

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953
<http://lapphap.vn>



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



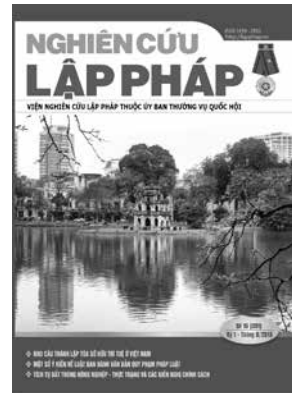
Số 15 (391)
Kỳ 1 - Tháng 8/2019

- ❖ NHU CẦU THÀNH LẬP TÒA SỞ HỮU TRÍ TUỆ Ở VIỆT NAM
- ❖ MỘT SỐ Ý KIẾN VỀ LUẬT BAN HÀNH VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT
- ❖ TÍCH TỤ ĐẤT TRONG NÔNG NGHIỆP - THỰC TRẠNG VÀ CÁC KIẾN NGHỊ CHÍNH SÁCH

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

<http://lapphap.vn>

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



Mục lục Số 15/2019

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Nhu cầu thành lập Tòa sở hữu trí tuệ ở Việt Nam
TS. Nguyễn Văn Luật
- 11** Đánh bắt cá tại vùng biển chồng lấn giữa Việt Nam và các quốc gia láng giềng dưới góc nhìn của luật quốc tế
ThS. Nguyễn Thị Thu Trang
Hà Ngọc Hoàng
- 18** Phạm vi tương trợ tư pháp hình sự trong một số điều ước quốc tế và kiến nghị hoàn thiện pháp luật Việt Nam
ThS. Dương Đình Công

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 25** Một số ý kiến về Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật
GS. TS. Nguyễn Minh Đoan
- 29** Các tình tiết giảm nhẹ trong pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính
ThS. Nguyễn Nhật Khanh

CHÍNH SÁCH

- 39** Tích tụ đất trong nông nghiệp - thực trạng và các kiến nghị chính sách
ThS. Phan Thị Thu Hà

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 47** Hạn chế của pháp luật về du lịch trong quy định bảo vệ quyền lợi của khách du lịch và kiến nghị hoàn thiện
TS. Đào Thị Thu Hằng
- 53** Quy định pháp luật về quản trị ngân hàng thương mại cổ phần
TS. Phan Phương Nam

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 58** Sandbox - cơ chế thử nghiệm áp dụng trong phạm vi hạn chế - kinh nghiệm quốc tế và một số gợi ý cho Việt Nam
TS. Chu Thị Hoa

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
PGS. 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@quochoi.vn
Website: <http://lapphap.vn>

THIẾT KẾ:

BÙI HUYỀN

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: 25.000 ĐỒNG

Ảnh bìa: Hồ Hoàn Kiếm, Hà Nội

Ảnh: ST

LEGISLATIVE STUDIES

<http://lapphap.vn>

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

Legis No 15/2019

STATE AND LAW

- 3** Needs for Establishment of Intellectual Property Court in Vietnam

Dr. Nguyen Van Luat

- 11** Fishing in Overlapping Waters between Vietnam and Neighboring Countries - the Perspective under International Laws

LLM. Nguyen Thi Thu Trang

Ha Ngoc Hoang

- 18** Scope of Criminal Justice Assistance in International Treaties and Recommendations for Vietnam

LLM. Duong Dinh Cong

DISCUSSION OF BILLS

- 25** Comments to the Law on Promulgation of Normative Legal Documents

Prof. Dr. Nguyen Minh Doan

- 29** Extenuating Circumstances under the Law on Sanctioning of Administrative Violations

LLM. Nguyen Nhat Khanh

POLICIES

- 39** Land Accumulation in Agriculture - Current Status and Policy Recommendations

LLM. Phan Thi Thu Ha

LEGAL PRACTICE

- 47** Shortcomings of Tourism Law related to Regulations on Protection of Tourists' Rights and Recommendations for Improvements

Dr. Dao Thi Thu Hang

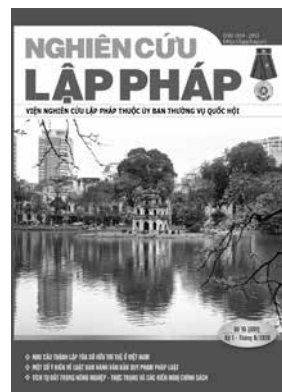
- 53** Legal Regulations on Corporate Governance of Joint Stock Commercial Bank

Dr. Phan Phuong Nam

FOREIGN EXPERIENCE

- 58** Sandbox - Experiment Model applied in Limited Scope - International Experience and Suggestions for Vietnam

Dr. Chu Thi Hoa



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@quochoi.vn
Website: <http://lapphap.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: **25.000 VND**

NHU CẦU THÀNH LẬP TÒA SỞ HỮU TRÍ TUỆ Ở VIỆT NAM¹

Nguyễn Văn Luật*

* TS. Phó Chủ nhiệm Ủy ban Tư pháp của Quốc hội

Thông tin bài viết:

Từ khóa: sở hữu trí tuệ, tòa sở hữu trí tuệ; tranh chấp về sở hữu trí tuệ.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 26/04/2019
Biên tập : 02/06/2019
Duyệt bài : 05/06/2019

Article Infomation:

Keywords: intellectual property; court for intellectual property; disputes on intellectual property

Article History:

Received : 26 Apr. 2019
Edited : 02 Jun 2019
Approved : 05 Jun 2019

Tóm tắt:

Tòa sở hữu trí tuệ là một trong những tòa chuyên trách được nhiều quốc gia thành lập nhằm thụ lý và xét xử các tranh chấp về sở hữu trí tuệ. Hiện nay, tranh chấp về sở hữu trí tuệ ở Việt Nam ngày một nhiều và phức tạp, thực tiễn này đặt ra yêu cầu phải thành lập tòa án chuyên trách trong hệ thống Tòa án nhân dân nhằm đáp ứng yêu cầu bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ cho các cá nhân và tổ chức. Đây là đòi hỏi khách quan trong quá trình cải cách tư pháp nói chung và hoàn thiện cơ chế pháp lý bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ nói riêng ở Việt Nam hiện nay.

Abstract

The court for intellectual property is a specialized one established in several countries to deal with disputes on intellectual property. Currently, disputes on intellectual property in Vietnam are more and more complicated, this development requires an establishment of a specialized court in the People's Court system for protection of property rights. Intellectual property for individuals and entities. This is an objective requirement in the process of judicial reform in general and improvement of the legal mechanism to protect intellectual property rights in Vietnam.

1. Bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ ở Việt Nam

Ở Việt Nam, bảo hộ sở hữu trí tuệ (SHTT) là một lĩnh vực còn khá mới mẻ, song ý tưởng về bảo hộ SHTT mà trước tiên là quyền tác giả đã được ghi nhận ngay từ bản Hiến pháp đầu tiên năm 1946 (Điều 10, 12, 13). Nhà nước Việt Nam dân chủ cộng hòa đã thừa nhận

quyền tự do ngôn luận, tự do xuất bản của công dân, quyền nghiên cứu khoa học, sáng tác văn học, nghệ thuật và bảo đảm quyền tư hữu tài sản cùng quyền lợi của trí thức. Năm 1986 đánh dấu một mốc mới trong hoạt động bảo hộ SHTT nói chung và quyền tác giả nói riêng: Chính phủ nước Cộng hòa XHCN

1 Bài viết có sử dụng kết quả nghiên cứu của Đề tài nghiên cứu khoa học cấp bộ: “Cơ sở lý luận và thực tiễn thành lập Tòa sở hữu trí tuệ ở Việt Nam” của Viện Nghiên cứu Lập pháp do TS. Nguyễn Văn Luật làm Chủ nhiệm”.

Việt Nam đã ban hành Nghị định 142/CP - văn bản riêng biệt đầu tiên để điều chỉnh các quan hệ xã hội về quyền tác giả. Từ đó đến nay, có nhiều văn bản về bảo hộ quyền SHTT tiếp tục được ban hành, thể hiện một bước tiến đáng kể trong hoạt động lập pháp về lĩnh vực bảo hộ SHTT.

Theo khoản 1 Điều 4 Luật SHTT năm 2005 (sửa đổi năm 2009), *quyền SHTT* là quyền của tổ chức, cá nhân đối với tài sản trí tuệ, bao gồm quyền tác giả và quyền liên quan đến quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp (SHCN) và quyền đối với giống cây trồng, theo đó chủ thể của quyền SHTT gồm cả cá nhân và pháp nhân. Ở Việt Nam, quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể pháp luật (gồm cá nhân và pháp nhân) đều được pháp luật bảo hộ, Tòa án nhân dân (TAND) có chức năng và nhiệm vụ bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức và các nhân: “TAND 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” (khoản 1 Điều 2 Luật Tổ chức TAND năm 2014).

Khoản 1 Điều 14 Hiến pháp năm 2013 quy định: “Ở nước Cộng hòa XHCN, các quyền con người, quyền công dân về chính trị, dân sự, kinh tế, văn hóa, xã hội được công nhận, tôn trọng, bảo vệ, bảo đảm theo Hiến pháp và pháp luật”. Theo đó, quyền SHTT được pháp luật ghi nhận và bảo hộ. Cụ thể, Hiến pháp năm 2013 đã quy định rõ trong các Điều 40, 41, khoản 2 Điều 62: Mọi người có quyền nghiên cứu khoa học và công nghệ, sáng tạo văn học, nghệ thuật và thụ hưởng lợi ích từ các hoạt động đó (Điều 40); Mọi người

có quyền hưởng thụ và tiếp cận các giá trị văn hoá, tham gia vào đời sống văn hóa, sử dụng các cơ sở văn hóa (Điều 41); Nhà nước ưu tiên đầu tư và khuyến khích tổ chức, cá nhân đầu tư nghiên cứu, phát triển, chuyên giao, ứng dụng có hiệu quả thành tựu khoa học và công nghệ; bảo đảm quyền nghiên cứu khoa học và công nghệ; bảo hộ quyền SHTT (khoản 2 Điều 62).

Luật SHTT năm 2005 (sửa đổi năm 2009) không có quy định riêng về cơ chế giải quyết tranh chấp quyền SHTT. Điều 198 Luật này quy định, khi có cơ sở để cho rằng tài sản trí tuệ được bảo hộ đang bị xâm phạm bởi một tổ chức/cá nhân nào đó, chủ sở hữu tài sản trí tuệ có thể khởi kiện ra tòa án để bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của mình, đây là biện pháp dân sự. Theo đó, khi xảy ra tranh chấp về tài sản trí tuệ, chủ sở hữu tài sản trí tuệ căn cứ theo quy định pháp luật tố tụng dân sự để khởi kiện ra tòa án để bảo vệ quyền lợi hợp pháp của mình. Khi khởi kiện vụ án dân sự, chủ sở hữu tài sản trí tuệ có quyền yêu cầu Tòa án có thẩm quyền buộc chấm dứt hành vi xâm phạm; xin lỗi, cải chính công khai; thực hiện nghĩa vụ dân sự; bồi thường thiệt hại; tiêu hủy hoặc buộc phân phối hoặc đưa vào sử dụng không nhằm mục đích thương mại đối với hàng hóa, nguyên liệu, vật liệu và phương tiện được sử dụng chủ yếu để sản xuất, kinh doanh hàng hoá xâm phạm quyền SHTT với điều kiện không làm ảnh hưởng đến khả năng khai thác quyền của chủ thể sở hữu tài sản trí tuệ (Điều 202). Ngoài ra, khi khởi kiện hoặc trong quá trình Tòa án thụ lý giải quyết tranh chấp, chủ sở hữu tài sản trí tuệ có quyền yêu cầu Tòa án áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời trong một số trường hợp².

2 Điều 207. Các biện pháp khẩn cấp tạm thời

1. Các biện pháp khẩn cấp tạm thời sau đây được áp dụng đối với hàng hoá bị nghi ngờ xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ, nguyên liệu, vật liệu, phương tiện sản xuất, kinh doanh hàng hoá đó:

- a) Thu giữ;
- b) Kê biên;
- c) Niêm phong; cấm thay đổi hiện trạng; cấm di chuyển;
- d) Cấm chuyển dịch quyền sở hữu.

2. Các biện pháp khẩn cấp tạm thời khác được áp dụng theo quy định của Bộ luật Tố tụng dân sự.

Theo khoản 2 Điều 30 và khoản 1 Điều 37 Bộ luật Tố tụng dân sự (TTDS) năm 2015, khi xảy ra tranh chấp trong quá trình khai thác và sử dụng tài sản trí tuệ vì mục đích lợi nhuận là tranh chấp về kinh doanh thương mại thuộc thẩm quyền giải quyết sơ thẩm tại TAND cấp tỉnh. Theo Luật Tổ chức TAND năm 2014, TAND cấp tỉnh bao gồm: Tòa hình sự, Tòa dân sự, Tòa hành chính, Tòa kinh tế, Tòa lao động, Tòa gia đình và người chưa thành niên. Trường hợp cần thiết, Ủy ban thường vụ Quốc hội quyết định thành lập Tòa chuyên trách khác theo đề nghị của Chánh án TAND tối cao (Điều b, khoản 1, Điều 38). Trong đó, Tòa dân sự giải quyết các vụ việc dân sự; giải quyết các vụ việc kinh doanh thương mại, phá sản, lao động, hành chính trong trường hợp tại Tòa án đó không tổ chức Tòa kinh tế, Tòa lao động, Tòa hành chính; Tòa kinh tế giải quyết các vụ việc kinh doanh thương mại, phá sản (khoản 2, 3, Điều 3 Thông tư 01/2016/TT-CA³). Như vậy, những tranh chấp về tài sản trí tuệ không liên quan đến kinh doanh thương mại sẽ do Tòa dân sự giải quyết (không có mục đích lợi nhuận), còn những tranh chấp về tài sản trí tuệ liên quan đến kinh doanh thương mại (có mục đích lợi nhuận) do Tòa kinh tế giải quyết, trong đó, tranh chấp về quyền tác giả, quyền liên quan được giải quyết theo quy định của pháp luật về TTDS hoặc trọng tài (khoản 3 Điều 49, Nghị định 22/2018/NĐ-CP⁴).

Tuy nhiên, việc áp dụng trình tự như quy định pháp luật TTDS trong giải quyết tranh chấp quyền SHTT đã bộc lộ nhiều hạn chế (đặc biệt là khi giải quyết các tranh chấp liên quan đến đối tượng đặc thù như sáng

chế, xác định hành vi cạnh tranh không lành mạnh liên quan đến đối tượng SHTT được bảo hộ), cơ chế kiện dân sự rườm rà, tốn kém và ít hiệu quả, vì thế ngành tòa án cần phải có cơ chế pháp lý riêng để giải quyết tranh chấp quyền SHTT, qua đó bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể sở hữu tài sản trí tuệ.

2. Thực tiễn giải quyết các tranh chấp sở hữu trí tuệ ở Việt Nam hiện nay

Theo số liệu thống kê của TAND tối cao, việc giải quyết các vụ án tranh chấp về quyền SHTT từ năm 2000 đến năm 2005 (giai đoạn trước khi có Luật SHTT) của toàn ngành Tòa án như sau: thụ lý 93 vụ án, đã giải quyết 61 vụ án, trong đó: đình chỉ, tạm đình chỉ 16 vụ án; hòa giải thành 12 vụ án; đưa ra xét xử 33 vụ án (bao gồm 11 vụ án tranh chấp quyền tác giả và quyền liên quan, 22 vụ án tranh chấp về quyền SHCN). Kể từ khi Luật SHTT có hiệu lực thi hành (từ ngày 01/7/2006), tình hình giải quyết các tranh chấp về quyền SHTT tại Tòa án cũng không có sự chuyển biến đáng kể, theo số liệu thống kê của TAND tối cao từ 01/7/2006 cho đến ngày 22/6/2009, toàn ngành Tòa án chỉ thụ lý được 108 vụ án tranh chấp về quyền SHTT (trong đó chiếm đa số là tranh chấp về quyền tác giả với 90 vụ; tranh chấp về quyền SHCN chiếm 10 vụ; tranh chấp về hợp đồng sử dụng tác phẩm chiếm 5 vụ; tranh chấp về hợp đồng chuyển giao công nghệ chiếm 3 vụ). Nếu chỉ tính riêng đối với Tòa phúc thẩm TAND tối cao tại Hà Nội thì từ ngày 01/7/2006 đến nay, Tòa phúc thẩm TAND tối cao tại Hà Nội mới chỉ thụ lý giải quyết có 7 vụ án, nhưng thực chất chỉ là 5 vụ án,

3 Thông tư 01/2016/TT-CA của TAND tối cao ngày 21/01/2016 Quy định việc tổ chức các tòa chuyên trách tại TAND tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, TAND huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh và tương đương.

4 Nghị định 22/2018/NĐ-CP của Chính phủ ngày 23/02/2018 quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật SHTT năm 2005 và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật SHTT năm 2009 về quyền tác giả, quyền liên quan.

vì có 2 vụ án phải xét xử xử phúc thẩm lần 2. Nhìn tổng thể, số lượng các vụ được thụ lý ở cả hai cấp xét xử sơ thẩm và phúc thẩm có xu hướng tăng dần, cụ thể, năm 2006 có 7 vụ, năm 2007 có 20 vụ, năm 2008 có 28 vụ, năm 2009 có 36 vụ⁵. Theo thống kê của TAND tối cao từ tháng 7/2006 cho đến tháng 6/2012 các Tòa án chỉ thụ lý được 92 vụ án tranh chấp về quyền tác giả. Số vụ việc còn quá hạn chế này cho thấy, các chủ thể quyền SHTT còn e ngại việc khởi kiện ra Tòa án mà thay vào đó, họ chọn việc xử lý hành vi xâm phạm bằng biện pháp hành chính. Thực tế trong giai đoạn này xuất phát từ (i) tính mất cân xứng của luật nội dung về quyền tác giả và quyền SHCN, (ii) những bất cập của pháp luật về tố tụng đối với việc giải quyết các vụ tranh chấp về quyền SHTT, và (iii) sự non kém về năng lực chuyên môn của các cán bộ xét xử, hệ quả là Tòa án chưa thực sự trở thành kênh giải quyết thuyết phục, ưa chuộng đối với các tranh chấp về tác quyền⁶.

Năm 2008, lực lượng quản lý thị trường đã thụ lý 2.268 vụ xâm phạm nhãn hiệu và đã xử lý được 2.105 vụ⁷; năm 2009, Cơ quan Quản lý thị trường phối hợp chặt chẽ với các lực lượng chức năng như công an, y tế... đã tập trung kiểm tra các cơ sở sản xuất, chế biến, đóng gói, các đầu mối kinh doanh, tiêu thụ hàng hóa quy mô lớn; đã phát hiện nhiều vụ tại Hải Phòng, Hà Nội, thành phố Hồ Chí Minh. Tại thành phố Hồ

Chí Minh, lực lượng quản lý thị trường đã xử lý 201 vụ xâm phạm nhãn hiệu với số tiền phạt gần 2,7 tỷ đồng. Đồng Nai, Cà Mau, Hải Dương cũng là những địa phương có số vụ xâm phạm quyền SHTT bị xử lý khá cao, chủ yếu liên quan đến nhãn hiệu (tại Cà Mau, lực lượng quản lý thị trường đã xử lý 186 vụ xâm phạm nhãn hiệu với số tiền phạt trên 704 triệu đồng; tại Đồng Nai, lực lượng quản lý thị trường đã thụ lý 106 vụ xâm phạm nhãn hiệu, xử lý 76 vụ với số tiền phạt hơn 191 triệu đồng...)⁸; năm 2012, lực lượng quản lý thị trường đã tiến hành xử lý 9.556 vụ việc xâm phạm quyền SHTT, trong đó có 8.999 vụ giả mạo nhãn hiệu, 67 vụ xâm phạm quyền nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lý, tên thương mại, kiểu dáng công nghiệp⁹; trong cả giai đoạn 2012-2015, các lực lượng chức năng của các bộ, ngành đã chủ trì và phối hợp với các bộ, ngành liên quan tiến hành thanh tra, kiểm tra và tiếp nhận 25.966 vụ việc có dấu hiệu xâm phạm quyền SHTT, sản xuất, buôn bán hàng giả; đã xử lý vi phạm hành chính 25.543 vụ việc, trong đó cảnh cáo 68 vụ việc; phạt tiền 23.197 vụ việc, tổng số tiền xử phạt vi phạm hành chính gần 97 tỷ đồng; khởi tố 381 vụ với 553 bị can; xét xử 55 vụ (12 vụ án hình sự), trong đó, Tòa án tiếp nhận giải quyết 177 vụ việc: (i) xét xử: 55 (12 vụ án hình sự); (ii) công nhận thỏa thuận: 16; (iii) chuyển: 15; (iv) đình chỉ: 91¹⁰.

5 Viện Khoa học xét xử TAND tối cao, Chuyên đề khoa học xét xử: Pháp luật về thủ tục giải quyết tranh chấp quyền SHTT tại TAND, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2010, tr. 47.

6 TS. Nguyễn Hợp Toàn - PGS, TS. Nguyễn Thị Thanh Thủy - PGS.TS Trần Văn Nam, Thực trạng giải quyết tranh chấp về quyền tác giả tại Việt Nam giai đoạn 2006-2012 và một số đề xuất tiếp tục hoàn thiện pháp luật và thực thi về SHTT, <http://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2013/05/19/thuc-trang-giai-quyet-tranh-chap-ve-quyen-tc-gia-tai-viet-nam-giai-doan-20062012-v-mot-so-de-xuat-tiep-tuc-hon-thien-phap-luat-v-thuc-thi-ve-so-huu-triac/>, 19/5/2013

7 Báo cáo tổng quan tình hình thực thi quyền SHTT, Cục SHTT, năm 2008.

8 Báo cáo tổng quan tình hình thực thi quyền SHTT, Cục SHTT, năm 2009.

9 Báo cáo tổng quan tình hình thực thi quyền SHTT, Cục SHTT, năm 2012.

10 Báo cáo Tổng kết Chương trình hành động phòng, chống xâm phạm quyền SHTT giai đoạn 2012-2015.

Những số liệu nêu trên cho thấy, số lượng các vụ tranh chấp về quyền SHTT ngày một gia tăng về số lượng, tính chất ngày một phức tạp thêm. Tuy nhiên, hiện nay chúng ta chưa có Tòa chuyên trách về SHTT cũng như không có Thẩm phán chuyên trách về lĩnh vực này, việc đào tạo, tập huấn chuyên môn về SHTT chưa đầy đủ và hiệu quả thấp; vẫn còn có tình trạng người được tập huấn không phải là người xét xử trực tiếp, hoặc ngược lại... Vì vậy, Việt Nam cần phải thành lập Tòa chuyên trách về SHTT, tập trung các Thẩm phán đào tạo về chuyên môn này để xét xử những vụ án đó, từ đó đưa ra những phán quyết chính xác, giải quyết được tận gốc rễ các xâm phạm về SHTT.

3. Xu thế hội nhập quốc tế và khắc phục kịp thời những bất cập trong xử lý các tranh chấp quyền sở hữu trí tuệ ở Việt Nam

Việt Nam đã ký kết các hiệp định song phương liên quan đến quyền tác giả như: Hiệp định thiết lập quan hệ quyền tác giả Việt Nam - Hoa Kỳ (năm 1997); Hiệp định giữa Việt Nam và Thụy Sĩ về bảo hộ quyền SHTT và hợp tác trong lĩnh vực SHTT (năm 1999); Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ (năm 2000). Năm 2004, Việt Nam đã nộp đơn xin gia nhập để trở thành thành viên của Công ước Bern (Bern) về bảo hộ các tác phẩm văn học và nghệ thuật đã được ký tại Bern (Thụy Sĩ) năm 1886 và Chủ tịch nước đã ký quyết định gia nhập Công ước Rô-ma bảo hộ người biểu diễn, nhà sản xuất bản ghi âm và tổ chức phát sóng được thông qua tại Rô-ma (Italia) năm 1961. Theo cam kết tại các Hiệp định song phương với Hoa Kỳ, Thụy Sĩ và yêu cầu của WTO, Việt Nam đã gia nhập Công ước Gio-ne-vơ, Công ước Brúc-xen và tuân thủ các quy định của Hiệp định TRIPS (Hiệp định

về các khía cạnh liên quan đến thương mại của quyền SHTT). Pháp luật Việt Nam cũng đã ghi nhận thẩm quyền dân sự cho TAND để giải quyết các tranh chấp về SHTT, bao gồm: Quyền tác giả, quyền liên quan và quyền SHCN, chuyển giao công nghệ giữa cá nhân, tổ chức. Việc giải quyết loại tranh chấp này dựa trên cơ sở nguyên tắc, trình tự, thủ tục được quy định chung trong Bộ luật TTDS. Năm 2005, Việt Nam cũng đã ban hành Luật SHTT, tuy nhiên, vẫn còn nhiều khó khăn trong việc xử lý vi phạm quyền SHTT tại nước ta.

Tại Việt Nam, xử lý xâm phạm quyền SHTT nói chung và xử lý xâm phạm quyền sở hữu cá nhân nói riêng phụ thuộc vào chủ trương, chính sách về SHTT ở từng giai đoạn. Pháp luật về xử lý xâm phạm quyền sở hữu cá nhân cũng có những dấu ấn riêng, trong đó, xử lý xâm phạm quyền các đối tượng của quyền sở hữu cá nhân được đặc biệt nhấn mạnh và đã có bước phát triển đáng kể. Đầu những năm 80 của thế kỷ XX, Chính phủ đã ban hành một số nghị định về bảo hộ SHCN như: Nghị định 31/CP ngày 23/01/1981 về bảo hộ sáng chế; Nghị định 197/HĐBT ngày 14/12/1982 về bảo hộ nhãn hiệu hàng hóa; Nghị định số 85/HĐBT ngày 13/5/1988 về bảo hộ kiểu dáng công nghiệp; Nghị định số 200/HĐBT ngày 28/12/1988 về giải pháp hữu ích. Theo nội dung các nghị định nêu trên, mọi hành vi xâm phạm độc quyền của chủ văn bằng đều bị xử lý theo pháp luật. Người xâm phạm phải chấm dứt hành vi xâm phạm, bồi thường thiệt hại cho chủ văn bằng và chịu hình thức xử phạt khác tùy theo mức độ xâm phạm. Chủ văn bằng bảo hộ khi phát hiện hành vi xâm phạm độc quyền của mình, có quyền đề nghị cơ quan có thẩm quyền, yêu cầu người xâm phạm phải chấm dứt hành vi xâm phạm. Trong

trường hợp tự xét thấy mức độ xâm phạm gây thiệt hại nghiêm trọng hoặc đề nghị của mình đến cơ quan có trách nhiệm không được giải quyết thỏa đáng, chủ văn bằng có quyền khiếu nại lên TAND có thẩm quyền.

Đến năm 1989, để nâng cao tính pháp lý của việc bảo hộ quyền sở hữu cá nhân, Hội đồng Nhà nước đã thông qua Pháp lệnh Bảo hộ quyền SHCN. Lần đầu tiên khái niệm “SHCN” được chính thức sử dụng trong các văn bản của Nhà nước. Trong đó thừa nhận quyền SHCN là quyền tư hữu. Năm 1993, Cục Sáng chế được đổi tên thành Cục SHCN với chức năng, nhiệm vụ được bổ sung cho phù hợp với giai đoạn phát triển mới về SHCN, chuẩn bị đưa hoạt động SHCN đi vào quỹ đạo của nền kinh tế thị trường. Sự ra đời của Pháp lệnh đã tạo sự chuyển biến sâu sắc về bảo hộ quyền sở hữu cá nhân. Kế thừa các quy định của các văn bản trước đó, các quy định trong Pháp lệnh đã thừa nhận quyền tự bảo vệ của các chủ thể quyền sở hữu cá nhân cũng như quyền yêu cầu các cơ quan nhà nước có thẩm quyền xử lý hành vi xâm phạm quyền sở hữu cá nhân.

Để xử lý hành vi xâm phạm quyền sở hữu cá nhân thuộc thẩm quyền xét xử của Tòa án, ngày 22/7/1989, TAND tối cao đã ban hành Thông tư số 03/NCLP, trong đó đề cập đến việc hướng dẫn xử lý các hành vi xâm phạm quyền sở hữu cá nhân. Ngày 28/10/1995, Quốc hội đã thông qua Bộ luật Dân sự (BLDS) có hiệu lực từ ngày 01/01/1996, trong đó toàn bộ Chương II, Phần thứ sáu đã quy định về bảo hộ quyền sở hữu cá nhân. Đây là cơ sở pháp lý cao nhất để việc bảo hộ quyền sở hữu cá nhân được thực hiện, qua đó góp phần quan trọng thúc đẩy phát triển sự sáng tạo không ngừng trong lĩnh vực SHCN.

Nhằm đáp ứng quá trình hội nhập và thể chế hóa các quy định về bảo hộ quyền sở hữu cá nhân trong BLDS, chúng ta đã ban hành một số văn bản: Nghị định số 63/CP ngày 24/10/1996 của Chính phủ quy định chi tiết về quyền sở hữu cá nhân; Nghị định 06/CP ngày 01/02/2001 sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 63/CP; Nghị định số 54/2000/NĐ-CP ngày 3/10/2000 về bảo hộ quyền sở hữu cá nhân đối với bí mật kinh doanh, chỉ dẫn địa lý, tên thương mại và bảo hộ quyền chống cạnh tranh không lành mạnh liên quan đến SHCN; Nghị định số 42/2003/NĐ-CP ngày 02/5/2003 về bảo hộ bố trí thiết kế mạch tích hợp. Các văn bản này đã có tác dụng tích cực trong việc chuyển hoá các quy định chung của BLDS về SHCN.

Ngoài việc ban hành các văn bản pháp luật nêu trên, Việt Nam đã tích cực tham gia các điều ước quốc tế trong lĩnh vực SHCN như: Công ước Paris 1883 về bảo hộ SHCN; Thỏa ước Madrid về đăng ký quốc tế nhãn hiệu hàng hóa; Công ước Stockholm về Tổ chức SHTT thế giới (WIPO), Hiệp ước hợp tác sáng chế (PTC), Hiệp định về bảo hộ SHTT với Liên bang Thụy Sĩ, Hiệp định thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ (BTA)...

Đặc biệt, khi quyền SHTT đã trở thành yếu tố quan trọng cho sự phát triển kinh tế, xã hội của đất nước, đứng trước yêu cầu hội nhập sâu, rộng, ngày 29/11/2005, Quốc hội Việt Nam đã thông qua Luật SHTT (có hiệu lực từ ngày 01/7/2005, được sửa đổi bổ sung ngày 19/6/2009), trong đó vấn đề bảo vệ quyền SHTT được đặc biệt quan tâm. Lần đầu tiên thuật ngữ “bảo vệ quyền SHTT” đã được sử dụng chính thức trong luật và có hẳn một chương riêng (Chương XVII) quy định xử lý xâm phạm quyền SHTT bằng biện pháp dân sự.

Hiện nay, các tranh chấp và vụ việc liên quan đến SHTT và bảo vệ quyền SHTT ngày một tăng. Trong xu thế phát triển hệ thống pháp luật nhân quyền và hệ thống tư pháp, việc bảo vệ quyền còn được xác lập và thực hiện bằng con đường tố tụng tư pháp. Luật SHTT hiện hành quy định nguyên tắc xác định thiệt hại do xâm phạm SHTT và căn cứ xác định mức bồi thường thiệt hại do xâm phạm quyền SHTT. Tuy nhiên, do tính chất đặc thù của loại tài sản này nên nhiều trường hợp nguyên đơn không chứng minh được thiệt hại hoặc xác định không đầy đủ về những thiệt hại đã xảy ra trên thực tế. Các căn cứ để xác định thiệt hại vật chất như mức giảm sút về thu nhập, lợi nhuận, cơ hội kinh doanh, danh dự, nhân phẩm và những tổn thất khác về tinh thần gây ra cho tác giả của tác phẩm văn học, nghệ thuật, khoa học, v.v.. trên thực tế rất khó để xác định một cách chính xác, đầy đủ. Hơn nữa, việc xác định chi phí hợp lý để thuê luật sư cũng khó khăn, vì chỉ có Luật SHTT hiện hành mới có quy định bên có hành vi vi phạm phải thanh toán cho chủ thể quyền SHTT khoản chi phí thuê luật sư trong các vụ án tranh chấp về quyền SHTT, còn trong các vụ án khác không phải chịu chi phí và như thế nào được coi là chi phí hợp lý thì rất khó xác định. Do vậy, khi giải quyết vấn đề này, Tòa án đã gặp rất nhiều khó khăn trong việc xác định thiệt hại để có được phán quyết chính xác, đúng pháp luật, đảm bảo quyền lợi hợp pháp cho các bên đương sự.

Có nhiều nguyên nhân dẫn đến việc các vụ án về SHTT ít được giải quyết tại Tòa

án, trong đó có nguyên nhân thời gian xử lý các vụ việc quá lâu; thủ tục giấy tờ khởi kiện phức tạp, đặc biệt trong trường hợp bên khởi kiện là doanh nghiệp nước ngoài; các biện pháp ngăn chặn ngay lập tức hành vi xâm phạm theo biện pháp dân sự rất khó áp dụng và ít hiệu quả, đặc biệt, năng lực chuyên môn về SHTT của Thẩm phán còn chưa đáp ứng được yêu cầu đặt ra. Một khó khăn nữa là xác định thiệt hại do hành vi xâm phạm quyền SHTT gây ra và các căn cứ xác định mức bồi thường thiệt hại do xâm phạm quyền SHTT¹¹.

Muốn thực hiện tốt được theo phương thức này cần thiết phải xây dựng và hoàn thiện hệ thống Tòa án để bảo vệ quyền. Với lý do như vậy, việc thành lập Tòa SHTT ở Việt Nam sẽ đáp ứng kịp thời yêu cầu khách quan này.

4. Yêu cầu phát triển đất nước nhanh, bền vững, tận dụng thành công cuộc cách mạng công nghiệp 4.0 cho phát triển kinh tế - xã hội

Cùng với quá trình toàn cầu hoá, hiện nay, cuộc cách mạng công nghiệp 4.0 đã len lỏi đến mọi khía cạnh đời sống xã hội. Bản chất của cuộc cách mạng công nghiệp 4.0 là dựa trên nền tảng công nghệ số và tích hợp tất cả các công nghệ thông minh để tối ưu hóa quy trình, phương thức sản xuất; nhấn mạnh những công nghệ đang và sẽ có tác động lớn, nhất là công nghệ in 3D, công nghệ sinh học, công nghệ vật liệu mới, công nghệ tự động hóa, người máy,... Cuộc cách mạng công nghiệp 4.0 tạo điều kiện thuận lợi cho việc tạo ra các “nhà máy thông minh”

11 Mai Thoa, Cần thiết thành lập Tòa chuyên trách về SHTT, <http://congly.vn/hoat-dong-toa-an/nghep-vu/can-thiet-thanh-lap-toa-chuyen-trach-ve-so-huu-tri-tue-179002.html>, ngày 16/10/2016.

hay “nhà máy số”. Trong các nhà máy thông minh này, các hệ thống vật lý không gian ảo sẽ giám sát các quá trình vật lý, tạo ra một bản sao ảo của thế giới vật lý. Với IoT, các hệ thống vật lý không gian ảo này tương tác với nhau và với con người theo thời gian thực, và thông qua IOS người dùng sẽ được tham gia vào chuỗi giá trị qua việc sử dụng các dịch vụ này.

Cuộc cách mạng công nghiệp 4.0 được đánh giá sẽ vượt ra khỏi quy mô công xưởng, doanh nghiệp khi vạn vật được kết nối bởi internet. Cụ thể, không những tất cả máy móc thiết bị trong công xưởng được kết nối với nhau thông qua Internet, rất nhiều cảm biến cũng đồng thời được lắp đặt để thu thập dữ liệu. Điều này cho thấy, trong bối cảnh tác động cuộc cách mạng công nghiệp 4.0, nền kinh tế số dần dần được hình thành ở Việt Nam, chính vì thế, các sáng chế, tài sản trí tuệ dần được phổ biến trong nền kinh tế số. Bên cạnh đó, việc xâm phạm quyền SHTT trong giai đoạn hiện nay được thực hiện bằng nhiều phương thức, thủ đoạn mới như áp dụng công nghệ cao, sử dụng các thiết bị hiện đại để sản xuất hàng hoá làm cho người tiêu dùng và cơ quan quản lý thị trường khó phát hiện thật/giả. Các hành vi vi phạm này ngày càng nguy hiểm hơn ở tính chất vi phạm, có tổ chức chặt chẽ không những trong phạm vi lãnh thổ Việt Nam mà còn mở rộng đối với tổ chức và cá nhân nước ngoài. Nhóm tội phạm thuộc lĩnh vực SHTT có đặc điểm rất phức tạp vì chủ thể của tội phạm hầu hết là những người có điều kiện kinh tế, trình độ chuyên môn, kỹ thuật, tay nghề cao, am hiểu những lĩnh vực mình

đang quản lý, một số người còn có chức vụ, quyền hạn nhất định. Bên cạnh đó, sự bùng nổ của khoa học, công nghệ đã tạo nhiều thiết bị, công cụ, phương tiện phạm tội ngày càng tinh vi nên rất khó phát hiện. Các tội xâm phạm SHTT đã gây ra hoặc đe dọa đến thiệt hại nền kinh tế của cả nước cũng như từng lĩnh vực, từng ngành, ảnh hưởng đến tài sản, sức khoẻ và tính mạng con người, tác động đến cả cộng đồng, triệt tiêu sức sáng tạo và khiến giới đầu tư e ngại.

Tòa chuyên trách không chỉ giải quyết tranh chấp về quyền sáng chế, nhãn hiệu, bản quyền thông thường mà còn phải mở rộng hơn với tranh chấp về quảng cáo, tiếp thị, tranh chấp tên miền trong lĩnh vực kỹ thuật số, việc ăn cắp bản quyền trên mạng... Song song đó phải bổ sung quy định liên quan. “Việc này rất quan trọng để giúp các tác giả bảo vệ quyền đối với tác phẩm của mình trong kỷ nguyên công nghệ số”¹².

Trong bối cảnh hội nhập quốc tế sâu rộng, tài sản SHTT ngày một đa dạng và phong phú, đặc biệt trong kỷ nguyên công nghiệp 4.0, Việt Nam cần phải tiếp tục hoàn thiện thể chế và thiết chế pháp luật nhằm bảo hộ quyền SHTT ngày một hiệu quả hơn, đặc biệt thành lập Tòa SHTT ở cấp tỉnh. Đây là tòa chuyên trách trong hệ thống TAND cấp tỉnh nhằm đáp ứng kịp thời yêu cầu giải quyết các tranh chấp về quyền SHTT và nâng cao chất lượng giải quyết các tranh chấp này, qua đó bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân có quyền SHTT, tạo dựng cơ sở pháp lý vững chắc cho nền kinh tế tri thức ở Việt Nam phát triển ■

12 Phương Loan, Có nên lập Tòa SHTT?, <http://plo.vn/plo/co-nen-lap-toa-so-huu-tri-tue-56827.html>, ngày 4/6/2012.

ĐÁNH BẮT CÁ TẠI VÙNG BIỂN CHỒNG LẤN GIỮA VIỆT NAM VÀ CÁC QUỐC GIA LẮNG GIỀNG DƯỚI GÓC NHÌN CỦA LUẬT QUỐC TẾ

Nguyễn Thị Thu Trang*
Hà Ngọc Hoàng**

* ThS. GV. Khoa Luật Kinh tế, ĐH Kinh tế - Luật.

** Sinh viên Khoa Luật Kinh tế, ĐH Kinh tế - Luật.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: vùng chồng lấn, hợp tác nghề cá, khai thác chung

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 26/02/2019
Biên tập : 26/03/2019
Duyệt bài : 02/04/2019

Tóm tắt:

Việt Nam với bờ biển trải dài trên 3.260 km từ Bắc tới Nam có vùng biển đối diện với nhiều quốc gia. Giữa Việt Nam và một số quốc gia hình thành những chồng lấn về lãnh hải, vùng đặc quyền kinh tế, thềm lục địa và phát sinh tranh chấp về các yêu sách chủ quyền, quyền chủ quyền. Nhiều vùng chồng lấn giữa Việt Nam và các nước đang chờ được phân định như vùng đặc quyền kinh tế giữa Việt Nam và Indonesia, vùng nước lịch sử thuộc chế độ nội thủy chung của hai nước Việt Nam và Campuchia,... Nhằm thu hẹp và tiến đến giải quyết tranh chấp, cơ chế giải quyết tranh chấp của Công ước Liên hiệp quốc về Luật Biển quốc tế năm 1982 (UNCLOS 1982) có thể được vận dụng. Trước mắt, một giải pháp tạm thời như thỏa thuận khai thác chung chắc chắn sẽ được đề cập đến để các quốc gia tạm thời gác tranh chấp hướng tới những lợi ích về tài nguyên nhằm phát triển kinh tế.

Article Information:

Keywords: Overlapping areas, fishery cooperation, joint exploitation

Article History:

Received : 26 Feb. 2019
Edited : 26 Mar. 2019
Approved : 02 Apr. 2019

Abstract

The coastline of Vietnam is over 3,260 km long from the North to the South with waters across with several countries. Among the countries, it has formed an overlapping territorial sea, exclusive economic zones and continental shelf, and disputes over sovereignty and sovereign rights. There are overlapping areas among Vietnam and other countries waiting to be identified such as the exclusive economic zone between Vietnam and Indonesia, the common domestic regime of Vietnam and Cambodia, etc. The resolution mechanism for disputes of the United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 (UNCLOS 1982) might be used to narrow the disputes and then deal with the disputes. A temporary solution such as the joint exploitation agreement will certainly be addressed so that countries temporarily cancel disputant towards resource interests for immediate economic development.

1. Vùng chồng lấn và thỏa thuận hợp tác nghề cá dưới góc nhìn luật quốc tế

Vùng biển chồng lấn là khái niệm dùng

để chỉ các vùng biển mà yêu sách của các quốc gia liên quan chồng lấn lên nhau. Về nguyên tắc, các yêu sách này đưa ra phải phù

hợp với quy định của UNCLOS 1982. Việc hoạch định các vùng biển của các quốc gia hữu quan theo tinh thần của luật pháp quốc tế vô hình chung đã tạo nên các vùng chồng lấn. Ví dụ, Biển Đông - nằm ở một vị trí địa lý đặc biệt quan trọng, là một trong những khu vực chiến lược quan trọng bậc nhất thế giới, đường bờ biển của nhiều quốc gia bao bọc xung quanh. Hiện nay, dựa trên UNCLOS 1982, yêu sách của các quốc gia liên quan về Biển Đông đã tạo nên nhiều vùng chồng lấn. Bên cạnh đó, một yêu sách hoặc tất cả các yêu sách được xem là không phù hợp hoặc chưa thể xác định có phù hợp với UNCLOS 1982 hay không thì được coi là một vùng tranh chấp. UNCLOS 1982 không điều chỉnh những vùng tranh chấp này.

Từ phân tích trên đây, có thể hiểu, “vùng chồng lấn là một khu vực biển mà hai hay nhiều quốc gia đều có yêu sách hợp pháp theo luật pháp quốc tế”.

Vùng chồng lấn thường xuất hiện giữa các quốc gia có bờ biển liền kề hoặc đối diện nhau nhưng khoảng cách giữa bờ biển các nước này không đủ để mỗi nước xác lập chiều rộng tối đa cho các vùng biển. Như vậy, các quốc gia ven biển nằm đối diện hay kề cận nhau, khi xác định phạm vi các vùng biển và thềm lục địa theo quy định của UNCLOS 1982 và tùy theo khoảng cách bờ biển của các nước nằm đối diện hay kề cận nhau đã tạo ra vùng nội thủy chồng lấn, vùng lãnh hải chồng lấn, vùng đặc quyền kinh tế chồng lấn và vùng thềm lục địa chồng lấn¹.

Việc phân định khu vực đánh bắt cá tại vùng chồng lấn rất quan trọng. Nếu giữa hai hay nhiều quốc gia có sự phân định rõ ràng về một khu vực đánh bắt cá riêng biệt thì các quốc gia đó sẽ không cần thiết lập một khu

vực đánh bắt cá chung. Bởi các quốc gia có thể cho phép hoặc không cho phép công dân hay tàu cá nước ngoài đánh bắt trong phạm vi ranh giới đã được phân định thuộc về quốc gia đó. Tuy nhiên, trong trường hợp xảy ra tranh chấp về vùng chồng lấn giữa các quốc gia, hoạt động nghề cá trong khu vực sẽ trở nên khó khăn, chưa kể vấn đề đánh bắt cá không chỉ gây ra nhiều tình huống phức tạp hơn bởi xuất phát từ truyền thống quen đánh bắt cá tại các khu vực ranh giới đã có từ hàng thế kỷ trước của các ngư dân dựa theo những nguyên tắc về tự do biển cả². Do vậy, các quốc gia phải cùng bàn bạc để hướng tới việc thiết lập một vùng đánh bắt cá chung theo một trong hai phương pháp sau : (i) Vùng Trắng không cần có một sự quản lý nghiêm ngặt nào đối với nguồn tài nguyên cá trong khu vực; hoặc (ii) Vùng Xám phải có một sự kiểm tra, giám sát nghiêm ngặt mọi hoạt động đánh bắt cá trong khu vực đó³.

Thỏa thuận hợp tác khai thác chung giữa Trung Quốc và Việt Nam tại Vịnh Bắc Bộ có thể xem là một Vùng Xám điển hình bởi đi kèm với đó là cơ chế kiểm soát số lượng tàu được phép đánh bắt của cả hai bên. Mặt khác, Hiệp định về Vùng nước lịch sử giữa Việt Nam và Campuchia có quy định về hoạt động đánh bắt cá là một Vùng Trắng đúng nghĩa dựa trên đường ranh giới *de facto*.

2. Khung pháp lý về nghề cá tại các vùng biển đang có tranh chấp theo Công ước về Luật Biển năm 1982

Do sự không hoàn chỉnh của hệ thống các điều ước quốc tế về đánh bắt cá trên phạm vi toàn cầu, khu vực, song phương đã nảy sinh những vấn đề liên quan đến việc đánh bắt cá, đặc biệt ở các khu vực chồng lấn, khi mà các quốc gia vẫn chưa đưa ra được một cam kết

- 1 Trần Hữu Duy Minh (2015) Nghĩa vụ trong vùng chồng lấn theo Điều 83(3) UNCLOS, phán quyết trong vụ phân định biển giữa Ghana và Cote d'Ivoire, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 5 (325), tr. 5.
- 2 B.H. Oxman (1977), The Third United Nations Conference on the Law of the Sea: The 1976 New York Convention, A.J.I.L. 71, PP. 261.
- 3 Đỗ Việt Cường, Nguyễn Quang Minh (2013), Hợp tác nghề cá trong các vùng đang có tranh chấp tại vịnh Thái Lan, Bài viết nghiên cứu khoa học Học viện Ngoại giao, tr. 48.

cuối cùng cho những tranh chấp vốn dĩ đã dai dẳng nhiều thập kỷ. Bên cạnh đó còn đặt ra vấn đề cho các quốc gia trong việc cùng nhau hợp tác để bảo vệ tài nguyên sinh vật biển, an ninh trên biển góp phần làm xoa dịu những tranh chấp tiềm tàng giữa các quốc gia khi chưa đưa ra được tiếng nói chung cũng như góp phần bảo vệ môi trường sinh thái trong bối cảnh suy giảm tài nguyên cá và ô nhiễm môi trường.

Đối với vấn đề hợp tác nghề cá tại các khu vực biển đang có tranh chấp thì UNCLOS 1982 chưa đưa ra được quy định cụ thể nào. Khoản 3 Điều 74 UNCLOS 1982 chỉ đề cập đến nghĩa vụ hợp tác của các quốc gia đang trong giai đoạn chờ một thỏa thuận phân định cuối cùng tại các khu vực chồng lấn trong vùng đặc quyền kinh tế. Bởi vậy, trong các vùng đặc quyền kinh tế đang có tranh chấp, hợp tác nghề cá theo UNCLOS là một nghĩa vụ quan trọng đối với các quốc gia. Khoản 3 Điều 74 UNCLOS 1982 quy định: Trong khi chờ ký kết thỏa thuận ở khoản 1⁴ (phân định ranh giới vùng đặc quyền kinh tế), các quốc gia hữu quan trên tinh thần hiểu biết và hợp tác, làm hết sức mình để đi đến các dàn xếp tạm thời có tính chất thực tiễn và không phương hại hay cản trở việc ký kết các thỏa thuận cuối cùng trong giai đoạn quá độ này. Các dàn xếp tạm thời không phương hại đến kết quả phân định cuối cùng. Như vậy, Điều 74 đã đặt ra hai nghĩa vụ chính cho các quốc gia liên quan khi có vùng đặc quyền kinh tế chồng lấn là: (i) Nghĩa vụ làm hết sức mình để đi đến các dàn xếp tạm thời có tính chất thực tiễn; (ii) Nghĩa vụ làm hết sức mình để không gây phương hại hoặc cản trở việc ký kết các thỏa

thuận cuối cùng. Ngoài hai nghĩa vụ trên, khoản 3 Điều 74 UNCLOS 1982 không đưa ra một loại dàn xếp tạm thời cụ thể nào mà thay vào đó nó để ngỏ cho các quốc gia hữu quan quyết định. Trên thực tế, các dàn xếp tạm thời có thể bao gồm: (i) thỏa thuận tạm ngừng tất cả mọi hoạt động trong vùng chồng lấn⁵; (ii) phát triển chung hoặc hợp tác nghề cá⁶; (iii) thỏa thuận hợp tác về môi trường; và (iv) thỏa thuận về quyền xét xử hình sự và dân sự⁷ v.v..

Một loại tranh chấp điển hình khác là vấn đề tài nguyên cá ở những khu vực biển tranh chấp giữa các quốc gia ven biển tiếp giáp hoặc đối diện khi các quốc gia này thiết lập các khu vực đặc quyền kinh tế hay khu vực đặc quyền đánh cá theo UNCLOS 1982. Loại tranh chấp này chính là hệ quả của tranh chấp các vùng biển chưa được phân định. Nguyên nhân cơ bản của các tranh chấp này là những hoạt động đánh bắt quá mức của một quốc gia ở khu vực nằm dưới quyền tài phán của quốc gia đó hoặc khu vực mà quốc gia đó có quyền tự do đánh bắt cá mang lại nhưng tác động bất lợi đối với nguồn tài nguyên cá hoặc lợi ích về cá của quốc gia khác. Ngoài ra, trong quá trình khai thác, công dân của các quốc gia đã sử dụng các biện pháp đánh bắt gây tổn hại và ảnh hưởng xấu đến môi trường biển và hệ sinh thái. Tác động trên ảnh hưởng đến mức làm ảnh hưởng đến khả năng tái sinh sản của các loài cá, sự đánh bắt tràn lan thiếu kiểm soát đã dẫn đến sự tuyệt chủng của một số loài cá nói riêng và sinh vật biển nói chung. Sự cạn kiệt này đồng nghĩa với việc loại bỏ cơ hội đánh bắt và lợi ích thu được từ các loài cá đó của quốc gia khác.

4 Khoản 3 Điều 83 Công ước Liên hiệp quốc về Luật Biển năm 1982.

5 Xem Hiệp định Maritime Delimitation Treaty between Jamaica and the Republic of Colombia ký kết ngày 12/11/1993.

6 Thỏa thuận hợp tác nghề cá giữa Hàn Quốc và Trung Quốc, ký kết ngày 03/8/2000 (có hiệu lực từ ngày 30/7/2001); Sun Pyo Kim (2004), *Maritime Delimitation and Interim Agreements in North East Asia*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, PP.347.

7 Xem Agreement between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of Malaysia on the Constitution and Other Matters relating to the Establishment of the Malaysia-Thailand Joint Authority, ký kết ngày 30/5/1990.

3. Thực trạng đánh bắt cá tại các vùng biển chồng lấn giữa Việt Nam và các nước

Theo ước tính, kinh tế biển của chúng ta đóng góp khoảng 47 - 48% GDP⁸, trong số này các ngành chủ lực đóng góp lớn là dầu khí 64%, hải sản 14%, vận tải biển và dịch vụ biển 11%, du lịch biển khoảng 9%⁹. Về nguồn lợi hải sản, Việt Nam có mặt trong danh sách 10 trung tâm đa dạng sinh học biển và danh sách 20 vùng biển có lợi ích kinh tế lớn nhất toàn cầu do hải sản đem lại. Đến nay, ở vùng biển Việt Nam đã phát hiện được chừng 12.000 loài sinh vật với trên 2.000 loài cá, trong đó khoảng 130 loài cá có giá trị kinh tế; trữ lượng cá biển của toàn vùng khoảng 4,2 triệu tấn; sản lượng cho phép khai thác chừng 1,7 triệu tấn/năm, bao gồm 850 nghìn tấn cá đáy, 700 nghìn tấn cá nổi nhỏ, 120 nghìn tấn cá nổi đại dương¹⁰. Với nguồn tài nguyên có trữ lượng lớn, giá trị kinh tế cao nên sẽ ảnh hưởng trực tiếp đến quá trình đàm phán phân định biển, hay nói đúng hơn quá trình phân định biển theo một cách công bằng khó đạt được do yêu sách của các quốc gia liên quan là rất lớn, khả năng nhượng bộ gần như là không cao. Biểu hiện cụ thể:

Bản ghi nhớ về khai thác chung giữa Việt Nam và Malaysia mới chỉ dừng lại ở việc điều chỉnh hoạt động thăm dò và khai thác dầu khí chung giữa các nước tại khu vực chồng lấn thềm lục địa, chứ không hề đề cập đến hoạt động nghề cá.

Hiệp định về Vùng nước lịch sử giữa Việt Nam và Campuchia quy định khá sơ sài về hoạt động đánh bắt cá: “việc đánh bắt hải sản của nhân dân địa phương trong vùng này

vẫn tiếp tục theo tập quán làm ăn từ trước tới nay”¹¹. Quy định này thể hiện mục đích chính mà Hiệp định hướng không phải là phát triển chung hay hợp tác nghề cá.

Việt Nam và Indonesia cũng mới chỉ cam kết việc phân định thềm lục địa cũng như các thỏa thuận về hợp tác dầu khí đối với các mỏ dầu nằm trên đường phân định giữa hai quốc gia. Vấn đề phân định vùng đặc quyền kinh tế vẫn còn bỏ ngỏ. Bên cạnh đó, Việt Nam và Indonesia vẫn chưa có thỏa thuận khai thác chung trên vùng đặc quyền kinh tế chồng lấn.

Đối với khu vực hợp tác khai thác chung của Việt Nam và Trung Quốc, theo báo cáo của Ủy ban Liên hợp Nghề cá Vịnh Bắc Bộ của Việt Nam và Hiệp định Hợp tác Nghề cá, hai bên thiết lập một vùng đánh cá chung rộng 33.500km², có phạm vi từ vĩ tuyến 20 xuống đến đường đóng cửa Vịnh, cách đường phân định 30,5 hải lý về mỗi phía. Thời hạn của Vùng đánh cá chung là 15 năm (12 năm chính thức và 3 năm gia hạn) và việc đánh cá chung được thực hiện theo các nguyên tắc: mỗi bên có quyền kiểm tra, kiểm soát khu vực đánh cá chung thuộc vùng đặc quyền kinh tế của mình. Số tàu thuyền của mỗi bên được phép vào khu vực đánh cá chung của phía bên kia là tương đương nhau. Muốn vào đánh bắt, khai thác tại khu vực này tàu cá phải được cấp phép khi đạt chuẩn công suất, mã lực theo quy định, đảm bảo các cam kết về bảo vệ môi trường biển v.v.. Tuy nhiên, tình trạng tàu cá không được cấp phép vào khu vực này để khai thác bất hợp pháp vẫn còn diễn ra.

8 Xem Nguyễn Ngọc Tuấn (2016), “Phát triển kinh tế biển ở một số nước và bài học kinh nghiệm cho Việt Nam”, Tạp chí Tài chính, kỳ 2 tháng 2/2016 đăng tại website: <http://tapchitaichinh.vn/nguyen-cuu--trao-doi/trao-doi-binh-luan/> truy cập ngày 4/7/2018.

9 Xem Vũ Văn Phái (2008), Biển và phát triển kinh tế biển Việt Nam: Quá khứ, hiện tại và tương lai, Kỷ yếu hội thảo quốc tế Việt Nam học lần 3 (Tiểu ban kinh tế Việt Nam), tr. 171.

10 Hà Thanh Biên (2017), “Phát triển kinh tế biển bền vững: Tiềm năng, thách thức và định hướng”, Bản tin chính sách Tài nguyên – Môi trường – Phát triển bền vững, (25), tr.5.

11 Xem Điều 3, Hiệp định về Vùng nước lịch sử giữa Việt Nam và Campuchia năm 1979.

Thực trạng đánh bắt cá bất hợp pháp tại các khu vực vùng đặc quyền kinh tế chồng lấn diễn ra nhiều bởi các ngư dân không nắm được các quy định của pháp luật quốc tế về nghề cá. Việc mất đi quá nhiều lợi ích so với trước đây khiến họ tiếp tục liều lĩnh đánh bắt cá tại các vùng biển đã quen thuộc từ trước. Vấn đề đánh cá bất hợp pháp dẫn đến nhiều căng thẳng chính trị giữa các nước có liên quan và đã trở thành một hiểm họa an ninh phi truyền thống¹², thậm chí có lúc đã dẫn đến đụng độ nổ súng trên biển. Đây là những nguyên nhân cơ bản làm cho hoạt động đánh cá bất hợp pháp diễn ra ngày càng gia tăng về số vụ, tính chất, vì thế cũng càng phức tạp hơn khi các quốc gia hữu quan chưa đưa ra được tiếng nói chung trong vấn đề phân định, hợp tác khai thác cũng như quản lý, đảm bảo an ninh trật tự.

Đối với các vùng biển chồng lấn, chưa được phân định thì các quốc gia cần thỏa thuận để thống nhất giải pháp tạm thời để chờ đợi một sự phân định cuối cùng là khai thác chung. Cho đến nay, Việt Nam và Indonesia chưa có thỏa thuận nào về giải pháp này nên đã dẫn đến việc bắt giữ tàu cá. Tuy nhiên, về nguyên tắc, trên các vùng biển chồng lấn thì các bên liên quan đều có quyền khai thác tài nguyên biển, trong đó có hoạt động đánh bắt hải sản của ngư dân. Như vậy, ngay cả trong trường hợp ngư dân Việt Nam đánh bắt trên vùng đặc quyền kinh tế chồng lấn chưa phân định giữa hai nước thì lực lượng tuần duyên của Indonesia cũng không có quyền bắt giữ, điều tra, truy tố và xét xử đối với ngư dân Việt Nam. Từ những phân tích ở trên, việc các cơ quan có thẩm quyền

của Indonesia bắt giữ, điều tra, truy tố và xét xử công dân Việt Nam khi họ đang đánh bắt trong vùng đặc quyền kinh tế của Việt Nam và kể cả trong vùng đặc quyền kinh tế chồng lấn giữa hai nước chưa được phân định là trái với UNCLOS 1982 và thỏa thuận của lãnh đạo hai nước¹³.

Điều 73 của UNCLOS 1982 quy định: “trong việc thực hiện các quyền thuộc chủ quyền về thăm dò, khai thác, bảo tồn và quản lý các tài nguyên sinh vật của vùng đặc quyền về kinh tế, quốc gia ven biển có thể thi hành mọi biện pháp cần thiết, kể cả việc khám xét, kiểm tra, bắt giữ và khởi tố tư pháp để bảo đảm việc tôn trọng các luật và quy định mà mình đã ban hành theo đúng Công ước” nhưng, “các chế tài do quốc gia ven biển trừ định đối với những vụ vi phạm các luật và quy định về mặt đánh bắt trong vùng đặc quyền về kinh tế không được bao gồm hình phạt tống giam, trừ khi các quốc gia hữu quan có thỏa thuận khác, và không bao gồm một hình phạt thân thể nào khác”. Trong trường hợp “khi có một sự bảo lãnh hay một bảo đảm đầy đủ khác thì cần thả ngay chiếc tàu bị bắt và trả tự do ngay cho đoàn thủy thủ của chiếc tàu này”¹⁴. Luật pháp quốc tế dường như không hỗ trợ Indonesia đánh chìm tàu cá nước ngoài nếu đánh bắt bất hợp pháp trong vùng đặc quyền kinh tế, cũng như các vùng biển mà các bên chưa đưa ra được cam kết cuối cùng cho việc phân định. Chính sách đánh chìm tàu cá láng giềng có thể là một cách tốt với Indonesia để tạo ra hiệu ứng răn đe, nhưng thủ tục pháp lý ở cả cấp độ quốc gia cũng như quốc tế cần phải được tôn trọng.

12 N. Ganesan (2001), Illegal fishing and illegal migration in Thailand's bilateral relations with Malaysia and Myanmar, Non-Traditional Security Issues in Southeast Asia, ed. A.T.H. Tan and J.D.K. Boutin (Singapore: Institute of Defence and Strategic Studies), PP. 507-528.

13 Ngô Hữu Phước (2017), Bắt ngư dân trong vùng biển chồng lấn là trái luật quốc tế, Báo Tuổi trẻ Online, truy cập ngày 7/7/2018 tại website <https://tuoitre.vn/bat-ngu-dan-trong-vung-bien-chong-lan-la-trai-luat-quoc-te-20171216150449446.htm>.

14 Khoản 2 Điều 73 Công ước của Liên hiệp quốc tế về Luật Biển năm 1982 (UNCLOS 1982).

4. Những giải pháp cho các quốc gia có vùng biển chồng lấn nhằm mục đích khai thác hiệu quả tài nguyên cá

Các tranh chấp quốc tế về đánh cá và sự suy giảm tài nguyên cá trên biển có mối liên hệ chặt chẽ với nhau. Các tranh chấp quốc tế về đánh cá gián tiếp góp phần làm suy giảm tài nguyên cá, đặc biệt là sự suy giảm của các loài cá di cư cũng góp phần làm tăng khả năng dẫn đến các tranh chấp tiềm tàng về đánh cá, nhất là ở các khu vực chưa được phân định.

Để giải quyết các vấn đề nêu trên, cần thực hiện các giải pháp sau:

Một là, tăng cường việc công nhận UNCLOS 1982. UNCLOS 1982 là một công ước tiên bộ, thể hiện sự thỏa hiệp mang tính toàn cầu có tính đến lợi ích của tất cả các quốc gia trên thế giới. Công ước không chấp nhận bảo lưu mà đòi hỏi phải tham gia cả gói (package deal) theo nguyên tắc “nhất trí” (consensus). Nếu phê chuẩn UNCLOS 1982, các quốc gia phải có trách nhiệm ràng buộc và thực hiện toàn bộ các điều khoản của Công ước. Việc công nhận rộng rãi Công ước góp phần đảm bảo hòa bình và ổn định trên biển. Tuy nhiên, cần nói rằng, việc công nhận Công ước rộng rãi chưa giải quyết được tất cả các vấn đề nhưng nó đã đảm bảo rằng các quốc gia trong khu vực có căn cứ pháp lý chung và là cơ sở cho hợp tác khu vực.

Hai là, ký kết các điều ước quốc tế song phương, đa phương dựa trên nguyên tắc: công nhận rằng tài nguyên cần được chia sẻ giữa các quốc gia tại vùng chồng lấn; tôn trọng quyền khai thác của quốc gia khác tại vùng chồng lấn không có hợp tác khai thác chung; các quốc gia có nghĩa vụ khai thác không gây hại cho tài nguyên cá tại các khu vực chồng lấn; các quốc gia liên

quan có nghĩa vụ hợp tác một cách thiện chí và tránh lạm quyền của mình theo Điều 300 UNCLOS 1982.

Ba là, khuyến khích thủ tục thả nhanh thuyền viên và tàu cá bị bắt. Việc chấp nhận thủ tục thả nhanh những tàu cá này được xem là động thái tích cực có vai trò nhất định trong việc ngăn chặn các tranh chấp về đánh cá. Sự căng thẳng giữa các quốc gia trong thời điểm gần đây được cho là xuất phát từ việc đánh chìm và bắt giữ công dân của các quốc gia láng giềng khi công dân của họ hoạt động tại khu vực được cho là chồng lấn chưa được phân định hay thỏa thuận hợp tác cùng khai thác. Việc thả nhanh tàu cá giúp phần nào giảm bớt được căng thẳng tại khu vực. Thủ tục này chỉ có thể được tiến hành trên nguyên tắc có đi có lại¹⁵.

Bốn là, xây dựng định chế có cấu trúc hoàn chỉnh nhằm quản lý về khai thác, bảo tồn tài nguyên cá nói riêng và tài nguyên sinh vật biển nói chung. Một khu vực nên bao gồm hai loại định chế ở phạm vi quốc gia và phạm vi khu vực với chức năng khác nhau. Định chế khu vực sẽ chịu trách nhiệm phối hợp với các quốc gia thành viên hình thành nên chính sách chung về đánh cá ở phạm vi khu vực, tiến hành tạo nên các tiêu chuẩn riêng, đưa ra các khuyến nghị về bảo tồn tài nguyên cá đặc biệt là tại khu vực chồng lấn giữa các quốc gia. Mỗi quốc gia thành viên có trách nhiệm thành lập một cơ quan quốc gia với chức năng là cầu nối giữa định chế khu vực và chính phủ của quốc gia đó. Bên cạnh đó, cơ quan này nên được trao chức năng phối hợp hoạt động với các cơ quan liên quan trong vấn đề thực hiện các cam kết quốc tế khu vực và toàn cầu.

Năm là, khai thác chung ra đời như một giải pháp hữu hiệu để dàn xếp tạm thời các tranh chấp trong phân định ranh giới

15 Alberto Szekely (1986), Ministry of Foreign Affairs Mexico city, Mexico, Tuna in the Eastern Tropical Pacific, Clingan, PP. 179 - 180.

trên biển cũng như tạo ra cơ hội cho các quốc gia cùng nhau thăm dò và khai thác các nguồn tài nguyên. Tuy nhiên, các quốc gia cần nhận thức được rằng đây chỉ là một giải pháp mang tính tạm thời. Trong dài hạn, nhằm tránh xảy ra xung đột hay thực hiện tốt công tác quản lý đối với hoạt động khai thác nguồn lợi thủy sản, an ninh trên biển, các quốc gia hữu quan cần đi đến một sự phân

định cuối cùng cho vùng chồng lấn.

Sáu là, ký kết các điều ước quốc tế về phân định vùng chồng lấn. Đây là một giải pháp tối ưu nhất để giải quyết các vấn đề phát sinh tại vùng chồng lấn và hầu như các quốc gia đều muốn hướng tới để an tâm khai thác các nguồn lợi từ biển cũng như thuận tiện hơn cho công tác quản lý ■

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Agreement between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of Malaysia on the Constitution and Other Matters relating to the Establishment of the Malaysia-Thailand Joint Authority, ký kết ngày 30/5/1990.
2. Hà Thanh Biên (2017), “*Phát triển kinh tế biển bền vững: Tiềm năng, thách thức và định hướng*”, Bản tin chính sách Tài nguyên – Môi trường – Phát triển bền vững, (25).
3. Báo cáo của Hội nghề cá Thành phố Rạch Giá ngày 20/4/2017 về “*Tàu cá của ngư dân bị tàu có vũ trang của Indonesia bắt giữ khi đang đánh bắt hải sản trong vùng biển Việt Nam*”.
4. Công ước Liên hiệp quốc về Luật Biển năm 1982.
5. Đỗ Việt Cường, Nguyễn Quang Minh (2013), “*Hợp tác nghề cá trong các vùng đang có tranh chấp tại vịnh Thái Lan*”, Bài viết nghiên cứu khoa học Học viện Ngoại giao.
6. N. Ganesan (2001), *Illegal fishing and illegal migration in Thailand's bilateral relations with Malaysia and Myanmar*, Non-Traditional Security Issues in Southeast Asia, ed. A.T.H. Tan and J.D.K Boutin (Singapore: Institute of Defence and Strategic Studies).
7. Hiệp định về Vùng nước lịch sử giữa Việt Nam và Campuchia năm 1979.
8. Fishery Law in Indonesia No.45, 2009 (Amendment to law No.31, 2004).
9. Sun Pyo Kim (2004), *Maritime Delimitation and Interim Agreements in North East Asia*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands.
10. Trần Hữu Duy Minh (2015) “*Nghĩa vụ trong vùng chồng lấn theo Điều 83(3) UNCLOS, phán quyết trong vụ phân định biển giữa Ghana và Cote d’Ivoire*”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 5(325).
11. Maritime Delimitation Treaty between Jamaica and the Republic of Colombia ký kết ngày 12/11/1993.
12. B.H. Oxman (1977), “*The Third United Nations Conference on the Law of the Sea: The 1976 New York Convention*”, A.J.I.L. 71.
13. Vũ Văn Phái (2008), “*Biển và phát triển kinh tế biển Việt Nam: Quá khứ, hiện tại và tương lai*”, Kỷ yếu hội thảo quốc tế Việt Nam học lần 3 (Tiểu ban kinh tế Việt Nam).
14. Ngô Hữu Phước (2017), “*Bắt ngư dân trong vùng biển chồng lấn là trái luật quốc tế*”, Báo Tuổi trẻ Online, truy cập lần cuối lúc 7/7/2018 tại website <https://tuoitre.vn/bat-ngu-dan-trong-vung-bien-chong-lan-la-trai-luat-quoc-te-20171216150449446.htm>.
15. Alberto Szekely (1986), *Ministry of Foreign Affairs Mexico city, Mexico, Tuna in the Eastern Tropical Pacific*, Clingan.
16. Thỏa thuận hợp tác nghề cá giữa Hàn Quốc và Trung Quốc, ký kết ngày 03/8/2000 (có hiệu lực từ ngày 30/7/2001).
17. Nguyễn Ngọc Tuấn (2016), “*Phát triển kinh tế biển ở một số nước và bài học kinh nghiệm cho Việt Nam*”, *Tạp chí tài chính*, Kỳ 2 tháng 2/2016 đăng tại website: <http://tapchitaichinh.vn/nghien-cuu--trao-doi/trao-doi-binh-luan/> truy cập lần cuối 4/7/2018.

PHẠM VI TƯƠNG TRỢ TƯ PHÁP HÌNH SỰ TRONG MỘT SỐ ĐIỀU ƯỚC QUỐC TẾ VÀ KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VIỆT NAM

Dương Đình Công*

* ThS. NCS. Trường Đại học Kiểm sát Hà Nội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: tương trợ tư pháp, yêu cầu tương trợ tư pháp

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 26/11/2018

Biên tập : 09/01/2019

Duyệt bài : 16/01/2019

Tóm tắt:

Trong việc giải quyết các vụ án hình sự có yếu tố nước ngoài, các quốc gia thường tìm kiếm sự hỗ trợ giúp đỡ từ các quốc gia nước ngoài bằng hình thức tương trợ tư pháp hình sự thông qua một yêu cầu tương trợ tư pháp. Yêu cầu tương trợ tư pháp được thực hiện theo cách thức với trình tự, thủ tục mà các bên có thỏa thuận và phù hợp với quy định của pháp luật quốc gia. Một trong những nội dung mà các quốc gia quan tâm khi tiếp nhận yêu cầu tương trợ tư pháp từ quốc gia yêu cầu là có thuộc phạm vi tương trợ tư pháp hay thuộc trường hợp từ chối tương trợ.

Article Information:

Keywords: Mutual judicial assistance in criminal matters; letter rogatory.

Article History:

Received : 26 Nov. 2018

Edited : 09 Jan. 2019

Approved : 16 Jan. 2019

Abstract

In the process dealing with the criminal cases involving foreign elements, it often seeks an assistance from the foreign nations in the manner of criminal justice assistance through a letter rogatory for mutual judicial assistance. The letter rogatory for mutual judicial assistance shall be made under the procedures agreed upon by the parties and in accordance with the provisions of national law. One of the matters that nations are interested in when they receive the letter rogatory for mutual judicial assistance is whether they are in the scope of mutual legal assistance or out of the assistance.

I. Nhận thức chung về phạm vi tương trợ tư pháp hình sự

1. Phạm vi tương trợ tư pháp (TTTP) hình sự được hiểu là giới hạn mà trong đó các chủ thể có thẩm quyền ở các quốc gia khác nhau thực hiện một hoặc một số hoạt động nhằm hỗ trợ giúp đỡ lẫn nhau trong việc giải quyết vụ án hình sự có yếu tố nước ngoài.

Quy định trong một số điều ước quốc tế (ĐUQT) và pháp luật Việt Nam về phạm vi TTTP hình sự cho thấy những nội dung đáng chú ý sau:

Một là, phạm vi TTTP hình sự là giới hạn của hoạt động hợp tác quốc tế trong giải quyết vụ án hình sự có yếu tố nước ngoài và là cơ sở pháp lý để các quốc gia liên quan thực hiện hoặc từ chối thực hiện nghĩa vụ TTTP hình sự. Căn cứ vào phạm vi TTTP được quy định trong pháp luật quốc gia và các ĐUQT mà quốc gia đó là thành viên, bên được yêu cầu sẽ cân nhắc các khả năng đáp ứng hay từ chối thực hiện TTTP của bên yêu cầu.

Hai là, phạm vi TTTP hình sự phải được xác định cụ thể. Phạm vi TTTP hình sự

được xác định theo các phương pháp khác nhau (hay kỹ thuật xây dựng khác nhau). Các ĐUQT đa phương thường sử dụng kỹ thuật liệt kê các hoạt động TTTP hình sự. Đồng thời, trong các ĐUQT này sẽ loại trừ các hoạt động không được điều chỉnh. Mặc dù theo cách thức nào thì phạm vi này cũng phải được xác định cụ thể.

Ba là, phạm vi TTTP hình sự phụ thuộc vào nhu cầu hợp tác giữa các bên liên quan, tùy thuộc vào mối quan hệ cụ thể cũng như sự cần thiết tăng cường hợp tác quốc tế về TTTP hình sự để mỗi bên xác định phạm vi tương trợ. Xu hướng chung là phạm vi TTTP hình sự ngày càng mở rộng.

2. Trong thực tiễn hợp tác giữa các cơ quan tiến hành tố tụng có thẩm quyền của các quốc gia trong việc giải quyết vụ án hình sự có thể xảy ra các hoạt động TTTP ở những mức độ khác nhau¹. Thông thường, phạm vi TTTP hình sự thường quy định các nội dung sau: hoạt động tổng đạt giấy tờ, hồ sơ, tài liệu liên quan đến TTTP hình sự; thu thập hoặc cung cấp chứng cứ; yêu cầu truy cứu trách nhiệm hình sự; hoạt động trao đổi thông tin hoặc các yêu cầu TTTP khác về hình sự; yêu cầu về cung cấp lời khai qua cầu truyền hình, chuyển giao tạm thời bị can hoặc bị cáo để làm chứng tại phiên tòa hình sự tại nước yêu cầu.

II. Quy định về phạm vi tương trợ tư pháp hình sự trong một số điều ước quốc tế về tương trợ tư pháp hình sự

1. Hiệp ước TTTP hình sự của Liên hiệp quốc

Hiệp ước mẫu về hỗ trợ lẫn nhau trong các vấn đề hình sự A/RES/45/117 (thông qua Nghị quyết của Đại hội đồng 45/117, sau đó được sửa đổi bởi Nghị quyết Đại hội đồng 53/112) bao gồm 22 điều và 01 phụ lục quy định những nội dung căn bản của TTTP hình sự giữa các quốc gia.

Điều 1 Hiệp ước xác định rõ phạm vi TTTP hình sự: Các Bên, phù hợp với Hiệp

ước này, sẽ dành cho nhau các biện pháp TTTP rộng rãi nhất có thể trong các cuộc điều tra hoặc tố tụng tòa án đối với hành vi phạm tội mà hình phạt, tại thời điểm yêu cầu hỗ trợ, thuộc thẩm quyền của cơ quan tư pháp của nước yêu cầu.

TTTP có thể được thực hiện phù hợp với Hiệp ước này có thể bao gồm 07 nội dung². Hiệp ước cũng quy định các trường hợp không áp dụng đối với việc bắt giữ hoặc giam giữ bất kỳ người nào có liên quan nhằm mục đích dẫn độ (i); Việc thi hành tại Nước yêu cầu các bản án hình sự được áp dụng trong Nhà nước yêu cầu trừ phạm vi được pháp luật nước yêu cầu cho phép và Điều 18 của Hiệp ước (ii); Chuyển giao người đang chấp hành án phạt tù để thụ án (iii) và việc Chuyển giao các thủ tục tố tụng hình sự (iv).

Năm 2007, Cơ quan Phòng chống tội phạm và ma túy của Liên hiệp quốc (UNODC) đã xây dựng Luật mẫu về TTTP các vấn đề hình sự bao gồm 4 Chương, 35 Điều. Điều 7 của luật này định ra giới hạn của TTTP hình sự mang tính nguyên tắc: TTTP theo Luật này có thể được cung cấp cho bất kỳ quốc gia nước ngoài nào cho dù có thỏa thuận hay không có thỏa thuận; Luật này quy định việc hỗ trợ cho bất kỳ quốc gia nước ngoài nào, trừ khi có thỏa thuận khác; Các bên có thể thỏa thuận cung cấp một phạm vi TTTP được đề cập tới tại khoản 2 Điều 7 và các điều khoản khác của Luật này cũng sẽ được áp dụng cho một yêu cầu hỗ trợ từ Tòa án hình sự quốc tế hoặc một Tòa án quốc tế được liệt kê trong Luật này³.

Như vậy, Hiệp ước TTTP hình sự của Liên hiệp quốc chính là cơ sở quan trọng để từ đó các quốc gia thành viên có thể vận dụng trong việc xây dựng luật pháp và thể chế trong lĩnh vực hỗ trợ lẫn nhau các vấn đề hình sự. Phạm vi của Hiệp ước căn bản phản ánh nhu cầu, thực tiễn hoạt động TTTP trong tình hình hiện nay giữa các quốc gia.

1 Xem, Trường Đại học Kiểm sát Hà Nội, Giáo trình Luật TTTP, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2016.

2 Xem Hiệp định TTTP hình sự (mẫu) của Liên hiệp quốc theo Nghị quyết A/RES/45/117 tại website: www.un.org.

3 Xem, Luật mẫu về TTTP các vấn đề hình sự của UNODC tại website: www.un.org tham khảo ngày 02/11/2018.

2. TTTP hình sự của Liên minh Châu Âu⁴

Quy định về TTTP hình sự các nước Châu Âu được quy định chủ yếu trong Công ước của Châu Âu về hỗ trợ lẫn nhau trong các vấn đề hình sự được ký tại Strasbourg ngày 20/4/1959; Nghị định thư bổ sung ngày 17/3/1978 cho Công ước châu Âu năm 1959; Các quy định về hỗ trợ lẫn nhau trong các vấn đề hình sự của Công ước ngày 19/6/1990; Công ước về hỗ trợ lẫn nhau trong các vấn đề hình sự giữa các quốc gia thành viên của Liên minh châu Âu năm 2000.

Công ước đầu tiên của Châu Âu về hỗ trợ lẫn nhau trong các vấn đề hình sự năm 1959 bao gồm lời nói đầu và 30 điều áp dụng cho các thành viên của Cộng đồng Châu Âu. Công ước không có điều khoản cụ thể quy định về phạm vi TTTP hình sự mà phạm vi này được xác định thông qua các điều khoản liên quan đến thủ tục thực hiện TTTP hình sự.

Điều 1 Công ước quy định về nghĩa vụ của các quốc gia thành viên: Các Bên ký kết cam kết hỗ trợ lẫn nhau, phù hợp với các quy định của Công ước này, biện pháp hỗ trợ rộng nhất trong các thủ tục tố tụng đối với hành vi phạm tội tại thời điểm yêu cầu hỗ trợ, thuộc thẩm quyền của cơ quan tư pháp của Bên yêu cầu.

Công ước này không áp dụng cho các vụ bắt giữ, thi hành bản án hoặc vi phạm theo luật quân sự mà không phải là tội phạm theo luật hình sự thông thường.

Các quốc gia thành viên có thể từ chối TTTP nếu yêu cầu liên quan đến hành vi phạm tội mà Bên được yêu cầu xem xét liên quan đến tội phạm chính trị hoặc tội phạm tài chính⁵.

Bên được yêu cầu cũng có thể từ chối TTTP khi cho rằng, việc thực hiện yêu cầu có thể ảnh hưởng đến chủ quyền, an ninh, trật tự công cộng hoặc các lợi ích thiết yếu

khác của quốc gia.

Công ước về TTTP hình sự giữa các thành viên của Liên minh Châu Âu năm 2000 được tất cả các quốc gia thành viên ký vào ngày 29/5/2000 là nỗ lực nhằm cải thiện các hình thức TTTP đáp ứng yêu cầu phát sinh trong lĩnh vực hợp tác tư pháp. Mục đích của Công ước này là khuyến khích và tạo điều kiện hỗ trợ lẫn nhau giữa các cơ quan tư pháp, cảnh sát và hải quan về các vấn đề hình sự. Công ước là sự bổ sung cần thiết cho Công ước Hỗ trợ lẫn nhau trong các vấn đề hình sự năm 1959 và Nghị định thư 1978.

Trong việc xây dựng Công ước mới này, Hội đồng Châu Âu đã không giới hạn một công cụ riêng biệt. Do đó, mục tiêu chính của Công ước là cải thiện hợp tác tư pháp bằng cách phát triển và hiện đại hóa các quy định hiện hành. Sự điều chỉnh trong Công ước này chủ yếu bằng cách mở rộng phạm vi các trường hợp có thể yêu cầu TTTP hình sự thông qua một loạt các biện pháp nhanh, linh hoạt và hiệu quả hơn.

Điều 3 Công ước quy định về các thủ tục liên quan đến việc hỗ trợ lẫn nhau vượt ra ngoài phạm vi của Công ước 1959. Yêu cầu TTTP hình sự theo Điều 3 không chỉ cho các cuộc điều tra về các vấn đề hình sự mà còn cho các cuộc điều tra về hành vi chịu sự xử phạt hành chính nhất định. Đồng thời, trong Công ước này có những quy định đáng chú ý như Điều 9 quy định về trường hợp Tạm thời chuyển người bị tạm giữ vì mục đích điều tra; Điều 10 Xét xử thông qua cầu truyền hình. Điều 11 quy định về Phiên điều trần của các nhân chứng và các chuyên gia qua điện thoại; Điều 13. Đội điều tra chung. Điều 14 về Điều tra bí mật; Các Điều 17 đến Điều 22 quy định các vấn đề về ngăn chặn thông tin liên lạc...

4 Xem, Official Journal of the European Communities, Explanatory Report on the Convention of 29 May 2000 on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Member States of the European Union, (2000/C 379/02) tại website: <https://eur-lex.europa.eu> (tham khảo ngày 02/11/2018)

5 Thời điểm ký kết Hiệp định này, TTTP liên quan đến vấn đề tài chính chưa được đề cập cho đến Nghị định thư bổ sung năm 1978.

Có thể thấy EU là tổ chức quốc tế khu vực đạt được sự thỏa thuận quan trọng trong lĩnh vực TTTP hình sự. Phạm vi TTTP hình sự càng ngày càng được mở rộng phù hợp với thực tiễn đấu tranh phòng chống tội phạm giữa các quốc gia thành viên. EU cũng có những quy định mang tính tiên phong trong việc hỗ trợ lẫn nhau giải quyết các vấn đề hình sự như việc lấy lời khai qua câu truyền hình; điều tra bí mật; điều tra chung; ngăn chặn thông tin liên lạc...

3. Hiệp định TTTP hình sự của ASEAN

Sau EU, ASEAN là tổ chức quốc tế khu vực đã xây dựng được cơ chế hợp tác trong đấu tranh phòng chống tội phạm thông qua các thỏa thuận trong Hiệp định TTTP hình sự của ASEAN năm 2004.

Khoản 1 Điều 1 Hiệp định quy định nghĩa vụ của các quốc gia thành viên trong TTTP hình sự theo nguyên tắc: Các Quốc gia thành viên, theo quy định của Hiệp định này và phù hợp với pháp luật quốc gia của mình, phải dành cho nhau các biện pháp TTTP rộng rãi nhất có thể được trong việc điều tra, truy tố và thủ tục tố tụng tiếp theo.

Tại khoản 2, Hiệp định xác định cụ thể phạm vi TTTP hình sự giữa các quốc gia thành viên bao gồm 10 nội dung cụ thể và một nội dung mang tính kỹ thuật⁶.

Một điểm lưu ý của Hiệp định là chỉ áp dụng đối với việc TTTP giữa các Quốc gia thành viên. Các quy định của Hiệp định này không tạo ra bất cứ quyền nào cho một cá nhân trong việc thu thập, ngăn cản hoặc cản trở việc đưa ra hoặc loại bỏ bất kỳ chứng cứ nào hoặc cản trở việc thực hiện các yêu cầu tương trợ.

Công ước quy định 11 trường hợp quốc gia được yêu cầu có quyền từ chối TTTP và 03 trường hợp có thể từ chối nếu xét thấy cần thiết. Hiệp định cũng mở rộng

phạm vi thu thập chứng cứ bằng việc cho phép sử dụng kết nối truyền hình trực tiếp hoặc các công cụ giao tiếp thích hợp khác nhằm thực hiện quá trình thu thập chứng cứ, lời khai⁷...

Nghiên cứu phạm vi TTTP hình sự trên đây có 03 điểm cần lưu ý:

Một là, các hiệp định TTTP hình sự đều giới hạn phạm vi TTTP hình sự giữa các quốc gia thành viên một cách cụ thể. Trong đó phạm vi TTTP hình sự của các nước ASEAN được xác định rất rộng. Không có các tài liệu để lý giải cho quy định một phạm vi TTTP hình sự rất rộng này. Tuy nhiên, xét về bối cảnh và thời gian ra đời có thể thấy, Hiệp định TTTP hình sự của các nước ASEAN ra đời muộn hơn cả. Đồng thời, trong nội dung về phạm vi TTTP hình sự của các nước ASEAN dường như có sự tích hợp phạm vi của các Công ước chuyên biệt phổ cập của Liên hiệp quốc như Công ước Phòng chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia, Công ước Chống tham nhũng.

Hai là, các Hiệp định đều quy định rằng Hiệp định không áp dụng đối với trường hợp cho thi hành bản án hình sự; dẫn độ; chuyển giao người bị kết án và chuyển giao vụ án hình sự. Như vậy, điểm thống nhất này trong các hiệp định trên đây cho thấy nhận thức chung của các quốc gia là khá tương đồng. Quy định này cho thấy tính chất khác nhau của TTTP hình sự với dẫn độ, chuyển giao người bị kết án. Về việc cho thi hành bản án hình sự tại quốc gia khác cũng như việc chuyển giao vụ án hình sự liên quan nhiều hơn đến tính chất chủ quyền quốc gia. Tuy nhiên, tính chất chủ quyền không phải là tuyệt đối. Hiệp định cũng thể hiện rằng trong trường hợp pháp luật quốc gia có quy định như vậy thì việc cho thi hành bản án hình sự vẫn có thể được thực hiện.

6 Xem, Hiệp định TTTP hình sự của ASEAN năm 2004.

7 Đỗ Mạnh Hồng, Các vấn đề pháp lý cơ bản trong lĩnh vực TTTP về hình sự của ASEAN, Tạp chí Luật học số 09/2008, tr. 62-64.

Ba là, các Hiệp định không chỉ giới hạn phạm vi TTTP cụ thể mà luôn có điều khoản mang tính kỹ thuật - quy định “quét”. Đây là một quy định có độ mở khác nhau. Các thành viên của Hiệp định có thể cung cấp các hình thức hỗ trợ khác nếu như điều đó không trái với mục đích của Hiệp định hoặc pháp luật quốc gia cho phép thực hiện điều đó. Trong dài hạn, các quy định mở này vẫn sẽ được duy trì nhằm đáp ứng sự linh hoạt trong thực tiễn quan hệ giữa các quốc gia thành viên.

III. Phạm vi tương trợ tư pháp hình sự trong các điều ước quốc tế song phương và pháp luật Việt Nam

1. Hiện nay, Việt Nam đã ký kết hơn 20 Hiệp định TTTP với các quốc gia và đang tiếp tục đàm phán ký kết các Hiệp định khác⁸. Phần này chỉ trình bày phạm vi TTTP hình sự trong một số hiệp định nổi bật, cụ thể:

- Hiệp định TTTP và pháp lý về dân sự và hình sự giữa Cộng hòa XHCN Việt Nam và Cộng hòa XHCN Tiệp Khắc ký ngày 10/12/1982: Hiện nay, hai nước Cộng hòa Séc và Xlô-va-ki-a kế thừa Hiệp định này. Hiệp định quy định phạm vi TTTP là tất cả các hành vi tố tụng, trong đó tập trung vào việc lấy lời khai của người làm nhân chứng, của đương sự, của bị can, hoặc của các người khác, trong việc tiến hành giám định, trong việc lập chuyển và tổng đạt giấy tờ.

- Hiệp định TTTP về các vấn đề dân sự, gia đình và hình sự giữa Cộng hòa XHCN Việt Nam và Cộng hòa Hung-ga-ri, ký ngày 18/01/1985: Tại Điều 4. Phạm vi TTTP bao gồm việc thực hiện các hành vi tố tụng riêng biệt như việc khám nhà, tạm giữ, tịch biên tài sản, việc gửi các chứng cứ, lấy lời khai của những người làm chứng, người giám định và những người khác, xét hỏi bị can, xem xét tại chỗ, yêu cầu tổng đạt, gửi các tài

liệu cũng như lập và gửi các giấy tờ. Điều 17 quy định về các trường hợp từ chối như liên quan đến chủ quyền, an ninh hoặc trái với nguyên tắc pháp luật quốc gia. Trong hiệp định cũng quy định nhiều vấn đề khác như chuyển giao vụ án hình sự, chuyển giao đồ vật... Nhìn chung phạm vi TTTP trong hiệp định này khá rộng xét trong bối cảnh ký kết lúc bấy giờ.

- Hiệp định TTTP hình sự giữa Cộng hòa XHCN Việt Nam và Ấn Độ, ký ngày 8/10/2007: Điều 1 của Hiệp định quy định rõ, Phù hợp với các quy định của Hiệp định này, các Bên sẽ dành cho nhau sự TTTP tối đa trong các vấn đề về hình sự. TTTP hình sự bao gồm các TTTP về điều tra, truy tố hoặc các thủ tục tố tụng khác trong các vấn đề về hình sự do Bên được yêu cầu cung cấp cho Bên yêu cầu, không phụ thuộc vào việc yêu cầu TTTP đó do Tòa án hay cơ quan có thẩm quyền khác yêu cầu hoặc đề nghị.

Đặc biệt Hiệp định cũng quy định yêu cầu TTTP sẽ được thực hiện không phụ thuộc vào việc hành vi là đối tượng của điều tra, truy tố, xét xử của Bên yêu cầu có cấu thành tội phạm theo luật của Bên được yêu cầu hay không.

Khoản 4 của Điều này quy định 09 nội dung TTTP hình sự cụ thể và Các bên có thể dành cho nhau các TTTP khác phù hợp với mục đích của Hiệp định này và không trái với pháp luật của Bên được yêu cầu. Khoản 5 giới hạn TTTP hình sự theo Hiệp định không bao gồm: Dẫn độ, bắt hoặc giam giữ người để dẫn độ; Thực hiện bản án hình sự của Bên yêu cầu ở Bên được yêu cầu, trừ những trường hợp pháp luật của Bên được yêu cầu và Hiệp định này cho phép; Chuyển giao người đang bị giam giữ để thi hành hình phạt; Chuyển giao việc xét xử trong các vấn đề về hình sự.

8 Xem, Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Vụ 13, Chuyên đề “Thực trạng và giải pháp hoạt động TTTP về hình sự; Một số kiến nghị, sửa đổi, bổ sung Luật TTTP năm 2007”, (2017), Hà Nội, tr. 10. Việt Nam cũng tham gia khoảng 15 ĐUQT đa phương có quy định về TTTP hình sự (trong phần này không nghiên cứu các ĐUQT đa phương này).

2. Phạm vi TTTP hình sự trong Luật Tương trợ tư pháp năm 2007

Phạm vi TTTP hình sự theo Luật này được quy định tại Điều 17, bao gồm: Tổng đạt giấy tờ, hồ sơ, tài liệu liên quan đến TTTP về hình sự (i); Triệu tập người làm chứng, người giám định (ii); Thu thập, cung cấp chứng cứ (iii); Truy cứu trách nhiệm hình sự (iv); Trao đổi thông tin (v) và Các yêu cầu TTTP khác về hình sự (vi).

Như vậy, theo quy định của Luật TTTP, phạm vi TTTP hình sự hẹp hơn so với phạm vi TTTP được đề cập trong Hiệp ước TTTP pháp lý hình sự (mẫu) của Liên hiệp quốc.

3. Phạm vi TTTP hình sự trong Bộ luật Tố tụng hình sự 2015

Bộ luật Tố tụng hình sự (TTHS) năm 2015 có nhiều quy định mới có liên quan đến TTTP hình sự, cụ thể: Xác định phạm vi hợp tác quốc tế trong tố tụng hình sự gồm TTTP hình sự, dẫn độ, tiếp nhận, chuyển giao người đang chấp hành án phạt tù và các hoạt động hợp tác quốc tế khác được quy định trong Bộ luật TTHS, pháp luật về TTTP và các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên (Điều 491). Xác định giá trị pháp lý của tài liệu, đồ vật thu thập được qua hợp tác quốc tế trong tố tụng hình sự (Điều 494). Quy định về việc tiến hành tố tụng của người có thẩm quyền của Việt Nam ở nước ngoài và người có thẩm quyền của nước ngoài ở Việt Nam được thực hiện theo điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên hoặc theo nguyên tắc có đi có lại (Điều 495). Quy định về việc cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam có thể đề nghị cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài cho người làm chứng, người giám định, người đang chấp hành án phạt tù tại nước được đề nghị có mặt ở Việt Nam để phục vụ việc giải quyết vụ án hình sự hoặc có thể cho phép người làm chứng, người giám định, người đang chấp hành án phạt tù tại Việt Nam có mặt ở nước ngoài

để phục vụ việc giải quyết vụ án hình sự (Điều 496). Quy định việc cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam hợp tác với cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài trong việc truy tìm, tạm giữ, kê biên, phong tỏa, tịch thu, xử lý tài sản do phạm tội mà có để phục vụ yêu cầu điều tra, truy tố, xét xử và thi hành án hình sự (Điều 507). Quy định biện pháp phong tỏa tài khoản có thể được áp dụng nếu có căn cứ cho rằng số tiền trong tài khoản đó liên quan đến hành vi phạm tội của người bị buộc tội (Điều 129). Quy định việc cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam có thể hợp tác với cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài trong việc phối hợp điều tra hoặc áp dụng các biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt (Điều 508). Quy định việc đợi kết quả thực hiện yêu cầu TTTP của nước ngoài là một trong những căn cứ để tạm đình chỉ việc giải quyết tố giác, tin báo về tội phạm, kiến nghị khởi tố; tạm đình chỉ điều tra trong giai đoạn điều tra; tạm đình chỉ vụ án trong giai đoạn truy tố; tạm đình chỉ vụ án trong giai đoạn chuẩn bị xét xử (Điều 148, Điều 229, Điều 247, Điều 281, Điều 443)⁹.

Ngoài ra trong các Luật Phòng, chống rửa tiền; Luật Phòng, chống tham nhũng; Luật Phòng, chống khủng bố cũng có các quy định cụ thể cho phép xác định phạm vi TTTP hình sự. Những quy định trên đây là cơ sở pháp lý quan trọng có thể bổ sung cho những khuyết thiếu của Luật TTTP 2007.

IV. Kiến nghị

1. Về tổng thể, trong pháp luật TTTP Việt Nam, phạm vi TTTP hình sự căn bản tương thích với các quy định trong các ĐUQT mà Việt Nam ký kết hoặc là thành viên. Tuy nhiên, xem xét các trường hợp cụ thể cho thấy, phạm vi TTTP hình sự của Việt Nam là khá hẹp so với các cam kết trong các ĐUQT đa phương và song phương. Mặc dù tại khoản 6 Điều 17 quy định “Các yêu cầu TTTP khác về hình sự” là quy định “quét”. Quy định này có ưu điểm và hạn chế. Ưu điểm của quy định này sẽ giải quyết thỏa

9 Xem, Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Vụ 13, Chuyên đề, tldd, tr. 5-7.

đăng các cam kết của Việt Nam đối với các quốc gia hữu quan. Việt Nam hoàn toàn có cơ sở để giải trình các nghĩa vụ hợp tác của mình. Tuy nhiên, đây cũng là quy định bộc lộ nhiều hạn chế, đặc biệt trong quá trình thực thi các nội dung hợp tác quốc tế về TTTP hình sự.

Trong thực tiễn thực hiện các yêu cầu TTTP hình sự, Việt Nam đã giải quyết các nội dung yêu cầu TTTP nằm ngoài nội dung của Luật TTTP năm 2017. Tuy nhiên, pháp luật TTTP hình sự Việt Nam chưa có quy định về sự tham gia của người tiến hành tố tụng tại nước được yêu cầu, các quy định hỗ trợ điều tra hoặc cung cấp chứng cứ, liên kết, phối hợp điều tra; chưa quy định cụ thể trong việc phong tỏa, kê biên, thu giữ, tịch thu và xử lý tài sản do phạm tội mà có...¹⁰. Do vậy có thể dẫn đến hệ quả là, nếu như đáp ứng các yêu cầu TTTP hình sự của nước ngoài thì cơ quan nhà nước có thẩm quyền của Việt Nam thiếu cơ sở để thực hiện; ngược lại, nếu không thực hiện các yêu cầu TTTP hình sự của nước ngoài thì Việt Nam đang đi ngược lại chính các nghĩa vụ mà mình cam kết. Do đó, chúng tôi cho rằng, cần thiết phải sửa đổi quy định hiện hành về phạm vi TTTP hình sự theo hướng bổ sung các nội dung khác như: xác minh, giải

quyết tin báo, tố giác tội phạm; liên kết điều tra, phối hợp điều tra; quy định cho phép sử dụng các phương tiện kỹ thuật áp dụng công nghệ cao (thư điện tử, fax...) trong việc gửi, tiếp nhận hồ sơ ủy thác tư pháp và thực hiện một số hoạt động TTTP...¹¹.

2. Bên cạnh phạm vi TTTP hình sự được quy định cụ thể trong các ĐUQT và pháp luật quốc nội, các quốc gia đều có quy định các trường hợp từ chối thực hiện TTTP. Xét về mặt logic, các quy định từ chối này cho phép các quốc gia xem xét yêu cầu TTTP hình sự nằm ngoài các quy định cụ thể trong phạm vi TTTP hình sự.

Điều 21 Luật TTTP 2007 quy định 05 trường hợp Việt Nam sẽ từ chối thực hiện ủy thác tư pháp về hình sự của nước ngoài. Tuy nhiên, cách thể hiện quy định này lại làm cho các trường hợp TTTP được quy định tại khoản 6 Điều 17 bị giới hạn so với các cam kết của Việt Nam. Vì vậy, chúng tôi cho rằng, để vừa nâng cao hiệu quả hợp tác đấu tranh phòng chống tội phạm vừa hài hòa được lợi ích quốc gia, đồng thời phù hợp với các nghĩa vụ mà Việt Nam đã cam kết, cần phải sửa đổi quy định của Điều 21 theo hướng loại bỏ khoản 2, 3 của Điều này ■

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Công ước của Châu Âu về hỗ trợ lẫn nhau trong các vấn đề hình sự năm 1959, năm 2000 và Nghị định thư bổ sung năm 1978.
2. Công ước của Châu Âu về hỗ trợ lẫn nhau trong các vấn đề hình sự năm năm 2000.
3. Luật Hỗ trợ điều tra quốc tế của Nhật Bản.
4. Hiệp định TTTP hình sự (mẫu) của Liên hiệp quốc năm 2000.
5. Hiệp định TTTP hình sự của ASEAN năm 2004.
6. Hiệp định TTTP và pháp lý về dân sự và hình sự giữa Cộng hòa XHCN Việt Nam và Cộng hòa XHCN Tiệp Khắc năm 1982.
7. Hiệp định TTTP về các vấn đề dân sự, gia đình và hình sự giữa Cộng hòa XHCN Việt Nam và Cộng hòa Hung-ga-ri năm 1985.
8. Hiệp định TTTP hình sự giữa Cộng hòa XHCN Việt Nam và Ấn Độ năm 2007.
9. Đỗ Mạnh Hồng, *Các vấn đề pháp lý cơ bản trong lĩnh vực TTTP về hình sự của ASEAN*, Tạp chí Luật học số 09/2008.

10 Xem, Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Vụ 13, Chuyên đề, tldd, tr. 34.

11 Như trên.

MỘT SỐ Ý KIẾN VỀ LUẬT BAN HÀNH VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT

Nguyễn Minh Đoan*

* GS.,TS. Trường Đại học Luật Hà Nội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật; Hiến pháp năm 2013

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 04/07/2019

Biên tập : 20/07/2019

Duyệt bài : 01/08/2019

Tóm tắt:

Ban hành văn bản quy phạm pháp luật là việc làm thường xuyên, không thể thiếu của bất kỳ một nhà nước hiện đại nào khi coi văn bản quy phạm pháp luật là nguồn pháp luật chủ yếu. Văn bản quy phạm pháp luật được coi là hình thức thể hiện khoa học, chặt chẽ, chính xác, có nhiều ưu điểm nhất của pháp luật. Tuy nhiên, mỗi quốc gia khác nhau lại quy định việc ban hành chúng khác nhau và trong một quốc gia cũng thường tồn tại nhiều loại văn bản quy phạm pháp luật nên mỗi loại cũng có thủ tục ban hành khác nhau.

Article Infomation:

Keywords: Law on Promulgation of Legal Normative Documents; the Constitution of 2013

Article History:

Received : 04 Apr. 2019

Edited : 20 Jul. 2019

Approved : 01 Aug. 2019

Abstract

Promulgation of legal normative documents is a common and indispensable activity of any modern government once the legal normative documents are considered as a major source of laws. Legal normative documents are known a scientific, coherent and accurate promulgation manner with the most advantages of laws. However, the countries regulate the promulgation of the legal normative documents in different manners, and there are different types of legal normative documents in each country, so each type of legal normative documents is issued in different procedures.

Sau khi Hiến pháp năm 2013 có hiệu lực, để chi tiết hóa Hiến pháp và khắc phục những hạn chế, bất cập của các luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) trước đây, Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 đã được Quốc hội thông qua. Sự ra đời của Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 đã đánh dấu một bước phát triển mới trong quá trình hoàn thiện pháp luật để xây dựng (ban hành) các VBQPPL khác. Kể từ khi Luật Ban hành VBQPPL ra đời,

công tác xây dựng pháp luật dần đi vào nề nếp, chất lượng các VBQPPL được nâng cao, góp phần tích cực vào việc ổn định trật tự xã hội, phát triển đất nước về mọi mặt. Tuy nhiên, sau một thời gian thực hiện, Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 đã bộc lộ những hạn chế, bất cập cần được tiếp tục hoàn thiện nhằm đáp ứng yêu cầu đòi hỏi của sự phát triển đất nước trong điều kiện xây dựng nhà nước pháp quyền, hội nhập quốc tế.

1. Trước hết, không nên đặt tên luật là Luật Ban hành VBQPPL. Bởi lẽ, Luật này không quy định về trình tự, thủ tục ban hành tất cả các VBQPPL (một số văn bản có đầy đủ các dấu hiệu của một VBQPPL nhưng lại không được quy định trong Luật này. Chẳng hạn, Hiến pháp, quy chế...). Do vậy, có thể đặt tên là Luật Ban hành luật, nghị quyết của Quốc hội, Nghị định của Chính phủ... Như vậy, chỉ những văn bản nào cần phải quy định chặt chẽ về trình tự, thủ tục ban hành thì mới quy định trong Luật này.

Không định nghĩa VBQPPL trong Luật (Điều 2). Trong các Luật Ban hành VBQPPL đã ban hành trước đây, mỗi văn bản lại có định nghĩa về VBQPPL khác nhau. Thậm chí có thời kỳ, trong Luật Ban hành VBQPPL còn đòi hỏi VBQPPL phải “điều chỉnh các quan hệ xã hội ở địa phương theo định hướng XHCN” (Điều 1 Luật Ban hành VBQPPL của Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân năm 2004). Mà định nghĩa nào cũng chưa phù hợp nên đã làm khó cho việc giải thích và giảng dạy về VBQPPL. Bởi VBQPPL không phải chỉ có Việt Nam sử dụng mà các quốc gia trên thế giới cũng đều sử dụng. Do vậy, thế nào là VBQPPL phải được định nghĩa cho phù hợp chung với tất cả các nước trên thế giới chứ không thể chỉ riêng cho Việt Nam. Theo chúng tôi, trong Luật Ban hành VBQPPL không cần định nghĩa thế nào là VBQPPL. Sở dĩ chúng tôi đưa ra quan điểm trên vì các định nghĩa thường được đưa ra bởi những người làm khoa học nhằm phục vụ cho công tác nghiên cứu và giảng dạy.

Chúng tôi cho rằng, để bảo đảm tính chặt chẽ trong xác định hiệu lực và trình tự sửa đổi, thông qua VBQPPL, Luật Ban hành VBQPPL nên tập trung quy định thủ tục ban hành đối với mỗi loại văn bản pháp luật.

2. Chúng tôi cho rằng, quy định: “Văn bản có chứa quy phạm pháp luật nhưng được

ban hành không đúng thẩm quyền, hình thức, trình tự, thủ tục quy định trong Luật này thì không phải là VBQPPL”¹ là không chính xác. Bởi lẽ, nếu một văn bản có đầy đủ các dấu hiệu của VBQPPL thì nó phải là VBQPPL, còn nếu nó không được ban hành theo đúng thẩm quyền, hình thức, trình tự, thủ tục theo quy định của pháp luật thì việc ban hành văn bản đó bị coi là trái pháp luật và nó sẽ không có hiệu lực thi hành. Các tổ chức, cá nhân có trách nhiệm kiểm tra, giám sát việc ban hành VBQPPL đó phải chặn văn bản đó lại, tuyên bố văn bản đó không có hiệu lực thi hành, bị đình chỉ thi hành hoặc bị hủy bỏ. Vì vậy, chúng tôi đề nghị sửa lại quy định trên theo hướng: “Văn bản có chứa quy phạm pháp luật nhưng được ban hành không đúng thẩm quyền, hình thức, trình tự, thủ tục quy định trong Luật này thì không có hiệu lực thi hành, bị đình chỉ thi hành hoặc phải bị hủy bỏ”.

Bên cạnh đó, để tăng cường trách nhiệm của cơ quan có thẩm quyền ban hành VBQPPL, bảo vệ quyền, lợi ích chính đáng, hợp pháp của các tổ chức, cá nhân, Luật Ban hành VBQPPL cần bổ sung quy định cho phép tổ chức, cá nhân khiếu nại, tố cáo, thậm chí là khởi kiện đối với VBQPPL được ban hành không đúng thẩm quyền.

Ngoài ra, bên cạnh quy định về thủ tục để các tổ chức, cá nhân có sáng kiến, góp ý, phản biện đối với dự thảo VBQPPL, Luật Ban hành VBQPPL cần bổ sung quy định về thủ tục, tổ chức, cá nhân đề nghị xem xét lại đối với quy định của dự thảo văn bản hoặc quy định của văn bản đã được thông qua (ký ban hành) nhưng nội dung không hợp hiến, hợp pháp, hợp lý.

3. Về nguyên tắc xây dựng, ban hành VBQPPL. Luật Ban hành VBQPPL cần quy định đầy đủ các nguyên tắc trong xây dựng, ban hành VBQPPL cả về mặt xã hội và cả về mặt kỹ thuật. Luật Ban hành VBQPPL

1 Điều 2 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015.

mới chỉ tập trung đề cập đến các nguyên tắc mang tính chất kỹ thuật mà chưa nói đến các nguyên tắc xã hội như việc ban hành VBQPPL phải có sự tham gia của nhân dân, có sự lãnh đạo của Đảng, nguyên tắc khách quan, khoa học, nguyên tắc chuyên nghiệp trong xây dựng pháp luật, nguyên tắc hài hòa hóa pháp luật trong xây dựng, ban hành pháp luật... Các nguyên tắc đó có ảnh hưởng rất lớn đến chất lượng các VBQPPL được ban hành.

4. Về nội dung mỗi loại VBQPPL. Chúng tôi cho rằng, Luật Ban hành VBQPPL không nên quy định liệt kê văn bản do cơ quan A, hay B ban hành dùng để quy định những gì (nội dung của văn bản), bởi lẽ, VBQPPL của cơ quan A được quy định những nội dung gì là phụ thuộc thẩm quyền (nhiệm vụ, quyền hạn) của cơ quan đó đã được Hiến pháp và luật tổ chức cơ quan đó quy định. Do đó, việc quy định nội dung của mỗi loại văn bản trong Luật Ban hành VBQPPL là không cần thiết (tạo ra quá nhiều quy phạm pháp luật trong hệ thống pháp luật). Chưa kể là việc quy định đôi khi lại không thống nhất với Hiến pháp và Luật tổ chức.

5. Về trình tự soạn thảo các loại VBQPPL. Luật VBQPPL chỉ nên quy định trình tự soạn thảo cho các văn bản luật là những văn bản có nội dung quy định những vấn đề quan trọng, hiệu lực pháp luật cao, cần có trình tự, thủ tục ban hành chặt chẽ chính xác; đối với những VBQPPL dưới luật khác, chỉ nên quy định những vấn đề mang tính chi tiết, tổ chức thi hành các văn bản luật không cần phải quy định thủ tục soạn thảo quá chi tiết, chặt chẽ.

6. Về văn bản quy định chi tiết. Khoản 2 Điều 11 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 quy định: “Dự thảo văn bản quy định chi tiết phải được chuẩn bị và trình đồng thời với dự án luật, pháp lệnh và phải được ban hành để có hiệu lực cùng thời điểm có hiệu lực của văn bản hoặc điều, khoản, điểm được quy định chi tiết”. Tuy nhiên, thực tế

cho thấy, rất ít khi cơ quan soạn thảo dự án luật đồng thời soạn thảo dự thảo văn bản quy định chi tiết. Lý do của tình trạng trên có thể là:

- Do sức ép về thời gian đối với tiến độ soạn thảo dự án luật hoặc có quá nhiều quy định của dự án luật cần được quy định chi tiết nên các cơ quan chịu trách nhiệm soạn thảo không có đủ thời gian soạn thảo dự thảo văn bản quy định chi tiết;

- Hiện tượng nhiều quy định của dự án luật sau khi trình bị Quốc hội sửa đổi và như vậy dự thảo các văn bản quy định chi tiết được soạn thảo cùng dự án luật cũng không còn giá trị nên các cơ quan có trách nhiệm thường để Quốc hội quyết định xong (thông qua dự án luật) rồi mới tiến hành soạn thảo dự thảo văn bản quy định chi tiết.

Chính những lý do nêu trên đã làm cho trên thực tế dự thảo văn bản quy định chi tiết các điều, khoản của văn bản luật thường không được chuẩn bị và trình cùng đồng thời với dự án luật. Tuy vậy, Quốc hội chỉ chủ yếu quan tâm tới dự án luật, ít quan tâm đến dự thảo văn bản quy định chi tiết nên vẫn thông qua dự án luật và “cho nợ” dự thảo văn bản quy định chi tiết. Việc không ban hành kịp thời văn bản quy định chi tiết vô hình chung đã làm vô hiệu một số quy định (những quy định của luật cần quy định chi tiết) của luật trên thực tế, gây khó khăn, lúng túng cho cơ quan có trách nhiệm tổ chức thi hành, áp dụng đối với các quy định đó của luật, làm ảnh hưởng đến quyền, lợi ích của tổ chức, doanh nghiệp, người dân trong trường hợp có liên quan đến quy định chi tiết đó. Để khắc phục tình trạng trên chúng tôi gợi ý giải pháp sau:

Trường hợp tốt nhất, Quốc hội và các cơ quan khác phải thi hành nghiêm chỉnh quy định của Điều 11 Luật Ban hành VBQPPL là *chuẩn bị và trình đồng thời dự thảo văn bản quy định chi tiết với dự án luật, pháp lệnh và phải ban hành văn bản quy định chi tiết để có hiệu lực cùng thời điểm có hiệu lực của văn bản hoặc điều, khoản,*

điểm được quy định chi tiết. Nếu cơ quan trình chưa chuẩn bị, chưa trình được dự thảo văn bản quy định chi tiết thì Quốc hội sẽ không thông qua dự án luật, Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH) không thông qua dự án pháp lệnh.

Nếu chấp nhận thông qua dự án luật, pháp lệnh khi chưa có dự thảo văn bản quy định chi tiết thì thời gian có hiệu lực của văn bản luật, pháp lệnh cụ thể đó cần tính đến cả thời gian ban hành văn bản quy định chi tiết, hướng dẫn thi hành. Nghĩa là phải dự trù kể từ khi dự án luật, pháp lệnh được thông qua cho đến khi có hiệu lực thi hành thì cơ quan có trách nhiệm ban hành các văn bản quy định chi tiết, hướng dẫn thi hành (nếu có) có đủ thời gian chuẩn bị và ban hành chúng để bảo đảm văn bản luật, pháp lệnh và văn bản quy định chi tiết đó đều có hiệu lực cùng một thời điểm.

Nếu văn bản luật, pháp lệnh đã được thông qua cần phải có hiệu lực sớm, chưa thể ban hành kịp thời văn bản quy định chi tiết thì có thể quy định phương án tạm thời để giải quyết vấn đề có liên quan đến quy định của luật, pháp lệnh cần quy định chi tiết. Đồng thời, Quốc hội, UBTVQH cũng nên xác định rõ thời gian cơ quan có trách nhiệm phải ban hành được văn bản quy định chi tiết đối với trường hợp đó.

7. Về việc ban hành pháp lệnh của UBTVQH. Chúng tôi cho rằng, cần hạn chế, tiến tới loại bỏ việc ban hành pháp lệnh của UBTVQH bởi các lý do sau đây:

- UBTVQH chỉ là một trong những cơ quan của Quốc hội, nhưng lại ban hành pháp lệnh, là một loại VBQPPL có giá trị gần như luật (xét về thẩm quyền hình thức thì không có vấn đề gì, nhưng xét về thẩm quyền nội dung thì nội dung đó phải thuộc thẩm quyền quyết định của cả Quốc hội). Trong trường hợp ban hành pháp lệnh, UBTVQH đã lấn sân sang thẩm quyền của Quốc hội.

- Nếu trước đây Quốc hội chỉ họp trong thời gian khoảng 7 đến 10 ngày, sau này tăng lên 15 đến 20 ngày nên không có

điều kiện xem xét và thông qua nhiều dự án luật được thì việc quy định cho UBTVQH là cơ quan hoạt động thường xuyên của Quốc hội ban hành pháp lệnh, rồi sau đó Quốc hội họp và xem xét nâng lên thành luật là hợp lý. Hiện nay, mỗi kỳ họp của Quốc hội đã được kéo dài nội dung các vấn đề cần giải quyết tại kỳ họp, Quốc hội đã có đủ thời gian để xem xét thông qua các dự án luật thì không cần phải có tình huống “chữa cháy” bằng pháp lệnh nữa. Bên cạnh đó, Chính phủ đã được trao thẩm quyền ban hành nghị định để điều chỉnh những quan hệ mới phát sinh chưa được điều chỉnh bởi luật.

8. Luật Ban hành VBQPPL cần làm rõ mối quan hệ giữa Quốc hội với các cơ quan, cá nhân trình dự án luật trước Quốc hội. Điều 84 Hiến pháp quy định:

“1. Chủ tịch nước, UBTVQH, Hội đồng Dân tộc, Ủy ban của Quốc hội, Chính phủ, Toà án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Kiểm toán nhà nước, Ủy ban trung ương Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và cơ quan trung ương của tổ chức thành viên của Mặt trận có quyền trình dự án luật trước Quốc hội, trình dự án pháp lệnh trước UBTVQH.

2. Đại biểu Quốc hội có quyền trình kiến nghị về luật, pháp lệnh và dự án luật, dự án pháp lệnh trước Quốc hội, UBTVQH”.

Với tinh thần của Điều 84 Hiến pháp thì dự án luật trình Quốc hội, dự án pháp lệnh trình UBTVQH, nhưng Mục 4 (các điều 70, 71, 72) lại quy định: *UBTVQH có thể xem xét, cho ý kiến về dự án luật, dự thảo nghị quyết của Quốc hội một hoặc nhiều lần. Trên cơ sở ý kiến của UBTVQH, cơ quan, tổ chức, đại biểu Quốc hội trình dự án luật, dự thảo nghị quyết có trách nhiệm nghiên cứu, tiếp thu để chỉnh lý dự án, dự thảo...* Quy định này đã trao cho UBTVQH quyền kiểm soát hoạt động lập pháp của các cơ quan của Quốc hội, đại biểu Quốc hội. Điều này không phù hợp với tinh thần của Điều 74 và 84 Hiến pháp năm 2013 ■

CÁC TÌNH TIẾT GIẢM NHẸ TRONG PHÁP LUẬT VỀ XỬ PHẠT VI PHẠM HÀNH CHÍNH

Nguyễn Nhật Khanh*

* ThS., Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: tình tiết giảm nhẹ, vi phạm hành chính, xử phạt vi phạm hành chính.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 13/06/2019

Biên tập : 28/06/2019

Duyệt bài : 01/07/2019

Tóm tắt:

Thực tiễn thi hành pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính đã chứng minh rằng, việc áp dụng các tình tiết giảm nhẹ đối với cá nhân, tổ chức vi phạm hành chính là hiệu quả và thiết thực, có tác dụng trong việc cá thể hóa, phân hóa mức độ trách nhiệm hành chính. Tuy nhiên, các quy định pháp luật hiện hành về các tình tiết giảm nhẹ trong hoạt động xử phạt vi phạm hành chính vẫn tồn tại nhiều bất cập, dẫn đến việc áp dụng pháp luật gặp nhiều khó khăn và thiếu thống nhất, làm giảm đi hiệu quả của việc xử phạt vi phạm hành chính, do đó cần phải có giải pháp khắc phục.

Article Infomation:

Keywords: Extenuating circumstances, administrative violation, sanctioning of an administrative violation.

Article History:

Received : 13 Jun 2019

Edited : 28 Jun 2019

Approved : 01 Jul. 2019

Abstract

Enforcement of the law on sanctioning of administrative violations has revealed that the application of extenuating circumstances to individuals and organizations committing administrative violations is effective and essential, which helps the materializing and differentiating the level of administrative responsibility. However, the current legal provisions on mitigating circumstances in administrative sanctioning activities still face several shortcomings, which may lead to difficulties and inconsistencies in the application of laws. The effectiveness of sanctions against administrative violations must therefore be overcome.

1. Khái quát về các tình tiết giảm nhẹ trong pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính

Xử phạt vi phạm hành chính (VPHC) bên cạnh mục đích trừng trị người vi phạm còn hướng đến mục tiêu giáo dục ý thức tuân thủ pháp luật cho họ và thể hiện tính nhân văn của pháp luật. Luật Xử lý VPHC

năm 2012 quy định nguyên tắc xử phạt như sau: “Việc xử phạt VPHC phải căn cứ vào tính chất, mức độ, hậu quả vi phạm, đối tượng vi phạm và *tình tiết giảm nhẹ, tình tiết tăng nặng*”¹. Luật Xử lý VPHC năm 2012 quy định tình tiết giảm nhẹ (TTGN) là bảo đảm tính nhân đạo và khuyến khích người vi phạm tự giác hợp tác tích cực trong

1 Điểm c khoản 1 Điều 3 Luật Xử lý VPHC năm 2012.

khắc phục hậu quả hoặc thành thật khai báo. Trong khi đó, các tình tiết tăng nặng nhằm trừng trị nghiêm khắc những đối tượng nguy hiểm hơn, hành vi nguy hại cho xã hội cao hơn².

Theo Điều 9 Luật Xử lý VPHC năm 2012, các TTGN bao gồm:

- Người VPHC đã có hành vi ngăn chặn, làm giảm bớt hậu quả của vi phạm hoặc tự nguyện khắc phục hậu quả, bồi thường thiệt hại;

- Người VPHC đã tự nguyện khai báo, thành thật hối lỗi; tích cực giúp đỡ cơ quan chức năng phát hiện VPHC, xử lý VPHC;

- VPHC trong tình trạng bị kích động về tinh thần do hành vi trái pháp luật của người khác gây ra; vượt quá giới hạn phòng vệ chính đáng; vượt quá yêu cầu của tình thế cấp thiết;

- VPHC do bị ép buộc hoặc bị lệ thuộc về vật chất hoặc tinh thần;

- Người VPHC là phụ nữ mang thai, người già yếu, người có bệnh hoặc khuyết tật làm hạn chế khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi của mình;

- VPHC vì hoàn cảnh đặc biệt khó khăn mà không do mình gây ra;

- VPHC do trình độ lạc hậu;

- Những TTGN khác do Chính phủ quy định.

So với Pháp lệnh Xử lý VPHC năm 2002 (sửa đổi, bổ sung năm 2007, 2008), Luật Xử lý VPHC năm 2012 đã bổ sung 03 TTGN mới bao gồm: i. *tích cực giúp đỡ cơ quan chức năng phát hiện VPHC, xử lý VPHC*; ii. *VPHC do vượt quá giới hạn phòng vệ chính đáng*; iii. *VPHC do vượt quá yêu cầu của tình thế cấp thiết*. Việc bổ sung tình tiết “tích cực giúp đỡ cơ quan chức năng phát hiện VPHC, xử lý VPHC” là cần thiết

nhằm khuyến khích chủ thể vi phạm sửa sai, hợp tác với cơ quan có thẩm quyền để kịp thời ngăn chặn, phát hiện và xử lý các hành vi vi phạm. Trong khi đó, việc bổ sung hai tình tiết “vượt quá giới hạn phòng vệ chính đáng” và “vượt quá yêu cầu của tình thế cấp thiết” cũng được coi là phù hợp với tình hình thực tế. Điều này thể hiện tính nhân đạo của pháp luật khi chủ thể vi phạm rơi vào các hoàn cảnh đặc biệt nhằm bảo vệ lợi ích của Nhà nước, của tổ chức, bảo vệ quyền, lợi ích chính đáng của mình hoặc của người khác.

Về mặt lý luận, các TTGN trong xử phạt VPHC có những đặc điểm nổi bật sau đây:

Một là, việc áp dụng các TTGN làm giảm đi mức độ trách nhiệm hành chính của cá nhân, tổ chức VPHC so với các trường hợp thông thường.

Giá trị của các TTGN trong xử phạt VPHC thể hiện ở việc khi chủ thể vi phạm được áp dụng các tình tiết này thì sẽ được giảm trách nhiệm hành chính so với các chủ thể vi phạm trong trường hợp thông thường (mức phạt trung bình). Đơn cử, trong trường hợp bị áp dụng hình thức xử phạt tiền, khoản 4 Điều 23 Luật Xử lý VPHC năm 2012 quy định “nếu có TTGN thì mức tiền phạt có thể giảm xuống nhưng không được giảm quá mức tối thiểu của khung tiền phạt”. Đối với hình thức xử phạt tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề có thời hạn hoặc đình chỉ hoạt động có thời hạn trong lĩnh vực giao thông đường bộ, đường sắt, Nghị định số 46/2016/NĐ-CP quy định “nếu có TTGN thì thời hạn tước, đình chỉ hoạt động là mức tối thiểu của khung thời gian tước hoặc đình chỉ hoạt động...”. Qua đó, có thể thấy, việc áp dụng các TTGN có ý nghĩa trong việc cụ thể hóa trách nhiệm hành chính, bảo đảm sự công bằng trong việc áp dụng pháp luật trên

2 Nguyễn Cảnh Hợp (Chủ biên) (2017), Bình luận khoa học Luật Xử lý VPHC năm 2012 (tái bản lần thứ 1), Nxb. Hồng Đức, tr.129.

3 Khoản 2 Điều 77 Nghị định số 46/2016/NĐ-CP.

tinh thần cá nhân, tổ chức vi phạm sẽ phải chịu trách nhiệm pháp lý tương ứng với đặc điểm, tính chất, mức độ vi phạm của từng chủ thể.

Hai là, các TTGN trong xử phạt VPHC có tính “mở”.

Phân tích quy định tại Điều 9 của Luật Xử lý VPHC năm 2012 có thể thấy danh sách các TTGN không phải là danh sách đóng mà có thể được mở rộng, bổ sung thêm bởi ngoài các TTGN do Quốc hội quy định được liệt kê một cách cụ thể từ khoản 1 đến khoản 7, điều luật còn quy định theo hướng mở tại khoản 8 khi cho phép Chính phủ quy định thêm các TTGN khác. Sự mở rộng, bổ sung này phụ thuộc vào quyền quyết định của Chính phủ. Quy định này là cần thiết, tạo điều kiện thuận lợi cho Chính phủ trong việc chủ động xây dựng và lựa chọn các TTGN phù hợp với sự đa dạng của các VPHC trong từng lĩnh vực khác nhau theo hướng có lợi cho người vi phạm. Đây cũng là đặc điểm khác biệt giữa TTGN với các tình tiết tăng nặng bởi danh sách tình tiết tăng nặng là danh sách đóng và chỉ thuộc thẩm quyền quy định của Quốc hội⁴.

Cần lưu ý rằng, chỉ riêng Chính phủ mới có quyền này, ngoài ra các chủ thể có thẩm quyền quản lý khác không được quyền quy định thêm các TTGN. Đây là quy định hoàn toàn hợp lý vì Quốc hội không phải là chủ thể trực tiếp thực hiện hoạt động hành chính mà quan hệ phát sinh trong hoạt động hành chính xảy ra đa dạng nên cần phải đa dạng hóa các hình thức xử phạt. Đồng thời, Chính phủ - với tư cách là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất, thống nhất lãnh đạo hoạt động hành chính từ trung ương đến địa phương, có quyền ban hành các nghị định xử phạt VPHC trong các lĩnh vực. Việc giao cho Chính phủ được mở rộng thêm các căn cứ là TTGN trong xử phạt VPHC giúp người có thẩm quyền xử lý một cách hợp tình, hợp lý đối với sự đa dạng của tình huống và chủ thể VPHC, đề cao tính dân chủ trong hoạt động xử phạt VPHC⁵. Tuy nhiên, trong quá trình xây dựng nghị định về xử phạt VPHC trong các lĩnh vực, các cơ quan soạn thảo hầu như chỉ chú trọng đến việc quy định hành vi, mức phạt mà chưa quan tâm đến các quy định khác mang tính đặc thù trong lĩnh vực quản lý nhà nước của mình⁶.

4 Điều 10 Luật Xử lý VPHC năm 2012 quy định danh sách đóng các tình tiết tăng nặng gồm 12 tình tiết sau:

- a) Vi phạm hành chính có tổ chức;
- b) Vi phạm hành chính nhiều lần; tái phạm;
- c) Xúi giục, lôi kéo, sử dụng người chưa thành niên vi phạm; ép buộc người bị lệ thuộc vào mình về vật chất, tinh thần thực hiện hành vi vi phạm hành chính;
- d) Sử dụng người biết rõ là đang bị tâm thần hoặc bệnh khác làm mất khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi để vi phạm hành chính;
- đ) Lãng mạ, phi báng người đang thi hành công vụ; vi phạm hành chính có tính chất côn đồ;
- e) Lợi dụng chức vụ, quyền hạn để vi phạm hành chính;
- g) Lợi dụng hoàn cảnh chiến tranh, thiên tai, thảm họa, dịch bệnh hoặc những khó khăn đặc biệt khác của xã hội để vi phạm hành chính;
- h) Vi phạm trong thời gian đang chấp hành hình phạt của bản án hình sự hoặc đang chấp hành quyết định áp dụng biện pháp xử lý vi phạm hành chính;
- i) Tiếp tục thực hiện hành vi vi phạm hành chính mặc dù người có thẩm quyền đã yêu cầu chấm dứt hành vi đó;
- k) Sau khi vi phạm đã có hành vi trốn tránh, che giấu vi phạm hành chính;
- l) Vi phạm hành chính có quy mô lớn, số lượng hoặc trị giá hàng hóa lớn;
- m) Vi phạm hành chính đối với nhiều người, trẻ em, người già, người khuyết tật, phụ nữ mang thai.

5 Nguyễn Cảnh Hợp (Chủ biên) (2017), Bình luận khoa học Luật Xử lý VPHC năm 2012 (tái bản lần thứ 1), Nxb. Hồng Đức, tr.169.

6 Đào Thị Thu An (2007), Các tình tiết giảm nhẹ và tăng nặng trong xử lý vi phạm hành chính - Thực tiễn thi hành và các vấn đề đặt ra, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, Số chuyên đề 5, tr. 10.

Ba là, việc áp dụng các TTGN do chủ thể có thẩm quyền xử phạt áp dụng và phải được thể hiện trong quyết định xử phạt VPHC.

Xử phạt VPHC là một hoạt động thực thi quyền lực nhà nước, thông qua việc xử phạt, chủ thể có thẩm quyền nhân danh quyền lực của Nhà nước để ban hành các quyết định xử phạt buộc chủ thể VPHC phải chấp hành các hình thức xử phạt, biện pháp khắc phục hậu quả. Với bản chất là hoạt động thực thi quyền lực của Nhà nước nên việc áp dụng biện pháp cưỡng chế này phải do các chủ thể có thẩm quyền xử phạt theo quy định của pháp luật thực hiện.

Các TTGN trong xử phạt VPHC là các tình tiết gắn liền với chủ thể vi phạm, có tác dụng làm giảm mức độ trách nhiệm hành chính của chủ thể đó, do vậy việc áp dụng các tình tiết này phải được xem xét cùng với việc ra quyết định xử phạt VPHC. Do đó, nếu chủ thể VPHC được xem xét áp dụng các TTGN thì các tình tiết này phải được thể hiện ngay trong nội dung của quyết định xử phạt VPHC⁷. Trên cơ sở đó, chủ thể có thẩm quyền xử phạt mới được áp dụng mức chế tài thấp hơn so với các trường hợp thông thường. Khi áp dụng các tình tiết này, chủ thể có thẩm quyền phải dựa trên sự thật khách quan để xem xét, đánh giá một cách toàn diện các tình tiết gắn liền với chủ thể vi phạm. Vì vậy, để bảo đảm tính công khai, nghiêm minh của pháp luật và sự thống nhất trong quá trình xử phạt, pháp luật quy định việc áp dụng các TTGN phải được thể hiện ngay trong quyết định xử phạt do người có thẩm quyền ban hành.

Bốn là, việc áp dụng các TTGN trong xử phạt VPHC mang tính cụ thể.

“Tính cụ thể” trong việc áp dụng các TTGN khi xử phạt VPHC trước tiên thể hiện ở việc các TTGN phải được xem xét trong từng vụ vi phạm. Nếu một chủ thể VPHC nhiều lần vào những thời điểm khác nhau thì việc xem xét áp dụng TTGN (nếu có) chỉ được áp dụng theo từng vụ việc cụ thể. Bên cạnh đó, “tính cụ thể” khi áp dụng các TTGN trong xử phạt VPHC còn thể hiện qua việc chỉ những đối tượng thỏa mãn các dấu hiệu theo quy định thì mới được áp dụng các TTGN, điều này thể hiện rõ nét trong trường hợp nhiều người cùng thực hiện một VPHC. Luật Xử lý VPHC năm 2012 quy định “nhiều người cùng thực hiện một hành vi VPHC thì mỗi người vi phạm đều bị xử phạt về hành vi VPHC đó”⁸. Tuy nhiên, mức độ trách nhiệm hành chính của mỗi người có thể khác nhau tùy thuộc vào các tình tiết cụ thể gắn liền với từng người vi phạm. Khi tiến hành xử phạt, chủ thể có thẩm quyền sẽ phải căn cứ vào các tình tiết này để quyết định hình thức xử phạt, mức xử phạt cho từng người.

Thực tiễn thi hành pháp luật về xử phạt VPHC đã chứng minh rằng việc áp dụng các TTGN đối với cá nhân, tổ chức VPHC là hiệu quả và thiết thực, có tác dụng trong việc cá thể hóa, phân hóa mức độ trách nhiệm hành chính. Tuy nhiên, bên cạnh đó, các quy định pháp luật về các TTGN trong hoạt động xử phạt VPHC vẫn tồn tại nhiều bất cập, dẫn đến việc áp dụng pháp luật gặp nhiều khó khăn và thiếu thống nhất, làm giảm đi hiệu quả của việc xử phạt VPHC, do đó cần phải có giải pháp khắc phục để hoàn thiện.

7 Xem Biểu mẫu Quyết định xử phạt vi phạm hành chính số MQĐ02 tại Phụ lục Một số biểu mẫu trong xử lý vi phạm hành chính ban hành kèm theo Nghị định số 97/2017/NĐ-CP ngày 18/8/2017 của Chính phủ sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 81/2013/NĐ-CP ngày 19/7/2013 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Xử lý VPHC.

8 Điểm d khoản 1 Điều 3 Luật Xử lý VPHC năm 2012.

2. Một số bất cập trong quy định của pháp luật về các tình tiết giảm nhẹ trong xử phạt vi phạm hành chính

Thứ nhất, một số TTGN trong xử phạt VPHC còn mơ hồ, chưa được quy định cụ thể nên chưa có cách hiểu thống nhất

Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) năm 2015 quy định: “ngôn ngữ sử dụng trong VBQPPL phải chính xác, phổ thông, cách diễn đạt phải rõ ràng, dễ hiểu. VBQPPL phải quy định cụ thể nội dung cần điều chỉnh, không quy định chung chung...”. Đây là một trong những yêu cầu quan trọng của hoạt động xây dựng và ban hành VBQPPL nhằm bảo đảm cho mọi người có thể đọc hiểu các quy định pháp luật một cách dễ dàng và đúng với tinh thần của cơ quan soạn thảo, từ đó tạo điều kiện cho việc chấp hành và áp dụng quy phạm pháp luật được dễ dàng và thống nhất trong thực tế.

Về cơ bản, đa phần các căn cứ áp dụng TTGN khá rõ ràng, dễ áp dụng trên thực tế. Bên cạnh đó, vẫn còn một số căn cứ có thể gây khó khăn cho chủ thể có thẩm quyền trong quá trình áp dụng. Chẳng hạn, khoản 5 Điều 9 Luật Xử lý VPHC năm 2012 quy định TTGN “người VPHC là phụ nữ mang thai, người già yếu, người có bệnh hoặc khuyết tật làm hạn chế khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi của mình”. Nhìn chung, đây là những chủ thể có những hạn chế nhất định về mặt nhận thức, tâm lý, sức khỏe tại thời điểm thực hiện VPHC nên cần thiết xem xét để áp dụng TTGN, tuy nhiên để áp dụng được quy định này là điều không hề dễ dàng.

Theo quy định của Luật Người cao tuổi năm 2009, “người cao tuổi được quy định trong Luật này là công dân Việt Nam từ đủ 60 tuổi trở lên”. Trong khi đó, theo hướng dẫn của Nghị quyết số 01/2006/NQ-

HĐTP ngày 15/5/2006 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn áp dụng một số quy định của Bộ luật Hình sự quy định “người già” là người từ 70 tuổi trở lên¹⁰. Nghị quyết số 01/2007/NQ-HĐTP ngày 02/10/2007 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn áp dụng một số quy định của Bộ luật Hình sự về thời hiệu thi hành bản án, miễn chấp hành hình phạt, giảm thời hạn chấp hành hình phạt lại hướng dẫn về đối tượng “người quá già yếu” là người từ 70 tuổi trở lên hoặc người từ 60 tuổi trở lên nhưng thường xuyên đau ốm¹¹. Như vậy, có thể thấy rằng tuy một số văn bản có đề cập nhưng các đối tượng được quy định trong các văn bản hướng dẫn nêu trên lại không đồng nhất với đối tượng “người già yếu” được quy định tại khoản 5 Điều 9 Luật Xử lý VPHC năm 2012 bởi các văn bản này không được áp dụng trong lĩnh vực xử phạt VPHC mà áp dụng trong lĩnh vực hình sự. Do đó, việc xác định tình tiết “người VPHC là người già yếu” khi xử phạt trong thực tế hiện nay hoàn toàn phụ thuộc vào nhận định chủ quan của người có thẩm quyền xử phạt. Để xác định được chính xác đối tượng đặc biệt này đòi hỏi người có thẩm quyền xử phạt phải căn cứ vào từng trường hợp cụ thể để đánh giá tình trạng sức khỏe và độ tuổi của người vi phạm tại thời điểm họ thực hiện VPHC.

Bên cạnh đó, Luật Xử lý VPHC năm 2012 không quy định hướng dẫn về tình tiết “người VPHC là người có bệnh hoặc khuyết tật làm hạn chế khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi của mình”. Đây là những chủ thể đặc biệt mà khi thực hiện VPHC họ không thể nhận thức được đầy đủ tính nguy hiểm cho xã hội của hành vi do mình thực hiện và không kiểm soát được hành vi đó nên Luật Xử lý VPHC năm 2012 quy định đây là TTGN. Tuy nhiên, câu

9 Điều 8 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015.

10 Mục 2.4 Nghị quyết số 01/2006/NQ-HĐTP.

11 Mục 4.1.a Nghị quyết số 01/2007/NQ-HĐTP.

hỏi đặt ra là làm thế nào để xác định một người tại thời điểm thực hiện VPHC rơi vào tình trạng kể trên. Ví dụ: người điều khiển phương tiện bị bệnh cảm cúm có hiện tượng chóng mặt, mắt tập trung dẫn đến vi phạm pháp luật về giao thông thì có được xem là mắc bệnh làm hạn chế khả năng nhận thức hoặc điều khiển hành vi để được quyền áp dụng TTGN này hay không? Điều này đòi hỏi phải có sự giám định kỹ lưỡng về mặt y học mới có thể xác định được, trong khi đa số người có thẩm quyền xử phạt đều không có kiến thức chuyên môn trong lĩnh vực này.

Ngoài ra, nội hàm của các TTGN “VPHC vì hoàn cảnh đặc biệt khó khăn mà không do mình gây ra” (khoản 6 Điều 9) hay “VPHC do trình độ lạc hậu” (khoản 7 Điều 9) cũng chưa rõ ràng. Hoàn cảnh như thế nào được coi là đặc biệt khó khăn, chỉ cần căn cứ vào trình bày của người vi phạm hay phải có xác nhận của cơ quan nhà nước nào hay không? Tiêu chí nào để xác định người VPHC có “trình độ lạc hậu”? Tất cả các câu hỏi này hiện nay đang bị bỏ ngỏ. Điều này tiềm ẩn nguy cơ xảy ra việc áp dụng pháp luật không thống nhất, thậm chí có thể là mảnh đất màu mỡ để người có thẩm quyền áp dụng các tình tiết này một cách tùy tiện. Do vậy, điều cấp thiết là cần phải có quy định cụ thể giải thích các căn cứ này để các TTGN được áp dụng chính xác khi xử phạt trong thực tế.

Thứ hai, tồn tại VBQPPL quy định thêm các TTGN một cách tùy tiện, không đúng với quy định của Luật Xử lý VPHC năm 2012.

Như đã trình bày, một trong những đặc điểm của các TTGN trong xử phạt VPHC đó là tính “mở”, thể hiện qua việc Luật Xử lý VPHC năm 2012 cho phép Chính phủ thông qua các nghị định quy định thêm các TTGN mới phù hợp với từng lĩnh vực quản lý nhà nước đặc thù để tạo điều kiện cho công dân

được hưởng các tình tiết có lợi nhằm giảm nhẹ mức độ trách nhiệm hành chính của họ. Tuy nhiên, vẫn còn tồn tại trường hợp chủ thể không có thẩm quyền “tùy tiện” quy định thêm các TTGN mới không phù hợp với quy định của Luật Xử lý VPHC năm 2012.

Ví dụ, vấn đề xử phạt VPHC trong lĩnh vực khoa học - công nghệ, chuyển giao công nghệ hiện nay được điều chỉnh bởi Nghị định số 64/2013/NĐ-CP ngày 27/6/2013 của Chính phủ (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 93/2014/NĐ-CP ngày 17/10/2014). Nghị định này không quy định về TTGN, tình tiết tăng nặng khi xử phạt VPHC trong lĩnh vực khoa học - công nghệ, chuyển giao công nghệ. Tuy nhiên, Thông tư số 20/2015/TT-BKHCN ngày 05/11/2015 của Bộ Khoa học và Công nghệ hướng dẫn thi hành Nghị định số 93/2014/NĐ-CP lại “tự ý” bổ sung thêm TTGN đối với hành vi vi phạm về đăng ký kết quả thực hiện nhiệm vụ khoa học và công nghệ sử dụng ngân sách nhà nước như sau: “Áp dụng TTGN khi xử phạt đối với trường hợp tổ chức chủ trì đã đăng ký kết quả trong khoảng thời gian 01 năm, tính từ sau thời hạn 30 ngày kể từ ngày nhiệm vụ khoa học và công nghệ được nghiệm thu chính thức đến khi hành vi vi phạm bị phát hiện”¹². Ở đây, vấn đề cần lưu ý là Nghị định số 64/2013/NĐ-CP (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 93/2014/NĐ-CP) do Chính phủ ban hành không hề đề cập đến TTGN này. Như vậy, có thể kết luận rằng, trong trường hợp này Bộ Khoa học và Công nghệ đã “tự ý” quy định thêm TTGN một cách tùy tiện, mặc dù cơ quan này không được Luật Xử lý VPHC năm 2012 cho phép thực hiện việc này.

Thứ ba, Luật Xử lý VPHC năm 2012 chưa xây dựng được nguyên tắc chung để xác định mức phạt cụ thể đối với các hình thức xử phạt trong trường hợp VPHC có TTGN.

12 Điểm a khoản 2 Điều 5 Thông tư số 20/2015/TT-BKHCN.

Xem xét một cách cụ thể, ở góc độ của luật hành chính, nguyên tắc trong quản lý nhà nước là tổng thể các quy phạm pháp luật hành chính có nội dung là những tư tưởng chủ đạo làm cơ sở để tổ chức thực hiện hoạt động quản lý nhà nước¹³. Việc áp dụng các TTGN trong hoạt động xử phạt VPHC cũng cần phải tuân thủ những nguyên tắc nhất định để việc áp dụng các tình tiết này đạt được hiệu quả như mong đợi. Đáng tiếc rằng, Luật Xử lý VPHC năm 2012 và các văn bản hướng dẫn thi hành vẫn chưa xây dựng được các nguyên tắc chung để áp dụng các TTGN khi tiến hành xử phạt, từ đó tạo ra nhiều khoảng trống pháp lý khi áp dụng các tình tiết này trong thực tiễn xử phạt.

Các TTGN có đặc điểm là làm giảm mức độ trách nhiệm hành chính của chủ thể VPHC. Tuy nhiên, các tình tiết này chỉ có ý nghĩa đối với những VPHC bị áp dụng các hình thức xử phạt có giới hạn về khung phạt (có quy định về mức tối thiểu đến mức tối đa) như *phạt tiền, tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề có thời hạn hoặc đình chỉ hoạt động có thời hạn*. Đối với các hình thức xử phạt như *tịch thu tang vật, phương tiện VPHC* hay *trục xuất* thì việc áp dụng các TTGN không mang nhiều ý nghĩa bởi tính cố định của các hình thức xử phạt này. Đối với hình thức xử phạt *cảnh cáo*, các TTGN có ý nghĩa là một điều kiện để chủ thể VPHC đối với cá nhân đủ 16 tuổi trở lên và tổ chức VPHC được áp dụng hình thức xử phạt này (VPHC không nghiêm trọng, có TTGN và theo quy định thì bị áp dụng hình thức xử phạt cảnh cáo).

Hiện nay, Luật Xử lý VPHC năm 2012 chỉ quy định về nguyên tắc xác định mức phạt cụ thể trong trường hợp có TTGN đối với hình thức xử phạt tiền. Trong khi đó, đối với các hình thức xử phạt khác như tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề có thời hạn hoặc đình chỉ hoạt động có thời hạn

thì Luật chưa quy định nguyên tắc xác định mức phạt cụ thể. Đối với hình thức xử phạt tiền, khoản 4 Điều 23 Luật Xử lý VPHC năm 2012 quy định: “Mức tiền phạt cụ thể đối với một hành vi VPHC là mức trung bình của khung tiền phạt được quy định đối với hành vi đó; nếu có TTGN thì mức tiền phạt có thể giảm xuống nhưng không được giảm quá mức tối thiểu của khung tiền phạt; nếu có tình tiết tăng nặng thì mức tiền phạt có thể tăng lên nhưng không được vượt quá mức tiền phạt tối đa của khung tiền phạt”. Tuy nhiên, quy định này còn chung chung nên việc áp dụng không thống nhất trong thực tế.

Ví dụ: khoản 3 Điều 10 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP quy định phạt tiền từ 5.000.000 đồng đến 10.000.000 đồng đối với hành vi lấn, chiếm đất ở. Theo hướng dẫn của Luật Xử lý VPHC năm 2012, khi cá nhân thực hiện vi phạm trên và có TTGN thì người có thẩm quyền xử phạt có thể giảm mức phạt tiền dưới mức trung bình (dưới 7.500.000 đồng) và mức giảm thấp nhất là 5.000.000 đồng. Tuy nhiên, câu hỏi đặt ra là người có thẩm quyền sẽ căn cứ vào tiêu chí nào để xác định mức giảm cụ thể? Vấn đề này chưa được Luật Xử lý VPHC năm 2012 giải quyết một cách triệt để, dẫn đến việc quyết định mức tiền phạt giảm bớt phụ thuộc hoàn toàn vào ý thức chủ quan của người có thẩm quyền xử phạt mà không dựa trên bất cứ tiêu chí định lượng nào.

Để tháo gỡ vướng mắc trên, một số nghị định và thông tư hướng dẫn xử phạt VPHC trong các lĩnh vực đã xây dựng nguyên tắc xác định mức phạt cụ thể khi chủ thể vi phạm có TTGN, qua khảo sát, chúng tôi tổng hợp được 2 cách phổ biến sau đây:

Cách thứ nhất, xác định mức phạt giảm bớt theo tỷ lệ phần trăm. Chẳng hạn, đối với VPHC trong lĩnh vực thuế, Nghị định số 129/2013/NĐ-CP quy định khi phạt

13 Trường Đại học Luật Hà Nội (2008), Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam, Nxb. Công an nhân dân, tr.75, 76.

tiền mức tiền phạt cụ thể đối với một hành vi vi phạm thủ tục thuế là mức trung bình của khung phạt tiền được quy định đối với hành vi đó. Đối với hành vi vi phạm thủ tục thuế thì mỗi TTGN được *giảm 20% mức phạt trung bình* của khung phạt tiền¹⁴. Trong lĩnh vực cạnh tranh, Nghị định số 71/2014/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 141/2018/NĐ-CP) quy định đối với VPHC về kiểm soát hành vi hạn chế cạnh tranh, vi phạm quy định về cạnh tranh không lành mạnh thì mỗi TTGN được điều chỉnh *giảm tương ứng 15%* mức tiền phạt so với vi phạm thông thường¹⁵. Trong khi đó, Thông tư số 07/2014/TT-BTC hướng dẫn việc xử phạt VPHC trong lĩnh vực quản lý, sử dụng tài sản Nhà nước quy định cứ một TTGN thì *mức tiền phạt được giảm 20% so với mức trung bình của khung tiền phạt* được quy định đối với hành vi đó¹⁶. Mặc dù việc xác định mức phạt giảm bớt theo tỷ lệ % giúp chủ thể có thẩm quyền dễ dàng xác định được mức tiền phạt cụ thể khi có TTGN, tuy nhiên nếu áp dụng cách thức này cho việc xử phạt VPHC trong tất cả các lĩnh vực thì vẫn tồn tại những hạn chế nhất định. Cụ thể, nếu pháp luật quy định tỷ lệ phần trăm (%) này quá thấp (dưới 10%) thì việc xử phạt sẽ không phát huy giá trị của các TTGN bởi mức tiền phạt thực tế được giảm bớt sẽ không khác nhau nhiều so với vi phạm thông thường. Ngược lại, nếu

pháp luật quy định tỷ lệ phần trăm (%) là 10% hay 20% trở lên thì cũng tiềm ẩn nguy cơ bị vô hiệu hóa trong nhiều trường hợp. Trên thực tế, nếu pháp luật quy định tỷ lệ phần trăm (%) là 10%, hay 20% trở lên thì chỉ cần có một TTGN thì mức tiền phạt đã bằng¹⁷, thậm chí còn thấp hơn mức tiền phạt thấp nhất của khung tiền phạt¹⁸. Do đó, nếu có hai hoặc ba TTGN trở lên thì cũng chỉ có thể áp dụng mức tiền phạt tối thiểu của khung tiền phạt mà không có gì khác so với trường hợp có một TTGN. Điều này hoàn toàn không phù hợp với mục đích xử phạt là nhằm giáo dục, răn đe người vi phạm và cũng không phù hợp với nguyên tắc xử phạt là phải “căn cứ vào tính chất, mức độ, hậu quả vi phạm, đối tượng vi phạm và TTGN, tình tiết tăng nặng”¹⁹. Sẽ là điều vô lý nếu chủ thể vi phạm có nhiều TTGN mà mức tiền phạt được áp dụng hoàn toàn giống với chủ thể vi phạm chỉ có một TTGN²⁰.

Cách thứ hai, xác định mức phạt giảm bớt theo nguyên tắc giảm theo mức trung bình cộng. Trong lĩnh vực quản lý giá, phí, lệ phí, hóa đơn, Nghị định số 109/2013/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 49/2016/NĐ-CP) quy định khi phạt tiền đối với các hành vi vi phạm quy định về giá, phí, lệ phí, hóa đơn, mức phạt cụ thể đối với một hành vi không có tình tiết tăng nặng hoặc giảm nhẹ là mức trung bình của

14 Điều 3 Nghị định số 129/2013/NĐ-CP.

15 Khoản 5 Điều 4, khoản 4 Điều 5 Nghị định số 71/2014/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 141/2018/NĐ-CP).

16 Điểm b khoản 2 Điều 3 Thông tư số 07/2014/TT-BTC.

17 Khoản 2 Điều 6 Nghị định số 46/2016/NĐ-CP xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực giao thông đường bộ và đường sắt quy định phạt tiền từ 80.000 đồng đến 100.000 đồng đối với hành vi “điều khiển xe chạy dàn hàng ngang từ 3 (ba) xe trở lên”. Nếu người vi phạm có một tình tiết giảm nhẹ và áp dụng mức tiền phạt “giảm 10% mức phạt trung bình của khung phạt tiền” thì tiền phạt sẽ là 81.000 đồng (90.000 đồng - 10 % x (90.000 đồng) = 81.000 đồng). Mức tiền phạt này đã xấp xỉ mức tiền phạt tối thiểu.

18 Khoản 1 Điều 6 Nghị định số 46/2016/NĐ-CP xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực giao thông đường bộ và đường sắt quy định phạt tiền từ 60.000 đồng đến 80.000 đồng đối với hành vi “không chấp hành hiệu lệnh, chỉ dẫn của biển báo hiệu, vạch kẻ đường”. Nếu người vi phạm có một tình tiết giảm nhẹ và áp dụng mức tiền phạt “giảm 20% mức phạt trung bình của khung phạt tiền” thì tiền phạt sẽ là 56.000 đồng (70.000 đồng - 20 % x (70.000 đồng) = 56.000 đồng). Mức tiền phạt này còn thấp hơn mức tiền phạt tối thiểu.

19 Điểm c khoản 1 Điều 3 Luật Xử lý VPHC năm 2012.

20 Cao Vũ Minh (2019), Những nội dung cần sửa đổi trong Luật Xử lý VPHC năm 2012, Tạp chí Nhà nước và pháp luật số 01, tr. 9-10.

khung tiền phạt quy định đối với hành vi đó. Mức trung bình của khung tiền phạt được xác định bằng cách chia đôi tổng số của mức tối thiểu cộng mức tối đa. *Trường hợp có một TTGN thì áp dụng mức trung bình giảm bớt. Mức trung bình giảm bớt được xác định bằng cách chia đôi tổng số của mức tối thiểu và mức trung bình. Trường hợp có từ hai TTGN thì áp dụng mức tối thiểu của khung tiền phạt.* Trường hợp vừa có tình tiết tăng nặng và TTGN thì bù trừ theo nguyên tắc một tình tiết tăng nặng trừ cho một TTGN²¹.

Theo chúng tôi, cách thức này có nhiều ưu điểm hơn so với cách xác định mức giảm theo tỷ lệ %, đồng thời có thể áp dụng cho tất cả các lĩnh vực, bởi lẽ việc xác định mức giảm theo cách thức này vừa giúp chủ thể có thẩm quyền dễ dàng xác định được mức phạt giảm bớt khi có TTGN, vừa tạo ra được sự phân hóa trách nhiệm hành chính giữa vi phạm có một TTGN với vi phạm có nhiều TTGN.

Đối với hình thức xử phạt tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề có thời hạn hoặc đình chỉ hoạt động có thời hạn, mặc dù Luật Xử lý VPFC năm 2012 chưa quy định nguyên tắc xác định mức phạt giảm bớt khi có TTGN nhưng qua khảo sát các nghị định quy định xử phạt VPFC trong các lĩnh vực, chúng tôi thấy có một số nghị định hướng dẫn việc xác định mức phạt giảm bớt đối với các hình thức xử phạt này khi có TTGN như sau:

Khoản 2 Điều 77 Nghị định số 46/2016/NĐ-CP xử phạt VPFC trong lĩnh vực giao thông đường bộ và đường sắt quy định: “Thời hạn tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề hoặc thời hạn đình chỉ hoạt động cụ thể đối với một hành vi vi phạm quy định tại Nghị định này là mức trung bình của khung thời gian tước hoặc đình chỉ hoạt động được quy định đối với hành vi đó; *nếu có TTGN thì thời hạn*

tước, đình chỉ hoạt động là mức tối thiểu của khung thời gian tước hoặc đình chỉ hoạt động...”. Trong khi đó, khoản 2 Điều 66 Nghị định số 33/2017/NĐ-CP xử phạt VPFC trong lĩnh vực tài nguyên nước và khoáng sản lại quy định nguyên tắc xác định mức phạt giảm bớt khi có TTGN đối với các hình thức xử phạt “tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề” hay “đình chỉ hoạt động” như sau: “Thời hạn tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề hoặc thời hạn đình chỉ hoạt động cụ thể đối với một hành vi vi phạm quy định tại Nghị định này là mức trung bình của khung thời gian tước hoặc đình chỉ hoạt động được quy định đối với hành vi đó; *nếu có TTGN thì thời hạn tước, đình chỉ hoạt động có thể dưới mức trung bình nhưng không quá mức tối thiểu của khung thời gian tước hoặc đình chỉ hoạt động...*”. Tuy nhiên, cả hai cách này cũng tồn tại những hạn chế nhất định nên không thể làm chuẩn mực chung để áp dụng cho tất cả lĩnh vực. Nếu áp dụng theo Nghị định số 46/2016/NĐ-CP thì không tạo ra được sự khác biệt về mức độ giảm trách nhiệm hành chính trong trường hợp chủ thể VPFC có nhiều TTGN, bởi chỉ cần có một TTGN là chủ thể vi phạm được áp dụng “mức tối thiểu” của khung thời gian tước hoặc đình chỉ hoạt động. Trong khi đó, nếu áp dụng theo Nghị định số 33/2017/NĐ-CP thì không thể xác định được mức giảm cụ thể mà lại phụ thuộc vào sự tùy nghi của người có thẩm quyền xử phạt. Vì vậy, ở đây cần xây dựng một nguyên tắc chung phù hợp để áp dụng cho tất cả các lĩnh vực xử phạt VPFC đối với các hình thức xử phạt “tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề” hay “đình chỉ hoạt động” khi chủ thể vi phạm có các TTGN.

3. Một số kiến nghị

Thứ nhất, cần sửa đổi Luật Xử lý VPFC năm 2012 và các văn bản hướng dẫn

21 Khoản 6 Điều 3 Nghị định số 109/2013/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 49/2016/NĐ-CP).

thi hành theo hướng bổ sung quy định giải thích thuật ngữ và hướng dẫn tiêu chí xác định cụ thể đối với các TTGN chưa được quy định rõ ràng để tạo khung pháp lý vững chắc cho việc áp dụng các tình tiết này, tránh tình trạng áp dụng pháp luật tùy tiện trong thực tiễn.

Đối với tình tiết “Người VPHC là người già yếu”, để áp dụng tình tiết này đòi hỏi người có thẩm quyền xử phạt phải chứng minh được người vi phạm vừa “già” lại vừa “yếu”. Việc chứng minh người vi phạm là “người già” có thể căn cứ vào độ tuổi của họ, tuy nhiên pháp luật hiện hành lại chưa quy định cụ thể bao nhiêu tuổi được xem là “người già”. Trong khi đó, để chứng minh một người là “yếu” thì lại càng khó khăn vì cần phải có sự kiểm tra, giám định kỹ lưỡng về mặt y tế nên rất khó đưa ra một tiêu chí chung để áp dụng cho những trường hợp khác nhau. Theo chúng tôi, để bảo đảm tính thống nhất của hệ thống pháp luật, Luật Xử lý VPHC năm 2012 cần quy định về việc áp dụng TTGN đối với “người VPHC là người đủ 70 tuổi trở lên” như quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017).

Đối với các tình tiết khác như “Người VPHC là người có bệnh hoặc khuyết tật làm hạn chế khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi của mình”, “VPHC vì hoàn cảnh đặc biệt khó khăn mà không do mình gây ra” hay “VPHC do trình độ lạc hậu”, cần sửa đổi Luật Xử lý VPHC năm 2012 theo hướng bổ sung quy định cho phép Chính phủ ban hành nghị định riêng biệt để hướng dẫn áp dụng các tình tiết này.

Thứ hai, tiến hành rà soát các VBQPPL có quy định về việc xử phạt VPHC, đặc biệt là các thông tư hướng dẫn các nghị định xử phạt trong các lĩnh vực để kịp thời phát hiện, bãi bỏ các quy định “tự ý” bổ sung thêm các TTGN. Trước hết, cần bãi bỏ quy định của điểm a khoản 2 Điều 5 Thông tư số 20/2015/TT-BKHCN: “Áp dụng TTGN khi

xử phạt đối với trường hợp tổ chức chủ trì đã đăng ký kết quả trong khoảng thời gian 01 năm, tính từ sau thời hạn 30 ngày kể từ ngày nhiệm vụ khoa học và công nghệ được nghiệm thu chính thức đến khi hành vi vi phạm bị phát hiện”.

Thứ ba, cần sửa đổi Luật Xử lý VPHC năm 2012 theo hướng áp dụng nguyên tắc giảm bớt trung bình cộng trong trường hợp có TTGN như sau:

Đối với hình thức xử phạt tiền: “Mức phạt tiền cụ thể đối với một hành vi vi phạm là mức trung bình của khung tiền phạt được quy định đối với hành vi đó.

Trường hợp có một TTGN thì áp dụng mức trung bình giảm bớt. Mức trung bình giảm bớt được xác định bằng cách chia đôi tổng số của mức tối thiểu và mức trung bình.

Trường hợp có từ hai TTGN thì áp dụng mức tối thiểu của khung tiền phạt. Trường hợp vừa có tình tiết tăng nặng và TTGN thì bù trừ theo nguyên tắc một tình tiết tăng nặng trừ cho một TTGN”.

Đối với hình thức xử phạt “tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề hoặc đình chỉ hoạt động có thời hạn thì quy định như sau: “Thời hạn tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề hoặc thời hạn đình chỉ hoạt động cụ thể đối với một hành vi vi phạm là mức trung bình của khung thời gian tước hoặc đình chỉ hoạt động được quy định đối với hành vi đó.

Trường hợp có một TTGN thì áp dụng mức trung bình giảm bớt. Mức trung bình giảm bớt được xác định bằng cách chia đôi tổng số của mức tối thiểu và mức trung bình.

Trường hợp có từ hai TTGN thì áp dụng mức tối thiểu của thời hạn. Trường hợp vừa có tình tiết tăng nặng và TTGN thì bù trừ theo nguyên tắc một tình tiết tăng nặng trừ cho một TTGN”²².

22 Cao Vũ Minh (2019), Những nội dung cần sửa đổi trong Luật XLVPHC năm 2012, Tạp chí Nhà nước và pháp luật số 01, tr.10, 12.

TÍCH TỤ ĐẤT TRONG NÔNG NGHIỆP - THỰC TRẠNG VÀ CÁC KIẾN NGHỊ CHÍNH SÁCH¹

Phan Thị Thu Hà*

* ThS. Viện Chính sách và Chiến lược phát triển nông nghiệp nông thôn

Thông tin bài viết:

Từ khóa: tích tụ ruộng đất, mở rộng hạn mức nhận chuyển quyền sử dụng đất nông nghiệp

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 20/07/2019
Biên tập : 04/08/2019
Duyệt bài : 11/08/2019

Tóm tắt:

Những năm vừa qua, Đảng và Nhà nước đã ban hành nhiều chủ trương, chính sách, pháp luật về tích tụ ruộng đất, mở rộng hạn mức nhận chuyển quyền sử dụng đất nông nghiệp. Trên thực tế, quá trình tích tụ ruộng đất, mở rộng hạn mức nhận chuyển quyền sử dụng đất nông nghiệp dù đã có nhiều thành tựu, nhưng cũng đang gặp phải nhiều vấn đề phức tạp, khó khăn phải giải quyết bằng các chính sách, giải pháp, biện pháp cụ thể, thấu đáo. Đặc biệt là vấn đề bảo đảm quyền lợi và nghĩa vụ của người dân khi tích tụ đất nông nghiệp. Bài viết nêu rõ thực trạng này và đưa ra các kiến nghị chính sách.

Article Information:

Keywords: land accumulation; increase in threshold for transfer of agricultural land use rights

Article History:

Received : 20 Jul. 2019
Edited : 04 Aug. 2019
Approved : 11 Aug. 2019

Abstract

For recent years, the Party and the government have issued series of undertakings, policies and laws on land accumulation, increase in threshold for transfer of agricultural land use rights. In practices, the progress of land accumulation, increase in threshold for transfer of agricultural land use rights has reached achievements, but also faced with several complicated issues that need to be solved by appropriate policies, solutions, measures. Especially the issue of ensuring the rights and obligations of people when accumulating the agricultural land. This article provides the outlines of this situation and also recommendations for policy development.

1. Chủ trương, chính sách của Đảng, pháp luật của Nhà nước về tích tụ đất nông nghiệp

Chủ trương về tích tụ đất nông nghiệp phục vụ phát triển nông nghiệp nông thôn được đưa ra lần đầu tiên trong Nghị quyết số 26-NQ/TW ngày 5/8/2008 của Hội nghị lần thứ bảy Ban Chấp hành Trung ương Đảng khoá X về nông nghiệp, nông dân, nông thôn (Nghị quyết số 26-NQ/TW).

Nhiều vấn đề về nông nghiệp, nông dân, nông thôn được đề cập và định hướng phát triển một cách toàn diện, bền vững trong Nghị quyết số 26-NQ/TW. Phát triển nông nghiệp, nông thôn và nâng cao đời sống vật chất, tinh thần của nông dân phải dựa trên cơ chế kinh tế thị trường định hướng XHCN, phù hợp với điều kiện của từng vùng, từng lĩnh vực, để giải phóng và sử dụng có hiệu quả các nguồn lực xã hội, trước hết là lao

1 Bài viết sử dụng kết quả nghiên cứu của Đề tài “Quyền lợi và nghĩa vụ của người dân trong tích tụ đất nông nghiệp - Thực trạng và giải pháp” của Viện Nghiên cứu Lập pháp năm 2019 do TS. Nguyễn Hoàng Thanh làm Chủ nhiệm.

động, đất đai, rừng và biển; khai thác tốt các điều kiện thuận lợi trong hội nhập kinh tế quốc tế cho phát triển lực lượng sản xuất trong nông nghiệp, nông thôn; phát huy cao nội lực; đồng thời tăng mạnh đầu tư của Nhà nước và xã hội, ứng dụng nhanh các thành tựu khoa học, công nghệ tiên tiến cho nông nghiệp, nông thôn, phát triển nguồn nhân lực, nâng cao dân trí nông dân. Như vậy, lần đầu tiên, vấn đề tích tụ đất nông nghiệp được Nghị quyết số 26-NQ/TW đưa ra. Đồng thời, những vấn đề về vốn, đào tạo nghề, đào tạo cán bộ quản lý, hỗ trợ chuyển đổi nghề, hạn mức giao đất nông nghiệp... cũng được đưa ra với mục tiêu là nhằm phát triển bền vững, toàn diện nông nghiệp, nông dân, nông thôn. Đây là chìa khóa để quá trình tích tụ đất nông nghiệp diễn ra sâu, rộng.

Thực hiện các chủ trương của Đảng, Luật Đất đai đã có những quy định cụ thể về tích tụ đất đai. Luật Đất đai năm 2003, đã được sửa đổi và sau đó được thay thế bằng Luật Đất đai năm 2013, có hiệu lực thi hành từ 01/7/2014, đã ảnh hưởng rất lớn tới quá trình tích tụ và tập trung đất ở nước ta.

Hội nghị lần thứ 6 Ban chấp hành Trung ương Đảng khóa XI đã có Nghị quyết số 19-NQ/TU ngày 31/10/2012 *Về tiếp tục đổi mới chính sách, pháp luật về đất đai trong thời kỳ đẩy mạnh toàn diện công cuộc đổi mới, tạo nền tảng để đến năm 2020 nước ta cơ bản trở thành nước công nghiệp theo hướng hiện đại*. Nghị quyết đã có nhiều định hướng quan trọng trong việc đổi mới chính sách, pháp luật về đất đai. Đối với chính sách giao đất, cho thuê đất, Nghị quyết chỉ rõ: “Tiếp tục giao đất, cho thuê đất nông nghiệp cho hộ gia đình, cá nhân sử dụng có thời hạn *theo hướng kéo dài hơn quy định hiện hành* để khuyến khích nông dân gắn bó hơn với đất và yên tâm đầu tư sản xuất. Đồng thời, *mở rộng hạn mức nhận chuyển quyền sử dụng đất (QSDĐ) nông nghiệp* phù hợp với điều kiện cụ thể từng vùng, từng giai đoạn để tạo

điều kiện thuận lợi cho quá trình tích tụ đất đai, từng bước hình thành những vùng sản xuất hàng hoá lớn trong nông nghiệp. Sớm có giải pháp đáp ứng nhu cầu đất sản xuất và việc làm cho bộ phận đồng bào dân tộc thiểu số đang không có đất sản xuất”.

Để cụ thể hóa các chủ trương, chính sách và pháp luật về đất đai, Chính phủ và chính quyền địa phương các cấp đã ban hành nhiều văn bản về tích tụ, tập trung đất đai, đề ra các nhiệm vụ và cách thức thực hiện để tích tụ, tập trung đất đai trở thành một xu hướng tích cực trong sản xuất nông nghiệp (SXNN) ở nước ta thời gian qua. Tuy nhiên, với thực trạng nền nông nghiệp cũng như thực trạng sử dụng đất của người nông dân hiện nay, chủ trương tích tụ ruộng đất, mở rộng hạn mức nhận chuyển QSDĐ nông nghiệp dù đã có nhiều thành tựu, nhưng cũng đang gặp phải nhiều vấn đề phức tạp, khó khăn phải giải quyết bằng các chính sách, giải pháp, biện pháp cụ thể, thấu đáo. Đặc biệt là vấn đề bảo đảm quyền lợi và nghĩa vụ của người dân khi tích tụ đất nông nghiệp.

2. Khái quát tình hình tích tụ đất trong nông nghiệp

Trong thời gian gần đây, đóng góp của đất đai vào tăng trưởng nông nghiệp dường như đã tới hạn. Tốc độ tăng trưởng giá trị sản lượng nông nghiệp bình quân trên 01 hecta đất của Việt Nam đang giảm dần và thấp hơn các nước trong khu vực. Ruộng đất phân tán, manh mún là cản trở chính cho việc nâng cao hiệu quả và giá trị gia tăng trên một đơn vị diện tích đất trong quá trình tái cơ cấu nông nghiệp. Diện tích đất bình quân hộ nông nghiệp chỉ vào khoảng 0,46 ha, và trung bình được chia thành 2,83 mảnh. Quy mô diện tích đất của hộ nông dân Việt Nam thấp hơn Trung Quốc và thấp hơn rất nhiều so với các nước khác ở châu Á, châu lục vốn được coi là nơi "đất chật, người đông". Do vậy, tích tụ ruộng đất trở thành một giải pháp giúp nâng cao hiệu quả SXNN, thông

qua việc mở rộng quy mô sản xuất phù hợp, áp dụng tiến bộ khoa học, công nghệ và hình thành các vùng chuyên canh theo hướng sản xuất hàng hóa gắn với thị trường.

2.1 Các hình thức tích tụ đất nông nghiệp chủ yếu

2.1.1 Hình thức chuyển nhượng QSDĐ nông nghiệp giữa các hộ nông dân với nhau

Chuyển nhượng QSDĐ giữa các hộ nông dân với nhau (hay còn gọi là mua bán đất đai ở nông thôn) hiện nay hoàn toàn theo cơ chế thị trường, cung cầu gặp nhau, thỏa thuận giá cả và các điều kiện cần thiết theo cơ chế thị trường. Có người cần bán, gặp người cần mua, hình thành một cuộc thỏa thuận, nếu thành công sẽ có một vụ chuyển nhượng QSDĐ nông nghiệp. Nhà nước chỉ đóng vai trò theo dõi và quản lý biến động về đất đai theo quy định của Luật Đất đai. Theo quy định của luật, tất cả các trường hợp chuyển nhượng QSDĐ phải làm các đầy đủ các thủ tục sang tên trước bạ, chuyển QSDĐ từ người này sang người khác và phải nộp đầy đủ các loại phí, thuế theo quy định. Tuy nhiên, trong thực tế, vì những lý do khác nhau mà nhiều trường hợp chuyển nhượng QSDĐ cho nhau chỉ viết giấy trao tay, hoặc có sự làm chứng của hàng xóm là đủ.

Có nhiều nguyên nhân của việc các hộ nông dân chuyển nhượng QSDĐ nông nghiệp. Có thể vì lý do hộ nông dân muốn chuyển đổi nghề nghiệp, vì lý do thiếu lao động, do sản xuất kém hiệu quả so với các ngành khác... hay vì các nguyên nhân khác nữa, người nông dân bán một phần hoặc toàn bộ ruộng đất.

Tuy tỷ lệ số hộ sẵn lòng nhượng đất nông nghiệp ở các vùng không giống nhau vì nhiều nguyên nhân nhưng kết quả điều tra cho thấy, xu hướng chuyển nhượng bớt QSDĐ khi người nông dân không (hoặc ít) có nhu cầu SXNN nữa hoặc thấy rằng, SXNN cho hiệu quả thấp, đang ngày càng tăng lên ở tất cả các vùng. Do vậy, cơ hội để cho những người

có nhu cầu, có khả năng về tiền vốn đầu tư, có tâm huyết với sản xuất nông, lâm nghiệp tích tụ đất đai để tăng quy mô diện tích, đầu tư cho sản xuất. Việc tích tụ nhanh hay chậm tùy thuộc khả năng của mỗi người, và khi tích tụ đến quy mô diện tích đủ lớn thì hình thành nên những trang trại sản xuất nông lâm nghiệp. Để phát triển sản xuất hàng hóa tập trung, việc tích tụ hình thành các trang trại có ý nghĩa cực kỳ quan trọng.

Nhìn chung, đối tượng nhận chuyển nhượng đất nông nghiệp chủ yếu là hộ nông dân, người trong cùng xã. Phần lớn các hộ nhận chuyển nhượng để tích tụ thêm đất cho SXNN. Tuy nhiên, đối tượng là doanh nhân, cán bộ công chức ở ngoài xã muốn tích tụ đất đai tuy ít nhưng có xu hướng tăng lên, chính điều này đã đẩy giá đất lên cao, gây khó khăn cho người nông dân muốn tích tụ đất đai.

Một ví dụ để thấy được xu hướng và kết quả của chuyển nhượng nhằm tích tụ đất nông nghiệp là: Theo kết quả Tổng Điều tra nông thôn, nông nghiệp và thủy sản năm 2011 thì năm 2011, số hộ của cả vùng đồng bằng sông Hồng là 1.822.682 hộ, đã giảm 301.593 hộ so với năm 2006. Nhờ có chuyển nhượng và tích tụ đất nông nghiệp mà bình quân diện tích đất lúa của hộ tại vùng này trong giai đoạn 2006 - 2011 tăng 302,55 m² từ 3.098,75 m² lên 3.401,30 m².

Quy mô và tốc độ chuyển nhượng đất nông nghiệp trong tổng số mảnh đất nông nghiệp vùng Đông Nam Bộ là cao nhất cả nước trong giai đoạn 1994 -2003, tuy nhiên đến sau năm 2003 thì tỷ lệ chuyển nhượng đất tại khu vực này giảm mạnh tụt xuống vị trí thứ hai sau vùng Tây Nguyên. Giai đoạn 1994 -2003 là giai đoạn tăng mạnh về giao dịch đất nông nghiệp thông qua hình thức chuyển nhượng, nhưng sau năm 2003 thì quy mô bắt đầu giảm xuống.

Trong những năm qua, đặc biệt là sau khi Luật Đất đai năm 2013 được ban hành,

tình hình chuyển nhượng đất giữa các hộ có sự thay đổi nhất định. Ở các tỉnh đồng bằng sông Hồng, số thửa ruộng của một hộ có giảm đi, nhưng quy mô đất canh tác của một hộ nông dân tăng không đáng kể do các hộ nông dân không muốn nhượng QSDĐ nông nghiệp cho người khác. Ở các vùng chuyên canh phía Nam, tình hình chuyển nhượng QSDĐ nông nghiệp đạt kết quả khá hơn ở phía Bắc nhưng cũng chưa tạo đủ tiền đề để hình thành nền kinh tế trang trại quy mô lớn một cách phổ biến.

Hình thức chuyển nhượng đất giữa các hộ là hình thức khá hiệu quả đối với các hộ có nhu cầu mở rộng SXNN, là một trong những hình thức nên được khuyến khích. Đặc biệt, những nông dân giỏi, có năng lực tài chính lựa chọn hình thức mua đứt bán đoạn các mảnh đất xung quanh khu đất của mình qua từng năm để hình thành quy mô đủ lớn là phù hợp nhất. Hình thức này có tiềm năng thực hiện ở phía Nam, đặc biệt vùng Tây Nguyên, Đông Nam Bộ và đồng bằng sông Cửu Long, người dân có tư tưởng thoáng hơn về mua bán đất do không bị nặng nề tâm lý giữ đất như một hình thức bảo hiểm hoặc do các nguyên nhân về văn hóa truyền thống. Hiệu quả kinh tế của hình thức này tương đối cao do các nông dân sản xuất giỏi sẽ chủ động tích tụ đất, áp dụng khoa học kỹ thuật và cơ giới hóa trong dài hạn để nâng cao hiệu quả sản xuất. Thêm vào đó, họ nắm giữ QSDĐ nên yên tâm đầu tư phát triển lâu dài, có thể chấp vay vốn các tổ chức tín dụng để sản xuất kinh doanh. Việc nông dân nhận quyền sử dụng từ nông dân khác cũng có nhiều thuận lợi do mối quan hệ cộng đồng làng xã láng giềng, hoặc bạn bè nên dễ tiếp cận và thuyết phục hộ có khả năng chuyển nhượng đất hơn.

Cản trở chính của hình thức tích tụ ruộng đất này là nguồn cung đất hạn chế khi lao động nông nghiệp dư thừa còn tương đối cao, tâm lý lo ngại công việc không ổn định, khi

gặp khó khăn đất nông nghiệp vẫn là tài sản để bảo đảm cuộc sống nên ít hộ sẵn sàng bán đất (đặc biệt là ở các tỉnh miền Bắc). Giá đất nhận chuyển nhượng ngày càng tăng cũng là nguyên nhân khiến cho nông dân ngày càng khó tiếp cận với thị trường này. Nhiều hợp đồng chuyển nhượng đất giữa các hộ chỉ được xác nhận bằng giấy viết tay giữa các hộ, có sự làm chứng của các hộ xung quanh nên cơ sở pháp lý không vững chắc. Trong khi đó, khung pháp lý hiện tại vẫn còn nhiều hạn chế khi đặt ra hạn mức nhận chuyển nhượng, quy định đối tượng nhận chuyển nhượng đối với đất lúa, rừng phòng hộ, rừng đặc dụng và thuế chuyển nhượng đất nông nghiệp cao tương đương như các bất động sản khác. Hơn nữa, chưa có quy định về diện tích tối thiểu hoặc thuế thừa kế QSDĐ nông nghiệp khi tách hộ. Bên cạnh đó, việc chuyển nhượng đất nông nghiệp sẽ phải nộp thuế thu nhập cá nhân ở mức 2% của giá chuyển nhượng là con số cao so với lợi nhuận có thể tạo ra từ SXNN.

2.1.2 Hình thức doanh nghiệp nhận chuyển nhượng đất của nông dân

Đây là hình thức doanh nghiệp nhận chuyển nhượng đất của nhiều hộ nông dân trong cùng một vùng liền kề với nhau, sau đó đăng ký thuê lại của chính quyền địa phương, để tạo ra một vùng nguyên liệu nông nghiệp cung cấp cho hoạt động sản xuất kinh doanh của doanh nghiệp. Doanh nghiệp sẽ có một vùng nguyên liệu ổn định để đầu tư dài hạn, có thể sử dụng QSDĐ để thế chấp vay vốn từ các tổ chức tín dụng. Về phía nông dân thì có thêm một khoản tài chính để đầu tư chuyển đổi nghề nghiệp khi thấy nghề nông đã không còn đem lại hiệu quả kinh tế cao đối với họ hoặc họ có thể được ưu tiên làm thuê cho doanh nghiệp.

Thời gian qua, số lượng doanh nghiệp đã tăng nhiều so với năm 2007, tuy nhiên số doanh nghiệp làm nông, lâm, thủy sản vẫn chiếm tỷ trọng rất nhỏ, chỉ khoảng 1,4%

trong tổng số doanh nghiệp, trong đó có đến 96% là doanh nghiệp có quy mô vừa và nhỏ. Các tỉnh ở miền Nam có quy mô diện tích trung bình hộ lớn nên doanh nghiệp sẽ thuận lợi hơn trong việc mua đất từ nông dân để sản xuất lớn. Tuy nhiên, như đã nói ở trên, giá đất chuyển nhượng cao hiện là cản trở lớn đối với doanh nghiệp muốn tích tụ, đặc biệt doanh nghiệp vừa và nhỏ.

Thêm vào đó, nông dân cũng chưa sẵn sàng bán đất cho doanh nghiệp. Việc tích tụ diện tích theo nhu cầu của doanh nghiệp sẽ gặp một số khó khăn nếu diện tích mà các hộ sẵn sàng bán chưa đáp ứng nhu cầu của doanh nghiệp. Một vấn đề vướng mắc khác trong việc thực hiện các giao dịch mua đất của doanh nghiệp với hộ dân là việc mảnh đất của hộ chưa có sổ đỏ hoặc mảnh đất của hộ đang thế chấp tại ngân hàng.

Doanh nghiệp cũng ít chủ động mua đất nông nghiệp của hộ nông nghiệp để sản xuất quy mô lớn vì giá mua đất nông nghiệp cao (giá giao dịch hiện tại ở vùng đồng bằng sông Cửu Long vào khoảng 1 - 2 tỷ đồng/ha đối với đất lúa, 3 - 5 tỷ đồng/ha đối với đất vườn) nên khó tạo ra lợi nhuận đủ hấp dẫn so với số vốn bỏ ra ban đầu để mua đất nếu chỉ SXNN. Thông thường, doanh nghiệp thực sự đầu tư kinh doanh nông nghiệp chỉ mua đất trong trường hợp của các hộ liền kề hoặc nằm rải rác ở giữa vùng chuyên canh đã được quy hoạch của họ.

Không chỉ về vấn đề giá mà việc thỏa thuận giá với mỗi người dân để hình thành quy mô đất đủ lớn quá phức tạp và tốn thời gian nên hình thức này vẫn chưa phổ biến. Ngoài ra, việc giới hạn đối tượng nhận chuyển nhượng QSDĐ nông nghiệp, thuế và phí liên quan đến chuyển nhượng đất (bao gồm rất nhiều loại thuế, phí như thuế thu nhập cá nhân, lệ phí trước bạ, lệ phí địa chính, lệ phí thẩm định...) làm tăng chi phí đầu tư cho doanh nghiệp, thủ tục hành chính nhận QSDĐ nông nghiệp còn nhiều

phức tạp (Viện Chính sách và Chiến lược PTNNNT, 2016) cũng là một lý do cản trở việc doanh nghiệp đầu tư mua đất mở rộng sản xuất. Mặt khác, Luật Đất đai năm 2013 quy định theo hướng hạn chế các trường hợp Nhà nước thu hồi đất để thực hiện dự án đầu tư phát triển kinh tế - xã hội, mặc dù đã có cơ chế tự thỏa thuận nhận QSDĐ để thực hiện dự án đầu tư nhưng nhiều trường hợp khó đạt được sự đồng thuận cao của người sử dụng đất nên khó tích tụ được đất đai.

Như vậy, để áp dụng hình thức này, doanh nghiệp cần tiếp cận với nguồn cung đất đủ lớn để có thể đầu tư quy mô lớn. Chi phí đầu tư ban đầu để doanh nghiệp mua đất là quá lớn so với lợi nhuận doanh nghiệp có thể tạo ra từ sản xuất, kinh doanh nông nghiệp, do đó doanh nghiệp cần nguồn vốn tín dụng lớn và trong thời gian đủ để hoạt động nông nghiệp có thể sinh lời (thường là từ 5 năm trở lên nếu trồng các loại cây ăn trái và 2 năm trở lên đối với các loại rau màu). Doanh nghiệp cũng rất cần được giảm chi phí giao dịch và đơn giản hóa thủ tục. Cần có một đầu mối trung gian để thực hiện giao dịch vì nếu muốn tập trung một diện tích đủ lớn, doanh nghiệp phải làm hợp đồng với rất nhiều hộ dân với nhu cầu giá cả khác nhau.

2.2 Bước đầu đánh giá hiệu quả của các hình thức tích tụ đất và những vấn đề nảy sinh trong quá trình tích tụ đất trong nông nghiệp

Nhu cầu tích tụ đất đai để SXNN với quy mô lớn là rất cần thiết tại các địa phương. Các địa phương đã tích cực, chủ động triển khai nhiều giải pháp đẩy mạnh tích tụ đất đai để sản xuất hàng hóa với quy mô lớn hơn phù hợp với đặc điểm của địa phương mình. Các quy định của pháp luật về quyền chuyển đổi, chuyển nhượng, cho thuê, góp vốn bằng QSDĐ đã đáp ứng được một phần nhu cầu tích tụ đất nông nghiệp để sản xuất, tác động tích cực trong việc đầu tư trên đất, tạo điều kiện cho nhà đầu tư yên tâm đầu tư.

Thực tế cho thấy, mặc dù các mô hình tích tụ ruộng đất hiện nay đều mang lại hiệu quả kinh tế - xã hội nhất định cho các bên tham gia nhưng những khó khăn trong việc tích tụ đất đai đang là rào cản thu hút cá nhân, doanh nghiệp đầu tư vào nông nghiệp. Trong khi đó đầu tư vào nông nghiệp rủi ro lớn, thời gian thu hồi vốn dài. Hiện nay, không nhiều mô hình tích tụ đất đai đạt được cả ba tiêu chí: công bằng, bền vững và hiệu quả.

Bước đầu, chúng ta có thể đánh giá hiệu quả của các hình thức tích tụ đất và những vấn đề nảy sinh trong quá trình tích tụ đất trong nông nghiệp như sau:

2.2.1 Hình thức chuyển nhượng QSDĐ nông nghiệp giữa các hộ nông dân với nhau

Điều kiện để áp dụng hình thức chuyển nhượng QSDĐ nông nghiệp giữa các hộ nông dân với nhau là người dân phải có nhu cầu mua/bán QSDĐ nông nghiệp và nền sản xuất hàng hóa nông nghiệp tại địa phương đó đang phát triển mạnh.

Hình thức chuyển nhượng QSDĐ nông nghiệp này có một số ưu điểm sau:

- Khung pháp lý và chính sách hiện hành đã khá đầy đủ để thực hiện giao dịch.
- Việc mua đứt bán đoạn tạo ra sự yên tâm đầu tư sản xuất kinh doanh dài hạn, bền vững.

Tuy nhiên, hình thức chuyển nhượng QSDĐ nông nghiệp này có một số hạn chế đáng kể như:

- Nguồn cung đất không phong phú, không tập trung nên không có nhiều sự lựa chọn.
- Người chuyển nhượng QSDĐ nông nghiệp thường đòi giá cao, không hợp lý
- Vốn của hộ nhận chuyển nhượng QSDĐ nông nghiệp thường không có nhiều nên chỉ có thể thực hiện việc chuyển nhượng một cách nhỏ lẻ, không tích tụ lớn được để sản xuất quy mô.

- Hộ gia đình, cá nhân trực tiếp SXNN mới được nhận chuyển nhượng QSDĐ trồng lúa theo quy định của Luật Đất đai năm 2013.

- Quy mô bị giới hạn bởi hạn mức nhận chuyển QSDĐ theo Luật Đất đai năm 2013

- Thủ tục hành chính hay gặp khó khăn vì phải xác định các nghĩa vụ tài chính của người chuyển nhượng QSDĐ và đo đạc lại mảnh đất. Người mua QSDĐ phải trả lệ phí trước bạ cũng như chi phí cấp đổi giấy chứng nhận QSDĐ.

Để phát huy ưu điểm và khắc phục các trở ngại của hình thức chuyển nhượng QSDĐ nông nghiệp này, Nhà nước cần có các chính sách:

- Có chính sách và có quỹ để hỗ trợ rút người lao động ra khỏi khu vực SXNN để tạo quỹ đất.

- Phát triển bảo hiểm xã hội cho những người nông dân rời bỏ khu vực nông nghiệp, tham gia vào lĩnh vực phi nông nghiệp tại nông thôn và đô thị.

- Xây dựng hệ thống quản lý đất đai điện tử để cung cấp thông tin số hóa về QSDĐ và giao dịch bất động sản, từ bỏ sự phụ thuộc vào “Sổ đỏ” và yêu cầu bắt buộc phải đăng ký vào Sổ địa chính của cơ quan đăng ký đất đai;

2.2.2 Hình thức doanh nghiệp nhận chuyển nhượng đất của nông dân

Hình thức doanh nghiệp nhận chuyển nhượng đất của nông dân cần có điều kiện áp dụng là nền sản xuất hàng hóa nông nghiệp phát triển mạnh, mức độ công nghiệp hóa, hiện đại hóa của địa phương nhanh, số lao động nông nghiệp ra khỏi khu vực SXNN nhiều, các doanh nghiệp kinh doanh trong các ngành công nghiệp - dịch vụ hỗ trợ SXNN đầu tư lớn và rộng khắp.

Hình thức doanh nghiệp nhận chuyển nhượng đất của nông dân có nhiều ưu điểm dễ thấy như:

- Khung pháp lý và chính sách hiện hành có đầy đủ để thực hiện giao dịch.

- Hoạt động “mua đứt bán đoạn” QSDĐ tạo ra sự yên tâm để nhà đầu tư kinh doanh sản xuất dài hạn, bền vững.

- Doanh nghiệp không bị hạn chế về diện tích có thể nhận chuyển nhượng để đăng ký thuê lại của chính quyền địa phương.

- Doanh nghiệp có đủ vốn để tích tụ đất sản xuất quy mô lớn, tăng năng suất, giảm chi phí.

- Doanh nghiệp dễ tiếp cận nguồn vốn từ ngân hàng.

Tuy nhiên, hình thức này cũng gặp phải một số khó khăn, vướng mắc, như:

- Nguồn cung đất không phong phú nên không có nhiều sự lựa chọn.

- Chí phí đầu tư ban đầu để doanh nghiệp mua QSDĐ đất là quá lớn so với lợi nhuận doanh nghiệp có thể tạo ra từ sản xuất, kinh doanh nông nghiệp.

- Chi phí giao dịch cao, thủ tục phức tạp, một phần là do để có diện tích đủ lớn, doanh nghiệp phải làm việc với nhiều hộ có nhu cầu và điều kiện đa dạng.

- Thủ tục phức tạp vì sau khi doanh nghiệp nhận chuyển nhượng QSDĐ của các hộ nông dân thì doanh nghiệp phải thực hiện việc chuyển sang hình thức cho thuê chứ không được cấp giấy chứng nhận QSDĐ theo quy định tại Luật Đất đai năm 2013².

- Thiếu thông tin về giá đất, giá đất đa dạng, thỏa thuận khó.

- Không áp dụng đối với đất lúa, đất rừng phòng hộ như quy định của Luật Đất đai năm 2013.

Để tạo điều kiện thuận lợi cho các doanh nghiệp nhận chuyển nhượng QSDĐ của nông dân, bên cạnh sự hỗ trợ của Nhà nước tương tự như trường hợp chuyển nhượng đất giữa các hộ nông nghiệp với nhau, Nhà nước cần đổi mới các chương trình đào tạo nghề nông thôn, huy động sự tham gia của doanh nghiệp thuê lao động đào tạo nghề theo nhu cầu của doanh nghiệp sử dụng lao động, đồng thời thành lập các tổ chức (như Trung tâm Phát triển quỹ đất, Trung tâm Thông tin, tư vấn về đất đai) để hỗ trợ, tư vấn pháp lý cho nông dân trong các giao dịch về đất đai (sử dụng nguồn lực từ quỹ phát triển đất).

Nhìn chung, hiện nay các hình thức tích tụ ruộng đất đã có hiệu quả tại nhiều địa phương, nhưng trên thực tế, vẫn còn nhiều khó khăn, vướng mắc trong việc tích tụ đất đai. Các khó khăn, vướng mắc này đang tạo nên một số rào cản nhất định trong việc thu hút doanh nghiệp đầu tư vào nông nghiệp cũng như nông dân muốn liên kết mở rộng sản xuất.

Tuy nhiên, với những tác động kinh tế - xã hội to lớn và khả năng áp dụng cao, các mô hình tích tụ ruộng đất hiện nay đã khẳng định tính tất yếu để chuyển đổi mô hình SXNN, nâng cao hiệu quả kinh tế và xã hội cho các thành phần tham gia vào quá trình công nghiệp, hóa hiện đại hóa.

3. Một số kiến nghị

Để đẩy mạnh quá trình tích tụ ruộng đất, khuyến khích nông dân, doanh nghiệp tích tụ đất nông nghiệp phục vụ sản xuất quy mô lớn, tăng hiệu quả SXNN, cải thiện đời sống cho nông dân, trong thời gian tới, Nhà nước cần tiếp tục thực hiện các giải pháp sau:

- Xây dựng và hoàn thiện cơ chế, chính sách tích tụ, tập trung đất nông nghiệp, cụ

2 Mặc dù số tiền mà doanh nghiệp, tổ chức kinh tế đã trả để nhận chuyển nhượng QSDĐ được khấu trừ vào tiền thuê đất phải nộp theo điểm a khoản 4 Điều 12 Nghị định 46/2014/NĐ-CP và hướng dẫn tại khoản 2 Điều 5 Thông tư 77/2014/TT-BTC nhưng doanh nghiệp vẫn không mặn mà thực hiện. Doanh nghiệp thường lựa chọn hình thức viết giấy trao tay và giữ nguyên tên chủ sở hữu.

thể: i) Sửa đổi, bổ sung Luật Đất đai năm 2013 theo hướng quy định rõ ràng việc góp vốn chuyển QSDĐ và góp vốn không chuyển QSDĐ. Xây dựng cơ chế pháp lý để doanh nghiệp nhận góp vốn thông qua nhận QSDĐ có thể thế chấp để vay vốn ngân hàng; ii) Thúc đẩy tích tụ, tập trung đất nông nghiệp thông qua tạo điều kiện thuận lợi cho việc mua bán chuyển nhượng QSDĐ; iii) Hỗ trợ về cơ sở hạ tầng đối với các diện tích mới được tích tụ, tập trung; iv) Quy hoạch vùng chuyên canh, đẩy mạnh đầu tư theo hình thức đối tác công + tư để xây dựng cơ sở hạ tầng hoàn chỉnh thu hút đầu tư của doanh nghiệp, HTX.

- Trong lĩnh vực trồng trọt, cần nói lỏng quy định cho phép cá nhân không phải hộ nông nghiệp hoặc không sống cùng địa bàn được nhận chuyển nhượng đất lúa và đất rừng phòng hộ. Giao cho địa phương thẩm định phương án chuyển đổi mục đích sử dụng đất lúa sang các mục đích nông nghiệp, chăn nuôi và thủy sản với diện tích dưới 300 ha theo quy hoạch.

- Đẩy mạnh tín dụng cho vay theo chuỗi giá trị nông nghiệp: (i) Hoàn thiện khung pháp lý để phát triển cung ứng đồng bộ các sản phẩm dịch vụ tài chính mới (như quản lý tiền mặt, quản lý tài sản, bảo hiểm thanh toán, bảo hiểm nhân thọ, phái sinh hàng hóa, đại lý ngân hàng, biên nhận lưu kho...) nhằm tăng khả năng tiếp cận tín dụng với quy mô lớn và dài hạn hơn cho nông dân, trang trại, HTX và doanh nghiệp trong nông nghiệp, nông thôn; (ii) Xây dựng cơ chế chính sách kết hợp chặt chẽ giữa các chương trình cho vay và bảo hiểm nông nghiệp theo chuỗi giá trị nông nghiệp.

- Bỏ hạn mức nhận chuyển QSDĐ nông nghiệp đối với hộ gia đình tại Khoản 1 Điều 130 Luật Đất đai năm 2013. Sử dụng hạn mức nhận chuyển nhượng hiện nay làm hạn mức đánh thuế sử dụng đất nông nghiệp.

- Nói lỏng quy định tại khoản 3 Điều 191 Luật Đất đai 2013 theo hướng cho phép hộ gia đình, cá nhân không trực tiếp SXNN được nhận chuyển nhượng, nhận tặng cho quyền sử dụng đất trồng lúa.

- Sửa khoản 2 Điều 191 Luật Đất đai năm 2013 “Tổ chức kinh tế không được nhận chuyển nhượng QSDĐ trồng lúa, đất rừng phòng hộ, đất rừng đặc dụng của hộ gia đình, cá nhân, trừ trường hợp được chuyển mục đích sử dụng đất theo quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt” theo hướng cho phép tổ chức kinh tế trong nước được phép nhận chuyển nhượng QSDĐ trồng lúa, đất rừng phòng hộ, đất rừng đặc dụng của hộ gia đình, cá nhân nếu tổ chức kinh tế trong nước đó đáp ứng được một số điều kiện về kinh tế và tiêu chuẩn về môi trường nhất định. Sửa đổi quy định này là tạo điều kiện để các hộ gia đình, cá nhân chuyển nhượng QSDĐ trồng lúa, đất rừng phòng hộ, đất rừng đặc dụng của hộ gia đình mình cho tổ chức kinh tế trong nước.

- Giảm thuế, phí liên quan đến chuyển nhượng đất nông nghiệp tại Luật sửa đổi các Luật về Thuế năm 2014.

- Không xác định trường hợp các hộ chuyển nhượng QSDĐ nông nghiệp vì mục đích tích tụ và tập trung đất nông nghiệp là chuyển nhượng bất động sản quy định tại Điều 14 Luật Thuế thu nhập cá nhân năm 2007 và miễn thuế thu nhập cá nhân đối với trường hợp hộ chuyển nhượng QSDĐ nông nghiệp vì mục đích tích tụ và tập trung đất nông nghiệp sản xuất quy mô lớn.

- Xây dựng cơ chế minh bạch thông tin về đất đai ■

HẠN CHẾ CỦA PHÁP LUẬT VỀ DU LỊCH TRONG QUY ĐỊNH BẢO VỆ QUYỀN LỢI CỦA KHÁCH DU LỊCH VÀ KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN

Đào Thị Thu Hằng*

* GV. Trường ĐH Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh

Thông tin bài viết:

Từ khóa: ký quỹ du lịch, doanh nghiệp lữ hành, bảo hiểm du lịch, vốn của doanh nghiệp lữ hành.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 26/12/2018

Biên tập : 21/01/2019

Duyệt bài : 28/01/2019

Tóm tắt:

Luật Du lịch năm 2017 đã có hiệu lực và đang được thực thi. Nhưng trong quá trình áp dụng, Luật đã bộc lộ một số hạn chế. Một trong những hạn chế đó là thực hiện quy định doanh nghiệp kinh doanh lữ hành phải ký quỹ để đảm bảo trách nhiệm với khách du lịch khi có sự kiện rủi ro xảy ra.

Article Infomation:

Keywords: travel deposit, travel business, travel insurance, capital of travel enterprises.

Article History:

Received : 26 Dec. 2018

Edited : 21 Jan. 2019

Approved : 28 Jan. 2019

Abstract

The Law on Tourism of 2017 has come into effectiveness and under its enforcement. Through the process of the application, the Law has revealed some shortcomings. One of them is the regulation, to which the travel businesses enterprises have to make a deposit to ensure interests of the tourists once a occurs of risk events.

1. Quy định về ký quỹ du lịch không có hiệu quả

Một trong những nội dung quan trọng của Luật Du lịch năm 2017 là quy định: doanh nghiệp kinh doanh lữ hành không cần phải có vốn pháp định nhưng phải ký quỹ để đảm bảo trách nhiệm với khách du lịch.

Theo quy định của Điều 16 Nghị định 168/2017/NĐ-CP về Quản lý, sử dụng tiền ký quỹ, mục đích của ký quỹ là: “Trong trường hợp khách du lịch bị chết, bị tai nạn,

rủi ro, bị xâm hại tính mạng cần phải đưa về nơi cư trú hoặc điều trị khẩn cấp mà doanh nghiệp không có khả năng bố trí kinh phí để giải quyết kịp thời, doanh nghiệp gửi đề nghị giải tỏa tạm thời tiền ký quỹ đến cơ quan cấp giấy phép kinh doanh dịch vụ lữ hành. Trong thời hạn 48 giờ kể từ thời điểm nhận được đề nghị của doanh nghiệp, cơ quan cấp giấy phép kinh doanh dịch vụ lữ hành xem xét và đề nghị ngân hàng cho doanh nghiệp trích tài khoản tiền ký quỹ để sử dụng hoặc từ chối”.

Như vậy, có thể thấy rằng, “tiền ký quỹ” là để giải quyết những vấn đề của khách du lịch khi gặp rủi ro. Cụ thể, quỹ chỉ được sử dụng khi *du khách bị chết, bị tai nạn, rủi ro, bị xâm hại tính mạng cần phải đưa về nơi cư trú hoặc điều trị khẩn cấp*. Mục đích này dường như bị “trùng lặp” với các quy định về bảo hiểm bắt buộc trong hệ thống pháp luật Việt Nam:

Thứ nhất, kinh doanh dịch vụ lữ hành là việc xây dựng, bán và tổ chức thực hiện một phần hoặc toàn bộ chương trình du lịch cho khách. Chương trình du lịch là văn bản thể hiện lịch trình, dịch vụ và giá bán được định trước cho chuyến đi của khách du lịch từ điểm xuất phát đến điểm kết thúc chuyến đi¹. Do đó, việc sử dụng phương tiện vận chuyển hành khách sẽ là một phần không thể thiếu được của hầu hết các chuyến đi. Theo quy định của Luật Kinh doanh bảo hiểm, chủ xe cơ giới, người vận chuyển hàng không phải mua bảo hiểm trách nhiệm dân sự đối với hành khách². Pháp luật cũng quy định người kinh doanh vận tải đường thủy nội địa phải mua bảo hiểm trách nhiệm dân sự của chủ phương tiện đối với hành khách và người thứ ba³, người vận chuyển hành khách bằng đường biển có nghĩa vụ mua bảo hiểm trách nhiệm dân sự của người vận chuyển đối với hành khách⁴. Ngoài ra, Luật Du lịch cũng quy định tổ chức, cá nhân kinh doanh vận tải khách du lịch phải mua bảo hiểm cho khách du lịch theo phương tiện vận tải⁵. Như vậy, khi vận chuyển khách du lịch, chủ các phương tiện vận chuyển phải bắt buộc mua bảo hiểm cho khách du lịch.

Thứ hai, ngoài bảo hiểm do người vận chuyển mua, khách du lịch còn có thể được thanh toán tiền chữa bệnh, thậm chí là các chi phí nếu bị tử vong bằng bảo hiểm y tế. Luật Bảo hiểm y tế quy định bảo hiểm y tế là hình thức bảo hiểm bắt buộc được áp dụng đối với các đối tượng theo quy định của Luật⁶. Mặc dù, đối tượng tham gia bảo hiểm y tế đã được mở rộng rất nhiều, ngoài người lao động, học sinh, sinh viên... (thậm chí bao gồm cả người nước ngoài đang học tập tại Việt Nam được cấp học bổng từ ngân sách của Nhà nước Việt Nam), tuy nhiên vẫn chưa bao quát hết được phạm vi khách du lịch. Nhưng có thể thấy rằng, phần lớn khách du lịch là người Việt Nam khi bị tai nạn, rủi ro liên quan đến sức khỏe, tính mạng đều sẽ được bảo hiểm y tế chi trả.

Thứ ba, Luật Du lịch cũng quy định doanh nghiệp kinh doanh lữ hành phải mua bảo hiểm cho khách du lịch trong thời gian thực hiện chương trình du lịch, trừ trường hợp khách du lịch đã có bảo hiểm cho toàn bộ chương trình du lịch⁷. Công ty bảo hiểm sẽ chi trả chi phí cho tổn thất về sức khỏe, tài sản, hành lý cho người đang sinh sống tại Việt Nam (gồm những người có quốc tịch Việt Nam và người có quốc tịch nước ngoài sinh sống tại Việt Nam) muốn đi du lịch, thăm hỏi, công tác, du học trong nước cũng như nước ngoài.

Như vậy, ở Việt Nam, với ba hình thức bảo hiểm này, việc chi trả cho những rủi ro, tai nạn hoặc tổn thất về sức khỏe, tính mạng cho du khách đều có thể được thực hiện kịp thời. Trong đó, chúng tôi cho rằng, việc bán

1 Xem Điều 3.8 & 9 Luật Du lịch năm 2017.

2 Xem Điều 8 Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2000.

3 Xem Điều 5 Nghị định 110/2014/NĐ-CP quy định kinh doanh vận tải đường thủy nội địa.

4 Xem Điều 203.3 Bộ luật Hàng hải Việt Nam năm 2015.

5 Xem Điều 47.2 Luật Du lịch năm 2017.

6 Xem Điều 1 Luật sửa đổi, bổ sung một số Điều của Luật Bảo hiểm Y tế năm 2014.

7 Xem Điều 37.1d Luật Du lịch năm 2017.

bảo hiểm cho khách du lịch là quan trọng nhất. Bởi lẽ, để các công ty bảo hiểm bán sản phẩm của họ, thì họ sẽ phải kiểm tra, thẩm định quy trình cung cấp sản phẩm nên sẽ giám sát, theo dõi sát sao hoạt động của các doanh nghiệp mà họ bán sản phẩm. Những hành vi, hoạt động bất hợp lý có thể bị loại trừ bởi các công ty bảo hiểm. Không công ty bảo hiểm nào tiếp tục bán hoặc áp dụng mức phí bảo hiểm thấp với những doanh nghiệp làm ăn không đàng hoàng hoặc luôn đề xảy ra sự cố.

Bên cạnh đó, cũng theo quy định của Điều 16 Nghị định 168/2017/NĐ-CP, quỹ chi dùng trong trường hợp khách du lịch bị chết, bị tai nạn, rủi ro, bị xâm hại tính mạng mà doanh nghiệp không có khả năng bố trí kinh phí để giải quyết kịp thời, cần phải đưa về nơi cư trú hoặc điều trị khẩn cấp mà doanh nghiệp không có khả năng bố trí kinh phí để giải quyết kịp thời. Vô hình chung, quy định này đã đẩy rủi ro cho khách du lịch. Cơ quan quản lý nhà nước thực sự cần phải xem xét lại vấn đề này. Bởi lẽ, kinh doanh lữ hành là ngành nghề đối mặt với rất nhiều rủi ro như: thiên tai, tai nạn giao thông, tai nạn leo núi, trèo thác, ngộ độc thực phẩm... Nếu một doanh nghiệp kinh doanh lữ hành mà không đủ kinh phí để chi trả, giải quyết những sự cố xảy ra cho khách hàng thì cũng không nên để những doanh nghiệp này tồn tại. Mặc dù Việt Nam đang huy động mọi nguồn lực cho phát triển du lịch, nhưng không phát triển du lịch bằng mọi “giá”, dẫn đến quyền lợi của khách du lịch không

được bảo đảm. Thời gian qua, các phương tiện thông tin đại chúng đã phản ánh một số doanh nghiệp lữ hành Việt Nam thậm chí đã chấp nhận đón khách của tour 0 đồng⁸; do quy mô nhỏ nên chi phí quản lý ít đã hạ giá tour; cung cấp sản phẩm kém chất lượng gây tình trạng cạnh tranh không lành mạnh⁹; lừa dối khách du lịch gây mất uy tín, ảnh hưởng đến thương hiệu du lịch quốc gia¹⁰... Do vậy, những doanh nghiệp không có đủ khả năng về mặt tài chính thì cần phải bị loại bỏ ra khỏi thị trường.

Mặt khác, cũng theo quy định của Điều 16 Nghị định 168, *doanh nghiệp gửi đề nghị giải tỏa tạm thời tiền ký quỹ đến cơ quan cấp giấy phép kinh doanh dịch vụ lữ hành...*¹¹ Như vậy, chỉ chính doanh nghiệp kinh doanh lữ hành đó mới quyết định việc sử dụng tiền ký quỹ. Giả sử, khi xảy ra những sự cố, rủi ro không mong muốn ảnh hưởng đến sức khỏe tính mạng của du khách, nhưng doanh nghiệp lữ hành cho rằng những rủi ro này không do lỗi của họ và họ không làm đề nghị giải tỏa tạm thời tiền ký quỹ, thì cơ quan quản lý nhà nước về lữ hành không thể tự lấy tiền ký quỹ của doanh nghiệp ra để chi trả cho du khách. Mặt khác, khoản tiền ký quỹ cao nhất chỉ là 500 triệu đồng¹² khó đủ để lo chi phí trong trường hợp khẩn cấp liên quan đến sức khỏe, tính mạng của đoàn du khách nước ngoài. Đặc biệt là các đoàn du khách nước ngoài đến Việt Nam theo loại hình du lịch MICE¹³ thường có số lượng lên đến hàng trăm du khách một chương trình hoặc chương trình du lịch “team building”

8 Trang điện tử Báo Công an nhân dân, truy cập ngày 30/8/2018 trên: <http://cand.com.vn/Chuyen-dong-van-hoa/Manh-tay-xu-ly-canh-tranh-du-lich-khong-lanh-manh-433825/>

9 Trang điện tử Báo Giao thông, truy cập ngày 30/8/2018 trên: <http://www.baogiaothong.vn/vach-mat-canh-tranh-ban-trong-kinh-doanh-du-lich-d181923.html>

10 Trang điện tử Báo Đầu tư, truy cập ngày 30/8/2018 trên: <https://baodautu.vn/du-khach-khieu-nai-doanh-nghiep-lu-hanh-lam-gi-d24672.html>

11 Xem Điều 16 Nghị định 168/2017/NĐ-CP về quy định chi tiết Luật Du lịch năm 2017

12 Xem Điều 14 Nghị định 168/2017/NĐ-CP về quy định chi tiết Luật Du lịch năm 2017

13 MICE viết tắt của bốn từ tiếng Anh: Meeting (hội họp), Incentive (khen thưởng), Convention (hội thảo) và Event (sự kiện)

có quy mô lớn. Trong khi doanh nghiệp lữ hành luôn “chạy” nhiều chương trình du lịch cùng lúc. Do vậy, có thể thấy khoản tiền ký quỹ này là quá ít, chưa kể đến doanh nghiệp kinh doanh lữ hành nội địa chỉ ký quỹ có 100 triệu đồng. Vấn đề tiếp theo là khi xảy ra tranh chấp giữa du khách và doanh nghiệp lữ hành, tòa án hoặc cơ quan thi hành án có được can thiệp để giải quỹ lấy tiền bồi thường cho du khách hay không cũng là câu hỏi chưa có giải đáp rõ ràng. Bởi theo quy định hiện tại thì chỉ duy nhất cơ quan cấp phép kinh doanh dịch vụ lữ hành được quyền đề nghị ngân hàng giải tỏa quỹ.

Ngoài ra, quy định về ký quỹ của doanh nghiệp kinh doanh lữ hành cũng tạo ra những băn khoăn về trách nhiệm của cơ quan cấp giấy phép lữ hành, như: giả sử trong trường hợp cơ quan cấp giấy phép kinh doanh dịch vụ lữ hành “bận” không giải quyết kịp trong thời hạn 48 giờ kể từ thời điểm nhận được đề nghị của doanh nghiệp, khiến doanh nghiệp không thể có tiền đưa du khách đi cấp cứu, dẫn đến du khách bị tử vong do bị can thiệp y tế chậm thì sẽ chịu trách nhiệm ra sao?

Trên thực tế để “né” việc phải thực hiện việc ký quỹ trên, nhiều doanh nghiệp du lịch đã thỏa thuận với nhau, giao cho một doanh nghiệp đăng ký và đóng ký quỹ, các doanh nghiệp còn lại vẫn xây dựng và bán tour trên danh nghĩa doanh nghiệp đã ký quỹ thông qua một hợp đồng hợp tác “bán lại khách” hoặc làm hợp đồng đại lý. Như vậy, với hợp đồng đại lý thì Luật Du lịch năm 2017 đã quy định rõ, doanh nghiệp giao đại lý “tổ chức thực hiện chương trình du lịch do bên nhận đại lý lữ hành bán; chịu trách nhiệm với khách du lịch về chương trình du lịch giao cho bên nhận đại lý lữ hành”¹⁴. Còn hợp đồng hợp

tác “bán lại khách” du lịch để hưởng chênh lệch trên giá tour, thì vẫn do doanh nghiệp có ký quỹ thực hiện tour. Nhưng ngược lại, với trường hợp doanh nghiệp đối tác tìm được lượng khách đủ đông để tổ chức thực hiện tour thì họ sẽ tự thực hiện tour và nếu có kiểm tra của cơ quan nhà nước thì sẽ “qua mặt” bằng cách khai báo là tour của công ty có ký quỹ thực hiện.

Do vậy, có thể nói rằng, quy định về việc ký quỹ của doanh nghiệp lữ hành vô tình đã tạo điều kiện cho hoạt động của những doanh nghiệp kém về năng lực tài chính tham gia kinh doanh, tạo ra những hệ lụy trên thị trường du lịch Việt Nam và gây ảnh hưởng đến uy tín, chất lượng sản phẩm du lịch của Việt Nam. Mặt khác, khảo sát thực tế cho thấy, đến nay tuyệt đại đa số doanh nghiệp lữ hành chưa bao giờ sử dụng tiền ký quỹ¹⁵. Vì vậy, chúng tôi cho rằng, nên bỏ quy định về ký quỹ. Nếu chọn bảo vệ quyền lợi hợp lý cho du khách, hiện thực hóa trách nhiệm của doanh nghiệp kinh doanh lữ hành với khách du lịch trong hoạt động của mình, chúng ta nên quy định vốn pháp định với tất cả các doanh nghiệp kinh doanh lữ hành hoặc quy định mua bảo hiểm trách nhiệm doanh nghiệp bắt buộc với mức bồi thường tương đương mức vốn pháp định chúng ta muốn. Cần chọn phát triển những doanh nghiệp lữ hành có “chất lượng”, thay vì chạy theo “số lượng” như hiện nay.

2. Kiến nghị giải pháp để bảo vệ quyền lợi của khách du lịch

Một số quốc gia trong khu vực đặt ra yêu cầu về vốn của doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ lữ hành như sau: Singapore quy định vốn tối thiểu đối với doanh nghiệp kinh doanh lữ hành quốc tế là 100.000 đô

14 Điều 42.2 Luật Du lịch năm 2017

15 Báo Diễn đàn Doanh nghiệp, truy cập ngày 30/8/2018 trên: <http://enternews.vn/luat-du-lich-2017-va-nhung-cau-hoi-con-bo-ngo-120288.html>

la Singapore (tương đương khoảng 1,67 tỉ đồng)¹⁶; Nhật Bản vừa quy định doanh nghiệp kinh doanh lữ hành quốc tế phải có vốn pháp định là 30 triệu Yên (tương đương khoảng 6,2 tỉ đồng), vừa phải ký quỹ là 70 triệu Yên (tương đương 14,6 tỉ đồng)¹⁷... Việc đặt ra yêu cầu cao về vốn tối thiểu hay vốn pháp định của doanh nghiệp hiện nay dường như đi ngược lại với xu hướng khuyến khích thành lập và tạo điều kiện cho doanh nghiệp hoạt động. Tuy nhiên, chúng tôi cho rằng, cần phải dung hòa trong việc bảo vệ lợi ích giữa doanh nghiệp và người tiêu dùng. Trong những trường hợp cần thiết, chúng ta phải chọn bảo vệ quyền lợi khách hàng và trật tự xã hội hơn vì khách hàng luôn là bên yếu thế trong quan hệ với doanh nghiệp. Do vậy, để bảo vệ quyền lợi của khách du lịch, tạo môi trường kinh doanh lành mạnh, phát triển bền vững thì yêu cầu cao về vốn là hợp tình, hợp lý.

Tuy nhiên, nếu chúng ta yêu cầu vốn tối thiểu cao như quy định của Singapore lại chưa hợp lý. Bởi vì, vốn tối thiểu của doanh nghiệp đều có thể dùng vào hoạt động kinh doanh. Tại một thời điểm bất kỳ, nếu tiến hành kiểm toán về lượng tiền mặt của doanh nghiệp thì có khả năng lượng tiền mặt chỉ là 0 đồng, hoặc thậm chí là một số âm vì dòng tiền buộc phải tham gia vào quá trình kinh doanh và thông tin này được xem là “bí mật” với hầu hết các doanh nghiệp nói chung và doanh nghiệp kinh doanh lữ hành nói riêng. Trong khi đó, hoạt động kinh doanh lữ hành lại có thể xảy ra những rủi ro, tai nạn mà yêu cầu cấp thiết phải đáp ứng là khách hàng cần ngay một khoản tiền ứng trước, hoặc bồi

thường theo hợp đồng để chữa bệnh hoặc xử lý rủi ro. Do vậy, để thực hiện trách nhiệm của doanh nghiệp kinh doanh lữ hành thì quy định yêu cầu về vốn pháp định sẽ hợp lý hơn. Vì vốn pháp định là số vốn mà doanh nghiệp phải duy trì trong suốt quá trình hoạt động¹⁸ và doanh nghiệp không thể dùng vốn pháp định vào hoạt động kinh doanh. Hiện nay, pháp luật Việt Nam chưa quy định cụ thể về việc doanh nghiệp có được sử dụng vốn pháp định để mua tài sản cố định hay không. Tuy nhiên, nếu pháp luật cho phép doanh nghiệp dùng vốn pháp định mua tài sản cố định như mua quyền sử dụng đất, trụ sở của doanh nghiệp thì việc quy định vốn pháp định sẽ làm giảm đi vai trò của nó, vì giá trị tài sản cố định của doanh nghiệp có thể lên xuống thất thường.

Mặt khác, chúng ta có thể quy định doanh nghiệp kinh doanh lữ hành phải mua bảo hiểm trách nhiệm¹⁹. Dưới góc độ của người bán bảo hiểm thì tất cả các doanh nghiệp đều có trách nhiệm pháp lý đối với khách hàng, nhà cung cấp, cộng đồng. Nếu bên thứ ba chịu thiệt hại về tài sản hay thương tật do sử dụng sản phẩm/dịch vụ của doanh nghiệp thì doanh nghiệp có thể phải chịu trách nhiệm. Ngoài việc chi trả bồi thường, doanh nghiệp còn bị ảnh hưởng lớn về thời gian, uy tín thương hiệu và chi phí pháp lý liên quan. Vì thế, trong trường hợp này, bảo hiểm trách nhiệm sẽ là công cụ hiệu quả bảo vệ doanh nghiệp trong quá trình sản xuất kinh doanh. Bảo hiểm trách nhiệm có thể bao gồm các gói bảo hiểm: (1) bảo hiểm trách nhiệm công cộng; (2) bảo hiểm trách nhiệm sản phẩm và (3) kết

16 Hội đồng du lịch Singapore, truy cập ngày 05/9/2018 trên <https://www.stb.gov.sg/assistance-and-licensing/licensing/Pages/TRAVEL-AGENT-LICENCE.aspx#Eligibility>,

17 Bộ Đất đai, hạ tầng, giao thông và du lịch Nhật Bản, truy cập ngày 05/9/2018 trên: <http://www.mlit.go.jp/kankocho/en/shisaku/sangyou/ryokogyoho.html>

18 Xem Điều 8.1 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

19 Xem Điều 7.2g Luật sửa đổi, bổ sung một số Điều của Luật Kinh doanh bảo hiểm, năm 2010.

hợp cả hai gói bảo hiểm. Với gói bảo hiểm trách nhiệm công cộng, doanh nghiệp sẽ được chi trả chi phí bồi thường cho bên thứ ba đối với những thiệt hại về tài sản hoặc người (ốm đau, thương tật) phát sinh từ hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp xảy ra trong thời hạn bảo hiểm và các chi phí khiếu kiện pháp lý liên quan tới khiếu nại đó. Với gói bảo hiểm trách nhiệm sản phẩm, doanh nghiệp sẽ được công ty bảo hiểm chi trả trong trường hợp hàng hóa, sản phẩm mà doanh nghiệp bán/ cung cấp/ sửa chữa/ thay thế/ xử lý hay phục vụ gây ra thiệt hại cho người tiêu dùng hàng hóa/sản phẩm, doanh nghiệp; chi phí khiếu kiện pháp lý liên quan tới khiếu nại cũng như chi phí bồi thường theo trách nhiệm pháp lý của Người được bảo hiểm đối với những thiệt hại về người (thương tật, ốm đau) và tài sản của Người tiêu dùng hàng hóa/sản phẩm xảy ra trong thời hạn bảo hiểm²⁰.

Mặc dù đã có quy định doanh nghiệp kinh doanh lữ hành phải mua bảo hiểm du lịch bắt buộc, nhưng trên thực tế, các doanh nghiệp kinh doanh lữ hành thường chỉ mua bảo hiểm du lịch cho khách ở mức tối thiểu để giảm giá thành sản phẩm. Vậy nên, khi du khách gặp rủi ro, họ sẽ không được hỗ trợ hoàn toàn và có nhiều thứ bị loại trừ, nên mức bồi thường không cao. Trên thị trường hiện có rất nhiều sản phẩm bảo hiểm du lịch của các doanh nghiệp trong và ngoài nước có mức phí bảo hiểm khá thấp. Ví dụ, du lịch nội địa, chi phí bảo hiểm thấp nhất chỉ 1.500 đồng/người/ngày. Phạm vi của bảo hiểm du lịch trong nước là bảo hiểm cho những thương tật, tàn tật, tử vong do tai nạn hoặc ốm đau, bệnh tật bất ngờ trong chuyến đi du lịch của du khách nhưng với hạn mức trách

nhệm bảo hiểm cao nhất chỉ là 10 triệu đồng cho mỗi trường hợp²¹. Thông thường, công ty bảo hiểm thường đưa ra nhiều gói bảo hiểm với mức phí bảo hiểm khác nhau theo nguyên tắc, phí bảo hiểm cao thì tiền bảo hiểm sẽ cao, nhưng hầu hết các khách du lịch lẽ không mấy khi thỏa thuận về mức phí bảo hiểm du lịch mà để công ty lữ hành áp đặt. Với số tiền bảo hiểm 10 triệu đồng (nếu có) thì sẽ rất khó cho du khách xoay sở khi gặp tai nạn.

Đã vậy, các công ty du lịch không bảo hiểm cho mọi chuyến đi. Luật Du lịch năm 2017 đã liệt kê vào những sản phẩm du lịch có nguy cơ ảnh hưởng đến tính mạng, sức khỏe của khách du lịch: 1. Bay dù lượn, khinh khí cầu; nhảy dù; đu dây mạo hiểm hành trình trên cao; 2. Đi xe đạp, mô tô, ô tô địa hình trên núi, trên đồi cát; đi trên dây; leo núi, vách đá; đu dây vượt thác; 3. Lặn dưới nước; chèo thuyền vượt ghềnh thác; đi mô tô nước; lướt ván; ca nô kéo dù bay; 4. Thăm hiểm hang động, rừng, núi²², nhưng việc mua bảo hiểm những tour du lịch này cho du khách đang gặp khó khăn vì hầu hết các công ty bảo hiểm từ chối bán bảo hiểm hoặc bán với mức phí rất cao.

Như vậy, theo chúng tôi, việc quy định về tiền ký quỹ đối với doanh nghiệp kinh doanh lữ hành hiện nay không đảm bảo để bảo vệ quyền lợi của khách du lịch. Do đó, để đảm bảo quyền lợi của khách du lịch, chúng tôi kiến nghị các nhà làm luật nên quy định doanh nghiệp kinh doanh lữ hành phải có vốn pháp định hoặc phải mua bảo hiểm trách nhiệm bắt buộc. Và mức vốn pháp định hoặc mức trách nhiệm bảo hiểm được công ty bảo hiểm chi trả sẽ cần sự bàn bạc thêm từ các chuyên gia trong lĩnh vực kinh tế ■

20 Công ty Bảo Việt: <http://www.baoviet.com.vn/baohiem/Khach-hang-doanh-nghiep/Bao-hiem-trach-nhiem-GeneralLandingPage/152/>, truy cập ngày 21/12/2018.

21 <https://nld.com.vn/kinh-te/vi-sao-nen-mua-bao-hiem-du-lich-20171011100350129.htm>, truy cập ngày 21/12/2018.

22 Điều 8 Nghị định 168/2017 quy định chi tiết một số điều của Luật Du lịch năm 2017.

QUY ĐỊNH PHÁP LUẬT VỀ QUẢN TRỊ NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI CỔ PHẦN

Phan Phương Nam*

* TS. Phó trưởng Khoa Luật Thương mại - Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh

Thông tin bài viết:

Từ khóa: ngân hàng thương mại cổ phần, quản trị ngân hàng, đạo đức nghề nghiệp, kiểm soát nội bộ.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 15/07/2019

Biên tập : 25/07/2019

Duyệt bài : 05/08/2019

Article Information:

Keywords: joint stock commercial bank; banking governance; professional ethics, internal control

Article History:

Received : 15 Jul. 2019

Edited : 25 Jul. 2019

Approved : 05 Aug. 2019

Tóm tắt:

Hoạt động quản trị là một hoạt động đóng vai trò quan trọng cho sự tồn tại và phát triển của ngân hàng thương mại cổ phần. Vì vậy, việc nghiên cứu các quy định điều chỉnh hoạt động quản trị của ngân hàng thương mại cổ phần cũng là một yêu cầu mang tính thiết thực. Bài viết tập trung vào các vấn đề: (i) nhận diện quản trị của ngân hàng thương mại cổ phần; (ii) phân tích thực trạng pháp luật quy định về quản trị của ngân hàng thương mại cổ phần và chỉ ra những điểm bất cập, hạn chế trong các quy định đó và (iii) đưa ra những kiến nghị nhằm hoàn thiện các quy định pháp luật về quản trị ngân hàng thương mại cổ phần.

Abstract

Corporate governance is an activity as an important role for the operation and development of a joint stock commercial bank. Therefore, the studies of the regulations on the corporate governance of joint stock commercial banks is crucially required. This article focuses on the issues: (i) corporate governance of joint stock banks; (ii) analysis of the status of laws on joint stock commercial banks and pointing out the shortcomings in such regulations and (iii) recommendations for improvements of the legal regulations on corporate governance of joint stock commercial bank.

Để đáp ứng nhu cầu về vốn, bên cạnh việc huy động vốn trực tiếp thông qua phát hành chứng khoán, các chủ thể có nhu cầu về vốn có thể vay vốn từ các tổ chức tín dụng (TCTD)¹. Do vậy,

hoạt động của TCTD ảnh hưởng không nhỏ đến sự phát triển của nền kinh tế với tư cách là chủ thể trung gian tài chính². Trong các loại hình TCTD thì ngân hàng thương mại cổ phần (NHTMCP) vẫn đóng vai trò là chủ

1 Trường Cao đẳng Ngoại thương, Giáo trình Thị trường Tài chính, Nxb. Đà Nẵng, tr. 60.

2 “Cuối năm 2017, cung ứng vốn cho nền kinh tế từ hệ thống tài chính ước khoảng 198% GDP, tăng 28,6% so với cuối năm 2016. Trong đó, vốn từ hệ thống TCTD tăng 18,1%, vốn từ thị trường vốn tăng 66,4% so với cuối năm 2016”; Báo cáo Tổng quan thị trường tài chính năm 2017 của Ủy ban Giám sát tài chính quốc gia; <http://npsc.gov.vn/vi/bao-cao-giam-sat/bao-cao-tong-quan-thi-truong-tai-chinh-2017-2/> truy cập ngày 20/12/2018.

thể lớn, quan trọng, cung cấp nguồn vốn dồi dào cho nền kinh tế. Tuy nhiên, để các NHTMCP có thể tiếp tục tồn tại, phát triển và cung ứng nguồn vốn cho sự phát triển của nền kinh tế trong quá trình hội nhập thì một trong các vấn đề cần được quan tâm đó là hoạt động quản trị. Bởi lẽ nếu hoạt động quản trị của NHTMCP được quan tâm và thực hiện một cách có hiệu quả sẽ góp phần giúp cho NHTMCP có thể tránh được những rủi ro tiềm ẩn trong quá trình hoạt động, giảm thiểu tình trạng có nguy cơ hoặc mất khả năng thanh toán, làm ảnh hưởng bất lợi cho thị trường tài chính nói riêng và sự phát triển của nền kinh tế³ Việt Nam nói chung.

1. Nhận diện quản trị ngân hàng thương mại cổ phần

NHTMCP là ngân hàng thương mại (NHTM) được tổ chức dưới hình thức công ty cổ phần⁴. Cho nên, quản trị NHTMCP về cơ bản cũng xuất phát từ hoạt động quản trị công ty, nhưng có thêm một vài điểm khác biệt nhất định xuất phát từ sự đặc thù của NHTMCP với tư cách là một chủ thể hoạt động trong lĩnh vực tài chính.

Thuật ngữ *quản trị công ty* xuất phát từ thuật ngữ “corporate governance”. Tuy nhiên, thuật ngữ “corporate governance” vẫn còn có nhiều cách hiểu và định nghĩa

khác nhau⁵. Tại khoản 1 Điều 2 Nghị định 71/2017/NĐ-CP ngày 06/06/2017 của Chính phủ *Hướng dẫn về quản trị công ty áp dụng với công ty đại chúng* (Nghị định 71/2017/NĐ-CP) xác định: “Quản trị công ty là hệ thống các nguyên tắc, bao gồm: a) Đảm bảo cơ cấu quản trị hợp lý; b) Đảm bảo hiệu quả hoạt động của Hội đồng quản trị (HĐQT), Ban kiểm soát; c) Đảm bảo quyền lợi của cổ đông và những người có liên quan; d) Đảm bảo đối xử công bằng giữa các cổ đông; đ) Công khai minh bạch mọi hoạt động của công ty”.

Do vậy, chúng tôi cho rằng, *quản trị NHTMCP là toàn bộ các nguyên tắc điều chỉnh mối quan hệ giữa các bộ phận trong cơ cấu tổ chức của NHTMCP, mối quan hệ giữa các cổ đông với những người có liên quan đến NHTMCP nhằm thực hiện một cách có hiệu quả hoạt động quản lý, điều hành ngân hàng, bảo vệ công bằng và hợp lý quyền lợi của các chủ thể liên quan và đảm bảo tính công khai, minh bạch trong mọi hoạt động của NHTMCP.*

Với cách hiểu như trên, quản trị NHTMCP sẽ có những đặc điểm sau:

i) Quản trị NHTMCP phải điều chỉnh cụ thể về cơ cấu tổ chức, quản lý, điều hành của NHTMCP nhằm đảm bảo tính hợp

3 Lê Thị Thu Thủy, Nâng cao hiệu quả thực thi pháp luật về quản trị NHTMCP; <http://lsvn.vn/nguyen-cuu-trao-doi/phan-tich-nguyen-cuu/nang-cao-hieu-qua-thuc-thi-phap-luat-ve-quan-tri-ngan-hang-thuong-mai-co-phan-28169.html>, truy cập ngày 26/12/2018.

4 Theo khoản 3, Điều 5 Nghị định số 59/2009/NĐ-CP ngày 16/07/2009 của Chính phủ về tổ chức và hoạt động của ngân hàng thương mại.

5 Andrei Shleifer và Robert W. Vishny cho rằng: “quản trị công ty là mối liên hệ giữa rất nhiều chủ thể tham gia vào quá trình định hướng về hoạt động của công ty. Trong đó, các cổ đông, ban điều hành và HĐQT là những chủ thể trước tiên” [theo Andrei Shleifer and Robert W. Vishny (1997), “A Survey of Corporate Governance”, Journal of Finance, Vol 52, No.2, 737-735].

OECD không đưa ra một định nghĩa rõ ràng, súc tích mà đã mô tả rằng: “Quản trị công ty là một yếu tố then chốt để đẩy mạnh hiệu quả thị trường, phát triển kinh tế cũng như tăng cường lòng tin của nhà đầu tư. Quản trị công ty liên quan tới một tập hợp các mối quan hệ giữa Ban Giám đốc, HĐQT, cổ đông và các bên có quyền lợi liên quan khác. Quản trị công ty cũng thiết lập cơ cấu qua đó giúp xây dựng mục tiêu của công ty, xác định phương tiện để đạt được các mục tiêu đó, và giám sát hiệu quả thực hiện mục tiêu. Quản trị công ty tốt cần tạo được sự khuyến khích đối với HĐQT và Ban Giám đốc để thực hiện các mục tiêu vì lợi ích công ty và cổ đông, và phải tạo điều kiện giám sát hiệu quả”; xem OECD (2004), Các nguyên tắc quản trị công ty của OECD, trang 11 đăng tải trên <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/45034702.pdf> truy cập ngày 21/12/2018.

lý và hiệu quả trong hoạt động của ngân hàng, đảm bảo quyền quản lý và quyền điều hành có sự tác động, hỗ trợ nhau.

ii) Quản trị NHTMCP phải đảm bảo cho việc định hướng hoạt động và kiểm soát hoạt động ngân hàng của cổ đông.

iii) Quản trị NHTMCP phải giải quyết hài hòa những xung đột lợi ích trong hoạt động của ngân hàng.

iv) Quản trị NHTMCP phải góp phần đảm bảo sự công khai, minh bạch của ngân hàng và nâng cao mức tín nhiệm của người dân, xã hội đối với ngân hàng.

2. Thực trạng pháp luật quy định về quản trị ngân hàng thương mại và những bất cập

Hiện nay, điều chỉnh về quản trị NHTMCP có các văn bản sau: Luật các TCTD năm 2010, Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật các TCTD năm 2017, Nghị định 59/2009/NĐ-CP ngày 16/07/2009 của Chính phủ *Về tổ chức và hoạt động của ngân hàng thương mại*⁶; Thông tư 06/2010/TT-NHNN ngày 26/02/2010 của Ngân hàng Nhà nước (NHNN) *Hướng dẫn về tổ chức, quản trị, điều hành, vốn điều lệ, chuyển nhượng cổ phần, bổ sung, sửa đổi giấy phép, điều lệ của NHTM do NHNN Việt Nam ban hành* (Thông tư 06/2010/TT-NHNN); Thông tư 13/2018/TT-NHNN ngày 18/05/2018 của NHNN *Quy định về hệ thống kiểm soát nội bộ của NHTM, chi nhánh ngân hàng nước ngoài* (Thông tư 13/2018/TT-NHNN). Bên cạnh các văn bản trên, do NHTMCP cũng là công ty cổ phần nên vẫn phải chịu sự điều chỉnh bởi quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014. Đồng thời, các NHTMCP hiện

nay còn là công ty đại chúng nên hoạt động quản trị của NHTMCP còn chịu sự điều chỉnh của Nghị định 71/2017/NĐ-CP ngày 06/06/2017 của Chính phủ *Hướng dẫn về quản trị công ty áp dụng với công ty đại chúng* và Thông tư số 95/2017/TT-BTC ngày 22/09/2017 của Bộ Tài chính *Về việc hướng dẫn một số điều của Nghị định 71/2017/NĐ-CP ngày 06/06/2017 của Chính phủ*.

Về cơ bản, pháp luật hiện hành điều chỉnh về hoạt động quản trị NHTMCP đã đạt được những kết quả sau:

Thứ nhất, pháp luật đã lựa chọn mô hình tổ chức, quản lý, điều hành khá phù hợp cho NHTMCP. Theo đó, cơ cấu tổ chức, quản lý, điều hành của NHTMCP là: Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng quản trị (HĐQT), Ban kiểm soát (BKS), Tổng giám đốc (Giám đốc)⁷. Trong mô hình này, việc tổ chức quản lý NHTMCP có sự phân công, phân nhiệm và giám sát giữa các cơ quan quản lý, điều hành và kiểm soát ngân hàng. Mô hình này được đánh giá là mô hình quản lý phù hợp và hiệu quả đối với loại hình công ty đại chúng⁸ như là NHTMCP.

Thứ hai, pháp luật đã có những quy định nhằm bảo vệ quyền lợi của cổ đông thiểu số và đảm bảo tính khách quan, bảo vệ lợi ích tổng thể của ngân hàng thông qua quy định về số lượng, tiêu chuẩn thành viên độc lập⁹ và những vấn đề liên quan.

Thứ ba, pháp luật đã có những quy định cụ thể hơn về đảm bảo tính công khai, minh bạch trong quá trình hoạt động của ngân hàng, ngăn ngừa và góp phần hạn chế các xung đột lợi ích trong quá trình hoạt động của ngân hàng.

6 Văn bản này đã hết hiệu lực theo quy định của Nghị định số 42 /2018/NĐ-CP ngày 12/03/2018 của Chính Phủ về bãi bỏ nghị định trong lĩnh vực ngân hàng.

7 Khoản 1 Điều 32 Luật các TCTD năm 2010.

8 Trường Đại học Kinh tế Luật (2017), Pháp luật về quản trị công ty niêm yết trên TTCK Việt Nam, Nxb. Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh, trang 80.

9 Nguyễn Hữu Long, Đề hiểu thêm về thành viên độc lập, bài đăng trên <https://www.thesaigontimes.vn/34711/De-hieu-them-ve-thanh-vien-doc-lap.html> truy cập ngày 22/12/2018.

Thứ tư, pháp luật đã có những quy định cụ thể về hoạt động của kiểm toán nội bộ và kiểm soát nội bộ nhằm giảm thiểu rủi ro trong hoạt động của NHTMCP. Đây cũng chính là đặc thù của NHTMCP so với các công ty đại chúng khác. Các quy định này nhằm cụ thể hóa các trụ cột của Basel II vào trong hoạt động của NHTMCP nói riêng và các TCTD nói chung.

Thứ năm, pháp luật đã có những định hướng cơ bản nội dung của đạo đức nghề nghiệp của những chủ thể trong thành viên BKS, kiểm toán viên nội bộ và cán bộ nhân viên của NHTMCP. Theo đó, về cơ bản khoản 1 Điều 67 Thông tư 13/2018/TT-NHNN của NHNN đã xác định những nội dung cơ bản cho quy tắc đạo đức nghề nghiệp của thành viên BKS, kiểm toán viên nội bộ trong NHTMCP. Trên cơ sở đó, bộ phận kiểm toán nội bộ của NHTMCP xây dựng để trình BKS ban hành, sửa đổi, bổ sung chuẩn mực đạo đức nghề nghiệp của thành viên BKS, kiểm toán viên nội bộ.

Tương tự khoản 3 Điều 15 của Thông tư 13/2018/TT-NHNN cũng xác định rằng HĐQT NHTMCP phải ban hành chuẩn mực đạo đức nghề nghiệp đảm bảo nguyên tắc: i) Cán bộ, nhân viên ở các cấp thực hiện nhiệm vụ, thẩm quyền được giao một cách trung thực vì lợi ích của NHTM, chi nhánh ngân hàng nước ngoài; không lợi dụng địa vị, chức vụ, sử dụng thông tin, bí quyết, cơ hội kinh doanh và tài sản của NHTM, chi nhánh ngân hàng nước ngoài để thu lợi cá nhân hoặc làm tổn hại tới lợi ích của NHTM, chi nhánh ngân hàng nước ngoài; ii) Các cá nhân, bộ phận có trách nhiệm báo cáo kịp thời với cấp có thẩm quyền khi phát hiện hành vi quy định trên và các hành vi vi phạm quy định nội bộ, quy định của pháp luật. Điều này vừa

tạo cơ sở cho các NHTMCP xây dựng chuẩn mực đạo đức nghề nghiệp cho phù hợp cũng như tạo cơ sở pháp lý cho việc NHNN xác định chuẩn mực đạo đức do NHTMCP ban hành đã đạt hay chưa đạt, đã phù hợp hay chưa phù hợp.

Tuy nhiên, bên cạnh những ưu điểm trên, quy định về quản trị của NHTMCP cũng còn có những bất cập sau:

Một là, quy định về hoạt động kiểm soát nội bộ và kiểm toán nội bộ chưa được các NHTMCP thực hiện đầy đủ. Trước năm 2018, Thông tư số 44/2011/TT-NHNN ngày 29/12/2011 của NHNN Việt Nam quy định về hệ thống kiểm soát nội bộ và kiểm toán nội bộ của TCTD chi nhánh ngân hàng nước ngoài đã quy định về nội dung này. Tuy nhiên, trên thực tế, nhiều NHTMCP thực hiện chưa tốt quy định này dẫn đến xảy ra nhiều sai phạm gây thất thoát tài sản của ngân hàng¹⁰. Nguyên nhân dẫn đến bất cập này là do chúng ta chưa thiết lập được cơ chế kiểm soát từ phía NHNN nhằm bảo đảm cho các NHTMCP tuân thủ đầy đủ quy định pháp luật về hoạt động kiểm soát nội bộ và kiểm toán nội bộ nhằm giảm thiểu rủi ro cho hoạt động của ngân hàng.

Hai là, chuẩn mực đạo đức nghề nghiệp của thành viên HĐQT, những người lãnh đạo điều hành trong NHTMCP chưa được xác định cụ thể. Mặc dù pháp luật hiện hành khi quy định về tiêu chuẩn, điều kiện đối với người quản lý, người điều hành của NHTMCP luôn đòi hỏi những chủ thể này phải có “đạo đức nghề nghiệp”¹¹. Tuy nhiên, thế nào là “đạo đức nghề nghiệp” thì các quy định hiện hành chưa xác định cụ thể. Điều này đã tạo kẽ hở cho việc lựa chọn người không đủ phẩm chất vào vị trí người lãnh đạo, điều hành NHTMCP, dẫn đến

10 Những vụ việc xảy ra gần đây ở rất nhiều NHTMCP có liên quan xuất phát từ tính kém hiệu quả của hoạt động kiểm soát nội bộ và kiểm toán nội bộ như vụ việc liên quan đến sai phạm tại Ngân hàng Đông Á của ông Trần Phương Bình, các vụ việc liên quan đến Huỳnh Thị Huyền Như của Ngân hàng TMCP Công thương Việt Nam...

11 Điểm b khoản 1 điều 50 Luật các TCTD năm 2010.

các vụ việc của ACB, OceanBank, VNCB, GPBank, Sacombank, Đông Á Bank¹²...

Ba là, chưa bảo đảm tính khách quan, độc lập của BKS. Theo khoản 1 Điều 18 Nghị định 71/2017, “HĐQT của công ty niêm yết phải bổ nhiệm ít nhất 01 người làm các nhiệm vụ của Người phụ trách quản trị công ty”. Trong khi đó, điểm b khoản 3 của điều 18 lại xác định rằng, “người phụ trách quản trị công ty có quyền và nghĩa vụ sau:... chuẩn bị các cuộc họp ... BKS ...”. Quy định này không bảo đảm tính khách quan, độc lập của BKS. Bởi lẽ, BKS sẽ là cơ quan thay mặt cổ đông để giám sát hoạt động của HĐQT, Tổng giám đốc (Giám đốc) trong hoạt động quản lý, điều hành NHTMCP. Nếu cho phép người quản trị là thành viên HĐQT chuẩn bị các cuộc họp của BKS thì liệu rằng tính khách quan, độc lập là vị thế vốn có của BKS có còn hay không để thực hiện công việc của mình.

Bốn là, quy định của một số văn bản pháp luật về công ty đại chúng chưa thống nhất. Theo quy định của Luật các TCTD năm 2010, Thông tư 06/2010/TT-NHNN, HĐQT phải thành lập ít nhất 2 ủy ban là Ủy ban Quản lý rủi ro và Ủy ban Nhân sự¹³. Trong khi đó, khoản 1 Điều 17 Nghị định 71/2017/NĐ-CP quy định, “HĐQT công ty niêm yết có thể thành lập các tiểu ban hỗ trợ hoạt động của HĐQT là tiểu ban nhân sự, tiểu ban lương thưởng và các tiểu ban khác... Việc thành lập các tiểu ban phải được sự chấp thuận của Đại hội đồng cổ đông”. Như vậy, giữa các văn bản nêu trên không thống nhất về mô hình tổ chức và tên gọi của các bộ phận trong cơ cấu tổ chức của TCTD, trong đó có NHTMCP. Điều này gây khó khăn cho tổ chức và hoạt động của NHTMCP.

3. Kiến nghị

Để bảo đảm nâng cao chất lượng quản trị NHTMCP, chúng tôi đề xuất một số kiến nghị sau:

Một là, bổ sung quy định xác định cụ thể trách nhiệm của NHTMCP nói riêng và TCTD nói chung trong kiểm soát nội bộ.

Hai là, bổ sung quy định cụ thể về chuẩn mực đạo đức nghề nghiệp của thành viên HĐQT, những người lãnh đạo, điều hành trong NHTMCP nói riêng và TCTD nói chung làm cơ sở cho việc ban hành Mẫu chuẩn mực đạo đức nghề nghiệp.

Ba là, sửa đổi khoản 1 điều 18 Nghị định 71/2017 theo hướng bỏ quy định: “Người phụ trách quản trị công ty có quyền và nghĩa vụ sau:... chuẩn bị các cuộc họp ... BKS ...”.

Bốn là, cần rà soát bảo đảm sự thống nhất trong Nghị định 71/2017/NĐ-CP và quy định của các văn bản pháp luật có liên quan về quản trị NHTMCP.

Tóm lại, hoạt động quản trị NHTMCP là một trong những hoạt động đóng vai trò quan trọng cho sự tồn tại và phát triển của NHTMCP nói riêng và sự phát triển của nền kinh tế nói chung. Do vậy, nếu những quy định trong hoạt động quản trị NHTMCP có những bất cập, hạn chế thì sẽ làm ảnh hưởng đến tính hiệu quả của công tác quản trị và hoạt động của chính NHTMCP. Vì vậy, việc đánh giá, xác định hạn chế, bất cập và đưa ra kiến nghị trên chỉ nhằm góp phần đảm bảo các quy định pháp luật ngày càng hoàn thiện và góp phần tác động tích cực vào hoạt động của NHTMCP để nó thực sự là kênh trung gian tài chính tốt, đáp ứng được nhu cầu về vốn của nền kinh tế ■

12 Kim Yến, Đạo đức nghề nghiệp và những cú “trượt chân” của chủ ngân hàng, đăng trên <http://cafebiz.vn/nhan-vat/dao-duc-nghie-nghiep-va-nhung-cu-truot-chan-cua-chu-ngan-hang-20150909174103729.chn> truy cập ngày 23/12/2018.

13 Khoản 6 Điều 43 Luật các TCTD năm 2010 và khoản 1 Điều 8 Thông tư 06/2010/TT-NHNN.

SANDBOX: CƠ CHẾ THỬ NGHIỆM ÁP DỤNG TRONG PHẠM VI HẠN CHẾ - KINH NGHIỆM QUỐC TẾ VÀ MỘT SỐ GỢI Ý CHO VIỆT NAM

Chu Thị Hoa*

* TS. Phó Viện trưởng Viện Khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Sandbox; khởi nghiệp và đổi mới; thử nghiệm

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 22/07/2019

Biên tập : 20/08/2019

Duyệt bài : 26/08/2019

Tóm tắt:

Dưới góc độ pháp lý, có thể định nghĩa một cách khái quát nhất về Sandbox như sau: Sandbox là tạo ra một không gian thuận lợi với khung chính sách pháp lý riêng (nằm ngoài hoặc vượt khung pháp lý hiện tại) để tiến hành thử nghiệm những khởi nghiệp sáng tạo, đổi mới. Theo đó, regulatory sandbox - “khung pháp lý thí điểm” là một cách tiếp cận mới và khá linh hoạt trong kỹ thuật lập pháp, cho phép thử nghiệm trực tiếp, giới hạn thời gian của các đổi mới dưới sự giám sát điều chỉnh. Sandbox cho phép thử nghiệm trong môi trường thực tiễn, nhưng có phạm vi và thời gian xác định, cùng với các biện pháp bảo vệ thích hợp để ngăn chặn bất kỳ hậu quả nào của sự thất bại mà không ảnh hưởng quá nhiều đến hệ thống tài chính quốc gia. Hết thời hạn thử nghiệm, nếu doanh nghiệp khởi nghiệp và đi vào hoạt động thành công, thì sẽ phải thoát ra khỏi khung pháp lý Sandbox và hoạt động theo khung pháp luật hiện hành.

Article Information:

Keywords: Sanbox; startups and innovations; experiment.

Article History:

Received : 22 Jul. 2019

Edited : 20 Aug. 2019

Approved : 26 Aug. 2019

Abstract

Under legal perspective, Sandbox is defined in the most general manner as follows: The Sandbox is to provide a favorable cyber with its own legal policy framework (outside or beyond the existing legal framework) to proceed pilot experiments of startups and innovations. Accordingly, the regulatory sandbox - "pilot legal framework" is a new and flexible approach in legislative techniques, allowing direct experiment, limiting the time of innovations under regulatory supervision. The Sandbox allows experiment in a real environment with a defined scope and time, along with appropriate protective measures to prevent any consequences of failure without too much impacts on the national financial system. At the end of the experiment, if the startups operates successfully, it will have to break out of the Sandbox and then operate under the applicable legal framework.

Đối tượng điều chỉnh của *regulatory sandbox* thường là các sản phẩm tài chính sáng tạo, sản phẩm ứng dụng công nghệ và mô hình kinh doanh mới.

Những “khung pháp lý thử nghiệm” Sandbox áp dụng cho các doanh nghiệp khởi nghiệp có ứng dụng công nghệ (fintech, blockchain,...) hay doanh nghiệp kinh doanh theo mô hình

kinh tế mới (kinh tế chia sẻ) sẽ được tiến hành trong một không gian và thời gian được xác định rõ ràng. Tuy nhiên, thử nghiệm Sandbox cũng có thể thất bại, nên việc cho phép thử nghiệm Sandbox cần đi kèm với các biện pháp bảo vệ thích hợp để bảo vệ cho hệ thống tài chính quốc gia.

1. Kinh nghiệm Singapore

Cuối năm 2016, Chính phủ Singapore, với tham vọng khuyến khích các doanh nghiệp phát triển công nghệ tài chính, đã chính thức cho áp dụng Sandbox - cơ chế thử nghiệm áp dụng trong phạm vi hạn chế - cho phép các công ty công nghệ trong những lĩnh vực chưa có quy định rõ ràng được phép thử nghiệm các giải pháp của họ trên thị trường, dưới sự giám sát của cơ quan quản lý. Ngày 16/11/2016, Cơ quan quản lý tiền tệ của Singapore (MAS) đã công bố *Hướng dẫn về Khung pháp lý thử nghiệm cho ngành tài chính* (FinTech Regulatory Sandbox Guidelines) để khuyến khích và cho phép thử nghiệm các giải pháp sử dụng công nghệ một cách sáng tạo để cung cấp các sản phẩm hoặc dịch vụ tài chính¹.

MAS công bố *Hướng dẫn về Khung pháp lý thử nghiệm cho ngành tài chính* hướng tới mục tiêu cụ thể là *khuyến khích những khởi nghiệp sáng tạo về công nghệ tài chính* có thể được thử nghiệm ở thị trường sau đó được áp dụng tại Singapore và nhiều quốc gia khác. Những thử nghiệm này sẽ được tiến hành trong một không gian và thời gian *được xác định rõ ràng và với các biện pháp bảo vệ thích hợp để bảo vệ cho “hệ thống tài chính”* của Singapore². Tuy nhiên, MAS cũng có thể gia hạn về thời gian để tiến hành thử nghiệm trong khung pháp lý Sandbox.

Doanh nghiệp khởi nghiệp sáng tạo trong lĩnh vực tài chính muốn tham gia vào khung pháp lý Sandbox phải thỏa mãn những yêu cầu, nguyên tắc được quy định tại mục 5 và 6 *Hướng dẫn về Khung pháp lý thử nghiệm cho ngành tài chính* (FinTech Regulatory Sandbox Guidelines) của MAS. Theo đó, một trong những tiêu chuẩn của Sandbox là đòi hỏi các dịch vụ tài chính phải có “*tính mới*”, hoặc *công nghệ* sử dụng trong dịch vụ đó phải *sáng tạo*. Đặc biệt, Mục 5.5.a. *Hướng dẫn về Khung pháp lý thử nghiệm cho ngành tài chính* khẳng định không áp dụng khung pháp lý Sandbox nếu những dịch vụ tài chính đó đã được cung cấp ở Singapore, trừ phi doanh nghiệp chứng minh được sự khác biệt, sự sáng tạo của công nghệ sử dụng/hoặc hỗ trợ dịch vụ so với các dịch vụ tương ứng đã có trên thị trường.

MAS có quyền quyết định các yêu cầu pháp lý và quy định cụ thể nào sẽ được áp dụng trong từng trường hợp tùy thuộc vào dịch vụ tài chính và tư cách pháp lý của người nộp đơn có liên quan. Chẳng hạn, tại phụ lục A của *Hướng dẫn về Khung pháp lý thử nghiệm cho ngành tài chính*, MAS đã đưa ra những trường hợp có thể được MAS “*thay đổi*” tiêu chuẩn, bao gồm: Duy trì tài sản kỹ thuật số, số dư tiền mặt, vốn và yêu cầu về độ thanh khoản tài chính, lệ phí cấp phép, kinh nghiệm quản lý... Tuy nhiên, có những yêu cầu là quy định “*cứng*” mang tính chất bắt buộc, MAS yêu cầu doanh nghiệp tham gia Sandbox phải tuân thủ. Đó là 4 nhóm yêu cầu: bảo mật thông tin khách hàng; các quy định về phòng chống rửa tiền; đảm bảo an toàn cho tiền và tài sản của khách hàng; và tiêu chí về sự phù hợp và tính đúng đắn của “*dịch vụ thử nghiệm*” đặc biệt là về sự trung thực và liêm chính³.

- 1 "Regulatory Sandbox" Guidelines for FinTech Experiments, <http://www.mas.gov.sg/News-and-Publications/Media-Releases/2016/MAS-Issues-Regulatory-Sandbox-Guidelines-for-FinTech-Experiments.aspx>, truy cập ngày 17/6/2019.
- 2 Understanding and applying to the sandbox, <http://www.mas.gov.sg/News-and-Publications/Media-Releases/2016/MAS-Issues-Regulatory-Sandbox-Guidelines-for-FinTech-Experiments.aspx>, truy cập ngày 17/6/2019.
- 3 Sandbox FinTech “Regulatory Sandbox Guidelines”, <http://www.mas.gov.sg/~media/Smart%20Financial%20Centre/Sandbox/FinTech%20Regulatory%20Sandbox%20Guidelines%2019Feb2018.pdf>, truy cập ngày 17/6/2019.

Nếu thử nghiệm thành công và thoát ra khỏi khung pháp lý Sandbox, những doanh nghiệp khởi nghiệp sáng tạo trong lĩnh vực tài chính sẽ phải tuân thủ đầy đủ các quy định pháp luật của Singapore.

Hiện nay, Singapore chưa có khung pháp lý riêng để điều chỉnh các hoạt động ICO (Initial Coin Offering - Phát hành tiền kỹ thuật số/tiền mã hóa hay còn gọi là “tiền ảo”). Ngày 14/11/2017, MAS tiếp tục công bố *Bản hướng dẫn tạm thời về ICOs* mang tính chất tham khảo, hướng dẫn và không có giá trị pháp lý⁴. Quan điểm của MAS khi đưa ra bản hướng dẫn này là ICO sẽ được xem xét cho từng trường hợp cụ thể nhằm mục đích xác định việc ICO này có được coi là một hoạt động chào bán chứng khoán ra công chúng hay không. Nếu ICO bao gồm việc cam kết chia cổ tức hay bất cứ lợi ích kinh tế nào thì có thể được coi là một hình thức chào bán chứng khoán và sẽ chịu sự điều chỉnh của Luật về Chứng khoán và Hợp đồng kỳ hạn của Singapore, trong đó quan trọng nhất là hoạt động chào bán phải đi kèm với một Bản cáo bạch và phải được đăng ký với MAS⁵. Các công ty có quyền nộp đơn đề nghị MAS cho phép áp dụng khung pháp lý thử nghiệm (Sandbox) đối với các dịch vụ tài chính mới mang tính thử nghiệm sáng tạo, theo đó các công ty này sẽ được giảm bớt các yêu cầu tuân thủ về pháp lý và quản lý trong thời gian thử nghiệm và MAS có quyền cho phép đối với từng trường hợp cụ

thể⁶. Các tiêu chí để được hưởng quy chế Sandbox được quy định cụ thể tại *Hướng dẫn về khung pháp lý thử nghiệm cho ngành tài chính* (FinTech Regulatory Sandbox Guidelines).

Trong số các doanh nghiệp đăng ký tham gia Sandbox tại Singapore có thể kể đến Công ty ICHX Tech. Theo xu hướng Fintech hiện tại, ICHX Tech là một công ty hạ tầng dựa trên nền tảng blockchain được thành lập bởi công ty đầu tư ICH Group của Singapore. Công ty này xây dựng một sản phẩm giao dịch cho phép người dùng phát hành và mua bán các loại cổ phiếu kỹ thuật số Securities Token Offering (STO), iSTOX, kết nối các tổ chức phát hành chứng khoán với cộng đồng đầu tư⁷.

ICHX Tech muốn quản lý các giao dịch mua bán STOs trong một hệ sinh thái được xác thực, minh bạch và hy vọng sẽ hiệu quả hơn, coi STO là một “mô hình xác định về việc gọi vốn trong những thập kỷ tới”. Nền tảng này cũng đang cân nhắc việc tiếp nhận các khoản đầu tư quan trọng từ Sàn giao dịch Singapore (SGX) và Heliconia Capital Management, thuộc sở hữu của Temasek Holdings. Tham gia vào Sandbox dường như là một bước tiến quan trọng để ICHX Tech có cơ hội được MAS cấp phép hoạt động chính thức trên thị trường. ICHX Tech hiện là một trong hai đơn vị tham gia tích cực vào Sandbox của MAS⁸.

4 Monetary Authority of Singapore, A Guide to Digital Token Offerings, <http://www.mas.gov.sg/~media/MAS/Regulations%20and%20Financial%20Stability/Regulations%20Guidance%20and%20Licensing/Securities%20Futures%20and%20Fund%20Management/Regulations%20Guidance%20and%20Licensing/Guidelines/A%20Guide%20to%20Digital%20Token%20Offerings%20%202014%20Nov%202017.pdf>, truy cập ngày 16/6/2019.

5 Đối với các vụ chào bán chứng khoán quy mô nhỏ dưới 5 triệu đô la Singapore, chào bán cổ phần riêng lẻ cho dưới 50 nhà đầu tư hoặc việc chào bán chỉ hướng tới các nhà đầu tư là tổ chức hoặc các nhà đầu tư được công nhận có khả năng đầu tư mạo hiểm thì tùy từng trường hợp cụ thể, MAS sẽ quyết định miễn yêu cầu về Bản cáo bạch khi ICO.

6 Monetary Authority of Singapore, A Guide to Digital Token Offerings, <http://www.mas.gov.sg/~media/MAS/Regulations%20and%20Financial%20Stability/Regulations%20Guidance%20and%20Licensing/Securities%20Futures%20and%20Fund%20Management/Regulations%20Guidance%20and%20Licensing/Guidelines/A%20Guide%20to%20Digital%20Token%20Offerings%20%202014%20Nov%202017.pdf>

7 Singapore Welcomes STO Player to its Fintech Sandbox, truy cập ngày 14/6/2019.

8 Doanh nghiệp tích cực thứ 2 tham gia Sandbox của MAS là Inzsure - một doanh nghiệp về cung cấp giải pháp môi giới bảo hiểm, đã tham gia Sandbox kể từ khi mô hình này được MAS công bố vào tháng 11/2016.

2. Kinh nghiệm một số quốc gia về xây dựng “khu vực an toàn” (safe-space) cho các khởi nghiệp về tiền mã hóa và blockchain⁹

Nga

Hiện nay, trên thế giới đang xuất hiện trào lưu xây dựng khu vực kinh tế đặc biệt cho Cryptocurrencies và Blockchain. Đáng chú ý trong đó, trong tuần đầu tháng 6/2019, CHLB Nga đã chính thức công bố về kế hoạch xây dựng một trung tâm tài chính lớn trên một hòn đảo tại Viễn Đông, nơi sẽ phục vụ cho các khởi nghiệp về cryptocurrency và một số dịch vụ tài chính khác. Nếu được xây dựng, đây sẽ là một “thiên đường thuế” cho tiền mã hóa/tiền ảo¹⁰. Ý tưởng xây dựng hòn đảo Bolshoi Ussuriysky ở Nga thành một “thiên đường thuế” cho tiền điện tử, giao dịch crypto và thị trường ngoại hối đã được đề cập tại Diễn đàn kinh tế quốc tế St. Petersburg khi ông Leonid Petukhov - người đứng đầu Tổ chức Đầu tư và Xuất khẩu Viễn Đông đưa ra trong một cuộc phỏng vấn của TASS, một kênh truyền thông tại Nga: “Chúng tôi muốn thiết lập một trung tâm tài chính lớn tại đó. Nói một cách ẩn dụ, nó có thể liên quan tới tiền điện tử, giao dịch cryptocurrency, sàn giao dịch timber - vậy nên nó giống như thiên đường thuế quốc nội, theo hướng tích cực. Như những gì chúng tôi đã làm ở Kaliningrad”¹¹.

Belarus

Belarus đã đi xa hơn bất kỳ nước cộng hòa hậu Xô viết nào khác và thiết lập phiên

bản đầy đủ của Thung lũng Silicon của riêng mình để trở thành một quốc gia công nghệ. Ngày 21/12/2017, chính phủ Belarus ban hành Nghị định về phát triển kinh tế. Nghị định đã hợp pháp hóa hoạt động của các doanh nghiệp liên quan đến blockchain hoặc bất kỳ hoạt động nào khác liên quan đến tiền mã hóa và chuyển chúng đến một trung tâm kinh tế đặc biệt gọi là Khu công nghệ cao (HTP)¹².

Tuy nhiên, giai đoạn mới thử nghiệm, Sandbox này của Belaruss tỏ ra không hiệu quả. Kể từ tháng 03/2018, sau khi Nghị định có hiệu lực, nhìn chung không ai ở Cộng hòa Belarus có mối quan tâm tới giao dịch tiền mã hóa hay doanh nghiệp nào thực hiện ICO. Theo một thành viên của Hội đồng tư vấn của Hiệp hội Blockchain Belarus trả lời phỏng vấn của Cointelegraph vào thời điểm đó cho thấy HTP không có nhu cầu cao¹³.

Georgia

Năm 2014, chính phủ Georgia, một nước cộng hòa hậu Xô viết nằm ở khu vực Kavkaz, đã dành ưu đãi cho Bitfury, một hãng khai thác tiền mã hóa lớn hiện có trụ sở tại Hà Lan. Cụ thể, theo báo cáo của New York Times, chính phủ Georgia đã bán 45 mẫu Anh chỉ với 1 đô la cho Bitfury để công ty có thể thiết lập hoạt động tại Georgia. Ngoài ra, một quỹ đầu tư thuộc về một cựu thủ tướng cũng cấp cho startup này khoản vay 10 triệu đô la.

9 Safe-space aguidetospecialeconomic-zonesforcryptofromchinatoswitzerland, <https://cointelegraph.com/news/safe-space-a-guide-to-special-economic-zones-for-crypto-from-china-to-switzerland>, truy cập ngày 14/6/2019.

10 Safe-space aguidetospecialeconomic-zonesforcryptofromchinatoswitzerland, <https://cointelegraph.com/news/safe-space-a-guide-to-special-economic-zones-for-crypto-from-china-to-switzerland>, truy cập ngày 14/6/2019.

11 Đảo Oktyabrsky ở khu vực Kaliningrad cùng với đảo Russky ở Vladivostok đã trở thành đặc khu kinh tế ngoài khơi từ tháng 7 năm 2018. Các công ty nước ngoài đăng ký trong khu vực này sẽ được miễn một khoản thuế nhất định, ví dụ, không phải trả thuế trên lợi nhuận thu được từ cổ tức. Tuy nhiên, cả hai khu vực này đều không có bất cứ lợi ích nào liên quan tới tiền mã hóa.

12 Safe-space aguidetospecialeconomic-zonesforcryptofromchinatoswitzerland, <https://cointelegraph.com/news/safe-space-a-guide-to-special-economic-zones-for-crypto-from-china-to-switzerland>, truy cập ngày 14/6/2019.

13 Safe-space aguidetospecialeconomic-zonesforcryptofromchinatoswitzerland, <https://cointelegraph.com/news/safe-space-a-guide-to-special-economic-zones-for-crypto-from-china-to-switzerland>, truy cập ngày 14/6/2019.

Khi Bitfury đầu tư, Georgia đã tạo ra các khu kinh tế tự do, thành phố, trong đó các hoạt động khai thác điện không phải chịu thuế. Do đó, quốc gia này đã có mức tiêu thụ điện bình quân đầu người tăng nhanh nhất ở tất cả các nước Đông Âu và Trung Á kể từ năm 2009, với 10-15% điện dành riêng cho hoạt động khai thác tiền mã hóa¹⁴.

Thụy Sĩ

Zug - một thị trấn nhỏ của Thụy Sĩ với dân số 30.000 người, là nơi có một trong những trung tâm lâu đời nhất và nổi tiếng của các công ty tiền mã hóa và blockchain, và thường được gọi với cái tên “Thung lũng Crypto”¹⁵. Con đường để Zug trở thành Thung lũng Crypto bắt đầu vào năm 2016, khi thị trấn này cho phép cư dân trả phí bằng bitcoin. Vào thời điểm đó, Thị trưởng Dolfi Müller của thị trấn Zug khi trả lời phỏng vấn trên hãng tin DW của Đức đã nói: *Với Bitcoin, chúng tôi đang gửi một thông điệp: “Zug muốn vươn ra đứng trước công nghệ của tương lai”*. Tuy nhiên, động thái này chỉ mang tính tượng trưng vì các khoản thanh toán thậm chí chỉ giới hạn ở mức tương đương 200 franc Thụy Sĩ. Mặc dù vậy, thông điệp này cùng với chính sách thuế hiệu quả cũng đã thu hút sự chú ý của các công ty Fintech khác nhau, từ những công ty đặt trụ sở tại Zug đến các khu vực lân cận. Do đó, tháng 12 năm 2018, Zug được xếp hạng cộng đồng công nghệ phát triển nhanh nhất ở châu Âu, dựa trên so sánh mức tăng trưởng hàng năm của người tham dự các sự kiện liên quan đến công nghệ ở mỗi thành phố châu Âu. Theo nghiên cứu IFZ Fintech 2018, hơn một nửa số liên doanh fintech mới có trụ sở tại Thụy Sĩ năm 2017 hoạt động trong không gian blockchain và tiền mã hóa, trong đó, phần lớn các công ty này được thành lập tại Zug¹⁶.

Liên quan đến Sandbox, với mục đích tạo ra “không gian đổi mới” cho các doanh nghiệp thử nghiệm các mô hình kinh doanh tài chính trước khi có giấy phép, Hội đồng Liên bang Thụy Sĩ cũng đã tiến hành sửa đổi một số quy định pháp luật trong lĩnh vực tài chính, ngân hàng. Chẳng hạn, theo quy định tại Pháp lệnh Ngân hàng (SR 952.02) được sửa đổi, bổ sung ngày 05/7/2017, có hiệu lực kể từ ngày 01/8/2017, một số khoản tiền gửi từ cộng đồng không thuộc đối tượng phải cấp giấy phép theo Cơ quan quản lý thị trường tài chính Thụy Sĩ (FINMA). Tiếp theo đó, ngày 07/12/2017, FINMA sửa đổi Thông tư 2008/2, có hiệu lực từ ngày 01/01/2018, hướng dẫn Pháp lệnh Ngân hàng. Trong Hướng dẫn 03/2017 và các ấn phẩm khác liên quan đến bản sửa đổi Pháp lệnh Ngân hàng này, FINMA đã đề cập đến Sandbox.

Philippines

Philippines dường như đang dẫn đầu cuộc đua trở thành trung tâm tiền mã hóa tại Châu Á với kế hoạch được cho là chi tiết nhất từ trước đến nay trong khu vực. Năm 2018, Đặc khu kinh tế Cagaya - một tập đoàn nhà nước chịu trách nhiệm phát triển Khu kinh tế đặc biệt và Freeport (CSEZFP) rộng 54.000 ha ở phía bắc Philippines - tuyên bố sẽ thành lập một trung tâm fintech với mục tiêu tạo ra một Thung lũng Silicon Châu Á, còn được gọi là Thung lũng Crypto của Châu Á (CVA). CVA sẽ được phát triển bởi Cơ quan Khu kinh tế Cagayan (CEZA) phối hợp với nhà phát triển bất động sản tư nhân Northern Star Gaming & Resorts Inc. Mục tiêu cuối cùng của CVA là kích thích phát triển kinh tế địa phương và cho phép nhiều người dân Philippines theo đuổi khởi nghiệp trong lĩnh vực công nghệ.

14 Safe-space aguidetospecialeconomic-zonesforcryptofromchinatoswitzerland, <https://cointelegraph.com/news/safe-space-a-guide-to-special-economic-zones-for-crypto-from-china-to-switzerland>, truy cập ngày 14/6/2019.

15 Tên gọi “Thung lũng Crypto” được cho là sáng tạo bởi Mihai Alisie nhà đồng sáng lập Ethereum (ETH) đặt ra.

16 Safe-space aguidetospecialeconomic-zonesforcryptofromchinatoswitzerland, <https://cointelegraph.com/news/safe-space-a-guide-to-special-economic-zones-for-crypto-from-china-to-switzerland>, truy cập ngày 14/6/2019.

Cụ thể hơn, các công ty địa phương dự kiến sẽ tạo ra việc làm để đổi lấy các khoản giảm thuế mà họ sẽ nhận được. CEZA cũng sẽ yêu cầu các công ty đầu tư ít nhất 1 triệu đô la trong hai năm và trả tới 100.000 đô la phí giấy phép¹⁷.

Từ tháng 2/2017, Bangko Sentral ng Pilipinas (BSP) - Ngân hàng Trung ương của Philippines - đã yêu cầu các sản phẩm giao dịch tiền mã hóa trong nước phải đăng ký làm công ty chuyên tiền và thực hiện các biện pháp bảo vệ cụ thể - bao gồm chống rửa tiền (AML), chống tài trợ khủng bố (CFT), rủi ro quản lý và bảo vệ người tiêu dùng. Tháng 6/2019, BSP tiếp tục cảnh báo cấm việc sử dụng tiền mã hóa trong tài trợ khủng bố và nhấn mạnh rằng họ sẽ tiếp tục theo dõi chặt chẽ việc sử dụng tiền mã hóa trong nước¹⁸.

Trung Quốc

Tháng 4/2017, Chủ tịch Trung Quốc Tập Cận Bình đã công bố kế hoạch xây dựng Xiongan thành một “Khu vực mới về kinh tế” với nền tảng là blockchain được sử dụng trong các lĩnh vực dịch vụ cộng đồng, khôi phục dịch vụ công và các hoạt động kinh doanh. Tuy nhiên, bitcoin và các loại tiền mã hóa khác không có trong kế hoạch. Dự án này kỳ vọng có thể mang lại 2,4 nghìn tỷ nhân dân tệ trong thập kỷ tới.

Đáng chú ý, các công ty nước ngoài cũng đã được tiếp cận khu vực này. Tháng 7/2018, chính quyền Khu vực mới của Trung Quốc (Xi Xian) đã ký một biên bản ghi nhớ với công ty blockchain ConsenSys có trụ sở tại New York để mang công nghệ blockchain tới “smart city”. Joseph Lubin, người sáng lập ConsenSys, cho biết tại thời điểm đó:

Là một trong những dự án lớn đầu tiên của chúng tôi tại Cộng hòa nhân dân Trung Hoa, chúng tôi rất vui lòng trong việc giúp định hướng nhiều trường hợp ứng dụng, mà có thể hưởng lợi từ cơ sở hạ tầng tin cậy được kích hoạt bởi công nghệ ethereum”¹⁹.

3. Đề xuất xây dựng Sandbox cho Việt Nam

Ở Việt Nam hiện nay, hàng loạt câu hỏi về việc khởi nghiệp trong lĩnh vực công nghệ, đầu tư, kinh doanh, quản lý tiền mã hóa/tiền ảo... vẫn còn bỏ ngỏ. Đây chính là mảnh đất màu mỡ để “rủi ro” len lỏi khắp ngõ ngách trong cuộc sống. Khoảng trống của pháp luật đã tạo ra “đất” để một số loại tội phạm thực hiện các giao dịch phi pháp... qua các hình thức kinh doanh, gọi vốn, mua bán tiền mã hóa trá hình mà vụ đổ bể tiền ảo iFan gây chấn động vừa qua là một ví dụ.

Hoặc một hiện tượng khác là doanh nghiệp hoạt động tại Việt Nam, do đội ngũ người Việt sáng lập ra nhưng lại đăng ký kinh doanh tại Singapore, là thực tế của nhiều startup hiện nay²⁰. Trên thực tế, với nhiều chính sách ưu đãi như thủ tục mở công ty đơn giản, miễn giảm thuế trong các năm đầu tiên, hỗ trợ doanh nghiệp nước ngoài mở công ty ở nước sở tại, hệ sinh thái khởi nghiệp linh động với cơ chế cho phép áp dụng Sandbox, cơ hội gọi vốn và vươn ra thế giới dễ dàng hơn,... Singapore đang trở thành điểm dừng chân của các startup ngoại, trong đó có Việt Nam. Tại Việt Nam, nhiều startup, bằng cách này hay cách khác đang thành lập công ty ở Singapore nhưng đội ngũ chủ chốt vẫn ở Việt Nam. Các công ty tại Singapore chỉ được dùng làm đại diện pháp nhân, với văn phòng rất nhỏ và nhân sự rất

17 Safe-space aguidetospecialeconomic-zonesforcryptofromchinatoswitzerland, <https://cointelegraph.com/news/safe-space-a-guide-to-special-economic-zones-for-crypto-from-china-to-switzerland>, truy cập ngày 14/6/2019.

18 Safe-space aguidetospecialeconomic-zonesforcryptofromchinatoswitzerland, <https://cointelegraph.com/news/safe-space-a-guide-to-special-economic-zones-for-crypto-from-china-to-switzerland>, truy cập ngày 14/6/2019.

19 Safe-space aguidetospecialeconomic-zonesforcryptofromchinatoswitzerland, <https://cointelegraph.com/news/safe-space-a-guide-to-special-economic-zones-for-crypto-from-china-to-switzerland>, truy cập ngày 14/6/2019.

20 Startup Việt “chạy” sang Singapore khởi nghiệp: Nên mừng hay lo? <http://cafebiz.vn/startup-viet-chay-sang-singapore-khoi-nghiep-nen-mung-hay-lo-20190414075401574.chn>; truy cập 18/6/2019.

ít để tiết kiệm chi phí tối đa, mọi công việc khác thực tế đều do nhân sự tại Việt Nam đảm trách. Do đó, trong khi chờ các văn bản chính thức được ban hành mới hoặc sửa đổi, bổ sung thì Việt Nam cần xem xét xây dựng khung pháp lý theo cơ chế Sandbox với các yêu cầu sau:

(1) Sandbox phải được xây dựng và triển khai áp dụng với quan điểm doanh nghiệp được làm những gì pháp luật không cấm để không làm mất cơ hội kinh doanh của doanh nghiệp. Tuy nhiên, khung pháp lý Sandbox phải có “không gian và thời gian được xác định rõ ràng” vì “thử nghiệm thất bại có thể xảy ra”.

(2) Chính phủ cho phép áp dụng cơ chế Sandbox (bằng việc xây dựng và ban hành Nghị định về Sandbox) theo mô hình của Singapore với mục đích hỗ trợ các doanh nghiệp thử nghiệm các công nghệ mới, mô hình kinh doanh mới (ví dụ kinh tế chia sẻ), sẽ hỗ trợ và thúc đẩy cho sự phát triển các startup công nghệ của Việt Nam.

(3) Chính phủ cần nghiên cứu xây dựng những “đặc khu công nghệ”, “đặc khu đổi mới sáng tạo” với nội hàm là nơi thử nghiệm những cơ chế vượt trội dành cho doanh nghiệp công nghệ theo mô hình của một số quốc gia.

(4) Việc áp dụng cơ chế thử nghiệm trong phạm vi hạn chế - Sandbox này cho

từng lĩnh vực và trong điều kiện nhất định phải được thực hiện khi phân tích từng tình huống chính sách cụ thể.

(5) Trong giai đoạn trước mắt, Việt Nam có thể xây dựng Sandbox cho ICO, là hình thức gọi vốn cho doanh nghiệp, có điểm tương đồng với IPO của chứng khoán, có thể dùng pháp luật chứng khoán và quản lý ngoại hối để quản lý, kiểm soát và thúc đẩy hoạt động này.

(6) Cần xem xét cho thành lập sàn giao dịch tài sản/tiền mã hóa. Các sàn giao dịch phải được đăng ký như một doanh nghiệp để khi xảy ra sự cố thì cơ quan quản lý nhà nước có cơ sở giải quyết. Bước đầu, cơ quan quản lý sẽ cho phép giao dịch trong chừng mực nhất định (ví dụ hạn chế số lượng token giao dịch,...), sau đó sẽ nghiên cứu và tính tới vấn đề mở rộng.

(7) Việc phát triển sàn giao dịch tài sản mã hóa ICO & STO do Nhà nước quản lý cũng có thể được xây dựng như một dự án khởi nghiệp (StartUp) với sáng lập viên là các quỹ đầu tư có nguồn vốn từ ngân sách và doanh nghiệp công nghệ, cơ quan quản lý nhà nước cung cấp dịch vụ tư vấn và hỗ trợ pháp lý, cơ quan kiểm toán độc lập phối hợp với các tổ chức kiểm định an toàn và bảo mật thông tin tiêu chuẩn quốc tế ■

PHẠM VI TƯƠNG TRỢ TỰ PHÁP HÌNH SỰ...

(Tiếp theo trang 24)

10. Official Journal of the European Communities, *Explanatory Report on the Convention of 29 May 2000 on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Member States of the European Union*, (2000/C 379/02).

11. Luật TTTP năm 2007

12. Bộ luật TTHS năm 2015

13. Trường Đại học Kiểm sát Hà Nội, *Giáo trình Luật TTTP*, NXB Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2016.

14. Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Vụ 13 (2017), Chuyên đề “*Thực trạng và giải pháp hoạt động TTTP về hình sự; Một số kiến nghị, sửa đổi, bổ sung Luật TTTP năm 2007*”, Hà Nội.

