quan đến tổ chức của Tòa án nhân dân và Viện kiểm sát nhân dân như Hiến pháp, Luật Tổ chức Tòa án nhân dân, Luật Tổ chức Viện kiểm sát nhân dân... vẫn chưa được ban hành hoặc sửa đổi nhằm tạo ra cơ sở pháp lý cần thiết để tổ chức Tòa sơ thẩm khu vực và chuyển Viện kiểm sát thành Viện công tố.

Về vấn đề đổi mới vị trí, vai trò của Ngân hàng Nhà nước, Bộ Chính trị từng ra kết luận là từ 2010 phải chuyển đổi sang mô hình Ngân hàng Trung ương, nằm ngoài Chính phủ, độc lập quyết định chính sách tiền tệ giống như các nước theo thể chế kinh tế thị trường trên thế giới. Tuy nhiên, “chủ trương này vượt ra khỏi quy định Hiến pháp hiện hành”<sup>1</sup>.

**Chưa có quy định cụ thể về thủ tục sửa đổi Hiến pháp**

Hiến pháp năm 1946 là Hiến pháp đầu tiên của nước ta tuy chỉ có 70 điều, nhưng đã có Điều 70 quy định trình tự sửa đổi Hiến pháp phải theo cách thức sau đây:

a) Do hai phần ba tổng số nghị viên yêu cầu.

b) Nghị viện bầu ra một ban dự thảo những điều thay đổi.

c) Những điều thay đổi khi đã được Nghị viện ưng chuẩn thì phải đưa ra toàn dân phúc quyết”.

Với quy định này, Hiến pháp năm 1946 đã làm rõ những vấn đề sau: chủ thể có quyền kiến nghị sửa đổi Hiến pháp; chủ thể thành lập ban soạn thảo Hiến pháp; vai trò của nhân dân trong quá trình sửa đổi Hiến pháp.

Liên quan đến việc sửa đổi Hiến pháp, Điều 147 của Hiến pháp hiện hành chỉ quy định ngắn gọn như sau: “Chỉ Quốc hội mới có quyền sửa



đổi Hiến pháp. Việc sửa đổi Hiến pháp phải được ít nhất là hai phần ba tổng số đại biểu Quốc hội biểu quyết tán thành”. Như vậy, Hiến pháp hiện hành chưa quy định cụ thể thủ tục sửa đổi Hiến pháp, chưa quy định chủ thể có quyền kiến nghị sửa đổi Hiến pháp, chủ thể thành lập ban soạn thảo Hiến pháp, vai trò của nhân dân trong quá trình sửa đổi Hiến pháp...

**Một số quy định của Hiến pháp hiện hành không có tính khả thi, không thể thi hành trong thực tế**

Điều 53 Hiến pháp hiện hành quy định “công dân có quyền biểu quyết khi Nhà nước tổ chức trưng cầu ý dân”, khoản 14 Điều 84 quy định: Quốc hội có thẩm quyền quyết định trưng cầu ý dân, khoản 12 Điều 91 quy định: Ủy ban Thường vụ Quốc hội (UBTVQH) có thẩm quyền “tổ chức trưng cầu ý dân theo quyết định của Quốc hội”, nhưng trên thực tế, chưa có một văn bản quy phạm pháp luật nào quy định quy trình thực hiện việc tổ chức trưng cầu ý dân và do đó, chưa một lần nào Quốc hội thực hiện thẩm quyền quyết định trưng cầu ý dân của mình và UBTVQH thực hiện thẩm quyền tổ chức trưng cầu ý dân theo quyết định của Quốc hội.

Khoản 7 Điều 84 Hiến pháp hiện hành quy định, Quốc hội có nhiệm vụ, quyền hạn “bỏ phiếu tín nhiệm đối với những người giữ các chức vụ do Quốc hội bầu hoặc phê chuẩn”. Để

(1) Phát biểu của Bộ trưởng Bộ Tư pháp Hà Hùng Cường, Báo Pháp luật TP. Hồ Chí Minh Online, ngày 18/04/2009.

thực hiện quyền hiến định này, Điều 12 Luật Tổ chức Quốc hội có quy định: “UBTVQH trình Quốc hội bỏ phiếu tín nhiệm đối với những người giữ các chức vụ do Quốc hội bầu hoặc phê chuẩn. UBTVQH xem xét trình Quốc hội bỏ phiếu tín nhiệm đối với những người giữ các chức vụ do Quốc hội bầu hoặc phê chuẩn khi có kiến nghị của ít nhất hai mươi phần trăm tổng số đại biểu Quốc hội hoặc kiến nghị của Hội đồng Dân tộc, Ủy ban của Quốc hội”. Tuy nhiên, quy định này không có tính khả thi vì không thể có được hai mươi phần trăm tổng số đại biểu Quốc hội cùng một lúc công khai kiến nghị bỏ phiếu tín nhiệm... Mặt khác, cũng chưa có một văn bản quy phạm pháp luật nào quy định cụ thể trình tự, thủ tục Quốc hội bỏ phiếu tín nhiệm khi UBTVQH trình Quốc hội bỏ phiếu tín nhiệm đối với những người giữ các chức vụ do Quốc hội bầu hoặc phê chuẩn.

Ngoài ra, Hiến pháp còn quy định công dân có quyền lập hội, biểu tình... theo quy định của pháp luật, nhưng cho đến nay, chưa có văn bản pháp luật nào quy định cụ thể trình tự, thủ tục thực hiện những quyền hiến định nêu trên của công dân.

## 2. Một số kiến nghị

### *Quan điểm cơ bản về việc sửa đổi Hiến pháp năm 1992*

Hiến pháp là một đạo luật cơ bản quy định toàn bộ chế độ chính trị, kinh tế, văn hóa, xã hội, an ninh quốc phòng... Trong đó, quan trọng nhất là chế độ chính trị, hệ thống chính trị, bộ máy nhà nước. Việc sửa đổi Hiến pháp là rất cần thiết, bảo đảm phù hợp với đường lối, chủ trương, chính sách của Đảng Cộng sản Việt Nam, đặc biệt là để phù hợp với định hướng đổi mới bộ máy nhà nước do Đảng đề ra. Trong thời kỳ cải cách thủ tục hành chính, cải cách tư pháp hiện nay, việc hoàn thiện bộ máy nhà nước là yếu tố đầu tiên và là yếu tố có tính quyết định. Bởi vì khi bộ máy nhà

nước hoàn thiện, chặt chẽ, quyền hạn và trách nhiệm của các cơ quan được rạch ròi thì việc cải cách thủ tục hành chính mới thuận tiện, minh bạch được.

Sửa đổi Hiến pháp còn tạo cơ sở để sửa đổi, bổ sung, ban hành mới các văn bản quy định cơ cấu tổ chức bộ máy nhà nước, tránh được sự chồng chéo về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của các cơ quan. Từ đó, đảm bảo các cơ quan hoạt động hiệu quả.

Hiện nay có hai quan điểm cơ bản về việc sửa đổi Hiến pháp hiện hành. Quan điểm thứ nhất cho rằng, cần sửa đổi ngay một số điều của Hiến pháp để phục vụ cho việc bầu cử đại biểu Quốc hội và Hội đồng nhân dân năm 2011. Bởi hai cuộc bầu cử này sẽ tiến hành cùng lúc và có tính đến việc xem xét việc thí điểm không tổ chức Hội đồng nhân dân cấp huyện, quận, phường. Một số ý kiến nêu rõ, việc sửa đổi Hiến pháp cùng với việc tổng kết Nghị quyết số 26 của Quốc hội về việc thí điểm không tổ chức Hội đồng nhân dân quận, huyện, phường là rất cần thiết, nhằm phục vụ cho việc bầu cử Quốc hội và Hội đồng nhân dân vào tháng 5/2011. “Làm Hiến pháp là quy trình đặc biệt, đòi hỏi sự công phu, nhưng chúng ta đã nghiên cứu, đã hình hài thai nghén mấy năm nay rồi. Còn chuyện thí điểm, tức là đụng tới Hiến pháp, trong khi chưa sửa Hiến pháp thì tới đây thí điểm còn hiệu lực nữa hay không?<sup>2</sup>. “Cần sớm sửa Hiến pháp năm 1992 vì nó liên quan đến việc tổ chức bộ máy nhà nước, đến tổ chức Quốc hội, tổ chức Chính phủ, Tòa án nhân dân, Viện kiểm sát nhân dân, cũng như tổ chức Hội đồng nhân dân, liên quan đến bầu cử Quốc hội, bầu cử Hội đồng nhân dân năm 2011 sắp tới”<sup>3</sup>.

Quan điểm thứ hai cho rằng, Hiến pháp là đạo luật cơ bản của Nhà nước, rất thiêng liêng, không thể sửa lắt nhắt, làm tầm thường hóa Hiến pháp; việc sửa đổi Hiến pháp phải hết sức thận trọng, theo các thủ tục chặt chẽ,

(2) Phát biểu của Đại biểu Quốc hội Ngô Văn Minh, Báo Pháp luật TP. Hồ Chí Minh Online, ngày 9/6/2010.

(3) Phát biểu của Chủ tịch Hội đồng nhân dân TP Hồ Chí Minh Phạm Phương Thảo, Báo Pháp luật TP. Hồ Chí Minh Online, ngày 9/6/2010.

thực sự dân chủ và phải có thời gian chuẩn bị. “Theo quy chế làm việc của Ban Chấp hành Trung ương và Bộ Chính trị hiện nay thì Ban Chấp hành Trung ương Đảng đưa sáng kiến lập hiến, thể hiện trong nghị quyết của mình. Dựa trên nghị quyết đó, Quốc hội xem xét, ra nghị quyết về việc sửa đổi Hiến pháp. Cho đến giờ thì Trung ương chưa có nghị quyết. Nhưng về phía các cơ quan của Quốc hội, nhất là các cơ quan tham mưu giúp việc cho Quốc hội cần phải chuẩn bị, nghiên cứu để khi có nghị quyết là có thể tiến hành được ngay... Tôi thấy Hiến pháp của ta quy định cụ thể quá, “bó tay” tiến trình cải cách. Cứ mỗi lần vướng gì lại phải sửa, làm cho Hiến pháp mất thiêng đi. Quy định cứng về chính quyền địa phương gồm ba cấp là một ví dụ”<sup>4</sup>.

Chúng tôi đồng tình với quan điểm thứ hai là cần có thời gian chuẩn bị sửa đổi Hiến pháp một cách toàn diện, tránh nóng vội, sửa đổi lắt nhắt.

Các vấn đề cụ thể cần được sửa đổi

- Quy định cụ thể về các cơ quan lập pháp, cơ quan hành pháp, cơ quan tư pháp và sự phân công, phối hợp giữa các cơ quan này trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp.

- Quy định một cơ quan chuyên trách bảo vệ Hiến pháp, bảo đảm tính hợp hiến của các văn bản quy phạm pháp luật do các cơ quan nhà nước ban hành cũng như hoạt động của các cơ quan nhà nước đó. Theo nhiều ý kiến của một số nhà nghiên cứu, cơ quan này nên là Tòa án Hiến pháp<sup>5</sup>.

- Quy định lại cơ cấu tổ chức của Tòa án nhân dân và Viện kiểm sát nhân dân phù hợp với Nghị quyết số 49-NQ/TU ngày 02/6/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 là tổ chức Tòa sơ thẩm khu vực, chuyển Viện kiểm sát thành Viện công tố.

- Quy định việc chuyển đổi Ngân hàng Nhà nước Việt Nam sang mô hình Ngân hàng Trung

ương, nằm ngoài Chính phủ, độc lập quyết định chính sách tiền tệ giống như các nước theo thể chế kinh tế thị trường trên thế giới.

- Quy định cụ thể thủ tục sửa đổi Hiến pháp, trong đó quy định rõ các vấn đề sau: Chủ thể có quyền kiến nghị sửa đổi Hiến pháp, chủ thể thành lập ban soạn thảo Hiến pháp, vai trò của Đảng Cộng sản Việt Nam, vai trò của nhân dân trong quá trình sửa đổi Hiến pháp... Như chúng ta đã biết, Hiến pháp năm 1946 đã quy định nhân dân có quyền phúc quyết việc sửa đổi Hiến pháp, có nghĩa là sau khi Quốc hội đã thông qua việc sửa đổi Hiến pháp, nhân dân có quyền bỏ phiếu - thông qua một cuộc trưng cầu ý dân - về việc sửa đổi Hiến pháp. Quyền phúc quyết Hiến pháp là quyền đương nhiên của người dân dưới chế độ dân chủ cộng hòa. Chính vì vậy, Hiến pháp cần quy định quyền phúc quyết Hiến pháp của nhân dân. “Sửa đổi Hiến pháp là một cơ hội sinh hoạt chính trị dân chủ sâu rộng trong toàn dân... Nếu nhân dân được tham gia và phúc quyết sửa đổi Hiến pháp lần này thì đây là một cơ hội to lớn do chúng ta tạo ra để thúc đẩy mạnh mẽ và toàn diện công cuộc đổi mới đất nước theo định hướng xã hội chủ nghĩa. Nếu nhân dân không được tham gia và phúc quyết sửa đổi Hiến pháp lần này thì chúng ta lại bỏ lỡ mất cơ hội vô cùng quan trọng”<sup>6</sup>.

- Hiến pháp là đạo luật cơ bản, có hiệu lực pháp lý cao nhất, do đó, các quy định của Hiến pháp phải được thi hành trên thực tế. Do vậy, trước hết cần sớm ban hành các văn bản pháp luật tạo cơ sở pháp lý để thực hiện các quyền hiến định của công dân như quyền biểu quyết khi Nhà nước tổ chức trưng cầu ý dân, quyền lập hội, quyền biểu tình... Ngoài ra, cũng cần có những quy định cụ thể bảo đảm tính khả thi để Quốc hội thực hiện việc bỏ phiếu tín nhiệm đối với những người giữ các chức vụ do Quốc hội bầu hoặc phê chuẩn theo quy định tại khoản 7 Điều 84 Hiến pháp hiện hành.

(4) Phát biểu của GS.TS. Trần Ngọc Đường, báo Pháp luật TP. Hồ Chí Minh Online, ngày 02/08/2010.

(5) Tạp chí Kiểm sát số 7 năm 2006, tr. 12.

(6) Nguyễn Chủ tịch Quốc hội Nguyễn Văn An trả lời phỏng vấn Vietnam.net, xem www.vietnamweek.net, ngày 24/6/2010.

# HOÀN THIỆN HƠN NỮA CHẾ ĐỘ BẦU CỬ ĐẠI BIỂU DÂN CỬ Ở NƯỚC TA

■ NGUYỄN MINH ĐOAN \*

1. Việc thành lập các cơ quan đại diện trong hầu hết các nhà nước hiện đại đều được tiến hành thông qua con đường bầu cử, nên chế độ bầu cử được quy định ngày càng hoàn thiện, chặt chẽ và dân chủ hơn. Do tính chất quan trọng của cuộc bầu cử, đặc biệt là kết quả bầu cử, nên chế độ bầu cử và việc tổ chức bầu cử những người lãnh đạo, quản lý, tham gia vào các cơ quan đại diện của nhà nước luôn là vấn đề được rất nhiều các lực lượng, tổ chức, cá nhân quan tâm. Tùy theo điều kiện và tình hình, mục đích của cuộc bầu cử mà mỗi nước xây dựng cho mình những quy định về chế độ bầu cử khác nhau. Việc bầu cử có thể giản đơn, nhưng cũng có thể rất phức tạp, có thể được tiến hành trực tiếp hoặc gián tiếp (thông qua nhiều tầng nấc), được tiến hành dưới hình thức công khai (biểu quyết) hoặc dưới hình thức bỏ phiếu kín, nguyên tắc lựa chọn ứng cử viên, cách tính kết quả những người thắng cử (trúng cử)... cũng khác nhau.

Mặc dù bầu cử là cách thức tiên bộ, dân chủ, nhưng do nhiều nguyên nhân khác nhau, các cuộc bầu cử không phải khi nào cũng đạt được những mục đích mà cử tri kỳ vọng. Trên

thực tế, có cuộc bầu cử được đánh giá là công bằng, dân chủ, song cũng có cuộc bầu cử được đánh giá là chưa dân chủ, chưa công bằng, nên nhiều lực lượng hoặc cá nhân đã tẩy chay bầu cử. Hoặc sau khi kết quả bầu cử được công bố, nhiều lực lượng hoặc cá nhân đã không chấp nhận kết quả bầu cử đó vì cho rằng có gian lận, không công bằng trong quá trình bầu cử...

Nguyên nhân dẫn đến tình trạng thiếu dân chủ hoặc chưa công bằng trong bầu cử rất đa dạng. Một số nước đề hạn chế đối với người tham gia bầu cử hoặc ứng cử đã đặt ra các quy định về độ tuổi, thời hạn cư trú, giới tính, tài sản... Chẳng hạn, theo quy định của pháp luật Việt Nam thì công dân Việt Nam có đủ hai mươi một tuổi trở lên, không phân biệt dân tộc, nam nữ, thành phần xã hội, tín ngưỡng, tôn giáo, trình độ văn hoá, nghề nghiệp, thời hạn cư trú, đều có quyền ứng cử vào Quốc hội, Hội đồng nhân dân (HĐND) theo quy định của pháp luật (Điều 54 Hiến pháp Việt Nam), nhưng theo quy định của pháp luật Hoa Kỳ thì đề trở thành Hạ nghị sĩ phải đủ hai mươi lăm tuổi trở lên và phải là công dân Hoa Kỳ ít nhất bảy năm và phải là cư dân của Bang nơi được

(\*) PGS, TS. Đại học Luật Hà Nội.

bầu vào thời điểm lựa chọn (điểm 2 khoản 2 Điều 1 Hiến pháp Hoa Kỳ). Một số nước thì số lượng ứng cử viên được giới thiệu để bầu quá ít so với số lượng cần bầu, thậm chí có trường hợp số lượng ứng cử viên được giới thiệu để bầu bằng đúng với số lượng cần bầu (giới thiệu 1 bầu 1). Nhiều trường hợp giữa các ứng cử viên được đưa vào danh sách để cử tri lựa chọn quá chênh lệch về trình độ, năng lực (hiện tượng “quân xanh”), do vậy dù chưa bầu cử, người ta cũng có thể biết trước được kết quả. Cách làm như vậy thể hiện sự không tôn trọng ứng cử viên và đồng thời cũng không tôn trọng cử tri (tức nhân dân). Một số cuộc bầu cử, người ta đưa ra những tiêu chuẩn ưu tiên ứng cử viên với động cơ không trong sáng để tìm cách loại trừ đối thủ (như ưu tiên người cao tuổi hoặc ngược lại ưu tiên người trẻ tuổi, ưu tiên phụ nữ, ưu tiên người dân tộc ít người, ưu tiên người có thể đảm nhiệm được từ hai nhiệm kỳ trở lên)... Những ưu tiên đó vô tình đã loại bớt những người có tài, có đức, có năng lực và nhiệt tình cống hiến nhưng không thuộc diện được ưu tiên nói trên. Nhiều cuộc bầu cử có sự gian lận về ứng cử viên (không khai đúng tuổi hoặc học vấn...), gian lận về phiếu bầu, sự can thiệp của những tổ chức, cá nhân hay những thế lực nhất định làm sai lệch kết quả bầu cử, làm cho cuộc bầu cử không trung thực, không công bằng.

Như vậy, xét ở phương diện tích cực thì bầu cử là việc làm rất dân chủ, rất tiến bộ cần phải khuyến khích, song nếu các quy định về chế độ bầu cử không phù hợp hoặc quá trình tổ chức bầu cử trên thực tế không tốt thì đó chỉ là sự hợp thức hoá những toan tính của một lực lượng hay cá nhân nào đó. Trên thực tế thì yếu tố chỉ đạo, định hướng, áp đặt trước, thậm chí là gian lận trong bầu cử hiện nay vẫn còn và được diễn ra dưới nhiều hình thức tinh vi, phức tạp làm cho một số cuộc bầu cử không diễn ra theo đúng ý nghĩa tích cực của nó.

**2. Chế độ bầu cử, đặc biệt là bầu cử đại biểu Quốc hội và đại biểu Hội đồng nhân dân ở Việt Nam được xây dựng và quy định khá chặt chẽ, qua nhiều giai đoạn phát triển kể từ ngày**

thành lập nước Việt Nam dân chủ cộng hoà năm 1945 và ngày càng hoàn thiện từ việc xây dựng pháp luật đến thực tế tổ chức các cuộc bầu cử. Nếu chỉ nhìn từ các quy định pháp luật về quyền bầu cử, ứng cử của công dân, các nguyên tắc bầu cử, số lượng cử tri tham gia bầu cử và tỷ lệ số phiếu trúng cử của các đại biểu, thì có thể khẳng định chế độ bầu cử ở Việt Nam là rất dân chủ. Điều này có thể lý giải bởi các lý do sau đây:

*Một là*, số người có quyền bầu cử tính theo số lượng dân cư ở Việt Nam là đồng nhất. Theo quy định của Điều 54 Hiến pháp Việt Nam 1992 thì: Công dân Việt Nam, “không phân biệt dân tộc, nam nữ, thành phần xã hội, tín ngưỡng, tôn giáo, trình độ văn hoá, nghề nghiệp, thời hạn cư trú, đủ mười tám tuổi trở lên đều có quyền bầu cử và đủ hai mươi một tuổi trở lên đều có quyền ứng cử vào Quốc hội, HĐND theo quy định của pháp luật”. Các quy định này đã tạo điều kiện cho số đông công dân Việt Nam có thể tham gia bầu cử, ứng cử vào Quốc hội, HĐND. Đây là biểu hiện của một Nhà nước dân chủ, tiến bộ theo tinh thần tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân.

*Hai là*, việc bầu cử đại biểu Quốc hội, đại biểu HĐND ở Việt Nam được tiến hành “theo nguyên tắc phổ thông, bình đẳng, trực tiếp và bỏ phiếu kín”, (Điều 7 Hiến pháp 1992). Đây là những nguyên tắc bầu cử dân chủ, tiến bộ và công bằng nhất hiện nay mà không phải nước nào cũng ghi nhận và thực hiện. Những nguyên tắc trên cũng thể hiện tinh thần Nhà nước của nhân dân, do nhân dân trong việc lựa chọn những đại biểu của nhân dân.

*Ba là*, số lượng cử tri tham gia bầu cử so với danh sách đăng ký ở Việt Nam thường chiếm tỷ lệ rất cao. Hầu hết các đơn vị bầu cử có số lượng cử tri đi bầu cử đạt tới trên dưới 90%, thậm chí một số nơi đạt tới 100%. Điều này ở các nước khác là rất khó, nếu như không nói là không thể có được. Như vậy, số công dân có quyền bầu cử đã nhiều, số cử tri đăng ký và thực tế đi bỏ phiếu cũng rất đông, càng chứng tỏ việc tổ chức bầu cử đã vận động và tạo điều kiện thuận lợi tối đa cho



cử tri tham gia bỏ phiếu.

*Bốn là*, các ứng cử viên đại biểu Quốc hội và đại biểu HĐND thường trúng cử với số phiếu rất cao, hầu hết là từ trên 80% số phiếu bầu. Điều này chứng tỏ uy tín của các ứng cử viên là rất cao, còn cử tri thì hầu hết đều sáng suốt, có tinh thần đoàn kết nhất trí cao vì lợi ích của quốc gia và bản thân.

Bên cạnh những thành tích, những mặt tích cực nói trên, thì chế độ bầu cử đại biểu Quốc hội và đại biểu HĐND ở Việt Nam còn những hạn chế nhất định, nếu xét về tổng thể. Có thể nêu ra một số vấn đề hạn chế sau đây:

*Thứ nhất*, sự quan tâm của một bộ phận dân chúng đối với các hoạt động bầu cử đại biểu Quốc hội và đại biểu HĐND chưa cao. Một số người xác định việc đi bầu cử đại biểu Quốc hội và đại biểu HĐND chỉ như là một “nghĩa vụ” chính trị, làm cho xong chứ chưa quan tâm tới việc tìm hiểu đầy đủ về các ứng cử viên mà họ sẽ bầu và kết quả của cuộc bầu cử. Điều này có thể do quan niệm cho rằng “ai trúng cử cũng được” hoặc mọi việc đã được an bài rồi. Song ở một khía cạnh khác cũng phải thừa nhận là điều kiện để cử tri (người bầu) hiểu biết về các ứng cử viên (người được bầu) mà họ sẽ lựa chọn cũng chưa nhiều. Điều này có thể do những nguyên nhân sau:

- Thông thường ứng cử viên ở đơn vị bầu cử nào thì được các Ban bầu cử lập một danh sách trích ngang tóm tắt để thông tin đến cử tri. Tuy vậy, thông tin trong danh sách trích ngang đó thường rất sơ sài, chỉ gồm tên tuổi, quê quán, nơi đang làm việc, học vấn hoặc trình độ chuyên môn và chức vụ đang đảm nhiệm, còn phần mà cử tri quan tâm nhất là năng lực làm việc, đạo đức, lối sống... thì hầu như không có.

- Trong nhiều trường hợp, việc phân bổ người ứng cử ở các đơn vị bầu cử không theo quê quán hoặc nơi ở, nơi làm việc. Ứng cử viên X quê quán ở tỉnh A, hiện tại đang sinh sống và làm việc ở tỉnh B, nhưng lại được giới thiệu làm ứng cử viên đại biểu ở tỉnh C, nơi mà ứng cử viên và cử tri (những người trực tiếp bầu) không có mối liên hệ, gắn bó chặt

chẽ, nên sự hiểu biết của cử tri về ứng cử viên là rất hạn chế.

- Theo quy định thì đại biểu Quốc hội và HĐND phải thường xuyên tiếp xúc với cử tri (những người đã bầu ra mình), gắn bó, lắng nghe ý kiến của cử tri, nhưng trên thực tế thì mối quan hệ này cũng ít tác dụng. Bởi một số đại biểu chỉ tiếp xúc với cử tri cho đúng quy định, mà chưa có được sự gắn bó máu thịt với họ, chưa nói lên tiếng nói của cử tri. Chưa kể là có một số nơi, tổ chức Mặt trận và chính quyền sở tại thường lựa chọn một số “cử tri chuyên nghiệp” để gặp gỡ đại biểu mà không tạo điều kiện cho đại biểu gặp gỡ, tiếp xúc với cử tri theo đúng nghĩa của nó.

*Thứ hai*, số lượng các ứng cử viên được giới thiệu để bầu vào Quốc hội và HĐND là hơi ít so với số đại biểu cần lựa chọn, nên khả năng để cử tri lựa chọn là không nhiều. Nói như một số cử tri thì họ chỉ “chọn lại” trong số những người đã được chọn kỹ trước đó rồi, nên chọn ai cũng được.

**3.** Để nâng cao chất lượng các cuộc bầu cử ở nước ta, cần hoàn thiện hơn nữa chế độ bầu cử, mà trước hết là các quy định pháp luật về bầu cử. Cụ thể là:

- Nên quy định nguyên tắc chọn ứng cử viên theo quê quán (sinh quán ở đâu thì ứng cử ở đó) hoặc theo nơi ở, nơi làm việc (sinh sống ở đâu hoặc làm việc ở đâu thì ứng cử ở đó). Quy định này sẽ giúp ứng cử viên và cử tri có được sự gắn bó, liên kết nhất định với nhau, tạo điều kiện để cử tri nắm bắt về thân thế, sự nghiệp, tư cách, năng lực của ứng cử viên tốt hơn.

- Pháp luật Việt Nam hiện hành quy định: “Đại biểu Quốc hội là người đại diện cho ý chí, nguyện vọng của nhân dân, không chỉ đại diện cho nhân dân ở đơn vị bầu cử ra mình mà còn đại diện cho nhân dân cả nước” (Khoản 1 Điều 97 Hiến pháp 92). Quy định như vậy sẽ dễ dẫn đến tình trạng cục bộ, khó xử cho đại biểu Quốc hội. Chúng ta quay lại ví dụ về đại biểu X như đã nêu trên, nếu đại biểu X cần phải giải quyết một vấn đề có liên quan đến lợi ích của tỉnh A (nơi đại biểu sinh ra) hoặc tỉnh

B (nơi đại biểu đang sinh sống và làm việc) với tỉnh C (nơi đại biểu đại diện), thì đại biểu sẽ bị chi phối và rất khó xử khi quyết định. Do vậy, đề nghị nên sửa đổi quy định này thành: “Đại biểu Quốc hội là người đại diện cho ý chí, nguyện vọng của nhân dân cả nước”. Quy định như vậy sẽ tránh hiện tượng cục bộ trong suy nghĩ, ứng xử của Đại biểu Quốc hội khi phải quyết định các vấn đề liên quan đến lợi ích của các địa phương khác nhau. Đại biểu Quốc hội thay mặt nhân dân để giải quyết các vấn đề của quốc gia, vì lợi ích của cả quốc gia, chứ không phải vì một địa phương cụ thể nào.

- Số lượng ứng viên phải tăng lên ở mỗi đơn vị bầu cử, tỷ lệ có thể là 2 chọn 1 (ví dụ, nếu cần chọn 3 đại biểu thì danh sách phải có 6 ứng cử viên) thì cử tri mới có cơ hội để lựa chọn. Trình độ các ứng cử viên phải tương đối ngang nhau để tránh hiện tượng “quân xanh”. Làm tốt công tác hiệp thương để có danh sách ứng cử viên ngang tài, ngang sức. Hiện nay, trình độ dân trí ở nước ta ngày càng cao, mọi người đều biết chữ, những người thực sự có tài, có đức sẽ không sợ cử tri chọn nhầm.

- Để đỡ tốn kém trong việc tổ chức các cuộc bầu cử bổ sung đại biểu các cơ quan dân cử, kinh nghiệm của một số nước là khi tiến hành bầu cử đại biểu chính thức thì bầu luôn đại biểu dự bị, “dự khuyết” để khi đại biểu chính thức vì lý do nào đó không thể thực hiện được nhiệm vụ đại biểu của mình thì đại biểu dự bị sẽ được thay thế đương nhiên, mà không cần phải tổ chức cuộc bầu cử bổ sung. Cách làm này hiện một số cơ quan, đơn vị vẫn làm khi bầu đại biểu đi dự Hội nghị hoặc Đại hội đại biểu cấp trên, điều này thiết nghĩ cũng phù hợp với việc bầu cử đại biểu các cơ quan dân cử.

- Tăng cường phổ biến, giáo dục cho công dân ý thức, trách nhiệm trong việc lựa chọn người đại biểu cho mình. Và để nhân dân không chọn nhầm thì vấn đề quan trọng nhất là chế độ thông tin hai chiều giữa cử tri và ứng cử viên phải được xác lập. Ứng cử viên phải thông tin cho cử tri về những gì họ có, đặc biệt là những gì họ có thể làm được (mỗi ứng cử viên được tự giới thiệu về những ưu, khuyết

điểm, năng lực của mình); họ sẽ mang lại cho cử tri, cho đất nước những gì khi họ trúng cử. Ngược lại, cũng tạo điều kiện cho cử tri trao đổi, kiểm tra, thậm chí là hạch sách đối với các ứng cử viên mà họ trao quyền lực để cử tri yên tâm, tin tưởng khi quyết định khi bỏ phiếu. Chẳng hạn, tổ chức việc chất vấn của cử tri đối với ứng cử viên để kiểm tra năng lực và làm rõ những thông tin không tốt hoặc chưa rõ ràng về họ. Để có thông tin đầy đủ, chính xác về những người thực sự có tài, có đức, chúng ta nên dựa vào quần chúng nhân dân theo tinh thần “dân biết, dân bàn, dân làm, dân kiểm tra”. Tất cả những thông tin về ứng cử viên đại biểu Quốc hội và đại biểu HĐND cần được công khai trước cử tri trong những khoảng thời gian nhất định.

- Nên hạn chế chế độ kiêm chức của các đại biểu Quốc hội và đại biểu HĐND trong bộ máy nhà nước. Pháp luật nên quy định một số chức vụ của bộ máy nhà nước bắt buộc phải do đại biểu Quốc hội hoặc đại biểu HĐND đảm nhiệm, còn lại các chức vụ đại biểu Quốc hội, đại biểu HĐND không được kiêm chức (nếu họ đảm nhiệm những chức vụ khác trong bộ máy nhà nước thì phải thôi làm đại biểu Quốc hội, đại biểu HĐND). Quy định như vậy sẽ tránh được tình trạng nhiều đại biểu dân cử phải đảm nhiệm quá nhiều chức vụ trong bộ máy nhà nước, phải thực hiện quá nhiều công việc. Vì người có quá nhiều chức vụ trong bộ máy nhà nước thì sẽ không thể làm tốt mọi việc được. Quy định này cũng tránh được hiện tượng “vừa đá bóng vừa thổi còi” của nhiều đại biểu và như vậy, vai trò của các cơ quan đại biểu của nhân dân sẽ được nâng cao, hạn chế bớt sự chi phối từ cơ quan chấp hành và hành chính nhà nước.

- Nhà nước nên có chính sách phù hợp đối với đội ngũ đại biểu dân cử để họ có đủ điều kiện hoàn thành tốt trách nhiệm của mình đối với nhân dân. Về nguyên tắc, đại biểu dân cử không được hưởng bất cứ một đặc quyền, đặc lợi nào. Tuy nhiên, để tạo điều kiện tốt nhất cho cán bộ làm việc và cống hiến, chúng ta thường có những chính sách ưu đãi nhất định

đối với cán bộ. Thiết nghĩ, cần phải có những chính sách tạo điều kiện tốt cho những người làm đại biểu của nhân dân.

- Nâng cao chất lượng của ứng cử viên đại biểu Quốc hội và đại biểu HĐND cả về năng lực và phẩm chất chính trị, đạo đức. Theo chúng tôi, một trong những tiêu chuẩn cần phải có khi được giới thiệu để bầu làm đại biểu các cơ quan dân cử là phải có thời gian để làm đại biểu và đã trải qua các lớp đào tạo, bồi dưỡng những kiến thức cần thiết, tối thiểu để có thể hoàn thành được công việc được giao, kiên quyết không giới thiệu những người không có thời gian làm đại biểu hoặc chưa được đào tạo về chuyên môn làm đại biểu Quốc hội và đại biểu HĐND. Do vậy, nên thay thế quy định của khoản 1 Điều 100 Hiến pháp: “Đại biểu Quốc hội phải dành thời gian để làm nhiệm vụ đại biểu” bằng quy định: “Đại biểu Quốc hội nếu vì lý do sức khỏe hoặc các lý do khác trong thời gian từ 6 tháng trở lên không có thời gian hoặc điều kiện để làm nhiệm vụ của đại biểu thì Quốc hội sẽ chỉ định người khác thay thế (có thể là đại biểu dự khuyết như đã nêu

trên). Cũng nên quy định tương tự như vậy đối với đại biểu HĐND.

- Nâng cao hơn nữa trách nhiệm của đại biểu Quốc hội và đại biểu HĐND. Những đại biểu dân cử, nếu vì một lý do nào đó không còn được nhân dân tín nhiệm, thì phải cương quyết bãi nhiệm. Pháp luật hiện hành quy định: “Đại biểu Quốc hội bị cử tri hoặc Quốc hội bãi nhiệm và đại biểu HĐND bị cử tri hoặc HĐND bãi nhiệm khi đại biểu đó không còn xứng đáng với sự tín nhiệm của nhân dân”. Tuy nhiên, trên thực tế, có những đại biểu đã không còn được tín nhiệm thì cử tri cũng không tự bãi nhiệm được. Bởi việc bãi nhiệm đại biểu Quốc hội, đại biểu HĐND phải do các cơ quan nhà nước có thẩm quyền tổ chức để cử tri bỏ phiếu, nhưng pháp luật chưa quy định rõ ràng các thủ tục, nên trên thực tế, hầu như cử tri chưa bãi nhiệm được một đại biểu Quốc hội hay đại biểu HĐND nào. Do vậy, cần quy định trong Luật Bầu cử về trách nhiệm của cơ quan nhà nước, các thủ tục tiến hành việc bãi nhiệm đại biểu Quốc hội, đại biểu HĐND khi có yêu cầu của cử tri. ■

## VỀ VIỆN KIỂM SÁT Ở VIỆT NAM

(Tiếp theo trang 11)

quyền. Theo chúng tôi, trên thực tế, các chức năng hiện hành của VKSND trong việc kiểm sát các hoạt động tư pháp về cơ bản phản ánh nội hàm đó, vì vậy, không cần thiết phải nói là VKS “kiểm sát hoạt động xét xử” vì cách nói đó dễ gây hiểu lầm về việc bảo đảm tính độc lập của hoạt động xét xử, sự độc lập của Tòa án như một yêu cầu, nguyên tắc quan trọng và phổ biến của Nhà nước pháp quyền.

Cần duy trì vị trí hiện hành được Hiến pháp quy định của VKSND trong hệ thống bộ máy

nhà nước của nước ta. Tuy nhiên, để phân biệt vị trí của Tòa án nhân dân, Hiến pháp cần đặt một chương riêng về VKSND ngay sau chương về TAND. Nhiều nước XHCN trước đây ở Đông Âu hiện nay đã đi theo hướng đó. Cũng có nước đặt chung trong một chương của Hiến pháp nhưng nói rõ tên chương là “Các cơ quan tư pháp”. Cách làm này cũng có nhiều yếu tố hợp lý, bởi vì cần khẳng định rằng, hoạt động của VKSND ở nước ta, nếu với hai loại chức năng như hiện nay, chắc chắn là nằm trong quỹ đạo của các hoạt động tư pháp. Việc đặt VKSND trong phạm vi các hoạt động tư pháp theo tinh thần các văn kiện của Đảng là hoàn toàn có cơ sở khoa học mà mục đích chủ đạo của cách lựa chọn này phải là *bảo đảm yêu cầu về tính độc lập của các hoạt động tư pháp, trong đó có hoạt động của VKSND.* ■

# ĐỔI MỚI CƠ CHẾ KIỂM TRA TÍNH HỢP HIẾN, HỢP PHÁP CÁC VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT CỦA BỘ TRƯỞNG, THỦ TRƯỞNG CƠ QUAN NGANG BỘ

■ NGUYỄN THỊ PHƯỢNG\*

Trong các chủ thể có quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật<sup>1</sup> thì Bộ trưởng và Thủ trưởng các cơ quan ngang bộ là hai chủ thể ban hành các văn bản có ảnh hưởng lớn và trực tiếp nhất đối với từng lĩnh vực quản lý. Tuy nhiên, có rất nhiều các văn bản do cấp Bộ và cơ quan ngang bộ ban hành có dấu hiệu trái Hiến pháp, luật, gây thiệt hại cho xã hội; nhiều quyết định quản lý nhà nước không có tính khả thi cao hoặc việc ra quyết định quá chậm chạp, gây khó khăn cho hoạt động quản lý. Đổi mới cơ chế kiểm tra tính hợp hiến, hợp pháp các văn bản quy phạm pháp luật của Bộ trưởng và Thủ trưởng cơ quan ngang bộ ở Việt Nam là một bước đi cần thiết trong việc bảo đảm pháp chế xã hội chủ nghĩa, là một yêu cầu quan trọng để xây dựng Nhà nước pháp quyền.

## 1. Một số văn bản quy phạm pháp luật của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ trái với các quy định của Hiến pháp và pháp luật trong thời gian qua

Ngày 5/12/2001, Bộ Giao thông vận tải có Quyết định số 4127/2001/QĐ-BGTVT ban hành “Quy định vận tải khách bằng ô tô theo tuyến cố định, hợp đồng và vận tải khách du lịch bằng ô tô”. Theo quy định tại khoản 7 Điều 9 của Quyết định này, các doanh nghiệp được thông báo tuyến vận tải khách cố định, trong quá trình khai thác không vi phạm nội quy hoạt động và các quy định khác của pháp luật thì cũng chỉ được khai thác trong thời hạn bảy năm, được gia hạn thêm năm năm tiếp theo. Hết thời hạn này, doanh nghiệp phải đăng

ký lại mới được kinh doanh. Quy định này đã hạn chế quyền kinh doanh của doanh nghiệp, gây phiền hà cho doanh nghiệp và cũng không phù hợp với Luật Doanh nghiệp năm 1999 và Nghị định số 02/2000/NĐ-CP của Chính phủ về đăng ký kinh doanh. Theo Điều 6, Luật Doanh nghiệp năm 1999 thì doanh nghiệp được tự chủ đăng ký và thực hiện kinh doanh các ngành nghề mà pháp luật không cấm. Luật này cũng không quy định doanh nghiệp được hoạt động trong thời gian bao lâu; doanh nghiệp chỉ bị thu hồi giấy phép chứng nhận đăng ký kinh doanh trong những trường hợp vi phạm pháp luật được quy định tại khoản 3 Điều 121 Luật Doanh nghiệp. Điều 12 của Quyết định 4127/2001/QĐ-BGTVT của Bộ

(\*) Trung tâm Luật so sánh, Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội.

(1) Điều 1 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật Việt Nam năm 2008.

Giao thông vận tải còn quy định, khi doanh nghiệp ngừng khai thác “phải có đơn gửi cơ quan quản lý tuyến...”. Quy định này cũng không phù hợp với Nghị định số 02/2000/NĐ-CP của Chính phủ. Theo quy định tại Điều 10, Điều 5 của Nghị định này, khi bổ sung, thay đổi ngành nghề kinh doanh, doanh nghiệp chỉ cần gửi thông báo đến phòng đăng ký kinh doanh cấp tỉnh, nơi doanh nghiệp đã đăng ký và khi tạm ngừng hoạt động, doanh nghiệp chỉ cần thông báo bằng văn bản cho phòng đăng ký kinh doanh

Điều 2. IV. Thông tư số 29/2001/TT-BVHTT của Bộ Văn hóa - Thông tin (ban hành ngày 05/06/2001) hướng dẫn thực hiện Quyết định số 46/2001/QĐ-TTg ngày 04/4/2001 của Thủ tướng Chính phủ về quản lý xuất khẩu, nhập khẩu hàng hoá thời kỳ 2001 - 2005 quy định: hàng hoá nhập khẩu là các loại ấn phẩm (sách, báo, tạp chí, tranh, ảnh, lịch) phải được Bộ Văn hoá - Thông tin phê duyệt nội dung và kế hoạch nhập khẩu trước khi doanh nghiệp làm thủ tục nhập khẩu. Trong khi đó, theo bản Phụ lục 3 được ban hành kèm theo Quyết định số 46/2001/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ thì đối với các loại ấn phẩm và tác phẩm điện ảnh nhập khẩu chỉ phê duyệt nội dung. Việc Thông tư 29/2001/TT-BVHTT của Bộ Văn hóa - Thông tin quy định phải phê duyệt cả kế hoạch là không phù hợp với tinh thần của Quyết định của Thủ tướng Chính phủ, can thiệp quá sâu vào hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, ảnh hưởng đến quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp<sup>2</sup>.

Thông tư số 02 ngày 13/1/2003 của Bộ Công an về hướng dẫn cấp đăng ký, biển số phương tiện giao thông cơ giới có quy định: “mỗi người chỉ được đăng ký một mô tô hoặc một xe gắn máy”. Thông tư này không những trái với Bộ luật Dân sự (vì theo Bộ luật này thì tài sản hợp pháp thuộc sở hữu tư nhân không bị hạn chế về số lượng, giá trị) mà còn bất

hợp hiến vì Điều 58 của Hiến pháp bảo đảm quyền sở hữu tài sản của công dân<sup>3</sup>.

Quyết định số 34/2008/QĐ-BYT về Tiêu chuẩn sức khỏe của người tham gia giao thông của Bộ Y tế là một văn bản pháp luật có nhiều vi phạm cả về hình thức lẫn nội dung. Điểm bất hợp lý dễ thấy nhất và bị dư luận phản bác nhiều nhất là quy định những người cao chưa đủ 1,45m, cân nặng chưa tới 40kg hoặc vòng ngực trung bình dưới 72cm... thì không đủ điều kiện lái xe gắn máy từ 50 - 175cm<sup>3</sup>. Rõ ràng, việc đưa ra tiêu chuẩn cấm lái xe gắn máy đối với những người có thể hình nhỏ bé, khiêm tốn đã làm hạn chế quyền Hiến định của công dân trong việc sử dụng tài sản, phương tiện giao thông. Mặt khác, tạo ra sự phân biệt đối xử không cần thiết đối với những công dân có thể hình nhỏ bé. Hơn nữa, việc đặt ra quá nhiều tiêu chuẩn là không bảo đảm yêu cầu về cải cách hành chính. Từ đó có thể gây phiền hà cho người dân cũng như dễ dẫn đến tiêu cực trong việc khám, chứng nhận sức khỏe để cấp bằng lái xe.

Quyết định số 34/2008/QĐ-BYT do Bộ Y tế ban hành cũng không đúng thẩm quyền, vì Điều 55 của Luật Giao thông đường bộ có quy định: Bộ trưởng Bộ Giao thông vận tải thống nhất với Bộ trưởng Bộ Y tế quy định cụ thể về tiêu chuẩn sức khỏe của người lái xe và quy định việc khám sức khỏe định kỳ đối với người lái xe ô tô. Đồng thời, căn cứ vào Công văn số 1992/TTg-CN ngày 21/12/2007 của Thủ tướng Chính phủ về việc sản xuất, lắp ráp, nhập khẩu và lưu hành xe ba bánh, xe cơ giới cho người tàn tật thì: “Bộ Y tế chủ trì, phối hợp với Bộ Thương binh và Xã hội, Bộ Giao thông vận tải quy định về điều kiện sức khỏe, mức độ bị hạn chế về vận động của người tàn tật được phép sử dụng xe cơ giới cho người tàn tật”. Như vậy, quy định tiêu chuẩn sức khỏe của người điều khiển các phương tiện giao thông đường bộ phải do liên bộ, liên tịch ban hành mới là hợp lệ<sup>4</sup>.

(2) Số chuyên đề về rà soát, hệ thống hoá văn bản quy phạm pháp luật, Tạp chí Dân chủ và pháp luật, Bộ Tư pháp.

(3) Hiện tại, Thông tư này đã được bãi bỏ.

(4) Lâm luật sai - Xử lý thế nào? [www.cand.com.vn](http://www.cand.com.vn)

## 2. Nguyên nhân

Tình trạng văn bản quy phạm pháp luật của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ trái với các quy định của Hiến pháp và pháp luật trong thời gian qua xuất phát từ nhiều nguyên nhân. Theo nhận định của Chương trình đổi mới công tác xây dựng, ban hành và nâng cao chất lượng văn bản quy phạm pháp luật, được ban hành kèm theo Quyết định số 909/QĐ-TTg ngày 14/8/2003 của Thủ tướng Chính phủ, nguyên nhân của tình trạng tiến độ xây dựng và ban hành văn bản quy phạm pháp luật của các cấp, các ngành còn chậm, chất lượng văn bản chưa cao là do:

*Thứ nhất*, đội ngũ chuyên gia thực hiện nhiệm vụ soạn thảo, thẩm định, rà soát văn bản quy phạm pháp luật còn thiếu; kinh nghiệm, trình độ còn hạn chế; cơ chế phối hợp giữa các cơ quan soạn thảo, cơ quan thẩm định còn chưa hợp lý.

*Thứ hai*, cơ quan nhà nước có thẩm quyền thiếu sự đầu tư thích đáng về thời gian, công sức cũng như kinh phí cho công tác tổ chức soạn thảo văn bản quy phạm pháp luật; chưa có cơ chế hữu hiệu để thu hút sự tham gia đóng góp của các chuyên gia giỏi, các nhà khoa học và nhân dân vào quá trình xây dựng văn bản quy phạm pháp luật.

*Thứ ba*, chúng ta chưa có một cơ chế hiệu quả để kiểm soát quyền lập quy của Chính phủ.

Trên thế giới, công tác kiểm tra tính hợp hiến, hợp pháp các văn bản quy phạm pháp luật thường được giao cho ngành tư pháp thực hiện với sự hoạt động của Tòa Hiến pháp và Tòa Hành chính. Tòa Hiến pháp có quyền tuyên bố về tính vi hiến của văn bản quy phạm pháp luật để nhằm thực hiện chức năng bảo hiến của mình. Và Tòa hành chính có quyền đưa ra những phán quyết về tính hợp pháp của các văn bản pháp quy.

Hiện nay, cơ chế kiểm tra tính hợp hiến, hợp pháp của các văn bản quy phạm pháp luật

do Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ ban hành ở nước ta vẫn không thực sự có thay đổi lớn trong quy định của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2008. Cơ chế kiểm tra vẫn mang tính tự kiểm tra, tự đánh giá, tự xử lý, nên còn thiếu khoa học, thiếu dân chủ và sự bình đẳng giữa Nhà nước và công dân. Vai trò của Tòa Hành chính chưa thực sự được phát huy khi mà việc kiểm tra các văn bản quy phạm hành chính không được thực hiện. Cơ chế tự kiểm tra bởi chính cơ quan lập pháp hay bởi cơ quan hành chính<sup>5</sup> đều hoàn thiện đến mấy cũng khó có thể coi là khách quan và chặt chẽ. Có lẽ, những đạo luật, những văn bản pháp quy hay những dự án, dự thảo sẽ không thể tùy tiện xuất hiện nếu như cơ quan có trách nhiệm soạn thảo, ban hành biết rằng, sẽ có các Tòa án kiểm tra tính hợp hiến, hợp pháp của các văn bản quy phạm pháp luật bất cứ lúc nào<sup>6</sup>.

## 3. Giải pháp nhằm đảm bảo tính hợp hiến, hợp pháp của các văn bản quy phạm pháp luật của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ

*Một là*, cần một cơ chế kiểm tra mới đối với tính hợp hiến, hợp pháp của các văn bản quy phạm pháp luật do Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ ban hành. Cơ chế kiểm soát quyền lập quy, theo chúng tôi, nên trao cho ngành tư pháp, bởi trong học lý về luật hiến pháp, quyền giám sát văn bản được cho là thuộc địa hạt của quyền tư pháp. Trong lịch sử của quyền tư pháp trên thế giới, ngành tư pháp Mỹ lần đầu tiên tự nhận cho mình quyền giám sát văn bản trong vụ án *Mabury* chống *Madison*. Dù quyền giám sát văn bản không được Hiến pháp Mỹ trao cho Tòa án, nhưng lại được Tòa án tối cao liên bang Hoa Kỳ rút ra từ bản chất của quyền tư pháp (xem box).

Tư pháp thực hiện chức năng xét xử và đưa ra phán xét trong từng vụ tranh chấp cụ thể theo quy định của pháp luật. Tư pháp được quyền

(5) Xem Điều 89, 90, 91 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2008.

(6) TS. Nguyễn Hoàng Anh, Tòa Hiến pháp, Tòa Hành chính và vai trò đảm bảo tính thống nhất của pháp luật.

giải thích Hiến pháp và pháp luật. Toà án tối cao liên bang Hoa Kỳ trong vụ *Mabury* chống *Madison* đã đưa ra một nguyên tắc rõ ràng về quyền giám sát văn bản - giám sát

Hiến pháp của ngành tư pháp: “Trong một vụ tranh chấp mà Toà án phải xem xét, nếu một bên đương sự đưa ra sự bất hợp hiến của đạo luật mà người ta muốn đem thi hành đối với y, thì Toà án phải kiểm tra xem sự bất hợp hiến đó thật hay không, và nếu có thật, Toà án phải từ chối áp dụng đạo luật bất hợp hiến”<sup>8</sup>. Lập luận ban đầu về giám sát Hiến pháp có ý nghĩa đối với giám sát văn bản nói chung của Toà án. Từ đó, tất cả các Toà án Hoa Kỳ đều có quyền giám sát văn bản. Tư pháp có quyền từ chối áp dụng một văn bản vi phạm.

Trong nhiều quốc gia Châu Âu, quyền giám sát văn bản cũng được quan niệm thuộc Toà án. Việc giám sát những văn bản dưới luật vi phạm do Toà án tiến hành bằng con đường kiểm pháp. Thông thường, Toà hành chính được giao cho chức năng này. Toà án được phép trực tiếp đưa ra phán quyết tiêu huỷ văn bản bất hợp hiến hay bất hợp pháp.

Việc thừa nhận chế độ giám sát tư pháp đối với các quyết định hành chính là một bước đi ban đầu trước khi chúng ta tiến đến “xây dựng cơ chế phán quyết về những vi phạm Hiến pháp trong hoạt động lập pháp, hành pháp và tư pháp” theo chủ trương của Đại hội Đảng lần thứ X. Hiện thời, người dân nước ta chưa có thói quen viện dẫn Hiến pháp để bảo vệ mình trước Tòa án cũng như Tòa án hiếm khi viện dẫn Hiến pháp để đưa ra phán quyết. Do đó, việc trước tiên cần phải làm là cho người dân quyền được khiếu nại Hiến pháp đối với

*Các Toà án có bốn phận hiến định (mission constitutionnelle) là giải quyết những vụ tranh tụng giữa mọi người, và trong những vụ tranh tụng đó, các Toà án phải chỉ định các quy tắc luật nào, hay loại luật nào, hiến luật hay thường luật, được đem áp dụng. Sứ mạng dĩ nhiên của thẩm phán là áp dụng cho hai bên nguyên bị cái quy tắc luật có giá trị và trong trường hợp mâu thuẫn giữa hai quy tắc luật, là quyết định xem quy tắc nào ở địa vị ưu tiên, được tôn trọng<sup>7</sup>.*

các văn bản quy phạm pháp luật do cơ quan hành chính ban hành và quyền của Toà án được giải thích Hiến pháp và đưa ra phán quyết trong trường hợp có khiếu nại Hiến pháp.

Nếu một công dân bình thường có thể khiếu kiện những văn bản quy phạm pháp luật bất hợp hiến hay bất hợp pháp ra Tòa án thì điều đó cũng có nghĩa tính pháp chế và tính dân chủ trong xã hội đã được tăng cường, bởi lẽ việc làm đó sẽ giúp tránh được những mâu thuẫn giữa văn bản pháp quy với Hiến pháp, luật và giữa văn bản pháp quy với các loại văn bản khác. Đồng thời, tính hợp pháp của văn bản quy phạm pháp luật sẽ không chỉ tồn tại trong văn bản mà nó sẽ bị giám sát thực tế bởi nhân dân - những người bị tác động trực tiếp bởi các văn bản hành chính. Được coi là người giải thích trong những trường hợp cụ thể, Tòa án áp dụng pháp luật trong một ý nghĩa tích cực cho phép tính hợp pháp được bảo đảm.

Giám sát tư pháp đối với các hoạt động hành chính đã được đưa ra trong quá trình phát triển của luật hành chính không chỉ ở các nước Châu Âu lục địa mà còn ở các nước theo truyền thống thông luật. Mặc dù giám sát tư pháp đối với các hoạt động hành chính dựa trên nhiệm vụ cố hữu của Toà án là bảo đảm các hành vi pháp lý phù hợp với đạo luật tối cao, nhưng có một sự khác biệt quan trọng trong việc tổ chức hệ thống này. Giám sát tư pháp theo truyền thống của Đức và Latinh là quyền của các Toà án đặc biệt quyết định về tính hợp hiến của các hoạt động lập pháp. Điều này dẫn đến sự phát triển của nền hành chính lục địa (contentieux administratif) dựa trên Châu Âu lục địa về một hệ thống Toà án hành

(7) Lê Đình Chân. *Luật hiến pháp và các định chế chính trị*. Cuốn I. Sài Gòn, 1974, tr. 300-301.

(8) Lê Đình Chân. *Luật hiến pháp, Khuôn mẫu dân chủ, cuốn II, Sài Gòn 1975, tr. 78.*

chính đặc biệt. Trong một số nước, hệ thống Toà án đặc biệt này được thiết lập độc lập với hệ thống Toà án thường, như trường hợp của Pháp. Trong một số nước khác, các Toà hành chính đặc biệt được thiết lập trong khuôn khổ hệ thống Toà án tư pháp thường, với tính chất tương tự như các Toà án đặc biệt khác trong luật lao động, luật dân sự hay luật thương mại. Cả hai phương thức này đối với việc giám sát tư pháp và tổ chức Toà án thực thi quyền đó đều rất đặc biệt. Ngược lại với trường hợp nói trên, truyền thống thông luật về giám sát tư pháp thường hàm ý rằng các Toà án tư pháp thường là những Toà có quyền thực thi việc giám sát tư pháp đối với các hoạt động hành chính thông qua các thông luật<sup>9</sup>.

Hệ thống Toà án Việt Nam tổ chức ra các Toà chuyên trách để xét xử các loại vụ án khác nhau, trong đó có Toà hành chính. Toà hành chính ở Việt Nam là một loại Toà chuyên trách nằm trong khuôn khổ của hệ thống Toà án nhân dân, không phải là một hệ thống độc lập như ở Pháp. Sự tồn tại của Toà hành chính là cơ sở quan trọng cho việc thiết lập chế độ giám sát tư pháp đối với các hoạt động hành chính ở Việt Nam. Không cần phải thành lập thêm một cơ quan nào, Toà hành chính trong hệ thống Toà án nhân dân hiện nay ở nước ta có thể đảm đương được nhiệm vụ tài phán về tính hợp hiến các văn bản quy phạm pháp luật của cơ quan hành chính nhà nước. Như vậy, cần mở rộng thẩm quyền của Toà hành chính: không chỉ có quyết xét xử các quyết định hành chính cá biệt và các hành vi hành chính, toà hành chính cần có quyền xét xử các quyết định quy phạm của các chủ thể hành chính khi có dấu hiệu bất hợp hiến và có thể là bất hợp pháp. Toà hành chính thuộc Toà án nhân dân cấp tỉnh và Toà hành chính thuộc Toà án nhân dân tối cao có thể đảm nhận thẩm quyền này.

Toà hành chính thuộc Toà án nhân dân cấp tỉnh cần có thêm thẩm quyền tài phán về tính hợp hiến, hợp pháp của các văn bản do Hội đồng nhân dân (Nghị quyết) và Ủy ban nhân

dân ban hành (Quyết định, Chỉ thị). Toà hành chính thuộc Toà án nhân dân tối cao cần có quyền tài phán về tính hợp hiến, hợp pháp của các văn bản do Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ ban hành (Thông tư).

Về thủ tục, cần thừa nhận cả quyền giám sát trừu tượng lẫn giám sát cụ thể của Toà hành chính. Về giám sát trừu tượng, cần thừa nhận rằng bất cứ công dân, tổ chức nào phát hiện một văn bản của cơ quan hành chính nhà nước có dấu hiệu bất hợp hiến, bất hợp pháp cũng có quyền khởi kiện ra Toà hành chính yêu cầu Toà hành chính kiểm tra tính hợp hiến, hợp pháp của nó. Về giám sát cụ thể, trong một vụ việc liên quan đến cơ quan hành chính, nếu nhận thấy rằng văn bản mà cơ quan hành chính dự định áp dụng đối với trường hợp của mình có dấu hiệu bất hợp hiến, bất hợp pháp thì người dân có quyền yêu cầu hoãn áp dụng văn bản đó và yêu cầu Toà hành chính kiểm tra tính hợp hiến, hợp pháp của nó.

Về hệ quả, Toà hành chính có quyền tuyên bố huỷ bỏ một văn bản quy phạm pháp luật do cơ quan hành chính ban hành nếu xác định được tính chất bất hợp hiến, bất hợp pháp. Văn bản được tuyên là bất hợp hiến, bất hợp pháp không thể được các cơ quan hành chính nhà nước áp dụng.

*Hai là, một số điều kiện thực hiện cơ chế kiểm tra của tư pháp đối với tính hợp pháp các văn bản quy phạm pháp luật của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ ở Việt Nam.*

Để thực hiện được những điều nói trên, cần sửa đổi Hiến pháp. Cụ thể, Hiến pháp phải trao cho Toà án quyền giải thích Hiến pháp và Luật thay vì cho Ủy ban thường vụ Quốc hội (Điều 91). Sửa đổi các quy định liên quan đến việc giám sát văn bản của Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân, Bộ, cơ quan ngang Bộ. Theo đó, quyền của Ủy ban thường vụ Quốc hội giám sát văn bản của Hội đồng nhân dân (Điều 91), quyền của Thủ tướng Chính phủ giám sát văn

(Xem tiếp trang 41)

(9) Allan R. Brewer-Carías. *Judicial review in comparative law*. Cambridge University press, p.84.



# BẢO ĐẢM QUYỀN CON NGƯỜI CỦA NGƯỜI BỊ TÌNH NGHI PHẠM TỘI TRONG CÁC VỤ ÁN ÁP DỤNG THỦ TỤC RÚT GỌN

■ NGUYỄN SƠN HÀ \*

Theo Điều 319 Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2003 (BLTTHS), thủ tục rút gọn (TTRG) được áp dụng đối với vụ án bảo đảm các điều kiện: người thực hiện hành vi phạm tội bị bắt quả tang; sự việc phạm tội đơn giản, chứng cứ rõ ràng; tội phạm đã thực hiện là tội phạm ít nghiêm trọng; người phạm tội có căn cước, lai lịch rõ ràng. Việc áp dụng TTRG được kỳ vọng sẽ mang lại những lợi ích thiết thực cho cơ quan tiến hành tố tụng và những người tham gia tố tụng. Tuy nhiên, qua sáu năm áp dụng cho thấy, TTRG không phát huy được tính ưu việt như mong muốn, mà trong nhiều trường hợp lại phản tác dụng, mang lại bất lợi cho bị can, bị cáo. Vì vậy, từ thực trạng áp dụng TTRG tại một số địa phương thời gian qua, dưới góc nhìn bảo đảm quyền con người của người bị tình nghi phạm tội (người bị tạm giữ, bị can, bị cáo), chúng tôi đưa ra những kiến nghị hoàn thiện pháp luật về lĩnh vực này.

## 1. Thực trạng áp dụng thủ tục rút gọn

Theo số liệu thống kê chưa đầy đủ của VKSNDTC thì trong năm năm (2004 - 2008), tổng số án thụ lý điều tra là 342.305 vụ, trong đó số lượng án áp dụng TTRG chiếm khoảng 0,65%. Như vậy, án hình sự áp dụng TTRG trên phạm vi toàn quốc chiếm tỷ lệ rất nhỏ so với tổng số án thụ lý điều tra<sup>1</sup>.

Khảo sát thực tiễn ở một số địa phương như Hà Nội, TP. Hồ Chí Minh, Hà Tĩnh, Bắc Ninh cho thấy, do việc áp dụng TTRG không phải là một điều kiện bắt buộc nên các địa phương cũng ít quan tâm đến việc áp dụng thủ tục này (xem hộp).

Các vụ án được áp dụng theo TTRG có đặc điểm:

*Thứ nhất*, phần lớn những vụ án được áp dụng theo thủ tục này là những vụ án áp dụng đối với các bị can, bị cáo bị truy tố về Tội trộm cắp tài sản. Mặc dù Bộ luật Hình sự (BLHS) có tới 148 điều luật quy định có tội phạm ít nghiêm trọng, nhưng trên thực tế, cơ cấu tội phạm được áp dụng TTRG không đồng đều mà tập trung chủ yếu ở một số loại tội nhất định. Ví dụ: theo số liệu thống kê của VKSND TP. Hải Phòng, tính từ 01/7/2004 đến 30/6/2009 có 167 vụ = 174 bị can áp dụng TTRG; trong đó, Tội trộm cắp tài sản chiếm 162 vụ = 97%; Tội lừa đảo chiếm đoạt tài sản; Tội dâm ô với trẻ em; Tội đánh bạc chỉ chiếm 3%<sup>2</sup>.

*Thứ hai*, những bị can, bị cáo được áp dụng

(\*) *ThS. Viện Kiểm sát nhân dân TP. Hải Phòng.*

(1) Nguyễn Văn Quảng, *TTRG theo quy định của BLTTHS – Thực tiễn áp dụng và kiến nghị hoàn thiện*, Đề tài cấp Bộ, Viện Kiểm sát nhân dân TP. Hải Phòng, năm 2009.

(2) Nguyễn Văn Quảng, *tlđd*

*Tại Hà Tĩnh, trong 5 năm (2004 - 2008), tổng số án thụ lý là 2.510 vụ, trong đó số lượng án áp dụng TTRG chỉ có 11 vụ, chiếm 0,44%. Ở Bắc Ninh, trong 4 năm (2005 - 2008) tổng số án thụ lý là 3.794 vụ, trong đó giải quyết theo TTRG là 09 vụ, chiếm 0,2%. Trên địa bàn TP. Hồ Chí Minh và Hà Nội, tỷ lệ án áp dụng TTRG cũng rất thấp; ví dụ: quận Hà Đông (Hà Nội) là đơn vị có số án áp dụng TTRG nhiều nhất, từ 01/7/2004 đến 31/12/2008, tổng số vụ áp dụng TTRG là 49 trên 410 vụ án ít nghiêm trọng; quận Hai Bà Trưng, Hà Nội có 11 vụ; quận 3, TP. Hồ Chí Minh có 12 vụ<sup>3</sup>.*

*Hải Phòng là một trong những địa phương có số lượng án áp dụng TTRG lớn, nhưng số án rút gọn cũng chỉ chiếm 1,7% số vụ án giải quyết ở cấp quận, huyện dù số vụ án ít nghiêm trọng, có thể xem xét áp dụng TTRG là khá lớn (theo số liệu thống kê của VKSND TP. Hải Phòng từ 01/7/2004 đến 31/6/2009, tổng số án hình sự khởi tố là 11.099 vụ = 16.535 bị can, trong đó tội ít nghiêm trọng là 5.504 vụ = 7.377 bị can, chiếm 49,5% tổng số vụ, 44,6% tổng số bị can thụ lý).*

TTRG phần lớn là những người có tiền án, tiền sự. Kết quả khảo sát trên địa bàn TP. Hồ Chí Minh, Hải Phòng, Hà Nội cho thấy, hầu hết các bị can được áp dụng TTRG đều có tiền án, tiền sự; có nhiều bị can có từ hai tiền án trở lên, thậm chí có đến bốn tiền án. Chi tính riêng trên địa bàn TP. Hải Phòng, từ 01/7/2004 đến 30/6/1999 có 174 bị can được áp dụng TTRG thì 90 bị can có tiền án, chiếm 51,7%; 206 bị can có tiền sự, chiếm 11,5%; còn lại là các bị can chưa có tiền án, tiền sự.

*Thứ ba*, trong TTRG, cơ quan tiến hành tố tụng thường áp dụng biện pháp ngăn chặn tạm giam đối với bị can, bị cáo. Ví dụ: trong số 174 bị can áp dụng TTRG trên địa bàn TP. Hải Phòng có tới 153 bị can bị áp dụng biện pháp ngăn chặn tạm giam, chiếm 88%. Để lý giải cho việc chọn những đối tượng đã có tiền án, tiền sự để áp dụng TTRG, các Điều tra viên, Kiểm sát viên cho rằng, những đối tượng có “nhân thân xấu” có thể áp dụng biện pháp ngăn chặn tạm giam thỏa mãn những yêu cầu của Điều 88 BLTTHS, tiện cho việc điều tra, truy tố, xét

xử. Những đối tượng được coi là “nhân thân xấu”, ngoài những đối tượng đã có tiền án, tiền sự, số còn lại chủ yếu là người nghiện ma túy, đối tượng thuộc diện sơ tra, địa phương nhận xét có biểu hiện phạm tội. Tuy nhiên, cũng có những bị can không có tiền án, tiền sự, nhưng do bị can không có nơi cư trú nhất định, sống lang thang... mặc dù phạm tội ít nghiêm trọng, khai báo thành khẩn vẫn bị áp dụng biện pháp ngăn chặn tạm giam.

*Thứ tư*, những bị can, bị cáo “được” áp dụng TTRG phần lớn đều bị Tòa án tuyên phạt tù giam. Do hầu hết các bị can bị áp dụng biện pháp ngăn chặn tạm giam trong quá trình điều tra, một mặt do nhân thân của họ xấu, không đủ điều kiện áp dụng án treo, cải tạo không giam giữ và các loại hình phạt khác nên khi ra tòa, phần lớn các bị cáo đều bị phạt tù giam. Tại TP. Hải Phòng, trong số 174 bị cáo đã xét xử, có 153 bị cáo bị phạt tù giam, chiếm 88%; 15 bị cáo được hưởng án treo và 6 bị cáo bị phạt cải tạo không giam giữ<sup>4</sup>. Trên thực tế, có một số bị cáo đủ điều kiện áp dụng án treo

(3) Nguyễn Văn Quảng, Tlđđ.

(4) Nguyễn Văn Quảng, Tlđđ.

theo quy định của Điều 60 BLHS nhưng do Cơ quan điều tra và VKSND đã tạm giam nên Hội đồng xét xử cũng áp dụng hình phạt tù giam đối với bị cáo mà không áp dụng án treo hoặc hình phạt khác. Ví dụ: vụ án Nguyễn Văn Vỹ, sinh năm 1956 ở Thái Bình có hành vi trộm cắp 01 điện thoại di động trị giá 650.000đ bị bắt quả tang, vật chứng thu hồi. Bị cáo không có tiền án tiền sự nhưng do Cơ quan điều tra áp dụng biện pháp ngăn chặn tạm giam, nên mặc dù bị cáo thành khẩn khai báo, Hội đồng xét xử vẫn tuyên phạt bị cáo mức án 06 tháng tù giam. Chúng tôi cho rằng, mức án 06 tháng tù giam áp dụng cho bị cáo Vỹ là quá nặng, không tương xứng với hành vi phạm tội của bị cáo, chỉ vì được áp dụng TTRG mà bị cáo phải chịu mức hình phạt tù giam.

*Thứ năm*, phần lớn các bị can, bị cáo được áp dụng TTRG đều không biết TTRG là gì, họ không được những người tiến hành tố tụng giải thích khi giao quyết định áp dụng TTRG.

*Thứ sáu*, việc áp dụng TTRG trên thực tế không bảo đảm đúng các điều kiện áp dụng thủ tục này như quy định của Điều 319 BLTTHS. Hơn nữa, theo quy định tại Điều 88 BLTTHS thì hầu hết các bị can trong các vụ án rút gọn không đủ điều kiện để tạm giam. Mức án khi xét xử cũng chỉ dừng lại ở mức án treo hoặc cải tạo không giam giữ. Tuy nhiên, trên thực tiễn, hầu hết các bị can, bị cáo trong các vụ án rút gọn đều bị áp dụng biện pháp tạm giam và phần lớn đều bị áp dụng hình phạt tù như ví dụ ở TP. Hải Phòng đã nêu. Nguyên nhân của thực trạng trên xuất phát từ:

- Do thời hạn điều tra quá ngắn, nếu để bị can tại ngoại thì sẽ gặp nhiều khó khăn khi giải quyết vì liên quan đến thủ tục như triệu tập bị can để hỏi cung, tổng đạt các quyết định... Chỉ cần bị can vắng mặt một lần cũng đã ảnh hưởng rất nhiều đến tiến độ giải quyết vụ án nên tâm lý của Điều tra viên, Kiểm sát viên và Thẩm phán là muốn áp dụng biện pháp ngăn chặn tạm giam đối với bị can bị áp dụng TTRG để thuận lợi cho việc điều tra, truy tố, xét xử. Vô hình trung, chỉ vì tâm lý muốn thuận lợi cho việc điều tra, truy tố, xét xử mà người tiến

hành tố tụng đã đặt người bị tình nghi vào tình huống bất lợi hơn so với người bị áp dụng thủ tục thông thường, ảnh hưởng lớn đến quyền con người trong quá trình tiến hành tố tụng.

- Do các cơ quan tiến hành tố tụng chọn các vụ án chủ yếu là các tội trộm cắp tài sản, bị bắt quả tang làm án rút gọn, mà những đối tượng trộm cắp bị bắt quả tang hiện nay chủ yếu là những đối tượng nghiện ma tuý, có tiền án tiền sự, đối tượng bỏ nhà đi lang thang, không có nơi ở cố định... Những đối tượng như vậy có thể thoả mãn điều kiện được quy định tại điểm b, Khoản 1 Điều 88 BLTTHS: “phạm tội ít nghiêm trọng... và có căn cứ cho rằng người đó có thể trốn hoặc cản trở điều tra, truy tố, xét xử hoặc tiếp tục phạm tội”.

Đây cũng là hai nguyên nhân và là “tiêu chí thực tế” khi lựa chọn áp dụng TTRG của các cơ quan tiến hành tố tụng trong thực tiễn hiện nay. Điều này cũng lý giải vì sao án rút gọn ít áp dụng đối với các bị can, bị cáo tại ngoại hoặc không áp dụng đối với bị can là người chưa thành niên.

## **2. Bảo đảm quyền con người trong việc áp dụng thủ tục rút gọn**

### **2.1. Áp dụng biện pháp ngăn chặn**

Theo quy định tại Khoản 3 Điều 319 của BLTTHS thì án được áp dụng theo TTRG chỉ được áp dụng với tội phạm đã được thực hiện là tội ít nghiêm trọng.

Cũng theo quy định của Điều 88 BLTTHS thì việc tạm giam đối với người phạm tội ít nghiêm trọng phải có các điều kiện kèm theo như: mức hình phạt tù mà BLHS quy định phải trên hai năm và có căn cứ cho rằng người đó có thể trốn hoặc cản trở điều tra, truy tố, xét xử hoặc có thể tiếp tục phạm tội. Chính điều này làm các cơ quan tiến hành tố tụng gặp lúng túng khi quyết định áp dụng TTRG. Bởi lẽ, việc áp dụng TTRG phải được xem xét, quyết định nhanh chóng. Muốn trôi chảy từ khi khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử thì thường phải áp dụng tạm giam. Nếu quy định việc áp dụng biện pháp ngăn chặn tạm giam với án rút gọn cũng giống như các án khác sẽ khó đảm bảo

tiến độ về thời gian, bị can có thể sẽ trốn tránh không đến các cơ quan tố tụng theo giấy triệu tập và như vậy, việc giải quyết sẽ không bảo đảm yếu tố về thời hạn giải quyết. Đây là trở ngại mà nhiều nơi coi là lý do để không có án rút gọn. Một số đơn vị làm được nhiều án rút gọn đã phải “linh hoạt” khi áp dụng Khoản 1 Điều 88 BLTTHS, tìm mọi lý do để có thể tạm giam người bị tình nghi nhằm mục đích thuận lợi cho quá trình tiến hành tố tụng mà bỏ qua quyền lợi của họ. Vì vậy, cần phải sửa đổi BLTTHS theo hướng hạn chế biện pháp ngăn



chặn tạm giam đối với người bị tình nghi khi họ được áp dụng TTRG. Cụ thể, chỉ nên áp dụng biện pháp ngăn chặn tạm giam đối với bị cáo được áp dụng TTRG trong trường hợp bị can phạm tội ít nghiêm trọng mà BLHS quy định hình phạt tù trên hai năm và có căn cứ cho rằng, bị can có thể tiếp tục phạm tội hoặc có khả năng bỏ trốn. Trường hợp bị can có hành vi cản trở việc điều tra, truy tố, xét xử thì vụ án không còn mang tính chất đơn giản, và như vậy sẽ không đủ điều kiện áp dụng TTRG.

## **2.2. Bảo đảm quyền bào chữa cho người bị tình nghi**

Đảm bảo quyền bào chữa của người bị tình nghi là một trong những nguyên tắc cơ bản trong tố tụng hình sự (TTHS). So với thủ tục thông thường, việc thực hiện quyền bào chữa của người bị tình nghi trong vụ án được giải quyết theo TTRG có những hạn chế nhất định do thời gian tiến hành tố tụng ngắn hơn và một số thủ tục được giản lược. Vì vậy, để đảm bảo quyền bào chữa của người bị tình nghi khi giải quyết các vụ án theo thủ tục này, pháp luật cần quy định rõ một số vấn đề sau:

- Khi giao quyết định áp dụng TTRG cho người bị tình nghi thì người tiến hành tố tụng có trách nhiệm phải giải thích cho họ hiểu rõ về TTRG để họ chấp nhận hay phản đối việc áp dụng thủ tục này trong thời hạn luật định.

- Các quyết định tố tụng liên quan như:

quyết định áp dụng TTRG, quyết định khởi tố bị can, quyết định đề nghị truy tố của Cơ quan điều tra, quyết định truy tố của VKSND, bản án, quyết định của Toà án, các quyết định áp dụng biện pháp ngăn chặn của cơ quan tiến hành tố tụng (nếu có)... phải được gửi kịp thời cho người bị tình nghi trong thời hạn.

- Đảm bảo thực hiện quyền tự bào chữa hoặc nhờ luật sư bào chữa của bị can, bị cáo; rút ngắn thời hạn cấp giấy chứng nhận quyền bào chữa trong các vụ án rút gọn chỉ còn 24 giờ, kể cả trường hợp bị tạm giữ hay khởi tố bị can mà không tạm giữ, tạm giam.

## **2.3. Quy định có lợi hơn so với thủ tục thông thường**

Nghiên cứu pháp luật TTHS của các nước cho thấy, các nước theo mô hình tố tụng Anh - Mỹ thiên về tố tụng tranh tụng và luôn đề cao mục đích ổn định quan hệ xã hội thông qua xét xử. Trong khi đó, các nước theo mô hình tố tụng châu Âu lục địa và các nước xã hội chủ nghĩa lại thiên về tố tụng xét hỏi và đề cao yêu cầu xét xử đúng người, đúng tội, đúng pháp luật, không làm oan người vô tội, đồng thời không để lọt tội phạm. Tuy nhiên, trong giai đoạn hiện nay, các hệ thống pháp luật có xu hướng xích lại gần nhau, kế thừa và tiếp nhận những ưu điểm của nhau hình thành nên những mô hình tố tụng pha trộn. Pháp luật TTHS Việt

Nam cũng không nằm ngoài xu hướng đó. Về căn bản, mô hình tổ tụng của chúng ta là tổ tụng xét hỏi, nhưng trong giai đoạn hiện nay, chúng ta đang từng bước đề cao tổ tụng tranh tụng, coi kết quả tranh tụng tại phiên toà là căn cứ để Toà án ra quyết định, bản án. Mục đích của TTHS không chỉ là xét xử đúng người, đúng tội, đúng pháp luật mà quan trọng hơn là ổn định được các quan hệ xã hội, vừa bảo đảm các quyền và lợi ích của các bên tham gia tố tụng, vừa bảo vệ được các giá trị xã hội, lợi ích của Nhà nước, cộng đồng và mục tiêu cao hơn là giáo dục, cải tạo con người.

Do vậy, chúng tôi cho rằng, việc quyết định hình phạt trong TTRG cũng nên đi theo hướng này. TTRG ra đời nhằm mục đích giảm tải về công việc của cơ quan tố tụng, giải quyết nhanh chóng những loại án đơn giản, chứng cứ rõ ràng. Mặt khác, bị can được áp dụng TTRG cũng có những hạn chế nhất định về bảo đảm quyền bào chữa. Việc giảm nhẹ hình phạt đối với bị can, bị cáo lựa chọn hình thức TTRG là một giải pháp cần thiết nhằm giải quyết nhanh chóng một lượng án khá lớn và quan trọng hơn là ổn định các quan hệ xã hội thông qua tố tụng. Đây là sự khoan hồng của Nhà nước đối với sự “cộng tác tích cực” của bị cáo và cũng giúp Nhà nước giảm chi phí, nhân lực và thời gian đáng kể cho việc giải quyết các vụ án đơn giản.

Kinh nghiệm của các nước cho thấy, họ không chỉ giảm nhẹ trách nhiệm hình sự đối với bị can, bị cáo lựa chọn hình thức TTRG, mà nhiều nước như Hoa Kỳ, Đức, Italia... còn có hình thức mặc cả thú tội, mặc cả giảm nhẹ hình phạt, giảm nhẹ trách nhiệm hình sự. Trên phương diện bình đẳng trong TTHS thì hình thức này có vẻ không công bằng, song trên bình diện tổng thể thì nó mang lại lợi ích to lớn, đáp ứng được yêu cầu của tất cả các bên liên quan. Chẳng hạn: một người có hành vi vi phạm pháp luật môi trường đủ điều kiện cấu thành tội phạm, tuy nhiên, qua mặc cả thú tội, họ thừa nhận hành vi phạm pháp, chấp nhận

bồi thường cho các bên liên quan và nộp vào ngân sách nhà nước một khoản tiền phạt nhất định, họ có thể được miễn truy tố. Cách giải quyết này sẽ mang lại lợi ích thiết thực cho các bên liên quan và cả Nhà nước, cộng đồng.

Bộ luật TTHS của nước Cộng hoà Pháp mặc dù quy định, TTRG chỉ áp dụng trong phạm vi xét xử sơ thẩm, nhưng lại quy định thẩm quyền áp dụng thủ tục này do Công tố viên thuộc Viện công tố lựa chọn và quyết định: “Công tố viên lựa chọn thủ tục giản lược này gửi hồ sơ vụ án và bất kỳ đề nghị nào cho thẩm phán chủ tọa của Toà án. Thẩm phán chủ tọa quyết định bằng một lệnh hình sự mà không cần xét xử. Điều này dẫn đến việc trả tự do hoặc phạt tiền hoặc áp dụng hình phạt bổ sung thay cho hình phạt chính. Nếu thấy rằng việc xét xử là cần thiết hoặc cần phạt tù thì thẩm phán gửi hồ sơ vụ án trả lại cho Công tố viên” (Điều 495-1)<sup>5</sup>.

Bộ luật TTHS Hàn Quốc đề cập thủ tục xét xử rút gọn có quy định “cấm được đưa ra phán quyết gây bất lợi cho bị cáo”<sup>6</sup>. Chúng tôi cho rằng, quy định này trong Bộ luật TTHS Hàn Quốc là rất phù hợp với bị cáo được áp dụng TTRG và các nước khác có thể tham khảo. Vì khi Toà án xét xử vụ án theo TTRG đã ra phán quyết, trong đó thể hiện quan điểm, đường lối xử lý vụ án của Toà án. Vụ án chỉ bị đưa ra xét xử lại theo thủ tục thông thường nếu bị cáo cho rằng quyền lợi của mình bị xâm phạm và đề nghị Toà án xét xử lại theo hướng giảm nhẹ hình phạt hoặc tuyên bị cáo vô tội. Trong trường hợp này, nếu Toà án quyết định một hình phạt nặng hơn hình phạt đã tuyên trước đó là đi ngược lại nguyên tắc có lợi cho bị cáo và mâu thuẫn với chính quyết định của Toà án, trong khi vụ án không có thêm tình tiết và chứng cứ gì mới ngoài yêu cầu xét xử theo thủ tục đầy đủ của bị cáo. Vì vậy, Bộ Luật TTHS Hàn Quốc quy định trong trường hợp này, Toà án không được áp dụng hình phạt nặng hơn mức hình phạt đã tuyên đối với bị cáo trước đó

(5) VKSNDTC, Bộ luật TTHS của Cộng hòa Pháp (Bản dịch), Hà Nội, 2008.

(6) VKSNDTC, Bộ luật TTHS Hàn Quốc (Bản dịch), Hà Nội, 1998.

là phù hợp và đảm bảo được nguyên tắc xét xử có lợi cho bị cáo.

Bộ luật TTHS Liên bang Nga cũng quy định mức án áp dụng đối với bị cáo bị áp dụng TTRG không quá 2/3 mức án áp dụng đối với bị cáo áp dụng thủ tục thông thường<sup>7</sup>.

Tiếp thu kinh nghiệm hay của nước ngoài, BLTTHS nước ta cần có những quy định cụ thể về việc quyết định hình phạt theo hướng giảm nhẹ trách nhiệm hình sự cho bị cáo khi áp dụng TTRG như cách quy định của Bộ luật TTHS một số nước trên thế giới, để khuyến khích họ tự nguyện phối hợp tốt hơn đối với các cơ quan tiến hành tố tụng trong quá trình điều tra, truy tố, xét xử.

#### **2.4. Quyền được lựa chọn áp dụng hay không áp dụng thủ tục rút gọn**

Bộ luật TTHS nước Cộng hòa Pháp quy định, trước khi xét xử theo TTRG phải có sự đồng ý của người bị hại, nếu người bị hại không đồng ý mà đòi triệu tập bị cáo ra Tòa án để xét xử theo thủ tục thông thường thì không được áp dụng TTRG<sup>8</sup>. Còn theo quy định của Bộ luật TTHS Nhật Bản, khi áp dụng thủ tục giản lược phải có sự đồng ý của người bị xử phạt (bị cáo), nếu bị cáo không nhất trí áp dụng hình thức xét xử giản lược thì vụ án phải được xét xử theo thủ tục thông thường<sup>9</sup>. Sự khác biệt thể hiện trong luật của Pháp đòi hỏi tham khảo ý kiến của người bị hại, còn luật của Nhật Bản đòi hỏi tham khảo ý kiến của người bị xử phạt (bị cáo) trước khi áp dụng thủ tục xét xử rút gọn.

So sánh các quy định trên trong Bộ luật TTHS của Pháp và Nhật Bản với các quy định về TTRG tại Chương XXXIV của BLTTHS nước ta, thì luật TTHS nước ta không quy định về việc tham khảo ý kiến của bị can, bị cáo và người bị hại trước khi áp dụng TTRG. Thậm chí quyền quyết định áp dụng TTRG theo BLTTHS hoàn toàn do Viện KSND quyết định mà không đòi hỏi có sự đồng ý của bị can, bị cáo hoặc người bị hại. Vì vậy, cần phải bổ

sung quy định này trong quá trình sửa đổi, bổ sung một số điều của BLTTHS nhằm bảo đảm được quyền của người bị tình nghi trong việc áp dụng hay không áp dụng hình thức tố tụng đặc biệt này.

#### **2.5. Áp dụng thủ tục rút gọn đối với người chưa thành niên**

Một điểm khác biệt trong quy định của luật TTHS một số nước trên thế giới so với BLTTHS nước ta là đối tượng áp dụng theo thủ tục giản lược phải là người đã thành niên, ví dụ: Bộ luật TTHS Pháp quy định chỉ áp dụng TTRG đối với người từ đủ 18 tuổi trở lên. Quy định này góp phần đảm bảo quyền lợi của các bị can, bị cáo vị thành niên. Vì khi người phạm tội là người chưa thành niên, pháp luật quy định họ được hưởng một số quyền ưu đãi đặc biệt trong quá trình điều tra, truy tố, xét xử như: quyền có người giám hộ, người bào chữa, quyền được hưởng mức hình phạt thấp hơn người đã thành niên... Việc áp dụng thủ tục giản lược đối với họ trong quá trình giải quyết vụ án có thể làm ảnh hưởng đến các quyền trên. Chúng tôi cho rằng, việc quy định như vậy là hợp lý và Việt Nam nên tiếp thu sửa đổi BLTTHS theo hướng không áp dụng thủ tục này đối với người chưa thành niên phạm tội.

*Tóm lại*, TTRG là một thủ tục đặc biệt, được áp dụng đối với những vụ án đơn giản, chứng cứ rõ ràng; việc áp dụng thủ tục này giúp cho các cơ quan tiến hành tố tụng giải quyết nhanh chóng các vụ án hình sự, hạn chế tình trạng án tồn đọng, kéo dài; tiết kiệm được chi phí về thời gian, tiền bạc của Nhà nước. Tuy nhiên, việc áp dụng TTRG phải đáp ứng được yêu cầu về bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của người bị tình nghi. Do vậy, trong quá trình sửa đổi, bổ sung một số điều của BLTTHS, cần phải điều chỉnh theo hướng bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của người bị tình nghi theo hướng đã đề xuất. ■

(7) VKSNDTC, Bộ luật TTHS năm 2001 của Liên bang Nga (Bản dịch), Hà Nội, 2002.

(8) VKSNDTC, Bộ luật TTHS của Cộng hòa Pháp (Bản dịch), Hà Nội, năm 2008.

(9) VKSNDTC, Bộ luật TTHS Nhật Bản (Bản dịch), Hà Nội, 1998.

# GIẢI PHÁP NÂNG CAO HIỆU QUẢ HOẠT ĐỘNG CỦA ĐẠI DIỆN LAO ĐỘNG

## ■ ĐÀO MỘNG ĐIỆP\*

**Đ**ại diện lao động được hiểu là tổ chức được thành lập hợp pháp hoặc người đứng đầu do tập thể lao động bầu ra tham gia vào quan hệ lao động để bảo vệ quyền lợi hợp pháp chính đáng của người lao động.

Đại diện người lao động là chỉ những người được pháp luật hay thực tiễn quốc gia công nhận, bao gồm: a) các đại diện công đoàn, cụ thể là các đại diện được các công đoàn hoặc các đoàn viên của các công đoàn chỉ định hoặc bầu ra; b) hoặc các đại diện được bầu ra, cụ thể là các đại diện được những người lao động trong doanh nghiệp tự do bầu ra theo đúng quy định của pháp luật quốc gia hoặc của các thỏa ước lao động tập thể, mà trong những nước hữu quan các chức năng của họ không dẫn sang các hoạt động được coi là thuộc các đặc quyền riêng của công đoàn<sup>1</sup>.

Ở Việt Nam, trong Nghị định số 233/HĐBT ngày 22/6/1990 và Nghị định số 18/CP ngày 26/12/1992 đã quy định về đại diện lao động, trong đó xác định đại diện lao động do tổ chức công đoàn được thành lập ra để bảo vệ quyền lợi của tập thể lao động hoặc do tập thể lao động cử ra đại diện, thay mặt cho người lao động nơi chưa có tổ chức công đoàn.

Hiện nay, theo quy định của pháp luật, công đoàn là tổ chức chính trị - xã hội của giai cấp công nhân và của người lao động, chăm lo việc bảo vệ quyền lợi hợp pháp chính đáng của tập thể người lao động. Bộ luật Lao động quy định “Ở những doanh nghiệp đang hoạt động chưa có tổ chức công đoàn thì chậm nhất sau sáu tháng, kể từ ngày Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật Lao động có hiệu lực và ở những doanh nghiệp mới thành lập thì sau sáu tháng kể từ ngày bắt đầu hoạt động, công đoàn địa phương, công đoàn ngành có trách nhiệm thành lập tổ chức công đoàn tại doanh nghiệp để đại diện, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người lao động và tập thể người lao động. Người sử dụng lao động có trách nhiệm tạo điều kiện thuận lợi để tổ chức công đoàn sớm được thành lập. Trong thời gian chưa thành lập được thì công đoàn địa phương hoặc công đoàn ngành chỉ định Ban chấp hành công đoàn lâm thời để đại diện và bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người lao động và tập thể lao động”<sup>2</sup>. Trong trường hợp đình công thì “đình công phải do Ban chấp hành công đoàn cơ sở hoặc Ban chấp hành công đoàn lâm thời tổ chức và lãnh đạo. Trường hợp doanh nghiệp chưa có Ban chấp hành công đoàn cơ

(\*) *ThS. Giảng viên Khoa Luật- Đại học Huế.*

(1) Điều 3 Công ước số 135 về việc bảo vệ những đại diện người lao động trong doanh nghiệp và những thuận lợi dành cho họ.

(2) Điều 153 Bộ luật Lao động sửa đổi, bổ sung năm 2002.

sở thì việc tổ chức và lãnh đạo đình công phải đại diện được tập thể lao động cử và việc cử này đã phải được thông báo với công đoàn quận, huyện, thị xã thành phố thuộc tỉnh hoặc tương đương”<sup>3</sup>.

Như vậy, pháp luật lao động đã quy định cho tập thể lao động được quyền cử đại diện cho mình. Tuy nhiên, quyền này chỉ giới hạn trong lĩnh vực đình công mà không phải áp dụng xuyên suốt trong quan hệ lao động và quyền này chịu sự quản lý của tổ chức công đoàn cấp huyện. Do đó, hiện nay, tổ chức công đoàn là tổ chức chính trị - xã hội được Nhà nước trao cho quyền năng pháp lý và là tổ chức duy nhất được thực hiện chức năng đại diện và bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp chính đáng của tập thể người lao động trong quá trình thực hiện, thay đổi hay chấm dứt quan hệ pháp luật lao động.

### 1. Vị trí, vai trò và chức năng đại diện lao động ở Việt Nam hiện nay

Có thể nói, công đoàn có vị trí, vai trò và chức năng đặc biệt, “là một tổ chức chính trị - xã hội của giai cấp công nhân và người lao động cùng với cơ quan nhà nước, tổ chức kinh tế, tổ chức xã hội chăm lo và bảo vệ quyền lợi của cán bộ, công nhân viên chức và những người lao động khác; tham gia quản lý nhà nước và xã hội, tham gia kiểm tra giám sát hoạt động của các cơ quan nhà nước, tổ chức kiểm tra, giáo dục cán bộ, công nhân viên chức và những người lao động khác xây dựng và bảo vệ Tổ quốc”<sup>4</sup>. “Công đoàn là tổ chức chính trị - xã hội rộng rãi của giai cấp công nhân và người lao động Việt Nam tự nguyện lập ra dưới sự lãnh đạo của Đảng Cộng sản Việt Nam, là thành viên trong hệ thống chính trị của xã hội Việt Nam, là trường học chủ nghĩa xã hội của người lao động”<sup>5</sup>.

Công đoàn thực hiện chức năng đại diện và bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp chính đáng của người lao động. Đây là chức năng cơ bản,

quan trọng của tổ chức công đoàn. Công đoàn đại diện cho tập thể lao động bảo vệ quyền lợi cho người lao động kể từ khi thiết lập quan hệ lao động, thực hiện hay chấm dứt quan hệ lao động. Công đoàn tham gia với tư cách là tổ chức đại diện bảo vệ quyền lợi cho tập thể lao động trong quan hệ lao động như: tham gia thương lượng, ký kết thỏa ước lao động tập thể; tham gia xây dựng nội quy lao động; tham gia giải quyết việc làm, bảo đảm việc làm và tiền lương cho người lao động; tham gia xử lý kỷ luật lao động; đệ đơn yêu cầu tuyên bố phá sản doanh nghiệp; tham gia giải quyết tranh chấp lao động và lãnh đạo tập thể lao động đình công. Công đoàn tham gia với tư cách đại diện xuất phát từ việc bảo vệ địa vị thể yếu của người lao động tránh sự lạm dụng bóc lột sức lao động từ phía người sử dụng lao động. Tuy nhiên, không vì thế mà công đoàn khi thực hiện chức năng của mình lại đối lập với người sử dụng lao động. Bởi vì xét cho cùng, quyền lợi của người lao động có đảm bảo ổn định hay không lại phụ thuộc vào mối quan hệ lao động diễn ra hài hòa, có nghĩa là quyền lợi của người sử dụng lao động cũng phải được đảm bảo.

Bên cạnh đó, công đoàn còn đảm bảo chức năng tham gia quản lý kinh tế - xã hội, quản lý nhà nước, như: Công đoàn tham gia xây dựng và thực hiện kế hoạch của các doanh nghiệp; tham gia xây dựng và triển khai thực hiện các chế độ chính sách cho tập thể người lao động; tham gia quản lý lao động, vật tư, tài sản, tài chính của doanh nghiệp; tham gia kiểm tra, giám sát thực hiện các chế độ, chính sách liên quan đến tập thể người lao động... Chức năng này là điều kiện, là phương tiện quan trọng để công đoàn thực hiện chức năng đại diện bảo vệ quyền lợi và lợi ích hợp pháp của tập thể người lao động. Ngoài ra, công đoàn còn tổ chức, giáo dục, vận động người lao động trong việc thực hiện kỷ luật lao động, nâng cao ý

(3) Điều 172 Bộ luật Lao động sửa đổi, bổ sung năm 2002.

(4) Điều 10 Hiến pháp năm 1992.

(5) Điều 1 Luật Công đoàn.



thức phấn đấu, bồi dưỡng phát triển tay nghề cho người lao động. Công đoàn tổ chức tuyên truyền cho người lao động các chủ trương, đường lối, chính sách của Đảng và các văn bản pháp luật quy định quyền, nghĩa vụ của tập thể người lao động và người sử dụng lao động như Bộ luật Lao động, Luật Công đoàn, Luật Bảo hiểm xã hội, Luật Dạy nghề... và các văn bản pháp luật khác điều chỉnh về quan hệ lao động và quan hệ liên quan đến quan hệ lao động. Không những thế, tổ chức công đoàn còn khuyến khích những cá nhân, tập thể có thành tích xuất sắc, khích lệ người lao động trong việc thực hiện tốt pháp luật lao động và nội quy của doanh nghiệp.

Trong các chức năng đó, chức năng đại diện và bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của người lao động mang ý nghĩa quyết định hàng đầu, các chức năng còn lại làm cơ sở bổ sung, tạo nền tảng vững mạnh cho hoạt động của công đoàn.

## **2. Những hạn chế, bất cập trong quy định về đại diện lao động**

Cơ sở pháp lý điều chỉnh về đại diện lao động là hệ thống các văn bản pháp luật ghi nhận quyền đại diện của tập thể lao động như Sắc lệnh số 29/SL ngày 12/3/1947, Sắc lệnh số 118/SL ngày 18/10/1949 quy định về việc thành lập Ủy ban xí nghiệp trong các xí nghiệp quốc gia; Sắc lệnh số 76/SL ngày 20/05/1950; Sắc lệnh số 77/SL ngày 22/05/1990; Luật Công đoàn năm 1957; Luật Công đoàn năm 1990; Bộ luật Lao động năm 1994, Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật Lao động năm 2004... Trong đó Luật Công đoàn năm 1990 là văn bản luật chủ yếu điều chỉnh về vị trí, chức năng, thẩm quyền của Công đoàn trong việc bảo vệ quyền lợi hợp pháp của tập thể lao động. Tuy nhiên, thời điểm ban hành Luật Công đoàn cho đến nay đã có những điểm hạn chế nhất định.

*Thứ nhất*, Luật Công đoàn năm 1990 ban hành song song với Luật Doanh nghiệp tư nhân, Luật Công ty. Tại thời điểm áp dụng thực tế trong giai đoạn đó, Luật Công đoàn

năm 1990 có thể vẫn điều chỉnh được các quan hệ lao động cơ bản tồn tại trong các doanh nghiệp tư nhân và công ty. Tuy nhiên hiện nay, Luật Doanh nghiệp tư nhân và Luật Công ty đã được điều chỉnh thống nhất trong Luật Doanh nghiệp năm 2005, chính vì vậy, Luật Công đoàn năm 1990 sẽ không điều chỉnh kịp thời các quan hệ lao động mới phát sinh trong nền kinh tế thị trường hiện nay.

*Thứ hai*, Luật Công đoàn năm 1990 ban hành trước khi Hiến pháp năm 1992 ra đời. Do đó, có những nội dung mà Luật Công đoàn chưa điều chỉnh kịp hoặc còn bỏ ngỏ hoặc có những nội dung áp dụng trên thực tế không mang tính khả thi.

Bên cạnh đó, trong quá trình áp dụng, Bộ luật Lao động đã bộc lộ những khó khăn, vướng mắc và bất cập sau:

*Một là*, Bộ luật Lao động chưa quy định cụ thể việc đại diện của tập thể lao động trong các doanh nghiệp không có Ban chấp hành công đoàn cơ sở. Trong thời gian chưa thành lập được Ban chấp hành công đoàn cơ sở thì công đoàn địa phương hoặc công đoàn ngành chỉ định Ban chấp hành công đoàn lâm thời để đại diện cho tập thể lao động. Tuy nhiên, Bộ luật Lao động chưa quy định cụ thể phạm vi nào được đại diện, những phạm vi nào thuộc thẩm quyền của công đoàn địa phương. Công đoàn địa phương hoặc công đoàn ngành chỉ định Ban chấp hành công đoàn lâm thời nhưng hoạt động của Ban chấp hành công đoàn lâm thời không đạt hiệu quả thì công đoàn địa phương có được thay thế để thực hiện chức năng đại diện cho tập thể lao động trong suốt quá trình thực hiện quan hệ lao động hay không?

*Hai là*, Bộ luật Lao động chưa quy định về sự phối hợp giữa người sử dụng lao động với Ban chấp hành công đoàn cơ sở trong tổ chức đối thoại giữa tập thể người lao động với người sử dụng lao động, chưa quy định về sự phối hợp giữa công đoàn với doanh nghiệp trong việc xây dựng mối quan hệ lao động hài hòa, ổn định trên cơ sở bình đẳng hợp tác.

*Ba là*, Bộ luật Lao động chưa quy định cụ thể quyền lợi và chế độ người lao động làm

công tác công đoàn không chuyên trách. Với quy định: “Người lao động làm công tác công đoàn không chuyên trách được sử dụng một số thời gian trong giờ làm việc để làm công tác công đoàn và được người sử dụng lao động trả lương”<sup>6</sup>, vô hình trung, đã làm cho người lao động trong vai trò này bị lệ thuộc vào người sử dụng lao động, sợ quyền lợi của mình bị ảnh hưởng khi lên tiếng bảo vệ quyền lợi cho người khác (tâm lý lo ngại trả đũa, sự phân biệt đối xử từ phía người sử dụng lao động), dễ rơi vào sự thỏa hiệp. Chính vì vậy, phần lớn cán bộ công đoàn không chuyên trách chưa phát huy tối đa được chức năng đại diện và bảo vệ quyền lợi cho tập thể lao động.

*Bốn là*, Bộ luật Lao động cũng chưa quy định cụ thể quyền và nghĩa vụ của công đoàn địa phương và công đoàn ngành trong việc phối hợp với công đoàn cơ sở để thực hiện chức năng đại diện lao động.

*Năm là*, Bộ luật Lao động quy định thẩm quyền của công đoàn còn mang tính khái quát, chủ yếu dưới dạng quyền tham gia, quyền hội ý kiến. Còn những quyền mang tính chất quyết định thì chỉ giới hạn trong một số trường hợp cụ thể dẫn đến việc chưa phát huy hết được tiềm năng sức mạnh của tổ chức công đoàn cơ sở. Đặc biệt trong các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài thì hoạt động của tổ chức công đoàn chưa thật sự có “sân chơi” và chưa phát huy được bản sắc đặc thù của công đoàn.

*Sáu là*, chế tài xử phạt quy định cho những vi phạm về hoạt động của tổ chức công đoàn chưa đủ mạnh để tạo ra hàng rào hữu hiệu hỗ trợ trong quá trình thực hiện các quyền, nghĩa vụ của tổ chức công đoàn. Theo quy định của pháp luật lao động hiện hành, trừ những vi phạm pháp luật liên quan đến bảo hiểm xã hội, liên quan đến tiêu chuẩn an toàn lao động, vệ sinh lao động, liên quan đến lao động là người nước ngoài thì mức phạt tối thiểu cho những vi phạm các quy định về tổ chức hoạt động công đoàn là 1.000.000 đồng, cao hơn không đáng kể so với các vi phạm pháp luật về lao động



khác, nhưng mức phạt tối đa áp dụng trong trường hợp này thì lại quá thấp 10.000.000 đồng, chỉ bằng một phần ba so với mức phạt tối đa áp dụng cho các hành vi vi phạm pháp luật về lao động khác.

### **3. Những giải pháp nhằm nâng cao hiệu quả hoạt động của đại diện lao động**

#### **3.1. Những phương hướng cơ bản**

*Thứ nhất*, mở rộng hình thức đại diện lao động trong quan hệ lao động. Hiện nay, pháp luật lao động mới thừa nhận tổ chức đại diện và bảo vệ quyền lợi hợp pháp chính đáng của tập thể lao động là tổ chức công đoàn (trừ trong phạm vi đình công, cho phép tập thể lao động được cử người đại diện cho mình). Trong giai đoạn hiện nay, pháp luật lao động nên mở rộng quyền tự do kết hợp giữa những người lao động với nhau để tập thể lao động lựa chọn trong số họ một người có uy tín, có trách nhiệm, am hiểu luật pháp, nắm bắt được tâm tư, nguyện vọng của tập thể lao động, thực hiện chức năng đại diện, bảo vệ quyền lợi cho tập thể đó. Tuy nhiên, pháp luật lao động cũng giới hạn các phạm vi mà tập thể lao động có quyền cử đại diện của riêng mình như trong việc thương lượng giữa tập thể người lao động với người sử dụng lao động, tổ chức đối thoại giữa hai bên để các bên bày tỏ quan điểm, nhu cầu và lựa chọn các giải pháp tối ưu nhằm xây

(6) Khoản 1 Điều 155 Bộ luật Lao động.

dựng mối quan hệ lao động hài hoà ổn định. Hoặc trong việc đề đơn yêu cầu tuyên bố phá sản doanh nghiệp nhằm bảo vệ quyền lợi cho tập thể lao động, hay trong lĩnh vực đình công. Bên cạnh việc mở rộng hình thức đại diện thì pháp luật lao động cũng cần quy định cơ chế kiểm tra, giám sát chặt chẽ hình thức đại diện do tập thể lao động cử ra để đảm bảo một hướng đi đúng đắn trong quá trình thực hiện quan hệ lao động.

*Thứ hai*, đảm bảo sự phối hợp chặt chẽ và bình đẳng giữa đại diện lao động và đại diện người sử dụng lao động. Để đảm bảo quyền, lợi ích của người lao động, tổ chức công đoàn thực hiện quyền của mình từ khi xác lập quan hệ lao động, thay đổi quan hệ lao động cho đến khi chấm dứt quan hệ lao động. Tổ chức công đoàn vừa tham gia với vai trò đại diện, vừa tham gia với ý nghĩa bảo vệ tập thể người lao động, góp phần đảm bảo quan hệ lao động hài hoà ổn định. Bên cạnh đó, pháp luật lao động cũng quy định Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam hoặc Liên minh Hợp tác xã Việt Nam là những tổ chức đại diện cho người sử dụng lao động trong quan hệ lao động. Để đảm bảo cho mối quan hệ lao động bền vững, trong quá trình thực hiện chức năng đại diện của tập thể lao động, cần có sự phối kết hợp giữa đại diện hai bên. Hiệu quả của việc xây dựng và duy trì vị thế bình đẳng của hai đại diện trong quan hệ lao động phụ thuộc vào thái độ hợp tác, tôn trọng lẫn nhau giữa tổ chức công đoàn với Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam và Liên minh Hợp tác xã Việt Nam.

### **3.2. Những giải pháp cụ thể**

*Thứ nhất*, Nhà nước cần xúc tiến nhanh việc ban hành mới Luật Công đoàn và Bộ luật Lao động, cụ thể cần bổ sung những nội dung sau:

- Cần quy định cụ thể thẩm quyền đại diện của tập thể lao động trong các doanh nghiệp không có công đoàn cơ sở.

- Cần quy định cụ thể mối quan hệ giữa Ban chấp hành công đoàn cơ sở với người sử dụng lao động trong tổ chức đối thoại lao động, trong xây dựng mối quan hệ lao động tập thể...

- Cần quy định cụ thể quyền lợi, chế độ của người lao động làm công tác công đoàn không chuyên trách.

- Cần quy định cụ thể thẩm quyền của công đoàn địa phương và công đoàn ngành trong việc phối hợp kết hợp với công đoàn cơ sở thực hiện chức năng đại diện trong quan hệ lao động.

- Cần quy định cụ thể thẩm quyền của công đoàn cơ sở theo hướng sửa đổi các loại thẩm quyền chung, tăng thẩm quyền của công đoàn cơ sở trong lĩnh vực riêng biệt như quyền của công đoàn cơ sở trong ký kết thoả ước lao động tập thể, xây dựng nội quy lao động, giải quyết tranh chấp, xử lý kỷ luật lao động, đối thoại tập thể... Trong đó, cần quy định cụ thể quyền của công đoàn địa phương và công đoàn ngành đối với công đoàn cơ sở trong các lĩnh vực trên.

- Cần quy định cụ thể quyền của công đoàn cơ sở trong các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài.

- Pháp luật cần quy định theo hướng tăng mức chế tài xử phạt các hành vi vi phạm liên quan đến hoạt động của tổ chức công đoàn.

*Thứ hai*, cần sửa đổi các chế định điều chỉnh quan hệ lao động và quan hệ liên quan đến quan hệ lao động. Việc sửa đổi các chế định này tạo ra hành lang pháp lý hữu hiệu cho công đoàn thực hiện chức năng đại diện lao động. Để đảm bảo những quy định của pháp luật về đại diện lao động mang tính khả thi thì việc thực hiện pháp luật về tổ chức công đoàn phải nằm trong mối quan hệ với việc thực hiện các chế định cụ thể về thoả ước lao động tập thể, nội quy lao động, hợp đồng lao động, tiền lương, kỷ luật lao động, trách nhiệm vật chất, thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi, việc làm, giải quyết tranh chấp lao động...

*Thứ ba*, cần nâng cao trách nhiệm và sự phối hợp giữa cơ quan quản lý nhà nước với tổ chức công đoàn. Cần có sự phối hợp chặt chẽ giữa Bộ Lao động - Thương binh và xã hội với Tổng liên đoàn lao động Việt Nam trong việc hoạch định các chính sách, chế độ liên quan đến người lao động.

*Thứ tư*, nâng cao ý thức trách nhiệm của

người lao động và người sử dụng lao động trong việc thực hiện vai trò đại diện của tổ chức công đoàn. Người sử dụng lao động phải có tinh thần, thái độ hợp tác, trách nhiệm trên cơ sở tôn trọng lẫn nhau để đảm bảo cho hoạt động của tổ chức công đoàn. Người sử dụng lao động phải tạo mọi điều kiện cho tổ chức công đoàn hoạt động, không được sa thải vì lý do gia nhập, thành lập hoặc thực hiện công việc của công đoàn, phân biệt đối xử vì lý do gia nhập, thành lập hoặc thực hiện công việc của tổ chức công đoàn, tạo việc làm với điều kiện không gia nhập hoặc rút khỏi tổ chức công đoàn. Ngoài ra, người sử dụng lao động phải cung cấp phương tiện hoạt động và cải thiện điều kiện làm việc cho hoạt động của tổ chức công đoàn, phải đảm bảo chế độ, chính sách tiền lương cho cán bộ làm công tác công đoàn.

Đối với người lao động, để đảm bảo vai trò đại diện của tổ chức công đoàn hoạt động có hiệu quả, người lao động phải phát huy sức mạnh của tập thể, đặc biệt là của các công đoàn viên. Người lao động phải có ý thức tự giác thực hiện đúng pháp luật lao động, tôn trọng quyền của tổ chức đại diện và hợp tác với tổ chức công đoàn trong quá trình thực hiện quan hệ lao động.

*Thứ năm*, cần nâng cao hơn nữa vai trò, vị trí và chức năng của tổ chức công đoàn.

Đối với công đoàn cấp trên, cần có sự chỉ đạo chặt chẽ, kịp thời mang tính khả thi trong hoạt động của tổ chức công đoàn cơ sở. Công đoàn cấp trên cần phải xây dựng chiến lược hoạt động lâu dài cho tổ chức công đoàn cấp dưới, trong đó công đoàn cấp trên vừa tham gia vào quá trình chỉ đạo, vừa tham gia kiểm tra, giám sát chặt chẽ hoạt động của công đoàn cơ sở, vừa tạo điều kiện để hỗ trợ cho tổ chức công đoàn cơ sở hoạt động có hiệu quả. Công đoàn cấp trên phải thường xuyên tổ chức khảo sát, đánh giá chất lượng hoạt động của công đoàn, đề nghị sửa đổi các chế độ chính sách liên quan đến người lao động. Công đoàn cấp trên cần thực hiện tốt công tác quản lý, quy hoạch, đào tạo bồi dưỡng nguồn cho tổ chức công đoàn cơ sở. Xây dựng và cụ thể hóa mô

hình tổ chức và nội dung hoạt động của tổ chức công đoàn phù hợp với các loại hình doanh nghiệp, cơ quan, đơn vị. Đặc biệt, tập trung đầu tư xây dựng công đoàn trong các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, xây dựng lực lượng cán bộ công đoàn chuyên trách cho các doanh nghiệp này. Tổ chức công đoàn cấp trên cần đổi mới phương thức hành động, có bước đi hiệu quả trong việc xây dựng vai trò vị trí của mình.

Đối với công đoàn ngành, cần tăng cường năng lực và trách nhiệm của công đoàn ngành trung ương trong quá trình triển khai chỉ đạo hoạt động của tổ chức công đoàn cũng như trong việc hỗ trợ cho công đoàn ngành địa phương thực hiện quyền và nghĩa vụ của mình.

Đối với tổ chức công đoàn cơ sở, thường xuyên tổ chức các buổi tập huấn để nâng cao năng lực của công đoàn, tuyên truyền các đường lối chính sách của Đảng và pháp luật của Nhà nước liên quan đến quyền và lợi ích của các bên trong quan hệ lao động. Tổ chức công đoàn cơ sở phải xây dựng các “sân chơi” hấp dẫn cho người lao động và người sử dụng lao động tham gia. Tổ chức công đoàn cơ sở phải xây dựng đội ngũ cán bộ công đoàn cốt cán đủ năng lực và trình độ để bảo vệ quyền lợi cho tập thể lao động. Tổ chức công đoàn cơ sở thực hiện tốt quy chế dân chủ ở cơ sở, xây dựng mô hình và phương pháp đào tạo cán bộ công đoàn một cách có hiệu quả. Thường xuyên đổi mới nội dung, phương pháp hoạt động của tổ chức công đoàn, cải tiến lề lối làm việc của tổ chức công đoàn cơ sở. Tổ chức công đoàn cần nâng cao vai trò kiểm tra, giám sát việc thực hiện các quy định của pháp luật lao động liên quan đến người lao động, xây dựng cơ chế tổ chức đối thoại giữa tập thể lao động với người sử dụng lao động. Thường xuyên bồi dưỡng, nâng cao trình độ, năng lực hoạt động cho cán bộ công đoàn.

*Thứ sáu*, nâng cao vai trò thanh tra, kiểm tra, xử lý nghiêm minh mọi hành vi vi phạm pháp luật về đại diện lao động nói riêng và các hành vi vi phạm pháp luật về lao động nói chung. ■

# TIỀN LƯƠNG CỦA CÔNG NHÂN TRONG CÁC DOANH NGHIỆP TƯ NHÂN

■ BÙI NGỌC THANH \*

**T**ính đến năm 2008, tổng số lao động cả nước đang làm việc trong các loại hình doanh nghiệp là khoảng 8,3 triệu người, trong đó, lao động thuộc các doanh nghiệp nhà nước (DNNN) chiếm 20%, doanh nghiệp đầu tư nước ngoài (DNFDI) 24,4%, doanh nghiệp ngoài nhà nước (chủ yếu là doanh nghiệp tư nhân - DNTN) 56,6%.

Thu nhập bình quân/tháng của người lao động trong các loại hình doanh nghiệp như sau:

Trong tổng thu nhập hàng tháng của người lao động thì khoảng 90% là từ tiền lương (ví dụ năm 2006, DNNN là 90,50%; DN FDI là 90,64% và DNTN là 90,12%)<sup>1</sup>.

Từ các số liệu đã dẫn trên cho thấy, *tiền lương và thu nhập của lao động trong các loại*

Năm	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
DNNN	1072	1157	1309	1617	1693	2140	2633	2950	3150
DNFDI	1767	1673	1897	1774	1780	1945	2175	2240	2750
DNTN	737	803	916	1046	1135	1303	1488	1930	1990

(\*) TS. Kinh tế lao động; nguyên Ủy viên UBTVQH, nguyên Chủ nhiệm VPQH.

(1) Nguồn: Báo cáo tổng hợp đề tài khoa học độc lập cấp nhà nước mã số ĐTĐI 2007. G/50 của Bộ Lao động - Thương binh và xã hội, bảo vệ năm 2009, kết quả xuất sắc; xem các trang 75- 96.

hình doanh nghiệp rất thấp, trong các DNTN còn thấp hơn mà các DNTN lại chiếm tuyệt đại bộ phận việc làm trong các loại hình doanh nghiệp. Chúng tôi sẽ đề cập tới một vài nguyên nhân của tình hình dưới.

1, Trước hết phải nói rằng, việc làm, tiền lương, thu nhập và nhiều vấn đề khác hiện nay cơ bản vẫn do người sử dụng lao động quyết định, trong khi Điều 55 Bộ luật Lao động (BLLĐ) hiện hành quy định: tiền lương của người lao động do hai bên thỏa thuận trong hợp đồng lao động và được trả theo năng suất lao động, chất lượng và hiệu quả công việc.

Tại sao BLLĐ quy định như vậy mà trên thực tế lại do người sử dụng lao động quyết định về cơ bản? Số liệu điều tra của Bộ Lao động - Thương binh và xã hội năm 2008 cho thấy, trong các DNTN vẫn còn tới 52% số doanh nghiệp chưa có tổ chức công đoàn, trong khi DNFDI chỉ còn 19,5%, DNNN chỉ còn 2,6%. Đã thế, vai trò của nhiều tổ chức công đoàn lại rất kém, chỉ có 21,2% số tổ chức công đoàn trong các DNTN là hoạt động có hiệu quả (trong khi các DNFDI là 24,7% và DNNN là 65,2%). Những nơi chưa có tổ chức công đoàn thì không thể nào đàm phán, thương lượng được với giới chủ (người sử dụng lao động) để ký thỏa ước lao động tập thể (thỏa ước lao động tập thể bao gồm những nội dung hết sức quan trọng đối với từng người lao động cũng như cả tập thể lao động của doanh nghiệp mà khoản 2 Điều 46 BLLĐ đã quy định, đó là: việc làm và bảo đảm việc làm; thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi; tiền lương, tiền thưởng, phụ cấp tiền lương; định mức lao động; an toàn lao động, vệ sinh lao động và bảo hiểm xã hội đối với người lao động). Thỏa ước lao động tập thể là căn cứ chủ yếu để từng người lao động ký hợp đồng lao động cá nhân với người sử dụng lao động. Những nơi chưa có tổ chức công đoàn thì giới chủ áp đặt, quyết định tất cả. Những nơi có tổ chức công đoàn nhưng hoạt động kém hiệu quả, thì dù có đàm phán, thương lượng... cũng không thể nào đem lại đầy đủ quyền lợi cho người lao động mà luật pháp đã quy định.

Tiền lương, thu nhập của người lao động ở các DNTN còn thấp hơn nhiều so với người lao động trong các DNNN và DNFDI (năm 2000 chỉ bằng 68,7% so với DNNN và bằng 41,7% so với DNFDI; năm 2008 tương ứng bằng 63,2% và 72,5%), dẫn đến đời sống của họ rất khó khăn, chật vật.

2, Định mức lao động trong các DNTN quá cao. Có một thiếu sót ở tầm vĩ mô là, từ khi nền kinh tế được vận hành theo cơ chế thị trường có sự quản lý của Nhà nước và nhất là từ khi chuyển hẳn sang nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa thì việc quản lý nhà nước về định mức lao động hầu như không thực hiện được (không xây dựng và công bố được các định mức mẫu, không hướng dẫn, không kiểm tra được công tác định mức lao động ở cơ sở...).

Ngược lại, do phải hạch toán chính xác để biết được thực chất lỗ - lãi, các doanh nghiệp lại xiết chặt công tác định mức, trong đó có định mức lao động. Không ít các doanh nghiệp có hai loại định mức lao động. Loại định mức theo đúng nghĩa "... là sự quy định hao phí lao động cần thiết để hoàn thành một công việc nào đó trong những điều kiện nhất định về tổ chức - kỹ thuật, về sinh lý và về kinh tế - xã hội"; loại định mức lao động đúng đắn này sẽ giúp doanh nghiệp hạch toán giá thành một cách chính xác, biết rõ thực chất các khoản lỗ - lãi, nó được doanh nghiệp giữ bí mật (chỉ lãnh đạo và người làm công tác định mức lao động được biết). Loại định mức lao động cao hơn định mức đúng nghĩa (bình thường) từ 1,2 đến 1,5 lần và cao hơn nữa là công cụ để giới chủ khai thác triệt để sức lao động của công nhân. Định mức này được công bố cho toàn thể công nhân thực hiện. Vì phải thực hiện định mức lao động quá cao nên công nhân khó có thể hoàn thành được khối lượng công việc trong ca làm việc, buộc phải làm thêm giờ. Ở một số doanh nghiệp, nhiều công nhân đã làm tới 12 giờ, thậm chí 14 giờ/ngày mà vẫn không hoàn thành định mức lao động. Một số chủ doanh nghiệp tuyên bố đồng ý rằng, công nhân tự kéo dài thời gian làm việc trong ngày để tăng

thu nhập chứ chúng tôi không yêu cầu họ làm thêm giờ! Ở những doanh nghiệp này cũng thường xuyên thay đổi một số lượng khá lớn người lao động do nhiều lý do, trong đó có lý do người lao động không hoàn thành nhiệm vụ, mà thực chất là chủ sử dụng đã khai thác cạn kiệt sức lao động của họ; còn công nhân thì thường xuyên thu nhập thấp, không đủ để tái sản xuất sức lao động giản đơn (chưa nói đến tái sản xuất sức lao động kỹ thuật và tái sản xuất sức lao động thể hệ sau) nên cũng không mặn mà với doanh nghiệp. Đây cũng là một trong những nguyên nhân cơ bản của sự di chuyển, biến động lao động với cường độ mạnh trong thời gian qua và hiện nay.

3, *Việc xây dựng và thực hiện chính sách tiền lương tối thiểu còn nhiều khiếm khuyết.* Nhìn lại quá trình xây dựng và thực hiện mức lương tối thiểu trong 20 năm qua cho thấy, bên cạnh những thành quả đã đạt được thì còn những khiếm khuyết, tồn tại rất đáng lưu tâm, trong đó khiếm khuyết đáng lưu ý nhất là, trong nhiều phương pháp tiếp cận mức lương tối thiểu, Nhà nước chỉ căn cứ chủ yếu vào khả năng ngân sách để quyết định, ít chú ý đến việc bảo đảm nhu cầu tối thiểu của người lao động có nuôi con (trong khi tiền lương của doanh nghiệp là do chính doanh nghiệp tạo ra, không phải lấy từ ngân sách nhà nước). Từ đó, mức lương tối thiểu được công bố để thực hiện luôn luôn thấp hơn thực tế nhu cầu tối thiểu khoảng 30%. Theo tính toán của Viện Khoa học lao động và xã hội (Bộ Lao động - Thương binh và xã hội) thì *mức lương tối thiểu bảo đảm chi phí cho nhu cầu tối thiểu của người lao động có nuôi con* như quy định tại Điều 56 BLLĐ thì năm 2006 phải là 679.000 đồng; năm 2008 là 792.000 đồng; năm 2010 là 924.000 đồng<sup>2</sup>. Trong khi đó, thực tế mức lương tối thiểu chung đã được công bố và thực hiện là: năm 2006 chỉ 450.000 đồng, bằng 66,27%; năm 2008 tăng lên 540.000 đồng, bằng 68,18%; năm 2010 tăng lên 730.000 đồng, bằng 79,00% so với

mức lương tối thiểu bảo đảm chi phí cho nhu cầu tối thiểu của người lao động có nuôi con.

Chúng ta biết rằng, mức lương tối thiểu chung theo quy định tại Điều 56 BLLĐ là *căn cứ để tính các mức lương cho các loại lao động khác*. Do đó, mức lương tối thiểu của các doanh nghiệp, trong đó có DNTN không thể thoát ly mức lương tối thiểu chung đã được công bố.

Ngoài khiếm khuyết quy định và công bố mức lương tối thiểu luôn luôn thấp hơn nhu cầu tối thiểu của người lao động khoảng 30%, thì một khiếm khuyết khác là thời điểm công bố thực hiện thường muộn hơn thời điểm tính toán khoảng ba năm. Ví dụ, mức lương tối thiểu năm 2010 đang được thực hiện là 730.000 đồng thì năm 2007, con số này lẽ ra đã phải là 733.000 đồng. Trong ba năm đó, giá cả lại đã trượt lên mỗi năm khoảng 7-8%. Như vậy trên thực tế, mức lương tối thiểu khi công bố để thực hiện chỉ còn bằng 50-60% so với thực tế<sup>3</sup>.

Các doanh nghiệp nói chung, DNTN nói riêng luôn chỉ công bố và thực hiện mức lương tối thiểu “nhỉnh hơn” mức lương tối thiểu được Nhà nước công bố một chút để khỏi vi phạm Điều 55 BLLĐ: “Mức lương của người lao động không được thấp hơn mức lương tối thiểu do Nhà nước quy định”.

4, *Hướng khắc phục các khiếm khuyết:* Ba nguyên nhân của tình trạng tiền lương và thu nhập của công nhân trong các doanh nghiệp quá thấp, ảnh hưởng lớn đến đời sống vật chất và tinh thần của họ đều là những nguyên nhân chủ quan xuất phát từ con người, trong đó phần trách nhiệm của Nhà nước là không nhỏ, cần sớm được khắc phục.

*Trước hết*, trong doanh nghiệp nhất thiết phải có tổ chức đại diện cho người lao động. Muốn vậy, song song với việc thành lập doanh nghiệp chúng ta phải thành lập công đoàn doanh nghiệp. Đưa việc có tổ chức công đoàn ngay từ khi thành lập doanh nghiệp thành một điều

(2) Nguồn: Chính sách tiền lương tối thiểu ở Việt Nam; Nxb Lao động - xã hội, H. 2007, tr 53.

(3) *TĐĐ.*

kiện để thành lập doanh nghiệp là rất cần thiết. Đây là điều kiện bắt buộc, tránh tình trạng cho thành lập doanh nghiệp rồi sau đó dấy dưng có công đoàn cũng được, không cũng không sao, còn cơ quan chức năng thì chạy theo kiểm tra, đôn đốc như “đuôi bóng bắt hình” mà không sao “bắt” được. Và đến lúc này, cũng rất cần chuẩn hóa lại các điều kiện thành lập doanh nghiệp để giảm bớt tình trạng “doanh nghiệp ma” do các quy định quá dễ dàng, thông thoáng trong việc thành lập, trong đó có việc “tổ chức công đoàn sẽ được tính sau”. Việc sửa đổi, bổ sung BLLĐ và Luật Công đoàn sắp tới cũng cần thể hiện theo hướng bắt buộc phải có tổ chức công đoàn từ khi thành lập doanh nghiệp, kiên quyết xóa bỏ tình trạng có đủ điều kiện nhưng vẫn trốn tránh việc thành lập tổ chức công đoàn.

Hai là, phải tăng cường quản lý nhà nước về công tác định mức lao động. Cơ quan quản lý nhà nước về lao động phải nghiên cứu tổng kết tình hình định mức lao động từ khi thực thi nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa đến nay; nghiên cứu đưa ra các định mức mẫu, hướng dẫn việc xây dựng định mức lao động ở cơ sở và thanh tra, kiểm tra nghiêm ngặt việc thực hiện. Công đoàn doanh nghiệp phải đàm phán quyết liệt, dân chủ, bình đẳng với chủ sử dụng lao động trong việc quyết

định các định mức lao động cụ thể của doanh nghiệp theo tinh thần Điều 46 BLLĐ; khi các điều kiện thực hiện định mức lao động đã thay đổi nhiều thì phải kịp thời đưa ra yêu cầu đàm phán, thương lượng để điều chỉnh lại cho phù hợp với tình hình mới.

Ba là, Chính phủ xây dựng và công bố mức lương tối thiểu phải đúng với nhu cầu thực tế cuộc sống ở thời điểm công bố, “mức lương tối thiểu được ấn định theo giá sinh hoạt, bảo đảm cho người lao động làm công việc giản đơn nhất trong điều kiện lao động bình thường bù đắp sức lao động giản đơn và một phần tích lũy tái sản xuất sức lao động mở rộng...” (Điều 56 BLLĐ). Cũng cần phải nói thêm rằng, khiêm khuyết thứ ba nói trên là khiêm khuyết lớn, có phần nặng nề vì nó ảnh hưởng đến đời sống của toàn bộ lao động hưởng lương chứ không riêng gì lao động trong các doanh nghiệp. Nếu xây dựng và công bố mức lương tối thiểu đúng với nhu cầu thực tế ở thời điểm công bố sẽ là một bước khắc phục vô cùng hiệu quả, khơi dậy một cách mãnh liệt tinh thần lao động của tất cả những người đang làm việc ở mọi lĩnh vực (không riêng gì trong doanh nghiệp). Đây cũng là thái độ nghiêm túc nhất trong việc thi hành pháp luật lao động. ■

## ĐỔI MỚI CƠ CHẾ KIỂM TRA TÍNH HỢP HIẾN,...

(Tiếp theo trang 25)

bản của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh cần được chuyển cho Tòa hành chính thuộc Tòa án nhân dân cấp tỉnh (Điều 114); quyền của Thủ tướng giám sát văn bản của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ cần chuyển cho Tòa hành chính thuộc Tòa án nhân dân tối cao (Điều 114).

Ngoài ra, việc thừa nhận quyền giám sát tư pháp của Tòa hành chính cũng liên quan đến

quá trình cải cách tư pháp ở Việt Nam hiện nay. Việt Nam đang chủ trương cải cách hệ thống toà án theo cấp xét xử, không tổ chức toà án theo đơn vị hành chính lãnh thổ như hiện nay. Điều này là một yếu tố cần thiết cho sự tồn tại chế độ giám sát tư pháp của Tòa hành chính. Nếu Tòa hành chính cấp tỉnh còn được tổ chức theo đơn vị hành chính cấp tỉnh thì khó có thể thực hiện được việc Tòa hành chính phán quyết về tính hợp hiến các văn bản của Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân cấp tỉnh. Tòa hành chính chỉ có thể thực hiện một cách thực tế quyền giám sát tư pháp của mình nếu Tòa hành chính được tổ chức độc lập với cơ quan chính quyền địa phương. ■



# SỬA ĐỔI, BỔ SUNG

## BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 1999 ĐỐI VỚI CÁC TỘI PHẠM VỀ THAM NHŨNG

■ ĐINH VĂN QUẾ\*

### 1. Pháp luật và pháp luật hình sự về đấu tranh phòng, chống tham nhũng

Pháp lệnh Chống tham nhũng năm 1998 đã liệt kê 11 hành vi tham nhũng được xây dựng trên cơ sở Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật Hình sự (BLHS) ngày 10/5/1997 về các tội tham nhũng bao gồm: tham ô tài sản xã hội chủ nghĩa (XHCN); nhận hối lộ; dùng tài sản XHCN làm của hối lộ; lợi dụng chức vụ, quyền hạn để đưa hối lộ, môi giới hối lộ; lợi dụng chức vụ, quyền hạn lừa đảo chiếm đoạt tài sản XHCN, lạm dụng tín nhiệm chiếm đoạt tài sản XHCN; lợi dụng chức vụ, quyền hạn sử dụng trái phép tài sản XHCN; lợi dụng chức vụ, quyền hạn chiếm đoạt tài sản của cá nhân; lợi dụng chức vụ, quyền hạn trong khi thi hành nhiệm vụ, công vụ để vụ lợi; lạm quyền trong khi thi hành nhiệm vụ, công vụ để vụ lợi; lợi dụng chức vụ, quyền hạn gây ảnh hưởng đối với người khác để trục lợi; lập quỹ trái phép; giả mạo trong công tác để vụ lợi.

Tuy nhiên trong quá trình xây dựng BLHS năm 1999, Ban soạn thảo đã xem xét lại, những

hành vi đích thực là tham nhũng thì quy định trong Mục A Chương XXI, còn lại các hành vi tuy có lợi dụng chức vụ, quyền hạn nhưng không được coi là tham nhũng thì đưa về các chương khác cho phù hợp với tính chất của hành vi phạm tội.

Để phù hợp với quy định tại BLHS năm 1999, ngày 28/4/2000, Ủy ban Thường vụ Quốc hội ban hành Pháp lệnh sửa đổi, bổ sung một số điều của Pháp lệnh Chống tham nhũng, trong đó chỉ còn quy định bảy hành vi được coi là tham nhũng và tương đương với bảy tội danh được quy định trong Bộ luật này, bao gồm: tham ô tài sản; nhận hối lộ; lạm dụng chức vụ, quyền hạn chiếm đoạt tài sản; lợi dụng chức vụ, quyền hạn trong khi thi hành công vụ vì vụ lợi; lạm quyền trong khi thi hành công vụ vì vụ lợi; lợi dụng chức vụ, quyền hạn gây ảnh hưởng đối với người khác để trục lợi; giả mạo trong công tác để vụ lợi.

Tuy nhiên, do yêu cầu của công cuộc đấu tranh phòng, chống tham nhũng trong tình hình hiện nay, tại kỳ họp thứ 8 Quốc hội khóa

(\*) Chánh Tòa hình sự, Tòa án nhân dân tối cao.

XI ngày 29/11/2005, Quốc hội đã thông qua Luật Phòng, chống tham nhũng (Luật PCTN). Điều 3 của Luật này đã quy định 12 hành vi tham nhũng chứ không phải là 11 hành vi hay bảy hành vi như các pháp lệnh trước đó của Ủy ban Thường vụ Quốc hội. Theo Điều 3 của Luật PCTN năm 2005 thì các hành vi tham nhũng bao gồm: tham ô tài sản; nhận hối lộ; lạm dụng chức vụ, quyền hạn chiếm đoạt tài sản; lợi dụng chức vụ, quyền hạn trong khi thi hành công vụ vì vụ lợi; lạm quyền trong khi thi hành công vụ vì vụ lợi; lợi dụng chức vụ, quyền hạn gây ảnh hưởng đối với người khác để trục lợi; giả mạo trong công tác để vụ lợi; đưa hối lộ, môi giới hối lộ được thực hiện bởi người có chức vụ, quyền hạn để giải quyết công việc của cơ quan, tổ chức, đơn vị hoặc địa phương vì vụ lợi; lợi dụng chức vụ, quyền hạn sử dụng trái phép tài sản của Nhà nước vì vụ lợi; những nhiễu vì vụ lợi; không thực hiện nhiệm vụ, công vụ vì vụ lợi; lợi dụng chức vụ, quyền hạn để bao che cho người có hành vi vi phạm pháp luật vì vụ lợi; cản trở, can thiệp trái pháp luật vào việc kiểm tra, thanh tra, kiểm toán, điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án vì vụ lợi.

Như vậy, các tội phạm về tham nhũng quy định tại Mục A Chương XXI BLHS năm 1999 cũng không còn phù hợp. BLHS năm 1999 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2009 nhưng chưa sửa đổi, bổ sung các tội phạm về tham nhũng, nên các tội phạm về tham nhũng quy định tại Mục A Chương XXI vẫn là bảy tội.

Theo chúng tôi, khi xử lý các hành vi tham nhũng cần phải quán triệt rằng, sau khi Luật PCTN có hiệu lực thì những hành vi đã được quy định tại Điều 3 Luật PCTN là hành vi tham nhũng, nhưng những hành vi này lại được quy định là tội phạm trong các chương khác của BLHS sự năm 1999 thì cũng phải coi đó là tội phạm về tham nhũng. Ví dụ: hành vi dùng tài sản nhà nước để đưa hối lộ được quy định tại Điều 289 BLHS năm 1999 chỉ là tình tiết định khung hình phạt và Tội đưa hối lộ (Điều 289) chỉ là tội phạm khác về chức vụ chứ không phải

là tội phạm về tham nhũng, nhưng sau khi Luật PCTN năm 2005 có hiệu lực thì hành vi dùng tài sản của Nhà nước để đưa hối lộ nhằm được giải quyết công việc của cơ quan, tổ chức, đơn vị hoặc địa phương mình, phải được coi là tội phạm về tham nhũng.

Theo quy định của Luật PCTN, ngoài các tội phạm đã được quy định tại Mục A Chương XXI BLHS năm 1999 là các tội phạm về tham nhũng thì còn một số hành vi tham nhũng chưa được quy định là tội phạm hoặc tuy đã quy định là tội phạm nhưng chưa được coi là tội phạm về tham nhũng.

Đối với các hành vi tham nhũng đã được quy định là tội phạm, mặc dù BLHS chưa quy định tại Mục A Chương XXI thì khi điều tra, truy tố và xét xử, các cơ quan tiến hành tố tụng cần phải coi đó là tội phạm về tham nhũng vì Luật PCTN là văn bản pháp luật có giá trị ngang với BLHS và được ban hành sau BLHS năm 1999. Tuy nhiên, về tội danh, điều luật, các cơ quan tiến hành tố tụng vẫn phải áp dụng BLHS năm 1999 đối với người phạm tội.

Đối với các hành vi tham nhũng quy định tại Luật PCTN nhưng chưa quy định trong BLHS thì không bị coi là tội phạm, vì theo quy định tại Điều 2 của BLHS, “chỉ người nào phạm một tội đã được BLHS quy định mới phải chịu trách nhiệm hình sự”. Những hành vi tham nhũng này chỉ bị coi là tội phạm khi BLHS năm 1999 được sửa đổi, bổ sung có quy định.

## 2. Sửa đổi, bổ sung Bộ luật Hình sự năm 1999 đối với các tội phạm về tham nhũng

Từ những nội dung đã đề cập trên và căn cứ vào quy định tại Điều 3 Luật PCTN thì BLHS năm 1999 cần được sửa đổi, bổ sung thêm một số tội như sau:

### 2.1. Bổ sung Tội lợi dụng chức vụ, quyền hạn đưa hối lộ hoặc làm môi giới hối lộ

Theo quy định tại Khoản 8 Điều 3 Luật PCTN thì hành vi đưa hối lộ, môi giới hối lộ được thực hiện bởi người có chức vụ, quyền hạn để giải quyết công việc của cơ quan, tổ chức, đơn vị hoặc địa phương vì vụ lợi là



hành vi tham nhũng. Do đó, cần quy định tội lợi dụng chức vụ, quyền hạn đưa hối lộ hoặc làm môi giới hối lộ với cấu tạo của điều luật như sau:

***Điều ... Tội lợi dụng chức vụ, quyền hạn đưa hối lộ hoặc làm môi giới hối lộ***

1. Người nào vì vụ lợi mà lợi dụng chức vụ, quyền hạn đưa hối lộ hoặc làm môi giới hối lộ để giải quyết công việc của cơ quan, tổ chức, đơn vị hoặc địa phương mình mà của hối lộ có giá trị từ hai triệu đồng đến dưới mười triệu đồng hoặc dưới năm trăm nghìn đồng nhưng gây hậu quả nghiêm trọng hoặc vi phạm nhiều lần thì bị phạt tù từ một năm đến bảy năm.

2. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ năm năm đến mười hai năm:

- a) Có tổ chức;
- b) Phạm tội nhiều lần;
- c) Gây hậu quả nghiêm trọng.

3. Phạm tội gây hậu quả rất nghiêm trọng hoặc đặc biệt nghiêm trọng, thì bị phạt tù từ mười năm đến hai mươi năm.

4. Người phạm tội còn bị cấm đảm nhiệm chức vụ nhất định từ một năm đến năm năm,

*có thể bị phạt tiền từ ba triệu đồng đến ba mươi triệu đồng.*

***2.2. Khôi phục lại Tội lợi dụng chức vụ, quyền hạn sử dụng trái phép tài sản của Nhà nước***

BLHS năm 1985 có quy định Tội lợi dụng chức vụ, quyền hạn sử dụng trái phép tài sản XHCN (Điều 137a). Tuy nhiên, khi xây dựng BLHS năm 1999, nhà làm luật đã nhập Điều 137a với Điều 137 và quy định Tội sử dụng trái phép tài sản tại Điều 142 BLHS năm 1999. Nay, theo quy định tại Khoản 9 Điều 3 Luật PCTN thì hành vi lợi dụng chức vụ, quyền hạn sử dụng trái phép tài sản của Nhà nước vì vụ lợi cũng là hành vi tham nhũng. Do đó, cần khôi phục lại tội lợi dụng chức vụ, quyền hạn sử dụng trái phép tài sản của Nhà nước với cấu tạo của điều luật như sau:

***Điều ... Tội lợi dụng chức vụ, quyền hạn sử dụng trái phép tài sản của Nhà nước***

1. Người nào vì vụ lợi mà lợi dụng chức vụ, quyền hạn sử dụng trái phép tài sản của Nhà nước có giá trị từ năm mươi triệu đồng trở lên gây hậu quả nghiêm trọng hoặc đã bị xử lý kỷ luật về hành vi này hoặc đã bị kết án về tội này,

chưa được xoá án tích mà còn vi phạm, thì bị phạt tù từ một năm đến năm năm.

2. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ năm năm đến mười lăm năm:

- a) Có tổ chức;
- b) Phạm tội nhiều lần;
- c) Gây hậu quả rất nghiêm trọng;

3. Phạm tội gây hậu quả đặc biệt nghiêm trọng thì bị phạt tù từ mười năm đến mười lăm năm.

4. Người phạm tội còn bị cấm đảm nhiệm chức vụ nhất định nhất định từ một năm đến năm năm, có thể bị phạt tiền từ ba triệu đồng đến ba mươi triệu đồng.

### 2.3. Quy định Tội những nhiều

Theo quy định tại Khoản 10 Điều 3 Luật PCTN thì hành vi những nhiều vì vụ lợi cũng là hành vi tham nhũng. Hành vi này cũng đã được quy định tại điểm đ Khoản 2 Điều 279 BLHS về Tội nhận hối lộ với tên gọi là “sách nhiễu”. Sách nhiễu và những nhiều tuy về bản chất giống nhau, nhưng là hai khái niệm khác nhau. Sách nhiễu cũng là những nhiều nhưng là để đòi hỏi người bị sách nhiễu phải đáp ứng yêu cầu của người có hành vi sách nhiễu (đòi hối lộ), còn những nhiều có nội dung rộng hơn sách nhiễu, có những hành vi những nhiều không mang tính chất của sách nhiễu (đòi hối lộ). Do đó, cần quy định tội những nhiều vì vụ lợi. Tuy nhiên, nếu hành vi những nhiều thuộc trường hợp “sách nhiễu” thì bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo điểm đ Khoản 2 Điều 279 BLHS.

#### Điều ... Tội những nhiều

1. Người nào vì vụ lợi mà lợi dụng chức vụ, quyền hạn mà có hành vi cửa quyền, hách dịch, gây khó khăn, phiền hà gây thiệt hại cho lợi ích của Nhà nước, của xã hội, quyền, lợi ích hợp pháp của công dân, nếu không thuộc trường hợp quy định tại điểm đ khoản 2 Điều 279 Bộ luật này thì bị phạt tù từ một năm đến năm năm.

2. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ hai năm đến

năm năm:

- a) Phạm tội nhiều lần;
- b) Gây hậu quả rất nghiêm trọng;

3. Phạm tội gây hậu quả đặc biệt nghiêm trọng thì bị phạt tù từ ba năm đến mười năm.

4. Người phạm tội còn bị cấm đảm nhiệm chức vụ nhất định nhất định từ một năm đến năm năm, có thể bị phạt tiền từ ba triệu đồng đến ba mươi triệu đồng.

### 2.4. Quy định Tội không thực hiện nhiệm vụ, công vụ vì vụ lợi

Theo quy định tại Khoản 11 Điều 3 Luật PCTN thì hành vi không thực hiện nhiệm vụ, công vụ vì vụ lợi cũng là hành vi tham nhũng. Hành vi này cũng đã được quy định trong BLHS như: Tội thiếu trách nhiệm gây hậu quả nghiêm trọng (Điều 285); Tội đào nhiệm (Điều 288) và một số tội xâm phạm hoạt động tư pháp như: Tội không truy cứu trách nhiệm hình sự người có tội (Điều 294); Tội thiếu trách nhiệm để người bị giam, giữ trốn (Điều 301); Tội không thi hành án (Điều 305); Tội từ chối khai báo, từ chối kết luận giám định hoặc từ chối cung cấp tài liệu (Điều 308). Nhưng trong tất cả tội phạm này, dấu hiệu vì vụ lợi không phải là dấu hiệu bắt buộc cấu thành tội phạm, mặc dù trong một số tội có thể người phạm tội vì vụ lợi. Tuy nhiên, nếu vì vụ lợi mà phạm tội thì tùy trường hợp người phạm tội có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự về tội phạm khác tương ứng như: nhận tiền hoặc tài sản mà không ra quyết định thi hành án thì ngoài Tội không ra quyết định thi hành án, người phạm tội còn bị truy cứu trách nhiệm hình sự về Tội nhận hối lộ. Nay Luật PCTN quy định, hành vi không thực hiện nhiệm vụ, công vụ vì vụ lợi là hành vi tham nhũng, nên đặt ra vấn đề là: có cần quy định một tội danh riêng không, nếu quy định thành tội danh riêng thì các hành vi không thực hiện nhiệm vụ, công vụ đã được quy định trong các điều luật của BLHS sẽ xử lý như thế nào? Đây là vấn đề không chỉ có ý nghĩa về lý luận, mà còn có ý nghĩa về thực tiễn và đặc biệt là trong lĩnh vực hoạt động lập pháp. Qua thực tiễn đấu tranh phòng, chống

tội phạm nói chung và đối với các tội phạm về tham nhũng nói riêng, các hành vi không thực hiện nhiệm vụ, công vụ tuy đã được quy định là hành vi phạm tội ở một số điều luật, nhưng vẫn chưa đáp ứng được yêu cầu của việc phòng chống loại tội phạm này. Mặt khác, các hành vi không thực hiện nhiệm vụ, công vụ đã được quy định trong các điều luật của BLHS nếu đưa hết về Mục A Chương XXI của Bộ luật này sẽ không phù hợp với khách thể bị xâm phạm, nhất là đối với một số tội xâm phạm hoạt động tư pháp thì không thể đưa về Mục A Chương XXI được. Chính vì vậy, chúng tôi đề nghị vẫn cần quy định Tội không thực hiện nhiệm vụ, công vụ vì vụ lợi. Tuy nhiên, những hành vi đã được quy định ở các tội phạm khác trong BLHS thì không bị xử lý về Tội không thực hiện nhiệm vụ, công vụ vì vụ lợi nữa. Tội không thực hiện nhiệm vụ, công vụ vì vụ lợi nên được cấu tạo như sau:

**Điều... Tội không thực hiện nhiệm vụ, công vụ vì vụ lợi**

1. Người nào vì vụ lợi mà không thực hiện nhiệm vụ, công vụ gây thiệt hại cho lợi ích của Nhà nước, của xã hội, quyền, lợi ích hợp pháp của công dân, nếu không thuộc trường hợp quy định tại các Điều 286, 294, 301, 305 và 308 của Bộ luật này thì bị phạt tù từ một năm đến năm năm.

2. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ hai năm đến năm năm:

- a) Phạm tội nhiều lần;
- b) Gây hậu quả rất nghiêm trọng;

3. Phạm tội gây hậu quả đặc biệt nghiêm trọng thì bị phạt tù từ ba năm đến mười năm.

4. Người phạm tội còn bị cấm đảm nhiệm chức vụ nhất định từ một năm đến năm năm, có thể bị phạt tiền từ ba triệu đồng đến ba mươi triệu đồng.

**2.5. Quy định Tội bao che cho người có hành vi vi phạm pháp luật**

Theo quy định tại Khoản 12 Điều 3 Luật PCTN thì hành vi lợi dụng chức vụ, quyền hạn để bao che cho người có hành vi vi phạm pháp

luật vì vụ lợi; cản trở, can thiệp trái pháp luật vào việc kiểm tra, thanh tra, kiểm toán, điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án vì vụ lợi đều là hành vi tham nhũng.

Đối với các hành vi này, BLHS cũng đã quy định là tội phạm như hành vi bao che cho người có hành vi phạm tội đã được quy định tại Khoản 2 Điều 313; hành vi can thiệp trái pháp luật vào việc điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án đã được quy định tại Điều 283 (Tội lợi dụng chức vụ, quyền hạn gây ảnh hưởng đối với người khác để trục lợi); Điều 297 (Tội ép buộc nhân viên tư pháp làm trái pháp luật); Điều 306 (Tội cản trở việc thi hành án). Tuy nhiên, so với Khoản 12 Điều 3 Luật PCTN thì còn nhiều hành vi chưa được quy định là hành vi tội phạm, nhất là đối với hành vi bao che cho người có hành vi vi phạm pháp luật trong các lĩnh vực khác mà hành vi này chưa cấu thành tội phạm. Vì vậy, cần cấu tạo một tội riêng để điều chỉnh tất cả các hành vi bao che cho người có hành vi vi phạm pháp luật vì vụ lợi. Tội bao che cho người có hành vi vi phạm pháp luật nên được cấu tạo như sau:

**Điều... Tội bao che cho người có hành vi vi phạm pháp luật**

1. Người nào vì vụ lợi mà lợi dụng chức vụ, quyền hạn để bao che cho người có hành vi vi phạm pháp luật; cản trở, can thiệp trái pháp luật vào việc kiểm tra, thanh tra, kiểm toán, điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án nếu không thuộc trường hợp quy định tại các Điều 283, 297, 306, và 313 Bộ luật này thì bị phạt tù từ một năm đến năm năm.

2. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ hai năm đến năm năm:

- a) Phạm tội nhiều lần;
- b) Gây hậu quả rất nghiêm trọng;

3. Phạm tội gây hậu quả đặc biệt nghiêm trọng thì bị phạt tù từ ba năm đến mười năm.

4. Người phạm tội còn bị cấm đảm nhiệm chức vụ nhất định nhất định từ một năm đến năm năm, có thể bị phạt tiền từ ba triệu đồng đến ba mươi triệu đồng. ■

# CHẾ ĐỊNH VỀ PHÒNG VỆ THƯƠNG MẠI - NHÌN TỪ VỤ VIỆC ĐIỀU TRA ÁP DỤNG BIỆN PHÁP TỰ VỆ ĐỐI VỚI MỘT MẶT HÀNG NHẬP KHẨU

■ NGUYỄN NGỌC SƠN \*

## 1. Tóm tắt và đánh giá ý nghĩa của việc giải quyết vụ việc

Các chế định về phòng vệ thương mại đã được hình thành tại Việt Nam gần mười năm nhưng chỉ được sử dụng lần đầu qua vụ việc điều tra áp dụng biện pháp tự vệ đối với mặt hàng kính nổi nhập khẩu vào Việt Nam với mã số hồ sơ 09-KN-TVE-01<sup>1</sup>. Vụ việc được bắt đầu từ yêu cầu áp dụng biện pháp tự vệ đối với mặt hàng kính nổi nhập khẩu vào Việt Nam của Tổng Công ty Thủy tinh và gốm xây dựng Viglacera vào ngày 5/5/2009 (tạm gọi là vụ việc kính nổi). Ngày 01/07/2009, Bộ trưởng Bộ Công thương ra quyết định tiến hành điều tra vụ việc. Việc điều tra do Cục Quản lý cạnh tranh (VCAD) thực hiện với các hoạt động như gửi bản câu hỏi cho các bên liên quan, điều tra tại chỗ (điều tra thực địa), tổ chức phiên tham vấn... Ngày 30/10/2009, VCAD công bố báo cáo điều tra sơ bộ về vụ việc và tiếp nhận bình luận của các bên liên quan về báo cáo này. Ngày 20/11/2009, VCAD tổ chức phiên điều

trần công khai có sự tham gia của các doanh nghiệp xuất khẩu nước ngoài, doanh nghiệp nhập khẩu trong nước và các doanh nghiệp là nguyên đơn của vụ việc. Vụ việc được khép lại bằng Quyết định số 0890/QĐ-BCT ngày 23/2/2010 của Bộ trưởng Bộ Công thương với nội dung không áp dụng biện pháp tự vệ đối với mặt hàng kính nổi bị điều tra.

Mặc dù vụ việc đã kết thúc bằng việc không áp dụng biện pháp tự vệ đối với hàng hóa nhập khẩu, song việc điều tra và xử lý vụ việc có ý nghĩa lớn đối với sự phát triển của pháp luật phòng vệ thương mại nói chung và pháp luật tự vệ thương mại của Việt Nam nói riêng, cụ thể:

*Thứ nhất*, lần đầu tiên các doanh nghiệp Việt Nam biết sử dụng các công cụ phòng vệ trong thương mại quốc tế để lên tiếng đòi Nhà nước bảo vệ trước sức ép cạnh tranh của hàng hóa nhập khẩu. Mặc dù quyết định cuối cùng là phủ định, song quá trình điều tra và xử lý vụ việc cần được đánh giá tích cực về thái độ

(\*) NCS. Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh.

(1) Chế định về phòng vệ thương mại bao gồm: pháp luật về tự vệ được điều chỉnh bằng Pháp lệnh về Tự vệ trong nhập khẩu hàng hóa nước ngoài vào Việt Nam năm 2002 (Pháp lệnh Tự vệ); pháp luật chống trợ cấp được điều chỉnh bằng Pháp lệnh Chống trợ cấp hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam năm 2004 (Pháp lệnh Chống trợ cấp); pháp luật chống bán phá giá hàng hóa nhập khẩu được điều chỉnh bằng Pháp lệnh về việc Chống bán phá giá hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam năm 2004 (Pháp lệnh Chống bán phá giá).



của doanh nghiệp đối với pháp luật phòng vệ thương mại. Tự do thương mại đã mở ra cho doanh nghiệp Việt Nam nhiều cơ hội tham gia vào thị trường khu vực và quốc tế thì nó cũng đẩy doanh nghiệp vào một môi trường cạnh tranh khốc liệt ngay trên thị trường nội địa. Những hàng rào bảo hộ truyền thống như thuế nhập khẩu, hạn ngạch... dần bị tháo bỏ, áp lực cạnh tranh sẽ tăng lên với tốc độ khó lường trước. Kết quả của sự cạnh tranh có thể đem lại động lực phát triển cho thị trường qua lợi ích mà người tiêu dùng được hưởng thụ, nhưng ở góc độ vĩ mô, nguy cơ các doanh nghiệp nội địa bị “tiêu diệt” có thể làm cản trở sự phát triển của một ngành và làm triệt tiêu chính sách xây dựng lợi thế so sánh của quốc gia trong việc gia nhập thị trường chung. Do đó, nhu cầu khai thác triệt để các hàng rào bảo vệ hợp pháp được pháp luật quốc tế thừa nhận là cần thiết.

*Thứ hai*, trước đó, Việt Nam chưa từng tiến hành bất kỳ vụ việc về phòng vệ thương mại nào. Chúng ta đã ban hành các văn bản pháp luật về chống bán phá giá, chống trợ cấp và tự vệ đối với hàng hóa nhập khẩu, song các văn

bản này chỉ ghi nhận những khái niệm chung và xây dựng quy trình điều tra, xử lý với các bước cơ bản. Trong khi đó, việc điều tra và xử lý các vụ việc về phòng vệ thương mại không đơn giản. Tham gia vào các vụ việc chống bán phá giá, chống trợ cấp với tư cách là bị đơn trong các vụ việc có liên quan đến hàng hóa Việt Nam ở các nước, các doanh nghiệp và cơ quan Nhà nước Việt Nam nhận thấy rất rõ tính phức tạp và chi tiết của thủ tục điều tra, xử lý vụ việc. Để xử lý vụ việc hiệu quả, pháp luật phải quy định chặt chẽ, chi tiết và các cơ quan có thẩm quyền phải có kinh nghiệm giải quyết các vấn đề pháp lý và kỹ thuật điều tra giới. Do đó, việc tiến hành giải quyết yêu cầu áp dụng biện pháp tự vệ của các doanh nghiệp trong nước đối với mặt hàng kính nổi nhập khẩu là một bước kiểm nghiệm tính hợp lý và bất hợp lý của quy trình điều tra đã được pháp luật thiết kế.

*Thứ ba*, VCAD được thành lập bởi Nghị định số 06/2006/NĐ-CP của Chính phủ ngày 09/01/2006 với chức năng thực thi pháp luật cạnh tranh và pháp luật về phòng vệ thương mại. Trong cơ cấu tổ chức của cơ quan này

có Ban Xử lý chống bán phá giá, chống trợ cấp và tự vệ. Tuy nhiên, hoạt động cơ bản của Ban này vẫn chỉ là tuyên truyền, giáo dục, phổ biến pháp luật và các chính sách có liên quan đến các lĩnh vực chống bán phá giá, chống trợ cấp, áp dụng các biện pháp tự vệ đối với hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam và bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng; phối hợp với các doanh nghiệp, hiệp hội ngành hàng trong việc đối phó với các vụ kiện chống bán phá giá, chống trợ cấp và tự vệ của nước ngoài đối với hàng hóa xuất khẩu của Việt Nam. Các hoạt động điều tra và xử lý vụ việc phòng vệ thương mại chưa được triển khai trên thực tế. Tính đến trước khi vụ việc được bắt đầu, VCAD chưa có kinh nghiệm điều tra vụ việc phòng vệ thương mại. Do đó, tiến hành điều tra vụ việc tự vệ đối với mặt hàng kính nổi thực sự có ý nghĩa đối với các cán bộ điều tra và VCAD bởi qua đó sẽ đem lại những đánh giá về năng lực của cơ quan này và đặt ra những yêu cầu hợp lý trong việc phát triển, bồi dưỡng nguồn nhân lực; hoàn thiện hơn nữa quy trình, kỹ thuật điều tra các vụ việc phòng vệ thương mại...

## 2. Các vấn đề đặt ra đối với pháp luật về tự vệ trong nhập khẩu hàng hóa vào Việt Nam

Khi được áp dụng trong thực tế để xử lý vụ việc, các quy định của Pháp lệnh tự vệ đã bộc lộ nhiều hạn chế, như:

### 2.1. Các quy định về thủ tục điều tra và xử lý vụ việc còn đơn giản

Với 33 điều, Pháp lệnh Tự vệ chủ yếu đề cập đến những nguyên tắc cho việc áp dụng biện pháp tự vệ, các bước điều tra và xử lý cơ bản của vụ việc, nội dung điều tra và các biện pháp tự vệ có thể được áp dụng đối với hàng hóa nhập khẩu. Thực trạng pháp luật trên cho thấy:

*Một là*, quy trình điều tra vụ việc phòng vệ thương mại nói chung và vụ việc tự vệ nói riêng luôn phức tạp về kỹ thuật thu thập, xử lý

thông tin. Pháp luật phải dự liệu toàn bộ quy trình điều tra với các hoạt động cụ thể của cơ quan có thẩm quyền và của các bên liên quan. Sự chi tiết và minh bạch của pháp luật không chỉ đảm bảo cho các bên có cơ sở pháp lý để thực hiện quyền, nghĩa vụ hợp pháp của mình, như: nghĩa vụ cung cấp thông tin và quyền được tiếp cận thông tin mà còn đảm bảo cho cơ quan điều tra có thể tiến hành giải quyết vụ việc thuận thực và hiệu quả. Hiện nay, các quy định của Pháp lệnh Tự vệ và Nghị định số 150/2003/NĐ-CP của Chính phủ ngày 08/12/2003 quy định chi tiết một số điều của Pháp lệnh về Tự vệ trong nhập khẩu hàng hóa nước ngoài vào Việt Nam chủ yếu chỉ thiết kế quy trình khung với các bước thụ lý hồ sơ khiếu nại; ra quyết định và nội dung của quyết định điều tra; ra quyết định và nội dung của quyết định xử lý vụ việc... Pháp luật chưa dự liệu chi tiết hoạt động cụ thể của cơ quan điều tra và của các bên khi tham gia điều tra. Vì vậy, trong vụ việc kính nổi, các doanh nghiệp Việt Nam gần như không thể hình dung toàn bộ trách nhiệm của mình khi tham gia vụ việc. Các doanh nghiệp lúng túng và thụ động khi tham gia vụ việc và chỉ làm theo yêu cầu của cán bộ điều tra. Có thể chứng minh nhận định này thông qua việc tham gia của các doanh nghiệp nhập khẩu hàng hóa bị điều tra. Trong kết luận điều tra sơ bộ và trong kết luận điều tra chính thức cho thấy, thị trường Việt Nam có hơn 100 doanh nghiệp nhập khẩu hàng hóa bị điều tra song chỉ có 10 doanh nghiệp tham gia với tư cách là bên liên quan<sup>2</sup>. Khi biện pháp tự vệ được áp dụng, quyền lợi của các doanh nghiệp bị ảnh hưởng trực tiếp bởi họ là đối tượng nộp thuế, thị phần có thể giảm sút... Tuy nhiên, do chưa có cơ chế rõ ràng về việc thực hiện quyền, nghĩa vụ và do chưa ý thức được bản chất của vụ việc nên trong giai đoạn điều tra sơ bộ, họ chưa có được chiến lược kháng kiện hợp lý. Các doanh nghiệp nhập khẩu chủ yếu chỉ tham gia khi cơ quan điều tra yêu cầu cung cấp thông tin về vụ

(2) VCAD, Báo cáo cuối cùng về vụ việc điều tra áp dụng biện pháp tự vệ đối với mặt hàng kính nổi nhập khẩu vào Việt Nam, Hà Nội, 2010, tr. 10.



việc. Các quyền tiếp cận thông tin, quyền được phản bác quan điểm của bên khiếu nại chưa được sử dụng triệt để. Về phía cơ quan điều tra, do cơ chế điều tra, xử lý chưa rõ ràng và chưa có nhiều kinh nghiệm nên hoạt động điều tra không chuyên nghiệp, các hoạt động điều tra chủ yếu là thu thập thông tin bằng các bản câu hỏi, điều tra tại chỗ chưa được thực hiện ở các doanh nghiệp xuất khẩu nước ngoài có sản phẩm bị điều tra, hoạt động điều tra tại chỗ đối với các doanh nghiệp trong nước chưa hiệu quả, hoạt động tham vấn chưa mang tính tranh luận mà chủ yếu là các bên đơn phương trình bày quan điểm...

*Hai là*, nhiều quy định về nội dung điều tra còn mang tính khái quát hoặc định tính nên ảnh hưởng đến kết quả xử lý vụ việc. Có thể chứng minh nhận định này bằng:

- Quy định về ngành sản xuất trong nước. Theo Khoản 4 Điều 4 Pháp lệnh Tự vệ, “ngành sản xuất trong nước là toàn bộ các nhà sản xuất hàng hoá tương tự hoặc hàng hoá cạnh tranh trực tiếp trong phạm vi lãnh thổ Việt Nam hoặc đại diện hợp pháp của họ chiếm tỷ lệ chủ yếu trong tổng sản lượng hàng hoá của ngành đó được sản xuất ra ở trong nước”. Với quy định này, vấn đề quan trọng khi xác định ngành sản xuất trong nước là cần chứng minh hàng hóa do doanh nghiệp trong nước sản xuất phải tương tự hoặc cạnh tranh trực tiếp với hàng hóa bị điều tra. Về tính chất tương tự của hàng hóa, Khoản 5 Điều 4 của Pháp lệnh Tự vệ quy định hàng hoá tương tự là hàng hoá giống hệt nhau hoặc giống nhau về chức năng, công dụng, chỉ số chất lượng, tính năng kỹ thuật và các thuộc tính cơ bản khác. Trong trường hợp hàng hóa nhập khẩu và hàng hóa trong nước không giống hệt nhau thì cơ quan điều tra phải căn cứ vào chức năng, công dụng, chỉ số chất lượng, tính năng kỹ thuật... của các loại hàng hóa để so sánh và đưa ra kết luận. Pháp luật chưa xác định mức độ giống nhau để kết luận hàng hóa nội địa có tương tự với hàng hóa bị điều tra và chưa quy định chi tiết về việc xác định các căn cứ nói trên. Trong vụ việc này, theo kết luận điều tra sơ bộ, hàng hóa nhập khẩu là

mặt hàng kính nổi với nhiều chủng loại khác nhau. Mặc dù đều được gọi tên là kính nổi, song sản phẩm này có nhiều chủng loại theo màu sắc, độ dày và diện tích. Dù thành phần nguyên liệu đầu vào giống nhau, bao gồm: cát silic, đolômicit, feldspar, đá vôi, sunphát... nhưng các chủng loại sản phẩm lại khác nhau về trọng lượng, sức chịu áp lực gió... Với sự khác nhau này, chức năng của từng chủng loại có thể rất khác nhau. Các doanh nghiệp Việt Nam chưa sản xuất được các chủng loại kính có độ dày trên 15mm và chủng loại kính có kích thước chuẩn từ 7620x3048 mm. Nếu nhìn tổng thể, quan điểm chung mặt hàng kính nổi là một loại hàng hóa có tên gọi thống nhất và có những chức năng đồng nhất. Tuy nhiên, nếu phân tích chi tiết thì các chủng loại sản phẩm trên mặc dù trong một nhóm mặt hàng nhưng chúng lại có những khác biệt nhất định. Ví dụ, chủng loại kính nổi có độ dày 15mm và diện tích 7620x3048 mm với sức chịu áp lực gió là 1.700kg còn chủng loại kính có độ dày 3mm, diện tích 1829x1067mm, sức chịu áp lực gió là 180kg có chức năng sử dụng khác nhau. Đương nhiên, với chức năng khác nhau thì chúng không thể cạnh tranh với nhau. Vì pháp luật chưa đặt ra tiêu chí phân định mức độ giống nhau của các chủng loại hàng hóa không hoàn toàn giống hệt nên trong kết luận điều tra sơ bộ, cơ quan điều tra đã kết luận hàng hóa sản xuất trong nước là tương tự với hàng hóa nhập khẩu thuộc mọi chủng loại. Kết luận này đã bị các doanh nghiệp nước ngoài và doanh nghiệp nhập khẩu phản đối nên trong Báo cáo cuối cùng, cơ quan điều tra đã căn cứ vào quy định tại Thông tư 190/2009/TT-TBC của Bộ Tài chính ngày 30/9/2009 về việc chi tiết thêm mã số HS mặt hàng kính thuộc nhóm 7005 trong biểu thuế nhập khẩu ưu đãi để tách chủng loại kính có độ dày trên 15mm khỏi phạm vi điều tra. Kết luận này đã chấm dứt sự tranh luận nhưng vẫn cho thấy một băn khoăn là kết luận điều tra phải dựa vào sự chỉ định của một văn bản cụ thể của cơ quan Nhà nước để kết luận mà chưa phải là kết quả của quá trình phân tích hợp lý dựa trên các căn cứ do

pháp luật quy định. Pháp luật không có những quy định rõ ràng thì những phân tích thiếu chi tiết sẽ không đem lại kết quả thuyết phục.

- Quy định về thiệt hại nghiêm trọng còn mang tính định tính. Theo Khoản 2 Điều 4 Pháp lệnh Tự vệ, “thiệt hại nghiêm trọng cho ngành sản xuất trong nước là tình trạng ngành sản xuất đó suy giảm một cách đáng kể về sản lượng, mức tiêu thụ trong nước, lợi nhuận sản xuất, tốc độ phát triển sản xuất; gia tăng mức tồn đọng hàng hoá; ảnh hưởng xấu đến việc làm, mức tiền lương, đầu tư và tới các chỉ tiêu khác của ngành sản xuất trong nước sản xuất hàng hoá đó”. Về bản chất, thiệt hại mà các doanh nghiệp nội địa phải gánh chịu là những hậu quả được tích tụ lâu dài trong quá trình cạnh tranh giữa hàng hóa nhập khẩu và hàng hóa trong nước. Sự vô hình trong cơ chế gây ra thiệt hại, ranh giới mong manh giữa cạnh tranh lành mạnh và cạnh tranh không lành mạnh cũng đã tạo nên những khó khăn cho việc xác định thiệt hại. Để chứng minh về sự suy giảm hay kim hãm khả năng tăng trưởng của ngành sản xuất nội địa, cơ quan điều tra phân tích quá trình vận động của thị trường; diễn biến của giá, sản lượng, khả năng lợi nhuận, việc làm... trong ngành sản xuất nội địa từ khi chưa cho đến khi thụ lý vụ việc tự vệ. Thiệt hại này không giống như thiệt hại do vi phạm hợp đồng dân sự - kinh tế. Pháp luật không thể quy đổi tổn thất của ngành sản xuất trong nước thành tiền để định lượng. Thiệt hại phải được hiểu là những tổn thất được tích tụ trong quá trình cạnh tranh và phạm vi chịu ảnh hưởng tiêu cực là cả thị trường cạnh tranh của nước nhập khẩu. Vì vậy, mức độ nghiêm trọng của thiệt hại được chứng minh bằng những tổn thất gây ra cho toàn ngành sản xuất trên thị trường mà không là thiệt hại của một hoặc một vài doanh nghiệp. Nếu việc điều tra cho thấy toàn ngành sản xuất đang phát triển, nhưng chỉ có một số doanh nghiệp phải phá sản thì không thể coi sự phá sản đó là thiệt hại vật chất nghiêm trọng. Pháp lệnh Tự vệ và Nghị định số 150/2003/NĐ-CP chỉ liệt kê những nội dung cần chứng minh khi xác định thiệt hại

mà chưa đưa ra những nguyên tắc để tính toán mức nghiêm trọng của thiệt hại. Về lý thuyết, trong vụ việc tự vệ không có bất cứ hành vi cạnh tranh nào được thực hiện mà chỉ là hiện tượng hàng hóa nhập khẩu tăng đột biến gây thiệt hại cho ngành sản xuất trong nước. Sức ép cạnh tranh về số lượng và thị phần đã làm suy giảm nghiêm trọng năng lực cạnh tranh của tập thể doanh nghiệp trong nước. Vì vậy, trong thương mại quốc tế, pháp luật luôn đòi hỏi khắt khe các chứng cứ chứng minh thiệt hại trong các vụ việc tự vệ. Thực tiễn của vụ việc điều tra tự vệ đối với mặt hàng kính nổi cho thấy các kết luận điều tra của VCAD chỉ đưa ra được các số liệu cho thấy sự suy giảm thị phần của ngành sản xuất trong nước. Điểm đặc biệt trong vụ việc này là thị phần của ngành sản xuất trong năm 2006, 2007, 2008 và quý I năm 2009 là 97,4%, 96%, 83,5% và 73,6%. Với diễn biến này, thiệt hại mà doanh nghiệp trong nước gánh chịu chính là sự mất dần vị trí độc quyền. Việc mất dần vị trí độc quyền có phải là thiệt hại nghiêm trọng hay không là vấn đề cần làm rõ. Với những quy định mang tính khái quát về thiệt hại, chúng ta chưa thể trả lời cho câu hỏi trên.

- Quy định về việc bảo mật thông tin chỉ mang tính nguyên tắc mà chưa có cơ chế thực thi hợp lý. Điều 9 Nghị định số 150/2003/NĐ-CP của Chính phủ quy định Bộ Thương mại có trách nhiệm bảo mật thông tin do cơ quan nhà nước, tổ chức, cá nhân có liên quan đến quá trình điều tra cung cấp; không được công bố công khai khi chưa được sự đồng ý của bên cung cấp thông tin. Chúng tôi cho rằng, việc bảo mật thông tin không thể được tiến hành chỉ bằng quy định này. Trong vụ việc tự vệ đối với mặt hàng kính nổi, có thể do thiếu cơ chế thực thi nên việc áp dụng quy trình bảo mật thông tin còn nhiều hạn chế. Trước tiên, các doanh nghiệp chưa được thông báo và hướng dẫn về quyền được bảo mật thông tin. Vì vậy, khi cung cấp thông tin, doanh nghiệp chủ yếu đưa thông tin theo yêu cầu của cơ quan điều tra mà chưa chủ động cung cấp thêm thông tin vì còn e dè hoặc sợ bí mật kinh doanh bị tiết

lộ. Thực trạng này đã ảnh hưởng đến kết quả điều tra của cơ quan có thẩm quyền khi thông tin chỉ được cung cấp đủ về hình thức mà chưa thực sự có giá trị đối với hoạt động điều tra và xử lý vụ việc. Trong vụ việc tự vệ đối với mặt hàng kính nổi, do chưa có quy chế cụ thể nên dường như cơ quan điều tra đã chưa thực hiện nghiêm túc việc bảo mật thông tin. Trong Báo cáo sơ bộ của VCAD ngày 30/10/2009, tất cả các thông tin về sản lượng, số lượng tồn kho, tổng công suất của các doanh nghiệp thuộc ngành sản xuất trong nước đều bị bôi đen dưới hình thức bảo mật<sup>3</sup>. Tuy nhiên, trong hồ sơ của vụ việc không có đơn yêu cầu bảo mật và bản tóm tắt thông tin bảo mật của các doanh nghiệp trong nước. Nếu dựa vào quy định của Pháp lệnh Tự vệ, cơ quan điều tra có thể nại ra lý do là chưa có những quy chuẩn cho việc bảo mật và yêu cầu bảo mật thông tin. Do đó, việc bảo mật thông tin trong các vụ việc tự vệ hoàn toàn thuộc quyền quyết định của cơ quan điều tra. Về lý thuyết, vấn đề bảo mật thông tin trong các vụ việc phòng vệ thương mại luôn có tính hai mặt. Với người có thông tin cần bảo mật, quy chế này được áp dụng nhằm duy trì tính bí mật của thông tin được cung cấp. Cơ quan điều tra có thể sử dụng thông tin thuộc bí mật kinh doanh hoặc các loại bí mật khác để xử lý vụ việc một cách hiệu quả mà vẫn đảm bảo không làm tổn hại đến lợi ích chính đáng của doanh nghiệp. Tuy nhiên, việc áp dụng quy chế bảo mật có thể ảnh hưởng đến quyền lợi của các bên liên quan khác khi họ không thể tiếp cận với thông tin thuộc diện bảo mật để đưa ra các lập luận hoặc chứng cứ phản bác. Vì vậy, chế định bảo mật thông tin trong pháp luật phòng vệ thương mại nói chung luôn có cơ chế ngăn chặn khả năng lạm dụng việc bảo mật bằng các quy định chi tiết về thủ tục, điều kiện để bảo mật thông tin và quyền tiếp cận hạn chế của các bên liên quan đối với thông tin được bảo mật. Với quy định tại Điều 9 của Nghị định số 150/2003/NĐ-CP, pháp luật về

tự vệ chỉ mới ghi nhận mang tính nguyên tắc về quyền được bảo mật thông tin mà chưa có được cơ chế thực thi hiệu quả.

*Ba là*, về nguyên tắc, trong các vụ việc phòng vệ thương mại, cơ quan điều tra cần có những hoạt động tích cực bằng cách hướng dẫn cho các doanh nghiệp liên quan về thủ tục tiến hành vụ việc, các quyền và nghĩa vụ của họ để đảm bảo cho các bên có thể tham gia một cách tích cực và hiệu quả. Trách nhiệm hướng dẫn và hỗ trợ doanh nghiệp về thủ tục tố tụng được xây dựng từ tính phức tạp của việc điều tra và xử lý vụ việc về tự vệ, chống bán phá giá hoặc chống trợ cấp. Trong các vụ việc này, các bên liên quan chỉ có thể bảo vệ quyền lợi một cách hiệu quả khi họ tham gia chủ động và tích cực. Những yêu cầu chi tiết về chứng cứ và các tiêu chuẩn kỹ thuật trong bản trả lời câu hỏi hoặc tài liệu được cung cấp luôn vượt quá khả năng đáp ứng của doanh nghiệp, nhất là đối với các doanh nghiệp vừa và nhỏ. Trong điều kiện hiện nay, phần lớn doanh nghiệp Việt Nam chưa có những hiểu biết căn bản về pháp luật phòng vệ thương mại nói chung và các quy định chi tiết về thủ tục điều tra, xử lý vụ việc tự vệ nói riêng. Với sự hạn chế đó, tình trạng doanh nghiệp lúng túng khi tham gia tố tụng là tất yếu và cần có sự hướng dẫn, hỗ trợ của các cơ quan có thẩm quyền. Pháp luật chống bán phá giá, chống trợ cấp và tự vệ của Việt Nam vẫn chưa có những quy định về trách nhiệm này của cơ quan có thẩm quyền. Trong vụ việc đã nêu, ngoài Công ty cổ phần sản xuất thương mại dịch vụ Phú Phong, các doanh nghiệp còn lại (kể cả nguyên đơn) đều không có luật sư tư vấn nên việc hướng dẫn, giải thích về quy trình tố tụng, quyền và nghĩa vụ cho doanh nghiệp nên dường như các doanh nghiệp đã không hình dung được tính chất của vụ việc và chưa biết khai thác triệt để các quyền hợp pháp của mình. Ví dụ: các doanh nghiệp nhập khẩu không biết đến quyền được tiếp cận hồ sơ để xây dựng các chiến lược kháng kiện hiệu quả.

(3) Tình trạng bôi đen số liệu được phản ánh trong Báo cáo sơ bộ về vụ việc điều tra áp dụng biện pháp tự vệ đối với mặt hàng kính nổi nhập khẩu vào Việt Nam, mã số: 09-KN-TVE-01, tr. 11, 12, 25, 27, 29...

## 2.2. Vai trò của Hội đồng xử lý vụ việc tự vệ còn mờ nhạt

Quyết định số 0890/QĐ-BCT của Bộ trưởng Bộ Công thương ngày 23/2/2010 về việc áp dụng biện pháp tự vệ được ban hành chủ yếu dựa trên các quy định của Pháp luật về tự vệ và đề nghị của Cục trưởng Cục Quản lý cạnh tranh mà không có sự tham gia của Hội đồng xử lý vụ việc tự vệ. Bình luận về vấn đề này, chúng tôi có những luận giải sau:

*Thứ nhất*, trong thủ tục điều tra và xử lý vụ việc theo Pháp lệnh Tự vệ và Nghị định số 150/2003/NĐ-CP không có quy định về việc tham gia của Hội đồng xử lý vụ việc tự vệ. Khoản 1 Điều 19 Pháp lệnh Tự vệ quy định trên cơ sở kết quả điều tra, Bộ Công thương ra quyết định áp dụng hoặc không áp dụng các biện pháp tự vệ sau khi đã tham khảo ý kiến của các bộ, cơ quan ngang bộ có liên quan. Quyết định này phải được công bố công khai. Tuy nhiên, Khoản 4 Điều 3 Nghị định số 04/2006/NĐ-CP ngày 09/01/2006 của Chính phủ về việc thành lập và quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Hội đồng xử lý vụ việc chống bán phá giá, chống trợ cấp và tự vệ quy định về nhiệm vụ, quyền hạn của Hội đồng xử lý vụ việc tự vệ có ghi nhận quyền thảo luận và quyết định theo đa số về việc không có hoặc có việc gia tăng khối lượng, số lượng hoặc trị giá hàng hóa nhập khẩu gây ra hoặc đe dọa gây thiệt hại nghiêm trọng cho ngành sản xuất hàng hóa tương tự hoặc hàng hóa cạnh tranh trực tiếp trong nước. Có thể hình dung quy trình xử lý vụ việc như sau: sau khi có báo cáo điều tra chính thức của cơ quan điều tra, Hội đồng xử lý vụ việc phải được triệu tập để xem xét hồ sơ và ra quyết định có hay không các điều kiện để áp dụng biện pháp tự vệ. Trên cơ sở kết luận điều tra và quyết định của Hội đồng xử lý, Bộ trưởng Bộ Công thương ra quyết định cuối cùng để xử lý vụ việc. Như vậy, nếu Nghị định số 04/2006/NĐ-CP ghi nhận quyền của Hội đồng xử lý thì Pháp lệnh Tự vệ lại thiếu vắng cơ chế để cơ

quan này thực thi nhiệm vụ và quyền hạn của mình trong thủ tục tố tụng.

*Thứ hai*, sự không thống nhất giữa Pháp lệnh tự vệ và Nghị định số 04/2006/NĐ-CP là nguyên nhân gây ra tình trạng trên. Do đó, Quyết định số 0890/QĐ-BCT của Bộ trưởng Bộ Công thương không trái với Pháp lệnh Tự vệ và cho thấy sự tồn tại của Hội đồng xử lý là không cần thiết. So sánh quy trình xử lý vụ việc tự vệ và vụ việc về chống bán phá giá cho thấy Pháp lệnh Chống bán phá giá đã ghi nhận khá đầy đủ về hoạt động của cơ quan này. Trong Pháp lệnh Chống bán phá giá, Hội đồng xử lý có vai trò tư vấn cho Bộ trưởng Bộ Công thương khi ra quyết định áp dụng biện pháp chống bán phá giá. Pháp lệnh Chống trợ cấp có những quy định tương tự<sup>4</sup>. Từ thực trạng trên, chúng tôi cho rằng, sự ra đời của Hội đồng xử lý chủ yếu để thực thi Pháp lệnh Chống trợ cấp và Pháp lệnh Chống bán phá giá. Tình trạng không thống nhất giữa Pháp lệnh Tự vệ và Nghị định và sự khác biệt giữa các văn bản pháp luật về phòng vệ thương mại có thể được lý giải từ những nguyên nhân: 1) Pháp lệnh Tự vệ được xây dựng từ khuôn mẫu là Hiệp định về các biện pháp tự vệ của WTO (SG). Các quy định về thủ tục điều tra áp dụng biện pháp tự vệ trong SG chỉ ghi nhận những nguyên tắc cơ bản như nguyên tắc minh bạch, nguyên tắc bảo mật thông tin, quyền tham gia tố tụng của các bên, điều kiện áp dụng biện pháp tự vệ... Dựa trên những nguyên tắc này, các nước có quyền khá rộng trong việc đặt ra thủ tục điều tra và xử lý vụ việc. Khi sử dụng SG làm khuôn mẫu để xây dựng pháp luật nội địa thì kết quả tất yếu là văn bản pháp luật về tự vệ cũng chỉ bao gồm các quy định mang tính nguyên tắc. Một khi vấn đề về thủ tục chưa được giải quyết triệt để thì việc thiết kế bộ máy thực thi và cơ chế phân quyền không hợp lý là điều tất yếu. Trong khi đó, pháp luật chống bán phá giá và chống trợ cấp của WTO đã có những quy định rất chi tiết về thủ tục điều tra xử lý vụ việc. Nếu dựa vào các Hiệp định về Chống bán phá giá và chống

(4) Xem thêm Điều 24 Pháp lệnh Chống trợ cấp.

trợ cấp của WTO, các quốc gia thành viên có thể xây dựng được một cách khá chi tiết quy trình chuẩn về điều tra và xử lý vụ việc. Vấn đề mà các quốc gia thực hiện chỉ là phát triển hơn nữa kỹ thuật điều tra và sự phân cấp, phân quyền giữa các cơ quan có thẩm quyền. Khi xây dựng Pháp lệnh Chống trợ cấp và Pháp lệnh Chống bán phá giá, nhà làm luật đã dựa trên quy định điều tra và xử lý vụ việc trên để thiết kế bộ máy thực thi và phân quyền cho các cơ quan trong bộ máy đó cho phù hợp với tình hình Việt Nam. Như vậy, việc chưa khai thác triệt để quyền xây dựng thủ tục điều tra vụ việc tự vệ là nguyên nhân cơ bản làm cho Pháp lệnh Tự vệ còn khá quát, sơ khai so với Pháp lệnh Chống bán phá giá và Pháp lệnh Chống trợ cấp. 2) Sự thiếu thống nhất giữa Pháp lệnh Tự vệ và Nghị định số 04/2006/NĐ-CP có thể được lý giải từ việc Ban soạn thảo Nghị định số 04/2006/NĐ-CP đã không tham khảo kỹ lưỡng các văn bản pháp luật về phòng vệ thương mại nên trao thẩm quyền cho Hội đồng xử lý nhiệm vụ mà Pháp lệnh Tự vệ chưa quy định và chưa có cơ chế để thực thi.

### **3. Một vài bình luận và đề xuất**

Với những phân tích về các khía cạnh pháp lý phát sinh trong vụ việc, chúng tôi cho rằng, để đảm bảo khả năng thực thi pháp luật tự vệ một cách hiệu quả, cần giải quyết các vấn đề:

*Một là*, nghiên cứu, xây dựng quy trình điều tra, xử lý vụ việc một cách chi tiết và hợp lý. Các quy định hiện tại trong Pháp lệnh Tự vệ là phù hợp với các nguyên tắc đã được SG ghi nhận. Như vậy, chúng ta đã đảm bảo cam kết về sự tương thích giữa pháp luật nội địa và pháp luật của WTO khi gia nhập tổ chức này. Vấn đề cần là:

- Quy định chi tiết các căn cứ để áp dụng biện pháp tự vệ, như: làm rõ cơ sở để xác định sự gia tăng tương đối hoặc tuyệt đối của hàng hóa nhập khẩu so với hàng hóa nội địa; căn cứ để xác định thiệt hại nghiêm trọng đối với ngành sản xuất trong nước; các căn cứ xác định mối quan hệ nhân quả và mức độ tác động của các yếu tố khác đến thiệt hại nghiêm trọng...

Giống như các chế định phòng vệ thương mại khác, chế định về tự vệ là kết quả của sự tiếp nhận các chuẩn mực pháp lý quốc tế và kinh nghiệm của các nước vào pháp luật nội địa khi Việt Nam chủ động gia nhập vào thị trường chung và là nhu cầu tất yếu khi thúc đẩy các dòng thương mại quốc tế. Vì vậy, khi hoàn thiện các quy định về những nội dung trên, chúng ta không cần cố gắng đưa ra những khái niệm mang đặc trưng riêng của Việt Nam mà chỉ cần nghiên cứu một cách chi tiết và kỹ lưỡng kinh nghiệm của các nước về phương thức tính toán, căn cứ xác định.

- Xây dựng quy trình điều tra và xử lý vụ việc tự vệ một cách hiệu quả. Chúng ta nên khai thác triệt để khoảng trống trong SG để xây dựng thủ tục điều tra, xử lý vụ việc phù hợp với năng lực và đặc thù của Việt Nam. Khi xây dựng chế định này, cần: 1) làm rõ quyền được tiếp cận thông tin và cơ chế để các bên tiếp cận thông tin một cách nhanh chóng, hiệu quả. Trong cơ chế này, cơ quan điều tra có trách nhiệm hỗ trợ các doanh nghiệp khi yêu cầu tiếp cận tài liệu, chứng cứ có trong hồ sơ vụ việc và hướng dẫn họ khi thực hiện thủ tục tiếp cận thông tin; 2) xây dựng quy trình bảo mật thông tin. Trong quy trình này cần làm rõ thủ tục đề nghị bảo mật, điều kiện được bảo mật thông tin và những đối tượng được quyền tiếp cận thông tin bảo mật. Thông thường, quy chế bảo mật trong các vụ việc tự vệ có nội dung và hình thức giống với quy chế bảo mật trong các vụ việc chống bán phá giá. Do đó, chúng ta có thể nghiên cứu kinh nghiệm của các nước đã từng áp dụng các biện pháp phòng vệ thương mại để xây dựng quy trình bảo mật thông tin; 3) xây dựng quy trình thu thập và xử lý chứng cứ hợp lý, chi tiết. Trong quy trình này phải làm rõ các hoạt động thu thập thông tin bằng các bản câu hỏi (xây dựng bản câu hỏi mẫu), thẩm tra thông tin và tiếp nhận các bản giải trình; quy chế chuyển hóa các thông tin miệng thành bằng chứng bằng văn bản; thu thập và thẩm tra thông tin bằng hoạt động điều tra tại chỗ...

*Hai là*, thiết kế lại hệ thống cơ quan điều

tra, xử lý vụ việc một cách hợp lý và đảm bảo sự thống nhất trong các quy định của pháp luật. Trong đó, việc làm rõ vị trí của Hội đồng xử lý trong quá trình giải quyết vụ việc áp dụng các biện pháp tự vệ có ý nghĩa quyết định. Nghiên cứu các quy định trong pháp luật chống bán phá giá và pháp luật chống trợ cấp thì vai trò của Hội đồng xử lý chỉ đơn giản là cơ quan tư vấn cho Bộ trưởng Bộ Công thương trong việc ra quyết định xử lý vụ việc. Từ đó, chúng ta có thể suy đoán rằng tinh thần của Nghị định số 04/2006/NĐ-CP cũng chỉ dành cho cơ quan này vai trò tư vấn trong các vụ việc tự vệ. Tuy nhiên, chúng tôi cho rằng, trong thủ tục áp dụng biện pháp tự vệ không cần thiết phải có sự tham gia của một cơ quan tham vấn độc lập mà nên giữ nguyên cách tổ chức bộ máy như hiện nay theo Pháp lệnh Tự vệ bao gồm hai cơ quan là Cơ quan điều tra vụ việc (VCAD) và Cơ quan xử lý vụ việc (Bộ trưởng Bộ Công thương) bởi những lý do:

- Vụ việc tự vệ có những đặc trưng riêng biệt so với vụ việc chống bán phá giá và chống trợ cấp. Vụ việc tự vệ không phát sinh từ hành vi cạnh tranh bất chính như trong vụ việc chống bán phá giá hay vụ việc chống trợ cấp. Vụ việc tự vệ đơn thuần chỉ là việc cơ quan có thẩm quyền xem xét khả năng bảo hộ ngành sản xuất trong nước trước áp lực cạnh tranh tăng đột biến về số lượng, thị phần của hàng hóa nhập khẩu. Cơ quan có thẩm quyền không phải tìm kiếm nguồn gốc tạo nên lợi thế cạnh tranh cho hàng hóa nhập khẩu mà chỉ điều tra diễn biến cạnh tranh trong thời kỳ điều tra giữa hàng hóa nội địa và hàng hóa nhập khẩu để xác định căn cứ áp dụng biện pháp tự vệ. Vì vậy, vấn đề quyết định áp dụng biện pháp tự vệ không phải là giải quyết xung đột giữa các doanh nghiệp thuộc ngành sản xuất của hai quốc gia liên quan mà chỉ là việc cơ quan quản lý nhà nước về thị trường và thương mại quyết định áp dụng các biện pháp cần thiết để điều tiết thị trường. Do đó, việc thiết kế một cơ quan tham vấn độc lập trong vụ việc tự vệ giống như thủ tục xử lý vụ việc chống bán phá giá, chống trợ cấp là không

cần thiết.

- Nếu chỉ cần một bộ phận tư vấn, Bộ trưởng Bộ Công thương có thể trực tiếp lựa chọn và thành lập một ban tham vấn riêng theo vụ việc mà không cần thành lập một cơ quan độc lập. Khi thành lập ban tham vấn, Bộ trưởng có thể chọn những chuyên gia có trình độ, kinh nghiệm pháp lý và khả năng đánh giá tác động của biện pháp tự vệ đến sự phát triển của thị trường, tác động đến quyền lợi của các lực lượng thị trường có liên quan... Hiện nay, Hội đồng xử lý bao gồm các thành viên là những nhà quản lý thuộc nhiều bộ ngành. Vì vậy, khi xử lý một vụ việc cụ thể, Hội đồng chỉ đảm bảo một thành viên là người có chuyên môn trong một ngành, một lĩnh vực hoặc một thị trường cụ thể. Sự hạn chế về số lượng thành viên có chuyên môn sâu chắc chắn sẽ ảnh hưởng đến kết quả tham vấn của cơ quan này.

- Với mô hình hiện nay, chúng ta chưa có cơ chế giải quyết những phức tạp phát sinh khi có sự mâu thuẫn giữa kết luận điều tra của VCAD và quyết định kết luận về vụ việc của Hội đồng xử lý vụ việc. Theo Nghị định số 04/2006/NĐ-CP, Hội đồng xử lý có quyền ra quyết định về các điều kiện áp dụng biện pháp tự vệ và quyết định này là một trong những cơ sở để Bộ trưởng Bộ Công thương ra quyết định cuối cùng. Quy định này dường như đã củng cố thêm địa vị cho Hội đồng và làm cho cơ quan này không còn là cơ quan có chức năng tư vấn đơn thuần. Do đó, khi có sự mâu thuẫn trong kết quả làm việc của Hội đồng và của cơ quan điều tra, sự việc sẽ thêm phức tạp và khó giải quyết.

Thực tiễn vụ việc điều tra áp dụng biện pháp tự vệ đối với mặt hàng kính nổi nhập khẩu vào Việt Nam đã đặt ra nhiều vấn đề cho việc hoàn thiện pháp luật tự vệ và xây dựng cơ chế thực thi pháp luật. Chỉ khi giải quyết triệt để các vấn đề trên và đẩy mạnh công tác phổ biến, tuyên truyền rộng rãi cho doanh nghiệp thì pháp luật tự vệ mới có khả năng trở thành một chế định có sức sống trong thực tiễn hội nhập đang ngày càng sôi động. ■

# QUẢN LÝ RỦI RO TRONG HOẠT ĐỘNG HẢI QUAN TỪ KINH NGHIỆM CÁC NƯỚC

■ NGUYỄN THỊ KIM LONG\*

Quản lý rủi ro (QLRR) được hiểu là việc ứng dụng có hệ thống các chính sách, thủ tục và thông lệ vào các lĩnh vực quản lý nhà nước về hải quan, nhằm tạo ra cơ chế hoạt động đồng bộ, hiệu quả trong việc phát hiện và xử lý các vi phạm; đồng thời tạo ra môi trường và các điều kiện cho việc tự nguyện tuân thủ, hạn chế tối thiểu các vi phạm pháp luật hải quan. Điều 2 Quyết định 48/2008/QĐ-BTC ngày 04/7/2009 của Bộ Tài chính nước ta ghi rõ “QLRR là việc áp dụng có hệ thống các biện pháp, quy trình nghiệp vụ và thông lệ nhằm giúp cơ quan hải quan bố trí, sắp xếp nguồn lực hợp lý để tập trung quản lý có hiệu quả đối với các lĩnh vực, đối tượng được xác định là rủi ro”. Việc áp dụng phương pháp QLRR có ý nghĩa đặc biệt quan trọng. Tuy nhiên, trong thực tiễn hoạt động của ngành hải quan nước ta hiện nay, các nội dung, phương pháp QLRR chưa được hiểu một cách thống nhất và áp dụng một cách đồng bộ. Nghiên cứu kinh nghiệm QLRR của một số nước trên thế giới sẽ giúp Việt Nam các bài học có ích.

## 1. Kinh nghiệm QLRR về hoạt động nghiệp vụ hải quan của một số nước

### a) QLRR của Italia

Hải quan Italia được thành lập từ năm 1859 và là tổ chức hải quan có bề dày truyền thống nhất Châu Âu. Hải quan Italia đã xây dựng và triển khai thành công hệ thống tự động hoá hải quan trên cơ sở tái thiết kế quy trình nghiệp vụ và các hoạt động liên quan khác theo hướng đơn giản và tuân theo các chuẩn mực của Công ước Kyoto sửa đổi của Tổ chức Hải quan thế giới. Việc tái thiết kế quy trình được thực hiện trên nền tảng cơ chế một cửa/một điểm dừng với việc xử lý kiểm tra theo kỹ thuật QLRR (có sự lồng ghép các quy trình và thống nhất các hoạt động kiểm tra, kiểm soát với sự tham gia của các lực lượng chức năng khác tại cửa khẩu).

Việc áp dụng các ứng dụng công nghệ thông tin - viễn thông giúp đẩy nhanh quá trình giao dịch với các doanh nghiệp từ khai báo, xử lý thông tin cho đến thông quan hàng hoá, thu thuế. Hệ thống của Hải quan Italia đáp ứng được yêu cầu xử lý trực tuyến và truy cập an toàn từ xa với 98,4% tờ khai điện tử, 1,6% khai báo trên giấy với tổng số tờ khai năm 2008 là 7,8 triệu tờ. Một điểm đáng chú ý là việc khai điện tử được thực hiện tự nguyện. Thời gian xử lý trung bình chỉ mất khoảng 07 phút và đang có xu hướng rút ngắn hơn trong thời gian tới. Số lượng doanh nghiệp được hưởng ưu đãi từ các thủ tục đơn giản hoá chiếm khoảng 89% doanh nghiệp nhập khẩu và 74% doanh nghiệp xuất khẩu. Hải quan Italia cũng đi đầu trong việc áp dụng quy chế ưu tiên đặc biệt ở Châu

(\*) Cục Hải Quan Quảng Ninh.

Âu. Cơ chế một cửa cũng là một khái niệm quen thuộc tại Hải quan Italia vì đã được triển khai tại tất cả các cửa khẩu với sự kết nối thông tin với các ngành liên quan. Các doanh nghiệp thực hiện khai báo theo thẩm quyền riêng được công nhận và dữ liệu được xử lý thống nhất tại cơ quan Hải quan. Nhờ vào việc áp dụng cơ chế một cửa thống nhất trên nền tảng công nghệ thông tin, trong giai đoạn 2000-2008, số lượng các vụ vi phạm về thuế được phát hiện tăng từ 20,4% lên 36,8% trong lĩnh vực thuế và chính sách thương mại.

Về áp dụng QLRR, Hải quan Italia đang áp dụng bộ tiêu chí của EU để ra quyết định xử lý khai báo và thông quan. Tuy nhiên, quan hệ giữa bộ tiêu chí quốc gia và bộ tiêu chí của EU còn có khoảng cách cần được san lấp do những đặc thù giữa quốc gia và khối. Thực tế, 28 nước thuộc EU đều áp dụng bộ tiêu chí QLRR chung, nhưng việc triển khai lại khác nhau với những mức độ khác nhau.

Là quốc gia có đường biên giới biển dài ở Châu Âu, Hải quan Italia đã được đầu tư thích đáng về phương tiện kiểm soát cảng biển và kiểm tra hàng hoá vận chuyển đường biển. Hiện Hải quan Italia có 28 máy soi container (nhiều nhất so với các cơ quan Hải quan trong khối EU) được bố trí tại hầu hết cảng biển của nước này<sup>1</sup>.

#### *b) QLRR của Hải quan Nhật Bản*

Hải quan Nhật Bản là một trong những cơ quan hải quan tiên tiến nhất trên thế giới. Các kinh nghiệm của Nhật Bản về tổ chức thực hiện kiểm tra sau thông quan rất hữu ích cho các nước đang trong quá trình cải cách và hiện đại hoá.

Năm 1996, nhờ vào việc áp dụng kỹ thuật QLRR đối với hàng hoá xuất khẩu, nhập khẩu, thủ tục thông quan hàng nhập khẩu của Nhật Bản chuyển từ hệ thống hải quan tính thuế sang hệ thống người nhập khẩu tự khai báo và tính thuế. Mục tiêu cơ bản của hệ thống tự khai báo, tự tính thuế là khuyến khích người nhập khẩu nộp thuế hải quan trên cơ sở khai báo mà

người đó cho là chính xác. Tuy nhiên, các khai báo tự nguyện không phải lúc nào cũng chính xác do thiếu kiến thức hay do hiểu chưa đúng về các văn bản pháp luật và các quy định có liên quan, hoặc về hoạt động thương mại quốc tế. Vì vậy, mỗi tờ khai cần được kiểm tra và rà soát thật kỹ tại thời điểm làm thủ tục nhập khẩu. Việc kiểm tra và rà soát kỹ các tờ khai có thể sẽ làm chậm việc thông quan hàng hoá. Chính vì vậy, hải quan Nhật Bản phải sử dụng tiêu chí đánh giá, phân tích rủi ro.

Hải quan Nhật Bản hiện đang kiểm soát khoảng 180.000 tổ chức và cá nhân tham gia hoạt động xuất nhập khẩu (XNK). Qua phân tích rủi ro theo các tiêu chí như kim ngạch giao dịch, số lần vi phạm, tần suất hoạt động... Hải quan Nhật Bản đưa vào diện đối tượng kiểm tra tiềm năng khoảng 46.000 đơn vị. Kết hợp với kế hoạch kiểm tra hàng năm và hàng quý, hàng tháng và các khu vực có khả năng xảy ra rủi ro cao, Hải quan Nhật Bản đưa vào diện đối tượng kiểm tra khoảng 5.000 doanh nghiệp mỗi năm. Hải quan Nhật Bản chủ yếu sử dụng các tiêu chí QLRR như: kim ngạch nhập khẩu tăng bất thường; mức độ tuân thủ pháp luật của doanh nghiệp; mặt hàng nhập khẩu, thuế suất và số thuế phải nộp; hồ sơ kiểm tra sau thông quan trước đó; hồ sơ thông quan, số thuế có khả năng gian lận; thông tin tình báo khác.

#### *c) QLRR của Hải quan Singapore*

Hải quan Singapore được đánh giá là cơ quan hải quan hiện đại trong khu vực ASEAN và trên thế giới với hệ thống pháp luật hải quan hoàn chỉnh, đồng bộ, áp dụng đầy đủ các chuẩn mực của ASEAN cũng như các quy định của WCO, WTO. Hiện nay, 100% hàng hoá XNK được làm thủ tục hải quan điện tử thông qua hệ thống thông tin chung - TradeNet.

Kinh nghiệm của Hải quan Singapore về việc áp dụng QLRR trong hoạt động nghiệp vụ thông quan hàng hoá xuất khẩu, nhập khẩu thể hiện ở các hoạt động sau:

- Xây dựng quy trình thông quan hàng hoá theo 05 bước: lựa chọn đối tượng kiểm

(1) <http://www.quangninhcustoms.gov.vn/Lists/HaiQuanQuocTe/ViewDetails.aspx?ID=5>



tra; chuẩn bị kiểm tra; thực hiện kiểm tra; kết thúc kiểm tra; đánh giá kết quả kiểm tra. Về cơ bản, việc lựa chọn đối tượng kiểm tra sau đối với hàng hoá xuất khẩu, nhập khẩu đều dựa vào nguồn thông tin tình báo thông qua hệ thống dữ liệu phân tích đánh giá, QLRR. Phương pháp QLRR được thực hiện theo 07 bước: thiết lập nội dung (xem xét các yếu tố ảnh hưởng đến rủi ro - các yếu tố có tính chiến lược cao như môi trường, chính sách, chế độ... hoặc các doanh nghiệp có liên quan); nhận biết rủi ro (các loại rủi ro thường xảy ra là gì, nó được hình thành như thế nào, tại sao lại xảy ra rủi ro này, hiệu quả của việc kiểm soát hiện nay ra sao?...); phân tích rủi ro (xác định các mức độ rủi ro có thể xảy ra và hậu quả cao hoặc thấp để từ đó xác định được các mức độ rủi ro - có thể bỏ qua, thấp, trung bình, cao, rất cao); đánh giá rủi ro (tập trung vào các yếu tố cần xem như rủi ro có ở mức độ chấp nhận được không, tầm quan trọng của rủi ro thế nào); xử lý rủi ro (xác định cần có thêm biện pháp kiểm soát rủi ro mới hoặc tính đến nguồn lực cần phải có để thực hiện xử lý rủi ro); giám sát và rà soát (đánh giá việc xử lý rủi ro có hiệu quả, tiết kiệm chi phí, phù hợp với chính sách chuẩn mực hiện hành có thể cải tiến được hơn nữa không); thông tin và tư vấn (rà soát lại các bước trong phương pháp quản lý được áp dụng, tăng cường trao đổi thông tin với các bên liên quan và đảm bảo có được một kế hoạch QLRR hiệu quả, tổng thể).

- Xây dựng cơ cấu tổ chức:

+ Bộ phận lựa chọn đối tượng kiểm tra: Bộ phận này căn cứ vào cơ sở dữ liệu từ thông tin tình báo tập trung vào việc nghiên cứu các đối tượng trọng điểm, các ngành hàng có khả năng thường xuyên xảy ra vi phạm. Trên cơ sở đó lập hồ sơ, phân tích lựa chọn đối tượng kiểm tra. Từ đó xác định các yếu tố rủi ro thấp, vừa và rủi ro cao.

+ Bộ phận kiểm tra trực tiếp tại doanh nghiệp: Bộ phận này chủ yếu tập trung vào các doanh nghiệp có độ rủi ro cao và có một số nhiệm vụ như thực hiện kiểm tra theo kế hoạch tại doanh nghiệp có lập kế hoạch và thông báo

trước để doanh nghiệp chuẩn bị làm việc. Mục đích là tìm chứng cứ vi phạm tại doanh nghiệp; tuyên truyền cho các nhập khẩu về thủ tục hải quan, khuyến khích họ thường xuyên kiểm tra rà soát lại để xác định các khoản thuế thiếu để nộp cho Nhà nước; nâng cao tính tuân thủ pháp luật cho doanh nghiệp thông qua việc chỉ cho họ những sai phạm để họ tự khắc phục; củng cố mối quan hệ chặt chẽ giữa các doanh nghiệp với cơ quan hải quan.

+ Bộ phận điều tra: Bộ phận này chủ yếu tập trung vào các doanh nghiệp có độ rủi ro cao và một số nhiệm vụ chủ yếu như thực hiện các hoạt động kiểm tra trong thời gian dài (kiểm tra trong thời gian dài và có thể mở rộng phạm vi kiểm tra) tại trụ sở của nhà nhập khẩu để tìm kiếm bằng chứng của sự trốn thuế hải quan và thuế hàng hoá và dịch vụ chung; tiếp nhận những trường hợp kiểm tra có hành vi nghiêm trọng được chuyển từ bộ phận kiểm tra trực tiếp sang; thực hiện điều tra đối với các trường hợp gian lận và đưa ra các biện pháp giải quyết đối với nhà nhập khẩu và các đối tượng khác có liên quan. Thẩm quyền của bộ phận này ngoài việc điều tra còn được bắt người, khởi tố đưa ra toà án. Công việc này thực hiện tại doanh nghiệp, thời gian điều tra dài có thể từ 03 đến 06 tháng.

Giữa bộ phận kiểm tra trực tiếp và điều tra có sự quan hệ về thông tin để giúp nhau trong việc thực hiện công việc của mình. Ngoài ra, bộ phận điều tra hoặc kiểm tra trực tiếp còn phản hồi lại cho bộ phận lựa chọn đối tượng kiểm tra để xây dựng các tiêu thức bổ sung cho các đối tượng này.

#### *d) QLRR của Hải quan Thái Lan*

QLRR ở Hải quan Thái Lan nhận được sự hỗ trợ mạnh mẽ từ chương trình tự động hóa. Thái Lan đã thực hiện Trao đổi dữ liệu điện tử (EDI) để kiểm soát tất cả các giao dịch thương mại của doanh nghiệp thông qua áp dụng hệ thống thông quan bằng máy tính cho hàng xuất khẩu từ năm 1998. Hệ thống này được mở rộng đối với hàng nhập khẩu và được triển khai đầy đủ tại các cảng biển, cảng hàng không trên toàn quốc từ năm 2000.



Hải quan Thái Lan sử dụng công nghệ thông tin và truyền thông để hỗ trợ các nhu cầu của chính cơ quan hải quan và doanh nghiệp trên hai mảng hoạt động: dịch vụ công cho nhà xuất - nhập khẩu, bao gồm xử lý tờ khai hàng hoá, xử lý thông quan hàng hoá, thu thuế, hoàn thuế, thu thập số liệu thống kê, QLRR và các hoạt động văn phòng của cơ quan hải quan. Ứng dụng công nghệ thông tin trong các hoạt động của Hải quan Thái Lan đã giúp cho việc áp dụng kỹ thuật QLRR thực hiện thuận lợi hơn.

Trước hết là hỗ trợ của hệ thống thông tin. Trong những năm gần đây, Hải quan Thái Lan đã chuyển đổi từ EDI sang quan điểm triết lý Hệ thống mở, nghĩa là hệ thống dữ liệu phải được trao đổi bằng nhiều phương tiện với tất cả các khách hàng (kể cả người làm kinh doanh và phi kinh doanh), với các đối tác (các cơ quan chính phủ, kể cả trong và ngoài nước) và các nhân viên để tăng hiểu biết lẫn nhau, nhằm kích thích thái độ tự giác tuân thủ. Thứ hai, để hỗ trợ thông quan theo luồng, Hải quan Thái Lan đã triển khai một thể hệ tự động hoá

hải quan mới có tên gọi “e-Customs” hay hải quan điện tử. Hải quan điện tử sử dụng các dịch vụ của Internet và tuân thủ các chuẩn mực và hướng dẫn của Công ước Kyoto sửa đổi. Các thủ tục và quy trình xử lý chính của hải quan được tái thiết kế như một phần của hệ thống hải quan điện tử, bao gồm các lĩnh vực ứng dụng chính như kiểm soát hàng hoá, xử lý tờ khai hàng hoá và tính thuế. Hơn nữa, hệ thống tự động hoá mới cũng được tích hợp với các hệ thống của các cơ quan chính phủ và các khách hàng, trong đó có cả doanh nghiệp, ngân hàng, các nhà kinh doanh kho ngoại quan và các nhà quản lý khu thương mại tự do. Hệ thống mới có thể xử lý nhiều loại dịch vụ hải quan với độ đảm bảo an toàn, an ninh cao và thời gian phản hồi thông tin nhanh chóng. Nhờ đó, khách hàng ở luồng xanh có thể được thông quan rất nhanh. Từ khâu nộp tờ khai hải quan đến khâu ra quyết định kiểm tra thực tế đều được thực hiện tự động bằng máy móc trên cơ sở bộ tiêu chí chọn lọc.

Ngoài thực hiện QLRR theo các chuẩn mực quốc tế, hiện nay Hải quan Thái Lan đang thực

hiện Chương trình thẻ vàng ưu tiên nhằm tạo thuận lợi cho các doanh nghiệp tham gia hoạt động XNK. Theo quy định, các doanh nghiệp XNK có lịch sử chấp hành tốt pháp luật, có vị thế đáng tin cậy và thoả mãn những tiêu chí do Hải quan Thái Lan đưa ra sẽ được hưởng chế độ thẻ vàng ưu tiên cùng nhiều quyền lợi trong quá trình làm thủ tục hải quan. Những doanh nghiệp tham gia phải đáp ứng đủ các điều kiện: là pháp nhân có vốn đăng ký từ 05 triệu Baht trở lên; tham gia hoạt động XNK ít nhất là 03 năm và thực hiện các thủ tục hải quan thông qua hệ thống tự động; là thành viên của một trong các tổ chức có uy tín ở Thái Lan và được các tổ chức này đứng ra chứng nhận tình trạng tài chính của doanh nghiệp xin tham gia chương trình; có quá trình hoạt động 03 năm (tính từ ngày nộp đơn xin tham gia trở về trước) không vi phạm luật pháp trong lĩnh vực hải quan và các lĩnh vực có liên quan khác. Bộ hồ sơ tối thiểu phải nộp để tham gia chương trình gồm: đơn đề nghị theo Thông báo số 8/2542 của cơ quan hải quan; công văn của Bộ Thương mại chứng thực việc đăng ký kinh doanh của pháp nhân; bản xác nhận tình trạng tài chính của một trong số các tổ chức được quy định tại điểm 1.4, Thông báo số 8/2542 của cơ quan hải quan; công văn chứng nhận đăng ký thuế VAT, giấy phép hoạt động, giấy chứng nhận của Cơ quan Bất động sản Công nghiệp Thái Lan; báo cáo tài chính trong 03 năm gần nhất; bản sao giấy chứng minh thư của giám đốc doanh nghiệp; danh sách cổ đông/góp vốn của doanh nghiệp; bảng thống kê khối lượng hàng hoá làm thủ tục XNK và doanh số bán hàng trong nước của doanh nghiệp; bản kiểm kê nguyên liệu thô tồn kho và một số tài liệu có liên quan.

Những doanh nghiệp đủ điều kiện tham gia chương trình thẻ vàng ưu tiên nộp đơn đề nghị cùng các tài liệu có liên quan lên Vụ Trị giá và các Quy trình tiêu chuẩn. Sau khi được chấp thuận là thành viên của chương trình thẻ vàng ưu tiên, Hải quan Thái Lan sẽ cấp cho doanh nghiệp giấy chứng nhận để hưởng các

ưu đãi trong quá trình giao dịch với cơ quan hải quan.

Các doanh nghiệp được cấp thẻ vàng ưu tiên sẽ phải tuân thủ đầy đủ các nghĩa vụ sau: tuân thủ các quy định pháp luật hiện tại và tương lai trong lĩnh vực hải quan; ký cam kết và nộp chứng nhận bảo lãnh ngân hàng hoặc giấy tờ tương đương cho cơ quan Hải quan với giá trị đảm bảo 02 triệu baht. Số tiền đảm bảo này sẽ chỉ còn 01 triệu baht đối với doanh nghiệp XNK vừa là thành viên chương trình thẻ vàng ưu tiên vừa là thành viên của Dự án đối tác hải quan minh bạch; lưu giữ hồ sơ khai báo hải quan gốc và những chứng từ liên quan ít nhất là 05 năm; tạo điều kiện cho cán bộ hải quan có thẩm quyền đến trụ sở doanh nghiệp hay những nơi có liên quan để tiến hành kiểm tra sổ sách, chứng từ, chứng cứ và các thông tin khác

Lợi ích của doanh nghiệp được hưởng chế độ thẻ vàng ưu tiên được thể hiện qua: được đưa vào “luồng xanh” khi làm thủ tục nhập khẩu, xuất khẩu; được nộp bản lược khai hàng hoá sau khi đã thông quan hàng; hàng hoá được miễn kiểm tra trừ trường hợp bị kiểm tra theo xác suất ngẫu nhiên; số tiền hoàn thuế, bồi thường tiền thuế và lệ phí được chấp thuận ngay khi nộp đơn yêu cầu.

Chế độ thẻ vàng ưu tiên đối với doanh nghiệp XNK sẽ bị thu hồi trong các trường hợp: có quyết định của toà án về việc người được quản lý tài sản của doanh nghiệp trong trường hợp doanh nghiệp đó tham gia tranh tụng hoặc nộp đơn xin phá sản; doanh nghiệp vi phạm nghiêm trọng pháp luật hải quan cũng như các quy định khác có liên quan và có phán quyết cuối cùng của toà án quyết định vụ kiện đã được giải quyết; cơ quan hải quan huỷ bỏ những ưu tiên đó; không đáp ứng được các yêu cầu quy định tại Thông báo số 8/2542 của cơ quan Hải quan. Khi phát hiện doanh nghiệp được hưởng chế độ thẻ vàng ưu tiên vi phạm nghiêm trọng pháp luật về hải quan và các quy định khác có liên quan hoặc cố ý trốn tránh nghĩa vụ thuế, lệ phí hoặc gian lận trong quá

trình đề nghị hoàn, bồi thường tiền thuế, lệ phí, cơ quan hải quan có quyền áp dụng những chế tài xử phạt nặng nhất đối với doanh nghiệp<sup>2</sup>.

#### e) QLRR của Hải quan Anh

Hải quan Anh có chức năng, nhiệm vụ về cơ bản giống như hải quan các nước là kiểm tra, kiểm soát tại biên giới đối với hàng hoá xuất, nhập khẩu, quá cảnh, phương tiện xuất nhập cảnh; thu thuế; điều tra chống buôn lậu và thống kê về hải quan. Tại thời điểm hiện nay, Hải quan Anh tập trung vào một số nhiệm vụ chính như chống buôn lậu thuốc lá điếu (thuế đánh vào thuốc lá ở Anh rất cao, chiếm tới 90% giá bán thuốc lá), buôn lậu ma tuý, các loại hàng hoá gây tổn hại đến an ninh và an toàn trong cộng đồng, chống gian lận thương mại trong hoàn thuế VAT, chống phổ biến các loại vũ khí huỷ diệt và hạt nhân, chống khủng bố....

Hệ thống QLRR của Hải quan Anh là hệ thống được áp dụng thống nhất trong Liên minh Châu Âu và sử dụng chung một hệ thống công nghệ thông tin với các nước này. Cơ sở pháp lý để xây dựng hệ thống QLRR của Hải quan Anh cũng dựa trên các quy định pháp luật của EC. Đồng thời, Anh tự xây dựng văn bản hướng dẫn riêng cho mình. Nhờ thống nhất quy định chung và dựa trên hệ thống công nghệ thông tin thống nhất nên tiêu chí rủi ro được tất cả các thành viên thống nhất trong toàn khối, thông tin về QLRR được trao đổi giữa các nước thành viên trong khối nhanh chóng và chính xác.

Hải quan Anh có đơn vị chuyên về thông tin tình báo phục vụ QLRR và đơn vị điều tra tội phạm. Việc bố trí lực lượng tình báo cũng như điều tra tội phạm được thực hiện tại các cấp. Riêng lực lượng tình báo có bộ phận làm việc ở nước ngoài gọi là Tuy viên Hải quan và đại diện hải quan hoạt động tại các Đại sứ quán Anh ở nước ngoài. Lực lượng này vừa trực thuộc các cơ quan khác của chính phủ về mặt chuyên môn, vừa có trách nhiệm báo cáo công tác cho Hải quan Anh. Việc triển khai QLRR

của Hải quan Anh bao gồm thu thập thông tin và chuyển hóa thành thông tin tình báo để cung cấp cho các đơn vị nghiệp vụ sử dụng. Quan hệ phối hợp giữa lực lượng tình báo, QLRR và điều tra chống tội phạm của Hải quan Anh rất chặt chẽ. Các thông tin tình báo thu được từ các nguồn được chuyển cho bộ phận QLRR và điều tra tội phạm để thực hiện các công việc liên quan đến thông quan hàng hoá, xác định mức độ tuân thủ, thu thuế, đấu tranh chống buôn lậu hàng cấm, chống khủng bố... Để thu thập thông tin tình báo từ nước ngoài, Hải quan Anh thông qua hệ thống Tuy viên Hải quan, đại diện Hải quan đặt tại nước ngoài, chủ yếu ở Châu Âu, Trung Quốc và Hồng Kông. Hải quan Anh có bộ phận trong nước làm đầu mối tiếp nhận thông tin để hỗ trợ công việc và chuyển các yêu cầu cho các văn phòng này. Hệ thống này có vai trò đặc biệt quan trọng trong việc kiểm soát từ xa các luồng hàng hoá nhập khẩu vào Anh và tham gia vào công tác QLRR.

Việc xác định các lô hàng có độ rủi ro cao sử dụng phương pháp xác định rủi ro dựa trên thông tin tình báo và các thông tin khác có liên quan đến lô hàng như thông tin về quá trình chấp hành pháp luật của doanh nghiệp, thông tin về chấp hành pháp luật về thuế, thông tin về lô hàng lấy từ hệ thống thông tin của doanh nghiệp vận tải, thông tin quản lý công dân, điều tra tình hình dân số... Thực tế, đối với lô hàng XNK ở các nước thuộc Liên minh Châu Âu, cán bộ hải quan xác định rủi ro dựa trên hệ thống thông tin về QLRR (trên đó các lô hàng đã được hệ thống cho điểm) lựa chọn một số lô hàng có điểm rủi ro cao hoặc lô hàng có nội dung phù hợp với danh mục những tiêu chí rủi ro do Hải quan Anh ban hành, quyết định lựa chọn để kiểm tra (quyết định này được thực hiện bằng thủ công và dựa hoàn toàn vào suy luận và kinh nghiệm của cán bộ xác định rủi ro).

Đối với lô hàng XNK từ các nước ngoài EU, việc xác định rủi ro được chia làm hai giai đoạn. Giai đoạn 1 được xác định khi có

(2) <http://www.hanoicustoms.gov.vn/webs/modules.php?name=News&op=viewst&sid=490>

thông tin bản lược khai hàng hóa gửi trước từ các hãng vận tải bằng đường điện tử (hoặc bằng fax, sau đó nhân viên hải quan nhập vào máy tính). Nhân viên hải quan căn cứ vào thông tin bản lược khai, thông tin tình báo, thông tin về thuế, thông tin vi phạm... lựa chọn lô hàng phải kiểm tra thực tế. Quy trình này được thực hiện nhờ vào các phần mềm tin học khác nhau và cũng dựa trên kinh nghiệm của cán bộ làm công tác xác định rủi ro. Khi lô hàng lựa chọn phải kiểm tra thì Hải quan Anh sẽ tự vận chuyển lô hàng đến địa điểm kiểm tra và thực hiện việc kiểm tra mà không cần có đại diện của doanh nghiệp chứng kiến. Container được kiểm tra bí mật và Hải quan sẽ làm lại niêm phong sau khi hoàn thành việc mở container để kiểm tra. Việc kiểm tra được thực hiện bằng các công cụ như máy soi kiện hàng, máy dò ma túy... Nếu hàng hoá kiểm tra thực tế khác biệt so với khai báo nhưng không phải là hàng cấm thì chuyển thông tin cho bộ phận kiểm tra để kiểm tra khi doanh nghiệp đăng ký tờ khai. Đối với trường hợp hàng hoá khác với lược khai nhưng thuộc diện hàng cấm, có ảnh hưởng tới an ninh quốc gia thì thông tin sẽ được chuyển cho bộ phận điều tra để bí mật kiểm tra về lô hàng này. Việc kiểm tra lô hàng sẽ được thực hiện chặt chẽ khi làm thủ tục và được xử lý nghiêm nếu phát hiện có hành vi vi phạm. Giai đoạn 2 được xác định khi doanh nghiệp XNK thực hiện việc khai báo để làm thủ tục XNK. Tại giai đoạn này, lô hàng được lựa chọn để kiểm tra sẽ được thực hiện một cách tự động dựa trên những nhóm chỉ tiêu thông tin và hồ sơ rủi ro được bộ phận rủi ro ở cấp trung ương hoặc cấp vùng đưa vào hệ thống. Những hồ sơ rủi ro đưa vào cấp trung ương có hiệu lực trên toàn Hải quan Anh, những hồ sơ rủi ro đưa vào ở cấp vùng chỉ có tác dụng đối với vùng đó. Các hồ sơ rủi ro cũng thường xuyên được cập nhật.

Từ ngày 1/7/2009, Hải quan Anh áp dụng quy định gửi trước thông tin điện tử theo quy

định tại Luật Hải quan EU. Về nguyên tắc, các thông tin về hàng hoá, số container, kho chứa hàng và tàu vận chuyển sẽ được chủ tàu thông tin cho Hải quan Anh trước khi tàu đến cảng đích. Tuy nhiên, do quy định này mới có hiệu lực nên phía Hải quan Anh chưa giới thiệu nhiều kinh nghiệm về vấn đề này. Thực tế, Hải quan Anh đã thực hiện thu thập thông tin điện tử gửi trước đối với một số loại hình để phục vụ cho xác định lô hàng có độ rủi ro cao để tập trung việc kiểm tra phục vụ cho an ninh và sử dụng nguồn lực một cách hiệu quả<sup>3</sup>.

#### *g) QLRR của Hải quan Mỹ*

Hải quan Mỹ là cơ quan duy nhất và thống nhất quản lý biên giới, cơ quan Hải quan và Bảo vệ Biên giới Mỹ (CBP) có vai trò đặc biệt quan trọng trong bảo vệ an ninh nước Mỹ và người dân Mỹ. Sau sự kiện khủng bố 11/9/2001, Hải quan Mỹ đã bắt đầu xây dựng các chương trình chống khủng bố để giúp bảo đảm an ninh đất nước.

Cơ quan này đã đưa ra Sáng kiến An ninh Công-ten-nơ (CSI) để giải quyết những mối đe dọa an ninh biên giới và thương mại toàn cầu do các phần tử khủng bố có khả năng sử dụng các công-ten-nơ vận chuyển bằng đường biển để mua bán vũ khí. CSI đề xuất một cơ chế an ninh đảm bảo tất cả các công-ten-nơ có tiềm ẩn rủi ro phải được nhận diện và kiểm tra tại các cảng xuất ở nước ngoài trước khi chúng được chất lên tàu để tới Mỹ. CBP đã đặt các đội quân tinh nhuệ lấy từ CBP và lực lượng kiểm soát Hải quan và Nhập cư để phối hợp làm việc với các cộng sự người nước sở tại. Nhiệm vụ của họ là xác định, kiểm tra trước và chỉ đạo các biện pháp nghiệp vụ để điều tra những lô hàng có tiềm ẩn rủi ro sẽ tới Mỹ.

Ba thành phần chính của CSI là: (i) nhận diện các công-ten-nơ có độ rủi ro cao. CBP sử dụng các công cụ xác định trọng điểm tự động để nhận diện các nguy cơ khủng bố trên cơ sở thông tin trước và thông tin tình báo chiến lược; (ii) đánh giá và kiểm tra các công-ten-nơ trước khi chúng được vận chuyển. Các công-

(3) <http://www.quangninhcustoms.gov.vn/Lists/HaiQuanQuocTe/ViewDetails.aspx?ID=4>

ten-nơ cần được kiểm tra trong chuỗi cung ứng thương mại quốc tế sớm nhất có thể, nói chung là tại cảng xuất; (ii) sử dụng công nghệ để kiểm tra trước các công-ten-nơ có độ rủi ro cao nhằm đảm bảo rằng, việc kiểm tra được tiến hành nhanh chóng, không gây cản trở cho dòng chảy thương mại. Công nghệ này bao gồm các máy soi công-ten-nơ lớn bằng tia X, tia gamma và các thiết bị phát hiện phóng xạ.

Thông qua CSI, cán bộ của CBP làm việc với cơ quan hải quan nước chủ nhà để thiết lập các tiêu chí an ninh xác định các công-ten-nơ có độ rủi ro cao. Các cơ quan này sử dụng công nghệ kiểm tra không phá mẫu (NII) và các thiết bị phát hiện phóng xạ để soi các công-ten-nơ tiềm ẩn nguy cơ cao trước khi chúng được xếp lên tàu để đến các cảng của Mỹ.

Hiện CSI đang được triển khai tại 58 cảng biển nước ngoài ở Bắc Mỹ, châu Âu, châu Á, châu Phi, Trung Đông, châu Mỹ Latinh và Trung Mỹ. Tổng cộng có 35 cơ quan hải quan cam kết tham gia chương trình này. Xấp xỉ 86% hàng hoá trong các công-ten-nơ vận chuyển bằng đường biển xuất sang Mỹ được soi chiếu trước khi vào Mỹ.

CSI tiếp tục mở rộng các vị trí chiến lược trên toàn thế giới. Tổ chức Hải quan thế giới (WCO), Liên minh châu Âu (EU) và Nhóm G8 đã ủng hộ việc mở rộng CSI và đã thông qua các nghị quyết thực hiện những biện pháp an ninh của CSI áp dụng tại các cảng biển trên thế giới.

Để mở rộng CSI, các cảng biển nước ngoài phải đáp ứng được các tiêu chuẩn tối thiểu như sau:

- Cảng biển phải thường xuyên có khối lượng lớn các công-ten-nơ vận chuyển trực tiếp tới các cảng của Mỹ.

- Cán bộ hải quan nước sở tại phải có khả năng kiểm tra hàng hoá xuất khẩu, hàng quá cảnh các cảng biển của nước mình.

- Cảng biển phải được trang bị và sử dụng các thiết bị kiểm tra không phá mẫu (NII) (bằng tia X hoặc gamma) và các thiết bị phát hiện phóng xạ.

- Cảng biển phải có hệ thống QLRR tự động.
- Cán bộ hải quan nước sở tại phải chia sẻ dữ liệu, thông tin tình báo và thông tin QLRR với CBP

- Cảng biển phải tiến hành đánh giá kỹ cơ sở hạ tầng và cam kết giải quyết những vấn đề tồn đọng về hạ tầng.

- Cảng biển phải duy trì các chương trình liên chính, xác định và kiên quyết đấu tranh chống lại những hành vi vi phạm liên chính.

## 2. Bài học kinh nghiệm cho Hải quan Việt Nam về QLRR trong hoạt động nghiệp vụ hải quan

Qua tìm hiểu nghiên cứu kinh nghiệm của một số nước trong lĩnh vực áp dụng kỹ thuật QLRR vào quy trình thủ tục hải quan đối với hàng hóa XNK, chúng ta có thể rút ra những bài học kinh nghiệm sau:

- Phải nhận thức việc áp dụng kỹ thuật QLRR là yêu cầu tất yếu của hải quan các nước trong xu thế hội nhập và phát triển, nhằm cân bằng giữa kiểm soát và tạo thuận lợi cho thương mại, giữa khối lượng công việc của hải quan tăng lên hàng ngày mà nguồn lực không tăng tương ứng. Do áp dụng kỹ thuật QLRR cần nhiều điều kiện tương thích nên cách tốt nhất của Việt Nam là chủ động và khẩn trương chuẩn bị điều kiện để triển khai nhanh kỹ thuật QLRR trong các khâu nghiệp vụ hải quan.

- Muốn áp dụng kỹ thuật rủi ro, cần bảo đảm thông tin đầy đủ, đồng bộ, cập nhật, nhất là hệ thống thông tin cảnh báo trước, thông tin tình báo ở nước ngoài. Hệ thống đảm bảo thông tin này đòi hỏi sự đầu tư lớn về phương tiện, tài chính và con người, nhất là những người làm nhiệm vụ phân tích phải có trình độ cao. Kinh nghiệm của Hải quan Anh cho thấy, muốn áp dụng kỹ thuật QLRR có hiệu quả, Việt Nam phải chú trọng đầu tư xây dựng hệ thống đảm bảo thông tin ngay từ đầu, nhất là vấn đề tổ chức thu thập thông tin tình báo ở nước ngoài và tổ chức hệ thống nối mạng hiệu quả trong nước.

- Việc QLRR phải được triển khai gắn với quá trình hiện đại hóa hải quan, trong đó áp dụng tin học vào quá trình thực hiện thủ tục hải quan sẽ tạo điều kiện triển khai QLRR một cách hiệu quả. Các hoạt động thông quan điện tử, một cửa... sẽ góp phần làm tăng giá trị của việc phân loại doanh nghiệp theo luồng xanh, vàng và đỏ.

- Cần áp dụng các hình thức QLRR đa dạng, phong phú trong quy trình nghiệp vụ hải quan nói chung, trong thủ tục hải quan đối với hàng hoá xuất khẩu, nhập khẩu nói riêng. Bên cạnh cách phân loại luồng xanh, luồng vàng, luồng đỏ theo bộ tiêu chí chuẩn, cần nghiên cứu thêm các sáng kiến kiểu “Chương trình ưu đãi thẻ vàng” của Thái Lan để khuyến khích mạnh hơn thái độ tuân thủ của doanh nghiệp, qua đó nâng cao tầm ảnh hưởng của QLRR.

- Phải xây dựng tổ chức thực thi QLRR chuyên nghiệp để chuẩn hóa các tiêu chí lựa chọn và làm đầu mối tổng hợp thông tin. Kinh nghiệm của hải quan các nước cho thấy vai trò quan trọng của các tổ chức này. Nếu thiếu vắng họ, hoạt động QLRR sẽ thiếu chuẩn tắc, thậm chí có thể bị lãng quên.

- Phải xây dựng và phát triển Hệ thống thông tin hỗ trợ QLRR và bộ máy cơ chế điều hành QLRR. So sánh nền tảng QLRR hiện có của chúng ta với hải quan các nước phát triển như Mỹ, Hàn Quốc, Trung Quốc... chúng ta mới bắt đầu xây dựng một số thành phần của nền tảng QLRR cần có và chúng ta đang tụt hậu khá xa so với các nước này.

- Phải tạo căn cứ pháp lý đủ mạnh cho việc áp dụng QLRR trong thủ tục hải quan đối với hàng hoá xuất khẩu, nhập khẩu. Để khuyến khích tính tự tuân thủ pháp luật, các nước đều ban hành Luật Hải quan và các văn bản hướng dẫn phải quy định cụ thể trách nhiệm của cơ quan hải quan trong việc tư vấn, cung cấp những thông tin cần thiết có liên quan đến hải quan, quyền được tự điều chỉnh sai sót trong việc khai hải quan mà không bị xử phạt hoặc chỉ bị phạt nhẹ. Việc xây dựng và duy trì một cơ chế hữu hiệu để kiểm soát, bảo đảm việc thực thi nghiêm minh, đầy đủ các quy định của

pháp luật về hải quan trong hoạt động nghiệp vụ đóng vai trò vô cùng quan trọng. Cơ chế này cho phép cơ quan hải quan áp dụng những biện pháp và chế tài phù hợp để thực thi kết quả trong hoạt động nghiệp vụ như phạt tiền, phong toả tài khoản, tịch thu kê biên tài sản, và các biện pháp khác. Luật Hải quan Nhật Bản và Indonesia thậm chí còn quy định cụ thể mức tiền phạt và chế tài kèm theo cho từng hành vi khi doanh nghiệp thực hiện quyền và nghĩa vụ của mình.

- Việc áp dụng QLRR phải trên nền tảng thực hiện thủ tục hải quan hiện đại. Hầu hết các nước đề cập ở trên đều thiết lập cơ chế tự khai, tự tính và nộp thuế hiệu quả gắn với lợi ích của các doanh nghiệp. Ứng dụng công nghệ thông tin vào quy trình thủ tục hải quan đã tạo điều kiện cho hải quan các nước thực hiện QLRR dễ dàng hơn. Các nước tiên tiến như Nhật Bản, Singapore, Hàn Quốc... đều thực hiện quản lý nhà nước về mặt hải quan trên cơ sở một hệ thống hành chính vô cùng hiệu quả. Với nguồn nhân lực hạn chế và đã được tinh giản, họ thực hiện quản lý trên nguyên tắc QLRR và ứng dụng công nghệ thông tin với một hệ thống hạ tầng về thông tin tiên tiến, cho phép hầu hết các công việc được tiến hành một cách tự động hoá.

- Cần coi trọng công tác phối hợp liên ngành trong áp dụng QLRR. Công tác phối hợp đóng vai trò rất quan trọng trong việc thực hiện có hiệu quả việc áp dụng QLRR trong thủ tục hải quan đối với hàng hoá xuất khẩu, nhập khẩu. Cơ quan hải quan phải có thẩm quyền tiếp cận và sử dụng các hồ sơ, các dữ liệu thương mại về hoạt động mua hàng hoá, giao dịch ngoại tệ, vận chuyển hàng hoá, bán hàng hoá sau khi nhập khẩu có liên quan của các doanh nghiệp từ ngân hàng, cơ quan thuế nội địa, cơ quan bảo hiểm, cơ quan quản lý thị trường, cơ quan công an cũng như các cơ quan khác có liên quan.

Ngoài ra, việc phối hợp giữa các đơn vị chức năng quản lý nhà nước, cơ quan chuyên môn còn được thể hiện như: công tác giám định, đánh giá, kiểm tra các tiêu chuẩn, định mức... cũng như việc hỗ trợ lực lượng và phương tiện kỹ thuật trong các trường hợp cần thiết. ■