

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

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

VIỆN NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP THUỘC ỦY BAN THƯỜNG VỤ QUỐC HỘI



Số 03 + 04 (355 + 356)  
Tháng 02/2018

Số Tân Xuân Mậu Tuất



# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

VIỆN NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP THUỘC ỦY BAN THƯỜNG VỤ QUỐC HỘI

## Mục lục Số 03+04/2018

### NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước trong nhà nước pháp quyền  
**PGS, TS. Nguyễn Hoàng Anh**
- 10** Công tác xây dựng và hoàn thiện thể chế phục vụ cải cách tư pháp thuộc thẩm quyền, trách nhiệm của Chính phủ từ năm 2006 đến nay  
**Nguyễn Phước Thọ**
- 18** Vai trò, trách nhiệm của nhà nước trong xã hội công nghệ thông tin, công nghệ số, cách mạng công nghiệp 4.0  
**GS, TS. Hoàng Thị Kim Quế**
- 25** Quyền được giáo dục theo quy định của luật quốc tế và cơ chế bảo đảm thực hiện  
**TS. Lê Thị Anh Đào**

### BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 35** Một số ý kiến về tổ chức chính quyền và pháp luật áp dụng tại đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt  
**PGS, TS. Nguyễn Ngọc Điện**
- 41** Một số vấn đề về các hành vi cấm trong Dự thảo Luật An ninh mạng  
**TS. Nguyễn Mai Bộ**

### CHÍNH SÁCH

- 49** Xây dựng chính sách quốc gia kiến tạo phát triển bền vững ở Việt Nam  
**PGS, TS. Nguyễn Hữu Đồng**

### THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 56** Luật Thủy sản năm 2017 và việc đấu tranh phòng chống đánh bắt bất hợp pháp, không báo cáo, không theo quy định (IUU)  
**PGS, TS. Nguyễn Hồng Thao**
- 63** Nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất nhằm thực hiện dự án - bắt cập và giải pháp đề xuất  
**GS, TSKH. Đặng Hùng Võ**  
**PGS. TS. Phan Trung Hiền**
- 69** Dự án BOT- những tồn tại và kiến nghị  
**TS. Đặng Văn Hải**
- 75** Tòa án trả lại đơn khởi kiện khi có thỏa thuận thủ tục thương lượng, hòa giải bắt buộc tiền tố tụng  
**PGS, TS. Đỗ Văn Đại**
- 83** Áp dụng "thời hiệu" và "thời hạn" nộp đơn yêu cầu công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của tòa án nước ngoài, phán quyết của trọng tài nước ngoài  
**TS. Đặng Thanh Hoa**
- 89** Hoàn thiện các quy định về hoạt động của các tổ chức trung gian nhằm phát triển thị trường khoa học - công nghệ  
**PGS, TS. Trần Văn Nam**
- 95** Hạn chế của Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 nhìn từ góc độ kỹ thuật lập pháp  
**TS. Cao Vũ Minh**

### KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 102** Sự tham gia của công dân trong quản trị đô thị ở các nước phát triển và những gợi mở đối với Việt Nam  
**TS. Nguyễn Trọng Bình - ThS. Nguyễn Thị Ngọc Anh**
- 111** Cơ quan quản lý cạnh tranh ở Hoa Kỳ, Nhật Bản, Trung Quốc và những gợi ý cho Việt Nam  
**TS. Trần Thị Quang Hồng**
- 121** Xác định người đại diện của pháp nhân trong tố tụng hình sự Pháp và một vài gợi ý cho Việt Nam  
**TS. Nguyễn Văn Quân**

### THÔNG TIN LẬP PHÁP

- 127** Định hướng chủ đề viết bài đăng tải trên tạp chí Nghiên cứu lập pháp năm 2018



#### HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. NGUYỄN ĐÌNH QUYỀN (CHỦ TỊCH)  
TS. NGUYỄN VĂN GIÀU  
PGS, TS. NGUYỄN THANH HẢI  
PGS, TS. ĐÌNH VĂN NHẢ  
PGS, TS. LÊ BỘ LĨNH  
TS. NGUYỄN VĂN LUẬT  
TS. HOÀNG VĂN TÚ  
TS. NGUYỄN VĂN HIỂN  
PGS, TS. NGÔ HUY CƯƠNG  
TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

#### PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

#### TRỤ SỞ:

27A VÕNG THỊ - TÂY HỒ - HÀ NỘI  
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206  
FAX: 0243.2121201  
Email: nclp@qh.gov.vn  
Website: www.nclp.org.vn

#### THIẾT KẾ:

BÙI HUỲNH

#### GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

Số 438/GP-BTTTT NGÀY 29-10-2013  
CỦA BỘ THÔNG TIN VÀ TRUYỀN THÔNG

#### PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 0243.2121202

#### TÀI KHOẢN:

0991000023097  
VIỆN NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP  
NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI CỔ PHẦN  
NGOẠI THƯƠNG VIỆT NAM  
(VIETCOMBANK), CHI NHÁNH TÂY HỒ  
MÃ SỐ THUẾ: 0104003894

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN HÀ NỘI

GIÁ: 19.500 ĐỒNG

Ảnh bìa: ST

# LEGISLATIVE STUDIES

www.nclp.org.vn

INSTITUTE FOR LEGISLATIVE STUDIES UNDER THE STANDING COMMITTEE OF THE NATIONAL ASSEMBLY OF THE S.R. VIETNAM

## Legis No 03+04/2018

### STATE AND LAW

- 3** The Controlling Mechanism of State Power in the Rule of Law  
**Pro., Dr. Nguyen Hoang Anh**
- 10** Developments and Improvement of the Institutions for Judicial Reform under the Authority and Responsibility of the Government since 2006  
**Nguyen Phuoc Tho**
- 18** Role and responsibility of the Government in the Information Technology, Digital Technology and Industrial Revolution Society of 4.0  
**Pro., Dr. Hoang Thi Kim Que**
- 25** Right to education under the International Laws and Enforcement Mechanisms  
**Dr. Le Thi Anh Dao**

### DISCUSSION OF BILLS

- 35** Comments to the Organization of Administration Government and Law on the Special Administrative-Economic Units  
**Prof., Dr. Nguyen Ngoc Dien**
- 41** Prohibited Practices in the Bill on Network Information Security  
**Dr. Nguyen Mai Bo**

### POLICIES

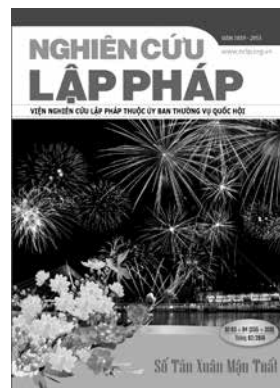
- 49** The Establishment of Tectonic National Policy for Sustainable Developments  
**Prof., Dr. Nguyen Huu Dong**

### LEGAL PRACTICE

- 56** The Fisheries Law of 2017 and the Fight against Illegal, Unreported, Unregulated Fishing (IUU).  
**Prof. Dr. Nguyen Hong Thao**
- 63** Transfer of Land Use Rights for Project Implementation – Inadequacies and Proposed Solution  
**Prof., Dr. Dang Hung Vo**  
**Prof., Dr. Phan Trung Hien**
- 69** BOT Projects – Limitations and Recommendations  
**Dr. Dang Van Hai**
- 75** The Court Returning the Petition Once an Agreement of the Compulsory Negotiation, Conciliation Procedures for the Pre-litigation  
**Prof., Dr. Do Van Dai**
- 83** Application of the "Statute of Limitations" and "Deadlines" for Filing Applications for the Recognition and Enforcement in Vietnam, the Civil Judgments and Decisions of Foreign Courts, Foreign Arbitral Awards.  
**Dr. Dang Thanh Hoa**
- 89** Improvements of the Legal Framework on the Performances of the Intermediary Organizations for Scientific and Technological Market  
**Prof. Dr. Tran Van Nam**
- 95** Inadequacies in the Law on Handling of Administrative Violations of 2012 in terms of the Legislative Technique  
**Dr. Cao Vu Minh**

### FOREIGN EXPERIENCE

- 102** The Citizen's Participation in Urban Governance in Developed Countries Suggestions for Vietnam  
**LLM. Nguyen Trong Binh**  
**LLM. Nguyen Thi Ngoc Anh**
- 111** The Competition Regulators of the U.S, Japan and China and Recommendation for Vietnam  
**Dr. Tran Thi Quang Hong**
- 121** Determination of the Representative of the Legal Entity in Criminal Procedures in France and Recommendations for Vietnam  
**Dr. Nguyen Van Quan**



#### EDITORIAL BOARD:

Dr. NGUYEN DINH QUYEN (Chairman)  
Dr. NGUYEN VAN GIAU  
Prof, Dr. NGUYEN THANH HAI  
Prof, Dr. DINH VAN NHA  
Prof, Dr. LE BO LINH  
Dr. NGUYEN VAN LUAT  
Prof, Dr. HOANG VAN TU  
Dr. NGUYEN VAN HIEN  
Prof, Dr. NGO HUY CUONG  
Dr. NGUYEN HOANG THANH

#### CHEF EDITOR IN CHARGE:

TS. NGUYEN HOANG THANH

#### OFFICE:

27A VONG THI - TAY HO - HA NOI  
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206  
FAX: 0243.2121201  
Email: nclp@qh.gov.vn  
Website: www.nclp.org.vn

#### DESIGN:

BUI HUYEN

#### LICENSE OF PUBLISHMENT:

Nº 438/GP-BTTTT DATE 29-10-2013  
MINISTRY OF INFORMATION  
AND COMMUNICATION

#### DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202

#### ACCOUNT NUMBER:

0991000023097  
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE  
VIETCOMBANK

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY HANOI PRINTING  
JOINT STOCK COMPANY

Price: 19.500 VND

# CƠ CHẾ KIỂM SOÁT QUYỀN LỰC NHÀ NƯỚC

## TRONG NHÀ NƯỚC PHÁP QUYỀN

**PSG. TS. Nguyễn Hoàng Anh\***

\* Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội

### Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* nhà nước pháp quyền; kiểm soát quyền lực nhà nước; bảo hiến; luật so sánh

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 23/12/2017

Biên tập: 22/01/2018

Duyệt bài: 30/01/2018

### Article Infomation:

*Keywords:* Rule - of - law state; control of state powers; constitutional review; comparative law.

*Article History:*

Received: 23 Dec. 2017

Edited: 22 Jan. 2018

Approved: 30 Jan. 2018

### Tóm tắt:

Dù quan niệm về nhà nước pháp quyền có thể khác nhau theo kiểu châu Âu lục địa hay kiểu Anh - Mỹ, nhưng cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước luôn bao gồm các phương thức kiểm soát trong hệ thống và kiểm soát từ bên ngoài. Ở Việt Nam, trong số nhiều cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước thì kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp - là phương thức quan trọng, mới được quy định trong Hiến pháp năm 2013. Ngoài các cơ chế kiểm soát chuyên biệt thì phân công, phối hợp cũng ít nhiều có mục tiêu kiểm soát quyền lực giữa các cơ quan nhà nước - nhìn từ hệ thống pháp luật hiện hành cũng như từ góc độ luật hiến pháp so sánh.

### Abstract:

Although the notion of a rule-of-law state may be different in continental european's countries to the anglo-saxon ones, the control of state powers always includes internal and external controls. In Vietnam, among the many mechanisms of control of state powers, the control between state bodies in the exercise of the legislative, executive and judiciary powers is an important way, which is regulated in the Constitution of 2013. In addition to specific control mechanisms, the assignment and coordination among state bodies in the exercise of the legislative, executive and judiciary powers are also more or less for the goal of control of state powers - viewed from the existing legal system as well as comparative law.

### 1. Nhà nước pháp quyền và cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước

Từ góc độ khoa học, nhà nước pháp quyền có thể được hiểu cả hai nghĩa: hoặc

trong khuôn khổ nhà nước - một nhà nước có bản chất “pháp quyền”; hoặc vượt ra ngoài khuôn khổ nhà nước - một xã hội được cai trị bằng pháp luật, và cao hơn, bởi

công lý, do “cai trị theo luật pháp hàm ý là phải hướng lên một nền công lý và luật pháp ở mức cao hơn (có tính chất siêu việt mà ai cũng hiểu) là mức bình thường của con người hay của luật mà các chính trị gia nhất thời ban hành”<sup>1</sup>.

Quan niệm thứ nhất - đó là quan niệm “État de droit” kiểu Pháp hay “Rechtsstaat” kiểu Đức (vốn là sản phẩm của giới lập pháp và hành pháp đại diện cho giai cấp tư sản mới lên khoảng đầu thế kỷ XVIII). Nhà nước pháp quyền được quan niệm như một nhà nước đặc biệt, đặt dưới một “chế độ luật pháp”: trong nhà nước này, chính quyền chỉ được sử dụng những phương tiện được xác định bởi pháp luật, nhưng các cá nhân được sử dụng những phương tiện tư pháp để chống lại sự lạm quyền đến từ chính quyền. Trung tâm của học thuyết nhà nước pháp quyền là nguyên tắc các cơ quan nhà nước chỉ có thể hành động dựa trên của sự chính danh pháp lý. Mọi hành vi sử dụng sức mạnh vật chất đều phải dựa trên pháp luật. Nhà nước pháp quyền được xây dựng dưới hình thức một trật tự của pháp luật. Nhà nước pháp quyền đòi hỏi chính quyền phải tuân thủ các quy định vốn tạo nên nền tảng, khuôn khổ và phạm vi hoạt động của chính quyền đó; sự tuân thủ này phải được đảm bảo bởi sự tồn tại của một cơ chế kiểm soát tư pháp linh hoạt, tức là hoặc bởi Tòa án thường (Justizstaat), hoặc bởi Tòa án đặc biệt (Sondergerichte); luật phải phù hợp với Hiến pháp; nghị viện thực thi quyền hạn của

mình trong khuôn khổ đã được xác định bởi Hiến pháp, xây dựng thiết chế đảm bảo sự tôn trọng tính tối thượng của Hiến pháp.

Quan niệm thứ hai, “Rule of Law” kiểu Anh - Mỹ (vốn đúc rút từ tập quán địa phương và án lệ từ thế kỷ XVII), lý thuyết của người Anh vốn được Dicey hệ thống hóa<sup>2</sup>, được xây dựng để bảo vệ các quyền tự do của cá nhân. Tư tưởng chủ đạo của “Rule of law” là: 1) khẳng định uy quyền tối cao và duy nhất của luật; 2) luật pháp phải bảo đảm tính đại chúng, được công bố, không hồi tố, trong sáng, hài hòa, ổn định, và trước hết là có thể tiên liệu được; 3) tự do cá nhân được bảo vệ bởi các Tòa án thường, nguyên tắc bình đẳng trước luật pháp loại trừ tất cả mọi ưu tiên về mặt tư pháp cho các nhân viên của Hoàng gia<sup>3</sup>.

Như vậy, trong khi các quan điểm vốn ban đầu không quá xa nhau, thậm chí là có nhiều điểm chung, thì truyền thống của châu Âu lục địa và Anh quốc cho đến nay đã có nhiều khác biệt. Khác với Rule of Law - chú trọng về mặt nội dung với mục tiêu bảo vệ các quyền tự do của con người, “État de droit” kiểu Pháp hay “Rechtsstaat” kiểu Đức lại chú trọng nhiều hơn về khía cạnh hình thức, mà cốt lõi là sự hiện diện của trật tự pháp luật, sự kiểm soát quyền lực nhà nước - chủ yếu là kiểm soát tư pháp<sup>4</sup>.

Từ sự khác nhau của “nhà nước pháp quyền”, có thể liên hệ về phạm vi “kiểm soát quyền lực nhà nước trong nhà nước pháp quyền”. Nếu như “nhà nước pháp quyền”

1 Greg Russell, “Chủ nghĩa hợp hiến”, Nguyễn Đăng Dung, Phạm Hồng Thái, Vũ Công Giao (đồng chủ biên), Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội, Về pháp quyền và chủ nghĩa hợp hiến - Một số tiểu luận tổng quan của các học giả nước ngoài (Sách tham khảo); Nxb. Lao động - Xã hội, H. 2012, tr.61.

2 Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 1885.

3 Jacques Chevallier, “L’Etat de droit”, 4e edition, Montchretien, 2003; tr.15-21.

4 Tham khảo: Jacques Chevallier, “L’Etat de droit”, 4e edition, Montchretien, 2003; Troper M. “Le concept d’État de droit”, Droit, no15, 1992

được hiểu trong phạm vi nhà nước thì cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước cũng giới hạn là cơ chế kiểm soát trong nội bộ hệ thống, tức là trong bộ máy nhà nước (kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước với nhau). Nhưng hiểu “nhà nước pháp quyền” theo hướng rộng thì cơ chế kiểm soát quyền lực bao gồm cả trong hệ thống nhà nước và bên ngoài xã hội.

Ở Việt Nam, khái niệm nhà nước pháp quyền dường như được các nhà lập pháp ưu tiên hiểu theo quan niệm đầu tiên - nhà nước pháp quyền kiểu Pháp Đức. Theo Hiến pháp năm 2013, “Nhà nước Cộng hoà XHCN Việt Nam là nhà nước pháp quyền XHCN của Nhân dân, do Nhân dân, vì Nhân dân”; và “Nhà nước được tổ chức và hoạt động theo Hiến pháp và pháp luật, quản lý xã hội bằng Hiến pháp và pháp luật”...(Khoản 1, Điều 8).

Chúng tôi cho rằng, dù quan điểm nào về nhà nước pháp quyền thì cơ chế kiểm soát nhà nước cũng cần được tiếp cận theo nghĩa rộng: kiểm soát bên trong hệ thống và các kiểm soát bên ngoài hệ thống.

## **2. Các phương thức kiểm soát quyền lực nhà nước**

### ***2.1 Kiểm soát trong hệ thống nhà nước và kiểm soát ngoài hệ thống nhà nước***

Cách phân loại cơ bản nhất của các cơ chế kiểm soát vẫn dựa trên phạm vi quyền lực: kiểm soát trong hệ thống và kiểm soát ngoài hệ thống. Kiểm soát trong hệ thống được thực hiện bởi các cơ quan nhà nước với nhau - kiểm soát giữa các cơ quan lập pháp, hành pháp và tư pháp. Kiểm soát ngoài hệ thống là cơ chế được thực hiện bởi các chủ thể ngoài nhà nước như: công dân, cá nhân, các hiệp hội và kiểm soát của báo chí, truyền thông.

Cách phân loại này cho phép nhìn bao

quát về toàn bộ các cơ chế kiểm soát trong xã hội. Sự phân loại như trên cũng cho thấy rõ đặc trưng của từng cơ chế: kiểm soát trong hệ thống gắn với việc sử dụng quyền lực nhà nước, với những chế tài nhà nước có tác động trực tiếp mạnh mẽ đến các đối tượng bị kiểm soát; trong khi đó, kiểm soát ngoài hệ thống thường sử dụng những áp lực có tính chất gián tiếp nhưng dài hạn hơn và huy động được sức mạnh từ xã hội.

Cơ chế kiểm soát nội bộ bao gồm kiểm soát theo nhánh cơ quan (lập pháp, hành pháp, tư pháp) hoặc kiểm soát trong các quan hệ lệ thuộc (trên - dưới); giữa các cơ quan cùng cấp hay có mối liên hệ về chức năng (ngang hay chéo) trong hệ thống nhà nước.

Cơ chế kiểm soát từ bên ngoài hệ thống đang được phát triển mạnh mẽ ở Việt Nam. Kiểm soát từ phía người dân - đó là việc tăng cường tiếng nói và giám sát của dân chúng - song song với việc tăng tính khả thi rút ngắn các quy định về thủ tục khiếu nại tố cáo; ban hành quy chế thực hiện dân chủ ở cơ sở, theo đó “dân biết, dân bàn, dân làm, dân kiểm tra”, đề cao tiếng nói và sự tham gia của dân chúng. Luật tiếp công dân ra đời - tăng thêm vũ khí giám sát cho người dân - không chỉ là khiếu nại hay tố cáo trực tiếp, mà quyền kiến nghị, phản ánh cũng được ghi nhận, giải đáp và ràng buộc công quyền. Ngoài ra, một số văn bản luật khác cũng trao quyền cho người dân: được tham vấn, được góp ý trong quy hoạch đất đai, giải phóng mặt bằng hay giám sát về ô nhiễm môi trường; xây dựng cơ bản ở địa phương...

Giám sát xã hội được thực hiện thông qua vai trò của các tổ chức xã hội và truyền thông. Với kênh giám sát thông qua các tổ chức chính trị - xã hội, một số phương thức

đã được luật hoá, ví dụ, vai trò của Mặt trận Tổ quốc. Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các đoàn thể quần chúng là nơi thu thập ý kiến, nguyện vọng và những bức xúc của người dân thông qua quá trình tham vấn trong hệ thống các tổ chức quần chúng. Ưu thế của các tổ chức chính trị - xã hội là được tham gia vào một số hoạt động nhà nước nên nắm bắt kỹ, có thể giám sát rõ, và được trao một số quyền hành trực tiếp như: Mặt trận Tổ quốc Việt Nam là một tổ chức chính thức, thậm chí là một tổ chức có các quyền và nghĩa vụ được Hiến pháp quy định, được báo cáo công tác trước Quốc hội; Mặt trận có quyền đề xuất bãi miễn các chức danh dân cử ở chính quyền cơ sở.

Tuy nhiên, giám sát của tổ chức xã hội chỉ có hiệu lực khi dựa trên nền tảng minh bạch thông tin và trách nhiệm giải trình của Nhà nước. Những kênh giám sát hiện hành đôi khi trở nên kém mặn mà bởi sự thiếu tin tưởng của người dân vào việc xử lý của chính quyền. Khi kiến nghị của dân chưa được xử lý và phản hồi một cách công khai, minh bạch thì sẽ khó kích lệ họ tiếp tục giám sát. Đây là cơ sở cho các thiết chế giám sát phi chính thức hiện hành.

Giám sát xã hội còn được thực hiện hiệu quả thông qua báo chí và truyền thông. Là một “quyền lực thứ tư”, vai trò của báo chí và truyền thông không ngừng được tăng cường trong những năm gần đây. Bên cạnh đó, các kênh truyền thông xã hội ngày càng nở rộ, đưa những thông tin nhiều chiều về hoạt động của chính quyền và có sức lan toả mạnh mẽ trong xã hội, không phụ thuộc vào sự giới hạn nào.

Một kênh giám sát nổi lên gần đây là sức mạnh của cộng đồng - một tập thể người không có kết nối mạnh mẽ qua các hiệp

hội hay thể chế, nhưng họ có cùng lợi ích. Không chỉ các vụ việc có tính chính trị như vụ việc ở xã Đồng Tâm, mà ngay cả các vụ việc có màu sắc kinh tế như các tài xế cùng nhau trả tiền lẻ qua trạm BOT mà họ cho rằng không đặt đúng vị trí - cũng nhằm thể hiện một sự phản đối với các hành vi kinh doanh - mà đằng sau đó là sự chấp thuận của chính quyền. Kênh giám sát qua các thiết chế phi chính thức đang hiện diện rõ ràng trong thực tiễn, có khi vượt quá, nhưng thường là bù đắp cho những thiết chế chính thức nếu chưa đủ hay chưa đáng tin cậy với người dân.

### **2.2 Kiểm soát nhà nước và kiểm soát chính trị**

Sự phân biệt giữa kiểm soát nhà nước và kiểm soát chính trị cũng tương tự như sự phân biệt giữa kiểm soát trong hệ thống nhà nước và kiểm soát bên ngoài. Tuy nhiên, vai trò của kiểm soát chính trị khá đặc biệt nên cần có sự minh bạch. Ở Việt Nam, với tư cách Đảng cầm quyền được thừa nhận trong Hiến pháp, kiểm soát của Đảng đến hệ thống chính quyền là rất mạnh mẽ và toàn diện. Thông qua định hướng và theo dõi thực hiện các định hướng chính trị, Đảng có thể kiểm soát tầm vĩ mô các hoạt động của Nhà nước. Đặc biệt thông qua công tác cán bộ, Đảng nắm giữ quyền kiểm soát các chức danh lãnh đạo trong chính quyền, từ đó có thể đi sâu nắm bắt các hoạt động cụ thể trong hệ thống. Trong bối cảnh hiện nay, khi cơ chế kiểm soát quyền lực bên trong chưa hoàn thiện, thì vai trò kiểm soát chính trị có thể cho phép khóa lấp những hạn chế đó. Tuy nhiên, đây là công cuộc lâu dài và còn nhiều thách thức khi mà những sai phạm trong hệ thống nhà nước trở nên khá phổ biến và cố hữu, cần đến cả những thay đổi từ nhận thức.



### 2.3 Kiểm soát chung và kiểm soát chuyên biệt

Ở nước ta, bên cạnh cơ chế kiểm soát chung, tồn tại khá nhiều cơ chế kiểm soát chuyên biệt như: Thanh tra, Toà án, Kiểm toán nhà nước. Ưu điểm của các cơ chế này là tính chuyên sâu, các thủ tục kiểm soát chặt chẽ. Tuy nhiên, nhược điểm cơ bản là thẩm quyền còn khá hạn hẹp. Hoạt động thanh tra, pháp chế... vẫn chỉ với tư cách tham mưu, phục vụ cho quyết định cuối cùng của thủ trưởng cơ quan hành chính. Vì vậy, có ý kiến cho rằng: “Trong khi các cơ quan chuyên trách như Thanh tra Chính phủ, Kiểm toán Nhà nước và Bộ Công an rõ ràng đóng vai trò quan trọng trong việc thực thi, Luật Phòng, chống tham nhũng lại giao trách nhiệm chính trong việc tổ chức thanh tra cho người đứng đầu các tổ chức. Hệ thống này có hiệu quả trong việc xác định gian lận và lãng phí hơn là phát hiện ra tham nhũng”<sup>5</sup>.

Kiểm soát của Toà án là phương thức chuyên biệt nhất trong số các cơ chế kiểm soát chuyên nghiệp - bởi vị trí độc lập, khách quan và trình tự tổ tụng tư pháp chặt chẽ. Các Toà án chuyên giám sát quyền lực công bao gồm Toà hành chính và Toà Hiến pháp (hoặc xét xử hành chính và cơ chế tổ tụng Hiến pháp<sup>6</sup>. Sự gắn kết giữa nhà nước pháp quyền và hai loại Toà án đặc biệt này lớn đến mức, theo nhiều học giả nước ngoài

thì Toà hành chính là hiện diện rõ rệt của nhà nước pháp quyền<sup>7</sup>; và Toà Hiến pháp là “sự đảm bảo về mặt pháp lý của Hiến pháp”<sup>8</sup>. Mỗi liên quan chặt chẽ giữa nhà nước pháp quyền và cơ chế xử lý hành chính hay cơ chế bảo hiến được lý giải bởi lẽ đối tượng xét xử của các loại hình tổ tụng này là các đạo luật, các văn bản pháp quy có dấu hiệu vi hiến hay bất hợp pháp; các quyết định hành chính, hành vi hành chính của công quyền.

Ở Việt Nam, cùng với định hướng nhà nước pháp quyền, thiết chế xét xử hành chính đã được xây dựng và triển khai trong cuộc sống. Tuy nhiên, vẫn còn khá nhiều rào cản về thẩm quyền của Toà hành chính như không mở rộng phạm vi tài phán sang các quyết định quy phạm; không phải mọi quyết định hành chính cá biệt đều có thể bị kiện ra toà... Điều này cũng tạo nên những giới hạn cho cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước hiện hành.

Trong số các cơ chế kiểm soát hiện hành, kiểm soát nội bộ trong hệ thống công quyền vẫn là cơ chế phổ biến, cơ bản nhất và cũng có những thẩm quyền pháp lý rõ ràng nhất. Kiểm soát quyền lực nội bộ có tầm quan trọng lớn lao nhằm để chống sự lạm quyền từ phía nhà nước, và cũng là để bảo vệ quyền công dân, quyền con người, trật tự pháp luật và công lý vốn là những mục tiêu hướng đến của nhà nước pháp quyền.

5 Như trên

6 Khi nói về Tòa Hiến pháp hay Tòa Hành chính, cần lưu ý rằng các Tòa chuyên trách như thế này chỉ tồn tại ở một số nước theo hệ thống luật Châu Âu lục địa như Pháp, Đức và các quốc gia chịu ảnh hưởng hệ thống pháp luật này. Ở các nước theo hệ thống luật Anglo - Saxon, các Tòa án thường cũng có thể đánh giá tính hợp hiến, hợp pháp của các văn bản pháp luật - nếu chúng có liên quan trong một vụ kiện cụ thể.

7 P. MOOR, J.-M. WOEHRLING, « Le contrôle juridictionnel de l'administration », *Le contrôle de l'administration en Europe de l'Est et de l'Ouest*, Institut de recherches juridiques comparatives, Edition du CNRS, 1985op. cit., p. 57

8 Dẫn lại theo Louis Favoreu (và các tác giả khác), *Luật Hiến pháp (tiếng Pháp)*, tái bản lần thứ 5, Nxb. Dalloz, Paris 2002, tr. 187.

### 3. Kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp

Cơ chế kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp có thể thực hiện bằng các phương thức sau;

*Thứ nhất*, phân công - một hình thức kiểm soát quyền lực nhà nước.

Nói một cách gián tiếp, trong phân công đã bao hàm kiểm soát: phân công để các quyền lực không “lấn sân” hay chồng chéo nhau. Bản thân việc thực hiện đúng khuôn khổ thẩm quyền đã là một cách kiểm soát. Hơn nữa, việc phân công các quyền lực lập pháp, hành pháp, tư pháp là nhằm bảo đảm quyền lực chung của nhà nước không bị độc quyền nắm giữ bởi bất cứ một nhánh cơ quan nào. Mặt khác, giữa phân công và kiểm soát có mối quan hệ chặt chẽ. Phân công phải đi kèm với quyền tự vệ của mỗi nhánh quyền để chống lại sự xâm phạm của các nhánh quyền khác.

*Thứ hai*: phối hợp - một hình thức kiểm soát quyền lực nhà nước.

Bản chất của phối hợp là chia sẻ một số bước trong tiến trình thực hiện công việc - tồn tại trong mô hình tổ chức quyền lực ở hầu khắp các quốc gia trên thế giới, dù theo mô hình tổng thống hay nghị viện<sup>9</sup>. Có thể minh họa về sự chia sẻ trong quyền làm luật giữa nghị viện và chính phủ (trong chính thể cộng hoà đại nghị - thể hiện qua quá trình soạn thảo dự án luật); và giữa nghị viện và tổng thống (trong chính thể cộng hoà tổng thống - thể hiện qua quyền phủ quyết).

Ở Việt Nam, sự phối hợp - cũng là nhằm mục tiêu kiểm soát tiến trình một công việc - có thể thấy trong sự chia sẻ công việc giữa Chính phủ, Quốc hội và Chủ tịch nước trong ký kết các điều ước quốc tế; trong thủ tục ban hành, thông qua và công bố các đạo luật, pháp lệnh; trong quy trình thành lập các cơ quan và các chức danh quan trọng của nhà nước v.v.. Thậm chí, ngay cả tư pháp - thiết chế độc lập nhất trong các quyền lực nhà nước - thì sự “lấn sân” của Toà án sang các lĩnh vực khác trong đó bao gồm mục tiêu kiểm soát có thể thấy trong việc: dù thẩm quyền xét xử hiện hành chỉ gói gọn trong các quyết định cá biệt, nhưng Toà án lại có quyền kiến nghị xem xét văn bản quy phạm pháp luật trong quá trình Toà án xét xử một vụ án hình sự, dân sự, hành chính.

Khó có một thiết chế quyền lực nhà nước nào có thể hoạt động riêng rẽ hay độc chiếm một nhánh quyền. Ở khía cạnh này, phân công, phối hợp vừa nhằm bảo đảm tính chuyên môn hiệu quả của công việc; nhưng cũng là một biện pháp kiềm toà đáng kể đối với các nhánh quyền còn lại.

*Thứ ba*: một cách trực tiếp, kiểm soát thông qua cơ chế “đối trọng”, hay kim chế. Ví dụ, ở các chính thể đại nghị, “đối trọng” thể hiện bằng cách nghị viện có thể lật đổ chính phủ và ngược lại, chính phủ có thể yêu cầu giải tán nghị viện; trong chính thể tổng thống, quyền lập pháp của nghị viện có thể bị chặn lại bởi quyền phủ quyết của tổng thống, nhưng quyền phủ quyết của tổng thống lại có thể bị bác bỏ bởi 2/3 số phiếu của cả hai viện.

9 Xem: Nguyễn Đăng Dung, “Bàn thêm về vấn đề quyền lực nhà nước là thống nhất nhưng có sự phân công phân quyền và phối kết hợp giữa ba quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp”, Tạp chí Khoa học pháp lý, Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh, số 6 năm 2007,

Ở Việt Nam, cơ chế kiểm soát bước đầu được quy định trong Hiến pháp hiện hành. Đó là hoạt động giám sát của Quốc hội đối với cơ quan hành pháp, tư pháp. Thông qua việc thực hiện nhiệm vụ ban hành luật, quyết định ngân sách, xét báo cáo công tác và bỏ phiếu tín nhiệm..., Quốc hội thực hiện quyền kiểm soát hoạt động của cơ quan hành pháp, tư pháp. Tuy nhiên, cơ chế kiểm soát hoạt động của Quốc hội từ phía các cơ quan hành pháp, tư pháp còn chưa được làm rõ.

*Thứ tư*, kiểm soát chuyên biệt: xét xử hành chính và bảo hiến

Như phân trên đã nêu, cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước chuyên biệt được thực hiện thông qua con đường tư pháp, mà cụ thể là xét xử hành chính và bảo hiến. Các công cụ tố tụng này nhằm trực tiếp vào hai nhánh quyền lực có nguy cơ dễ lạm quyền nhất: hành pháp và lập pháp. Bảo hiến được coi là một công cụ kiểm soát quyền lực chuyên biệt có thể áp đặt chung lên các nhánh quyền còn lại.

Ở Việt Nam, trong hai cơ chế kiểm soát chuyên biệt này thì bảo hiến dường như còn nhiều hạn chế hơn cả. Hạn chế đó thể hiện ở sự thiếu vắng cơ chế tư pháp để kiểm soát tính hợp hiến của đạo luật.

Sự thiếu hụt cơ chế bảo hiến lại càng nghiêm trọng trong bối cảnh cơ chế làm, sửa đổi Hiến pháp còn khá “lỏng”, so với những điều kiện để tạo lập và bảo vệ Hiến pháp. Những quy định của Điều 120 Hiến pháp năm 2013 về quy trình làm và sửa đổi Hiến pháp vẫn còn khá mờ và để dành sự chủ động ít nhiều cho Quốc hội và khả năng trung cầu ý dân về Hiến pháp vẫn thuộc quyền tùy nghi của Quốc hội. Bởi vậy, hoàn thiện cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước cần đồng thời với việc tạo lập một cơ chế bảo hiến trong tương lai, với vị trí là nhân tố cốt lõi để kiểm soát sự tuân thủ pháp luật, và cao hơn, Hiến pháp - điều làm nên pháp quyền ■

## TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Jacques Chevallier (2003), *L'Etat de droit*, 4e edition, Montchretien, Paris.
2. Troper M. (1992), “Le concept d’Etat de droit”, *Droit*, no15/ 1992;
3. Samuel Kernell và Gary C. Jacobson (2007), *Logic chính trị Mỹ*, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội.
4. Greg Russell (2012), “Chủ nghĩa hợp hiến”, Nguyễn Đăng Dung, Phạm Hồng Thái, Vũ Công Giao (đồng chủ biên), *Về pháp quyền và chủ nghĩa hợp hiến - Một số tiểu luận tổng quan của các học giả nước ngoài* (Sách tham khảo); NXB Lao động - Xã hội, Hà Nội.
5. GS.,TS. Nguyễn Đăng Dung, *Sự hạn chế quyền lực nhà nước* (2005), Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội.
6. GS.,TS. Nguyễn Đăng Dung (2007), “*Bàn thêm về vấn đề quyền lực nhà nước là thống nhất nhưng có sự phân công phân quyền và phối kết hợp giữa ba quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp*”, Tạp chí Khoa học pháp lý, Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh, số 6 năm 2007;  
GS.,TS. Trần Ngọc Đường, (2015), “*Quyền lực Nhà nước là thống nhất, có sự phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp*” trong *Hiến pháp nước Cộng hòa XHCN Việt Nam*, <http://moj.gov.vn/qt/cacchuyenmuc/ctv/news/Pages/ngghien-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=7>; 10/2/2015  
Bùi Ngọc Sơn (2010), *Bàn về lập hiến*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 11(172), tháng 6/2010.
7. Bùi Ngọc Sơn (2012), *Góp bàn về sửa đổi Hiến pháp ở Việt nam*, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội.

# **CÔNG TÁC XÂY DỰNG VÀ HOÀN THIỆN THỂ CHẾ**

## **PHỤC VỤ CẢI CÁCH TƯ PHÁP THUỘC THẨM QUYỀN, TRÁCH NHIỆM CỦA CHÍNH PHỦ TỪ NĂM 2006 ĐẾN NAY**

**Nguyễn Phước Thọ\***

\* Văn phòng Chính phủ

### **Thông tin bài viết:**

*Từ khóa:* xây dựng và hoàn thiện thể chế, chiến lược cải cách tư pháp, chức năng, thẩm quyền của Chính phủ, văn bản quy phạm pháp luật

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 28/12/2017

Biên tập: 05/01/2018

Duyệt bài: 12/01/2018

### **Article Infomation:**

*Keywords:* institutional development and refinement, judicial reform strategy, functions, authority of the government, legal documents.

*Article History:*

Received: 28 Dec. 2017

Edited: 05 Jan. 2018

Approved: 12 Jan. 2018

### **Tóm tắt:**

Bài viết khái quát những thành tựu quan trọng trong công tác xây dựng, hoàn thiện thể chế, trước hết là xây dựng luật, pháp lệnh của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ từ năm 2016 đến nay, chỉ ra những thành công, hạn chế, tìm ra các nguyên nhân của các thành công và hạn chế này. Để góp phần nâng cao chất lượng, hiệu quả công tác xây dựng và hoàn thiện thể chế phục vụ chiến lược cải cách tư pháp thuộc phạm vi chức năng, thẩm quyền của Chính phủ, tác giả đề xuất một số giải pháp nâng cao chất lượng, hiệu quả công tác xây dựng và hoàn thiện thể chế phục vụ công tác cải cách tư pháp đến năm 2020, tầm nhìn sau năm 2020.

### **Abstract:**

This article provides in briefs the important achievements in development and improvements of the Government's institution, first of all the development of laws and ordinances of the Government and the Prime Minister since 2016, descriptions of the successes, limitations and also the causes of these successes and limitations. In order to contribute to increase the quality and efficiency of institutional development and improvements for the judicial reform strategy within the scope of its functions and competence, the author proposes a number of measures to improve the quality. The effectiveness and efficiency of developing and improving the institutions for judicial reform till 2020 with a vision after 2020.

Thể chế là những quy tắc của trò chơi trong xã hội. Đó là những giới hạn tạo khuôn khổ điều chỉnh mối quan hệ qua lại của con người. Có thể chế chính thức và thể chế không chính thức. Pháp luật là một

loại thể chế chính thức. Thể chế nói trong chuyên đề này là pháp luật (thể chế pháp luật). Pháp luật phục vụ cải cách tư pháp bao gồm 4 nhóm văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL): (1) Nhóm văn bản điều

chỉnh các quan hệ tổ tụng tư pháp; (2) Nhóm văn bản bảo đảm, bảo vệ quyền con người, quyền công dân trong quan hệ với tư pháp; (3) Nhóm văn bản về tổ chức và hoạt động của các cơ quan tổ tụng (Tòa án, Viện kiểm sát, cơ quan điều tra (CQĐT)); (4) Nhóm văn bản điều chỉnh các quan hệ thuộc lĩnh vực hỗ trợ tư pháp. Phân định theo chiều dọc, các văn bản này được phân loại thành các đạo luật, pháp lệnh, nghị định, quyết định quy phạm pháp luật của Thủ tướng Chính phủ và các thông tư, thông tư liên tịch.

Nhìn từ kết cấu bên trong, pháp luật phục vụ cải cách tư pháp bao gồm tổng thể các quy phạm pháp luật. Các quy phạm pháp luật này vận động và phát triển mang tính hệ thống, có tính thống nhất, đồng bộ được thể hiện trong Hiến pháp, các đạo luật, các nghị định, các quyết định quy phạm pháp luật của Thủ tướng Chính phủ, các thông tư, thông tư liên tịch.

Trong phạm vi thẩm quyền của Chính phủ, công tác xây dựng và hoàn thiện thể chế bao gồm lãnh đạo, chỉ đạo, điều hành việc xây dựng; phối hợp với Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH), với Tòa án nhân dân tối cao (TANDTC), Viện Kiểm sát nhân dân tối cao VKSNDTC; nghiên cứu, soạn thảo; thẩm định, thẩm tra; xem xét, ban hành hoặc trình Quốc hội, UBTVQH xem xét, ban hành các VBQPPL phục vụ yêu cầu cải cách tư pháp.

## **1. Quy định của pháp luật về vai trò, chức năng của Chính phủ trong công tác xây dựng và hoàn thiện thể chế đáp ứng yêu cầu cải cách tư pháp**

**1.1** Chính phủ là một chủ thể được Quốc hội, UBTVQH phân công chủ trì nghiên cứu, soạn thảo nhiều dự án luật, pháp lệnh về tư pháp:

Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 không quy định trình tự, thủ tục riêng cũng như việc phân công trách nhiệm giữa Chính

phủ với các cơ quan của Quốc hội, TANDTC, VKSNDTC trong nghiên cứu, soạn thảo ban hành hoặc trình Quốc hội, UBTVQH ban hành các luật, pháp lệnh phục vụ công tác cải cách tư pháp. Tuy nhiên, trong nghị quyết của Quốc hội về chương trình xây dựng luật, pháp lệnh nhiệm kỳ Quốc hội (trước đây), hàng năm (hiện nay) có bao hàm quy định về việc phân công cơ quan soạn thảo dự án luật, pháp lệnh, trong đó có dự án luật, pháp lệnh phục vụ công tác cải cách tư pháp. Theo đó, TANDTC thường được phân công chủ trì soạn thảo các dự án Luật Tổ chức Tòa án nhân dân (TAND), các luật về tổ tụng dân sự (TTDS), về tổ tụng hành chính (TTHC); VKSNDTC thường được phân công chủ trì soạn thảo các dự án Luật Tổ chức Viện kiểm sát nhân dân (VKSND), các dự án luật về tổ tụng hình sự (TTHS); Chính phủ được phân công chủ trì soạn thảo các dự án khác như Bộ luật Hình sự (BLHS), Bộ luật Dân sự (BLDS), Luật Tổ chức các CQĐT, Luật Thi hành án (THA) hình sự, Luật THA dân sự và các dự án luật về hỗ trợ tư pháp như Luật Luật sư, Luật Giám định tư pháp...

Thực tiễn nói trên cho thấy, các dự án luật liên quan hoặc chủ yếu liên quan đến chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của cơ quan nào thì cơ quan đó chủ trì soạn thảo; những bộ luật lớn như BLHS, BLDS thì áp dụng theo kinh nghiệm của các nước - giao cho Bộ Tư pháp chủ trì soạn thảo; Bộ luật TTHS được giao cho VKSNDTC chủ trì soạn thảo; Bộ luật TTDS, Luật TTHC được giao cho TANDTC chủ trì soạn thảo.

Có thể thấy tương đối rõ, trừ Bộ luật TTHS, về cơ bản, việc phân công chủ trì soạn thảo các dự án luật về tổ tụng tư pháp vẫn theo nguyên tắc, cơ quan nào liên quan nhiều nhất, trực tiếp nhất thì giao cho cơ quan đó.

**1.2** Chính phủ có trách nhiệm tham gia ý kiến đối với các dự án luật, pháp lệnh do

các cơ quan, tổ chức ngoài Chính phủ chủ trì soạn thảo, trình Quốc hội, UBTVQH.

Theo quy định của Điều 62 Luật Ban hành VBQPPL, đối với dự án luật, pháp lệnh không do Chính phủ trình, trước khi trình UBTVQH, cơ quan, tổ chức, đại biểu Quốc hội phải gửi tài liệu có liên quan đến dự án để Chính phủ cho ý kiến. Như vậy, đối với các dự án luật, pháp lệnh do TANDTC, VKSNDTC chủ trì soạn thảo, các cơ quan này phải gửi tài liệu có liên quan đến dự án để Chính phủ cho ý kiến.

**1.3** Các bộ, cơ quan ngang bộ theo chức năng, nhiệm vụ và quyền hạn được Chính phủ phân công có trách nhiệm trực tiếp phối hợp trong nghiên cứu, soạn thảo các dự án luật, pháp lệnh về tư pháp do TANDTC hoặc VKSNDTC chủ trì soạn thảo. Sự phối hợp này chủ yếu thông qua việc tham gia thành phần Ban soạn thảo, Tổ biên tập hoặc tham gia ý kiến bằng văn bản khi được đề nghị.

**1.4** Một số bộ như Bộ Tư pháp, Bộ Công an, Bộ Tài chính, theo chức năng, nhiệm vụ và quyền hạn được Chính phủ phân công, có trách nhiệm phối hợp với TANDTC, VKSNDTC trong việc xây dựng, ban hành các VBQPPL liên tịch để hướng dẫn thực hiện các thủ tục tố tụng tư pháp.

**1.5** Bộ Tư pháp là cơ quan của Chính phủ có mối quan hệ chặt chẽ với TANDTC trong việc xây dựng, ban hành các nghị quyết của Hội đồng Thẩm phán - một hình thức VBQPPL "để hướng dẫn việc áp dụng thống nhất pháp luật trong xét xét thông qua tổng kết việc áp dụng pháp luật, giám đốc việc xét xử"<sup>1</sup>. Theo quy định của Luật Ban hành VBQPPL<sup>2</sup>, dự thảo nghị quyết của Hội đồng Thẩm phán TANDTC bắt buộc phải

gửi lấy ý kiến của Bộ Tư pháp; Bộ Tư pháp là thành phần bắt buộc của Hội đồng tư vấn thẩm định dự thảo nghị quyết của Hội đồng Thẩm phán TANDTC.

Bộ trưởng Bộ Tư pháp được mời tham gia thảo luận tại các cuộc họp của Hội đồng thẩm phán để xem xét, thông qua các nghị quyết của Hội đồng này. Luật Tổ chức TAND năm 2014 quy định: "Bộ trưởng Bộ Tư pháp có trách nhiệm tham dự phiên họp của Hội đồng Thẩm phán TANDTC khi thảo luận, thông qua nghị quyết của Hội đồng Thẩm phán TANDTC" (khoản 3 Điều 22). Trong trường hợp không nhất trí với nghị quyết của Hội đồng thẩm phán TANDTC, Bộ trưởng Bộ Tư pháp "có quyền báo cáo UBTVQH xem xét, cho ý kiến tại phiên họp gần nhất"<sup>3</sup>. Trách nhiệm và quyền hạn này của Bộ trưởng Bộ Tư pháp là nhằm bảo đảm sự phối hợp, kiểm soát quyền lực của cơ quan thực hiện quyền hành pháp đối với cơ quan thực hiện quyền tư pháp - TANDTC.

## **2. Thực tiễn thực hiện vai trò, chức năng của Chính phủ trong công tác xây dựng và hoàn thiện thể chế đáp ứng yêu cầu cải cách tư pháp**

### **2.1 Kết quả đạt được:**

a) Trong các nhiệm kỳ gần đây, nhất là trong nhiệm kỳ khóa XIII (2011 - 2016) và nhiệm kỳ khóa XIV hiện nay, Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ luôn coi trọng công tác xây dựng, hoàn thiện thể chế, trước hết là xây dựng luật, pháp lệnh, coi đây là lĩnh vực trọng tâm, ưu tiên hàng đầu trong chỉ đạo, điều hành.

Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ thường xuyên chỉ đạo các bộ, ngành bám sát Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh của

1 Điều 21 Luật ban hành VBQPPL.

2 Khoản 2, khoản 3, khoản 4 Điều 105.

3 Khoản 6 Điều 105 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015.

Quốc hội, khẩn trương xây dựng, trình các dự án luật, pháp lệnh được Quốc hội giao đúng tiến độ và bảo đảm chất lượng, trong đó có các dự án luật, pháp lệnh thuộc lĩnh vực tư pháp được phân công cho Chính phủ chủ trì, soạn thảo, nhất là các dự án luật trực tiếp triển khai thi hành Hiến pháp năm 2013. Thủ tướng Chính phủ đã thành lập Hội đồng tư vấn thẩm định các dự án luật, pháp lệnh trực tiếp thi hành Hiến pháp năm 2013<sup>4</sup> để tư vấn, giúp Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ trong việc xem xét cho ý kiến về mục tiêu, yêu cầu, quan điểm chỉ đạo và những định hướng cơ bản xây dựng các dự án luật, pháp lệnh trực tiếp triển khai thi hành Hiến pháp do Chính phủ trình và cho ý kiến đối với các dự án luật, pháp lệnh không do Chính phủ trình trong quá trình chuẩn bị ý kiến của Chính phủ về các dự án luật, pháp lệnh này.

Thủ tướng Chính phủ luôn yêu cầu Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ quan tâm, tập trung chỉ đạo sâu sát việc nghiên cứu, soạn thảo, trình các dự án luật, pháp lệnh được phân công, đặc biệt là chỉ đạo quyết liệt việc xây dựng, trình Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ ban hành hoặc ban hành theo thẩm quyền các văn bản quy định chi tiết thi hành luật, pháp lệnh được phân công, tập trung xử lý dứt điểm số văn bản nợ đọng.

Bộ Tư pháp và Văn phòng Chính phủ tăng cường công tác theo dõi, đôn đốc, kiểm tra tình hình soạn thảo, trình các dự án luật, pháp lệnh, các văn bản quy định chi tiết thi hành luật, pháp lệnh; chủ động phối hợp với cơ quan chủ trì soạn thảo đề xuất với Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ các biện pháp xử lý kịp thời những khó khăn, vướng mắc.

Những dự án luật lớn, quan trọng, phức tạp, trong đó có một số dự án luật thuộc lĩnh vực tư pháp như: BLHS (sửa đổi), Luật Trách nhiệm bồi thường (TNBT) của Nhà nước (sửa đổi)..., đã được Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ xem xét, cho ý kiến về quan điểm, tư tưởng chỉ đạo và nội dung cơ bản để xử lý kịp thời những vướng mắc, định hướng cho việc nghiên cứu, soạn thảo bảo đảm chất lượng của dự án. Về cơ bản, các dự án luật, pháp lệnh về tư pháp đã được Chính phủ trình Quốc hội, UBTVQH bảo đảm chất lượng, và thời hạn trình.

b) Từ năm 2006 đến tháng 6/2017, trong lĩnh vực tư pháp, Chính phủ đã trình Quốc hội thông qua 35 luật, 4 pháp lệnh, chiếm 73,6% tổng số luật, pháp lệnh được ban hành trong lĩnh vực này<sup>5</sup>; chiếm 18,7% trong tổng số luật, pháp lệnh được ban hành do Chính phủ chủ trì soạn thảo<sup>6</sup>. Trong đó có các đạo luật lớn, có tính chất giương cột phục vụ cho hoạt động tư pháp, xây dựng Nhà nước pháp quyền như: BLHS, BLDS, Luật Tổ chức CQĐT, Luật Luật sư, Luật Thi hành tạm giữ, tạm giam, Luật THA hình sự, Luật THA dân sự, Luật Đặc xá, Luật Tương trợ tư pháp, Luật Hôn nhân và gia đình...

Điểm nổi bật là với các đạo luật Chính phủ chủ trì soạn thảo, trình Quốc hội thông qua, các quyền con người, quyền cơ bản của công dân trong lĩnh vực tư pháp cũng đã được luật hóa và bảo đảm thực thi tốt hơn thông qua việc ban hành BLHS, Luật Công chứng, Luật Luật sư, Luật Trợ giúp pháp lý, Luật THA dân sự, Luật THA hình sự, Luật Đặc xá, Luật Giám định tư pháp, Luật Lý lịch tư pháp...

4 Quyết định số 508/QĐ-TTg ngày 11/4/2014 của Thủ tướng Chính phủ,

5 Từ năm 2006 đến nay, TANDTC và VKSNDTC đã chủ trì soạn thảo trình Quốc hội, UBTVQH ban thành 14 luật, pháp lệnh (Phụ lục 4).

6 Trong thời gian từ năm 2006 đến 2017, Chính phủ đã chủ trì soạn thảo trình Quốc hội, UBTVQH ban hành 209 luật, pháp lệnh.

Việc nghiên cứu, soạn thảo các dự án luật đã tuân thủ đầy đủ trình tự, thủ tục quy định của Luật Ban hành VBQPPL, bảo đảm tính công khai, minh bạch.

Ngoài việc chủ trì soạn thảo, trình Quốc hội ban hành BLHS, thông qua đó đổi mới, hoàn thiện chính sách hình sự của Nhà nước ta, Chính phủ còn chủ trì soạn thảo, trình Quốc hội ban hành nhiều đạo luật khác có liên quan nhằm *hoàn thiện pháp luật về đấu tranh phòng chống tội phạm*, như Luật THA hình sự, Luật Thi hành tạm giữ, tạm giam, Luật Phòng, chống buôn bán người, Luật Phòng, chống rửa tiền, Luật Phòng, chống tham nhũng...

Việc ban hành các đạo luật thuộc lĩnh vực TTHS, như Luật Tổ chức các CQĐT hình sự, Luật THA hình sự, Luật Thi hành tạm giữ, tạm giam, cũng như một số đạo luật hỗ trợ tư pháp như Luật Luật sư, Luật Giám định tư pháp, Luật TNBT của Nhà nước do Chính phủ chủ trì soạn thảo đã góp phần quan trọng đáp ứng mục tiêu, yêu cầu thể chế hóa chủ trương cải cách tư pháp của Đảng và Nhà nước ta theo hướng, từng bước hoàn thiện pháp luật TTHS, hướng tới những quy định bảo đảm dân chủ, minh bạch, khách quan hơn trong hoạt động điều tra, truy tố, xét xử, chống bức cung, nhục hình; bảo đảm nguyên tắc tranh tụng trong xét xử; bảo đảm nguyên tắc suy đoán vô tội và quyền bào chữa.

Chính phủ đã chủ trì soạn thảo, trình Quốc hội ban hành BLDS (sửa đổi) và ban hành một số văn bản pháp luật có liên quan đến lĩnh vực dân sự, kinh tế, thương mại nhằm điều chỉnh các quan hệ theo hướng: tôn trọng quyền tự do kinh doanh, xác lập các quan hệ dân sự, kinh tế, thương mại; hạn chế sự can thiệp quá mức của cơ quan công quyền vào các quan hệ này; hình thành cơ

chế pháp lý bảo đảm thực thi tốt hơn quyền của các chủ thể trong giao dịch dân sự, kinh tế, thương mại, thúc đẩy các quan hệ phát triển lành mạnh; hoàn thiện các quy định pháp luật, bảo vệ tốt hơn các quyền về danh dự, nhân phẩm, uy tín, tính mạng, sức khỏe, đồng thời bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của công dân.

c) Tỷ lệ số lượng các nghị định liên quan đến lĩnh vực tư pháp ban hành trên tổng số nghị định Chính phủ ban hành hằng năm là không nhiều. Từ năm 2006 đến nay, Chính phủ đã ban hành 60 nghị định quy định các vấn đề liên quan đến tư pháp, chiếm 3,4% tổng số nghị định ban hành từ năm 2006 đến tháng 11 năm 2017<sup>7</sup>, tập trung chủ yếu là để quy định chi tiết thi hành các luật, pháp lệnh về tư pháp. Trong đó có những nghị định rất quan trọng trong tổ tụng tư pháp như Nghị định số 82/2011/NĐ-CP ngày 16/9/2011 quy định về THA tử hình bằng hình thức tiêm thuốc độc, được sửa đổi, bổ sung một số điều tại Nghị định số 47/2013/NĐ-CP ngày 13/5/2013, Nghị định số 80/2011/NĐ-CP ngày 16/9/2011 quy định các biện pháp tái hòa nhập cộng đồng đối với người chấp hành xong hình phạt tù, Nghị định số 71/2016/NĐ-CP ngày 01/7/2016 quy định thời hạn, trình tự, thủ tục THA hành chính và xử lý trách nhiệm đối với người không thi hành bản án, quyết định của Tòa án... Năm ban hành nhiều nhất là 10 nghị định (năm 2013). Đạo luật có nhiều văn bản quy định chi tiết được ban hành nhiều nhất là Luật THA hình sự, với 6 nghị định. Tuy nhiên, trong 5 năm gần đây, xu hướng chung là hạn chế tối đa số lượng văn bản quy định chi tiết đối với một đạo luật.

d) TANDTC, VKSNDTC cùng với một số bộ đã ban hành hơn 20 thông tư liên tịch để hướng dẫn thực hiện một số vấn đề trong thi hành các đạo luật về tổ tụng tư pháp

7 Trong thời gian này Chính phủ đã ban hành tổng số 1.736 nghị định (Số liệu cá nhân tác giả tổng hợp)



và áp dụng thống nhất một số quy định của BLHS, BLDS hoặc tạo cơ sở cho việc phối hợp trong một số hoạt động THA. Trong đó, có một số thông tư quan trọng như: Thông tư liên tịch số 01/2008/TTLT-TANDTC-VKSNDTC-BCA-BTP ngày 29/02/2008 của TANDTC, VKSNDTC, Bộ Công an và Bộ Tư pháp về hướng dẫn việc truy cứu trách nhiệm hình sự đối với các hành vi xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ; Thông tư liên tịch số 01/2010/TTLT-TANDTC-BLĐT BXH-VKSNDTC ngày 18/05/2010 của TANDTC, Bộ Lao động, Thương binh và Xã hội, VKSNDTC về hướng dẫn áp dụng một số quy định của pháp luật trong quá trình giải quyết tranh chấp hợp đồng bảo lãnh cho người lao động đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng tại TANDTC; Thông tư liên tịch số 01/2012/TTLT-TANDTC-VKSNDTC-BTP ngày 18/09/2012 của TANDTC, VKSNDTC, Bộ Tư pháp về việc hướng dẫn thực hiện TNBT của Nhà nước trong hoạt động TTDS, TTHC; Thông tư liên tịch số 12/2016/TTLT-BTP-BNG-TANDTC ngày 19/10/2016 của Bộ Tư pháp, Bộ Ngoại giao và TANDTC quy định về trình tự, thủ tục tương trợ tư pháp trong lĩnh vực dân sự.

#### *Đánh giá chung:*

Có thể thấy, trong hơn 10 năm trở lại đây, Chính phủ đã tham gia sâu rộng vào lĩnh vực xây dựng, hoàn thiện hệ thống pháp luật về tư pháp. Vị trí, vai trò và trách nhiệm của Chính phủ trong lĩnh vực này có một số đặc điểm nổi bật sau đây:

(1) Vai trò của Chính phủ trong xây dựng, trình ban hành các đạo luật, pháp lệnh trong lĩnh vực tư pháp trong hơn 10 năm qua đã góp phần rất quan trọng trong việc cơ bản hoàn thiện hệ thống pháp luật về tư pháp theo tinh thần cải cách tư pháp của Nghị quyết số 49-NQ/TW của Bộ Chính trị và Hiến pháp năm 2013.

(2) Không có hiện tượng công kênh, chông chéo, trùng lặp, mâu thuẫn giữa các

luật, pháp lệnh về tư pháp do Chính phủ chủ trì xây dựng, trình cơ quan có thẩm quyền ban hành.

(3) Chính phủ tích cực, chủ động trong việc thúc đẩy cải cách tư pháp, kết hợp cải cách hành chính với cải cách tư pháp thông qua hoàn thiện hệ thống thể chế pháp luật về tư pháp. Các đạo luật về nội dung điều chỉnh các mối quan hệ cơ bản trong lĩnh vực tư pháp đều được giao Chính phủ chủ trì soạn thảo như BLHS, BLDS, Luật Hôn nhân và gia đình, Luật Tương trợ tư pháp...

#### **2.2 Những hạn chế, bất cập, nguyên nhân của hạn chế, bất cập**

Bên cạnh những kết quả nêu trên, việc thực hiện vai trò, chức năng của Chính phủ trong công tác xây dựng và hoàn thiện thể chế đáp ứng yêu cầu cải cách tư pháp còn có những hạn chế, bất cập sau đây:

(1) Một số luật, pháp lệnh về tư pháp còn thiếu tính ổn định; tuổi thọ chưa cao; vẫn còn tình trạng một số luật, pháp lệnh phải sửa đổi, bổ sung nhiều lần. Điều này phản ánh thực tế là chất lượng, tính khả thi của các luật, pháp lệnh chưa cao, chưa bảo đảm tính thống nhất, minh bạch. Đây cũng là thực trạng chung của hệ thống pháp luật nước ta, phản ánh thực tế quá trình đang chuyển đổi cơ chế quản lý kinh tế - xã hội ở nước ta.

Thực trạng trên đây xuất phát từ hai nguyên nhân chủ yếu sau đây:

*Thứ nhất*, sự phối hợp, tham gia của TANDTC và VKSNDTC trong các hoạt động nghiên cứu, soạn thảo, thẩm định các dự án luật, pháp lệnh do Chính phủ chủ trì còn có phân hình thức, chất lượng và hiệu quả chưa cao, chưa đáp ứng yêu cầu.

Đối với các dự án luật, pháp lệnh về tư pháp không do Chính phủ trình thì vai trò và trách nhiệm của Chính phủ là rất quan trọng, ý kiến tham gia của Chính phủ về mặt

trình tự thủ tục là bắt buộc. Tuy nhiên, đối với các dự án luật, pháp lệnh về tư pháp do Chính phủ chủ trì soạn thảo, cũng như các VBQPPL của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ quy định những vấn đề thuộc lĩnh vực tư pháp thì TANDTC, VKSNDTC lại không có vai trò và trách nhiệm tương xứng.

*Thứ hai*, chưa bảo đảm sự lãnh đạo, chỉ đạo trực tiếp, thống nhất liên tục ngay từ đầu của Bộ Chính trị đối với việc nghiên cứu, xây dựng các dự án luật, pháp lệnh về tư pháp.

Trong thể chế chính trị của Việt Nam, Đảng Cộng sản là đảng duy nhất cầm quyền, là lực lượng lãnh đạo Nhà nước và xã hội. Trong điều kiện xây dựng, hoàn thiện Nhà nước pháp quyền XHCN, việc lãnh đạo công tác xây dựng, hoàn thiện hệ thống pháp luật, đặc biệt là xây dựng, ban hành luật, pháp lệnh, để thể chế hóa đầy đủ, kịp thời đường lối, quan điểm của Đảng là một nội dung lãnh đạo quan trọng hàng đầu của Đảng cầm quyền.

Đối với các dự án luật, pháp lệnh trong lĩnh vực tư pháp có nội dung liên quan trực tiếp đến nhiều quyền con người, quyền công dân, nhất là liên quan đến mối quan hệ phân công, phối hợp, kiểm soát quyền lực giữa cơ quan thực hiện quyền hành pháp và cơ quan thực hiện quyền tư pháp. Hơn nữa, về trình tự, thủ tục soạn thảo liên quan và phụ thuộc nhiều vào sự phối hợp giữa các cơ quan thuộc hai nhánh quyền lực này nên trong quá trình nghiên cứu, soạn thảo, cơ quan chủ trì thường gặp nhiều khó khăn trong phân tích, đánh giá chính sách; lúng túng trong xác định tư tưởng, quan điểm chỉ đạo và những định hướng lớn về nội dung của dự án nhưng không có cơ chế để báo cáo xin ý kiến chỉ đạo của Bộ Chính trị kịp thời, ngay từ đầu, cũng như thiếu cơ chế phối hợp giữa lãnh đạo Chính phủ và lãnh đạo TANDTC, VKSNDTC để xử lý, trong khi cơ chế của Ban soạn thảo không thể xử

lý được do tính hình thức và lỏng lẻo trong tổ chức và hoạt động của tổ chức này. Hậu quả là, trong một số trường hợp, việc soạn thảo luật, pháp lệnh diễn ra trong tình trạng không rõ ràng về chính sách.

(3) Hệ thống pháp luật phục vụ cải cách tư pháp thuộc thẩm quyền chủ trì của Chính phủ vẫn còn thiếu một số đạo luật quan trọng như Luật Phòng, chống tội phạm có tổ chức, Luật Truy nã tội phạm, Luật Đăng ký tài sản...

(4) Nội dung các luật, pháp lệnh trong lĩnh vực tư pháp còn thể hiện rất mờ nhạt mối quan hệ về kiểm soát quyền lực giữa cơ quan thực hiện quyền hành pháp với cơ quan thực hiện quyền tư pháp, cũng như việc kiểm soát và kiểm chế giữa các cơ quan tổ tụng trong hoạt động tư pháp. Trong khi đó, nội dung tham gia ý kiến của Chính phủ đối với các dự án luật, pháp lệnh do TANDTC, VKSNDTC chủ trì soạn thảo cũng chưa thực sự đề cập một cách mạnh mẽ, đúng mức đến những vấn đề liên quan đến kiểm soát quyền lực của Chính phủ đối với cơ quan tư pháp, đến việc thực hiện thẩm quyền của Chính phủ đúng với vị trí, vai trò là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam. Cơ chế chuẩn bị ý kiến tham gia của Chính phủ đối với các dự án còn lỏng lẻo, chưa được coi trọng đúng mức cần thiết.

(5) Việc ban hành các văn bản của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ quy định chi tiết thi hành luật, pháp lệnh về tư pháp còn chưa kịp thời, đúng tiến độ để có hiệu lực cùng với hiệu lực của luật, pháp lệnh trong lĩnh vực tư pháp cũng như trong các lĩnh vực khác.

### 3. Một số kiến nghị

Để tiếp tục nâng cao chất lượng, hiệu quả công tác xây dựng và hoàn thiện thể chế phục vụ chiến lược cải cách tư pháp thuộc phạm vi chức năng, thẩm quyền của Chính phủ, xin đề xuất một số giải pháp nâng cao

chất lượng, hiệu quả công tác xây dựng và hoàn thiện thể chế phục vụ công tác cải cách tư pháp đến năm 2020, tầm nhìn sau năm 2020 sau đây:

**3.1** Trong Chiến lược cải cách tư pháp tới đây (giai đoạn từ năm 2020 - 2030, tầm nhìn đến năm 2045), cần xác định trọng tâm là tiếp tục đổi mới, hoàn thiện tổ tụng tư pháp phù hợp với yêu cầu xây dựng, hoàn thiện Nhà nước pháp quyền XHCN trong điều kiện hội nhập quốc tế sâu rộng. Theo đó, một số quan điểm, chủ trương lớn, quan trọng của Đảng cần được khẳng định ở tầm quyết sách cao nhất, trong đó có xác lập cơ chế kiểm soát quyền lực cân bằng, hiệu lực, hiệu quả giữa cơ quan thực hiện quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp. Đề cụ thể hóa cơ chế này trong hoạt động tổ tụng tư pháp, nhất là trong TTTHS, phải hình thành cơ chế kiểm chế, kiểm soát giữa các cơ quan tiến hành tổ tụng, để hoạt động tư pháp bảo đảm tính độc lập, khách quan, thực thi đúng pháp luật.

**3.2** Cần quy định đầy đủ và chặt chẽ hơn cơ chế phối hợp giữa Chính phủ, các cơ quan của Chính phủ với TANDTC, VKSNDTC trong nghiên cứu, soạn thảo, chỉnh lý, hoàn thiện dự án luật, pháp lệnh về tư pháp, cũng như đối với các văn bản dưới luật do Chính phủ ban hành. Đồng thời, cần xác định rõ hơn vai trò, trách nhiệm các cơ quan của Quốc hội trong việc tham gia phối hợp nghiên cứu, soạn thảo các dự án luật, pháp lệnh về tư pháp.

**3.3** Cần bảo đảm tính đồng bộ, phối hợp chặt chẽ và hiệu quả hơn giữa cải cách tư pháp với cải cách hành chính, cải cách lập pháp; nâng cao hơn tính đồng bộ, thống nhất, tính nhất quán của các VBQPPL thuộc lĩnh vực tư pháp; ban hành kịp thời, khắc phục triệt để tình trạng nợ đọng, ban hành kịp thời các văn bản quy định chi tiết thi hành các luật, pháp lệnh về tư pháp.

**3.4** Cần khẩn trương nghiên cứu, xây dựng, ban hành một số đạo luật quan trọng

liên quan đến lĩnh vực tư pháp như Luật Phòng, chống tội phạm có tổ chức, Luật Thừa phát lại, Luật Chứng thực, Luật Ban hành quyết định hành chính, Luật Đăng ký tài sản... Đồng thời, nâng lên thành luật đối với một số pháp lệnh như Pháp lệnh Bắt giữ tàu bay, Pháp lệnh Bắt giữ tàu biển, Pháp lệnh về Tình trạng khẩn cấp.

**3.5** Cần tiếp tục nghiên cứu, hoàn thiện hệ thống luật về tư pháp theo hướng bảo đảm sự kiểm soát của hành pháp đối với tư pháp; bảo đảm vai trò, trách nhiệm quản lý hành chính nhà nước cao nhất của Chính phủ đối với các cơ quan tư pháp theo quy định của Hiến pháp, như đối với vấn đề quản lý đội ngũ cán bộ, công chức, viên chức của TAND và VKSND; quản lý cơ sở vật chất...

**3.6** Cần sửa đổi, bổ sung Quy chế phối hợp giữa Chính phủ, TANDTC và VKSNDTC. Trong đó cần bổ sung, hoàn thiện cơ chế phối hợp giữa Chính phủ, các cơ quan của Chính phủ với TANDTC, VKSNDTC về xây dựng, ban hành theo thẩm quyền hoặc trình Quốc hội, UBTVQH ban hành các VBQPPL trong lĩnh vực tư pháp.

**3.7** Cần nâng cao hơn nữa vai trò, trách nhiệm của Bộ Tư pháp trong nghiên cứu, tổng kết, chủ động đề xuất với Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ các chủ trương, quan điểm về đẩy mạnh cải cách tư pháp; về cơ chế phối hợp giữa Chính phủ, các bộ, ngành với các cơ quan thực hiện quyền tư pháp trong việc hoàn thiện hệ thống pháp luật liên quan đến công tác tư pháp.

**3.8** Quốc hội cần tăng cường giám sát thường xuyên đối với đối với Chính phủ trong việc xây dựng, hoàn thiện hệ thống các VBQPPL thuộc lĩnh vực tư pháp thuộc thẩm quyền ■

# **VAI TRÒ, TRÁCH NHIỆM CỦA NHÀ NƯỚC**

## **TRONG XÃ HỘI CÔNG NGHỆ THÔNG TIN, CÔNG NGHỆ SỐ, CÁCH MẠNG CÔNG NGHIỆP 4.0**

**Hoàng Thị Kim Quế\***

\* GS.TS. Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội.

### **Thông tin bài viết:**

*Từ khóa:* xã hội công nghệ thông tin, công nghệ số, cách mạng công nghiệp 4.0, nhà nước, chính phủ điện tử, dân chủ, pháp luật, quyền con người.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 26/12/2017

Biên tập: 17/01/2018

Duyệt bài: 24/01/2018

### **Article Infomation:**

*Keywords:* Social information technology, digital technology, industrial revolution 4.0, state, e-government, democracy, law, human rights.

*Article History:*

Received: 26 Dec. 2017

Edited: 17 Jan. 2018

Approved: 24 Jan. 2018

### **1. Cách mạng công nghệ thông tin, cách mạng công nghiệp 4.0 và chính sách của Nhà nước Việt Nam**

Cách mạng công nghệ thông tin (CNTT), truyền thông, Internet và cách mạng công nghiệp lần thứ tư - cách mạng công nghiệp 4.0 là những nhân tố đặc biệt quan trọng, quy định sự phát triển, vận hành xã hội trong thế kỷ 21. Nhà nước, pháp luật

### **Tóm tắt:**

Bài viết phân tích sự tác động của xã hội công nghệ thông tin, công nghệ số, cách mạng công nghiệp 4.0 đến nhà nước và pháp luật, dân chủ, quyền con người; nhận thức mới về vai trò, trách nhiệm của Nhà nước, cách thức điều chỉnh pháp luật nhằm khai thác có hiệu quả các cơ hội to lớn và giảm thiểu những tác động tiêu cực của cuộc cách mạng công nghiệp 4.0

### **Abstract:**

The article provides analysis of the impacts of information society, digital technology, the industrial revolution 4.0 to the state and laws, democracy, human rights; awareness of the role and responsibilities of the state, how to regulate the law in order to efficiently exploit the tremendous opportunities and minimize the negative effects of the industrial revolution 4.0.

không những tất yếu phải chịu sự tác động, áp lực, thách thức vô cùng mạnh mẽ từ các cuộc cách mạng công nghiệp, nhất là cuộc cách mạng công nghiệp 4.0 mà còn phải xác định đầy đủ hơn về vai trò, trách nhiệm của mình đối với con người và xã hội trong bối cảnh mới có tính chất toàn cầu.

Đặc trưng nổi bật của cách mạng công nghiệp 4.0 là sự kết hợp công nghệ trong

các lĩnh vực vật lý, số hóa, sinh học và vốn, sự hợp nhất về mặt công nghệ, nhờ đó xóa bỏ ranh giới giữa các lĩnh vực vật lý, kỹ thuật số và sinh học, đem lại sự kết hợp giữa hệ thống ảo và thực thể. Những tiến bộ đột phá khoa học như công nghệ nano, in 3D, công nghệ sinh học phân tử, di truyền, trí tuệ nhân tạo, internet vạn vật kết nối (Internet of Things - IoT) sẽ giúp cho việc mở rộng thị trường, thúc đẩy tăng trưởng kinh tế, đem lại muôn vàn tiện ích, lợi ích cho con người, chính phủ và doanh nghiệp. Chỉ riêng trong lĩnh vực đầu tư, công nghệ - đặc biệt là công nghệ số và Internet - là mảng đầu tư hấp dẫn và đầy tiềm năng nhất của các nhà đầu tư trong thời gian tới. Theo các nhà khoa học, cách mạng công nghiệp 4.0 sẽ tạo ra những khả năng hoàn toàn mới, có tác động sâu sắc đối với các hệ thống chính trị, xã hội, kinh tế của thế giới, đến mọi quốc gia, chính phủ, doanh nghiệp và người dân khắp toàn cầu, cũng như làm thay đổi căn bản cách chúng ta sống, làm việc và sản xuất<sup>1</sup>.

Cuộc cách mạng công nghiệp 4.0 cũng sẽ tác động mạnh mẽ, toàn diện đến đời sống quốc gia, con người, Nhà nước và pháp luật, đến mối quan hệ hợp tác giữa các quốc gia, các tổ chức quốc tế theo cả chiều hướng tích cực, thuận lợi và những áp lực, thách thức vô cùng to lớn.

Nhận thức được xu thế và tầm quan trọng của các cuộc cách mạng CNTT, truyền thông, cách mạng công nghiệp 4.0, Nhà nước ta đã ban hành nhiều chính sách, pháp luật về hoạt động ứng dụng CNTT

nhằm đưa Việt Nam sớm trở thành nước phát triển về CNTT. Tiêu biểu là các văn bản pháp luật như: Nghị quyết số 36a/NQ/CP ngày 14/10/2015 của Chính phủ về Chính phủ điện tử; Nghị quyết số 34/NQ-CP ngày 07/4/2017 của Chính phủ về cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ 4, Chỉ thị số 16/CT-TTg của Thủ tướng Chính phủ về “Tăng cường năng lực tiếp cận cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ 4”, Luật Chuyển giao công nghệ (sửa đổi) sẽ có hiệu lực từ ngày 1/7/2018. Chính sách của Nhà nước là Việt Nam cần chủ động có định hướng, giải pháp thiết thực để nắm bắt cơ hội, giảm thiểu các tác động tiêu cực của cuộc cách mạng công nghiệp 4.0, áp dụng các biện pháp về phát triển hạ tầng CNTT; cải thiện môi trường cạnh tranh kinh doanh, ưu tiên phát triển công nghiệp công nghệ số, nông nghiệp thông minh, đô thị thông minh; xây dựng, đào tạo nguồn nhân lực có khả năng tiếp nhận các xu thế công nghệ sản xuất mới. Cuộc cách mạng công nghiệp 4.0 đang tác động đến chúng ta, nó không chờ đợi chúng ta mà đang tiến lên như vũ bão, chúng ta không thể bỏ lỡ con tàu này<sup>2</sup>.

## **2. Vai trò, trách nhiệm của Nhà nước trong xã hội công nghệ thông tin, truyền thông, công nghệ số**

Ở bất kỳ một mô hình tổ chức xã hội nào, Nhà nước, pháp luật cũng đều có vai trò to lớn, chi phối mọi lĩnh vực đời sống xã hội. Đồng thời Nhà nước, pháp luật - như một tất yếu - cũng chịu sự tác động của hàng loạt các yếu tố. Trong xã hội CNTT, công

1 TS. Nguyễn Bá Ân, Cách mạng công nghiệp 4.0: Cơ hội và thách thức, nguồn: <https://baomoi.com/cach-mang-cong-nghiep-4-0-co-hoi-va-thach-thuc/c/23508186.epi>

2 Phát triển Chính phủ điện tử trong cách mạng công nghiệp 4.0, Nguồn: <http://www.nhandan.com.vn/congnghie/item/32518702-phat-trien-chinh-phu-dien-tu-trong-cach-mang-cong-nghiep-4-0.html>

nghe số, truyền thông và Internet, vai trò và áp lực đặt ra là vô cùng to lớn, mạnh mẽ đối với Nhà nước, pháp luật cũng như toàn xã hội.

Xã hội CNTT, công nghệ số, ứng dụng Internet vào cuộc sống đã và đang tác động mạnh mẽ, toàn diện đến tất cả các lĩnh vực hoạt động của Nhà nước, xã hội, chính sách, pháp luật, chức năng nhà nước, phương thức quản lý, điều hành xã hội, giải quyết, ứng phó với các vấn đề xã hội; mối quan hệ giữa Nhà nước và cá nhân; dịch vụ pháp luật, ý thức pháp luật, văn hóa pháp luật, nghiên cứu, phổ biến, giáo dục, đào tạo pháp luật.

Trong xã hội CNTT, công nghệ số, Nhà nước không chỉ một chiều là ứng dụng những thành tựu của công nghệ, mà còn có vai trò, trách nhiệm to lớn trong việc xây dựng và phát triển xã hội CNTT, xã hội và nền kinh tế tri thức, kinh tế số. Vì vậy, vấn đề đặt ra là cần phải giải quyết một vấn đề then chốt, rộng lớn hơn đó là việc xác định vai trò của Nhà nước trong sự hình thành xã hội thông tin chứ không chỉ là chức năng của Nhà nước trong mối quan hệ với CNTT, truyền thông, công nghệ số. Đối với các nhà nước hiện đại, cần nhận thức và xác định nhiệm vụ xây dựng xã hội thông tin như là cơ sở của sự phát triển toàn diện về kinh tế, xã hội, chính trị, văn hóa và có chính sách quốc gia về xây dựng xã hội thông tin, áp dụng công nghệ số.

Nhà nước có trách nhiệm quan trọng trong việc hoạch định chính sách quốc gia về xây dựng kết cấu hạ tầng thông tin đầu tiên của xã hội CNTT, xã hội tri thức. Nếu không có chính sách và những quy định

hợp lý, không có sự điều hành của Chính phủ đối với kết cấu hạ tầng thông tin thì xã hội thông tin, xã hội tri thức không thể hình thành được.

Nhà nước với vai trò kiến tạo và phát triển, cần phải bảo đảm và thúc đẩy để người dân được tự do, an toàn, phát huy được tiềm năng của mình trong điều kiện xã hội CNTT, cách mạng công nghiệp 4.0. Điều này đặt ra phải đổi mới cách tư duy trong xây dựng chính sách, pháp luật, cách thức quản lý, điều hành xã hội theo quan niệm truyền thống trước đây. Chính sách của Nhà nước Việt Nam là khẩn trương hoàn thiện cơ chế, thể chế, chính sách, pháp luật theo kịp kinh tế số, công nghiệp thông minh, xây dựng kết cấu hạ tầng đồng bộ, trong đó, CNTT và hạ tầng thông tin đóng vai trò hạ tầng của hạ tầng, phát triển nhanh nguồn nhân lực đáp ứng yêu cầu kinh tế số, xây dựng, phát triển nguồn nhân lực làm chủ hệ tri thức Việt số hóa, chủ động nắm bắt, khai thác có hiệu quả các cơ hội to lớn của cách mạng công nghiệp 4.0 mang lại, phát triển doanh nghiệp số được xác định là nhiệm vụ trung tâm, lâu dài để phát triển kinh tế số ở Việt Nam<sup>3</sup>.

Cách thức quản lý xã hội của Nhà nước theo đó phải được thay đổi mạnh mẽ, không chỉ là đảm bảo thượng tôn Hiến pháp, pháp luật mà còn đảm bảo những điều kiện tốt nhất, an toàn nhất cho sự vận hành của xã hội thông tin, ứng dụng công nghệ số cùng những ứng dụng tiến bộ khác của công nghệ, kỹ thuật. Các cơ quan nhà nước và đội ngũ cán bộ, viên chức, công chức cần đổi mới tư duy, phương thức quản lý, hoạt động dựa trên nền tảng công nghệ kỹ thuật

3 Thủ tướng chỉ ra 6 giải pháp để Việt Nam bắt kịp cách mạng 4.0, Nguồn: <http://genk.vn/thu-tuong-chi-ra-6-giai-phap-de-viet-nam-bat-kip-cach-mang-40-20171206084624267.chn>

cao để phục vụ hiệu quả, nhanh chóng, tiết kiệm, đơn giản hóa thủ tục hành chính đối với doanh nghiệp, bảo đảm minh bạch hóa hoạt động của các cơ quan nhà nước.

Nhà nước đồng thời vừa phải nỗ lực nghiên cứu, xây dựng chính sách, pháp luật về phát triển, sử dụng CNTT, truyền thông, xây dựng khung khổ pháp lý cho xã hội thông tin, vừa phải bảo vệ, bảo đảm sự an toàn cho các cá nhân, tổ chức và cho chính Nhà nước trong bối cảnh xã hội thông tin toàn cầu.

Phạm vi điều chỉnh, cách thức, phương pháp, mức độ điều chỉnh và cả kỹ thuật của điều chỉnh pháp luật buộc phải có nhiều thay đổi mới cho phù hợp, thích ứng tốt nhất trong bối cảnh mới của công nghệ, kỹ thuật và của xu hướng chính trị - pháp lý đương đại. Đơn cử, sẽ có những lĩnh vực pháp luật chỉ điều chỉnh về nguyên tắc, khung khổ pháp lý, có lĩnh vực lại cần ở mức độ cụ thể cao hơn, công tác giải thích, hướng dẫn áp dụng pháp luật cũng sẽ phải thay đổi để phù hợp. Phương pháp loại trừ sẽ phải thay thế cho phương pháp điều chỉnh truyền thống là liệt kê những điều được phép v.v.. Không chỉ đối với pháp luật nội dung, mà còn đối với cả lĩnh vực pháp luật thủ tục, quy trình cũng chịu sự tác động mạnh mẽ của cách mạng CNTT, công nghệ số.

Mục đích của xây dựng và phát triển xã hội thông tin là đảm bảo và nâng cao chất lượng cuộc sống của con người, đảm bảo năng lực cạnh tranh của quốc gia, phát triển tất cả các lĩnh vực đời sống xã hội, hoàn thiện hệ thống quản lý quốc gia trên cơ sở áp dụng những thành tựu tiên bộ về CNTT và truyền thông.

Vai trò, trách nhiệm của Nhà nước cần phải được nhìn nhận trong bối cảnh mới,

trong đó có cả sự đầu tư thỏa đáng và chấp nhận có thể gánh chịu sự rủi ro về tài chính. Nhà nước phải có năng lực nhận biết, đánh giá đúng các diễn biến của cuộc cách mạng CNTT trên toàn cầu, xây dựng hệ thống chính sách, pháp luật, các tiêu chuẩn đảm bảo sự kết nối hợp tác, cạnh tranh, thúc đẩy áp dụng các công nghệ mới và bảo vệ quyền con người, quyền lợi của người tiêu dùng.

Nhà nước trong xã hội CNTT, kỷ nguyên kỹ thuật số cần phải có những năng lực mới bên cạnh những năng lực truyền thống, đặc biệt là năng lực thiết lập sự cân bằng giữa cạnh tranh và điều chỉnh trật tự, an toàn cho mọi hoạt động xã hội trong đó có hoạt động xây dựng, áp dụng, phát triển CNTT, truyền thông, kỹ thuật số.

Nhà nước phải có năng lực xây dựng, tổ chức thực hiện các chính sách, pháp luật để bảo vệ cuộc sống, tự do, sự phát triển và an toàn của con người khỏi các mối đe dọa trong thời hiện đại. Đồng thời trong xã hội CNTT, công nghệ số và cách mạng công nghiệp 4.0 đang phát triển như vũ bão, vai trò và trách nhiệm của Nhà nước ngày càng gia tăng để bảo vệ nền tảng đạo đức, các quyền và lợi ích của trẻ em và những nhóm người dễ bị tổn thương khác.

### ***Xây dựng, phát triển Chính phủ điện tử***

Để thực hiện được các chính sách quốc gia trong xã hội CNTT cần có các công cụ đảm bảo, trong đó, công cụ chính yếu là xây dựng Chính phủ điện tử. Cốt lõi của cuộc cách mạng công nghiệp 4.0 vẫn là CNTT. Do vậy, đối với nước ta, nhiệm vụ đặc biệt quan trọng, cấp bách là xây dựng, phát triển chính quyền điện tử ở trung ương và các địa phương.

Chính phủ điện tử là hình thức mới

về tổ chức hoạt động của các cơ quan nhà nước được thực hiện bởi sự áp dụng rộng rãi CNTT và truyền thông nhằm đảm bảo sự thuận lợi cho các cá nhân, doanh nghiệp, các tổ chức xã hội trong các giao dịch pháp lý, thụ hưởng các loại hình dịch vụ công, giảm chi phí xã hội.

Mục đích và yêu cầu của xây dựng và phát triển Chính phủ điện tử là để nâng cao chất lượng và sự tiếp cận các dịch vụ nhà nước, áp dụng các tiêu chuẩn phục vụ người dân và các doanh nghiệp, nâng cao tính minh bạch, tính mở về thông tin hoạt động của các cơ quan nhà nước và đảm bảo điều kiện tham gia của người dân, các tổ chức xã hội vào quá trình xây dựng các chính sách, pháp luật, các quyết định hành chính của bộ máy công quyền. Đồng thời, Chính phủ điện tử còn có vai trò to lớn nhằm nâng cao chất lượng, hoàn thiện hệ thống cung cấp và phân tích, đánh giá quyết định, đảm bảo sự kiểm soát các kết quả hoạt động của các cơ quan nhà nước.

Để thực hiện và vận hành thông suốt, hiệu quả Chính phủ điện tử có nhiều việc phải làm, trong đó có nhiệm vụ xây dựng hệ thống các văn bản pháp luật về Chính phủ điện tử, về áp dụng CNTT, xây dựng xã hội thông tin. Mục đích, yêu cầu của chính sách, pháp luật về Chính phủ điện tử là để đảm bảo cho mọi người dân, mọi tổ chức được sử dụng các CNTT, truyền thông, tiếp cận bình đẳng về các nguồn thông tin, được tự do và an toàn trong xã hội CNTT. Hai điều kiện nền tảng để thiết lập và vận hành Chính phủ điện tử là: hạ tầng CNTT và truyền

thông; hệ thống các văn bản pháp luật, các thủ tục, các quy chuẩn, các cơ sở dữ liệu tích hợp đã được số hóa, các dịch vụ công trực tuyến và khả năng khai thác các dịch vụ trực tuyến (online) của người sử dụng (cán bộ, công chức, viên chức, người dân và doanh nghiệp)<sup>4</sup>.

### **3. Dân chủ, mối quan hệ giữa Nhà nước và cá nhân trong xã hội công nghệ thông tin, truyền thông, công nghệ số, chính phủ điện tử, cách mạng công nghiệp 4.0**

Xã hội CNTT, truyền thông, công nghệ số, Chính phủ điện tử đã và đang làm thay đổi sâu sắc kiểu/ mô hình quản lý, phục vụ của Nhà nước, sự tham gia vào đời sống chính trị, kinh tế, xã hội, văn hoá của con người. Đồng thời cũng đặt ra nhiều vấn đề mới đối với dân chủ về nội dung, phạm vi và các hình thức, thiết chế dân chủ, kể cả thiết chế, hình thức dân chủ đại diện đã được hình thành trong thế kỷ 20.

Dân chủ là một trong những điều kiện, đặc trưng, nguyên tắc cốt lõi của Nhà nước pháp quyền. Trong xã hội CNTT, công nghệ số, Chính phủ điện tử, cách mạng công nghiệp 4.0, dân chủ đã có thêm những điều kiện mở rộng cả chiều sâu và chiều rộng trong tất cả các lĩnh vực đời sống xã hội, Nhà nước và pháp luật. Dân chủ sẽ được mở rộng với sự trợ giúp của CNTT, công nghệ số trên cơ sở các chính sách, pháp luật đáp ứng các yêu cầu của Nhà nước pháp quyền hiện đại.

Bản thân quá trình xây dựng Nhà nước pháp quyền, thực hiện dân chủ trong tất cả các lĩnh vực đời sống đã và đang làm thay

4 Trương Hồ Hải, Chính phủ điện tử - cầu nối giữa Chính phủ với doanh nghiệp và công dân, Nguồn: [http://tcnn.vn/Plus.aspx/vi/News/125/0/1010067/0/7363/Chinh\\_phu\\_dien\\_tu\\_cau\\_noi\\_giua\\_Chinh\\_phu\\_voi\\_doanh\\_nghiep\\_va\\_cong\\_dan](http://tcnn.vn/Plus.aspx/vi/News/125/0/1010067/0/7363/Chinh_phu_dien_tu_cau_noi_giua_Chinh_phu_voi_doanh_nghiep_va_cong_dan)



đổi sâu sắc, cơ bản mối quan hệ giữa Nhà nước và cá nhân, xã hội, chuyển dần từ sự bất bình đẳng sang bình đẳng, công bằng, đồng trách nhiệm; từ cách thức điều hành, quản lý bằng mệnh lệnh hành chính áp đặt, đơn phương sang trách nhiệm phục vụ, đối thoại, thương lượng, thu hút sự tham gia, tham vấn, phản biện của người dân, doanh nghiệp và xã hội. Ngày nay, với sự áp dụng CNTT, công nghệ số lại làm gia tăng, sâu sắc, toàn diện hơn, thiết thực hơn quá trình dân chủ, minh bạch, công khai, sự thuận tiện, hiệu quả phục vụ, cung ứng các dịch vụ công của Nhà nước đối với người dân và doanh nghiệp.

Chính phủ điện tử, xã hội CNTT sẽ làm thay đổi mối quan hệ thông tin của người dân, doanh nghiệp và xã hội, sẽ làm mở rộng khả năng bảo vệ, bảo đảm quyền con người bằng con đường tiếp cận với nhiều loại hình thông tin, tăng khả năng con người được tham gia vào quá trình tiếp nhận các quyết định chính sách nhà nước và theo dõi các hoạt động của Nhà nước... tiếp cận thông tin, bảo vệ đời sống riêng tư. Việc áp dụng CNTT trong hoạt động của các cơ quan nhà nước làm cho mối quan hệ giữa Nhà nước và người dân, Nhà nước và doanh nghiệp ngày càng gần gũi, thân thiện hơn.

Áp dụng khoa học công nghệ vào hoạt động hành chính, dịch vụ công của các cơ quan nhà nước; tạo lập môi trường kinh doanh, sản xuất thuận lợi cho người dân và doanh nghiệp. Bằng cách đó sẽ góp phần phải thay đổi nhận thức đối với đội ngũ cán bộ, công chức, viên chức từ cơ chế hành chính "mệnh lệnh", "xin - cho" sang nền hành chính "phục vụ"; coi người dân và doanh nghiệp thực sự là khách hàng, là đối tác bình đẳng trong cung cấp dịch vụ công.

#### **4. Thực hiện các nguyên tắc của Nhà nước pháp quyền trong xã hội công nghệ thông tin, công nghệ số, cách mạng công nghiệp 4.0**

Trong điều kiện mới vừa có nhiều cơ hội, thuận lợi, lợi ích to lớn vừa có nhiều thách thức, áp lực trong xã hội CNTT, công nghệ số, cách mạng công nghiệp 4.0 thì vấn đề quan trọng đặt ra là càng phải tăng cường việc bảo đảm thực hiện các nguyên tắc cơ bản của Nhà nước pháp quyền.

CNTT, công nghệ số, các tiến bộ vượt trội của công nghệ đem lại vai trò, tính hữu ích vô cùng to lớn, song chúng không là tất cả, không hoán vị, thay thế được con người. Con người vẫn là yếu tố then chốt, quyết định thành bại, phồn vinh, hạnh phúc về tinh thần và vật chất. Trong xã hội CNTT, công nghệ số, cách mạng công nghiệp 4.0 đòi hỏi cái căn bản nhất của con người, đó chính là phẩm chất đạo đức nhân văn và tri thức cùng ý thức trách nhiệm đối với cộng đồng, xã hội. Nếu thiếu những phẩm chất căn bản đó, con người có thể lợi dụng một cách tinh vi CNTT, công nghệ số, các loại hình công nghệ khác để xâm phạm quyền, lợi ích, đe dọa sự an toàn, hạnh phúc của con người, đồng loại.

Có nhiều nguyên tắc, yêu cầu của Nhà nước pháp quyền cần phải được thực hiện trong đời sống đầy biến động này. Cần nhận thức đầy đủ và đảm bảo việc thực hiện các nguyên tắc: thượng tôn Hiến pháp, pháp luật, mọi cá nhân, tổ chức đều bình đẳng trước pháp luật và trước tòa án. Công nghệ, kỹ thuật dù hiện đại đến mấy cũng không phải là tất cả, không thể hoàn toàn ủy thác, phó mặc, tin cậy vào công nghệ, kỹ thuật.

Trong xã hội CNTT, công nghệ số thì vấn đề đặc biệt cần quan tâm thực hiện là

hoạt động thông qua các cơ chế hữu hiệu về kiểm soát: kiểm soát quyền lực nhà nước với những nội dung mới, phù hợp, kiểm soát tội phạm, kiểm soát xã hội, kiểm soát ứng dụng CNTT, công nghệ số, công nghệ sinh học, y học... Kiểm soát trong điều kiện xã hội CNTT, công nghệ số, cách mạng 4.0 cần được bổ sung thêm nhiều nội dung và quy mô, phạm vi áp dụng, hình thành nên một kiểu/ mô hình/ cơ chế kiểm soát vừa truyền thống vừa phi truyền thống. Cần phải mở rộng phạm vi và gia tăng hệ thống chế tài đảm bảo tính hữu hiệu của các cơ chế kiểm soát nhà nước và xã hội, công nghệ, kiểm soát quyền lực nhà nước theo chiều dọc, chiều ngang, chiều nội bộ trong các thiết chế nhà nước; kiểm soát pháp luật từ đầu vào đến đầu ra và đặc biệt là kiểm soát hiến pháp hiểu theo nghĩa đầy đủ nhất.

Vấn đề quan trọng bậc nhất nữa là vai trò, trách nhiệm, năng lực và kỹ năng của Nhà nước về bảo vệ quyền con người trong xã hội CNTT, cách mạng công nghiệp 4.0. Trong xã hội CNTT, cách mạng công nghiệp 4.0, vấn đề Tự do, Phát triển và An toàn của cá nhân, cộng đồng và xã hội ngày càng có tầm quan trọng đặc biệt và gia tăng sự phức tạp, thách thức đối với Nhà nước, pháp luật. Việc bảo vệ, bảo đảm các quyền, tự do, lợi ích của con người đã có thể nhiều tính mới, không có trong quan niệm và thực tiễn xã hội trước đây. Từ phương diện triết học pháp luật, ở đây hiện hữu một sự mâu thuẫn tất yếu giữa tự do, an toàn cá nhân và an toàn xã hội, thách thức trong việc giải quyết bài toán cân bằng lợi ích của cá nhân, cộng đồng, xã hội và Nhà nước.

Trong bối cảnh cuộc cách mạng công nghiệp 4.0, ranh giới giữa vật lý, kỹ thuật số và sinh học đang mờ đi, vấn đề quyền con

người cần được đặc biệt quan tâm bảo vệ, bảo đảm hơn bao giờ hết. Bảo vệ dữ liệu cá nhân trong bối cảnh cách mạng công nghiệp 4.0 lại càng trở nên cấp thiết. Lợi dụng Internet và sự yếu kém của hệ thống pháp luật, của chế độ kiểm soát pháp lý và kỹ thuật, nhiều cá nhân, tổ chức sẽ có những hành vi xâm phạm quyền, lợi ích của con người, xâm phạm trật tự an toàn xã hội, an ninh quốc gia. Thách thức này đặt ra đối với vai trò, trách nhiệm của Nhà nước và hệ thống pháp luật.

Các quy định pháp luật hiện hành về bảo vệ quyền riêng tư của cá nhân tuy đã có song vẫn mới chỉ kịp dừng lại ở quan niệm pháp lý truyền thống, chứ chưa đề cập đến yếu tố mới đó là chưa có sự phân biệt giữa môi trường trực tuyến và môi trường ngoại tuyến, môi trường ảo trên Internet trong không gian mạng. Khung pháp lý về bảo vệ thông tin người dùng trên mạng Internet, về bảo vệ dữ liệu cá nhân trong môi trường Internet và kỹ thuật số hiện nay của nhiều nước trong đó có Việt Nam vẫn còn nhiều bất cập, lỗ hổng, cần phải khẩn trương hoàn thiện.

Nhiệm vụ bảo vệ, bảo đảm quyền con người của các nhóm xã hội dễ bị tổn thương ngày càng nặng nề, nhiều thách thức đối với Nhà nước và xã hội. Bởi vì trong điều kiện xã hội CNTT, công nghệ số, đời sống của họ sẽ chịu nhiều tác động cả thuận lợi và khó khăn. Nhiệm vụ của Nhà nước là cần thực hiện đồng bộ nhiều chính sách, giải pháp tạo việc làm, thu nhập thông qua đào tạo nghề và hỗ trợ tín dụng cho các nhóm đối tượng xã hội dễ bị tổn thương, cho thanh niên nông thôn, miền núi, nông dân, người khuyết tật, người dân tộc thiểu số và lao động nữ ■

# QUYỀN ĐƯỢC GIÁO DỤC THEO QUY ĐỊNH CỦA LUẬT QUỐC TẾ VÀ CƠ CHẾ BẢO ĐẢM THỰC HIỆN

**Lê Thị Anh Đào\***

\* TS. Khoa Pháp luật Quốc tế, Trường Đại học Luật Hà Nội.

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* quyền được giáo dục; báo cáo quyền con người; thực hiện quyền con người

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 11/01/2018

Biên tập: 22/01/2018

Duyệt bài: 30/01/2018

## Article Information:

*Keywords:* Right to education; report on human rights; exercise of human rights

*Article History:*

Received: 11 Jan. 2018

Edited: 22 Jan. 2018

Approved: 30 Jan. 2018

## Tóm tắt:

Dưới góc độ luật quốc tế, giáo dục với tính chất là một quyền con người có nghĩa là: (i) quyền giáo dục được bảo đảm về mặt pháp lý với tất cả mọi người, không có bất cứ sự phân biệt nào; (ii) các quốc gia có nghĩa vụ bảo vệ, tôn trọng và thực hiện quyền được giáo dục; (iii) có các phương thức giám sát các quốc gia thực hiện quyền được giáo dục, bao gồm: cơ chế báo cáo và giải trình, thủ tục khiếu nại và các thủ tục đặc biệt. Quyền giáo dục được thúc đẩy, bảo vệ, bảo đảm và thực thi tốt nhất ở cấp độ quốc gia trên cơ sở Hiến pháp và luật.

## Abstract:

Under the international laws, education as a human right means: (i) the right to education right is legally guaranteed to all, without any distinction; (ii) all nations have an obligation to protect, respect and exercise the right to education; (iii) modalities of supervise the exercise of the right to education must be ensured, including: reporting and accountability mechanisms, grievance procedures and special procedures. Education rights are best promoted, protected, guaranteed and enforced at the national level on the basis of the Constitution and the laws.

## 1. Quyền được giáo dục trong pháp luật quốc tế

Quyền được giáo dục vừa là một yếu tố có tác dụng tăng cường quyền con người cho mọi cá nhân, vừa là điều kiện không thể thiếu để thực hiện các quyền con người khác và đảm bảo phẩm giá con người. Quyền

được giáo dục còn là phương tiện quan trọng nhất mà nhờ đó, những người bị gạt ra ngoài lề xã hội có thể tự mình thoát ra khỏi tình trạng nghèo đói và tham gia đầy đủ vào cộng đồng. Đối với xã hội, quyền được giáo dục là nền tảng cho sự phát triển của kinh tế - xã hội và nhân loại, đồng thời là yếu tố then

chốt để đạt được hòa bình lâu dài và phát triển bền vững.

Với ý nghĩa đó, Điều 26 Tuyên ngôn toàn thế giới về Quyền con người (UDHR) năm 1948 tuyên bố: “mọi người có quyền được giáo dục”. Sau Tuyên bố này, quyền được giáo dục ngày càng được thừa nhận rộng rãi và quy định trong nhiều điều ước toàn cầu<sup>1</sup> và khu vực<sup>2</sup>. Trên thực tế, quyền giáo dục được bảo vệ trong ít nhất 42 văn kiện toàn cầu và khu vực<sup>3</sup>, bao gồm 7 trong số 9 điều ước hạt nhân của Liên hiệp quốc (LHQ) về quyền con người. Một số điều ước bảo vệ quyền được giáo dục nói chung, nghĩa là với tất cả mọi người<sup>4</sup>; các điều ước khác bảo vệ quyền được giáo dục của nhóm người (như phụ nữ, người khuyết tật, người di cư, người tị nạn, người bản địa<sup>5</sup>...) và trong hoàn cảnh cụ thể (như xung đột vũ trang, sử dụng lao động trẻ em<sup>6</sup>). Hiện nay, khi đề cập đến quyền được giáo dục, Công ước về Quyền kinh tế, xã hội và văn hóa (CESCR, 1966) và Công ước quốc tế về Quyền trẻ em (CRC, 1989) là các điều ước được viện dẫn rộng rãi nhất. Trong số 193 thành viên của LHQ, 163 quốc gia đã phê chuẩn CESCR (1966) và gần như tất cả các quốc gia đó cũng là thành viên của CRC (1989)<sup>7</sup>.

Các điều ước là sự bảo đảm mạnh mẽ nhất đối với quyền được giáo dục bởi vì chúng là văn bản có giá trị pháp lý ràng buộc các quốc gia. Tuy nhiên, để ràng buộc về pháp lý với một điều ước thì quốc gia phải thực hiện hành vi thể hiện sự đồng ý ràng buộc với điều ước bằng việc ký, phê chuẩn/phê duyệt hoặc gia nhập điều ước. Khi thực hiện hành vi này, các quốc gia có thể đệ trình các bảo lưu hoặc tuyên bố mà có thể thay đổi bản chất nghĩa vụ của quốc gia theo điều ước<sup>8</sup>.

## 2. Quy định của pháp luật quốc tế về quyền được giáo dục

### 2.1 Nội dung của quyền được giáo dục

Pháp luật quốc tế quy định các chuẩn mực của quyền được giáo dục và các nghĩa vụ pháp lý gắn với việc bảo vệ các chuẩn mực đó. Theo quy định của Điều 13 và 14 CESCR (1966), nội dung của quyền được giáo dục bao gồm:

- Miễn phí và phổ cập giáo dục tiểu học với tất cả mọi người;
- Có thể tiếp cận và sẵn có về giáo dục trung học (bao gồm cả giáo dục kỹ thuật, dạy nghề và đào tạo) với mọi người và từng bước miễn phí;
- Có thể tiếp cận với giáo dục ở cấp

1 Ví dụ như: Công ước của Tổ chức Giáo dục, Khoa học và Văn hóa của Liên hiệp quốc (UNESCO) về Chống phân biệt trong giáo dục (CADE, 1960); Điều 13 & 14 Công ước về Quyền kinh tế, xã hội và văn hóa (CESCR, 1966)...

2 Ví dụ như (Điều 26) Công ước Châu Mỹ về Quyền con người năm 1969/1978 và Điều 13, Điều 16 Nghị định thư bổ sung của Công ước này về Quyền trong lĩnh vực kinh tế, xã hội và văn hóa năm 1988 (Nghị định thư San Salvador); Phần XII, Tuyên ngôn Châu Mỹ về Quyền và nghĩa vụ của con người năm 1948; Điều 17 Hiến chương Châu Phi về Quyền con người và quyền của các dân tộc năm 1981 và Điều 12 Nghị định thư của Hiến chương này về Quyền của phụ nữ ở Châu Phi năm 2003; Điều 11 Hiến chương châu Phi về các Quyền và trợ cấp cho trẻ em năm 1990; Điều 49 Hiến chương của tổ chức các quốc gia Châu Mỹ năm 1948; Điều 14 Hiến chương về các Quyền cơ bản của Liên minh châu Âu năm 2000...

3 Về các quốc gia thành viên của Điều ước quốc tế về quyền con người, xem <http://indicators.ohchr.org/>.

4 CADE (1960), CESCR (1966)...

5 Điều 10, Công ước về Xóa bỏ tất cả các hình thức phân biệt với phụ nữ (CEDAW, 1979); Điều 24 Công ước về Quyền của người khuyết tật (2006); Điều 28 & 29 Công ước về Quyền trẻ em (CRC, 1989); Công ước quốc tế về Bảo vệ các quyền của tất cả các lao động di cư và thành viên trong gia đình họ (1990); Công ước về Bảo vệ những người bị cưỡng bức mất tích (2006)...

6 Công ước quốc tế về Xóa bỏ tất cả các hình thức phân biệt chủng tộc (1965); Công ước về Chống tra tấn và các hình thức đối xử hoặc trừng phạt tàn bạo, vô nhân đạo, hoặc hạ nhục con người (1984); các Công ước của Tổ chức lao động quốc tế (ILO) và luật nhân đạo quốc tế...

7 International justice resource center, Rights to education thematic research guide, xem tại <http://www.ijrcenter.org/thematic-research-guides/education>.

8 Điều 2 và Điều 11 Công ước Viên năm 1969 về luật Điều ước giữa các quốc gia.

cao hơn một cách bình đẳng trên cơ sở năng lực của mỗi người và từng bước miễn phí;

- Giáo dục cơ bản cho những người chưa tiếp cận hoặc chưa hoàn thành toàn bộ chương trình giáo dục tiểu học;

- Giáo dục có chất lượng ở cả trường công lập và trường tư thục;

- Tự do của cha mẹ và của những người giám hộ hợp pháp (nếu có) trong việc lựa chọn trường cho con cái họ phù hợp với tôn giáo và đạo đức cũng như ý nguyện riêng của họ;

- Tự do học thuật của giáo viên và học sinh;

- Tự do của các cá nhân và tổ chức được thành lập và điều hành các cơ sở giáo dục phù hợp với yêu cầu về tiêu chuẩn tối thiểu mà nhà nước quy định.

Các điều ước quốc tế khác cũng quy định quyền được giáo dục của những nhóm người và trong những hoàn cảnh khác nhau<sup>9</sup>. Ví dụ, CEDAW (1979) yêu cầu các quốc gia thành viên xóa bỏ định kiến về giới trong các tài liệu học tập. Bên cạnh đó, các điều ước quốc tế khu vực cũng tập trung vào vấn đề nhân quyền chung của khu vực. Ví dụ như, Hiến chương Thanh niên Châu Phi (2006) quy định rằng, chương trình giáo dục phải bao gồm các vấn đề như HIV, sức khỏe sinh sản, lạm dụng và thực tiễn văn hóa nguy hại với sức khỏe của nữ giới<sup>10</sup>. Trong hoàn cảnh có xung đột vũ trang hoặc bị chiếm đóng, luật nhân đạo quốc tế yêu cầu quốc gia chiếm đóng phải tôn trọng và bảo đảm thực hiện quyền được giáo dục. Trẻ em phải

được phép đến trường và quốc gia chiếm đóng phải hợp tác với chính quyền quốc gia bị chiếm đóng và chính quyền địa phương để “tạo điều kiện hoạt động bình thường cho tất cả các cơ sở chăm sóc và giáo dục trẻ em”<sup>11</sup>. Nếu các cơ sở này không đáp ứng được, quốc gia chiếm đóng phải “tiến hành các sắp xếp để cấp dưỡng và giáo dục, nếu có thể bởi những người có quốc tịch, ngôn ngữ, tôn giáo của chính quốc gia đó”<sup>12</sup>. Việc phá hủy các cơ sở vật chất của các cơ sở đào tạo bị cấm, trừ khi điều đó là hoàn toàn cần thiết và giáo dục phải được cung cấp cho những người bị tạm giữ do tình nghi<sup>13</sup>. Việc vi phạm các quy định này có thể cấu thành tội phạm chiến tranh mà theo đó các cá nhân có thể phải chịu trách nhiệm hình sự quốc tế<sup>14</sup>.

Nội dung của quyền giáo dục còn được giải thích bởi các Tòa án (trong trường hợp các văn kiện khu vực) hoặc bởi một số cơ quan của LHQ. Các cơ quan này sử dụng rất nhiều căn cứ pháp lý để giải thích các chuẩn mực của quyền được giáo dục, trong đó, căn cứ được sử dụng phổ biến nhất là khung khổ 4A<sup>15</sup>. Theo khung khổ này, để là một quyền có ý nghĩa, giáo dục ở tất cả các hình thức và cấp độ, phải thể hiện những yếu tố cơ bản và có mối quan hệ chặt chẽ với nhau sau đây<sup>16</sup>:

- Sẵn có (Available): sẵn có về số lượng; giáo dục miễn phí và có cơ sở hạ tầng phù hợp và có giáo viên được đào tạo, tài liệu giảng dạy...

- Có thể tiếp cận (Accessible): hệ thống giáo dục phải mở cho sự tiếp cận

9 Trang web để tìm các văn kiện của UN về quyền giáo dục: [www.right-to-education.org/page/united-nations-instruments](http://www.right-to-education.org/page/united-nations-instruments).

10 Điều 13(3)(f), Hiến chương Thanh niên Châu Phi (thông qua ngày 2/7/2006 và có hiệu lực ngày 8/8/2009).

11 Điều 50 (1) của Công ước Geneva IV về bảo vệ thường dân trong thời gian có chiến tranh.

12 Điều 50 Công ước Geneva IV về bảo vệ thường dân trong thời gian có chiến tranh.

13 Điều 53, 94, 142 Công ước Geneva IV về bảo vệ thường dân trong thời gian có chiến tranh.

14 Điều 8(2)(b)(ix), 8(2)(e)(iv) của Quy chế Rome về Tòa hình sự quốc tế.

15 Trước tiên, kết cấu khung 4A được phát triển bởi cựu Báo cáo viên đặc biệt của UN về Quyền giáo dục, ông Katarina Tomaševski. Sau đó, khung khổ 4A được Ủy ban về Quyền kinh tế, xã hội và văn hóa thông qua trong Bình luận chung số 13 về quyền giáo dục (1999, đoạn.6). Xem, CESCR, General Comment No. 13: The Right to Education, UN Doc. E/C.12/1999/10, 8 December 1999, paras. 6, 7. (Doc. E/C.12/1999/10.)

16 Katarina Tomaševski, *Primer 3* Human rights obligations: making education available, accessible, acceptable and adaptable, Rights to Education, 2001); UN Comm’n on Human Rights, Preliminary Report of the Special Rapporteur on the Right to Education, UN Doc. E/CN.4/1999/49, 13 January 1999, paras. 51–74.

của tất cả mọi người mà không có sự phân biệt đối xử nào; những bước đi tích cực cần được tiến hành để giúp những người bị gạt ra ngoài lề xã hội.

- Có thể chấp nhận được (Acceptability): nội dung và hình thức giáo dục phù hợp và có chất lượng tốt; nội dung giáo dục phải không có sự phân biệt và phù hợp về văn hóa, có chất lượng tốt; trường học an toàn và giáo viên chuyên nghiệp;

- Có tính thích ứng (Adaptability): có thể đáp ứng nhu cầu của mỗi học sinh. Giáo dục phải cải tiến phù hợp với những nhu cầu liên tục thay đổi của xã hội và các thách thức về bất bình đẳng, ví dụ như phân biệt về giới; giáo dục phải đáp ứng nhu cầu của học sinh trong những môi trường xã hội và văn hóa đa dạng.

### 2.2 Nghĩa vụ đảm bảo quyền được giáo dục

Khi một quốc gia phê chuẩn điều ước bảo vệ quyền được giáo dục, quốc gia đó có nghĩa vụ tôn trọng, bảo vệ và thực hiện<sup>17</sup>, trong đó nghĩa vụ thực hiện bao gồm cả nghĩa vụ hỗ trợ và cung cấp<sup>18</sup>.

- Nghĩa vụ tôn trọng: các quốc gia phải tránh những biện pháp gây trở ngại hoặc ngăn cản việc thụ hưởng quyền được giáo dục. Ví dụ, các quốc gia phải tôn trọng quyền của cha mẹ được lựa chọn trường cho con của họ...

- Nghĩa vụ bảo vệ: các quốc gia phải thực hiện các biện pháp, thông thường là thông qua các quy định và bảo đảm pháp lý, để không cho bên thứ ba can thiệp vào việc thụ hưởng quyền được giáo dục. Ví dụ, các quốc gia phải đảm bảo rằng bên thứ ba, bao gồm cả cha mẹ, không ngăn cản việc nữ giới đến trường và các quốc gia phải đặt ra hoặc

thông qua bộ tiêu chuẩn giáo dục tối thiểu cho các trường tư thục, đồng thời đảm bảo sự tuân thủ các tiêu chuẩn này.

- Nghĩa vụ thực hiện: thông qua các biện pháp thích hợp (lập pháp, hành pháp, tư pháp, lập quỹ và các biện pháp khác) để thực hiện đầy đủ quyền được giáo dục. Điều này có nghĩa là quốc gia cần phải tạo ra các điều kiện cần thiết để cá nhân được hưởng đầy đủ quyền. Ví dụ, các quốc gia phải tiến hành các biện pháp tích cực để đảm bảo rằng giáo dục phù hợp với văn hóa của người thiểu số và người bản địa, đồng thời phải đảm bảo chất lượng giáo dục tốt cho tất cả mọi người.

Quyền con người thường được phân loại thành quyền dân sự, chính trị và quyền kinh tế, xã hội, văn hóa, trong đó quyền được giáo dục thuộc nhóm thứ hai - nhóm quyền mà nhìn chung yêu cầu quốc gia từng bước thực hiện quyền. Điều này có nghĩa là các quốc gia có nghĩa vụ “thực hiện các bước hướng tới” việc thực hiện đầy đủ quyền được giáo dục trên cơ sở tận dụng tối đa các nguồn lực sẵn có (Điều 2, CESCR (1966)). Mặc dù thực hiện từng bước có nghĩa là việc thực hiện các nghĩa vụ sẽ tùy thuộc vào thời gian và các nguồn lực sẵn có nhưng “các quốc gia bắt buộc phải nỗ lực đạt được mục đích này thật nhanh, thật hiệu quả”<sup>19</sup>.

Không phụ thuộc vào nguồn lực bị hạn chế như thế nào, tất cả các quốc gia có nghĩa vụ ngay lập tức thực hiện những khía cạnh sau đây của quyền được giáo dục:

- Đảm bảo những nghĩa vụ cốt lõi tối thiểu để đáp ứng các mức độ thiết yếu của quyền được giáo dục, bao gồm: cấm phân biệt trong tiếp cận với giáo dục và trong giáo dục; đảm bảo miễn phí và giáo dục tiêu học bắt buộc cho tất cả mọi người<sup>20</sup>; tôn trọng tự do của cha mẹ trong việc chọn trường cho

17 Koch, I.E. 2005. Dichotomies, Trichotomies or Waves of Duties. Human Rights Law Review, Vol. 5, No. 1, pp. 81-103; ICESCR, Bình luận chung số 13, các đoạn. 46-48 & 50. 33

18 OHCHR, Fact Sheet No. 33, Frequently Asked Questions on Economic, Social and Cultural Rights, p. 11.

19 Ủy ban CESCR, Bình luận chung số 3: Bản chất nghĩa vụ của các quốc gia thành viên, ngày 1/1/1991, đoạn 2-9.

20 Nếu điều này không thể thực hiện ngay, các quốc gia phải xây dựng và thông qua một chương trình hành động để từng bước thực hiện, trong một số năm hợp lý, được ấn định trong kế hoạch về nguyên tắc giáo dục bắt buộc và miễn phí cho tất cả mọi người.

con của họ; bảo vệ tự do của cá nhân và tổ chức được thành lập và điều hành các cơ sở giáo dục.

- Tiến hành những bước đi phù hợp để thực hiện đầy đủ quyền về giáo dục trên cơ sở tận dụng tối đa các nguồn lực sẵn có của mình. Việc thiếu các nguồn lực không thể là lý do thỏa mãn việc không tiến hành hoặc trì hoãn không hạn định các biện pháp thực hiện quyền về giáo dục. Các quốc gia phải chứng minh đã tiến hành mọi nỗ lực để cải tiến việc hưởng quyền về giáo dục, thậm chí khi khan hiếm các nguồn lực.

- Không tiến hành các biện pháp thoái lui. Điều này có nghĩa là quốc gia không được tiến hành các bước đi thụt lùi hoặc thông qua các biện pháp mà sẽ hủy bỏ những bảo đảm hiện hành đối với quyền về giáo dục. Ví dụ, quy định học phí đối với giáo dục trung học khi mà học phí đó trước đây đã chính thức được miễn phí; dừng chương trình giáo dục cho người lớn - những người mà chưa từng được nhận hoặc hoàn thành chương trình giáo dục tiểu học có chất lượng; cắt giảm hàng năm các nguồn lực phân bổ cho giáo dục....

Các quốc gia là chủ thể có trách nhiệm chủ yếu trong bảo đảm quyền được giáo dục. Tuy nhiên, các chủ thể khác cũng có vai trò quan trọng trong việc thúc đẩy và bảo vệ quyền cơ bản này, cụ thể:

- Các tổ chức quốc tế liên chính phủ, ví dụ như Tổ chức Giáo dục, Khoa học và Văn hóa của LHQ (UNESCO), Văn phòng Cao ủy nhân quyền LHQ (OHCHR), Quỹ Nhi đồng LHQ (UNICEF)... có vai trò quan trọng trong việc thực hiện quyền được giáo dục thông qua trợ giúp về tài chính và kỹ thuật.

- Những thiết chế tài chính quốc tế phải chú trọng nhiều hơn tới việc bảo vệ quyền được giáo dục trong các chính sách

tài chính, thỏa thuận tín dụng và các chương trình điều chỉnh cơ cấu của mình cũng như trong tiến hành các biện pháp để giải quyết khủng hoảng nợ.

- Các doanh nghiệp có trách nhiệm tôn trọng quyền con người và tránh vi phạm quyền của các chủ thể khác<sup>21</sup>.

- Xã hội dân sự đóng một vai trò thiết yếu trong việc thúc đẩy quyền về giáo dục và buộc các quốc gia chịu trách nhiệm về nghĩa vụ của mình.

- Cha mẹ có trách nhiệm đảm bảo rằng con cái của mình tham gia vào giáo dục bắt buộc. Cha mẹ không được từ chối cho con tiếp cận với giáo dục.

### 3. Cơ chế quốc tế bảo đảm thực hiện quyền được giáo dục

Việc thực hiện các điều ước quốc tế về quyền con người được giám sát bởi các cơ chế tài phán và/hoặc có tính chất tài phán, phụ thuộc vào quy định của chính điều ước đó. Các điều ước về quyền con người đã thiết lập cơ chế quốc tế liên khu vực và khu vực để giám sát việc thực thi quyền được giáo dục tại các quốc gia.

#### 3.1 Cơ chế liên khu vực nhằm giám sát và giải trình về quyền được giáo dục

Trước hết, việc giám sát và giải trình được thực hiện thông qua báo cáo định kỳ của các quốc gia về các biện pháp mà quốc gia đã tiến hành để thực hiện điều ước, bao gồm các bước được tiến hành để chuyển hóa các quy định vào trong pháp luật quốc gia, bảo đảm chúng có tính bắt buộc về pháp lý và chủ thể quyền được bồi thường khi quyền đó bị vi phạm<sup>22</sup>. Sau đó, cơ quan điều ước xem xét các báo cáo, tiến hành đối thoại có tính xây dựng với các quốc gia và các bên thứ ba quan tâm, công bố các nhận xét có tính kết luận và đưa ra các khuyến nghị. Ví dụ, Ủy ban về Quyền kinh tế, xã hội và văn hóa giám sát các quốc gia thành viên thực

21 Thông tin thêm, xem: Những nguyên tắc hướng dẫn UN về kinh doanh và quyền con người; Bình luận chung số 24 của Ủy ban CESCR; Bình luận chung số 16 của Ủy ban Công ước về quyền trẻ em (CRC).

22 Ủy ban CESCR, 1998. Bình luận chung số 9: Thực hiện Công ước ở các quốc gia (Doc. E/C.12/1998/24.)

hiện CESC (1966), trong đó có bảo vệ quyền giáo dục. Cứ 5 năm một lần, các quốc gia thành viên của Công ước phải đệ trình tới Ủy ban một báo cáo giải trình sự phát triển mà quốc gia đã đạt được trong việc thực hiện các quy định của Công ước. Sau đó, Ủy ban CESC đưa ra nhận xét kết luận không có tính ràng buộc, đánh giá sự tuân thủ nghĩa vụ của quốc gia theo quy định của CESC (1966).

Bên cạnh đó, cơ chế giám sát và giải trình việc thực hiện quyền được giáo dục còn bao gồm những thủ tục khiếu nại của mỗi cơ quan điều ước<sup>23</sup>. Những thủ tục này là thiết yếu đối với các nạn nhân của sự vi phạm - những người không thể tiếp cận công lý ở cấp độ quốc gia, bởi vì chính quốc gia đó đã vi phạm quyền con người. Mặc dù các cơ quan điều ước không thể cưỡng chế thực thi các quyết định của mình nhưng việc các cơ quan này định rõ và xác định một hành vi là vi phạm quyền giáo dục có thể khích lệ các quốc gia có biện pháp khắc phục tình hình.

Theo thủ tục khiếu nại, nếu quốc gia bị khiếu nại là thành viên của điều ước và đã chấp nhận thẩm quyền của cơ quan điều ước (thông qua việc phê chuẩn nghị định thư không bắt buộc hoặc đưa ra tuyên bố thừa nhận thẩm quyền) được xem xét các khiếu nại về quốc gia thì các cơ quan điều ước có thể xem xét các khiếu nại của cá nhân và tập thể, cũng như khởi động các cuộc điều tra bí mật về những vi phạm có tính thô bạo và hệ thống các quyền con người ở quốc gia đó<sup>24</sup>. Bên thứ ba cũng tham gia vào các cơ chế này, qua đó làm nổi bật những vi phạm ở cấp độ quốc gia.

Đến nay, có 10 khiếu nại đã được đệ trình tới các cơ quan điều ước về các khía cạnh khác nhau của quyền được giáo dục<sup>25</sup>. Con số này có thể sẽ tăng lên khi Nghị định thư không bắt buộc của CESC (1966)<sup>26</sup> và Nghị định thư không bắt buộc của CRC (1989) về Quyền trẻ em trong các thủ tục thông tin liên lạc<sup>27</sup> gần đây đã có hiệu lực.

Ví dụ, Nghị định thư không bắt buộc của CESC (1966) quy định một cơ chế khiếu nại riêng nhằm tạo điều kiện cho Ủy ban CESC tiến hành điều tra những vi phạm thô bạo hoặc có hệ thống các quyền con người trong lĩnh vực kinh tế, xã hội và văn hóa. Để sử dụng cơ chế khiếu nại riêng, trước khi đệ trình thông báo tới Ủy ban CESC, nguyên đơn đã phải viện dẫn đến mọi biện pháp theo quy định của pháp luật quốc gia. Khi xem xét các quốc gia đã thực hiện quyền về giáo dục đến mức nào, Ủy ban CESC sẽ đánh giá các thông báo và thông tin được các quốc gia đệ trình. Ủy ban cũng thu thập các thông tin từ các tổ chức quốc tế và các cơ quan nhân quyền khu vực. Ủy ban công bố quan điểm của mình và các kiến nghị đối với các bên. Các quốc gia có 6 tháng để cung cấp cho Ủy ban Bản phúc đáp và chi tiết hóa các biện pháp mà quốc gia đã tiến hành để thực hiện quyền về giáo dục. Ủy ban CESC có thể đưa ra các biện pháp tạm thời để giải quyết vấn đề trước khi đưa ra một phán quyết về vụ việc<sup>28</sup>.

Những ví dụ chi tiết hơn về các cơ chế giám sát và khiếu nại có thể được tìm thấy ở cấp độ quốc tế:

- Hội đồng Nhân quyền LHQ (HRC)

23 Thông tin thêm về các thủ tục khiếu nại lên cơ quan điều ước, xem trang web của Văn phòng Cao ủy Nhân quyền LHQ (OHCHR) về Các thủ tục khiếu nại lên cơ quan điều ước nhân quyền [www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBPetitions/Pages/HRTBPetitions.aspx](http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBPetitions/Pages/HRTBPetitions.aspx).

24 Về thủ tục khiếu nại của cá nhân, xem trang web của OHCHR về thủ tục khiếu nại của cá nhân lên cơ quan điều ước nhân quyền, [www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBPetitions/Pages/HRTBPetitions.aspx#individualcomm](http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBPetitions/Pages/HRTBPetitions.aspx#individualcomm).

25 CERD/C/71/D/40/2007 violation of Article 5(e)(v); CCPR/C/82/D/1155/2003 violation of Article 18(4); CEDAW/C/36/D/4/2004 violation of Article 10(h).

26 Nghị định thư không bắt buộc của Công ước về quyền kinh tế, xã hội và văn hóa (thông qua ngày 10/12/2008, có hiệu lực ngày 5/5/2013) (Doc. A/63/435) (OP-ICESCR).

27 Nghị định thư không bắt buộc của Công ước về quyền của trẻ em trong các thủ tục thông tin liên lạc (thông qua ngày 14/7/2011, có hiệu lực ngày 14/4/2014) (Doc. A/HRC/RES/17/18) (OP3-CRC).

28 Nghị định thư không bắt buộc của Công ước về Quyền kinh tế xã hội và văn hóa (CESC, 1966).



là một cơ quan liên chính phủ giám sát tình hình thực hiện quyền con người của tất cả các quốc gia thành viên. HRC có một loạt các thủ tục giám sát, bao gồm: (i) Thủ tục khiếu nại<sup>29</sup>; (ii) các Thủ tục đặc biệt theo yêu cầu của một quốc gia cụ thể hoặc theo các chủ đề được yêu cầu, trong đó có quyền về giáo dục<sup>30</sup>, nghèo đói cùng cực và nhân quyền<sup>31</sup>. Đó là các cơ quan mà có thể nhận và điều tra các khiếu nại; (iii) Báo cáo kiểm điểm phổ quát định kỳ (UPR) - một cơ chế bình phẩm ngang hàng mà nhờ đó các quốc gia giám sát các thành tích về nhân quyền của quốc gia khác.

HRC tiến hành các thủ tục giám sát đặc biệt, thông qua việc các chuyên gia độc lập báo cáo hàng năm tới LHQ về những gì họ nắm bắt được và đóng góp ý kiến về các vấn đề nhân quyền, trong đó có vấn đề liên quan đến quyền về giáo dục. Để thực hiện một thủ tục đặc biệt như vậy, Báo cáo viên đặc biệt về quyền giáo dục có trách nhiệm thu thập thông tin về tình hình thực hiện quyền được giáo dục trên toàn thế giới, bao gồm cả việc thực hiện các chuyến thăm tới quốc gia và nhận các khiếu nại của cá nhân; tham gia vào đối thoại có tính xây dựng với các chính phủ và các chủ thể khác liên quan đến việc thực hiện quyền được giáo dục; tìm ra các biện pháp để thúc đẩy việc thực thi quyền được giáo dục; đưa ra những kiến nghị nhằm thực hiện các cam kết về những mục tiêu phát triển thiên niên kỷ (MDGs) và giáo dục miễn phí với tất cả mọi người (EFA); đồng thời, xem xét sự phụ thuộc và mối quan hệ qua lại giữa quyền được giáo dục với các quyền khác<sup>32</sup>.

Với tư cách có thể nhận các khiếu nại cá nhân, Báo cáo viên đặc biệt có thể nhận các đơn chống án khẩn cấp và các thư dẫn chứng, viện lý. Các thủ tục chống án khẩn cấp được sử dụng khi sự chú ý ngay lập tức là cần thiết để hạn chế phạm vi của một vi phạm mà bị cho là đã diễn ra hoặc sẽ xảy ra. Các thư dẫn chứng, viện lý thường báo cáo về các vi phạm mà không đòi hỏi hành động khẩn cấp. Dựa trên việc nhận được khiếu nại, Báo cáo viên đặc biệt có thể liên lạc hoặc kết nối với chính phủ của quốc gia để yêu cầu thông tin thêm hoặc kiến nghị về các bước được tiến hành để giải quyết tình hình<sup>33</sup>.

Một cơ chế khác được HRC sử dụng là: Báo cáo kiểm điểm phổ quát định kỳ (UPR), theo đó, mỗi quốc gia được yêu cầu sẽ đệ trình một báo cáo chi tiết về việc thực hiện các nghĩa vụ của quốc gia về quyền con người. Xã hội dân sự và các chủ thể khác cũng có thể đệ trình các báo cáo về việc thực thi quyền con người của quốc gia. Cuối cùng, HRC công bố kiến nghị đối với mỗi quốc gia; các quốc gia có trách nhiệm thực hiện các kiến nghị đó và báo cáo về các nỗ lực của mình tới HRC.

- UNESCO cũng có một thủ tục khiếu nại kín, cho phép các cá nhân, nhóm cá nhân và các tổ chức phi chính phủ đệ trình khiếu nại về việc quốc gia thành viên của UNESCO đã vi phạm các quyền về giáo dục<sup>34</sup>. Thủ tục này được xây dựng nhằm tạo điều kiện cho những cuộc đối thoại có tính xây dựng giữa nạn nhân đã cáo buộc và quốc gia bị cáo buộc để họ có thể cùng nhau hướng tới một giải pháp<sup>35</sup>.

29 Tìm hiểu về Thủ tục khiếu nại tới các cơ quan nhân quyền UN tại [www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/ComplaintProcedure/Pages/HRCComplaintProcedureIndex.aspx](http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/ComplaintProcedure/Pages/HRCComplaintProcedureIndex.aspx).

30 Thông tin thêm về đệ trình thông tin hoặc khiếu nại cá nhân tới các Báo cáo viên đặc biệt của UN về giáo dục, xem tại: [www.ohchr.org/EN/Issues/Education/SREducation/Pages/IndividualComplaints.aspx](http://www.ohchr.org/EN/Issues/Education/SREducation/Pages/IndividualComplaints.aspx).

31 Thông tin thêm về các báo cáo đặc biệt của UN về nghèo đói cùng cực và quyền con người, xem tại [www.ohchr.org/EN/Issues/Poverty/Pages/SRExtremePovertyIndex.aspx](http://www.ohchr.org/EN/Issues/Poverty/Pages/SRExtremePovertyIndex.aspx).

32 UN Comm'n on Human Rights, Human Rights Resolution 1998/33, UN Doc. E/CN.4/RES/1998/33, 17 April 1998.

33 OHCHR, Submission of Information and Individual Complaints.

34 Thông tin thêm về thủ tục khiếu nại lên UNESCO trong trường hợp vi phạm quyền con người có liên quan đến yêu cầu của UNESCO, xem tại [www.claiminghumanrights.org/unesco\\_procedure.html](http://www.claiminghumanrights.org/unesco_procedure.html)

35 UNESCO, Individual Complaint Procedure, 104 EX/Decision 3.3, 12 July 1978; UNESCO, 2nd Aspect of the Terms of Reference of CR.

Quốc gia được kỳ vọng là sẽ tập trung vào các vấn đề được đặt ra trong các nhận xét kết luận và thực thi các khuyến nghị của cơ quan điều ước về quyền con người. Quá trình này cho phép sự tham dự của xã hội dân sự - những chủ thể được đệ trình các báo cáo song hành được xây dựng dựa trên bằng chứng mà họ đã thu thập được. Các đệ trình của bên thứ ba có thể được sử dụng để bổ sung, minh chứng cho các nỗ lực có tính tích cực ở cấp độ quốc gia và nâng cao nhận thức về các vấn đề nhân quyền cũng như thu hút sự chú ý truyền thông - những phương thức gián tiếp dẫn đến trách nhiệm giải trình.

Các cơ quan điều ước không có thẩm quyền pháp lý để cưỡng chế thực thi các nhận xét kết luận và các khuyến nghị của họ hoặc các quyết định theo các thủ tục khiếu nại. Việc thiếu sự cưỡng chế thực thi như vậy là điểm hạn chế cơ bản của luật quốc tế về quyền con người và là một rào cản chủ yếu đối với trách nhiệm giải trình ở cấp độ quốc tế. Việc tuân thủ và thực hiện một cách hiệu quả các điều ước quốc tế về quyền con người vẫn là trách nhiệm của quốc gia.

Tuy nhiên, điều đó không có nghĩa là các cơ quan điều ước không thể tác động một cách gián tiếp tới việc thực hiện quyền được giáo dục tại các quốc gia. Các cơ quan điều ước đưa ra các bình luận và các khuyến nghị chung, qua đó góp phần giải thích về nội dung quy phạm và các nghĩa vụ liên quan đến các chuẩn mực về quyền con người. Các bình luận chung bảo đảm rằng, các chuẩn mực quyền con người được áp dụng đối với các bối cảnh đang thay đổi, những vấn đề và

thực tiễn đang nổi lên. Ví dụ, Ủy ban CESCRC đã từng bước phát triển quan điểm của mình về việc áp dụng các nghĩa vụ nhân quyền ở lãnh thổ đặc biệt<sup>36</sup> và khả năng áp dụng pháp luật về quyền con người với các thực thể phi nhà nước<sup>37</sup>. HRC<sup>38</sup> đã nhấn mạnh rằng, việc thiếu các chế tài bồi thường hiệu quả ở cấp độ quốc gia chính là một biểu hiện vi phạm các nghĩa vụ của các quốc gia. Các giải thích này (được coi như là luật mềm) là sự đóng góp của các cơ quan nói trên đối với nhận thức quốc tế về các chuẩn mực quyền con người và các giải thích đó cũng có thể được viện dẫn tại các tòa án quốc gia và tòa án khu vực. Sự “bổ sung lẫn nhau” này cũng chính là một cách tiếp cận để đảm bảo rằng, các quyền về giáo dục được thực thi tại quốc gia sẽ phù hợp với các chuẩn mực quốc tế về quyền con người.

### **3.2 Cơ chế khu vực nhằm giám sát và giải trình về quyền được giáo dục**

Các cơ quan nhân quyền khu vực, bao gồm Ủy ban quyền con người và quyền của các dân tộc Châu Phi, Ủy ban Châu Âu về quyền xã hội và Ủy ban liên Châu Mỹ về quyền con người... giám sát các quốc gia thành viên thực hiện các điều ước nhân quyền khu vực, trong đó có bảo vệ quyền được giáo dục. Cùng với Tòa án Châu Phi về quyền con người và quyền của các dân tộc Châu Phi, Tòa án nhân quyền Châu Âu và Tòa án liên Châu Mỹ về quyền con người cũng nhận các khiếu nại cá nhân liên quan đến các vi phạm quyền con người.

Các cơ quan nhân quyền khu vực cũng có các cơ chế đặc biệt để giải quyết các

36 Coomans, F. The Extraterritorial Scope of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Work of the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *Human Rights Law Review*, (2011) Vol. 11, No. 1, pp. 1-35.

37 Ủy ban Công ước CESCRC. 2017, Bình luận chung số 24 về các nghĩa vụ của quốc gia theo Công ước về quyền kinh tế, xã hội và văn hóa trong các hoạt động kinh doanh. (Doc. E/C.12/GC/24.).

38 Ủy ban nhân quyền (CCPR). 2004. Bình luận chung số 31 [80]: Bản chất của các nghĩa vụ pháp lý chung ấn định với các quốc gia thành viên của Công ước. (Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13.)

vấn đề liên quan đến quyền về giáo dục. Ví dụ, Ủy ban liên Châu Mỹ đã thiết lập một Bộ phận về quyền kinh tế, xã hội và văn hóa, bên cạnh các Bộ phận báo cáo về quyền phụ nữ và quyền trẻ em và các Bộ phận khác. Ủy ban Châu Phi đã xây dựng một Nhóm công tác về quyền kinh tế, xã hội và văn hóa và Các báo cáo viên đặc biệt về quyền phụ nữ. Bên cạnh đó, Ủy ban Châu Phi bao gồm các chuyên gia về quyền và phúc lợi trẻ em còn nhận và đánh giá các báo cáo quốc gia

về việc thực hiện Hiến chương Châu Phi về quyền và phúc lợi của trẻ em.

Các khung khổ pháp lý khu vực có thể trao cho chủ thể quyền (các cá nhân và nhóm người) khả năng đưa vụ việc tới một cơ chế khu vực, với điều kiện quốc gia là thành viên của điều ước khu vực và tất cả các biện pháp khắc phục đã được thực hiện hoặc bị xem như là không đủ hiệu quả. Có thể tổng hợp về các cơ chế nhân quyền khu vực như sau:

<b>Các cơ chế nhân quyền khu vực</b>			
<b>Khu vực</b>	<b>Diễn đàn</b>	<b>Khiếu nại</b>	<b>Giám sát</b>
Châu Phi	Tòa án Châu Phi về quyền con người	Có. Đưa ra các quyết định ràng buộc và các ý kiến tư vấn.	Không
	Tòa án công lý ECOWAS	Có. Đưa ra các phán quyết	Không
	Ủy ban Châu Phi về nhân quyền	Có - không có tính ràng buộc.	Có
	Ủy ban Châu Phi bao gồm các chuyên gia về quyền và phúc lợi xã hội cho trẻ em	Có. Không có tính ràng buộc.	Có
Arab	Ủy ban nhân quyền Arab	Không	Có
Châu Á	Ủy ban liên chính phủ ASEAN về quyền con người	Không	Không
Châu Âu	Tòa án nhân quyền Châu Âu	Có - đưa ra các phán quyết có giá trị ràng buộc.	Không
	Ủy ban Châu Âu về quyền xã hội	Có - có quyền nhận các khiếu kiện tập thể và đưa ra các quyết định có tính quyền bố.	Có
Liên Châu Mỹ	Ủy ban Liên Châu Mỹ về quyền con người	Có - Nếu các quốc gia không tuân thủ các khuyến nghị của Ủy ban thì Ủy ban có thể đưa vấn đề đó ra trước Tòa án liên Châu Mỹ về quyền con người.	Có
	Tòa án liên Châu Mỹ về quyền con người	Có - đưa ra các quyết định có tính ràng buộc và các ý kiến tư vấn.	Có

### 4. Thực hiện luật quốc tế về quyền được giáo dục tại các quốc gia

Quyền giáo dục được thúc đẩy, bảo vệ, bảo đảm và thực thi tốt nhất ở cấp độ quốc gia. Theo pháp luật quốc tế, các quốc gia có quyền quyết định cách thức thực hiện các điều ước về quyền con người trong phạm vi lãnh thổ của quốc gia. Điều này cho phép sự đa dạng về phương pháp và cách thức thực thi đầy đủ quyền được giáo dục, phù hợp nhất với điều kiện và hoàn cảnh thực tế ở quốc gia. Mặc dù vậy, các điều ước quốc tế về quyền con người cũng yêu cầu các quốc gia thành viên phải thực hiện điều ước bằng “tất cả các biện pháp thích hợp”. Việc sửa đổi các luật không phù hợp với quy định của điều ước quốc tế là nghĩa vụ tối thiểu mà một quốc gia có thể làm để đảm bảo tôn trọng quyền được giáo dục. Để bảo vệ tối đa và thực thi đầy đủ quyền được giáo dục, các quốc gia trước hết phải ghi nhận quyền được giáo dục một cách hợp lý trong hệ thống pháp luật quốc gia<sup>39</sup>.

Sự bảo vệ pháp lý cao nhất mà một quốc gia có thể tạo ra cho quyền được giáo dục là ghi nhận quyền này trong Hiến pháp. Hiện nay, 82% quốc gia quy định quyền được giáo dục trong Hiến pháp, mặc dù có sự khác nhau về phạm vi và sự cưỡng chế thực thi<sup>40</sup>. Việc bảo đảm quyền được giáo dục trên cơ sở Hiến pháp là quan trọng bởi vì nó tạo ra khả năng cho tòa án quốc gia xét xử, tuyên án quyền pháp lý về giáo dục, và như vậy bảo đảm tính bắt buộc thi hành quyền về phương diện pháp lý. Hiến pháp là đạo luật cơ bản, nghĩa là, tất cả các luật khác, các chính sách và các hoạt động của nhà nước phải phù hợp với Hiến pháp. Các luật

và các chính sách mà trái với Hiến pháp (phi hiến) có thể bị tòa án tuyên bố bãi bỏ. Hơn nữa, với tính chất là một quyền hiến định, quyền được giáo dục cũng sẽ được đảm bảo trước các thay đổi bất thường về chính trị.

Sự bảo vệ của quốc gia đối với quyền được giáo dục còn thông qua việc ban hành luật, ví dụ, Luật Giáo dục hoặc Luật Trẻ em. Tầm quan trọng của luật là nó thực hiện các quy định của Hiến pháp, hoặc trong trường hợp Hiến pháp không quy định về quyền được giáo dục thì luật là công cụ pháp lý cao nhất mà nhờ đó, các quyền được ghi nhận và có giá trị bắt buộc thi hành về pháp lý.

Các quốc gia cũng có thể thực hiện quyền được giáo dục thông qua các chính sách và kế hoạch, chương trình hành động. Các chính sách đặt ra các mục tiêu chủ yếu của một Chính phủ, xác định những ưu tiên của Chính phủ và các chiến lược để đạt được các mục tiêu. Chính sách không có tính bắt buộc phải thi hành tại các Tòa án và không phải là một công cụ thích hợp để tạo hiệu lực pháp lý đối với quyền được giáo dục nhưng nếu chính sách không phù hợp với Hiến pháp hoặc luật của quốc gia, chính sách có thể là đối tượng bị suy xét lại bởi Tòa án.

Cùng với Hiến pháp, luật và khung khổ chính sách nêu trên, cách thức hữu hiệu nhất để thực hiện quyền được giáo dục ở các quốc gia là sự kết hợp của tất cả các công cụ này, trong đó, Hiến pháp quy định về quyền được giáo dục có tính bắt buộc phải thi hành về pháp lý, các luật thực hiện quyền được giáo dục (ví dụ, các luật bảo đảm giáo dục miễn phí) và các chính sách sẽ bổ sung cho các luật này■

39 Ủy ban CESCR, Bình luận chung số 9, đoạn. 2

40 UNESCO, Accountability from a human rights perspective: The incorporation and enforcement of the right to education in the domestic legal order, Background paper prepared for the 2017/8 Global Education Monitoring Report/Accountability in education: Meeting our commitments, (2017) p.28 (ED/GEMR/MRT/2017/P1/2).

# MỘT SỐ Ý KIẾN VỀ TỔ CHỨC CHÍNH QUYỀN VÀ PHÁP LUẬT ÁP DỤNG

## TẠI ĐƠN VỊ HÀNH CHÍNH - KINH TẾ ĐẶC BIỆT

**Nguyễn Ngọc Điện\***

\* PGS. TS. Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh, Viện sĩ Viện Hàn lâm khoa học hải ngoại (Pháp).

### Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* đặc khu hành chính - kinh tế, chính quyền tự quản, chính quyền uỷ nhiệm, luật đặc biệt

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 10/01/2018

Biên tập: 18/01/2018

Duyệt bài: 26/01/2018

### Article Infomation:

*Keywords:* Special administrative-economic zone, self-government, delegate government, special regulations.

*Article History:*

Received: 10 Jan. 2018

Edited: 18 Jan. 2018

Approved: 26 Jan. 2018

### Tóm tắt:

Đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt (đặc khu hành chính - kinh tế) dự kiến được triển khai ở Việt Nam nhằm thu hút đầu tư theo một quy chế đặc biệt mang tính ưu đãi đối với doanh nghiệp. Đây được xem là giải pháp tốt cho bài toán phát triển ở những vùng đất đặc thù. Nhưng nhiều vấn đề sẽ được đặt ra trong khuôn khổ xây dựng khung pháp lý cho một không gian như thế. Hai vấn đề nổi cộm trong số đó, đồng thời cũng là các vấn đề thu hút sự quan tâm đặc biệt của các đại biểu Quốc hội trong quá trình thảo luận tại kỳ họp vừa qua, là: tổ chức chính quyền của đặc khu hành chính - kinh tế được xây dựng như thế nào? Việc xây dựng và áp dụng pháp luật trên phạm vi đặc khu được thực hiện ra sao?

### Abstract:

Special administrative-economic zone is expected to be developed in Vietnam for the purpose of attracting investment according to a special regulation considered advantageous to businesses. That is regarded as good solution of the problem of development of particular areas and by the way helpful for the reduction of socio-development gap between different corners of the country. Many issues must be resolved for the building of legal framework of such special zones. Two of these issues, which are also those interesting to the National Assembly's deputies the most in the course of debates during the recent session, are as follows: how to set up the government of the special administrative-economic zone? How to set up regulation to be applied in this zone?

### 1. Tổ chức chính quyền đặc khu hành chính - kinh tế

#### 1.1 Các mô hình

Việc thành lập đặc khu hành chính - kinh tế (HC-KT) đặc biệt, nhằm đến mục tiêu chủ yếu trước mắt là thu hút nhà đầu tư nhằm xây dựng một không gian kinh tế năng động. Trong trường hợp đất nước đang phát triển, thì nhà đầu tư được trông đợi chủ yếu đến từ nước ngoài. Về phần mình, nhà đầu tư, dù trong nước hay nước ngoài, mong muốn nơi mình đến đầu tư là một môi trường thông thoáng và an toàn: thủ tục đầu tư đơn giản và nhanh; quản lý đầu tư gọn, nhẹ; chính sách thuế ưu đãi; cơ chế giải quyết tranh chấp minh bạch, công bằng và có hiệu quả.

Trong dài hạn, đặc khu HC-KT được sử dụng như tác nhân đổi mới, thông qua sự lan toả hiệu ứng của các thành tựu HC-KT từ đó ra đến cả quốc gia. Để sự lan toả diễn ra một cách hợp lý và đem lại hiệu quả tốt nhất, cần có sự kết nối giữa chính quyền của đặc khu với toàn bộ hệ thống chính quyền của quốc gia với tư cách là người quản trị, điều hoà, phối hợp các hoạt động kinh tế ở tầm vĩ mô.

Về mặt tổ chức bộ máy chính quyền, có hai cách để đạt được mục tiêu đó: hoặc xây dựng một *chính quyền tự quản* theo mô hình thực thể pháp lý công pháp độc lập, hoặc xây dựng một *chính quyền uỷ nhiệm* với những quyền hạn đặc biệt cho phép giải quyết nhanh gọn các vấn đề đặt ra trong quản lý.

*Chính quyền tự quản.* Chính quyền tự quản được hiểu là chính quyền được trao quyền tự trị cao theo kiểu một nhà nước thu nhỏ. Toàn bộ chính quyền là một thực thể

chính trị được tổ chức theo nguyên tắc phân quyền với đầy đủ ba thiết chế - lập pháp, hành pháp và tư pháp.

Điểm khác biệt cơ bản giữa nhà nước đích thực theo nghĩa đầy đủ và chính quyền tự trị đặc khu là chính quyền tự trị không có quân đội riêng và không có quyền riêng về ngoại giao. Điều này hợp lý, bởi sự tự trị của đặc khu HC-KT được xây dựng chỉ nhằm mục đích tạo không gian thông thoáng để thu hút đầu tư. Nói cách khác, tính tự trị của đặc khu được thiết lập và hoàn thiện để phục vụ chủ yếu cho sự hình thành và phát triển một “quốc gia kinh tế” (economic nation) mạnh và thịnh vượng. Quốc gia kinh tế là một thực thể độc lập về mặt kinh tế, có khung pháp lý đặc thù chi phối đời sống kinh tế; nhưng quốc gia kinh tế không có chủ quyền riêng mà vẫn là một phần không tách rời của quốc gia mẹ được chính quyền trung ương điều hành.

Chính quyền tự quản được thiết lập ở nhiều đặc khu nổi tiếng như Hong Kong và Macau của Trung Quốc, quần đảo Cayman và British Virgin Island của Anh, Khu tự do JAFZA của các Tiểu Vương quốc Ả rập Thống nhất (UAE), tỉnh tự trị Jeju của Hàn Quốc,... Đặc điểm chung của các vùng đất này là sự đồng đều về nhận thức chính trị ở một trình độ nhất định của cư dân địa phương<sup>1</sup>. Điều này cho phép cư dân địa phương tham gia vào đời sống chính trị của đặc khu với đầy đủ ý thức trách nhiệm công dân, đặc biệt là trách nhiệm góp phần thực hiện mục tiêu phát triển của đặc khu. Sự chín chắn của đại đa số cư dân về phương diện nhận thức chính trị là điều kiện tối cần thiết để xây dựng các thiết chế quyền lực mạnh thông qua việc lựa chọn các ứng viên bằng lá phiếu bầu cử.

1 Trong trường hợp đặc khu được thành lập ở một vùng đất mới, nghĩa là gần như chưa có người ở, thì cư dân đến đây thường được chọn lọc theo một cơ chế chặt chẽ, cho phép xây dựng ngay từ đầu một cộng đồng dân cư địa phương chất lượng cao. Kinh nghiệm của quần đảo Cayman thuộc Anh là một ví dụ: hạt nhân của đặc khu là các doanh nghiệp; người muốn di dân đến đây phải được đề nghị việc làm bởi một doanh nghiệp toạ lạc trên đặc khu: [https://en.wikipedia.org/wiki/Demographics\\_of\\_the\\_Cayman\\_Islands](https://en.wikipedia.org/wiki/Demographics_of_the_Cayman_Islands) (truy cập ngày 07/01/2015).

*Chính quyền uỷ nhiệm.* Chính quyền uỷ nhiệm tại đặc khu được xem là tai mắt, đúng hơn là hoá thân của chính quyền cấp trên tại địa bàn, là người thực hiện chức năng quản lý của chính quyền cấp trên tại địa bàn nhằm thực hiện mục tiêu phát triển đặc thù được xác định<sup>2</sup>. Mô hình này phù hợp đối với những vùng đất có vị trí địa lý thuận lợi cho việc thu hút đầu tư nhưng còn kém phát triển về mặt xã hội, đặc biệt là mặt bằng dân trí chưa cao<sup>3</sup>. Do đặc điểm về trình độ phát triển xã hội, việc trao cho cư dân địa phương các quyền tham gia thiết lập chính quyền tự quản thông qua lá phiếu bầu cử có thể dẫn đến rủi ro<sup>4</sup>. Bởi vậy, việc thiết lập chính quyền ở những vùng đất này nên do chính quyền cấp trên đảm nhận.

Vì không do cư dân địa phương tạo ra bằng lá phiếu bầu, chính quyền uỷ nhiệm không có thiết chế quyết nghị giống như cơ quan lập pháp, mà chỉ có hệ thống hành chính quản lý và hệ thống toà án. Hệ thống hành chính quản lý chủ yếu bao gồm các cơ quan cung ứng dịch vụ công cho doanh nghiệp, quản lý dịch vụ hạ tầng phục vụ sản xuất - kinh doanh và thuế quan.

Chính quyền địa phương uỷ nhiệm được trao các quyền rộng rãi trong khi cư dân địa phương không có công cụ chính trị cho phép giám sát trực tiếp công việc của họ. Một cách hợp lý, phải đặt một cơ chế giám sát chặt chẽ của chính quyền cấp trên đối với chính quyền uỷ nhiệm ở các đặc khu. Chính quyền uỷ nhiệm phải giải trình trước chính quyền cấp trên về các công việc của mình. Các vị trí trong chính quyền uỷ nhiệm có

thể bị xử lý kỷ luật trong trường hợp không thực hiện tốt nhiệm vụ của mình, đặc biệt là không làm tròn nhiệm vụ xây dựng, duy trì không gian cởi mở, thông thoáng, thuận lợi, an toàn cho hoạt động đầu tư.

## 1.2 Sự lựa chọn của Việt Nam

*Đề xuất mô hình chính quyền uỷ nhiệm.* Dự kiến sẽ có 3 đặc khu HC-KT được thành lập ở Việt Nam, là Vân Đồn (Quảng Ninh), Bắc Vân Phong (Khánh Hoà) và Phú Quốc (Kiên Giang). Cả ba đều là những đơn vị hành chính đang vận hành với các thiết chế chính quyền phù hợp với các quy định của Luật Tổ chức chính quyền địa phương, nghĩa là có Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân. Về mặt lý thuyết, có thể “nâng cấp” các thiết chế này để trở thành các yếu tố cấu thành tổ chức chính quyền đặc khu HC-KT theo mô hình chính quyền tự quản.

Tuy nhiên, như đã đề cập ở trên, kinh nghiệm các nước cho thấy, mô hình chính quyền tự quản chỉ tỏ ra hiệu quả trong không gian xã hội thích ứng. Một trong những yếu tố đặc trưng của không gian xã hội này là sự đồng đều về nhận thức chính trị của cư dân địa phương ở một trình độ nhất định. Điều đó cho phép người dân tham gia tích cực và có trách nhiệm vào việc kiến tạo hệ thống chính trị của đặc khu cũng như cho phép triển khai có hiệu quả sự giám sát của người dân đối với hoạt động của chính quyền nhằm ngăn chặn, xử lý sự lạm quyền.

Ở nước ta, các nơi dự kiến xây dựng đặc khu HC-KT, mặt bằng dân trí không nổi trội so với các nơi khác trong nước. Tất nhiên, các cư dân đặc khu mang quốc tịch

2 Các đặc khu kinh tế được thành lập ở Trung Quốc như Thẩm Quyển, Sán Đầu ở Trung Quốc là ví dụ điển hình.

3 Sự tồn tại của các vùng đất kém phát triển được cho là điều tất nhiên theo một lý thuyết, gọi là thuyết tăng trưởng theo cực (growth poles) được François Perroux, một nhà kinh tế học người Pháp, đưa ra vào những năm 1950 (xem: Perroux, François (1955): Note sur la notion de poles croissance. *Économie Appliquée*, 1 & 2:307- 320 (bản dịch tiếng Anh của Mette Monsted (1974). Tư tưởng chủ đạo là trên lãnh thổ quốc gia có những vùng, miền mà do đặc điểm riêng về địa lý tự nhiên, nhân văn, xã hội,... có trình độ phát triển không giống nhau, trong đó, vùng, miền có điều kiện phát triển tốt nhất được xác định là các cực tăng trưởng. Đối với quốc gia, cực tăng trưởng đóng vai trò chất kích thích, động lực thúc đẩy sự phát triển chung.

4 Rủi ro lớn nhất là sự lựa chọn sai lầm các ứng viên cho các vị trí nắm giữ quyền lực dẫn đến sự ra đời của một chính quyền kém năng lực và tham nhũng.

Việt Nam sống trên đặc khu vẫn được hưởng đầy đủ các quyền chính trị được thừa nhận cho công dân Việt Nam. Nhưng, trong điều kiện phải bảo đảm việc thực thi quyền chính trị trên địa phận đặc khu không gây phương hại đến an ninh quốc gia, thì không thể trao cho cư dân đặc khu những quyền và nghĩa vụ mà bản thân chủ thể chưa thực sự có sự chuẩn bị tốt để tiếp nhận và sử dụng. Nói cách khác, trong hoàn cảnh, điều kiện hiện tại của đất nước, không thể xây dựng khái niệm cư dân đặc khu HC-KT với những quyền và nghĩa vụ chính trị đặc thù mà cư dân trên phân còn lại của lãnh thổ quốc gia không có.

Nói tóm lại, mô hình chính quyền tốt nhất cho đặc khu HC-KT ở Việt Nam chỉ có thể là mô hình chính quyền uỷ nhiệm.

*Đề xuất cấp chính quyền đặc khu: chính quyền trực thuộc trung ương.* Vấn đề cấp chính quyền đặc khu phải được đặt và giải quyết trong khuôn khổ hệ thống luật đang vận hành. Tư tưởng chủ đạo là bảo đảm việc trao cho chính quyền đặc khu các quyền hạn cần thiết để thực hiện các mục tiêu được xác định, nhưng không làm xáo trộn nề nếp vận hành của hệ thống chính trị, pháp lý chung. Với tư tưởng đó, một khi xác định rằng chính quyền đặc khu cần có những quyền hạn rộng rãi để thực hiện nhiệm vụ của mình, cấp chính quyền trao uỷ nhiệm tất nhiên cũng phải là cấp có thẩm quyền rộng rãi.

Trong khuôn khổ luật thực định, chính quyền uỷ nhiệm đặc khu nên được đặt dưới thẩm quyền giám sát của chính quyền trung ương. Lý do là, chính quyền cấp tỉnh nơi dự kiến có đặc khu chỉ được trao thẩm quyền hạn chế trong một số lĩnh vực quan trọng, trong khi chính quyền đặc khu cần có thẩm quyền cao hơn để thực hiện các mục tiêu của đặc khu.

Nói rõ hơn, các đặc khu HC-KT nên được xác định là các đơn vị hành chính lãnh thổ ngang với cấp tỉnh.

## 2. Xây dựng và áp dụng pháp luật

**Luật quốc gia và luật đặc biệt.** Là một phần của lãnh thổ quốc gia, đặc khu HC-KT, trên nguyên tắc, cũng chịu sự chi phối của luật áp dụng chung trên phạm vi lãnh thổ. Có những quy định của luật có thể được áp dụng cho đặc khu cũng như cho các phần còn lại của lãnh thổ quốc gia mà không gây khó khăn, bởi vậy, không cần phải ra quy định riêng cho đặc khu. Ví dụ điển hình là các quy định về hộ tịch, về nghĩa vụ và hợp đồng, về trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng,....

Trái lại, đối với những vấn đề liên quan đến mục đích tồn tại của đặc khu, thì các giải pháp phải được xây dựng trên cơ sở pháp lý đặc thù.

Một trong những điều bận tâm hàng đầu của nhà đầu tư là sự minh bạch của môi trường pháp lý nơi hoạt động đầu tư được thực hiện. Bỏ một số tiền lớn vào hoạt động sản xuất kinh doanh, nhà đầu tư mong muốn có sự bảo đảm pháp lý về quyền sở hữu đối với các tài sản được tạo lập trong khuôn khổ các hoạt động ấy, bao gồm quyền sở hữu đối với lợi tức thu được một cách hợp pháp.

Quyền sở hữu tư nhân đã được hiến định như là một phần của quyền con người và được pháp luật bảo hộ (Điều 32 Hiến pháp). Cũng theo Hiến pháp, tài sản hợp pháp của tổ chức, cá nhân đầu tư vào sản xuất, kinh doanh được pháp luật bảo hộ và không bị quốc hữu hoá (Điều 51 khoản 3). Hiến pháp cũng quy định trong trường hợp thật cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh hoặc vì lợi ích quốc gia, tình trạng khẩn cấp, phòng chống thiên tai, Nhà nước trưng mua hoặc trưng dụng có bồi thường tài sản của tổ chức, cá nhân theo giá thị trường (Điều 32 khoản 3). Cần có những quy định cụ thể hoá việc áp dụng các quy định trên của Hiến pháp trong phạm vi đặc khu để tạo sự yên tâm cho nhà đầu tư và đặc biệt là để loại trừ nguy cơ lạm dụng quyền của nhà chức trách trong việc trưng dụng, trưng mua tài sản. Những quy định như thế nên được xây dựng như một phần của luật về đặc khu HC-KT.



**Áp dụng chuẩn mực và tập quán quốc tế.** Đặc khu được hiểu là vùng đất tự do giao thương, là nơi cho phép áp dụng trực tiếp các chuẩn mực quốc tế và tập quán quốc tế trong hoạt động sản xuất kinh doanh, trong giao lưu dân sự giữa các chủ thể và cả trong việc giải quyết xung đột, tranh chấp pháp lý giữa các chủ thể.

Vì vậy, cần có quy định thừa nhận quyền của các chủ thể giao dịch trong khuôn khổ hoạt động sản xuất, kinh doanh tại đặc khu được thoả thuận áp dụng các chuẩn mực và tập quán quốc tế thay vì các quy định trong luật áp dụng chung trên phạm vi lãnh thổ quốc gia<sup>5</sup>. Tất nhiên, các chuẩn mực, tập quán được áp dụng phải không được trái với những nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam, cũng không được trái với đạo đức xã hội. Bên cạnh đó, cũng cần có các quy định thừa nhận quyền thoả thuận ấy cùng với những điều kiện chặt chẽ kèm theo.

**Quyền lập quy của chính quyền đặc khu.** Là chính quyền uỷ nhiệm, chính quyền đặc khu, trên nguyên tắc, không thể có nhiều quyền hơn cấp uỷ nhiệm cho mình - là cấp Chính phủ. Trong điều kiện Chính phủ phải tuân thủ luật do Quốc hội ban hành, Chính phủ không thể ra những quy định mang tính ngoại lệ trái với các quy định của luật. Trong khi đó, chính quyền đặc khu cần được trao quyền hạn để ra các quy định mang tính ưu đãi, khuyến khích đối với nhà đầu tư so với các quy định trong luật chung được áp dụng trên phần còn lại của lãnh thổ quốc gia.

Bởi vậy, để quyền lập quy của chính quyền đặc khu cho phép chính quyền ra những quy định vốn thuộc thẩm quyền của cơ quan lập pháp, cần ghi nhận quyền này trong một văn bản lập pháp. Nói cách khác,

Luật Tổ chức đơn vị HC-KT đặc biệt phải có các quy định xác định rõ thẩm quyền của chính quyền đặc khu trong việc ban hành các văn bản lập quy cấp đặc khu có chứa đựng các quy định áp dụng trong phạm vi đặc khu thay thế cho các quy định của luật được áp dụng trên phần còn lại của lãnh thổ quốc gia.

### Một số quy định đặc biệt áp dụng cho đặc khu

*Điều kiện thành lập doanh nghiệp.* Kinh nghiệm của các đặc khu kinh tế thành công của các nước cho thấy, để đặc khu thực sự là môi trường đầu tư hấp dẫn, thì việc thành lập doanh nghiệp phải được thực hiện theo những thủ tục đơn giản nhất và trong khoảng thời gian ngắn nhất. Luật về đặc khu HC-KT có thể không dự kiến được tất cả những vấn đề cần giải quyết liên quan đến việc thành lập các doanh nghiệp trên phạm vi đặc khu, đặc biệt là các vấn đề kỹ thuật liên quan đến ngành nghề đặc thù<sup>6</sup>. Bởi vậy, luật về đặc khu HC-KT chỉ cần ghi nhận một điều khoản cho phép chính quyền đặc khu quy định điều kiện thành lập doanh nghiệp tùy theo đặc điểm của từng đặc khu về khả năng thu hút đầu tư.

*Quy định về sử dụng đất.* Do quyền sở hữu đất được hiến định thuộc sở hữu toàn dân, chủ thể quan hệ pháp luật chỉ có quyền sử dụng đất toạ lạc trên phạm vi đặc khu như các chủ thể sử dụng đất trên các phần còn lại của lãnh thổ quốc gia. Tuy nhiên, việc giao hoặc cho thuê đất có thể được quy định với nội dung thông thoáng. Chẳng hạn, có thể không áp dụng quy định về hạn điền đối với đất nông nghiệp để tạo điều kiện cho việc xây dựng các nông trại tư nhân quy mô lớn. Việc tiếp cận đất đai của người nước ngoài

5 Nên thừa nhận quyền này cho tất cả các chủ thể, không phân biệt quốc tịch, và trong mọi trường hợp giao dịch, chứ không nên chỉ giới hạn việc thừa nhận cho các giao dịch có yếu tố nước ngoài như tại Điều 6, Điều 7 của Dự thảo Luật đơn vị HC-KT đặc biệt (dự thảo Luật). Đã gọi là đặc khu, thì tính đặc biệt của không gian pháp lý phải được nhìn nhận một cách phổ quát trên phạm vi lãnh thổ: mọi chủ thể sống trên đó đều được hưởng quy chế đặc biệt như nhau, không phân biệt quốc tịch, gốc gác xuất xứ.

6 Thời hạn xét duyệt hồ sơ xin đầu tư nên được quy định hợp lý trên cơ sở tham khảo kinh nghiệm các nước. Hầu hết các nước tiên tiến đều quy định thời hạn xét duyệt rất ngắn, có thể trong vòng 24 giờ, như ở Pháp hoặc ở Mỹ. Xem Ph. Merle, Droit commercial - Sociétés commerciales, Dalloz, Paris, 2008, tr. 91.

cũng cần được quy định theo hướng cởi mở nhằm tạo sự an tâm cho nhà đầu tư, đặc biệt là nhà đầu tư nước ngoài. Thời hạn sử dụng đất nên được quy định dài hơn so với thời hạn được ghi nhận trong luật chung.

*Quyền sở hữu nhà ở.* Có thể xây dựng khung pháp lý riêng cho việc xác lập, thực hiện quyền sở hữu nhà áp dụng trên phạm vi đặc khu. Với khung pháp lý này, người nước ngoài có thể tạo lập nhà ở tọa lạc tại đặc khu trong những điều kiện thông thoáng hơn so với các điều kiện được quy định trong luật hiện hành.

*Thuế và ngoại hối.* Điều chắc chắn là chế độ thuế áp dụng tại đặc khu HC-KT phải là một chế độ đặc biệt, vừa mang tính ưu đãi cao đối với nhà đầu tư, vừa góp phần tăng thu cho ngân sách quốc gia của nước sở tại. Chính quyền đặc khu cần được trao quyền hạn rộng rãi trong việc quy định các sắc thuế địa phương, đặc biệt là thuế nhà đất. Bên cạnh đó, có thể cân nhắc đề ra các quy định đặc thù về thuế thu nhập cá nhân áp dụng trong dài hạn cho đặc khu HC-KT<sup>7</sup>. Thuế xuất nhập khẩu nên được miễn hoàn toàn trên phạm vi đặc khu.

Áp dụng chế độ tự do lưu thông ngoại hối trên phạm vi đặc khu. Các ngoại tệ được chấp nhận là phương tiện thanh toán trong giao dịch dân sự và thương mại.

*Cư trú và đi lại.* Cần có quy định trao thẩm quyền cho chính quyền đặc khu xem xét và cấp thị thực lưu trú cho người nước ngoài đến sinh sống và làm việc tại đặc khu. Luật có thể quy định khung pháp lý về điều

kiện xác định quốc gia, vùng lãnh thổ mà công dân của quốc gia hoặc vùng lãnh thổ đó được cấp hoặc miễn thị thực. Dựa vào quy định chung ấy, chính quyền đặc khu ra quy định cụ thể về các quốc gia, vùng lãnh thổ có công dân được hưởng chế độ đặc biệt về cấp hoặc miễn thị thực.

*Chuyển giao công nghệ.* Trong điều kiện đất nước đang phát triển, thì đặc khu HC-KT phải đảm nhận tốt vai trò đầu mối tiếp nhận công nghệ tiên tiến từ nước ngoài để góp phần hiện đại hoá nền sản xuất nội địa. Chính quyền đặc khu cần được trao quyền hạn rộng rãi trong việc quy định tiêu chuẩn kỹ thuật của công nghệ được ưu tiên chuyển giao để tiến hành hoạt động sản xuất, kinh doanh trong đặc khu.

Tuy nhiên, cần xây dựng cơ chế giám sát, kiểm soát để bảo đảm việc chuyển giao công nghệ vào đặc khu đạt được mục tiêu chung về hiện đại hoá nền sản xuất của quốc gia. Một mặt, chính quyền đặc khu được quyền quyết định phê duyệt các dự án đầu tư có tác dụng chuyển giao công nghệ từ nước ngoài vào Việt Nam qua lãnh thổ đặc khu; mặt khác, chính quyền đặc khu chịu sự giám sát của chính quyền cấp trên, thông qua các cơ quan chức năng có thẩm quyền về chất lượng của công nghệ được chuyển giao. Cần có các quy định chế tài thật mạnh và dứt khoát, có tính răn đe cao nhằm ngăn chặn, xử lý việc lạm dụng các quyền rộng rãi được thừa nhận để tiếp nhận công nghệ lạc hậu và ảnh hưởng tiêu cực đến môi trường sống ■

### TÀI LIỆU THAM KHẢO

- [https://en.wikipedia.org/wiki/Demographics\\_of\\_the\\_Cayman\\_Islands](https://en.wikipedia.org/wiki/Demographics_of_the_Cayman_Islands) (truy cập ngày 07/01/2015).
- Dự thảo Luật Đơn vị HC-KT đặc biệt, công bố trên [http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThaoLists/DT\\_DUTHAO\\_LUAT/View\\_Detail.aspx?ItemID=1319&LanID=1426&TabIndex=1](http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThaoLists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=1319&LanID=1426&TabIndex=1) (truy cập ngày 31/12/2017)
- François Perroux: *Note sur la notion de poles croissance*. Économie Appliquée, 1 & 2:307- 320, 1955.
- Jung-Dong Park, *The Special Economic Zones of China and Their Impact on Its Economic Development*, Praeger Publishers, Connecticut, 1997.
- Philippe Merle, *Droit commercial - Sociétés commerciales*, Dalloz, Paris, 2008

7 Không nên giới hạn phạm vi áp dụng chế độ thuế thu nhập ưu đãi trong thời gian đến năm 2030 như trong Dự thảo Luật (Điều 23), bởi điều đó sẽ có tác dụng làm cho đặc khu giảm bớt sức hút theo thời gian, đối với người bên ngoài.

# MỘT SỐ VẤN ĐỀ VỀ CÁC HÀNH VI CẤM TRONG DỰ THẢO LUẬT AN NINH MẠNG

**Nguyễn Mai Bộ\***

\* TS. Ủy ban Quốc phòng và An ninh của Quốc hội

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Dự thảo Luật An ninh mạng, mạng, môi trường mạng, an ninh mạng, các hành vi bị cấm.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 23/12/2017

Biên tập: 16/01/2018

Duyệt bài: 25/01/2018

## Article Infomation:

*Keywords:* draft law on network information security, network, network environment, network security, prohibited practices.

*Article History:*

Received: 23 Dec. 2017

Edited: 16 Jan. 2018

Approved: 25 Jan. 2018

## Tóm tắt:

Dự thảo Luật An ninh mạng đã được kỳ thứ 5 Quốc hội khóa XIV cho ý kiến lần thứ nhất. Để góp phần chỉnh lý, bổ sung hoàn thiện Dự thảo Luật, bài viết phân tích một số bất cập trong Dự thảo Luật về một số thuật ngữ sử dụng cũng như quy định về các hành vi bị cấm.

## Abstract:

The bill on Network Information Security has been commented at the fifth Session of the XIV National Assembly. For further revision and supplements to the bill of law, this article provides analysis of a number of inadequacies in the draft law, particularly on some usage of terminologies as well as the provisions on the prohibited practices.

## 1. Thuật ngữ mạng, môi trường mạng và an ninh mạng

Các thuật ngữ *mạng*, *môi trường mạng* và *an ninh mạng* được đề cập trong Luật Viễn thông, Luật Công nghệ thông tin (CNTT), Luật An toàn thông tin mạng và Dự thảo Luật An ninh mạng.

- Theo quy định tại Luật Viễn thông, *viễn thông* là việc gửi, truyền, nhận và xử lý ký hiệu, tín hiệu, số liệu, chữ viết, hình ảnh, âm thanh hoặc dạng thông tin khác bằng đường cáp, sóng vô tuyến điện,

phương tiện quang học và phương tiện điện từ khác. *Mạng viễn thông* là tập hợp thiết bị viễn thông được liên kết với nhau bằng đường truyền dẫn để cung cấp dịch vụ viễn thông, dịch vụ ứng dụng viễn thông.

- Theo quy định tại Luật CNTT, *CNTT* là tập hợp các phương pháp khoa học, công nghệ và công cụ kỹ thuật hiện đại để sản xuất, truyền đưa, thu thập, xử lý, lưu trữ và trao đổi thông tin số. *Môi trường mạng* là môi trường trong đó thông tin được cung cấp, truyền đưa, thu thập, xử lý, lưu trữ và

trao đổi thông qua cơ sở hạ tầng thông tin.

- Theo quy định tại Luật An toàn thông tin mạng, *an toàn thông tin mạng* là sự bảo vệ thông tin, hệ thống thông tin trên mạng để tránh bị truy nhập, sử dụng, tiết lộ, gián đoạn, sửa đổi hoặc phá hoại trái phép nhằm bảo đảm tính nguyên vẹn, tính bảo mật và tính khả dụng của thông tin. *Mạng* là môi trường trong đó thông tin được cung cấp, truyền đưa, thu thập, xử lý, lưu trữ và trao đổi thông qua mạng viễn thông và mạng máy tính.

Như vậy, theo quy định tại Luật An toàn thông tin mạng và Luật CNTT, "mạng" và "môi trường mạng" là hai khái niệm đồng nhất về nội dung và đều được giải thích là "môi trường trong đó thông tin được cung cấp, truyền đưa, thu thập, xử lý, lưu trữ và trao đổi thông qua cơ sở hạ tầng thông tin (mạng viễn thông và mạng máy tính)". Tuy nhiên, cụm từ "môi trường" không thể hiện được kết cấu vật chất của mạng. Bởi lẽ, theo quy định của Luật Viễn thông, "mạng viễn thông" bao gồm hai bộ phận cấu thành là "tập hợp thiết bị" và "đường truyền dẫn". Việc truyền dẫn tín hiệu trên mạng có thể thực hiện bằng đường "hữu tuyến - dây truyền" hoặc bằng "vô tuyến - sóng điện từ phát trên không gian". Vì vậy, cần định nghĩa "*mạng là tập hợp các thiết bị tạo lập, thu thập, xử lý, lưu trữ thông tin được liên kết với nhau bằng đường truyền để trao đổi, truyền tải hoặc công bố thông tin*" mới phù hợp.

- Theo quy định của khoản 3 Điều 3 Dự thảo Luật An ninh mạng, "An ninh mạng là sự bảo đảm hoạt động sử dụng không gian mạng không gây phương hại đến sự ổn định, phát triển bền vững của chế độ XHCN và Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, độc lập, thống nhất, toàn vẹn lãnh thổ của Tổ quốc, an ninh quốc gia, bí mật nhà nước, trật

tự xã hội, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân". Như vậy, đối tượng của hoạt động bảo vệ an ninh là "mạng" CNTT, viễn thông nhằm bảo đảm cho sự hoạt động bình thường của mạng và không sử dụng mạng để thực hiện hành vi trái pháp luật xâm phạm chế độ XHCN và Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, độc lập, thống nhất, toàn vẹn lãnh thổ của Tổ quốc, an ninh quốc gia, bí mật nhà nước, trật tự xã hội, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân. Do đó, có thể tiếp cận vấn đề bảo vệ an ninh mạng là: 1) Bảo vệ an ninh quốc gia trên mạng CNTT, mạng viễn thông "là phòng ngừa, phát hiện, ngăn chặn, đấu tranh làm thất bại các hoạt động xâm phạm an ninh quốc gia"<sup>1</sup> trên mạng CNTT, mạng viễn thông; 2) Bảo vệ cơ sở hạ tầng CNTT, viễn thông; 3) Bảo vệ hệ thống thông tin với tư cách là "tập hợp phần cứng, phần mềm và cơ sở dữ liệu được thiết lập phục vụ mục đích tạo lập, cung cấp, truyền đưa, thu thập, xử lý, lưu giữ và trao đổi thông tin trên mạng"<sup>2</sup>.

Từ những phân tích trên cho thấy, Dự thảo Luật An ninh mạng sử dụng cụm từ "không gian mạng" trong khái niệm "an ninh mạng" là không chính xác. Mặt khác, khoản 3 Điều 3 Dự thảo Luật An ninh mạng liệt kê một loạt khách thể mà Luật An ninh mạng bảo vệ (là sự ổn định, phát triển bền vững của chế độ XHCN và Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, độc lập, thống nhất, toàn vẹn lãnh thổ của Tổ quốc, an ninh quốc gia, bí mật nhà nước, trật tự xã hội, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân) là chưa thống nhất với quy định của Điều 65 Hiến pháp năm 2013 về nhiệm vụ của Lực lượng vũ trang trong việc "bảo vệ độc lập, chủ quyền, thống nhất, toàn vẹn lãnh thổ của Tổ quốc, an ninh quốc gia và trật tự, an toàn xã hội; bảo vệ Nhân dân, Đảng, Nhà nước và chế độ XHCN..." Để khắc phục bất cập

1 Xem: Khoản 2 Điều 3 Luật An ninh quốc gia.

2 Xem: Khoản 3 Điều 3 Luật An toàn thông tin mạng.

này, khoản 3 Điều 3 Dự thảo Luật An ninh mạng cần được sửa đổi như sau: "*An ninh mạng là sự bảo đảm an toàn của mạng và phòng chống hành vi sử dụng mạng để thực hiện hành vi xâm phạm độc lập, chủ quyền, thống nhất, toàn vẹn lãnh thổ của Tổ quốc, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân*".

Khái niệm *an ninh mạng* nêu trên thể hiện an ninh mạng bao gồm cả hoạt động "chiến tranh mạng". Tuy nhiên, trong quan hệ quốc tế, "chiến tranh mạng" là vấn đề rất mới và nhạy cảm; mặt khác, chúng ta cũng chưa có nhiều kinh nghiệm trong việc xây dựng pháp luật về chiến tranh mạng; chiến tranh mạng và kỹ thuật tác chiến mạng rất cần được giữ bí mật. Vì vậy, chúng tôi cho rằng, chỉ nên đặt vấn đề "*An ninh mạng là sự bảo đảm an toàn của mạng và phòng chống hành vi sử dụng mạng để thực hiện hành vi xâm phạm an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân*". Khi đó, *an ninh mạng* cần được hiểu là một khái niệm bao gồm hai thành tố:

*Thứ nhất*, là bảo đảm sự an toàn của mạng và phòng chống hành vi sử dụng mạng để thực hiện hành vi vi phạm pháp luật (VPPL) xâm phạm an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân;

*Thứ hai*, là chế tài đối với tổ chức, cá nhân thực hiện hành vi xâm phạm an toàn của mạng hoặc sử dụng mạng để xâm phạm an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân.

**1.1 Bảo đảm sự an toàn của mạng và phòng chống hành vi sử dụng mạng để thực hiện hành vi xâm phạm an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân**

- Bảo đảm sự an toàn của mạng là mục đích của việc thực hiện các biện pháp phòng,

chống hành vi xâm phạm an toàn của mạng. Theo đối tượng mạng, hành vi xâm phạm an toàn mạng bao gồm: hành vi xâm phạm an toàn mạng CNTT và hành vi xâm phạm an toàn mạng viễn thông.

+ Hành vi xâm phạm an toàn mạng CNTT là hành vi sử dụng máy tính và mạng máy tính hoặc phương pháp khác xâm phạm sự an toàn vật lý của máy tính và mạng máy; sự an toàn của quy trình tạo lập, lưu trữ, truyền tải dữ liệu thông tin trên mạng cũng như quyền điều khiển máy tính, mạng máy tính. Như vậy, máy tính, mạng máy tính vừa có thể là đối tượng của hành vi xâm hại vừa có thể là công cụ, phương tiện thực hiện hành vi xâm phạm an toàn của mạng. Ngoài nhóm hành vi xâm phạm sự an toàn vật lý của máy tính, mạng máy tính (phá hủy máy, cắt đứt cáp...), có hai nhóm hành vi xâm phạm an toàn của mạng với mục tiêu tấn công là website, cơ sở dữ liệu của máy tính hoặc mạng máy tính.

*Nhóm hành vi thứ nhất*, phát tán virus là phát tán chương trình hay đoạn mã được thiết kế để tự nhân bản và sao chép chính nó vào các đối tượng lây nhiễm khác (file, ổ đĩa, máy tính,...).

*Nhóm hành vi thứ hai*, truy cập bất hợp pháp vào website, cơ sở dữ liệu máy tính, mạng máy tính là hành vi cố ý vượt qua tường lửa, cảnh báo, password, sử dụng quyền truy cập, quản trị của người khác..., để thực hiện một số hành vi sau: 1) Tấn công deface là đưa vào, sửa đổi, xóa dữ liệu trên giao diện của website; 2) Lấy cắp quyền quản trị để truy cập vào cơ sở dữ liệu, lấy cắp, sửa đổi, phá hoại cơ sở dữ liệu; 3) Cài các phần mềm độc hại như virus, trojan, backdoor, sniffer, phần mềm điều khiển từ xa, để kiểm soát máy tính người bị hại; 4) Ngăn chặn bất hợp pháp việc truyền tải dữ liệu trên mạng internet hoặc mạng LAN, WAN; 5) Lấy cắp, đưa thông tin của tổ chức, cá nhân trái phép lên mạng, như thông tin nhạy cảm trộm cắp được, thông tin thuộc bí mật nhà nước, bí mật kinh doanh của tổ

chức, bí mật cá nhân...; 6) Cản trở, làm rối loạn hoạt động của máy tính, mạng máy tính như phá hoại, xóa, làm tổn hại phần mềm máy tính, dữ liệu máy tính; 7) Chiếm đoạt, sử dụng, mua bán hoặc công khai hóa trái phép cơ sở dữ liệu máy tính.

Như vậy, biện pháp bảo đảm an toàn của mạng là các biện pháp phòng chống hành vi sử dụng máy tính và mạng máy tính với mục đích xâm phạm đến an toàn của hệ thống máy tính và quy trình lưu trữ dữ liệu của hệ thống đó hoặc sử dụng máy tính hoặc các phương pháp khác có liên quan đến máy tính, mạng máy tính chiếm giữ bất hợp pháp và đe dọa hoặc làm sai lệch thông tin bằng phương pháp sử dụng mạng máy tính.

+ Hành vi xâm phạm an toàn mạng viễn thông là hành vi: hủy hoại hoặc cố ý làm hư hỏng thiết bị thông tin vô tuyến điện; gây nhiễu có hại, cản trở hoạt động bình thường của hệ thống thông tin vô tuyến điện. Biện pháp bảo đảm an toàn mạng viễn thông là các biện pháp phòng chống hành vi hủy hoại hoặc cố ý làm hư hỏng thiết bị thông tin vô tuyến điện; gây nhiễu có hại, cản trở hoạt động bình thường của hệ thống thông tin vô tuyến điện.

- Phòng chống hành vi sử dụng mạng để thực hiện hành vi VPPL xâm phạm an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân là biện pháp phòng chống hành vi sử dụng mạng như là công cụ, phương tiện để thực hiện các hành vi VPPL nêu trên. Hành vi sử dụng mạng để xâm phạm an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân bao gồm: 1) Dùng thủ đoạn Phishing (giả mạo một tổ chức hợp pháp để dụ dỗ người dùng cung cấp dữ liệu nhạy cảm), trojan horse (loại vi rút có thể thay đổi cả địa chỉ của tên miền); spyware (loại phần mềm gián điệp chuyên ăn cắp thông tin cá nhân); keylogger (phần mềm gián điệp theo dõi thao tác bàn phím)... để lấy cắp email, passwords, thông tin tài khoản, thông tin cá nhân như tên chủ

tài khoản, địa chỉ, số điện thoại, số chứng minh nhân dân...; 2) Đưa thông tin thẻ tín dụng và các giấy tờ có giá khác đã trộm cắp lên internet để mua bán, trao đổi, cho, tặng; 3) Trộm cắp tiền từ thẻ tín dụng bằng cách: làm thẻ tín dụng giả để rút tiền từ máy ATM, trả tiền cho các dịch vụ như khách sạn, nhà hàng, mua hàng đắt tiền, mua vé máy bay..., mua hàng trực tuyến bằng thông tin thẻ ngân hàng trộm cắp được; 4) Rửa tiền bằng cách chuyển tiền từ tài khoản trộm cắp được sang tài khoản tiền ảo như Liberty Reserve, egold, e-passport, webmoney..., chuyển tiền qua Western Union, Xoom, qua một số trang web có kết nối với hệ thống thẻ tín dụng; 5) Lừa đảo trong hoạt động thương mại điện tử, qua quảng cáo, bán hàng trực tuyến trên internet, trong mua bán ngoại tệ, mua bán và thanh toán cổ phiếu qua mạng, gửi thư lừa đảo trúng thưởng xổ số, rửa tiền, môi giới vốn đầu tư...; 6) Nhắn tin lừa đảo, sử dụng email, nickname lấy trộm của người khác để lừa đảo...; 7) Đánh bạc, cá độ qua mạng, sử dụng thẻ tín dụng trộm cắp để đánh bạc; 8) Buôn bán ma túy qua mạng; 9) Hoạt động mại dâm, truyền bá văn hóa phẩm đồi trụy qua mạng internet; 10) Sử dụng phương tiện kỹ thuật số, mạng máy tính thực hiện hành vi tống tiền, khủng bố, phá hoại, quấy rối; 11) Xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ trên mạng internet; 12) Sử dụng trái phép tần số vô tuyến điện.

***1.2 Chế tài đối với tổ chức, cá nhân thực hiện hành vi xâm phạm an toàn mạng hoặc sử dụng mạng để xâm phạm an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân***

Chế tài đối với tổ chức, cá nhân thực hiện hành vi xâm phạm an toàn của mạng hoặc sử dụng mạng để xâm phạm an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân là trách nhiệm pháp lý mà tổ chức, cá nhân thực hiện một trong các hành vi xâm phạm sự an toàn của mạng hoặc sử dụng mạng để

thực hiện hành vi VPPL xâm phạm an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân. Đó là các hình thức xử lý hành chính và hình phạt áp dụng đối với tổ chức, cá nhân thực hiện một trong các hành vi xâm phạm sự an toàn của mạng hoặc sử dụng mạng để thực hiện hành vi VPPL xâm phạm an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân.

Theo quy định của pháp luật:

- Các hành vi vi phạm, hình thức và mức xử phạt vi phạm hành chính (VPHC) đối với hành vi xâm phạm sự an toàn của mạng hoặc sử dụng mạng để thực hiện hành vi VPPL xâm phạm an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân được quy định tại Luật Xử lý VPHC và Nghị định số 174/2013/NĐ-CP ngày 13/11/2013 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực bưu chính, viễn thông, CNTT và tần số vô tuyến điện.

- Các hành vi phạm tội và hình phạt áp dụng đối với hành vi phạm tội xâm phạm sự an toàn của mạng hoặc sử dụng mạng để thực hiện hành vi VPPL xâm phạm an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân được quy định tại Bộ luật Hình sự.

Như vậy, chế tài đối với tổ chức, cá nhân thực hiện hành vi xâm phạm an toàn của mạng hoặc sử dụng mạng để xâm phạm an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân không thuộc phạm vi điều chỉnh của các luật quy định về quản lý nhà nước đối với lĩnh vực mạng CNTT, bưu chính, viễn thông (Luật Tiếp cận thông tin, Luật An toàn thông tin mạng, Luật Viễn thông, Luật Tần số vô tuyến điện, Luật Giao dịch điện tử, Luật CNTT, Luật An ninh mạng). Do đó, để bảo đảm sự an toàn của mạng và phòng chống hành vi sử dụng mạng để thực hiện hành vi VPPL xâm phạm an ninh quốc gia,

trật tự, an toàn xã hội, quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân thì các luật quy định về quản lý nhà nước đối với lĩnh vực mạng CNTT, viễn thông phải quy định hai nhóm vấn đề sau:

- *Thứ nhất*, các hành vi cấm trong lĩnh vực mạng CNTT, viễn thông: Về kỹ thuật lập pháp, các hành vi cấm trong lĩnh vực mạng CNTT, viễn thông được quy định tại một điều luật “Các hành vi bị nghiêm cấm” của Chương “Những quy định chung” của các luật quy định về quản lý nhà nước đối với lĩnh vực mạng CNTT, bưu chính, viễn thông;

- *Thứ hai*, các biện pháp kỹ thuật bảo đảm sự an toàn của mạng và phòng chống hành vi sử dụng mạng để thực hiện hành vi VPPL xâm phạm an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân: Các biện pháp kỹ thuật bảo đảm sự an toàn của mạng và phòng chống hành vi sử dụng mạng để thực hiện hành vi VPPL xâm phạm an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân chính là những nội dung cụ thể của các luật quy định về quản lý nhà nước đối với lĩnh vực mạng CNTT, viễn thông.

## **2. Các hành vi bị cấm trong các văn bản pháp luật về mạng công nghệ thông tin, viễn thông**

Ngoài các hành vi bị cấm bị xử lý theo quy định của Luật Xử lý VPHC, Nghị định số 174/2013/NĐ-CP ngày 13/11/2013 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực bưu chính, viễn thông, CNTT và tần số vô tuyến điện và hành vi phạm tội trong lĩnh vực CNTT, viễn thông hoặc sử dụng thiết bị CNTT, viễn thông bị xử phạt theo quy định của Bộ luật Hình sự, thì các hành vi bị cấm thực hiện trong lĩnh vực mạng CNTT, viễn thông còn được quy định tại Luật Viễn thông, Luật CNTT, Luật An toàn thông tin mạng. Cụ thể:

- Theo quy định tại Điều 12 Luật Viễn

thông, thì các hành vi bị nghiêm cấm bao gồm:

“1. Lợi dụng hoạt động viễn thông nhằm chống lại Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam; gây phương hại đến an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội; phá hoại khối đại đoàn kết toàn dân; tuyên truyền chiến tranh xâm lược; gây hận thù, mâu thuẫn giữa các dân tộc, sắc tộc, tôn giáo; tuyên truyền, kích động bạo lực, dâm ô, đồi trụy, tội ác, tệ nạn xã hội, mê tín dị đoan; phá hoại thuần phong, mỹ tục của dân tộc.

2. Tiết lộ bí mật nhà nước, bí mật quân sự, an ninh, kinh tế, đối ngoại và những thông tin bí mật khác do pháp luật quy định.

3. Thu trộm, nghe trộm, xem trộm thông tin trên mạng viễn thông; trộm cắp, sử dụng trái phép tài nguyên viễn thông, mật khẩu, khóa mật mã và thông tin riêng của tổ chức, cá nhân khác.

4. Đưa thông tin xuyên tạc, vu khống, xúc phạm uy tín của tổ chức, danh dự, nhân phẩm của cá nhân.

5. Quảng cáo, tuyên truyền, mua bán hàng hóa, dịch vụ bị cấm theo quy định của pháp luật.

6. Cản trở trái pháp luật, gây rối, phá hoại việc thiết lập cơ sở hạ tầng viễn thông, việc cung cấp và sử dụng hợp pháp các dịch vụ viễn thông”.

- Theo quy định của Điều 12 Luật CNTT, các hành vi bị nghiêm cấm bao gồm:

“1. Cản trở hoạt động hợp pháp hoặc hỗ trợ hoạt động bất hợp pháp về ứng dụng và phát triển CNTT; cản trở bất hợp pháp hoạt động của hệ thống máy chủ tên miền quốc gia; phá hoại cơ sở hạ tầng thông tin, phá hoại thông tin trên môi trường mạng.

2. Cung cấp, trao đổi, truyền đưa, lưu trữ, sử dụng thông tin số nhằm mục đích sau đây: a) Chống Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, phá hoại khối đại đoàn kết toàn dân; b) Kích động bạo lực, tuyên truyền chiến tranh xâm lược, gây hận thù giữa các dân

tộc và nhân dân các nước, kích động dâm ô, đồi trụy, tội ác, tệ nạn xã hội, mê tín dị đoan, phá hoại thuần phong mỹ tục của dân tộc; c) Tiết lộ bí mật nhà nước, bí mật quân sự, an ninh, kinh tế, đối ngoại và những bí mật khác đã được pháp luật quy định; d) Xuyên tạc, vu khống, xúc phạm uy tín của tổ chức, danh dự, nhân phẩm, uy tín của công dân; đ) Quảng cáo, tuyên truyền hàng hoá, dịch vụ thuộc danh mục cấm đã được pháp luật quy định.

3. Xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ trong hoạt động CNTT; sản xuất, lưu hành sản phẩm CNTT trái pháp luật; giả mạo trang thông tin điện tử của tổ chức, cá nhân khác; tạo đường dẫn trái phép đối với tên miền của tổ chức, cá nhân sử dụng hợp pháp tên miền đó”.

- Theo quy định tại Điều 7 Luật An toàn thông tin mạng, thì các hành vi bị nghiêm cấm bao gồm:

“1. Ngăn chặn việc truyền tải thông tin trên mạng, can thiệp, truy nhập, gây nguy hại, xóa, thay đổi, sao chép và làm sai lệch thông tin trên mạng trái pháp luật.

2. Gây ảnh hưởng, cản trở trái pháp luật tới hoạt động bình thường của hệ thống thông tin hoặc tới khả năng truy nhập hệ thống thông tin của người sử dụng.

3. Tấn công, vô hiệu hóa trái pháp luật làm mất tác dụng của biện pháp bảo vệ an toàn thông tin mạng của hệ thống thông tin; tấn công, chiếm quyền điều khiển, phá hoại hệ thống thông tin.

4. Phát tán thư rác, phần mềm độc hại, thiết lập hệ thống thông tin giả mạo, lừa đảo.

5. Thu thập, sử dụng, phát tán, kinh doanh trái pháp luật thông tin cá nhân của người khác; lợi dụng sơ hở, điểm yếu của hệ thống thông tin để thu thập, khai thác thông tin cá nhân.

6. Xâm nhập trái pháp luật bí mật mật mã và thông tin đã mã hóa hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân; tiết lộ thông tin về sản phẩm mật mã dân sự, thông tin về khách



hàng sử dụng hợp pháp sản phẩm mật mã dân sự; sử dụng, kinh doanh các sản phẩm mật mã dân sự không rõ nguồn gốc”.

- Theo quy định của Điều 8 Dự thảo Luật An ninh mạng, các hành vi bị nghiêm cấm bao gồm:

“1. Sử dụng không gian mạng chống nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, xâm phạm an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội; phá hoại khối đại đoàn kết toàn dân; tuyên truyền chiến tranh xâm lược, khủng bố, gây thù hận, mâu thuẫn giữa các dân tộc, tôn giáo, kỳ thị giới tính, phân biệt chủng tộc; tuyên truyền, kích động bạo lực, gây bạo loạn, phá rối an ninh, gây rối trật tự công cộng, đả đả tin làm nhục, vu khống, dâm ô, đồi trụy, tội ác; hoạt động mại dâm, tệ nạn xã hội, buôn bán người, phá hoại thuần phong, mỹ tục của dân tộc, đạo đức xã hội, sức khỏe cộng đồng.

2. Đả đả tin thông tin trên không gian mạng có nội dung bịa đặt, xuyên tạc, làm nhục, vu khống, xúc phạm uy tín của tổ chức, danh dự, nhân phẩm của cá nhân.

3. Sử dụng không gian mạng tuyên truyền, quảng cáo, mua bán hàng hóa, dịch vụ thuộc danh mục cấm theo quy định của pháp luật.

4. Xâm nhập hoặc tìm cách xâm nhập qua không gian mạng thực hiện hành vi chiếm đoạt thông tin, tài liệu, làm sai lệch nội dung hoặc chiếm quyền điều khiển hệ thống thông tin.

5. Soạn thảo, thu thập, lưu trữ, truyền đưa trái phép thông tin, tài liệu có nội dung thuộc danh mục bí mật nhà nước trên máy tính kết nối internet, thiết bị lưu trữ hoặc các thiết bị khác có kết nối internet; đả đả tin thông tin, tài liệu có nội dung thuộc danh mục bí mật nhà nước trên không gian mạng.

6. Thực hiện hành vi tấn công mạng, khủng bố mạng và hành vi VPPL khác.

7. Lợi dụng hoạt động bảo vệ an ninh mạng để gây phương hại đến chủ quyền, lợi ích, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội”.

- So sánh các hành vi cấm quy định tại Dự thảo Luật An ninh mạng với các hành vi cấm được quy định tại Luật Viễn thông, Luật CNTT, Luật An toàn thông tin mạng và Luật An ninh quốc gia, chúng tôi thấy:

+ *Thứ nhất*, quy định của khoản 1 Điều 8 Dự thảo Luật An ninh mạng thực chất là quy định tại khoản 1 Điều 12 Luật Viễn thông; điểm a và b khoản 2 Điều 12 Luật CNTT;

+ *Thứ hai*, quy định của khoản 2 Điều 8 Dự thảo Luật An ninh mạng thực chất là quy định tại khoản 4 Điều 12 Luật Viễn thông; điểm c khoản 2 Điều 12 Luật CNTT;

+ *Thứ ba*, quy định của khoản 3 Điều 8 Dự thảo Luật An ninh mạng thực chất là quy định tại khoản 5 Điều 12 Luật Viễn thông; điểm d khoản 2 Điều 12 Luật CNTT;

+ *Thứ tư*, quy định của khoản 4 Điều 8 Dự thảo Luật An ninh mạng thực chất là quy định tại: khoản 3 Điều 12 Luật Viễn thông; khoản 3 Điều 12 Luật CNTT; và khoản 3 Điều 7 Luật An toàn thông tin mạng;

+ *Thứ năm*, quy định của khoản 5 Điều 8 Dự thảo Luật An ninh mạng thực chất là quy định tại khoản 3 Điều 13 Luật An ninh quốc gia; khoản 2 Điều 12 Luật Viễn thông; điểm c khoản 2 Điều 12 Luật CNTT.

+ *Thứ sáu*, quy định của khoản 6 Điều 8 Dự thảo Luật An ninh mạng “Thực hiện hành vi tấn công mạng” thực chất là quy định tại khoản 3 Điều 7 Luật An toàn thông tin mạng.

Như vậy, trong số bảy nhóm hành vi cấm quy định tại Điều 8 Dự thảo Luật An ninh mạng có tới sáu nhóm điều cấm đã được quy định tại Luật An ninh quốc gia, Luật Viễn thông, Luật CNTT, Luật An toàn thông tin mạng. Chỉ còn một nhóm quy định tại khoản 7 Điều 8 Dự thảo Luật An ninh mạng “Lợi dụng hoạt động bảo vệ an ninh mạng để gây phương hại đến chủ quyền, lợi ích, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội” là điều cấm riêng có của Luật An ninh mạng. Điều này cho thấy, việc nghiên cứu

và so sánh sự trùng lặp về nội dung của các Chương 2, 3, 4, 5, 6 và 7 của Dự thảo Luật An ninh mạng với nội dung đã được đề cập trong Luật Viễn thông, Luật CNTT, Luật Tần số vô tuyến điện, Luật Giao dịch điện tử, Luật An toàn thông tin mạng và Luật An ninh quốc gia để trả lời câu hỏi có cần ban hành Luật An ninh mạng hay không là rất cần thiết.

- Nghiên cứu nội dung quy định tại Điều 8 “Các hành vi bị nghiêm cấm” của Dự thảo Luật An ninh mạng, chúng tôi thấy:

+ *Thứ nhất*, về tổng thể, nội dung của Điều 8 chưa có quy định những hành vi cấm với tư cách là biện pháp bảo đảm an toàn mạng (mạng CNTT, mạng viễn thông).

+ *Thứ hai*, cụm từ “sử dụng không gian mạng” ở khoản 1, 2, 3 và 4 là không chính xác như đã trình bày ở trên.

+ *Thứ ba*, nhiều từ ngữ trùng lặp hoặc có nội dung trùng lặp tại chính một khoản cũng như các khoản khác nhau của Điều luật. Ví dụ:

*Ví dụ thứ nhất*, “Tuyên truyền, kích động gây bạo loạn, phá rối an ninh” thuộc nội hàm của “xâm phạm an ninh quốc gia”, “Gây rối trật tự công cộng” thuộc nội hàm của “xâm phạm trật tự, an toàn xã hội”, “Gây thù hằn, mâu thuẫn giữa các dân tộc, tôn giáo” thuộc nội hàm của “phá hoại khối đại đoàn kết toàn dân”, “dâm ô, đồi trụy” thuộc nội hàm của “đạo đức xã hội” nhưng tất cả các cụm từ này đều được quy định tại khoản 1 Điều 8 Dự thảo Luật.

*Ví dụ thứ hai*, “bịa đặt, xuyên tạc” thuộc nội hàm của “vu khống”, mục đích của việc thực hiện hành vi “bịa đặt, xuyên tạc” là “xúc phạm” nhưng tất cả các cụm từ này vừa được quy định tại khoản 1 vừa được quy định tại khoản 2 Điều 8 Dự thảo Luật.

*Ví dụ thứ ba*, quy định tại khoản 5 “Soạn thảo, thu thập, lưu trữ, truyền đưa trái phép thông tin, tài liệu có nội dung thuộc danh mục bí mật nhà nước trên máy tính kết nối internet, thiết bị lưu trữ hoặc các thiết bị

khác có kết nối internet; đăng tải thông tin, tài liệu có nội dung thuộc danh mục bí mật nhà nước trên không gian mạng” là hành vi được thực hiện do lỗi cố ý. Nếu không có mục đích chống nước Cộng hòa XHCN Việt Nam hoặc xâm phạm an ninh quốc gia, thì không thực hiện hành vi này. Và do vậy, nội dung quy định tại khoản 5 trùng với nội dung quy định tại khoản 1 “Sử dụng không gian mạng chống nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, xâm phạm an ninh quốc gia”.

+ *Thứ tư*, quy định tại khoản 3 “Sử dụng không gian mạng tuyên truyền, quảng cáo, mua bán hàng hóa, dịch vụ thuộc danh mục cấm theo quy định của pháp luật” vừa không rõ ràng vừa mâu thuẫn với quy định của Luật khác. Sự không rõ ràng thể hiện ở quy định cấm “sử dụng không gian mạng tuyên truyền hàng hóa, dịch vụ thuộc danh mục cấm theo quy định của pháp luật” bởi lẽ, bản chất của hành vi “sử dụng mạng *tuyên truyền* hàng hóa, dịch vụ” là “*quảng cáo* hàng hóa, dịch vụ”. Sự mâu thuẫn với luật khác thể hiện ở việc luật hình sự cấm hành vi quảng cáo gian dối về tất cả các loại hàng hóa, dịch vụ; còn Dự thảo Luật An ninh mạng lại chỉ cấm quảng cáo hàng hóa, dịch vụ thuộc danh mục cấm theo quy định của pháp luật”.

Với những phân tích nêu trên, chúng tôi cho rằng, Dự thảo Luật An ninh mạng cần được chỉnh sửa như sau:

+ *Thứ nhất*, bổ sung các hành vi cấm với tư cách là biện pháp bảo đảm an toàn mạng (mạng CNTT, mạng viễn thông) vào Dự thảo Điều 8.

+ *Thứ hai*, biên tập lại nội dung các khoản 1, 2, 3, 4, 5 và 6 để khắc phục những bất cập theo hướng bổ sung những hành vi sử dụng mạng như là công cụ, phương tiện để thực hiện hành vi VPPL xâm phạm an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân ■

# XÂY DỰNG CHÍNH SÁCH QUỐC GIA

## KIẾN TẠO PHÁT TRIỂN BỀN VỮNG Ở VIỆT NAM

**Nguyễn Hữu Đồng\***

\* PGS. TS. Viện Chính trị học, Học viện Chính trị quốc gia Hồ Chí Minh

### Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* chính sách, quốc gia, kiến tạo, phát triển

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 17/11/2017

Biên tập: 16/12/2017

Duyệt bài: 23/12/2017

### Tóm tắt:

Quốc gia giàu mạnh, dân chủ, công bằng, văn minh phụ thuộc vào chính sách hay chiến lược quốc gia phải tạo được sự phát triển. Chính sách quốc gia tạo sự phát triển chỉ có thể có được trong các thể chế dân chủ theo nguyên tắc pháp quyền. Việt Nam chỉ có thể phát triển bền vững khi xây dựng được “quốc gia khởi nghiệp” trên cơ sở thể chế dân chủ cộng hòa, tức xây dựng được quốc gia kiến tạo phát triển bền vững.

### Article Information:

*Keywords:* policy, nation, tectonic, development

*Article History:*

Received: 17 Nov. 2017

Edited: 16 Dec. 2017

Approved: 23 Dec. 2017

### Abstract:

A nation of wealth, democracy, fairness and civilized society that depends on its national policies or strategies has to create the developments. The national development policy is only available in the democratic institutions under the rule of law. Vietnam can only develop sustainably when a "start-up country" is established on the basis of the democratic republic, that is to establish a tectonic government for sustainable developments.

## 1. Bản chất của chính sách quốc gia và phát triển

### 1.1 Bản chất của chính sách quốc gia

Chính sách quốc gia là bao hàm các khái niệm “chính sách” và “quốc gia”. Khái niệm chính sách bao hàm các thuật ngữ “chính” và “sách”. Chính trong khái niệm chính sách là muốn nói tới phương pháp của

các cá nhân, nhóm trong cộng đồng quốc gia (chủ thể) thực hiện các mục tiêu, như khoa học, văn hóa, chính trị, kinh tế, xã hội (khách thể); còn sách là muốn nói tới mục tiêu hướng tới của các chủ thể. Giữa phương pháp (chính) và mục tiêu (sách) là tồn tại thực thể (bản chất) hay nguyên tắc thực hiện mục tiêu. Theo đó, chính sách biểu hiện

ở mô hình có cấu trúc cơ bản là: xác định mục tiêu và phương pháp, nguyên tắc thực hiện. Chính sách nhìn từ việc xác định mục tiêu, phương pháp là muốn nói đến chính sách gì, thực hiện ở đâu trong hoạch định? Chẳng hạn, chính sách biểu hiện trong khoa học, như chính sách khoa học công nghệ, xã hội; biểu hiện trong văn hóa, như chính sách giáo dục, y tế; biểu hiện trong kinh tế, như chính sách trong sản xuất, kinh doanh, dịch vụ; biểu hiện trong chính trị, như chính sách của quốc gia (chính sách của Nhà nước - “chính sách công” và chính sách của các nhóm- “chính sách tư”). Chính sách nhìn từ việc xác định nguyên tắc là muốn nói đến chính sách biểu hiện theo xu hướng nào, cân bằng ra sao trong đánh giá? Chẳng hạn, chính sách biểu hiện về mặt chất lượng, như chính sách có hiệu quả, không hoặc ít hiệu quả; biểu hiện về mặt số lượng, như chính sách ngắn hạn, trung hạn, hoặc dài hạn; biểu hiện về mặt xu hướng, như chính sách “mở cửa” (tiến bộ), “đóng cửa” (thoái bộ), hay cân đối giữa đóng và mở; biểu hiện về mặt độ lớn, như chính sách vĩ mô, ngành, hoặc vi mô; biểu hiện về khả năng, như chính sách cân đối, hợp lý, hoặc bất cân đối, chính sách công bằng, bình quân, hoặc bất công bằng, chính sách bền vững (lâu bền, vững chắc), ổn định, hoặc thiếu bền vững. Từ các phân tích cho thấy, *chính sách có thể được nhìn nhận là hoạt động biểu hiện mối tương quan hướng tới cân bằng về xác định các mục tiêu và đề ra các phương pháp, nguyên tắc thực hiện của các chủ thể, nhằm đạt được phúc lợi chung cho cộng đồng xã hội.*

Khái niệm quốc gia gồm các thuật ngữ “quốc” và “gia”. *Quốc* là muốn nói tới mục tiêu (hình thức) của chủ thể, như cộng đồng (nhiều nhóm), cá nhân (nhóm) trong quốc

gia; còn *gia* là muốn nói tới phương pháp (nội dung), như “hay” hoặc “dở” của các chủ thể trong quốc gia. Giữa *quốc* và *gia* là tồn tại nguyên tắc (tính chất) cân bằng giữa chúng. Nhìn về khía cạnh mục tiêu, quốc gia biểu hiện ở dạng vật thể, như hình thức lớn hay nhỏ của quốc gia; biểu hiện ở dạng phi vật thể, như hình thức mạnh hay yếu của quốc gia; biểu hiện ở dạng thực thể, như nguyên tắc cân bằng hay bất cân bằng giữa các chủ thể trong quốc gia. Nhìn về khía cạnh phương pháp, quốc gia biểu hiện hoạt động ở các lĩnh vực, như trong kinh tế có hoạt động lao động, sản xuất, kinh doanh, dịch vụ; trong chính trị có hoạt động của các tổ chức đảng phái; trong khoa học có các viện nghiên cứu khoa học về kinh tế, xã hội; trong văn hóa có các tổ chức, hoạt động của xã hội dân sự. Nhìn về khía cạnh nguyên tắc, quốc gia có mục tiêu “tiến bộ”, không, hoặc “phản tiến bộ”; quốc gia có phương pháp thực hiện mục tiêu bởi một nhóm (thiểu số - độc đoán) hay nhiều nhóm (đa số - dân chủ); quốc gia có bản chất khép kín (thiểu minh bạch) hay mở rộng (minh bạch); quốc gia có xu hướng phát triển, ít, hoặc không phát triển. Nói một cách chung nhất, *quốc gia trong xã hội loài người có thể được nhìn nhận là hiện tượng biểu hiện mối tương quan hướng tới cân bằng hoặc bất cân bằng các mối quan hệ theo quy luật khách quan về giá trị (độc lập, tự do), quyền lợi (quyền lực, lợi ích), tinh thần (hạnh phúc, niềm tin) giữa các cá nhân, nhóm, cộng đồng.*

Chính sách quốc gia bao hàm chính sách của một “nhóm” đại diện là nhà nước, và chính sách của “nhiều nhóm” trong cộng đồng xã hội. Chính sách của nhóm đại diện được xây dựng, thực thi bởi các công dân trong bộ máy nhà nước; còn chính sách

của nhiều nhóm trong cộng đồng được xây dựng, thực thi bởi các công dân trong cộng đồng xã hội. Nếu nhìn nhận, so sánh chính sách quốc gia như một dãy chữ số nguyên trong toán học, có thể thấy rằng, trong quốc gia là bao hàm chính sách của nhà nước (chính sách “công”) - tương tự chữ số 1 (số ít - nhóm), và các chính sách của cộng đồng xã hội (chính sách “tư”) - tương tự chữ số từ 2 đến 9 (số nhiều - nhiều nhóm). Điều đó cho thấy rằng, chính sách “đầu tư công” cần phải được nhìn nhận trong mối tương quan với chính sách “đầu tư quốc gia”; tức khu vực kinh tế tư nhân (cộng đồng) cần phải giữ vai trò chủ đạo trong đầu tư vào sản xuất, kinh doanh, dịch vụ của quốc gia. Từ các phân tích cho thấy rằng, *chính sách quốc gia có thể được nhìn nhận là hoạt động biểu hiện mối tương quan hướng tới cân bằng về xác định các mục tiêu và đề ra các phương pháp, nguyên tắc thực hiện của các chủ thể, nhằm đạt được phúc lợi chung cho cộng đồng trong quốc gia.*

## 2.2 Bản chất của phát triển

Khái niệm *phát triển* bao gồm các thuật ngữ “phát” và “triển”. *Phát* trong khái niệm *phát triển* là muốn nói tới phương pháp của các cá nhân, cộng đồng, quốc gia (chủ thể) thực hiện các mục tiêu, như về khoa học, văn hóa, chính trị, kinh tế, xã hội (khách thể); còn *triển* là muốn nói tới mục tiêu có triển vọng đạt được bởi phương pháp. Giữa *phát* và *triển* là tồn tại thực thể (tính chất) hay nguyên tắc, quy luật phát triển. Theo đó, phát triển biểu hiện ở các mặt cơ bản là: hình thức, nội dung và tính chất. Phát triển, *xét về nội dung, hình thức* là muốn nói đến phát triển cái gì, ở đâu? Chẳng hạn, phát triển biểu hiện trong khoa học, như phát triển khoa học công nghệ, tự nhiên, xã hội;

biểu hiện trong văn hóa, như phát triển giáo dục, y tế, thể thao, du lịch; biểu hiện trong kinh tế, như phát triển sản xuất, kinh doanh, dịch vụ; biểu hiện trong chính trị, như phát triển các tổ chức chính trị, cơ quan nhà nước trong quốc gia. Phát triển, *xét về tính chất* là muốn nói đến phát triển theo xu hướng nào, cân bằng ra sao? Chẳng hạn, phát triển biểu hiện về mặt chất lượng, như phát triển theo chiều sâu hoặc chiều rộng; biểu hiện về mặt số lượng, như phát triển ngắn hạn hoặc dài hạn; biểu hiện về mặt xu hướng, như phát triển theo xu hướng mở (tiến bộ), đóng (thoái bộ - phản phát triển), hay cân đối giữa mở và đóng; biểu hiện về mặt tốc độ, như phát triển nhanh, trung bình, hoặc chậm; biểu hiện về khả năng, như phát triển cân bằng, ít, hoặc bất cân bằng, phát triển công bằng, ít, hoặc bất công bằng, phát triển bền vững, không, hoặc thiếu bền vững. Phát triển có thể được nhìn nhận là *hiện tượng biểu hiện mối tương quan hướng tới sự cân đối, cân bằng, công bằng, bình đẳng giữa các mặt của sự vật, hiện tượng trong thế giới tự nhiên và xã hội loài người.* Đối lập với phát triển là phản phát triển, tức là không có sự cân đối, cân bằng trong tự nhiên, sự công bằng, bình đẳng trong xã hội.

## 2.3 Mối quan hệ giữa chính sách quốc gia và phát triển

Chính sách quốc gia và phát triển là các hiện tượng khách quan, có mối liên hệ chặt chẽ với nhau trong việc bảo đảm công bằng, bình đẳng về giá trị, quyền lợi, tinh thần giữa các cá nhân, nhóm, cộng đồng, quốc gia. Nói đến chính sách quốc gia và phát triển là nói đến lực lượng cầm quyền đã tạo ra các điều kiện thuận lợi về môi trường, như thể chế dân chủ, pháp quyền để kiến tạo phát triển quốc gia. Chính sách quốc

gia không tạo điều kiện cho phát triển tức là các nhà cầm quyền còn những hạn chế trong việc xác định các mục tiêu và đề ra các phương pháp, nguyên tắc dân chủ, pháp quyền để thực hiện.

Quốc gia kiến tạo phát triển được biểu hiện ở bên ngoài là vai trò của Nhà nước đối với sự phát triển quốc gia nói chung, phát triển các lĩnh vực của đời sống xã hội nói riêng, tức biểu hiện bản chất của “nhà nước kiến tạo phát triển”. Điều đó có nghĩa, quốc gia kiến tạo phát triển bao gồm các chủ thể là Nhà nước và các cá nhân, cộng đồng xã hội. Phát triển là chủ yếu muốn nói đến phát triển kinh tế, khoa học, văn hóa, xã hội, hay chính sách phát triển quốc gia nói chung. Phát triển quốc gia phải gắn chặt với sự phát triển của các lĩnh vực khác nhau của xã hội. Quốc gia không thể phát triển nếu không phát triển đồng bộ các lĩnh vực, trong đó, chính sách hay chiến lược phát triển quốc gia có vị trí quan trọng; bởi không thể có quốc gia được nhìn nhận là phát triển cao, trong khi chính sách kinh tế kém phát triển, hoặc thiếu phát triển văn hóa, xã hội, không bảo đảm dân chủ, không bảo đảm công bằng, bình đẳng xã hội, như diễn ra sự bất công bởi tình trạng tham nhũng, lãng phí, thiếu đạo đức, lương tâm của con người trong xã hội.

Trong chính sách phát triển quốc gia, thể chế được hiểu là “những nguyên tắc xác định mối quan hệ giữa xã hội và các thành viên trong xã hội”<sup>1</sup>. Điều đó có nghĩa, phát triển quốc gia là tồn tại thể chế trong lĩnh vực chính sách, tức tồn tại pháp luật (nguyên tắc) về phát triển quốc gia nhằm bảo đảm tự

do tranh luận, thực hiện sự công bằng, bình đẳng về giá trị, quyền lợi, tinh thần giữa các chủ thể, khách thể trong lĩnh vực hoạch định chính sách quốc gia. Do vậy, phát triển quốc gia là gắn với các mục tiêu, phương pháp, chủ thể, khách thể, thể chế nhằm để cân bằng giữa chính sách quốc gia và phát triển. Nói cách khác, *chính sách phát triển quốc gia có thể được nhìn nhận là hoạt động của các chủ thể theo thể chế pháp luật về xác định các mục tiêu và đề ra các phương pháp, nguyên tắc thực hiện, nhằm đạt được phúc lợi chung, bảo đảm sự cân đối, cân bằng về môi trường sống trong tự nhiên, sự công bằng, bình đẳng về giá trị, quyền lợi, tinh thần cho mỗi cá nhân, nhóm, cộng đồng trong quốc gia*. Theo đó, chính sách hay chiến lược phát triển quốc gia bền vững có thể được nhìn nhận là hoạt động của các chủ thể theo pháp luật về xác định các mục tiêu và đề ra các phương pháp, nguyên tắc thực hiện, nhằm đạt được phúc lợi chung, bảo đảm sự cân đối, cân bằng lâu bền, vững chắc về môi trường sống trong tự nhiên, sự công bằng, bình đẳng lâu bền, vững chắc về giá trị, quyền lợi, tinh thần cho mỗi cá nhân, nhóm, cộng đồng trong quốc gia.

Chính sách hay chiến lược phát triển quốc gia có mối quan hệ chặt chẽ với thể chế quốc gia cộng hòa dân chủ. Quốc gia cộng hòa là muốn nói đến các cộng đồng dân cư cùng nhau chung sống hài hòa (hòa bình), kể cả việc hoạch định chính sách phát triển quốc gia; quốc gia dân chủ là muốn nói đến nhân dân, tức tất cả các “giai cấp công, nông, tiểu tư sản, tư sản dân tộc và những

1 Báo cáo phát triển Việt Nam 2010: Các thể chế hiện đại. Báo cáo chung của các nhà tài trợ hội nghị tư vấn các nhà tài trợ cho Việt Nam, Hà Nội, tháng 12/2009.

phần tử khác yêu nước”<sup>2</sup> trong quốc gia đều được coi là những “ông chủ”<sup>3</sup> (là chủ) và “làm chủ”<sup>4</sup>, được tự do, dân chủ trong các hoạt động kiến tạo sự phát triển quốc gia. Quốc gia không xây dựng thể chế cộng hòa dân chủ thì không thể có chính sách quốc gia kiến tạo sự phát triển; ngược lại, quốc gia không thể phát triển nếu không có thể chế cộng hòa dân chủ. Nếu các nhà lý luận, thực tiễn chính trị ở các quốc gia biết xác định rõ các mục tiêu phát triển quốc gia, đề ra các phương pháp, nguyên tắc thực thi đúng đắn, hiệu quả, tức xây dựng thể chế quốc gia cộng hòa dân chủ thật sự, sẽ bảo đảm kiến tạo quốc gia phát triển.

Việc xác định và thực hiện các mục tiêu, thể chế quốc gia đúng đắn là phụ thuộc vào cách tổ chức thực hiện có hiệu quả trong thực tế sự phát triển cân đối, đồng bộ ở các lĩnh vực cụ thể của đời sống xã hội trong quốc gia. Điều đó muốn nói rằng, việc xác định mục tiêu, đề ra phương pháp, nguyên tắc thực hiện thể chế cộng hòa dân chủ và phát triển cân bằng, công bằng các lĩnh vực, như kinh tế, văn hóa, xã hội trong quốc gia là có mối quan hệ chặt chẽ với nhau. Trong quốc gia mà không xác định rõ mục tiêu, thực hành thể chế cộng hòa dân chủ thì phát triển sẽ chậm hoặc trì trệ, tức không bảo đảm được cân bằng về môi trường sống giữa tự nhiên và con người, không bảo đảm được công bằng, bình đẳng xã hội trong thực tế. Xây dựng mục tiêu, thể chế cộng hòa dân chủ và xác định mục tiêu, các chiến lược phát triển có thể được coi là các hoạt động tương đồng; bởi vì không thể có mục tiêu,

thể chế cộng hòa dân chủ bảo đảm cho quốc gia phát triển mà lại thiếu sự xác định mục tiêu, các chiến lược phát triển trong quốc gia. Nói cách khác, quốc gia phát triển tức là đã xác định rõ mục tiêu và thực hành thể chế cộng hòa dân chủ; ngược lại, quốc gia xác định rõ mục tiêu, thực hành thể chế cộng hòa dân chủ tức là sẽ có thể phát triển. Xây dựng các chính sách hay chiến lược phát triển có mục tiêu cụ thể, đúng đắn, thực hành thể chế dân chủ cộng hòa, tức các chính sách quốc gia tạo điều kiện cho phát triển, hay quốc gia kiến tạo phát triển, có vai trò to lớn trong việc thực hiện từng bước các mục tiêu phúc lợi chung của đất nước.

### 3. Quốc gia kiến tạo phát triển ở Việt Nam - thực trạng và kiến nghị

#### 3.1 Thực trạng

Thực tế cho thấy, đã qua ba mươi năm đổi mới, kinh tế Việt Nam mặc dù có nhiều năm đạt được mức độ tăng trưởng khá cao, nhưng về tổng thể, vẫn là một nước phát triển thấp so với nhiều quốc gia khác trên thế giới. Hiện nay, Việt Nam được coi là nước phát triển trung bình và đang có nguy cơ bị “sập bẫy”<sup>5</sup> thu nhập trung bình; hơn nữa, theo đánh giá của nhiều chuyên gia, Việt Nam được liệt vào nhóm nước “chưa giàu đã già”, tức thời cơ vàng làm giàu cho nước ta đang biểu hiện không mấy sáng sủa. Hiện nay, các chính sách phát triển kinh tế, văn hóa, giáo dục đều đang có nhiều biểu hiện tụt hậu, thiếu tầm nhìn phát triển. Chỉ nhìn nhận về lĩnh vực kinh tế đã cho thấy, mặc dù vốn đầu tư vào phát triển được nhận định

2 Hồ Chí Minh, Toàn tập, Nxb. Chính trị Quốc gia, H., 1995, t. 7, tr. 219.

3 Hồ Chí Minh, Sdd, t. 7, tr. 218-219.

4 Hồ Chí Minh, Sdd, t. 7, tr. 452.

5 <https://tuoitre.vn/vn-sap-bay-thu-nhap-trung-binh-602801.htm>

là không hề nhỏ, trong 20 năm qua, riêng lượng ODA đổ vào Việt Nam lên tới gần 90 tỷ USD, kinh tế có tăng trưởng, nhưng chưa tương xứng với số vốn đầu tư; tình trạng nợ công cao, nhiều doanh nghiệp kinh doanh thiếu hiệu quả. Chính phủ cũng đã đánh giá thẳng thắn là có nhiều bất cập trong chính sách kinh tế, văn hóa, xã hội. Chẳng hạn, như kinh tế vĩ mô ổn định chưa vững chắc, nợ công tăng nhanh, áp lực trả nợ lớn; năng suất, chất lượng, hiệu quả và sức cạnh tranh của nền kinh tế không cao, hiệu quả đầu tư công thấp; phát triển văn hóa và thực hiện tiến bộ công bằng xã hội nhiều mặt hạn chế, khắc phục còn chậm; giải quyết việc làm, đời sống của một bộ phận nhân dân còn nhiều khó khăn, khoảng cách giàu nghèo lớn; chăm sóc, bảo vệ sức khỏe nhân dân còn hạn chế; việc bảo đảm vệ sinh an toàn thực phẩm có nhiều yếu kém; tệ nạn xã hội một số nơi diễn biến phức tạp, nhiều biểu hiện xấu về đạo đức, lối sống; tình trạng ô nhiễm môi trường khắc phục chậm; cơ cấu tổ chức, bộ máy nhà nước cồng kềnh; chức năng, nhiệm vụ chồng chéo; năng lực, phẩm chất, đạo đức, tinh thần trách nhiệm của một bộ phận cán bộ, công chức, viên chức có nhiều hạn chế; bảo vệ chủ quyền quốc gia và toàn vẹn lãnh thổ trên Biển Đông còn nhiều khó khăn, thách thức; công tác đối ngoại và hội nhập kinh tế quốc tế có mặt chưa thật chủ động, hiệu quả chưa cao<sup>6</sup>. Thực trạng này cho thấy, cần phải có tư duy nhận thức mới về xây dựng, thực hiện chính sách quốc gia hay chiến lược phát triển đất nước, đáp ứng với yêu cầu “hội nhập quốc tế trong điều kiện mới”<sup>7</sup> mà Đảng đã xác định.

### 3.2 Một số kiến nghị

Kiến tạo “phát triển đất nước nhanh, bền vững”<sup>8</sup> đã được Đảng coi là nhiệm vụ trọng tâm cần thực hiện trong nhiệm kỳ Đại hội XII. Để góp phần thực hiện nhiệm vụ mà Đảng đề ra, theo chúng tôi, đất nước cần phải thật sự đổi mới tư duy, đáp ứng được một số yêu cầu về nhận thức, thực hành mang tính giải pháp chủ yếu sau đây:

*Thứ nhất*, quốc gia kiến tạo phát triển ở Việt Nam cần được thực hiện theo mô hình cấu trúc, bao gồm: chủ thể (nhà nước), khách thể (xã hội) và thể chế (pháp luật) kiến tạo phát triển. Trong mô hình này, xã hội (Nhân dân hưởng độc lập, tự do, hạnh phúc) được coi là mục tiêu; Nhà nước (của Nhân dân, do Nhân dân, vì Nhân dân) được coi là phương pháp, còn thể chế (dân chủ, pháp quyền) được coi là nguyên tắc thực hiện kiến tạo phát triển. Như vậy, ở Việt Nam, quốc gia kiến tạo phát triển bao hàm các yếu tố cơ bản là Nhà nước, xã hội và thể chế kiến tạo phát triển. Nói cách khác, ở Việt Nam, quốc gia kiến tạo phát triển phụ thuộc vào việc xác định các mục tiêu, phương pháp và nguyên tắc thực hiện theo đúng quy luật phát triển khách quan của xã hội loài người. Theo đó, cần xác định rõ các hình thức, nội dung, bản chất của các chính sách trong quốc gia. Chẳng hạn, cần xác định rõ các hình thức sở hữu trong chính sách về đất đai, như *sở hữu quốc gia* (cộng đồng), *tư nhân* (cá nhân, nhóm), chứ không phải là sở hữu “toàn dân” như hiện nay; xác định rõ các hình thức trong chính sách về đầu tư, như chính sách *đầu tư của quốc gia*, hay *đầu tư*

6 <http://giaoduc.net.vn/Xa-hoi/Thu-tuong-chi-ro-9-yeu-kem-trong-phat-trien-kinh-te-xa-hoi-post162681.gd>

7 Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XII (2016), Nxb. Chính trị Quốc gia, H., tr. 219.

8 Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XII, Sdd, tr. 217.



*của tư nhân* vào sản xuất, kinh doanh, dịch vụ, chứ không phải là đầu tư công (nhóm) bởi Nhà nước - cơ quan đại diện trong quốc gia như hiện nay; hay xác định rõ các hình thức phát triển trong chính sách về ngân hàng, như phát triển ngân hàng tư nhân, cổ phần, tức phát triển ngân hàng của quốc gia (ngân hàng quốc gia), chứ không phải là ngân hàng nhà nước như hiện nay.

*Thứ hai*, cần xây dựng chiến lược phát triển quốc gia trên cơ sở nhận thức rõ bản chất của quốc gia kiến tạo phát triển. Chiến lược phát triển quốc gia cần phải dựa trên nền tảng tư tưởng Hồ Chí Minh về bảo đảm quyền làm chủ của Nhân dân<sup>9</sup>. Điều đó có nghĩa, cần phải có sự nhận thức đúng đắn về quyền làm chủ của Nhân dân nói riêng và bản chất của dân chủ nói chung. Lâu nay, bản chất của hiện tượng dân chủ chưa được các nhà khoa học xã hội ở Việt Nam phân tích thấu đáo, làm sáng tỏ. Dân chủ cần phải được nhận thức đúng đắn theo tư tưởng Hồ Chí Minh. Theo đó, cần phải xác định rõ vị trí, vai trò của Nhân dân - lực lượng tương tự như các “người chủ” (mục tiêu) và có quyền “làm chủ” (phương pháp) theo nguyên tắc “pháp quyền” trong quốc gia dân chủ cộng hòa thật sự<sup>10</sup>. Dân chủ có thể được nhìn nhận tương tự như một “con đường dân chủ” dài vô tận với các mục tiêu hướng tới *độc lập* mang tính “nhân quả” (đầu - cuối), có phương pháp thực hiện mang tính *đối lập* “song hành” (phải - trái) và nguyên tắc thực hiện mang tính *đối lập, độc lập* “trung gian” (ở giữa), tức “thực hành dân chủ”<sup>11</sup>. Thực hành dân chủ là hiện

tượng gắn với hoạt động mang tính tự do của con người; trong mối quan hệ với tự do, thì hiện tượng dân chủ tương tự như mục tiêu, phương pháp, còn hiện tượng tự do tương tự như nguyên tắc. Nói cách khác, dân chủ được nhìn nhận vừa là mục tiêu, vừa là động lực trong quá trình phát triển khách quan của xã hội loài người. Nếu trong quốc gia, xã hội loài người mà thiếu tự do, dân chủ sẽ không có phát triển.

*Thứ ba*, cần xác định rõ các mục tiêu chung, ngắn hạn, dài hạn, ở các ngành, địa phương, cơ sở, trên cơ sở đó, biết đề ra các phương pháp, nguyên tắc thực hiện tùy theo từng loại hình mục tiêu cụ thể. Thực hiện mục tiêu phúc lợi chung của quốc gia cần phải dựa trên cơ sở thể chế dân chủ cộng hòa theo nguyên tắc pháp quyền, nhằm bảo đảm sự cân bằng về môi trường sống trong tự nhiên, sự công bằng, bình đẳng về giá trị, quyền lợi, tinh thần giữa các cá nhân, nhóm, cộng đồng. Quốc gia Việt Nam chỉ có thể giàu mạnh, dân chủ, công bằng, văn minh khi xây dựng được chiến lược phát triển bền vững. Tức là biết phát huy vai trò của xã hội kiến tạo, trong đó các *doanh nghiệp* giữ địa vị chủ đạo - cơ sở để “quốc gia khởi nghiệp” thực hiện được mục tiêu “dân giàu”; biết nâng cao tiềm lực của nhà nước kiến tạo, trong đó *Chính phủ* giữ vai trò nòng cốt - cơ sở để quốc gia thực hiện được mục tiêu “nước mạnh”; biết xây dựng thể chế kiến tạo, trong đó *pháp quyền* giữ vị trí tối thượng - cơ sở để quốc gia thực hiện được mục tiêu “dân chủ, công bằng, văn minh”■

9 Xem: Nguyễn Hữu Đồng, “Tư tưởng Hồ Chí Minh về nhân dân làm chủ trong xây dựng chủ nghĩa xã hội ở Việt Nam”, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 9, tháng 5/2017.

10 <http://lyluanchinhtri.vn/home/index.php/bai-noi-bat/item/2241-%E2%80%9Ctuyen-ngon-doc-lap%E2%80%9D-nen-mong-xay-dung-%E2%80%9Cnha-nuoc-phap-quyen-cua-dan-do-dan-vi-dan%E2%80%9D-o-viet-nam.html>

11 Ban Chấp hành Trung ương Đảng, Di chúc của Chủ tịch Hồ Chí Minh, H., 1989, tr. 48.

## LUẬT THỦY SẢN NĂM 2017 VÀ VIỆC ĐẤU TRANH PHÒNG CHỐNG ĐÁNH BẮT BẤT HỢP PHÁP, KHÔNG BÁO CÁO, KHÔNG THEO QUY ĐỊNH (IUU)

**Nguyễn Hồng Thao\***

\* PGS. TS. Đại học Quốc gia Hà Nội.

### Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Luật Thủy sản, IUU, đánh bắt bất hợp pháp, không báo cáo

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 07/01/2018

Biên tập: 18/01/2018

Duyệt bài: 26/01/2018

### Article Information:

*Keywords:* Fisheries Law, IUU, illegal, unreported and unregulated fishing.

*Article History:*

Received: 07 Jan. 2017

Edited: 18 Jan. 2018

Approved: 26 Jan. 2018

### Tóm tắt:

Luật Thủy sản năm 2017 đã tạo khung pháp lý đủ rộng để thực thi và hợp tác cùng các nước trong khu vực, các tổ chức nghề cá khu vực đấu tranh phòng chống IUU. Việc thông qua Luật Thủy sản giúp Việt Nam chủ động tránh các thẻ đỏ IUU, nâng cao năng suất khai thác và xuất khẩu các sản phẩm thủy sản khai thác có nguồn gốc, phát triển nền thủy sản Việt Nam một cách bền vững, góp phần ổn định trật tự trên biển, đẩy mạnh phát triển kinh tế đất nước kết hợp bảo vệ an ninh quốc phòng.

### Abstract:

The Fisheries Law of 2017 has provided a broad legal framework for enforcement and cooperation with regional countries and regional fisheries organizations fighting IUU. Adoption of the Fisheries Law helps Vietnam to actively avoid the red cards of IUU, improve the productivity of exploiting and exporting the fishery products originated and developing the fisheries in Vietnam in a sustainable manner, for the stabilized sea activities, for promotion of the national economic developments in combination with security and national defense.

### 1. Pháp luật quốc tế về đánh cá bất hợp pháp, không báo cáo và không theo quy định

Điều 3 Kế hoạch hành động quốc tế của FAO<sup>1</sup> nhằm phòng ngừa, ngăn chặn và

loại trừ nạn đánh cá trái phép, không báo cáo và không theo quy định (IPOA - IUU) 2001 định nghĩa:

- Đánh bắt bất hợp pháp là các hành vi

1 FAO (Food and Agriculture Organization of the United Nations): Tổ chức Lương thực và Nông nghiệp Liên hiệp quốc.

được tiến hành bởi:

+ Các tàu cá trong nước hoặc nước ngoài trong các vùng biển thuộc quyền tài phán quốc gia nhưng không có sự cho phép của quốc gia đó hoặc vi phạm các luật và quy định của quốc gia đó;

+ Các tàu cá treo cờ của các quốc gia là thành viên của tổ chức quản lý nghề cá khu vực nhưng hoạt động đi ngược lại các biện pháp bảo tồn và quản lý mà tổ chức đó thông qua và các quốc gia thành viên có nghĩa vụ thực hiện, hoặc không đúng các quy định thích hợp của luật quốc tế có thể áp dụng;

+ Các tàu cá vi phạm luật trong nước hoặc các nghĩa vụ quốc tế, bao gồm cả các hoạt động được tiến hành bởi các quốc gia hợp tác với tổ chức khu vực quản lý nghề cá hữu quan.

+ Không báo cáo là các hành vi: không báo cáo hoặc báo cáo sai cho nhà chức trách hữu quan, vi phạm các luật và quy định quốc gia; hoặc được tiến hành trong khu vực thẩm quyền của tổ chức khu vực quản lý nghề cá hữu quan và không báo cáo hoặc báo cáo sai, vi phạm thủ tục báo cáo của tổ chức đó.

- Không theo quy định là các hành vi: Được tiến hành trong khu vực thẩm quyền của tổ chức khu vực quản lý nghề cá hữu quan bởi các tàu cá không có quốc tịch, bởi tàu cá treo cờ của quốc gia không phải là thành viên của tổ chức hoặc bởi bất kỳ thực thể nghề cá khác với phương thức không phù hợp hoặc vi phạm biện pháp bảo tồn và quản lý của tổ chức đó; hoặc được tiến hành trong khu vực có các đàn cá chưa có các

biện pháp bảo tồn và quản lý theo quy định bởi các tàu cá theo phương thức không phù hợp với trách nhiệm quốc gia về bảo tồn các tài nguyên sinh vật biển theo luật quốc tế.

IUU ảnh hưởng tiêu cực đến nghề cá thế giới và của mỗi quốc gia. IUU tác động đến an toàn thực phẩm, liên kết tới các tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia như buôn bán ma túy, hạn chế và bóp nghẹt các nghề cá quy mô nhỏ của các quốc gia đang phát triển, tiếp sức cho tham nhũng, rửa tiền và gian lận thương mại. Lượng cá đánh bắt phi pháp hàng năm được ghi nhận khoảng 11 đến 26 triệu tấn trị giá 11 đến 23,5 tỷ USD<sup>2</sup>. Trong khoảng 20 năm gần đây, vấn đề này ngày càng nghiêm trọng buộc cộng đồng quốc tế phải sớm có những biện pháp đối phó.

Hệ thống các văn bản quốc tế đấu tranh chống IUU có thể kể đến: Công ước Luật Biển năm 1982, Thỏa thuận thúc đẩy việc tuân thủ các biện pháp bảo tồn và quản lý do tàu cá thực hiện ở trên biển cả của FAO năm 1993, Hiệp định thực hiện các điều khoản của Công ước Luật Biển của Liên hiệp quốc năm 1982 về bảo tồn và quản lý đàn cá lưỡng cư và di cư xa (UNSFSA-1995), Quy tắc ứng xử nghề cá có trách nhiệm của FAO năm 1995, Kế hoạch hành động quốc tế của FAO nhằm phòng ngừa, ngăn chặn và loại trừ nạn đánh cá trái phép, không báo cáo và không theo quy định (IPOA - IUU) năm 2001, Hiệp định của FAO về các biện pháp quản lý cảng nhằm phòng ngừa, ngăn chặn và loại trừ nạn đánh cá trái phép, không báo cáo và không theo quy định năm 2009, Hướng dẫn tự nguyện hoàn thiện quy định của quốc gia mà tàu mang cờ năm 2014, và

2 Eu Parlement, Illegal, unreported and unregulated fishings: sanctions in EU, Study 2014, p. 19  
FAO, Illegal, Unreported and Unregulated (IUU), 2016.

nhieu kế hoạch hành động quốc tế khác. Tuy nhiên, trừ Công ước Luật Biển năm 1982 và Hiệp định UNSFA-1995, hầu hết các văn bản pháp lý này đều mang tính khuyến nghị các quốc gia thực hiện một cách có trách nhiệm nhằm đảm bảo bảo tồn, phát triển nguồn lợi thủy sản, môi trường bền vững. Điều này cho thấy việc tạo một khung pháp lý mang tính bắt buộc và phối hợp hoạt động của các nước đấu tranh IUU còn hết sức nan giải.

Theo đánh giá của Indonesia, hàng năm có tới 5.000 tàu cá nước ngoài đánh bắt bất hợp pháp trong các vùng biển của mình, làm mất từ 3,1 đến 5,2 tỷ USD/năm<sup>3</sup>. Indonesia đang nỗ lực kêu gọi khu vực và quốc tế tăng cường đấu tranh nạn đánh bắt cá phi pháp, không báo cáo và không đúng quy định. Phòng ngừa, ngăn chặn và loại trừ nạn đánh cá trái phép là một trong những mục tiêu chính của chính sách biển Indonesia thành bản lề biển toàn cầu “global maritime fulcrum” giữa Ấn Độ Dương và Thái Bình Dương do Tổng thống Joko Widodo khởi xướng. Indonesia đã đưa ra một loạt biện pháp cứng rắn như cấm 01 năm hoạt động các tàu cá do nước ngoài đóng, cấm chuyển tải trên biển, lập lực lượng chuyên trách nhằm ngăn ngừa và loại bỏ đánh bắt cá phi pháp IUUF, thi hành chính sách đánh đắm tàu cá vi phạm, ban hành nhiều luật lệ kiểm tra, kiểm soát mới<sup>4</sup>. Indonesia cho rằng, vấn đề IUU không thể chỉ giải quyết trong khuôn khổ chính sách quốc gia mà đòi hỏi phải có những nỗ lực chung của cả khu vực.

## 2. Nguyên nhân đánh cá bất hợp pháp, không báo cáo và không theo quy định tại Việt Nam

Việt Nam là một trong các quốc gia thuộc khu vực Châu Á - Thái Bình Dương có tiềm năng khai thác thủy sản trên biển. Hiện nay Việt Nam có khoảng 100.000 tàu cá hoạt động trong vùng nội thủy và lãnh hải rộng khoảng 226.000 km<sup>2</sup>, vùng đặc quyền kinh tế khoảng 700.000 km<sup>2</sup><sup>5</sup>. Do lượng cá ven bờ đã cạn kiệt, từ năm 2007, Nhà nước thực hiện chính sách khuyến khích đánh bắt cá xa bờ nhằm thúc đẩy các tàu cá Việt Nam đi xa hơn, tới vùng đặc quyền kinh tế chưa được phân định với các nước láng giềng. Một số tàu cá đi xa hơn vào vùng nước thuộc quyền chủ quyền và tài phán của các quốc gia khác do ngư dân chưa thông thạo, chưa phân biệt quy chế các vùng biển, tạo nên nguy cơ vi phạm các quy định về IUU. Các biện pháp triển khai chưa dự báo đúng, đáp ứng đúng sự biến đổi của tình hình. Việc tuyên truyền pháp luật biển cho các ngư dân đã được triển khai nhưng chưa thường xuyên, chưa thật sự được coi trọng. Trang thiết bị đi biển, theo dõi hành trình, định vị trên biển còn hạn chế.

Luật Thủy sản năm 2003 có hiệu lực từ 01/7/2004 chưa thể hiện rõ chính sách của Nhà nước trong việc hạn chế khai thác thủy sản ven bờ, phát triển đánh bắt xa bờ theo phương thức bền vững, quản lý IUU của tàu thuyền nước ngoài cũng như chưa trừ định điều chỉnh các hoạt động thủy sản của tổ chức, cá nhân Việt Nam khai thác thủy sản tại vùng biển thuộc quyền quản lý

3 Heriyanto, Illegal Fishing Costs Indonesia 3 Billion Dollars A Year, Pontianak Post, <http://www.aseannews.net/illegal-fishing-costs-indonesia-3-billion-dollars-a-year/>

4 Kinanti Kusumawardani, 'IUU Fishing as Transnational Organized Crime' Discourse: A Policy Argumentation Analysis, Taufik University of Indonesia <http://web.isanet.org/Web/Conferences/HKU2017-s/Archive/d2f368c4-6b38-4247-8383-27fbc57d9267.pdf>

5 Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn, Tổng cục Thủy sản, Báo cáo thuyết minh Dự án Luật Thủy sản sửa đổi 2016, tr. 1

của các tổ chức nghề cá khu vực, của quốc gia và vùng lãnh thổ khác. Luật Thủy sản năm 2003 không có các quy định cụ thể theo chuỗi quản lý khép kín từ tổ chức, cá nhân, phương tiện, giấy phép, cảng, khu neo đậu, tới nguồn gốc khai thác thủy sản và lực lượng giám sát kiểm tra. Luật chưa thể hiện chính sách phát triển các cơ sở đóng mới, cải hoán tàu cá có tính chất công nghiệp, có năng lực đóng mới, cải hoán tàu cá có công suất lớn; chưa quy định việc cấp phép cho tàu cá hoạt động khai thác thủy sản trên cơ sở xác định trữ lượng, quản lý quota, đảm bảo an toàn tàu cá hay quản lý một số nghề khai thác không sử dụng tàu cá; chưa phân cấp mạnh cho địa phương trong việc đăng ký tàu cá và quản lý thuyền viên tàu cá; chưa quy định về các trường hợp xóa đăng ký tàu cá, về xuất, nhập khẩu tàu cá.... Điều này gây khó khăn cho công tác quản lý các tàu cá, công tác tuyên truyền, đấu tranh phòng chống IUU.

### **3. Nội dung của Luật Thủy sản năm 2017 về khai thác bất hợp pháp và chống IUU**

#### ***3.1 Một số nội dung nâng cao trách nhiệm quản lý nguồn lợi thủy sản***

Luật Thủy sản năm 2017 đã có những quy định cụ thể nâng cao quản lý nguồn lợi theo hướng phát triển bền vững, quản lý người và phương tiện, hoạt động khai thác và hậu cần nguồn lợi thủy sản, quy định lực lượng kiểm tra giám sát, trách nhiệm của quốc gia có cảng, vấn đề truy xuất nguồn gốc đối với nguyên liệu thủy sản.

Khai thác nguồn lợi thủy sản phải dựa trên nguyên tắc phát triển bền vững, phải căn cứ vào trữ lượng nguồn lợi thủy sản, gắn với bảo vệ, tái tạo và phát triển nguồn lợi thủy sản, không làm cạn kiệt nguồn lợi thủy sản, không ảnh hưởng đến đa dạng sinh học; tiếp cận thận trọng, dựa vào hệ sinh thái và các

chỉ số khoa học trong quản lý hoạt động thủy sản (Điều 5). Quy định này đã khắc phục hạn chế của Luật Thủy sản năm 2003, đặt rõ vấn đề hạn chế đánh bắt cận bờ, khuyến khích đánh bắt xa bờ nhưng trên cơ sở có nghiên cứu đánh giá trữ lượng nguồn lợi thủy sản. Quy định này tạo điều kiện quản lý các hoạt động hợp tác đánh bắt thủy sản tại vùng đặc quyền kinh tế Việt Nam theo quy chế của Điều 62 Công ước Liên hiệp quốc về Luật Biển, theo đó Việt Nam nghiên cứu đánh giá trữ lượng có thể đánh bắt, xác định khả năng có thể đánh bắt của tàu thuyền trong nước, cấp quota cho từng tàu cá và cho phép ngư dân các quốc gia khác đánh bắt phần số dư (trữ lượng có thể đánh bắt - năng lực đánh bắt quốc gia >0) trên cơ sở ký kết hiệp định hợp tác nghề cá và quy định quota (Điều 55). Đồng thời, Việt Nam cũng phải xúc tiến ký kết các hiệp định nghề cá tương tự cho phép ngư dân Việt Nam đánh bắt tại vùng biển của các quốc gia khác trên cơ sở quota (Điều 53-54).

IUU được quy định rõ là một trong những hành vi bị nghiêm cấm trong hoạt động thủy sản (Điều 7), cùng các hành vi hủy hoại nguồn lợi thủy sản, hệ sinh thái, khu vực thủy sản tập trung sinh sản, thủy sản còn non, nơi cư trú của thủy sản, hay các hoạt động trái phép khác.

Điều 60 của Luật quy định khai thác thủy sản bất hợp pháp là các hành vi khai thác không có giấy phép; khai thác trong vùng cấm, thời gian cấm khai thác; khai thác và vận chuyển các thủy sản cấm khai thác; khai thác thủy sản có kích thước nhỏ hơn quy định; sử dụng các nghề, ngư cụ khai thác bị cấm; khai thác trái phép các loài thuộc danh mục thủy sản nguy cấp, quý, hiếm; khai thác vượt sản lượng, sai vùng, quá hạn giấy phép; khai thác trái phép tại các vùng biển thuộc quyền quản lý của quốc gia và vùng lãnh thổ

khác; che giấu, giả mạo, hủy chứng từ; ngăn cản, chống đối người có thẩm quyền giám sát, kiểm tra; không đầy đủ giấy tờ chứng nhận, thiết bị an toàn, thông tin theo quy định; không ghi, ghi không đầy đủ, không đúng, không nộp nhật ký khai thác, không nộp báo cáo theo quy định; tạm nhập, tái xuất, tạm xuất, tái nhập, chuyển khẩu, quá cảnh qua lãnh thổ Việt Nam thủy sản, sản phẩm thủy sản có nguồn gốc đánh bắt bất hợp pháp; sử dụng tàu cá không quốc tịch hoặc mang quốc tịch của quốc gia không phải thành viên để khai thác thủy sản trái phép trong vùng biển thuộc quyền quản lý của tổ chức nghề cá khu vực; sử dụng tàu cá để khai thác thủy sản không theo quy định về khai thác và bảo vệ nguồn lợi thủy sản trong vùng biển cả không thuộc quyền quản lý của tổ chức nghề cá khu vực.

Quy định của Điều 60 Luật Thủy sản năm 2017 phù hợp với nội dung của Kế hoạch hành động quốc tế của FAO nhằm phòng ngừa, ngăn chặn và loại trừ nạn đánh cá trái phép, không báo cáo và không theo quy định (IPOA - IUU).

Luật Thủy sản năm 2017 cũng quy định rõ nghĩa vụ hợp tác quốc tế của tổ chức, người và phương tiện Việt Nam khai thác thủy sản trong bảo tồn và quản lý tài nguyên sinh vật trong vùng biển cả, loài cá di cư theo quy định của các tổ chức nghề cá khu vực và Công ước của Liên hiệp quốc về Luật Biển năm 1982, trong phối hợp kiểm tra, xử lý hành vi khai thác thủy sản bất hợp pháp trong và ngoài lãnh thổ Việt Nam theo quy định của Điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên (Điều 8).

### 3.2 Một số biện pháp quản lý

*Thứ nhất*, theo quy định của Điều 9 Luật Thủy sản năm 2017, việc quản lý tàu thuyền, người và hoạt động khai thác thủy

sản được thực hiện trên cơ sở dữ liệu quốc gia thủy sản, thống nhất từ trung ương đến địa phương. Tàu thuyền nước ngoài khi vào vùng biển Việt Nam khai thác thủy sản cũng phải báo cáo cập nhật các dữ liệu này để có sự phối hợp hợp tác quản lý tốt.

*Thứ hai*, quản lý hoạt động khai thác thủy sản và đấu tranh phòng chống IUU dựa trên cơ chế quản lý bằng giấy phép. Căn cứ để xác định hạn ngạch giấy phép là kết quả điều tra, đánh giá trữ lượng nguồn lợi, xu hướng biến động nguồn lợi, tổng sản lượng tối đa có thể cho phép khai thác, cơ cấu nghề, đối tượng, loài, vùng biển khai thác. Hạn ngạch giấy phép được công bố, điều chỉnh 60 tháng/lần, trừ trường hợp có biến động (Điều 49). Tổ chức, cá nhân khai thác thủy sản bằng tàu cá có chiều dài từ 6m trở lên phải có giấy phép khai thác thủy sản (Điều 50). Luật Thủy sản năm 2017 đã áp dụng quy định mới xác định năng lực tàu cá bằng mét chiều dài chứ không phải bằng ngân nước trọng tải và công suất 60, 90 CV như trước. Đối với tàu cá có độ dài từ 15m trở lên phải có thiết bị kiểm tra giám sát hành trình. Nội dung giấy phép có nhiều điểm mới so với Luật Thủy sản năm 2003, nhất là quy định các tàu hoạt động ở vùng biển xa phải có số đăng ký, tên tàu, hồ hiệu, mã số của Tổ chức Hàng hải quốc tế.

Theo yêu cầu của đấu tranh phòng chống IUU, Luật Thủy sản năm 2017 đã bổ sung điểm b khoản 5 Điều 50 quy định về giấy phép khai thác thủy sản có thể bị thu hồi khi khai thác thủy sản trái phép ngoài vùng biển Việt Nam. Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn cấp, gia hạn, cấp lại, thu hồi Giấy phép khai thác thủy sản cho tổ chức, cá nhân nước ngoài hoạt động thủy sản trong vùng biển Việt Nam; tổ chức, cá nhân Việt Nam khai thác thủy sản trái phép ngoài vùng biển Việt Nam (Điều 51).

Mục 2 Chương IV Luật Thủy sản năm 2017 quy định về khai thác thủy sản ngoài vùng biển Việt Nam. Hoạt động này được tiến hành trên cơ sở hạn ngạch số lượng thủy sản có thể đánh bắt mà quốc gia khác dành cho Việt Nam trên cơ sở các hiệp định đã ký phù hợp Điều 62 của Công ước Luật Biển năm 1982 hoặc xác định của tổ chức nghề cá khu vực. Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn là cơ quan cấp phép khi các điều kiện về thuyền trưởng, thuyền viên, tàu phải có đủ văn bằng chứng chỉ theo quy định, có Giấy chứng nhận an toàn kỹ thuật tàu cá còn hiệu lực ít nhất 6 tháng, đủ trang thiết bị an toàn cho người và tàu, thiết bị giám sát hành trình, thông tin liên lạc phù hợp. Khi hoạt động, tàu cá và người trên tàu phải tuân thủ các quy định của tổ chức nghề cá khu vực và của quốc gia, vùng lãnh thổ cấp hạn ngạch (Điều 53, 54). Trong quá trình hoạt động, thuyền trưởng phải mang theo bản chính hoặc bản sao chứng thực các giấy tờ liên quan do chính quyền Việt Nam cấp, các giấy tờ liên quan do chính quyền quốc gia và vùng lãnh thổ khác cấp cho tàu cá đến hoạt động tại vùng biển của quốc gia, vùng lãnh thổ đó.

Theo quy định của Luật Thủy sản năm 2017, tàu thuyền nước ngoài được phép đánh bắt thủy sản trong vùng biển Việt Nam khi hội tụ đủ các yếu tố: có thỏa thuận quốc tế hoặc điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên, có giấy phép hoạt động, có giấy chứng nhận đăng ký đầu tư hoặc dự án hợp tác khai thác thủy sản đã được phê duyệt, có giấy chứng nhận đăng ký tàu hợp pháp, giấy chứng nhận an toàn kỹ thuật còn hiệu lực ít nhất 6 tháng, giấy phép sử dụng tần số và thiết bị vô tuyến, có thiết bị giám sát hành trình và tàu phải không có trong danh sách IUU đánh bắt cá bất hợp pháp. Thuyền viên nước ngoài, bên cạnh các giấy tờ căn cước, chứng chỉ chuyên

môn còn phải được sự đồng ý của Bộ Công an và Bộ Quốc phòng Việt Nam (Điều 55). Điều 56 quy định cụ thể về chế độ cấp lại, gia hạn, thu hồi giấy phép. Các giấy phép chỉ được cấp lại khi đã nộp đầy đủ nhật ký khai thác thủy sản và báo cáo hành trình hoạt động (điểm b khoản 3 Điều 56). Giấy phép bị thu hồi khi có dấu hiệu tẩy, xóa, sửa chữa, có các hoạt động không đúng như nội dung ghi trong giấy phép và thủy sản trên tàu có nguồn gốc từ khai thác thủy sản bất hợp pháp (khoản 5 Điều 56). Các tàu chấm dứt hoạt động trước khi giấy phép hết hiệu lực phải thông báo bằng văn bản cho Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn ít nhất 07 ngày làm việc trước khi ngừng hoạt động.

Việt Nam cũng tăng cường quản lý các nguồn thủy sản khai thác trên tàu cá. Các giám sát viên Việt Nam được cử lên các tàu cá nước ngoài để giám sát các hoạt động khai thác thủy sản; điều tra nguồn lợi thủy sản; huấn luyện kỹ thuật, chuyển giao công nghệ về thủy sản. Tàu cá nước ngoài có nghĩa vụ tuân thủ yêu cầu của giám sát viên, chấp hành việc thanh tra, kiểm tra, kiểm soát của lực lượng chức năng Việt Nam (Điều 58).

*Thứ ba*, quản lý theo cảng. Theo quy định của Luật Thủy sản năm 2007, tàu thuyền nước ngoài được phép hoạt động khai thác thủy sản trong vùng biển Việt Nam phải đưa tàu vào đúng cảng đăng ký, phải thông báo cho Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn ít nhất 7 ngày làm việc trước khi đi vào Việt Nam, làm các thủ tục xuất nhập cảnh theo quy định của pháp luật Việt Nam. Tuy nhiên, Luật Thủy sản năm 2017 chưa quy định cụ thể “vào Việt Nam” là vào lãnh hải Việt Nam hay vào đến cảng quy định của Việt Nam và trường hợp tàu nước ngoài bắt buộc phải vào cảng Việt Nam rồi mới được ra biển tiến hành đánh bắt hay có thể đến ngay khu vực quy định cho phép đánh bắt.

Điều 83 quy định tàu nước ngoài chỉ được vào cảng cá đã được ghi trong giấy phép hoặc cảng cá được Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn chấp thuận. Trước khi vào cảng, tàu nước ngoài phải thông báo cho tổ chức quản lý cảng cá ít nhất 24 giờ về tên tàu, số đăng ký, hồ hiệu, cơ quan cấp phép, sản lượng và loài đánh bắt. Các văn bản dưới luật cần thể hiện rõ hơn quy định thông báo của tàu thuyền nước ngoài khi đi vào cảng cá và vùng biển Việt Nam.

Các cảng cũng đóng vai trò quan trọng trong quản lý nguồn gốc sản phẩm thủy sản đánh bắt. Sản phẩm đánh bắt chỉ được tiêu thụ tại các cảng cá Việt Nam trừ trường hợp có hợp đồng xuất khẩu (điểm h khoản Điều 57). Cơ quan thẩm quyền của Việt Nam sẽ cấp giấy chứng nhận nguồn gốc sản phẩm thủy sản có nguồn gốc được đánh bắt tại vùng biển Việt Nam không vi phạm các quy định đánh bắt cá bất hợp pháp cho các tổ chức, cá nhân có yêu cầu (Điều 61). Ngược lại, các tổ chức, cá nhân Việt Nam có hoạt động khai thác thủy sản ở nước ngoài cũng cần có đủ các giấy xác nhận nguồn gốc trên cho sản phẩm đánh bắt của mình. Điểm g, h khoản 2 Điều 81 quy định người đứng đầu tổ chức cảng cá có quyền xác nhận nguồn gốc thủy sản khai thác theo quy định, tiếp nhận các báo cáo, nhật ký khai thác của tàu cá vào cảng, tổng hợp báo cáo cơ quan nhà nước có thẩm quyền theo quy định của Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn: có quyền từ chối không cho bốc dỡ các sản phẩm có nguồn gốc khai thác bất hợp pháp và báo cáo cho cơ quan có thẩm quyền xử lý.

*Thứ tư*, quản lý bằng các báo cáo và nhật ký. Theo quy định của Luật Thủy sản năm 2017, tàu thuyền nước ngoài phải ghi nộp nhật ký khai thác thủy sản theo chuyến biển đối với tàu hoạt động khai thác hoặc báo cáo hoạt động theo chuyến biển đối với các

tàu điều tra, đánh giá nguồn lợi, vận chuyển, thu mua thủy sản và các hoạt động khác. Các nhật ký và báo cáo được chấp nhận ghi bằng tiếng Việt hoặc tiếng Anh. Trong tương lai, Việt Nam cũng nên quy định báo cáo và nhật ký thể hiện trên cả hai thứ tiếng, bảo đảm quyền chủ quyền đối với tài nguyên sinh vật trong vùng biển của mình.

*Thứ năm*, tổ chức lại lực lượng, tăng cường kiểm tra giám sát. Luật Thủy sản năm 2017 đã tạo cơ sở pháp lý cho việc xây dựng lực lượng Kiểm ngư, lực lượng chuyên trách của Nhà nước, có chức năng thực thi pháp luật Việt Nam và điều ước quốc tế có liên quan mà Việt Nam là thành viên về khai thác và bảo vệ nguồn lợi thủy sản (Điều 87, 88). Kiểm ngư được tổ chức ở cấp trung ương và cấp tỉnh (Điều 89). Đây là lực lượng chủ chốt tiến hành đấu tranh phòng chống IUU, được trang bị đầy đủ và được đào tạo, hiểu biết thông thạo các quy định trên biển, các quy định về IUU cũng như hợp tác trên biển.

Bằng các quy định theo chuỗi nghiên cứu, đánh giá, cho phép khai thác, quản lý tàu, tổ chức, cá nhân tham gia khai thác thủy sản, quản lý các sản phẩm khai thác tại các cảng cá và bằng giấy chứng nhận nguồn gốc cùng các quy định về tổ chức lực lượng, tăng cường công tác kiểm tra, giám sát, Luật Thủy sản năm 2017 đã tạo khung pháp lý đủ rộng để thực thi và hợp tác cùng các nước trong khu vực, các tổ chức nghề cá khu vực đấu tranh phòng chống IUU. Việc thông qua Luật Thủy sản năm 2017 là kịp thời, giúp Việt Nam chủ động tránh các thế đò IUU, nâng cao năng suất khai thác và xuất khẩu các sản phẩm thủy sản khai thác có nguồn gốc, phát triển nền thủy sản Việt Nam một cách bền vững, góp phần ổn định trật tự trên biển, đẩy mạnh phát triển kinh tế đất nước, kết hợp bảo vệ an ninh quốc phòng■



# NHẬN CHUYỂN NHƯỢNG QUYỀN SỬ DỤNG ĐẤT

## NHẪM THỰC HIỆN DỰ ÁN - BẮT CẬP VÀ GIẢI PHÁP ĐỀ XUẤT

**Đặng Hùng Võ\***  
**Phan Trung Hiền\*\***

\* GS. TSKH. Đặng Hùng Võ, nguyên Thứ trưởng Bộ Tài nguyên và Môi trường.

\*\* PGS. TS. Phan Trung Hiền, Phó Trưởng khoa Luật, Trường Đại học Cần Thơ.

### Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* sử dụng đất để thực hiện dự án, góp vốn bằng quyền sử dụng đất để thực hiện dự án, thu hồi đất.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 22/11/2017

Biên tập: 20/12/2017

Duyệt bài: 27/12/2017

### Article Infomation:

*Keywords:* land usage for implementation of project, capital contribution by using land usage right for implementation of project, land acquisition.

*Article History:*

Received: 22 Nov. 2017

Edited: 20 Dec. 2017

Approved: 27 Dec. 2017

### Dẫn nhập

Từ trước đến nay, khi đề cập đến việc cần một diện tích đất để làm dự án, người ta thường liên tưởng ngay đến trường hợp thu hồi đất. Mặc dù không thể phủ nhận vai trò

### Tóm tắt:

Chuyển dịch đất đai là một quy luật tất yếu tại tất cả các nước đang thực hiện quá trình công nghiệp hóa và đô thị hóa. Ở nước ta, việc chuyển dịch đất đai để thực hiện các dự án đầu tư vẫn tiếp tục diễn ra mạnh mẽ. Trên nguyên tắc, có thể thấy mục tiêu chung là có đất để thực hiện các dự án đầu tư, trong đó nhà đầu tư có dự án và có tiền, còn những người đang sử dụng đất thì có đất. Như vậy, sự chia sẻ lợi ích giữa ba bên gồm nhà đầu tư, người đang sử dụng đất và Nhà nước là bản chất của mọi cơ chế chuyển dịch đất đai.

### Abstract:

Land conversion is an inevitable rule in all nations in progress of the industrialization and urbanization. In Vietnam, the land conversion to implement the investment projects continues to take place strongly. In principle, the common goal is to have land for the implementation of investment projects, in which investors have projects and possess money, while land users possess the land use rights. Thus, the sharing of benefits between the three parties, including investors, land users and the government, is the nature of all land conversion mechanisms.

của các quy định về thu hồi đất nhằm thực hiện dự án công ích hay phát triển kinh tế cho nhu cầu phát triển, chỉnh trang đô thị, nông thôn, song đây cũng là chế định gây ra nhiều vướng mắc, kể cả những khiếu nại, khiếu kiện với số lượng lớn và mức độ gay

gất cao. Thật ra, pháp luật Việt Nam có quy định việc chuyển dịch quyền sử dụng đất (QSDĐ) nhằm thực hiện dự án theo cơ chế thỏa thuận vì mục đích sản xuất, kinh doanh. Nếu thực hiện tốt các quy định này sẽ phát huy được nguyên tắc đồng thuận và hợp tác, hạn chế các trường hợp thu hồi đất tràn lan, đồng thời góp phần phòng chống tham nhũng trong lĩnh vực đất đai.

### 1. Khái quát về nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất nhằm thực hiện dự án

Về lý luận cũng như thực tiễn, người ta phân ra làm hai phương thức chuyển dịch đất đai: thứ nhất là chuyển dịch đất đai bắt buộc trên cơ sở quyết định thu hồi đất bắt buộc của Nhà nước và Nhà nước thực hiện bồi thường, hỗ trợ, tái định cư theo quy định; thứ hai là chuyển dịch đất đai tự nguyện trên cơ sở nhà đầu tư cần đất phải thương thảo với những người đang sử dụng đất để tạo đồng thuận trong chuyển nhượng đất đai. Phương thức Nhà nước thu hồi đất lại được chia thành hai dạng: thứ nhất là Nhà nước thu hồi đất theo dự án đầu tư cụ thể; thứ hai là Nhà nước thu hồi đất theo quy hoạch sử dụng đất khi chưa có dự án đầu tư.

Ưu điểm của chuyển dịch đất đai bắt buộc là quá trình thực hiện nhanh do có sự can thiệp của Nhà nước bằng quyền lực, nhưng nhược điểm là gây ra khiếu nại quá nhiều do người bị thu hồi đất không muốn mất đất và việc bồi thường, hỗ trợ, tái định cư thường không thỏa mãn yêu cầu của người bị thu hồi đất. Ngược lại, ưu điểm của chuyển dịch đất đai tự nguyện là tạo được đồng thuận xã hội, nhưng nhược điểm là không bao giờ có thể thương thảo được với 100% người đang sử dụng đất, luôn tồn tại một thiểu số đòi hỏi quá cao mà nhà đầu tư không thể đáp ứng. Vì vậy, ở các nước người ta đưa ra một số phương thức “trung dung” nửa bắt buộc, nửa tự nguyện để tận dụng ưu điểm của cả hai phương thức bắt buộc và tự

nguyện.

Như vậy, *nhận chuyển nhượng QSDĐ nhằm thực hiện dự án là việc chủ đầu tư được nhận chuyển nhượng, thuê QSDĐ, nhận góp vốn bằng QSDĐ để thực hiện dự án theo quy định của pháp luật mà phù hợp với quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt.*

So với hình thức thu hồi đất thì trường hợp nhận chuyển nhượng QSDĐ nhằm thực hiện dự án, công trình sản xuất, kinh doanh có một số đặc điểm riêng sau đây<sup>1</sup>:

- *Nguyên tắc áp dụng*: Nhận chuyển nhượng QSDĐ nhằm thực hiện dự án, công trình sản xuất, kinh doanh được điều chỉnh bởi các nguyên tắc theo quy định của Điều 73 Luật Đất đai năm 2013;

- *Hình thức thực hiện*: Nhận chuyển nhượng QSDĐ nhằm thực hiện dự án, công trình sản xuất, kinh doanh được thực hiện thông qua một hợp đồng dân sự trước khi được Nhà nước chính thức giao dự án. Trình tự, thủ tục chuyển dịch QSDĐ theo quy định của pháp luật dân sự và quy định của pháp luật đất đai về chuyển nhượng, cho thuê, góp vốn bằng QSDĐ. Chủ đầu tư tự thỏa thuận với người sử dụng đất. Trường hợp này cơ quan nhà nước có thẩm quyền không ban hành quyết định thu hồi đất ngoại trừ trường hợp người sử dụng đất không có quyền chuyển nhượng, cho thuê, góp vốn bằng QSDĐ theo quy định pháp luật đất đai nhưng tự nguyện trả lại đất thì Nhà nước ra quyết định thu hồi (khoản 4 Điều 16 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP ban hành ngày 15/5/2014 quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đất đai).

- *Về tính toán thiệt hại*: Theo sự thỏa thuận của các chủ thể phù hợp với quy định của pháp luật và không trái đạo đức xã hội; có thể thỏa thuận bằng hình thức nhận tiền do chuyển quyền một lần. Pháp luật cho

1 Xem thêm: TS. Phan Trung Hiền, Những điều cần biết về thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư, Nxb. Chính trị quốc gia, tháng 10/2014, tr.69-71.

phép góp vốn bằng QSDĐ hoặc cho thuê đất nhưng trên thực tế phương án này ít khi được người sử dụng đất lựa chọn.

- *Giải quyết bất đồng*: Trong trường hợp có bất đồng xảy ra giữa chủ thể chuyển nhượng và chủ thể nhận chuyển nhượng thì không được phép ban hành quyết định cưỡng chế mà giải quyết theo thủ tục giải quyết tranh chấp đất đai.

Như vậy, nếu trường hợp Nhà nước thu hồi thì quy định theo hướng “quá cứng”: chuyển dịch đất đai bắt buộc, giá do Nhà nước quy định và quyết định thì trường hợp thỏa thuận nêu trên, tuy là bảo đảm yếu tố tự nguyện, nhưng được quy định “quá mềm” vì không có giới hạn về giá cho sự thỏa thuận... Đúng về góc độ người sử dụng đất, việc rơi vào phạm vi của từng loại dự án nêu trên sẽ dẫn đến chế độ bồi thường khác nhau. Điều này có thể dẫn đến sự so bì, khiếu nại trong trường hợp Nhà nước thu hồi đất vì mục đích phát triển kinh tế - xã hội. Chính vì vậy, các chuyên gia nghiên cứu ở Việt Nam khuyến nghị nên hoàn thiện cơ chế chuyển dịch đất đai tự nguyện để có thể áp dụng rộng rãi ở Việt Nam<sup>2</sup>.

## 2. Quy định của pháp luật hiện hành về nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất nhằm thực hiện dự án

Theo quy định của Luật Đất đai năm 1987 và 1993, chuyển dịch đất đai chỉ được thực hiện theo phương thức bắt buộc trên cơ sở Nhà nước thu hồi đất theo dự án vì pháp luật chưa cho phép nhà đầu tư được nhận chuyển nhượng QSDĐ và cũng chưa có quy hoạch sử dụng đất. Mặc dù Luật Đất đai năm 1993 quy định là “trong trường hợp thật cần thiết, Nhà nước thu hồi đất để sử dụng vào mục đích quốc phòng, an ninh, vì lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng”, nhưng trên thực tế thì Nhà nước thu hồi đất để giao

cho tất cả các dự án đầu tư đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt (vì lợi ích quốc gia).

Luật Đất đai năm 2003 tạo dựng một hệ thống quy hoạch sử dụng đất các cấp trên cơ sở thực tiễn triển khai trong những năm qua, đồng thời cho phép doanh nghiệp có quyền nhận chuyển nhượng QSDĐ từ tổ chức kinh tế, hộ gia đình, cá nhân. Luật cho phép thực hiện cả phương thức chuyển dịch đất đai bắt buộc và chuyển dịch đất đai tự nguyện. Chuyển dịch đất đai bắt buộc được thực hiện cho mọi dự án đầu tư vì lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng, quốc phòng, an ninh và một nhóm các dự án vì mục tiêu phát triển kinh tế mà Nhà nước cần. Đối với những dự án phát triển kinh tế khác thì nhà đầu tư phải thực hiện chuyển dịch đất đai tự nguyện. Hơn nữa, Luật này còn khuyến khích chuyển dịch đất đai tự nguyện bằng quy định rằng, chuyển dịch đất đai tự nguyện được áp dụng trong cả trường hợp thuộc phạm vi được áp dụng cơ chế chuyển dịch đất đai bắt buộc nhưng nhà đầu tư có nguyện vọng áp dụng phương thức chuyển dịch đất đai tự nguyện. Luật Đất đai năm 2003 cũng cho phép áp dụng cả phương thức Nhà nước thu hồi đất theo dự án và Nhà nước thu hồi đất theo quy hoạch.

Trên thực tế triển khai trong giai đoạn 2004 - 2014, chỉ có Đà Nẵng là thực hiện thành công phương thức Nhà nước thu hồi đất theo quy hoạch. Đà Nẵng đã chứng minh được một điều rất quan trọng là Đà Nẵng đã phát triển trở thành một thành phố hiện đại, đáng sống mà chỉ nhờ vào nguồn lực đất đai. Tất nhiên, Đà Nẵng cũng phải mạo hiểm vượt qua khung pháp luật chật hẹp về ngân sách và đất đai. Một số tỉnh miền Trung cũng đã thử nghiệm áp dụng cơ chế Nhà nước thu hồi đất theo quy hoạch nhưng đều thất bại vì quy hoạch sử dụng đất thiếu khả thi.

2 Xem thêm: Ngân hàng Thế giới, Cơ chế Nhà nước thu hồi đất và chuyển dịch đất đai tự nguyện ở Việt Nam: Phương pháp tiếp cận, định giá đất và giải quyết khiếu nại của dân (do GS., TSKH. Đặng Hùng Võ tư vấn độc lập), Hà Nội, 2011, tr. 10.

### 3. Những bất cập trong quy định và hướng dẫn về nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất nhằm thực hiện dự án

#### 3.1 Khó phân định ranh giới giữa trường hợp chủ đầu tư nhận chuyển nhượng QSDĐ nhằm thực hiện dự án và trường hợp Nhà nước thu hồi đất

Việc phân chia hai trường hợp: (i) Nhà nước thu hồi đất có bồi thường, trong đó có thu hồi đất vì mục đích phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng tại Điều 62 Luật Đất đai năm 2013; và (ii) trường hợp nhận chuyển nhượng QSDĐ nhằm thực hiện dự án quy định tại Điều 73 Luật Đất đai năm 2013 để phân định rạch ròi giữa yếu tố phát triển kinh tế - xã hội quốc gia, tăng cường thu hút đầu tư địa phương (lợi ích chung: thu hồi) với phát triển sản xuất, kinh doanh của các doanh nghiệp (lợi ích riêng: thỏa thuận). Dự án, công trình sản xuất, kinh doanh (theo quy định tại Điều 73 Luật Đất đai năm 2013) được xác định theo phương pháp loại trừ, tức là không thuộc các trường hợp Nhà nước thu hồi đất nhằm phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng (theo Điều 62 Luật Đất đai năm 2013).

Tuy nhiên, thực tế cho thấy, sự phân định giữa dự án “có lợi” cho nền kinh tế quốc gia, kinh tế địa phương (mục đích phát triển kinh tế - xã hội) với dự án “có lợi” cho doanh nghiệp (mục đích phát triển sản xuất - kinh doanh) là mang tính chất tương đối. Suy cho cùng, khi doanh nghiệp đi vào hoạt động, có sử dụng nhân công, sử dụng nguồn nông sản của địa phương, kích thích tiêu dùng, nộp thuế hoặc xây dựng mới các khu kinh doanh trong phạm vi dự án là góp phần chỉnh trang bộ mặt đô thị, làm tăng nguồn thu của địa phương và ít nhiều có đóng góp vào sự phát triển kinh tế của địa phương.

Mặt khác, trong quy định về các mục đích thu hồi đất tại Điều 62 Luật Đất đai năm 2013, có những trường hợp thu hồi đất rất khó phân định như: “dự án xây dựng khu đô thị mới, khu dân cư nông thôn mới; chỉnh trang đô thị...” (điểm d khoản 3 Điều 62 Luật Đất đai năm 2013). Trong điều kiện đó, Luật

Đất đai năm 2013 và các văn bản hướng dẫn thi hành không có định nghĩa về “khu đô thị mới” hay “chỉnh trang đô thị”. Trong trường hợp này, giả sử một doanh nghiệp đề xuất một dự án đầu tư xây dựng một khu thương mại dịch vụ mà có góp phần chỉnh trang, nâng cấp đô thị thì có xem là trường hợp Nhà nước thu hồi đất không? Thực tế cho thấy, có địa phương đã “tận dụng” những quy định không được hướng dẫn rõ ràng này để thu hồi đất với danh nghĩa “thu hồi đất vì mục đích phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng” mà đúng lý ra phải áp dụng trường hợp “nhận chuyển nhượng QSDĐ nhằm thực hiện dự án sản xuất, kinh doanh”. Hơn nữa, có những địa phương dời trự sở cơ quan nhà nước, cơ quan an ninh, quốc phòng đến khu đất mới mà áp dụng chế độ thu hồi đất vì mục đích quốc phòng, an ninh nhưng khu đất còn lại thì được sử dụng vào mục đích xây dựng các khu nhà ở thương mại, khu kinh doanh dịch vụ,... Hệ quả tất yếu là sự không rõ ràng về pháp luật sẽ dẫn tới tùy tiện trong áp dụng pháp luật, lợi dụng cơ chế Nhà nước thu hồi đất để giao đất cho nhà đầu tư thực hiện các dự án chỉ vì lợi ích của mình.

#### 3.2 Thiếu quy định về giới hạn của sự thỏa thuận

Khoản 1 Điều 73 Luật Đất đai năm 2013 quy định: “Việc sử dụng đất để thực hiện dự án, công trình sản xuất, kinh doanh không thuộc trường hợp Nhà nước thu hồi đất mà phù hợp với quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt thì chủ đầu tư được nhận chuyển nhượng, thuê QSDĐ, nhận góp vốn bằng QSDĐ theo quy định của pháp luật”.

Quy định cho phép thỏa thuận nhận chuyển nhượng, thuê, góp vốn bằng QSDĐ để thực hiện các dự án, công trình sản xuất - kinh doanh theo Điều 73 Luật Đất đai năm 2013 là quy định hết sức tiên bộ, kế thừa Luật Đất đai năm 2003 (sửa đổi, bổ sung khoản 2 Điều 40) nhằm sử dụng hiệu quả, hợp lý và tiết kiệm nguồn tài nguyên đất đai.

Tuy nhiên, điểm bất cập là cho đến nay, pháp luật về đất đai không quy định về giới

hạn của sự thỏa thuận. Chính vì vậy, nếu một số người sử dụng đất đưa ra mức giá quá cao, hoàn toàn không phù hợp với thực tế thì chủ đầu tư không thể tiến hành dự án (vì thiếu một diện tích đất hoàn chỉnh, nhất là trường hợp đất của những người đòi hỏi quá cao có vị trí ở dạng “xôi đỗ”). Trong trường hợp này, theo quy định, các cơ quan có thẩm quyền ở địa phương cũng không được phép có những tác động mang tính chất hành chính hay ban hành quyết định bắt buộc nào. Thực tế thì hành Luật Đất đai năm 2003 cho thấy, nhiều địa phương đã đề nghị giải pháp áp dụng cơ chế Nhà nước thu hồi đất đối với trường hợp nhà đầu tư đã nhận chuyển nhượng được ít nhất 70% đất đai thuộc phạm vi dự án. Tuy nhiên, đề xuất này không được Chính phủ chấp nhận vì lý do không thể áp dụng pháp luật theo kiểu trộn lẫn pháp luật dân sự và pháp luật hành chính trong cùng một dự án.

Khi xây dựng Luật Đất đai năm 2013, đề xuất này lại được đưa ra nhưng vẫn không được tiếp thu. Do vậy, hoạt động chuyển dịch đất đai ở nước ta vẫn rơi vào hai tình trạng: hoặc “chuyển dịch bắt buộc theo quyền lực của Nhà nước”, hoặc “chuyển dịch tự do theo đồng thuận trên thị trường”.

Kinh nghiệm quốc tế đã cho thấy, đất đai có đặc trưng vừa chứa đựng lợi ích chung và vừa chứa đựng lợi ích riêng, nên xử lý chuyển dịch phải cần tới những cơ chế không cực đoan, cần tới cả pháp luật dân sự và pháp luật hành chính. Như vậy, việc tạo ra một cơ chế chuyển dịch đất đai mang tính “trung dung”, vừa có tính bắt buộc và vừa có tính tự nguyện là thực sự cần thiết.

### **3.3 Văn bản hướng dẫn tạo nên “rào cản” cho việc áp dụng**

Khoản 2 Điều 73 Luật Đất đai năm 2013 quy định: “Nhà nước có chính sách khuyến khích việc thuê QSDĐ, nhận góp vốn bằng QSDĐ của tổ chức kinh tế, hộ gia đình, cá nhân để thực hiện dự án, công trình sản xuất, kinh doanh” và giao Chính phủ quy định chi tiết.

Theo quy định của khoản 1, 2 Điều

16 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP, việc sử dụng đất vào mục đích sản xuất, kinh doanh thông qua hình thức nhận chuyển nhượng, thuê QSDĐ, nhận góp vốn bằng QSDĐ phải đảm bảo các nguyên tắc sau đây: (1) Phù hợp với kế hoạch sử dụng đất hàng năm của cấp huyện đã được phê duyệt và công bố; (2) Trên địa bàn không còn quỹ đất đã được giải phóng mặt bằng để sử dụng vào mục đích sản xuất, kinh doanh phù hợp, trừ trường hợp các dự án thuộc lĩnh vực, địa bàn khuyến khích đầu tư.

Quy định nêu trên của khoản 2 Điều 16 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP đã vô tình hạn chế quyền giao dịch về QSDĐ (quyền nhận chuyển nhượng, quyền thuê và quyền nhận góp vốn của nhà đầu tư), chỉ được thực hiện khi quỹ đất đã thu hồi theo quy hoạch không còn. Hơn nữa, quy định này trái với quy định tại Điều 62 Luật Đất đai năm 2013 về các trường hợp áp dụng phương thức Nhà nước thu hồi đất. Sự chông chéo pháp luật này hình thành do Chính phủ đã thu hẹp các trường hợp được áp dụng phương thức chuyển dịch đất đai tự nguyện.

Hơn nữa, khoản 2 Điều 73 Luật Đất đai năm 2013 quy định: “Nhà nước có chính sách khuyến khích việc thuê QSDĐ, nhận góp vốn bằng QSDĐ của tổ chức kinh tế, hộ gia đình, cá nhân để thực hiện dự án, công trình sản xuất, kinh doanh”, tuy nhiên cho đến nay, Chính phủ chưa đưa ra bất kỳ chính sách khuyến khích nào. Điều 79a Nghị định số 01/2017/NĐ-CP bổ sung về trình tự, thủ tục đăng ký đất đai đối với trường hợp sử dụng đất thông qua nhận QSDĐ để sản xuất, kinh doanh nhưng không đề cập đến chính sách khuyến khích cần đưa ra. Đây tiếp tục là một khoảng trống pháp luật mà chưa có quy định nào lấp đầy.

### **3.4 Thiếu hướng dẫn để thực thi điểm i khoản 1 Điều 179 Luật Đất đai năm 2013**

Điểm i khoản 1 Điều 179 Luật Đất đai năm 2013 về quyền và nghĩa vụ của hộ gia đình, cá nhân sử dụng đất quy định: “i) Trường hợp đất thuộc diện thu hồi để thực hiện dự án thì (hộ gia đình, cá nhân) có

quyền tự đầu tư trên đất hoặc cho chủ đầu tư dự án thuê QSDĐ, góp vốn bằng QSDĐ với chủ đầu tư dự án để thực hiện dự án theo quy định của Chính phủ”. Tuy nhiên, cho đến nay, Chính phủ vẫn chưa ban hành văn bản hướng dẫn cụ thể. Trong khi đó, điểm a khoản 1 Điều 49a Nghị định số 01/2017/NĐ-CP về hướng dẫn thi hành Luật Đất đai bổ sung quy định liên quan đến quyền quy định tại điểm i khoản 1 Điều 179 Luật Đất đai năm 2013. Tuy nhiên nội dung của quy định này lại liên quan đến cơ chế “góp QSDĐ và điều chỉnh lại QSDĐ để thực hiện dự án đầu tư” chứ không phải là hướng dẫn về thực hiện quyền của người đang sử dụng đất.

### 4. Một số kiến nghị

**4.1** Cần quy định chi tiết hơn các dự án được xem là thuộc trường hợp thu hồi đất để phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng theo Điều 62 Luật Đất đai năm 2013. Cần bổ sung mục đích thu hồi đất trong trường hợp thu hồi đất để thực hiện các dự án vừa có mục đích công ích, phát triển kinh tế, vừa có mục đích phục vụ sản xuất kinh doanh của một doanh nghiệp, kể cả trường hợp thu hồi đất vùng phụ cận theo khoản 3 Điều 146 Luật Đất đai năm 2013.

**4.2** Cần quy định cơ chế bắt buộc trong trường hợp đa số hộ dân đồng tình nhưng thiếu số còn lại đưa ra mức giá bất hợp lý. Về nguyên tắc, có thể quy định Nhà nước thu hồi đất khi quá 2/3 số hộ dân đồng thuận với mức giá đã thỏa thuận và diện tích cần chuyển nhượng của dự án đã đạt trên 2/3, tức là trường hợp này thuộc phạm vi áp dụng cơ chế Nhà nước thu hồi đất.

**4.3** Sửa đổi, bổ sung khoản 2 Điều 16 Nghị định 43/2014/NĐ-CP để phá bỏ rào cản của Nghị định với cơ chế tự thỏa thuận theo quy định tại Điều 73 Luật Đất đai năm 2013. Nghị định sửa đổi phải hướng dẫn theo đúng tinh thần của Luật: “Nhà nước có chính sách khuyến khích việc thuê QSDĐ, nhận góp vốn bằng QSDĐ của tổ chức kinh tế, hộ gia đình, cá nhân để thực hiện dự án, công trình sản xuất, kinh doanh”.

**4.4** Sửa đổi quy định của điểm i khoản 1 Điều 179 Luật Đất đai năm 2013 về thực hiện quyền của hộ gia đình, cá nhân sử dụng đất đang sử dụng đất được cho nhà đầu tư thuê đất, góp vốn với nhà đầu tư để thực hiện dự án đầu tư thuộc trường hợp Nhà nước thu hồi đất theo hướng chỉ giữ lại nội dung về quyền được tự thực hiện dự án đầu tư trên đất và giao Chính phủ hướng dẫn thực hiện quyền này.

Nhìn vào nội dung quy định này, có thể thấy đây như một giải pháp “trung dung” giữa cơ chế “bắt buộc” và cơ chế “tự nguyện”. Sự thực, không phải giải pháp “trung dung” nào cũng khả thi vì vấn đề tìm giải pháp “trung dung” không hề đơn giản. Giải pháp “trung dung” nói trên trong Luật Đất đai năm 2013 gặp phải tình trạng xung đột về quyền, khi quyền thu hồi đất của Nhà nước xung đột với quyền tự do giao dịch của người sử dụng đất.

### 5. Kết luận

Chuyển dịch đất đai là một quy luật tất yếu tại tất cả các nước đang thực hiện quá trình công nghiệp hóa và đô thị hóa. Việc chuyển dịch đất đai để thực hiện các dự án đầu tư vẫn tiếp tục diễn ra mạnh mẽ. Trên nguyên tắc chung, có thể thấy mục tiêu chung là có đất để thực hiện các dự án đầu tư, trong đó nhà đầu tư có dự án và có tiền, còn những người đang sử dụng đất thì có đất. Như vậy, sự chia sẻ lợi ích giữa ba bên gồm nhà đầu tư, người đang sử dụng đất và Nhà nước là bản chất của mọi cơ chế chuyển dịch đất đai.

Nếu chỉ sử dụng quyền lực của Nhà nước để bắt buộc chuyển dịch đất đai gắn với bồi thường, hỗ trợ, tái định cư sẽ dẫn tới hậu quả khiếu nại hành chính tăng cao, gây bất ổn định xã hội. Nếu buông hoàn toàn quyền lực của Nhà nước mà khuyến khích chuyển dịch đất đai tự nguyện sẽ làm cho không nhà đầu tư nào có thể có đủ đất như dự kiến của dự án đầu tư. Sử dụng quyền lực của Nhà nước đúng chỗ, kết hợp với đạt được đồng thuận về lợi ích giữa nhà đầu tư và những người đang sử dụng đất mới là giải pháp loại bỏ được nhược điểm của cả cơ chế “bắt buộc” và cơ chế “tự nguyện” ■

# DỰ ÁN BOT- NHỮNG TỒN TẠI VÀ KIẾN NGHỊ

**Đặng Văn Hải\***

\* TS. Phó Vụ trưởng Vụ Pháp chế - Kiểm toán Nhà nước.

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* dự án BOT, bất cập của dự án BOT

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 17/11/2017

Biên tập: 03/01/2018

Duyệt bài: 06/01/2018

## Article Infomation:

*Keywords:* BOT project, inadequacies of BOT projects

*Article History:*

Received: 17 Nov. 2017

Edited: 03 Jan. 2018

Approved: 06 Jan. 2018

## Tóm tắt:

Đầu tư theo hình thức đối tác công tư (PPP) nói chung và đầu tư theo hình thức xây dựng - kinh doanh - chuyển giao (BOT) nói riêng ở nước ta trong thời gian qua đã thể hiện được vai trò quan trọng trong việc xã hội hóa các nguồn lực để phát triển kết cấu hạ tầng giao thông, góp phần thúc đẩy tăng trưởng kinh tế, nâng cao năng lực cạnh tranh quốc gia. Tuy nhiên, bên cạnh những kết quả đạt được vẫn còn nhiều vấn đề đặt ra đòi hỏi phải giải quyết về cơ chế, chính sách, về tổ chức thực hiện, tính minh bạch và hiệu quả của dự án BOT.

## Abstract:

Investment in the form of public-private partnerships (PPPs) in general and investment under the type of build-operate-transfer contract (BOT) in particular in Vietnam has provided significant contribution to the socialised resources for the development of the transport infrastructure, the economic growth and the increase of the national competitiveness. However, besides the achievements, there are still several matters that need to be reviewed and resolved in terms of mechanism, policy, implementation arrangements, transparency and effectiveness of the BOT projects.

Thực tế hiện nay, phương thức đầu tư BOT là một chủ trương phù hợp với điều kiện, hoàn cảnh của nước ta, đóng vai trò quan trọng trong phát triển cơ sở hạ tầng, là công cụ hữu hiệu để huy động nguồn vốn từ các nhà đầu tư trong và ngoài nước. Theo Báo cáo Giám sát giai đoạn 2011-2016 của

Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Bộ Giao thông Vận tải đã huy động được khoảng 171.308 tỷ đồng, trong đó vốn BOT là 154.481 tỷ đồng/59 dự án, chiếm khoảng 90,2% (các dự án đường bộ 169.813 tỷ đồng/57 dự án). Đến nay, đã hoàn thành đưa vào vận hành khai thác 55 dự án BOT với tổng mức đầu tư

137.819 tỷ đồng (toàn bộ là lĩnh vực đường bộ)<sup>1</sup>. Các địa phương, theo báo cáo của 43 tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, đã huy động được hơn 80.000 tỷ đồng cho các dự án BOT. Nhiều công trình trọng điểm, có tính kết nối cao giữa các vùng miền đã được đầu tư bằng nguồn vốn xã hội hóa (mở rộng quốc lộ 1, đường Hồ Chí Minh đoạn qua Tây Nguyên...)<sup>2</sup>. Tính đến nay, nguồn vốn đầu tư ngoài ngân sách nhà nước vào lĩnh vực cảng biển đạt khoảng 157.600 tỷ đồng/168 cảng bến; khoảng 18.997 tỷ đồng vào lĩnh vực cảng thủy nội địa. Lĩnh vực hàng không đã triển khai 02 dự án theo hình thức BOT và rất nhiều dự án triển khai theo hình thức doanh nghiệp tự đầu tư<sup>3</sup>. Tuy nhiên, kết quả kiểm toán của Kiểm toán Nhà nước (KTNN) đã phát hiện khá nhiều sai sót: Kiểm toán 27 dự án giao thông theo hình thức hợp đồng BOT, KTNN đã kiến nghị giảm thời gian thu phí hoàn vốn của các dự án so với phương án tài chính ban đầu 107,4 năm. Tính đến hết tháng 9/2017, KTNN đã thực hiện kiểm toán 22 dự án về quản lý đầu tư phát triển kết cấu hạ tầng giao thông theo hình thức đối tác công tư của Bộ Giao thông Vận tải (dự án BOT giao thông) và KTNN đã kiến nghị giảm thời gian thu phí 62,8 năm tại 22 dự án BOT giao thông này, tương ứng giảm doanh thu 22.237,6 tỷ đồng. Đồng thời, KTNN phát hiện có 06 trong số 52 trạm thực hiện thu phí trước 14 năm 6 tháng, trong khi chưa đủ điều kiện thu phí, thu phí trước thời điểm dự án hoàn thành bàn giao đưa vào sử dụng.

Toàn quốc có 31 trong tổng số 87 trạm thu phí trên cùng tuyến không đảm bảo khoảng cách tối thiểu giữa 2 trạm là 70 km<sup>4</sup>.

Quá trình thực hiện các công trình BOT đã bộc lộ những hạn chế, bất cập sau đây:

***Thứ nhất,** về hệ thống các văn bản quy phạm pháp luật (QPPL) quy định đầu tư theo hình thức PPP, trong đó có dự án BOT*

Hiện nay, việc quy định về đầu tư theo hình thức PPP, trong đó có dự án BOT, được quy định tại Nghị định số 15/2015/NĐ-CP ngày 14/02/2015 của Chính phủ về đầu tư theo hình thức đối tác công tư; Nghị định số 30/2015/NĐ-CP ngày 17/3/2015 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đấu thầu về lựa chọn nhà đầu tư và một số Thông tư hướng dẫn thi hành.

Nội dung của các văn bản QPPL điều chỉnh hoạt động quản lý các dự án đầu tư theo hình thức BOT còn một số hạn chế như: hiệu lực pháp lý chưa cao; quy định trách nhiệm, nguồn lực phục vụ cho công tác giám sát của cơ quan nhà nước có thẩm quyền còn thiếu chi tiết, chưa cụ thể; thiếu quy định về hướng dẫn việc xây dựng phương án tài chính; quy định chưa cụ thể về mức lợi nhuận nhà đầu tư dẫn đến sự chênh lệch giữa các dự án, thiếu chỉ tiêu so sánh; việc quy định lựa chọn nhà đầu tư để đàm phán hợp đồng dự án cần phải có đầy đủ ý kiến tham gia của Bộ Kế hoạch & Đầu tư, Bộ Tài chính, Bộ quản lý ngành hoặc Ủy ban nhân

1 Lê Sơn, Làm rõ những hạn chế, yếu kém trong các dự án BOT hiện nay, Báo Điện tử Chính phủ, <http://baochinhphu.vn/Thoi-su/Lam-ro-nhung-han-che-yeu-kem-trong-cac-du-an-BOT-hien-nay/313949.vgp>, truy cập ngày 15/8/2017.

2 Lê Sơn, Làm rõ những hạn chế, yếu kém trong các dự án BOT hiện nay, Tlđđ.

3 Lê Sơn, Làm rõ những hạn chế, yếu kém trong các dự án BOT hiện nay, Tlđđ.

4 Nam Anh, Kiểm toán Nhà nước phát hiện các dự án BOT giao thông thu "thừa" 22.000 tỷ đồng, Báo điện tử của Bộ Thông tin và Truyền thông, <http://infonet.vn/kiem-toan-nha-nuoc-phat-hien-cac-du-an-bot-giao-thong-thu-thua-22000-ty-dong-post241079.info>.



dân (UBND) cấp tỉnh, dẫn đến việc kéo dài thời gian lựa chọn nhà đầu tư; quy định chưa rõ vốn chủ sở hữu (10%, 15%) .

**Thứ hai, về tiêu chí xác định dự án đầu tư theo hình thức**

Các văn bản QPPL hiện hành chưa có quy định cụ thể tiêu chí lựa chọn dự án đầu tư BOT. Theo bản chất của dự án BOT, muốn có hiệu quả, dự án được chọn phải là dự án xây mới và không là đường độc đạo để người dân có quyền lựa chọn lưu thông vào một trong hai tuyến (tuyến đường cũ và tuyến đường mới) và người dân muốn đi đường tốt (đường mới) thì phải trả tiền. Với cơ chế như vậy sẽ làm cho nhà đầu tư phải xây dựng dự án với chi phí thấp nhất, giá phí thấp nhất để thu hút chủ phương tiện giao thông tham gia lưu thông nhằm nhanh chóng thu hồi vốn đầu tư. Tuy nhiên, thực tế hiện nay, các dự án BOT được chọn hầu hết nằm trên trục đường quốc lộ/cầu độc đạo (Quốc lộ 1, Quốc lộ 14)..., chủ các phương tiện giao thông không có quyền lựa chọn. Dự án trở thành “độc quyền” và nhà đầu tư tìm mọi cách để thu lợi nhuận cao. Một số dự án tránh thành phố, thị xã làm mới nhưng lại xin thêm 5-10 km cải tạo tăng cường mặt đường trên quốc lộ để đặt trạm thu phí tại đó, dẫn đến người dân không đi qua đường tránh vẫn phải nộp phí, gây bức xúc cho dân<sup>5</sup>.

**Thứ ba, về công tác lựa chọn nhà đầu tư**

Theo quy định hiện hành, có hai hình thức lựa chọn nhà đầu tư là đấu thầu và chỉ định thầu. Thực tế hiện nay, hầu hết các dự án đầu tư theo hình thức hợp đồng BOT đều chỉ định nhà đầu tư (với lý do để đáp ứng nhu cầu cấp bách về sử dụng công trình

kết cấu hạ tầng). Do đó, chưa tạo ra cơ chế cạnh tranh để lựa chọn nhà đầu tư mang lại hiệu quả kinh tế cao. Bởi lẽ, khi đấu thầu cạnh tranh, các tiêu chí quan trọng được đấu thầu cạnh tranh, cụ thể: chí phí đầu tư xây dựng; lợi nhuận nhà đầu tư; lãi suất vay huy động; mức phí thu (giá vé); thời gian thu phí hoàn vốn;... do vậy, nhà đầu tư sẽ phải cạnh tranh, giảm tối đa các chi phí để được thắng thầu; trường hợp chỉ định nhà đầu tư sẽ mất đi tính cạnh tranh, làm giảm hiệu quả đầu tư của dự án.

**Thứ tư, về quản lý một số chỉ tiêu trong phương án tài chính đối với hợp đồng BOT theo hình thức chỉ định thầu**

- Quy định về mức vốn góp của nhà đầu tư thấp so với tổng chi phí đầu tư dự án: Khoản 2 Điều 10 Nghị định 15/2015/NĐ-CP của Chính phủ ban hành ngày 14/02/2015 về đầu tư theo hình thức công tư quy định: “Tỷ lệ vốn chủ sở hữu của nhà đầu tư không được thấp hơn 15% tổng vốn đầu tư. Đối với dự án có tổng vốn đầu tư trên 1.500 tỷ đồng, tỷ lệ vốn chủ sở hữu được xác định theo nguyên tắc lũy tiến từng phần như sau: a) Đối với phần vốn đến 1.500 tỷ đồng, tỷ lệ vốn chủ sở hữu không được thấp hơn 15% của phần vốn này; b) Đối với phần vốn trên 1.500 tỷ đồng, tỷ lệ vốn chủ sở hữu không được thấp hơn 10% của phần vốn này”. Việc quy định vốn chủ sở hữu của nhà đầu tư không được thấp hơn 10% hoặc 15% tổng vốn đầu tư dẫn đến hầu hết các dự án BOT đều tính toán tỷ lệ góp vốn chủ sở hữu theo số tối thiểu này; phần vốn còn lại là vốn đầu tư của Nhà nước hoặc vốn vay huy động của nhà đầu tư. Phần vốn vay của nhà đầu tư

5 Ngô Văn Quý, Đánh giá hiệu quả các dự án BOT thông qua kết quả kiểm toán của Kiểm toán Nhà nước, Tạp chí Nghiên cứu Khoa học kiểm toán số 107 - 9/2016.

được tính lãi theo quy định tại Quyết định số 23/2015/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ ngày 26/6/2015 và Điều 6, Điều 8 Thông tư số 183/2015/TT-BTC của Bộ Tài chính ngày 17/11/2015 với lãi suất tối đa huy động bằng 1,3 lần lãi suất trái phiếu Chính phủ.

Bên cạnh đó, chưa có quy định về thời điểm nhà đầu tư phải góp đủ số vốn chủ sở hữu dẫn đến nhà đầu tư không bị bắt buộc phải góp đủ vốn chủ sở hữu theo tỷ lệ tối thiểu tại mọi thời điểm nhằm đảm bảo hạn chế tối đa việc sử dụng vốn vay, tiết kiệm chi phí lãi vay trong thời gian xây dựng.

- *Doanh thu thu phí của năm*: Đây là chỉ tiêu quan trọng liên quan đến xác định thời gian thu phí hoàn vốn của dự án. Hiện nay, các cơ quan nhà nước chưa có giải pháp quản lý doanh thu thu phí, số liệu chỉ dựa vào báo cáo của doanh nghiệp thu phí nên thiếu độ trung thực. Do Dự án BOT được thực hiện lựa chọn đầu tư theo hình thức chỉ định thầu nên chỉ tiêu doanh thu là một đại lượng biến thiên không cố định dẫn đến thời gian thu phí hoàn vốn cũng không cố định mà sẽ thay đổi theo sự thay đổi của doanh thu. Cụ thể: theo cam kết trong hợp đồng BOT, khi doanh thu của 2 năm liên kế có sự tăng, giảm 1% thì thời gian thu phí sẽ được điều chỉnh. Như vậy, thời gian thu phí hoàn vốn sẽ được điều chỉnh cho tới khi nhà đầu tư hoàn thành việc thu hồi vốn thì dự án mới được bàn giao cho Nhà nước. Do đó, thời gian thu phí hoàn vốn trong Phương án tài chính điều chỉnh sau khi quyết toán dự án được duyệt cũng không còn ý nghĩa gì nhiều trong việc kiểm soát thời gian hoàn vốn. Vì vậy, đối với Dự án BOT thực hiện theo hình thức chỉ định nhà đầu tư, cách duy nhất để kiểm soát chỉ tiêu này là thực hiện thu phí không dùng và các dữ liệu phải được truyền

về máy chủ đặt tại cơ quan nhà nước (như Tổng cục Đường bộ Việt Nam) thì mới đảm bảo trung thực, công khai, minh bạch.

- *Vị trí đặt trạm thu phí*: Theo quy định hiện hành, khoảng cách giữa hai trạm thu phí tối thiểu là 70km. Tuy nhiên, Khoản 2 Điều 2 Thông tư số 159/2013/TT-BTC ngày 14/11/2013 của Bộ Tài chính hướng dẫn chế độ thu, nộp, quản lý và sử dụng phí sử dụng đường bộ hoàn vốn đầu tư xây dựng đường bộ lại quy định: “Trường hợp đường bộ đặt trạm thu phí không thuộc quy hoạch hoặc khoảng cách giữa các trạm thu phí không đảm bảo tối thiểu 70 km trên cùng tuyến đường thì trước khi xây dựng trạm thu phí, Bộ Giao thông Vận tải thống nhất ý kiến với (UBND) cấp tỉnh và Bộ Tài chính quyết định (đối với đường quốc lộ), UBND cấp tỉnh báo cáo Hội đồng nhân dân cùng cấp quyết định (đối với đường địa phương). Từ quy định này đã dẫn đến một số trạm thu phí có cự ly nhỏ hơn 70 km; mặt khác, vị trí một số trạm thu phí được đặt không đúng với tuyến đường đầu tư đã gây bức xúc cho người dân về vị trí trạm và tính công bằng của người sử dụng. Việc quy định cự ly tối thiểu 70km cũng chưa có đầy đủ cơ sở khoa học. Trên thế giới hiện tại chỉ có 2 hình thức thu phí là thu phí lượt và thu phí theo chiều dài đường sử dụng. Đối với hình thức thu phí kín, người dân trả phí theo số km sử dụng nên đảm bảo tính công bằng cho người lưu thông; tuy nhiên, hình thức này chỉ áp dụng đối với đường cao tốc do kiểm soát được lưu thông ra, vào của các phương tiện. Đối với các quốc lộ, chỉ áp dụng được hình thức thu phí lượt; hình thức này có hạn chế là chỉ đáp ứng được tính công bằng một cách tương đối (người dân ở gần trạm thu phí chỉ sử dụng quãng đường ngắn nhưng vẫn phải trả phí như các phương tiện sử dụng hết

tuyến đường; ngược lại đối với các phương tiện lưu thông giữa hai trạm thu phí nhưng chưa qua trạm thì vẫn không phải trả phí).

- Tổng mức đầu tư được lập và phê duyệt chưa đảm bảo theo quy định làm tăng vốn cho dự án; một số chi phí trong tổng mức đầu tư lập cao so với thực tế và quy định, thiếu căn cứ, chưa chú trọng cắt giảm chi phí những hạng mục không cần thiết làm tăng tổng mức đầu tư không hợp lý sẽ làm tăng thời gian thu phí hoàn vốn của dự án.

#### ***Thứ năm, công tác quản lý dự án đầu tư***

Việc quản lý, thực hiện dự án được giao cho nhà đầu tư thực hiện từ khâu thẩm định, phê duyệt dự án, thiết kế dự toán. Nhà đầu tư tự lựa chọn các đơn vị tư vấn thiết kế, thi công, giám sát (tức là các đơn vị thầu phụ của nhà đầu tư) dẫn đến không đảm bảo tính khách quan. Công tác quản lý, giám sát của các cơ quan quản lý nhà nước chưa được thực hiện thường xuyên, đầy đủ theo chức năng, nhiệm vụ được giao nên dễ xảy ra sai sót ở tất cả các khâu, gây thất thoát trong quá trình thi công thực hiện dự án, chất lượng dự án không đảm bảo<sup>6</sup>.

Để khắc phục những bất cập, hạn chế nêu trên, góp phần hoàn thiện cơ chế, chính sách nhằm nâng cao hiệu quả các dự án BOT, theo chúng tôi cần thực hiện tốt một số giải pháp cơ bản sau đây:

#### ***Một là, hoàn thiện quy định về đầu tư theo hình thức PPP, trong đó có dự án BOT***

Để nâng cao hiệu quả các dự án BOT cần sớm xây dựng, ban hành “Luật Đầu tư theo hình thức đối tác công tư”, trước mắt

cần khẩn trương xây dựng Nghị định thay thế Nghị định số 15/2015/NĐ-CP ngày 14/02/2015 của Chính phủ về đầu tư xây dựng theo hình thức đối tác công tư để khắc phục những tồn tại nêu trên; đồng thời, tập trung vào những nội dung chủ yếu sau đây:

- *Bổ sung tiêu chí xác định dự án đầu tư theo hình thức BOT* theo hướng quy định rõ đối với dự án đường bộ đầu tư theo hình thức BOT chỉ áp dụng cho tuyến đường mới để đảm bảo quyền lựa chọn của người dân, không đầu tư các dự án cải tạo, nâng cấp tuyến đường độc đạo hiện hữu. Quy định này bảo đảm tính công khai, minh bạch của dự án, buộc nhà đầu tư phải xây dựng dự án với chi phí thấp nhất, giá phí thấp nhất để tăng tính cạnh tranh; đồng thời, tăng cường sự giám sát của nhân dân đối với dự án BOT.

#### ***Việc lựa chọn nhà đầu tư dự án BOT***

Chi tổ chức đấu thầu lựa chọn nhà đầu tư sau khi cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt dự án đầu tư. Việc lựa chọn nhà đầu tư được thực hiện theo hình thức đấu thầu công khai rộng rãi, nhằm tăng tính cạnh tranh, chọn đúng nhà đầu tư có đủ năng lực thực hiện dự án, trong đó các yếu tố như lợi nhuận nhà đầu tư, lãi suất vay vốn, tỷ lệ vốn chủ sở hữu, chi phí xây lắp công trình dự án... đều phải được đấu thầu công khai, minh bạch. Bãi bỏ quy định cho phép nhà đầu tư đề xuất và lập dự án đầu tư; quy định cụ thể việc lập dự án đầu tư phải do cơ quan nhà nước lập, thẩm định, phê duyệt và giám sát thi công như dự án sử dụng ngân sách nhà nước để tăng tính minh bạch của dự án.

#### ***Quy định chặt chẽ một số yếu tố trong***

6 Trương Hải Yến, Kết quả kiểm toán các dự án BT và những vấn đề đặt ra, Kỳ yếu Hội thảo khoa học "Cơ chế đầu tư BT: Những vấn đề đặt ra và giải pháp hoàn thiện" do Kiểm toán Nhà nước tổ chức tháng 10/2017.

*phương án tài chính*, trong đó: Quy định tỷ lệ vốn chủ sở hữu của nhà đầu tư, chi phí lãi vay nhằm đảm bảo lợi ích của Nhà nước cũng như quyền và lợi ích hợp pháp của nhà đầu tư; ban hành hướng dẫn cụ thể về thời điểm nhà đầu tư phải góp đủ số vốn tối thiểu theo cam kết của hợp đồng; quy định cụ thể về xác định tỷ suất lợi nhuận của nhà đầu tư, phù hợp với từng khu vực, đặc điểm dự án; quy định cụ thể về chi phí biến động tỷ giá trong thời gian xây dựng trên cơ sở ràng buộc trách nhiệm của Nhà nước, nhà đầu tư liên quan đến tiến độ thực hiện dự án.

Bãi bỏ quy định cho phép đặt trạm thu phí dưới 70 km; giám sát chặt chẽ việc xác định vị trí đặt trạm thu phí theo đúng quy định; quy định cụ thể đối tượng chịu phí, người nộp phí, các trường hợp được miễn phí, khung mức thu phí, nhất là đối với người dân địa phương nơi có trạm thu phí nhằm bảo đảm lợi ích của Nhà nước, của nhà đầu tư và của xã hội.

Ban hành tiêu chí thành lập trạm thu giá dịch vụ, xây dựng mức giá phù hợp, áp dụng công nghệ tiên tiến; ban hành khung tiêu chuẩn chung làm cơ sở thực hiện đấu thầu lựa chọn nhà cung cấp dịch vụ thu giá, phí tự động không dừng, tránh tình trạng

độc quyền trong lĩnh vực này và giám sát doanh thu của các trạm.

*Hai là, tăng cường kiểm toán các dự án BOT*

Trên cơ sở nguyên tắc hoạt động KTNN độc lập và chỉ tuân theo pháp luật, KTNN cần chủ động xây dựng kế hoạch kiểm toán hướng vào những dự án BOT có tổng vốn đầu tư lớn, những dự án BOT gây nhiều bức xúc được dư luận xã hội quan tâm nhằm giúp phòng ngừa, ngăn chặn hành vi tham nhũng, thất thoát, lãng phí tài chính, tài sản công. Để tránh chông chéo trong hoạt động thanh tra và kiểm toán, cần thực hiện nghiêm chỉnh ý kiến chỉ đạo của Thủ tướng Chính phủ tại cuộc làm việc với KTNN ngày 02/02/2017 “Thanh tra Chính phủ và các cơ quan thanh tra, kiểm tra thuộc các bộ, ngành, căn cứ kế hoạch kiểm toán hàng năm của KTNN rà soát, điều chỉnh kế hoạch thanh tra, kiểm tra có liên quan nhằm hạn chế sự trùng lặp, chông chéo gây khó khăn cho địa phương, doanh nghiệp và đảm bảo tính độc lập của KTNN theo quy định của pháp luật”<sup>7</sup>■

### TÀI LIỆU THAM KHẢO:

1. Luật Đầu tư công năm 2014;
2. Nghị định số 15/2015/NĐ-CP ngày 14/02/2015 của Chính phủ;
3. Quyết định số 23/2015/QĐ-TTg ngày 26/6/2015 của Thủ tướng Chính phủ ban hành Quyết định quy định cơ chế Nhà nước thanh toán bằng quỹ đất cho Nhà đầu tư khi thực hiện Dự án đầu tư xây dựng theo hình thức xây dựng - chuyển giao;
4. Thông tư số 159/2013/TT-BTC ngày 14/11/2013 của Bộ Tài chính hướng dẫn chế độ thu, nộp, quản lý và sử dụng phí sử dụng đường bộ hoàn vốn đầu tư xây dựng đường bộ.

7 Thông báo số 98/TB-VPCP ngày 22/02/2017 của Văn phòng Chính phủ về ý kiến kết luận của Thủ tướng Nguyễn Xuân Phúc tại cuộc làm việc với KTNN.

# TÒA ÁN TRẢ LẠI ĐƠN KHỞI KIẾN KHI CÓ THỎA THUẬN THỦ TỤC THƯƠNG LƯỢNG, HÒA GIẢI BẮT BUỘC TIỀN TỔ TỤNG

**Đỗ Văn Đại\***

\* PGS. TS. Trưởng Khoa Luật Dân sự - Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh, Thành viên Hội đồng Tư vấn án lệ TAND tối cao.

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Thương lượng, hòa giải bắt buộc, tiền tố tụng, giá trị pháp lý

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 03/01/2018

Biên tập: 16/01/2018

Duyệt bài: 24/01/2018

## Article Information:

*Keywords:* Agreement of negotiation, conciliation, before bringing the case to the court, validity

*Article History:*

Received: 03 Jan. 2018

Edited: 16 Jan. 2018

Approved: 24 Jan. 2018

## Tóm tắt:

Thỏa thuận về thủ tục thương lượng, hòa giải bắt buộc trước khi khởi kiện ra Tòa án khá phổ biến. Bài viết nghiên cứu thực trạng văn bản, thực tiễn Việt Nam đồng thời khai thác kinh nghiệm nước ngoài để hoàn thiện pháp luật Việt Nam liên quan đến giá trị hiệu lực của thỏa thuận trên..

## Abstract:

Agreement in term of the compulsory negotiation, conciliation procedures before the case is brought to the court is a common practice. This article serves the purpose of showing the actual status of documents, studies, practices in Vietnam as well as provides the reviews of the foreign experiences to improve the local laws related to the validity of the above-mentioned agreement

## Dẫn nhập

Khi có tranh chấp, các chủ thể được yêu cầu cơ quan tài phán là Tòa án hay Trọng tài giải quyết và quyền này đã được ghi trong văn bản pháp luật Việt Nam. Chẳng hạn, theo khoản 1 Điều 14 Bộ luật Dân sự năm 2015 (BLDS), “trường hợp quyền dân sự bị xâm phạm hoặc có tranh chấp thì việc bảo vệ quyền được thực hiện theo pháp luật tố tụng tại Tòa án hoặc trọng

tài”. Khoản 1 Điều 4 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 (Bộ luật TTDS) cũng theo hướng vừa nêu với nội dung “cơ quan, tổ chức, cá nhân do Bộ luật này quy định có quyền khởi kiện vụ án dân sự, yêu cầu giải quyết việc dân sự tại Tòa án có thẩm quyền để yêu cầu Tòa án bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, quyền công dân, bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của mình hoặc của người khác”.

Thừa nhận quyền yêu cầu cơ quan tài phán giải quyết tranh chấp và thực hiện quyền đó là hai vấn đề khác nhau. Từ lâu đời, ngôn ngữ Việt Nam đã có câu “vô phúc đáo tụng đình” và câu đó cho thấy, người dân không phải lúc nào cũng muốn giải quyết tranh chấp tại cơ quan tài phán. Thực tế, các bên tranh chấp thường tìm cách giải quyết bất đồng giữa họ bằng phương thức khác. Từ đó, hình thành khá phổ biến hình thức thỏa thuận, theo đó, các bên thống nhất cần thương lượng, hòa giải trước và chỉ khi nào thỏa thuận này bất thành, các bên mới yêu cầu cơ quan tài phán giải quyết. Để hiểu rõ hơn, có thể nghiên cứu một thỏa thuận được Tòa án Việt Nam giải quyết năm 2017. Đó là nội dung trong Điều lệ một công ty, theo đó: “Khi phát sinh tranh chấp hay khiếu nại có liên quan đến hoạt động của Công ty hay tới quyền của cổ đông phát sinh từ Điều lệ, hay từ bất cứ quyền hoặc nghĩa vụ do Luật Doanh nghiệp hay luật khác giữa: một cổ đông hay các cổ đông với công ty... thì các bên liên quan sẽ cố gắng giải quyết tranh chấp đó thông qua thương lượng và hòa giải. Chủ tịch Hội đồng quản trị sẽ chủ trì việc giải quyết tranh chấp trong vòng 60 ngày kể từ ngày tranh chấp phát sinh. Nếu không có quyết định hòa giải nào đạt được trong vòng 60 ngày kể từ khi bắt đầu quá trình hòa giải thì các bên có thể đưa tranh chấp đó ra Trọng tài kinh tế hoặc Tòa án kinh tế. Như vậy, để khởi kiện tranh chấp yêu cầu Tòa án giải quyết thì các bên đương sự phải có sự thương lượng hòa giải, nếu không đạt được sự thỏa thuận thì sau đó mới khởi kiện ra Tòa án”<sup>1</sup>. Trong bài viết này, chúng tôi chỉ nghiên cứu loại thỏa thuận đó trong mối

quan hệ với tài phán nhà nước và cụ thể là trong mối quan hệ với pháp luật TTDS.

### I. Quy định của pháp luật Việt Nam về thủ tục thương lượng, hòa giải và thực tiễn

#### 1. Bản chất thỏa thuận của điều lệ

Khoản 9 Điều 22 Luật Doanh nghiệp năm 2005 quy định, nội dung Điều lệ công ty có “thể thức thông qua quyết định của công ty; nguyên tắc giải quyết tranh chấp nội bộ” (quy định này được duy trì tại khoản 1 Điều 25 Luật doanh nghiệp năm 2014) nhưng nội dung việc giải quyết như thế nào còn phụ thuộc vào sự thống nhất của những chủ thể liên quan.

Về bản chất, “điều lệ công ty là tài liệu nội bộ cơ bản điều chỉnh việc thành lập, tổ chức quản lý, hoạt động, tổ chức lại và giải thể công ty” và “tự do thỏa thuận là nguyên tắc cơ bản áp dụng với điều lệ”<sup>2</sup>. Thực chất, “bản này (điều lệ công ty) do các cổ đông sáng lập công ty lập ra” và “tập tục ở các nước phát triển coi nó là một bản hợp đồng giữa công ty với các cổ đông và giữa các cổ đông với nhau”<sup>3</sup>. Trong phần liên quan đến pháp luật nước ngoài, chúng ta cũng sẽ thấy Tòa án khai thác các quy định về thỏa thuận đối với nội dung trong điều lệ công ty. Như vậy, chúng ta có thể khẳng định luật có quy định về điều lệ công ty nhưng nội dung của điều lệ do thỏa thuận của các chủ thể liên quan quyết định. Đó là một loại thỏa thuận của các chủ thể liên quan về công ty.

Ở vụ việc nêu trong phần *Dẫn nhập*, nội dung trên không do pháp luật quy định mà do những người xây dựng Điều lệ thống nhất tạo ra<sup>4</sup>. Nội dung thỏa thuận đó cho thấy

1 Xem Đỗ Văn Đại, Pháp luật trọng tài thương mại Việt Nam - Bản án và Bình luận bản án, Nxb. Hồng Đức, H., 2017, Bản án số 39-40.

2 Trương Nhật Quang, Pháp luật doanh nghiệp - Các vấn đề pháp lý cơ bản, Nxb. Dân trí 2016, tr.208 và 208.

3 Nguyễn Ngọc Bích và Nguyễn Đình Cung, Công ty - Vốn, quản lý và tranh chấp, Nxb. Tri thức 2009, tr.95

4 Văn bản hiện hành không coi điều lệ là quy định của pháp luật. Chẳng hạn, theo khoản 1 Điều 140 BLDS năm 2015, “thời hạn đại diện được xác định theo văn bản ủy quyền, theo quyết định của cơ quan có thẩm quyền, theo điều lệ của

việc khởi kiện ra Tòa án là có điều kiện: chỉ khởi kiện ra Tòa án khi thủ tục tiền tố tụng bắt buộc theo thỏa thuận không thành công, nên chừng nào thủ tục tiền tố tụng theo thỏa thuận chưa được triển khai thì chưa đủ điều kiện để khởi kiện ra Tòa án.

## 2. Thiếu quy định về thỏa thuận thương lượng, hòa giải tiền tố tụng

Điểm b khoản 1 Điều 192 Bộ luật TTDS năm 2015 quy định: “Thẩm phán trả lại đơn khởi kiện trong các trường hợp sau đây: Chưa có đủ điều kiện khởi kiện theo quy định của pháp luật”. Quy định này xác định về điều kiện khởi kiện, nhưng đó “là trường hợp pháp luật có quy định về các điều kiện khởi kiện nhưng người khởi kiện đã khởi kiện đến Tòa án khi còn thiếu một trong các điều kiện đó”.

Thực tế, có trường hợp pháp luật quy định điều kiện để khởi kiện ra Tòa án như trường hợp tranh chấp về quyền sử dụng đất (cần có thủ tục hòa giải tiền tố tụng trước khi khởi kiện ra Tòa án)<sup>5</sup>. Tuy nhiên, trường hợp chúng ta nghiên cứu “là trường hợp các bên có thỏa thuận”. Nghị quyết số 04/2017/NQ-HĐTP ngày 05/5/2017 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân (TAND) tối cao hướng dẫn một số quy định tại khoản 1 và khoản 3 Điều 192 Bộ luật TTDS số 92/2015/QH13 về trả lại đơn khởi kiện, quyền nộp đơn khởi kiện lại vụ án giải thích căn cứ trả lại đơn khởi kiện như sau: “Chưa có đủ điều kiện khởi kiện theo quy định của pháp luật là trường hợp pháp luật TTDS, pháp luật khác

có quy định về các điều kiện để cơ quan, tổ chức, cá nhân khởi kiện yêu cầu Tòa án bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình hoặc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người khác, lợi ích công cộng và lợi ích của Nhà nước nhưng người khởi kiện đã khởi kiện đến Tòa án khi còn thiếu một trong các điều kiện đó”. Như vậy, mặc dù Nghị quyết này quy định về trường hợp chưa đủ điều kiện để khởi kiện ra Tòa án, nhưng đó là điều kiện trong “trường hợp pháp luật có quy định” mà không phải là quy định về điều kiện theo thỏa thuận của các bên (thỏa thuận tiến hành thương lượng, hòa giải bắt buộc trước khi khởi kiện ra Tòa án).

Quy định về trả lại đơn tại Điều 192 Bộ luật TTDS năm 2015 thực chất là kế thừa Điều 168 Bộ luật TTDS năm 2004 (sửa đổi năm 2011). Trước đây, khi hướng dẫn điều luật này, Nghị quyết số 05/2012/NQ-HĐTP ngày 03/12/2012 hướng dẫn thi hành một số quy định trong phần thứ hai “Thủ tục giải quyết vụ án tại tòa án cấp sơ thẩm” của Bộ luật TTDS giải thích “chưa có đủ điều kiện khởi kiện là trường hợp các đương sự có thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định về các điều kiện để khởi kiện (kể cả quy định về hình thức, nội dung đơn kiện), nhưng đương sự đã khởi kiện khi còn thiếu một trong các điều kiện đó”. Ở đây, Nghị quyết số 05/2012/NQ-HĐTP có đề cập đến trường hợp “có thỏa thuận về các điều kiện để khởi kiện” nhưng ví dụ đưa ra trong Nghị quyết số 05/2012/NQ-HĐTP chỉ liên quan đến

pháp nhân hoặc theo quy định của pháp luật”. Chúng ta thấy “điều lệ của pháp nhân” và “quy định của pháp luật” là hai vấn đề khác nhau, không được đồng nhất; quy định của pháp luật do cơ quan nhà nước ban hành, còn điều lệ chỉ là thỏa thuận của những người tham gia.

5 Điều 3 Nghị quyết số 04/2017/NQ-HĐTP ngày 05/5/2017 của Hội đồng thẩm phán TANDTC hướng dẫn một số quy định tại khoản 1 và khoản 3 Điều 192 Bộ luật TTDS số 92/2015/QH13 về trả lại đơn khởi kiện, quyền nộp đơn khởi kiện lại vụ án có nêu “đối với tranh chấp ai là người có quyền sử dụng đất mà chưa được hòa giải tại Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn nơi có đất tranh chấp theo quy định tại Điều 202 Luật Đất đai năm 2013 thì được xác định là chưa có đủ điều kiện khởi kiện quy định tại điểm b khoản 1 Điều 192 Bộ luật TTDS năm 2015. Đối với tranh chấp khác liên quan đến quyền sử dụng đất như: tranh chấp về giao dịch liên quan đến quyền sử dụng đất, tranh chấp về thừa kế quyền sử dụng đất, chia tài sản chung của vợ chồng là quyền sử dụng đất,... thì thủ tục hòa giải tại Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn nơi có đất tranh chấp không phải là điều kiện khởi kiện vụ án”.

thỏa thuận trọng tài theo đó, “Công ty A và Công ty B ký kết hợp đồng mua bán hàng hóa, trong đó thỏa thuận việc giải quyết tranh chấp hợp đồng bằng Trọng tài. Khi phát sinh tranh chấp hợp đồng, Công ty A khởi kiện Công ty B tại Tòa án trước khi yêu cầu Trọng tài giải quyết tranh chấp. Tòa án xét thấy thỏa thuận trọng tài giữa các bên là hợp pháp theo đúng quy định của Luật Trọng tài thương mại thì Tòa án căn cứ vào quy định tại điểm d khoản 1 Điều 168 của Bộ luật TTDS năm 2004 để trả lại đơn khởi kiện và hướng dẫn họ tiến hành thủ tục giải quyết tranh chấp tại Trọng tài”. Nội dung này đã được Điều 6 Luật Trọng tài thương mại năm 2010 quy định, theo đó: “Trong trường hợp các bên tranh chấp đã có thỏa thuận trọng tài mà một bên khởi kiện tại Tòa án thì Tòa án phải từ chối thụ lý, trừ trường hợp thỏa thuận trọng tài vô hiệu hoặc thỏa thuận trọng tài không thể thực hiện được”<sup>6</sup>.

### 3. Thực tiễn ghi nhận thỏa thuận thương lượng, hòa giải tiền tố tụng

Liên quan đến ví dụ ở phần dẫn nhập, ngày 18/9/2015, ông Trọng có đơn khởi kiện ra TAND yêu cầu hủy kết quả Đại hội đồng cổ đông và buộc công ty mua lại cổ phần của 17 cổ đông. Tại Biên bản phiên tòa ngày 29/7/2016, ông Trọng “xác nhận giữa ông Trọng và Công ty chưa lần nào tiến hành hòa giải nội bộ trước khi khởi kiện”. Vì vậy, trong Quyết định số 02/2016/KDTM-ST ngày 29/7/2016, TAND tỉnh Nghệ An đã “trả lại đơn kiện và đình chỉ giải quyết vụ án kinh doanh thương mại sơ thẩm”. Ngày 04/8/2012, ông Trọng kháng cáo yêu cầu hủy quyết định đình chỉ trên để yêu cầu tiếp tục giải quyết vụ án.

Như vậy, thỏa thuận tiền tố tụng về thương lượng, hòa giải đã tồn tại giữa các bên tranh chấp nhưng một bên đã không tuân thủ thỏa thuận đó bằng cách khởi kiện tranh chấp trực tiếp ra TAND. Khi không được chấp nhận giải quyết (tức trả lại đơn khởi kiện), đương sự vẫn tiếp tục khiếu nại việc Tòa án từ chối giải quyết để được tiếp tục giải quyết tại Tòa án đối với tranh chấp. Nói cách khác, một bên đương sự không tuân thủ thỏa thuận tiền tố tụng bắt buộc mà các bên đã thỏa thuận để khởi kiện trực tiếp ra Tòa án bất chấp thỏa thuận đã tồn tại giữa các bên.

Trước thực trạng trên, cơ quan tiến hành tố tụng đã giải quyết khá thống nhất. Trước tiên, Tòa án cấp sơ thẩm trả lại đơn khởi kiện. Tại phiên phúc thẩm, Viện kiểm sát cũng theo hướng của Tòa sơ thẩm vì “có quan điểm không chấp nhận kháng cáo của nguyên đơn, đề nghị giữ nguyên Quyết định đình chỉ giải quyết vụ án số 02/2016/KDTM-ST ngày 29/7/2016 của TAND tỉnh Nghệ An”. Về phía mình, Tòa phúc thẩm TAND cấp cao tại Hà Nội cũng theo hướng vừa nêu với nhận xét “tài liệu có trong hồ sơ, lời trình bày của ông Trọng và đại diện công ty tại phiên tòa sơ thẩm đều xác nhận, chưa lần nào ông Trọng và Công ty tiến hành hòa giải nội bộ trước khi khởi kiện, chính ông Trọng còn đề nghị Tòa án tạo điều kiện để hai bên thương lượng hòa giải trước khi giải quyết. Do đó, việc Tòa án cấp sơ thẩm xác định ông Trọng khởi kiện khi còn thiếu điều kiện hòa giải tranh chấp nội bộ theo Điều lệ Công ty là có căn cứ theo quy định tại Điều 168 Bộ luật TTDS năm 2005; Điều 192 Bộ luật TTDS năm 2015”<sup>7</sup>.

6 Thực ra, việc Nghị quyết số 05/2012/NQ-HĐTP coi đây là “trường hợp các đương sự có thỏa thuận về các điều kiện để khởi kiện” là không thuyết phục vì không có điều kiện nào cả; Trọng tài có thẩm quyền thì Tòa án không có thẩm quyền. Có lẽ vì lý do vừa nêu mà khi hướng dẫn Bộ luật TTDS năm 2015, Nghị quyết số 04/2017/NQ-HĐTP ngày 05/5/2017 của Hội đồng thẩm phán TAND tối cao đã không nhắc lại nội dung này nữa.

7 Quyết định số 134/2017/QĐ-PT ngày 18/5/2017 của TAND cấp cao tại Hà Nội.



Tóm lại, Điều 192 Bộ luật TTDS năm 2015 quy định về trả lại đơn khởi kiện do “chưa có đủ điều kiện khởi kiện”, trong vụ việc nêu trên, Tòa án viện dẫn Điều 192 Bộ luật TTDS năm 2015 để trả lại đơn kiện do “còn thiếu điều kiện” theo thỏa thuận, trong khi đó, nội dung điều luật lại giới hạn về điều kiện theo quy định của pháp luật. Nói cách khác, Tòa án đã bổ sung điều kiện theo thỏa thuận bên cạnh “điều kiện khởi kiện theo quy định của pháp luật” để trả lại đơn khởi kiện và đây là nội dung chưa được quan tâm nhiều ở Việt Nam.

## II. Kinh nghiệm của nước ngoài

1. Nghiên cứu pháp luật Pháp cho thấy, loại thỏa thuận thương lượng, hòa giải bắt buộc trước khi khởi kiện ra Tòa án rất phổ biến. Trên thực tiễn có rất nhiều thỏa thuận được Tòa án nước ngoài xử lý.

*Vụ việc được giám đốc thẩm năm 2003*<sup>8</sup>: Trong một hợp đồng chuyển nhượng vốn trong công ty, các bên thỏa thuận rằng “đối với tất cả bất đồng phát sinh giữa các bên liên quan đến giải thích hay thực hiện hợp đồng, những người ký dưới đây cam kết trước khi khởi kiện ra Tòa án là trao tranh chấp cho những người hòa giải do mỗi bên chỉ định trừ khi chỉ định người hòa giải duy nhất, người hòa giải cố gắng tìm giải pháp trong thời hạn 2 tháng kể từ khi chỉ định”. Tuy nhiên, khi có tranh chấp, một bên khởi kiện trực tiếp ra Tòa án mà không tuân thủ thỏa thuận hòa giải bắt buộc tiền tố tụng nêu trên.

*Vụ việc được giám đốc thẩm năm 2011*<sup>9</sup>: Điều 22 Điều lệ của một công ty

trong lĩnh vực y tế quy định một thủ tục thương lượng bắt buộc trước khi có thể khởi kiện ra Tòa án. Khi tranh chấp phát sinh từ việc bà Longuebray rút khỏi công ty, Công ty đã khởi kiện bà Longuebray ra Tòa án mà không tuân thủ thỏa thuận thương lượng bắt buộc tiền tố tụng.

2. Hai vụ việc được liệt kê ở trên có vấn đề pháp lý rất giống hoàn cảnh ở Việt Nam mà chúng ta khai thác để nghiên cứu trong phần Dẫn nhập. Ở đây, hướng xử lý của Tòa án Pháp cũng rất giống hướng xử lý của Tòa án nước ta (thực ra, trong một số vụ việc trước đó, Tòa án tối cao Pháp cũng đã từng theo hướng này)<sup>10</sup>.

Trong vụ việc thứ nhất, Tòa án địa phương đã trả lại đơn khởi kiện và việc từ chối này bị khiếu nại giám đốc thẩm. Khi giám đốc thẩm, Tòa hỗn hợp Tòa án tối cao Pháp (thường phán xét đối với những vấn đề mà giữa các Tòa có quan điểm chưa thống nhất và, trong vụ việc này, đây là phiên họp của 4 Tòa chuyên trách Tòa án tối cao Pháp) đã chấp nhận hướng của Tòa án địa phương với một nhận xét trở thành án lệ, theo đó, “theo Điều 122 và 124 Bộ luật TTDS, những trường hợp trả lại đơn không được liệt kê một cách giới hạn; hợp pháp, điều khoản trong hợp đồng quy định một thủ tục thương lượng bắt buộc và trước khi khởi kiện ra Tòa án mà việc áp dụng cho đến khi kết thúc không tính vào thời hiệu là một trường hợp trả lại đơn thẩm phán phải áp dụng khi các bên yêu cầu. Sau khi xác định hợp đồng chuyển nhượng có quy định

8 Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423, Bull. civ. ch. mixte, 2003, n° 1; D. 2003. 1386, note P. Ancel et M. Cottin.

9 Cass. com., 15 juin 2010, n° 09-16.323, D. Mme L. c/Sté Médi Six: JurisData n° 2010-009530; JCP E 2010, 1878, obs. J.-P. Legros; RTD civ. 2010, 780, obs. B. Fages.

10 Chẳng hạn, trong một quyết định năm 2000, Tòa án tối cao Pháp đã từng xét rằng “sau khi xác định hợp đồng có thỏa thuận thương lượng theo đó các bên cam kết trao tranh chấp cho hai người hòa giải trước bất kỳ khởi kiện nào, Tòa phúc thẩm đã đúng luật khi xét rằng đơn khởi kiện của Công ty Polyclinique không tuân thủ thủ tục được quy định trong điều khoản này bị trả lại” (Civ. 2e, 6 juill. 2000, Contrats, conc. consom. 2001, n° 2, note L. Leveneur; RTD civ. 2001. 359, note Jacques Mestre và Bertrand Fages).

thủ tục thương lượng tiền tố tụng tòa án đối với tranh chấp liên quan đến thực hiện hợp đồng, Tòa phúc thẩm đã hoàn toàn chính xác khi quyết định từ chối đơn yêu cầu của người chuyên nhượng trên cơ sở hợp đồng trước khi thủ tục thương lượng được triển khai”. Với nội dung vừa nêu, “tôn trọng ý chí khẳng định của các bên, giải pháp bắt đầu bằng việc khẳng định nguyên tắc có hiệu lực của điều khoản thỏa thuận thủ tục tiền tố tụng bắt buộc”<sup>11</sup>. Ở đây, “vụ việc liên quan đến chuyển nhượng cổ phần nhưng cách thức thể hiện rất chung của quyết định giám đốc thẩm cho phép hiểu rằng giải pháp có giá trị đối với bất kỳ hợp đồng nào, dù bản chất hợp đồng liên quan là gì”<sup>12</sup>.

Trong vụ việc thứ hai, bên bị khởi kiện ra Tòa án trước khi thủ tục tiền tố tụng bắt buộc theo thỏa thuận được triển khai đã yêu cầu Tòa án trả lại đơn khởi kiện nhưng yêu cầu này không được Tòa án địa phương chấp nhận. Khi giải quyết khiếu nại giám đốc thẩm, Tòa thượng thẩm Tòa án tối cao Pháp đã hủy án địa phương với nhận xét: “Điều lệ Công ty quy định một thủ tục thương lượng bắt buộc, trước khi khởi kiện ra Tòa án và việc không tuân thủ đã được bà Longuebray khiếu nại dẫn tới việc trả lại đơn khởi kiện nên Tòa phúc thẩm đã vi phạm Điều 1134 BLDS và các Điều 122 và 123 Bộ luật TTDS”. Với phán quyết này, “giải pháp có giá trị không chỉ khi điều khoản về thủ tục tiền tố tụng bắt buộc được đưa vào trong một hợp đồng theo nghĩa hẹp mà còn có cả giá trị khi điều khoản đó được đưa vào một giao dịch mà phạm vi tập thể cao hơn”<sup>13</sup>.

3. Để đưa ra hướng xử lý đối với hai vụ việc nêu trên, Tòa án tối cao Pháp đã viện dẫn các quy định của Bộ luật TTDS Pháp. Ngoài ra, Tòa án viện dẫn thêm một điều luật nữa trong BLDS Pháp về hợp đồng.

Trước tiên là Điều 122 Bộ luật TTDS với nội dung: “trả lại đơn khởi kiện” mà “không xem xét nội dung” do “không có quyền khởi kiện như không có tư cách khởi kiện, không có lợi ích, hết thời hiệu, thời hạn, vụ việc đã được xét xử”. Sau đó là Điều 123 Bộ luật TTDS với nội dung “việc trả lại đơn khởi kiện có thể được đưa ra ở bất kỳ thời điểm nào” và cuối cùng là Điều 124 Bộ luật TTDS với nội dung “những trường hợp trả lại đơn cần được chấp nhận và người viện dẫn không phải chứng minh có thiệt hại và ngay cả khi việc trả lại đơn không được hình thành từ một quy định cụ thể”. Các điều luật này đề cập tới những trường hợp trả lại đơn và điều luật theo hướng liệt kê những trường hợp trả lại đơn. Tòa án tối cao Pháp đã không phủ nhận trường hợp được liệt kê nhưng khẳng định trong phần xét thấy rằng “những trường hợp trả lại đơn không được liệt kê một cách giới hạn”. Điều này cho phép Tòa án bổ sung thêm trường hợp khác, trong đó có trường hợp mà bài viết đề cập đến: thỏa thuận thương lượng, hòa giải tiền tố tụng bắt buộc trước khi khởi kiện ra Tòa án. Với án lệ này, “danh sách trường hợp trả lại đơn tại Điều 122 Bộ luật TTDS chỉ mang tính gợi ý và không bị giới hạn”<sup>14</sup> và “trường hợp từ chối đơn khởi kiện có nguồn gốc thỏa thuận và không phải chỉ có nguồn gốc từ pháp luật được ghi nhận”<sup>15</sup>.

11 Jacques Mestre và Bertrand Fages, Conciliation au plus haut niveau en faveur... des clauses de conciliation, RTD civ. 2003. 294.

12 Gwennhaël François, L'inefficacité des clauses de conciliation précontentieuse insérées dans le contrat de travail, JCP.E 2013, 1127.

13 Bertrand Fages, Effets d'une clause de conciliation insérée dans un acte collectif, RTD civ. 2010. 780.

14 Jacques Mestre và Bertrand Fages, Conciliation au plus haut niveau en faveur...(Bdd).

15 Jean-François Barbière, Force du préalable statutaire de conciliation, Rev. sociétés 2011. 235.

Trong vụ việc thứ hai, Tòa án đã bổ sung thêm một căn cứ nữa là Điều 1134 BLDS Pháp (sau khi sửa đổi năm 2016 là Điều 1103) với nội dung: “hợp đồng được xác lập hợp pháp là luật của những ai làm ra nó”. Ở đây, “phân tích tổng thể ý chí của các bên đã được ưu tiên”<sup>16</sup>, “giải pháp trao cho điều khoản về thương lượng đầy đủ hiệu lực pháp luật”<sup>17</sup> và “ché tài bằng cách trả lại đơn góp phần quan trọng vào việc bảo vệ hiệu lực ràng buộc của hợp đồng. Đây không là một tuyên bố đơn giản ý định của các bên, điều khoản đó sẽ cản trở việc khởi kiện ra Tòa án chừng nào mong muốn xích lại gần nhau chưa được triển khai”<sup>18</sup>. Thực ra, hướng kết hợp cả quy định về tính ràng buộc của thỏa thuận với quy định về TTDS đã được thừa nhận trong các quyết định trước đây. Chẳng hạn, trước một thỏa thuận tiền tố tụng bắt buộc như trên, Tòa án tối cao Pháp năm 2003 đã “căn cứ Điều 1134 BLDS và các Điều 122 và 124 Bộ luật TTDS” để xét rằng “điều khoản trong hợp đồng quy định một thủ tục thương lượng bắt buộc và trước khi khởi kiện ra Tòa án mà việc áp dụng cho đến khi kết thúc không tính vào thời hiệu là một trường hợp trả lại đơn thẩm phán phải áp dụng khi các bên yêu cầu”<sup>19</sup>.

### III. Lời kết

Trên cơ sở những phân tích ở trên, chúng ta nên coi đây là một trường hợp trả lại đơn khởi kiện vì các lý do sau:

*Thứ nhất*, chúng ta đang khuyến khích các bên giải quyết tranh chấp ngoài Tòa án

và việc ghi nhận như trên là cần thiết. Một trong những chủ trương trong Nghị quyết số 49-NQ/TW của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 là “khuyến khích việc giải quyết một số tranh chấp thông qua thương lượng, hòa giải, trọng tài; Tòa án hỗ trợ bằng quyết định công nhận việc giải quyết đó”. Bên cạnh đó, khi sửa đổi Bộ luật TTDS năm 2015, Quốc hội đã bổ sung xem một thủ tục riêng biệt là “Công nhận kết quả hòa giải thành ngoài Tòa án” được quy định từ Điều 416. Ngoài ra, “đây là một vấn đề mới được đưa vào trong Bộ luật TTDS năm 2015 nhằm nâng cao hiệu quả công tác hòa giải ngoài Tòa án, giảm bớt việc khởi kiện yêu cầu Tòa án giải quyết”<sup>20</sup>.

Năm 2017, Chính phủ cũng đã ban hành Nghị định số 22/2017/NĐ-CP ngày 24/02/2017 về Hòa giải thành thương mại với chính sách rất rõ là: “khuyến khích các bên tranh chấp sử dụng hòa giải thương mại để giải quyết tranh chấp trong lĩnh vực thương mại và các tranh chấp khác mà pháp luật quy định được giải quyết bằng hòa giải thương mại” (khoản 1 Điều 5).

*Thứ hai*, ngành Tòa án đang quá tải trong việc giải quyết các vụ, việc dân sự và việc buộc các bên phải tuân thủ thủ tục thương lượng hay hòa giải trước khi đưa tranh chấp ra cơ quan tài phán như các bên đã thỏa thuận sẽ giúp giảm lượng vụ, việc Tòa án phải giải quyết. Vì vậy, việc ghi nhận thêm trường hợp trả lại đơn khởi kiện như đang phân tích sẽ tạo thêm cơ sở để giảm thiểu số lượng vụ án mà Tòa án cần phải giải quyết.

16 Jean-François Barbièri, Bdd.

17 Jacques Mestre và Bertrand Fages, La clause de conciliation a-t-elle pour effet de rendre irrecevable l'action en justice?, RTD civ. 2001. 359.

18 Nicolas Gerbay, La clause de conciliation préalable: entre tensions contractuelles et processuelles, Procédures n° 7, Juillet 2015, étude 7.

19 Cass. com., 17 juin 2003, n° 99-16.001, Godonier c/GIE La Cité des Antiquaires: Bull. civ. 2003, IV, n° 101, p. 112; [JurisData n° 2003-019479](#); D. 2003, inf. rap. p. 1945.

20 Trần Anh Tuấn (Chủ biên), Bình luận khoa học BLTTDS năm 2015, Nxb. Tư pháp 2017, tr.881.

*Thứ ba*, theo khoản 2 Điều 3 BLDS 2015, “cá nhân, pháp nhân xác lập, thực hiện, chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự của mình trên cơ sở tự do, tự nguyện cam kết, thỏa thuận”. Đây là một trong “các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự” cho phép các bên thỏa thuận. Bên cạnh đó, đoạn 2 của điều khoản này khẳng định “Mọi cam kết, thỏa thuận không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội có hiệu lực thực hiện đối với các bên và phải được chủ thể khác tôn trọng”. Ở đây, thỏa thuận đang được nghiên cứu “không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội có hiệu lực thực hiện đối với các bên” nên các bên phải tuân thủ (tức không được khởi kiện ra Tòa án khi chưa triển khai thủ tục tiền tố tụng trước đó như đã thỏa thuận). Thỏa thuận đang được nghiên cứu “không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội” không chỉ “có hiệu lực thực hiện đối với các bên” như vừa nêu mà “phải được chủ thể khác tôn trọng” trong khi đó Tòa án chính là “chủ thể khác” nên phải tôn trọng bằng cách trả lại đơn khi một trong các bên đã không tuân thủ thỏa thuận tiền tố tụng bắt buộc. Nói cách khác, như hai chuyên gia về dân sự ở nước ngoài đã khẳng định, “với việc áp dụng trả lại đơn khởi kiện, điều khoản về thương thượng được hưởng một cơ chế bảo vệ rất tốt”<sup>21</sup>.

*Thứ tư*, thỏa thuận tiền tố tụng như trên không làm mất quyền khởi kiện ra Tòa án vì đó chỉ là thỏa thuận tiền tố tụng để đạt được sự thống nhất về nội dung tranh chấp. Do đó, nếu các bên triển khai theo thỏa thuận mà nội dung tranh chấp không được giải quyết thì lúc đó các bên vẫn được khởi kiện tranh chấp ra Tòa án. Nói cách khác, các thỏa thuận như trên giúp giải quyết được

tranh chấp ngoài Tòa án còn nếu tranh chấp vẫn không được giải quyết theo thủ tục tiền tố tụng mà các bên thỏa thuận thì các bên vẫn được quyền khởi kiện ra Tòa án. Ở đây, nếu không đạt được thỏa thuận ngoài tòa án theo thủ tục thỏa thuận, việc khởi kiện ra Tòa án chỉ bị chậm lại và, như Tòa án Pháp đã khẳng định, khoảng thời gian đó không được tính vào thời hiệu.

Về cách thức ghi nhận trường hợp trả lại đơn như trên: Phương án tối ưu nhất là đưa giải pháp trên vào văn bản quy phạm pháp luật. Tuy nhiên, Bộ luật TTDS mới được sửa đổi năm 2015 và chưa có kế hoạch sửa đổi nên rất khó đưa giải pháp trên vào Bộ luật TTDS. Vì vậy, giải pháp khả thi nhất hiện nay là TAND tối cao ban hành Nghị quyết hướng dẫn áp dụng Bộ luật TTDS, trong đó ghi nhận một cách chính thức trường hợp trả lại đơn khởi kiện do chưa đủ điều kiện theo thỏa thuận của các bên về thủ tục thương lượng, hòa giải bắt buộc tiền tố tụng. Thực tế, chúng ta đang có xu hướng đan xen các loại nguồn khác nhau trong đó có ban hành Án lệ và chúng ta cũng đã có án lệ về tố tụng dân sự. Vì vậy, một phương án nữa có thể đưa ra là chúng ta phát triển hướng giải quyết của Tòa án nhân dân cấp cao tại Hà Nội nêu trên thành một Án lệ như Tòa án Pháp đã làm (coi danh sách trả lại đơn kiện tại khoản 1 Điều 192 BLTTDS 2015 chỉ mang tính liệt kê và có thể bổ sung trường hợp khác như trường hợp các bên thỏa thuận thủ tục thương lượng, hòa giải bắt buộc trước khi khởi kiện ra Tòa án). Đây là cách làm mới không thiếu yếu tố thuyết phục ■

21 Jacques Mestre và Bertrand Fages, Conciliation au plus haut niveau en faveur... (Bdd).

# ÁP DỤNG “THỜI HIỆU” VÀ “THỜI HẠN” NỘP ĐƠN YÊU CẦU CÔNG NHẬN VÀ CHO THI HÀNH TẠI VIỆT NAM BẢN ÁN, QUYẾT ĐỊNH DÂN SỰ CỦA TÒA ÁN NƯỚC NGOÀI, PHÁN QUYẾT CỦA TRỌNG TÀI NƯỚC NGOÀI

**Đặng Thanh Hoa\***

\* TS. Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* thời hạn, thời hiệu, Bộ luật Dân sự năm 2015, Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 29/11/2017

Biên tập: 07/01/2018

Duyệt bài: 15/01/2018

## Article Infomation:

*Keywords:* statute of limitations, deadlines, Civil Procedure Code of 2015, Civil Code of 2015.

*Article History:*

Received: 29 Nov. 2017

Edited: 07 Jan. 2018

Approved: 15 Jan. 2018

## Tóm tắt:

“Thời hiệu” và “thời hạn” áp dụng trong Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 được dẫn chiếu theo các quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015. Tuy nhiên, tìm hiểu Bộ luật Tố tụng dân sự cho thấy, thuật ngữ “thời hiệu” không chỉ được nhắc đến trong thủ tục giải quyết vụ việc dân sự mà còn được đề cập đến thủ tục công nhận và cho thi hành tại Việt Nam hoặc không công nhận bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài... Bài viết trao đổi về “thời hiệu” và “thời hạn” nộp đơn yêu cầu công nhận và cho thi hành bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài, hoặc phán quyết của Trọng tài nước ngoài tại Việt Nam.

## Abstract:

The “statute of limitations” and “deadlines” of the Civil Procedure Code of 2015 are cited in accordance with the provisions of the Civil Code of 2015. However, the term “statute of limitation” is not only mentioned in the civil case resolution process, but also refers to the procedure for recognition and enforcement in Vietnam or the recognition of a civil judgment or decision of the foreign courts. This article provides discussions of the “statute of limitations” and “deadlines” of filing applications for recognition and enforcement of civil judgments or decisions of the foreign courts, or foreign arbitral awards in Vietnam.

Theo quy định của Điều 183 và Điều 185 Bộ luật Tố tụng dân sự (TTDS)<sup>1</sup>, tất cả các nội dung liên quan đến “thời hiệu” và “thời hạn” tại Bộ luật này đều dẫn chiếu áp dụng theo quy định tại Bộ luật Dân sự (BLDS).

So với quy định của BLDS năm 2005 và Bộ luật TTDS năm 2004 sửa đổi năm 2011, BLDS và Bộ luật TTDS hiện hành đã có điểm mới bổ sung quan trọng đối với quy định về thời hiệu là Tòa án chỉ được áp dụng thời hiệu khi và chỉ khi có yêu cầu của một trong các bên<sup>2</sup>. . . Nói cách khác, Tòa án không có quyền chủ động áp dụng quy định về thời hiệu trong TTDS. Tuy nhiên, tìm hiểu Bộ luật TTDS cho thấy, thuật ngữ “thời hiệu” không chỉ được nhắc đến trong thủ tục giải quyết vụ việc dân sự mà còn được đề cập đến thủ tục công nhận và cho thi hành tại Việt Nam hoặc không công nhận bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài. . . Ngoài ra, việc quy định “thời hạn” gửi đơn yêu cầu và cho thi hành tại Việt Nam phán quyết của Trọng tài nước ngoài cũng đặt ra vấn đề là liệu quy định về “thời hạn” này có hiệu và áp dụng tương tự như trong các thủ tục trên hay không; chủ thể của việc yêu cầu áp dụng “thời hiệu” hoặc “thời hạn” là ai hay Tòa án hoàn toàn chủ động áp dụng; và hậu quả pháp lý nếu một trong các bên vi phạm quy định về “thời hiệu” và “thời hạn” như thế nào. . . Hiện các vấn đề này vẫn chưa được minh thị trong các quy định có liên quan. Điều này sẽ gây ra khó khăn cho Tòa án.

Từ các yêu cầu trên, trong bài viết,

chúng tôi phân tích một số vấn đề có khả năng phát sinh vướng mắc trong thực tiễn, cụ thể: (i) Điều kiện để Tòa án áp dụng thời hiệu trong TTDS; (ii) Vận dụng quy định “thời hiệu” và “thời hạn” như thế nào đối với thủ tục công nhận và cho thi hành bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài, hoặc phán quyết của Trọng tài nước ngoài tại Việt Nam; (iii) Hậu quả pháp lý của việc không áp dụng “thời hiệu” và “thời hạn” đối với thủ tục công nhận và cho thi hành bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài, hoặc phán quyết của Trọng tài nước ngoài tại Việt Nam.

### 1. Điều kiện để Tòa án áp dụng thời hiệu trong tố tụng dân sự

Khoản 2 Điều 149 BLDS (tương ứng với khoản 2 Điều 184 Bộ luật TTDS) quy định: “Tòa án *chỉ áp dụng* quy định về thời hiệu theo yêu cầu áp dụng thời hiệu của một bên hoặc các bên với điều kiện yêu cầu này phải được đưa ra trước khi Tòa án cấp sơ thẩm ra bản án, quyết định giải quyết vụ việc.

Người được hưởng lợi từ việc áp dụng thời hiệu có quyền từ chối áp dụng thời hiệu, trừ trường hợp việc từ chối đó nhằm mục đích trốn tránh thực hiện nghĩa vụ”.

Chúng tôi đồng tình với ý kiến cho rằng, quy định trên đây là điểm mới “rất tiến bộ” mà BLDS đã đạt được. Quy định này giúp loại trừ can thiệp của cơ quan tố tụng khi viện dẫn quy định về thời hiệu để từ chối giải quyết hay để hủy kết quả xét xử giải quyết trước đó. . . và vì vậy, việc có áp dụng thời hiệu hay không phải do chính các chủ

1 Điều 183 Bộ luật TTDS quy định: “Cách tính thời hạn tố tụng, quy định về thời hạn tố tụng, thời điểm bắt đầu, kết thúc thời hạn tố tụng trong Bộ luật này được áp dụng theo các quy định tương ứng của BLDS” và Điều 185: “Các quy định của BLDS về thời hiệu được áp dụng trong tố tụng dân sự”.

2 Theo đó, khoản 1 Điều 149 BLDS quy định: “Thời hiệu là thời hạn do luật quy định mà khi kết thúc thời hạn đó thì phát sinh hậu quả pháp lý đối với chủ thể theo điều kiện do luật định”. Và khoản 2 Điều 149: “Tòa án chỉ áp dụng quy định về thời hiệu theo yêu cầu áp dụng thời hiệu của một bên hoặc các yêu cầu. . .”.

thể trong quan hệ đó quyết định chứ không phải Tòa án<sup>3</sup>. Ví dụ, trong trường hợp đã hết thời hiệu khởi kiện nhưng nếu một trong các bên không có yêu cầu Tòa án áp dụng quy định về thời hiệu thì Tòa án vẫn phải giải quyết đơn khởi kiện đó mà không được từ chối thụ lý hoặc nếu đã thụ lý vụ án thì Tòa án không được quyền chủ động ra quyết định đình chỉ giải quyết vụ án vì lý do đã hết thời hiệu khởi kiện khi chưa có yêu cầu của một hoặc các bên.

Như vậy, đối với quy định tại đoạn 1, khoản 2 Điều 149 BLDS xác định điều kiện để Tòa án áp dụng thời hiệu là khi có yêu cầu áp dụng thời hiệu của một hoặc các bên. Tiếp đến, tại đoạn 2, khoản 2 Điều 149 BLDS (tương ứng với đoạn 2 khoản 2 Điều 184 Bộ luật TTDS) quy định: “Người được hưởng lợi từ việc áp dụng thời hiệu có quyền từ chối áp dụng thời hiệu, trừ trường hợp việc từ chối đó nhằm mục đích trốn tránh thực hiện nghĩa vụ”. Nội dung quy định này cần phải được hiểu là: Đối với thời hiệu nói chung (kể cả khi có bên từ chối hoặc không từ chối việc áp dụng thời hiệu), Tòa án chỉ được quyền áp dụng khi có yêu cầu từ một hoặc các bên. Nói cách khác, việc không từ chối áp dụng thời hiệu không thể hiểu là Tòa

án có quyền chủ động áp dụng thời hiệu<sup>4</sup>.

Một vấn đề khác phát sinh khi áp dụng quy định này: chủ thể yêu cầu Tòa án áp dụng thời hiệu là “một hoặc các bên”, nhưng hiện vẫn chưa có văn bản hướng dẫn cụ thể như thế nào là “một hoặc các bên” có quyền yêu cầu áp dụng thời hiệu. Chúng tôi cho rằng, cần phải hiểu quy định này đầy đủ như sau:

(i) Chủ thể “một hoặc các bên” có quyền chính là đương sự trong vụ việc dân sự. Cụ thể, đương sự trong vụ án dân sự (bao gồm nguyên đơn, bị đơn và người có quyền lợi nghĩa vụ liên quan) và đương sự trong việc dân sự (bao gồm người yêu cầu, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến việc dân sự);

(ii) và họ phải là những người có quyền và nghĩa vụ liên quan trực tiếp đến yêu cầu Tòa án áp dụng thời hiệu.

Tóm lại, điểm mới mấu chốt trong quy định về áp dụng thời hiệu - tương ứng với điều kiện Tòa án áp dụng thời hiệu theo quy định của BLDS và Bộ luật TTDS là Tòa án hoàn toàn không có quyền chủ động áp dụng thời hiệu, Tòa án áp dụng thời hiệu *khi và chỉ khi* có yêu cầu áp dụng thời hiệu của một hoặc các đương sự<sup>5</sup>.

3 Đỗ Văn Đại (2016), Bình luận khoa học những điểm mới của BLDS năm 2015, tr.201-203. Ý kiến của tác giả Đỗ Văn Đại và nhóm tác giả, theo chúng tôi đã thể hiện đúng tinh thần, nguyên lý của nhà làm luật trên cơ sở tiếp thu, học tập kinh nghiệm về quy định này của các nước trên thế giới. Và xem thêm bài viết “Những điểm mới về thời hiệu khởi kiện và tố tụng dân sự” - (theo Luật năm 2008-651 ngày 17/06/2008) trong Hội thảo của Tòa Pháp án (11/3/2009) của Bà Natalie Fricero, – Giảng viên trường Đại học Nice Sophia-Antipoli, Giám đốc Học viện Tư pháp: yêu cầu chấm dứt tố tụng vì lý do hết thời hiệu là quyền đương nhiên của các bên đương sự nhưng phải nêu vấn đề thời hiệu trước khi nêu các căn cứ khác nếu không sẽ không được chấp nhận. Thẩm phán không thể mặc nhiên tước đi quyền yêu cầu chấm dứt vụ án vì hết thời hiệu tố tụng (Điều 388 Bộ luật TTDS Pháp).

4 Ví dụ: B là người được lợi về tài sản là động sản do hết thời gian 10 năm B được xác lập quyền sở hữu tài sản đó theo thời hiệu (thời hiệu hưởng quyền dân sự) theo quy định tại Điều 236 BLDS. Tuy nhiên, sau 10 năm đó, A đi kiện đòi lại quyền sở hữu tài sản này từ B. Nếu trong quá trình giải quyết, giả sử khi Thẩm phán giải quyết vụ án hỏi B được lợi về tài sản về thời hiệu hưởng quyền dân sự theo quy định tại Điều 236 BLDS rằng B có từ chối việc áp dụng thời hiệu này không? Thông thường logic câu trả lời sẽ đương nhiên là không từ chối áp dụng thời hiệu trong trường hợp này vì nó mang lại quyền lợi cho B. Như vậy, nếu B trả lời với Tòa án là không từ chối việc áp dụng thời hiệu trong trường hợp này thì Tòa án có đương nhiên áp dụng quy định về thời hiệu (đoạn 2 khoản 2 Điều 184) để tuyên B là chủ sở hữu tài sản trong trường hợp này mà không cần phải có yêu cầu áp dụng thời hiệu từ B (đoạn 1 khoản 2 Điều 184).

5 Xem Tờ trình số 390/TTr-CP ngày 12/10/2014 về dự án BLDS sửa đổi. Việc hiểu và xác định nêu trên dựa vào các cơ sở sau đây: Một là, quy định này là phù hợp với bản chất pháp lý của thời hiệu, tạo công cụ pháp lý tốt hơn để các chủ thể căn cứ vào đó mà bảo vệ các quyền dân sự của mình. Hai là, quy định này là để hạn chế tình trạng Tòa án có thể căn cứ vào thời hiệu mà từ chối yêu cầu giải quyết vụ việc, góp phần cụ thể hóa và triển khai thi hành khoản 3 Điều 102 Hiến pháp năm 2013 “Tòa án nhân dân có nhiệm vụ bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, quyền công dân, bảo vệ chế độ XHCN, bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân”.

### 2. Có áp dụng tương tự quy định về “thời hiệu” trong thủ tục giải quyết việc dân sự với “thời hiệu” và “thời hạn” nộp đơn yêu cầu công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài, hoặc phán quyết của trọng tài nước ngoài hay không?

Để xác định có áp dụng tương tự quy định về “thời hiệu” trong thủ tục giải quyết vụ việc dân sự với “thời hiệu” và “thời hạn” nộp đơn yêu cầu công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài, hoặc phán quyết của trọng tài nước ngoài hay không, trước hết, cần phải xác định thủ tục công nhận và cho thi hành bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài, phán quyết của trọng tài nước ngoài tại Việt Nam có phải là thủ tục giải quyết loại việc dân sự đặc biệt.

Điều 1 Bộ luật TTDS năm 2004 (sửa đổi năm 2011) và các điều khoản khác có liên quan như khoản 5 Điều 25, khoản 6 Điều 28, khoản 2 Điều 30 và khoản 1 Điều 32<sup>6</sup> của Bộ luật này cho thấy, quy định yêu cầu công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định của Tòa án nước ngoài, quyết định của Trọng tài nước ngoài được coi là việc dân sự. Tuy nhiên, Điều 350 và Điều 364 của Bộ luật TTDS năm 2004 không quy định về thời hạn nộp đơn yêu cầu công nhận và cho thi hành

bản án, quyết định của Tòa án nước ngoài, quyết định của Trọng tài nước ngoài. Bên cạnh đó, theo quy định của khoản 4 Điều 159 Bộ luật này, trong trường hợp pháp luật không có quy định về thời hiệu yêu cầu thì thời hiệu yêu cầu để Tòa án giải quyết việc dân sự là một năm, kể từ ngày phát sinh quyền yêu cầu, trừ các việc dân sự có liên quan đến quyền dân sự về nhân thân của cá nhân thì không áp dụng thời hiệu yêu cầu. Do đó, thực tiễn xét xử trước đây tại các Tòa án cho thấy, việc nhận thức và áp dụng quy định của khoản 4 Điều 159 để xem xét về thời hạn nộp đơn yêu cầu công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định của Tòa án nước ngoài, quyết định của Trọng tài nước ngoài không thống nhất. Xuất phát từ thực tiễn đó, Bộ luật TTDS năm 2015 đã bổ sung quy định về “thời hiệu” và “thời hạn” yêu cầu công nhận và cho thi hành... Tuy nhiên, vấn đề đặt ra là liệu quy định về điều kiện áp dụng “thời hiệu” và “thời hạn” này có thống nhất trong toàn bộ quy định của Bộ luật TTDS hiện hành hay không?

Điều 1 Bộ luật TTDS<sup>7</sup> quy định ba trình tự thủ tục riêng biệt, cụ thể: (i) thủ tục giải quyết vụ án dân sự; (ii) thủ tục giải quyết việc dân sự; và (iii) thủ tục công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài, phán quyết của

6 Nội dung Điều 1 về “Phạm vi điều chỉnh và nhiệm vụ của Bộ luật TTDS” chỉ quy định hai loại thủ tục tố tụng: (i) thủ tục giải quyết vụ án dân sự; và (ii) thủ tục giải quyết việc dân sự. Theo đó “Bộ luật TTDS quy định những nguyên tắc cơ bản trong tố tụng dân sự; trình tự, thủ tục khởi kiện để Tòa án giải quyết các vụ án về tranh chấp dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại, lao động (sau đây gọi chung là vụ án dân sự) và trình tự, thủ tục yêu cầu để Tòa án giải quyết các việc về yêu cầu dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại, lao động (sau đây gọi chung là việc dân sự); trình tự, thủ tục giải quyết vụ án dân sự, việc dân sự (sau đây gọi chung là vụ việc dân sự) tại Tòa án; thi hành án dân sự; nhiệm vụ, quyền hạn và trách nhiệm của cơ quan tiến hành tố tụng, người tiến hành tố tụng; quyền và nghĩa vụ của người tham gia tố tụng, của cá nhân, cơ quan nhà nước, đơn vị vũ trang nhân dân, tổ chức kinh tế, tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức chính trị xã hội - nghề nghiệp, tổ chức xã hội, tổ chức xã hội - nghề nghiệp (sau đây gọi chung là cơ quan, tổ chức) có liên quan nhằm bảo đảm cho việc giải quyết các vụ việc dân sự được nhanh chóng, chính xác, công minh và đúng pháp luật...”

7 Nội dung quy định “Bộ luật TTDS quy định những nguyên tắc cơ bản trong TTDS; trình tự, thủ tục khởi kiện để Tòa án nhân dân giải quyết các vụ án về tranh chấp dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại, lao động (sau đây gọi chung là vụ án dân sự) và trình tự, thủ tục yêu cầu để Tòa án giải quyết các việc về yêu cầu dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại, lao động (sau đây gọi chung là việc dân sự); trình tự, thủ tục giải quyết vụ án dân sự, việc dân sự (sau đây gọi chung là vụ việc dân sự) tại Tòa án; thủ tục công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài, phán quyết của Trọng tài nước ngoài; thi hành án dân sự; nhiệm vụ, quyền hạn và trách nhiệm của cơ quan tiến hành tố tụng, người tiến hành tố tụng; quyền và nghĩa vụ của người tham gia tố tụng, của cá nhân, cơ quan nhà nước, đơn vị vũ trang nhân dân, tổ chức kinh tế, tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức chính trị xã hội - nghề nghiệp, tổ chức xã hội, tổ chức xã hội - nghề nghiệp (sau đây gọi chung là cơ quan, tổ chức) có liên quan nhằm bảo đảm cho việc giải quyết các vụ việc dân sự được nhanh chóng, chính xác, công minh và đúng pháp luật...”



Trọng tài nước ngoài. Như vậy rõ ràng, thủ tục công nhận và cho thi hành bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài, phán quyết của Trọng tài nước ngoài là một thủ tục riêng biệt với thủ tục giải quyết vụ việc dân sự<sup>8</sup>. Bên cạnh đó, các quy định cụ thể khác tại thủ tục yêu cầu công nhận và cho thi hành như về đơn yêu cầu, thời hiệu yêu cầu, về thụ lý hồ sơ, chuẩn bị xét đơn, mở phiên họp, kháng cáo, kháng nghị... có nội dung đặc thù và không có sự dẫn chiếu áp dụng tương tự theo quy định tại thủ tục giải quyết việc dân sự nói chung. Ngoài ra, bố cục của Bộ luật TTDS đã minh thị, thủ tục công nhận và cho thi hành là một thủ tục độc lập ghi nhận tại phần thứ bảy của Bộ luật này mà không kết cấu như một chương việc cụ thể trong phần thứ sáu về thủ tục giải quyết việc dân sự<sup>9</sup>.

Vậy, phải áp dụng thống nhất quy định về “thời hiệu” và “thời hạn” trong thủ tục yêu cầu công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định của Tòa án nước ngoài, phán quyết của Trọng tài như thế nào?

*- Đối với thủ tục công nhận và cho thi hành bản án, quyết định của Tòa án nước ngoài*

Điều 432 Bộ luật TTDS quy định thời hiệu yêu cầu công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của Tòa

án nước ngoài (sau đây gọi tắt là “thời hiệu yêu cầu công nhận”) là ba năm (kể từ ngày bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài có hiệu lực pháp luật), trừ trường hợp sự kiện bất khả kháng hoặc trở ngại khách quan<sup>10</sup>.

Như vậy, không có cơ sở để Tòa án chỉ áp dụng thời hiệu khi và chỉ khi có yêu cầu của một hoặc các bên yêu cầu công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài như quy định của Điều 184 Bộ luật TTDS. Nói một cách khác, với quy định của pháp luật hiện hành, Tòa án hoàn toàn có thể chủ động áp dụng quy định về thời hiệu này mà không cần có yêu cầu từ phía một hoặc các bên đương sự.

*- Đối với thủ tục công nhận và cho thi hành phán quyết của Trọng tài nước ngoài*

Điều 451 Bộ luật TTDS quy định về thời hạn (không phải là thời hiệu) gửi đơn yêu cầu công nhận phán quyết của Trọng tài nước ngoài là ba năm (kể từ ngày phán quyết của Trọng tài nước ngoài có hiệu lực pháp luật), trừ trường hợp sự kiện bất khả kháng hoặc trở ngại khách quan<sup>11</sup>.

Chúng tôi cho rằng, quy định về “thời hạn” gửi đơn yêu cầu công nhận và cho thi hành phán quyết của Trọng tài nước ngoài mà không quy định là “thời hiệu yêu cầu”

8 Hưởng lý giải của chúng tôi hoàn toàn phù hợp với Báo cáo số 21/BC-TANDTC ngày 10/4/2015 về thuyết minh dự án Bộ luật TTDS (sửa đổi) có ghi nhận tại Mục II.1 (tr. 2) có ghi nhận: “Bổ sung nội dung về thủ tục công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài, quyết định của Trọng tài nước ngoài vào phạm vi điều chỉnh của Bộ luật TTDS tại Điều 1 vì thủ tục công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài, quyết định của Trọng tài nước ngoài được quy định tại Phần thứ sáu của Bộ luật TTDS hiện hành nhưng lại chưa được quy định trong phạm vi điều chỉnh của Bộ luật”.

9 Phần thứ sáu của Bộ luật TTDS được bố cục bao gồm chương quy định chung về thủ tục giải quyết việc dân sự và các chương riêng đối với một số loại việc cụ thể.

10 Bên cạnh thủ tục yêu cầu công nhận và cho thi hành còn có thủ tục yêu cầu không công nhận bản án quyết định của Tòa án nước ngoài tại Việt Nam thì quy định về thời hiệu yêu cầu cũng là ba năm. Bên cạnh đó, đối với thủ tục yêu cầu không công nhận bản án quyết định của Tòa án nước ngoài không có yêu cầu thi hành tại Việt Nam thì quy định về thời hiệu yêu cầu rút ngắn còn sáu tháng. Tuy nhiên, các quy định khác về thời hiệu của các thủ tục này cũng giống như quy định về thời hiệu của thủ tục yêu cầu công nhận và cho thi hành nên cũng không rõ ràng và sẽ gặp vướng mắc khi áp dụng trên thực tiễn.

11 Việc nâng mức thời hạn lên ba năm theo quy định tại Điều 541 Bộ luật TTDS năm 2015 sẽ tạo điều kiện cho bên yêu cầu có thêm thời gian để quyết định lựa chọn gửi đơn yêu cầu đến Bộ Tư pháp hoặc Tòa án yêu cầu công nhận thi hành phán quyết của Trọng tài nước ngoài tại Việt Nam trên thực tế. Bởi lẽ, quy định của Bộ luật TTDS 2004 sửa đổi năm 2011 chỉ cho bên yêu cầu 01 năm để thực hiện quyền yêu cầu công nhận của mình là quá ngắn, điều này dẫn đến việc trên thực tế, có bên dù đã đáp ứng đầy đủ các yêu cầu của pháp luật và của cả Tòa án về các thủ tục phục vụ cho việc công nhận và cho thi hành phán quyết của Trọng tài nước ngoài, nhưng vẫn bị Tòa án từ chối công nhận và cho thi hành vì lý do hết thời hiệu. Xem thêm bài của Lê Nguyễn Gia Thiện (2016), “Công nhận và cho thi hành phán quyết của Trọng tài nước ngoài”, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 24/2016, tr. 46.

tại Điều 541 Bộ luật TTDS là chưa phù hợp và tương thích với thủ tục công nhận và cho thi hành bản án, quyết định của Tòa án nước ngoài tại Việt Nam.

Vướng mắc tiếp theo xảy ra trong cả hai thủ tục công nhận và cho thi hành nêu trên là nếu Tòa án nhận đơn yêu cầu công nhận tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài, hay Tòa án hoặc Bộ Tư pháp nhận đơn yêu cầu công nhận và cho thi hành phán quyết của Trọng tài nước ngoài mà phát hiện có vi phạm về thời hiệu và thời hạn này thì phải xử lý hậu quả như thế nào?

### 3. Hậu quả pháp lý của việc không áp dụng “thời hiệu” và “thời hạn” đối với thủ tục công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của Tòa án nước ngoài, hoặc phán quyết của Trọng tài nước ngoài

Việc Tòa án chủ động áp dụng quy định về thời hiệu, thời hạn hay chỉ áp dụng khi có yêu cầu của một hoặc các bên cũng đòi hỏi phải có hướng xử lý hậu quả nếu đã hết thời hiệu hoặc thời hạn đó. Đây là nội dung rất quan trọng bởi nếu không thì quy định về thời hạn và thời hiệu nói trên sẽ trở nên vô nghĩa.

Các quy định hiện hành tại Bộ luật TTDS cũng không có bất kỳ một điều khoản nào đề cập đến hậu quả pháp lý khi người yêu cầu vi phạm *thời hiệu* và *thời hạn* nộp đơn yêu cầu. Nếu so sánh với quy định về thủ tục giải quyết vụ án dân sự trong Bộ luật này đều đã có ghi nhận tại điểm e khoản 1 Điều 217 về trường hợp Tòa án ra quyết định đình chỉ giải quyết vụ án nếu “đương sự có yêu cầu áp dụng thời hiệu trước khi Tòa án cấp sơ thẩm ra bản án, quyết định giải quyết vụ án và thời hiệu khởi kiện đã hết”. Đối với thủ tục giải quyết việc dân sự, mặc dù không có quy định cụ thể về căn cứ Tòa án ra quyết định đình chỉ giải quyết việc dân

sự, nhưng có thể áp dụng dẫn chiếu tương tự điểm e khoản 1 Điều 217 nói trên. Bởi lẽ, theo quy định của khoản 2 Điều 361 Bộ luật TTDS, trong trường hợp luật không quy định thì được phép áp dụng những quy định khác của Bộ luật này để giải quyết trong thủ tục giải quyết việc dân sự.

Khoản 5 Điều 437 và khoản 3 Điều 457 Bộ luật TTDS quy định các trường hợp Tòa án đình chỉ việc xét đơn yêu cầu đều không có trường hợp nào liên quan đến hết thời hiệu hay hết thời hạn yêu cầu. Việc không quy định một cách minh thị trường hợp này sẽ dẫn đến tình trạng áp dụng luật không thống nhất giữa các Tòa án, gây ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của các bên.

### 4. Kết luận và kiến nghị

Qua những phân tích trên, mặc dù Bộ luật TTDS quy định bổ sung về thời hiệu và thời hạn nhằm “đề nâng cao trách nhiệm của bên yêu cầu công nhận và cho thi hành, cũng như hiệu quả giải quyết yêu cầu của Tòa án”<sup>12</sup>, tuy nhiên, với việc Bộ luật TTDS quy định chưa rõ ràng, thiếu biện pháp xử lý hậu quả pháp lý khi có sự vi phạm thời hiệu và thời hạn, chúng tôi đề nghị Tòa án nhân dân tối cao sớm ban hành văn bản hướng dẫn về các vấn đề sau:

*Một là*, việc áp dụng thời hạn và thời hiệu trong thủ tục công nhận và cho thi hành cũng phải trên cơ sở có yêu cầu của một hoặc các bên;

*Hai là*, về hậu quả xử lý việc vi phạm thời hiệu, thời hạn (nếu một các bên yêu cầu áp dụng) cũng tương tự như cách giải quyết trong thủ tục vụ và việc dân sự - nghĩa là Tòa án có quyền đình chỉ giải quyết đơn yêu cầu;

*Ba là*, một hoặc các bên khi yêu cầu Tòa án áp dụng thời hiệu trong TTDS phải bằng văn bản độc lập hoặc được ghi vào Biên bản phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ và hòa giải ■

12 Xem thêm tại Mục II.25 của Bản thuyết minh chi tiết Bộ luật tố tụng dân sự (sửa đổi) số 21/BC-TANDTC ngày 10 tháng 4 năm 2015, tr. 22.

# HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH VỀ HOẠT ĐỘNG CỦA CÁC TỔ CHỨC TRUNG GIAN NHẪM PHÁT TRIỂN THỊ TRƯỜNG KHOA HỌC - CÔNG NGHỆ

**Trần Văn Nam\***

\* PGS. TS. Khoa Luật, Trường Đại học Kinh tế Quốc dân

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* tổ chức trung gian; khoa học công nghệ; văn bản pháp quy

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 27/12/2017

Biên tập: 12/01/2018

Duyệt bài: 19/01/2018

## Article Information:

*Keywords:* intermediary organization; science and technology; infra-law documents

*Article History:*

Received: 27 Dec. 2017

Edited: 12 Jan. 2018

Approved: 19 Jan. 2018

## Tóm tắt:

Để cụ thể hóa các quy định của Luật Chuyển giao công nghệ năm 2017, hàng loạt văn bản dưới luật được ban hành để quy định và hướng dẫn hoạt động chuyển giao công nghệ, dịch vụ chuyển giao công nghệ, đổi mới công nghệ và phát triển thị trường công nghệ, gồm 05 Nghị định của Chính phủ; Quyết định của Thủ tướng Chính phủ; 03 Thông tư liên tịch; và 10 Thông tư. Tuy nhiên, nếu tập trung vào các biện pháp khuyến khích phát triển thị trường khoa học và công nghệ, thương mại hóa kết quả nghiên cứu và phát triển công nghệ, hoạt động của các tổ chức trung gian, Luật Chuyển giao công nghệ năm 2006 chưa thực sự có những quy định đột phá để có thể khơi thông phát triển thị trường khoa học và công nghệ gắn với chuyển giao, thương mại hóa công nghệ và hoạt động của các tổ chức trung gian. Do vậy, cần thiết phải xây dựng và ban hành, hoàn thiện các văn bản dưới luật về địa vị pháp lý cũng như hoạt động của các tổ chức trung gian khoa học công nghệ ở Việt Nam trong thời gian tới.

## Abstract:

In order to further detail the provisions under the Law on Technology Transfer of 2017, a series of the infra-law documents are issued to regulate and further guide the technology transfer activities, technology transfer services, technology renewal and technology transfer to develop the technology market, they include 05 governmental decrees; the decision of the Prime Minister; 03 inter-ministrial circulars and 10 circulars. However, if the measures are only focused to encourage the development of the science and technology markets, commercialization of the technological development and research results, the performance of the intermediaries, the Law on Technology Transfer of 2006 did not really have breakthrough the regulations that can promote the development of science and technology markets associated with the transfer, commercialization of technology and the performance of intermediary organizations. Therefore, it is necessary to develop, issue as well as improve the legal documents on the legal positions and performances of the scientific and technological intermediary organizations in Vietnam in the coming time.

### 1. Sự cần thiết, tính cấp bách của việc tiếp tục hoàn thiện các văn bản pháp quy về các tổ chức trung gian khoa học công nghệ ở Việt Nam

Thị trường khoa học và công nghệ (KH&CN) nước ta những năm gần đây có sự phát triển nhất định nhưng thiếu tính đột phá do thiếu các tổ chức trung gian đủ mạnh có thể thúc đẩy hoạt động sáng tạo, kết nối với các quỹ đầu tư mạo hiểm, các doanh nghiệp KH&CN, doanh nghiệp khởi nghiệp đổi mới sáng tạo tăng trưởng nhanh, các viện nghiên cứu, trường đại học, các tổ chức tài chính, nhà sáng tạo, v.v..

Thực tế, tổ chức trung gian đang là điểm nghẽn hiện nay của thị trường KH&CN. Các sản phẩm hoạt động kém và thiếu hiệu quả do thiếu nguồn lực, cơ sở hạ tầng, dữ liệu công nghệ, nguồn nhân lực. Các tổ chức đủ năng lực cung cấp các dịch vụ đánh giá, định giá, giám định công nghệ còn hạn chế, các tổ chức môi giới chuyên giao công nghệ trong các trường đại học chưa thể hiện được vai trò trung gian kết nối cung công nghệ từ trường, viện với cầu công nghệ từ phía doanh nghiệp. Nguồn nhân lực chưa qua bồi dưỡng nghiệp vụ, cơ sở vật chất và phương tiện kỹ thuật còn yếu. Số lượng các tổ chức trung gian đủ năng lực cung cấp các dịch vụ giải mã, tư vấn thương mại hóa công nghệ còn hạn chế. Các trung tâm đổi mới sáng tạo trong các trường đại học được thành lập thưa thớt, do đó khó có thể hình thành mạng lưới các trung tâm này để thúc đẩy hoạt động khởi nghiệp công nghệ. Để tháo gỡ nút thắt này, thúc đẩy các tổ chức trung gian phát triển qua đó hình thành mạng lưới các tổ chức đủ năng lực kết nối các chủ thể trên thị trường KH&CN, cần có các biện pháp mới, đủ mạnh để hỗ trợ phát triển các tổ chức trung gian, đặc biệt

có cơ chế, chính sách hỗ trợ từ nguồn ngân sách nhà nước (NSNN) tập trung vào hỗ trợ xây dựng hạ tầng kỹ thuật và hỗ trợ hoạt động của các tổ chức trung gian, trụ cột là sản phẩm công nghệ quốc gia, trung tâm hỗ trợ khởi nghiệp công nghệ cấp quốc gia trong thời gian đầu, tổ chức đào tạo nguồn nhân lực cho tổ chức trung gian, hỗ trợ cơ sở vật chất - kỹ thuật, cơ sở dữ liệu, nâng cao năng lực khai thác thông tin về công nghệ, sở hữu trí tuệ, kết quả nghiên cứu khoa học và phát triển công nghệ ở trong nước và nước ngoài cho tổ chức, cá nhân thực hiện dịch vụ tư vấn, môi giới, xúc tiến chuyển giao công nghệ (CGCN), đánh giá, định giá và giám định công nghệ.

Cùng với sự hạn chế của các tổ chức trung gian, chính sách hiện hành về giao quyền sở hữu, quyền sử dụng kết quả nghiên cứu khoa học và phát triển công nghệ sử dụng NSNN mặc dù đã có đột phá nhất định nhưng vẫn chưa thực sự giải quyết được điểm "nghẽn" trong việc đưa các kết quả nghiên cứu ra thị trường. Yêu cầu về định giá đối với các kết quả nghiên cứu khoa học và phát triển công nghệ sử dụng NSNN, kể cả trường hợp Nhà nước hỗ trợ một phần kinh phí kèm theo đó là việc tổ chức hội đồng tư vấn giao quyền trong trường hợp cần làm rõ thêm kết quả định giá và quy định về phân chia lợi ích cho các chủ thể là đại diện chủ sở hữu nhà nước (tối đa 10%), tổ chức môi giới (tối đa 10%), tổ chức chủ trì và tác giả (tối thiểu 30%) trong trình tự, thủ tục giao quyền sở hữu, quyền sử dụng kết quả nghiên cứu, v.v.. là chưa hợp lý, do đó ảnh hưởng đến hiệu quả của hoạt động giao quyền. Để góp phần tháo gỡ những nút thắt về cơ chế để thúc đẩy lưu thông công nghệ trên thị trường KH&CN, cần có các chính sách mang tính đột phá và được luật hóa mới

có thể giải quyết triệt để tình trạng "bỏ vào ngăn kéo" các kết quả nghiên cứu. Cụ thể cần thực hiện cơ chế *Nhà nước giao quyền sở hữu kết quả nghiên cứu khoa học và phát triển công nghệ cho tổ chức đầu tư cơ sở vật chất - kỹ thuật, tài chính, đồng thời là tổ chức chủ trì trong trường hợp Nhà nước hỗ trợ kinh phí thực hiện nhiệm vụ nghiên cứu khoa học và phát triển công nghệ.*

Đối với trường hợp Nhà nước hỗ trợ một phần kinh phí, cần có cơ chế trong *Nhà nước giao quyền sở hữu kết quả nghiên cứu khoa học và phát triển công nghệ theo thỏa thuận giữa tổ chức đầu tư cơ sở vật chất - kỹ thuật, tài chính và tổ chức chủ trì thực hiện nhiệm vụ.* Để thúc đẩy thương mại hóa kết quả nghiên cứu khoa học và phát triển công nghệ, qua đó gia tăng hoạt động giao dịch trên thị trường, cần có cơ chế khuyến khích tác giả và tổ chức chủ trì thực hiện nhiệm vụ thông qua việc bảo đảm phân chia lợi nhuận hợp lý giữa tác giả, người môi giới, đại diện chủ sở hữu nhà nước, có như vậy mới có thể thúc đẩy, khuyến khích hoạt động sáng tạo cũng như thương mại hóa các kết quả hình thành từ các hoạt động sáng tạo đó. Ngoài ra, Nhà nước cần thực hiện cơ chế công nhận các kết quả nghiên cứu khoa học và phát triển công nghệ do tổ chức, cá nhân tự đầu tư kinh phí và nếu kết quả đó có ý nghĩa về an ninh, quốc phòng, kinh tế xã hội thì cũng có thể xem xét mua các kết quả đó. Bên cạnh đó, cũng cần có cơ chế hỗ trợ kinh phí, lãi suất vay vốn, bảo lãnh cho tổ chức, cá nhân thực hiện thương mại hóa kết quả nghiên cứu khoa học và phát triển công nghệ, ưu tiên trường hợp có hoạt động liên kết với tổ chức ứng dụng, CGCN địa phương để hoàn thiện kết quả nghiên cứu khoa học và phát triển công nghệ phù hợp đặc thù của địa phương.

## **2. Thực trạng ban hành văn bản pháp quy về địa vị pháp lý và hoạt động của các tổ chức trung gian khoa học và công nghệ ở nước ta trong thời gian qua**

Sau gần 10 năm thực thi Luật CGCN năm 2006, một số mục tiêu đặt ra khi xây dựng Luật này chưa đạt được như kỳ vọng, cụ thể là việc thu hút công nghệ cao, công nghệ tiên tiến từ nước ngoài vào Việt Nam, phát triển thị trường KH&CN, đẩy mạnh hoạt động giao quyền sở hữu, quyền sử dụng kết quả nghiên cứu khoa học và phát triển công nghệ thúc đẩy sự liên kết giữa khu vực viện, trường với doanh nghiệp, khuyến khích doanh nghiệp ứng dụng, đổi mới công nghệ,... Một trong những nguyên nhân của kết quả này bắt nguồn từ hệ thống chính sách không còn phù hợp với bối cảnh thực tế, một số quy định không còn phù hợp với thực tiễn, một số cơ chế đã có nhưng chưa được luật hóa nên khó có thể bảo đảm việc thực thi hiệu quả.

Để phát triển thị trường KH&CN, thúc đẩy thương mại hóa các kết quả nghiên cứu khoa học và phát triển công nghệ cũng như nâng cao vai trò của các tổ chức trung gian trong việc tư vấn, môi giới, xúc tiến thương mại hóa công nghệ, trong những năm qua, Bộ KH&CN đã tập trung nguồn lực hoàn thiện môi trường thể chế, cụ thể đã ban hành một loạt các văn bản sau:

- Thông tư số 15/2014/TT-BKHCN ngày 13/6/2014 quy định trình tự, thủ tục giao quyền sở hữu, quyền sử dụng kết quả nghiên cứu khoa học và phát triển công nghệ sử dụng NSNN;

- Thông tư số 16/2014/TT-BKHCN ngày 13/6/2014 quy định về điều kiện thành lập, hoạt động của tổ chức trung gian của thị trường KH&CN;

- Thông tư số 02/2015/TT-BKHCN

ngày 06/3/2016 quy định việc đánh giá và thẩm định kết quả thực hiện nhiệm vụ KH&CN không sử dụng NSNN.

- Thông tư liên tịch số 39/2014/TTLT-BKHCN-BTC ngày 17/12/2014 quy định việc định giá kết quả nghiên cứu khoa học và phát triển công nghệ, tài sản trí tuệ sử dụng NSNN;

- Thông tư hướng dẫn thực hiện Quyết định số 2075/QĐ-TTG ngày 08/11/2013 của Thủ tướng Chính phủ; Thông tư số 32/2014/TT-BKHCN ngày 06/11/2014 hướng dẫn quản lý Chương trình phát triển thị trường KH&CN đến năm 2020; Thông tư liên tịch số 59/2015/TTLT-BTC-BKHCN ngày 25/4/2015 hướng dẫn quản lý tài chính thực hiện Chương trình phát triển thị trường KH&CN đến năm 2020.

Nhằm triển khai, thực thi các quy định trên, hàng loạt các hoạt động hỗ trợ phát triển thị trường KH&CN đã được tổ chức thực hiện nhằm nâng cao năng lực cho các chủ thể trong thị trường, như tổ chức các cuộc hội thảo, hội nghị về giao quyền sở hữu, quyền sử dụng kết quả nghiên cứu, xúc tiến thương mại hóa công nghệ, phát triển thị trường công nghệ, phát triển doanh nghiệp KH&CN, định giá tài sản trí tuệ sử dụng NSNN v.v.; thực hiện một loạt các đề tài, đề án như: "Nghiên cứu cơ sở lý luận, thực tiễn đề xuất nguyên tắc, cách tiếp cận và quy trình định giá tài sản trí tuệ áp dụng tại Việt Nam", "Nghiên cứu cơ sở lý luận, thực tiễn xây dựng quy định về việc giao quyền sở hữu, quyền sử dụng kết quả nghiên cứu KH&CN thuộc sở hữu nhà nước"; tổ chức các Chợ công nghệ và thiết bị, các sự kiện kết nối cung cầu công nghệ, triển lãm các sản phẩm sáng tạo của các cơ sở nghiên cứu, ngày hội khởi nghiệp đổi mới sáng tạo (techfest), v.v..

### **Sự kiện "Ứng dụng, chuyển giao và đổi mới công nghệ năm 2017" (TechDemo) tại Đà Nẵng**

TechDemo năm 2017 gồm hai nội dung chính là trình diễn và kết nối cung - cầu công nghệ và hội nghị các Trung tâm Ứng dụng tiến bộ KH&CN, cùng hàng loạt hoạt động chuyên ngành hỗ trợ doanh nghiệp đổi mới sáng tạo, đổi mới công nghệ, ứng dụng tiến bộ KH&CN vào sản xuất để nâng cao năng suất lao động cũng như chất lượng sản phẩm.

Đặc biệt, sự kiện cung cấp thông tin 1.800 nguồn cung công nghệ, 500 thông tin chuyên gia tư vấn về công nghệ, giới thiệu trên 500 sản phẩm/quy trình/công nghệ/thiết bị nghiên cứu của gần 200 doanh nghiệp, viện nghiên cứu, trường đại học, tổ chức KH&CN trong nước và 55 tổ chức, doanh nghiệp quốc tế (Nhật Bản, Nga, Hàn Quốc, Úc, Mỹ, Đài Loan v.v..).

TechDemo 2017 tập trung vào các lĩnh vực: Công nghệ sản xuất ô tô và công nghiệp phụ trợ; Cơ khí chế tạo trong nông nghiệp, Năng lượng tái tạo, quản lý nguồn nước và phát triển bền vững; Nông nghiệp Công nghệ cao và Hữu cơ; Công nghệ thông tin; Điện tử và Viễn thông; Y tế; Thủy sản; Nhựa; Dịch vụ ngân hàng; và các lĩnh vực liên quan v.v..

Một trong những điểm mới của TechDemo năm 2017 là sự tham gia của nhiều doanh nghiệp lớn có hoạt động ứng dụng và đổi mới công nghệ tiêu biểu. Đặc biệt là sự có mặt của các Viện nghiên cứu, Trường Đại học và tổ chức KH&CN, đặc biệt là Viện

*Hàn lâm Khoa học Việt Nam đã có nhiều công nghệ, trình diễn công nghệ từ các kết quả nghiên cứu: chế tạo máy bay không người lái, thiết bị phát hiện hồng học của ô tô, xe máy v.v..*

*Tại lễ khai mạc đã diễn ra lễ ký kết 12 hợp đồng CGCN với giá trị gần 200 tỷ: hợp đồng CGCN sản xuất than sinh học và dấm gỗ sinh học ứng dụng trong xử lý chất thải môi trường và bảo vệ thực vật sinh học giữa Hiệp hội nghiên cứu GBT (Nhật Bản) với Công ty Phân bón và dịch vụ tổng hợp, giá trị hợp đồng CGCN là 1.000.000 USD; Hợp đồng CGCN nuôi tôm hùm thương phẩm, công nghệ làm lạnh đông còn, mô hình nuôi cua lột, mô hình sản xuất giống và nuôi hàu, mô hình ương nuôi cá chình hoa giống và thương phẩm giữa Viện Nghiên cứu nuôi trồng thủy sản III và Công ty TNHH Thủy sản Đắc Lộc, Công ty Cổ phần Bá Hải, Công ty TNHH Sản xuất và Thương mại thủy sản Phú Yên, với giá trị ký kết 37 tỷ đồng...*

*Ngoài ra, còn có lễ ký kết hợp tác liên kết hoạt động quản lý và phát triển KH&CN của 13 Sở KH&CN vùng Nam Trung Bộ và Tây Nguyên; Lễ ký kết hợp tác giữa Cục Ứng dụng và phát triển công nghệ với Ngân hàng phát triển Châu Á (ADB) về việc hợp tác xây dựng hệ sinh thái đổi mới sáng tạo và CGCN thúc đẩy phát triển công nghệ trong khu vực tư nhân v.v...*

Nguồn: <http://m.cand.com.vn/Cong-nghe/Khai-mac-su-kien-Ung-dung-chuyen-giao-va-doi-moi-cong-nghe-nam-2017-467523/>

Với việc từng bước hoàn thiện thể chế cùng với các sự kiện kết nối, xúc tiến được tổ chức hàng năm, hoạt động của thị trường ngày càng sôi động, điển hình có chợ công nghệ và thiết bị quốc gia và quốc tế, sàn giao dịch công nghệ (kể cả sàn giao dịch điện tử), hoạt động kết nối cung - cầu công nghệ ở các địa phương và vai trò gia tăng của các trung tâm ứng dụng và phát triển công nghệ ở 63 tỉnh, thành, các tổ chức xúc tiến CGCN trong các trường đại học. Thị trường KH&CN được thúc đẩy phát triển và bước đầu phát huy vai trò vừa là nền tảng, vừa là cầu nối, gắn kết hoạt động KH&CN với sản xuất, kinh doanh. Các chợ công nghệ và thiết bị, sàn giao dịch công nghệ, các tổ chức trung gian công nghệ ở quy mô quốc gia, vùng, địa phương đã góp phần quan trọng thúc đẩy kết nối cung cầu công nghệ, gia tăng số lượng và giá trị các giao dịch công nghệ giữa doanh nghiệp với các cơ sở nghiên cứu.

Mặc dù đã đạt được những kết quả khả quan, các cơ chế, chính sách liên quan đến khuyến khích phát triển thị trường KH&CN, thương mại hóa kết quả nghiên cứu khoa học và phát triển công nghệ, và hoạt động của tổ chức trung gian vẫn đang thiếu sự đột phá. Dự án xây dựng Luật Chuyển giao công nghệ (sửa đổi) là cơ hội để đưa những quy định mới mang tính đột phá trong việc thúc đẩy phát triển thị trường KH&CN, nâng cao hiệu quả thương mại hóa kết quả nghiên cứu cũng như hoạt động của tổ chức trung gian hoặc nội luật hóa các cơ chế, chính sách, các quy định trong các nghị quyết, các văn bản dưới luật để nâng cao hiệu quả thực thi trong thực tiễn. Luật CGCN năm 2017 được Quốc hội thông qua đã có những quy định về thương mại hóa kết quả nghiên cứu khoa học và phát triển công nghệ, phát triển nguồn cung nguồn cầu công nghệ,

phát triển tổ chức trung gian của thị trường KH&CN, vì vậy đặt ra yêu cầu cần khẩn trương xây dựng các văn bản quy định hướng dẫn các điều có liên quan của Luật CGCN năm 2017 về những nội dung này trong văn bản hướng dẫn chi tiết thi hành hoặc trong các văn bản dưới luật có liên quan.

### 3. Một số kiến nghị hoàn thiện các văn bản pháp quy về tổ chức trung gian khoa học công nghệ

Từ những phân tích nêu trên, chúng tôi cho rằng, để hoàn thiện các văn bản pháp quy về tổ chức trung gian khoa học công nghệ, cần thực hiện một số giải pháp sau:

*Một là*, cần đánh giá thực trạng triển khai các quy định pháp luật hiện hành (phân tích, báo cáo làm rõ những kết quả đạt được, những khó khăn hạn chế; phân tích, đánh giá

các nguyên nhân và đề xuất các giải pháp giải quyết) về phát triển thị trường KH&CN, thương mại hóa kết quả nghiên cứu khoa học và phát triển công nghệ và hoạt động của tổ chức trung gian.

*Hai là*, cần phân tích tác động của Luật CGCN năm 2017 đối với phát triển thị trường KH&CN, thương mại hóa kết quả nghiên cứu khoa học và phát triển công nghệ và hoạt động của tổ chức trung gian.

*Ba là*, cần phân tích tác động của các quy định pháp luật khác có liên quan, khi bị tác động bởi Luật CGCN năm 2017 về phát triển thị trường KH&CN, thương mại hóa kết quả nghiên cứu khoa học và phát triển công nghệ và hoạt động của tổ chức trung gian■

### TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Luật Chuyên giao công nghệ số 07/2017/QH14
2. Trần Văn Nam (2017); *Thực trạng và giải pháp pháp lý thúc đẩy dịch vụ chuyển giao công nghệ tại Việt Nam*, Tạp chí Nhân lực và Khoa học xã hội, số tháng 3/2017.
3. Hồ Đức Việt (2006); *Nghiên cứu luận cứ khoa học cho các chính sách và giải pháp xây dựng, phát triển thị trường KH&CN ở Việt Nam trong nền kinh tế thị trường định hướng XHCN*, Báo cáo Tổng hợp đề tài cấp Nhà nước.
4. Nguyễn Lan Anh (2003). *Nghiên cứu cơ chế, biện pháp thúc đẩy ứng dụng kết quả nghiên cứu và phát triển sau nghiệm thu*, Báo cáo tổng hợp Đề tài cấp cơ sở, Viện Chiến lược và Chính sách KH&CN.
5. Nguyễn Chiến Thắng (2012), *Phát triển thị trường KH&CN nhằm thúc đẩy tái cơ cấu nền kinh tế giai đoạn 2011 -2020*.
6. Nguyễn Văn Anh (2011), *Thương mại hóa kết quả nghiên cứu – Nhìn từ góc độ của quá trình R&D*, Tạp chí Hoạt động khoa học, số 7/2011, tr. 24-27
7. Lê Hồng Hạnh (2003), *Hoàn thiện pháp luật về sở hữu trí tuệ đáp ứng nhu cầu hội nhập trong những năm đầu của thế kỷ XXI*, Báo cáo Tổng hợp đề tài cấp Bộ, Trường Đại học Luật Hà Nội.
8. Koruna M. Stefan (2004). *Extetal technology commercialization - policy guidelines*, International Journal of Technology Management, 27(2-3): 241 - 254.
9. Swamidass M. Paul & Venubabu Vulasa (2009) *Why university inventions rarely produce income? Bottlenecks in university technology transfer*, Journal of Technology Transfer, 34: 343 - 363.



# HẠN CHẾ CỦA LUẬT XỬ LÝ VI PHẠM HÀNH CHÍNH NĂM 2012

## NHÌN TỪ GÓC ĐỘ KỸ THUẬT LẬP PHÁP<sup>1</sup>

**Cao Vũ Minh\***

\* TS. Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

### Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* vi phạm hành chính, hình thức xử phạt.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 02/10/2017

Biên tập: 03/10/2017

Duyệt bài: 11/10/2017

### Article Information:

*Keywords:* administrative violation, sanctioning types.

*Article History:*

Received: 02 Oct. 2017

Edited: 03 Oct. 2017

Approved: 11 Oct. 2017

### Tóm tắt:

Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 được kỳ vọng mang đến nhiều tác động tích cực trong hoạt động đấu tranh, phòng chống các vi phạm hành chính. Tuy nhiên, về mặt kỹ thuật lập pháp, nội dung của luật này vẫn còn những hạn chế nhất định. Bài viết phân tích, đánh giá những bất cập liên quan đến kỹ thuật lập pháp trong các quy định của luật này, đồng thời đề xuất phương hướng hoàn thiện.

### Abstract:

The Law on Handling of Administrative Violations of 2012 has been expected to bring positive impacts in struggling and preventing the administrative violations. However, in terms of the legislative technique, several particular inadequacies can be indicated in this law. This article provides analysis and assessments of the inadequacies related to legislative techniques in the provisions of this law and also suggestions for further improvements.

## 1. Những quy định chưa chính xác trong Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012

### 1.1 Vấn đề khái niệm “hành vi vi phạm hành chính”

Khoản 1 Điều 2 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (Luật XLVPHC) quy định: “Vi phạm hành chính (VPHC) là hành vi có lỗi do cá nhân, tổ chức thực hiện, vi

phạm quy định của pháp luật về quản lý nhà nước mà không phải là tội phạm và theo quy định của pháp luật phải bị xử phạt VPHC”. Định nghĩa này thể hiện các dấu hiệu pháp lý cơ bản của VPHC sau đây: *i.* hành vi, *ii.* tính trái pháp luật của hành vi, *iii.* có lỗi, *iv.* được pháp luật quy định là VPHC. Như vậy, có thể khẳng định, VPHC là hành vi trái

1 Bài viết được thực hiện trong khuôn khổ Đề tài nghiên cứu khoa học “Thực trạng và hướng hoàn thiện một số biện pháp khắc phục hậu quả trong xử phạt vi phạm hành chính” do TS. Cao Vũ Minh làm chủ nhiệm.

pháp luật. Do đó, không thể sử dụng thuật ngữ “hành vi VPHC”, bởi “VPHC” trước hết đã là hành vi và tất nhiên đây là hành vi trái pháp luật. Đáng tiếc là Luật XLVPHC lại nhiều lần sử dụng thuật ngữ “hành vi VPHC”. Theo thống kê của chúng tôi, trong Luật XLVPHC có 19 điều luật sử dụng thuật ngữ “hành vi VPHC”<sup>2</sup>. Nếu đã thống nhất với định nghĩa “VPHC là hành vi trái pháp luật” thì không nên sử dụng thuật ngữ “hành vi VPHC” vì đây là một cách lặp từ không chính xác.

Tương tự như định nghĩa “VPHC”, Bộ luật Hình sự (BLHS) năm 2015 cũng có định nghĩa về *vi phạm hình sự* - tức là *tội phạm*. Theo đó, *vi phạm hình sự* (tội phạm) là hành vi nguy hiểm cho xã hội, do người có năng lực trách nhiệm hình sự hoặc pháp nhân thương mại thực hiện một cách cố ý hoặc vô ý, xâm phạm các quan hệ xã hội được luật hình sự bảo vệ mà theo quy định phải bị xử lý hình sự. Tội phạm là hành vi nên không thể sử dụng thuật ngữ “hành vi tội phạm”. Một điều đáng lưu ý là tuy BLHS năm 2015 có nhiều lỗi về kỹ thuật nhưng tuyệt nhiên trong 426 điều của BLHS năm 2015, không có điều luật nào sử dụng thuật ngữ “hành vi tội phạm”. BLHS năm 2015 không sử dụng thuật ngữ “hành vi tội phạm” là chính xác về mặt ngữ nghĩa. Do đó, sự tồn tại của thuật ngữ “hành vi VPHC” là không có cơ sở. Nhằm đảm bảo tính chính xác của ngôn ngữ pháp luật, cần thay thế thuật ngữ “hành vi VPHC” bằng thuật ngữ “VPHC”.

### 1.2 Về những trường hợp không xử phạt VPHC

Điều 11 Luật XLVPHC năm 2012 quy định, không xử phạt VPHC đối với các trường hợp sau đây:

- Thực hiện *hành vi VPHC* trong tình thế cấp thiết;

- Thực hiện *hành vi VPHC* do phòng vệ chính đáng;

- Thực hiện *hành vi VPHC* do sự kiện bất ngờ;

- Thực hiện *hành vi VPHC* do sự kiện bất khả kháng;

- Người thực hiện *hành vi VPHC* không có năng lực trách nhiệm hành chính; người thực hiện *hành vi VPHC* chưa đủ tuổi bị xử phạt VPHC theo quy định tại điểm a khoản 1 Điều 5 của Luật này.

Ngoài sự không chính xác khi sử dụng thuật ngữ “hành vi VPHC” như đã nói thì điều khoản trên còn có điểm sai sót về mặt lý luận. VPHC là hành vi trái pháp luật, có lỗi, do chủ thể có năng lực trách nhiệm hành chính thực hiện. Trong khi đó, các trường hợp rơi vào tình thế cấp thiết, sự kiện bất ngờ, phòng vệ chính đáng, sự kiện bất khả kháng hay người không có năng lực trách nhiệm hành chính, người chưa đủ tuổi bị xử phạt VPHC thì lại không thỏa mãn đầy đủ các dấu hiệu của VPHC. Vì vậy, những trường hợp này không thể gọi là VPHC.

Cụ thể, người không có năng lực trách nhiệm hành chính<sup>3</sup>, sự kiện bất ngờ, sự kiện bất khả kháng không tồn tại yếu tố lỗi của chủ thể. Tình thế cấp thiết, phòng vệ chính đáng thì tính chất nguy hiểm cho xã hội của hành vi đã bị loại trừ - tức là không có hành vi trái pháp luật. Về hình thức, chủ thể thực hiện hành vi trong tình thế cấp thiết và phòng vệ chính đáng tuy có dấu hiệu của VPHC, nhưng trong các hành vi đó có một số tình tiết nhất định làm mất đi tính chất nguy hiểm cho xã hội của hành vi. Do đó, người thực hiện hành vi đó không bị xem là VPHC. Ngoài ra, để có thể xem là có năng lực trách nhiệm hành chính, cá nhân phải đạt một độ tuổi nhất định. Nói cách khác, độ tuổi cũng đã được quy định là điều kiện quan

2 Đó là các điều 2, 3, 4, 10, 11, 12, 20, 22, 23, 27, 52, 55, 57, 59, 61, 67, 68, 125, 134 trong Luật XLVPHC.

3 Khoản 5 Điều 2 Luật XLVPHC quy định: “người không có năng lực trách nhiệm hành chính là người thực hiện hành vi VPHC trong khi đang mắc bệnh tâm thần hoặc một bệnh khác làm mất khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi của mình”.

trọng để trở thành chủ thể của VPHC. Nếu không thỏa các dấu hiệu cấu thành VPHC (thiếu yếu tố lỗi, hành vi trái pháp luật) thì không phải là VPHC. Vì vậy, không thể gọi là VPHC trong tình thế cấp thiết, phòng vệ chính đáng, sự kiện bất ngờ, sự kiện bất khả kháng. Theo chúng tôi, Điều 11 Luật XLVPHC năm 2012 cần sửa đổi như sau:

“Không xử phạt VPHC đối với các trường hợp:

1. Tình thế cấp thiết;
2. Phòng vệ chính đáng;
3. Sự kiện bất ngờ;
4. Sự kiện bất khả kháng;

5. Người thực hiện hành vi trái pháp luật không có năng lực trách nhiệm hành chính; người thực hiện hành vi trái pháp luật chưa đủ tuổi bị xử phạt VPHC theo quy định tại điểm a khoản 1 Điều 5 của Luật này”.

### 1.3 Các biện pháp cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt VPHC

Để đảm bảo thi hành quyết định xử phạt VPHC, khoản 2 Điều 86 Luật XLVPHC quy định các biện pháp cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt trong trường hợp cá nhân, tổ chức bị xử phạt không tự nguyện chấp hành quyết định xử phạt bằng các biện pháp sau:

a) Khấu trừ một phần lương hoặc một phần thu nhập, khấu trừ tiền từ tài khoản của cá nhân, tổ chức vi phạm;

b) Kê biên tài sản có giá trị tương ứng với số tiền phạt để bán đấu giá;

c) Thu tiền, tài sản khác của đối tượng bị cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt VPHC do cá nhân, tổ chức khác đang giữ trong trường hợp cá nhân, tổ chức sau khi vi phạm cố tình tẩu tán tài sản.

d) Buộc thực hiện biện pháp khắc phục hậu quả”.

Theo quy định của pháp luật, người có thẩm quyền áp dụng các biện pháp cưỡng chế theo thứ tự và chỉ áp dụng các biện pháp tiếp theo khi không thể áp dụng các

biện pháp cưỡng chế trước đó hoặc đã áp dụng nhưng chưa thu đủ số tiền bị cưỡng chế. Theo chúng tôi, ba biện pháp được quy định tại điểm a, b, c khoản 2 Điều 86 Luật XLVPHC là các biện pháp cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt VPHC. Tuy nhiên, điểm d khoản 2 Điều 86 đưa cả quy định “buộc thực hiện biện pháp khắc phục hậu quả” là biện pháp cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt VPHC, thì chưa thật sự thuyết phục.

Dưới góc độ lý luận, *biện pháp khắc phục hậu quả* là hình thức cưỡng chế do Nhà nước tiến hành, buộc người VPHC phải thực hiện những nghĩa vụ pháp lý nhất định nhằm mục đích hạn chế hoặc khôi phục lại tình trạng ban đầu do VPHC gây ra. Như vậy, biện pháp khắc phục hậu quả là một hình thức của cưỡng chế hành chính chứ không phải là một hình thức hay biện pháp cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt VPHC. Về mặt tính chất, việc đặt biện pháp “buộc thực hiện biện pháp khắc phục hậu quả” bên cạnh các biện pháp quy định tại điểm a, b, c khoản 2 Điều 86 Luật XLVPHC là khiến cưỡng. Ý nghĩa của các biện pháp cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt VPHC là nhằm đảm bảo thi hành các quyết định xử phạt VPHC trên thực tế (ở đây, chủ yếu là các quyết định phạt tiền). Trong khi đó, mục đích của biện pháp “buộc thực hiện biện pháp khắc phục hậu quả” là nhằm khôi phục lại trật tự quản lý đã bị các VPHC xâm hại, đưa các quan hệ pháp luật trở lại tình trạng ban đầu. Điều này cũng được thể hiện thành nguyên tắc trong Nghị định số 166/2013/NĐ-CP của Chính phủ - nghị định về cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt VPHC “chỉ áp dụng các biện pháp tiếp theo khi không thể áp dụng các biện pháp cưỡng chế đó hoặc đã áp dụng nhưng chưa thu đủ số tiền bị cưỡng chế theo quyết định cưỡng chế”.

Dưới góc độ thực tiễn, *xử phạt VPHC* là việc người có thẩm quyền xử phạt áp dụng hình thức xử phạt, *biện pháp khắc phục hậu quả* đối với cá nhân, tổ chức thực hiện VPHC. Do đó, “quyết định xử phạt VPHC” là văn bản chứa đựng trong đó cả

“hình thức xử phạt” và “biện pháp khắc phục hậu quả”. Một khi cá nhân, tổ chức chấp hành quyết định xử phạt VPHC thì chủ thể đó cũng đã chấp hành các hình thức xử phạt và các biện pháp khắc phục hậu quả – tức đã có “buộc thực hiện biện pháp khắc phục hậu quả”. Ngoại lệ vẫn có trường hợp cá nhân, tổ chức chỉ chấp hành các hình thức xử phạt mà không chấp hành biện pháp khắc phục hậu quả<sup>4</sup> và trường hợp này, người có thẩm quyền sẽ giải quyết thế nào? Tất nhiên, để khôi phục lại tình trạng ban đầu, người có thẩm quyền sẽ áp dụng biện pháp “buộc thực hiện biện pháp khắc phục hậu quả” đối với cá nhân, tổ chức không tự nguyện chấp hành biện pháp khắc phục hậu quả. Vấn đề có tính thực tiễn đặt ra là người có thẩm quyền sẽ ban hành loại văn bản nào để buộc người vi phạm phải thực hiện biện pháp khắc phục hậu quả? Trường hợp “Quyết định cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt VPHC” được ban hành thì không hợp lý vì thực ra người vi phạm đã chấp hành các hình thức xử phạt, chỉ chưa chấp hành biện pháp khắc phục hậu quả; trường hợp “Quyết định cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt VPHC” được ban hành thì cũng không hợp lý vì loại quyết định này chỉ áp dụng cho các trường hợp không ra quyết định xử phạt VPHC. Vì sự không rõ ràng này mà nhiều địa phương đã tự “thiết kế” mẫu quyết định áp dụng trong trường hợp người vi phạm đã chấp hành các hình thức xử phạt nhưng không chịu chấp hành các biện pháp khắc phục hậu quả<sup>5</sup>.

Để lấp “lỗ hổng” nêu trên, Nghị định số 97/2017/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 81/2013/NĐ-CP ngày

19/7/2013 của Chính phủ<sup>6</sup> (Nghị định số 97) đã xây dựng một mẫu quyết định riêng về cưỡng chế buộc thực hiện biện pháp khắc phục hậu quả<sup>7</sup>. Mẫu quyết định này được sử dụng để cưỡng chế buộc thực hiện biện pháp khắc phục hậu quả đối với chủ thể VPHC mà không tự nguyện chấp hành các biện pháp khắc phục hậu quả trong quyết định xử phạt VPHC. Tuy nhiên, ngay cả như vậy thì việc đặt biện pháp “buộc thực hiện biện pháp khắc phục hậu quả” nằm “lấn khuất” với các biện pháp có mục đích thu được tiền của người vi phạm là điều không hợp lý. Theo chúng tôi, chỉ nên quy định ba biện pháp tại điểm a, b, c khoản 2 Điều 86 Luật XLVPHC là các biện pháp cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt VPHC; tách biện pháp “buộc thực hiện biện pháp khắc phục hậu quả” thành một điều luật độc lập và chỉ áp dụng trong trường hợp đối tượng bị xử phạt không tự nguyện chấp hành các biện pháp khắc phục hậu quả.

## 2. Các quy định thừa hay có sự trùng lặp trong Luật

Thời gian gần đây, rất nhiều các văn bản luật, trong đó có Luật XLVPHC, đã đặt tên cho từng điều luật. Tên của điều luật không có giá trị pháp lý (hay giá trị quy định) mà chỉ có giá trị về tra cứu hay dẫn chiếu<sup>8</sup>. Tuy nhiên, một khi đã chọn cách xây dựng tên cho từng điều luật thì phải quán triệt nguyên tắc các quy định, các khoản trong điều luật đó phải là bộ phận cấu thành hay là thành phần cấu tạo nên tên điều luật.

Đối chiếu với Luật XLVPHC thì tên của nhiều điều luật đã không tuân thủ theo kỹ thuật viết luật như trên. Đơn cử, Điều 68

4 Báo cáo tổng kết 5 năm thi hành Luật XLVPHC của UBND tỉnh Sóc Trăng theo Quyết định số 582/QĐ-BTP ngày 25/4/2017 của Bộ trưởng Bộ Tư pháp ban hành Kế hoạch tổng kết thi hành Luật XLVPHC.

5 Quyết định số 2463/QĐ-UBND ngày 20/8/2013 của Chủ tịch UBND Thị xã Đồng Xoài - Bình Phước về việc cưỡng chế thi hành biện pháp khắc phục hậu quả do VPHC gây ra trong hoạt động xây dựng đối với bà Vũ Thị Lâm.

6 Nghị định số 97/2017/NĐ-CP ngày 18/8/2017 của Chính phủ sẽ có hiệu lực vào ngày 05/10/2017. Do đó, trước ngày Nghị định này có hiệu lực, vẫn không có biểu mẫu chung để áp dụng trong trường hợp người vi phạm đã chấp hành các hình thức xử phạt nhưng không chịu chấp hành các biện pháp khắc phục hậu quả trong quyết định xử phạt VPHC.

7 Xem thêm Mẫu quyết định số 10 trong Phụ lục một số biểu mẫu xử phạt VPHC ban hành kèm theo Nghị định số 97/2017/NĐ-CP ngày 18/8/2017 của Chính phủ.

8 Ngô Huy Cương, Một số bất cập của Luật Trẻ em năm 2016, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 13, năm 2017.

Luật XLVPHC có ba khoản: khoản 1 quy định về các nội dung cần phải thể hiện trong quyết định xử phạt VPHC, khoản 2 quy định về thời hạn thi hành quyết định xử phạt VPHC, khoản 3 quy định về kỹ thuật ban hành một quyết định xử phạt VPHC. Trong khi đó, tên của cả Điều 68 Luật XLVPHC chỉ là “Nội dung quyết định xử phạt VPHC”. Như vậy, tên của Điều 68 chỉ khái quát được khoản 1 Điều 68 nhưng không bao gồm được khoản 2 và khoản 3 Điều 68.

Chúng tôi cho rằng, việc đưa khoản 2 và khoản 3 vào Điều 68 là không hợp lý vì hai khoản này không nằm trong tên gọi của điều luật: “Nội dung quyết định xử phạt VPHC”. Một điều cần lưu ý là khoản 2 Điều 68 Luật XLVPHC<sup>9</sup> lại hoàn toàn trùng với khoản 1 Điều 73 Luật XLVPHC<sup>10</sup>; tương tự, khoản 3 Điều 68 Luật XLVPHC<sup>11</sup> cũng có nội dung trùng lặp với khoản 2 và 3 Điều 67 Luật XLVPHC<sup>12</sup>. Thậm chí, tình trạng trùng lặp còn được tìm thấy trong nhiều điều khoản khác của Luật XLVPHC. Cụ thể, khoản 1 Điều 78 Luật XLVPHC quy định: “Trong thời hạn 10 ngày, kể từ ngày nhận được quyết định xử phạt, cá nhân, tổ chức bị xử phạt phải nộp tiền phạt tại Kho bạc Nhà nước hoặc nộp vào tài khoản của Kho bạc Nhà nước được ghi trong quyết định xử phạt”. Theo chúng tôi, quy định này là thừa và không cần thiết bởi quyết định phạt tiền chỉ là một loại quyết định xử phạt. Do đó, thời hạn thi hành quyết định phạt tiền đã được quy định chung trong Điều 73 về thi hành quyết định xử phạt VPHC.

### 3. Các quy định không nhất quán và không rõ chủ thể thực hiện

#### 3.1 Thẩm quyền gia hạn về thời hạn xử phạt VPHC chưa được quy định cụ thể

Điều 66 Luật XLVPHC quy định về thời hạn xử phạt VPHC như sau: “Người có thẩm quyền xử phạt VPHC phải ra quyết định xử phạt VPHC trong thời hạn 07 ngày, kể từ ngày lập biên bản VPHC. Đối với vụ việc có nhiều tình tiết phức tạp mà không thuộc trường hợp giải trình hoặc đối với vụ việc thuộc trường hợp giải trình theo quy định tại khoản 2 và khoản 3 Điều 61 của Luật này thì thời hạn ra quyết định xử phạt tối đa là 30 ngày, kể từ ngày lập biên bản”. Quy định thời hạn như vậy là cần thiết vì từ khi lập biên bản vi phạm không phải lúc nào các chủ thể có thẩm quyền cũng ra quyết định xử phạt ngay được, họ cần có thời gian để chuẩn bị, thu thập, xác minh tài liệu... nhằm đưa ra quyết định xử phạt đúng đắn và chính xác nhất. Từ đó, pháp luật cho phép xin gia hạn thêm 30 ngày nữa và việc gia hạn đó phải được “thủ trưởng trực tiếp” đồng ý bằng văn bản. Tuy nhiên, Luật XLVPHC không quy định rõ ràng “thủ trưởng trực tiếp” ở đây là thủ trưởng quản lý trực tiếp hay thủ trưởng có thẩm quyền xử phạt. Để khắc phục bất cập này, Nghị định số 97 giải thích rõ: “*Thủ trưởng trực tiếp* của người có thẩm quyền đang giải quyết vụ việc theo quy định tại các Điều 66 Luật xử lý VPHC là *cấp trên trực tiếp trong quan hệ hành chính* đối với người đang giải quyết vụ việc” (Điều 6e). Tuy nhiên, trường hợp Chủ tịch UBND cấp tỉnh, Chánh Thanh tra Bộ,

9 Khoản 2 Điều 68 Luật XLVPHC quy định: “thời hạn thi hành quyết định là 10 ngày, kể từ ngày nhận quyết định xử phạt; trường hợp quyết định xử phạt có ghi thời hạn thi hành nhiều hơn 10 ngày thì thực hiện theo thời hạn đó”.

10 Khoản 1 Điều 73 Luật XLVPHC quy định: “cá nhân, tổ chức bị xử phạt VPHC phải chấp hành quyết định xử phạt trong thời hạn 10 ngày, kể từ ngày nhận quyết định xử phạt VPHC; trường hợp quyết định xử phạt VPHC có ghi thời hạn thi hành nhiều hơn 10 ngày thì thực hiện theo thời hạn đó”.

11 Khoản 3 Điều 68 Luật XLVPHC quy định: “trường hợp ban hành một quyết định xử phạt VPHC chung đối với nhiều cá nhân, tổ chức cùng thực hiện một hành vi vi phạm hoặc nhiều cá nhân, tổ chức thực hiện nhiều hành vi VPHC khác nhau trong cùng một vụ vi phạm thì nội dung hành vi vi phạm, hình thức, mức xử phạt đối với từng cá nhân, tổ chức phải xác định cụ thể, rõ ràng”.

12 Khoản 2 và 3 Điều 67 Luật XLVPHC quy định: “trường hợp nhiều cá nhân, tổ chức cùng thực hiện một hành vi VPHC thì có thể ra 01 hoặc nhiều quyết định xử phạt để quyết định hình thức, mức xử phạt đối với từng cá nhân, tổ chức. Trường hợp nhiều cá nhân, tổ chức thực hiện nhiều hành vi VPHC khác nhau trong cùng một vụ vi phạm thì có thể ra 01 hoặc nhiều quyết định xử phạt để quyết định hình thức, mức xử phạt đối với từng hành vi vi phạm của từng cá nhân, tổ chức”.

Tổng cục trưởng gia hạn thì người có thẩm quyền gia hạn là ai?

Theo Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015, Thủ tướng Chính phủ có quyền điều động, đình chỉ công tác, cách chức Chủ tịch UBND cấp tỉnh. Do đó, có thể xem Thủ tướng Chính phủ là “cấp trên trực tiếp trong quan hệ hành chính” của Chủ tịch UBND cấp tỉnh. Vì vậy, Chủ tịch UBND cấp tỉnh phải xin phép Thủ tướng Chính phủ. Tương tự, Bộ trưởng là người bổ nhiệm Chánh thanh tra Bộ<sup>13</sup> và cũng là người bổ nhiệm Tổng cục trưởng<sup>14</sup>. Do đó, Chánh thanh tra Bộ và Tổng cục trưởng nếu muốn gia hạn phải xin phép “cấp trên trực tiếp trong quan hệ hành chính” là Bộ trưởng. Tuy nhiên, Luật Tổ chức Chính phủ lại không quy định thẩm quyền của Thủ tướng Chính phủ<sup>15</sup>, Bộ trưởng<sup>16</sup> về gia hạn thời hạn ra quyết định xử phạt VPHC; Luật XLVPHC cũng không quy định Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng có quyền xử phạt hành chính. Vậy, Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng có quyền gia hạn về thời hạn xử phạt VPHC hay không? Câu hỏi này vẫn chưa được trả lời.

### 3.2 Thẩm quyền giảm, miễn tiền phạt không được quy định rõ ràng

Giảm, miễn tiền phạt là một quy định thể hiện sự nhân đạo của Nhà nước trong quá trình xử phạt VPHC. Quy định này một mặt đảm bảo cho việc thi hành quyết định xử phạt VPHC trên thực tế, mặt khác thể hiện sự quan tâm, sẻ chia đối với những cá nhân bị xử phạt rơi vào hoàn cảnh khó khăn. Điều kiện để giảm, miễn tiền phạt là cá nhân bị xử phạt phải có đơn đề nghị giảm, miễn phần còn lại hoặc toàn bộ tiền phạt gửi

người đã ra quyết định xử phạt. Theo quy định của Luật XLVPHC, trong thời hạn 03 ngày, kể từ ngày nhận được đơn, người đã ra quyết định xử phạt phải chuyển đơn kèm hồ sơ vụ việc đến “cấp trên trực tiếp”; trong thời hạn 05 ngày kể từ ngày nhận được đơn, “cấp trên trực tiếp” phải xem xét quyết định và thông báo cho người đã ra quyết định xử phạt, người có đơn đề nghị giảm, miễn biết. Nếu không đồng ý với việc giảm, miễn thì phải nêu rõ lý do. Đối với trường hợp Chủ tịch UBND cấp tỉnh đã ra quyết định xử phạt thì UBND cấp tỉnh đó xem xét, quyết định việc giảm, miễn tiền phạt.

Các trường hợp miễn, giảm tiền phạt dễ nảy sinh tiêu cực, dễ có sự “thỏa hiệp”, “chung chi” giữa chủ thể xử phạt và người bị xử phạt. Nếu trao cho một chủ thể nhất định cả quyền xử phạt lẫn quyền miễn, giảm tiền phạt thì khó đảm bảo sự công tâm, khách quan. Do đó, việc giảm, miễn tiền phạt phải do “cấp trên trực tiếp” của người đã ra quyết định xử phạt quyết định. Tuy nhiên, đối với trường hợp Chủ tịch UBND cấp tỉnh đã ra quyết định xử phạt thì không phải chuyển đơn xin miễn, giảm tiền phạt kèm hồ sơ vụ việc lên cấp trên trực tiếp mà chuyển cho UBND cấp tỉnh, để thông qua bàn bạc tập thể, cơ quan này sẽ có sự giải quyết thỏa đáng<sup>17</sup>.

Theo chúng tôi, quy định trên là hợp lý bởi như đã trình bày, nếu chuyển đơn xin miễn, giảm tiền phạt lên “cấp trên trực tiếp” của Chủ tịch UBND cấp tỉnh - tức là Thủ tướng Chính phủ thì không hợp lý. Thủ tướng Chính phủ không có thẩm quyền xử phạt VPHC, và lại, là người đứng đầu Chính phủ, đứng đầu hệ thống hành chính nhà

13 Khoản 2 Điều 17 Luật Thanh tra năm 2010 quy định: “Chánh Thanh tra bộ do Bộ trưởng bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức sau khi thông nhất với Tổng Thanh tra Chính phủ”.

14 Khoản 7 Điều 24 Nghị định số 123/2016/NĐ-CP của Chính phủ ngày 01/9/2016 về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ, cơ quan ngang Bộ quy định: “Bộ trưởng quyết định bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức, cho từ chức, đình chỉ công tác Tổng cục trưởng sau khi có ý kiến của Thủ tướng Chính phủ”.

15 Điều 98 Hiến pháp năm 2013 và Điều 28 Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015 không quy định quyền gia hạn thời hạn ra quyết định xử phạt hành chính của Thủ tướng Chính phủ.

16 Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015, Nghị định số 123/2016/NĐ-CP của Chính phủ ngày 01/9/2016 về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ, cơ quan ngang Bộ không quy định quyền gia hạn thời hạn ra quyết định xử phạt hành chính của Bộ trưởng.

17 Nguyễn Cảnh Hợp (chủ biên), **Bình luận khoa học Luật XLVPHC (tập 2)**, Nxb. Đại học Quốc gia TP Hồ Chí Minh, 2015, tr. 442.

nước, Thủ tướng không thể ôm đồm những công việc hành chính sự vụ cụ thể. Tuy nhiên, quy định hợp lý này chỉ mang tính “nửa vời”, không triệt để bởi những chức danh có thẩm quyền xử phạt như Chánh thanh tra Bộ, Tổng cục trưởng vẫn phải gửi đơn xin miễn, giảm tiền phạt kèm hồ sơ vụ việc lên cấp trên trực tiếp là Bộ trưởng. Trong khi đó, Bộ trưởng là người đứng đầu bộ, phải giải quyết những vấn đề thuộc tầm chính sách chứ không thể sa đà vào những công việc mang tính vụ vặt.

Ngoài ra, quy định về chủ thể có thẩm quyền gia hạn về thời hạn xử phạt VPHC và chủ thể có thẩm quyền giảm, miễn tiền phạt cũng không nhất quán. Cụ thể, thẩm quyền gia hạn về thời hạn xử phạt VPHC thuộc về “thủ trưởng trực tiếp” của người có thẩm quyền xử phạt, còn thẩm quyền giảm, miễn tiền phạt lại thuộc về “cấp trên trực tiếp” của người đã ra quyết định xử phạt.

Như vậy, thuật ngữ “thủ trưởng trực tiếp” tại Điều 66 Luật XLVPHC có đồng nhất với thuật ngữ “cấp trên trực tiếp” tại Điều 77 Luật XLVPHC hay không? Nghị định số 97 không những không làm rõ mà còn “đánh đồng” thuật ngữ “thủ trưởng trực tiếp” với “cấp trên trực tiếp”<sup>18</sup>. Nếu là đồng nhất với nhau thì khi tiến hành sửa đổi Luật XLVPHC chỉ nên sử dụng thống nhất một thuật ngữ pháp lý. Hơn nữa, việc sử dụng nhiều thuật ngữ để biểu thị một nghĩa, có nội hàm pháp lý giống nhau là hoàn toàn không phù hợp với nguyên tắc kỹ thuật lập pháp. Ngược lại, nếu khác nhau thì cũng không có cơ sở cho sự phân biệt này vì Nghị định số 97 đã “ngụ ý” hai thuật ngữ này đồng nhất với nhau.

Dưới góc độ ngôn ngữ thì “cấp trên” là “người có chức vụ cao hơn những người khác trong một cơ quan hay tổ chức”<sup>19</sup>, còn “thủ trưởng” là “người đứng đầu một cơ quan, một tổ chức”<sup>20</sup>. Khác với pháp luật một số quốc gia quy định cho cả cấp phó có quyền xử phạt VPHC<sup>21</sup>, ở nước ta, pháp luật về xử phạt VPHC đề cao vai trò và trao quyền xử phạt cho người đứng đầu. Chỉ khi người đứng đầu giao quyền hay ủy quyền cho cấp phó thì cấp phó mới có quyền xử phạt. Chính vì vậy, việc giảm, miễn tiền phạt cũng phải do “thủ trưởng trực tiếp” chứ không đơn thuần chỉ là “cấp trên trực tiếp” quyết định<sup>22</sup>. Ngoài ra, cũng không nên sử dụng thuật ngữ “cấp trên” vì đây là cách dùng từ trong văn nói. Có lẽ, nhận thấy sự “bất ổn” này nên ngoại trừ Điều 77 và 79 sử dụng thuật ngữ “cấp trên” thì những điều khoản khác trong Luật XLVPHC đều ưu tiên sử dụng thuật ngữ “thủ trưởng” (Điều 18, 39, 66, 123, 125, 128, 130).

Từ phân tích trên, chúng tôi cho rằng, Luật XLVPHC cần sử dụng thống nhất một thuật ngữ pháp lý là “thủ trưởng trực tiếp”, đồng thời quy định cụ thể “thủ trưởng trực tiếp” có thẩm quyền gia hạn thời hạn ra quyết định xử phạt VPHC và giảm, miễn tiền phạt; đối với các chức danh có thẩm quyền xử phạt cao nhất trong một lĩnh vực như Chủ tịch UBND cấp tỉnh, Chánh thanh tra Bộ, Tổng cục trưởng, Luật XLVPHC cần giao cho tập thể các cơ quan này (tập thể UBND cấp tỉnh, Bộ, Tổng cục) quyền quyết định việc gia hạn thời hạn ra quyết định xử phạt VPHC và giảm, miễn tiền phạt■

18 Điều 6e Nghị định số 97/2017/NĐ-CP ngày 18/8/2017 của Chính phủ giải thích: “Thủ trưởng trực tiếp của người có thẩm quyền đang giải quyết vụ việc theo quy định tại các Điều 66, 77, 125 và 128 Luật XLVPHC là cấp trên trực tiếp trong quan hệ hành chính đối với người đang giải quyết vụ việc”.

19 Nguyễn Lân, Từ điển từ và ngữ Việt Nam, Nxb. Tổng hợp Thành phố Hồ Chí Minh, 2002, tr. 258.

20 Nguyễn Lân, Từ điển từ và ngữ Việt Nam, sdd, tr. 1771.

21 Nguyễn Thanh Hà, Thẩm quyền xử phạt VPHC trong dự án Luật xử lý VPHC, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 20, năm 2011.

22 Trường hợp Chủ tịch UBND cấp xã ra quyết định xử phạt thì Chủ tịch UBND cấp huyện xem xét, quyết định việc giảm, miễn tiền phạt. Chủ tịch UBND cấp huyện là “thủ trưởng” của Chủ tịch UBND cấp xã. Phó Chủ tịch UBND cấp huyện có thể là “cấp trên” của Chủ tịch UBND cấp xã nhưng không có quyền xử phạt VPHC nên không thể xem xét, quyết định việc giảm, miễn tiền phạt.

# SỰ THAM GIA CỦA CÔNG DÂN TRONG QUẢN TRỊ ĐÔ THỊ Ở CÁC NƯỚC PHÁT TRIỂN VÀ NHỮNG GỢI MỞ ĐỐI VỚI VIỆT NAM

**Nguyễn Trọng Bình\***

**Nguyễn Thị Ngọc Anh\***

\* TS. Học viện Chính trị khu vực IV.

\*\* ThS. Học viện Chính trị khu vực IV.

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* sự tham gia của công dân; quản trị đô thị; các nước phát triển

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 01/08/2017

Biên tập: 22/09/2017

Duyệt bài: 03/10/2017

## Article Information:

*Keywords:* citizen participation; urban governance; developed countries

*Article History:*

Received: 01 Aug. 2017

Edited: 22 Sep. 2017

Approved: 03 Oct. 2017

## Tóm tắt:

Sự tham gia của công dân góp phần nâng cao hiệu quả quản trị của chính quyền đô thị là một nhân tố không thể thiếu để thúc đẩy sự phát triển của đô thị theo hướng bền vững. Chính vì vậy, các nước phát triển đều rất coi trọng việc mở rộng và tăng cường sự tham gia của công dân trong quản trị đô thị. Với nhiều hình thức đa dạng, sự tham gia của công dân trong quản trị đô thị được đảm bảo trong nhiều lĩnh vực khác nhau, như dự toán ngân sách, quy hoạch đô thị, giao thông đô thị, bảo vệ môi trường, trị an, văn hóa giáo dục và cung ứng dịch vụ công. Bài viết giới thiệu về sự tham gia của công dân trong quản trị đô thị ở một số nước phát triển hiện nay, từ đó nêu lên một số gợi ý đối với Việt Nam.

## Abstract:

The citizens' participation to enhance the effectiveness of authorities' urban governance. It is a vital factor to promote urban sustainable development. Therefore, the developed countries treasure the widening and strengthening the participation of citizens in urban governance. With different modalities, the citizen participation in urban governance is ensured in several fields, such as budget estimation, urban planning, urban traffic, environment protection, public security, education and culture and public service delivery. This article provides introduction of the citizen participation in urban governance in a number of developed countries at present and points out some suggestions for Vietnam.

Quản trị đô thị (QTĐT) là quá trình sử dụng các công cụ chính trị, kinh tế, pháp luật, xã hội và hành chính để quản lý các công

việc chung, giải quyết vấn đề công, cung ứng dịch vụ công trong phạm vi của một đô thị nhất định, qua đó nhằm tối đa hóa lợi ích công



và nâng cao chất lượng cuộc sống của người dân. Đề hiện đại hóa đô thị, trước tiên cần phải hiện đại hóa QTĐT, trong đó một khía cạnh thể hiện tính hiện đại của QTĐT chính là quản trị lấy công dân làm trung tâm, tức quản trị vì công dân và có sự tham gia của công dân (STG CCD).

### 1. Vai trò sự tham gia của công dân trong quản trị đô thị:

Hiện nay, phát triển đô thị theo hướng bền vững là một chiến lược phát triển được hầu hết các quốc gia trên thế giới coi trọng. Sự phát triển bền vững của đô thị nhấn mạnh sự gắn kết hữu cơ giữa tăng trưởng kinh tế, quản trị môi trường và công bằng xã hội trong quá trình phát triển đô thị. Với tư cách một chiến lược phát triển khác với trước đây, sự phát triển bền vững của đô thị nhấn mạnh sự phát triển công bằng, bền vững, toàn diện và đồng bộ giữa con người với con người, giữa con người với xã hội, giữa con người với môi trường tự nhiên, giữa các thế hệ con người và giữa kinh tế xã hội với môi trường tự nhiên. Để thực hiện sự phát triển bền vững, một yêu cầu cơ bản đối với chính quyền đô thị là tăng cường STG CCD trong QTĐT. Nhiều nghiên cứu có liên quan đã khẳng định và luận chứng đầy đủ tầm quan trọng về STG CCD trong quản trị công nói chung và QGĐT nói riêng. Trong tác phẩm “Mô thức dân chủ”, David Held, một giáo sư chính trị học người Anh, cho rằng: “STG CCD thúc đẩy sự phát triển con người, tăng cường tình cảm hiệu quả chính trị, giảm thiểu sự xa cách giữa công dân với trung tâm quyền lực, bồi dưỡng sự quan tâm của mọi người đối với vấn đề tập thể, đồng thời góp phần hình thành những công dân tích cực, có tri thức và trách nhiệm đối với công việc của nhà nước và xã hội”<sup>1</sup>. Thông qua các nghiên cứu, Kent Portney

cho rằng: “STG CCD là yêu cầu nội tại của phát triển đô thị theo hướng bền vững, do đó, chính quyền cần thông qua nhiều chính sách và biện pháp khác nhau để kích lệ STG CCD; mặt khác, STG CCD cũng là một yếu tố không thể thiếu để tăng cường năng lực quản trị sự phát triển bền vững đô thị của chính quyền”<sup>2</sup>. Ngoài ra, STG CCD còn có vai trò nâng cao chất lượng chính sách công<sup>3</sup>, tăng cường và củng cố niềm tin của công dân đối với chính quyền nhà nước<sup>4</sup>, bồi dưỡng tinh thần và trách nhiệm công dân. Nói một cách khái quát, STG CCD có các vai trò chủ yếu sau:

*Thứ nhất, STG CCD trong QTĐT thể hiện quan niệm và tư duy hiện đại, nhân văn về QTĐT. Quản lý đô thị truyền thống “lấy chính quyền làm trung tâm”. Quan niệm truyền thống cho rằng, quản lý đô thị là công việc của chính quyền, mà không phải là việc của người dân; coi công dân là người tiêu dùng hàng hóa và dịch vụ công, là bên bị động tiếp nhận mệnh lệnh, chính sách của chính quyền, mà không phải là chủ thể quản lý. STG CCD trong QTĐT thể hiện một tư duy hiện đại trong quản trị, đó chính là QTĐT “lấy công dân làm trung tâm”. Có nghĩa, mục tiêu và sứ mệnh của QTĐT là bảo đảm việc thực hiện các quyền của công dân, nâng cao chất lượng cuộc sống của người dân. Mô thức quản trị “lấy công dân làm trung tâm” coi công dân không chỉ là người tiêu dùng hàng hóa và dịch vụ công, mà còn là người “sở hữu chính quyền”, do đó công dân có quyền và trách nhiệm tham gia quản lý nhà nước và xã hội. Trong mô thức quản trị công dân tham gia đầy đủ vào quá trình QTĐT thì “chính quyền không còn là chủ thể quản lý duy nhất, mà chỉ là một trong những chủ thể cấu thành nên mạng lưới QTĐT”<sup>5</sup>; chính quyền tôn trọng STG CCD và chia sẻ quyền quản lý cho công dân và các*

1 David Held (2004), *Mô thức dân chủ*, Nxb. Biên dịch Trung ương Trung Quốc, Bắc Kinh, tr.243..

2 Kent Portney (2005), *Civic Engagement and Sustainable Cities in the United States*, *Public Administration Review*, (5):579-591.

3 Vương Ngọc (2009), *Sự tham gia của công dân*, Nxb. Đại học Nhân dân Trung Quốc, Bắc Kinh, tr. 12-31.

4 Habermas (2009), *Nguy cơ tính hợp pháp*, Tập đoàn xuất bản thế kỷ Thượng Hải, Thượng Hải, tr.41.

5 Stephen Goldsmith, William D.Eggers (2008), *Mạng lưới quản trị - hình thái mới của khu vực công*, Nxb. Đại học Bắc Kinh, Trung Quốc, Bắc Kinh, tr.168.

tổ chức của công dân. STG CCD cũng thể hiện tính nhân văn của QTĐT, tức coi con người vừa là mục tiêu, vừa là động lực của sự phát triển; quản trị dựa vào sức mạnh của công dân và vì lợi ích của công dân. Với quan niệm như vậy, ở các nước phát triển, cư dân đô thị đã trở thành một lực lượng quan trọng tham gia rộng rãi vào các lĩnh vực khác nhau của quản lý đô thị, như quy hoạch đô thị, dự toán ngân sách, bảo vệ môi trường, xây dựng cơ sở hạ tầng và cung ứng dịch vụ công...

*Thứ hai, STG CCD có lợi cho việc nâng cao chất lượng chính sách công và nâng cao hiệu quả thực hiện chính sách công.* Chính sách công lý tưởng là chính sách thông qua trình tự chính đáng để tích hợp các nhu cầu, lợi ích của các đối tượng có liên quan, qua đó tối đa hóa lợi ích công. Lý luận và thực tiễn cho thấy, thông qua các hình thức khác nhau, STG CCD góp phần làm cho chính sách công phản ánh và thể hiện được “ý dân”. Thông qua các phương thức như điều tra dân ý, hội nghị đại diện công dân, hội nghị lắng nghe ý kiến, ủy ban tư vấn của công dân, chính quyền có thể nắm bắt kịp thời tâm tư, nguyện vọng của người dân về những vấn đề có liên quan đến chính sách, qua đó làm cho chính sách công phù hợp với ý nguyện của người dân và sự phát triển của đô thị. Trong thực thi chính sách công, nguồn lực và sức mạnh của chính quyền là rất quan trọng, nhưng chưa đủ. Chính vì vậy, STG CCD trong thực hiện chính sách sẽ giúp cho chính quyền phát huy được sức mạnh của người dân và các tổ chức của công dân trong thực thi chính sách, phát huy vai trò giám sát của công dân đối với quá trình thực hiện chính sách.

*Thứ ba, STG CCD có lợi cho việc thúc đẩy sự phát triển toàn diện và bền vững của đô thị.* Phát triển bền vững là một quan niệm và chiến lược phát triển nhận được sự đồng thuận của hầu hết các quốc gia trên thế giới. Theo đó, trong tư duy QTĐT hiện đại, sự phát

triển của đô thị không phải là theo đuổi sự tăng trưởng kinh tế đơn thuần, cũng không chỉ là để thực hiện nhu cầu và lợi ích của thế hệ hiện tại; mà là thực hiện sự phát triển toàn diện và đồng bộ về kinh tế, văn hóa, xã hội và môi trường, vừa thực hiện nhu cầu và lợi ích của thế hệ hiện tại, vừa tính đến nhu cầu, lợi ích của các thế hệ sau. Để phát triển đô thị theo hướng bền vững, yếu tố then chốt là nâng cao năng lực quản trị của chính quyền đô thị. Để nâng cao năng lực quản trị của chính quyền đô thị cần xây dựng một “chính quyền mở”, tức một chính quyền công khai, minh bạch, có STG CCD và sự hợp tác giữa chính quyền - doanh nghiệp và xã hội trong quản lý xã hội.

## 2. Đặc điểm sự tham gia của công dân trong quản trị đô thị ở các nước phát triển

Từ thực tiễn của các nước phát triển, có thể rút ra một số đặc điểm STG CCD trong QTĐT như sau:

*Thứ nhất, thực hiện công khai thông tin để bảo đảm quyền được biết của công dân.* Công khai thông tin, qua đó đảm bảo quyền được biết của công dân là cơ sở và tiền đề để đảm bảo STG CCD trong quản trị công. Chính vì lẽ đó, các nước phát triển đều rất chú trọng hoàn thiện thể chế công khai thông tin nhằm đảm bảo quyền được biết của công dân. Công ước Tiếp nhận thông tin về môi trường và STG CCD trong hoạch định chính sách của Anh đã đưa ra quy định cụ thể về nghĩa vụ công khai thông tin của Chính phủ, cũng như nội dung và trình tự cung cấp thông tin của Chính phủ. Điều 6 Công ước quy định: “Chính phủ có nghĩa vụ thông báo cho người dân về thời gian và địa điểm tổ chức hội nghị lắng nghe ý kiến, đồng thời cho người dân biết có thể tìm kiếm và tiếp nhận những thông tin có liên quan ở những cơ quan chính phủ nào”<sup>6</sup>. Luật về Quyền của Công dân trong hệ thống hành chính do Pháp ban hành năm 2004 cũng quy định rõ về nghĩa vụ của Chính phủ trong việc cung cấp thông

6 Cha Ding-jian (2009), Sự tham gia của công dân ở châu Âu - thể chế và kinh nghiệm, Nxb Pháp luật, Bắc Kinh, tr. 70-71.

tin cho người dân<sup>7</sup>. Sở Bảo vệ môi trường tỉnh Ontario (Canada) đã thành lập “Văn phòng tự do thông tin” để trả lời và cung cấp cho người dân những thông tin liên quan đến môi trường. Ngoài ra, đảm bảo quyền được biết của công dân còn được quy định trong nhiều văn bản pháp luật khác của Canada<sup>8</sup>.

*Thứ hai, STG CCD trong QTĐT gắn liền với vai trò tổ chức và hướng dẫn của chính quyền.* STG CCD trong QTĐT ở các nước phát triển không phải là hoạt động mang tính tự phát của công dân, mà là hoạt động gắn liền với vai trò tổ chức, điều tiết và hướng dẫn của các cơ quan hành chính nhà nước. Vai trò tổ chức và hướng dẫn của chính quyền thể hiện ở hai phương diện: thiết lập cơ chế để bồi dưỡng năng lực tham gia của công dân và tổ chức, hướng dẫn người dân tham gia đối với từng chính sách và dự án cụ thể. Ở phương diện thứ nhất, để nâng cao hiệu quả tham gia của công dân, các nước phát triển đã thiết lập nên cơ chế để bồi dưỡng năng lực tham gia của công dân. Chẳng hạn, ở Scotland, Chính phủ thành lập nên một số cơ quan để thực hiện chức năng bồi dưỡng và hỗ trợ hoạt động tham gia của công dân, trong đó điển hình là Phòng Hỗ trợ tư vấn thuộc Cục Quy hoạch quốc gia. Theo đó, kinh phí hoạt động của cơ quan này do Chính phủ đảm bảo, chức năng chủ yếu là giúp đỡ người dân đưa ra ý kiến, kiến nghị liên quan đến chính sách một cách khoa học, chuyên nghiệp và hỗ trợ thông tin cho người dân<sup>9</sup>. Ở phương diện thứ hai, ngay trong mỗi chính sách và dự án, các cơ quan nhà nước cũng thông qua các phương thức khác nhau để tổ chức và hướng dẫn STG CCD. Ví dụ, STG CCD trong quy hoạch đô thị ở Úc và trong quản lý môi trường đô thị ở Nhật Bản đều gắn liền với vai trò tổ chức, điều tiết và

hướng dẫn của chính quyền. Ở Hoa Kỳ, chính quyền nhiều bang đã thực hiện rất tốt việc kết nối công dân và các tổ chức của công dân với chính quyền. Chính quyền bang Los Angeles đã tạo điều kiện để người dân bầu và thành lập các Ủy ban đại diện, tổ công tác, tổ đánh giá và thông qua công thông tin điện tử để kết nối với các tổ chức của công dân<sup>10</sup>.

*Thứ ba, sự đa dạng về hình thức tham gia.* Theo học giả người Mỹ John Thomas, các hình thức tham gia của công dân trong QTĐT chủ yếu bao gồm<sup>11</sup>: 1) chính quyền chủ động tiếp xúc với các đại biểu của công dân (key contacts) hay các “thủ lĩnh” của công dân. Theo đó, chính quyền có thể tiếp xúc, đối thoại với các đại biểu của công dân (người có uy tín trong công dân, người đứng đầu các đoàn thể xã hội...) để lắng nghe ý kiến và tiếp nhận ý kiến tư vấn của họ về những vấn đề có liên quan đến chính sách và dự án đô thị; 2) đại hội công dân (public meeting). Đây cũng là một hình thức thường được áp dụng ở các nước phát triển. Việc tổ chức hội nghị công dân do mất nhiều thời gian và cần đến nhiều kinh phí nên thường được sử dụng trong trường hợp chính quyền muốn lắng nghe ý kiến của công dân về những vấn đề lớn, quan trọng trong phát triển đô thị. Trước khi tổ chức hội nghị, chính quyền thường thông báo rộng rãi cho người dân về thời gian, địa điểm và chủ đề của hội nghị; 3) ủy ban tư vấn (advisory committees). Đây cũng là một hình thức hay được sử dụng ở một số nước phát triển. Ủy ban tư vấn được cấu thành bởi những thành viên có uy tín với tư cách là đại diện của các tầng lớp dân cư và các chủ thể lợi ích có liên quan do người dân lựa chọn và suy tôn. Ủy ban này có trách nhiệm đề xuất các tư vấn và kiến nghị cho chính quyền về những vấn đề xã hội

7 Cha Ding-jian (2009), Tlđđ, tr. 73-74.

8 Li Xing-shan, Zhao Li-wen (2010), Môi trường và Phát triển bền vững - Kinh nghiệm của Canada và một số gợi ý, Nxb. Trường Đảng trung ương Trung Quốc, Bắc Kinh, tr. 90.

9 Cha Ding-jian (2009), Tlđđ, tr. 78.

10 Sun Cai-hong (2016), Nghiên cứu trường hợp về sự tham gia của công dân ở một số nước trên thế giới, Tạp chí trường Đảng thành phố Thiên Tân, Trung Quốc, tr. 67.

11 John Clayton Thomas (1995), Public Participation in Public Decisions: New Skills and Strategies for Public Managers, John Wiley & Son, 1995, pp 8-9.

và vấn đề chính sách liên quan đến phát triển đô thị. Hiện nay, ở Hoa Kỳ, Luật Ủy ban tư vấn liên bang (The Federal Advisory Committee Act) ban hành năm 1972 là văn bản điều chỉnh hoạt động của các ủy ban tư vấn; 4) điều tra và khảo sát từ công dân (citizen surveys). Từ thập niên 60 - 70 của thế kỷ XX đến nay, hình thức này được chính quyền đô thị ở một số nước phát triển sử dụng. Theo đó, chính quyền thông qua bảng hỏi để điều tra, nắm bắt và tập hợp các ý kiến của người dân về các phương diện liên quan đến phát triển kinh tế - xã hội của đô thị cũng như phục vụ công ở đô thị, qua đó góp phần nâng cao chất lượng chính sách cũng như chất lượng cung ứng dịch vụ công; 5) người dân chủ động tiếp xúc và phản ánh với chính quyền (citizen contacts). Có nghĩa là thông qua nhiều kênh khác nhau (đơn kiến nghị gửi trực tiếp, phản ánh qua “đường dây nóng”, hộp thư điện tử, cổng thông tin điện tử chính phủ...), người dân chủ động liên hệ, phản ánh, trao đổi với các cơ quan chính quyền về những vấn đề liên quan đến cuộc sống của mình cũng như sự phát triển của đô thị. Cùng với sự nâng cao về trình độ văn hóa dân chủ của công dân, hình thức này ngày càng có vai trò quan trọng trong QTĐT ở các nước phát triển.

*Thứ tư, STG CCD trong QTĐT được thể hiện ở nhiều lĩnh vực và được đảm bảo đầy đủ trong cả quá trình chính sách công.* Ở một số nước phát triển, cư dân đô thị đóng góp vào sự phát triển của đô thị thông qua việc tham gia vào các nội dung như quy hoạch đô thị, kế hoạch phát triển đô thị, thiết kế biểu tượng đô thị và các phong trào vận động<sup>12</sup>. Các lĩnh vực tham gia của công dân trong QTĐT ở các nước phát triển bao gồm: bảo vệ tài nguyên nước, quy hoạch đô thị, đóng góp nguồn lực để phát triển các dự án ở khu dân cư<sup>13</sup>. Bên cạnh đó, STG CCD trong quá trình dự toán ngân sách của chính quyền địa phương, trong quản trị môi trường, trong phục vụ công ở khu dân cư và trong đánh giá hiệu quả hoạt động của chính quyền. Tóm lại, ở các nước phát

triển, cư dân đô thị có thể tham gia vào nhiều lĩnh vực khác nhau, trong đó điển hình là các lĩnh vực: quy hoạch đô thị, kế hoạch phát triển đô thị, giao thông đô thị, bảo vệ môi trường, văn hóa giáo dục, dự toán ngân sách, đánh giá hiệu quả hoạt động của chính quyền và cung ứng dịch vụ công.

Xét theo chu trình chính sách công, STG CCD trong QTĐT ở các nước phát triển được đảm bảo đầy đủ trong tất cả các khâu của quá trình chính sách: từ phát hiện vấn đề chính sách, tìm kiếm phương án giải quyết vấn đề đến thực thi, đánh giá và giám sát chính sách. Cụ thể, trong phát hiện vấn đề xã hội hay vấn đề công, chính quyền địa phương khuyến khích người dân phản ánh, đề xuất các vấn đề nổi cộm, bức xúc liên quan đến cuộc sống của người dân và phát triển đô thị. Sau khi vấn đề được người dân phản ánh, đề xuất trở thành vấn đề chính sách, thì chính quyền địa phương khuyến khích người dân tham gia hiến kế, đề xuất các phương án để giải quyết vấn đề... Đối với những vấn đề quan trọng của địa phương, việc quyết định phương án chính sách có thể được thực hiện thông qua hình thức trưng cầu ý dân. Trong thực thi chính sách, chính quyền địa phương chú trọng phát huy vai trò giám sát và sự đóng góp về nhân lực, vật lực, thời gian và kinh phí của người dân nhằm nâng cao hiệu quả thực hiện chính sách, nhất là các chính sách và dự án ở cơ sở.

*Thứ năm, STG CCD được đảm bảo bởi hệ thống pháp luật đồng bộ và hoàn thiện.* Hệ thống pháp luật đồng bộ là một đảm bảo quan trọng để các nước phát triển mở rộng STG CCD trong QTĐT. Theo đó, STG CCD không chỉ được điều chỉnh bởi các luật cơ bản, mà còn được thể chế hóa một cách đầy đủ, cụ thể và thống nhất trong các luật chuyên ngành và các quy định hành chính. Chẳng hạn, ở Hoa Kỳ, STG CCD được điều chỉnh bởi Hiến pháp, Luật Tự do thông tin, Luật Thủ tục hành chính, Luật Ủy ban tư vấn liên bang. Bên cạnh đó, STG

12 Wang Wei, Niu Mei-li (2009), Citizen participation, China Renmin University Press, Peking, pp.1-11.

13 John Clayton Thomas (1995), Tlidd, pp 8-9.

CCD còn được quy định cụ thể trong các luật chuyên ngành. Ví dụ, quyền tham gia của công dân được quy định rõ trong các luật về bảo vệ môi trường như: Luật Chính sách môi trường quốc gia (1969), Luật Không khí sạch (1970), Luật Nước sạch (1972), Luật Bảo tồn và phục hồi tài nguyên, Luật Trách nhiệm bồi thường và ứng phó tổng hợp với môi trường. Ngoài luật của liên bang, một số bang còn ban hành Luật về Sự tham gia của công dân<sup>14</sup>. Không những thế, hiện nay có 26 bang của Hoa Kỳ đã ban hành và thực thi Luật Bảo vệ sự tham gia của công dân<sup>15</sup>.

Canada là một trong những quốc gia điển hình về tăng cường STG CCD trong quản trị công nói chung. Để thúc đẩy STG CCD, ngoài việc tham gia phê chuẩn các công ước quốc tế và châu lục (như Hiệp định Hợp tác môi trường Bắc Mỹ, Chiến lược Thúc đẩy sự tham gia của công chúng trong phát triển bền vững giữa các quốc gia châu Mỹ...), quyền tham gia của công dân còn được Canada ghi nhận, tôn trọng và bảo đảm thực hiện trong nhiều luật khác nhau, như Luật Bảo vệ môi trường, Luật Đánh giá môi trường. Trong đó, Luật Đánh giá môi trường quy định việc tổ chức lấy ý kiến của nhân dân về các dự án ảnh hưởng đến môi trường và cuộc sống của người dân<sup>16</sup>. Nhìn chung, hệ thống pháp luật của các nước phát triển đã quy định rõ lĩnh vực tham gia, trình tự tham gia, hình thức tham gia và hiệu lực tham gia của công dân.

*Thứ năm, sử dụng kỹ thuật thông tin và truyền thông hiện đại để tăng cường STG CCD.* Ngoài các hình thức truyền thống, trong điều kiện kỹ thuật thông tin và truyền thông phát triển như hiện nay, các nước phát triển còn thông qua hình thức “dân chủ điện tử”<sup>17</sup>

để mở rộng và tăng cường STG CCD trong QTĐT. Chẳng hạn, chính quyền thành phố Los Angeles của Hoa Kỳ rất chú trọng việc sử dụng bảng điện tử để công khai các dự thảo quy hoạch và chính sách; đồng thời sử dụng mạng internet để thực hiện việc kết nối giữa chính quyền với các ủy ban đại diện của công dân và công dân. Trong quy hoạch phát triển đô thị, chính quyền thành phố Pilsen (Hoa Kỳ) đã tranh thủ tối đa các công cụ, phương tiện thông tin và truyền thông hiện đại để thúc đẩy STG CCD, thực hiện dân chủ hóa quá trình xây dựng quy hoạch phát triển<sup>18</sup>. Trong quy hoạch phát triển khu vực, chính quyền bang Queensland (Úc) rất coi trọng việc tiếp nhận các ý kiến đóng góp của người dân qua mạng internet. Trong quá trình hoạch định chính sách và đánh giá hiệu quả quản lý, thành phố Luân Đôn (Anh) đều sử dụng các phương tiện thông tin và truyền thông hiện đại để mở rộng STG CCD<sup>19</sup>. Thực tiễn tại các nước phát triển cho thấy, việc ứng dụng công nghệ thông tin và truyền thông hiện đại có vai trò rất quan trọng trong việc mở rộng và thúc đẩy STG CCD.

*Thứ sáu, có cơ chế để đảm bảo thực hiện quyền tham gia của công dân.* Cơ chế để đảm bảo thực hiện quyền tham gia của công dân ở các nước phát triển chủ yếu là những quy định pháp luật đảm bảo để người dân thực hiện quyền tham gia của mình mà không chịu bất cứ sự hạn chế hay cản trở nào từ phía chính quyền. Điều 9 Công ước Tiếp nhận thông tin về môi trường và sự tham gia của công dân trong hoạch định chính sách của Anh quy định: Nếu quyền tiếp cận thông tin của công dân bị xâm phạm, tức yêu cầu cung cấp thông tin của công dân bị coi nhẹ hoặc các cơ quan có liên quan trốn tránh trách nhiệm cung cấp thông tin

14 Jesse J. o'neill (2010), The Citizen Participation Act of 2009, Boston College Environmental Affairs Law Review, (11).

15 Zhang Hui (2015), Sự tham gia của công dân trong bảo vệ môi trường ở Hoa Kỳ, Tạp chí Luật học hiện đại (4), tr.149.

16 Li Xing-shan, Zhao Li-wen (2010), Tlđđ, tr.104-106.

17 Dân chủ điện tử” (e-democracy) hay còn gọi “dân chủ số” (digital democracy), “dân chủ từ xa” (teledemocracry) được hiểu là việc sử dụng kỹ thuật thông tin truyền thông hiện đại để tăng cường STG CCD trong quá trình chính trị và trong quản trị quốc gia, qua đó góp phần thực hiện quản trị dân chủ.

18 Kheir AlKodmany (2000), Public Participation: Technology and Democracy, Journal of Architectural Education, (4).

19 Sun Cai-hong (2016), Nghiên cứu trường hợp về sự tham gia của công dân ở một số nước trên thế giới, Tạp chí trường Đảng thành phố Thiên Tân, Trung Quốc, tr.69.

thì sẽ được xử lý theo quy định của luật này<sup>20</sup>. Quy định về quy hoạch đô thị của thành phố Edinburgh (Scotland) chỉ rõ: Nếu cư dân đô thị không hài lòng với phương án quy hoạch đô thị, có thể gửi văn bản đến các quan chức cấp cao. Nếu vẫn chưa hài lòng đối với sự trả lời của họ thì có thể tìm kiếm sự giúp đỡ của đại biểu dân cử hoặc thị trưởng thành phố Edinburgh. Nếu cho rằng chính quyền thành phố Edinburgh giải quyết và xử lý chưa thỏa đáng thì có thể yêu cầu Ủy ban quản lý hành chính Scotland tiến hành điều tra về vấn đề này<sup>21</sup>. Ngoài ra, nhiều nước phát triển còn rất coi trọng việc bảo vệ đối với những hoạt động tố cáo, tố giác của công dân. Chẳng hạn, Luật Bảo vệ môi trường Canada đã đưa ra những quy định cụ thể để bảo vệ người dân thực hiện hoạt động tố cáo, tố giác các tổ chức và cá nhân vi phạm pháp luật bảo vệ môi trường<sup>22</sup>.

### 3. Một số gợi mở đối với Việt Nam

Nghiên cứu STG CCD trong QTĐT ở một số nước phát triển, có thể rút ra một số khía cạnh mang tính chất gợi mở và tham khảo cho Việt Nam như sau:

*Một là, đổi mới tư duy quản trị từ lấy chính quyền làm trung tâm sang lấy công dân làm trung tâm.* QTĐT cần phải xuất phát từ quyền, lợi ích của công dân và dựa vào sức mạnh cũng như sự tham gia của công dân. Trong quá trình QTĐT, chính quyền, doanh nghiệp và xã hội (các đoàn thể, các tổ chức xã hội và công dân) đều có những ưu thế riêng có của mình, do đó, cần tăng cường sự phối hợp và hợp tác của các thực thể này để quản lý có hiệu quả các vấn đề chung của đô thị. Để làm được điều này, cần chuyển đổi mô thức quản trị từ coi chính quyền là chủ thể duy nhất trong quản lý đô thị như trước đây, sang mô thức quản trị có sự phối hợp và hợp tác có hiệu quả giữa chính quyền, doanh nghiệp và xã hội. Chính quyền cần phối hợp với công dân, doanh nghiệp trong quá trình phân bổ các

nguồn lực phát triển, trong quản lý, giải quyết các vấn đề chung liên quan đến phát triển đô thị. Trong QTĐT, chính quyền địa phương có chức năng và vai trò rất quan trọng, vì thế, hoạt động quản trị của chính quyền đô thị cần thể hiện đầy đủ tính dân chủ, công khai, minh bạch, có năng lực đáp ứng và tinh thần trách nhiệm. Chính quyền cần tạo ra môi trường thuận lợi để phát huy tốt vai trò của doanh nghiệp và xã hội; tôn trọng và bảo đảm thực hiện quyền làm chủ của công dân, mở rộng và tăng cường STG CCD. Thực hiện QTĐT lấy công dân làm trung tâm còn đòi hỏi cần đổi mới nhận thức về hiệu quả của QTĐT. Theo đó, cần có quan niệm toàn diện về tính hiệu quả của QTĐT, trong đó cần lấy sự hài lòng của công dân làm tiêu chí cơ bản để đánh giá tính hiệu quả của QTĐT.

*Hai là, thực hiện công khai thông tin để đảm bảo quyền được biết của công dân và tăng cường STG CCD.* Quyền được biết của công dân hay quyền tiếp cận thông tin của công dân là một quyền cơ bản được quy định trong Hiến pháp. Thực hiện công khai thông tin không chỉ để đảm bảo quyền được biết của công dân, đáp ứng nhu cầu thông tin của người dân, mà còn là điều kiện để tăng cường STG CCD trong quản trị công, nâng cao hiệu quả giám sát xã hội đối với quyền lực công, ngăn ngừa hành vi vi hiến. Trong công cuộc đổi mới, Việt Nam đã đạt được thành tựu quan trọng trong xây dựng và thực hiện công khai thông tin. Với việc ban hành nhiều văn bản pháp luật khác nhau, như Pháp lệnh Dân chủ ở cơ sở, Luật Tiếp cận thông tin, Luật Phòng, chống tham nhũng... và thực hiện nhiều hình thức công khai thông tin khác nhau thì quyền được biết của công dân ngày càng được đảm bảo tốt hơn. Tuy nhiên, vấn đề công khai thông tin và việc đảm bảo quyền được biết của công dân vẫn còn một số hạn chế và bất cập. Báo cáo Chỉ số Hiệu quả quản trị và Hành chính

20 Cha Ding-jian (2009), Tlđđ, tr.99.

21 Cha Ding-jian (2009), Tlđđ, tr.100.

22 Li Xing-shan, Zhao Li-wen (2010), Tlđđ, tr.120.

công cấp tình (PAPI) năm 2016 cho thấy: “có 53% số người được hỏi cho biết danh sách hộ nghèo được công bố công khai ở xã/phường họ sinh sống; có 32,17% số người được hỏi cho biết có biết về thu chi ngân sách cấp xã; chỉ có 13,62% số người được hỏi cho biết, họ biết kế hoạch sử dụng đất đai hiện thời của địa phương”<sup>23</sup>. Thực tế này cho thấy, thông qua nhiều phương thức khác nhau để tăng cường công khai và minh bạch thông tin, qua đó đảm bảo quyền được biết của công dân là một vấn đề cần quan tâm để mở rộng STG CCD trong QTĐT ở Việt Nam hiện nay.

*Ba là, xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật về STG CCD.* Trong công cuộc đổi mới, cùng với những thành tựu trong xây dựng Nhà nước pháp quyền, hệ thống pháp luật nói chung, hệ thống pháp luật về STG CCD ở nước ta cũng không ngừng được xây dựng và hoàn thiện. Tuy nhiên, hệ thống pháp luật về STG CCD, trong đó bao gồm luật về STG CCD trong QTĐT vẫn còn một số bất cập. Do đó, để đáp ứng đòi hỏi của thực tiễn, cần tiếp tục xây dựng và hoàn thiện hệ thống luật về STG CCD. Từ kinh nghiệm của một số nước, việc nghiên cứu và ban hành một luật riêng về STG CCD là rất cần thiết đối với nước ta hiện nay.

*Bốn là, mở rộng lĩnh vực tham gia và đảm bảo STG CCD trong tất cả các khâu của quá trình chính sách.* Ở nước ta hiện nay, theo tinh thần của Văn kiện Đại hội XII của Đảng, cần mở rộng và bảo đảm STG CCD trong tất cả các khâu của quá trình chính sách, đó là: “Bảo đảm để nhân dân tham gia ở tất cả các khâu của quá trình đưa ra những quyết định liên quan đến lợi ích, cuộc sống của nhân dân, từ nêu sáng kiến, tham gia thảo luận, tranh luận đến giám sát quá trình thực hiện”<sup>24</sup>. Ngoài ra, cũng cần tăng cường sự tham gia đánh giá của công dân đối với hiệu quả của các chính sách và dự

án có liên quan đến cuộc sống của người dân đô thị cũng như tăng cường sự tham gia đánh giá của công dân đối với chất lượng và hiệu quả hoạt động của chính quyền, nhất là tham gia đánh giá đối với các cơ quan hành chính trực tiếp cung ứng dịch vụ công cho người dân.

*Năm là, tăng cường vai trò tổ chức và hướng dẫn của chính quyền đối với STG CCD.* Để tăng cường STG CCD trong QTĐT, chính quyền các cấp cần thực hiện tốt việc phối hợp với Mặt trận Tổ quốc, các đoàn thể nhân dân và các tổ chức xã hội, đảm bảo tính tự chủ của các tổ chức này trong hoạt động nêu sáng kiến chính sách, phản biện chính sách, giám sát và đánh giá chính sách. Bên cạnh đó, trước những vấn đề quan trọng ở địa phương và cơ sở, chính quyền địa phương và cơ sở cũng có thể hướng dẫn người dân cử ra ủy ban đại diện, tổ công tác hoạt động mang tính tạm thời để phản ánh tiếng nói, ý kiến và kiến nghị của người dân đối với chính quyền. Ngoài ra, chính quyền các cấp cần tạo môi trường, điều kiện thuận lợi để phát huy tốt vai trò và chức năng của các tổ chức xã hội, tổ chức phi lợi nhuận, tổ chức phi chính phủ trong QTĐT, nhất là trong hoạt động tư vấn chính sách, phản biện chính sách, giám định chính sách, cung ứng dịch vụ công và đánh giá hiệu quả quản trị của chính quyền.

*Sáu là, vận dụng nhiều sách lược khác nhau để nâng cao hiệu quả tham gia của công dân.* Căn cứ vào sự khác nhau về lĩnh vực tham gia và các giai đoạn tham gia, các cấp chính quyền cần lựa chọn phương thức thích hợp để bảo đảm STG CCD. Chẳng hạn, trước khi có ý định ban hành chính sách, khi mà chính quyền không thể xác định được quan điểm của người dân và cần trung cầu ý kiến của người dân thì khi đó, chính quyền có thể sử dụng các hình thức như điều tra ý kiến của công dân, tiếp xúc với đại diện của công dân,

23 Báo cáo Chi số Hiệu quả quản trị và Hành chính công cấp tỉnh (PAPI) năm 2016, <http://papi.org.vn/bao-cao-va-du-lieu-papi>, truy cập ngày 6/7/2017.

24 Đảng Cộng sản Việt Nam (2016), Văn kiện Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ XII, NXB Chính trị quốc gia - Sự thật, Hà Nội.

tiếp nhận ý kiến qua cổng thông tin điện tử và tổ chức diễn đàn công dân. Trong quá trình hoạch định chính sách, trước một số vấn đề còn có nhiều ý kiến khác nhau, khó tìm kiếm được sự đồng thuận thì chính quyền có thể sử dụng các hình thức như hội nghị bàn tròn, đối thoại, hội nghị tọa đàm... để tìm kiếm sự đồng thuận của các bên.

Từ kinh nghiệm của một số nước phát triển, để việc lắng nghe ý kiến, đối thoại với người dân có hiệu quả hơn, cần quan tâm đến một số vấn đề sau: 1) thông qua các phương thức khác nhau để thông báo cho người dân biết về hoạt động đối thoại (thời gian, địa điểm và nội dung); 2) đảm bảo tính đại diện của người tham gia đối thoại, theo đó cần căn cứ vào đơn vị hành chính, tuổi và giới tính để lựa chọn ngẫu nhiên số lượng người dân tham gia đối thoại; 3) trong quá trình đối thoại, cần sử dụng ngôn ngữ dễ hiểu, gần gũi với người dân, tránh sử dụng các thuật ngữ khó hiểu hoặc các thuật ngữ chuyên ngành; 4) các ý kiến của người dân cũng như kết luận của buổi đối thoại cần được ghi chép trung thực và đầy đủ; 5) phản hồi kịp thời, đầy đủ và có trách nhiệm đối với các ý kiến, kiến nghị do người dân nêu lên. Những ý kiến, kiến nghị hợp lý của người dân cần được tiếp thu. Bên cạnh hình thức lắng nghe ý kiến, đối thoại, chính quyền đô thị cần coi trọng việc sử dụng công nghệ thông tin và truyền thông hiện đại để tăng cường sự kết nối với người dân, cũng như mở rộng và tăng cường STG CCD. Ngoài việc thiết lập “đường dây nóng”, hộp thư điện tử, trên các cổng thông tin điện tử của chính quyền cần mở kênh tiếp nhận ý kiến của người dân; thành lập diễn đàn thảo luận, đánh giá hiệu quả và chất lượng hoạt động của chính quyền, nhất là chất lượng cung ứng dịch vụ công trên cổng thông tin điện tử.

*Bây là, bồi dưỡng tinh thần công dân và trách nhiệm công dân.* Tinh thần và trách nhiệm công dân là một trong những điều kiện và cơ sở để thực hiện quản trị dân chủ. Tinh thần công dân hiện đại yêu cầu người công dân ở những điểm sau: 1) có tinh thần trách nhiệm, biết được trách nhiệm và nghĩa vụ đối với mình, với người khác, với gia đình, với cộng đồng, với xã hội và đất nước; 2) có tinh thần khoan dung, thừa nhận và tôn trọng sự đa dạng về ý kiến; 3) có thể nhìn nhận một cách khách quan, lý tính đối với sự vật và các vấn đề xung quanh; 4) thông qua thỏa hiệp, đối thoại mà không phải là bạo lực để giải quyết bất đồng và xung đột; 5) coi trọng thực tiễn, thừa nhận tính có thể sai lầm của con người và thông qua thực tiễn để không ngừng sửa chữa sai lầm. Trong QTĐT, tầm quan trọng của tinh thần và trách nhiệm công dân thể hiện ở chỗ: 1) tinh thần và trách nhiệm công dân làm cho mỗi công dân quan tâm một cách tự giác đối với các vấn đề chung; 2) tinh thần và trách nhiệm công dân làm mỗi công dân tự nguyện cống hiến tài trí và sức lực của mình vào việc giải quyết các vấn đề của địa phương và cơ sở; 3) tinh thần và trách nhiệm công dân góp phần thực hiện mục tiêu chung và phúc lợi chung; 4) tinh thần và trách nhiệm công dân hình thành nên ở công dân năng lực tự chủ, thực hiện việc tự giáo dục và tự quản lý mình<sup>25</sup>.

Để hiện đại hóa QTĐT, trước tiên cần phải hiện đại hóa con người đô thị; để đảm bảo hiệu quả tham gia của công dân trong QTĐT, cần phải có những công dân đô thị có đầy đủ tinh thần và trách nhiệm công dân. Chính vì lẽ đó, thông qua các hình thức khác nhau về chính trị, kinh tế, văn hóa, giáo dục và xã hội để bồi dưỡng tinh thần và trách nhiệm công dân là một nội dung quan trọng để tăng cường STG CCD trong QTĐT ở nước ta hiện nay ■

25 Nguyễn Trọng Bình (2016), Mô hình xã hội của chính sách công và một số gợi mở đối với Việt Nam, Tạp chí Khoa học Chính trị, số 8.



# CƠ QUAN QUẢN LÝ CẠNH TRANH Ở HOA KỲ, NHẬT BẢN, TRUNG QUỐC VÀ NHỮNG GỢI Ý CHO VIỆT NAM

**Trần Thị Quang Hồng\***

\* TS. Viện Khoa học Pháp lý, Bộ Tư pháp

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* cơ quan quản lý cạnh tranh, cơ quan độc lập, tổ chức bộ máy, thực thi pháp luật

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 26/09/2017

Biên tập: 11/10/2017

Duyệt bài: 18/10/2017

## Article Infomation:

*Keywords:* competition regulator, independent agency, government organisation, law enforcement

*Article History:*

Received: 26 Sep. 2017

Edited: 11 Oct. 2017

Approved: 18 Oct. 2017

## Tóm tắt:

Bài viết giới thiệu về mô hình cơ quan quản lý cạnh tranh ở Hoa Kỳ, Nhật Bản và Trung Quốc, chỉ rõ những điểm tương đồng và khác biệt giữa các mô hình này và những tác động của mô hình này đến việc thực thi pháp luật cạnh tranh ở các quốc gia, từ đó đưa ra một số gợi ý cho việc xây dựng mô hình cơ quan quản lý cạnh tranh ở Việt Nam.

## Abstract:

This article provides introduction of the competition regulators of the U.S., Japan and China, showing the similarities and differences among these models and the effects of these models on law enforcement of competition laws in the countries, thus providing some suggestions for development of an appropriate modality of the competition administration in Vietnam.

Một trong những vấn đề gây nhiều tranh luận trong quá trình soạn thảo Luật Cạnh tranh của Việt Nam là mô hình cơ quan quản lý cạnh tranh thường gắn với viện dẫn đến các kinh nghiệm quốc tế. Tuy nhiên, các thông tin về kinh nghiệm quốc tế thường chỉ dừng lại ở việc mô tả mô hình cơ quan quản lý cạnh tranh ở các nước. Cơ quan quản lý cạnh tranh ít khi được đặt trong hệ thống tổ chức

bộ máy nhà nước ở chính quốc gia của nó và hiệu quả hoạt động trên thực tế ít được đề cập đến.

Bài viết này giới thiệu mô hình cơ quan quản lý cạnh tranh ở Hoa Kỳ, Nhật Bản và Trung Quốc. Hoa Kỳ là quốc gia tiêu biểu về phát triển pháp luật cạnh tranh và có nhiều ảnh hưởng đến pháp luật cạnh tranh của nhiều quốc gia trên thế giới. Nhật Bản là quốc gia tiếp nhận và phát triển pháp luật cạnh tranh tương đối sớm ở khu vực Châu

Á. Trung Quốc là quốc gia láng giềng và có nhiều yếu tố kinh tế - chính trị tương đồng với Việt Nam. Do vậy, việc nghiên cứu về mô hình cơ quan quản lý cạnh tranh của ba quốc gia này có thể mang lại những gợi ý thiết thực cho việc xây dựng cơ quan quản lý cạnh tranh ở Việt Nam.

Phân tích về các cơ quan quản lý cạnh tranh được đặt trong bối cảnh ở quốc gia mà nó được hình thành, những điểm tương đồng và khác biệt giữa các mô hình mà mỗi quốc gia lựa chọn và những tác động của mô hình này đến việc thực thi pháp luật cạnh tranh ở mỗi quốc gia. Những thông tin được cung cấp sẽ giúp mang đến một cách nhìn đầy đủ hơn về những mô hình cơ quan quản lý cạnh tranh vẫn thường được đề cập đến ở Việt Nam với tư cách là những kinh nghiệm quốc tế đáng tham khảo, từ đó đưa ra những gợi ý cho việc xây dựng mô hình cơ quan quản lý cạnh tranh ở Việt Nam.

### 1. Cơ quan quản lý cạnh tranh Hoa Kỳ

Cơ quan quản lý cạnh tranh của Hoa Kỳ là điển hình của mô hình cơ quan độc lập, giữ vai trò của một trọng tài để bảo vệ quá trình cạnh tranh công bằng trong nền kinh tế Hoa Kỳ<sup>1</sup>.

Cơ quan quản lý cạnh tranh của Hoa Kỳ ra đời cùng với sự ra đời của pháp luật cạnh tranh Hoa Kỳ. Tại thời điểm đạo luật cạnh tranh đầu tiên của Hoa Kỳ - Đạo luật Sherman - được ban hành năm 1890, Bộ Tư pháp thuộc Chính phủ Hoa Kỳ đảm nhiệm vai trò thực thi pháp luật thông qua Cục Cạnh tranh (Antitrust Bureau of the Department of Justice (DoJ)). Sau hơn 10 năm thực thi Đạo luật Sherman, Quốc hội Hoa Kỳ ban hành bổ sung đạo luật về cạnh tranh - Đạo luật Clayton - năm 1914 và đạo luật về thành lập

Ủy ban Thương mại công bằng của Hoa Kỳ (US Federal Trade Commission (FTC)). Cơ quan này chia sẻ chức năng thực thi pháp luật cạnh tranh cùng với Cục Cạnh tranh của Bộ Tư pháp, biến Hoa Kỳ thành quốc gia duy nhất có mô hình hai cơ quan song song cùng thực thi pháp luật về cạnh tranh<sup>2</sup>.

DoJ và FTC hoạt động hỗ trợ cho nhau, với một số thẩm quyền trùng lặp và một số thẩm quyền riêng. Cả hai cơ quan đều đóng vai trò quan trọng trong quản lý các hoạt động cạnh tranh và tập trung kinh tế ở Hoa Kỳ. Yếu tố quan trọng để đảm bảo cho vai trò của hai cơ quan này là tính độc lập.

DoJ trực thuộc Chính phủ nên không phải là một cơ quan độc lập. Tuy nhiên, khuôn khổ pháp lý cho hoạt động của cơ quan này đảm bảo cho nó tính độc lập ở mức độ cần thiết. Hoạt động của DoJ bị ràng buộc bởi các hướng dẫn chi tiết được công bố công khai và một lượng lớn các án lệ. Sự minh bạch của các quy tắc cho phép công chúng giám sát hoạt động của DoJ. Bên cạnh đó, nguyên tắc phân quyền trong tổ chức bộ máy nhà nước Hoa Kỳ đặt tất cả các cơ quan trong bộ máy nhà nước, trong đó có DoJ dưới sự giám sát của Tòa án. Các bên bị ảnh hưởng bởi quyết định của DoJ luôn có khả năng đưa cơ quan này ra Tòa. Hơn nữa, DoJ, với tư cách là cơ quan hành pháp, không được quyết định áp dụng các biện pháp chế tài mà phải đưa vụ việc ra Tòa án<sup>3</sup>. Cơ chế này cũng tăng cường cơ hội để Tòa án thực hiện việc giám sát đối với DoJ. Với cơ chế công khai, minh bạch và khả năng bị kiện trước Tòa, DoJ luôn phải tuân thủ chặt chẽ và áp dụng nhất quán pháp luật và các án lệ, giảm thiểu khả năng bị can thiệp về mặt chính trị trong những vụ việc cụ thể.

1 Lưu ý rằng mô hình cơ quan quản lý cạnh tranh của Hoa Kỳ không phải cơ quan trực thuộc Quốc hội như một số nghiên cứu đã chỉ ra. Trong các phần tiếp theo, bài viết cũng sẽ phân tích vị trí và mối quan hệ của cơ quan quản lý cạnh tranh với các cơ quan trong bộ máy nhà nước ở Hoa Kỳ để làm rõ tính chất độc lập của cơ quan này.

2 Xem Todd N Hutchison, Understanding the Differences Between the DOJ and the FTC, American Bar Association <[http://www.americanbar.org/groups/young\\_lawyers/publications/the\\_101\\_201\\_practice\\_series/understanding\\_differences.html](http://www.americanbar.org/groups/young_lawyers/publications/the_101_201_practice_series/understanding_differences.html)>; Guide to Antitrust Laws: The Enforcers The Federal Trade Commission <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/enforcers>.

3 Luật về Ủy ban Thương mại Hoa Kỳ 1914, 15 USC (1994). Tham khảo Hutchison, tldd 2.

Về cơ bản, không giống như Bộ trưởng Tư pháp, DoJ không bị lệ thuộc vào những thay đổi chính trị do các cuộc bầu cử tạo ra. Phần lớn các nhân viên của DoJ vẫn thực hiện công việc của mình không phụ thuộc vào việc đổi sang Chính phủ mới sau kỳ bầu cử Tổng thống. Các nhân viên này đã hình thành một phương thức làm việc độc lập, hành xử theo pháp luật thay vì hành xử theo những cam kết chính trị có tính mơ hồ và dễ thay đổi<sup>4</sup>. Họ cũng ưu tiên những lợi ích kinh tế thay vì những mối bận tâm về chính trị<sup>5</sup>. Trên cơ sở đó, DoJ đã tạo ra được khả năng vận hành độc lập trong quá trình quản lý thị trường cạnh tranh và các hoạt động tập trung kinh tế.

So với DoJ, tính độc lập của FTC thể hiện ngay ở vị trí của nó. Mặc dù là cơ quan nhà nước, FTC không trực thuộc Chính phủ hay các cơ quan của Chính phủ<sup>6</sup>. Bên cạnh đó, đạo luật về FTC cũng tạo ra nhiều cơ chế để củng cố tính độc lập này, bao gồm thẩm quyền và cách thức tổ chức, vận hành.

Về thẩm quyền, FTC được trao cả quyền hành chính và tư pháp<sup>7</sup> để xử lý các vấn đề cạnh tranh không lành mạnh, các hành vi thương mại có tính chất gian lận hoặc thiếu công bằng<sup>8</sup>, trong đó có những hành vi được quy định tại Đạo luật Sherman và Đạo luật Clayton. FTC có quyền điều tra và xét xử các trường hợp tình nghi. Trong trường hợp có vi phạm pháp luật cạnh tranh, FTC có thẩm quyền ban hành lệnh yêu cầu chấm dứt hành vi và không tái phạm<sup>9</sup>. Ngoài ra, FTC cũng có thẩm quyền ban hành các

văn bản quy phạm liên quan đến các hành vi lừa dối hoặc thiếu công bằng<sup>10</sup>.

Cùng với những thẩm quyền nêu trên, cách thức tổ chức của FTC cũng đảm bảo cho nó tính độc lập và ít khả năng bị can thiệp về chính trị. Bên cạnh việc xác định cho FTC vị trí tách biệt khỏi Chính phủ và Quốc hội, Đạo luật về FTC cũng quy định cơ chế bổ nhiệm, bãi nhiệm và nhiệm kỳ của các thành viên theo hướng đảm bảo rằng không có ai, dù là Tổng thống hay Nghị viện, có thể chi phối cơ quan này. FTC được điều hành bởi năm thành viên. Năm thành viên này do Tổng thống bổ nhiệm sau khi đã tham vấn và được sự chấp thuận của Thượng viện<sup>11</sup>. Như vậy, Tổng thống hay Thượng viện đều không thể tự mình quyết định bổ nhiệm thành viên của FTC. Tổng thống chỉ có thể bãi nhiệm thành viên FTC trong trường hợp "thiếu hiệu quả, lơ là trách nhiệm hay có hành vi sai trái"<sup>12</sup>. Điều này có nghĩa là sau khi được bổ nhiệm thì các thành viên của FTC có thể giữ khoảng cách trong mối quan hệ với Tổng thống.

Nhiệm kỳ của các thành viên FTC cũng được thiết kế theo cách tách biệt nó với nội các và Tổng thống. Đạo luật FTC quy định nhiệm kỳ của thành viên là 7 năm, tuy nhiên năm thành viên đầu tiên có nhiệm kỳ lần lượt là 3 năm, 4 năm, 5 năm, 6 năm và 7 năm. Như vậy, đến năm 1917, thành viên đầu tiên sẽ được thay thế và kể từ đó, mỗi năm sẽ có một uỷ viên hết nhiệm kỳ và một thành viên mới được bổ nhiệm (hoặc tái bổ nhiệm). Cách thức này khiến cho không một

4 Tham khảo Hutchison, tldd 2, tr. 708.

5 Xem Theodore Voorhees Jr, 'The Political Hand in American Antitrust- Invisible, Inspirational, or Imaginary?' (2014) 2 Antitrust Law Journal 557, tr. 568-71.

6 Điều này không có nghĩa là FTC là cơ quan thuộc Quốc hội như một số nghiên cứu đề cập. Trong phần sau, bài viết sẽ cung cấp những thông tin chi ra tính độc lập của FTC với Quốc hội.

7 Chính vì lý do này mà FTC được coi là cơ quan bán tư pháp (quasi-judicial).

8 Hutchison, tldd 2.

9 Được gọi là cease-and-desist order.

10 Xem Luật về Ủy ban Thương mại Hoa Kỳ 1914, § 57 (a).

11 Luật về Ủy ban Thương mại Hoa Kỳ 1914, §41.

12 Luật về Ủy ban Thương mại Hoa Kỳ 1914, §41. Xem thêm án lệ *Humphrey's Ex'r v United States*, 295 US 602 (1995) 623. Trong án lệ này, William Humphrey - một uỷ viên của FTC, đã kiện Tổng thống Franklin Roosevelt vì sa thải ông. Tòa án ủng hộ lập luận của Humphrey, cho rằng việc sa thải này là vi động cơ chính trị và không đúng đắn.

Tổng thống nào có thể bổ nhiệm toàn bộ các thành viên của FTC.

Ngoài ra, cơ chế làm việc của FTC cũng đảm bảo tính lưỡng đảng và nguyên tắc dựa vào chuyên môn<sup>13</sup>. Đạo luật FTC yêu cầu không có đảng nào được có quá ba thành viên FTC. Quy tắc này đảm bảo không có đảng nào có ưu thế quá lớn để chi phối FTC. Các thành viên của FTC được lựa chọn theo tiêu chí là những chuyên gia thực sự trong các lĩnh vực liên quan tới chính sách cạnh tranh<sup>14</sup>.

Điều này giúp cho các quyết định của FTC đưa ra được dẫn dắt bởi các lập luận có tính kinh tế và pháp lý thay vì những động cơ chính trị. Sự trung lập về chính trị và nhấn mạnh vào tính chuyên môn cho phép FTC đặt yêu cầu về bảo vệ cạnh tranh lên ưu tiên cao nhất trong các quyết định của mình.

Tóm lại, cơ quan cạnh tranh của Hoa Kỳ đề cao tính độc lập. Tính độc lập này hoặc được đảm bảo bởi các quy định luật, hướng dẫn dưới luật và các án lệ được công khai, minh bạch như trường hợp của DOJ hoặc được đảm bảo bởi vị trí pháp lý và nguyên tắc tổ chức, vận hành độc lập như trường hợp của FTC.

Đáng chú ý, FTC không phải là mô hình cơ quan độc lập duy nhất ở Hoa Kỳ. Việc thành lập FTC nằm trong xu hướng thành lập các cơ quan nhà nước độc lập để thực hiện công tác quản lý trong một lĩnh vực cụ thể bên cạnh các cơ quan của chính phủ<sup>15</sup>. Ví dụ, ngoài FTC còn có Ủy ban Chứng khoán Hoa Kỳ (The Securities and Exchange Commission- SEC)<sup>16</sup>, Cơ quan Quản lý dược phẩm và thực phẩm Hoa Kỳ

(The Food and Drug Administration- FDA), Cơ quan Bảo vệ môi trường Hoa Kỳ (The Environmental Protection Agency- EPA), Cơ quan Sức khỏe và an toàn nghề nghiệp Hoa Kỳ (The Occupational Safety and Health Administration - OSHA)<sup>17</sup> và nhiều cơ quan khác. Điều này cho thấy mô hình FTC hoàn toàn tương thích với hệ thống tổ chức chính quyền của Hoa Kỳ.

## 2. Cơ quan quản lý cạnh tranh Nhật Bản

Cơ quan quản lý cạnh tranh của Nhật Bản (Japan Fair Trade Commission (JFTC)) có mô hình khá giống với FTC của Hoa Kỳ. Tuy nhiên, mô hình này không phát huy được vai trò bảo vệ thị trường cạnh tranh có hiệu quả như FTC. Lý do của sự ít hiệu quả này được lý giải bởi hoàn cảnh ra đời của FTC cũng như mức độ tương thích của nó với hệ thống thể chế đặc thù của Nhật Bản.

JFTC ra đời vào năm 1947 khi Luật Chống độc quyền được ban hành. Việc ban hành đạo luật này là kết quả của quá trình dân chủ hoá nền kinh tế Nhật Bản do lực lượng chiếm đóng của Đồng minh (đứng đầu là Hoa Kỳ) khởi xướng và chỉ đạo. Dưới ảnh hưởng của quân Đồng minh, Luật Chống độc quyền về cơ bản tiếp thu những nội dung cơ bản của pháp luật cạnh tranh Hoa Kỳ và mô hình cơ quan cạnh tranh cũng được mô phỏng theo FTC nhằm tạo ra một cơ quan quản lý cạnh tranh mạnh và có khả năng thực thi một cách quyết liệt các yêu cầu bảo vệ cạnh tranh, chống sự trở lại của các tập đoàn gia đình (zaibatsu) vốn được xem là có vai trò quan trọng trong việc thúc đẩy Chính phủ Nhật Bản tham gia cuộc chiến tranh thế giới thứ II<sup>18</sup>.

13 Xem Edith Ramirez, Diễn văn tại lễ kỷ niệm 100 năm thành lập FTC, Washington DC, 26/9/2014 <[http://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/587691/140926-100\\_thanniversary.pdf](http://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/587691/140926-100_thanniversary.pdf)>.

14 Xem William E Kovacic, 'The Quality of Appointments and the Capability of the Federal Trade Commission' (1997) 49 Administrative Law Review 915, 920.

15 Xem Paul R Verkuil, 'The Purposes and Limits of Independent Agencies' (1988) 1988(2-3) Duke Law Journal 257, tr. 258.

16 Xem James J Gosling and Marc Allen Eisner, Economics, Politics, and American Public Policy (Routledge, 2 ed, 2015) tr. 128-9.

17 Sdd, tr. 130.

18 Xem Tran Thi Quang Hong, The Trajectory of Merger Regulation in Transforming Vietnam, (Monash University 2016)

Luật Chống độc quyền trao cho JFTC độc quyền điều tra và ra quyết định xử lý các hành vi vi phạm luật này<sup>19</sup>. Để củng cố quyền lực của JFTC, Luật Chống độc quyền thậm chí còn yêu cầu rằng tất cả các khiếu nại đối với quyết định của JFTC phải được JFTC giải quyết trước khi đưa ra tòa<sup>20</sup>. JFTC cũng có thẩm quyền cơ cấu lại các doanh nghiệp mà sự tồn tại của nó tạo ra "sự mất cân đối quyền lực thị trường một cách không chính đáng" (*undue imbalance in economic power*)<sup>21</sup>. Hơn thế, JFTC cũng có vai trò chủ chốt trong các vụ việc cạnh tranh bị xử lý hình sự, bởi việc khởi tố hình sự một vụ việc cạnh tranh phải xuất phát từ đề nghị của JFTC<sup>22</sup>. Các quy định này đặt JFTC ở vị trí trung tâm trong quản lý cạnh tranh ở Nhật Bản.

Về vị trí pháp lý và cơ cấu tổ chức, JFTC cũng được thiết kế gần giống với mô hình FTC. Cơ quan này chịu trách nhiệm trước Văn phòng Thủ tướng, nhưng Chủ tịch Ủy ban không phải là thành viên Nội các. Mục đích của quy định này là để tách hoạt động của JFTC khỏi Nội các<sup>23</sup>. JFTC được điều hành bởi một Chủ tịch và bốn Ủy viên<sup>24</sup> do Thủ tướng bổ nhiệm với sự chấp thuận của cả hai Viện của Quốc hội<sup>25</sup>. Cơ chế bổ nhiệm này, cũng giống như ở Hoa Kỳ, đảm bảo rằng cả Thủ tướng lẫn Quốc hội đều không có toàn quyền quyết định thành viên của JFTC. Theo khoản 2 Điều 29 Luật Chống độc quyền, tiêu chí để lựa chọn thành viên của JFTC là kiến thức và kinh nghiệm về pháp luật và kinh tế, mục đích là

để xây dựng JFTC như một cơ quan có tính chuyên môn sâu nhằm bảo vệ cạnh tranh trên thị trường.

Mặc dù có một mô hình gần như tương tự, rất nhiều năm sau khi ra đời, JFTC không hoạt động hiệu quả như FTC vì lý do thẩm quyền của JFTC chưa đầy đủ, sự không tương thích của nó với tổ chức bộ máy nhà nước Nhật Bản và thiếu sự hậu thuẫn về chính trị.

JFTC không được áp dụng các biện pháp xử phạt hành chính<sup>26</sup>. Vì vậy, cơ quan này không đủ khả năng tự mình thực thi các biện pháp xử lý các hành vi vi phạm luật chống độc quyền. Mô hình độc lập của JFTC không phải là mô hình được ưa thích trong tổ chức bộ máy nhà nước Nhật Bản. Các cơ quan độc lập được thành lập trong giai đoạn chiếm đóng của quân đồng minh sau chiến tranh thế giới thứ hai về sau đều bị giải tán hoặc chuyển thành một cơ quan thuộc bộ<sup>27</sup>. Cho đến nay, JFTC cũng chỉ là một trong bốn cơ quan độc lập ở Nhật Bản và là cơ quan duy nhất thực thi nhiệm vụ quản lý hành chính<sup>28</sup>. Điều này hoàn toàn trái ngược với sự nở rộ của các cơ quan độc lập ở Hoa Kỳ giai đoạn đầu thế kỷ 20 như đã được đề cập ở phần trên. JFTC có thể coi là trường hợp duy nhất trong hệ thống tổ chức bộ máy nhà nước Nhật Bản, và điều đó lý giải những khó khăn của JFTC khi vận hành trên thực tế. Để có thể thực hiện nhiệm vụ của mình, JFTC phải tìm kiếm sự phối hợp của các Bộ về kinh tế, đặc biệt là Bộ Ngoại thương và

19 Điều 8, 8 (2), 17 (2), 20, 45 (4), 47 (1–3) Luật Chống độc quyền Nhật Bản.

20 Điều 49 - 50 Luật Chống độc quyền Nhật Bản.

21 Điều 8 Luật Chống độc quyền Nhật Bản.

22 Điều 73 Luật Chống độc quyền Nhật Bản.

23 Điều 28 Luật Chống độc quyền Nhật Bản.

24 Điều 29 (1) Luật Chống độc quyền Nhật Bản.

25 Điều 29 (2) Luật Chống độc quyền Nhật Bản.

26 Sau này, Luật Chống độc quyền sửa đổi năm 1977 có bổ sung thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính cho JFTC dưới hình thức phạt tiền, tính theo phần trăm doanh thu.

27 Chẳng hạn Ủy ban Chứng khoán được giải thể năm 1952. Xem *Mel Marquis và Shingo Seryo, 'The 2013 Amendments to Japan's Anti-Monopoly Act: Some History and a Preliminary Evaluation' (2014) Competition Policy International-Asia Antitrust Forum*.

28 Ba cơ quan độc lập còn lại là the National Personnel Authority, the National Public Safety Commission, and the Environmental Dispute Coordination Commission. Xem Masako Wakui, *Antimonopoly Law: Competition Law and Policy in Japan* (2008) tr. 279.

Công nghiệp (MITI)<sup>29</sup>. Các Bộ này lại có mối liên hệ thường xuyên với các doanh nghiệp lớn và thường tránh việc thực thi các yêu cầu của pháp luật cạnh tranh.

JFTC cũng không có được sự hậu thuẫn về mặt chính trị của đảng Dân chủ Tự do (LDP) cầm quyền khi đó. LDP có mối quan hệ chặt chẽ với bộ máy hành chính và các tập đoàn lớn<sup>30</sup>, và vì vậy, một cơ quan độc lập như JFTC không được hoan nghênh. Bộ máy hành chính, đặc biệt là MITI, đối chọi và lấn át vai trò của JFTC để thực thi các biện pháp nhằm bảo vệ các doanh nghiệp lớn trong nền kinh tế Nhật Bản.

Như vậy, mặc dù được thiết kế với mục đích xây dựng một cơ quan độc lập và có quyền lực mạnh, việc thiếu thẩm quyền, bị lệ thuộc vào các cơ quan hành chính và đặc biệt là thiếu sự hậu thuẫn về chính trị đã khiến JFTC không thể hiện được vai trò của mình để đảm bảo thực thi pháp luật cạnh tranh.

Chỉ từ những năm 1970 trở đi, khi chính quyền Nhật Bản bắt đầu quan tâm đến việc thực thi Luật Cạnh tranh, JFTC mới dần dần khẳng định được vị thế của mình. Sau ba lần cải cách vào thập kỷ 70, 90 và đặc biệt là sau những cải cách của Thủ tướng Koizumi từ năm 2005, các vụ việc vi phạm pháp luật cạnh tranh được phát hiện và xử lý ngày càng gia tăng<sup>31</sup>. Cho đến nay, JFTC đã phát huy được vai trò là một cơ quan đảm bảo thực thi pháp luật cạnh tranh và bảo vệ tính cạnh tranh trong nền kinh tế ở Nhật Bản.

### 3. Cơ quan quản lý cạnh tranh của Trung Quốc

Luật Chống độc quyền của Trung Quốc được ban hành năm 2007, có hiệu lực vào năm 2008. Sau khi Luật có hiệu lực, Quốc vụ viện xác định ba cơ quan có thẩm quyền thực thi Luật này là Bộ Thương mại (MOFCOM), Ủy ban Phát triển và Cải cách quốc gia (NDRC) và Tổng cục Công nghiệp và Thương mại (SAIC). Thẩm quyền của các cơ quan này được phân định như sau: MOFCOM có trách nhiệm kiểm soát các hoạt động tập trung kinh tế ở góc độ cạnh tranh, NDRC có trách nhiệm xem xét và xử lý các hành vi thoả thuận độc quyền liên quan tới giá, hành vi lạm dụng độc quyền hành chính, SAIC có trách nhiệm xử lý các vụ việc cạnh tranh khác nằm ngoài thẩm quyền của MOFCOM và NDRC. Như vậy, khác với mô hình hai cơ quan cạnh tranh song song của Hoa Kỳ, ba cơ quan cạnh tranh của Trung Quốc có sự phân định rõ ràng về thẩm quyền.

Tất cả các cơ quan quản lý cạnh tranh của Trung Quốc đều là những cơ quan cấp bộ thực thi các chức năng quản lý nhà nước trên nhiều lĩnh vực. Mỗi cơ quan này đều thành lập một bộ phận quản lý và thực thi pháp luật cạnh tranh. MOFCOM có Cục Chống độc quyền<sup>32</sup>. Tại NDRC, nhiệm vụ về quản lý cạnh tranh được giao cho Cục Quản lý giá và chống độc quyền<sup>33</sup>. Tương tự như MOFCOM và NDRC, SAIC có Cục Phòng

29 Xem Harry First, 'Antitrust Enforcement in Japan', tr.178 .

30 Xem Harry First, sdd tr. 99.

31 Tran Thi Quang Hong, tldd.

32 Các nhiệm vụ được giao cho Cục này bao gồm: (i) Soạn thảo các văn bản pháp luật điều chỉnh các hành vi tập trung kinh tế và các vận bán, tài liệu hướng dẫn; (ii) Đánh giá trên cơ sở pháp luật các trường hợp tập trung kinh tế ở góc độ cạnh tranh; tư vấn ở góc độ tác động cạnh tranh và xem xét hồ sơ thông báo đối với các trường hợp tập trung kinh tế; thực hiện các cuộc điều trần, tiến hành điều tra và đánh giá; (iii) Tiếp nhận thông tin từ các cơ quan thực thi luật cạnh tranh về các trường hợp tập trung kinh tế và tiến hành điều tra các trường hợp tập trung kinh tế được thông tin, điều tra và xử lý các trường hợp vi phạm; (iv) Chịu trách nhiệm điều tra các vụ việc độc quyền ngoại thương và tiến hành các biện pháp cần thiết nhằm hạn chế thiệt hại; (v) Hướng dẫn doanh nghiệp trong nước khi tham gia các thủ tục tố tụng cạnh tranh ở nước ngoài; (vi) Tổ chức tham vấn và đàm phán về các điều khoản liên quan đến cạnh tranh trong các điều ước song phương và đa phương; (vii) Thực hiện các hoạt động trao đổi và hợp tác quốc tế về chính sách cạnh tranh song phương và đa phương; (viii) Thực hiện các nhiệm vụ cụ thể của Ủy ban chống độc quyền thuộc Quốc vụ viện; và (ix) Thực hiện các nhiệm vụ khác do cấp trên giao. Xem <http://english.mofcom.gov.cn/departments/fldj2/>

33 Cục này chịu trách nhiệm soạn thảo các văn bản quy phạm pháp luật hành chính về giám sát và thanh tra về giá; hướng dẫn và tổ chức các hoạt động giám sát và thanh tra về giá; xử lý các vụ việc liên quan đến giá cả hàng hoá, dịch vụ và thu phí vi phạm các quy định pháp luật về giá do các cơ quan cấp trung ương ban hành; xử lý các hành vi độc quyền về giá và xem xét lại các vụ việc cũng như các khiếu nại liên quan đến việc xử phạt các hành vi vi phạm về giá. Xem [http://en.ndrc.gov.cn/mfod/201207/t20120719\\_492595.html](http://en.ndrc.gov.cn/mfod/201207/t20120719_492595.html)

chống độc quyền và cạnh tranh không lành mạnh để thực thi các nhiệm vụ về quản lý cạnh tranh<sup>34</sup>. Khác MOFCOM, NDRC và SAIC có thể phân cấp một phần nhiệm vụ về quản lý cạnh tranh của mình cho cơ quan cấp tỉnh.

Như vậy, cơ quan quản lý cạnh tranh ở Trung Quốc được tổ chức theo mô hình phân tán, các nhiệm vụ khác nhau được giao cho các cơ quan khác nhau thực hiện trên cơ sở mối liên hệ với chức năng, nhiệm vụ mà cơ quan đó đang đảm nhận. Mỗi cơ quan, ngoài trách nhiệm tham gia xây dựng và thực thi pháp luật cạnh tranh, còn thực thi hoạt động quản lý nhà nước trong những lĩnh vực kinh tế khác. Cụ thể, MOFCOM được giao thực hiện nhiệm vụ quản lý đối với 16 lĩnh vực<sup>35</sup>, NDRC được giao 14 lĩnh vực<sup>36</sup> và SAIC cũng được giao 14 lĩnh vực<sup>37</sup>. Thực thi pháp luật cạnh tranh chỉ chiếm một phần trong thẩm quyền tương đối rộng của các cơ quan này. Trong ba cơ quan, MOFCOM đóng vai trò chủ đạo trong xây dựng và thực thi pháp luật cạnh tranh.

Điểm ưu việt của mô hình phân tán này là việc thực thi Luật Chống độc quyền không tạo ra những thay đổi lớn về mặt tổ chức. Việc giao bổ sung nhiệm vụ bảo vệ cạnh tranh liên quan đến công việc cơ quan đó đang đảm nhiệm cho phép phát huy chuyên môn và kinh nghiệm, thẩm quyền cũng như các mối quan hệ công tác sẵn có, từ đó đảm bảo khả năng tác động. Đồng thời, ba cơ quan được giao nhiệm vụ cùng thực thi một đạo luật tạo cơ sở cần thiết để liên kết và phối hợp, cho phép tận dụng được thế mạnh của các cơ quan và từ đó thúc đẩy việc thực thi Luật Chống độc quyền trên thực tế.

Tuy nhiên, tính rủi ro của mô hình phân tán này là các nhiệm vụ liên quan đến quản lý cạnh tranh có thể bị xao lãng nếu nguồn lực (kinh phí, thời gian và con người) được ưu tiên cho các nhiệm vụ khác. Việc thực thi pháp luật giữa các cơ quan có thể không đồng bộ do năng lực chuyên môn, quan điểm và mối quan tâm của các cơ quan có thể không đồng nhất.

Tuy nhiên, điểm khác biệt cơ bản giữa mô hình tổ chức cơ quan quản lý cạnh tranh ở Trung Quốc với mô hình cơ quan quản lý cạnh tranh ở hai quốc gia Hoa Kỳ và Nhật Bản không phải là tính phân tán mà là vị trí của nó trong bộ máy nhà nước. Cả ba cơ quan được giao thực thi pháp luật cạnh tranh đều là những cơ quan trực thuộc Quốc vụ viện, tức là không có vị trí độc lập. Do vậy, việc thi hành pháp luật cạnh tranh phụ thuộc vào ý chí chính trị và quyết tâm hành động của Chính phủ trong vấn đề bảo vệ cạnh tranh cũng như quan điểm của Chính phủ trong trường hợp có xung đột giữa chính sách cạnh tranh với yêu cầu bảo vệ một số ngành công nghiệp hoặc chính sách đối với các doanh nghiệp thuộc khu vực nhà nước.

Cách thức tổ chức cơ quan quản lý cạnh tranh ở Trung Quốc đã có tác động mạnh mẽ đến thực tế thực thi Luật Chống độc quyền ở quốc gia này. Điều này trước hết thể hiện ở việc thực thi Luật không đồng đều giữa các lĩnh vực. Trong khoảng 5 năm đầu sau khi Luật Chống độc quyền mới được ban hành, các hoạt động thực thi luật chủ yếu là đối với các hoạt động tập trung kinh tế do MOFCOM thực hiện. Theo tổng kết, chỉ đến hết quý 2 năm 2015, MOFCOM đã xem xét 1.143 hồ sơ tập trung kinh tế, và điều tra nhiều trường hợp vi phạm nghĩa vụ

34 Cục này có trách nhiệm đề xuất các biện pháp cụ thể để chống độc quyền và cạnh tranh không lành mạnh, thi hành pháp luật về chống độc quyền, điều tra các vụ việc cạnh tranh không lành mạnh, buôn lậu, hối lộ trong kinh doanh và các vi phạm pháp luật khác trong lĩnh vực kinh tế và giám sát việc xử lý các trường hợp vi phạm lớn và/hoặc nghiêm trọng. Xem <http://www.saic.gov.cn/english/aboutus/Departments/index.html>

35 <http://english.mofcom.gov.cn/column/mission2010.shtml>

36 <http://en.ndrc.gov.cn/mfndrc/>

37 <http://www.saic.gov.cn/english/aboutus/Mission/index.html>.

thông báo tập trung kinh tế<sup>38</sup>. Riêng trong năm 2016, MOFCOM tiếp nhận 378 hồ sơ, xem xét 360 hồ sơ và kết thúc 395 hồ sơ (tính cả các hồ sơ tiếp nhận từ những năm trước). Trên thực tế, MOFCOM đang được coi là một trong những cơ quan kiểm soát tập trung kinh tế có quyền lực hàng đầu trên thế giới, bên cạnh các cơ quan kiểm soát tập trung kinh tế của Hoa Kỳ và Liên minh châu Âu<sup>39</sup>. Trong khi đó, trong những năm đầu, có rất ít các vụ việc kiểm soát các hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh được NDRC và SAIC thực hiện. Chỉ từ năm 2013, các cơ quan này mới bắt đầu có những hành động tích cực để thi hành Luật Chống độc quyền<sup>40</sup>. Từ năm 2013 đến 2015, NDRC đã xử lý nhiều vụ việc về cạnh tranh với tổng số tiền phạt lên đến trên 100 triệu nhân dân tệ. Đáng chú ý nhất trong số đó là trường hợp của Công ty Qualcomm bị tuyên bố là lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường thiết bị phát tín hiệu truyền thông không dây và bị áp dụng mức phạt 8% tổng doanh thu. SAIC là cơ quan có số lượng vụ việc xử lý khiêm tốn nhất so với MOFCOM và NDRC. Tính đến tháng 10 năm 2015, SAIC đã điều tra khoảng 43 trường hợp và trong đó có khoảng 20 vụ việc đã được công khai kết quả trên website của cơ quan này. Trong năm 2016, cả NDRC và SAIC đều gây được sự chú ý của công luận khi xử lý các vụ việc liên quan đến Medtronic, SAIC General Motor và Teltra Pak<sup>41</sup>.

Điều đáng chú ý là, mặc dù Luật Chống độc quyền Trung Quốc không loại trừ doanh nghiệp nhà nước, nhưng trong các đối tượng được kiểm soát bởi MOFCOM, NDRC và SAIC hầu như vắng bóng các doanh nghiệp nhà nước. Các vụ việc tập trung bị MOFCOM áp đặt điều kiện bổ sung hoặc cấm đầu tư nước ngoài hoặc là các vụ việc được thực hiện ngoài lãnh thổ Trung Quốc<sup>42</sup>. Điều này trái ngược với một thực tế là trong giai đoạn cơ cấu lại doanh nghiệp nhà nước, rất nhiều các doanh nghiệp nhà nước đã thực hiện tập trung kinh tế với giá trị giao dịch rất lớn, đặc biệt là trong các lĩnh vực hàng không và viễn thông<sup>43</sup>. Trong các lĩnh vực khác, ngay từ cuối năm 2011, NDRC đã công bố trên truyền hình quốc gia sẽ điều tra China Telecom và China Unicom là hai doanh nghiệp nhà nước lớn trong lĩnh vực viễn thông do bị nghi ngờ có hành vi chèn ép đối thủ cạnh tranh trên thị trường băng thông rộng. Tuy nhiên, chỉ một tháng sau, China Telecom và China Unicom đã tuyên bố một chương trình cải cách và đề nghị NDRC ngừng điều tra. NDRC sau đó chỉ thông tin rằng, họ vẫn tiếp tục giám sát hai nhà mạng không lồ này, tuy nhiên không có hành động nào thực sự cụ thể<sup>44</sup>. Những sự việc này làm dấy lên nghi ngờ về sự can thiệp về mặt chính trị trong thực thi Luật Chống độc quyền của Trung Quốc, đặc biệt là khi các cơ quan quản lý cạnh tranh là những cơ quan thuộc chính phủ.

38 China's Antimonopoly Law: The Story So Far and What's next? (September 2015) Freshfields Bruckhaus Deringer LLP <file://ad.monash.edu/home/User066/thitran/Documents/My%20project/5.China%20material/China%20AML/CN%20AML%20-%20The%20story%20so%20far%20and%20what's%20next.pdf>.

39 Fei Deng và Yizhe Zhang, Bài phỏng vấn Shang Ming, Cục trưởng Cục Chống độc quyền thuộc Bộ Thương mại Trung Quốc, tháng 4/2014. <[http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust\\_source/apr14\\_shang\\_intv\\_w\\_4\\_8f.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/apr14_shang_intv_w_4_8f.authcheckdam.pdf)>.

40 Editorial Board, China's Anti-Monopoly Law: No Longer Just Merger Control? (1 August 2013) Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP <<http://blogs.orrick.com/antitrust/2013/08/01/chinas-anti-monopoly-law-no-longer-just-merger-control/>>.

41 Xem Davis Polk, China Antitrust Review 2016, tại [https://www.davispolk.com/files/2017-01-25\\_china\\_antitrust\\_review\\_2016.pdf](https://www.davispolk.com/files/2017-01-25_china_antitrust_review_2016.pdf)

42 Trong lĩnh vực cạnh tranh, cơ quan cạnh tranh của một quốc gia có thể thực thi quyền tài phán đối với doanh nghiệp có quốc tịch nước ngoài và hành vi được thực hiện ở nước ngoài với điều kiện doanh nghiệp có hiện diện thương mại đáng kể trên lãnh thổ của quốc gia đó.

43 Xem Wentong Zheng, 'Transplanting Antitrust in China: Economic Transition, Market Structure, and State Control' (2011) 32(2) University of Pennsylvania Journal of International Law tr. 643.

44 Xem Xiaoye Wang, 'The Implementation of China's Anti-Monopoly Law- Achievements and Challenges' (Bài trình bày tại Hội thảo về kinh tế học và cạnh tranh thường niên lần thứ 13, Đại học Nam Úc, Adelaide, 23-24/10/2015).



#### 4. Một số nhận định từ mô hình cơ quan quản lý cạnh tranh ở ba quốc gia và những gợi ý cho Việt Nam

Từ mô hình cơ quan quản lý cạnh tranh ở ba quốc gia Hoa Kỳ, Nhật Bản và Trung Quốc, có thể rút ra những nhận định sau đây:

*Thứ nhất*, khi pháp luật cạnh tranh của các quốc gia được xây dựng với những nội dung cơ bản tương tự nhau thì chính cơ quan quản lý cạnh tranh sẽ là yếu tố quyết định tính hiệu lực và hiệu quả trong việc bảo vệ thị trường cạnh tranh ở các quốc gia.

*Thứ hai*, các quốc gia có lựa chọn khác nhau về mô hình cơ quan quản lý cạnh tranh: tập trung hoặc phân tán, độc lập với chính phủ hoặc thuộc chính phủ. Nếu như sự lựa chọn mô hình tập trung hay phân tán nghiêng nhiều hơn về khía cạnh kỹ thuật thì việc lựa chọn mô hình độc lập hoặc trực thuộc chính phủ có mối liên hệ chặt chẽ với cơ cấu tổ chức bộ máy nhà nước và quan điểm về cạnh tranh của mỗi quốc gia.

*Thứ ba*, mô hình cơ quan quản lý cạnh tranh độc lập tỏ ra có hiệu quả cao hơn trong việc thực hiện bảo vệ tính cạnh tranh của nền kinh tế. Đối với cơ quan cạnh tranh thuộc chính phủ, việc thực hiện mục tiêu bảo vệ cạnh tranh sẽ được cân nhắc trong mối liên hệ với các lợi ích kinh tế khác và không phải lúc nào mục tiêu bảo vệ cạnh tranh cũng được ưu tiên.

*Thứ tư*, ngay cả khi cơ quan cạnh tranh có tính độc lập thì việc có sự ủng hộ về mặt chính trị vẫn là hết sức quan trọng để cơ quan cạnh tranh có thể thực sự phát huy được vai trò của mình.

Ở Việt Nam, cơ quan quản lý cạnh tranh là Cục Quản lý cạnh tranh trực thuộc Bộ Công thương, được thành lập theo Luật Cạnh tranh năm 2004, tức là có mô hình tương tự như cơ quan quản lý cạnh tranh của

Trung Quốc. Tuy nhiên, khác với mô hình cơ quan quản lý cạnh tranh của Trung Quốc, ở Việt Nam, các thủ tục tố tụng cạnh tranh được thực hiện bởi Hội đồng Cạnh tranh do Thủ tướng Chính phủ thành lập, thể hiện một phần ảnh hưởng của mô hình FTC ở Hoa Kỳ và JFTC ở Nhật Bản. Mặc dù có sự ảnh hưởng này nhưng Hội đồng Cạnh tranh của Việt Nam không hoàn toàn giống với cơ quan quản lý cạnh tranh ở Nhật Bản và Hoa Kỳ, bởi các thành viên của Hội đồng thực chất là đại diện của các bộ ngành và làm việc bán chuyên trách, và bộ máy thường trực của Hội đồng lại chính là Cục Quản lý cạnh tranh. Với mô hình này, trong hơn 10 năm thực thi Luật Cạnh tranh, cơ quan quản lý cạnh tranh của Việt Nam không tạo ra được nhiều tiếng vang trong thực thi pháp luật về cạnh tranh. Các hoạt động chủ yếu mà cơ quan này tiến hành là xây dựng các văn bản, tài liệu hướng dẫn và tuyên truyền, phổ biến, nâng cao nhận thức về pháp luật cạnh tranh. Số lượng vụ việc thực tế được xử lý rất ít ỏi<sup>45</sup>. Với thực tế như trên, việc hoàn thiện tổ chức nhằm nâng cao vai trò của cơ quan quản lý cạnh tranh của Việt Nam là một yêu cầu hết sức quan trọng trong quá trình sửa đổi Luật Cạnh tranh.

Hiện nay, còn nhiều ý kiến xung quanh việc tổ chức một cơ quan cạnh tranh độc lập hay trực thuộc Chính phủ. Về vấn đề này, chúng tôi cho rằng, ngay từ khi thành lập cơ quan quản lý cạnh tranh theo Luật Cạnh tranh năm 2004, ý tưởng về một cơ quan quản lý cạnh tranh độc lập đã được manh nha hình thành trong mô hình Hội đồng Cạnh tranh tiến hành các thủ tục tố tụng cạnh tranh. Với tiền đề này, việc hoàn thiện mô hình cơ quan quản lý cạnh tranh của Việt Nam có thể đi từ việc khắc phục các điểm yếu của Hội đồng Cạnh tranh là tính kiêm nhiệm và tính phụ thuộc với các Bộ ngành. Thành viên Hội đồng Cạnh tranh bắt buộc phải là những người có chuyên môn sâu và trong nhiệm kỳ

45 Xem Phùng Văn Thành, Tình hình thực thi Luật Cạnh tranh năm 2004 - Những hạn chế, bất cập và định hướng sửa đổi, hoàn thiện; Đặc san Thông tin Khoa học pháp lý, Viện Khoa học Pháp lý, số 3/2017.

phải làm việc chuyên trách, như vậy sẽ đảm bảo tính chuyên nghiệp và hoạt động thường xuyên của Hội đồng. Vấn đề tách cơ quan cạnh tranh khỏi nội các như Hoa Kỳ và Nhật Bản có thể không phù hợp ở Việt Nam bởi cũng giống như Trung Quốc, tính thống nhất trong tổ chức bộ máy nhà nước Việt Nam được đảm bảo bởi sự lãnh đạo thống nhất của một đảng cầm quyền. Giữa các cơ quan nhà nước không đặt ra sự đối chọi về quyền lực. Do vậy, thiết lập một cơ quan có vị trí pháp lý ngang bằng với các Bộ để xử lý các hành vi phạm cạnh tranh là phù hợp. Hơn

nữa, như đã phân tích trên, việc thực thi có hiệu quả pháp luật cạnh tranh đòi hỏi sự hỗ trợ rất lớn về mặt chính trị. Việc đặt cơ quan quản lý cạnh tranh dưới sự chỉ đạo của Thủ tướng và độc lập với các bộ, ngành vừa cho phép cơ quan quản lý cạnh tranh có cái nhìn độc lập trong việc theo đuổi các mục tiêu về bảo vệ cạnh tranh, vừa có thể phát huy vai trò của Thủ tướng với tư cách là người đứng đầu cơ quan điều hành nền kinh tế và có thể cân đối lợi ích bảo vệ cạnh tranh với các lợi ích phát triển kinh tế chung của Việt Nam■

### TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Luật về Ủy ban thương mại Hoa Kỳ năm 1914
2. Luật Chống độc quyền Nhật Bản năm 1947.
3. Luật Chống độc quyền Trung Quốc năm 2007
4. Todd N Hutchison, Understanding the Differences Between the DOJ and the FTC, American Bar Association.
5. Theodore Voorhees Jr, 'The Political Hand in American Antitrust- Invisible, Inspirational, or Imaginary?' (2014) 2 Antitrust Law Journal
6. William E Kovacic, 'The Quality of Appointments and the Capability of the Federal Trade Commission' (1997) 49 Administrative Law Review
7. Paul R Verkuil, 'The Purposes and Limits of Independent Agencies' (1988) 1988(2-3) Duke Law Journal
8. James J Gosling và Marc Allen Eisner, Economics, Politics, and American Public Policy (Routledge, 2 ed, 2015)
9. Tran Thi Quang Hong, The Trajectory of Merger Regulation in Transforming Vietnam, (Monash University 2016)
10. Mel Marquis và Shingo Seryo, 'The 2013 Amendments to Japan's Anti-Monopoly Act: Some History and a Preliminary Evaluation' (2014) *Competition Policy International-Asia Antitrust Forum*.
11. Masako Wakui, Antimonopoly Law: Competition Law and Policy in Japan (2008)
12. Harry First, 'Antitrust Enforcement in Japan'
13. Án lệ Humphrey's Ex'r v United States, 295 US 602 (1995) 623.
14. Edith Ramirez, Diễn văn tại lễ kỷ niệm 100 năm thành lập FTC, Washington DC, 26/9/2014
15. China's Antimonopoly Law: The Story So Far and What's next? (September 2015) Freshfields Bruckhaus Deringer LLP
16. Fei Deng và Yizhe Zhang, Bài phỏng vấn Shang Ming, Cục trưởng Cục Chống độc quyền thuộc Bộ Thương mại Trung Quốc, tháng 4/2014.
17. Phùng Văn Thành, Tình hình thực thi Luật Cạnh tranh năm 2004 - Những hạn chế, bất cập và định hướng sửa đổi, hoàn thiện (Đặc san Thông tin khoa học Pháp lý, Viện Khoa học Pháp lý, số 3/2017).
18. Xiaoye Wang, 'The Implementation of China's Anti-Monopoly Law- Achievements and Challenges' (Bài trình bày tại Hội thảo về kinh tế học và cạnh tranh thường niên lần thứ 13, Đại học Nam Úc, Adelaide, 23-24/10/2015).
19. Ban Biên tập, *China's Anti-Monopoly Law: No Longer Just Merger Control?* (1/8/2013) Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP <<http://blogs.orrick.com/antitrust/2013/08/01/chinas-anti-monopoly-law-no-longer-just-merger-control/>>
20. Masako Wakui, *Antimonopoly Law: Competition Law and Policy in Japan* (2008)
21. Wentong Zheng, 'Transplanting Antitrust in China: Economic Transition, Market Structure, and State Control' (2011) 32(2) *University of Pennsylvania Journal of International Law*.

# XÁC ĐỊNH NGƯỜI ĐẠI DIỆN CỦA PHÁP NHÂN

## TRONG TỔ TỤNG HÌNH SỰ PHÁP VÀ MỘT VÀI GỢI Ý CHO VIỆT NAM

**Nguyễn Văn Quân\***

\* TS. Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội.

### Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* trách nhiệm hình sự pháp nhân; thủ tục phá sản; người đại diện theo pháp luật; ủy quyền.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 07/11/2017

Biên tập: 26/01/2018

Duyệt bài: 01/02/2018

### Article Infomation:

*Keywords:* criminal liability of legal entity; bankruptcy procedures; legal representative; authority.

*Article History:*

Received: 07 Nov. 2017

Edited: 26 Jan. 2018

Approved: 01 Feb. 2018

### Tóm tắt:

Xác định người đại diện của pháp nhân trong tố tụng hình sự đối với pháp nhân là một trong những vấn đề quan trọng trong quá trình truy cứu trách nhiệm hình sự pháp nhân. Bài viết giới thiệu kinh nghiệm của Pháp trong vấn đề này, từ đó đưa ra một số kiến nghị cho Việt Nam trong truy cứu trách nhiệm hình sự pháp nhân.

### Abstract:

Determination of the representative of the legal entity in a criminal procedures against a the legal entity is one of the important issues in the process of prosecuting criminal liability. This article provides introduction of the France's experience, and then a number of recommendations for Vietnam in prosecuting criminal liability.

**X**ác định người đại diện của pháp nhân trong tố tụng hình sự (TTHS) đối với pháp nhân là một trong những vấn đề quan trọng trong quá trình truy cứu trách nhiệm hình sự (TNHS) pháp nhân. Bởi vì trong TTHS, xuất phát từ đặc thù của pháp nhân - là một chủ thể pháp luật được tạo thành từ các thể nhân, dẫn tới mọi hoạt động tố tụng của pháp nhân bị truy cứu TNHS phải được tiến hành thông qua một

thể nhân - người đại diện. Việc thực hiện các hoạt động tố tụng của pháp nhân thông qua người đại diện không phải là đặc thù của TTHS mà cả trong tố tụng dân sự, thương mại. Nghiên cứu thực tiễn TTHS của các quốc gia khác mang lại cho chúng ta những kinh nghiệm hữu ích.

TNHS đối với pháp nhân được áp dụng tại Pháp từ năm 1994 với Bộ luật Hình

sự (BLHS) mới ngày 22/7/1992<sup>1</sup>. Theo thống kê của Bộ Tư pháp<sup>2</sup> Pháp, trong năm 2015 có 80.600 pháp nhân liên quan đến thủ tục TTHS pháp nhân (bao gồm cả khởi tố, điều tra, truy tố, đình chỉ vụ án...) của Viện Công tố. Con số này chiếm 4,6% trong tổng số 1.8 triệu vụ việc hình sự do ngành Công tố thụ lý. Con số 80.600 pháp nhân này cũng tương đương 28% số chủ thể vi phạm pháp luật lao động, 25% số chủ thể vi phạm pháp luật tài chính và kinh tế, và 16% số vụ án về môi trường.

Điều 121-2 BLHS Cộng hòa Pháp quy định: Các pháp nhân, trừ Nhà nước, phải chịu TNHS về những tội phạm được thực hiện bởi các cơ quan hoặc người đại diện của pháp nhân và vì lợi ích của pháp nhân theo cách phân loại tại các điều từ 121-4 đến 121-7 BLHS”.

Theo Điều 706-43 Bộ luật TTHS Pháp thì “việc truy tố pháp nhân được thực hiện thông qua người đại diện theo pháp luật của pháp nhân đó vào *thời điểm bị truy tố*, người này sẽ đại diện cho pháp nhân trong mọi hoạt động tố tụng”. Trên thực tế, có thể có 03 kiểu “người” đại diện của pháp nhân: người đại diện theo pháp luật của pháp nhân, người được pháp nhân ủy quyền, người được Tòa án chỉ định thông qua ủy quyền tư pháp.

### 1. Người đại diện theo pháp luật của pháp nhân

Trên thực tế, cần phân biệt trường hợp đại diện thông thường và trường hợp pháp nhân đang tiến hành thủ tục phá sản.

#### 1.1. Trường hợp thông thường

Theo quy định tại khoản 1, Điều 706-43 Bộ luật TTHS Pháp: “Việc truy tố pháp nhân được thực hiện thông qua người đại diện theo pháp luật của pháp nhân đó vào *thời điểm bị truy tố*, người này sẽ đại diện

cho pháp nhân trong mọi hoạt động tố tụng”. Như vậy, trong luật của Pháp, vấn đề người đại diện của pháp nhân chỉ đặt ra vào thời điểm tổ chức này là đối tượng của hoạt động truy tố. Cũng có nghĩa là, không cần có người đại diện của pháp nhân trong giai đoạn điều tra của cảnh sát, dù việc triệu tập xét hỏi đại diện của pháp nhân là hoàn toàn có thể diễn ra.

Cần nhắc lại rằng, theo quy định của Điều 121-2 BLHS Pháp về người đại diện theo pháp luật của pháp nhân: “Các pháp nhân, trừ Nhà nước, phải chịu TNHS về những tội phạm được thực hiện bởi các cơ quan hoặc người đại diện của pháp nhân và vì lợi ích của pháp nhân theo cách phân loại tại các điều từ 121-4 đến 121-7 BLHS”. Trong luật hình sự Pháp, hành vi phạm tội của pháp nhân phải được thực hiện bởi một cơ quan hoặc một đại diện của pháp nhân. Do đó, có hai vấn đề đặt ra: thứ nhất, cần phải xác định ai là chủ thể cụ thể của hành vi cấu thành tội phạm được quy trách nhiệm cho pháp nhân. Thứ hai, cần xác định ai là người đủ tư cách để biểu đạt nhân danh pháp nhân bị truy cứu, đại diện và bảo vệ lợi ích của pháp nhân đó trước Tòa án.

Trong TTHS, người đại diện theo pháp luật là người mà pháp luật hoặc điều lệ của công ty trao quyền đại diện cho pháp nhân về mặt tố tụng. Về nguyên tắc, đó là những cá nhân (thể nhân) có tư cách lãnh đạo pháp nhân đó. Ví dụ: thị trường của một xã, giám đốc một trung tâm y tế, người quản lý công ty hợp danh, người quản lý công ty trách nhiệm hữu hạn, chủ tịch và tổng giám đốc của công ty cổ phần, chủ tịch một hiệp hội... Cũng có thể xem người quản lý tạm thời của một pháp nhân là người đại diện theo luật của pháp nhân này<sup>3</sup>.

Không phải luôn dễ dàng xác định

1 Xem: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>, truy cập ngày 04/12/2017.

2 Xem: La Semaine Juridique Edition Générale n° 37, 11 Septembre 2017.

3 Xem vụ việc: A. Martin-Serf, JCl. Sociétés Traité, Fasc. 41-72, n° 17.

được người đại diện theo pháp luật của pháp nhân, ví dụ như trường hợp liên quan đến một khu cảng tự trị<sup>4</sup>. Ban đầu, người đại diện của pháp nhân này là Chủ tịch Hội đồng quản trị của cảng, nhưng trong quá trình điều tra thì người đại diện theo luật lại là Tổng giám đốc của cảng, căn cứ theo quy định tại Điều 113-8 Bộ luật về Cảng biển.

- *Xác định người đại diện của pháp nhân*: Một công ty nước ngoài có văn phòng đại diện tại Pháp, bị truy cứu về tội gian lận thuế và rửa tiền. Vì giám đốc văn phòng đại diện của công ty này không phải là người đại diện theo luật theo quy định tại Điều 706-43 của Bộ luật TTHS, nên để loại trừ trường hợp vô hiệu của việc truy tố này, Tòa án lập luận rằng, Sở bộ Đăng ký kinh doanh và doanh nghiệp (Registre du commerce et des sociétés<sup>5</sup>) ghi rõ người này là lãnh đạo của pháp nhân nước ngoài nói trên, và chính người này cũng thừa nhận mình là người đại diện của công ty tại Pháp<sup>6</sup>.

- *Trường hợp có nhiều người cùng là đại diện theo pháp luật*: Trong khi quy định của luật chỉ dự liệu tình huống pháp nhân có một đại diện hợp pháp, thì trong thực tế có thể xảy ra trường hợp pháp nhân có nhiều người lãnh đạo và do đó có nhiều đại diện hợp pháp. Trường hợp này thường gặp ở các công ty cổ phần (Điều L. 221-3 Bộ luật Thương mại Pháp), công ty trách nhiệm hữu hạn (Điều L. 223-18 Bộ luật Thương mại Pháp). Trong những trường hợp này, vấn đề đặt ra là xác định người đại diện theo luật của một pháp nhân có nhiều người cùng lãnh đạo.

Lý do đặt ra vấn đề “đại diện” của pháp nhân nằm ở sự cần thiết để cho pháp

nhân, thông qua một thể nhân, có thể thể hiện ý chí của mình và đưa ra các giải thích liên quan đến hành vi phạm tội và liên quan đến trách nhiệm có thể phát sinh từ hành vi đó. Do đó, Tòa án chỉ cần triệu tập một trong số những người đại diện theo luật của pháp nhân, hoạt động tố tụng không cần tiến hành với tất cả các đại diện theo pháp luật của pháp nhân bị truy tố.

Đây là quan điểm trong một phán quyết của Tòa án (Phán quyết của Tòa Phúc thẩm Amiens, ngày 29/9/2010) trong vụ án liên quan đến một hợp tác xã. Tòa án triệu tập một trong số những người quản lý của cơ sở này ra tòa. Hợp tác xã này cho rằng, thủ tụng tố tụng vô hiệu vì cần phải triệu tập những người quản lý khác, nhưng tòa phúc thẩm đã bác bỏ lập luận trên và cho rằng, người quản lý bị Tòa triệu tập kia đã nhận mình có tư cách đại diện theo pháp luật trong suốt quá trình điều tra, và ông này là người đại diện hợp lệ của pháp nhân kia, và điều này không ảnh hưởng đến lợi ích của pháp nhân bị truy tố.

- *Người đại diện hợp pháp tại thời điểm pháp nhân bị truy tố*

Điều 706-43 của Bộ luật TTHS Pháp quy định người đại diện theo pháp luật đại diện cho pháp nhân trước Tòa án là người có tư cách đại diện theo pháp luật tại thời điểm truy tố. Trong thực tế, người đại diện theo pháp luật tại thời điểm truy tố có thể khác người đại diện vào thời điểm diễn ra hành vi phạm tội. Ngoài ra, việc truy tố bắt đầu vào một thời điểm cụ thể, nhưng sau đó hoạt động tố tụng có thể diễn ra trong một giai đoạn nhất định, và trong thời gian đó có thể có những thay đổi về mặt lãnh đạo của

4 CA Douai, 18 sept. 2007, n° 06/04244 : JurisData n° 2007-345782.

5 Sở Đăng ký kinh doanh và doanh nghiệp ở Pháp do Phòng Lục sự Tòa Thương mại sơ thẩm hoặc Tòa Sơ thẩm thẩm quyền rộng lập và lưu giữ, trong đó ghi thông tin đăng ký kinh doanh của các doanh nghiệp, cá nhân nằm trong phạm vi quản hạt của Tòa.

6 Phán quyết ngày 24/9/2014 của Tòa Pháp án Pháp. Cass. crim., 24 sept. 2014, n° 14-82.684. Xem: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000029508885&fastReqId=527074925&fastPos=1>, truy cập ngày 04/12/2017.

pháp nhân. Khoản 4 Điều 706-43, Bộ luật TTHS Pháp 1992 đã dự liệu trường hợp này, khi quy định rằng, trong trường hợp thay đổi người đại diện theo pháp luật trong quá trình tố tụng, người đó phải thông báo cho Tòa án thông tin cá nhân của mình bằng thư bảo đảm. Chúng ta có thể suy luận rằng, nếu không thông báo cho Tòa án đúng quy cách về sự thay đổi người đại diện, mọi hoạt động tố tụng do người đại diện mới thực hiện sẽ vô hiệu.

### 1.2. Trường hợp pháp nhân đang tiến hành thủ tục phá sản

Việc xác định người đại diện của pháp nhân đang tiến hành thủ tục phá sản là vấn đề gây tranh cãi trong giới luật học cũng như thực tiễn xét xử của các Tòa án tại Pháp. Một số phán quyết của các Tòa án đi theo hướng xem người quản lý, thanh lý tài sản<sup>7</sup> là đại diện của pháp nhân đang tiến hành thủ tục phá sản<sup>8</sup>; một số bản án lại cho rằng người quản lý, thanh lý tài sản chỉ là đại diện của các chủ nợ chứ không phải là đại diện của công ty<sup>9</sup>, nên không thể là đại diện theo pháp luật của công ty trước Tòa án và trường hợp này cần phải có một người đại diện do Tòa án chỉ định (Ủy quyền tư pháp), căn cứ theo khoản 4, Điều 706-43 Bộ luật TTHS. Tòa Phá án Pháp (Cour de cassation - cơ quan xét xử cao nhất của Pháp) thiên về lựa chọn này trong phán quyết ngày 10/02/2010, khi cho rằng, căn cứ vào Điều L.622-9 của Bộ luật Thương mại thì “Người quản lý, thanh lý tài sản do Tòa Thương mại chỉ định khi tiến hành thủ tục phá sản doanh nghiệp chỉ đại diện cho con nợ (pháp nhân) trong các hoạt động liên quan đến tài sản. Trong vụ việc liên quan đến một công ty<sup>10</sup> đang tiến

hành thủ tục phá sản và do một người quản lý, thanh lý tài sản đại diện, công ty này bị truy tố về tội vô ý giết người, Tòa Phúc thẩm cho rằng, người quản lý, thanh lý tài sản có đủ tư cách để đại diện cho pháp nhân. Nhưng Tòa Phá án lại bác bỏ quan điểm này và cho rằng, khi thủ tục tố tụng chống lại một pháp nhân đang tiến hành thủ tục phá sản, thì Tòa án phải chỉ định một người đại diện để thay mặt pháp nhân đó.

### 2. Pháp nhân được đại diện bởi một cá nhân được ủy quyền

Theo quy định của khoản 2 Điều 796-43 Bộ luật TTHS thì “pháp nhân cũng có thể được đại diện bởi bất kỳ người nào được ủy quyền cho việc này, theo quy định của pháp luật hay điều lệ của pháp nhân”. Khoản 3 Điều 796-43 quy định rằng, người đại diện theo ủy quyền này phải thông báo cho Tòa án thụ lý vụ việc về việc mình được ủy quyền. Như vậy, một người khác có thể được ủy quyền để đại diện cho pháp nhân trước Tòa án. Vấn đề đặt ra là những ai có thể đại diện theo ủy quyền.

Khoản 2 Điều 796-43 quy định rằng, việc đại diện cho pháp nhân phải được thực hiện phù hợp với quy định của luật hoặc quy chế của pháp nhân.

Như vậy, khái niệm ủy quyền dẫn chiếu tới tổ chức nội bộ của pháp nhân. Từ đây, có thể suy ra rằng, người đại diện theo dạng ủy quyền có thể là thành viên của tổ chức này được ủy nhiệm đại diện cho tổ chức trong suốt quá trình tố tụng. Đó có thể là người đứng đầu chi nhánh được ủy quyền bởi chủ tịch điều hành, giám đốc nhân sự, giám đốc khu vực của doanh nghiệp. Về cơ bản thì mọi nhân viên của pháp nhân đều có

7 Tương đương “**Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản**” trong pháp luật Việt Nam

8 Phán quyết của Tòa Phúc thẩm Paris ngày 13/9/1999. Nguồn: CA Paris, 13 sept. 1999, n° 1998/1268 : JurisData n° 1999-024810.

9 Phán quyết của Tòa Phúc thẩm Douai, ngày 04/4/2006. Nguồn: CA Douai, 4 avr. 2006, n° 05/00846 : JurisData n° 2006-307264.

10 **Cour de cassation, Chambre criminelle**, 10 févr. 2010.

Xem: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000021883393> truy cập ngày 07/11/2017.

thể là đại diện theo ủy quyền trước pháp luật nếu có một ủy quyền cho việc này.

Trường hợp ủy quyền cho luật sư: Liệu những người không phải là thành viên của pháp nhân có thể đại diện cho chủ thể này trong TTHS? Ví dụ như trường hợp của luật sư. Đây là vấn đề gây tranh cãi. Trong Thông tư ngày 14/05/1993<sup>11</sup>, các nhà làm luật không cấm bất kỳ chủ thể nào làm đại diện cho pháp nhân, có nghĩa là luật sư có thể làm người đại diện của pháp nhân trong tố tụng. Nhưng một số người khác không tán thành quan điểm này và lập luận một cách thuyết phục rằng, Điều 706-43 của Bộ luật TTHS chỉ dự liệu về đại diện do luật định hoặc do quy chế của pháp nhân quy định mà không quy định về đại diện theo hợp đồng (thỏa thuận). Ấn lệ thiếu rõ ràng ở điểm này, vì khi đọc một số phán quyết khiến người ta nghĩ rằng luật sư có thể đại diện cho pháp nhân (ví dụ: Tòa Phúc thẩm Paris, ngày 15/1/2001, Tòa Phúc thẩm Poitiers, 19/6/2003)<sup>12</sup>.

Tuy nhiên, cần phân biệt việc đại diện cho pháp nhân trong khuôn khổ truy cứu pháp nhân và đại diện cho pháp nhân về mặt tranh tụng trước tòa (bảo vệ quyền lợi). Hình thức đại diện trong tiến trình tố tụng chỉ có thể được đảm trách bởi một thành viên của pháp nhân, bởi vì luật sư chỉ là người đại diện cho pháp nhân với tư cách là người bào chữa, chứ không thể nhân danh pháp nhân trong mọi vấn đề, cũng như không thể trình bày trước Tòa mọi vấn đề.

### 3. Trường hợp cơ quan tố tụng chỉ định người đại diện (ủy quyền tư pháp)

Điều 706-43 của Bộ luật TTHS dự liệu hai trường hợp mà pháp nhân có thể được đại diện bởi một chủ thể do cơ quan tố tụng

chỉ định. Trường hợp thứ nhất là khi không ai có đủ tư cách để đại diện cho pháp nhân, trường hợp thứ hai là khi người đại diện theo luật của pháp nhân cùng bị truy tố bởi cùng một vụ việc.

#### 3.1 Trường hợp không có người đại diện theo pháp luật

Theo Điều 706-43 của Bộ luật TTHS 1992 thì việc cơ quan tố tụng chỉ định một đại diện của pháp nhân tham gia tố tụng là trường hợp hi hữu. Đó là trường hợp đặc biệt khi không có người đại diện theo luật nào có thể đại diện và cũng không thể chỉ định được một cá nhân nào theo diện đại diện theo ủy quyền. Ví dụ như trường hợp người đại diện theo luật bị chết hoặc bỏ trốn.

Tuy nhiên, ngay cả trong những trường hợp này, có thể hiểu rằng, việc thiếu người đại diện theo pháp luật chỉ là tạm thời. Vì pháp nhân có những cơ chế nội bộ để chỉ định một người thực hiện vai trò đại diện cho pháp nhân trong tố tụng. Nói cách khác, khó khăn chỉ có thể nảy sinh nếu vào thời điểm đích xác khi tiến hành truy cứu TNHS, không còn đại diện nào có thể thay mặt pháp nhân. Ngược lại, nếu người đại diện theo pháp luật trốn tránh nghĩa vụ của mình bằng cách từ chối, ví dụ từ chối tới làm việc theo triệu tập của thẩm phán điều tra hoặc Tòa án thì không được xem là trường hợp không có cá nhân nào đủ tư cách đại diện cho pháp nhân. Và trong trường hợp này, Tòa án không thể chỉ định người khác thay thế.

Thủ tục chỉ định phải được thực hiện thông qua Quyết định của Chánh án Tòa sơ thẩm quyền rộng<sup>13</sup> (TGI) dựa theo đề nghị của bên Công tố, của Thẩm phán điều tra hay của nguyên đơn dân sự.

11 Xem: Circulaire du 14 mai 1993 présentant les dispositions du nouveau code penal et de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à son entrée en vigueur.

12 Xem: CA Poitiers, 19 juin 2003, n° 03/00202, JurisData n° 2003-224459.

13 Ở Pháp, Tòa Sơ thẩm thẩm quyền rộng có thẩm quyền chuyên biệt theo thủ tục sơ thẩm đối với một số loại việc như ly hôn, xác định cha, mẹ cho con, kiện về chiếm hữu, kiện về sở hữu bất động sản... và các vụ việc có giá trị trên 10.000 euros. Đối với các vụ việc hình sự, Tòa án này có một hoặc nhiều tòa tiểu hình có thẩm quyền xét xử tội ít nghiêm trọng.

Vai trò của người đại diện là đại diện cho pháp nhân trong khuôn khổ TTHS liên quan đến pháp nhân đó. Có nghĩa là nhiệm vụ của người này vẫn tiếp tục cho đến khi hoàn thành thủ tục này, trừ khi pháp nhân chỉ định một chủ thể khác mới đủ tư cách đại diện trước pháp luật. Nhưng trường hợp này phải do Chánh án Tòa án thẩm quyền rộng ra quyết định.

### **3.2. Trường hợp pháp nhân và người đại diện cùng bị truy cứu về cùng một vụ việc**

Điều 706-43 Bộ luật TTHS của Pháp quy định: Trong trường hợp truy tố pháp nhân và người đại diện theo pháp luật của pháp nhân về cùng một hành vi, thì người đại diện theo pháp luật này có thể yêu cầu Chánh án Tòa án chỉ định một người đại diện khác (ủy quyền tư pháp).

## **4. Một số gợi ý cho Việt Nam**

BLHS năm 2015 và Bộ luật TTHS năm 2015 có hiệu lực kể từ ngày 01/01/2018. Một trong những vấn đề mới nảy sinh trong các Bộ luật này là việc truy cứu TNHS đối với pháp nhân thương mại. Từ việc nghiên cứu bước đầu kinh nghiệm của Cộng hòa Pháp - quốc gia giàu thực tiễn pháp lý trong lĩnh vực này - chúng tôi nêu một số gợi ý khi thi hành BLHS năm 2015 và Bộ luật TTHS năm 2015 của Việt Nam.

*Thứ nhất, xác định thời điểm người đại diện theo pháp luật của pháp nhân phải tham gia tố tụng:* Cũng như pháp luật hình sự Cộng hòa Pháp, việc truy cứu TNHS pháp nhân trong pháp luật Việt Nam cũng được thực hiện thông qua người đại diện theo pháp luật của pháp nhân đó (Điều 434 Bộ luật TTHS năm 2015), nhưng Bộ luật TTHS năm 2015 quy định: pháp nhân phải cử và bảo đảm cho người đại diện theo pháp luật của mình tham gia đầy đủ các hoạt động khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án theo yêu cầu của cơ quan, người có thẩm quyền (khoản 1 Điều 434). Tuy nhiên, trong thực tiễn, người đại diện vào thời điểm pháp nhân có hành vi phạm tội, bị khởi tố, điều tra, truy

tố, xét xử, thi hành án có thể là những người khác nhau. Việc xác định rõ người đại diện vào một thời điểm cụ thể của quá trình tố tụng như pháp luật hình sự của Pháp sẽ hợp lý hơn, để tránh trường hợp người đại diện theo pháp luật của pháp nhân từ chối tham gia tố tụng vì lý do luật quy định không rõ ràng. Thực tế, việc phải tham gia tố tụng ảnh hưởng trực tiếp đến cuộc sống cá nhân và công việc của người này, nên việc người này tìm lý do để từ chối tham gia tố tụng là điều dễ hiểu.

*Thứ hai, trường hợp có nhiều người cùng là đại diện theo pháp luật:* Khoản 2 Điều 13 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định: công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần có thể có một hoặc nhiều người đại diện theo pháp luật. Điều lệ công ty quy định cụ thể số lượng, chức danh quản lý và quyền, nghĩa vụ của người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp. Như vậy, trong pháp luật Việt Nam, pháp nhân thương mại có thể có nhiều người đại diện theo pháp luật. Bộ luật TTHS năm 2015 đã dự liệu trường hợp pháp nhân có nhiều người cùng là đại diện theo pháp luật thì “cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng chỉ định một người đại diện cho pháp nhân tham gia tố tụng” (khoản 1 Điều 434 Bộ luật TTHS). Đây là quy định phù hợp với Luật Doanh nghiệp năm 2014.

Tuy nhiên, theo chúng tôi, cần quy định cụ thể hơn là “cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng chỉ định một trong số các đại diện theo pháp luật của pháp nhân tham gia tố tụng”. Vì quy định như hiện tại ở Khoản 1 Điều 434 Bộ luật TTHS có thể gây hiểu nhầm rằng, cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng chỉ định một người bất kỳ làm đại diện cho pháp nhân tham gia tố tụng. Việc tham gia tố tụng với tư cách là đại diện của pháp nhân ảnh hưởng trực tiếp đến quyền và nghĩa vụ của người liên quan, nên cần có quy định cụ thể và rõ ràng về trường hợp này.

(Xem tiếp trang 128)



## ĐỊNH HƯỚNG CHỦ ĐỀ VIẾT BÀI ĐĂNG TẢI TRÊN TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP NĂM 2018

### 1. Chuyên mục Nhà nước và pháp luật

Năm 2018, là năm thứ ba của nhiệm kỳ Quốc hội khóa XIV, cũng là năm bản lề trong việc thực hiện Kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội giai đoạn 2016 – 2020, có rất nhiều nhiệm vụ quan trọng đặt ra đối với Quốc hội nước ta. Vì vậy, bên cạnh các đề tài truyền thống, trong năm 2018 Tạp chí sẽ chú trọng đăng tải các bài viết về đổi mới tổ chức hoạt động của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội và đại biểu Quốc hội theo định hướng xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của Nhân dân, do Nhân dân và vì Nhân dân. Trong đó, đặt trọng tâm vào các bài viết liên quan đến hoạt động của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội, các cơ quan của Ủy ban thường vụ Quốc hội và đại biểu Quốc hội.

Tạp chí hoan nghênh các bài viết về tổ chức và hoạt động của các cơ quan nhà nước thực hiện quyền hành pháp, quyền tư pháp.

Tạp chí tiếp tục đăng tải các bài viết bình luận về Hiến pháp năm 2013 nhằm giới thiệu, tuyên truyền những giá trị tiến bộ của bản Hiến pháp; các bài viết cụ thể hóa các Nghị quyết của Đảng, hoàn thiện hệ thống pháp luật về thể chế kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, bảo đảm quốc phòng, an ninh, trật tự, an toàn xã hội, quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân, phòng, chống vi phạm pháp luật, tham nhũng, lãng phí, đáp ứng yêu cầu phát triển bền vững của đất nước, phục vụ lợi ích của Nhân dân; các bài viết về cải cách tư pháp, cải cách hành chính; về vấn đề xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật.

### 2. Chuyên mục Bàn về dự án luật

Trong năm 2018, Tạp chí sẽ chú trọng đăng tải các bài nghiên cứu, góp ý liên quan đến nội dung các dự án luật quan trọng được dự kiến trong Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh năm 2018 của Quốc hội như: Dự án Luật Phòng, chống tham nhũng (sửa đổi), Luật Tố cáo; Luật Đơn vị hành chính, kinh tế đặc biệt, Luật Quốc phòng (sửa đổi); Luật An ninh mạng; Luật Thuế bảo vệ môi trường, Luật Cảnh tranh, Luật Lý lịch tư pháp, Luật Giáo dục, Luật Giáo dục đại học (sửa đổi); Luật Quản lý phát triển đô thị; Luật Chăn nuôi; Luật Phòng, chống tác hại của rượu, bia; Luật Cảnh sát biển.....

### 3. Chuyên mục Thực tiễn pháp luật

Cùng với việc đăng tải các bài viết liên quan đến việc triển khai thực hiện các luật, pháp lệnh trên thực tế, nêu và phân tích được những khó khăn, vướng mắc, hạn chế của các quy định pháp luật trong quá trình thực hiện, đề xuất những giải pháp khắc phục, Tạp chí coi trọng các bài viết cung cấp thông tin về kinh nghiệm thực tiễn trong hoạt động của Quốc hội, Hội đồng nhân dân, các cơ quan của Quốc hội, Đoàn đại biểu Quốc hội và đại biểu Quốc hội.

### 4. Chuyên mục Chính sách

Xuất phát từ các nhiệm vụ phát triển kinh tế xã hội mà nghị quyết của Quốc hội đã đề ra, Tạp chí tập trung vào các vấn đề về hoàn thiện các chính sách liên quan đến chính sách trong hoạt động lập pháp, yêu cầu hội nhập quốc tế, phát triển kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, chống tham nhũng, lãng phí và phòng, chống tội phạm; Chính sách gắn với phát triển bền vững, tăng

trường với công bằng xã hội và chống lạm phát, đảm bảo việc làm, an sinh xã hội. Coi trọng các bài viết đề xuất các giải pháp và kiến nghị hoàn thiện các cơ chế, chính sách trong các lĩnh vực kinh tế - dân sự, lao động, văn hoá giáo dục, khoa học công nghệ, y tế và xóa đói giảm nghèo, việc thực hiện tái cấu trúc nền kinh tế, doanh nghiệp nhà nước và hệ thống ngân hàng theo Nghị quyết số 142/2016/QH13 của Quốc hội về Kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội 5 năm 2016-2020.

### 5. Chuyên mục Kinh nghiệm quốc tế

Năm 2018, Tạp chí tiếp tục tập trung vào các vấn đề pháp luật quốc tế liên quan

đến những kinh nghiệm xây dựng hiến pháp, lập pháp và tổ chức bộ máy nhà nước của các nước để tham khảo, vận dụng vào tình hình thực tiễn Việt Nam; các thiết chế về bảo vệ quyền của tổ chức, cá nhân trong quá trình hội nhập quốc tế; các cơ chế quốc tế về phòng, chống tội phạm; những vấn đề liên quan đến bảo vệ chủ quyền quốc gia; bảo vệ an ninh, chủ quyền lãnh thổ trên biển; các vấn đề về ASEAN và đặc biệt là các chủ đề thiết thực phục vụ các dự án luật trong Chương trình xây dựng Luật, pháp lệnh năm 2018 của Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội.

### TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

## XÁC ĐỊNH NGƯỜI ĐẠI DIỆN CỦA ...

(Tiếp theo trang 126)

*Thứ ba, đối với pháp nhân đang tiến hành thủ tục phá sản:* Luật Phá sản năm 2014 quy định cụ thể và chi tiết về “Quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản” (từ Điều 11 đến 16). Theo đó, các chủ thể này có quyền “quản lý tài sản, giám sát hoạt động kinh doanh, thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán (khoản 1 Điều 16), và “đại diện cho doanh nghiệp, hợp tác xã trong trường hợp doanh nghiệp, hợp tác xã không có người đại diện theo pháp luật” (Khoản 2 Điều 16). Như vậy, có thể hiểu rằng, trong một số trường hợp, quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản sẽ là người đại diện cho pháp nhân tham gia tố tụng (nhưng chưa quy định rõ trong trường hợp nào: khi người đại diện theo pháp luật chết hay bỏ trốn chẳng hạn). Điều này có vẻ chưa hợp lý về mặt pháp lý, vì quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản chỉ là đại diện cho các chủ nợ của doanh nghiệp (bản chất pháp lý của chủ thể này), nhưng lại có thể đại diện cho chính doanh nghiệp đang tiến hành thủ tục phá sản về mặt TTHS?

*Thứ tư, trường hợp người đại diện theo pháp luật (cá nhân) và doanh nghiệp đều bị truy cứu TNHS về cùng một vụ việc:* Để tránh bỏ lọt tội phạm, khoản 2 Điều 75 BLHS năm 2015 quy định: Việc pháp nhân thương mại chịu TNHS không loại trừ TNHS của cá nhân. Như vậy, trong trường hợp chứng minh được việc phạm tội của pháp nhân có sự tham gia của các cá nhân cụ thể thì các cá nhân này cũng phải chịu TNHS về tội phạm mà họ đã thực hiện. Thông thường thì những cá nhân cụ thể này là người đại diện theo pháp luật của pháp nhân.

Từ kinh nghiệm của nước Pháp, trường hợp này, cá nhân cụ thể kia có thể yêu cầu cơ quan tố tụng chỉ định một người khác làm đại diện cho pháp nhân bị truy tố, để có thể tập trung vào việc bảo vệ quyền lợi của mình trong vụ án hình sự. Một người bị truy cứu TNHS cũng ngăn cản việc người này bảo vệ quyền lợi của pháp nhân trên thực tế với tư cách là người đại diện (có thể bị tạm giam, áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời khác...), chưa kể vấn đề xung đột lợi ích khi người đại diện và pháp nhân cùng bị truy tố về cùng một vụ việc ■



UDIC hạ tầng nâng tầm cuộc sống

ỦY BAN NHÂN DÂN THÀNH PHỐ HÀ NỘI

**TỔNG CÔNG TY ĐẦU TƯ PHÁT TRIỂN HẠ TẦNG ĐÔ THỊ UDIC**

**URBAN INFRASTRUCTURE DEVELOPMENT INVESTMENT CORPORATION**

Địa chỉ: 27 Huỳnh Thúc Kháng - Đống Đa - Hà Nội \* Tel: (84 - 4) 37733625

Fax: (84 - 4) 37731544 \* Email: [udic@udic.com.vn](mailto:udic@udic.com.vn) \* Website: [www.udic.com.vn](http://www.udic.com.vn)



**Khu đô thị Nam Thăng Long**



**Cụm công nghiệp CN3 - Sóc Sơn**



**Khu nhà ở cao tầng UDIC WESTLAKE**  
**Khu đô thị Nam Thăng Long**

**LĨNH VỰC  
HOẠT ĐỘNG**

- Đầu tư và kinh doanh bất động sản
- Xây lắp công trình dân dụng và công nghiệp
- Sản xuất và kinh doanh vật liệu xây dựng
- Tư vấn đầu tư xây dựng
- Xuất nhập khẩu và các dịch vụ khác

**UDIC hạ tầng nâng tầm cuộc sống**

KEM ĐÁNH RĂNG

**Doreen**<sup>®</sup>



**RĂNG TRẮNG ĐẸP - NGỪA SÂU RĂNG**