ISSN 1859 - 2953
www.nclp.org.vn

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

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

Số 04 (380)
Kỳ 2 - Tháng 2/2019

- CHÍNH PHỦ KIẾN TẠO, LIÊM CHÍNH – TỪ NHẬN THỨC, TƯ DUY ĐẾN HÀNH ĐỘNG
- THÚC ĐẨY QUYỀN CÓ VIỆC LÀM TRONG ĐIỀU KIỆN CÔNG NGHIỆP 4.0
- NHỮNG KHÓ KHĂN TRONG TẠO QUỸ ĐẤT SẠCH THU HÚT ĐẦU TƯ VÀ GIẢI PHÁP KHẮC PHỤC

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

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

Mục lục Số 4/2019

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

3 Chính phủ kiến tạo, liêm chính - từ nhận thức, tư duy đến hành động

TS. Phan Hải Hồ

9 Mức độ tương thích của pháp luật Việt Nam với các tiêu chuẩn quốc tế về chống lao động cưỡng bức

ThS. Lê Phú Hà

19 Điều chỉnh của pháp luật cạnh tranh đối với điều khoản chuyển giao ngược trong hợp đồng chuyển giao quyền sở hữu trí tuệ

Th. Bùi Thị Hằng Nga

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

28 Xây dựng và ban hành văn bản quy phạm pháp luật theo trình tự, thủ tục rút gọn

PGS. TS. Hoàng Văn Tú

CHÍNH SÁCH

35 Thúc đẩy quyền có việc làm trong điều kiện công nghiệp 4.0

PGS. TS. Nguyễn Thanh Tuấn

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

41 Những khó khăn trong tạo quỹ đất sạch thu hút đầu tư và giải pháp khắc phục

PGS. TS. Phan Trung Hiền
ThS. Châu Hoàng Thân

48 Hoàn thiện điều kiện bảo hộ đối với nhãn hiệu dược phẩm

TS. Nguyễn Thái Cường – Nguyễn Lý Ngọc Trân

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

54 Áp dụng quy định trường hợp ngoại lệ về môi trường trong pháp luật đầu tư quốc tế và một số so sánh với thực tiễn Việt Nam

TS. Trần Thăng Long

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:
TS. NGUYỄN ĐÌNH QUYỀN (CHỦ TỊCH)
TS. NGUYỄN VĂN GIÀU
PGS. TS. NGUYỄN THANH HẢI
PGS. TS. ĐINH VĂN NHÃ
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@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.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: *Chia tay những tân binh lên đường làm nhiệm vụ tại quần đảo Trường Sa*

Ảnh: *ST*

LEGISLATIVE
STUDIES

www.nclp.org.vn

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

Legis No 4/2019

STATE AND LAW

3 Developmental Integrity Government - from Awareness, Thinking to Action

Dr. Phan Hai Ho

9 The Appropriateness of the Vietnamese Laws with International Standards for Forced Labor

LLM. Le Phu Ha

19 Proposed Amendments of Competition Law on Grantback Conditions in Contract of Intellectual Property Transfer

LLM. Bui Thi Hang Nga

DISCUSSION OF BILLS

28 Formulation and Promulgation of Legal Documents in Simplified Procedure

Prof. Dr. Hoang Van Tu

POLICIES

35 Promotion of Right to Work under Context of Industrial Revolution 4.0

Prof. Dr. Nguyen Thanh Tuan

LEGAL PRACTICE

41 Difficulties in Generation of Clean Land Fund to Investment Attraction and Recommended Solutions

Prof. Dr. Phan Trung Hien
LLM. Chau Hoang Than

48 Improvements of Protection Conditions for Pharmaceutical Brands

Dr. Nguyen Thai Cuong
Nguyen Ly Ngoc Tran

FOREIGN EXPERIENCE

54 Application of Provision on Environmental Exception in International Investment Law and Comparisons with Vietnamese Practices

Dr. Tran Thang Long

EDITORIAL BOARD:

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

CHEF EDITOR IN CHARGE:
TS. NGUYEN HOANG THANH

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

DESIGN:
BUI HUYEN

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

DISTRIBUTION
HA NOI: 0243.2121202

ACCOUNT NUMBER:
0991000023097
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY HANOI PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 25.000 VND

CHÍNH PHỦ KIẾN TẠO, LIÊM CHÍNH – TỪ NHẬN THỨC, TƯ DUY ĐẾN HÀNH ĐỘNG

Phan Hải Hổ*
* TS. Trưởng khoa Quản lý hành chính, Học viện Cán bộ Thành phố Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết:
Từ khóa: Chính phủ, kiến tạo, liêm chính, nhận thức, tư duy, hành động
Lịch sử bài viết:
Nhận bài : 08/05/2018
Biên tập : 19/06/2018
Duyệt bài : 26/06/2018

Tóm tắt:
Để xây dựng Chính phủ kiến tạo, liêm chính cần phải có nhận thức đúng, tư duy đúng, cách làm đúng thì mới đạt hiệu quả. Chính phủ có chức năng, nhiệm vụ là kiến tạo với bản chất là liêm chính thì mới phát huy được vai trò điều hành và phát triển nền kinh tế đất nước.

Article Infomation:
Keywords: Government, tectonic, integrity, awareness, thinking, action.
Article History:
Received : 08 May 2018
Edited : 19 Jun 2018
Approved : 26 Jun 2018

Abstract
For effective development of a tectonic integrity government, it is necessary to have the thoughtful awareness, the right thinking, the proper manner. The government has functions and mandates which provide tectonic grounds with the nature of integrity to promote the executive role for development of the national economy.

1. Nhận thức về Chính phủ kiến tạo, liêm chính

Chính phủ kiến tạo phát triển (developmental government), nhà nước kiến tạo phát triển (developmental state) là các thuật ngữ được nghiên cứu từ những năm 80 của thế kỷ trước[1]. "Chính phủ kiến tạo" được vận dụng từ thực tiễn của một số nước như Nhật Bản, Mỹ, Liên hiệp Anh, Singapore, Phần Lan… Các nước này xem đây là "thuyết kiến tạo" tiến bộ và đưa vào các chương trình quản lý nhà nước, giáo dục, khoa học và công nghệ.

Tại Việt Nam, thuật ngữ "Chính phủ kháng chiến và kiến quốc" có nội hàm rộng và phần nào cũng bao hàm quan điểm "kiến tạo" trong kiến quốc[2]. "Chính phủ kiến tạo"

1 http://vov.vn/chinh-tri/nghi-ve-chinh-phu-kien-tao-588903.vov.
2 Báo điện tử Đảng cộng sản Việt nam (2017), "Lãnh đạo kháng chiến và kiến quốc 1945-1954".

thực chất là sự cụ thể hóa của "Chính phủ kiến quốc", theo đó,"… Kiến tạo là hành động tạo ra những cơ hội, bớt đi những cản trở cho sự phát triển" và "Chính phủ là phải hành động chứ không thể ngồi trên dân rồi tọa hưởng,... Ở đây, là phải hành động đúng, hành động vì lợi ích của quốc gia, dân tộc, thì sự kiến tạo đó, hành động đó mới hợp lòng dân"[3].

Trong thời gian qua, Chính phủ đã quán triệt xuyên suốt quan điểm kiến tạo, cụ thể: nguyên Thủ tướng Chính phủ Nguyễn Tấn Dũng đã khẳng định trong việc xác định nhiệm vụ trọng tâm của Chính phủ nhiệm kỳ 2011 - 2016 là "phải chuyển mạnh từ nhà nước điều hành nền kinh tế sang nhà nước kiến tạo phát triển"; Thủ tướng Chính phủ Nguyễn Xuân Phúc trong phiên họp đầu tiên sau khi nhậm chức ngày 26/7/2016 trước Quốc hội và cử tri cả nước, đã xác định rõ mục tiêu xây dựng Chính phủ mới là "Chính phủ kiến tạo phát triển, liêm chính, hành động quyết liệt, phục vụ Nhân dân"[4].

Như vậy, có thể thấy, Chính phủ kiến tạo sẽ gồm hai vế của một vấn đề: kiến tạo phải liêm chính, liêm chính phải kiến tạo[5]. Điều này được xem là kim chỉ nam cho lãnh đạo Chính phủ nỗ lực thực hiện vì hiển nhiên kiến tạo, liêm chính là để hành động phát triển. Theo đó, chức năng của Chính phủ kiến tạo là xây dựng chiến lược phát triển công nghiệp hóa, hiện đại hóa, tạo môi trường và điều kiện cho các thành phần kinh tế phát huy mọi tiềm năng trong môi trường cạnh tranh và hội nhập quốc tế, tăng cường giám sát để phát hiện các mất cân đối có thể xảy ra, bảo đảm ổn định kinh tế vĩ mô và an toàn hệ thống.

Thay cho việc đưa ra khái niệm Chính phủ kiến tạo, liêm chính là gì, xin được trích dẫn câu nói của Thủ tướng Nguyễn Xuân Phúc: "Nội hàm của Chính phủ kiến tạo là chủ động thiết kế chính sách pháp luật để đất nước phát triển, Nhà nước không làm thay thị trường. Kiến tạo cũng có nghĩa là Chính phủ phải kiến thiết được môi trường kinh doanh thuận lợi. Cuối cùng là phúc lợi xã hội phải tốt và quan trọng hơn cả, Chính phủ kiến tạo là nói phải đi đôi với làm. Thay ngay những cán bộ "giao mãi không chịu làm". "Cán bộ kém, dân kêu mà mãi không thay được thì kiến tạo cái gì?"[6].

2. Những thách thức đặt ra đối với Chính phủ kiến tạo, liêm chính

Thứ nhất, Chính phủ kiến tạo, liêm chính cần áp dụng cơ chế quản trị nhà nước nên sẽ gặp phải các vấn đề sẽ phát sinh sau đây:

Một là, trách nhiệm báo cáo của Chính phủ, nghĩa là gắn liền với việc cán bộ, công chức có trách nhiệm báo cáo trước Nhân dân những vấn đề thuộc về hoạt động của Chính phủ. Trên thực tế, Chính phủ chỉ mới làm được về thứ nhất là trách nhiệm báo cáo công việc của một số cơ quan, đơn vị và cán bộ, công chức trước cơ quan cấp trên mà chưa báo cáo trước Nhân dân. Thời gian qua, Chính phủ chỉ công khai các thủ tục hành chính để Nhân dân biết; báo cáo mức độ hoàn thành nhiệm vụ, công vụ theo cách thức báo cáo tổng kết của Bộ Nội vụ trước

3 Vũ Minh Giang, http://noichinh.vn/nghien-cuu-trao-doi/201702/chinh-phu-liem-chinh-va-kien-tao-tu-ly-thuyet-toi-thuc-tien-301840/

4 http://vneconomy.vn/chinh-phu-kien-tao-tai-viet-nam-qua-dinh-nghia-cua-thu-tuong-20171118163957 12.htm;

5 Quan điểm của chúng tôi là không cần thiết phải sắp xếp thứ tự, mà cái nào nói trước cũng được (xem thêm các quan điểm tại http://nld.com.vn/cau-chuyen-hom-nay/liem-chinh-va-kien-tao-20170106095923788.htm

6 http://hanoimoi.com.vn/Tin-tuc/Chinh-tri/883219/xay-dung-chinh-phu-liem-chinh-kien-tao-phuc-vu-nhan-dan

Chính phủ và Quốc hội, theo đó Nhân dân có thể nghe và tiếp cận thông tin.

Hai là, Chính phủ kiến tạo, liêm chính phải xây dựng được cơ chế minh bạch để cá nhân, tổ chức có thể tiếp cận hoạt động của Nhà nước theo cách thức dễ dàng nhất, ít tốn kém nhất. Điều này đang được Chính phủ nỗ lực công khai thủ tục hành chính, đặc biệt là các thủ tục về đầu tư, thành lập và hoạt động của doanh nghiệp, các thủ tục về hộ tịch... Tuy nhiên, để đảm bảo các tiêu chí đặt ra thì còn nhiều điều cần phải làm, cần phải nỗ lực trong thời gian tới. Ví dụ, những mệnh lệnh, chỉ đạo từ Chính phủ hoặc Thủ tướng Chính phủ vẫn chưa được triển khai thực hiện hiệu quả, vấn nạn "trên bảo dưới không nghe" vẫn xảy ra. Do vậy, Thủ tướng phải quyết định thành lập tổ công tác kiểm tra việc thực hiện nhiệm vụ, kết luận, chỉ đạo của Chính phủ và Thủ tướng[7].

Ba là, Chính phủ kiến tạo, liêm chính phải đảm bảo thông tin về pháp luật, nghĩa là Nhân dân phải được biết trước và đảm bảo thực hiện thống nhất pháp luật. Hiện nay, đã có các quy định của pháp luật về thông tin và đã được công khai, các dự án, dự thảo văn bản pháp luật đều nằm trên cổng thông tin điện tử của Chính phủ[8]. Tuy nhiên, Chính phủ vẫn chưa có cơ chế về cung cấp thông tin theo cách thức mà Luật Tiếp cận thông tin quy định do chưa có các văn bản lập quy có liên quan đến quyền tiếp cận thông tin[9].

Bốn là, sự tham gia của Nhân dân trong việc kiểm tra, giám sát hoạt động của Chính phủ. Đây là điểm mấu chốt của Chính phủ kiến tạo theo quan điểm quản trị nhà nước, nghĩa là Chính phủ hành động trên cơ sở sự kiểm tra, giám sát của Nhân dân. Muốn thực hiện được điều này phải thay đổi nhiều vấn đề, từ thể chế, cơ chế, phương pháp quản trị, đặc biệt là pháp luật về tổ chức và hoạt động của Chính phủ[10].

Năm là, Chính phủ kiến tạo theo định hướng quản trị nhà nước phải tạo ra cơ chế phân biệt thủ tục hành chính với các thủ tục về cung ứng dịch vụ công[11]; các dịch vụ công không cần thiết phải được loại bỏ[12] vì điều này hiện nay đang có sự nhầm lẫn, gây ra nhiều khó khăn cho cá nhân, tổ chức trong việc yêu cầu cung ứng các dịch vụ. Hiểu như thế nào là thủ tục hành chính, như thế nào là thủ tục dịch vụ hành chính công, thủ tục nào là không cần thiết phải loại bỏ đang là thách thức phải làm rõ thì Chính phủ hành động mới hiệu quả.

Thứ hai, thách thức từ xây dựng và ban hành thể chế quản lý hành chính theo phương thức kiến tạo và liêm chính của Chính phủ. Cần hoàn thiện thể chế bao hàm pháp luật, chính sách và quy chế, kế hoạch…

---

7 http://vneconomy.vn/thoi-su/chinh-phu-quyet-xoa-tinh-trang-tren-bao-duoi-khong-nghe-201608200903443.htm

8 Xem thêm: Luật Tiếp cận thông tin năm 2016.

9 Xem thêm: điểm a khoản 1 Điều 35 Luật Tiếp cận thông tin:"Ban hành theo thẩm quyền hoặc kiến nghị cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành, sửa đổi, bổ sung và hoàn thiện pháp luật về tiếp cận thông tin»; khoản 2 Điều 36 Luật Tiếp cận thông tin:"Công dân có thể yêu cầu cung cấp thông tin thông qua tổ chức, đoàn thể, doanh nghiệp của mình trong trường hợp nhiều người của tổ chức, đoàn thể, doanh nghiệp đó cùng có yêu cầu cung cấp thông tin giống nhau".

10 Xem thêm Luật tổ chức Chính phủ năm 2015.

11 Rất nhiều quan điểm cho rằng, thủ tục hành chính là nhiệm vụ của Nhà nước mang tính bắt buộc, thủ tục dịch vụ công là các dịch vụ cung ứng theo nhu cầu của Nhà nước, của cá nhân, tổ chức hoặc vừa là nhu cầu của Nhà nước, vừa là của cá nhân, tổ chức; có nhu cầu mang tính bắt buộc, có nhu cầu cung ứng theo nguyện vọng của cá nhân, tổ chức.

12 Có quan điểm cho rằng, không cần công chứng hay chứng thực các hợp đồng liên quan đến quyền sử dụng đất vì đã có thủ tục chuyển các quyền do cơ quan cung ứng là đơn vị sự nghiệp công lập nhà nước kiểm soát việc chuyển quyền rất chặt chẽ nên có thủ tục công chứng, chứng thực là thừa, gây rắc rối, ví dụ: Văn phòng đăng ký đất đai đã có chức năng kiểm soát các hoạt động này.

và triển khai thực hiện có hiệu quả trên thực tế. Hiện nay, việc tổ chức và hoạt động của Chính phủ vẫn được thực hiện theo Luật Tổ chức Chính phủ với bộ máy quan liêu, nhiều tầng nấc hành chính ngay trong nội bộ các cơ quan tham mưu của Chính phủ[13]. Vì vậy, cần quy gọn về đầu mối quản lý, đó là Chính phủ có ít Phó Thủ tướng, ít Bộ trưởng và Bộ phải đa ngành, đa lĩnh vực, đảm bảo khái quát về quản lý nhà nước tầm vĩ mô, không có nhiều cục, tổng cục, trong đó không có phòng[14]...

Thứ ba, thách thức từ việc Chính phủ kiến tạo, liêm chính phải có pháp luật tiệm cận công lý, có nghĩa là pháp luật đúng, phù hợp với đạo đức xã hội, với lợi ích toàn thể Nhân dân. Tuy nhiên, văn bản pháp quy của Chính phủ vẫn cứng nhắc, nguyên tắc nhưng lại chưa đảm bảo sự công bằng, minh bạch và quyền lợi cho tất cả người dân. Nhiều quy định được ban hành vẫn có tính lợi ích nhóm, tách bạch lợi ích Nhà nước với lợi ích Nhân dân, chưa đảm bảo lợi ích của toàn xã hội, chưa đảm bảo các giá trị đạo đức của Nhân dân. Hoặc pháp luật chỉ đúng mà chưa phù hợp với quy luật phát triển của tự nhiên, xã hội, tạo nên nhiều bất cập, mâu thuẫn trong cuộc sống[15].

Thứ tư, Chính phủ kiến tạo, liêm chính phải sử dụng có hiệu quả nguồn nhân lực và các nguồn năng lực khác, giải phóng được nguồn năng lực tự nhiên, xã hội của đất nước. Hiện nay, nguồn nhân lực là cán bộ, công chức của Chính phủ vẫn chưa được bảo đảm về chất lượng, kể cả bảo đảm về đạo đức công vụ[16]. Trong khi đó, các nguồn nhân lực và nguồn năng lực khác lại chưa được sử dụng tương xứng hoặc vẫn bỏ ngỏ gây lãng phí tiềm năng nguồn lực, cụ thể:

- Chính phủ kiến tạo chưa mời gọi được nhân tài làm việc cho đất nước bằng các cơ chế, chính sách thu hút nhân tài. Các chế độ, chính sách phải được sự đồng thuận của nguồn nhân lực này.

- Chính phủ vẫn chưa khai thác hết được các tiềm năng về tự nhiên, xã hội là nguồn lực mà không phải quốc gia nào cũng có: tiềm năng về tự nhiên là đất đai, tài nguyên, khoáng sản; tiềm năng về sự an lành của xã hội không chiến tranh, không xung đột sắc tộc tôn giáo; tiềm năng về hòa bình…

Thứ năm, tính minh bạch, khả năng giải trình và chịu trách nhiệm của Chính phủ kiến tạo. Đây là một thách thức tương đối lớn với Chính phủ trong bối cảnh hiện tại vì nhiều vấn đề lớn đang phát sinh hàng ngày, ví dụ: các chính sách của Chính phủ chưa thực sự có sự phản biện của xã hội, hoặc sự phản biện của xã hội chỉ mang tính hình thức, mặc dù có lấy ý kiến khi dự thảo nhưng khi ban hành thì chủ yếu theo ý kiến chủ quan của cơ quan tham mưu cho Chính phủ về vấn đề, lĩnh vực đó. Điều này gây nên nhiều hệ lụy khi các chính sách không phù hợp với quan hệ xã hội đang phát triển, gây hệ quả không tốt cho các quan điểm

13 Xem thêm: https://vnexpress.net/tin-tuc/thoi-su/dai-bieu-quoc-hoi-khong-the-de-qua-nhieu-tong-cuc-nhu-hien-nay-3662700.html

14 Hiện nay, Chính phủ các nước trên thế giới trung bình có 12-16 bộ, trong khi Chính phủ Việt Nam hiện có 22 bộ, cơ quan ngang bộ.
xem:https://tuoitre.vn/cac-nghi-quyet-trung-uong-6-vua-co-ban-vua-cap-bach-20171129112818553.htm.

15 Xem thêm: Khoản 2 Điều 12 của Nghị định số 18/2012/NĐ-CP ngày 13/3/2012 của Chính phủ; khoản 1 Điều 9 Nghị định số 81/2013/NĐ-CP của Chính phủ.

16 Các sai phạm, tiêu cực vẫn xảy ra thường xuyên, liên tục.

Chính phủ kiến tạo, liêm chính[17].

Thứ sáu, mối quan hệ và sự tương tác của Chính phủ với xã hội. Đây rõ ràng là thách thức lớn vì Chính phủ hiện tại chưa có được kênh thông tin thực tiễn từ xã hội. Chính phủ kiến tạo phải dành thời gian nghiên cứu thực tiễn xã hội, có các kênh tương tác trực tiếp với doanh nghiệp, với người dân, không thể chỉ bằng các hội nghị, hội thảo lấy ý kiến doanh nghiệp, người dân. Ngược lại, doanh nghiệp, người dân cũng cần có các kênh thông tin đối với Chính phủ. Những vấn đề này mặc dù hiện nay đã có Luật Tiếp cận thông tin quy định, tuy nhiên, đây mới là những quy định chung, mang tầm vĩ mô, chưa phải là những vấn đề cụ thể mà Chính phủ cần phải có những hoạch định cụ thể để thực thi trong thực tiễn[18].

3. Đề xuất, kiến nghị

Một là, Chính phủ cần xây dựng được chương trình thực hiện quản trị nhà nước, thay cho việc áp dụng chương trình quản lý nhà nước như hiện nay vì quản trị đề cao tính định hướng kiến tạo, trong đó Nhà nước có cơ chế thực thi các nhiệm vụ theo thỏa thuận; có "mô hình Nhà nước nhỏ, Nhân dân to"; pháp luật của Chính phủ là ý kiến người dân thực thụ; chính sách Chính phủ là điều người dân cần, người dân biểu đạt... Chính những điều này làm sẽ làm cho Chính phủ không "nặng gánh" khi ban hành chính sách, pháp luật mà chỉ quan tâm các vấn đề định hướng, đó là "Chính phủ không chèo thuyền mà lái thuyền", thực hiện theo cách thức "Chính phủ quản trị" không phải là "Chính phủ quản lý" như mô hình lâu nay.

Hai là, theo cách thức "Chính phủ quản trị" nêu trên, cần thiết phải có những sửa đổi, bổ sung hoàn thiện về mặt thể chế quản lý với các vấn đề sau:

- Sửa đổi các quy định của pháp luật, đặc biệt là Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015 để tạo ra tổ chức bộ máy Chính phủ gọn đầu mối tham mưu (chỉ nên có khoảng dưới 18 bộ và cơ quan ngang bộ); trao quyền cho Thủ tướng Chính phủ về xử lý kỷ luật đối với các chức vụ, chức danh do Thủ tướng bổ nhiệm để đảm bảo tính nhanh gọn, thực thi và kiến tạo tốt.

- Xây dựng và ban hành các quy định pháp luật theo hướng quản trị hơn là quản lý nhằm tạo sự đồng thuận của người dân khi các quy định đó thực sự là ý kiến, là nguyện vọng của Nhân dân. Đồng thời, tính quản trị trong pháp luật sẽ tạo cho Chính phủ làm việc linh hoạt, chủ động hơn nhưng cũng phải tuân thủ triệt để pháp luật, chịu sự giám sát thường xuyên của người dân. Theo đó, cán bộ, công chức có cơ hội tương tác với Nhân dân trong việc xây dựng và ban hành chính sách, đặc biệt là sẽ tạo cơ hội để Bộ trưởng, Thủ tướng có nhiều điều kiện, thời gian hơn gần gũi với Nhân dân, thực hiện nhiều cuộc "vi hành" để có những thông tin xác thực với đời sống người dân.

- Xây dựng và ban hành các mô hình, chương trình tạo sự tương tác ngày càng nhiều của Chính phủ với cá nhân, tổ chức, đặc biệt là doanh nghiệp.

Ba là, tiếp tục hoàn thiện hệ thống văn bản pháp quy bảo đảm sự phù hợp với các giá trị xã hội, lợi ích của Nhân dân, đặc biệt là các văn bản điều chỉnh về đất đai, thuế, kinh tế, văn hóa - xã hội, ngân sách…

---

17 Xem thêm: http://www.khoahocphothong.com.vn/-quot-chinh-sach-cua-chinh-phu-khong-ro-rang-xa-hoi-con-qua-nhieu-rao-can-quot--47685.html; khoản 1 Điều 7 Nghị định số 78/2015/NĐ-CP ngày 14/09/2015 của Chính phủ về đăng ký doanh nghiệp.

18 Xem thêm: Luật Tiếp cận thông tin năm 2016.

Những lĩnh vực này còn nhiều bất cập, hạn chế, chưa phù hợp nên ảnh hưởng lớn đến quyền và lợi ích hợp pháp của người dân.

Bốn là, cần mạnh dạn cắt bỏ các thủ tục hành chính không cần thiết, lập và công khai danh mục thủ tục hành chính công, thủ tục dịch vụ hành chính công, tránh việc lạm dụng, vận dụng tùy tiện thủ tục hành chính.

Năm là, Chính phủ kiến tạo phải được xây dựng và phát triển trên cơ sở nền tảng các chính sách của mình. Các chính sách của Chính phủ phải có sự tham vấn của người dân, nghĩa là phải mang tính thực tế chứ không phải là tính hình thức. Do vậy, trên cơ sở Luật Trưng cầu ý dân[19], Chính phủ phải thực thi một cách nghiêm túc các quy định của Luật này, phân định rõ nhiệm vụ của mình đối với các chính sách kinh tế, văn hóa - xã hội và các chính sách khác cần có ý kiến của người dân để đảm bảo sát hợp thực tế, phục vụ nhân dân ngày càng tốt hơn.

Sáu là, phải xây dựng được sách lược sử dụng nguồn nhân lực và khai thác có hiệu quả các tiềm năng của đất nước. Cần xây dựng chương trình thu hút nhân tài, nguồn nhân lực trẻ, có tri thức cao trong và ngoài nước vào làm việc cho Chính phủ; xây dựng, hoạch định kế hoạch sử dụng các tiềm năng khác của đất nước về tự nhiên, xã hội; có các định hướng tranh thủ "hòa bình" trong bối cảnh hiện nay để gia tăng các nguồn lực phát triển đất nước■

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Báo điện tử Đảng cộng sản Việt Nam (2017), *"Lãnh đạo kháng chiến và kiến quốc 1945-1954;*
2. Chính phủ *(2015), Nghị định số 78/2015/NĐ-CP ngày 14/09/2015;*
3. Chính phủ *(2012), Nghị định số 18/2012/NĐ-CP ngày 13/3/2012;*
4. Chính phủ (2013), *Nghị định số 81/2013/NĐ-CPngày 19/07/2013;*
5. http://noichinh.vn/nghien-cuu-trao-doi/201702/chinh-phu-liem-chinh-va-kien-tao-tu-ly-thuyet-toi-thuc-tien-301840;
6. http://www.khoahocphothong.com.vn/-quot-chinh-sach-cua-chinh-phu-khong-ro-rang-xa-hoi-con-qua-nhieu-rao-can-quot--47685.html;
7. https://vnexpress.net/tin-tuc/thoi-su/dai-bieu-quoc-hoi-khong-the-de-qua-nhieu-tong-cuc-nhu-hien-nay-3662700.html;
8. http://vneconomy.vn/thoi-su/chinh-phu-quyet-xoa-tinh-trang-tren-bao-duoi-khong-nghe-201608200903443.htm;
9. Quốc hội (2016), *Luật Tiếp cận thông tin;*
10. Quốc hội, (2015), *Luật Tổ chức Chính phủ;*
11. Quốc hội (2015), *Luật Trưng cầu ý dân*.

19 Xem thêm: Luật Trưng cầu ý dân năm 2015.

MỨC ĐỘ TƯƠNG THÍCH CỦA PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỚI CÁC TIÊU CHUẨN QUỐC TẾ VỀ CHỐNG LAO ĐỘNG CƯỠNG BỨC[1]

Lê Phú Hà*
* ThS. Viện Nghiên cứu Lập pháp

Thông tin bài viết:
Từ khóa: lao động cưỡng bức, chống lao động cưỡng bức, cưỡng bức lao động
Lịch sử bài viết:
Nhận bài : 18/11/2018
Biên tập : 12/12/2018
Duyệt bài : 18/12/2018

Tóm tắt:
Để đánh giá pháp luật Việt Nam về xóa bỏ lao động cưỡng bức cần có sự so sánh, đánh giá toàn diện với các chuẩn mực pháp luật quốc tế về chống lao động cưỡng bức. Công ước số 29 và Công ước số 105 của Tổ chức Lao động quốc tế được coi là hai văn kiện cơ bản về chống lao động cưỡng bức. Công ước số 29 được Hội nghị toàn thể thông qua ngày 28/6/1930 và Công ước số 105 được Hội nghị toàn thể thông qua ngày 25/6/1957. Hiện nay, Việt Nam đã gia nhập Công ước số 29 và đang nghiên cứu để xem xét việc gia nhập Công ước số 105 của Tổ chức Lao động quốc tế[2].

Article Infomation:
Keywords: forced labourers; anti-forced labour; compulsory labour
Article History:
Received : 18 Nov. 2018
Edited : 12 Dec. 2018
Approved : 18 Dec. 2018

Abstract
In order to evaluate the Vietnamese law on the elimination of forced labour, it is needed to proceed comprehensive comparisons and assessments with international standards on the forced labour. The Convention No. 29 and Convention No. 105 of the International Labor Organization are considered as the two foundermental documents on anti-forced labour. The Convention No. 29 was adopted by the Plenary Session on June 28, 1930 and the Convention No. 105 was adopted by the Plenary Session on June 25, 1957. Currently, Vietnam has joined the Convention No. 29 and is also reviewing to consider joining the Convention No. 105 of the International Labor Organization.

1. Về định nghĩa lao động cưỡng bức hoặc bắt buộc

Công ước số 29 của Tổ chức Lao động quốc tế (ILO) đã đưa ra định nghĩa khá đầy đủ về lao động cưỡng bức hoặc bắt buộc. Theo đó, tại khoản 1 Điều 2 Công ước số 29 quy định: "Tất cả các công việc hay dịch vụ mà một người thực hiện dưới sự đe dọa

1 Bài viết có sử dụng kết quả của Đề tài nghiên cứu khoa học cấp Bộ: "Lao động cưỡng bức - Tiêu chuẩn quốc tế, pháp luật và thực tiễn ở Việt Nam" do ThS. Lê Phú Hà làm chủ nhiệm.

2 Xem thêm Quyết định số 2528/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ

phải chịu một hình phạt và vì hình phạt này người đó không tự nguyện làm việc". Như vậy, một hoạt động lao động được coi là lao động cưỡng bức hoặc bắt buộc khi có sự hiện diện của cả 3 yếu tố:

Thứ nhất, một người thực hiện một công việc hoặc dịch vụ cho người khác;

Thứ hai, người này không tự nguyện thực hiện công việc hoặc dịch vụ đó;

Thứ ba, người thực hiện công việc hoặc dịch vụ đó bị đe dọa sẽ chịu một hình phạt nào đó nếu không tiến hành công việc hoặc dịch vụ đó.

Về phạm vi, khái niệm mà Công ước 29 đưa ra không bó hẹp dưới dạng các hành động cụ thể là "đánh đập, nhục mạ hoặc bị ép buộc" người lao động mà nó thể hiện dưới dạng cả đe dọa và cả hành động liên quan tới bạo lực, hay hạn chế về thân thể, hay tước đoạt quyền tự do và các đặc quyền khác của người lao động. Về đối tượng của đe dọa hay áp dụng các hình phạt nhằm ép buộc người lao động phải làm những công việc mà bản thân họ không tự nguyện hoặc trong những điều kiện lao động tồi tàn theo khái niệm của Công ước 29 không chỉ đối với người lao động mà còn có thể đối với cả thân nhân của họ. Về công việc sử dụng lao động cưỡng bức theo khái niệm của Công ước 29 cũng không chỉ bó hẹp trong phạm vi giao kết và thực hiện hợp đồng lao động hay trong quan hệ lao động mà đó có thể là bất kỳ một "công việc hoặc dịch vụ" nào "mà một người ép buộc phải làm dưới sự đe dọa của một hình phạt nào đó mà bản thân người đó không tự nguyện làm".

Trong pháp luật Việt Nam, khái niệm lao động cưỡng bức được quy định tại khoản 10 Điều 3 của Bộ luật Lao động (BLLĐ) năm 2012. Theo đó cưỡng bức lao động là việc dùng vũ lực, đe dọa dùng vũ lực hoặc các thủ đoạn khác nhằm buộc người khác lao động trái ý muốn của họ. Quy định này chủ yếu nhấn mạnh yếu tố không tự nguyện là do việc dùng vũ lực hoặc đe dọa dùng vũ lực, trong khi thực tế có rất nhiều những dạng ép buộc, cưỡng bức khác. Thuật ngữ "thủ đoạn khác" chưa được giải thích một cách rõ ràng nên rất khó xác định.

Ngoài ra, phạm vi điều chỉnh của BLLĐ năm 2012 là những hoạt động lao động tạo ra thu nhập mà không bị pháp luật cấm, nên việc dùng thuật ngữ "lao động" trong định nghĩa về lao động cưỡng bức ở BLLĐ năm 2012 dẫn đến cách hiểu là lao động cưỡng bức chỉ xảy ra khi một người phải thực hiện những công việc hợp pháp trái với ý muốn của họ, còn những công việc bất hợp pháp mà một người phải thực hiện ngoài ý muốn của họ không nằm trong nội hàm khái niệm lao động cưỡng bức.

Cách hiểu đó hẹp hơn khái niệm về lao động cưỡng bức của Công ước số 29. Công ước này dùng thuật ngữ "một người phải thực hiện một công việc hoặc dịch vụ" để chỉ cả những trường hợp mà công việc hay dịch vụ hợp pháp hoặc bất hợp pháp. Nói cách khác, theo Công ước số 29, lao động cưỡng bức không được xác định theo tính chất của công việc (có thể hợp pháp hoặc không hợp pháp theo luật quốc gia) mà phải theo tính chất của mối quan hệ giữa người thực hiện công việc và người hưởng lợi từ công việc[3].

Khái niệm lao động cưỡng bức chưa được làm rõ đã gây khó khăn cho việc xử lý, cũng như cho việc xác định nạn nhân và bảo vệ, hỗ trợ nạn nhân của lao động cưỡng bức theo như yêu cầu của Công ước số 29.

2. Các công việc không được coi là lao động cưỡng bức hoặc bắt buộc

Theo quy định của Công ước 29, lao động cưỡng bức hoặc bắt buộc không bao gồm:

3 Về vấn đề này, xem thêm Phan Thị Thanh Huyền, Nhận diện về lao động cưỡng bức trong pháp luật lao động Việt Nam hiện hành, tại http://tcdcpl.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/thi-hanh-phap-luat.aspx?ItemID=111.

- Mọi công việc hoặc dịch vụ buộc phải làm theo các đạo luật về nghĩa vụ quân sự bắt buộc và trong những công việc có tính chất quân sự thuần túy;

- Mọi công việc hoặc dịch vụ thuộc những nghĩa vụ công dân bình thường của công dân trong một nước tự quản hoàn toàn;

- Mọi công việc hoặc dịch vụ mà một người buộc phải làm do một quyết định của Tòa án, với điều kiện là công việc hoặc dịch vụ đó phải tiến hành dưới sự giám sát và kiểm tra của những nhà chức trách công cộng, và người đó không bị chuyển nhượng hoặc bị đặt dưới quyền sử dụng của những tư nhân, công ty hoặc hiệp hội tư nhân;

- Mọi công việc hoặc dịch vụ buộc phải làm trong những trường hợp khẩn cấp, nghĩa là trong những trường hợp có chiến tranh, xảy ra tai họa hoặc có nguy cơ xảy ra tai họa như là cháy, lụt, đói, động đất, dịch bệnh dữ dội của người và gia súc, sự xâm hại của thú vật, côn trùng hoặc ký sinh trùng, và nói chung là mọi tình thế gây nguy hiểm cho đời sống hoặc cho sự bình yên của toàn thể hoặc một phần dân cư;

- Những công việc của thôn xã vì lợi ích trực tiếp của tập thể và do những thành viên của tập thể đó thực hiện, và vì vậy, có thể coi như là nghĩa vụ công dân bình thường của các thành viên tập thể, với điều kiện là những thành viên trong tập thể đó hoặc những người đại diện trực tiếp của họ có quyền được tham khảo ý kiến về sự cần thiết của công việc ấy.

Theo quy định của pháp luật Việt Nam rải rác trong Bộ luật, Luật và các văn bản hướng dẫn thi hành thì có một số công việc mà công dân phải thực hiện như nghĩa vụ, không được coi là lao động cưỡng bức hoặc bắt buộc.

Thứ nhất, về những công việc liên quan đến nghĩa vụ quân sự, Luật Nghĩa vụ quân sự năm 2015 quy định công dân trong độ tuổi thực hiện nghĩa vụ quân sự, không phân biệt dân tộc, thành phần xã hội, tín ngưỡng, tôn giáo, trình độ học vấn, nghề nghiệp, nơi cư trú phải thực hiện nghĩa vụ quân sự theo quy định. Về điểm này, quy định của pháp luật Việt Nam phù hợp với quy định của Công ước 29 về lao động cưỡng bức.

Thứ hai, về nghĩa vụ công dân bình thường, pháp luật Việt Nam trước đây có quy định trong Pháp lệnh Nghĩa vụ lao động công ích năm 1999 về nghĩa vụ của người dân đóng góp ngày công để làm những việc vì lợi ích cộng đồng. Tuy nhiên, cùng với điều kiện kinh tế - xã hội thay đổi, Pháp lệnh này đã được bãi bỏ. Hiện nay, quyền cũng như nghĩa vụ của công dân trong từng lĩnh vực được pháp luật điều chỉnh trong lĩnh vực đó quy định rõ ràng, cụ thể. Về cơ bản, công dân chỉ cần đảm bảo những nghĩa vụ bình thường trong chế độ XHCN tự do, tự nguyện, bình đẳng. Quy định về vấn đề này phù hợp với quy định về mọi công việc hoặc dịch vụ thuộc những nghĩa vụ công dân bình thường của công dân trong một nước tự quản hoàn toàn không được coi là lao động cưỡng bức.

Thứ ba, về việc lao động theo quyết định của Tòa án, theo quy định của pháp luật Việt Nam bao gồm các trường hợp sau: lao động trong các cơ sở cai nghiện bắt buộc (theo quyết định đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc của Tòa án đối với người nghiện ma túy); lao động trong các trường giáo dưỡng (theo quyết định đưa vào trường giáo dưỡng của Tòa án đối với trường hợp người chưa thành niên phạm tội); lao động trong trại giam (theo bản án, quyết định phạt tù của Tòa án đối với trường hợp người phạm tội theo quy định của Bộ luật Hình sự - BLHS).

Trước hết là đối với trường hợp lao động trong các cơ sở cai nghiện bắt buộc. Người nghiện ma túy được đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc với mục đích trị liệu chữa bệnh, hướng nghiệp dạy nghề để tái hòa nhập cộng đồng cho họ. Lao động bắt buộc của họ trong các cơ sở cai nghiện bắt buộc

cũng không ngoài mục đích đó. Quy định của pháp luật Việt Nam về vấn đề này về cơ bản phù hợp với quy định của Công ước số 29. Tuy nhiên, có điều cần lưu ý là thực tế cho thấy, dễ phát sinh cưỡng bức lao động từ các cơ sở cai nghiện bắt buộc nhưng việc thanh tra, giám sát lại chưa được chặt chẽ, kịp thời.

Đối với lao động của người chưa thành niên trong các trường giáo dưỡng, theo quy định tại Điều 96 BLHS năm 2015 thì việc đưa người chưa thành niên vào trường giáo dưỡng không phải là hình phạt mà là một trong những biện pháp tư pháp có tính giáo dục, phòng ngừa do Tòa án quyết định, áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội, nếu thấy do tính chất nghiêm trọng của hành vi phạm tội, do nhân thân và môi trường sống của người đó mà cần đưa người đó vào một tổ chức giáo dục có kỷ luật chặt chẽ. Người được đưa vào trường giáo dưỡng phải chịu sự giám sát, quản lý, giáo dục của nhà trường và phải học tập, rèn luyện, lao động, sinh hoạt dưới sự quản lý, hướng dẫn của cán bộ, giáo viên trường giáo dưỡng. Quyết định đưa vào trường giáo dưỡng đã cách ly người chưa thành niên khỏi môi trường sống của người đó, khỏi gia đình, nhà trường và đưa họ vào một môi trường hoàn toàn mới với kỷ luật chặt chẽ, nghiêm khắc. Người chưa thành niên lại là những người chưa trưởng thành, tâm sinh lý còn đang phát triển và nhận thức chưa đầy đủ. Mặt khác, pháp luật quy định về lao động của người chưa thành niên trong trường giáo dưỡng còn chưa xác định rõ một số vấn đề cơ bản, trực tiếp liên quan đến quyền và nghĩa vụ lao động của các em như nghề phù hợp với người chưa thành niên, giám sát lao động của người chưa thành niên của các cơ quan có thẩm quyền trong lĩnh vực lao động… Đặc biệt, về vấn đề thực thi các quy định pháp luật liên quan đến lao động trong trường giáo dưỡng còn thiếu sự giám sát thanh tra thường xuyên nên có thể dẫn đến trường hợp lợi dụng để cưỡng bức lao động trên thực tế.

Đối với một hình thức lao động khác theo quyết định của Tòa án là lao động của các phạm nhân trong trại giam. Theo quy định của pháp luật Việt Nam, các phạm nhân trong tù phải chấp hành nội quy, quy chế trại giam trong đó phải chấp hành chế độ lao động bắt buộc phù hợp với độ tuổi, sức khỏe và đáp ứng yêu cầu quản lý, giáo dục, hòa nhập cộng đồng. Quy định của pháp luật Việt Nam về cơ bản phù hợp với quy định pháp luật quốc tế về việc lao động theo quyết định của Tòa án không được coi là lao động cưỡng bức. Việc người phạm tội khi chấp hành án phạt tù hoặc người chưa thành niên phải thực hiện nghĩa vụ lao động, học tập nhằm giáo dục, cải tạo họ, ngăn ngừa tái phạm và vi phạm pháp luật. Tuy nhiên, cũng giống như các quy định pháp luật về lao động của người chưa thành niên trong trường giáo dưỡng, lao động của người nghiện ma túy trong các cơ sở cai nghiện bắt buộc, việc hướng dẫn triển khai thi hành các quy định về lao động của phạm nhân trong trại giam còn chưa cụ thể và thi hành trên thực tế còn khoảng cách so với quy định của pháp luật.

Thứ tư, về mọi công việc hoặc dịch vụ buộc phải làm trong những trường hợp khẩn cấp, nghĩa là trong những trường hợp có chiến tranh, xảy ra tai họa hoặc có nguy cơ xảy ra tai họa như là cháy, lụt, đói, động đất, dịch bệnh dữ dội của người và gia súc, sự xâm hại của thú vật, côn trùng hoặc ký sinh trùng và nói chung là mọi tình thế gây nguy hiểm cho đời sống hoặc cho sự bình yên của toàn thể hoặc một phần dân cư. Luật Quốc phòng Việt Nam tại Điều 37 có quy định: "Công dân Việt Nam là nguồn nhân lực cơ bản, chủ yếu của quốc phòng". Khi có chiến tranh hoặc tình trạng khẩn cấp, Ủy ban Thường vụ Quốc hội có thể xem xét, quyết định tổng động viên hoặc động viên cục bộ (Điều 30 Luật Quốc phòng). Đây là việc huy

động sức dân trong đảm bảo an ninh chung cho toàn xã hội, bảo vệ tài sản chung của nhân dân, của Nhà nước, phù hợp với quy định của pháp luật quốc tế và không được coi là cưỡng bức lao động.

Tuy nhiên, đối với quy định tại Điều 107 BLLĐ năm 2012 về việc người sử dụng lao động có quyền yêu cầu người lao động làm thêm giờ vào bất kỳ ngày nào và người lao động không được từ chối trong các trường hợp sau đây:

1. Thực hiện lệnh động viên, huy động bảo đảm nhiệm vụ quốc phòng, an ninh trong tình trạng khẩn cấp về quốc phòng, an ninh theo quy định của pháp luật;

2. Thực hiện các công việc nhằm bảo vệ tính mạng con người, tài sản của cơ quan, tổ chức, cá nhân trong phòng ngừa và khắc phục hậu quả thiên tai, hỏa hoạn, dịch bệnh và thảm họa" .

Quy định của BLLĐ năm 2012 như vậy quá rộng so với quy định về các trường hợp khẩn cấp được phép huy động lao động cưỡng bức tại khoản 2 Điều 2 của Công ước số 29. Theo đó, Công ước số 29 chỉ cho phép lao động bắt buộc trong các trường hợp khẩn cấp, trong khoảng thời gian đặc biệt trong chiến tranh hoặc thiên tai hoặc nguy cơ thiên tai và trong các trường hợp nguy hiểm tới sự an toàn của một phần hoặc toàn nhân loại[4].

Thứ năm, về những công việc của thôn xã vì lợi ích trực tiếp của tập thể và do những thành viên của tập thể đó thực hiện. Hiến pháp năm 2013 có quy định: Công dân có nghĩa vụ tuân theo Hiến pháp và pháp luật; tham gia bảo vệ an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội và chấp hành những quy tắc sinh hoạt công cộng[5]. Trên thực tế, việc thực hiện những công việc của thôn xã là vì lợi ích của tập thể và trên tinh thần tự nguyện, dân chủ của nhân dân, không có quy định ép buộc công dân phải tham gia lao động công ích cho thôn xã.

3. Về cam kết không sử dụng bất kỳ hình thức lao động cưỡng bức nào

Công ước số 105 của ILO về xóa bỏ lao động cưỡng bức quy định về việc cam kết không sử dụng bất kỳ hình thức lao động cưỡng bức nào như một trong các biện pháp sau đây:

- Như là một biện pháp cưỡng chế hay giáo dục chính trị, hoặc như một sự trừng phạt đối với những ai đang có hoặc đang phát biểu chính kiến, hay ý kiến chống đối về tư tưởng đối với trật tự chính trị, xã hội hoặc kinh tế đã được thiết lập;

- Như là một biện pháp huy động và sử dụng nhân công vào mục đích phát triển kinh tế;

- Như là một biện pháp về xử lý vi phạm kỷ luật lao động;

- Như là một sự trừng phạt đối với việc đã tham gia đình công;

- Như là một biện pháp phân biệt đối xử về chủng tộc, xã hội, dân tộc và tôn giáo.

Pháp luật Việt Nam không có quy định việc sử dụng lao động cưỡng bức hoặc bắt buộc như là một sự trừng phạt những ai đang có hoặc phát biểu chính kiến hay ý kiến chống đối về tư tưởng đối với trật tự xã hội hoặc kinh tế đã thiết lập. Hiến pháp năm 2013 đã quy định: Công dân có quyền tự do ngôn luận, tự do báo chí, tiếp cận thông tin, hội họp, lập hội, biểu tình[6]. Tuy nhiên, đối với quy định của Công ước số 105 về việc không sử dụng lao động cưỡng bức như là một biện pháp cưỡng chế hay giáo dục cần được xem xét lại một cách kỹ lưỡng.

4 Observation (CEACR) - adopted 2013, published 103rd ILC session (2014) C029 - Forced Labour Convention, 1930 (No. 29) -Viet Nam, tại http://www.ilo.org/dyn/normlex/en, Mục VII.

5 Điều 46 Hiến pháp năm 2013.

6 Điều 25 Hiến pháp năm 2013.

Đây cũng là một vấn đề trở ngại khi Việt Nam phê chuẩn Công ước số 105. Việt Nam hiện nay vẫn tồn tại trong cả pháp luật và thực tiễn việc đưa người chưa thành niên vi phạm pháp luật vào trường giáo dưỡng để giáo dục. Người chưa thành niên buộc phải chấp hành mọi nội quy, quy chế của trường giáo dưỡng, trong đó có quy định về việc bắt buộc lao động.

Pháp luật Việt Nam cũng không có quy định việc sử dụng lao động cưỡng bức hoặc bắt buộc như một biện pháp huy động và sử dụng nhân công vào mục đích phát triển kinh tế.

Đối với việc cam kết không sử dụng lao động cưỡng bức như là một biện pháp về xử lý kỷ luật lao động, pháp luật Việt Nam mặc dù chưa ghi nhận trực tiếp về vấn đề này, nhưng cũng quy định khá chặt chẽ và cụ thể về vấn đề xử lý kỷ luật lao động để hạn chế xảy ra cưỡng bức lao động. Các hình thức kỷ luật lao động được quy định trong BLLĐ bao gồm: khiển trách; kéo dài thời hạn nâng lương không quá sáu tháng hoặc chuyển làm công việc khác có mức lương thấp hơn trong thời hạn tối đa là sáu tháng hoặc cách chức; sa thải. Khi tiến hành việc xử lý kỷ luật lao động, người sử dụng lao động phải chứng minh được lỗi của người lao động. Người lao động có quyền tự bào chữa hoặc nhờ luật sư, bào chữa viên nhân dân hoặc người khác bào chữa. Khi xem xét xử lý kỷ luật lao động phải có mặt đương sự và phải có sự tham gia của đại diện Ban chấp hành Công đoàn cơ sở trong doanh nghiệp và phải được ghi thành biên bản. Những quy định trên đã phần nào hạn chế được những hành vi mang tính chất cưỡng bức lao động mà người sử dụng lao động áp đặt đối với người lao động khi họ vi phạm kỷ luật lao động. Tuy nhiên, việc triển khai trên thực tế các quy định này trong doanh nghiệp cần phải có sự giám sát và cần phải có chế tài đủ mạnh để thực hiện đúng mục đích không sử dụng lao động cưỡng bức như là một biện pháp về xử lý kỷ luật lao động.

Đối với việc cam kết không sử dụng lao động cưỡng bức như một sự trừng phạt đối với việc đã tham gia đình công, pháp luật Việt Nam quy định nghiêm cấm tất cả các hành động trù dập, trả thù người tham gia đình công hoặc lãnh đạo cuộc đình công. Người cản trở việc thực hiện quyền đình công hoặc ép buộc người khác đình công, người có hành vi bất hợp pháp trong khi đình công, người không thi hành Quyết định của Thủ tướng Chính phủ, Quyết định của Tòa án nhân dân, thì tùy theo mức độ vi phạm, phải bồi thường thiệt hại, bị xử phạt hành chính hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự. Những quy định này thể hiện cam kết mạnh mẽ của Việt Nam trong việc không sử dụng lao động cưỡng bức như một sự trừng phạt đối với việc tham gia đình công. Tuy nhiên, thực tế của các cuộc đình công xảy ra tại Việt Nam, chủ sử dụng lao động thường trừng phạt người lao động bằng rất nhiều hình thức rất tinh vi. Một trong số đó là việc ép buộc người lao động chuyển sang làm một công việc khác với mức lương thấp hơn, điều kiện làm việc kém hơn, bóc lột sức lao động hoặc sử dụng những nội quy khắc nghiệt để buộc người lao động phải nghỉ việc.

Đối với việc loại bỏ việc sử dụng lao động cưỡng bức làm phương tiện phân biệt đối xử, pháp luật Việt Nam không có quy định việc sử dụng lao động cưỡng bức hoặc bắt buộc như một biện pháp phân biệt đối xử về chủng tộc, xã hội, dân tộc hoặc tôn giáo. Hiến pháp Việt Nam quy định: "...Nghiêm cấm mọi hành vi kỳ thị, chia rẽ dân tộc".

Như vậy, về cơ bản quy định của pháp luật Việt Nam phù hợp với tinh thần của pháp luật quốc tế về việc cam kết không sử dụng bất kỳ hình thức nào của lao động cưỡng bức. Tuy nhiên, hệ thống pháp luật Việt Nam còn chưa đầy đủ đối với vấn đề này. Bên cạnh đó, việc thực thi pháp luật trong lĩnh vực này cũng chưa nghiêm túc và thiếu sự giám sát của các cơ quan có thẩm quyền.

4. Chế tài đối với việc cưỡng bức hoặc bắt buộc lao động

Pháp luật quốc tế có quy định về việc áp dụng chế tài đối với việc cưỡng bức lao động. Điều 25 Công ước số 29 về lao động cưỡng bức hoặc bắt buộc quy định: "Hành vi huy động bất hợp pháp việc đi làm lao động cưỡng bức hoặc bắt buộc sẽ phải bị chế tài hình sự" và chế tài do pháp luật quy định phải có đủ hiệu lực thực sự và được áp dụng nghiêm ngặt. Điều 2 Công ước số 105 về xóa bỏ lao động cưỡng bức quy định: "Mọi nước thành viên của ILO phê chuẩn Công ước này cam kết sử dụng các biện pháp có hiệu quả nhằm xóa bỏ ngay và toàn bộ lao động cưỡng bức bắt buộc".

Theo pháp luật Việt Nam, cưỡng bức lao động là hành vi trái pháp luật. Người thực hiện hành vi này có thể phải chịu các chế tài về dân sự, hành chính và hình sự.

Về chế tài dân sự: Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: Cá nhân, pháp nhân có quyền dân sự bị xâm phạm phải được bồi thường toàn bộ thiệt hại, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác hoặc luật có quy định khác[7].

Về chế tài hành chính: BLLĐ năm 2012 quy định cấm ngược đãi người lao động, cấm cưỡng bức lao động dưới bất kỳ hình thức nào đồng thời đưa ra các quy định về thanh tra nhà nước về lao động và việc xử phạt vi phạm pháp luật lao động, trong đó bao gồm cả việc xử phạt hành chính và kỷ luật.

Bên cạnh đó, xuyên suốt trong Nghị định số 95/2013/NĐ-CP của Chính phủ ngày 22/8/2013 quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực lao động, bảo hiểm xã hội, đưa người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng và Nghị định số 88/2015/NĐ-CP của Chính phủ ngày 7/10/2015 sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 95 cũng quy định việc xử phạt tiền và áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả đối với các hành vi có dấu hiệu của lao động cưỡng bức, ví dụ như: vi phạm quy định về giao kết hợp đồng lao động[8], vi phạm quy định về thử việc[9], vi phạm quy định về thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi[10]...

Về chế tài hình sự, BLHS năm 2015 quy định Tội cưỡng bức lao động tại Điều 297. Trong đó quy định rõ tùy theo tính chất, mức độ nghiêm trọng của hành vi mà việc phạt tiền, phạt cải tạo không giam giữ hoặc phạt tù được áp dụng đối với người nào dùng vũ lực, đe dọa dùng vũ lực hoặc thủ đoạn khác ép buộc người khác phải lao động. Ngoài ra, người phạm tội có thể bị cấm đảm nhiệm chức vụ, cấm hành nghề hoặc làm công việc nhất định từ 01 năm đến 05 năm. Bên cạnh đó, chế tài hình sự cũng được áp dụng đối với một số trường hợp cưỡng bức lao động nếu có các dấu hiệu như giam giữ người trái pháp luật, cưỡng ép bán dâm, buôn bán phụ nữ, trẻ em...

So sánh quy định về chế tài đối với cưỡng bức lao động của pháp luật quốc tế với pháp luật Việt Nam có nhiều điểm tương đồng về việc thực hiện các chế tài này. Tuy nhiên, có một số hành vi cưỡng bức lao động theo tiêu chuẩn của pháp luật quốc tế như cưỡng bức lao động bằng việc sử dụng các biện pháp đe dọa tài chính, cưỡng bức lao động bằng việc sử dụng các biện pháp đe dọa về mặt tâm lý... vẫn chưa được quy định trong pháp luật Việt Nam và có chế tài xử phạt thích đáng.

---

7 Điều 13 Bộ luật Dân sự năm 2015.

8 Điều 5 Nghị định số 95/2013/NĐ-CP của Chính phủ ngày 22/8/2013 quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực lao động, bảo hiểm xã hội, đưa người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng (Nghị định số 95/2013/NĐ-CP).

9 Điều 6 Nghị định số 95/2013/NĐ-CP

10 Điều 14 Nghị định số 95/2013/NĐ-CP

5. Một số kiến nghị

Để công tác đấu tranh phòng ngừa và trấn áp tội phạm cưỡng bức lao động được thực hiện tốt trong thời gian tới, chúng ta phải có một hệ thống pháp luật hoàn thiện, đáp ứng được yêu cầu thực tiễn và làm cơ sở pháp lý cho công tác này được thực thi có hiệu quả. Theo đó, chúng ta cần tiến hành nghiên cứu tiếp tục hoàn thiện hệ thống pháp luật theo hướng: hoàn thiện các văn bản pháp luật trong nước và tăng cường hợp tác quốc tế (thông qua việc ký kết điều ước quốc tế, tham gia các hội nghị, diễn đàn khu vực và thế giới về vấn đề đấu tranh chống lao động cưỡng bức).

Trước hết, pháp luật Việt Nam cần có một định nghĩa đầy đủ và chính xác về lao động cưỡng bức và các hình thức lao động cưỡng bức cũng như các hình thức lao động không được coi là cưỡng bức. Để đấu tranh, hạn chế và xoá bỏ lao động cưỡng bức hoặc bắt buộc, vấn đề then chốt là chúng ta phải nhận diện được hành vi này thông qua các quy định cụ thể, nhất quán của pháp luật về định nghĩa lao động cưỡng bức cũng như các hình thức cưỡng bức hoặc bắt buộc lao động trong bối cảnh quan hệ lao động của nền kinh tế thị trường và mang tính đặc thù ở Việt Nam. Thực tế, cách hiểu và những biểu hiện của lao động cưỡng bức ở mỗi một khu vực địa lý, mỗi điều kiện kinh tế - xã hội khác nhau của các quốc gia trên thế giới lại có những đặc thù khác nhau. Nếu thiếu những quy định này sẽ gây khó khăn cho các chủ thể liên quan trong việc nhận diện, phát hiện hành vi lao động cưỡng bức hoặc bắt buộc trên thực tế, từ đó khó có thể giúp họ phòng tránh chúng, hay giúp các nạn nhân tố cáo các hành vi cưỡng bức lao động, đồng thời giúp cơ quan có thẩm quyền xử lý chúng một cách hiệu quả.

Cụ thể, cần đề xuất định nghĩa và quy định về danh mục các hình thức được coi là lao động cưỡng bức và bị pháp luật nghiêm cấm. Đối với định nghĩa về lao động cưỡng bức, cần bổ sung và làm rõ hơn khái niệm lao động cưỡng bức quy định tại BLLĐ năm 2012 mà hiện có nội hàm hẹp hơn quy định của Công ước số 29. Muốn vậy, cần thay đổi cách thức định nghĩa lao động cưỡng bức từ việc căn cứ vào tính hợp pháp của công việc như hiện nay sang căn cứ theo tính chất của mối quan hệ giữa người thực hiện công việc và người hưởng lợi từ công việc như cách tiếp cận của Công ước số 29.

Đối với danh mục các hình thức được coi là lao động cưỡng bức, pháp luật cần đặc biệt nghiêm cấm hình thức cò mồi, trung gian lao động, bắt ép người lao động đặt cọc, thế chấp hoặc chi trả tiền, tài sản vượt quá mức pháp luật cho phép để được đi xuất khẩu lao động, tổ chức đưa người qua biên giới nhằm mục đích lao động mà không có giấy phép lao động… Cần bổ sung quy định nghiêm cấm sử dụng lao động cưỡng bức:

Thứ hai, về thời gian làm việc, BLLĐ năm 2012 đã có những quy định chặt chẽ về giờ làm thêm của người lao động để tránh tình trạng bóc lột sức lao động, cưỡng bức lao động. Tuy nhiên, nhu cầu sử dụng lao động làm thêm giờ của doanh nghiệp là rất lớn, điều đó dẫn đến một thực tế là nhiều doanh nghiệp huy động lao động làm thêm quá số giờ quy định mà không có sự thoả thuận với người lao động, hoặc nếu người lao động không đồng ý sẽ bị đe doạ xử lý kỷ luật. Trong khi đó, giới hạn của thời giờ làm thêm vẫn có thể mở rộng hơn nữa, trên phạm vi đồng đều hơn nhưng vẫn nằm trong giới hạn cho phép để tránh và hạn chế tai nạn lao động cũng như đảm bảo được sức khoẻ và sự tái tạo sức lao động cho người lao động. Qua đó, nhu cầu về huy động lao động làm thêm giờ của doanh nghiệp được đáp ứng, cũng là cách thức chúng ta hạn chế và chấm dứt hình thức lao động cưỡng bức liên quan đến vấn đề thời giờ làm thêm. Ví dụ như đối với một số ngành nghề với đặc thù công việc

cần phải huy động làm thêm giờ theo mùa vụ như dệt may, da giầy, chế biến thuỷ hải sản… pháp luật cần có những quy định linh hoạt, dựa trên sự thoả thuận thống nhất giữa người sử dụng lao động và người lao động.

Thứ ba, về việc bổ sung, điều chỉnh các quy định pháp luật đối với lao động nước ngoài tại Việt Nam. Trong xu thế hội nhập kinh tế quốc tế, nhất là khi Việt Nam đã trở thành thành viên của Tổ chức Thương mại thế giới (WTO) và Cộng đồng ASEAN, căn cứ vào thực tế lao động nước ngoài tại Việt Nam thì việc dần dần phải loại bỏ các rào cản, tiến tới mở cửa thị trường lao động là xu hướng không thể tránh khỏi. Chính sách đối với người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam cần được đặt trong chiến lược tổng thể phát triển nguồn nhân lực quốc gia. Một mặt, cần có cơ chế khuyến khích, chào đón những nhân sự có trình độ cao gia nhập thị trường lao động Việt Nam phục vụ mục tiêu hiện đại hóa đất nước. Mặt khác, cần hình thành một "bộ lọc tốt" để những lao động phổ thông, chất lượng thấp của nước ngoài không thể thẩm thấu vào thị trường nội địa. Đối với việc cấp giấy phép lao động cho người nước ngoài làm việc tại Việt Nam cần sửa đổi, bổ sung quy định cấp giấy phép đối với lao động nước ngoài làm việc có thời hạn dưới 3 tháng để đảm bảo quản lý và giám sát được đội ngũ lao động này, tránh để xảy ra tình trạng cưỡng bức lao động phát sinh.

Thứ tư, cần sửa đổi, bổ sung và hoàn thiện các quy định pháp luật về lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài. Các quy định hiện nay về hợp đồng, vấn đề chi phí môi giới, dịch vụ, tiền dịch vụ mà doanh nghiệp xuất khẩu lao động thoả thuận với người lao động cần sửa đổi theo hướng chặt chẽ và cụ thể hơn. Bên cạnh đó, cần bổ sung quy định để quản lý hình thức liên kết giữa doanh nghiệp xuất khẩu lao động và cá nhân hoặc tổ chức trực tiếp tuyển lao động để đảm bảo nghĩa vụ pháp lý của các cá nhân, doanh nghiệp và tổ chức này, để minh bạch hóa hoạt động xuất khẩu lao động. Đặc biệt cần có chế tài xử phạt đủ mạnh đối với những doanh nghiệp xuất khẩu lao động vi phạm pháp luật. Pháp luật hiện nay chỉ quy định duy nhất trường hợp người lao động được bồi thường thiệt hại do doanh nghiệp xuất khẩu lao động gây ra. Thực tế, trường hợp người lao động bị tai nạn lao động, bị phá hợp đồng... do lỗi của phía sử dụng lao động nước ngoài cũng cần quy định chế tài xử phạt cụ thể, nghiêm minh. Bên cạnh đó, để đảm bảo vai trò của doanh nghiệp trong việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài, cần quy định doanh nghiệp hoạt động dịch vụ xuất khẩu lao động ký quỹ thế chấp để khi xảy ra sự kiện ảnh hưởng đến quyền lợi người lao động, Chính phủ sẽ sử dụng quỹ này để hỗ trợ quyền lợi cho người lao động.

Thứ năm, cần tiến hành rà soát, sửa đổi một số quy định của pháp luật lao động nói chung và BLLĐ năm 2012 nói riêng để ngăn ngừa khả năng lợi dụng các quy định đó để cưỡng bức lao động, cụ thể như quy định về quyền tạm điều chuyển người lao động làm công việc khác (Điều 31), cho thuê lại lao động (các Điều từ 53-58).., đồng thời ban hành Nghị định mới hoặc sửa đổi, bổ sung Nghị định số 05/2015/NĐ-CP ngày 12/01/2015 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số nội dung của BLLĐ năm 2012 theo hướng cụ thể hoá các quy định về liên quan đến lao động cưỡng bức hoặc lao động bắt buộc trong BLLĐ năm 2012.

Thứ sáu, cần có những quy định về điều kiện đảm bảo cho hoạt động của tổ chức công đoàn một cách hiệu quả và có cơ chế bảo vệ cán bộ công đoàn khi họ bảo vệ quyền và lợi ích của người lao động nói chung, trong đấu tranh với hiện tượng cưỡng bức lao động đối với người lao động nói riêng. Điều đó không chỉ góp phần hoàn

thiện thêm cơ chế ba bên trong quan hệ lao động mà còn để tránh tình trạng phân biệt đối xử đã xảy ra trong thực tiễn với chính cán bộ công đoàn dưới góc độ là một trong những biểu hiện về lao động cưỡng bức hoặc bắt buộc vì lý do tham gia hoạt động công đoàn.

Thứ bảy, cần sửa đổi, bổ sung các quy định về thanh tra, kiểm tra và giám sát đối với việc sử dụng lao động trong các trường giáo dưỡng, các cơ sở cai nghiện bắt buộc và trại giam. Việc tiến hành thanh tra, kiểm tra và giám sát này cần có sự phối kết hợp của nhiều cơ quan chức năng. Triển khai nghiên cứu xây dựng cơ chế phù hợp đối với việc đưa người nghiện ma tuý, vào các cơ sở cai nghiện bắt buộc hoặc đưa người chưa thành niên vào trường giáo dưỡng. Thực tiễn này của Việt Nam trong suốt thời gian qua đã gặp nhiều phản ứng từ phía các tổ chức và các nhà hoạt động nhân quyền quốc tế.

Thứ tám, hoàn thiện hơn nữa quy định trong lĩnh vực hình sự đối với các hành vi cưỡng bức lao động. ILO đã khuyến nghị Việt Nam nghiên cứu, xác định các hành vi liên quan đến cưỡng bức lao động. Thực tế, trước đây tại Việt Nam nếu có hành vi cưỡng bức lao động thì chủ yếu xử phạt hành chính hoặc xử lý hình sự bằng các tội danh khác như: lừa đảo chiếm đoạt tài sản, giam giữ người trái pháp luật, mua bán phụ nữ, mua bán trẻ em… mà chưa có tội phạm nào cụ thể về cưỡng bức lao động. Khắc phục hạn chế này, BLHS sửa đổi năm 2015 lần đầu tiên đã có tội danh riêng biệt về cưỡng bức lao động tại Điều 297 - Tội cưỡng bức lao động:

Tuy nhiên, quy định chưa tương xứng với mức độ nguy hiểm của hành vi. Tội cố ý gây thương tích và gây tổn hại cho sức khỏe của người khác thì tỷ lệ tổn thương cơ thể là từ 11% đến 30 % nhưng đối với tội về cưỡng bức lao động tỷ lệ tổn thương cơ thể lại là từ 31%. Hậu quả cả hành vi cưỡng bức lao động không chỉ ảnh hưởng đến sức khỏe của nạn nhân mà trong nhiều trường hợp còn ảnh hưởng đến tinh thần đối với nạn nhân.

Ngoài ra, cưỡng bức lao động còn được hình sự hóa trong trường hợp mua bán người nhằm mục đích cưỡng bức lao động. Lúc này hành vi mua bán người đã hoàn thành kể từ khi bên tuyển mộ tiếp nhận, chuyển giao người. Sau khi nạn nhân bị bán cho bên tuyển mộ họ có thể bị buộc lao động nặng nhọc, độc hại, vắt kiệt sức lao động…

Mua bán người vì mục đích cưỡng bức lao động không được quy định trong tội Cưỡng bức lao động. Hiện nay, một người thực hiện hành vi mua bán người vì mục đích cưỡng bức lao động thì sẽ bị xử lý về tội danh mua bán người, mà không phải tội cưỡng bức lao động. Để tránh nhầm lẫn giữa hai tội danh này cần thiết phải có văn bản hướng dẫn.

Thứ chín, hoàn thiện quy định về thi hành án hình sự đối với vấn đề cưỡng bức lao động. So với Pháp lệnh Thi hành án hình sự năm 2007, Luật Thi hành án hình sự năm 2010 quy định về lao động phạm nhân tại các trại giam có nhiều hạn chế. Pháp lệnh thi hành án hình sự năm 2007 quy định cấm sử dụng lao động là tù nhân trong các cơ sở tư nhân; bảo đảm thời giờ, điều kiện làm việc, vệ sinh, trả công nhưng Luật Thi hành án hình sự năm 2010 bỏ quy định cấm sử dụng lao động là tù nhân trong các cơ sở tư nhân và bỏ ngỏ vấn đề này. Điều này không những đi ngược lại xu hướng của thế giới mà còn dẫn đến việc vi phạm Công ước 29 của ILO mà Việt Nam đã tham gia. Nhằm nâng cao hiệu quả phòng chống lao động cưỡng bức đối với phạm nhân, Luật Thi hành án hình sự cần có một chương riêng quy định về cơ chế giám sát kiểm tra nội bộ và cơ chế thanh tra, kiểm tra giám sát từ bên ngoài■

ĐIỀU CHỈNH CỦA PHÁP LUẬT CẠNH TRANH ĐỐI VỚI ĐIỀU KHOẢN CHUYỂN GIAO NGƯỢC TRONG HỢP ĐỒNG CHUYỂN GIAO QUYỀN SỞ HỮU TRÍ TUỆ

Bùi Thị Hằng Nga*
* Khoa Luật Kinh tế, Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Luật Cạnh tranh, quyền sở hữu trí tuệ, chuyển giao ngược

Lịch sử bài viết:
Nhận bài : 31/08/2018
Biên tập : 18/09/2018
Duyệt bài : 31 Aug. 2018

Tóm tắt:

Chuyển giao ngược là một điều khoản được ghi nhận trong hợp đồng chuyển giao quyền sở hữu trí tuệ. Theo đó, bên chuyển giao sẽ yêu cầu bên nhận chuyển giao phải chuyển giao toàn bộ các cải tiến (nếu có) của công nghệ ban đầu lại cho mình. Theo quy định của pháp luật sở hữu trí tuệ thì đây là một trong những ràng buộc cho việc chuyển giao công nghệ mà bên chuyển quyền được phép ghi nhận, trừ khi đó là yêu cầu miễn phí. Tuy nhiên, dưới góc độ của pháp luật cạnh tranh thì điều khoản chuyển giao ngược có thể bị xem là vi phạm pháp luật cạnh tranh và bị cấm khi thỏa mãn một số điều kiện nhất định, bất chấp yêu cầu chuyển giao đó là miễn phí hay có trả phí.

Article Infomation:

Keywords: Competition Law, intellectual property rights, grantback

Article History:
Received : 31 Aug. 2018
Edited : 18 Sep. 2018
Approved : 25 Sep. 2018

Abstract

A grantback is a provision recognized in the contract for transfer of intellectual property rights. That is the patentee (licensor) shall require the potential licensee to agree to grant back to the patentee rights to improvement patents developed by the licensee related to the original patents. Under the provisions of intellectual property law, this is one of the constraints for technology transfer that the licensor is allowed to acknowledge, unless it is a request with charge free. However, from the perspective of competition laws, the grantback provision may be considered to violate the competition law and is prohibited when certain conditions are satisfied, regardless of the transfer request with charge or charge free.

1. Đặt vấn đề

Chuyển giao ngược (grantback) là một điều khoản, theo đó bên chuyển giao có quyền yêu cầu bên nhận chuyển giao phải chuyển lại tất cả các cải tiến công nghệ hoặc các ứng dụng liên quan được bên nhận chuyển giao phát triển từ công nghệ được chuyển giao trong suốt thời hạn chuyển giao[1].

1 U.S Department Of Justice And The Federal Trade Commission (2007), Antitrust enforcement and intellectual property rights: Promoting innovation and competition, tr. 91.

Trên thực tế, có không ít trường hợp các phát minh, sáng chế được phát triển, sáng tạo dựa trên các sáng chế gốc nhằm hoàn thiện hoặc phát triển sáng chế gốc. Dưới góc độ pháp luật sở hữu trí tuệ (SHTT), hành vi chuyển giao ngược có thể giúp các bên cùng nhau hoàn thiện các phát minh, dây chuyền kỹ thuật nhằm khai thác hiệu quả lợi ích cạnh tranh từ việc nắm giữ các phát minh, sáng chế. Bởi lẽ:

- Nếu không ghi nhận điều khoản chuyển giao ngược trong hợp đồng chuyển quyền SHTT thì sẽ dẫn đến thực trạng bên nhận chuyển giao sẽ được bảo hộ đối với các cải tiến từ phát minh, sáng chế gốc, từ đó có thể thu lợi từ phát minh, sáng chế đó mà không phải bỏ nhiều vốn cho hoạt động đầu tư, nghiên cứu; ngược lại, bên sở hữu phát minh, sáng chế gốc sẽ bị mất hết quyền lợi dù vẫn là người nắm văn bằng bảo hộ gốc do tính lạc hậu của phát minh, sáng chế đó. Do vậy, việc ghi nhận điều khoản chuyển giao ngược trong hợp đồng chuyển giao quyền SHTT là hợp lý, nhằm đảm bảo quyền lợi cho chủ sở hữu cũng như là động lực thúc đẩy họ chuyển giao, công khai các phát minh, sáng chế để cộng đồng, xã hội được thụ hưởng.

- Việc ghi nhận điều khoản chuyển giao ngược là tiền đề nhằm nâng cao giá trị về mặt kinh tế, cũng như công nghệ của các phát minh, sáng chế. Bởi vì, với các ràng buộc về việc chuyển giao ngược, các cải tiến sẽ giúp cho các công nghệ ngày càng hoàn thiện, giúp nâng cao giá trị của các sáng chế, công nghệ đó[2].

Luật SHTT công nhận và bảo hộ quyền SHTT của các tổ chức, cá nhân cũng như khuyến khích, thúc đẩy hoạt động sáng tạo, khai thác tài sản trí tuệ nhằm góp phần phát triển kinh tế - xã hội, nâng cao đời sống vật chất và tinh thần của nhân dân[3]. Cho nên, việc có ghi nhận điều khoản về chuyển giao ngược hay không trong hoạt động chuyển giao quyền SHTT là quyền của các bên trong hợp đồng, trừ khi việc ghi nhận điều khoản về chuyển giao ngược như là một nghĩa vụ mặc nhiên của bên nhận chuyển giao (chuyển giao miễn phí)[4].

Tuy nhiên, cũng có quan điểm cho rằng, hành vi yêu cầu chuyển giao ngược sẽ triệt tiêu động lực nghiên cứu, đổi mới đối với các phát minh, sáng chế bởi lẽ bên nhận chuyển giao sẽ không nhận được bất kỳ một lợi ích nào từ sự cải tiến của mình đối với các phát minh, sáng chế mà mình đã nhận chuyển giao[5]. Điều đó sẽ tác động tiêu cực đến môi trường cạnh tranh lành mạnh, đó cũng chính là lý do không nên loại bỏ điều khoản chuyển giao ngược ra khỏi sự xem xét của pháp luật cạnh tranh mặc dù về nguyên tắc, Luật Cạnh tranh sẽ không điều chỉnh đối với hoạt động thực thi quyền SHTT thông qua việc chuyển giao quyền SHTT, trừ trường hợp nó vi phạm pháp luật cạnh tranh.

Do vậy, theo quy định của pháp luật cạnh tranh thì điều khoản chuyển giao ngược cho dù không phải là miễn phí nhưng vẫn có thể bị xem là vi phạm pháp luật trong một số trường hợp khi thỏa mãn các tiêu chí, điều kiện nhất định.

2. Kinh nghiệm quốc tế về điều chỉnh của pháp luật cạnh tranh đối với điều khoản chuyển giao ngược

Dưới góc độ pháp luật SHTT, nhằm bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của chủ sở hữu quyền SHTT, tạo động lực thúc đẩy việc nghiên cứu, sáng tạo cũng như bảo đảm tính thống nhất và bí mật của công nghệ, pháp luật đã thừa nhận cho chủ sở hữu

2 Richard L. Schmalbeck, The Validity of Grant-Back Clauses in Patent Licensing Agreements, *University of Chicago Law Review* 733-748, p. 3.

3 Điều 8 Luật SHTT.

4 Xem thêm Khoản 2 Điều 144 Luật SHTT.

5 U.S Department Of Justice And The Federal Trade Commission (2007), Antitrust enforcement and intellectual property rights: Promoting innovation and competition, p. 93.

quyền tự do khai thác, sử dụng cũng như định đoạt quyền SHTT thông qua phạm vi, thời hạn bảo hộ cùng những ngoại lệ đối với đối tượng SHTT. Tuy nhiên, điều đó không mặc nhiên tạo nên vị thế độc quyền cho chủ sở hữu cũng như chấp nhận mọi hành vi của chủ thể nhằm loại bỏ sự lạm dụng của họ có tác động tiêu cực đến môi trường cạnh tranh và quyền lợi người tiêu dùng. Do vậy, pháp luật cạnh tranh được sử dụng bổ sung nhằm đảm bảo quyền độc quyền mà pháp luật về SHTT trao cho chủ thể quyền SHTT không bị lạm dụng bởi các hành vi hạn chế cạnh tranh, góp phần tạo nên hiệu quả điều chỉnh của hệ thống pháp luật quốc gia.

Vì vậy, giống như các điều khoản khác được ghi nhận trong hợp đồng chuyển giao quyền SHTT, bên chuyển giao cũng sẽ được quyền yêu cầu bên nhận chuyển giao chuyển giao lại tất cả các cải tiến liên quan đến công nghệ thuộc quyền sở hữu của mình trừ trường hợp yêu cầu đó vi phạm pháp luật cạnh tranh. Hay nói cách khác, hiệu lực và tác động của điều khoản chuyển giao ngược trong hợp đồng chuyển quyền SHTT cần được xem xét và đánh giá cẩn trọng trong mối tương quan giữa độc quyền hợp pháp của quyền SHTT và tác động tiêu cực đối với môi trường cạnh tranh lành mạnh khi thực thi quyền đó của chủ thể.

Trong hệ thống pháp luật Hoa Kỳ, điều khoản chuyển giao ngược không phải là vấn đề mới trong hoạt động chuyển giao công nghệ. Tuy nhiên phải đến năm 1947, thông qua phán quyết đối với vụ việc của công ty Transwrap, Tòa án Tối cao mới đặt ra các quy tắc chung cũng như các hướng dẫn cụ thể nhằm xác định hiệu lực của điều khoản chuyển giao ngược[6].

Công ty Transwrap được cấp bằng sáng chế đối với hệ thống bọc và đóng gói giấy kiếng tự động đối với bánh kẹo, các loại hạt và những loại hàng hóa tương tự khác[7]. Sau đó, Công ty Transwrap đã chuyển giao độc quyền đối với sáng chế này ở khu vực Bắc Mỹ cho Công ty Stokes & Smith Co. Trong hợp đồng chuyển giao công nghệ có ghi nhận điều khoản: phía Công ty Stokes & Smith có nghĩa vụ chuyển giao lại tất cả các cải tiến đối với sáng chế này.

Sau đó, phía công ty Stokes & Smith đã có những cải tiến đối với sáng chế này nhưng từ chối chuyển giao lại cho phía Transwrap. Không thể thương lượng, hòa giải được với nhau, Công ty Transwrap đã khởi kiện Công ty Stokes & Smith do vi phạm nghĩa vụ đã được thỏa thuận trong hợp đồng. Tuy nhiên, phía Công ty Stokes & Smith cho rằng điều khoản nêu trên là yêu cầu vô lý không thể thực hiện trên thực tế[8].

Thẩm phán giải quyết vụ việc trên, Judge Hand, cho rằng điều khoản bắt buộc chuyển giao nêu trên mặc nhiên là bất hợp pháp nên sẽ không có giá trị ràng buộc trách nhiệm của các bên[9].

Theo đó, điều khoản này được xem như là hành vi chuyển giao có ràng buộc[10], và nó đã vi phạm chính sách công của Liên bang được thừa nhận trong Hiến pháp và Luật Sáng chế "bởi khả năng bên được cấp bằng sáng chế sẽ có được sự độc quyền hợp pháp thông qua việc nắm giữ tất cả các yếu tố của sáng chế ban đầu"[11].

---

6 Sol M. Linowitz- George W. F. Simmons, Antitrust Aspects of Grant Back Clauses in License Agreements, Cornell Law Review Volume 43 Issue 2Winter 1958 p. 6.

7 Transparent-Wrap Mach. Corp. v. Stokes & Smith Co.

8 Richard L. Schmalbeck, The Validity of Grant-Back Clauses in Patent Licensing Agreements, *University of Chicago Law Review* 733-748 p. 4.

9 Nguyên văn tác giả sử dụng là: "to be per se unlawful and unenforceable."

10 Chuyển giao có ràng buộc là thỏa thuận yêu cầu bên nhận chuyển giao phải đáp ứng một số điều kiện nhất định để được nhận chuyển giao.

11 Richard L. Schmalbeck, The Validity of Grant-Back Clauses in Patent Licensing Agreements, *University of Chicago Law Review* 733-748, p. 5.

Thẩm phán cũng cho rằng, giống như mục đích của việc chuyển giao có ràng buộc, mục đích của yêu cầu chuyển giao ngược là mở rộng vị trí độc quyền trên thị trường. Bởi lẽ, ngay khi hết thời hạn bảo hộ đối với sáng chế gốc thì chủ sở hữu sẽ tiếp tục kéo dài thời hạn độc quyền của nó một cách hợp pháp bởi việc nắm giữ tất cả các cải tiến liên quan đến sáng chế đó, dù trên thực tế công lao không thuộc về họ, và điều đó là bất hợp pháp.

Tuy nhiên, Tòa án Tối cao không đồng ý với quan điểm trên vì cho rằng, các lập luận mà thẩm phán Judge Hand đưa ra chưa xem xét hết các khía cạnh của thỏa thuận chuyển giao ngược, cũng như chưa đánh giá thấu đáo lợi ích của bên chuyển giao trong mối tương quan của độc quyền SHTT. Đồng thời khẳng định, điều khoản chuyển giao ngược được đưa ra bởi Transwrap trong trường hợp trên không bị xem là vi phạm luật chống độc quyền. Hành vi chuyển giao có ràng buộc chỉ bị xem là vi phạm pháp luật nếu hậu quả của nó dẫn đến sự độc quyền, hạn chế hoạt động thương mại và công bằng[12]. Do vậy, sẽ là bất hợp lý khi cho rằng, nghĩa vụ chuyển giao ngược là hành vi mặc nhiên bị cấm vì nó vi phạm chính sách của Liên bang cũng như Luật Sáng chế. Thay vào đó, pháp luật chỉ ngăn cấm nếu yêu cầu chuyển giao ngược là kết quả của việc sử dụng một độc quyền hợp pháp (độc quyền được ghi nhận bởi bằng bảo hộ sáng chế) để có được một vị trí độc quyền khác (đối với các cải tiến mà mình không được bảo hộ). Hay nói cách khác, yêu cầu chuyển giao ngược sẽ bị xem là vi phạm pháp luật khi đó là kết quả của hành vi lạm dụng vị trí độc quyền[13].

Đồng thời, sau khi xem xét các khía cạnh khác có liên quan, Tòa án Tối cao đã ra phán quyết rằng, yêu cầu chuyển giao ngược của công ty Transwrap không vi phạm pháp luật về chống độc quyền, bởi lẽ:

- Công ty Transwrap không có vị trí thống lĩnh (độc quyền);

- Hành vi này của Transwrap không có tác động tiêu cực đến môi trường thương mại;

- Phần cải tiến không thể sử dụng tách rời với sáng chế của Transwrap;

Bên cạnh đó, trong phán quyết nêu trên cũng đã khẳng định điều khoản chuyển giao ngược chỉ bị xem là vi phạm Điều 1, 2 Đạo luật Sherman khi bên chuyển giao lạm dụng vị trí độc quyền mà mình có được từ việc sở hữu sáng chế để yêu cầu bên nhận chuyển giao phải chuyển giao ngược lại các cải tiến liên quan đến sáng chế.

Lập luận này, sau đó đã được Tòa án áp dụng trong vụ việc Kobe, Inc. v. Dempsey Pump Co. Theo đó, bên bị đơn đã bị cáo buộc lạm dụng sức mạnh thị trường của mình để yêu cầu các bên nhận chuyển giao phải chuyển giao lại tất cả các cải tiến liên quan đến máy bơm dầu nhằm tạo dựng vị thế độc quyền trong lĩnh vực công nghệ bơm dầu. Sau đó, thông qua việc xem xét và đánh giá cẩn trọng các yếu tố có liên quan, Tòa án đã chỉ ra rằng yêu cầu chuyển giao ngược của bên chuyển giao đã vi phạm Đạo luật Sherman vì "lạm dụng vị trí thống lĩnh áp đặt các điều kiện giao kết hợp đồng gây

12 Liên quan đến chuyển giao có ràng buộc xin xem thêm: Bùi Thị Hằng Nga, Ràng buộc bán kèm dưới góc nhìn của pháp luật cạnh tranh, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 18 (36) kỳ 2 tháng 9/2017, tr. 31.

13 **Rechard L. Schmalbeck,** The Validity of Grant-Back Clauses in Patent Licensing Agreements, *University of Chicago Law Review* 733-748, p. 6.

hạn chế thương mại"[14]

Quan điểm trên một lần nữa được khẳng định trong vụ việc United States v. General Electric Co.: Công ty General Electric (GE) sở hữu một số sáng chế đối với đèn điện sử dụng sợi vonfram, chiếm 69% thị phần sản xuất và tiêu thụ bóng đèn sợi đốt, đã chuyển giao công nghệ sản xuất bóng đèn sợi đốt cho công ty Westinghouse (nắm giữ 16% thị phần). Trong hợp đồng chuyển giao ngoài các điều khoản liên quan đến quyền ấn định giá, phân chia cửa hàng phân phối thì hợp đồng có chứa đựng yêu cầu chuyển giao ngược lại các cải tiến liên quan đến công nghệ không loại trừ kiểu dáng của sản phẩm. Trong vụ việc trên, Tòa án cũng đã chỉ ra rằng công ty GE đã và đang cố gắng độc chiếm tất cả các sáng chế liên quan đến công nghệ sản xuất đèn sợi đốt nhằm mục đích loại trừ tất cả các chủ thể khác tham gia vào thị trường bằng cách đặt ra nghĩa vụ chuyển giao ngược nhằm có được các cải tiến kỹ thuật của bên nhận chuyển giao một cách miễn phí hoặc có trả phí.

Thêm vào đó, Công ty Westinghouse được xem là đối thủ cạnh tranh của GE trên thị trường bóng đèn sợi đốt. Do đó, yêu cầu chuyển giao toàn bộ cải tiến công nghệ không loại trừ cả kiểu dáng sản phẩm là một yêu cầu vô lý nhằm loại bỏ khả năng cạnh tranh của Westinghouse đối với mình. Vậy nên, hành vi này của GE bị xem là hành vi vi phạm Đạo luật Sherman.

Nói tóm lại, theo quy định của pháp luật Hoa Kỳ, yêu cầu chuyển giao ngược trong hợp đồng chuyển giao công nghệ có bị xem là vi phạm pháp luật hay không phải được xem xét, đánh giá một cách chi tiết, cẩn trọng trong mối tương quan giữa độc quyền SHTT và tác động của nó đối với môi trường cạnh tranh. Do đó, dưới góc độ của pháp luật cạnh tranh, điều khoản chuyển giao ngược sẽ không mặc nhiên vi phạm theo nguyên tắc Per Se mà phải được xem xét theo nguyên tắc cân bằng hợp lý (Rule of reason) dựa trên các tiêu chí:

(1) Sức mạnh thị trường của bên chuyển giao;

(2) Mối tương quan giữa bên chuyển giao và bên nhận chuyển giao (hai bên có phải là đối thủ cạnh tranh trong lĩnh vực công nghệ được chuyển giao hay không);

(3) Yêu cầu chuyển giao đó có phải là chuyển giao độc quyền không;

(4) Quyền của bên nhận chuyển giao đối với các cải tiến của mình (quyền khai thác trực tiếp hoặc chuyển giao cho chủ thể thứ 3);

(5) Mối liên quan giữa phần cải tiến đối với công nghệ gốc (tách rời hay không thể tách rời);

(6) Thời hạn thực hiện nghĩa vụ chuyển giao;

(7) Tác động của điều khoản chuyển giao ngược đối với hoạt động nghiên cứu, sáng tạo[15].

Tại Châu Âu, liên quan đến điều khoản chuyển giao ngược, Quy chế chuyển giao công nghệ của EU năm 2004 -TTBER[16] (sửa đổi năm 2014) quy định: Nghĩa vụ chuyển giao ngược hoặc yêu cầu chuyển giao độc

14 Richard L. Schmalbeck, The Validity of Grant-Back Clauses in Patent Licensing Agreements, *University of Chicago Law Review* 733-748, p. 8.

15 William D. Coston (2013), The Patent-Antitrust Interface: Are There Any No-No's Today?, p. 4.

16 Thông tin được đăng tải tại trang http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-299_en.htm truy cập ngày 24/8/2018

quyền những cải tiến kỹ thuật cho bên chuyển giao là hành vi không được miễn trừ theo quy định miễn trừ chung. Bởi lẽ, điều khoản này sẽ ngăn cản bên nhận chuyển giao (đồng thời là chủ sở hữu của những cải tiến kỹ thuật quyền khai thác và hưởng lợi từ thành quả của mình bằng cách ứng dụng các cải tiến đó vào sản xuất hoặc chuyển giao cho bên thứ 3)[17]. Quy định này không phụ thuộc vào việc yêu cầu chuyển giao ngược đó là miễn phí hay có trả phí.

Tuy nhiên, theo quy định của Điều 101 Hiệp ước về hoạt động của Liên minh châu Âu (TFEU) thì việc ghi nhận điều khoản chuyển giao ngược được xem xét như việc áp đặt điều kiện giao kết hợp đồng và nên được đánh giá cụ thể cho từng vụ việc trên nguyên tắc cân bằng hợp lý giữa tác động đến môi trường cạnh tranh và thúc đẩy phát triển kỹ thuật, bảo vệ lợi ích của các bên. Bởi lẽ, bắt buộc chuyển giao trong một số trường hợp lại là yêu cầu cần thiết để ngăn cản việc tiết lộ cho các bên thứ ba bí quyết được chuyển giao[18] nhằm bảo vệ quyền lợi chính đáng của chủ sở hữu sáng chế. Nói cách khác, theo quy định của Điều 101 TFEU thì điều khoản chuyển giao ngược cũng được đánh giá theo nguyên tắc cân bằng hợp lý. Theo đó, yếu tố để xem xét điều khoản chuyển giao ngược có vi phạm hay không cần phải được đánh giá theo các tiêu chí sau:

(1) Yêu cầu chuyển giao ngược là yêu cầu chuyển giao độc quyền

Mục đích của chuyển giao độc quyền là ngăn cản chủ thể thứ ba có khả năng tiếp cận công nghệ. Thông qua điều đó bên chuyển giao (chủ sở hữu công nghệ gốc) sẽ kéo dài thời gian độc quyền của mình ngay cả khi hết thời hạn bảo hộ. Nói cách khác, nếu cho phép điều khoản chuyển giao ngược độc quyền sẽ giúp bên chuyển giao có vị thế độc quyền một cách hợp pháp.

(2) Những cải tiến buộc chuyển giao là những cải tiến độc lập so với công nghệ gốc.

Tính độc lập thể hiện ở chỗ, phần cải tiến có thể đưa xem như một sáng kiến công nghệ mới, có khả năng khai thác sử dụng không cần dựa vào, gắn liền với công nghệ gốc. Do đó, trong trường hợp bên chuyển giao chứng minh được rằng những cải tiến kỹ thuật đó là những cải tiến không thể tách rời (tức là những cải tiến đó không có khả năng sử dụng, khai thác nếu không gắn liền với công nghệ gốc bằng sự cho phép của bên chuyển giao) thì yêu cầu chuyển giao ngược trong trường hợp này lại là hợp lý và được chấp nhận nhằm ngăn chặn việc tiết lộ bí quyết kỹ thuật cho bên thứ 3.

(3) Vị trí thị trường của bên yêu cầu chuyển giao ngược

Bởi lẽ, vị trí thị trường càng mạnh thì khả năng tác động đến môi trường cạnh tranh càng lớn. Bên cạnh đó, nếu vị thế thị trường của bên chuyển giao càng cao thì nó sẽ trở thành chủ thể cạnh tranh trong hoạt động nghiên cứu, đổi mới trong tương lai đối với bên nhận chuyển giao. Nói cách khác, trong trường hợp này thì công nghệ đó sẽ bị kiểm soát bởi một số ít các chủ thể với các bằng bảo hộ độc quyền (phần cải tiến mới trong trường hợp này sẽ không được cấp văn bằng

17 Điều 5(1) quy chế TTBER được đăng tải tại địa chỉ: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52014XC0328%2801%29 truy cập ngày 24/8/2018.

18 Ths. Nguyễn Thanh Tâm, Một số kinh nghiệm về chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp nhìn từ góc độ so sánh qua pháp luật EU, Tạp chí Khoa học Pháp lý số 6/2004.

bảo hộ vì đã được chuyển giao lại cho bên chuyển giao). Điều này sẽ tác động tiêu cực đến môi trường cạnh tranh cũng như lợi ích của khách hàng[19].

Không chỉ trong hệ thống pháp luật Hoa Kỳ và Liên minh châu Âu, mà hệ thống pháp luật của các quốc gia khác như Canada, Úc, Pháp, Trung Quốc cũng yêu cầu chuyển giao ngược trong hợp đồng chuyển giao quyền SHTT phải được xem xét trong mối tương quan giữa quyền hợp pháp của chủ sở hữu với tác động tiêu cực đến môi trường cạnh tranh[20].

Tại Trung Quốc, theo hướng dẫn của Ủy ban Cải cách và phát triển quốc gia (NDRC- the National Development and Reform Commission), ngay cả khi người cấp phép không có vị trí thống lĩnh thị trường, các điều khoản cấp lại độc quyền được ký kết giữa các nhà khai thác không có mối quan hệ cạnh tranh vẫn có thể nêu lên mối lo ngại về việc loại bỏ hoặc hạn chế cạnh tranh phù hợp với Điều 14 của Luật Chống độc quyền của nước Cộng hòa Nhân dân Trung Hoa (the Anti-monopoly Law of the People's Republic of China - AML)[21].

Lập luận này được khẳng định trong trường hợp của Qualcomm - một công ty có vị trí thống lĩnh trong lĩnh vực công nghệ truyền thông không dây, NDRC nhấn mạnh rằng điều khoản chuyển giao ngược trong hợp đồng chuyển giao công nghệ dù không mặc nhiên vi phạm theo nguyên tắc Per se. Tuy nhiên, yêu cầu này của Qualcomm lại vi phạm pháp luật bởi 2 lý do:

(1) Phần yêu cầu chuyển giao ngược không phải là một phần bắt buộc trong bằng sáng chế kỹ thuật tiêu chuẩn của Qualcomm[22]. Hay nói cách khác, những phần cải tiến này độc lập, không phải không thể tách rời với công nghệ đã chuyển giao.

(2) Hoạt động chuyển giao ngược lại phải được thực hiện miễn phí

Mặc dù phía Qualcomm lập luận rằng các yêu cầu cấp lại được thiết kế để bảo vệ lợi ích kinh doanh của mình và bảo vệ khách hàng của mình khỏi các hành vi vi phạm bằng sáng chế. Tuy nhiên, NDRC đã từ chối lập luận đó đồng thời khẳng định đó không phải là cái cớ để Qualcomm từ chối giá trị của những thành tựu sáng tạo mà bên nhận cấp phép đã tạo ra cũng như vai trò, giá trị của phần cải tiến đối với các phát minh, sáng chế gốc.

Bên cạnh đó, NDRC cho rằng yêu cầu chuyển giao ngược miễn phí các cải tiến kỹ thuật cũng như các ứng dụng liên quan đến sáng chế sẽ hạn chế động lực cho sự đổi mới công nghệ, cản trở việc đổi mới và phát triển công nghệ giao tiếp không dây, cũng như loại bỏ hoặc hạn chế cạnh tranh trên thị trường công nghệ truyền thông không dây. Do đó, yêu cầu này của Qualcomm đã vi phạm Điều 17 (1) của AML[23].

---

19 Official Journal of the European Union (2014), Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements, p. 33.

20 OECD (2004), Policy roundtables Intellectual Property Rights, p. 186.

21 Susan Ning, Ting Gong & Yuanshan Li1, Risks of Grant-back Provisions in Licensing Agreements: A Warning to Patent-heavy Companies,CPI Antitrust Chronicle -February 2016.

22 Bằng sáng chế thiết yếu hoặc bằng sáng chế thiết yếu tiêu chuẩn (standard-essential patents - SEPs) là bằng sáng chế yêu cầu sáng chế phải được sử dụng để tuân thủ một tiêu chuẩn kỹ thuật.

23 Thông tin được đăng tải tại địa chỉ website: https://www.chinalawinsight.com/2015/03/articles/corporate/antitrust-competition/ndrcs-qualcomm-decision%EF%BC%9Aa-warning-to-patent-heavy-companies/ truy cập ngày 27/7/2018.

3. Một số kiến nghị liên quan trong pháp luật cạnh tranh ở Việt Nam

Trong hệ thống pháp luật Việt Nam, với mục đích bảo hộ cho chủ sở hữu quyền SHTT nên Luật SHTT 2005 xem việc chuyển giao ngược là điều tất yếu nhằm đảm bảo quyền lợi của chủ sở hữu phát minh, sáng chế gốc. Việc yêu cầu chuyển giao ngược có thể được thực hiện với phạm vi rộng hoặc hẹp tùy vào mục đích và ý chí của các bên[24]. Do đó, việc ghi nhận điều khoản chuyển giao ngược trong hợp đồng chuyển giao quyền sử dụng quyền SHTT là quyền đương nhiên của bên chuyển giao nhằm đảm bảo độc quyền khai thác cho chủ sở hữu sáng chế cũng như tính đồng bộ của công nghệ, trừ trường hợp yêu cầu chuyển giao đó phải được thực hiện miễn phí hoặc là căn cứ để ngăn cản bên nhận chuyển giao đăng ký bảo hộ đối với các cải tiến đã được mình thực hiện trong thời hạn chuyển giao:

Theo quy định của khoản 2 Điều 144 Luật SHTT, "...buộc bên được chuyển quyền phải chuyển giao miễn phí cho bên chuyển quyền các cải tiến đối tượng sở hữu công nghiệp do bên được chuyển quyền tạo ra hoặc quyền đăng ký sở hữu công nghiệp, quyền sở hữu công nghiệp đối với các cải tiến đó", thì yêu cầu chuyển giao ngược sẽ được xem là hợp pháp nếu đó là chuyển giao có trả phí bất chấp hậu quả hạn chế cạnh tranh của nó. Trong khi đó, việc tồn tại điều khoản này, đặc biệt là trong trường hợp yêu cầu chuyển giao là yêu cầu độc quyền, sẽ trở thành tiền đề giúp bên chuyển giao gia tăng lợi thế cạnh tranh của mình và cũng như có được quyền lực thị trường một cách bất hợp lý. Điều đó sẽ tác động tiêu cực đến môi trường cạnh tranh, thậm chí gây hạn chế cạnh tranh. Bởi lẽ, tất cả các công sức, quyền lợi có được từ việc cải tiến công nghệ của tất cả các bên nhận chuyển giao sẽ đương nhiên thuộc về bên sở hữu sáng chế ban đầu (bên chuyển giao) không chỉ trong khoảng thời gian văn bằng bảo hộ của sáng chế ban đầu có hiệu lực mà còn kéo dài suốt thời gian sau đó.

Luật Cạnh tranh 2004 cũng như Luật Cạnh tranh 2018[25] không đề cập trực tiếp đến yêu cầu chuyển giao ngược trong hợp đồng chuyển giao quyền SHTT. Tuy vậy, xét về bản chất thì điều khoản chuyển giao ngược trong hợp đồng chuyển giao quyền SHTTcó thể xem như là hành vi áp đặt điều kiện cho doanh nghiệp khác trong ký kết hợp đồng mua, bán hàng hóa, dịch vụ hoặc yêu cầu doanh nghiệp khác, khách hàng chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng…[26]. Và sẽ bị cấm nếu bên chuyển giao có sức mạnh thị trường đáng kể hoặc có thị phần từ 30% trở lên trên thị trường liên quan. Trong khi đó, Điều 26 Luật Cạnh tranh 2018 cũng đã xác định quyền sở hữu, quyền sử dụng đối

24 Phạm vi rộng là việc yêu cầu bên nhận chuyển giao phải chuyển giao lại tất cả các cải tiến có liên quan đến phát minh, sáng chế ban đầu. Phạm vi hẹp là chỉ phải chuyển giao những phát minh, cải tiến liên quan trực tiếp đến phát minh, sáng chế gốc.

25 Luật Cạnh tranh năm 2018 đã được Quốc hội khóa XIV thông qua tháng vào 6/2018 chưa có hiệu lực, chưa được hướng dẫn chi tiết thi hành.

26 Điểm d khoản 1 Điều 27 Luật Cạnh tranh năm 2018.

tượng quyền SHTT là một trong những yếu tố để xác định sức mạnh thị trường. Bởi lẽ, bí mật về công nghệ, sáng chế là một trong những yếu tố quan trọng để giúp chủ sở hữu có được lợi thế cạnh tranh trong quá trình sản xuất, và cũng sẽ là yếu tố quan trọng giúp chủ thể có được sức mạnh thị trường, thậm chí là độc quyền trong lĩnh vực sản xuất mà họ đang nắm giữ bí quyết kỹ thuật công nghệ.

Với cách tiếp cận nêu trên, có thể thấy, theo quy định của Luật Cạnh tranh 2018, yêu cầu chuyển giao ngược trong hợp đồng chuyển giao quyền SHTT sẽ bị xem là hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền có được từ việc sở hữu quyền SHTT và mặc nhiên bị cấm theo quy định của Luật Cạnh tranh. Trong khi đó, như đã trình bày ở trên, yêu cầu chuyển giao ngược sẽ là hợp lý nếu mục đích của nó là nhằm đảm bảo quyền lợi hợp pháp của chủ sở hữu quyền SHTT hoặc nhằm cải tiến kỹ thuật và nâng cao giá trị sử dụng của phát minh, sáng chế, thúc đẩy hoạt động sáng tạo. Nói cách khác, với trường hợp này thì điều khoản chuyển giao ngược phải được thừa nhận và khuyến khích.

Do vậy, trong mối tương quan với Luật SHTT, pháp luật cần phải thừa nhận yêu cầu chuyển giao ngược nếu điều đó là cần thiết để bảo đảm tính đồng bộ, bí mật của công nghệ được chuyển giao, và nó chỉ bị ngăn cấm nếu thỏa mãn điều kiện:

(1) Yêu cầu chuyển giao đó phải được thực hiện mặc nhiên, miễn phí;

(2) Hoặc (và) yêu cầu đó tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể.

Trong khi đó, Luật Cạnh tranh 2018 mới được ban hành, vẫn chưa phát sinh hiệu lực, các văn bản hướng dẫn thi hành vẫn chưa được ban hành. Cho nên các tiêu chí là căn cứ để đánh giá tính hạn chế cạnh tranh của các thỏa thuận, hành vi của các các chủ thể trong hoạt động chuyển giao quyền SHTT nói chung cũng như yêu cầu chuyển giao ngược nói riêng trong trường hợp nêu trên chưa được quy định và làm rõ.

Chúng tôi cho rằng, để đảm bảo hiệu quả thực thi của Luật Cạnh tranh trong mối tương quan, hòa hợp với Luật SHTT thì các văn bản hướng dẫn trong thời gian tới, khi quy định về các tiêu chí nhằm xác định tác động hạn chế cạnh tranh của yêu cầu chuyển giao ngược nên được quy định tương tự như cách tiếp cận của hệ thống pháp luật Hoa Kỳ và Châu Âu, bao gồm:

(1) Yêu cầu chuyển giao tất cả các cải tiến kể cả cải tiến độc lập với sáng chế ban đầu;

(2) Yêu cầu chuyển giao ngược đã ngăn cản bên nhận chuyển giao quyền sử dụng, hưởng lợi từ các cải tiến của mình (trực tiếp sử dụng hoặc chuyển giao cho người thứ 3);

(3) Yêu cầu chuyển giao ngược đã ngăn cản bên chuyển giao quyền đăng ký sở hữu công nghiệp, quyền sở hữu công nghiệp đối với các cải tiến đó;

(4) Trong trường hợp chuyển giao ngược có trả phí thì không có sự tương xứng giữa phí chuyển giao gốc với phí chuyển giao phần cải tiến cũng như phí chuyển giao sáng chế gốc kèm với phần cải tiến của bên chuyển giao cho bên thứ 3■

XÂY DỰNG VÀ BAN HÀNH VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT THEO TRÌNH TỰ, THỦ TỤC RÚT GỌN[1]

Hoàng Văn Tú*
* PGS.TS. Phó Viện trưởng Viện Nghiên cứu Lập pháp

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Văn bản quy phạm pháp luật, trình tự, thủ tục rút gọn

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 06/12/2018
Biên tập : 15/01/2019
Duyệt bài : 22/01/2019

Tóm tắt:

Quy trình xây dựng, ban hành văn bản quy phạm pháp luật theo trình tự, thủ tục rút gọn là công cụ pháp lý hữu hiệu trong quản lý, điều hành, đất nước và là quy trình không thể thiếu trong xây dựng và ban hành văn bản quy phạm pháp luật ở cả trung ương và địa phương. Trong bối cảnh dự án Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 dự kiến trình Quốc hội cho ý kiến tháng 11/2019 và thông qua tháng 6/2020, việc tiếp tục nghiên cứu, hoàn thiện các quy định của Luật năm 2015 về trình tự, thủ tục rút gọn trong xây dựng, ban hành văn bản quy phạm pháp luật là hết sức cần thiết.

Article Infomation:

Keywords: legal documents; simplified procedures.

Article History:

Received : 06 Dec. 2018
Edited : 15 Jan. 2019
Approved : 22 Jan. 2019

Abstract

The process of formulation and promulgation of legal documents in a simplified procedure is an effective legal tool in management, governance and is an indispensable process in formulation and promulgation of legal documents at both central and local levels. In the context of the Bill of Law on amendment of a number of articles of the Law on Promulgation of Legal Documents of 2015 expected to submit to the National Assembly for comments in November 2019 and for approval in June 2020, the it is to continue reviews of the related provisions under the Law of 2015 for a simplified procedure for the formulation and promulgation of legal documents is very necessary.

1. Khái quát chung về trình tự, thủ tục rút gọn

Xây dựng pháp luật là hoạt động quan trọng, không thể thiếu đối với mỗi quốc gia để xây dựng công cụ quản lý nhà nước và xã hội. Sở dĩ xây dựng pháp luật là hoạt động vô cùng quan trọng là xuất phát từ vị trí, vai trò của pháp luật trong đời sống xã hội. Pháp luật là công cụ quản lý nhà nước chủ yếu và hiệu quả nhất, đặc biệt là đối với nhà

1 Bài viết phục vụ Đề tài khoa học cấp Bộ "Nâng cao chất lượng hoạt động lập pháp của Quốc hội đáp ứng yêu cầu xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam theo Hiến pháp năm 2013" của Viện Nghiên cứu Lập pháp (2017-2019).

nước pháp quyền, quản lý và điều hành đất nước bằng pháp luật và chỉ tuân theo pháp luật thì pháp luật càng có ý nghĩa lớn lao. Xây dựng pháp luật còn là hoạt động chủ yếu, chiếm nhiều thời gian và kinh phí của cơ quan nhà nước ở cả trung ương và địa phương (Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH), Chính phủ, các Bộ, cơ quan ngang Bộ, Hội đồng nhân dân (HĐND), Ủy ban nhân dân (UBND) các cấp).

Hoạt động xây dựng pháp luật có tác động, ảnh hưởng lớn đến đời sống kinh tế, chính trị, xã hội. Hoạt động xây dựng pháp luật tạo dựng môi trường pháp lý đối với mỗi quốc gia, ảnh hưởng đến hội nhập và đầu tư từ bên ngoài thông qua chính sách của quốc gia được quy phạm hoá. Chính vì vậy, quá trình hội nhập quốc tế diễn ra nhanh hay chậm, mức độ thu hút đầu tư nhiều hay ít, nền kinh tế phát triển như thế nào đều chịu tác động trực tiếp từ hoạt động xây dựng pháp luật vì hoạt động này tạo dựng môi trường pháp lý lành mạnh của quốc gia trong bối cảnh toàn cầu hoá đang diễn ra mạnh mẽ.

Do đó, để xây dựng một hệ thống pháp luật thống nhất, đồng bộ, khả thi, hiệu lực, hiệu quả thì đòi hỏi phải có quy trình xây dựng và ban hành văn bản hết sức chặt chẽ. Không riêng gì Việt Nam, bên cạnh quy trình xây dựng và ban hành văn bản hết sức chặt chẽ thì xây dựng và ban hành văn bản pháp luật theo trình tự, thủ tục rút gọn là quy trình đặc biệt trong xây dựng và ban hành văn bản pháp luật cũng được đặc biệt coi trọng. Tuy việc áp dụng quy trình xây dựng và ban hành văn bản theo trình tự, thủ tục rút gọn ở các nước không hoàn toàn giống nhau, nhưng quy trình này đều được tiếp cận theo một nguyên lý chung là rút ngắn thời gian xây dựng văn bản và thời điểm có hiệu lực của văn bản để giải quyết các vấn đề khẩn cấp, cấp bách của quốc gia hoặc để thực hiện ngay cam kết quốc tế. Xem xét dưới giác độ nghiên cứu khoa học và tính thực tiễn của vấn đề thì việc ban hành văn bản theo trình tự, thủ tục rút gọn là cần thiết.

Nhìn lại lịch sử hình thành và phát triển của pháp luật về ban hành văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) của Việt Nam, có thể thấy rằng, trước Luật Ban hành VBQPPL năm 1996 và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Ban hành VBQPPL năm 2002 thì quy trình rút gọn hầu như chưa được nghiên cứu hoặc đề cập đến. Quy trình soạn thảo, ban hành VBQPPL theo quy định của Luật ban hành VBQPPL năm 1996 (đã được sửa đổi, bổ sung năm 2002) là rất chặt chẽ, phải qua nhiều bước để bảo đảm chất lượng của văn bản. Tuy nhiên, quy trình này, nếu áp dụng cho tất cả các văn bản thì sẽ cứng nhắc và thiếu hiệu quả, vì trên thực tế có những văn bản có nội dung sửa đổi, bổ sung đơn giản, là do hệ quả, tác động của các VBQPPL khác nhằm bảo đảm thống nhất với nội dung của các văn bản đã được ban hành trước đó; hoặc có những văn bản cần được ban hành trong trường hợp khẩn cấp, nhằm đáp ứng kịp thời yêu cầu quản lý nhà nước, bảo đảm lợi ích chung.

Việc ban hành VBQPPL theo trình tự, thủ tục rút gọn chính thức được thừa nhận khi xây dựng Luật Ban hành VBQPPL của HĐND và UBND năm 2004 (Luật năm 2004). Tuy nhiên, luật chỉ quy định duy nhất trường hợp phải giải quyết các vấn đề phát sinh đột xuất, khẩn cấp trong phòng, chống thiên tai, cháy, nổ, dịch bệnh, an ninh, trật tự thì UBND cấp tỉnh, cấp huyện và cấp xã ban hành quyết định, chỉ thị theo trình tự, thủ tục rút gọn. Trình tự, thủ tục rút gọn không được áp dụng trong xây dựng VBQPPL của HĐND các cấp.

Để bảo đảm việc chỉ đạo điều hành nhanh chóng nhằm phòng chống thiên tai, cháy nổ, dịch bệnh, an ninh, trật tự, theo quy

định của Luật năm 2004 thì việc xây dựng và ban hành văn bản được thực hiện như sau:

- Chủ tịch UBND phân công cơ quan chuyên môn thuộc UBND hoặc cá nhân soạn thảo dự thảo quyết định, chỉ thị và trực tiếp chỉ đạo việc soạn thảo.

- Cơ quan, cá nhân soạn thảo có trách nhiệm chuẩn bị hồ sơ dự thảo quyết định, chỉ thị và gửi đến Chủ tịch UBND. Hồ sơ dự thảo quyết định, chỉ thị bao gồm tờ trình, dự thảo quyết định, chỉ thị, ý kiến của cơ quan, tổ chức hữu quan và tài liệu có liên quan.

- Chủ tịch UBND chỉ đạo việc gửi hồ sơ dự thảo quyết định, chỉ thị đến các thành viên UBND chậm nhất là một ngày trước ngày UBND họp.

- Trong trường hợp phải giải quyết các vấn đề khẩn cấp thì Chủ tịch UBND phân công, chỉ đạo việc soạn thảo dự thảo quyết định, chỉ thị và triệu tập ngay phiên họp UBND để thông qua dự thảo quyết định, chỉ thị.

- Đối với VBQPPL của UBND quy định các biện pháp nhằm giải quyết các vấn đề phát sinh đột xuất, khẩn cấp thì có thể quy định ngày có hiệu lực sớm hơn.

Khi xây dựng Luật Ban hành VBQPPL năm 2008 (Luật năm 2008) thì quy trình xây dựng, ban hành VBQPPL theo trình tự, thủ tục rút gọn đã được nghiên cứu và quy định tại Chương VIII (từ Điều 75 đến Điều 77 của Luật). Theo đó, Luật quy định rõ việc áp dụng trình tự, thủ tục rút gọn chỉ được thực hiện trong hai trường hợp:

(1) Trường hợp khẩn cấp. Mặc dù Luật năm 2008 không giải thích rõ nội hàm của thuật ngữ "trường hợp khẩn cấp" nhưng có thể xác định đó là những trường hợp cấp thiết, cần phải được tập trung giải quyết ngay; nếu không tập trung giải quyết sẽ gây hậu quả nhiều mặt về kinh tế - xã hội hoặc gây ảnh hưởng nghiêm trọng đến quốc phòng, an ninh, trật tự, an toàn xã hội.

(2) Cần sửa đổi ngay cho phù hợp với VBQPPL mới được ban hành. Trường hợp này được đặt ra xuất phát từ yêu cầu của nguyên tắc kịp thời, thống nhất trong ban hành VBQPPL mới hoặc sửa đổi, bổ sung quy định liên quan ở một số VBQPPL hiện hành cho phù hợp với VBQPPL đã được ban hành.

Bên cạnh đó, Luật quy định rõ các bước, các khâu có thể được rút gọn khi áp dụng trình tự, thủ tục này. Việc xây dựng, ban hành VBQPPL theo trình tự, thủ tục rút gọn được quy định như sau: Cơ quan chủ trì soạn thảo không nhất thiết phải thành lập Ban Soạn thảo và Tổ Biên tập để soạn thảo mà có thể trực tiếp tổ chức việc soạn thảo; Cơ quan chủ trì soạn thảo có thể tổ chức lấy ý kiến cơ quan, tổ chức, cá nhân có liên quan về dự thảo văn bản; Cơ quan thẩm định có trách nhiệm thẩm định dự thảo văn bản ngay sau khi nhận được hồ sơ thẩm định; Cơ quan thẩm tra có trách nhiệm thẩm tra dự thảo văn bản ngay sau khi nhận được hồ sơ thẩm tra. Việc thông qua văn bản trong trường hợp rút gọn cũng nhanh hơn, cụ thể là Quốc hội xem xét, thông qua dự án, dự thảo văn bản tại một kỳ họp; UBTVQH, Chính phủ xem xét, thông qua dự án, dự thảo văn bản tại một phiên họp. "Rút gọn" là trình tự đặc biệt được Luật năm 2008 quy định. Trình tự, thủ tục này được quy định nhằm rút ngắn về thời gian, đơn giản về các bước tiến hành trong quy trình xây dựng, ban hành VBQPPL.

Kế thừa những tư tưởng tiến bộ về xây dựng và ban hành VBQPPL trong các Luật đã ban hành trước đây, Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 (Luật năm 2015) quy định cụ thể hơn về việc xây dựng và ban hành VBQPPL theo trình tự, thủ tục rút gọn. Theo quy định của Luật, việc xây dựng và ban hành VBQPPL được trao cho 8 cơ quan, tổ chức, người có thẩm quyền có quyền quyết định việc xây dựng và ban hành văn bản theo trình tự, thủ tục rút gọn. Việc ban

hành VBQPPL được mở rộng và xác định cụ thể các trường hợp hơn so với Luật năm 2008. Cụ thể là:

(1) Trường hợp khẩn cấp theo quy định của pháp luật về tình trạng khẩn cấp; Trường hợp đột xuất, khẩn cấp trong phòng, chống thiên tai, dịch bệnh, cháy, nổ; Trường hợp cấp bách để giải quyết những vấn đề phát sinh trong thực tiễn theo quyết định của Quốc hội;

(2) Trường hợp để ngưng hiệu lực toàn bộ hoặc một phần của VBQPPL trong một thời hạn nhất định;

(3) Trường hợp cần sửa đổi ngay cho phù hợp với VBQPPL mới được ban hành.

Như vậy, Luật năm 2015 kế thừa quy định của Luật năm 2008 về xây dựng VBQPPL theo trình tự, thủ tục rút gọn đối với (1) trường hợp khẩn cấp (nhưng bổ sung trường hợp đột xuất và làm rõ hơn khẩn cấp trong phòng, chống thiên tai, dịch bệnh, cháy, nổ) và (2) trường hợp cần sửa đổi ngay cho phù hợp với VBQPPL mới được ban hành. Luật năm 2015 bổ sung 02 trường hợp (1) Trường hợp cấp bách để giải quyết những vấn đề phát sinh trong thực tiễn theo quyết định của Quốc hội; (2) Trường hợp để ngưng hiệu lực toàn bộ hoặc một phần của VBQPPL trong một thời hạn nhất định.

Luật năm 2015 cũng quy định trách nhiệm của cơ quan ban hành VBQPPL trong việc quyết định xây dựng và ban hành VBQPPL theo trình tự, thủ tục rút gọn. Bên cạnh đó, Luật năm 2015 cũng kế thừa quy định của Luật năm 2004 về việc ban hành quyết định của UBND cấp tỉnh theo trình tự, thủ tục rút gọn trong trường hợp khẩn cấp. Luật năm 2015 mở rộng thẩm quyền cho HĐND cấp tỉnh ban hành nghị quyết theo trình tự, thủ tục rút gọn. Tuy nhiên, việc xây dựng và ban hành VBQPPL theo trình tự, thủ tục rút gọn không được áp dụng đối với nghị quyết của HĐND cấp huyện, cấp xã, UBND cấp xã do theo quy định của Điều 30 của Luật năm 2015, HĐND cấp huyện, cấp xã chỉ được ban hành nghị quyết, UBND cấp huyện, cấp xã chỉ được ban hành quyết định trong trường hợp được luật giao. Kế thừa quy định của Luật năm 2008, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao (TANDTC), Viện trưởng Viện Kiểm sát nhân dân tối cao (VKSNDTC), Tổng Kiểm toán nhà nước (KTNN) không được xây dựng và ban hành VBQPPL theo trình tự, thủ tục rút gọn.

2. Vướng mắc, bất cập của pháp luật hiện hành về ban hành văn bản quy phạm pháp luật theo trình tự, thủ tục rút gọn

2.1 Về các trường hợp xây dựng và ban hành VBQPPL theo trình tự, thủ tục rút gọn

Luật năm 2015 không quy định rõ các tiêu chí, các điều kiện ràng buộc khi áp dụng trình tự, thủ tục rút gọn đối với các trường hợp quy định tại Điều 146. Ví dụ, điều kiện "khẩn cấp" chưa rõ về nội hàm cũng như tính chất là "khẩn cấp" về nội dung cần điều chỉnh hay "khẩn cấp" về thời gian thực hiện? Hay "khẩn cấp" cả về nội dung điều chỉnh và cả về thời gian thực hiện?

Liệu có thể hiểu rằng "khẩn cấp" về nội dung cần điều chỉnh nghĩa là việc chậm xây dựng, ban hành VBQPPL sẽ gây ảnh hưởng xấu đến các quan hệ xã hội cần được điều chỉnh, ảnh hưởng nghiêm trọng đến quyền, lợi ích của công dân, đến vấn đề an sinh xã hội…; "khẩn cấp" về thời gian thực hiện nghĩa là VBQPPL cần được sửa đổi, bổ sung ngay hoặc ban hành mới ngay để đảm bảo đúng thời điểm có hiệu lực của VBQPPL do cơ quan nhà nước cấp trên ban hành... Nếu xác định theo nghĩa này thì điều kiện "khẩn cấp" lại trùng lặp với điều kiện thứ ba "sửa đổi ngay cho phù hợp với VBQPPL mới ban hành".

Điều kiện "sửa đổi ngay cho phù hợp với VBQPPL mới ban hành" cũng không được quy định rõ; đặc biệt là chưa tách bạch được với trường hợp "khẩn cấp" trong điều kiện cấp bách về thời gian ban hành và yêu cầu về chất lượng nội dung sửa đổi.

Ngoài ra, dường như xây dựng và ban hành văn bản theo trình tự, thủ tục rút gọn còn "bỏ quên" 02 trường hợp cũng cần thiết phải xây dựng theo quy trình rút gọn: (1) ban hành VBQPPL để bãi bỏ VBQPPL; (2) ban hành văn bản để kéo dài thời hạn áp dụng toàn bộ hoặc một phần của VBQPPL trong một thời hạn nhất định.

2.2 Về thẩm quyền ban hành VBQPPL

Kế thừa Luật năm 2008, Luật năm 2015 không quy định việc xây dựng, ban hành VBQPPL thuộc thẩm quyền của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, Chánh án TANDTC, Viện trưởng VKSNDTC, Tổng KTNN theo trình tự, thủ tục rút gọn. Xuất phát điểm của quy định này là do các chủ thể nêu trên có thể chủ động xây dựng văn bản thuộc thẩm quyền của mình, hoàn toàn chịu trách nhiệm về tiến độ cũng như chất lượng văn bản do mình ban hành. Ngoài ra, việc ban hành VBQPPL của các chủ thể nêu trên là quy trình khép kín trong nội bộ các cơ quan nên rất khó kiểm soát chất lượng nếu VBQPPL được ban hành theo trình tự, thủ tục rút gọn. Tuy nhiên, thực tiễn công tác xây dựng, ban hành VBQPPL của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, Chánh án TANDTC, Viện trưởng VKSNDTC, Tổng KTNN có một số vướng mắc, bất cập như sau:

Thứ nhất, văn bản cơ quan nhà nước cấp trên được ban hành theo trình tự, thủ tục rút gọn và có hiệu lực ngay kể từ ngày thông qua hoặc kể từ ngày ký ban hành, trong đó giao Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, Chánh án TANDTC, Viện trưởng VKSNDTC, Tổng KTNN, chính quyền địa phương ban hành văn bản để quy định chi tiết thì không kịp ban hành VBQPPL để bảo đảm có hiệu lực cùng thời điểm với văn bản giao quy định chi tiết, từ đó vô hình chung tạo ra khoảng trống pháp luật. Vì theo quy định tại khoản 4 Điều 154 Luật năm 2015 "VBQPPL hết hiệu lực thì VBQPPL quy định chi tiết thi hành văn bản đó cũng đồng thời hết hiệu lực".

Thứ hai, khi Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, Chánh án TANDTC, Viện trưởng VKSNDTC, Tổng KTNN muốn ban hành VBQPPL để ngưng hiệu lực đối với VBQPPL do mình ban hành do chưa có quy định nên rất lúng túng khi xử lý các tình huống phát sinh trong thực tiễn. Nhất là xử lý các văn bản mới được ban hành, chưa có hiệu lực, nhưng cần phải ngưng hiệu lực của một số điều, khoản để có thêm thời gian chuẩn bị thi hành hoặc sửa đổi, bổ sung.

Thứ ba, khoản 1 Điều 12 Luật năm 2015 quy định: "1. VBQPPL chỉ được sửa đổi, bổ sung, thay thế hoặc *bãi bỏ* bằng VBQPPL của chính cơ quan nhà nước đã ban hành văn bản đó". Tuy nhiên, do Luật không quy định cho Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, Chánh án TANDTC, Viện trưởng VKSNDTC, Tổng KTNN ban hành VBQPPL theo trình tự, thủ tục rút gọn nên trường hợp cần ban hành VBQPPL để bãi bỏ toàn bộ một hoặc nhiều văn bản khác thì vẫn phải tuân theo trình tự, thủ tục tương tự như trình tự, thủ tục thông thường. Việc ban hành VBQPPL để bãi bỏ VBQPPL phải tuân thủ theo trình tự, thủ tục thông thường sẽ kéo dài thời gian xây dựng và lãng phí nguồn lực.

2.3 Về trình tự, thủ tục xây dựng và ban hành VBQPPL

Theo Luật năm 2015, thời gian xây dựng, ban hành nghị quyết của HĐND cấp tỉnh, nếu thời gian thực hiện liên tục thì theo

thống kê sơ bộ, mất tối thiểu khoảng 120 ngày tức là gần 4 tháng. Trường hợp rút gọn thì thời gian trên dưới 40 ngày (bằng 1/3 thời gian theo quy trình thông thường). Thời gian xây dựng Luật, Pháp lệnh, Nghị định theo trình tự, thủ tục rút gọn bằng ¼ thời gian theo quy trình thông thường.

Mặc dù Luật năm 2015 quy định cụ thể về thẩm quyền, quy trình xây dựng và ban hành VBQPPL theo trình tự, thủ tục rút gọn nhưng trên thực tế, việc áp dụng quy trình này đang bị làm dụng.

Thứ nhất, phạm vi, mức độ áp dụng trình tự, thủ tục rút gọn trong xây dựng, ban hành VBQPPL không theo khuôn khổ, tiêu chí thống nhất; nhiều trường hợp áp dụng trình tự, thủ tục này để xây dựng, ban hành các VBQPPL sửa đổi, bổ sung nhưng cũng có trường hợp áp dụng để ban hành các văn bản mới, đặc biệt là quy trình này đang bị lạm dụng khi xây dựng văn bản quy định chi tiết thi hành luật, pháp lệnh. Trường hợp xây dựng nghị quyết về cơ chế, chính sách đặc thù của Thành phố Hồ Chí Minh và xây dựng 04 nghị định quy định chi tiết Luật Hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa là một ví dụ. Việc lấy ý kiến không bắt buộc, hồ sơ trình quá đơn giản là những yếu tố dễ bị lạm dụng khi áp dụng trình tự, thủ tục rút gọn trong xây dựng và ban hành VBQPPL.

Thứ hai, trình tự, thủ tục rút gọn được vận dụng linh hoạt, tùy nghi, có tính chất "ngẫu hứng" của cơ quan có thẩm quyền ban hành VBQPPL. Mặc dù luật không yêu cầu nhưng có trường hợp dự án, dự thảo vẫn tiến hành tổng kết, đánh giá tình hình thực hiện những quy định của luật hiện hành, vẫn có báo cáo đánh giá tác động của chính sách. Luật năm 2015 không quy định rõ khi áp dụng trình tự, thủ tục rút gọn, cơ quan chủ trì soạn thảo bắt buộc phải thực hiện các bước nào của quy trình thông thường, được bỏ qua các bước nào… dẫn đến sự không thống nhất trong việc áp dụng pháp luật, ảnh hưởng tới chất lượng của văn bản.

Thứ ba, việc không áp dụng trình tự, thủ tục rút gọn trong giai đoạn lập đề nghị xây dựng văn bản khiến quy trình xây dựng, ban hành văn bản trở nên cứng nhắc, thiếu linh hoạt, không xử lý những trường hợp cần phản ứng nhanh nhạy, thích ứng với hoàn cảnh thực tế, đặc biệt là xây dựng luật, pháp lệnh, nghị quyết của Quốc hội, Nghị quyết của UBTVQH. Quy trình hai bước (lập đề nghị và soạn thảo) trở nên cứng nhắc vì liệu chăng khi lập đề nghị không được áp dụng quy trình rút gọn thì khi soạn thảo cũng sẽ không được áp dụng quy trình rút gọn.

Thứ tư, không bảo đảm nguyên tắc công khai, minh bạch trong xây dựng VBQPPL theo trình tự, thủ tục rút gọn. Theo đó, cơ quan chủ trì soạn thảo không cần phải đăng tải dự thảo VBQPPL trên trang thông tin điện tử để lấy ý kiến. Việc soạn thảo dường như là công việc "thầm lặng" của cơ quan chủ trì nếu họ không chủ động lấy kiến, đặc biệt là lấy ý kiến đối tượng chịu sự tác động trực tiếp của văn bản.

Thứ năm, Luật năm 2015 cũng không quy định cụ thể đối với các dự án, dự thảo VBQPPL xây dựng, ban hành theo trình tự, thủ tục rút gọn thì nội dung, thủ tục thẩm định, thẩm tra có gì khác so với các dự án, dự thảo VBQPPL được xây dựng, ban hành theo thủ tục thông thường. Liệu chăng, quy trình thẩm định, thẩm tra ngoài rút ngắn về thời hạn cũng cần xem lại nội dung của báo cáo thẩm định có nhất thiết phải đầy đủ các yêu cầu như đối với thẩm định, thẩm tra VBQPPL theo quy trình thông thường do không đầy đủ dữ liệu đầu vào (không có báo cáo tổng kết, báo cáo đánh giá tác động).

Thứ sáu, việc kiểm soát trong xây dựng và ban hành VBQPPL theo trình tự, thủ tục rút gọn thiếu chặt chẽ, không có sự kiểm soát của cơ quan có thẩm quyền.

Thứ bảy, dường như việc xây dựng và ban hành văn bản theo trình tự, thủ tục rút gọn chưa có sự gắn kết với việc nội luật hóa điều ước quốc tế để áp dụng ngay trong khi Luật Điều ước quốc tế lại quy định cụ thể về việc ký kết, gia nhập điều ước quốc tế theo trình tự rút gọn.

3. Giải pháp hoàn thiện

Xuất phát từ những hạn chế, bất cập như đã phân tích ở trên, việc quy định cụ thể hơn các trường hợp xây dựng và ban hành VBQPPL theo trình tự thủ tục rút gọn đồng thời mở rộng thẩm quyền ban hành VBQPPL là cần thiết. Trong bối cảnh dự án Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 dự kiến trình Quốc hội cho ý kiến tháng 11/2019 và thông qua tháng 6/2020, chúng tôi cho rằng:

Một là, cần nghiên cứu để xây dựng hệ tiêu chí nhằm xác định VBQPPL được xây dựng và ban hành theo trình tự, thủ tục rút gọn. Theo đó, cần quy định rõ điều kiện áp dụng trình tự, thủ tục rút gọn trong xây dựng, ban hành VBQPPL theo nguyên tắc chỉ áp dụng quy trình rút gọn đối với những dự án, dự thảo VBQPPL dự kiến xây dựng, ban hành không có nội dung phức tạp, tác động và ảnh hưởng không nghiêm trọng đến sự phát triển kinh tế - xã hội của đất nước hoặc quyền, lợi ích của nhân dân. Tiêu chí để cho phép áp dụng trình tự, thủ tục rút gọn chỉ khi nội dung sửa đổi, bổ sung chỉ mang tính kỹ thuật đối với nhiều quy định ở nhiều văn bản do cùng một cơ quan ban hành để đảm bảo phù hợp, thống nhất với VBQPPL mới được ban hành; nội dung sửa đổi, bổ sung không có ảnh hưởng lớn đến quyền, lợi ích và nghĩa vụ của công dân; Quy định của dự án, dự thảo VBQPPL không làm phát sinh lớn về nguồn nhân lực và tài chính bảo đảm thực hiện; trong trường hợp đột xuất, cấp thiết nhằm đáp ứng kịp thời nhu cầu quản lý nhà nước và bảo đảm lợi ích chung; ban hành ngay VBQPPL để kịp thời nội luật hóa các cam kết quốc tế mà Việt Nam là thành viên.

Hai là, mở rộng phạm vi VBQPPL được xây dựng và ban hành theo trình tự, thủ tục rút gọn đối với trường hợp ban hành VBQPPL để bãi bỏ, ngưng hiệu lực toàn bộ hoặc kéo dài thời hạn áp dụng toàn bộ hoặc một phần của VBQPPL trong một thời hạn nhất định.

Ba là, quy định thẩm quyền của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, Chánh án TANDTC, Viện trưởng VKSNDTC, Tổng KTNN được ban hành VBQPPL chỉ đối với trường hợp ban hành VBQPPL để bãi bỏ, ngưng hiệu lực toàn bộ hoặc kéo dài thời hạn áp dụng toàn bộ hoặc một phần của VBQPPL trong một thời hạn nhất định.

Bốn là, nghiên cứu quy trình, thủ tục rút gọn trong Luật Điều ước quốc tế để sửa đổi, bổ sung Luật Ban hành VBQPPL cho phù hợp.

Năm là, bổ sung quy định xây dựng và ban hành VBQPPL theo trình tự, thủ tục rút gọn theo hướng bắt buộc như hồ sơ phải có báo cáo tổng kết hoặc đánh giá thực trạng, báo cáo đánh giá tác động của chính sách; đăng tải để lấy ý kiến nhân dân và đối tượng chịu sự tác động của văn bản…

Có thể khẳng định rằng, quy trình xây dựng, ban hành VBQPPL theo trình tự, thủ tục rút gọn là công cụ pháp lý hữu hiệu trong quản lý, điều hành, đất nước và là quy trình không thể thiếu trong xây dựng và ban hành VBQPPL ở cả trung ương và địa phương. Tuy nhiên, xuất phát từ những bất cập trong bản thân quy định và trong thực tiễn thi hành cho thấy, cần có những nghiên cứu thấu đáo về quy trình này. Do đó, tiếp tục nghiên cứu, hoàn thiện các quy định của Luật năm 2015 về trình tự, thủ tục rút gọn trong xây dựng, ban hành VBQPPL là hết sức cần thiết■

THÚC ĐẨY QUYỀN CÓ VIỆC LÀM TRONG ĐIỀU KIỆN CÔNG NGHIỆP 4.0

Nguyễn Thanh Tuấn*
* PGS.TS. Học viện Chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Công nghiệp 4.0; Bộ luật Lao động năm 2012; trí tuệ nhân tạo; việc làm; sản xuất thông minh.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 03/08/2018
Biên tập : 25/10/2018
Duyệt bài : 01/11/2018

Tóm tắt:

Công nghiệp 4.0 đang tạo ra những cơ hội mới đồng thời cũng đặt ra những thách thức to lớn đối với các quốc gia phát triển và các nước đang chuẩn bị bước vào công nghiệp 4.0 như Việt Nam[1], trước tiên và cơ bản là vấn đề việc làm.

Article Infomation:

Keywords: Industrial Revolution 4.0; Labor Code of 2012; artificial intelligence; job; smart production.

Article History:

Received : 03 Aug. 2018
Edited : 25 Oct. 2018
Approved : 01 Nov. 2018

Abstract

Industrial Revolution version 4.0 is creating new opportunities while also providing great challenges for the developed countries and those to enter to Revolution 4.0 like Vietnam, the first foreseen challenge is the job issue.

Công nghiệp 4.0 (CN 4.0) là sự kết nối công nghệ cơ khí hóa, điện khí hóa, tự động hóa với các thành tựu hiện đại của kỹ thuật số, vật lý học, sinh học, tâm lý học,... trên nền tảng trí tuệ nhân tạo (AI), internet vạn vật hoặc mạng lưới vạn vật kết nối Internet (Internet of Things - IoT), dữ liệu lớn (Big Data) và các hệ thống kết nối Internet (IoS). Thông qua tương tác máy với máy (M2M) kết nối người với vạn vật (IoT), vật với vật (Big Data) để tạo ra những bước nhảy vọt trong nông nghiệp, thủy sản, y dược, chế biến thực phẩm, bảo vệ môi trường, năng lượng tái tạo, hóa học, nhất là lĩnh vực vật lý với robot thế hệ mới, máy in 3D, xe tự lái, vật liệu mới và công nghệ nano.

1 Xem: Đối thoại chính sách cao cấp về phát triển nguồn nhân lực trong kỷ nguyên số tại Hội nghị các quan chức cao cấp APEC lần thứ hai (SOM-2), tổ chức tại Hà Nội, ngày 15/5/2017.

Từ góc độ kinh tế, CN 4.0 có sáu đặc điểm cơ bản, gồm: (i) Xu hướng phát triển sản xuất thông minh kết hợp công nghệ tự động hóa, công nghệ thông tin (CNTT) dựa trên nền tảng công nghệ Big Data Analytics, Cloud Computing, IoT; (ii) Công nghệ in 3D - cho phép sản xuất sản phẩm hoàn chỉnh bỏ qua các giai đoạn lắp rắp để tạo ra sản phẩm; (iii) Máy móc tự động hóa và tích hợp con người - máy móc; (iv) Robot thay thế dần con người trong nhiều hoạt động; (v) IoT làm cho các vận dụng, thiết bị trở lên thông minh hơn, tạo ra nhiều dịch vụ mới; (vi) Công nghệ nano và AI, công nghệ sinh học được áp dụng rộng khắp[2].

1. Sự tác động của Công nghiệp 4.0 đến việc làm

CN 4.0 đang và sẽ tác động đến mọi hoạt động của con người chủ yếu theo các hướng sau:

1.1 Tác động của "trí tuệ nhân tạo" đến việc làm

Hiện nay, các hệ thống nhân tạo được dùng thường xuyên trong kinh tế, y dược, các ngành kỹ thuật và quân sự cũng như trong các phần mềm máy tính thông dụng trong gia đình và trò chơi điện tử. Điện thoại thông minh (Smartphone) và máy tính (Computer) giúp việc tổ chức lao động và giải quyết mọi vấn đề rất nhanh chóng. Điển hình là thông qua việc nộp hồ sơ online, nhà tuyển dụng sẽ đỡ mất thời gian lọc hồ sơ ứng viên, vì có phần mềm hỗ trợ, đồng thời rút ngắn tối đa thời gian xử lý các thủ tục hành chính. Các chuyên viên tiền lương, bảo hiểm rút ngắn thời gian làm việc và thay vào đó, có thể phát triển những công việc khác cho doanh nghiệp. Trước đây cần một người trợ lý sắp xếp các lịch trình và nhắc nhở công việc thì ngày nay chỉ cần một chiếc smartphone nhỏ gọn đã làm được công việc này. Đồng thời, sự phát triển mạnh mẽ của "điện toán đám mây" - một lối ẩn dụ để liên tưởng đến cách được bố trí phức tạp của mạng internet và cơ sở hạ tầng chứa trong sơ đồ mạng máy tính - đã khiến cho AI kiểm soát được nhiều thứ để có thể tiết kiệm lao động. Với khả năng xử lý thông tin vô cùng phức tạp, nó không chỉ phát triển việc làm mới, mà còn dẫn đến sự thất nghiệp hàng loạt ở nhiều vị trí nhân sự khác nhau.

AI được phát triển hoàn thiện có khả năng thay thế con người trong các công việc như: chăm sóc sức khỏe, phục vụ, sản xuất theo dây chuyền tự động, công việc văn phòng,... Theo một con số tính toán, một robot may hiện có giá khoảng 200.000 USD (năm 2017); nhưng khoảng 3 năm nữa sẽ giảm còn 20.000 - 30.000 USD và không có lao động giá rẻ nào có thể cạnh tranh được với robot, bởi chúng hoạt động 24 giờ/ngày, 7 ngày/tuần và 365 ngày/năm không cần nghỉ; máy móc điện tử làm nhanh hơn, chất lượng tốt hơn và quan trọng là giá rẻ hơn[3].

1.2 Tác động của Internet kết nối vạn vật đến việc làm

Internet kết nối vạn vật (IoT) hiện đã tác động đến việc làm ít nhất trên ba khía cạnh sau[4]:

i) Tạo mô hình kinh doanh mới: các sản phẩm được kết nối mạng có thể cung cấp cho kỹ thuật viên những thông tin chi tiết về thành phần, bộ phận và vấn đề kinh doanh với hiệu suất cụ thể. Nó cho phép kỹ thuật viên tư vấn chi tiết hơn hoặc đề xuất các bộ phận thay thế hoặc sửa chữa thích hợp. Theo giới chuyên môn, các mô hình kinh doanh khác sử dụng dữ liệu cảm biến thông minh đang chờ đợi để được khám phá, và có thể mang lại lợi thế cạnh tranh đáng kể cho các doanh nghiệp đi đầu xu hướng này.

2 https://ictnews.vn/cntt/nuoc-manh-cntt/se-xay-co-che-chinh-sach-moi-thuc-day-ung-dung-cntt-phu-hop-xu-the-cmcn-4-0

3 http://cafef.vn/chu-tich-fpt-software-hoang-nam-tien-khoi-nghiep-thoi-cach-mang-40-khong-don-gian-nhu-jack-ma-noi-20171215084035966.chn

4 Ho Nguyen, Tác động của Internet Vạn vật (IoT) đến ngành sản xuất? Find me on: LinkedIn vào Thu, Jul 19, 2018 inShare

ii) Sản xuất các sản phẩm thông minh: ví dụ nổi bật là các nhà sản xuất ô tô lớn, bao gồm Ford, General Motors, Toyota và Volkswagen, đang sản xuất các loại ô tô thông minh có khả năng kết nối với Wifi xuyên suốt khoang hành khách, kể cả một số mẫu kết hợp máy ảnh và cảm biến để giúp tài xế tránh va chạm và đỗ xe song song tự động. Nhờ IoT, các nhà sản xuất có thể thỏa sức sáng tạo và thiết kế nhằm cách mạng hóa các sản phẩm truyền thống và tạo ra nhiều loại sản phẩm thông minh mới với mức phí vừa phải, phù hợp với nhiều nhu cầu sử dụng hơn.

iii) Triển khai sản xuất thông minh hơn: trong môi trường sản xuất, ứng dụng phần mềm di động cho phép các nhà quản lý nhà máy truy cập vào nhiều dữ liệu, như hiệu suất thiết bị, hiệu suất của dây chuyền, công cụ trực quan hóa dữ liệu và các cảnh báo dù họ đang ở đâu. Từ đó cho phép các nhà quản lý sản xuất có thể làm việc bên ngoài phòng điều khiển của nhà máy với tầm nhìn bao quát hơn các hoạt động đang diễn ra; từ đó tiết kiệm được một số nhân viên thống kê, lưu trữ giấy tờ, sổ sách và nhân viên văn phòng khác.

Sản xuất thông minh có thể góp phần làm giảm bớt lỗi sản phẩm, xác định trục trặc và hỏng hóc của thiết bị nhanh hơn. Việc giám sát theo thời gian hoạt động của các thiết bị và dây chuyền sản xuất giúp phát hiện mọi thay đổi dù là nhỏ nhất về mức độ sản xuất, hoạt động của thiết bị và chất lượng sản phẩm. Các cảm biến có thể xác định rò rỉ chất lỏng, sự thay đổi áp suất,... hơn nữa còn giúp tận dụng tài sản tốt hơn và chủ động hơn khi bảo trì các thiết bị quan trọng. Nhờ đó tiết kiệm được một số nhân viên bảo hành thiết bị, kiểm tra kỹ thuật,....

Môi trường sản xuất kết nối mạng sẽ cho phép tương tác máy với máy (M2M). Tương tác M2M sẽ điều chỉnh quy trình làm việc, ví dụ: đơn đặt hàng của khách hàng hay lịch phân phối sản phẩm, qua đó ngăn chặn sự lãng phí các vật liệu và thành phẩm, đồng thời bảo vệ các thiết bị quan trọng không bị hư hại nghiêm trọng hơn. Nhân lực cho khâu lập kế hoạch, đóng gói sản phẩm, trông coi kho bãi, vận chuyển, phân phối, chăm sóc khách hàng,... nhờ thế được tiết kiệm đáng kể.

IoT cũng có thể giúp thúc đẩy sử dụng cảm biến để kết hợp các thiết bị khác nhau, và tự động đưa dữ liệu vào các ứng dụng để quản lý nhà máy, doanh nghiệp, nhất là năng lượng nhằm điều chỉnh nhiệt độ và hao tốn năng lượng ở những khu vực khác nhau trong nhà máy, doanh nghiệp. Qua đó, giúp các nhà sản xuất giảm chi phí về năng lượng và giảm mức độ ảnh hưởng đến môi trường của họ. Đây cũng là sự tác động đến nhiều vị trí việc làm trong các nhà máy, doanh nghiệp, theo hướng tiết kiệm hơn.

1.3 Tác động của dữ liệu lớn đến việc làm

Dữ liệu lớn (Big Data) là thuật ngữ chỉ tập dữ liệu phức tạp mà các ứng dụng xử lý dữ liệu truyền thống không xử lý được để phân tích dự đoán, phân tích hành vi người dùng, hoặc các phương thức phân tích dữ liệu nâng cao khác nhằm trích xuất giá trị từ dữ liệu thông tin. Big Data đang tác động đến việc làm qua ba phương diện sau:

Đối với doanh nghiệp: Big Data có thể sinh ra giá trị tài chính và có thể ảnh hưởng mạnh đến việc làm ở nhiều lĩnh vực kinh doanh và quản lý: sản xuất; dữ liệu xã hội (Facebook, Twitter,...), ngân hàng, bảo hiểm, sản xuất, bán lẻ, bán buôn, vận tải, chăm sóc sức khỏe, xây dựng, giáo dục, quản lý công, dữ liệu cá nhân toàn cầu;... Nó cũng đóng vai trò quan trọng trong hoạt động thương mại như marketing, chuỗi cung ứng, mô hình kinh doanh mới. Big Data đang chứng minh khá rõ rằng, doanh nghiệp nếu không sử dụng dữ liệu một cách hiệu quả thì sẽ gặp bất lợi khi cạnh tranh với những doanh nghiệp có khả năng phân tích và sử dụng dữ liệu của họ; ví dụ : phân tích nhật ký; phát hiện gian lận (lọc email...); phân tích quan điểm và mạng xã hội; quản lý rủi ro; tiêu thụ năng lượng; dự đoán,... Đối với doanh nghiệp trong thời đại số hiện nay, một khi làm chủ được dữ liệu lớn thì họ sẽ có cơ hội thành công lớn hơn trong

bối cảnh cạnh tranh hiện đại; người quản lý và người lao động sẽ được hưởng lợi hơn từ việc trích xuất thông tin một cách chính xác, hữu ích với chi phí thấp hơn.

Đối với lĩnh vực kỹ thuật: khả năng Big Data tiếp tục phát triển nhanh chóng, được thúc đẩy bởi sự đổi mới trong công nghệ cơ sở hạ tầng, khả năng phân tích xử lý dữ liệu và sự tiến bộ của hành vi con người đang ngày càng sử dụng thiết bị kỹ thuật số nhiều hơn. Việc quản lý dữ liệu, liên quan đến việc truy xuất, tính riêng tư, bảo mật cũng là một xu hướng phát triển của việc làm mới nhằm sử dụng chính xác và giám sát dữ liệu đó cũng như quản lý vòng đời của nó.

Đối với xã hội: luồng dữ liệu được tạo ra mỗi ngày bởi hàng tỷ tương tác của người dùng máy tính, thiết bị GPS, điện thoại di động, thiết bị y tế,... đã phục vụ cộng đồng với nhiều tiện ích khác nhau. Từ đó tạo ra việc làm mới, ví dụ: dự đoán sự thiếu hụt thực phẩm dựa trên dữ liệu về sự biến động giá cả thị trường, hạn hán, di cư; cải thiện kết quả học tập trong trường học; mô hình dự báo phục vụ người dân sống ở các khu định cư và khu ổ chuột; quy hoạch giao thông; kết nối mối quan hệ giữa tội phạm và các địa điểm trong thành phố...[5]. Hiện các nhà nghiên cứu, hoạch định chính sách bắt đầu nhận ra tiềm năng của việc dẫn dòng chảy dữ liệu vào thông tin có thể sử dụng để xác định nhu cầu, cung cấp dịch vụ và tiên đoán cũng như ngăn chặn khủng hoảng cho người có thu nhập thấp.

Những phân tích nêu trên cho thấy, nhìn chung, nhóm việc làm chịu tác động mạnh nhất là lao động giản đơn, ít kỹ năng hoặc những kỹ năng nhưng dễ dàng bị người máy thay thế. Trong thời gian tới, Việt Nam có cơ hội vươn lên nhóm dẫn đầu trên thế giới trong lĩnh vực này, vì chúng ta có thể đi thẳng vào những công nghệ tiên tiến nhất thế giới, làm việc với những tập đoàn lớn nhất thế giới, và với những công việc mới nhất thế giới[6]. Và như vậy, ảnh hưởng của CN 4.0 đối với việc làm ở nước ta sẽ là rất lớn.

2. Thúc đẩy quyền có việc làm dưới tác động của CN 4.0 ở nước ta

2.1 Nhận thức về việc làm trong điều kiện tác động của CN.4.0

Việc làm phụ thuộc vào các điều kiện hiện có của nền sản xuất xã hội. Người lao động được coi là có việc làm khi chiếm giữ một vị trí nhất định trong nền sản xuất của xã hội. Nhờ có việc làm mà người lao động mới thực hiện được quá trình lao động tạo ra sản phẩm cho xã hội và cho bản thân. Ở Việt Nam, theo quy định tại khoản 1 Điều 9 của Bộ luật Lao động năm 2012, "việc làm là hoạt động lao động tạo ra thu nhập mà không bị pháp luật cấm". Điều 10 Bộ luật Lao động quy định, người lao động có quyền: 1. Được làm việc cho bất kỳ người sử dụng lao động nào và ở bất kỳ nơi nào mà pháp luật không cấm. 2. Trực tiếp liên hệ với người sử dụng lao động hoặc thông qua tổ chức dịch vụ việc làm để tìm việc làm theo nguyện vọng, khả năng, trình độ nghề nghiệp và sức khoẻ của mình.

Trong quá trình đẩy mạnh hội nhập quốc tế, thúc đẩy CN 4.0, quy định trên bộc lộ hạn chế cơ bản sau: (i) hoạt động nội trợ không được coi là việc làm, mặc dù hoạt động này tạo ra các lợi ích phi vật chất và không thể thay thế trong việc gián tiếp tạo ra lợi ích vật chất, và thực tế đã là một loại việc làm đang được thuê khá phổ biến tại khu vực đô thị ở Việt Nam; (ii) khó có thể so sánh phạm vi "không bị pháp luật cấm" giữa các quốc gia với nhau, bởi lẽ, có những nghề ở quốc gia này được cho phép và được coi là việc làm, nhưng không được quốc gia khác chấp nhận. Thí dụ đánh bạc ở Việt Nam bị cấm, nhưng ở Thái Lan và Mỹ lại "không bị pháp luật cấm" và được coi là một nghề.

5 https://www.hsph.harvard.edu/ess/bigdata.html

6 http://cafef.vn/chu-tich-fpt-software-hoang-nam-tien-khoi-nghiep-thoi-cach-mang-40-khong-don-gian-nhu-jack-ma-noi-20171215084035966.chn

Thực tế ở Việt Nam đang diễn ra quá trình đa dạng hóa việc làm: việc làm chính, việc làm phụ và việc làm thêm; việc làm toàn thời gian và bán thời gian; việc làm tại nhà và việc làm công sở;... Vì thế, để thích ứng với sự tác động có thể có của cuộc cách mạng 4.0, việc làm, cần được thừa nhận dưới ba hình thức: (i) Làm công việc để nhận được tiền lương, tiền công hoặc hiện vật cho công việc đó; (ii) Làm công việc để thu lợi cho bản thân, gia đình và bản thân, gia đình có quyền sử dụng hoặc quyền sở hữu một phần hoặc toàn bộ tư liệu sản xuất để tiến hành công việc đó; (iii) Làm các công việc cho gia đình mình nhưng không được trả thù lao dưới hình thức tiền lương, tiền công cho công việc đó. Hình thức này bao gồm: sản xuất nông nghiệp, hoạt động kinh tế phi nông nghiệp do chủ hộ hoặc một thành viên khác trong gia đình có quyền sử dụng, sở hữu hoặc quản lý; người làm nghề tự do ngày càng trở nên phổ biến ngay tại Việt Nam;....

2.2 Đổi mới căn bản giáo dục - đào tạo nhằm phát triển nguồn nhân lực có năng lực tìm kiếm và sáng tạo việc làm

Mới đây, Chỉ thị số 16/CT-TTg của Thủ tướng Chính phủ về việc tăng cường năng lực tiếp cận CN lần thứ 4 (ngày 4/5/2017)[7] đã yêu cầu các bộ, ngành, địa phương tập trung thay đổi mạnh mẽ các chính sách, nội dung, phương pháp giáo dục dạy nghề nhằm tạo ra nguồn nhân lực có khả năng tiếp cận các vị trí việc làm phù hợp với xu thế công nghệ sản xuất mới theo CN 4.0. Để đáp ứng yêu cầu này, cần triển khai các giải pháp sau:

Đẩy mạnh hoàn thiện hệ thống giáo dục theo hướng "chuyển mạnh quá trình giáo dục chủ yếu từ trang bị kiến thức sang phát triển toàn diện năng lực người học", gồm: thực hiện tốt cơ chế, chính sách, pháp luật về kết nối phát triển giáo dục - đào tạo, khoa học - công nghệ, giáo dục nghề nghiệp với phát triển nguồn nhân lực, nhất là giao quyền tự chủ cho các trường đại học, cao đẳng và dạy nghề công lập, để đẩy mạnh xã hội hóa giáo dục, đào tạo, nhằm đáp ứng kịp thời, hiệu quả nhu cầu về số lượng, chất lượng lực lượng lao động cho thị trường lao động; phải tăng cường gắn đào tạo với nghiên cứu khoa học và ứng dụng công nghệ, đặc biệt đầu tư cho các nhóm nghiên cứu sâu về các lĩnh vực kỹ thuật số, công nghệ thông tin, công nghệ phần mềm, thông tin vệ tinh, số hóa, năng lượng mới, vật liệu mới, công nghệ sinh học và sự tích hợp giữa chúng. Ví dụ, một tín hiệu tích cực là từ năm 2004, Công ty cổ phần robot Tosy đã khá thành công trong nghiên cứu sản xuất robot đồ chơi và hiện đang phát triển robot phục vụ cho công nghiệp. Bên cạnh đó, chúng ta cần đẩy mạnh hợp tác quốc tế về giáo dục - đào tạo, nhằm tạo môi trường và điều kiện thuận lợi để thu hút các trường đại học, dạy nghề, các nhà giáo, nhà khoa học người nước ngoài và người Việt Nam ở nước ngoài có đẳng cấp quốc tế, vào tham gia quá trình đào tạo và nghiên cứu khoa học, ứng dụng công nghệ tại các cơ sở giáo dục đại học Việt Nam; tiếp tục gửi sinh viên Việt Nam ra nước ngoài học tập, đào tạo, bồi dưỡng.

Thực hiện giáo dục nghề nghiệp theo kiểu "hai cấp độ". Trước hết, chúng ta cần đẩy mạnh giáo dục các ngành, nghề truyền thống nhằm thực hiện giảm nghèo và phát triển bền vững, giữ vững ổn định, nhất là ở khu vực nông thôn, nông nghiệp; mặt khác, chúng ta thực hiện đi tắt, đón đầu, tập trung giáo dục các ngành nghề hiện đại, theo kiểu CN 4.0 để cung cấp nguồn nhân lực đáp ứng và giải quyết hai vấn đề cơ bản sau: (i) những thách thức và vấn đề liên quan đến kinh tế, xã hội và môi trường còn tồn đọng hiện nay như tỷ lệ lớn lao động nông thôn, nông nghiệp có kỹ năng thấp (chiếm khoảng 70% dân số); (ii) nhanh chóng tận dụng những cơ hội và thế mạnh để đột phá nhằm vươn tầm quốc tế, vượt lên những thách thức mới với

7 http://thutuong.chinhphu.vn/Home/Thu-tuong-chi-thi-tang-cuong-nang-luc-tiep-can-cuoc-Cach-mang-CN-lan-thu-4/20175/26430.vgp

đội ngũ lao động có kỹ năng, trình độ đẳng cấp quốc tế trong các lĩnh vực có ứng dụng công nghệ mới, hiện đại.

Mở cửa ngành giáo dục theo hướng tăng cường sự tham gia của doanh nghiệp nhằm thúc đẩy chuẩn hoá và phát triển theo kỹ năng tư duy thứ bậc (kỹ năng nhớ, hiểu, ứng dụng, phân tích, đánh giá và sáng tạo) làm cơ sở để xác định chuẩn đầu ra trong giáo dục nghề nghiệp và cải cách phát triển giáo dục nghề nghiệp đáp ứng yêu cầu của CN 4.0; coi trọng việc trang bị cho người học những kỹ năng và kiến thức cơ bản, cũng như các kỹ năng bổ trợ thiết yếu là điều kiện tiên quyết cho người lao động tại nơi làm việc, gồm: kỹ năng nhận thức, thích nghi, tương tác con người với con người, kỹ năng ứng xử tại nơi làm việc và khả năng thích nghi với các thách thức và yêu cầu thay đổi công việc liên tục, giảm nguy cơ thất nghiệp; trang bị cho người học kiến thức kinh doanh, kỹ năng khởi nghiệp sáng tạo, kỹ năng phát triển khu vực kinh tế phi chính thức, kỹ năng tiếp cận việc làm nhằm thay đổi tư duy từ chờ việc làm, xin việc làm sang tư duy tự tạo việc làm, khởi nghiệp sáng tạo và tuyển dụng sau khi tốt nghiệp.

2.3 Đổi mới chính sách, pháp luật về lao động - việc làm

Đổi mới, hoàn thiện đồng bộ chính sách để tạo động lực phát triển đội ngũ lao động (hay nhân lực) chất lượng cao trên nhiều phương diện, như giáo dục - đào tạo, khoa học - công nghệ, môi trường làm việc, chính sách việc làm, thu nhập, an sinh xã hội, bảo hiểm, bảo trợ xã hội, chăm sóc sức khỏe, phát triển thị trường lao động, các điều kiện nhà ở, sinh sống, định cư,... Trong đó, trước hết cần coi trọng việc tạo lập các cơ chế, chính sách thu hút, sử dụng và đãi ngộ nguồn nhân lực chất lượng cao theo hướng công khai, công tâm, khách quan, chính xác, dựa trên cơ sở phẩm chất và năng lực thực chất; khuyến khích các nhà lãnh đạo, quản lý các cơ quan, tổ chức, doanh nghiệp mạnh dạn sử dụng đội ngũ nhân lực trẻ chất lượng cao; lôi cuốn, khích lệ họ nhiệt tình thực hiện kiến thức, chuyên môn đã được đào tạo, tích lũy thông qua những cơ chế, chính sách sử dụng hợp lý.

Cần có chính sách thỏa đáng để khai thác, phát huy có hiệu quả nguồn lực mới cho việc làm trước hết là trong những ngành mũi nhọn về công nghệ của quốc gia; nâng cao chất lượng hoạt động của các vườn ươm công nghệ và doanh nghiệp công nghệ cao; có chính sách hỗ trợ hình thành và phát triển các vườn ươm khởi nghiệp đổi mới sáng tạo trong các trường đại học đào tạo về công nghệ; đẩy mạnh hợp tác quốc tế trong nghiên cứu phát triển và chuyển giao công nghệ; tăng cường sự hợp tác hiệu quả giữa Nhà nước, doanh nghiệp và các trường đại học công nghệ để thúc đẩy sự phát triển một số ngành chọn lọc, cơ bản là công nghệ thông tin; tiếp tục phát triển mạnh các khu công nghiệp, khu công nghệ cao Hòa Lạc, TP. Hồ Chí Minh; hoàn thiện chính sách nhập khẩu công nghệ; chủ động tham gia quá trình hoạt động của các khu công nghệ cao, các công viên phần mềm trong khu vực và trên thế giới; ưu tiên tài trợ cho các tổ chức, cá nhân có công trình khoa học - công nghệ xuất sắc.

Sửa đổi Bộ luật Lao động năm 2012 theo hướng đáp ứng Tuyên bố năm 1998 của ILO và những yêu cầu đặt ra trong Hiệp định CPTPP và Hiệp định thương mại tự do Việt Nam - EU (EVFTA). Theo đó, cần: (i) Áp dụng cơ chế thị trường trong quan hệ lao động theo hướng pháp luật chỉ quy định khung, giảm bớt sự bảo vệ đối với người lao động, để các bên quan hệ lao động tự thương lượng và quyết định các vấn đề cụ thể thông qua thỏa ước lao động tập thể; (ii) Phạm vi áp dụng của Bộ Luật Lao động theo hướng bao quát người lao động và người sử dụng lao động ở khu vực kinh tế chính thức, tức ở những người lao động có hợp đồng lao động, và cả khu vực kinh tế phi chính thức; (iii) Phát triển khung khổ bảo vệ người lao động trong những hình thức việc làm mới, ví dụ về tài xế ô tô, xe máy uber hoặc grab đang là một phần quen thuộc trong cuộc sống hàng ngày tại nhiều đô thị■

NHỮNG KHÓ KHĂN TRONG TẠO QUỸ ĐẤT SẠCH THU HÚT ĐẦU TƯ VÀ GIẢI PHÁP KHẮC PHỤC

Phan Trung Hiền*
Châu Hoàng Thân**
* PGS.TS. GVCC. Phó Trưởng khoa Luật Trường Đại học Cần Thơ
** GV. Bộ môn Luật Hành chính, Khoa Luật, Trường Đại học Cần Thơ.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: quỹ đất sạch, Luật Đất đai; quy hoạch; kế hoạch sử dụng đất

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 19/11/2018
Biên tập : 14/12/2018
Duyệt bài : 21/12/2018

Tóm tắt:

Thực tiễn cơ chế tạo quỹ đất sạch thu hút đầu tư ở một số địa phương cho thấy Luật Đất đai năm 2013 cần có chế định pháp lý riêng, đặc thù cho toàn bộ quá trình thực hiện dự án tạo quỹ đất sạch thu hút đầu tư, nhằm đảm bảo lợi ích kinh tế phải gắn liền với lợi ích xã hội và quyền lợi chính đáng của người dân.

Article Infomation:

Keywords: clean land fund, Law on land; masterplan; land use plan

Article History:

Received : 19 Nov. 2018
Edited : 14 Dec. 2018
Approved : 21 Dec. 2018

Abstract

The practical enforcement of the mechanism for development of a clean land fund to attract investments in a number of localities reveals that the Law on Land of 2013 needs a specialized legal provisions, which provide specific regulations on the whole process of clean land development projects attracting investments, to ensure economic benefits be associated with social benefits and legitimate interests of the people.

1. Khái quát về tạo quỹ đất sạch thu hút đầu tư

Cho đến nay, pháp luật Việt Nam chưa có quy định về "quỹ đất", "quỹ đất sạch" nên cũng không có quy định nào đề cập đúng câu từ về lập quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất (SDĐ) phục vụ cho việc tạo quỹ đất sạch. Tuy nhiên, Điều 39 và 40 Luật Đất đai năm 2013 có quy định về thu hồi đất "vùng phụ cận" thể hiện trong quy hoạch, kế hoạch SDĐ cấp tỉnh và cấp huyện; là khu vực thu hồi đất theo quy hoạch để tạo quỹ đất sạch. Điều này cho thấy: (i) việc thu hồi đất vùng phụ cận phải được thể hiện trong kế hoạch SDĐ cấp tỉnh và cấp huyện; (ii) các trường hợp thu hồi đất vùng phụ cận phải được xác định cùng với việc xác định vị trí, diện tích đất phải thu hồi để thực hiện công trình, dự án SDĐ vào mục đích quy định tại Điều 62 của Luật Đất đai, tức là thu hồi đất vì mục đích phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng; (iii) việc thu hồi đất vùng

phụ cận được áp dụng đối với dự án hạ tầng kỹ thuật, xây dựng, chỉnh trang đô thị, khu dân cư nông thôn; (iv) phương thức chuyển giao đất cho nhà đầu tư là phải thông quá đấu giá.

Trong thực tiễn, có nhiều cách hiểu khác nhau về quỹ đất sạch, cụ thể như: quỹ đất sạch là quỹ đất đã được Nhà nước thu hồi đất, thực hiện bồi thường, hỗ trợ và tái định cư, giải phóng mặt bằng theo quy hoạch, kế hoạch SDĐ được phê duyệt[1]; quỹ đất sạch là toàn bộ phần diện tích đất sạch được dự trữ theo quy hoạch của cơ quan nhà nước có thẩm quyền nhằm tạo nguồn sẵn có để phục vụ cho các dự án đầu tư[2]. Tựu trung lại, quỹ đất sạch là các thửa đất, khu đất trống được Nhà nước quản lý, sẵn sàng để triển khai thực hiện dự án phù hợp với quy hoạch, kế hoạch SDĐ.

Hiện nay, ở nước ta, có những phương thức tạo quỹ đất sạch sau: (i) khai thác quỹ đất công do Nhà nước quản lý hiện đang bỏ trống hoặc sử dụng không hiệu quả, chưa phù hợp; (ii) thực hiện phương thức Nhà nước thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư đối với đất có người đang sử dụng nhưng được quy hoạch, kế hoạch sử dụng cho mục đích phát triển kinh tế - xã hội triển khai các dự án đầu tư[3]; (iii) nhận chuyển nhượng quyền SDĐ của người đang sử dụng[4]. Trong đó, phương thức Nhà nước thu hồi đất có nhiều khó khăn, bất cập cần được phân tích, luận giải.

Căn cứ trên thực tiễn và mục đích của từng giai đoạn, có thể phân chia hoạt động tạo quỹ đất sạch các giai đoạn như sau: *thứ nhất*, lập quy hoạch, kế hoạch SDĐ; *thứ hai*, đề xuất dự án để tạo quỹ đất sạch và vốn thực hiện dự án tạo quỹ đất sạch; *thứ ba*, triển khai công tác thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư; *thứ tư*, khai thác quỹ đất sạch; *thứ năm*, đánh giá hiệu quả của dự án.

Quá trình tạo quỹ đất sạch là sự kết hợp của nhiều chủ thể. Trong đó, Hội đồng nhân dân (HĐND) cấp tỉnh với vai trò quyết định mục tiêu phát triển kinh tế - xã hội và phê duyệt ngân sách địa phương là chủ thể quyết định trong việc phê duyệt dự án tạo quỹ đất sạch. Ủy ban nhân dân (UBND) cấp tỉnh là cơ quan quản lý nhà nước ở địa phương thực hiện một số chức năng cơ bản như: tổ chức thực hiện kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội và quản lý đất đai ở địa phương; phê duyệt kế hoạch SDĐ hàng năm cấp huyện làm căn cứ tiến hành thu hồi đất; thành lập Quỹ phát triển đất và trình HĐND cùng cấp quyết định mức vốn ngân sách nhà nước (NSNN) cấp cho Quỹ phát triển đất khi thành lập[5]… Quỹ phát triển đất là tổ chức chủ yếu cung ứng vốn cho Tổ chức phát triển quỹ đất thực hiện dự án. Sau khi thực hiện xong công tác bồi thường, hỗ trợ, tái định cư, quỹ đất sạch thu được sẽ giao cho Tổ chức phát triển quỹ đất quản lý và khai thác thông qua hình thức đấu giá quyền SDĐ. Chính quyền địa phương là chủ thể giữ vai trò quyết định

1 ThS. Đặng Thị Anh Đào, Trưởng Ban Kinh tế - ngân sách HĐND TP. Cần Thơ, Thực trạng về quỹ đất sạch và công tác tạo quỹ đất sạch thu hút đầu tư của TP. Cần Thơ, kỷ yếu Hội thảo "Thực trạng cơ chế tạo quỹ đất sạch thu hút đầu tư tại P. Cần Thơ - Thành tựu và hạn chế", tháng 7/2018, Trường Đại học Cần Thơ.

2 Phan Trung Hiền, Phạm Duy Thanh, "Cơ chế tạo quỹ đất sạch để thu hút đầu tư kinh nghiệm tại TP Cần Thơ", Nxb. Chính trị quốc gia - Sự thật, Hà Nội, 2015, tr. 15, 17.

3 Thu hồi đất tạo quỹ đất sạch hiện có hai trường hợp phổ biến đó là thu hồi theo quy hoạch, kế hoạch SDĐ sau đó kêu gọi nhà đầu tư và thu hồi đất theo dự án đã được chấp thuận. Trong bài viết, nhóm tác giả chỉ phân tích trường hợp thu hồi đất theo quy hoạch, kế hoạch SDĐ.

4 Điều 73 Luật Đất đai năm 2013.

5 Khoản 2, 3 Điều 6 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành Luật Đất đai.

trong việc thực hiện dự án tạo quỹ đất sạch, trong khi đó, sự thành công của dự án chịu ảnh hưởng lớn bởi quá trình thực hiện nhiệm vụ của Trung tâm phát triển quỹ đất.

Tiền thu được từ đấu giá sẽ được đưa vào NSNN và việc hoàn trả tiền bồi thường, giải phóng mặt bằng cho Quỹ phát triển đất sẽ do NSNN thực hiện theo pháp luật về NSNN[6]. Cứ như thế, cơ chế tạo quỹ đất sạch tạo nên một chu trình khép kín về vốn, mang tính chất tuần hoàn và nếu thực hiện tốt, sẽ mang lại nguồn thu lớn cho NSNN và thu hút sự quan tâm của nhiều chủ đầu tư, góp phần thu hút đầu tư, thay đổi diện mạo của địa phương nói riêng và cả nước nói chung.

2. Những khó khăn và giải pháp trong từng giai đoạn của công tác tạo quỹ đất sạch thu hút đầu tư

2.1 Lập quy hoạch, kế hoạch SDĐ trong quá trình tạo quỹ đất sạch

Thứ nhất, quy hoạch, kế hoạch SDĐ và những quy hoạch chuyên ngành hiện nay còn chưa bảo đảm tính gắn kết, tích hợp[7]. Tình trạng mỗi loại quy hoạch đi theo lợi ích của ngành mình đang xảy ra ở hầu hết các nơi làm cho quy hoạch bị chia cắt, thiếu khả năng thực thi. Việc Quốc hội ban hành Luật Quy hoạch một phần nào khắc phục được những bất cập nêu trên. Tuy nhiên, thực tiễn rà soát, sắp xếp và quản lý các quy hoạch vẫn còn nhiều hạn chế.

Thứ hai, phương pháp quy hoạch cũng là một thách thức lớn. Hiện nay, Việt Nam vẫn chưa tiếp cận với những phương pháp quy hoạch dựa vào giá trị thị trường và sự đồng thuận xã hội, tư duy quy hoạch vẫn dựa vào cơ chế bao cấp do Nhà nước quyết định để chỉ huy các hoạt động kinh tế. Khi dựa trên thị trường, một phương án quy hoạch phải tính toán phân tích chi phí lợi ích để quyết định. Khi hiệu số lợi ích trừ chi phí càng lớn thì phương án quy hoạch càng có giá trị khả dụng cao. Tất nhiên, chi phí trừ lợi ích phải tính đến cả về kinh tế, xã hội, văn hóa và môi trường. Bên cạnh đó, bất kỳ một phương án quy hoạch nào cũng dẫn đến tình trạng mang lại lợi ích cho một nhóm người này và gây thiệt hại cho một nhóm người khác. Vì vậy, phương án quy hoạch nào cũng phải đưa ra giải pháp bù đắp lợi ích cho nhóm người bị thiệt hại. Dưới góc độ này, mọi phương án quy hoạch đều phải được đưa ra lấy ý kiến của mọi người, trong đó tập trung vào các nhóm người bị thiệt hại với những chỉ dẫn rất cụ thể.

Thứ ba, ở Việt Nam hiện nay, quy hoạch không do một cơ quan nhà nước chịu trách nhiệm quản lý tập trung mà được chia ra từng mảng cho từng bộ, ngành chịu trách nhiệm, gắn với thẩm quyền của từng cơ quan riêng biệt. Ở các nước phát triển, mọi loại quy hoạch được quản lý tập trung tại một đầu mối thống nhất, tránh rủi ro từ cơ chế phân chia quyền lực quy hoạch cho nhiều cơ quan. Việc điều chỉnh quy hoạch cũng dựa trên nguyên tắc giám sát và đánh giá việc thực hiện quy hoạch theo các chỉ số cụ thể, đề xuất điều chỉnh dựa trên kết quả đánh giá độc lập và khách quan[8].

---

6 Điểm a khoản 1 Điều 13 Nghị định số 46/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 của Chính phủ quy định về thu tiền thuê đất, thuê mặt nước. Điểm a khoản 1 Điều 15 Nghị định số 45/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 của Chính phủ quy định về thu tiền SDĐ.

7 Những bất cập này triển vọng sẽ được khắc phục khi Luật Quy hoạch năm 2017 có hiệu lực thi hành vào ngày 01/01/2019 bởi việc xây dựng hệ thống quy hoạch quốc gia và mối quan hệ chặt chẽ giữa các quy hoạch trong hệ thống quy định tại Điều 5 và Điều 6 Luật Quy hoạch.

8 GS. TSKH Đặng Hùng Võ, Tạo quỹ đất sạch thu hút đầu tư – Thách thức và cơ hội, Kỷ yếu Hội thảo "Thực trạng cơ chế tạo quỹ đất sạch thu hút đầu tư tại TP. Cần Thơ – Thành tựu và hạn chế", tháng 7/2018, Trường Đại học Cần Thơ.

Thứ tư, chưa có quy định cụ thể về tiêu chí xác định "vùng phụ cận" trong kế hoạch SDĐ hàng năm của cấp huyện và cấp tỉnh, trong khi quỹ đất sạch được thu hồi để thu hút đầu tư chủ yếu trong khu vực này. Việc xây dựng tiêu chí cụ thể xác định vùng phụ cận cần lưu ý đến tiềm năng phát triển của từng địa phương, từng khu vực và định hướng phát triển kinh tế nơi đó; có tiêu chí cụ thể để xác định vùng phụ cận không chỉ đảm bảo tính chính xác và khoa học của quy hoạch mà còn loại bỏ lợi ích cá nhân, lợi ích nhóm trong quá trình quy hoạch. Việc xây dựng tiêu chí xác định vùng phụ cận cần cân nhắc tính khoa học, thực tiễn và yếu tố vùng miền.

Thứ năm, công tác quy hoạch, kế hoạch SDĐ nói chung và quy hoạch khai thác tạo quỹ đất sạch nói riêng còn mang nặng tính hành chính, áp đặt ý chí chủ quan của cơ quan lập, phê duyệt quy hoạch. Trong quá trình lập quy hoạch, kế hoạch SDĐ, việc lấy ý kiến về quy hoạch, kế hoạch SDĐ chưa được chú trọng. Vì vậy, sản phẩm quy hoạch thể hiện ý chí đơn phương của Nhà nước. Do đó, trong nhiều trường hợp, quỹ đất sạch không phù hợp nhu cầu của nhà đầu tư. Vì vậy, chúng tôi cho rằng, việc quy định sự tham gia của các nhà đầu tư ngay từ giai đoạn lập quy hoạch là rất cần thiết, sự tham gia của nhà đầu tư không đồng nghĩa với việc Nhà nước sẽ quy hoạch theo ý muốn nhà đầu tư. Theo đó, sẽ tổ chức một Hội nghị các nhà đầu tư để địa phương công bố những định hướng phát triển kinh tế - xã hội và tại đây, các nhà đầu tư sẽ thể hiện ý tưởng của mình, nhu cầu SDĐ thực hiện dự án. Trên cơ sở nhu cầu đó, Nhà nước cân nhắc trong quá trình lập quy hoạch, xác định vị trí tiềm năng để tạo quỹ đất sạch.

2.2 Công tác ứng vốn thực hiện dự án tạo quỹ đất sạch

Một là, Nghị định số 43/2014/NĐ-CP không quy định chi tiết mức trích bổ sung cho quỹ phát triển đất cụ thể hàng năm mà giao cho địa phương tự quyết định căn cứ vào "điều kiện thực tế của địa phương"[9]. Trong khi đó, Quyết định số 40/2010/QĐ-TTg ngày 12/6/2010 của Thủ tướng Chính phủ về việc ban hành quy chế mẫu về quản lý, sử dụng Quỹ phát triển đất quy định: "Hàng năm, các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương được trích từ 30% đến 50% từ nguồn thu tiền SDĐ, tiền thuê đất, tiền thu từ đấu giá quyền SDĐ trên địa bàn tỉnh, thành phố (sau khi trừ các khoản chi để bồi thường, hỗ trợ, tái định cư và các chi phí có liên quan khác) để thành lập Quỹ phát triển đất. Mức trích cụ thể do UBND tỉnh quyết định căn cứ vào dự toán NSNN được HĐND cùng cấp quyết định". Nội dung này căn cứ trên Điều 34 của Nghị định số 69/2009/NĐ-CP, trong khi Nghị định này đã được thay thế bởi Nghị định số 43/2014/NĐ-CP. Nhằm đảm bảo tính thống nhất trong quy định và vốn thực hiện dự án, cần nhanh chóng ban hành quy chế quản lý, sử dụng quỹ phát triển đất thay thế Quyết định số 40/2010/QĐ-TTg, trong đó đảm bảo tính ổn định cho quỹ và định mức vốn thực hiện dự án khai thác quỹ đất sạch.

Hai là, trình tự tạo quỹ đất theo quy hoạch chưa có sự thống nhất hay quy định cụ thể ở các văn bản quy phạm pháp luật. Chỉ có một số địa phương thấy được tầm quan trọng của vấn đề này nên đã kịp thời ban hành những quy định về trình tự tạo quỹ đất theo quy hoạch như Trà Vinh, Long An, An Giang.

9 Khoản 2,3 Điều 6 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đất đai.

2.3 Công tác giải phóng mặt bằng thực hiện dự án tạo quỹ đất sạch

Một là, giá đất tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất vẫn chưa phù hợp với giá đất phổ biến trên thị trường, chưa đạt được sự đồng thuận cao từ người có đất thu hồi, đặc biệt là đất ở tại đô thị. Bên cạnh đó, đơn giá bồi thường đối với nhà và công trình xây dựng, cây trồng, vật nuôi được áp dụng ở các địa phương đều được UBND cấp tỉnh quy định từ những năm trước và không có sự điều chỉnh qua thời gian. Vì thế, đơn giá bồi thường tài sản gắn liền với đất cũng cần được xác định mang tính "cụ thể" như giá đất cụ thể tính tiền bồi thường hiện nay, tức xác định theo từng thời điểm và từng dự án khác nhau.

Hai là, pháp luật nước ta chỉ dừng lại ở việc xác định là "hỗ trợ việc làm" chứ không phải "bồi thường do mất việc vì bị thu hồi đất"[10]. Chính vì vậy, chúng ta vẫn chưa có giải pháp căn cơ để giải quyết vấn đề việc làm. Công tác đào tạo nghề cho người có đất bị thu hồi chưa được quan tâm thực hiện và chưa đạt hiệu quả cao vì chưa phát huy được công tác bố trí việc làm sau đào tạo. Bên cạnh đó, quy định tại Điều 6 Thông tư số 37/2014/TT-BTNMT của Bộ Tài nguyên và Môi trường không xét hỗ trợ đào tạo chuyển đổi nghề và tìm kiếm việc làm cho đối tượng cán bộ, công chức, viên chức (đang làm việc hoặc đã nghỉ hưu, nghỉ mất sức lao động, thôi việc được hưởng trợ cấp) dù cho thực tế họ vẫn canh tác và có thu nhập ổn định từ sản xuất nông nghiệp trên đất bị thu hồi. Điều này ảnh hưởng lớn đến quyền lợi của nhóm chủ thể này bởi số tiền hỗ trợ này khá nhiều, bù đắp cho giá đất nông nghiệp bồi thường và tạo điều kiện cho việc tạo lập lại cuộc sống sau khi thu hồi đất.

Ba là, các thông tin về tái định cư chưa rõ ràng, cụ thể khi triển khai thu hồi đất trong khi khoản 3 Điều 85 Luật Đất đai đã quy định "việc thu hồi đất ở chỉ được tiến hành khi đã hoàn thành xây dựng nhà ở tái định cư hoặc hạ tầng khu tái định cư". Chất lượng và sự đồng bộ của hạ tầng khu tái định cư vẫn chưa được đảm bảo. Vấn đề việc làm, sinh kế của người dân trong khu tái định cư gặp nhiều khó khăn nhưng chưa có những hỗ trợ hiệu quả, kịp thời. Chính những khó khăn trên đã tạo tâm lý chưa an tâm và chưa đồng thuận từ người dân trong quá trình thu hồi đất, ảnh hưởng đến tiến độ giải phóng mặt bằng.

Bốn là, thời gian thực hiện thu hồi đất chưa được quy định đặc thù cho các dự án tạo quỹ đất sạch. Bên cạnh đó, việc tuyên truyền ý nghĩa của các dự án đến người dân chưa được triển khai hiệu quả để tạo được sự đồng thuận. Vì vậy, cần nâng cao chất lượng công tác tuyên truyền đối với các dự án tạo quỹ đất sạch; đặc biệt là công khai tính khả thi và hiệu quả kinh tế của dự án mang lại cho địa phương. Nghiên cứu xây dựng quy định về thời gian và trình tự đặc thù cho công tác giải phóng mặt bằng tạo quỹ đất sạch sao cho vừa đảm bảo quyền lợi chính đáng của các bên liên quan, vừa đẩy tiến độ giải phóng mặt bằng nhanh nhất có thể.

---

10 Phan Trung Hiền (2013), Báo cáo tổng hợp kết quả khoa học công nghệ đề tài "Nghiên cứu giải quyết những khó khăn trong giải phóng mặt bằng khi thực hiện các dự án đầu tư xây dựng trên địa bàn thành phố Cần Thơ", Trường Đại học Cần Thơ, tr. 129.

2.4 Công tác khai thác quỹ đất sạch triển khai thực hiện dự án đầu tư

Một là, quỹ đất sạch chưa thật sự hấp dẫn, còn manh mún nên khó kêu gọi đầu tư. Vị trí, khả năng sinh lợi và sự phù hợp của quỹ đất sạch với mục đích dự án là những khó khăn tồn tại trong thời gian qua khi kêu gọi đầu tư. Điều này là hệ quả của những bất cập từ công tác quy hoạch, từ vấn đề nhà đầu tư chưa thể hiện được nhu cầu của mình trong quá trình Nhà nước quy hoạch. Nhằm tăng tính hấp dẫn cho quỹ đất sạch khi kêu gọi đầu tư, cần bổ sung quy định về thực hiện đầu tư hạ tầng khung trong phạm vi dự án tạo quỹ đất sạch sau khi giải phóng mặt bằng. Việc đầu tư hạ tầng khung không chỉ đảm bảo tính đồng bộ trong quy hoạch và xây dựng mà còn tăng giá trị khu đất khi thực hiện đấu giá.

Hai là, công khai thông tin và công tác quảng bá, kêu gọi đầu tư vào quỹ đất sạch chưa đa dạng và hấp dẫn; công tác khai thác quỹ đất sạch còn mang tính bị động. Việc tiếp cận quỹ đất sạch còn phụ thuộc nhiều vào sự chủ động của nhà đầu tư. Vì vậy, cần có những thay đổi tích cực về chiến lược tiếp thị quỹ đất sạch đến nhà đầu tư. Muốn thực hiện điều này cần thay đổi từ tư duy "xin - cho" sang cơ chế phục vụ trên tinh thần cung ứng hàng hóa theo cơ chế thị trường. Bên cạnh đó, pháp luật cần quy định rõ trách nhiệm quảng bá, khai thác quỹ đất sạch từ giai đoạn quy hoạch được phê duyệt.

Ba là, định hướng mục đích khai thác dự án cần được tích hợp nhiều mục đích đa dạng từ giai đoạn quy hoạch tạo tính hấp dẫn và nâng cao khả năng tiếp cận đất sạch cho các nhà đầu tư. Thời gian qua, quỹ đất sạch ở một số địa phương chủ yếu sử dụng các dự án đầu tư kinh doanh bất động sản; điều này sẽ gây ra những hạn chế trong kêu gọi đầu tư và ảnh hưởng đến thị trường bất động sản.

Bốn là, nâng cao hiệu quả công tác tổ chức đấu giá; xây dựng và áp dụng rộng rãi phương thức đấu thầu dự án có SDĐ để khai thác quỹ đất sạch. Phiên đấu giá cần được đổi mới về phương thức thực hiện theo hướng tăng tính cạnh tranh, hấp dẫn trong quá trình đấu giá để đạt được giá trị cao nhất có thể. Việc khai thác quỹ đất sạch thông qua phương thức đấu thầu dự án có SDĐ vừa đảm bảo hiệu quả của quy hoạch, vừa thúc đẩy tiến độ khai thác quỹ đất.

Năm là, quá trình thực hiện dự án của nhà đầu tư còn chậm, gây lãng phí. Thực tiễn ở một số địa phương cho thấy tình trạng dự án chậm tiến độ, nhà đầu tư không đủ năng lực tài chính còn diễn ra khá phổ biến[11]. Việc khai thác quỹ đất kém hiệu quả sẽ phần nào ảnh hưởng đến niềm tin của các nhà đầu tư đối với quỹ đất sạch. Vì vậy, quá trình kêu gọi đầu tư cần có sự đánh giá khách quan, chính xác về tiềm lực tài chính của nhà đầu tư. Đồng thời, quá trình thực hiện dự án khai thác quỹ đất sạch từ giai đoạn đấu giá giao đất, cho thuê đất đến quá trình triển khai dự án cần được công khai các thông tin để theo dõi, kịp thời thúc đẩy tiến độ dự án, đánh giá hiệu quả dự án và ngăn chặn tình trạng lợi ích nhóm, đảm bảo quyền giám sát của công dân trong quản lý và SDĐ■

11 Hùng Lê, "M&A và thách thức quỹ đất sạch", Thời báo Kinh tế Sài gòn, https://www.thesaigontimes.vn/268476/MA-va-thach-thuc-quy-dat-%E2%80%9Csach%E2%80%9D.html, truy cập ngày 17/7/2018.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Nghị quyết số 19-NQ/TW ngày 31/10/2012, Hội nghị Ban chấp hành Trung ương 6 khóa XI;

2. Nghị quyết số 24-NQ/TW ngày 03/6/2013 Hội nghị lần thứ 7 Ban chấp hành Trung ương khóa XI.

3. Luật Đất đai năm 2013;

4. Luật Ngân sách Nhà nước năm 2015;

5. Nghị định số 43/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành Luật Đất đai;

6. Nghị định 45/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 của Chính phủ quy định về thu tiền SDĐ;

7. Nghị định số 46/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 của Chính phủ quy định về thu tiền thuê đất, thuê mặt nước;

8. Nghị định số 47/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 quy định về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất;

9. Quyết định số 47/2013/QĐ-UBND ngày 24/12/2013 về việc ban hành quy định về cơ chế tạo quỹ đất, cơ chế quản lý và khai thác quỹ đất công trên địa bàn tỉnh An Giang.

10. Đặng Hùng Võ, *Tạo quỹ đất sạch thu hút đầu tư – Thách thức và cơ hội,* Kỷ yếu Hội thảo *"Thực trạng cơ chế tạo quỹ đất sạch thu hút đầu tư tại Tp. Cần Thơ – Thành tựu và hạn chế"*, tháng 7/2018, Trường Đại học Cần Thơ;

11. Đặng Thị Anh Đào, Trưởng Ban Kinh tế - ngân sách HĐND TP. Cần Thơ, *Thực trạng về quỹ đất sạch và công tác tạo quỹ đất sạch thu hút đầu tư của TP Cần Thơ*, kỷ yếu Hội thảo *"Thực trạng cơ chế tạo quỹ đất sạch thu hút đầu tư tại TP. Cần Thơ – Thành tựu và hạn chế"*, tháng 7/2018, Trường Đại học Cần Thơ;

12. Phan Trung Hiền, Phạm Duy Thanh, "*Cơ chế tạo quỹ đất sạch để thu hút đầu tư kinh nghiệm tại thành phố Cần Thơ*", Nxb *Chính trị quốc gia*, Hà Nội, 2015, tr15, 17;

13. Phan Trung Hiền (2013), Báo cáo tổng hợp kết quả khoa học công nghệ đề tài "*Nghiên cứu giải quyết những khó khăn trong giải phóng mặt bằng khi thực hiện các dự án đầu tư xây dựng trên địa bàn thành phố Cần Thơ*", Trường Đại học Cần Thơ, tr. 129;

14. Hùng Lê, "M&A và thách thức quỹ đất sạch", *Thời báo Kinh tế Sài gòn,* https://www.thesaigontimes.vn/268476/MA-va-thach-thuc-quy-dat-%E2%80%9Csach%E2%80%9D.html, truy cập ngày 17/7/2018;

15. Tổng cục Quản lý đất đai, *Hà Nội: Công tác quản lý dự án nhà ở tại các khu đô thị qua nhiều "lỗ hổng",* http://gdla.gov.vn/vi/news/Thi-truong-bat-dong-san/Ha-Noi-Cong-tac-quan-ly-du-an-nha-o-tai-cac-KDT-qua-nhieu-lo-hong-522.html, truy cập ngày 05/09/2017.

HOÀN THIỆN ĐIỀU KIỆN BẢO HỘ ĐỐI VỚI NHÃN HIỆU DƯỢC PHẨM

Nguyễn Thái Cường*
Nguyễn Lý Ngọc Trân**
* TS. GV. Khoa Luật Dân sự Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh
** ThS. GV. Trường Đại học Y Dược TP. Hồ Chí Minh

Thông tin bài viết:

Từ khóa: nhãn hiệu dược phẩm, hiệu lực, thuốc, hành vi xâm phạm, nghĩa vụ sử dụng nhãn hiệu.

Lịch sử bài viết:
Nhận bài : 30/03/2018
Biên tập : 27/04/2018
Duyệt bài : 09/05/2018

Tóm tắt:

Bài viết phân tích các điều kiện bảo hộ đối với nhãn hiệu của dược phẩm, so sánh với pháp luật nước ngoài, từ đó đưa ra đề xuất sửa đổi thời hạn chấm dứt hiệu lực của văn bằng bảo hộ được quy định tại Điều 95 Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009).

Article Infomation:

Keywords: pharmaceutical trademark, effect, drug, infringement, obligation to use.

Article History:
Received : 30 Mar. 2018
Edited : 27 Apr. 2018
Approved : 09 May 2018

Abstract

This article provides analysis of certain protection conditions for trademarks of pharmaceutical products, comparisions with foreign laws and then the author proposes an amendment of the term of validity of protection stipulated in Article 95 of the Law on Intellectual Property of 2005 (amended and supplemented in 2009).

1. Điều kiện có hiệu lực của nhãn hiệu dược phẩm

Nhãn hiệu dược phẩm phải đáp ứng các tiêu chí của những nhãn hiệu thông thường. Trong đó chức năng chính của nhãn hiệu là dùng để phân biệt hàng hoá, dịch vụ của các tổ chức, cá nhân khác nhau[1]. Điều 72 Luật Sở hữu trí tuệ (SHTT) quy định các điều kiện chung đối với nhãn hiệu được bảo hộ[2]: "1. Là dấu hiệu nhìn thấy được dưới

1 Khoản 16 Điều 4 Luật SHTT năm 2005, Luật 2009 sửa đổi bổ sung Luật SHTT.
2 Quy định này được cụ thể hoá trong Thông tư 01/2007/TT-BKHCN, được sửa đổi bổ sung bởi Thông tư số 13//2010/TT-BKHCN, thông tư số 18/2011/TT-BKHCN nhằm hướng dẫn thi hành Nghị định số 103/2006/NĐ-CP.

dạng chữ cái, từ ngữ, hình vẽ, hình ảnh, kể cả hình ba chiều hoặc sự kết hợp các yếu tố đó, được thể hiện bằng một hoặc nhiều màu sắc; 2. Có khả năng phân biệt hàng hoá, dịch vụ của chủ sở hữu nhãn hiệu với hàng hoá, dịch vụ của chủ thể khác". Như vậy, nhãn hiệu hàng hoá phải đáp ứng điều kiện nhìn thấy được và có khả năng phân biệt.

1.1 Dấu hiệu có thể nhìn thấy được

Trong Bản án số 37/2017/KDTM-PT và Bản án số 52/2013/KDTM-ST[3], hai dấu hiệu của sản phẩm thuốc SEFTRA và các sản phẩm thuốc nước đều là những dấu hiệu nhìn thấy được và được Cục SHTT cấp giấy chứng nhận nhãn hiệu hàng hoá cho sản phẩm dược. Tuy nhiên trong việc cấp nhãn hiệu này, Cục SHTT không xem xét đến khả năng sử dụng nhãn hiệu trên thực tế có sự tồn tại của sản phẩm này hay không.

1.2 Dấu hiệu có khả năng phân biệt

Điều 74 Luật SHTT quy định, *nhãn hiệu được coi là có khả năng phân biệt nếu được tạo thành từ một hoặc một số yếu tố dễ nhận biết, dễ ghi nhớ hoặc từ nhiều yếu tố kết hợp thành một tổng thể dễ nhận biết, dễ ghi nhớ và không thuộc các trường hợp quy định tại khoản 2 Điều này.* Nhãn hiệu SEFTRA và các sản phẩm thuốc nước đều thỏa mãn hai tiêu chí có khả năng phân biệt với các hàng hoá của các sản phẩm khác. Và các nhãn hiệu này không thuộc trường hợp các dấu hiệu không được bảo hộ với danh nghĩa nhãn hiệu (Điều 73 Luật SHTT)[4] và các nhãn hiệu bị coi là không có khả năng phân biệt (Điều 74 Luật SHTT)[5]. Như vậy, theo các quy định trên, các nhãn hiệu phải đáp ứng các điều kiện để phân biệt hàng hoá, dịch vụ của sản phẩm nhưng chưa có một tiêu chí đặc thù nào cho nhãn hiệu dược phẩm. Nhãn hiệu đối với dược phẩm là một hàng hoá đặc biệt nên phải có những điều kiện riêng so với nhãn hiệu của hàng hoá thông thường.

Điều kiện có khả năng phân biệt phải được thể hiện rõ ràng, không được trùng nhau. Trong Quyết định số 08/2003/HĐTP-DS ngày 26/02/2003 của Hội đồng thẩm phán Toà án nhân dân tối cao về tranh chấp nhãn hiệu "Phù Đổng Thiên Vương" và nhãn hiệu "Nhà Hàng Phù Đổng", Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao đã buộc Công ty Phù Đổng Thiên Vương không được phép sử dụng nhãn hiệu hàng hoá mang biển hiệu Nhà hàng Phù Đổng Thiên Vương và sử dụng logo có hình người cưỡi ngựa và dòng chữ Nhà hàng Phù Đổng Thiên Vương ở bao bì đũa ăn và bao bì giấy ăn trong kinh doanh dịch vụ ăn uống và giải

---

3 Bản án số 37/2017/KDTM-PT ngày 27/02/2017 của Toà án nhân dân cấp cao tại Hà Nội và Bản án số 52/2013/KDTM-ST ngày 14/01/2013 của Tòa án nhân dân TP. Hồ Chí Minh.

4 Điều 73 Luật SHTT năm 2005, luật sửa đổi bổ sung năm 2009 quy định các dấu hiệu sau đây không được bảo hộ với danh nghĩa nhãn hiệu:

1. Dấu hiệu trùng hoặc tương tự đến mức gây nhầm lẫn với hình quốc kỳ, quốc huy của các nước;
2. Dấu hiệu trùng hoặc tương tự đến mức gây nhầm lẫn với biểu tượng, cờ, huy hiệu, tên viết tắt, tên đầy đủ của cơ quan nhà nước, tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức chính trị xã hội - nghề nghiệp, tổ chức xã hội, tổ chức xã hội - nghề nghiệp của Việt Nam và tổ chức quốc tế, nếu không được cơ quan, tổ chức đó cho phép […]".

5 Khoản 2 Điều 74 Luật SHTT năm 2005, luật sửa đổi bổ sung năm 2009 quy định khả năng phân biệt của nhãn hiệu, theo đó, nhãn hiệu bị coi là không có khả năng phân biệt nếu nhãn hiệu đó là dấu hiệu thuộc một trong các trường hợp sau đây:

a) Hình và hình hình học đơn giản, chữ số, chữ cái, chữ thuộc các ngôn ngữ không thông dụng, trừ trường hợp các dấu hiệu này đã được sử dụng và thừa nhận rộng rãi với danh nghĩa một nhãn hiệu;

b) Dấu hiệu, biểu tượng quy ước, hình vẽ hoặc tên gọi thông thường của hàng hoá, dịch vụ bằng bất kỳ ngôn ngữ nào đã được sử dụng rộng rãi, thường xuyên, nhiều người biết đến […]".

khát. Điều này cho thấy các dấu hiệu của nhãn hiệu thông thường phải có khả năng phân biệt rõ ràng.

Điều kiện có khả năng phân biệt được nhãn hiệu trong thực tế có thể được lý giải dựa trên các căn cứ khác nhau. Tiêu chí dựa vào trình độ hiểu biết của người tiêu dùng có khả năng phân biệt được nhãn hiệu hay không, khác với tiêu chí mà những bác sĩ, dược sĩ có thể nhầm lẫn về nhãn hiệu thuốc.

1.3 Điều kiện về nghĩa vụ sử dụng nhãn hiệu

Để một nhãn hiệu có hiệu lực, không chỉ nhãn hiệu đó đáp ứng các điều kiện về khả năng phân biệt của nhãn hiệu thông thường mà chủ thể nắm giữ nhãn hiệu phải có nghĩa vụ sử dụng nhãn hiệu đó, vì mục đích của việc đăng ký nhãn hiệu là để sử dụng nhãn hiệu đó trên thị trường, tránh tình trạng đầu cơ nhãn hiệu. Thêm vào đó, việc sử dụng nhãn hiệu của sản phẩm dược có một ý nghĩa rất quan trọng trong việc lưu hành thuốc ra thị trường.

Khoản 2 Điều 136 Luật SHTT quy định về nghĩa vụ sử dụng nhãn hiệu: *Chủ sở hữu nhãn hiệu có nghĩa vụ sử dụng*[6] *liên tục nhãn hiệu đó. Trong trường hợp nhãn hiệu không được sử dụng liên tục từ năm năm trở lên thì quyền sở hữu nhãn hiệu đó bị chấm dứt hiệu lực theo quy định tại Điều 95 của Luật này.* Điều khoản này đã quy định một khoảng thời gian nhất định.

Khoản 1d Điều 95 Luật SHTT quy định không rõ ràng về việc chấm dứt hiệu lực của Giấy chứng nhận đăng ký nhãn hiệu hàng hóa. Trong Bản án SEFTRA, theo ý kiến của Cục Quản lý dược (Bộ Y tế) thì Giấy chứng nhận đăng ký nhãn hiệu hàng hóa được cấp năm 2007 và được cấp lại lần đầu tiên vào năm 2013. Như vậy đã có sự kiểm tra thông tin về hiệu lực của nhãn hiệu hàng hoá này có được sử dụng hay không của Cục SHTT. Tuy nhiên, vào năm 2016, Cục SHTT lại ra quyết định chấm dứt hiệu lực Giấy chứng nhận đăng ký nhãn hiệu hàng hóa với lý do là nhãn hiệu hàng hoá này không được sử dụng tại Việt Nam. Như vậy, sau 9 năm, Cục SHTT mới phát hiện ra việc nhãn hiệu này không được sử dụng trên thực tế, việc này thể hiện sự mất kiểm soát trong việc quản lý các nhãn hiệu dược phẩm. Cho đến khi Cục Quản lý dược phát hiện ra từ năm 2007 đến năm 2015 đã không cấp số lưu hành cho hàng hoá dược phẩm mang nhãn hiệu này thì Cục SHTT mới có cơ sở để xác nhận chấm dứt hiệu lực. Vấn đề này thể hiện sự không chặt chẽ trong việc quản lý sản phẩm dược.

1.4 Điều kiện về cấp phép lưu hành sản phẩm thuốc

Một sản phẩm thuốc sau khi được đưa ra thị trường phải đáp ứng những nhiều điều kiện nhất định, khắt khe hơn nhãn hiệu hàng hoá thông thường, trong đó có việc các sản phẩm thuốc này phải thỏa mãn các điều kiện nhất định. Trong Bản án số 37/2017/KDTM-PT, từ ngày 22/8/2013, Công ty Kim Đồng là chủ Giấy chứng nhận số 81173 cấp theo Quyết định số 1921/QĐ-SHTT ngày 12/8/2013 chứng nhận Công ty Square là chủ Giấy chứng nhận cấp theo Quyết định

6 Khoản 5 Điều 124 Luật SHTT quy định sử dụng nhãn hiệu là việc thực hiện các hành vi sau đây:
a) Gắn nhãn hiệu được bảo hộ lên hàng hoá, bao bì hàng hoá, phương tiện kinh doanh, phương tiện dịch vụ, giấy tờ giao dịch trong hoạt động kinh doanh;
b) Lưu thông, chào bán, quảng cáo để bán, tàng trữ để bán hàng hoá mang nhãn hiệu được bảo hộ;
c) Nhập khẩu hàng hoá, dịch vụ mang nhãn hiệu được bảo hộ.
Quy định này được cụ thể hoá tại Điều 21 Nghị định số 103/2006/CP.

số 4446/QĐ-SHTT ngày 14/6/2007 đăng ký mẫu nhãn hiệu SEFTRA; loại nhãn hiệu: thông thường; nhóm 5: Dược phẩm, chuyển nhượng toàn bộ quyền sở hữu đối tượng sở hữu công nghiệp cho Công ty Kim Đồng theo Quyết định số 2035/QĐ SHTT ngày 22/8/2013. Văn bản số 651/QLD-DK ngày 24/01/2017 Cục Quản lý dược xác định: từ ngày 16/4/2007 đến ngày 17/07/2015 không cấp số đăng ký lưu hành cho sản phẩm hàng hoá dược phẩm thuốc mang nhãn hiệu SEFTRA. Từ năm 2010 đến nay chưa cấp phép nhập khẩu thuốc nào có tên thuốc là SEFTRA, nên ngày 07/3/2016, Cục SHTT đã ra Quyết định số 811/QĐ-SHTT chấm dứt hiệu lực đối với Giấy chứng nhận đăng ký số 81173 của Công ty Kim Đồng. Các cơ quan có thẩm quyền phát hiện ra việc chủ sở hữu không sử dụng nhãn hiệu khi có xảy ra tranh chấp mà không có một cơ chế kiểm soát cho thích hợp. Điều 95 Luật SHTT quy định thời hạn là năm năm để xác định một nhãn hiệu có hiệu lực hay không. Thời hạn này cũng trùng với thời hạn mà chủ sở hữu phải nộp lệ phí duy trì hiệu lực của văn bằng bảo hộ. Tuy nhiên, thời hạn năm năm là quá dài để làm căn cứ xác định một nhãn hiệu có hiệu lực hay không. Một mặt, quy định này thuận lợi cho các cơ quan quản lý vì có thể đồng nhất hai khoảng thời gian nộp phí duy trì và kiểm tra tình trạng sử dụng nhãn hiệu. Mặt khác, quy định này lại gây thiệt hại cho người tiêu dùng vì để xảy ra tình trạng đầu cơ nhãn hiệu ảnh hưởng đến cạnh tranh. Bên cạnh đó, trên thực tế xảy ra trường hợp hết thời hạn sử dụng nhãn hiệu mà người đăng ký nhãn hiệu không muốn duy trì nhãn hiệu nữa, một người khác sản xuất sản phẩm cùng loại có gắn nhãn hiệu này, thì không thể xử lý trường hợp này là hành vi xâm phạm nhãn hiệu vì nhãn hiệu này không còn thời gian bảo hộ[7]. Trong bản án thứ nhất, việc chấm dứt sử dụng nhãn hiệu do Cục SHTT phát hiện. Bản án thứ hai, việc chấm dứt sử dụng do việc phát hiện không còn sản phẩm này trên thị trường. Tại sao hậu quả của việc chấm dứt nhãn hiệu không phải là thu hồi, đình chỉ hay huỷ bỏ nhãn hiệu đó? Có nhiều tranh luận xung quanh vấn đề này. Tuy nhiên theo cách tiếp cận của chúng tôi, có thể quy định theo hướng chấm dứt hiệu lực của văn bằng bảo hộ nhãn hiệu do không còn đáp ứng các điều kiện bảo hộ là hợp lý.

1.5 Các quy định về điều kiện quản lý SHTT về dược phẩm

Bên cạnh những điều kiện chung về nhãn hiệu đối với hàng hoá thông thường còn có các điều kiện về đăng ký sản phẩm dược do Bộ Y tế quy định. Điều 13 Thông tư số 44/2014/TT-BYT của Bộ Y tế Quy định việc đăng ký thuốc quy định mối liên hệ giữa việc đăng ký thuốc và lưu hành:

"1. Cơ sở đăng ký thuốc chịu trách nhiệm về SHTT đối với thuốc đăng ký lưu hành.

2. Các cơ sở đăng ký thuốc xác lập quyền về SHTT hoặc tiến hành tra cứu các đối tượng SHTT có liên quan trước khi đăng ký lưu hành thuốc tại Việt Nam.

3. Trường hợp có tranh chấp về SHTT trong khi xem xét cấp số đăng ký, bên phản đối việc cấp số đăng ký cho thuốc có tranh chấp về SHTT phải cung cấp kết luận của cơ quan quản lý nhà nước về SHTT hoặc cơ quan có chức năng thực thi quyền SHTT về hành vi xâm phạm quyền SHTT. Bộ Y tế không cấp số đăng ký lưu hành cho thuốc đó nếu có đủ cơ sở để khẳng định thuốc khi được cấp số đăng ký lưu hành sẽ xâm phạm quyền SHTT đang được bảo hộ của cá nhân, tổ chức khác".

7 Xem thêm:Tưởng Duy Lượng, Xử lý xâm phạm hàng giả và SHTT, Tạp chí Tòa án nhân dân năm 2018.

Như vậy, đăng ký xác lập quyền SHTT là điều kiện tiên quyết trước khi đăng ký lưu hành. Như vậy Cục Quản lý dược và Cục SHTT phải có mối liên hệ mật thiết với nhau trong việc bảo hộ quyền SHTT của sản phẩm thuốc.

2. Một số bất cập của pháp luật về điều kiện bảo hộ nhãn hiệu dược phẩm

Dược phẩm là một đối tượng đặc biệt được điều chỉnh với nhiều quy định khác nhau. Các nhãn hiệu dược phẩm phải được bảo hộ thông qua các quy trình khác nhau. Ngoài việc nhãn hiệu của sản phẩm dược thể hiện tên sản phẩm hoặc tên công ty sản xuất, ở châu Âu, một sản phẩm muốn được lưu hành trên thị trường phải thông qua Cơ quan quản lý thuốc (European Medicines Agency EMA), theo đó, những nhãn hiệu này phải thoả mãn những điều kiện được quy định tại Điều 1(20) của Chỉ thị 2001/83/EC[8] về việc quản lý các sản phẩm dược phẩm được sử dụng trên người. Tên của dược phẩm là tên của sáng chế sản phẩm thuốc, tên chung hoặc tên khoa học, kết hợp với tên của nhãn hiệu hoặc tên của doanh nghiệp. Tại Việt Nam nhãn hiệu của các sản phẩm dược chưa được quản lý lưu hành thật sự chặt chẽ, vì trên thực tế, Luật SHTT năm 2005 quy định về nghĩa vụ sử dụng nhãn hiệu, áp dụng cho sản phẩm dược nhưng không có cơ chế kiểm tra, mãi đến khi có tranh chấp mới phát hiện sự việc.

Bản án số 37/2017/KDTM-PT ngày 27/02/2017 của Toà án nhân dân cấp cao tại Hà Nội [9], liên quan đến việc xem xét các điều kiện của sản phẩm thuộc nhóm đối tượng dược phẩm được cấp nhãn hiệu của sản phẩm dược SEFTRA. Việc cấp nhãn hiệu dược phẩm này không xem xét đến việc sản phẩm này có được sử dụng trên thị trường hay không là một thiếu sót trong việc phối hợp quản lý. Hậu quả là những nhãn hiệu này không được sử dụng trên thực tế nên bị chấm dứt hiệu lực. Trong bản án sơ thẩm, Toà án đã xét xử vụ án theo hướng chấp nhận yêu cầu của nguyên đơn là Công ty Kim Đồng yêu cầu Công ty CVS phải bồi thường cho nguyên đơn vì vi phạm quyền đối với nhãn hiệu hàng hoá. Tuy nhiên, trong bản án phúc thẩm, do Giấy chứng nhận đăng ký nhãn hiệu hàng hóa chấm dứt hiệu lực, Toà án lại chấp nhận một phần yêu cầu phản tố của bị đơn và thay đổi mức bồi thường tổn thất về cơ hội kinh doanh do Giấy chứng nhận đăng ký nhãn hiệu hàng hóa chấm dứt hiệu lực.

Bản án số 52/2013/KDTM-ST ngày 14/01/2013 của Tòa án nhân dân TP. Hồ Chí Minh[10]: Cơ sở Hinh Hoà khởi kiện Công ty Huỳnh Ký yêu cầu chấm dứt hành vi xâm

8 Directive 2001/83/EC of the European parliament and of the Council of 6 november 2001 on the community Code relating to medicinal products for human use (OJ l 311, 28.11.2001, p. 67).

9 Nội dung bản án "Ngày 19/02/2014, Cty Kim Đồng khởi kiện cho rằng từ tháng 12/2012, Cty CVS đã sử dụng các dấu hiệu "SEXTRA", "SEXtra và hình" gắn trên bao bì sản phẩm, giấy tờ giao dịch và quảng cáo… gây nhầm lẫn và xâm phạm quyền sở hữu đối với nhãn hiệu "SEFTRA" của Cty Kim Đồng đang được bảo hộ theo Điều 129.1c Luật Sở hữu trí tuệ. Yêu cầu Cty CVS chấm dứt hành vi xâm phạm, cải chính xin lỗi đăng tải trên phương tiện thông tin đại chúng (đăng báo) và phải bồi thường 2.230.595.000 đồng."

10 Nội dung bản án, "Tại đơn khởi kiện ngày 18/7/2011 của ông Lâm Tòng Thanh, chủ cơ sở Hinh Hòa cũng như trong quá trình giải quyết vụ án và tại phiên tòa sơ thẩm hôm nay, phía nguyên đơn yêu cầu bị đơn phải chấm dứt hành vi vi phạm nhãn hiệu hàng hóa và kiểu dáng công nghiệp của Cở sở Hinh Hòa đối với những dòng sản phẩm sau:

Thuốc nước: Hạnh Đức Khu Phong Tê Thấp Thủy.

Thuốc nước: Hạnh Đức Mát Gan Bổ Thận Thủy.

Thuốc nước: Hạnh Đức Khang Nhi Bửu.

Thuốc nước: Hạnh Đức An Phế Thủy".

phạm nhãn hiệu hàng hoá và kiểu dáng công nghiệp đối với các sản phẩm thuốc nước. Tuy nhiên, những sản phẩm thuốc này không còn sản xuất trên thực tế.

Cả hai bản án này đều liên quan đến điều kiện có hiệu lực của nhãn hiệu hàng hoá dược phẩm. Trong đó xuất hiện tình trạng nhãn hiệu về dược phẩm đã đăng ký nhãn hiệu hàng hoá nhưng không sản xuất, lưu thông thuốc hoặc không còn sản xuất sản phẩm dược mang nhãn hiệu này nữa mà không bị chấm dứt hay huỷ bỏ hiệu lực, cho đến khi có xác nhận của Cục Quản lý dược thì Cục SHTT mới có căn cứ để chấm dứt hiệu lực của Giấy chứng nhận đăng ký nhãn hiệu hàng hóa đối với sản phẩm dược này. Điều này thể hiện sự không chặt chẽ của quy định về điều kiện chấm dứt hiệu lực của nhãn hiệu hàng hóa, gây ra sự lúng túng của Toà án trong việc giải quyết các tranh chấp liên quan đến nhãn hiệu dược phẩm.

3. Đề xuất kiến nghị

Căn cứ vào những yêu cầu về điều kiện có hiệu lực của nhãn hiệu dược phẩm, cần sửa đổi quy định của Luật SHTT về thời hạn sử dụng nhãn hiệu theo hướng rút ngắn hơn để đảm bảo tính hiệu quả của nhãn hiệu như là một dấu hiệu gắn lên hàng hoá, dịch vụ của sản phẩm, theo đó:

- Sửa đổi điểm d khoản 1 Điều 95 Luật SHTT theo hướng rút ngắn thời gian bảo vệ hiệu quả cho nhãn hiệu:

- Nhãn hiệu không được chủ sở hữu hoặc người được chủ sở hữu cho phép sử dụng trong *thời hạn ba năm liên tục* trước ngày có yêu cầu chấm dứt hiệu lực mà không có lý do chính đáng, trừ trường hợp việc sử dụng được bắt đầu hoặc bắt đầu lại trước ít nhất *ba tháng* tính đến ngày có yêu cầu chấm dứt hiệu lực.

Như vậy, điều kiện bảo hộ đối với nhãn hiệu dược phẩm được cụ thể hơn, đáp ứng các điều kiện của nhãn hiệu thông thường và điều kiện của nhãn hiệu của sản phẩm dược.

Ngoài ra, quy định một khoảng thời gian hợp lý về nghĩa vụ sử dụng nhãn hiệu là "ba năm" cho phù hợp. Riêng đối với sản phẩm dược cần phải quy định thêm nghĩa vụ thông báo về tình trạng sản phẩm có được sử dụng hay không. Việc đưa ra quy định chặt chẽ về thời hạn chấm dứt nhãn hiệu góp phần giảm thiểu tranh chấp xảy ra, đặc biệt góp phần quản lý tốt hơn sản phẩm dược. Ngoài ra, quy định về nhãn hiệu dược phẩm cũng cần có những cơ chế chặt chẽ hơn để điều chỉnh vì nó ảnh hưởng trực tiếp đến các hành vi sản xuất, buôn bán hàng giả và những vi phạm liên quan đến hành vi xâm phạm SHTT về nhãn hiệu■

TÀI LIỆU THAM KHẢO :

1. Luật Dược 2016
2. Luật SHTT 2005, Luật sửa đổi năm 2009.
3. Thông tư số 08/2004/TT-BYT hướng dẫn việc quản lý các sản phẩm thực phẩm chức năng.
4. Thông tư số 44/2014/TT-BYT Quy định việc đăng ký thuốc.

ÁP DỤNG QUY ĐỊNH TRƯỜNG HỢP NGOẠI LỆ VỀ MÔI TRƯỜNG TRONG PHÁP LUẬT ĐẦU TƯ QUỐC TẾ VÀ MỘT SỐ SO SÁNH VỚI THỰC TIỄN VIỆT NAM

Trần Thăng Long*

* TS. Phó Trưởng khoa Ngoại ngữ Pháp lý, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh

Thông tin bài viết:

Từ khóa: trường hợp ngoại lệ, hiệp ước đầu tư, sung công, môi trường, luật đầu tư quốc

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 17/09/2018
Biên tập : 02/12/2018
Duyệt bài : 07/12/2018

Tóm tắt:

Hiện nay, các hiệp định đầu tư thường có quy định về trường hợp ngoại lệ, trong đó tạo cơ sở pháp lý cho quốc gia tiếp nhận đầu tư thực hiện các biện pháp can thiệp dẫn đến việc tước quyền sở hữu của nhà đầu tư. Điều quan trọng là, một khi các biện pháp truất hữu được thực hiện trên cơ sở các ngoại lệ về môi trường, các quốc gia cần cân nhắc và chuẩn bị kỹ lưỡng về cơ sở pháp lý, cơ sở khoa học và các luận cứ cho hành vi của mình và lưu ý đến vấn đề bồi thường một cách hợp lý và thỏa đáng cho các nhà đầu tư.

Article Infomation:

Keywords: exceptions, investment treaty, expropriation, environment, international investment law.

Article History:

Received : 17 Sep. 2018
Edited : 02 Dec. 2018
Approved : 07 Dec. 2018

Abstract

Currently, investment treaties often retain the provisions on exception cases, which provide the legal ground for the host country to implement interventions to the deprivation of investor ownership. It is important that, once deprivation measures are taken on the basis of environmental exceptions, the host countries should carefully consider and prepare the legal grounds, scientific justifications and arguments for their behavior and attention to the issue of compensation reasonable and satisfactory for the investors.

1. Ngoại lệ về môi trường trong luật đầu tư quốc tế

1.1. Khái quát chung

Luật đầu tư quốc tế có những ngoại lệ cho việc áp dụng và tuân thủ các cam kết quốc tế của các quốc gia tiếp nhận đầu tư. Mục đích chung của các ngoại lệ là tạo ra công cụ cân bằng giữa yêu cầu của bảo hộ đầu tư nước ngoài và bảo vệ các giá trị hoặc các mục tiêu khác, do đó chúng là cơ sở để các quốc gia liên quan tiến hành các hành động đối với nhà đầu tư, ví dụ như nhằm bảo vệ sức khỏe con người, môi trường[1]. Về cơ bản, các ngoại lệ trong luật đầu tư quốc

1 Đại học Luật Hà Nội (2017), Giáo trình Luật Đầu tư quốc tế, Nxb. Thanh Niên, Hà Nội, tr. 611.

tế bao gồm: các ngoại lệ chung, các ngoại lệ cụ thể nêu ra trong các hiệp định đầu tư và những ngoại lệ riêng cho từng quốc gia. Trong đó, các ngoại lệ chung thường gắn với việc thực thi các nguyên tắc về bảo hộ đầu tư, về cơ bản tương tự như Điều XX của GATT[2] và Điều XIV của GATS trong khuôn khổ WTO.

Các ngoại lệ về môi trường thường có thể hiểu là những ngoại lệ mà trong đó, lý do về môi trường là cơ sở của việc áp dụng các biện pháp, bao gồm việc bảo vệ, gìn giữ và ngăn ngừa những nguy cơ tác động tiêu cực đến môi trường. Hiện nay, các hiệp định đầu tư có quy định về trường hợp ngoại lệ này, thể hiện dưới dạng "sự cần thiết để bảo vệ sức khỏe của con người, động thực vật" và "liên quan đến việc bảo tồn các tài nguyên có thể bị cạn kiệt của quốc gia". Các ngoại lệ về môi trường là cơ sở của việc tiến hành biện pháp truất hữu và cũng là tiêu chí để đánh giá tính "hợp pháp" của biện pháp truất hữu mà quốc gia tiếp nhận đầu tư đã thực hiện. Các ngoại lệ này chính là những ngoại lệ chung của các hiệp định đầu tư và là một các cơ sở dẫn đến việc áp dụng các biện pháp truất hữu dựa trên lý do về môi trường. Nhìn chung bao gồm các dạng: (i) lý do bảo vệ môi trường là cơ sở dẫn đến việc truất hữu, thông thường là truất hữu gián tiếp; (ii) biện pháp truất hữu được thực hiện dựa trên cơ sở của những vi phạm pháp luật của nhà đầu tư về vấn đề bảo vệ môi trường, trong đó bao gồm việc phòng tránh các thảm họa môi trường hoặc sau khi xử lý các sự cố nghiêm trọng về môi trường.

1.1. Điều kiện áp dụng các ngoại lệ về môi trường

Trong các hiệp định đầu tư quốc tế, các ngoại lệ về môi trường nhìn chung được mô phỏng theo Điều XX của GATT. Vì vậy, chúng sẽ được giải thích dựa trên cơ sở các giải thích của GATT. Nói cách khác, căn cứ để giải thích tính phù hợp của các biện pháp áp dụng dựa trên lý do về môi trường sẽ được giải thích theo đúng cách giải thích của Điều XX của GATT và đã được làm rõ qua một số vụ kiện tại WTO[3].

Thực tiễn phân xử tranh chấp của WTO cho thấy, để một biện pháp rơi vào phạm vi của đoạn (b) Điều XX, là một biện pháp "cần thiết để bảo vệ cuộc sống hoặc tình trạng sức khoẻ con người, động vật hoặc thực vật". Trong khi đó, để rơi vào phạm vi của đoạn (g) Điều XX, một biện pháp phải "liên quan đến việc bảo tồn tài nguyên thiên nhiên có thể cạn kiệt". Thuật ngữ "liên quan đến" được định nghĩa là "có liên quan đến, được kết nối với". Tuy nhiên, giữa đoạn (b) và (g) có những sự khác nhau. Đoạn (b) của Điều XX cho phép các quốc gia có thể có những hoạt động hạn chế "cần thiết" nhằm mục đích bảo vệ sức khỏe con người và động thực vật trong khi ở đoạn (g) thì quy định này lại được áp dụng ở một tiêu chuẩn thấp hơn, đó là chỉ cần "liên quan" đến việc bảo vệ nguồn tài nguyên thiên nhiên có thể bị cạn kiệt và biện pháp này phải được áp dụng song song với các biện pháp hạn chế sản xuất và tiêu dùng trong nước.

---

2 GATT - General Agreement on Tariffs and Trade: Hiệp ước chung về thuế quan và mậu dịch.

3 Xem vụ EC - Các biện pháp ảnh hưởng tới sản phẩm chứa a-mi-ăng và a-mi-ăng, WT/DS135/AB/R 443; Vụ Trung Quốc - Các biện pháp liên quan đến xuất khẩu các nguyên liệu thô, 355, WT/DS394/AB/R,WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R (ngày 30/1/2012); Vụ Hoa Kỳ - Các tiêu chuẩn đối với xăng dầu thường và xăng dầu tái chế, 22 WT/DS2/AB/R (ngày 29/4/1996; Vụ Thái Lan - Hạn chế nhập khẩu và áp thuế nội địa với thuốc lá, DS10/R-37S200 (ngày 05/10/1990).

Để đảm bảo rằng các biện pháp môi trường này không được áp dụng tùy tiện và không được sử dụng như một biện pháp bảo hộ trá hình, đoạn mở đầu của Điều XX có quy định 3 điều kiện để một thành viên có thể xem xét để áp dụng các biện pháp này: *Một là,* không tạo ra công cụ phân biệt đối xử tùy tiện; *Hai là,* không tạo ra sự phân biệt đối xử một cách vô lý; *Ba là,* không tạo ra một sự hạn chế trá hình đối với thương mại.

Như vậy các ngoại lệ tại Điều XX nói chung và tại đoạn (b) và (g) nói riêng là những ngoại lệ đối với các nghĩa vụ của một quốc gia thành viên. Tuy nhiên, các ngoại lệ này phải được thực hiện kèm theo những nghĩa vụ và điều kiện nhất định. Chính vì lý do đó, khi một quốc gia muốn áp dụng những ngoại lệ liên quan đến môi trường này họ phải chứng minh được rằng biện pháp mà mình áp dụng có được đề cập đến trong đoạn (b) và (g) hay không và có thỏa mãn những quy định của đoạn mở đầu của Điều XX hay không.

Tóm lại, theo thực tiễn của GATT 1947 và WTO, việc giải thích và áp dụng đúng Điều XX GATT phải được thực hiện bằng một cuộc kiểm tra gồm ba bước[4]: *Thứ nhất,* xác định xem chính sách theo đuổi của thành viên với việc áp dụng các biện pháp được đề cập đến có rơi vào phạm vi của các chính sách và động cơ liệt kê ở các đoạn từ (a) đến (j) hay không; *thứ hai,* tùy thuộc vào từng đoạn cụ thể từ (a) đến (j) nêu trên, xác định xem liệu biện pháp đó phải là 'cần thiết' hoặc 'liên quan đến' việc theo đuổi chính sách hay không; *thứ ba,* biện pháp này cần phải được áp dụng phù hợp với đoạn mở đầu của Điều XX hay không.

1.3. Trách nhiệm bồi thường

Như trên đã phân tích, nguyên tắc trách nhiệm đền bù của bên gây ô nhiễm là nguyên tắc nền tảng của luật quốc tế về môi trường. Tuy nhiên, trong luật đầu tư quốc tế, nguyên tắc này chưa nhận được sự ủng hộ cần thiết để trở thành cơ sở pháp lý loại trừ trách nhiệm của nhà nước[5]. Về cơ bản, hầu hết các Hiệp định đầu tư song phương (BITs) đều bảo vệ nhà đầu tư khỏi việc bị truất hữu gián tiếp và các biện pháp có tác động tương đương và rất ít trường hợp quy định tình huống mà nhà nước không phải bồi thường khi áp dụng các biện pháp này.

Theo Dự thảo Công ước Havard về trách nhiệm quốc tế của nhà nước với thiệt hại của người nước ngoài thì việc tịch thu tài sản do ban hành chính sách nhằm đảm bảo trật tự công, đạo đức hoặc sức khỏe cộng đồng thì không phải bồi thường. Theo Julien Chaisse, tập quán quốc tế cho phép nhà nước có linh hoạt pháp lý trong một số tình huống đặc biệt và trong trường hợp không có ngoại trừ nào trong hiệp định thì nước nhận đầu tư cũng có thể biện giải biện pháp của mình theo thông lệ quốc tế. Những quy tắc này vẫn áp dụng trong trường hợp hiệp định không có quy định về an ninh quốc gia. Điều quan trọng là xác định được mức độ được phép ngoại trừ theo thông lệ quốc tế. Các trường hợp này gồm trường hợp bất khả kháng, tình cảnh hiểm nghèo và trường hợp cần thiết[6].

---

4 Xinjie Luan & Julien Chaisse (2011), 'Preliminary Comments on the WTO Seals Products Dispute: Traditional Hunting, Public Morals and Technical Barriers to Trade', 22 Colo. J. Int'l envtl. l. & pol'y 79 (2011), dẫn trong Đại học Luật Hà Nội (2017), tlđd, tr. 618.

5 Xem Rahim Moloo, Justin Jacino (2011), 'Environmental and Health Regulation: Assessing Liability under Investment Treaties', Berkeley Journal of International Law, Volume 29(1).

6 Julien Chaisse, bài giảng tại khóa đào tạo nâng cao về Luật đầu tư quốc tế và giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và chính phủ nước tiếp nhận đầu tư, Hà Nội, ngày 07-11/11/2016.

2. Thực tiễn áp dụng

Thực tiễn giải quyết tranh chấp về đầu tư quốc tế cho thấy, hầu hết các trường hợp tranh chấp giữa nhà đầu tư và quốc gia tiếp nhận đầu tư là có liên quan đến biện pháp truất hữu, tuy nhiên, chủ yếu là các biện pháp truất hữu gián tiếp. Trong hai thập kỷ vừa qua, các tranh chấp phát sinh giữa nhà đầu tư và nhà nước liên quan đến chính sách môi trường được xem xét ở các cơ quan trọng tài đầu tư quốc tế cho thấy, các biện pháp bị kiện liên quan đến khá nhiều lĩnh vực môi trường như chất thải nguy hại, đa dạng sinh học, ô nhiễm nước, không khí[7].

Cần phải nhắc lại rằng, nếu việc tước đoạt trực tiếp phục vụ mục đích công cộng, ví dụ bảo vệ môi trường, được thực hiện một cách không phân biệt đối xử và phù hợp với quy trình pháp luật, quốc gia tiến hành trả tiền bồi thường nhanh chóng, đầy đủ, hiệu quả và việc tước đoạt sẽ được coi là hợp pháp.

** Chấm dứt dự án đầu tư nhằm ngăn ngừa nguy cơ gây ô nhiễm môi trường*

Về biện pháp này, vụ Metalclad và Mexico[8] được xem là một trong những vụ việc tiêu biểu. Trong vụ việc này, chính quyền địa phương tại tiểu bang San Luis Potos, Mexico đã từ chối cho phép nhà máy của Metalclad, một công ty của Hoa Kỳ hiện đang quản lý một cơ sở xử lý chất thải nguy hại tại Mexico triển khai xây dựng dự án và hoạt động, dựa trên những bằng chứng cho rằng có khả năng chất thải được xử lý tại nhà máy sẽ làm ô nhiễm nguồn nước địa phương. Đồng thời, cơ sở để chấm dứt dự án này là do có các cuộc biểu tình công khai liên tục phản đối hoạt động của công ty này. Sau đó, tiểu bang này cũng đã thông qua một Nghị quyết sinh thái. Nghị quyết tuyên bố một khu vực bảo tồn tự nhiên (bao gồm cả bãi rác) để bảo vệ các loài xương rồng quý hiếm. Quan điểm của phía Mexico là việc chấm dứt các hoạt động của Metalclad dựa trên mục đích công cộng, cụ thể là việc bảo vệ môi trường trước nguy cơ gây ô nhiễm do hoạt động của dự án chôn lấp chất thải nói trên.

Metalclad sau đó đã khởi kiện chính phủ Mexico, đòi bồi thường số tiền lên đến 90 triệu USD để bù đắp thiệt hại phát sinh. Công ty này cáo buộc chính quyền Mexico đã vi phạm một loạt các nguyên tắc về bảo hộ đầu tư và việc truất hữu mang tính phân biệt đối xử và được tiến hành không đúng thủ tục. Một Tòa án theo cơ chế bổ sung của ICSID đã thụ lý vụ việc và sau đó đưa ra phán quyết ủng hộ nhà đầu tư. Phía Mexico đã yêu cầu xem xét phán quyết này tại một Tòa án ở Canada. Toà này hủy bỏ một phần của phán quyết nhưng vẫn yêu cầu Mexico phải bồi thường cho nhà đầu tư.

** Từ chối gia hạn giấy phép thực hiện dự án*

Biện pháp này được minh họa thông qua vụ *Tecmed và Mexico.* Technicas Medioambientales Tecmed S.A. (bên nguyên đơn) là một công ty Tây Ban Nha và là công ty mẹ của Technicas medioambientales Mexico, S.A. de C.V. (Tecmed), sở hữu 99% cổ phần của Tecmed, một công ty được thành lập theo luật pháp Mexico. Tecmed lại nắm giữ hơn 99% cổ phần của Cytrar, S.A. de C.V. (Cytrar) cũng là một công ty Mexico.

7 Nathalie Bernasconi-Osterwalder và Lise Johnson (2011), International Investment Law and Sustainable Development – Key cases from 2000 - 2010, International Institute for Sustainable Development.

8 Metalclad Corp. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award (Metalclad Award), 30 August 2000, https://www.italaw.com/cases/671

Cytrar đã được cấp phép nhằm thực hiện dự án chôn lấp chất thải công nghiệp nguy hại (bãi rác) tại khu đô thị của Hermosillo, nằm ở bang Sonora, Mexico bởi cơ quan chính phủ Mexico là INE vào năm 1996. Đến năm 1998, INE ban hành nghị quyết từ chối gia hạn giấy phép và thay vào đó tìm cách để Cytrar đóng bãi rác. Lý do mà INE nêu ra là do sự thay đổi chính quyền của thành phố Hermosillo. Tecmed cho rằng việc không gia hạn giấy phép cấu thành việc chiếm đoạt tài sản, và do đó đã khởi kiện đòi bồi thường thiệt hại vật chất và danh tiếng cũng như lợi ích liên quan đến thiệt hại vào thời điểm INE từ chối đơn xin gia hạn.

Trong vụ này, nhà đầu tư cho rằng chính quyền Mexico đã phân biệt đối xử và không thực hiện đối xử công bằng và bình đẳng cũng như đã thực hiện truất hữu tài sản của họ. Tòa Trọng tài giải quyết vụ việc đã lập luận theo hướng có lợi cho nhà đầu tư, kết luận rằng hành động từ chối gia hạn giấy phép đã tạo nên một sự truất hữu. Điều quan trọng là, các yếu tố thúc đẩy việc từ chối của INE chủ yếu là vì lý do chính trị và không phải môi trường, và mong muốn của cộng đồng là không quá lớn để dẫn đến khủng hoảng xã hội hay bất ổn công cộng, từ đó khó có thể cho rằng lợi ích công cộng bị ảnh hưởng là lớn hơn việc mất đi tài sản của phía Tecmed. Từ đó, Tòa Trọng tài kết luận rằng, nghị quyết của INE là không phù hợp, nghị quyết và hiệu lực của nó dẫn đến việc tước quyền vi phạm các hiệp định và luật pháp quốc tế[9].

** Cấm thực hiện dự án vì lý do môi trường*

Vụ kiện S.D. Myers, Inc. v Canada[10] là một ví dụ tiêu biểu. S.D. Myers, Inc. ("SDMI") là một công ty Hoa Kỳ có đầu tư ở Canada với tên gọi là Myers Canada. Một trong các lĩnh vực kinh doanh chủ chốt của SDMI là xử lý Polychlorinated biphenyl (PCB). Đây là một chất nguy hại đến môi trường sử dụng chủ yếu trong các thiết bị điện. MYERS Canada được thành lập để thu gom chất thải PCB của Canada để xử lý bởi SDMI tại cơ sở ở Hoa Kỳ.

Năm 1980, Hoa Kỳ đóng cửa biên giới đối với chất thải PCB nhưng vào mùa thu 1995 Hoa Kỳ lại cấp phép cho SDMI trong 25 tháng để nhập khẩu chất thải PCB từ Canada. Ngay sau đó, Canada đã ra một lệnh cấm xuất khẩu PCB sang Hoa Kỳ do đó khiến SDMI và cơ sở đầu tư của bên này ở Canada không tiến hành được hoạt động dự kiến. SDMI đã khiếu nại theo Chương 11 NAFTA rằng lệnh cấm của Canada vi phạm nghĩa vụ NAFTA. Tòa Trọng tài kết luận rằng, lệnh cấm của Canada không phải vì lý do môi trường như Canada nêu. Trái lại, lệnh cấm này chủ yếu nhằm bảo hộ ngành xử lý chất thải PCB của Canada trong cuộc cạnh tranh với Hoa Kỳ và ưu đãi hơn cho doanh nghiệp của Canada so với doanh nghiệp nước ngoài. Tòa kết luận, SD Myers và cơ sở đầu tư của bên này tại Canada bị ngăn cản thực hiện hoạt động kinh doanh dự kiến. Đây là một bất lợi rõ ràng cho bên này so với các đối thủ cạnh tranh Canada. Vì thế Tòa Trọng tài đã kết luận rằng việc ban hành lệnh cấm là vi phạm Điều 1102.

** Xử phạt vi phạm về môi trường như một biện pháp truất hữu gián tiếp*

9 Tecnicas Medioambientales Tacmed S.A.("Tecmed") v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 43 I.L.M. 133 (2004).

10 S.D. Meyers v. Government of Canada, UNCITRAL, 2002

Vụ công ty Newmont làm ô nhiễm Vịnh Buyat, Indonesia là một ví dụ điển hình. Vụ việc này tương tự như trường hợp vụ việc của Vedan và Formosa ở Việt Nam. Trong vụ kiện này, PT Newmont Minahasa Raya là một công ty con của tập đoàn khai thác mỏ Newmont đã tiến hành dự án khai thác mỏ vàng Mesel ở Bắc Sulawesi, Indonesia từ năm 1996 đến năm 2004. Dự án này sau đó chấm dứt hoạt động vì lý do đã khai thác hết quặng vàng ở đây. Newmont đã được phép đổ chất thải đá là phần đá được nghiền mịn sau khi tách và lấy ra vàng theo một đường ống dẫn dài 900 mét trên đáy biển ở độ sâu 82 mét tại vịnh Buyat Bay. Sau khi việc thải đổ được tiến hành đã gặp phải phản ứng quyết liệt từ các cộng đồng địa phương và các tổ chức phi chính phủ khi tuyên bố rằng các chất thải này đã làm gây ô nhiễm Vịnh Buyat đồng thời gây ra tác động bất lợi cho sức khỏe của các cư dân địa phương. Trên cơ sở của những phản ứng này, một số nghiên cứu được thực hiện dưới sự ủy quyền bởi cả Chính phủ Indonesia và Newmont. Kết quả là trong nước đã phát hiện có chất asenic và thủy ngân ở nồng độ cao. Đáng chú ý là, một nghiên cứu của Chính phủ Indonesia đã cho thấy chất thải từ mỏ vàng để lại hàm lượng asen và thủy ngân cao trong trầm tích trên đáy vịnh, sau đó chúng được thẩm thấu vào các sinh vật sống dưới tầng đáy là thức ăn cho các loài cá trong vùng biển này. Nghiên cứu này sau đó đã khuyến cáo người dân giảm tiêu thụ cá và nêu ra phương án di dời làng chài với 300 cư dân khỏi khu vực này.

Bộ Môi trường Indonesia đã tuyên bố rằng, Newmont đã không được phép đưa ra môi trường lượng chất thải lớn như vậy. Đồng thời, Bộ khẳng định hành vi đổ chất thải ra biển của Newmont là đã vi phạm Quy định số 19/1994 của Chính phủ về Quản lý chất thải nguy hiểm và độc hại, cùng với hai quy định khác được ban hành năm 1999 (số 9 và số 85) của Indonesia. Kết quả là, vào ngày 9/3/2005, Bộ Môi trường đã đệ đơn kiện chống lại PT Newmont Minahasa Raya tại Tòa án Quận Nam Jakarta, đòi bồi thường thiệt hại với số tiền là 133,6 triệu USD nhằm để phục hồi môi trường ở Vịnh Buyat và việc di dời cư dân địa phương[11]. Kèm theo đó là một yêu cầu khởi tố hình sự chống lại công ty và chủ tịch công ty này là Richard Ness vì lý do đã gây ô nhiễm Vịnh Buyat với mục đích nhằm ngăn chặn các công ty khác vi phạm luật môi trường quốc gia.

Sau đó, Tòa án Quận Nam Jakarta đã bác bỏ khiếu kiện dân sự của Bộ Môi trường chống lại Newmont. Cuối cùng, vào ngày 16/2/2006, Chính phủ Indonesia đã thoả thuận với Newmont khoản tiền 30 triệu USD, sau đó hai bên đã ký kết một 'Thỏa thuận thiện chí'. Trong thoả thuận này, Chính phủ Indonesia đồng ý rằng các điều tra khoa học sâu hơn về việc liệu các hoạt động của Newmont có gây ra bất kỳ tác động xấu nào đến môi trường ở vịnh Buyat hay không và liệu chúng có tác động tiêu cực tới sức khỏe ở người dân địa phương hay không sẽ được tiến hành bởi một Hội đồng gồm 6 nhà khoa học trong 10 năm. Đổi lại, Newmont đã đồng ý thành lập một quỹ từ thiện để giám sát việc phân bổ tiền hỗ trợ Hội đồng khoa học cũng như các dự án khác trong cộng đồng địa phương[12].

---

11 Cultural Survival, "Newmont to pay 30 million to end pollution suit", , 16 February 2004, <https://www.culturalsurvival.org/news/campaign-update-newmont-pay-30-million-end-pollution-suit>.

12 "Buyat Bay: History and Status," Newmont Brochure, May 2006, http://www.newmont.com. Xem thêm "The Government of Indonesia and Newmont Announce Buyat Bay Agreement", 16 February, 2006, <https://www.newmont.com/newsroom/newsroom-details/2006/The-Government-of-Indonesia-and-Newmont-Announce-Buyat-Bay-Agreement/default.aspx>.

** Nhận xét:*

Các vụ kiện nói trên là những vụ kiện tiêu biểu trong hoạt động đầu tư quốc tế và đều có liên quan đến việc áp dụng đến các ngoại lệ về môi trường. Các biện pháp mà chính phủ thực hiện nhìn chung đã đáp ứng các tiêu chí để cấu thành nên hành vi truất hữu tài sản của nhà đầu tư và do đó đều bị nhà đầu tư áp dụng các quy định từ các hiệp định đầu tư tương ứng để khởi kiện đòi bồi thường. Trong các vụ kiện này, các Tòa Trọng tài có khuynh hướng ủng hộ nhà đầu tư bằng việc đưa ra những kết luận có lợi cho nhà đầu tư. Tuy nhiên, điều này cũng xuất phát từ thực tế rằng các cơ sở pháp lý mà các chính phủ đưa ra chưa thuyết phục trọng tài về tính hợp lý, sự đảm bảo các quy tắc về truất hữu hợp pháp và tính khoa học của những bằng chứng đưa ra, chẳng hạn như lập luận về tính cần thiết khi thực hiện biện pháp vì mục đích đảm bảo lợi ích công cộng. Điều quan trọng là mặc dù các lý do về môi trường có thể được viện dẫn như là căn cứ để tiến hành các biện pháp truất hữu và ở góc độ nào đó, các căn cứ này đã cho thấy những biện pháp truất hữu là hợp pháp, việc bồi thường luôn được đặt ra. Điều này rõ ràng là một điểm mà các quốc gia tiếp nhận đầu tư không mong đợi và vì vậy sẽ phải rất cẩn trọng trong các quyết định liên quan đến khoản đầu tư của nhà đầu tư nước ngoài, ngay cả trong trường hợp có cơ sở về mối quan ngại môi trường.

3. Ngoại lệ về môi trường trong các hiệp định đầu tư của Việt Nam và một số bài học kinh nghiệm

3.1. Ngoại lệ về môi trường trong các hiệp định đầu tư của Việt Nam

Hiện nay Việt Nam đã tham gia gần 70 Hiệp định đầu tư song phương (BITs) và Hiệp định thương mại tự do có quy định về vấn đề đầu tư[13]. Các hiệp định này đều chứa đựng những nội dung cơ bản như bảo hộ đối với nhà đầu tư, các nguyên tắc bảo hộ đầu tư và các bảo đảm khác, cơ chế giải quyết tranh chấp và việc giải quyết những vấn đề liên quan[14]. Mặc dù vậy, các ngoại lệ liên quan đến môi trường trong các BITs của Việt Nam hầu như không tồn tại. Trong khi đó, các ngoại lệ này được thể hiện dưới dạng các ngoại lệ chung ở các hiệp định đầu tư giữa ASEAN và các đối tác. Nhìn chung, chúng có nội hàm và cách thể hiện tương tự Điều XX của GATT.

Chẳng hạn, Hiệp định đầu tư toàn diện ASEAN (ACIA) tại Điều 14 quy định điều kiện để tiến hành biện pháp truất hữu (trong Hiệp định được sử dụng dưới thuật ngữ "sung công" hoặc quốc hữu hóa trực tiếp hoặc các biện pháp tương tự, bao gồm: (a) phục vụ cho mục đích công cộng; (b) thực hiện mà không có phân biệt đối xử; (c) có bồi thường kịp thời, đầy đủ và hiệu quả; và (d) tuân thủ đúng quy trình của pháp luật. Điều 17 quy định về các ngoại lệ chung, cho phép các quốc gia thành viên áp dụng các biện pháp thích hợp, miễn là chúng không tạo thành phương tiện phân biệt đối xử tùy tiện hoặc vô lý giữa các nước thành viên hoặc nhà đầu tư của các nước thành viên nơi có điều kiện tương tự, hoặc hạn chế trá hình đối với các nhà đầu tư của nước thành viên khác và các khoản đầu tư của họ. Trong đó, điểm (b) và điểm (f) có những tương đồng với các ngoại

13 Vũ Thị Châu Quỳnh, 'Giới thiệu tổng quan về các hiệp định đầu tư quốc tế của Việt Nam' tài liệu Hội thảo Phòng ngừa và giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế do Bộ Tư pháp và USAID tổ chức tháng 10/2015

14 Trịnh Hải Yến (2017), tlđd, tr. 240 - 241.

lệ chung tại Điều XX của GATT. Đồng thời, điểm (e) đề cập đến ngoại lệ trong việc áp dụng các biện pháp nhằm "bảo vệ tài sản quốc gia có giá trị nghệ thuật, lịch sử hoặc khảo cổ", đây là sự mở rộng của khái niệm "bảo vệ môi trường", có liên hệ với vấn đề "mối quan tâm về môi trường" như đã đề cập ở phần trước.

Hiệp định thương mại Việt Nam - Hàn Quốc năm 2009, chương Đầu tư có quy định và giải thích khá chi tiết các nội dung liên quan đến tước quyền sở hữu. Đáng chú ý là đoạn (c) điểm (ii) của Phụ lục 9-B có quy định không coi là tước quyền sở hữu gián tiếp nếu như chúng được áp dụng để đạt được mục đích công cộng hợp pháp, như bảo vệ sức khỏe cộng đồng, an toàn, môi trường.

Trong khi đó, Hiệp định Thương mại Việt Nam - Liên minh châu Âu (EUVFTA) có quy định về vấn đề thu hồi dự án đầu tư[15], trong đó các bên ký kết có quyền áp dụng theo ngoại lệ chung, nhưng không đề cập đến vấn đề môi trường. Do đó vấn đề môi trường chỉ có thể được suy ra từ khái niệm ở điểm (a) "phục vụ cho mục đích công ích". Chẳng hạn, quốc gia tiếp nhận đầu tư có thể thu hồi dự án đầu tư trong lĩnh vực môi trường hoặc có liên quan đến vấn đề bảo vệ môi trường, miễn là phải chứng minh được việc thu hồi này nhằm phục vụ cho mục đích công ích. Cách áp dụng này có thể hiểu tương tự như các vụ việc *Santa Elena v Costa Rica*,[16] và *Southern Pacific v Egypt*[17].

3.2. Thực tiễn áp dụng tại Việt Nam: vụ việc Vedan và Formosa

· *Vụ việc của Vedan năm 2008*

Công ty cổ phần hữu hạn Vedan Việt Nam được thành lập và hoạt động tại tỉnh Đồng Nai là doanh nghiệp 100% vốn nước ngoài do BurghleyEnterprises Pte., Ltd. (Singapore) đầu tư. Kể từ khi Vedan hoạt động vào năm 1993 cho tới giữa năm 1994, các địa phương dọc theo sông Thị Vải, huyện Long Thành, Đồng Nai bắt đầu nhận thấy sông Thị Vải bị ô nhiễm, cá chết ngày càng nhiều. Quá trình gây ô nhiễm sông Thị Vải kéo dài qua 14 năm sau đó nhưng vụ việc không được các cơ quan quản lý địa phương phát hiện.

Ngày 08/09/2008, Cục Cảnh sát phòng chống tội phạm về môi trường và Đoàn kiểm tra liên ngành bắt quả tang Vedan xả chất thải chưa qua xử lý ra sông Thị Vải qua những đường ống ngầm. Ngày13/09/2008, đoàn kiểm tra đã lập biên bản hành vi xả nước thải chưa qua xử lý thông qua những đường ống ngầm ra sông Thị Vải. Theo ước tính thì Vedan đã xả 3.500 - 4.500 m3 chất thải/ngày, mỗi năm có hàng triệu tấn nước thải chưa qua xử lý đã được xả thẳng xuống sông Thị Vải qua hệ thống đường hầm bí mật và tinh vi. Đến đầu tháng 10/2008, Bộ Tài nguyên Môi trường kết luận Vedan có 12 hành vi vi phạm pháp luật và đã ban hành quyết định xử phạt hành chính Vedan 267,5 triệu đồng, buộc Vedan truy nộp 127 tỷ đồng phí bảo vệ môi trường.

· *Vụ việc Formosa năm 2016*

Công ty TNHH Gang thép Hưng Nghiệp Formosa Hà Tĩnh là chi nhánh của Tập đoàn nhựa Formosa, Đài Loan. Formosa là chủ đầu tư dự án khu liên hợp

15 Điều 16 Hiệp định Thương mại Việt Nam - Liên minh Châu Âu (EUVFTA) năm 2017.
16 Compañia del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1. .
17 Southern Pacific Properties ltd v Arab Republic of Egypt, ICSID 1992.

gang thép và cảng nước sâu Sơn Dương (bắt đầu từ năm 2008) thuộc Khu kinh tế Vũng Áng (Hà Tĩnh).

Ngày 6/4/2016, tại vùng biển cảng Vũng Áng đã xảy ra hiện tượng một số loại thủy sản bị chết. Ngay sau đó, hiện tượng thuỷ sản chết lan trên diện rộng, bắt đầu từ ven biển Hà Tĩnh, sau đó lan dọc ven biển các tỉnh Quảng Bình, Quảng Trị và Thừa Thiên Huế. Sự cố này đã gây ra những thiệt hại nặng nề về kinh tế, xã hội và môi trường. Nguyên nhân được công bố vào ngày 30/6/2016 là do Công ty Formosa, trong quá trình thi công, vận hành thử nghiệm tổ hợp nhà máy, đã có những vi phạm và để xảy ra sự cố, dẫn tới nước thải có chứa độc tố chưa được xử lý đạt quy chuẩn xả ra môi trường. Cụ thể, nước thải của Formosa có chứa độc tố như phenol, xyanua… kết hợp với hydroxit sắt, tạo thành một dạng phức hỗn hợp, có tỷ trọng lớn hơn nước biển, theo dòng hải lưu di chuyển theo hướng Bắc - Nam từ Hà Tĩnh đến Thừa Thiên - Huế[18].

Bộ Tài nguyên và Môi trường đã ban hành Quyết định xử phạt vi phạm hành chính đối với Formosa số tiền phạt là 4.485.000.000 đồng và buộc Formosa phải thực hiện các biện pháp khắc phục hậu quả vi phạm theo quy định của pháp luật. Về phía Formosa, công ty đã nhận trách nhiệm gây ra ô nhiễm môi trường biển nghiêm trọng nói trên, thực hiện công khai xin lỗi Chính phủ và nhân dân Việt Nam, bồi thường thiệt hại cho người dân, khắc phục hậu quả môi trường, cam kết không tái phạm việc vi phạm pháp luật về môi trường. Đến cuối tháng 8/2016, Công ty Formosa đã thực hiện đúng cam kết, hoàn thành việc chuyển tiền bồi thường cho Việt Nam với tổng số tiền là 500.000.000 đô la Mỹ (tương đương trên 11.500 tỷ đồng Việt Nam).

· *Nhận xét:*

Hai vụ việc của Vedan và Formosa tại Việt Nam có điểm chung là các biện pháp xử phạt hành chính và chế tài về môi trường đưa ra chống lại các bên vi phạm là nhà đầu tư nước ngoài căn cứ trên cơ sở vi phạm nghiêm trọng về môi trường của các công ty này. Các biện pháp được áp dụng là những biện pháp xử lý đối với bên vi phạm dựa trên những cơ sở và bằng chứng rõ ràng, thuyết phục, và điều này khó có thể liên hệ đến vấn đề truất hữu. Các nhà đầu tư cho thấy sự chấp thuận và cam kết tuân thủ quyết định, khắc phục hậu quả một cách có thiện chí.

Tuy nhiên, các vụ việc này cũng có thể dẫn đến các vụ kiện theo luật đầu tư quốc tế, xuất phát từ các hiệp định đầu tư ký giữa Việt Nam và các bên liên quan trong trường hợp Việt Nam áp dụng những biện pháp mạnh mẽ hơn, chẳng hạn như việc đóng cửa các dự án này, thay vì dừng lại ở việc xử phạt vi phạm. Trường hợp Chính phủ Việt Nam sử dụng các biện pháp chế tài cao hơn đối với Formosa, như yêu cầu nhà máy đóng cửa đến khi khắc phục tất cả các sai phạm liên quan đến tiêu chuẩn môi trường hoặc tạm thu hồi giấy phép hoạt động thì có thể bị xem là biện pháp truất hữu gián tiếp và không thể được áp dụng mà không bồi thường thoả đáng cho nhà đầu tư trên cơ sở Hiệp định khuyến khích đầu tư song phương giữa Đài Loan và Việt Nam ký kết năm

18 Tổng cục Môi trường, 'Báo cáo hiện trạng môi trường quốc gia' <2016http://cem.gov.vn/Portals/0/quynh/2017/BC_SOE_2016/11.%20Phu%20chuong.pdf?ver=2017-07-25-160659-403>, tr. 151.

1993[19]. Như đã đề cập ở trên, trong tương lai nếu phải áp dụng những biện pháp nhằm ngăn chặn, phòng ngừa hoặc xử lý vi phạm nghiêm trọng về môi trường hoặc những biện pháp can thiệp về hành chính hoặc tư pháp đối với các dự án đầu tư, Chính phủ Việt Nam cần phải chuẩn bị những cơ sở pháp lý và khoa học thật vững chắc và đảm bảo đáp ứng những tiêu chuẩn của việc truất hữu cũng như cơ sở để áp dụng các ngoại lệ về môi trường.

3.3. Một số kiến nghị

Một là, cần sửa đổi Luật Đầu tư năm 2014, bổ sung giải thích rõ một số khái niệm như: lợi ích công cộng", "mục đích công ích"…, được sử dụng trong các hiệp định đầu tư song phương giữa Việt Nam và một nước khác.

Hai là, các biện pháp bảo vệ môi trường thường gắn với việc giải thích và thực thi các hiệp định đầu tư trong một số trường hợp khác nhau. Do đó, việc áp dụng các ngoại lệ gắn liền với việc thực thi các biện pháp của nhà nước và cần phải được lập luận một cách chặt chẽ, có cơ sở. Những vấn đề cần phải có sự chuẩn bị kỹ lưỡng bao gồm: mục đích của biện pháp bảo vệ môi trường; không phân biệt đối xử, theo đó các biện pháp này không liên quan tới nhà đầu tư nước ngoài hoặc khoản đầu tư nước ngoài; và các biện pháp được áp dụng bất kể quốc tịch của nhà đầu tư; đúng thẩm quyền giải quyết tranh chấp (cơ quan tài phán có thẩm quyền thụ lý vụ kiện). Trong đó, bằng chứng khoa học là có cơ sở cũng như sự giải thích các tiêu chí về "sự cần thiết", "cơ sở khoa học xác đáng" đóng vai trò rất quan trọng. Vì vậy, các cơ quan liên quan của Việt Nam cần phải có sự chuẩn bị kỹ lưỡng về những nội dung trên để phục vụ cho việc theo đuổi các vụ kiện sau này.

Ba là, cần quy định cụ thể trong hợp đồng đầu tư về khả năng áp dụng các ngoại lệ trong trường hợp bảo vệ môi trường trên cơ sở sự nhất quán với các nguyên tắc và quy định của hiệp định đầu tư.

Bốn là, khi thu hồi các loại giấy phép phải có căn cứ thu hồi quy định trong pháp luật, thu hồi do hành vi vi phạm của nhà đầu tư phải có cơ sở rõ ràng, chắc chắn về hành vi vi phạm, tuân thủ đầy đủ các quy định về thời hạn và thủ tục. Cần xác định nguyên tắc có tính chất phổ biến trong quan hệ đầu tư quốc tế, đó là khi tước quyền sở hữu của nhà đầu tư thì phải bồi thường theo giá thị trường. Các hành vi gây thiệt hại kinh tế hoặc vô hiệu hóa quyền của nhà đầu tư với tài sản có thể được coi là tước quyền sở hữu gián tiếp.

Năm là, cần quan tâm thích đáng đối với việc nghiên cứu các vụ kiện tranh chấp về đầu tư quốc tế đã được các cơ quan giải quyết tranh chấp về đầu tư phân xử. Điều này sẽ giúp cho các cơ quan chức năng liên quan đến việc chuẩn bị hồ sơ vụ kiện và lập luận hiểu rõ hơn về quy trình, thủ tục và nội dung pháp lý đã được giải quyết trong các vụ kiện đó.

Ngoài ra, việc xúc tiến tham gia Công ước ICSID cũng là cơ hội cho Việt Nam tiếp cận với các vụ kiện đã được giải quyết theo cơ chế này và tiếp cận với những hướng dẫn, bình luận và nghiên cứu của các chuyên gia trong việc nắm vững các vụ kiện đã được phân xử, làm nền tảng nghiên cứu, học hỏi cho Việt Nam■.

19 Nguyễn Thị Lan Hương, tlđd, tr. 89.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Trịnh Hải Yến (2017), Giáo trình Luật đầu tư quốc tế, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, tr. 9.
2. M. Sornarajah (2010), The International Law On Foreign Investment, 3rd ed., Cambridge University Press, tr. 207.
3. Trần Việt Dũng (2016), 'Truất hữu tài sản của nhà đầu tư trong trường hợp làm ô nhiễm môi trường', Khoa học pháp lý, số 5/2016, tr. 13.
4. Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh (2012), Giáo trình Công pháp quốc tế - quyển 1, Nxb. Hồng Đức
5. Nguyễn Thị Lan Hương (2018), 'Một số tranh chấp liên quan đến biện pháp truất hữu gián tiếp trong quản lý môi trường – kinh nghiệm phòng ngừa tranh chấp cho Việt Nam', bài viết trong Hội thảo 'Giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và nhà nước: Các vấn đề pháp lý và thực tiễn', Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, tháng 5/2018, tr. 95.
6. Đại học Luật Hà Nội (2017), *Giáo trình Luật đầu tư quốc tế*, Nxb. Thanh Niên, Hà Nội, tr. 611.
7. EC - Các biện pháp ảnh hưởng tới sản phẩm chứa a-mi-ăng và a-mi-ăng, WT/DS135/AB/R 443;
8. Trung Quốc - Các biện pháp liên quan đến xuất khẩu các nguyên liệu thô, 355, WT/DS394/AB/R,WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R (ngày 30 tháng 1 năm 2012);
9. Hoa Kỳ - Các tiêu chuẩn đối với xăng dầu thường và xăng dầu tái chế, 22 WT/DS2/AB/R (ngày 29/4/1996;
10. Thái Lan - Hạn chế nhập khẩu và áp thuế nội địa với thuốc lá, DS10/R-37S200 (ngày 05/10/1990).
11. Xinjie Luan & Julien Chaisse, 'Preliminary Comments on the WTO Seals Products Dispute: Traditional Hunting, Public Morals and Technical Barriers to Trade', 22 Colo. J. Int'l envtl. l. & pol'y 79 (2011), dẫn trong Đại học Luật Hà Nội (2017), tlđd, tr. 618.
12. Rahim Moloo, Justin Jacino (2011), 'Environmental and Health Regulation: Assessing Liability under Investment Treaties', Berkeley Journal of International Law, Volume 29(1).
13. Julien Chaisse, bài giảng tại khóa đào tạo nâng cao về Luật đầu tư quốc tế và giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và chính phủ nước tiếp nhận đầu tư, Hà Nội, ngày 07-11 tháng 11 năm 2016.
14. Nathalie Bernasconi-Osterwalder và Lise Johnson (2011), *International Investment Law and Sustainable Development – Key cases from 2000 - 2010*, International Institute for Sustainable Development.
15. P. Vargiu (2014), 'Environmental Expropriation in International Investment Law', in T. Treves, F. Seatzu, *Foreign Investment, International Law and Common Concerns*, S. Trevisanut (eds.), Routledge Research in International Economic Law, p. 225.
16. *Metalclad Corp. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award (Metalclad Award), 30 August 2000, https://www.italaw.com/cases/671
17. *Tecnicas Medioambientales Tacmed S.A.("Tecmed") v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 43 I.L.M. 133 (2004).
18. *S.D. Meyers v. Government of Canada*, UNCITRAL, 2002
19. Cultural Survival, "Newmont to pay 30 million to end pollution suit", , 16 February 2004, <https://www.culturalsurvival.org/news/campaign-update-newmont-pay-30-million-end-pollution-suit>.
20. "Buyat Bay: History and Status," Newmont Brochure, May 2006, http://www.newmont.com,
21. "The Government of Indonesia and Newmont Announce Buyat Bay Agreement", 16 February, 2006, https://www.newmont.com/newsroom/newsroom-details/2006/The-Government-of-Indonesia-and-Newmont-Announce-Buyat-Bay-Agreement/default.aspx
22. Vũ Thị Châu Quỳnh, 'Giới thiệu tổng quan về các hiệp định đầu tư quốc tế của Việt Nam' tài liệu Hội thảo Phòng ngừa và giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế do Bộ Tư pháp và USAID tổ chức tháng 10/2015
23. *Compañia del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1. .
24. *Southern Pacific Properties ltd v Arab Republic of Egypt*, ICSID 1992.
25. Tổng cục Môi trường, 'Báo cáo hiện trạng môi trường quốc gia' <2016http://cem.gov.vn/Portals/0/quynh/2017/BC_SOE_2016/11.%20Phu%20chuong.pdf?ver=2017-07-25-160659-403>.