

THÔNG RA MẬT K

10(366)

2018

NM TH 47

TỔNG BIÊN TẬP

PGS.TS. L MAI THANH

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP

TS. TRN VN BIÊN

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP

GS.TSKH. O TRC
PGS.TS. B XUÂN C
PGS.TS. PHM HNG H
PGS.TS. TRN NH H
PGS.TS. HÀ THMAI H
PGS.TS. PHM H U NG
PGS.TS. NGUYỄN NH PH
PGS.TS. L MINH THẮNG
PGS.TS. NGUYỄN TRUNG T
GS.TS. V KH NH VINH
PGS.TS. NH NG C V NG

*Trụ sở Tòa soạn:
27 Trần Xuân Soạn
Hà Nội*

*Tel: 024.39713333
Fax: 024.39764534
Email:
tcnnpl@isl.gov.vn*

**Giấy phép ho t ng
b ch s 121/GP-
BTTTT, ngày 22/4/2013**

In tại Công ty in Thủy lợi

Giá 20.000

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

MỤC LỤC

LÝ LUẬN NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- ❖ NGUYỄN ĐỨC MINH: Một số quan niệm về pháp quyền trên thế giới 3

LUẬT HIẾN PHÁP, LUẬT HÀNH CHÍNH

- ❖ BÙI TIẾN ĐẠT: Đánh giá tính hợp hiến của việc giới hạn quyền hiến định: Thách thức và xu hướng 16

- ❖ NGUYỄN MẠNH HÙNG – TRƯƠNG THỊ MINH THÙY: Kiểm soát của cơ quan lập pháp đối với cơ quan hành pháp ở Việt Nam 24

- ❖ CAO VŨ MINH: Sự chồng chéo giữa biện pháp khắc phục hậu quả với các hình thức xử phạt trong pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính 38

LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ

- ❖ PHÍ THÀNH CHUNG: Thủ tục tố tụng đối với pháp nhân thương mại tại giai đoạn xét xử sơ thẩm vụ án hình sự theo Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 48

LUẬT KINH TẾ, LUẬT AN SINH XÃ HỘI

- ❖ NGUYỄN THU DUNG: Nhận diện điều kiện kinh doanh ở Việt Nam hiện nay và một số khuyến nghị 54

- ❖ PHẠM THỊ THI: Một số bất cập trong các quy định về chương trình hưu trí bổ sung tự nguyện 63

LUẬT QUỐC TẾ

- ❖ LÊ MAI THANH: Hạn chế quyền con người theo các điều ước quốc tế về nhân quyền 69

- ❖ TRẦN HỮU DUY MINH: Giải thích điều ước quốc tế theo quy định của Công ước Viên năm 1969 và pháp luật Việt Nam 77

MONTHLY ISSUE

10(366)

2018

47TH YEAR

EDITOR IN CHIEF

LE MAI THANH

DEPUTY EDITOR IN CHIEF

TRAN VAN BIEN

EDITORIAL BOARD

DAO TRI UC

BUI XUAN DUC

PHAM HONG HAI

TRAN DINH HAO

HA THI MAI HIEN

PHAM HUU NGHI

NGUYEN NHU PHAT

LE MINH THONG

NGUYEN TRUNG TIN

VO KHANH VINH

DINH NGOC VUONG

**Office of the Editorial
Board:**

**27 Tran Xuan Soan
Ha Noi**

Tel: 024.39713333

Fax: 024.39764534

Email:

tcnnpl@isl.gov.vn

**Licence for
Press Activities No.
121/GP-BTTTT dated 22
April 2013**

Printed by Water Resources
Printing Company

Price: 20.000 VND

STATE AND LAW

CONTENTS

STATE AND LAW THEORY

- ❖ NGUYEN DUC MINH: Concepts on the rule of law worldwide 3

CONSTITUTIONAL LAW, ADMINISTRATIVE LAW

- ❖ BUI TIEN DAT: Assessing constitutionality of limitations on constitutional rights: Challenges and trends 16

- ❖ NGUYEN MANH HUNG – TRUONG THI MINH THUY: The legislature's control over the executive in Vietnam 24

- ❖ CAO VU MINH: Overlaps between remedial measures and sanctions under the law on handling administrative violations 38

CRIMINAL PROCEDURE LAW

- ❖ PHI THANH CHUNG: Procedure for Commercial Legal Person in first instance of a criminal case under the 2015 Criminal Procedure Code 48

ECONOMIC LAW, SOCIAL SECURITY LAW

- ❖ NGUYEN THU DUNG: Identification of current business conditions in Vietnam and recommendations 54

- ❖ PHAM THI THI: Shortcomings of regulations on optional voluntary retirement programme 63

INTERNATIONAL LAW

- ❖ LE MAI THANH: Limitation on human rights under International human rights treaties 69

- ❖ TRAN HUU DUY MINH: Interpretation of international treaties under the 1969 Vienna Convention and Vietnam's law 77

MỘT SỐ QUAN NIỆM VỀ PHÁP QUYỀN TRÊN THẾ GIỚI

Nguyễn Đức Minh*

Tóm tắt: Tư tưởng pháp quyền có lịch sử từ hàng nghìn năm và được hiện thực hóa trong tổ chức và hoạt động của nhiều Nhà nước trên thế giới. Thiết tưởng khái niệm pháp quyền đã được nhận thức rõ ràng ở Việt Nam, nhưng trên thực tế không phải như vậy. Bài viết khái quát lịch sử tư tưởng pháp quyền và tổng hợp, hệ thống, phân tích một số quan điểm về pháp quyền trên thế giới nhằm cung cấp tri thức cho việc nghiên cứu, đào tạo và hoạch định chính sách liên quan đến nhà nước pháp quyền ở nước ta.

Abstract: The rule of law ideology has thousand-year historical root and has been incorporated into the organization and operation of state apparatus worldwide. It is thought that the concept of the rule of law is already crystal clear, yet in fact it is not. The paper summarizes the history of the rule of law ideology, and synthesizes, systemizes, and analyzes concepts on the rule of law worldwide with purpose to provide inputs for research, education and policy-making relating to rule-of-law-based State in Vietnam.

Ở một số nước có truyền thống lâu đời về pháp quyền, “pháp quyền” được biểu đạt bằng các thuật ngữ tiếng Anh là “Rule of Law”, tiếng Đức “Rechtsstaatlichkeit”, tiếng Pháp “prééminence du droit”¹. Ở Việt Nam, thuật ngữ “rule of law” tiếng Anh được dịch ra

tiếng Việt thành các thuật ngữ có nội hàm khác nhau như: Pháp quyền², chế độ pháp quyền³, pháp trị⁴, nhà nước pháp quyền⁵, nguyên tắc pháp quyền⁶. Ngoài ra, một số câu hỏi vẫn được nhiều người nghiên cứu, giảng dạy, học tập về chính trị, luật học, triết học ở Việt Nam quan tâm là hiểu thế nào là pháp quyền, những điểm chung và khác biệt giữa pháp quyền với chế độ pháp

* PGS.TS., Viện trưởng Viện Nhà nước và Pháp luật. Bài viết trong khuôn khổ Đề tài cấp Nhà nước “Thực hiện nguyên tắc pháp quyền trong xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa do Đảng Cộng sản Việt Nam lãnh đạo: Thực trạng, vấn đề đặt ra và giải pháp”, mã số KX.04.06/16-20.

¹ Thuật ngữ “prééminence du droit” được sử dụng bởi Council of Europe. Theo European Commission for Democracy through Law, Report on the rule of law, Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25-26 March 2011), on the basis of comments by Pieter van DIJK, Gret HALLER, Jeffrey JOWELL, Kaarlo TUORI, đoạn 4 ở tr.3, khái niệm “Rule of law” mặc dù được sử dụng tương tự nhưng không hoàn toàn đồng nghĩa với “Rechtsstaat”, “Estado de Direito” hoặc “Etat de droit”. “Rule of law” cũng không đồng nghĩa với khái niệm trong tiếng Nga “Rule of the laws/of the statutes”, (verkhovenstvo zakona), hay “pravovoe gosudarstvo (“law governed state”).

² Nguyễn Đăng Dung, *Nhà nước pháp quyền là tinh thần pháp luật hay là đúng quy trình?*, Tạp chí Khoa học Đại học quốc gia Hà Nội, Luật học, Tập 30, số 1 (2014), tr. 55.

³ Nguyễn Xuân Tùng, *Về khái niệm “Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa”*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 4/2010, tr. 14.

⁴ Nguyễn Sĩ Dũng, *Pháp quyền hay pháp trị*, xem bài viết trên trang điện tử của báo Tia sáng, Ấn phẩm của Báo Khoa học và Phát triển, <http://tiasang.com.vn/-dien-dan/phap-quyen-hay-phap-tri-257>, ngày 21/04/2006.

⁵ Hoàng Văn Nghĩa, *Một số vấn đề lý luận về nhà nước pháp quyền và giá trị tham khảo đối với Việt Nam*, Tạp chí Lý luận chính trị số 2/2014, tr. 49.

⁶ Hoàng Văn Nghĩa, *Một số vấn đề lý luận về nhà nước pháp quyền và giá trị tham khảo đối với Việt Nam*, t.lđđ, tr. 49.

quyền, pháp trị, nhà nước pháp quyền, nguyên tắc pháp quyền?

1. Khái quát lịch sử của tư tưởng pháp quyền

Trên thế giới, tư tưởng pháp quyền hình thành từ thời kỳ cổ đại. Yêu cầu về đảm bảo pháp quyền được đưa ra để phản ứng với sự lạm dụng quyền lực của chính quyền và chống lại sự tùy tiện của người cai trị với yêu cầu công quyền phải bị giới hạn bởi luật pháp. Tư tưởng pháp quyền tiếp tục được bồi đắp và phát triển qua nhiều giai đoạn. Lý thuyết pháp quyền được hình thành nên từ những ý tưởng đó.

Ở thời kỳ cổ đại, tư tưởng pháp quyền được phản ánh gắn với tên tuổi của một số nhà triết học Hy Lạp cổ đại nổi tiếng như Solon (638-559 trước Công nguyên, viết tắt TCN), Pythagoras (580-500 TCN), Heraclitus (530-470 TCN), Democritus (460-370 TCN), Socrates (469-99 TCN), Plato (427-347 TCN), Aristotle (384-322 TCN).

Solon đã cho rằng, “chỉ có pháp luật mới thiết lập được trật tự và tạo nên sự thống nhất”⁷. Theo Pythagoras, pháp luật phải được đặt cao hơn các phong tục, tập quán truyền thống⁸. Heraclitus cho rằng: “Muốn có tự do và bình đẳng thì nhân dân phải đấu tranh để bảo vệ pháp luật như bảo vệ chôn xương thân của bản thân mình”⁹. Democritus khi luận bàn về sự ra đời của Nhà nước và pháp luật đã cho rằng: “Sự tự

do của công dân chính là sự tuân thủ pháp luật”¹⁰. Trong nhận thức của Socrates, dân chủ không thể tồn tại nếu thiếu pháp luật hay pháp luật bất lực. Giá trị cao nhất là công lý, nghĩa là con người ta sống tuân thủ pháp luật của Nhà nước¹¹. Khi nói về vai trò của pháp luật, Plato đã nhận xét: “Ta nhìn thấy sự sụp đổ mau chóng của Nhà nước, ở nơi nào mà pháp luật không có hiệu lực và nằm dưới quyền lực của một ai đó. Còn ở đâu mà luật pháp đứng trên nhà cầm quyền, còn họ chỉ là nô lệ của luật pháp thì ở đó ta nhìn thấy sự cứu thoát của Nhà nước”¹².

Trong quan niệm của Aristotle không phải con người có quyền tối thượng mà pháp luật mới là tối thượng. Theo Aristotle, để duy trì chính quyền thì “điều cần giữ gìn triệt để hơn là tinh thần thượng tôn pháp luật”¹³. Tư tưởng của Aristotle đến nay vẫn còn nguyên giá trị. Theo đó, “không có nguyên tắc nào cũng như luật lệ nào đặt việc tranh quyền đoạt lợi làm mục tiêu lại có thể được xem là hữu ích hay chính đáng, dù đó là cá nhân hay quốc gia”¹⁴.

Ở thời kỳ Trung cổ, tư tưởng pháp quyền dường như bị chèn ép bởi tư tưởng thần quyền và các giáo lý tôn giáo. Lý do của hiện tượng này là thời kỳ trung cổ mang dấu ấn sâu sắc của chế độ chuyên chế

⁷ Nguyễn Thế Nghĩa (Chủ biên), Đoàn Chính, Trương Văn Chung, *Đại cương Lịch sử các tư tưởng và học thuyết chính trị trên thế giới*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, 1999, tr. 220.

⁸ Trích theo Hoàng Thị Hạnh, *Tư tưởng về nhà nước pháp quyền trong lịch sử triết học trước Marx*, Tạp chí Thông tin Khoa học xã hội, số 11/2008, tr. 24.

⁹ Trích theo Hoàng Thị Hạnh, *tlđđ*, tr. 24.

¹⁰ Trích theo Hoàng Thị Hạnh, *tlđđ*, tr. 24.

¹¹ Trích theo P. S. Taranop, *106 nhà thông thái*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2000, tr. 175; Trích theo Hoàng Thị Hạnh, *Tư tưởng về nhà nước pháp quyền trong lịch sử triết học trước Marx*, *tlđđ*, tr. 25.

¹² Khoa Luật - Đại học quốc gia Hà Nội, *Giáo trình lịch sử các học thuyết chính trị*, Nxb. Đại học quốc gia, Hà Nội, 1995, tr. 63.

¹³ Aristotle, *Chính trị luận*, bản dịch từ tiếng Anh của Benjamin Jowett của Nông Duy Trường, Nxb. Thế giới, Hà Nội, 2013, tr. 288.

¹⁴ Aristotle, *Chính trị luận*, *tlđđ*, tr. 397.

vương quyền và thần quyền, của bạo lực nhà nước và sự tôn sùng tôn giáo¹⁵.

Đến thời kỳ Phục hưng, phong trào chống lại tư tưởng chuyên chế và thần quyền trung cổ đã xuất hiện ở châu Âu. Ở giai đoạn đó, người ta đòi hỏi phải tăng cường quyền lực nhà nước. Theo Nicollo Machiavelli (1469-1527), nhà chính trị bao giờ cũng phải ưu tiên sử dụng sức mạnh bạo lực. Vì vậy, Nhà nước phải có các công cụ bạo lực mạnh như quân đội, luật pháp để bảo vệ lợi ích quốc gia. Ủng hộ quan điểm đó, Jean Bodin (1530-1596) cho rằng, Nhà nước phải có quyền lực tuyệt đối, nó ở trên hết thảy, không phụ thuộc vào bất cứ quyền lực nào khác ở trong hay ngoài quốc gia¹⁶.

Trong thời kỳ Tư bản chủ nghĩa, tư tưởng pháp quyền đã được phục hồi, kế thừa và phát triển mạnh gắn với lý thuyết phân quyền và học thuyết nhà nước pháp quyền tư sản. Chúng ta biết đến những người đại diện cho tư tưởng pháp quyền như: Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704), C.L. Montesquieu (1689-1755), Jean-Jacques Rousseau (1712-1788), Immanuel Kant (1724-1804). Chẳng hạn, nói về vai trò của pháp luật trong mối quan hệ với Nhà nước, Immanuel Kant (1724-1804) cho rằng, Nhà nước là sự liên kết mọi người trong khuôn khổ của pháp luật nhằm giám sát và đảm bảo quyền bình đẳng cho mọi công dân. Nhà nước lý tưởng là ở đó pháp luật chiếm địa vị tối thượng, không phụ thuộc vào bất cứ một cá nhân nào¹⁷.

Theo Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831), Nhà nước hiện đại chỉ xuất hiện khi có sự khác biệt giữa các đẳng cấp trong xã hội, khi sự chênh lệch giữa người giàu và người nghèo trở nên quá lớn¹⁸. Hegel nói đến Nhà nước hợp lý, ở đó sự thống nhất giữa ý chí của cá nhân với quy luật phát triển tất yếu của xã hội được đảm bảo. Luật pháp của Nhà nước là sản phẩm của một Nhà nước hợp lý và đương nhiên được đề cao. Sự đề cao pháp luật chỉ là hệ quả chứ không phải là tiền đề của nhà nước pháp quyền. Không phải cứ đề cao pháp luật là có được nhà nước pháp quyền¹⁹. Theo Hegel, đề cao, tôn vinh pháp luật mới chỉ phản ánh được phần nào pháp quyền và nếu chỉ dừng ở quan niệm như vậy thì đó là tư tưởng pháp trị²⁰.

2. Một số quan niệm về pháp quyền thời kỳ hiện đại

Trong thế kỷ XX, pháp quyền tiếp tục được bàn luận ở nhiều quốc gia. Các khía cạnh của pháp quyền được phân tích trong một số nghiên cứu của A. V. Dicey²¹, F.A. Hayek (1944, 1960 và 1973), Michael Oakeshott (1983), Joseph Raz (1977) và John Finnis (1980), Lon Fuller (1964), Ronald Dworkin (1985) và John Rawls (1971)²², Gustav Radbruch (1878-1949),

¹⁸ Trích theo Hoàng Thị Hạnh, tldđ, tr. 29.

¹⁹ Trích theo Phạm Chiến Khu, *Tư tưởng về nhà nước pháp quyền của Hêgen*, Tạp chí Triết học số 6 (133), tháng 6/2002.

²⁰ Trích theo Phạm Chiến Khu, *Tư tưởng về nhà nước pháp quyền của Hêgen*, Tạp chí Triết học số 6 (133), tháng 6/2002.

²¹ Francis Wormuth, (1949) *The Origins of Modern Constitutionalism*, tr. 28.

²² Jeremy Waldron, *The Rule of Law*, <https://plato.stanford.edu/entries/rule-of-law/>. First published 22/6/2016.

¹⁵ Trích theo Hoàng Thị Hạnh, tldđ, tr. 25.

¹⁶ Trích theo Hoàng Thị Hạnh, tldđ, tr. 25.

¹⁷ Trích theo Hoàng Thị Hạnh, tldđ, tr. 28-29.

Arthur Kaufmann (1923-2001)²³, Sobota, Luhmann, Kunig²⁴... Mặc dù đã có hàng chục quyển sách và hàng trăm bài viết về pháp quyền, giới khoa học trên thế giới vẫn còn những ý kiến khác biệt khá lớn và vẫn còn tiếp diễn những cuộc tranh luận về khái niệm pháp quyền²⁵, về các yếu tố cấu thành nội dung khái niệm pháp quyền hay về những yêu cầu mà pháp quyền đòi hỏi²⁶, cũng như mục đích cổ súy việc áp dụng và cách nhìn về những lợi ích mà pháp quyền có thể mang lại và nhiều vấn đề khác.

Dưới đây bài viết khái quát một số nhóm quan điểm chính hiện nay trên thế giới về pháp quyền.

2.1. Quan niệm về pháp quyền từ cách tiếp cận hình thức

Đại diện của nhóm quan niệm pháp quyền hình thức (the formal conception of the rule of law) gồm Joseph Raz, Albert Venn Dicey, Unger và Lon Fuller và một số nhà luật học khác. Joseph Raz là người thể hiện quan niệm hình thức về pháp quyền một cách rõ ràng nhất²⁷. Trong quan niệm của Joseph Raz, pháp quyền là lý tưởng chính trị mà một hệ thống pháp luật có thể không có hoặc có ở mức độ nhiều hay ít.

Pháp quyền được phân biệt với dân chủ, công lý, bình đẳng, nhân quyền dưới mọi hình thức²⁸. Theo quan điểm này, một chế độ dân chủ sẽ không nhất thiết phải có pháp luật phù hợp với những nguyên tắc pháp quyền. Bất kỳ luật nào được cơ quan lập pháp thông qua một cách hợp pháp đều thỏa mãn yêu cầu của pháp quyền hình thức²⁹. Một khía cạnh quan trọng khác của pháp quyền là các đạo luật được ban hành phải có khả năng hướng dẫn hành vi của một người để họ có thể hoạch định cuộc sống của mình³⁰. Từ nguyên tắc chung đó, Joseph Raz đưa ra một số đặc tính cụ thể mà pháp luật nên có để có thể được coi là phù hợp với pháp quyền như: Pháp luật có thể được dự báo và không có tính hồi tố; luật tương đối ổn định; luật được hướng dẫn bởi các quy phạm mở, áp dụng chung và rõ ràng; tư pháp độc lập; quyền tiếp cận tòa án; các cơ quan thực thi pháp luật không được phép tùy tiện làm mất đi mục đích điều chỉnh của pháp luật³¹.

Lý thuyết về pháp quyền của Albert Venn Dicey được hình thành từ ba nguyên tắc. Trước hết, pháp quyền nói đến uy quyền tuyệt đối hoặc tối cao của luật trong sự đối lập với ảnh hưởng của quyền lực tùy tiện và thủ tiêu sự tồn tại của độc quyền. Không ai có thể bị can thiệp hoặc bị trừng phạt một cách bất hợp pháp bởi chính quyền, ngoại trừ các vi phạm pháp luật được thiết lập theo cách thông thường trước tòa án quốc gia. Xã hội được cai trị bởi luật pháp. Chính phủ chỉ có thể làm những việc được ủy quyền bởi pháp luật hoặc thực hiện

²³ Với các tác phẩm bàn về triết học pháp quyền như “Về sự công bằng” (1993), “Nhập môn triết học pháp quyền và lý luận pháp quyền hiện đại” (1994), “Triết học pháp quyền” (1997).

²⁴ Sobota, *Das Prinzip Rechtsstaat*, 1997; Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993; Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip*, 1986.

²⁵ Tamanaha, Brian Z. (2004), *On the Rule of Law*, Cambridge University Press, tr. 3.

²⁶ Hai nhóm quan niệm trên thế giới về pháp quyền: Xem Tamanaha, Brian Z., (2012), *The History and Elements of the Rule of Law*, Singapore Journal of Legal Studies, tr. 233.

²⁷ Paul P. Craig, *Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical framework*, trong *Public Law*, tr. 467.

²⁸ Trích theo Paul P. Craig, *tlđđ*, tr. 467.

²⁹ Trích theo Paul P. Craig, *tlđđ*, tr. 469.

³⁰ Trích theo Paul P. Craig, *tlđđ*, tr. 469.

³¹ Trích theo Paul P. Craig, *tlđđ*, tr. 469.

trong khuôn khổ pháp luật. Nguyên tắc thứ hai trong quan niệm pháp quyền của Dicey là sự bình đẳng trước pháp luật của tất cả các tầng lớp. Không có người nào đứng trên pháp luật và mọi người, bất kể địa vị hay cấp bậc của họ, đều phải tuân theo luật pháp thông thường của quốc gia. Cuối cùng, các nguyên tắc của luật tư được phát triển bởi hoạt động của nghị viện và của tòa án³².

Lon Fuller nhắc đến yêu cầu về khả năng dự đoán được của pháp luật³³. Theo ông, việc trừng phạt một cá nhân sẽ không chính đáng nếu người ta phải tạo ra luật để xử lý những hành động đã xảy ra trong quá khứ trước khi có quy phạm pháp luật đó³⁴. Pháp luật không truy cứu trách nhiệm đối với chủ thể mà hành vi của họ được thực hiện trước khi luật có hiệu lực. Cũng theo Lon Fuller, rất khó hình dung nếu luật bị thay đổi hàng ngày và thật lố bịch nếu cá nhân phải chịu trách nhiệm bởi những quy phạm pháp luật được thay đổi hàng ngày đó³⁵. Lon Fuller đã đưa ra tám yêu cầu đối với pháp luật³⁶.

³² Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10th ed. 1961), tr. 42.

³³ Lon Fuller, *Eight Ways to Fail to Make Law*, *Philosophy of Law* (Boston, MA: Wadsworth, 2014), tr. 11.

³⁴ Lon Fuller, *tlđđ*, tr.8-11.

³⁵ Lon Fuller, *tlđđ*, tr.11.

³⁶ Lon Fuller, *tlđđ*, tr.11: (1) Pháp luật có hiệu lực chung, vì nói chung pháp luật phải tồn tại, chứ không phải trên cơ sở đột xuất; (2) Pháp luật phải được công khai, đặc biệt là đối với các bên có liên quan; (3) Pháp luật có tính khả thi, đối với các nhà lập pháp không được lạm dụng pháp luật hồi tố; (4) Pháp luật phải dễ hiểu; (5) Pháp luật phải nhất quán, vì luật pháp không được mâu thuẫn; (6) Pháp luật phải có khả năng thực thi, phải yêu cầu hành vi trong phạm vi quyền hạn của bên có liên quan; (7) Pháp luật phải ổn định, vì luật pháp phải nhất quán để tuân thủ; (8) Pháp luật phải phù hợp, tức là phải được quản lý theo cách mà nó đã được công bố.

Brian Z. Tamanaha là tác giả của nhiều bài viết về pháp quyền. Quan điểm của ông về pháp quyền cơ bản phù hợp với quan điểm của Lon Fuller và Joseph Raz³⁷. Theo Brian Z. Tamanaha, pháp quyền đòi hỏi các quan chức chính phủ và công dân chịu sự ràng buộc bởi pháp luật và tuân theo pháp luật. Xã hội, trong đó các quan chức chính phủ và công dân bị ràng buộc bởi và tuân thủ pháp luật, là xã hội tồn tại dưới sự cai trị của pháp luật³⁸. Nếu hiểu theo nghĩa hẹp như vậy, pháp quyền đòi hỏi phải có một hệ thống pháp luật bao gồm các quy phạm được đưa ra trước và được quy định một cách tổng quát, phổ biến và dễ hiểu, dễ tiếp cận, áp dụng công bằng với tất cả mọi người và có những cơ chế hoặc cơ quan bảo đảm thực thi pháp luật khi có vi phạm³⁹. Quan niệm của Brian Z. Tamanaha về pháp quyền như đã nói ở trên chỉ tập trung vào pháp luật và không bao gồm dân chủ và quyền con người⁴⁰. Brian Z. Tamanaha cho rằng, ba vấn đề trung tâm của khái niệm pháp quyền là: (i) Chính quyền bị giới hạn bởi pháp luật; (ii) Tính hợp pháp hình thức; và (iii) Sự đối lập giữa sự thống trị của pháp luật và thống trị bởi con người. Trong định nghĩa đơn giản và cơ bản về pháp quyền chỉ đặt ra yêu cầu các quan chức chính phủ và công dân bị ràng buộc bởi và tuân theo luật pháp, mà không bàn luận về việc các luật đó được thực hiện như thế nào - dù thông qua các phương tiện dân chủ hay phương tiện khác - và không nhắc tới các tiêu chuẩn mà các luật đó phải thỏa mãn - dù được đo lường

³⁷ Brian Z. Tamanaha, *The history and elements of the rule of law*, *Singapore Journal of Legal Studies*, 2012, tr. 233.

³⁸ Brian Z. Tamanaha, *tlđđ*, tr. 233.

³⁹ Brian Z. Tamanaha, *tlđđ*, tr. 233.

⁴⁰ Brian Z. Tamanaha, *tlđđ*, tr. 234.

theo các tiêu chuẩn nhân quyền hay bất kỳ tiêu chuẩn nào khác⁴¹.

Jan Wouters, Nicolas Hachez cho rằng, quan niệm pháp quyền hình thức đặt trọng tâm vào hình thức của việc tuân thủ pháp quyền hơn là nội dung của các luật lệ và giá trị mà nó theo đuổi⁴².

Ở Việt Nam, từ cách tiếp cận pháp quyền hình thức, một vài ý tưởng về pháp trị đã hình thành trong quan niệm của Nguyễn Trường Tộ về sử dụng pháp luật để duy trì trật tự xã hội⁴³. Chủ tịch Hồ Chí Minh là người sớm có nhận thức đầy đủ về pháp quyền. Năm 1919, Nguyễn Ái Quốc (tức Hồ Chí Minh) đã viết bản “Yêu sách của nhân dân An Nam” gửi tới Hội nghị Véc-xây. Trong đó, Người yêu cầu thực dân Pháp phải cải cách nền pháp lý ở Đông Dương, phải bãi bỏ chế độ cai trị bằng các sắc lệnh và thay thế bằng các đạo luật. Sau đó, Nguyễn Ái Quốc đã chuyển bản “Yêu sách của nhân dân An Nam” thành “Việt Nam yêu cầu ca”. Trong đó, Người đã yêu cầu phải ban hành Hiến pháp, quản lý nhà nước bằng luật pháp theo tinh thần “trăm điều phải có thần linh pháp quyền”. Thần linh pháp quyền trong tư tưởng của Nguyễn Ái Quốc có thể hiểu chính là pháp quyền mà Người muốn ám chỉ. Tư tưởng về “thần linh pháp quyền” của Nguyễn Ái Quốc đã

đặt nền tảng cho quan điểm về một nhà nước pháp quyền ở Việt Nam hiện nay⁴⁴.

Từ các quan niệm trên về pháp quyền hình thức cho thấy, những người đại diện của nhóm quan điểm này chủ yếu đề cập đến cách thức mà luật pháp được ban hành, các yêu cầu đối với pháp luật và phạm vi hiệu lực về thời gian của nó⁴⁵. Với quan niệm pháp quyền hình thức như vậy, một hệ thống pháp luật mặc dù chứa đựng những quy phạm không hợp lý nhưng vẫn có thể được coi đáp ứng pháp quyền nếu thỏa mãn được các yêu cầu của quan niệm pháp quyền hình thức đã nêu ở trên. Trong quan niệm về pháp quyền hình thức, người ta không phân xét về chất lượng của pháp luật⁴⁶. Đây là điểm khác biệt giữa quan niệm hình thức và quan niệm nội dung về pháp quyền. Do không quan tâm đến chất lượng của các luật lệ và giá trị mà nó theo đuổi nên quan niệm pháp quyền hình thức thường bị chỉ trích bởi lý do pháp quyền vốn là một giá trị bảo vệ con người khỏi những bất công của luật pháp.

2.2. Quan niệm về pháp quyền từ cách tiếp cận nội dung

Những đại diện nổi bật cho quan niệm về pháp quyền từ cách tiếp cận nội dung (the substantive conception of the rule of law) là Dworkin, Sir John Laws và Trevor Allan⁴⁷, Dieter Grimm⁴⁸,... Ngoài ra, pháp

⁴¹ Brian Z. Tamanaha, tlđđ, tr. 234.

⁴² Jan Wouters, Nicolas Hachez, *Transitional Societies and the Rule of Law: A Benchmarks approach*, Working Paper No.47, Leuven Centre for Global Governance Studies, tháng 3/2010.

⁴³ Nguyễn Duy Quý, *Nhà nước pháp quyền ở Việt Nam*, Tạp chí Thông tin Khoa học xã hội, số 9/2015, tr. 4.

⁴⁴ Cùng quan điểm, Nguyễn Văn Thanh, *Quan điểm, tư tưởng xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam*, <http://www.qdnd.vn/chinh-tri/cac-van-de/quan-diem-tu-tuong-xay-dung-nha-nuoc-phap-quyen-xa-hoi-chu-nghia-viet-nam-471575>, truy cập ngày 11/04/2016.

⁴⁵ Paul P. Craig, tlđđ, tr. 467.

⁴⁶ Paul P. Craig, tlđđ, tr. 467.

⁴⁷ Xem Paul P. Craig, tlđđ, từ tr. 477-484.

quyền từ cách tiếp cận nội dung được thể hiện qua cách giải thích của Liên hợp quốc về pháp quyền.

Quan niệm về pháp quyền từ cách tiếp cận nội dung thường nhấn mạnh chất lượng của pháp luật và các giá trị mà nó theo đuổi. Ở cách tiếp cận này, những người đại diện cho pháp quyền nội dung đồng ý với các nhà chính trị rằng, các đặc điểm như tổng quát và công khai là cần thiết để tạo ra tính hợp pháp của luật, nhưng họ cho rằng mối liên hệ giữa pháp luật và các quyền cơ bản phải được coi trọng⁴⁹. Những người đại diện cho pháp quyền nội dung ít quan tâm đến hình thức và quy trình, mà chú ý nhiều hơn đến những giá trị mà họ muốn thúc đẩy và đạt được. Vì thế, họ đã đưa vào khái niệm pháp quyền các giá trị như nhân phẩm, tự do, công bằng, công lý, dân chủ, quyền con người.

Gustav Radbruch cho rằng, công bằng, sự phù hợp với mục đích và sự an toàn pháp lý là ba phương diện của khái niệm pháp quyền⁵⁰. Theo Arthur Kaufmann, công bằng (theo nghĩa rộng) có ba khía cạnh: Sự bình đẳng (công bằng theo nghĩa hẹp), sự phù hợp với mục đích (công bằng xã hội) và sự bảo đảm an toàn pháp lý (hiệu lực của

luật)⁵¹. Bình đẳng là khía cạnh hình thức của công bằng, sự phù hợp với mục đích là khía cạnh nội dung của công bằng và sự bảo đảm an toàn pháp lý là chức năng của công bằng⁵².

Theo Dieter Grimm, nhà nước pháp quyền được xây dựng trên ý niệm về công lý, công nhận các giá trị nội tại, sự tự do và bình đẳng của các cá nhân. Một Nhà nước theo đuổi pháp quyền theo nghĩa lý luận không phải là một Nhà nước tuân thủ theo pháp luật, mà là một Nhà nước ở đó pháp luật phản ánh một số khái niệm về công lý⁵³.

Liên hợp quốc coi pháp quyền là “một nguyên tắc quản trị mà trong đó tất cả mọi cá nhân, tổ chức, thiết chế, cả công và tư, bao gồm cả Nhà nước, đều phải tuân thủ pháp luật được công bố công khai, được áp dụng bình đẳng và được phán quyết một cách độc lập, phù hợp với các nguyên tắc và tiêu chuẩn nhân quyền quốc tế. Pháp quyền đòi hỏi các biện pháp để đảm bảo tuân thủ các nguyên tắc thượng tôn pháp luật, bình đẳng trước pháp luật, trách nhiệm pháp lý, công bằng trong áp dụng pháp luật, phân chia quyền lực, sự tham gia vào việc ra quyết định, tính tin cậy pháp lý, tránh sự tùy tiện và tính minh bạch của pháp luật và thủ tục”⁵⁴.

Pháp quyền được Liên minh châu Âu (EU) thừa nhận là giá trị chung và trở

⁴⁸ Dieter Grimm, *Levels of the Rule of Law – On the Possibility of Exporting a Western Achievement*, trong sách: Dirk Ehlers, Henning Glaser, Kittisak Prokati (Ed.), *Constitutionalism and Good Governance*, 1st Edition 2014, tr. 141-152.

⁴⁹ Hwang, Karina T., *The Procedural Aspect of the Rule of Law: India as a Case Study for Distinguishing Concept from Conception* (2015). CMC Senior Theses. Paper 1171, tr. 12-13, http://scholarship.claremont.edu/cmc_theses/1171/, truy cập ngày 20/6/2017.

⁵⁰ Trích theo Ngô Thị Mỹ Dung, *Khái niệm công bằng trong triết học pháp quyền Arthur Kaufmann*, Tạp chí Khoa học xã hội, số 05/2014, tr. 4.

⁵¹ Trích theo Ngô Thị Mỹ Dung, tldđ, tr. 4.

⁵² Trích theo Ngô Thị Mỹ Dung, tldđ, tr. 4.

⁵³ Dieter Grimm, tldđ, tr.147.

⁵⁴ Xem: UN Security Council (2004), *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies: report of the Secretary-General*, đoạn 6; nguồn: <http://www.refworld.org/docid/45069c434.html>, truy cập ngày 20/7/2017.

thành nguyên tắc cơ bản⁵⁵, theo đó các quốc gia thành viên cũng như các tổ chức của EU luôn phải xem xét hành động của họ có phù hợp với Hiến pháp và Hiệp ước của Liên minh⁵⁶.

Pháp quyền cũng được Hiệp hội các quốc gia Đông Nam Á (ASEAN) thừa nhận là một trong những giá trị hình thành, là mục tiêu, là nguyên tắc hành động của tổ chức này⁵⁷.

Quan niệm pháp quyền nội dung như đã đề cập ở trên tất nhiên không nhận được sự ủng hộ của những người theo quan điểm pháp quyền hình thức. Brian Z. Tamanaha không ủng hộ quan niệm pháp quyền gắn các giá trị như nhân phẩm, tự do, công bằng, công lý, dân chủ, các quyền con người. Ông đưa ra các lập luận rằng, pháp quyền là một tư tưởng liên quan đến tính hợp pháp (legality), trong khi dân chủ là một hệ thống quản trị (system of governance), và quyền con người là những chuẩn mực mang tính phổ biến (universal norms and standards)⁵⁸; vì vậy, chúng là những thành tố tách biệt và tập trung vào

những khía cạnh khác nhau của hệ thống chính trị - pháp lý và có thể tồn tại độc lập hoặc kết hợp với nhau. Lý do thứ hai để Brian Z. Tamanaha không tích hợp dân chủ, nhân quyền trong pháp quyền là nếu cho rằng pháp quyền đòi hỏi bao gồm yếu tố quyền con người và dân chủ thì điều này ám chỉ rằng chỉ có nền dân chủ tự do mới có pháp quyền. Nói cách khác, một xã hội mong muốn có pháp quyền thì phải hướng tới xã hội giống như nền dân chủ tự do. Điều này không hợp lý bởi ý nghĩa của pháp quyền bị gán với những giả định mang tính quy chuẩn còn đang gây nhiều tranh cãi để tạo ra kết quả mong muốn hoặc giả định được áp dụng với tất cả mọi người⁵⁹. Brian Z. Tamanaha dẫn chứng tư tưởng của John Rawls để biện luận rằng, việc đưa dân chủ và nhân quyền vào định nghĩa pháp quyền là trái ngược với nguyên lý chủ nghĩa tự do⁶⁰. Theo Brian Z. Tamanaha, cần tách pháp quyền, dân chủ và nhân quyền, cũng như những điều tốt đẹp khác mà chúng ta hướng tới như sức khỏe và an ninh, bởi sự trộn lẫn tất cả những điều này có xu hướng che khuất thực tế rằng xã hội và Chính phủ có thể tuân thủ pháp quyền, nhưng vẫn có thể bị cho là có thiếu sót nghiêm trọng⁶¹.

2.3. Quan niệm trung dung về pháp quyền

Có người giải thích khái niệm pháp quyền từ cả phương diện nội dung và phương diện hình thức. Mark Ellis cho rằng, chỉ hợp lý nếu tiêu chuẩn của pháp quyền dựa trên cả định nghĩa hình thức và định nghĩa nội dung bởi nếu không có cấu thành nội dung chứa đựng các nguyên tắc phổ

⁵⁵ Article 6, paragraph 1 Treaty on European Union 2012: "The Union is founded on the principles of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms, and the rule of law, principles which are common to the Member States". Khoản 1 Điều 6 Hiệp ước về Liên minh châu Âu quy định: Liên minh dựa trên các nguyên tắc của tự do, dân chủ, tôn trọng quyền con người và tự do cơ bản, cũng như pháp quyền, những điều có giá trị chung với các quốc gia thành viên. Xem *Treaty on European Union* trong Official Journal of the European Union số 2012/C 326/01.

⁵⁶ Laurent Pech, *The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union*, Jean Monnet Working Paper Series No. 4/2009, phần mở đầu, tr. 3.

⁵⁷ Khoản 2(h) và 2(i) Điều 2 Hiến chương của ASEAN.

⁵⁸ Brian Z. Tamanaha, *tlđđ*, tr. 234.

⁵⁹ Brian Z. Tamanaha, *tlđđ*, tr. 234.

⁶⁰ Brian Z. Tamanaha, *tlđđ*, tr. 234.

⁶¹ Brian Z. Tamanaha, *tlđđ*, tr. 236.

quát của công lý thì pháp quyền sẽ trở thành vô nghĩa⁶².

Dự án Tư pháp thế giới (The World Justice Project - WJP) liệt kê bốn nội dung mang tính nguyên tắc sau đây của pháp quyền⁶³:

(1) Chính phủ, các quan chức, các cơ quan đại diện, cá nhân và các tổ chức tư nhân đều phải tuân thủ pháp luật.

(2) Luật pháp rõ ràng, công khai, ổn định và đúng đắn; được áp dụng chung và bảo vệ các quyền cơ bản, bao gồm sự an toàn về tính mạng và tài sản của con người và các quyền con người đã được xác định.

(3) Quy trình pháp luật rõ ràng, theo đó luật được ban hành có thể tiếp cận được, được quản lý và thi hành một cách công bằng và hiệu quả.

(4) Hoạt động tư pháp phải được thực hiện kịp thời bởi những đại diện có thẩm quyền, có đạo đức, độc lập và trung lập, có đủ nhân lực và nguồn lực cần thiết và làm việc với tinh thần phục vụ cộng đồng.

Theo WJP, “bốn nguyên tắc phổ quát nói trên tạo thành một định nghĩa chức năng của pháp quyền. Chúng được phát triển theo các tiêu chuẩn và quy phạm quốc tế đã được thừa nhận, đã được thử nghiệm và tinh

luyện với sự tham vấn của nhiều chuyên gia trên toàn thế giới”⁶⁴.

Bốn nguyên tắc phổ quát được tiếp tục phát triển trong chín yếu tố đánh giá sau đây của Chỉ số luật pháp WJP hằng năm và trong mỗi Chỉ số luật pháp, WJP lại có các nhân tố đánh giá cụ thể. Chín yếu tố đánh giá của Chỉ số luật pháp WJP bao gồm⁶⁵: Những hạn chế về quyền hạn của Chính phủ (Constraints on Governments Powers - Yếu tố 1); Thiếu vắng sự tham nhũng (Absence of Corruption - Yếu tố 2); Chính phủ mở (Open Government - Yếu tố 3); Các quyền cơ bản (Fundamental Rights - Yếu tố 4); Trật tự và an ninh (Order and Security - Yếu tố 5); Thực thi pháp luật (Regulatory Enforcement - Yếu tố 6); Tư pháp dân sự (Civil Justice - Yếu tố 7); Tư pháp hình sự (Criminal Justice - Yếu tố 8); Tư pháp phi chính thức (Informal Justice - Yếu tố 9).

Những hạn chế về quyền hạn của Chính phủ (Yếu tố 1) đánh giá mức độ mà những người có liên quan bị ràng buộc bởi luật pháp. Nó bao gồm các phương tiện, trong đó có Hiến pháp và thể chế, qua các phương tiện đó, quyền hạn của Chính phủ và quyền hạn của các quan chức và đại diện của nó bị giới hạn và chịu trách nhiệm trước luật pháp. Trong Yếu tố 1 còn có sự kiểm tra phi nhà nước đối với quyền lực của Chính phủ của báo chí tự do và độc lập. Những nội dung được đánh giá trong Yếu tố 1 (Những hạn chế về quyền hạn của Chính phủ) là: Hiệu quả của việc kiểm tra thể chế về quyền lực của Chính phủ thông qua các cơ quan: Cơ quan lập pháp (Yếu tố 1.1), cơ quan tư

⁶² Mark Ellis, *Toward a common ground definitions of the rule of law incorporating substantive principle of justice*, University of Pittsburgh Law Review, Vol. 72, 2010.

⁶³ Dự án Tư pháp thế giới (WJP) là một tổ chức độc lập, đa ngành, phi lợi nhuận, có Văn phòng đặt tại Washington, DC, và Seattle, WA, Hoa Kỳ. WJP làm việc để thúc đẩy thực thi pháp luật trên toàn thế giới. Xem WJP, *The Four Universal Principles*, đăng trên <https://worldjusticeproject.org/about-us/overview/wh-at-rule-law>, truy cập ngày 12/12/2017.

⁶⁴ WJP, *The Four Universal Principles*, tldđ ở trên.

⁶⁵ Chi tiết xem WJP, *The Four Universal Principles*, tldđ ở trên.

pháp (Yếu tố 1.2), các cơ quan kiểm toán và đánh giá độc lập (Yếu tố 1.3), cũng như hiệu quả của việc giám sát phi chính phủ bởi các phương tiện truyền thông và xã hội dân sự (Yếu tố 1.5), mức độ diễn ra quá trình chuyển giao quyền lực theo luật cũng được xem xét (Yếu tố 1.6). Ngoài các nội dung đánh giá nói trên, trong Yếu tố 1 cũng đánh giá sự trừng phạt đối với các quan chức chính phủ về hành vi sai phạm chính thức (Yếu tố 1.4)⁶⁶.

Yếu tố 2 (thiếu vắng sự tham nhũng) xem xét ba hình thức tham nhũng: Hối lộ, thu lợi không chính đáng từ lợi ích của công chúng hoặc tư nhân, và sự chiếm dụng quỹ công hoặc các nguồn lực khác. Ba hình thức tham nhũng này được kiểm tra đối với các nhân viên chính phủ trong ngành hành pháp (Yếu tố 2.1), cơ quan tư pháp (Yếu tố 2.2), quân đội và cảnh sát (Yếu tố 2.3) và cơ quan lập pháp (Yếu tố 2.4) bao gồm các tình huống, trong đó hành vi tham nhũng - từ hối lộ nhỏ đến hành vi gian lận - có thể xảy ra⁶⁷.

Yếu tố 3 (Chính phủ mở) được định nghĩa là một Chính phủ chia sẻ thông tin, trao quyền cho người dân bằng các công cụ để khiến Chính phủ phải có trách nhiệm về hành động của mình và thúc đẩy sự tham gia của người dân vào các cuộc thảo luận chính sách công. Nhân tố này đánh giá mức độ công khai của các luật cơ bản và thông tin về các quyền hợp pháp và chất lượng thông tin do Chính phủ công bố (Yếu tố

3.1). Đồng thời, nó cũng xác định liệu các yêu cầu về thông tin do cơ quan chính phủ nắm giữ có được thực hiện đúng không (Yếu tố 3.2). Cuối cùng, nó đánh giá tính hiệu quả của các cơ chế tham gia của công dân, bao gồm việc bảo vệ tự do ý kiến và biểu đạt, hội họp, hiệp hội và quyền kiến nghị (Yếu tố 3.3); và liệu người dân có thể đưa khiếu nại cụ thể lên chính quyền hay không (Yếu tố 3.4)⁶⁸.

Các quyền cơ bản (Yếu tố 4) đánh giá mức độ bảo vệ các quyền cơ bản của con người. Nếu một hệ thống pháp luật không tôn trọng những quyền con người cốt lõi đã được thừa nhận rộng rãi trong luật quốc tế thì không được coi là có tính pháp quyền. Vì có rất nhiều chỉ số khác liên quan đến quyền con người và có lẽ không thể đánh giá được sự tuân thủ đầy đủ các quyền nên Yếu tố 4 tập trung vào các quyền đã được thiết lập theo Tuyên ngôn Thế giới về quyền con người và có liên quan chặt chẽ với tính pháp quyền. Theo đó, Yếu tố 4 bao gồm việc tuân thủ các quyền cơ bản sau: Thực thi có hiệu quả pháp luật bảo đảm sự bảo vệ quyền bình đẳng (Yếu tố 4.1), quyền sống và an toàn của cá nhân (Yếu tố 4.2), theo đúng thủ tục của pháp luật quy định và các quyền của bị can (Yếu tố 4.3), tự do ngôn luận và biểu đạt (Yếu tố 4.4), tự do tín ngưỡng và tôn giáo (Yếu tố 4.5), quyền riêng tư (Yếu tố 4.6), tự do hội họp và lập hội (Yếu tố 4.7), và các quyền lao động cơ bản, trong đó có quyền thương lượng tập thể, cấm lao động cưỡng bức và

⁶⁶ Xem WJP, *Constraints on Governments Powers (Factor 1)*, <https://worldjusticeproject.org/our-work/wjp-rule-law-index/wjp-rule-law-index-2016/factors-rule-law/constraints-government-powers>.

⁶⁷ Xem WJP, *Absence of Corruption (Factor 2)*, <https://worldjusticeproject.org/our-work/wjp-rule-law-index/wjp-rule-law-index-2016/factors-rule-law/absence-corruption-factor-2>.

⁶⁸ Xem WJP, *Open Government (Factor 3)*, <https://worldjusticeproject.org/our-work/wjp-rule-law-index/wjp-rule-law-index-2016/factors-rule-law/open-government-factor-3>.

lao động trẻ em, và xóa bỏ phân biệt đối xử (Yếu tố 4.8)⁶⁹.

Trật tự và an ninh (Yếu tố 5) đánh giá hiệu quả kiểm soát tội phạm (Yếu tố 5.1 tội phạm thông thường), bạo lực chính trị (Yếu tố 5.2 bao gồm khủng bố, xung đột vũ trang, và tình trạng bất ổn chính trị), và việc người dân không sử dụng bạo lực để giải quyết tranh chấp cá nhân (Yếu tố 5.3 tự xử lý)⁷⁰.

Thực thi pháp luật (Yếu tố 6) đánh giá mức độ áp dụng và thực thi các quy định một cách công bằng và hiệu quả. Các quy định của chính quyền được thực thi có hiệu quả (Yếu tố 6.1) và được áp dụng, thi hành mà không bị ảnh hưởng bởi hành vi không chính đáng hoặc lợi ích cá nhân của công chức, viên chức (Yếu tố 6.2). Thủ tục hành chính được tiến hành kịp thời, không có sự chậm trễ bất hợp lý (Yếu tố 6.3); quy trình trong thủ tục hành chính được tôn trọng (Yếu tố 6.4) và tài sản cá nhân không bị tước đoạt nếu không có đền bù thỏa đáng (Yếu tố 6.5).

Yếu tố thực thi pháp luật không đánh giá các hoạt động nào mà chính quyền lựa chọn để điều chỉnh, và cũng không xem xét sự điều chỉnh của một hoạt động cụ thể đến mức độ nào là thích hợp. Thay vào đó, nó kiểm tra cách thức các quy định được thực hiện và thi hành. Để tạo thuận lợi cho việc so sánh, Yếu tố 6 chú ý các lĩnh vực điều chỉnh các quốc gia trong một hoặc nhiều mức độ, chẳng hạn như y tế công cộng, an

toàn nơi làm việc, bảo vệ môi trường và hoạt động thương mại⁷¹.

Tư pháp dân sự (Yếu tố 7) đánh giá, liệu những người bình thường có thể giải quyết các khiếu kiện của họ một cách hòa bình và hiệu quả thông qua hệ thống tư pháp dân sự. Tư pháp dân sự hiệu quả đòi hỏi hệ thống đó có thể tiếp cận được với chi phí phải chăng (Yếu tố 7.1), không bị phân biệt đối xử (Yếu tố 7.2), không tham nhũng (Yếu tố 7.3), và không chịu những tác động không hợp lý của các công chức (Yếu tố 7.4). Tư pháp dân sự có hiệu quả cũng đòi hỏi thủ tục tố tụng của tòa án phải được thực hiện một cách kịp thời và không bị trì hoãn một cách bất hợp lý (Yếu tố 7.5). Bên cạnh đó, Yếu tố 7 thừa nhận giá trị của cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế. Đồng thời, nó đánh giá khả năng tiếp cận, sự không thiên vị và hiệu quả của hệ thống hòa giải và trọng tài (Yếu tố 7.7)⁷².

Tư pháp hình sự (Yếu tố 8) đánh giá hệ thống tư pháp hình sự. Các hệ thống tư pháp hình sự hiệu quả có thể điều tra và xét xử tội phạm thành công và kịp thời (Yếu tố 8.1 và 8.2), thông qua một hệ thống vô tư và không phân biệt (Yếu tố 8.4), không có tham nhũng và không chịu ảnh hưởng không chính đáng của chính phủ (Yếu tố 8.5 và Yếu tố 8.6), đồng thời đảm bảo quyền lợi của cả nạn nhân và bị can được bảo vệ hiệu quả (Yếu tố 8.7). Tư pháp hình sự có hiệu quả cũng đòi hỏi hệ thống cải huấn nhằm

⁶⁹ Xem WJP, *Fundamental Rights (Factor 4)*, <https://worldjusticeproject.org/our-work/wjp-rule-law-index/wjp-rule-law-index-2016/factors-rule-law/fundamental-rights-factor-4>.

⁷⁰ Xem WJP, *Order and Security (Factor 5)*, <https://worldjusticeproject.org/our-work/wjp-rule-law-index/wjp-rule-law-index-2016/factors-rule-law/order-and-security-factor-5>.

⁷¹ Xem WJP, *Regulatory Enforcement (Factor 6)*, <https://worldjusticeproject.org/our-work/wjp-rule-law-index/wjp-rule-law-index-2016/factors-rule-law/regulatory-enforcement-factor>.

⁷² Xem WJP, *Civil Justice (Factor 7)*, <https://worldjusticeproject.org/our-work/wjp-rule-law-index/wjp-rule-law-index-2016/factors-rule-law/civil-justice-factor-7>.

giảm bớt hành vi phạm tội (Yếu tố 8.3). Theo đó, đánh giá tư pháp hình sự nên được xem xét trên toàn bộ hệ thống, bao gồm cảnh sát, luật sư, công tố viên, thẩm phán, và các nhân viên trại giam⁷³.

Tư pháp phi chính thức (Yếu tố 9) được phản ánh ở nhiều quốc gia thông qua các hệ thống thông thường và phi chính thức, bao gồm các tòa án truyền thống, tòa án bộ lạc và tòa án tôn giáo và các hệ thống dựa vào cộng đồng trong việc giải quyết các tranh chấp. Yếu tố tư pháp phi chính thức bao gồm ba yếu tố cụ thể: Liệu các hệ thống giải quyết tranh chấp này có hiệu quả và kịp thời (Yếu tố 9.1), cho dù họ đang vô tư và tự do ảnh hưởng không thích hợp (Yếu tố 9.2), và mức độ tổng hợp sự tôn trọng và bảo vệ các quyền cơ bản (Yếu tố 9.3). Các hệ thống này thường đóng một vai trò lớn trong các nền văn hóa, nhất là khi các thể chế pháp lý chính thức không cung cấp cho bộ phận lớn dân cư các biện pháp khắc phục có hiệu quả, hoặc khi các thể chế chính thức được xem là xa cách, tham nhũng hoặc không có hiệu quả.

2.4. Quan niệm về pháp quyền từ cách tiếp cận thủ tục

Những người giải thích pháp quyền từ cách tiếp cận thủ tục (The procedural aspects of the rule of law) đòi hỏi không chỉ sự tuân thủ nội dung pháp luật mà cả việc thực hiện pháp luật cần theo những trình tự, thủ tục nhất định do luật định. Quan niệm pháp quyền từ cách tiếp cận thủ tục không giống quan niệm pháp quyền từ cách tiếp cận hình thức với các nội dung đã phân tích

ở trên. Pháp quyền từ cách tiếp cận hình thức nói đến cách thức mà luật pháp được ban hành, các yêu cầu đối với pháp luật và phạm vi hiệu lực về thời gian của nó. Pháp quyền từ cách tiếp cận thủ tục lưu ý cả việc tuân thủ các trình tự, thủ tục do luật định. Việc tuân thủ các thủ tục pháp lý có ý nghĩa quan trọng, bởi đòi hỏi của pháp quyền về thủ tục giúp cho việc thực hiện pháp quyền được công khai⁷⁴. Yêu cầu như vậy là hợp lý. Trên thực tế, trong pháp luật của hầu hết các quốc gia đều có các quy định về thủ tục đòi hỏi các cơ quan lập pháp, hành pháp và tư pháp phải tuân thủ⁷⁵ như: Thủ tục giải quyết vụ án (xét xử), thủ tục trọng tài, thủ tục hành chính, thủ tục trong đầu tư, kinh doanh... Trong nhiều trường hợp, vi phạm quy định về thủ tục ảnh hưởng đến hiệu lực của hành động hoặc dẫn đến việc xem xét lại hành động đã được thực hiện; chẳng hạn, bản án, quyết định của tòa án đã có hiệu lực pháp luật có thể bị kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm nếu bị phát hiện thấy có vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng.

Lời kết

Pháp quyền là một tư tưởng chính trị có nhiều ảnh hưởng và có lẽ được nhắc đến nhiều nhất trong những cuộc đàm luận đương đại trên thế giới⁷⁶. Do có nhiều cách tiếp cận nghiên cứu về pháp quyền nên

⁷³ WJP, *Criminal Justice (Factor 8)*, <https://worldjusticeproject.org/our-work/wjp-rule-law-index/wjp-rule-law-index-2016/factors-rule-law/criminal-justice-factor-8>.

⁷⁴ Về mối quan hệ giữa thủ tục tư pháp với pháp quyền, xem Tyler, Tom R., *Procedural Justice and the Rule of Law: Fostering Legitimacy in Alternative Dispute Resolution* (2011). Faculty Scholarship Series. Paper 4992, tr. 8-11; nguồn: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4992, truy cập ngày 20/7/2017.

⁷⁵ Yêu cầu tuân thủ thủ tục tố tụng trong nhà nước pháp quyền, xem Nguyễn Đăng Dung, *Nhà nước pháp quyền là tinh thần pháp luật hay là đúng quy trình?*, tltđ, tr.56-59.

⁷⁶ Tamanaha, Brian Z., tltđ, tr. 232.

không có định nghĩa thống nhất về pháp quyền. Điểm chung nhất có thể thấy về mặt hình thức là pháp quyền đã và đang được thừa nhận ở không ít quốc gia như một giá trị tư tưởng cơ bản cần được tôn trọng và theo đuổi⁷⁷.

Điểm chung trong các quan niệm về pháp quyền là thừa nhận mối quan hệ giữa quyền lực nhà nước và pháp luật và sự ràng buộc của pháp luật⁷⁸, theo đó, quyền lực nhà nước phải được điều chỉnh bởi pháp luật, phát sinh trên cơ sở pháp luật và bị giới hạn, kiểm soát bởi pháp luật bằng cách buộc Nhà nước phải tôn trọng pháp luật do mình đặt và không đứng trên/đứng ngoài pháp luật. Pháp luật được sử dụng để quản lý quốc gia thay cho các quyết định của các cơ quan nhà nước và công chức nhà nước. Pháp luật được áp dụng cho cả người cai trị và công dân, theo đó mọi thành viên của xã hội, bao gồm cả Nhà nước đều phải tuân theo các quy định pháp luật và các thủ tục được công bố công khai⁷⁹. Với vai trò là quy tắc xử sự chung của xã hội, pháp luật cần đáp ứng những yêu cầu nhất định về hình thức, nội dung, thủ tục. Ngoài yêu cầu về tính hợp

pháp của quyền lực và bình đẳng trước pháp luật, pháp quyền còn đòi hỏi pháp luật được bảo vệ bởi tòa án độc lập với thủ tục xét xử công bằng. Sự khác nhau trong các định nghĩa về pháp quyền là do cách tiếp cận vấn đề và sự quy nạp vào nội dung pháp quyền các yếu tố tự do, nhân phẩm, công bằng, công lý, dân chủ, quyền con người, cũng như mục đích điều chỉnh và yêu cầu về nội dung, về thủ tục tuân thủ pháp quyền.

Pháp luật, pháp quyền, pháp chế, pháp trị, nhà nước pháp quyền, nhà nước pháp chế, nhà nước pháp trị, nguyên tắc pháp quyền, nguyên tắc pháp trị, nguyên tắc pháp chế là những thuật ngữ chính trị, pháp lý có nội hàm không đồng nhất và không được quan niệm thống nhất⁸⁰. Cần lưu ý rằng, khi dịch, diễn giải các thuật ngữ đó từ ngôn ngữ nước ngoài cần chú ý ngữ cảnh và tư tưởng, nội dung thực chất mà tác giả đưa ra định nghĩa đó muốn truyền đạt. Không thể lấy định nghĩa về pháp quyền của một tác giả trên thế giới và nói rằng thế giới đang hiểu pháp quyền như vậy. Trong Nhà nước tuân thủ nguyên tắc pháp quyền, các nhà hoạch định chính sách, pháp luật và quản lý nên có những hiểu biết nhất định về pháp quyền, bởi tuân thủ pháp quyền vừa là đòi hỏi, vừa là phương châm hoặc quy tắc hành động của họ. Với sự khái quát có tính hệ thống về sự đa dạng và phức tạp trong quan niệm về pháp quyền trên thế giới nói trên, người đọc tham khảo, lựa chọn cách tiếp cận phù hợp trong giải thích pháp quyền hoặc làm việc về các chủ đề liên quan đến pháp quyền.

⁷⁷ Theo Tamanaha, Brian Z., *ltd*, tr. 232.

⁷⁸ Martin Krygier, Rule of Law (and Rechtsstaat), (August 15, 2013). UNSW Law Research Paper No. 2013-52. Trong đoạn Abstract. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2311874>.

⁷⁹ Định nghĩa pháp quyền (rule of law) trong Từ điển Anh ngữ Oxford: "The authority and influence of law in society, esp. when viewed as a constraint on individual and institutional behaviour; (hence) the principle whereby all members of a society (including those in government) are considered equally subject to publicly disclosed legal codes and processes". Ngoài ra, xem thêm Leal-Arcas, Rafael, Essential Elements of the Rule of Law Concept in the EU (August 20, 2014). Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 180/2014. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2483749> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2483749>.

⁸⁰ Phân biệt nguyên tắc pháp quyền với nguyên tắc pháp trị, nguyên tắc pháp chế và nhà nước pháp quyền, xem Nguyễn Đức Minh, *Khái niệm, nội dung của nguyên tắc pháp quyền*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 6(362)/2018, tr.8-10.

ĐÁNH GIÁ TÍNH HỢP HIẾN CỦA VIỆC GIỚI HẠN QUYỀN HIẾN ĐỊNH: THÁCH THỨC VÀ XU HƯỚNG

Bùi Tiến Đạt*

Tóm tắt: Bài viết nhấn mạnh rằng, đánh giá tính hợp hiến của việc giới hạn quyền hiến định là vấn đề quan trọng và phức tạp. Đồng thời, bài viết phân tích vai trò của cơ quan tài phán hiến pháp; nhu cầu xây dựng cũng như vận dụng các phương pháp lập luận nhằm đánh giá tính hợp hiến của việc giới hạn quyền dựa trên phương pháp phân tích tính tương xứng đang khá thịnh hành trên thế giới. Cuối cùng, bài viết đưa ra một số gợi mở đối với những thách thức trong việc đánh giá tính hợp hiến của việc giới hạn quyền hiến định trong bối cảnh thi hành Hiến pháp năm 2013.

Abstract: The article emphasizes that assessing constitutionality of limitations on constitutional rights is crucial and complicated. In addition, it analyzes the role of constitutional review body and the need of formulating and applying reasoning methods to assess constitutionality of limitations on rights based on analytical method of proportionality which is on the rise worldwide. Finally, it makes concrete suggestions to address challenges on the assessment of constitutionality of limitations on constitutional rights in the implementation of the 2013 Constitution.

Dẫn nhập

Hiến pháp năm 2013 đã đặt ra nhu cầu đánh giá tính hợp hiến của việc giới hạn quyền hiến định thông qua một thiết chế phù hợp¹. Nhu cầu này được thể hiện qua ba điều khoản chính. Điều 119 khẳng định yêu cầu bảo vệ các quy tắc và nguyên tắc của Hiến pháp trước các hành vi vi hiến, theo đó “Mọi hành vi vi phạm Hiến pháp đều bị xử

lý”. Điều 119 cũng quy định trách nhiệm của các cơ quan nhà nước và nhân dân trong việc bảo vệ hiến pháp, đồng thời mở ra khả năng thiết lập một “cơ chế bảo vệ Hiến pháp do luật định”. Khả năng này được củng cố thêm bởi nguyên tắc “phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp” tại khoản 3 Điều 2². Theo đó, một cơ quan thực hiện quyền tư pháp có thể được giao chức năng “bảo vệ Hiến pháp” nhằm “kiểm soát” tính hợp hiến trong hoạt động của cơ quan lập pháp, hành pháp. Cụ thể hơn, trong việc bảo vệ quyền con người, cơ chế kiểm soát tính hợp hiến này được đặt nền móng bởi nguyên tắc giới hạn quyền con người được quy định tại khoản 2 Điều 14³.

* TS., Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội.

Bài viết này là một phần kết quả nghiên cứu của Đề tài nghiên cứu cấp Bộ năm 2017-2018 “Cơ sở lý luận và thực tiễn về hạn chế quyền con người ở Việt Nam hiện nay” do TS. Nguyễn Linh Giang làm chủ nhiệm và Viện Nhà nước và Pháp luật thuộc Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam chủ trì.

¹ Xem một số nghiên cứu về chủ đề giới hạn quyền hiến định của tác giả đã được công bố: Bùi Tiến Đạt, *Hiến pháp hóa nguyên tắc giới hạn quyền con người: Cần nhưng chưa đủ*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 11/2015; Bùi Tiến Đạt, *Nguyên tắc giới hạn quyền con người: Ý nghĩa, nhu cầu giải thích và định hướng áp dụng*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 19/2017; Bùi Tiến Đạt, *Nhận diện các mô thức giới hạn quyền con người trong pháp luật Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 2/2018.

² “Quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp”.

³ “Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết

Từ kinh nghiệm quốc tế, bài viết này phân tích những thách thức và xu hướng trong việc đánh giá tính hợp hiến của việc giới hạn quyền hiến định trong bối cảnh thi hành Hiến pháp năm 2013 hiện nay.

1. Đánh giá tính hợp hiến của việc giới hạn quyền hiến định là vấn đề quan trọng và phức tạp trong tài phán hiến pháp

Chúng ta có thể hình dung có 5 loại hình vi phạm hiến pháp tương ứng với 5 nhóm nội dung mà một bản hiến pháp thường chứa đựng: (1) Nhóm điều khoản về chế độ chính trị (bao gồm cả vấn đề thể chế chính trị và chế độ kinh tế, văn hóa, xã hội, an ninh, quốc phòng); (2) Nhóm điều khoản về thủ tục thành lập các cơ quan nhà nước và các thiết chế hiến định; (3) Nhóm điều khoản về thẩm quyền (chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn) của các cơ quan nhà nước và các thiết chế hiến định; (4) Nhóm điều khoản về sửa đổi hiến pháp; (5) Nhóm điều khoản về quyền con người, quyền công dân.

Trong đó, bảo vệ quyền con người thông qua việc phán xét tính hợp hiến của quy phạm giới hạn quyền luôn là mảng công việc chủ đạo của các cơ quan tài phán hiến pháp ở các quốc gia trên thế giới. Chức năng bảo hiến của Tòa án tối cao Hoa Kỳ được thể hiện rõ nét trong việc tuyên một quy tắc (trong đạo luật hay văn bản lập quy) là vi hiến hay không. Liên minh châu Âu – mặc dù chưa thể coi là một quốc gia hoàn chỉnh – cũng rất chú trọng tới cơ quan tài phán về nhân quyền khi thành lập Tòa án nhân quyền châu Âu (European Court of Human Rights) từ năm 1959 nhằm thực thi Công ước châu Âu về bảo vệ các quyền con người và tự do cơ bản năm 1950 (Convention for the Protection of Human

Rights and Fundamental Freedoms). Về mặt chức năng, Tòa án nhân quyền châu Âu rất giống với một Tòa án hiến pháp để bảo vệ “Hiến pháp” châu Âu vì có thể coi Công ước nêu trên đóng vai trò như một đạo luật nhân quyền (Bill of Rights) trong các hiến pháp hiện đại.

Việc đánh giá tính hợp hiến của các quy phạm dưới hiến pháp giới hạn quyền con người là bài toán phức tạp – có thể coi là phức tạp nhất trong 5 nhóm nội dung trên, vì những lý do sau đây:

1.1. Các quyền hiến định thường được quan niệm như một nguyên tắc trừu tượng thay vì một quy tắc cụ thể⁴

Nếu hiểu một quyền hiến định như một quy tắc, thì việc đánh giá một quy phạm vi hiến khá đơn giản. Chẳng hạn, khi quyền bầu cử được thể hiện thông qua quy tắc “Công dân đủ mười tám tuổi trở lên có quyền bầu cử và đủ hai mươi một tuổi trở lên có quyền ứng cử vào Quốc hội, Hội đồng nhân dân” (Điều 27 Hiến pháp năm 2013), thì những quy phạm nào quy định những người ở một độ tuổi khác có quyền bầu cử sẽ vi phạm quyền hiến định về bầu cử. Nhưng nếu hiểu một quyền hiến định như một nguyên tắc, thì việc đánh giá một quy phạm vi hiến không còn đơn giản nữa. Ví dụ, khi quyền sở hữu được diễn đạt là “Quyền sở hữu tư nhân và quyền thừa kế được pháp luật bảo hộ” (Điều 32 Hiến pháp năm 2013) thì không thể xác định được ranh giới rõ ràng cho phép giới hạn quyền này. Với tính chất của một nguyên tắc, quyền con người là tiêu chuẩn lý tưởng và đòi hỏi xã hội và nhà nước bảo đảm ở mức cao nhất có thể. Trong khi đó, với tính chất là một quy tắc như ví dụ tại Điều 27 Hiến pháp

vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng”.

⁴ Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Julian Rivers dịch (Oxford: Clarendon Press, 2002), tr. 47-9.

năm 2013, quyền con người là một tiêu chuẩn cụ thể và được hiểu nhất quán.

1.2. Đánh giá tính hợp hiến của việc giới hạn quyền là đánh giá tính hợp lý thay vì tính hợp pháp

Tính hợp pháp của một quy phạm pháp luật dưới luật chủ yếu được xem xét qua 3 tiêu chí: (1) Thẩm quyền ban hành quy phạm; (2) Thủ tục xây dựng quy phạm; (3) Nội dung (quy phạm này có mâu thuẫn với quy phạm có hiệu lực pháp lý cao hơn không). Trong khi đó, so với văn bản dưới luật, việc đánh giá tính hợp hiến của một đạo luật khó khăn hơn rất nhiều. Chẳng hạn, có thể thấy rõ một nghị định quy định mức thuế giá trị gia tăng 12% là bất hợp pháp vì Luật Thuế giá trị gia tăng chỉ quy định mức thuế 10%. Tuy nhiên, khi Luật Thuế giá trị gia tăng được sửa đổi mức thuế từ 10% lên 12 % thì vấn đề chuyển sang câu hỏi về tính hợp hiến. Tức là, liệu mức thuế 12% có giới hạn quá mức một số quyền hiến định như quyền tự do kinh doanh và quyền sở hữu không? Lúc này, bàn về tính hợp hiến cũng chính là xem xét tính hợp lý của đạo luật – vấn đề không còn dễ dàng như xem xét tính hợp pháp nữa. Nó cũng đòi hỏi những phương pháp lập luận phức tạp, như phương pháp cân bằng (balancing) của Hoa Kỳ và phân tích tương xứng (proportionality analysis) của châu Âu⁵.

1.3. Các quyền con người mang tính phổ quát tương đối

Mặc dù các quyền con người được thừa nhận chung mang tính phổ quát, nhưng sự phổ quát này chỉ có giá trị tương đối (relative universality)⁶. Theo đó, việc bảo

đảm các quyền tương đối không có một khuôn mẫu cố định mà phụ thuộc vào địa điểm (khu vực, quốc gia, địa phương...) và thời điểm. Do đó, phạm vi thực hiện các quyền tương đối trong hiến pháp của một quốc gia luôn cần được nhìn nhận ở một bối cảnh cụ thể và do các cơ quan có thẩm quyền giải thích trong những vụ việc cụ thể. Chẳng hạn, quyền tự do ngôn luận có thể được áp dụng khác nhau giữa các quốc gia; hành vi đốt quốc kỳ không bị coi là vi phạm pháp luật ở Hoa Kỳ, nhưng là tội phạm ở nhiều quốc gia; biểu tượng swastika của Đức Quốc xã bị cấm ở Đức, nhưng có thể không bị cấm ở quốc gia khác...

1.4. Các quan niệm về quyền con người vẫn đang gây tranh luận

Quyền con người vẫn là chủ đề gây tranh luận trên các diễn đàn học thuật. Các quyền con người vẫn đang được quan niệm lại về bản chất, sự phân chia, phạm vi, sự giới hạn... Đặc biệt, ở nhiều quốc gia, phạm vi các quyền hiến định trong nhiều trường hợp có sự bao hàm hoặc đan cài lẫn nhau. Qua đó có thể thấy việc phân chia tên gọi các quyền chỉ mang tính tương đối. Ví dụ, qua cách diễn đạt các điều khoản hiến định cũng như qua việc giải thích hiến pháp ở nhiều nước trên thế giới, quyền riêng tư và quyền im lặng có sự bao hàm và đan xen với một số quyền khác.

1.5. Các quyền hiến định có thể xung đột nhau

Một khi các lý thuyết chủ đạo công nhận mọi quyền con người có vị thế ngang nhau (không có quyền nào được coi là có giá trị hơn các quyền khác), giải quyết sự xung đột giữa các quyền là bài toán khó. Chẳng hạn, có thể thấy quyền được xét xử công khai của bị cáo xung đột với quyền được bảo vệ danh dự, nhân phẩm của nạn nhân.

Phân tích trường hợp xung đột giữa quyền riêng tư và quyền tự do thông tin.

⁵ Xem thêm: Bùi Tiến Đạt, *Hiến pháp hóa nguyên tắc giới hạn quyền con người: Cần nhưng chưa đủ*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 11/2015.

⁶ Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice* (3rd edn, Cornell University Press 2013), tr.93-105.

Luật Tiếp cận thông tin năm 2016 cho phép giới hạn quyền riêng tư nhằm đảm bảo lợi ích công. Theo đó, Điều 7 quy định thông tin công dân được tiếp cận có điều kiện. Tức là về nguyên tắc, công chúng chỉ được cơ quan nhà nước cho phép tiếp cận thông tin riêng tư của cá nhân, tổ chức trong trường hợp chủ thể đó đồng ý (theo khoản 1 và khoản 2). Tuy nhiên, khoản 3 Điều 7 cũng quy định trường hợp thông tin riêng tư có thể được cung cấp mà không cần sự đồng ý của chủ thể sở hữu thông tin: “Trong quá trình thực hiện chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của mình, người đứng đầu cơ quan nhà nước quyết định việc cung cấp thông tin liên quan đến bí mật kinh doanh, đời sống riêng tư, bí mật cá nhân, bí mật gia đình trong trường hợp cần thiết vì lợi ích công cộng, sức khỏe của cộng đồng theo quy định của luật có liên quan mà không cần có sự đồng ý theo quy định tại khoản 1 và khoản 2 Điều này”.

Có thể đưa ra một số nhận định về quy định này như sau:

Thứ nhất, cơ quan nhà nước có thể cung cấp thông tin riêng tư của cá nhân, tổ chức cho người yêu cầu cung cấp thông tin theo Luật Tiếp cận thông tin năm 2016 mà không cần sự đồng ý “trong trường hợp cần thiết vì lợi ích công cộng, sức khỏe của cộng đồng theo quy định của luật có liên quan”. Mục đích “trong trường hợp cần thiết vì lợi ích công cộng” liên quan tới lý do chính đáng để giới hạn quyền được quy định tại khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013⁷. Khoản 3 Điều 7 Luật Tiếp cận thông tin năm 2016 đã dự trù trường hợp các “luật” khác “có liên

quan” có thể quy định những giới hạn đối với quyền riêng tư.

Thứ hai, quy định trên vẫn chưa rõ ràng về thẩm quyền cung cấp thông tin riêng tư và có thể dẫn đến cách hiểu khác nhau. Cách hiểu thứ nhất, đây là thẩm quyền hành chính tùy nghi của người đứng đầu cơ quan nhà nước – quyết định cung cấp thông tin sau khi cân nhắc, đánh giá các lý do, biện pháp “cần thiết vì lợi ích công cộng, sức khỏe của cộng đồng theo quy định của luật có liên quan”. Theo cách hiểu này, người đứng đầu cơ quan nhà nước có chức năng như một cơ quan tài phán hiến pháp: Giải quyết sự xung đột giữa quyền riêng tư và quyền tiếp cận thông tin. Trong trường hợp quyền tiếp cận thông tin được ưu tiên bảo vệ, người đứng đầu cơ quan sẽ công bố thông tin riêng tư theo yêu cầu, hay nói cách khác, quyền riêng tư bị giới hạn “vì lợi ích công cộng” và vì bảo vệ quyền khác quan trọng hơn. Ngược lại, người đứng đầu cơ quan sẽ từ chối công bố thông tin riêng tư nếu cho rằng việc công bố thông tin đó không “cần thiết vì lợi ích công cộng, sức khỏe của cộng đồng theo quy định của luật có liên quan”.

Cách hiểu thứ hai, người đứng đầu cơ quan nhà nước không có thẩm quyền hành chính tùy nghi, mà chỉ có quyền cung cấp thông tin riêng tư “theo quy định của luật có liên quan”. Khi đó, các luật khác liên quan có thể cho phép công bố thông tin riêng tư “trong trường hợp cần thiết vì lợi ích công cộng, sức khỏe của cộng đồng” và nhiệm vụ của người đứng đầu cơ quan nhà nước là thi hành những quy định đó. Sự giới hạn quyền riêng tư này được thực thi theo quy định của văn bản lập pháp chứ không tùy thuộc sự đánh giá của cơ quan nhà nước.

1.6. Quyền hiến định có thể mâu thuẫn với lợi ích công cộng

⁷ “Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng”.

Quyền hiến định có thể bị giới hạn vì lợi ích công cộng. Có thể phân tích thông qua cơ chế “xử phạt bêu tên” - khi Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 cho phép cơ quan hành chính nhà nước công bố công khai trên các phương tiện thông tin đại chúng việc xử phạt đối với cá nhân, tổ chức vi phạm hành chính. Điều 72 Luật này quy định:

“1. Trường hợp vi phạm hành chính về an toàn thực phẩm; chất lượng sản phẩm, hàng hóa; dược; khám bệnh, chữa bệnh; lao động; xây dựng; bảo hiểm xã hội; bảo hiểm y tế; bảo vệ môi trường; thuế; chứng khoán; sở hữu trí tuệ; đo lường; sản xuất, buôn bán hàng giả mà gây hậu quả lớn hoặc gây ảnh hưởng xấu về dư luận xã hội thì cơ quan của người có thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính có trách nhiệm công bố công khai về việc xử phạt.

2. Nội dung công bố công khai bao gồm cá nhân, tổ chức vi phạm hành chính, hành vi vi phạm, hình thức xử phạt và biện pháp khắc phục hậu quả.

3. Việc công bố công khai được thực hiện trên trang thông tin điện tử hoặc báo của cơ quan quản lý cấp bộ, cấp sở hoặc của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh nơi xảy ra vi phạm hành chính”.

Tiếp đó, khoản 2 Điều 8 Nghị định số 81/2013/NĐ-CP quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Xử lý vi phạm hành chính hướng dẫn nội dung thông tin công bố công khai gồm: “Họ, tên, địa chỉ nghề nghiệp của người vi phạm hoặc tên, địa chỉ của tổ chức vi phạm; hành vi vi phạm hành chính; hậu quả hoặc ảnh hưởng của hành vi vi phạm; hình thức xử phạt, biện pháp khắc phục hậu quả và thời gian thực hiện”.

Có thể thấy, những quy định trên là sự giới hạn đối với quyền riêng tư. Để đánh giá sự giới hạn này có hợp hiến hay không, cần

áp dụng nguyên tắc giới hạn quyền con người tại khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013. Công khai trên các phương tiện thông tin đại chúng việc xử phạt đối với cá nhân, tổ chức vi phạm hành chính có lý do chính đáng là đảm bảo “trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng”. Quy định trên của Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 nhằm cảnh báo công chúng về những tổ chức, cá nhân đã có vi phạm hành chính gây hậu quả nghiêm trọng cho xã hội. Tuy nhiên, đây mới chỉ là bài kiểm tra đầu tiên của phương pháp phân tích tương xứng. Chỉ xem xét yếu tố lý do chính đáng chưa đủ để đảm bảo tính hợp hiến của việc giới hạn quyền.

1.7. Các mô thức giới hạn quyền rất đa dạng, phong phú

Sự giới hạn quyền con người trong các quy định dưới hiến pháp (lập pháp, lập quy, giải thích hiến pháp) rất đa dạng, muôn hình muôn vẻ. Các mô thức giới hạn quyền khá phong phú, và có thể được phân loại thành bốn nhóm sau: (1) Pháp luật cấm thực hiện hành vi vi phạm pháp luật và áp dụng trách nhiệm pháp lý; (2) Pháp luật về các biện pháp cưỡng chế nhà nước mang tính phòng ngừa và ngăn chặn; (3) Pháp luật đặt điều kiện, nghĩa vụ khi thực hiện quyền; (4) Khoảng trống pháp lý⁸. Điều khó khăn ở đây là khi đánh giá tính hợp hiến của một văn bản quy phạm pháp luật, có thể gặp phải nhiều mô thức giới hạn quyền nêu trên ở các quy phạm khác nhau.

2. Nhu cầu xây dựng, vận dụng các phương pháp lập luận nhằm đánh giá tính hợp hiến của quy phạm giới hạn quyền và vai trò quan trọng của cơ quan tài phán hiến pháp

⁸ Bùi Tiến Đạt, *Nhận diện các mô thức giới hạn quyền con người trong pháp luật Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 2/2018, tr. 5-9.

Với sự ghi nhận mệnh đề giới hạn quyền con người tại Điều 14, Hiến pháp năm 2013 đã tạo một nền tảng quan trọng để dần tiếp nhận và vận dụng học thuyết tương xứng. Lời văn của Hiến pháp Việt Nam về chế định quyền con người không có nhiều sự khác biệt với các hiến pháp ở những nước áp dụng phương pháp tương xứng. Ở Liên minh châu Âu, nơi mà học thuyết tương xứng phát triển mạnh mẽ, Công ước Nhân quyền châu Âu không đề cập đến thuật ngữ “tương xứng” (proportionality) và thậm chí cũng không có mệnh đề giới hạn chung (chỉ có các mệnh đề giới hạn riêng gắn với một số quyền). Trên thực tế, học thuyết tương xứng đã hình thành thông qua giải thích của Ủy ban châu Âu và Tòa án nhân quyền châu Âu⁹. Phương pháp cân xứng tồn tại như một học thuyết mà những yếu tố cơ bản của nó được thể hiện bằng việc hiến định mệnh đề giới hạn chung và bằng sự giải thích hiến pháp.

Như vậy, các phương pháp lập luận về giới hạn quyền không nhất thiết phải hiến định. Thẩm phán hiến pháp có thể vận dụng và sáng tạo các phương pháp lập luận này. Đáng lưu ý là các xu hướng phát triển tài phán hiến pháp trên thế giới cho thấy, sự xích lại gần nhau giữa học thuyết tài phán hiến pháp về quyền (judicial review on constitutional rights) của Hoa Kỳ và học thuyết phân tích tính tương xứng (proportionality analysis) của châu Âu. Tuy nhiên, đây là sự xích lại về phương pháp lập luận chứ không nhất thiết là sự thống nhất về kết quả của tài phán hiến pháp.

Sự tiếp nhận phương pháp phân tích tương xứng dẫn đến nhu cầu thiết lập cơ quan tài phán hiến pháp. Thật vậy, cơ chế

phán quyết hữu hiệu nhất về hạn chế quyền chính là tài phán hiến pháp. Không thể có một văn bản nào đó, dù chi tiết đến đâu, có thể giải thích mọi khía cạnh của nguyên tắc giới hạn quyền vốn rất trừu tượng, để áp dụng cho mọi trường hợp. Do vậy, cần phải có một cơ quan chuyên giải quyết các vụ việc về hạn chế quyền. Cơ quan tài phán hiến pháp (tòa án thường, tòa án hiến pháp, hội đồng hiến pháp...) là thiết chế thiết yếu để bảo vệ quyền trước sự giới hạn bất hợp lý (cũng chính là bất hợp hiến). Phán quyết của cơ quan tài phán hiến pháp trong mỗi vụ việc cũng chính là sự giải thích hiến pháp và giải thích pháp luật nói chung. Phương pháp phân tích tương xứng cũng đòi hỏi những thẩm phán chuyên biệt để vận dụng nó. Chỉ có một cơ quan tài phán hiến pháp với những thẩm phán có chuyên môn sâu về đánh giá tính hợp hiến (vốn rất khác với những việc xét xử khác của tòa án) mới đủ khả năng thực hiện những lập luận pháp lý về hạn chế quyền.

Carlos Bernal-Pulido đề cao phương pháp phân tích tính tương xứng trong cơ chế tài phán về giới hạn quyền con người và nhận định rằng, sự lan truyền của nó là “một trong những hiện tượng cấy ghép pháp luật thành công nhất”¹⁰. Bernal-Pulido đề cao những ưu điểm, sự chuẩn mực và toàn diện của phương pháp phân tích tính cân xứng¹¹. Trên cơ sở các luận điểm của ông (có thể tóm tắt thành 7 điểm chính), tác giả giải thích và phân tích như sau¹²:

¹⁰ Carlos Bernal Pulido, *The Migration of Proportionality Across Europe*, New Zealand Journal of Public and International Law, 2013, tr. 483, 513.

¹¹ Carlos Bernal Pulido, *The Migration of Proportionality Across Europe*, New Zealand Journal of Public and International Law, 2013, tr. 513-515.

¹² Quan điểm của Carlos Bernal Pulido được thể hiện ở tiêu đề của 7 mục dưới đây. Nội dung trong các

⁹ Jeremy McBride, *Proportionality and the European Convention on Human Rights* (Evelyn Ellis ed, Hart Publishing 1999), tr. 23.

(1) *Phương pháp phân tích tương xứng có cấu trúc rõ ràng và được áp dụng nhất quán*

Luật Hiến pháp Hoa Kỳ công nhận ba mức độ bảo vệ khác nhau đối với các nhóm quyền: Kiểm tra chặt chẽ (*strict scrutiny*), kiểm tra trung bình (*intermediate scrutiny*) và kiểm tra tối thiểu (*minimal scrutiny*)¹³. Phương pháp phân nhóm quyền này thường bị phê phán là cứng nhắc¹⁴ và không phải là hình mẫu phù hợp cho nhiều quốc gia khác. Mỗi mức độ kiểm tra có cấu trúc khác nhau và nhiều khi không nhất quán. Trong khi đó, phương pháp phân tích tương xứng có cấu trúc 4 bước khá rõ ràng, theo một mạch tư duy logic tuần tự. Phép lập luận 4 bước này được áp dụng nhất quán cho mọi quyền hiến định.

Học thuyết phân tích tính tương xứng đề ra bốn tiêu chí để đánh giá tính hợp hiến của một quy phạm pháp luật giới hạn quyền: (1) Giới hạn quyền phải có mục đích chính đáng; (2) Biện pháp giới hạn quyền phải phù hợp với mục đích cần đạt được; (3) Giới hạn quyền là biện pháp phù hợp nhất để đạt được mục tiêu; (4) Những thiệt hại do giới hạn quyền không được lớn hơn những lợi ích mang lại¹⁵.

(2) *Đảm bảo tính có thể dự đoán và tính chắc chắn của pháp luật*

mục là giải thích, bình luận các quan điểm đó của tác giả bài viết này.

¹³ Xem thêm phân tích về 3 mức độ kiểm tra này tại: Bùi Tiến Đạt, *Hiến pháp hóa nguyên tắc giới hạn quyền con người: Cần nhưng chưa đủ*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 11/2015.

¹⁴ Stefan Sottiaux, *Terrorism and the Limitation of Rights - The ECHR and the US Constitution* (Hart Publishing, 2008), tr. 409.

¹⁵ Xem thêm: Bùi Tiến Đạt, *Hiến pháp hóa nguyên tắc giới hạn quyền con người: Cần nhưng chưa đủ*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 11/2015; Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Julian Rivers dịch (Oxford: Clarendon Press, 2002).

Chính vì có cấu trúc rõ ràng và được áp dụng nhất quán, phương pháp phân tích cân xứng là một công cụ tư duy minh bạch có thể được sử dụng, áp dụng bởi nhiều chủ thể khác nhau. Đương nhiên cơ quan tài phán hiến pháp sử dụng công cụ này để thực hiện chức năng của mình. Bên cạnh đó, chính cơ quan lập pháp và cơ quan hành pháp khi ban hành các văn bản lập pháp và lập quy có thể vận dụng 4 bước của phương pháp phân tích cân xứng để tự đánh giá tính hợp hiến của các văn bản đó. Một khi phương pháp này trở thành ngôn ngữ chung của nhiều thiết chế nhà nước, có thể tin rằng khả năng xuất hiện các văn bản vi hiến sẽ được giảm thiểu.

(3) *Có thể thích nghi với các hoàn cảnh khác nhau vì các quốc gia có thể linh hoạt áp dụng phương pháp này (ở mức độ nhất định)*

Mặc dù có cấu trúc chặt chẽ và được áp dụng nhất quán cho mọi quyền tương đối, phương pháp phân tích cân xứng lại có thể đảm bảo tính linh hoạt trong một chừng mực nào đó. Phương pháp này linh hoạt vì nó là một phương pháp tư duy chứ không phải là một cái máy sản xuất những sản phẩm đồng nhất. Cùng một phương pháp, nhưng lại cho ra kết quả khác nhau ở những quốc gia khác nhau hoặc ở những thời điểm khác nhau. Bốn câu hỏi của phương pháp này đều là những câu hỏi mở và đáp án do cơ quan tài phán hiến pháp quyết định trong một vụ việc, một bối cảnh cụ thể.

(4) *Xem xét toàn diện tất cả các yếu tố pháp lý, đạo đức, phương pháp lập luận liên quan*

Bốn bài kiểm tra của phân tích tương xứng thực ra chỉ là khung tư duy mang tính phương pháp luận. Mỗi bài kiểm tra đòi hỏi phải vận dụng nhiều lập luận pháp lý tùy thuộc vào từng loại quyền và cũng đòi hỏi xem xét khá toàn diện đối với các yếu tố pháp lý, đạo đức và các vấn đề khác có liên quan.

(5) Công cụ mạnh mẽ, chính đáng, công bằng của cơ quan tài phán hiến pháp đồng thời ngăn ngừa sự tùy tiện khi đòi hỏi các cơ quan quyền lực công giải thích việc giới hạn quyền theo bốn bước phân tích cân xứng

Phương pháp phân tích tương xứng mang tính công bằng vì phương pháp này trung tính, tức là nó không thiên vị trước một đáp án nào. Trong các vụ việc khó, trước khi áp dụng các bài kiểm tra, chính thẩm phán cũng không biết được kết quả cuối cùng sẽ ra sao. Cùng một vụ việc, cùng một phương pháp phân tích tương xứng có thể cho ra kết quả khác nhau ở những quốc gia khác nhau (vì có bối cảnh khác nhau). Hay ở một quốc gia, phân tích tương xứng đối với hai vụ việc tương tự có thể cho ra hai kết quả khác nhau ở những thời điểm khác nhau (do bối cảnh thay đổi).

Trong một vụ tài phán hiến pháp về quyền, phương pháp tương xứng vừa là công cụ được thẩm phán sử dụng, vừa là khung giám sát đối với thẩm phán (vì các thẩm phán không thể tùy tiện vượt ra ngoài bài kiểm tra 4 bước chặt chẽ và minh bạch này). Ngoài các thẩm phán hiến pháp, chính các nhà lập pháp, lập quy khi xây dựng một văn bản quy phạm pháp luật, có thể phải giải trình về một chính sách giới hạn quyền nào đó bằng chính phương pháp tương xứng.

(6) Vừa đảm bảo nguyên lý phân biệt rõ giữa các nhánh quyền lực vừa khuyến khích sự đối thoại giữa các cơ quan lập pháp, hành pháp, tư pháp

Mặc dù sử dụng phương pháp phân tích tương xứng - một công cụ mạnh mẽ để đánh giá hoạt động lập pháp, cơ quan tài phán hiến pháp (mang tính tư pháp) không thay thế chức năng của cơ quan lập pháp. Cơ quan tài phán hiến pháp chỉ đánh giá quy phạm pháp luật hợp hiến hay không mà không sửa đổi hay ban hành luật thay cho cơ quan lập pháp. Chính phương pháp tương

xứng có thể làm cầu nối để các cơ quan lập pháp, hành pháp, tư pháp hiểu về chính sách lập pháp và phương pháp lập luận, qua đó khuyến khích các cơ quan này đối thoại để xây dựng, giải thích và áp dụng pháp luật sao cho phù hợp với đời sống nhất.

(7) Ở góc nhìn khái quát, phân tích cân xứng phù hợp với các giá trị của chủ nghĩa hiến pháp, nhà nước pháp quyền và dân chủ

Học thuyết phân tích tính tương xứng thường bị phê phán là vi phạm nguyên tắc dân chủ vì nó là công cụ để cơ quan tài phán hiến pháp can thiệp quá sâu vào hoạt động của cơ quan lập pháp do nhân dân bầu ra (Nghị viện/Quốc hội)¹⁶. Tuy vậy, khi nhìn vấn đề rộng hơn, chính phương pháp tương xứng góp phần tăng cường các giá trị của chủ nghĩa hiến pháp, nhà nước pháp quyền và dân chủ vì: Một là, nó có thể làm giảm nhược điểm của nền dân chủ độc đoán bởi số đông (tức nghị viện) bằng cách bảo vệ quyền cá nhân thông qua một vụ kiện hiến pháp cụ thể; hai là, nó giúp tăng cường trách nhiệm giải trình của các cơ quan nhà nước khi ban hành quy phạm giới hạn quyền.

3. Những thách thức trong việc đánh giá tính hợp hiến của việc giới hạn quyền hiến định trong bối cảnh thi hành Hiến pháp năm 2013 và một số gợi mở

Việc thực thi Hiến pháp năm 2013 đã đặt ra nhu cầu xem xét về tính hợp hiến của các đạo luật giới hạn quyền hiến định thông qua một cơ chế phù hợp. Điều này phù hợp với định hướng xây dựng nhà nước pháp quyền ở Việt Nam cũng như xu hướng chủ nghĩa hiến pháp toàn cầu. Tuy nhiên, thực hiện Điều 2, Điều 14 và Điều 119 Hiến pháp năm 2013 đặt ra những thách thức khá lớn.

(Xem tiếp trang 37)

¹⁶ Ví dụ, xem: Francisco J. Urbina, *A Critique of Proportionality* 57 American Journal of Jurisprudence 49, 2012.

KIỂM SOÁT CỦA CƠ QUAN LẬP PHÁP ĐỐI VỚI CƠ QUAN HÀNH PHÁP Ở VIỆT NAM

Nguyễn Mạnh Hùng*
Trương Thị Minh Thùy**

Tóm tắt: Bài viết phân tích sự kiểm soát của cơ quan lập pháp đối với cơ quan hành pháp ở Việt Nam thông qua một số phương thức như: Xem xét báo cáo, xem xét văn bản quy phạm pháp luật, chất vấn, thành lập Ủy ban lâm thời, lấy phiếu tín nhiệm, bỏ phiếu tín nhiệm; từ đó, đưa ra một số kiến nghị hoàn thiện các quy định pháp luật về hoạt động này.

Abstract: The article analyzes the legislature's control over the executive in Vietnam in forms as follow: review of reports, legal documents, interpellation, establishment of interim committee, confidence voting, and credit voting. Thereby, the article makes concrete proposals to improve the law on this activity.

1. Quy định của pháp luật hiện hành về kiểm soát của cơ quan lập pháp đối với cơ quan hành pháp

Hiện nay, vấn đề kiểm soát của cơ quan lập pháp đối với cơ quan hành pháp được quy định trong Hiến pháp năm 2013, Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014 (Luật TCQH 2014), Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và Hội đồng nhân dân năm 2015 (Luật HĐGS của QH và HĐND 2015), Nghị quyết số 85/2014/QH13 ngày 28/11/2014 của Quốc hội về việc lấy phiếu tín nhiệm, bỏ phiếu tín nhiệm đối với người giữ chức vụ do Quốc hội, Hội đồng nhân dân bầu hoặc phê chuẩn (Nghị quyết 85/2014/QH13) và một số văn bản pháp luật liên quan. Theo đó, cơ quan lập pháp sử dụng rất nhiều phương thức để kiểm soát cơ quan hành pháp, như: Kiểm soát thông qua cách thức hình thành cơ quan hành pháp, thông qua chất vấn, bỏ phiếu tín nhiệm, xem xét báo cáo của cơ quan hành pháp; thông qua các phiên giải trình; quyết định mức giới hạn an toàn nợ quốc gia, nợ công, nợ

Chính phủ; xem xét và biểu quyết thông qua các dự án luật, dự toán ngân sách nhà nước do Chính phủ trình... Tuy nhiên, trong phạm vi bài viết này, chúng tôi tập trung phân tích những phương thức kiểm soát sau:

- Xem xét báo cáo của cơ quan hành pháp

Đây là phương thức kiểm soát giúp Quốc hội theo dõi được tình hình hoạt động của Chính phủ, qua đó, tiếp nhận thông tin một cách đầy đủ, kịp thời về tình hình thi hành Hiến pháp và pháp luật trong thực tiễn¹. Phương thức này được quy định tại khoản 2 Điều 70, Điều 94 và khoản 2 Điều 95 Hiến pháp năm 2013². Cụ thể hóa các quy định này, Luật HĐGS của QH và HĐND 2015 đã liệt kê các loại báo cáo của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ được

¹ Vũ Thị Mỹ Hằng (2016), “Một số giải pháp tăng cường hiệu quả hoạt động giám sát của Quốc hội đối với Chính phủ”, Tạp chí Quản lý nhà nước, số 241, tr. 21.

² Khoản 2 Điều 70 Hiến pháp năm 2013 quy định: Quốc hội xét báo cáo công tác của Chính phủ. Điều 94, Khoản 2 Điều 95 Hiến pháp năm 2013 quy định: Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ chịu trách nhiệm và báo cáo công tác trước Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội.

*, ** ThS., Khoa Luật Hành chính – Nhà nước, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

Quốc hội xem xét³ và quy định về trình tự xem xét báo cáo⁴ cũng như các nội dung của nghị quyết về công tác của cơ quan có báo cáo⁵.

- Xem xét văn bản quy phạm pháp luật của cơ quan hành pháp

Kiểm soát của Quốc hội đối với văn bản của Chính phủ được thể hiện thông qua vai trò “*tiền kiểm*” và “*hậu kiểm*”. Theo đó, “*tiền kiểm*” được thể hiện qua hoạt động thẩm tra của Ủy ban thường vụ Quốc hội, Hội đồng dân tộc và các Ủy ban của Quốc hội đối với các nghị định “*không đầu*” của Chính phủ. Cụ thể, dự thảo nghị định này phải được Hội đồng dân tộc hoặc Ủy ban của Quốc hội thẩm tra trước khi Ủy ban thường vụ Quốc hội xem xét, cho ý kiến và việc Chính phủ ban hành nghị định này phải được sự đồng ý của Ủy ban thường vụ Quốc hội [khoản 3 Điều 19, Điều 95 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 (Luật BHVBQPPL 2015)]. “*Hậu kiểm*” thể hiện thông qua việc Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội có quyền xem xét, bãi bỏ, đình chỉ các văn bản của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ trái với Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội và pháp lệnh, nghị quyết của Ủy ban thường vụ Quốc hội (khoản 10 Điều 70, khoản 4 Điều 74 Hiến pháp năm 2013). Phương thức kiểm soát

này giúp Quốc hội xử lý kịp thời, hiệu quả những văn bản trái pháp luật của hành pháp, đảm bảo những văn bản này không xâm phạm đến quyền con người, quyền công dân, lợi ích chung của quốc gia.

- Hoạt động chất vấn

Hoạt động chất vấn được quy định tại Điều 80 Hiến pháp năm 2013 và quy trình, thủ tục chất vấn được cụ thể hóa tại Điều 32 Luật TCQH 2014, Điều 15 Luật HĐGS của QH và HĐND 2015, Điều 17 Nội quy kỳ họp Quốc hội (Ban hành kèm theo Nghị quyết 102/2015/QH13 ngày 24/11/2015). Theo đó, đối tượng chất vấn gồm: Chủ tịch nước, Chủ tịch Quốc hội, Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng và các thành viên khác của Chính phủ, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Tổng Kiểm toán Nhà nước.

Một điểm mới của Hiến pháp năm 2013 so với Hiến pháp năm 1992 về chất vấn là ngoài việc trả lời chất vấn trước Quốc hội tại kỳ họp thì trong thời gian giữa hai kỳ họp Quốc hội, người bị chất vấn phải trả lời tại phiên họp của Ủy ban thường vụ Quốc hội. Điểm mới này cho thấy, Hiến pháp năm 2013 đã tăng cường vai trò của Ủy ban thường vụ Quốc hội trong hoạt động chất vấn. Từ đó, đảm bảo sự kiểm soát thường xuyên của cơ quan lập pháp đối với cơ quan hành pháp ngay cả trong thời gian Quốc hội không họp.

Ngoài ra, trình tự, thủ tục chất vấn cũng được quy định rõ ràng, theo đó là những quy định rất tiến bộ, góp phần nâng cao hiệu quả chất vấn, như: Người bị chất vấn không được ủy quyền cho người khác trả lời thay; kết thúc mỗi phiên chất vấn, Quốc hội ra nghị quyết chất vấn; phiên họp chất vấn được phát thanh, truyền hình trực tiếp...

- Thành lập Ủy ban lâm thời

Theo Điều 78 Hiến pháp năm 2013, khi

³ Bao gồm: Báo cáo công tác hằng năm; báo cáo công tác nhiệm kỳ và báo cáo theo từng lĩnh vực cụ thể như: về kinh tế - xã hội; về thực hiện ngân sách nhà nước, quyết toán ngân sách nhà nước; về công tác phòng, chống tham nhũng...

⁴ Trình tự xem xét báo cáo gồm các bước: Thẩm tra, phản biện, thảo luận, tranh luận của các cơ quan của Quốc hội và đại biểu Quốc hội đối với hành pháp, ra nghị quyết về công tác của hành pháp.

⁵ Nghị quyết này bao gồm những nội dung như: Đánh giá kết quả đạt được, những hạn chế, bất cập và nguyên nhân của hạn chế, bất cập; trách nhiệm của cơ quan có báo cáo và người đứng đầu; thời hạn khắc phục hạn chế, bất cập; trách nhiệm thi hành của cơ quan, cá nhân...

cần thiết, Quốc hội thành lập Ủy ban lâm thời để nghiên cứu, thẩm tra một dự án hoặc điều tra về một vấn đề nhất định. Như vậy, khi Chính phủ - cơ quan hành pháp ở trung ương có sai phạm cần được điều tra, làm rõ thì Quốc hội có thể thành lập một Ủy ban lâm thời để điều tra về những sai phạm này.

Để cụ thể hóa quy định trên của Hiến pháp, Điều 88 Luật TCQH 2014 quy định: “*Ủy ban thường vụ Quốc hội trình Quốc hội xem xét, quyết định thành lập Ủy ban lâm thời theo đề nghị của Hội đồng dân tộc, Ủy ban của Quốc hội hoặc ít nhất một phần ba tổng số đại biểu Quốc hội*” và Điều 17 Luật HDGS của QH và HĐND 2015 đã có những quy định cụ thể về trình tự Quốc hội xem xét đề nghị thành lập Ủy ban lâm thời⁶, nhiệm vụ và quyền hạn của Ủy ban này⁷

⁶ Việc xem xét đề nghị thành lập Ủy ban lâm thời theo trình tự sau đây (khoản 2 Điều 17):

a) Ủy ban thường vụ Quốc hội trình Quốc hội đề nghị thành lập Ủy ban lâm thời. Tờ trình phải nêu rõ lý do, nội dung, đối tượng điều tra, dự kiến thành phần, nhiệm vụ, quyền hạn của Ủy ban lâm thời;

b) Quốc hội thảo luận, ra nghị quyết thành lập Ủy ban lâm thời.

⁷ Ủy ban lâm thời có nhiệm vụ, quyền hạn sau đây (khoản 3 Điều 17):

a) Xây dựng kế hoạch điều tra;

b) Thông báo nội dung, kế hoạch điều tra cho cơ quan, tổ chức, cá nhân là đối tượng điều tra chậm nhất là 10 ngày kể từ ngày Quốc hội ra nghị quyết thành lập Ủy ban lâm thời; thông báo chương trình và thành phần Ủy ban lâm thời chậm nhất là 05 ngày trước ngày Ủy ban lâm thời tiến hành làm việc với cơ quan, tổ chức, cá nhân là đối tượng điều tra;

c) Thực hiện đúng nội dung điều tra; phân công các thành viên Ủy ban lâm thời tiến hành hoạt động điều tra tại địa phương hoặc cơ quan, tổ chức;

d) Yêu cầu cơ quan, tổ chức, cá nhân là đối tượng điều tra và cơ quan, tổ chức, cá nhân hữu quan báo cáo bằng văn bản, cung cấp thông tin, tài liệu có liên quan đến nội dung điều tra; giải trình những vấn đề Ủy ban lâm thời quan tâm;

đ) Trưng cầu giám định, mời chuyên gia tư vấn, thu thập thông tin, gặp gỡ, tiếp xúc, trao đổi với những người có liên quan về những vấn đề mà Ủy ban lâm thời xét thấy cần thiết;

cũng như trình tự Quốc hội xem xét báo cáo kết quả điều tra của Ủy ban lâm thời⁸.

- Lấy phiếu tín nhiệm, bỏ phiếu tín nhiệm

Hiện nay, bỏ phiếu tín nhiệm được quy định tại Điều 70 Hiến pháp năm 2013, Điều 13 Luật TCQH 2014, Điều 19 Luật HDGS của QH và HĐND 2015, đặc biệt là Nghị quyết 85/2014/QH13. Theo đó, đối tượng bỏ phiếu tín nhiệm bao gồm các chức danh do Quốc hội bầu, phê chuẩn. Điều kiện để tiến hành hoạt động này là: Có đề nghị của Ủy ban thường vụ Quốc hội, Hội đồng dân tộc, Ủy ban của Quốc hội hoặc của ít nhất 20% tổng số đại biểu Quốc hội; hoặc người được lấy phiếu tín nhiệm mà có từ hai phần ba tổng số đại biểu Quốc hội trở lên đánh giá tín nhiệm thấp. Hậu quả pháp lý của bỏ phiếu tín nhiệm được quy định là: Nếu người được bỏ phiếu tín nhiệm có quá nửa tổng số đại biểu Quốc hội bỏ phiếu không tín nhiệm thì có thể từ chức. Nếu không từ chức thì chủ thể đã giới thiệu Quốc hội bầu

e) Yêu cầu cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền quyết định áp dụng biện pháp cần thiết để kịp thời chấm dứt hành vi vi phạm pháp luật, tẩu tán tài sản, tiêu hủy tài liệu, vật chứng liên quan đến nội dung điều tra;

g) Thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn khác được quy định trong nghị quyết của Quốc hội thành lập Ủy ban lâm thời;

h) Khi kết thúc hoạt động điều tra, Ủy ban lâm thời báo cáo Quốc hội xem xét kết quả điều tra tại kỳ họp gần nhất.

Trước khi báo cáo Quốc hội, Ủy ban lâm thời báo cáo Ủy ban thường vụ Quốc hội về kết quả điều tra.

⁸ Quốc hội xem xét báo cáo kết quả điều tra của Ủy ban lâm thời theo trình tự sau đây (khoản 4 Điều 17):

a) Chủ nhiệm Ủy ban lâm thời trình bày báo cáo kết quả điều tra;

b) Quốc hội thảo luận.

Trong quá trình thảo luận, đại diện Ủy ban lâm thời có thể báo cáo bổ sung các vấn đề liên quan;

c) Cơ quan, tổ chức, cá nhân là đối tượng điều tra có thể được mời dự phiên họp Quốc hội và phát biểu ý kiến giải trình;

d) Quốc hội ra nghị quyết về kết quả điều tra.

hoặc phê chuẩn chức vụ này sẽ trình Quốc hội xem xét, quyết định việc bãi miễn.

Về lấy phiếu tín nhiệm, phương thức này không được ghi nhận trong Hiến pháp năm 2013, nhưng được quy định tại Điều 12 Luật TCQH 2014, Điều 18 Luật HĐGS của QH và HĐND 2015 và Nghị quyết 85/2014/QH13. Theo đó, lấy phiếu tín nhiệm được tiến hành định kỳ một lần trong mỗi nhiệm kỳ vào kỳ họp thường lệ cuối năm thứ ba của nhiệm kỳ. Ý nghĩa của thời điểm lấy phiếu tín nhiệm là đảm bảo “có thời gian để các đối tượng khắc phục, sửa chữa những tồn tại, khuyết điểm”⁹ cũng như “tạo sự đồng bộ với quy định về thời hạn và thời điểm tổ chức lấy phiếu tín nhiệm trong cả hệ thống chính trị”¹⁰. Hậu quả pháp lý của việc lấy phiếu tín nhiệm có quá nửa tổng số đại biểu Quốc hội đánh giá “tín nhiệm thấp” thì có thể xin từ chức¹¹; trường hợp người được lấy phiếu tín nhiệm có từ hai phần ba tổng số đại biểu Quốc hội trở lên đánh giá “tín nhiệm thấp” thì Ủy ban thường vụ Quốc hội trình Quốc hội bỏ phiếu tín nhiệm.

2. Thực trạng kiểm soát của cơ quan lập pháp đối với cơ quan hành pháp ở Việt Nam và một số kiến nghị hoàn thiện

- Xem xét báo cáo của cơ quan hành pháp

⁹ Phát biểu của Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội Nguyễn Hạnh Phúc, *Chỉ lấy phiếu tín nhiệm vào giữa nhiệm kỳ*, <http://tuoitre.vn/tin/chinh-tri-xa-hoi/20140519/chi-lay-phiieu-tin-nhiem-vao-giua-nhiem-ky/.html>, truy cập ngày 29/08/2017.

¹⁰ *Lấy phiếu tín nhiệm: Thống nhất giữ nguyên 3 mức, 1 lần/nhiệm kỳ*, <https://thuvienphapluat.vn/ti-lay-phiieu-tin-nhiem-thong-nhat-giu-nguyen-3-muc-1-lan-nhiem-ky>, truy cập ngày 29/08/2017.

¹¹ Quy định này nhằm gợi mở cho những đối tượng được đánh giá “tín nhiệm thấp” tự quyết định việc từ chức của mình với lòng tự trọng của bản thân và đây cũng là cơ sở để cơ quan, tổ chức có thẩm quyền xem xét về công tác nhân sự ở nhiệm kỳ tiếp theo.

Thứ nhất, các báo cáo của Chính phủ gửi đến Quốc hội thường chỉ cách kỳ họp Quốc hội trong một thời gian rất ngắn. Theo quy định của pháp luật hiện hành, các báo cáo của Chính phủ được gửi đến đại biểu Quốc hội chậm nhất là 10 ngày trước ngày khai mạc kỳ họp Quốc hội¹². Nhưng trên thực tế, thường là khoảng 10 ngày trước ngày khai mạc kỳ họp Quốc hội, đại biểu Quốc hội mới nhận được các báo cáo của Chính phủ. Ngoài những báo cáo này, đại biểu Quốc hội còn phải nghiên cứu rất nhiều tài liệu khác để chuẩn bị cho kỳ họp Quốc hội như các dự án luật, dự thảo nghị quyết... Với “khối lượng” công việc nhiều và thời gian ngắn như trên, các đại biểu Quốc hội rất khó để nghiên cứu kỹ và đưa ra những nhận xét, phản biện toàn diện, sâu sắc về nội dung báo cáo của Chính phủ.

Vì thế, để đảm bảo các đại biểu Quốc hội có đủ thời gian nghiên cứu các báo cáo của Chính phủ, thiết nghĩ, pháp luật nên quy định thời hạn gửi báo cáo theo hướng sớm hơn hoặc bằng thời hạn gửi các dự án luật, pháp lệnh, tức là sớm hơn hoặc chậm nhất là 20 ngày trước ngày khai mạc kỳ họp Quốc hội. Bên cạnh đó, cần quy định bổ sung những chế tài đối với trường hợp không đảm bảo tiến độ gửi báo cáo theo quy định pháp luật. Điều này sẽ tránh được tình trạng Chính phủ trì trệ trong việc gửi báo cáo, đảm bảo các đại biểu Quốc hội có đủ thời gian để nghiên cứu, xem xét báo cáo.

Thứ hai, một số nội dung trong báo cáo

¹² Theo Điều 97 Luật TCQH 2014, các dự án luật, dự thảo nghị quyết được gửi đến đại biểu Quốc hội chậm nhất là 20 ngày trước ngày khai mạc kỳ họp Quốc hội, còn những tài liệu khác phải được gửi đến đại biểu Quốc hội chậm nhất là 10 ngày trước ngày khai mạc kỳ họp Quốc hội. Theo Điều 9 Nội quy kỳ họp Quốc hội (được ban hành kèm theo Nghị quyết 102/2015/QH13 ngày 24/11/2015) thì những tài liệu khác này bao gồm các báo cáo của Chính phủ được xem xét tại kỳ họp đó.

của Chính phủ còn chung chung, chưa có số liệu rõ ràng, đầy đủ. Chẳng hạn như, trong Báo cáo số 215/BC-CP của Chính phủ ngày 22/5/2017 về đánh giá bổ sung kết quả phát triển kinh tế - xã hội năm 2016 và tình hình triển khai nhiệm vụ những tháng đầu năm 2017, một số nội dung được đề cập theo hướng liệt kê, không có số liệu dẫn chứng, như: *“Còn những tiêu cực, biểu hiện suy thoái đạo đức lối sống gây bức xúc xã hội, nhất là tình trạng bạo lực học đường và xâm hại trẻ em. Vẫn còn lãng phí trong tổ chức lễ hội, kỷ niệm ở một số nơi. Công tác quản lý cai nghiện ma túy còn bất cập”*¹³. Vậy vấn đề đặt ra là, tổng số vụ bạo lực học đường, xâm hại trẻ em đã phát hiện và xử lý là bao nhiêu; việc lãng phí trong tổ chức lễ hội, kỷ niệm xảy ra ở địa phương nào, mức độ ra sao; công tác quản lý cai nghiện ma túy còn bất cập như thế nào, vụ việc gì chứng minh cho những bất cập này. Hay trong Báo cáo số 143/BC-CP của Chính phủ ngày 19/4/2017 về tình hình thực thi chính sách, pháp luật về quản lý an toàn thực phẩm giai đoạn 2011 – 2016 cũng có những nội dung rất chung chung như: *“Phần lớn các cơ sở giết mổ nhỏ lẻ này tự phát, không đăng ký kinh doanh, có điều kiện cơ sở vật chất không đảm bảo điều kiện về vệ sinh thú y, an toàn thực phẩm, không có hệ thống thu gom, xử lý chất thải và nước thải gây ô nhiễm”*¹⁴. Với nội dung báo cáo này, nhiều

vấn đề cũng cần được làm rõ, như: Tổng số các cơ sở giết mổ nhỏ lẻ như trên là bao nhiêu; tập trung ở những khu vực nào; mức độ gây ô nhiễm ra sao... Đó là những điều mà các đại biểu Quốc hội *“cần biết”* và *“muốn biết”* từ báo cáo của Chính phủ.

Do đó, để khắc phục tình trạng trên, thiết nghĩ pháp luật cần quy định một “khung” chung cho các báo cáo của Chính phủ. Tức là các nội dung mà báo cáo Chính phủ bắt buộc phải trình bày. Đồng thời, hoạt động thẩm tra của Quốc hội đối với các báo cáo của Chính phủ cần được chú trọng hơn. Có như thế, phương thức kiểm soát này của Quốc hội đối với Chính phủ mới thật sự phát huy được hiệu quả.

- Xem xét văn bản quy phạm pháp luật của cơ quan hành pháp

Thứ nhất, về nội dung kiểm soát của lập pháp đối với văn bản của hành pháp. Khi quy định về việc Quốc hội xem xét văn bản của Chính phủ hay thẩm quyền của Quốc hội trong việc bãi bỏ văn bản của Chính phủ, Hiến pháp và pháp luật hiện hành thường quy định về điều kiện: Văn bản đó *“trái với Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội”*. Vấn đề đặt ra ở đây là, *“trái với Hiến pháp, luật, nghị quyết”* là trái về nội dung, về thẩm quyền ban hành hay về vấn đề gì? Thiết nghĩ, cách quy định trên dễ dẫn đến những cách hiểu không thống nhất về nội dung kiểm soát của Quốc hội đối với văn bản của Chính phủ, thậm chí là cách hiểu rất hẹp về nội dung kiểm soát này (chỉ kiểm soát về mặt nội dung của văn bản, chứ không kiểm soát về hình thức, thẩm quyền ban hành, sự thống nhất của văn bản)¹⁵. Bởi,

¹³ Báo cáo số 215/BC-CP của Chính phủ ngày 22/5/2017 về đánh giá bổ sung kết quả phát triển kinh tế - xã hội năm 2016 và tình hình triển khai nhiệm vụ những tháng đầu năm 2017, <http://www.chinhphu.vn/portal/page/portal/chinhphu/hethongvanban/baocaochinhphu/chitietbaocao?categoryId=100003670&articleId=10058613>, truy cập ngày 18/09/2017.

¹⁴ Báo cáo số 143/BC-CP của Chính phủ ngày 19/4/2017 về tình hình thực thi chính sách, pháp luật về quản lý an toàn thực phẩm giai đoạn 2011 – 2016, <http://www.chinhphu.vn/p&articleId=10058612>, truy cập ngày 18/09/2017.

¹⁵ Mặc dù Luật HĐGS của QH và HĐND 2015 không giải thích rõ ràng, nhưng khi nói một văn bản trái với văn bản có hiệu lực pháp lý cao hơn thường được hiểu là văn bản đó có nội dung trái với nội dung của văn bản có hiệu lực cao hơn. Nói cách khác, đó là văn bản có nội dung trái pháp luật. Do

theo Luật BHVBQPPL 2015, sự phù hợp về nội dung của văn bản do Chính phủ ban hành với Hiến pháp, luật chỉ là một trong bốn nội dung giám sát văn bản¹⁶.

Để tránh cách hiểu rất hẹp như trên, Hiến pháp năm 2013 và Luật HDGS của QH và HĐND 2015 cần có quy định giải thích rõ về nội dung kiểm soát của Quốc hội đối với văn bản của Chính phủ nói riêng và các đối tượng khác nói chung. Theo đó, nội dung này cần thể hiện đúng tinh thần của Luật BHVBQPPL 2015¹⁷ tại Điều 163, tức là bao gồm cả bốn phương diện: Nội dung, hình thức, thẩm quyền và sự thống nhất giữa các văn bản do cùng một cơ quan ban hành. Có như thế, nội dung kiểm soát của Quốc hội đối với văn bản của Chính phủ mới đảm bảo toàn diện, hiệu quả.

Thứ hai, về việc ban hành nghị định “không đầu” của Chính phủ theo quy định

vậy, nếu giữ nguyên cách quy định như trong Luật HDGS của QH và HĐND 2015 có thể gây hiểu lầm về nội dung giám sát rất hẹp, chỉ là giám sát sự phù hợp về nội dung của văn bản với các văn bản có hiệu lực cao hơn. Nếu vậy, rất có thể các văn bản có sai phạm về hình thức, về thẩm quyền ban hành hay không bảo đảm sự thống nhất với các văn bản có cùng hiệu lực pháp lý sẽ không được giám sát trên thực tế theo đúng quy trình pháp luật quy định. Hệ quả tất yếu sẽ là nhiều văn bản quy phạm pháp luật không hợp pháp sẽ không bị xử lý kịp thời, ảnh hưởng không tốt đến chất lượng của hệ thống pháp luật. Xem thêm: Bùi Thị Đào (2013), “*Giám sát văn bản quy phạm pháp luật theo pháp luật hiện hành*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 22 (254), tr. 19.

¹⁶ Điều 163 Luật BHVBQPPL 2015 quy định nội dung giám sát văn bản quy pháp luật bao gồm: “*sự phù hợp của văn bản với Hiến pháp, luật và văn bản quy phạm pháp luật của cơ quan nhà nước cấp trên; sự phù hợp của hình thức văn bản với nội dung của văn bản đó; sự phù hợp của nội dung văn bản với thẩm quyền của cơ quan ban hành văn bản; sự thống nhất giữa văn bản quy phạm pháp luật hiện hành với văn bản quy phạm pháp luật mới được ban hành của cùng một cơ quan*”.

¹⁷ Bùi Thị Đào (2013), “*Giám sát văn bản quy phạm pháp luật theo pháp luật hiện hành*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 22 (254), tr. 19.

tại khoản 3 Điều 19 Luật BHVBQPPL 2015. Đây là loại nghị định quy định về những vấn đề thuộc thẩm quyền của Quốc hội, nhưng chưa đủ điều kiện xây dựng luật. Nói cách khác, vấn đề mà nghị định “không đầu” quy định chưa được điều chỉnh bởi bất kỳ một đạo luật nào của Quốc hội. Điều này sẽ dẫn đến tình trạng Quốc hội thiếu cơ sở, căn cứ để kiểm soát tính hợp pháp về nội dung của loại nghị định này. Hơn nữa, “*một khía cạnh khác của vấn đề là mức độ thẩm quyền của nghị định lại là mức độ thẩm quyền của luật thì đây chính là vấn đề về khả năng vi hiến của điều luật vừa nêu trên của Luật BHVBQPPL 2015*”¹⁸. Cụ thể, khoản 1 Điều 15 Luật BHVBQPPL 2015 đưa ra 11 nhóm vấn đề mà Quốc hội phải ban hành luật để quy định¹⁹. Tuy nhiên, theo khoản 3 Điều 19 Luật này, trong trường hợp những vấn đề này chưa đủ điều kiện xây dựng thành luật để đáp ứng yêu cầu quản lý nhà nước, quản lý kinh tế, quản lý xã hội thì Chính phủ có quyền ban hành nghị định để quy định. Đây chính là điều bất hợp lý. Bởi lẽ, những vấn đề quan trọng bắt buộc phải được quy định trong luật, chứ không thể được quy định trong nghị định của Chính phủ - cho dù đó là nghị định “không đầu”. Sự bất hợp lý này sẽ tạo nên nguy cơ “lấn sân” của Chính phủ đối với quyền lập pháp của Quốc hội, ảnh hưởng đến sự kiểm soát của Quốc hội đối với Chính phủ, trước hết là về mặt thẩm quyền ban hành văn bản.

Để giải quyết vấn đề trên, Hiến pháp nhiều quốc gia trên thế giới đã có sự phân

¹⁸ Đào Trí Úc (2010), “*Cơ chế phân công, phối hợp và kiểm soát quyền lực theo Hiến pháp năm 1992 của nước ta*”, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 4, tr. 3.

¹⁹ Chẳng hạn như: Tổ chức và hoạt động của một số cơ quan nhà nước chủ chốt; quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân mà theo Hiến pháp phải do luật định; việc hạn chế quyền con người, quyền công dân; tội phạm và hình phạt; trung cầu ý dân; cơ chế bảo vệ Hiến pháp...

định rõ ràng giữa phạm vi lập pháp của Quốc hội và quyền ban hành văn bản của Chính phủ. Theo đó, phạm vi quyền lập pháp của Quốc hội gắn liền với những giá trị căn bản nhất và ổn định nhất của đời sống xã hội, của quốc gia, của cá nhân con người²⁰. Chẳng hạn, theo Điều 34 Hiến pháp Cộng hòa Pháp năm 1958, Quốc hội có quyền lập pháp trong những lĩnh vực như: Xây dựng kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội; quyền con người, quyền công dân; quốc tịch; dân sự; hình sự; tài chính; hành chính; giáo dục; quốc phòng; lao động. Những vấn đề khác sẽ được Chính phủ quy định bằng Sắc lệnh. Như vậy, Hiến pháp Cộng hòa Pháp đã xác định rõ phạm vi quyền lập pháp của Quốc hội. Điều này vừa đảm bảo trách nhiệm của Quốc hội trong việc ban hành luật lại vừa đảm bảo Chính phủ không “lấn sân” sang hoạt động lập pháp của Quốc hội. Vì thế, thiết nghĩ, Hiến pháp năm 2013 nên bổ sung, hoàn thiện quy định về việc xác định phạm vi lập pháp của Quốc hội. Theo đó, cần xác định rõ những vấn đề phải được quy định bằng luật của Quốc hội và đối với những vấn đề này, không một cơ quan nào được thay thế Quốc hội để ban hành văn bản điều chỉnh. Điều này sẽ tạo cơ sở để Quốc hội kiểm soát việc ban hành các nghị định “không đầu” của Chính phủ, đảm bảo các nghị định này không “lấn sân” sang phạm vi lập pháp của Quốc hội cũng như không xâm phạm các quyền con người, quyền công dân, các lợi ích quốc gia, dân tộc.

- Hoạt động chất vấn

Trong những năm qua, việc cơ quan lập pháp kiểm soát cơ quan hành pháp thông qua chất vấn đã đạt được những hiệu quả

nhất định²¹. Tuy nhiên, bên cạnh những thành tựu, việc cơ quan Quốc hội - lập pháp kiểm soát Chính phủ - cơ quan hành pháp thông qua chất vấn vẫn còn tồn tại một số bất cập sau:

Thứ nhất, việc đại biểu Quốc hội kiêm nhiệm các chức danh trong Chính phủ ảnh hưởng đến hiệu quả và tính khách quan của chất vấn. Mặc dù Hiến pháp năm 2013 không quy định các thành viên của Chính phủ (trừ Thủ tướng) bắt buộc là đại biểu Quốc hội²², nhưng trên thực tế, đa số các thành viên của Chính phủ đều là đại biểu Quốc hội. Chẳng hạn, Chính phủ khóa XIV có 27 thành viên, trong đó có 19 thành viên là đại biểu Quốc hội²³. Điều này dẫn đến

²¹ Chẳng hạn, tại kỳ họp thứ 2 Quốc hội khóa XIV, đã có hơn 200 lượt đại biểu đặt câu hỏi chất vấn, trong đó, hơn 30 lượt đặt câu hỏi đối với Thủ tướng Chính phủ, hơn 35 lượt đặt câu hỏi tranh luận; tại kỳ họp thứ 3 Quốc hội khóa XIV đã có hơn 196 lượt đại biểu đặt câu hỏi chất vấn, 58 lượt tham gia tranh luận. Hơn nữa, nhiều vấn đề “nóng” của xã hội đã được các đại biểu Quốc hội thẳng thắn chất vấn tại nghị trường. Gần đây nhất, tại phiên chất vấn vào tháng 6/2018, hàng loạt vấn đề chất vấn là những vấn đề đang được dư luận quan tâm như: Trạm thu phí BOT, ô nhiễm môi trường, tiêu cực đất đai, giáo dục mầm non, chất lượng giáo dục... Xem thêm: *Quốc hội bắt đầu phiên chất vấn và trả lời chất vấn tại Kỳ họp thứ 3, Quốc hội khóa XIV*, <http://quochoi.vn/tintuc/Pages/tin-hoat-dong-cua-quoc-hoi.aspx?ItemID=33374>, truy cập ngày 11/09/2017. *Phiên chất vấn và trả lời chất vấn tại Kỳ họp thứ 3, Quốc hội khóa XIV đã diễn ra thành công tốt đẹp*, <http://quochoi.vn/tintuc/Pages/tin-hoat-dong-cua-quoc-hoi.aspx?ItemID=33443>, truy cập ngày 11/09/2017.

²² Điều 110 Hiến pháp năm 1992 quy định: “Các thành viên khác của Chính phủ không nhất thiết là đại biểu Quốc hội”, nhưng Hiến pháp năm 2013 đã bỏ quy định này. Việc Hiến pháp năm 2013 không quy định về vấn đề này có thể hiểu là: Các thành viên khác của Chính phủ có thể là đại biểu Quốc hội hoặc không là đại biểu Quốc hội.

²³ Hiện nay, các thành viên của Chính phủ không là đại biểu Quốc hội gồm: Phó Thủ tướng Chính phủ Vũ Đức Đam, Phó Thủ tướng Chính phủ Trịnh Đình Dũng, Bộ trưởng Bộ Xây dựng Phạm Hồng

²⁰ Đào Trí Úc (2010), “Cơ chế phân công, phối hợp và kiểm soát quyền lực theo Hiến pháp năm 1992 của nước ta”, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 4, tr. 5.

tâm lý “*nể nang*” của các đại biểu Quốc hội giữ các chức vụ trong cơ quan hành pháp khi đặt câu hỏi chất vấn. Bởi lẽ, việc phê phán thủ trưởng trước Quốc hội có thể là tốt cho đất nước, nhưng chắc chắn không tốt cho chính các vị đại biểu kiêm nhiệm chức danh ở cơ quan hành pháp vì họ không thể thăng tiến được²⁴. Vì thế, một hạn chế rất lớn của chất vấn hiện nay là, hầu hết các đại biểu Quốc hội kiêm nhiệm công tác ở cơ quan hành pháp – những người nắm vững hoạt động của Chính phủ, các bộ, ngành và hiểu sâu sắc các vấn đề kinh tế, xã hội – nhưng lại không hoặc rất ít tham gia chất vấn. Nói cách khác, trong bối cảnh kiêm nhiệm hiện nay, “*vị thế quan chức*” của một số đại biểu Quốc hội đã hạn chế động lực của họ trong việc chất vấn.

Do đó, để đảm bảo tính khách quan, hiệu quả của chất vấn nói riêng và việc kiểm soát của Quốc hội đối với Chính phủ nói chung, nguyên tắc bất khả kiêm nhiệm cần được ghi nhận trong Hiến pháp và pháp luật. Tham khảo kinh nghiệm của một số nước, có thể thấy, nguyên tắc này được ghi nhận theo hướng, nghị sĩ không được đồng thời là thành viên của cơ quan hành pháp. Tuy nhiên, ở nước ta hiện nay, để đảm bảo tính chấp hành của Chính phủ trước Quốc hội, nguyên tắc bất khả kiêm nhiệm nên được quy định theo hướng: Chỉ có Thủ tướng Chính phủ bắt buộc là đại biểu Quốc hội, còn các thành viên khác của Chính phủ không là đại biểu Quốc hội. Các tác giả cho

rằng, sự kiêm nhiệm của đại biểu Quốc hội, đặc biệt là kiêm nhiệm các chức vụ thuộc cơ quan hành pháp nên được giảm dần theo “*lộ trình*” hợp lý, để hướng đến việc xây dựng quy định: “*Ngoài Thủ tướng, các thành viên khác của Chính phủ không đồng thời là đại biểu Quốc hội*”.

Thứ hai, pháp luật hiện hành chưa quy định về quyền “*miễn trừ trách nhiệm*” của đại biểu Quốc hội khi chất vấn nói riêng cũng như thực hiện nhiệm vụ đại biểu nói chung. Quyền miễn trừ trách nhiệm của đại biểu Quốc hội là việc đại biểu Quốc hội “*không phải chịu trách nhiệm pháp lý về những câu hỏi, chất vấn, kiến nghị, sự lựa chọn biểu quyết hay các bài phát biểu của mình khi thực hiện nhiệm vụ*”²⁵. Nguồn gốc của việc áp dụng quyền miễn trừ trách nhiệm là để bảo vệ quyền tự do ngôn luận của các đại biểu trong quá trình thực hiện nhiệm vụ²⁶. Do đó, quyền này giúp đại biểu Quốc hội có thể độc lập và tự do trong phát biểu, biểu quyết cũng như có thể “*yên tâm*” chất vấn “*đến cùng*” những vấn đề “*nhạy cảm*” mà không lo lắng về việc bị yêu cầu giải trình hoặc đe dọa, áp lực hay buộc chịu trách nhiệm pháp lý từ các cá nhân, cơ quan có thẩm quyền. Tuy nhiên, cần lưu ý rằng, để bảo đảm sự độc lập và tự do của đại biểu Quốc hội trong quá trình thực hiện nhiệm vụ thì bên cạnh quyền miễn trừ trách nhiệm, các đại biểu Quốc hội còn được hưởng quyền bất khả xâm phạm (các đại biểu Quốc hội không thể bị bắt giam, truy tố nếu không

Hà, Bộ trưởng Bộ Thông tin và Truyền thông Trương Minh Tuấn, Bộ trưởng Bộ Y tế Nguyễn Thị Kim Tiến, Bộ trưởng Bộ Khoa học và Công nghệ Chu Ngọc Anh, Chủ nhiệm Văn phòng Chính phủ Mai Tiến Dũng và Thống đốc Ngân hàng nhà nước Việt Nam Lê Minh Hưng.

²⁴ Nguyễn Sĩ Dũng (2017), *Bàn về Quốc hội và những thách thức của khái niệm*, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, tr. 100.

²⁵ Bryan A. Garner (Editor in Chief), *Black’s Law Dictionary*, 7th Edition (West Group Publishing, St. Paul, 1999), tr. 1215. Dẫn từ bài viết của Hoàng Minh Hiếu (2011), “*Bổ sung quy định về quyền miễn trừ trách nhiệm của đại biểu Quốc hội*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 13 (198), tr. 9.

²⁶ Hoàng Minh Hiếu (2011), “*Bổ sung quy định về quyền miễn trừ trách nhiệm của đại biểu Quốc hội*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 13 (198), tr. 10.

có sự đồng ý của Quốc hội²⁷). Nhưng hiện nay, ở nước ta, Hiến pháp và pháp luật chỉ quy định về quyền bất khả xâm phạm của đại biểu Quốc hội chứ chưa quy định về quyền miễn trừ trách nhiệm²⁸. Điều này dẫn đến thực trạng là, một số đại biểu Quốc hội đã bị yêu cầu “*giải trình*” sau khi đặt những câu hỏi chất vấn “*nhạy cảm*” hay có những phát biểu “*đụng chạm*” đến các Bộ, ngành.

Do đó, Hiến pháp hiện hành nên kế thừa quy định của Hiến pháp năm 1946 về quyền miễn trừ trách nhiệm để bổ sung quy định tại Điều 81 theo hướng: “*Đại biểu Quốc hội không thể bị truy tố, điều tra, bắt giữ, xét xử vì những lời nói hay biểu quyết khi thực hiện nhiệm vụ của mình*”. Trên cơ sở này,

²⁷ Về quyền bất khả xâm phạm của nghị sĩ, Marc Van Der Hulst, *The Parliamentary Mandate*, (Inter-Parliamentary Union, Geneva, 2000), p. 66. Dẫn từ bài viết của Hoàng Minh Hiếu (2011), “*Bổ sung quy định về quyền miễn trừ trách nhiệm của đại biểu Quốc hội*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 13 (198), tr. 11.

²⁸ Điều 81 Hiến pháp năm 2013 quy định: “*Không được bắt, giam giữ, khởi tố đại biểu Quốc hội nếu không có sự đồng ý của Quốc hội hoặc trong thời gian Quốc hội không họp không có sự đồng ý của Ủy ban thường vụ Quốc hội; trong trường hợp đại biểu Quốc hội phạm tội quả tang mà bị tạm giữ thì cơ quan tạm giữ phải lập tức báo cáo để Quốc hội hoặc Ủy ban thường vụ Quốc hội xem xét, quyết định*”. Điều 37 Luật TCQH 2014 cụ thể hóa quy định này của Hiến pháp năm 2013, bổ sung thêm quy định: “*Đại biểu Quốc hội không thể bị cơ quan, tổ chức, đơn vị nơi đại biểu công tác bãi nhiệm, cách chức, buộc thôi việc, sa thải nếu không được Ủy ban thường vụ Quốc hội đồng ý*”. Mặc dù Điều 37 được đặt tên là “*Quyền miễn trừ của đại biểu Quốc hội*”, nhưng theo quan điểm của tác giả, tên gọi này chưa phản ánh đúng nội dung của điều luật. Vì như đã nêu, điều luật này quy định về quyền bất khả xâm phạm (đại biểu Quốc hội không bị bắt giam, truy tố nếu không có sự đồng ý của Quốc hội) chứ không quy định về quyền miễn trừ của đại biểu Quốc hội khi phát biểu, biểu quyết. Như vậy, suy cho cùng, quyền miễn trừ trách nhiệm của đại biểu Quốc hội vẫn chưa được quy định trong Hiến pháp và pháp luật hiện hành.

cần tiếp tục xây dựng những quy định chi tiết về việc thực hiện quyền này như: Thời điểm bắt đầu và kết thúc việc áp dụng quyền, phạm vi không gian của quyền, việc tước quyền, nguyên tắc phát biểu của đại biểu Quốc hội... Tuy nhiên, có một số ý kiến cho rằng, việc quy định quyền miễn trừ trách nhiệm của đại biểu Quốc hội là không cần thiết vì Hiến pháp và pháp luật hiện hành đã quy định về quyền bất khả xâm phạm của đại biểu Quốc hội. Nhưng cần lưu ý rằng, bản chất của hai quyền này không hoàn toàn đồng nhất. Vì, quyền bất khả xâm phạm nhằm ngăn chặn các hành vi bắt giam, truy tố đại biểu Quốc hội với các lý do không chính đáng; còn quyền miễn trừ trách nhiệm nhằm đảm bảo quyền tự do bày tỏ chính kiến của đại biểu Quốc hội²⁹. Ngoài ra, cũng có một số ý kiến cho rằng, việc bổ sung quyền miễn trừ trách nhiệm có thể dẫn đến tình trạng các đại biểu Quốc hội lạm dụng quyền này để vu khống, xuyên tạc, chỉ trích các quan chức thuộc cơ quan hành pháp. Tuy nhiên, kinh nghiệm các nước trên thế giới cho thấy, việc quy định quyền miễn trừ trách nhiệm thường kèm theo những nguyên tắc rất chặt chẽ về phát biểu của đại biểu Quốc hội khi thực hiện nhiệm vụ, như phát biểu không được mang tính chỉ trích cá nhân, vi phạm quy tắc ứng xử của đại biểu Quốc hội... Vì thế, nếu đại biểu Quốc hội lạm dụng quyền này thì mặc dù họ có thể không phải chịu trách nhiệm pháp lý, nhưng uy tín chính trị có thể bị ảnh hưởng nghiêm trọng³⁰. Từ những phân tích trên có thể thấy, việc bổ sung quyền miễn trừ trách nhiệm của đại biểu Quốc hội là rất cần thiết và thỏa đáng.

²⁹ Hoàng Minh Hiếu (2011), “*Bổ sung quy định về quyền miễn trừ trách nhiệm của đại biểu Quốc hội*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 13 (198), tr. 14.

³⁰ Hoàng Minh Hiếu (2011), “*Bổ sung quy định về quyền miễn trừ trách nhiệm của đại biểu Quốc hội*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 13 (198), tr. 15.

Thứ ba, về nghị quyết chất vấn, Điều 15 Luật HĐGS của QH và HĐND 2015 đã quy định rất chi tiết về những nội dung trong nghị quyết chất vấn của Quốc hội³¹. Nhưng, một nội dung khá quan trọng vẫn chưa được quy định là sự đồng ý hay không đồng ý của Quốc hội đối với câu trả lời chất vấn của đối tượng chất vấn. Điều này đã tạo nên thực trạng, cho dù sau khi chất vấn, các đại biểu Quốc hội không hài lòng với câu trả lời của các Bộ trưởng thì cũng “không thể làm gì”.

Để khắc phục thực trạng này, khoản 5 Điều 15 Luật HĐGS của QH và HĐND 2015 nên được bổ sung theo hướng: Nghị quyết chất vấn phải thể hiện được sự đồng ý/hài lòng hay không đồng ý/hài lòng của Quốc hội đối với việc trả lời chất vấn của đối tượng chất vấn; nếu phần trả lời chất vấn của đối tượng chất vấn không được Quốc hội đồng ý/hài lòng thì đối tượng này được đưa ra bỏ phiếu tín nhiệm. Việc bổ sung quy định này sẽ đảm bảo được mục đích của chất vấn cũng như hiệu quả kiểm soát của cơ quan lập pháp đối với cơ quan hành pháp.

- Thành lập Ủy ban lâm thời

Thứ nhất, có thể thấy, ở nước ta trong thời gian qua, Quốc hội chưa tiến hành kiểm soát các cơ quan hành pháp thông qua việc thành lập Ủy ban lâm thời – mặc dù vấn đề này đã được các đại biểu Quốc hội kiến nghị.

Một trong những nguyên nhân dẫn đến thực trạng trên là vì trong thời gian qua, còn tồn tại nhận thức chưa đúng về mục đích

thành lập Ủy ban lâm thời, quá “đề cao” mục tiêu phát hiện ra những vi phạm của Chính phủ. Bên cạnh đó, các quy định về điều kiện thành lập Ủy ban lâm thời cũng là một “rào cản” lớn cho việc hiện thực hóa quy định này. Theo Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội năm 2003, chỉ cần có yêu cầu của một đại biểu Quốc hội thì Ủy ban thường vụ Quốc hội trình Quốc hội quyết định thành lập Ủy ban lâm thời. Tuy nhiên, trong Luật HĐGS của QH và HĐND 2015, phải có yêu cầu của ít nhất một phần ba tổng số đại biểu Quốc hội thì Ủy ban thường vụ Quốc hội mới trình Quốc hội quyết định thành lập Ủy ban lâm thời.

Để khắc phục những hạn chế trên, theo chúng tôi, các chủ thể có thẩm quyền cần thay đổi tư duy, nhận thức về vấn đề thành lập Ủy ban lâm thời để điều tra về sai phạm của Chính phủ. Theo đó, cần nhận thức theo hướng, việc thành lập Ủy ban lâm thời để điều tra một hành vi sai phạm của Chính phủ chủ yếu nhằm tác động đến hành vi của Chính phủ để Chính phủ có trách nhiệm nhanh chóng đưa ra giải pháp về vấn đề được điều tra, đồng thời phòng ngừa tình trạng thiếu trách nhiệm của Chính phủ trong thời gian tới. Điều này sẽ giúp việc khởi xướng thành lập Ủy ban điều tra có thể dễ dàng được thực hiện trên thực tế hơn³². Song song đó, về chủ thể có quyền yêu cầu thành lập Ủy ban lâm thời, Luật TCQH 2014 và Luật HĐGS của QH và HĐND 2015 nên sửa đổi theo hướng: Khi xét thấy cần thiết, theo đề nghị của Hội đồng dân tộc, Ủy ban của Quốc hội hoặc đại biểu Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội trình Quốc hội quyết định thành lập Ủy ban lâm thời để điều tra về một vấn đề nhất định.

³¹ Theo khoản 5 Điều 15 Luật HĐGS của QH và HĐND 2015, nghị quyết về chất vấn của Quốc hội có bốn nội dung cơ bản sau: (1) Đánh giá kết quả thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn, trách nhiệm của người bị chất vấn, những hạn chế, bất cập và nguyên nhân liên quan đến vấn đề chất vấn; (2) Thời hạn khắc phục hạn chế, bất cập; (3) Trách nhiệm thi hành của cơ quan, cá nhân; (4) Trách nhiệm báo cáo kết quả thực hiện nghị quyết về chất vấn.

³² Trần Xuân Vĩ (2017), *Sự kiểm soát giữa lập pháp và hành pháp trong Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam*, Khóa luận tốt nghiệp, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, tr. 73.

Thứ hai, quy định về việc thành lập cơ quan này vẫn còn tồn tại bất cập. Cụ thể, theo Điều 78 Hiến pháp năm 2013, quyền thành lập Ủy ban lâm thời chỉ thuộc về một chủ thể duy nhất là Quốc hội. Thiết nghĩ, quy định này tránh được tình trạng Ủy ban thường vụ Quốc hội “lấn sân” sang nhiệm vụ, quyền hạn Quốc hội. Tuy nhiên, cần lưu ý rằng, chế độ làm việc của Quốc hội nước ta là không thường xuyên. Do đó, trong thời gian Quốc hội không họp, việc triệu tập khoảng năm trăm đại biểu Quốc hội để bàn về việc thành lập Ủy ban lâm thời sẽ gặp khó khăn, mất nhiều thời gian, chi phí và không đảm bảo được tính kịp thời. Trong khi đó, đối với nhiều sai phạm của Chính phủ, cần có sự điều tra nhanh chóng, kịp thời, nhằm tránh trường hợp các chứng cứ có liên quan bị “thủ tiêu”.

Do đó, trong điều kiện Quốc hội chưa thể họp thường xuyên và chưa thể biểu quyết trực tuyến, Hiến pháp và pháp luật hiện hành nên tạo sự linh hoạt, kịp thời trong việc thành lập Ủy ban lâm thời. Đối với vấn đề này, một số tác giả kiến nghị rằng, “ngoài Quốc hội, có thể trao thẩm quyền thành lập Ủy ban lâm thời cho Ủy ban thường vụ Quốc hội trong thời gian Quốc hội không họp, nhưng phải báo cáo với Quốc hội tại phiên họp gần nhất”³³. Tuy nhiên, theo quan điểm của tác giả, để vừa đảm bảo tính kịp thời trong việc thành lập Ủy ban lâm thời, vừa tránh tình trạng Ủy ban thường vụ Quốc hội “lấn sân” sang nhiệm vụ, quyền hạn của Quốc hội, Hiến pháp năm 2013 nên quy định theo hướng: “Trong trường hợp Quốc hội không thể họp được, Ủy ban thường vụ Quốc hội có quyền quyết định việc thành lập Ủy ban lâm thời

và báo cáo Quốc hội quyết định tại kỳ họp gần nhất”. Quy định này có nghĩa: Trong thời gian Quốc hội không họp, Ủy ban thường vụ Quốc hội không đương nhiên có quyền này. Vì nếu có đủ điều kiện để thành lập Ủy ban lâm thời trong thời gian Quốc hội không họp, phải triệu tập Quốc hội họp bất thường. Trong trường hợp không thể triệu tập Quốc hội họp bất thường thì Ủy ban thường vụ Quốc hội mới có quyền quyết định thành lập Ủy ban lâm thời.

- Lấy phiếu tín nhiệm, bỏ phiếu tín nhiệm

Thứ nhất, về số lần và thời điểm lấy phiếu tín nhiệm trong nhiệm kỳ. Trước đây, theo Nghị quyết số 35/2012/QH13, việc lấy phiếu tín nhiệm được tổ chức định kỳ hàng năm kể từ năm thứ hai của nhiệm kỳ. Sau hai lần lấy phiếu tín nhiệm, Quốc hội đã ban hành Nghị quyết số 85/2014/QH13 thay thế, với quy định việc lấy phiếu tín nhiệm được tổ chức một lần trong mỗi nhiệm kỳ vào kỳ họp thường lệ cuối năm thứ ba của nhiệm kỳ. Tuy nhiên, nhiều ý kiến cho rằng, việc chỉ lấy phiếu tín nhiệm một lần trong mỗi nhiệm kỳ như trên là chưa hợp lý. Vì, quy định này không đảm bảo mục đích của việc lấy phiếu tín nhiệm tại Điều 3 Nghị quyết này là “giúp người được lấy phiếu tín nhiệm thấy được mức độ tín nhiệm của mình để phấn đấu, rèn luyện, nâng cao chất lượng và hiệu quả hoạt động”. Theo mục đích này, Quốc hội tiến hành lấy phiếu tín nhiệm là để đánh giá kết quả thực hiện nhiệm vụ của người được lấy phiếu tín nhiệm, từ đó tạo động lực để họ phấn đấu, rèn luyện, khắc phục sai lầm, khuyết điểm và phát huy những yếu tố tích cực. Nhưng nếu sau khi họ đã rèn luyện, sửa chữa mà lại không được ghi nhận thì phải chăng mục đích trên đã không được đảm bảo, người được lấy phiếu tín nhiệm đã bị “tước bỏ” “quyền sửa

³³ Đỗ Tiến Dũng (2013), “Một số vấn đề lý luận và thực tiễn về Ủy ban lâm thời của Nghị viện”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 13 (245), tr. 62.

sai”³⁴. Chẳng hạn, trong lần lấy phiếu tín nhiệm của Quốc hội khóa XIII vào tháng 6/2013, Thống đốc Ngân hàng Nhà nước chỉ đạt 88 phiếu tín nhiệm cao và 209 phiếu tín nhiệm thấp³⁵. Nhưng trong lần lấy phiếu tín nhiệm tiếp theo vào tháng 11/2014, những chuyển biến về công tác cũng như nỗ lực hành động của chức danh này đã được ghi nhận. Theo đó, Thống đốc Ngân hàng Nhà nước đạt 323 phiếu tín nhiệm cao và 41 phiếu tín nhiệm thấp³⁶. Từ những số liệu này có thể thấy, nếu chỉ tổ chức lấy phiếu tín nhiệm một lần thì Thống đốc Ngân hàng Nhà nước trong nhiệm kỳ vừa rồi đã không có cơ hội để chứng minh với nhân dân, với Quốc hội về nỗ lực nâng cao chất lượng và hiệu quả hoạt động. Ngoài ra, có thể thấy, việc chỉ lấy phiếu tín nhiệm một lần trong nhiệm kỳ còn được đánh giá là quá “*an toàn*” với các quan chức³⁷ và “*quá muộn*”³⁸, làm giảm hiệu quả kiểm soát của Quốc hội

đối với Chính phủ.

Để khắc phục những bất cập trên, theo chúng tôi, các nhà làm luật nên sửa quy định này theo hướng khôi phục lại quy định của Nghị quyết số 35/2012/QH13, tức là tổ chức lấy phiếu tín nhiệm định kỳ hàng năm kể từ năm thứ hai của nhiệm kỳ. Điều này sẽ giúp người được lấy phiếu tín nhiệm có động lực để phấn đấu, rèn luyện, khắc phục sai lầm, khuyết điểm, đảm bảo mục đích lấy phiếu tín nhiệm, từ đó tăng cường hiệu quả kiểm soát của Quốc hội đối với các đối tượng được lấy phiếu tín nhiệm, đặc biệt là các thành viên Chính phủ.

Thứ hai, quy định việc bỏ phiếu tín nhiệm được tiến hành khi có “*kiến nghị của ít nhất hai mươi phần trăm tổng số đại biểu Quốc hội*” là “*bất khả thi*”. Vì hiện nay, pháp luật vẫn chưa quy định cụ thể về trình tự, thủ tục để thu thập số lượng kiến nghị này. Mặc dù, theo khoản 2 Điều 33 Luật TCQH 2014: “*Kiến nghị của đại biểu Quốc hội được gửi bằng văn bản đến Ủy ban thường vụ Quốc hội, trong đó nêu rõ lý do, nội dung kiến nghị*”. Khoản 4 Điều 33 Luật này cũng quy định về cách xác định số lượng kiến nghị cần thiết (từ hai mươi phần trăm tổng số đại biểu Quốc hội trở lên) là “*tổng số kiến nghị mà Ủy ban thường vụ Quốc hội tiếp nhận được trong khoảng thời gian từ ngày khai mạc kỳ họp này đến trước ngày khai mạc kỳ họp tiếp theo hoặc đến trước ngày tiến hành phiên họp của Quốc hội về nội dung có liên quan trong trường hợp đại biểu Quốc hội kiến nghị Quốc hội tổ chức phiên họp kín*”. Tuy nhiên, những quy định này vẫn rất khái quát. Đồng thời, trên thực tế, nếu không có một “*đầu mối*” chung thì hiếm khi có từ hai mươi phần trăm tổng số đại biểu Quốc hội trở lên ngẫu nhiên cùng gửi văn bản đến Ủy ban thường vụ Quốc hội để yêu cầu bỏ phiếu tín nhiệm một chức

³⁴ Phát biểu của nguyên Phó Chủ nhiệm Ủy ban Tư pháp Lê Thị Nga. Xem thêm: *Chỉ lấy phiếu tín nhiệm một lần là tước quyền sửa sai của cán bộ*, <http://dantri.com.vn/xa-hoi/chi-lay-phieu-tin-nhiem-1-lan-la-tuoc-quyen-sua-sai-cua-can-bo-1417119124.htm>, truy cập ngày 21/01/2018.

³⁵ *Kết quả lấy phiếu tín nhiệm đối với 47 chức danh*, <http://plo.vn/thoi-su/chinh-tri/ket-qua-lay-phieu-tin-nhiem-doi-voi-47-chuc-danh-283787.html>, truy cập ngày 23/01/2018.

³⁶ *Bảng kết quả lấy phiếu tín nhiệm 50 lãnh đạo cao cấp*, <https://tuoitre.vn/ket-qua-lay-phieu-tin-nhiem-50-lanh-dao-cao-cap-672089.htm>, truy cập ngày 23/01/2018.

³⁷ *Bảo lưu đề xuất lấy phiếu tín nhiệm 3 mức, 1 lần/nhiệm kỳ*, <http://dantri.com.vn/xa-hoi/bao-luu-de-xuat-lay-phieu-tin-nhiem-3-muc-1-lannhiem-ky-1414664792.htm>, truy cập ngày 21/01/2018.

³⁸ Theo nguyên Phó Chủ nhiệm Ủy ban Tư pháp Lê Thị Nga: xét về thời điểm lấy phiếu là vào kỳ họp cuối của năm thứ ba, tức là sau gần 30 tháng kể từ khi được bầu hoặc phê chuẩn, là quá muộn. Xem thêm: *Chỉ lấy phiếu tín nhiệm một lần là tước quyền sửa sai của cán bộ*, <http://dantri.com.vn/xa-hoi/chi-lay-phieu-tin-nhiem-1-lan-la-tuoc-quyen-sua-sai-cua-can-bo-1417119124.htm>, truy cập ngày 21/01/2018.

danh nào đó³⁹. Do vậy, việc thiếu những quy định về trình tự, thủ tục cụ thể để thu thập kiến nghị bỏ phiếu tín nhiệm được đánh giá là một trong những “rào cản” để Quốc hội sử dụng phương thức kiểm soát này.

Để khắc phục bất cập trên, Hiến pháp và pháp luật hiện hành cần có những quy định cụ thể về việc thu thập kiến nghị của ít nhất hai mươi phần trăm tổng số đại biểu Quốc hội về việc bỏ phiếu tín nhiệm. Theo đó, đã có nhiều đề xuất được đưa ra như: Khi có ý kiến bỏ phiếu tín nhiệm của một đại biểu Quốc hội thì Quốc hội phải phát phiếu lấy ý kiến của các đại biểu Quốc hội khác⁴⁰ hay đại biểu Quốc hội có quyền thu thập chữ ký của các đại biểu Quốc hội khác để đạt được tỷ lệ trên⁴¹... Nhưng thiết nghĩ, Hiến pháp và pháp luật nên quy định thủ tục này theo hướng: Khi có ý kiến của đại biểu Quốc hội về việc bỏ phiếu tín nhiệm (thông qua hoạt động chất vấn hay một sai phạm nào đó...) thì vấn đề này sẽ được đưa ra thảo luận tập thể tại Quốc hội. Sau đó, các đại biểu Quốc hội sẽ được phát phiếu để lấy ý kiến có đồng ý bỏ phiếu tín nhiệm hay không. Nếu đạt được tỷ lệ quy định thì chức danh đó sẽ được đưa ra để bỏ phiếu tín nhiệm. Trường hợp không đạt được tỷ lệ trên thì đây cũng là một hình thức nhắc nhở của tập thể Quốc hội đối với chức danh đó, để họ tự xem xét lại sai phạm của bản thân và có những biện pháp khắc phục kịp thời.

Thứ ba, cách quy định về hậu quả pháp

lý của bỏ phiếu tín nhiệm như hiện nay là chưa hợp lý và khả thi. Theo quy định của pháp luật hiện hành, người được đưa ra bỏ phiếu tín nhiệm có quá nửa tổng số đại biểu Quốc hội bỏ phiếu không tín nhiệm có thể xin từ chức. Trường hợp không từ chức, chủ thể có thẩm quyền trình Quốc hội xem xét, quyết định việc bãi miễn. Quy định “*người được đưa ra bỏ phiếu tín nhiệm có quá nửa tổng số đại biểu Quốc hội bỏ phiếu không tín nhiệm có thể xin từ chức*” là nhằm “*phát huy được tinh thần trách nhiệm của cá nhân và tính kỷ luật tự giác của cán bộ*”⁴². Tuy nhiên, theo quy định trên, việc từ chức hay không từ chức do chính người được bỏ phiếu tín nhiệm quyết định. Trong khi đó, với thực trạng văn hóa từ chức chưa phổ biến ở nước ta hiện nay⁴³, quy định này rất khó áp dụng trên thực tế. Ngoài ra, quy định về việc chủ thể có thẩm quyền trình Quốc hội quyết định việc bãi miễn có thể dẫn đến trường hợp: Một thành viên của Chính phủ bị đưa ra bỏ phiếu tín nhiệm và có quá nửa tổng số đại biểu Quốc hội bỏ phiếu không tín nhiệm, nhưng khi đưa ra Quốc hội xem xét, quyết định việc bãi miễn thì lại không được quá nửa tổng số đại biểu Quốc hội biểu quyết tán thành. Nói cách khác, quy định này có thể dẫn đến nghịch lý là: “*Một thành viên của Chính phủ không được Quốc hội tín nhiệm nhưng lại không bị Quốc hội bãi nhiệm*”⁴⁴.

Không những thế, các quy định của pháp luật hiện hành về hậu quả pháp lý của bỏ phiếu tín nhiệm vẫn chưa thống nhất.

³⁹ Vũ Đức Khiển (2009), “*Quy định về bỏ phiếu tín nhiệm: Từ mong muốn đến hiện thực*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 147, tr. 18.

⁴⁰ Phát biểu của TS. Nguyễn Sĩ Dũng. Xem thêm: *Lấy phiếu tín nhiệm: sửa cho thực chất*, <http://tuoitre.vn/tin/chinh-tri-xa-hoi/20140224/lay-phieu-tin-nhiem-sua-cho-thuc-chat/595122.html>, truy cập ngày 09/08/2017.

⁴¹ Vũ Văn Nhiêm (2004), “*Bỏ phiếu tín nhiệm: Bàn về thủ tục khả thi*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 5(40), tr. 4.

⁴² Cao Văn Uy (2002), “*Từ chức*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 10, tr. 20.

⁴³ Phát biểu của PGS.TS. Nguyễn Trọng Phúc, nguyên Viện trưởng Viện Lịch sử Đảng, Học viện Chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh. Xem thêm: “*Ở ta văn hóa từ chức chưa phổ biến vì tác động tâm lý*”, <http://vietnamnet.vn/vn/tuanvietnam/doithoai/o-ta-va-n-hoa-tu-chuc-chua-pho-bien-vi-tac-dong-tam-ly-343367.html>, truy cập ngày 12/09/2017.

Theo đó, mặc dù hậu quả pháp lý chung của việc bỏ phiếu tín nhiệm là: “Người được đưa ra bỏ phiếu tín nhiệm có quá nửa tổng số đại biểu Quốc hội bỏ phiếu không tín nhiệm có thể xin từ chức”, nhưng trong trường hợp người này không từ chức, Luật TCQH 2014 và Nghị quyết 85/2014/QH13 quy định là: Chủ thể đã giới thiệu Quốc hội bầu hoặc phê chuẩn chức danh đó trình Quốc hội “miễn nhiệm hoặc phê chuẩn đề nghị miễn nhiệm” đối với chức danh này (tức là hậu quả pháp lý có thể xảy ra đối với chức danh này chỉ là bị miễn nhiệm). Còn Luật HĐGS của QH và HĐND 2015 lại quy định chủ thể đã giới thiệu Quốc hội bầu hoặc phê chuẩn chức danh đó trình Quốc

hội “miễn nhiệm, bãi nhiệm hoặc phê chuẩn đề nghị miễn nhiệm, cách chức” đối với chức danh này (tức là hậu quả pháp lý có thể xảy ra đối với chức danh này là bị miễn nhiệm, bãi nhiệm hoặc cách chức).

Để tránh những bất cập đã phân tích cũng như đảm bảo tính thống nhất trong các quy định về bỏ phiếu tín nhiệm, khoản 2 Điều 13 Luật TCQH 2014, khoản 3 Điều 19 Luật HĐGS của QH và HĐND 2015, Điều 15 Nghị quyết 85/2014/QH13 nên được sửa đổi theo hướng “Người được đưa ra bỏ phiếu tín nhiệm có quá nửa tổng số đại biểu Quốc hội bỏ phiếu không tín nhiệm thì phải từ chức”.

⁴⁴ Bùi Ngọc Sơn (2006), “Bỏ phiếu tín nhiệm các thành viên Chính phủ nên kế thừa quy định của Hiến pháp 1946”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 11 (74), tr. 46.

(Tiếp theo trang 23 – Đánh giá tính hợp hiến...)

(1) Theo kinh nghiệm tại nhiều quốc gia, cơ chế phán quyết hữu hiệu nhất về giới hạn quyền chính là tài phán hiến pháp bằng tư pháp¹⁷. Cần phải có một cơ quan tài phán hiến pháp giải quyết các vụ việc về giới hạn quyền vì không thể có một văn bản, dù chi tiết đến đâu, có thể giải thích mọi khía cạnh của nguyên tắc giới hạn quyền để áp dụng cho mọi trường hợp. Phán quyết của cơ quan tài phán hiến pháp trong mỗi vụ việc cũng chính là sự giải thích hiến pháp. Hiện nay, chủ trương thành lập thiết chế tài phán hiến pháp mang tính tư pháp ở Việt Nam vẫn còn gây tranh cãi.

(2) Một cơ quan tài phán hiến pháp với những thẩm phán có chuyên môn sâu về đánh giá tính hợp hiến, vốn rất khác biệt với

những việc xét xử khác của tòa án, mới đủ khả năng thực hiện những lập luận pháp lý về giới hạn quyền. Trong khi đó, hiện nay các thẩm phán Việt Nam vẫn còn xa lạ với nguyên tắc giới hạn quyền. Điều này đòi hỏi sự chuẩn bị về nhân lực một khi cơ quan tài phán hiến pháp được thành lập.

(3) Nguyên tắc giới hạn quyền quy định tại khoản 2 Điều 14 Hiến pháp hiện vẫn chưa thống nhất về cách hiểu và áp dụng. Chính bản thân các điều khoản của Hiến pháp năm 2013 mâu thuẫn lẫn nhau và có nhiều quan điểm khác nhau giải thích nguyên tắc này. Do đó, nhu cầu giải thích khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013 mang tính cấp thiết trong điều kiện hiện nay¹⁸.

¹⁷ Xem thêm: Bùi Tiến Đạt, *Hiến pháp hóa nguyên tắc giới hạn quyền con người: Cần nhưng chưa đủ*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 11/2015.

¹⁸ Xem thêm: Bùi Tiến Đạt, *Nguyên tắc giới hạn quyền con người: Ý nghĩa, nhu cầu giải thích và định hướng áp dụng*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 19/2017.

SỰ CHỒNG CHÉO GIỮA BIỆN PHÁP KHẮC PHỤC HẬU QUẢ VỚI CÁC HÌNH THỨC XỬ PHẠT TRONG PHÁP LUẬT VỀ XỬ PHẠT VI PHẠM HÀNH CHÍNH

*Cao Vũ Minh**

Tóm tắt: Nhằm bảo đảm hiệu quả công tác đấu tranh, phòng chống vi phạm hành chính thì xử phạt hành chính được xem là một giải pháp hữu hiệu. Do đó, bên cạnh việc áp dụng các hình thức xử phạt để răn đe cá nhân, tổ chức thực hiện vi phạm hành chính, pháp luật còn áp dụng các biện pháp nhất định nhằm khắc phục hậu quả do vi phạm hành chính gây ra. Bài viết phân tích sự chồng chéo, thiếu thống nhất giữa biện pháp khắc phục hậu quả với các hình thức xử phạt trong pháp luật Việt Nam.

Abstract: To ensure the effectiveness in combating and preventing administrative violations, administrative sanctioning is seen as a viable option. Therefore, in addition to the application of sanctioning forms to deter individuals and organizations from committing administrative violations, the law also applies certain measures to remedy consequences of the violations. This article analyzes the overlaps and incoherence between remedial measures and sanctions under Vietnamese law.

1. Sự khác biệt giữa hình thức xử phạt với biện pháp khắc phục hậu quả

Vi phạm hành chính xảy ra phổ biến ở nhiều ngành, nhiều lĩnh vực khác nhau, kèm theo đó là những hậu quả cần được giải quyết nhanh chóng, kịp thời. Do đó, bên cạnh việc áp dụng các hình thức xử phạt để răn đe cá nhân, tổ chức thực hiện vi phạm hành chính, pháp luật còn áp dụng các biện pháp nhất định nhằm khắc phục hậu quả do vi phạm hành chính gây ra.

Theo Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 thì các hình thức xử phạt bao gồm: Cảnh cáo; phạt tiền; tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề có thời hạn hoặc đình chỉ hoạt động có thời hạn; tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính; trục xuất. Các biện pháp khắc phục hậu quả bao gồm: Buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu; buộc tháo dỡ công trình,

phần công trình xây dựng không có giấy phép hoặc xây dựng không đúng với giấy phép; buộc thực hiện biện pháp khắc phục tình trạng ô nhiễm môi trường, lây lan dịch bệnh; buộc đưa ra khỏi lãnh thổ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam hoặc tái xuất hàng hóa, vật phẩm, phương tiện; buộc tiêu hủy hàng hóa, vật phẩm gây hại cho sức khỏe con người, vật nuôi, cây trồng và môi trường, văn hóa phẩm có nội dung độc hại; buộc cải chính thông tin sai sự thật hoặc gây nhầm lẫn; buộc loại bỏ yếu tố vi phạm trên hàng hóa, bao bì hàng hóa, phương tiện kinh doanh, vật phẩm; buộc thu hồi sản phẩm, hàng hóa không bảo đảm chất lượng; buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện vi phạm hành chính hoặc buộc nộp lại số tiền bằng trị giá tang vật, phương tiện vi phạm hành chính đã bị tiêu thụ, tẩu tán, tiêu hủy trái quy định của pháp luật; *biện pháp khắc phục hậu quả khác do Chính phủ quy định.* “*Biện pháp khắc phục*

* TS., Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

hậu quả khác do Chính phủ quy định” nằm trong các nghị định chuyên ngành về xử phạt vi phạm hành chính như *“buộc trả thù lao cho tác giả giống cây trồng theo quy định”*¹, *“buộc giảng dạy bổ sung số giờ học còn thiếu, tổ chức bảo vệ chuyên đề, khóa luận tốt nghiệp”*², *“buộc chia, tách doanh nghiệp đã sáp nhập, hợp nhất; buộc bán lại phần doanh nghiệp đã mua”*³... Nhìn chung, các biện pháp khắc phục hậu quả do Chính phủ quy định rất nhiều nhưng tản mạn và cực kỳ phức tạp. Tuy nhiên, dù thế nào thì giữa hình thức xử phạt và biện pháp khắc phục hậu quả vẫn có sự khác biệt lớn. Cụ thể:

Về bản chất pháp lý, biện pháp khắc phục hậu quả được áp dụng nhằm khôi phục lại tình trạng ban đầu mà vi phạm đã gây ra, đã làm thay đổi, hoặc khôi phục những quyền, lợi ích hợp pháp bị vi phạm hành chính xâm hại. Điều này khác với bản chất pháp lý của hình thức xử phạt là làm thiệt hại đến tình trạng ban đầu vốn có của người vi phạm về quyền sở hữu tài sản hay quyền nhân thân⁴.

Về thẩm quyền, đa phần các chủ thể có thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính có quyền áp dụng hình thức xử phạt và biện pháp khắc phục hậu quả. Tuy nhiên, vẫn có một số chủ thể tuy có quyền áp dụng hình thức xử phạt, nhưng không có quyền áp

dụng biện pháp khắc phục hậu quả (như Chiến sĩ công an nhân dân đang thi hành công vụ, Tổ trưởng Tổ nghiệp vụ Cảnh sát biển, Đội trưởng thuộc Chi cục Hải quan, Trạm trưởng Trạm kiểm lâm, Thẩm phán chủ tọa phiên tòa).

Về mức độ nghiêm khắc, trong nhiều trường hợp, việc áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả mang tính nghiêm khắc hơn so với các hình thức xử phạt. Quy định này đặc biệt có ý nghĩa vì trong nhiều trường hợp, việc áp dụng các hình thức xử phạt chính như cảnh cáo, phạt tiền lại không gây nên nhiều ảnh hưởng đến đời sống của cá nhân, tổ chức bằng việc áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả. Đơn cử, theo Nghị định số 96/2014/NĐ-CP ngày 17/10/2014 của Chính phủ xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực tiền tệ và ngân hàng thì hành vi *“không duy trì đủ dự trữ bắt buộc theo quy định của pháp luật”* bị phạt cảnh cáo và áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả *“đề nghị hoặc yêu cầu cấp có thẩm quyền xem xét, áp dụng biện pháp đình chỉ từ 01 tháng đến 03 tháng hoặc miễn nhiệm chức danh quản trị, điều hành, kiểm soát đối với cá nhân vi phạm”*⁵. Nếu áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả dẫn đến kết quả là người vi phạm bị *“miễn nhiệm chức danh quản trị, điều hành, kiểm soát”* thì những thiệt hại về vật chất lẫn tinh thần có thể còn lớn hơn nhiều lần so với việc áp dụng hình thức xử phạt chính.

Về thời hiệu và thời hạn, việc áp dụng các hình thức xử phạt phải tuân thủ thời hiệu và thời hạn ra quyết định xử phạt vi phạm hành chính quy định tại Điều 6, Điều 66 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm

¹ Nghị định số 31/2016/NĐ-CP ngày 6/5/2016 về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực giống cây trồng, bảo vệ và kiểm dịch thực vật.

² Nghị định số 79/2015/NĐ-CP ngày 14/9/2015 về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực giáo dục nghề nghiệp.

³ Nghị định số 71/2014/NĐ-CP ngày 21/7/2014 quy định chi tiết Luật Cạnh tranh về xử lý vi phạm pháp luật trong lĩnh vực cạnh tranh.

⁴ Nguyễn Cửu Việt, *Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2013, tr. 524.

⁵ Điều 34 Nghị định số 96/2014/NĐ-CP ngày 17/10/2014 về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực tiền tệ và ngân hàng.

2012. Trong khi đó, Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 không có quy định cụ thể về thời hiệu lẫn thời hạn ra quyết định áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả. Điều 65 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 quy định *“đối với trường hợp quá thời hiệu xử phạt hoặc quá thời hạn ra quyết định xử phạt vi phạm hành chính thì người có thẩm quyền không ra quyết định xử phạt vi phạm hành chính nhưng có thể ra quyết định tịch thu sung vào ngân sách nhà nước hoặc tiêu hủy tang vật vi phạm hành chính thuộc loại cấm lưu hành và áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả”*. Từ quy định này có thể kết luận, hết thời hiệu hoặc hết thời hạn ra quyết định xử phạt, người có thẩm quyền không thể áp dụng các hình thức xử phạt, nhưng vẫn có thể áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả đối với cá nhân, tổ chức vi phạm hành chính. Nói cách khác, người có thẩm quyền có thể áp dụng các biện pháp này vào bất cứ thời điểm nào kể từ thời điểm chấm dứt hoặc phát hiện hành vi vi phạm⁶.

Thực tiễn xử phạt vi phạm hành chính đã chứng minh rằng, việc áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả có ý nghĩa thiết thực. Đó không chỉ là những biện pháp nhằm hạn chế tối đa thiệt hại hay khắc phục hậu quả, mà còn là hình thức nhằm bảo đảm trật tự trong hoạt động quản lý. Tuy nhiên, hiện nay, các quy định pháp luật về hình thức xử phạt và các biện pháp khắc phục hậu quả còn có sự chòng chéo, thiếu thống nhất. Bất cập này dẫn đến việc áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả chưa đạt hiệu quả cao.

⁶ Nguyễn Cảnh Hợp (chủ biên), *Bình luận khoa học Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (tập 1)*, Nxb. Đại học quốc gia Tp. Hồ Chí Minh, 2015, tr. 219.

2. Những chòng chéo, thiếu thống nhất giữa biện pháp khắc phục hậu quả với các hình thức xử phạt

2.1. Những biện pháp khắc phục hậu quả có nội dung tương tự hình thức xử phạt “đình chỉ hoạt động có thời hạn”

Theo Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012, “đình chỉ hoạt động có thời hạn” là một hình thức xử phạt vi phạm hành chính. Đình chỉ hoạt động có thời hạn là việc cơ quan có thẩm quyền quyết định ngừng hoạt động đối với cá nhân, tổ chức vi phạm hành chính trong các trường hợp sau:

- Đình chỉ một phần hoạt động gây hậu quả nghiêm trọng hoặc có khả năng thực tế gây hậu quả nghiêm trọng đối với tính mạng, sức khỏe con người, môi trường của cơ sở sản xuất, kinh doanh, dịch vụ mà theo quy định của pháp luật phải có giấy phép.

- Đình chỉ một phần hoặc toàn bộ hoạt động sản xuất, kinh doanh, dịch vụ hoặc hoạt động khác mà theo quy định của pháp luật không phải có giấy phép và hoạt động đó gây hậu quả nghiêm trọng hoặc có khả năng thực tế gây hậu quả nghiêm trọng đối với tính mạng, sức khỏe con người, môi trường và trật tự, an toàn xã hội.

Tuy nhiên, có rất nhiều nghị định của Chính phủ lại quy định biện pháp khắc phục hậu quả có “bóng dáng” của hình thức xử phạt “đình chỉ hoạt động có thời hạn”. Cụ thể, Nghị định số 98/2013/NĐ-CP ngày 28/08/2013 về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực kinh doanh bảo hiểm, kinh doanh xổ số quy định biện pháp khắc phục hậu quả *“buộc đình chỉ hoạt động đào tạo đại lý của cơ sở đào tạo đại lý từ 01 tháng đến 03 tháng đối với trường hợp vi phạm:* i. Đào tạo đại lý bảo hiểm chưa đáp ứng đủ điều kiện theo quy định của pháp luật; ii. Không tuân thủ nội dung, chương trình đào

tạo đại lý đã được Bộ Tài chính phê chuẩn về thời gian đào tạo, cán bộ đào tạo, cơ sở vật chất để đào tạo; iii. Cấp chứng chỉ đại lý bảo hiểm không đúng quy định của pháp luật”⁷. Buộc đình chỉ hoạt động đào tạo đại lý tức là cơ sở đào tạo đại lý bị ngừng hoạt động. Việc ngừng hoạt động này được diễn ra từ 01 tháng đến 03 tháng - tức là có thời hạn. Như vậy, biện pháp khắc phục hậu quả này được áp dụng không khác gì so với hình thức xử phạt “*đình chỉ hoạt động có thời hạn*”.

Nghị định số 142/2017/NĐ-CP ngày 11/12/2017 về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực hàng hải quy định biện pháp khắc phục hậu quả “*đình chỉ hoạt động của Công-te-nơ có thời hạn từ 02 tháng đến 06 tháng đối với các hành vi sử dụng Công-te-nơ bị hư hỏng, có nguy cơ gây mất an toàn; Công-te-nơ không được kiểm tra, bảo dưỡng đúng hạn*”⁸. Khi bị áp dụng biện pháp này, cá nhân, tổ chức không được tiến hành các hoạt động liên quan đến Công-te-nơ trong thời hạn từ 02 tháng đến 06 tháng. Như vậy, biện pháp này cũng có sự tương đồng với hình thức xử phạt “*đình chỉ hoạt động có thời hạn*”.

Nghị định số 134/2013/NĐ-CP ngày 17/10/2013 về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực điện lực, an toàn đập thủy điện, sử dụng năng lượng tiết kiệm và hiệu quả quy định biện pháp khắc phục hậu quả “*đình chỉ dân nhân năng lượng trong thời hạn 06 tháng đối với hành vi tiếp tục dân nhân năng lượng cho phương tiện, thiết bị khi giấy chứng nhận dân nhân năng lượng*

của phương tiện, thiết bị đó đã hết hạn sử dụng”⁹. Khi bị áp dụng biện pháp khắc phục này, cá nhân, tổ chức sẽ không thể tiến hành hoạt động liên quan đến dân nhân năng lượng trong thời gian 06 tháng - tức là bị đình chỉ hoạt động có thời hạn.

Tương tự, Nghị định số 158/2013/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 28/2017/NĐ-CP) về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực văn hóa, thể thao, du lịch và quảng cáo quy định biện pháp khắc phục hậu quả “*buộc ngừng kinh doanh trò chơi điện tử, karaoke, vũ trường không bảo đảm khoảng cách trường học, bệnh viện, cơ sở tôn giáo, tín ngưỡng, di tích lịch sử - văn hóa, cơ quan nhà nước*”.

Theo Từ điển Từ và ngữ Việt Nam thì “đình chỉ” (đình: Dừng lại, chỉ: Thôi) là “ngừng lại, không tiến hành nữa”¹⁰. Như vậy, buộc ngừng hoạt động kinh doanh trò chơi điện tử, karaoke, vũ trường cũng có nghĩa là đình chỉ hoạt động kinh doanh trò chơi điện tử, karaoke, vũ trường. Nếu vậy, “*buộc ngừng hoạt động kinh doanh trò chơi điện tử, karaoke, vũ trường*” phải là hình thức xử phạt chứ không thể quy định là biện pháp khắc phục hậu quả. Nếu hai chế tài này khác nhau thì không có cơ sở phân biệt, còn nếu giống nhau thì “khai sinh” thêm biện pháp khắc phục hậu quả “*buộc ngừng hoạt động kinh doanh trò chơi điện tử, karaoke, vũ trường*” bên cạnh hình thức xử phạt “*đình chỉ hoạt động có thời hạn*” để làm gì? Hơn nữa, nếu áp dụng hình thức xử phạt “*đình chỉ hoạt động có thời hạn*” thì thời hạn ngừng chỉ tối đa là 24 tháng. Trong

⁷ Điều 24 Nghị định số 98/2013/NĐ-CP ngày 28/08/2013 về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực kinh doanh bảo hiểm, kinh doanh xổ số.

⁸ Điều 52 Nghị định số 142/2017/NĐ-CP ngày 11/12/2017 về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực hàng hải.

⁹ Điều 30 Nghị định số 134/2013/NĐ-CP ngày 17/10/2013 về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực điện lực, an toàn đập thủy điện, sử dụng năng lượng tiết kiệm và hiệu quả.

¹⁰ Nguyễn Lân, *Từ điển từ và ngữ Việt Nam*, Nxb. Tổng hợp Tp. Hồ Chí Minh, 2002, tr. 637.

khi đó, nếu áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*buộc ngừng hoạt động kinh doanh trò chơi điện tử, karaoke, vũ trường*” thì sẽ không xác định được thời hạn ngừng tối đa là bao lâu. Một khi không xác định được thời hạn ngừng tối đa là bao lâu thì có thể hiểu biện pháp này được áp dụng vô thời hạn. Điều này gây ảnh hưởng lớn đến hoạt động kinh doanh trò chơi điện tử, karaoke, vũ trường của cá nhân, tổ chức.

2.2. Những biện pháp khắc phục hậu quả có nội dung tương tự hình thức xử phạt “tịch thu tang vật phương tiện vi phạm hành chính”

Theo Điều 21 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 thì “*tịch thu tang vật phương tiện vi phạm hành chính*” là một hình thức xử phạt. Tuy nhiên, Nghị định số 102/2014/NĐ-CP về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực đất đai lại quy định “*tịch thu tang vật, phương tiện được sử dụng để thực hiện hành vi vi phạm*” là một biện pháp khắc phục hậu quả¹¹. Rõ ràng, trong trường hợp này đã có sự chòng chéo, mâu thuẫn giữa Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 với Nghị định số 102/2014/NĐ-CP. Quy định này không chỉ bất hợp pháp (trái với Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012) mà còn bất hợp lý vì suy cho cùng “*tịch thu tang vật, phương tiện được sử dụng để thực hiện hành vi vi phạm*” không có khả năng khôi phục những quyền, lợi ích hợp pháp bị vi phạm hành chính xâm hại.

Nghị định số 155/2016/NĐ-CP về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bảo vệ môi trường quy định biện pháp khắc phục hậu quả: “*Buộc tiêu hủy hàng hóa,*

máy móc, thiết bị phương tiện, nguyên liệu, nhiên liệu, vật liệu, phế liệu, vật phẩm, chế phẩm sinh học và phương tiện nhập khẩu, đưa vào trong nước trái quy định về bảo vệ môi trường hoặc gây hại cho sức khỏe con người, vật nuôi và môi trường; buộc tiêu hủy loài sinh vật ngoại lai xâm hại, sinh vật biến đổi gen, mẫu vật di truyền của sinh vật biến đổi gen chưa có Giấy phép khảo nghiệm sinh vật biến đổi gen, Giấy chứng nhận an toàn sinh học; buộc thu hồi và tiêu hủy chế phẩm sinh học đã sản xuất, lưu hành hoặc sử dụng trái phép. Tịch thu sản phẩm có giá trị sau khi tiêu hủy và xử lý theo quy định của pháp luật”¹². Lẽ ra “*tịch thu sản phẩm có giá trị sau khi tiêu hủy và xử lý theo quy định của pháp luật*” phải là hình thức xử phạt chứ không thể là biện pháp khắc phục hậu quả. Bên cạnh đó, điều vô lý là sau khi tiêu hủy thì tang vật, phương tiện đã không còn giá trị sử dụng. Vậy thì nhà làm luật có cần phải tịch thu những sản phẩm không còn giá trị này để sung vào ngân sách nhà nước?

2.3. Những biện pháp khắc phục hậu quả có nội dung tương tự hình thức xử phạt “trục xuất”

Hiện nay, trong hệ thống pháp luật Việt Nam, ngoài hình thức xử phạt trục xuất, nhà làm luật còn quy định thêm các biện pháp khắc phục hậu quả có nội dung tương tự hình thức xử phạt trục xuất. Đơn cử, khoản 6 Điều 5 Nghị định số 162/2013/NĐ-CP (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 23/2017/NĐ-CP) quy định hành vi “*tuyên truyền nhằm gây hại đến quốc phòng, an ninh của Việt Nam*” sẽ bị phạt tiền từ 400.000.000 đồng đến 500.000.000 đồng và

¹¹ Điểm a khoản 3 Điều 11 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP ngày 10/11/2014 về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực đất đai.

¹² Điểm đ khoản 3 Điều 4 Nghị định số 155/2016/NĐ-CP ngày 18/11/2016 về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bảo vệ môi trường.

áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả ***“buộc người và tàu thuyền vi phạm rời khỏi vùng biển, đảo và thềm lục địa của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam”***.

Về bản chất, buộc người nước ngoài vi phạm rời khỏi vùng biển, đảo và thềm lục địa của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam không khác biệt so với hình thức xử phạt trực xuất - buộc người nước ngoài vi phạm hành chính phải rời khỏi lãnh thổ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam. Theo Nghị định số 162/2013/NĐ-CP (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 23/2017/NĐ-CP), người nước ngoài vi phạm hành chính không bị áp dụng hình thức xử phạt trực xuất, nhưng lại bị áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả ***“buộc người và tàu thuyền vi phạm rời khỏi vùng biển, đảo và thềm lục địa của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam”*** thì kết quả cuối cùng người này cũng phải rời khỏi lãnh thổ Việt Nam. Do đó, biện pháp khắc phục hậu quả ***“buộc người và tàu thuyền vi phạm rời khỏi vùng biển, đảo và thềm lục địa của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam”*** có những điểm tương đồng với hình thức xử phạt trực xuất.

Tương tự, theo khoản 4 Điều 13 Nghị định số 103/2013/NĐ-CP (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 41/2017/NĐ-CP), hành vi ***“hoạt động khai thác thủy sản trong vùng biển Việt Nam mà không có giấy phép hoạt động thủy sản”*** sẽ bị áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả ***“buộc tàu cá và thuyền viên nước ngoài rời khỏi lãnh thổ Việt Nam”***. Thuyền viên nước ngoài thực hiện hành vi này không bị áp dụng hình thức xử phạt trực xuất, nhưng lại bị áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả ***“buộc rời khỏi lãnh thổ Việt Nam”***. Kết quả là thuyền viên nước ngoài vi phạm cũng phải rời khỏi lãnh thổ Việt Nam. Như vậy, việc áp dụng biện

pháp khắc phục hậu quả ***“buộc thuyền viên nước ngoài rời khỏi lãnh thổ Việt Nam”*** không khác gì việc áp dụng hình thức xử phạt trực xuất.

3. Những chồng lấn giữa biện pháp khắc phục hậu quả và hình thức xử phạt bổ sung

3.1. Sự chồng lấn giữa biện pháp khắc phục hậu quả và hình thức xử phạt tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính

Theo quy định pháp luật, tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính là việc sung vào ngân sách nhà nước vật, tiền, hàng hóa, phương tiện có liên quan trực tiếp đến vi phạm hành chính, được áp dụng đối với vi phạm hành chính nghiêm trọng do lỗi cố ý của cá nhân, tổ chức. Như vậy, tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính thực chất là tước bỏ quyền sở hữu của người vi phạm đối với vật, tiền, hàng hóa, phương tiện và chuyển sang quyền sở hữu nhà nước. Bên cạnh việc mang lại một khoản thu cho ngân sách nhà nước, hình thức xử phạt này còn nhằm loại bỏ hoặc hạn chế khả năng tiếp tục vi phạm hành chính của cá nhân, tổ chức.

Như đã trình bày, tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính dẫn đến việc chấm dứt quyền sở hữu của cá nhân, tổ chức đối với vật, tiền, hàng hóa, phương tiện có liên quan trực tiếp đến vi phạm hành chính. Do đó, không cần phải áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả mà bản chất cũng là làm chấm dứt quyền sở hữu của cá nhân, tổ chức đối với vật, tiền, hàng hóa, phương tiện có liên quan đến vi phạm hành chính.

Nghị định số 103/2013/NĐ-CP (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 41/2017/NĐ-CP) xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động thủy sản quy định áp dụng đồng thời hình thức xử phạt bổ sung là

“tịch thu biển số, số đăng ký tàu cá giả” và biện pháp khắc phục hậu quả “buộc xóa biển số, số đăng ký tàu cá giả” đối với hành vi “sử dụng biển số, số đăng ký tàu cá giả”¹³. Việc áp dụng song song hình thức xử phạt và biện pháp khắc phục hậu quả này là thừa bởi khi đã tịch thu biển số, số đăng ký tàu cá giả thì chủ sở hữu tàu cá không còn biển số, số đăng ký tàu để có thể *buộc xóa biển số, số đăng ký tàu cá giả*.

Cũng hành vi “*điều khiển xe gắn biển số không đúng với Giấy đăng ký xe hoặc biển số không do cơ quan có thẩm quyền cấp*”, nhưng Nghị định số 46/2016/NĐ-CP chỉ quy định áp dụng hình thức xử phạt bổ sung là “*tịch thu biển số không do cơ quan có thẩm quyền cấp*” chứ không đồng thời áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả là “*buộc xóa biển số*”¹⁴. Tương tự, đối với hành vi “*sử dụng biển số mô tô, biển số ô tô, biển số phương tiện vận tải quân sự giả*”, Nghị định số 120/2013/NĐ-CP chỉ quy định áp dụng hình thức xử phạt là “*tịch thu biển số mô tô, biển số ô tô, biển số phương tiện vận tải quân sự giả*” chứ không đồng thời áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*buộc xóa biển số*”¹⁵. Theo tác giả, chỉ áp dụng hình thức xử phạt “*tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính*” như trong Nghị định số 46/2016/NĐ-CP và Nghị định số 120/2013/NĐ-CP là chính xác và hợp lý hơn cách quy định của Nghị định số 103/2013/NĐ-CP (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 41/2017/NĐ-CP).

¹³ Điều 21 Nghị định số 103/2013/NĐ-CP (sửa đổi bởi Nghị định số 41/2017/NĐ-CP) về xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động thủy sản.

¹⁴ Khoản 5, 6, 7 Điều 16 Nghị định số 46/2016/NĐ-CP ngày 26/5/2016 về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực giao thông đường bộ và đường sắt.

¹⁵ Điều 30 Nghị định số 120/2013/NĐ-CP ngày 09/10/2013 về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực quốc phòng, cơ yếu.

Theo Nghị định số 167/2013/NĐ-CP, hành vi “*khắc dấu giả hoặc sử dụng con dấu giả*” sẽ bị phạt tiền 5.000.000 đồng đến 10.000.000 đồng (hình thức xử phạt chính), bị “*tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính*” (hình thức xử phạt bổ sung), đồng thời bị áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*buộc thu hồi con dấu*”¹⁶. Rõ ràng trong trường hợp này đã có sự “lãng phí” chế tài bởi một khi người có thẩm quyền tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính trong đó có con dấu giả thì không cần đồng thời áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*buộc thu hồi con dấu*”.

Tương tự, điểm đ khoản 10 Điều 5 Nghị định số 169/2013/NĐ-CP quy định hành vi “*giả mạo giấy tờ của cơ quan nhà nước có thẩm quyền để hoạt động trong khu vực biên giới, vành đai biên giới*” bị phạt tiền từ 2.500.000 đồng đến 4.000.000 đồng (hình thức xử phạt chính), bị “*tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính*” (hình thức xử phạt bổ sung), đồng thời bị áp dụng được biện pháp khắc phục hậu quả “*buộc tiêu hủy giấy chứng minh biên giới, giấy chứng nhận biên giới hoặc giấy thông hành xuất, nhập cảnh vùng biên giới bị làm giả*”. Như đã trình bày, một khi đã áp dụng hình thức xử phạt “*tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính*” thì không cần phải áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*buộc tiêu hủy giấy chứng minh biên giới, giấy chứng nhận biên giới hoặc giấy thông hành xuất, nhập cảnh vùng biên giới bị làm giả*” bởi khi đã áp dụng hình thức xử phạt tịch thu thì tang vật, phương tiện không còn thuộc quyền sở hữu của người vi phạm.

¹⁶ Điều 12 Nghị định số 167/2013/NĐ-CP ngày 12/11/2013 xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực an ninh, trật tự, an toàn xã hội; phòng, chống tệ nạn xã hội; phòng cháy và chữa cháy; phòng, chống bạo lực gia đình.

3.2. Sự chồng lấn giữa biện pháp khắc phục hậu quả và hình thức xử phạt trực xuất

Theo khoản 4 Điều 13 Nghị định số 103/2013/NĐ-CP (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 41/2017/NĐ-CP) thì hành vi “*hoạt động khai thác thủy sản trong vùng biển Việt Nam mà không có giấy phép hoạt động thủy sản*” sẽ bị phạt tiền từ 80.000.000 đến 100.000.000 đồng (hình thức xử phạt chính) và bị *tịch thu tàu cá, tịch thu thủy sản khai thác trái phép, trực xuất thuyền viên nước ngoài rời khỏi lãnh thổ Việt Nam* (hình thức xử phạt bổ sung). Hành vi vi phạm này lại bị đồng thời áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*buộc tàu cá và thuyền viên nước ngoài rời khỏi lãnh thổ Việt Nam*”. Việc áp dụng đồng thời hình thức xử phạt trực xuất và biện pháp khắc phục hậu quả “*buộc tàu cá và thuyền viên nước ngoài rời khỏi lãnh thổ Việt Nam*” là không cần thiết vì hai biện pháp chế tài này có sự chồng lấn nhau trong việc thực hiện.

4. Một số kiến nghị hoàn thiện

Trước hết, muốn chấm dứt tình trạng các biện pháp khắc phục hậu quả nhiều, phức tạp, nhưng lại tản mạn thì cần phải thay đổi tư duy làm luật. Về lý luận, việc điều chỉnh bằng luật để chi tiết hóa tất cả các loại vi phạm hành chính to nhỏ, đều rất khó phản ứng kịp với biến động của thực tiễn; điều chỉnh bằng nghị định thì có thể nhanh hơn, nhưng thực tiễn đã chứng tỏ vẫn rất bất cập¹⁷. Do đó, để thiết lập trật tự trong lĩnh vực này, điều kiện quan trọng là phải có một hệ thống pháp luật về trách nhiệm hành chính hoàn chỉnh, uyển chuyển. Yêu cầu này đòi hỏi cần phải có một văn bản

mang tính pháp điển hóa cao như Bộ luật, vừa kết hợp với các văn bản dưới luật, bảo đảm chủ động thích ứng với những biến đổi của hoàn cảnh cả nước, vừa phân hóa phù hợp theo vùng miền, địa phương.

Tội phạm và vi phạm hành chính đều là vi phạm pháp luật, chỉ khác nhau ở mức độ nguy hiểm của từng hành vi. Vì thế, đường lối, chính sách và phương pháp điều chỉnh pháp luật đối với vi phạm hành chính cũng nên tiếp nhận, vận dụng đường lối, chính sách hình sự và những nét cơ bản của pháp luật hình sự. Theo tác giả, cơ quan lập pháp cần ban hành một Bộ luật hoàn chỉnh về vi phạm hành chính như kinh nghiệm của Liên bang Nga (ngoài các điều khoản chung về nguyên tắc, thẩm quyền, thủ tục, chế tài thì còn phải quy định các vi phạm hành chính trong các lĩnh vực cụ thể như xây dựng, giao thông, tài nguyên và môi trường, thông tin và viễn thông, tài chính, kinh doanh...) ¹⁸.

Với tư duy ấy thì khi xây dựng một Bộ luật cho nước ta thì trong Bộ luật này phải quy định thành *Phần chung* và *Phần riêng*. Theo đó, *Phần chung* về cơ bản cần dựa trên các quy định của Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 để nâng lên theo mô hình tương tự như nội dung *Phần chung* của Bộ luật Hình sự. Thực tế, Bộ luật về vi phạm hành chính của Liên bang Nga cũng cơ bản tiếp thu cơ sở lý luận và kỹ thuật xây dựng Bộ luật Hình sự của nước này. Điều này là hợp lý vì vi phạm hành chính và tội phạm, ngoài dấu hiệu khác nhau chủ yếu ở tính chất nguy hiểm thì rất nhiều dấu hiệu khác về mặt cấu thành là giống nhau¹⁹.

¹⁷ Nguyễn Cửu Việt, “Một số vấn đề đổi mới pháp luật về vi phạm hành chính ở nước ta hiện nay”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 1, 2009.

¹⁸ Đỗ Hoàng Yến, “Pháp luật về xử lý vi phạm hành chính ở một số nước trên thế giới”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 107, 2007.

¹⁹ Nguyễn Cảnh Hợp - Cao Vũ Minh, “Hoàn thiện pháp luật về vi phạm hành chính từ kinh nghiệm của

Phần riêng sẽ quy định những vi phạm cụ thể trong các lĩnh vực. Phần riêng này sẽ được xây dựng theo nguyên tắc những loại vi phạm hành chính về các lĩnh vực cần tập trung xử lý thống nhất cũng như hình thức xử phạt, biện pháp khắc phục hậu quả cụ thể cần được quy định ngay trong luật²⁰. Còn lại, những vi phạm hành chính khác, tùy theo tính chất của chúng, cần giao cho Chính phủ quy định bổ sung. Tuy nhiên, nên quán triệt là chỉ trong những trường hợp mới phát sinh, thay đổi hoặc khẩn cấp thì Chính phủ mới quy định bổ sung về vi phạm hành chính cụ thể, hình thức xử phạt, biện pháp khắc phục hậu quả. Các quy định loại này của Chính phủ sau đó phải báo cáo Quốc hội trong phiên họp gần nhất, nếu ổn định thì bổ sung vào Bộ luật.

Quá trình đổi mới có thể thực hiện từng bước, bởi chưa thể có ngay Bộ luật về xử phạt vi phạm hành chính hoàn chỉnh. Trước mắt, cần thay đổi cách thức làm luật về xử phạt vi phạm hành chính nói chung và về biện pháp khắc phục hậu quả nói riêng. Trong tương lai gần, Chính phủ cần tiến hành rà soát một cách tổng thể tất cả các biện pháp khắc phục hậu quả do mình quy định. Công việc này rất quan trọng nhằm hạn chế tình trạng quy định và áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả không chính xác. Đồng thời, Ủy ban Thường vụ Quốc hội cần thực hiện tốt công tác xem xét đối với các biện pháp khắc phục hậu quả do Chính phủ quy định²¹. Thông qua hoạt động

phản biện này, Chính phủ sẽ có những kênh thông tin “ngược” hữu hiệu, nhằm hoàn thiện các quy định pháp luật liên quan đến biện pháp khắc phục hậu quả.

Thứ hai, vi phạm hành chính là hành vi gây nguy hiểm cho xã hội. Điều đó có nghĩa, tại thời điểm vi phạm hành chính được thực hiện, hành vi đó rõ ràng nguy hiểm cho xã hội. Tuy nhiên, trải qua một khoảng thời gian nhất định, tính nguy hiểm cho xã hội của hành vi ngày càng giảm dần²². Chính vì vậy, Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 quy định về thời hiệu xử phạt vi phạm hành chính. Theo đó, thời hiệu xử phạt vi phạm hành chính là khoảng thời gian do pháp luật quy định trong đó cơ quan nhà nước có thẩm quyền áp dụng các hình thức xử phạt đối với cá nhân hay tổ chức thực hiện vi phạm hành chính²³. Sở dĩ có quy định về thời hiệu xử phạt vi phạm hành chính bởi khi hết thời hiệu thì tính nguy hiểm cho xã hội của vi phạm hành chính mất đi. Do tính nguy hiểm cho xã hội không còn, nên người có thẩm quyền không cần áp dụng các hình thức xử phạt nhằm

phạm tiên phát”. Điều kiện để Chính phủ ban hành loại nghị định này là: i. *Chưa đủ điều kiện xây dựng thành luật hoặc pháp lệnh*; ii. *Được sự đồng ý của Ủy ban Thường vụ Quốc hội*. Những nghị định về xử phạt vi phạm hành chính trong các lĩnh vực có quy định về biện pháp khắc phục hậu quả khác cũng thuộc loại “nghị định không đầu” do các nghị định này được ban hành khi chưa có luật hay pháp lệnh điều chỉnh. Khi ban hành nghị định này, Chính phủ phải được sự đồng ý của Ủy ban Thường vụ Quốc hội. Do đó, Ủy ban Thường vụ Quốc hội xem xét đối với các biện pháp khắc phục hậu quả do Chính phủ quy định là một sự cần thiết và hợp lý.

²² Bùi Thị Đào, “*Thời hiệu xử lý kỷ luật cán bộ, công chức*”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 9, 2007.

²³ Cao Vũ Minh, “*Thời hiệu và thời hạn xử phạt vi phạm hành chính trong Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012*”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 11, 2014.

Liên bang Nga”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 18, 2011.

²⁰ Xem thêm Bộ luật xử phạt vi phạm hành chính của Liên bang Nga (bản tiếng Anh) tại: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ru/ru073en.pdf>.

²¹ Theo khoản 3 Điều 19 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 thì Chính phủ có quyền ban hành “nghị định không đầu” chứa các “quy

gây thiệt hại về quyền sở hữu tài sản hay quyền nhân thân của người vi phạm. Tuy nhiên, hậu quả của vi phạm hành chính vẫn tồn tại nên cần phải được khắc phục. Đó là lý do vì sao ngoại trừ *tịch thu sung vào ngân sách nhà nước*, các hình thức xử phạt khác bị giới hạn bởi thời hiệu xử phạt vi phạm hành chính. Trong khi đó, các biện pháp khắc phục hậu quả lại không bị giới hạn bởi vấn đề thời hiệu. Hiện nay, nhiều biện pháp khắc phục hậu quả có tính chất và mục đích giống hình thức xử phạt trực xuất, đình chỉ hoạt động có thời hạn, tịch thu tang vật phương tiện vi phạm hành chính. Do đó, Chính phủ cần xem xét một cách cẩn trọng về các biện pháp khắc phục hậu quả có “bóng dáng” của hình thức xử phạt này. Minh định mục đích, ý nghĩa, điều kiện áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả với hình thức xử phạt trong xây dựng pháp luật là điều cần thiết. Có như vậy thì các vấn đề pháp lý xoay quanh nội dung, mục đích, thẩm quyền, thủ tục, thời hiệu, thời hạn áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả mới thật sự rõ ràng, tạo điều kiện thuận lợi cho việc áp dụng trong thực tế.

Thứ ba, việc áp dụng song trùng biện pháp khắc phục hậu quả “*buộc thu hồi*”, “*buộc tiêu hủy*” tang vật, phương tiện vi phạm hành chính với hình thức xử phạt tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính là không cần thiết vì suy cho cùng hậu quả thực tế đối với hàng hóa, vật phẩm trong hai trường hợp này là như nhau. Bên cạnh đó, cần lưu ý là việc áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả và hình thức xử phạt tịch thu đều không bị ràng buộc bởi thời hiệu xử phạt vi phạm hành chính²⁴. Do

đó, có thể tiếp thu cách quy định về việc áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả với hình thức xử phạt tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính theo tinh thần của Nghị định số 185/2013/NĐ-CP (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 124/2015/NĐ-CP). Cụ thể, theo Nghị định số 185/2013/NĐ-CP (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 124/2015/NĐ-CP), trường hợp quy định đồng thời áp dụng cả hình thức xử phạt tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm và biện pháp khắc phục hậu quả “*buộc tiêu hủy hàng hóa, vật phẩm*” thì người có thẩm quyền xử phạt chỉ quyết định tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm trong trường hợp không thể áp dụng được biện pháp khắc phục hậu quả “*buộc tiêu hủy*”²⁵. Với tư duy đó, người có thẩm quyền sẽ ưu tiên áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*buộc thu hồi*”, “*buộc tiêu hủy*” trước. Nếu không áp dụng được biện pháp khắc phục hậu quả này thì mới quyết định tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm. Quy định như trên là hợp lý bởi các biện pháp khắc phục hậu quả có mức độ cường chế không kém các hình thức xử phạt. Do đó, việc áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả không chỉ có ý nghĩa răn đe, trừng phạt đối với chủ thể vi phạm, mà còn nhằm mục đích khôi phục lại tình trạng ban đầu của trật tự quản lý - điều mà hình thức xử phạt không thể có được.

thẩm quyền không ra quyết định xử phạt vi phạm hành chính nhưng có thể ra quyết định tịch thu sung vào ngân sách nhà nước hoặc tiêu hủy tang vật vi phạm hành chính thuộc loại cấm lưu hành và áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả quy định tại khoản 1 Điều 28 của Luật này”.

²⁵ Khoản 3 Điều 4 Nghị định số 185/2013/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 124/2015/NĐ-CP) về xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động thương mại, sản xuất, buôn bán hàng giả, hàng cấm và bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng.

²⁴ Khoản 2 Điều 65 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 quy định: “*Đối với trường hợp quy định tại các điểm a, b, c và d khoản 1 Điều này, người có*

THỦ TỤC TỔ TỤNG ĐỐI VỚI PHÁP NHÂN THƯƠNG MẠI TẠI GIAI ĐOẠN XÉT XỬ SƠ THẨM VỤ ÁN HÌNH SỰ THEO BỘ LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ NĂM 2015

*Phí Thành Chung**

Tóm tắt: Để đảm bảo cho việc thực thi các quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) về trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân thương mại, Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 đã bổ sung một chương hoàn toàn mới (Chương XXIX) gồm 16 điều (từ Điều 431 đến Điều 446) quy định về thủ tục truy cứu trách nhiệm hình sự pháp nhân thương mại. Trong phạm vi bài viết này, tác giả đề cập đến một số vấn đề về thủ tục tố tụng đối với pháp nhân thương mại trong giai đoạn xét xử sơ thẩm tại tòa án.

Abstract: For effective enforcement of the 2015 Criminal Code (amended and supplemented of 2017) on criminal responsibility of commercial legal person, the 2015 Criminal Procedure Code has been supplemented with a brand new chapter (XXIX) including 16 articles (from 431 – 446) on procedure for prosecuting criminal responsibility of commercial legal person. Within its scope, the article makes mention of procedural issues for commercial legal person during the first instance of a criminal case.

1. Nhận thức chung về thủ tục tố tụng hình sự đối với pháp nhân thương mại

- Pháp nhân thương mại hay cá nhân đều là các chủ thể của tội phạm và của trách nhiệm hình sự, bình đẳng trước pháp luật hình sự và pháp luật tố tụng hình sự. Về nguyên tắc, không có thủ tục tố tụng hình sự riêng biệt cho pháp nhân thương mại, có chăng chỉ là các quy định đặc thù áp dụng với pháp nhân thương mại để có thể vận hành theo các thủ tục chung của tố tụng hình sự.

Đây cũng là vấn đề được các hệ thống pháp luật tố tụng hình sự trên thế giới quy định trong các đạo luật về tố tụng hình sự¹.

Theo pháp luật Việt Nam, nguyên tắc này được thể hiện tại Điều 431 Chương XXIX Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (BLTTHS): “*Thủ tục tố tụng đối với pháp nhân bị tố giác, báo tin về tội phạm, kiến nghị khởi tố, bị điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án được tiến hành theo quy định của Chương này, đồng thời theo những quy định khác của Bộ luật này không trái với quy định của Chương này*”.

- Thủ tục tố tụng truy cứu trách nhiệm hình sự của pháp nhân thương mại và cá nhân (người thực hiện nhân danh pháp nhân, thực hiện hành vi phạm tội có sự chỉ đạo, điều hành hoặc chấp thuận của pháp nhân và vì lợi ích của pháp nhân) được tiến hành đồng thời, trong cùng một vụ án.

Theo khoản 2 Điều 75 Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) (BLHS), việc pháp nhân thương mại chịu trách nhiệm hình sự không loại trừ trách nhiệm hình sự của cá nhân. Ngoài ra, hành

* Tòa án nhân dân thành phố Hà Nội.

¹ Business Crimes and Compliance Criminal Liability of Companies Survey, https://www.lexmundi.com/images/lexmundi/PDF/Business_Crimes/Criminal_Liability_Survey.pdf, truy cập ngày 20/6/2018.

vi phạm tội của pháp nhân thương mại và cá nhân đại diện là một. Do đó, hoạt động chứng minh hành vi phạm tội của cá nhân là căn cứ để truy cứu trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân và các hoạt động này cần thiết được diễn ra đồng thời, thống nhất.

- Pháp nhân thương mại có các quyền năng tố tụng tương đương cá nhân, trong đó, đáng chú ý là “quyền im lặng”.

Mặc dù BLTTHS không quy định đích danh tên gọi về “quyền im lặng”, đã có nhiều điều luật thể hiện nội dung quyền này, như: Bảo đảm cho người bị buộc tội thực hiện các quyền và nghĩa vụ của mình, trong đó có quyền không buộc chứng minh là mình vô tội, không buộc phải đưa ra lời khai chống lại chính mình hoặc buộc phải nhận mình có tội; tự bào chữa, nhờ người bào chữa. Cụ thể: Về nguyên tắc xác định sự thật của vụ án, người bị buộc tội có quyền nhưng không buộc phải chứng minh là mình vô tội (Điều 15); người bị giữ, người bị tạm giữ, bị can, bị cáo được trình bày lời khai, trình bày ý kiến, không buộc phải nhận mình có tội; tự bào chữa, nhờ người bào chữa (Điều 58, 59, 60); lời nhận tội của bị can, bị cáo chỉ được coi là chứng cứ, nếu phù hợp với các chứng cứ khác của vụ án (Điều 98); không được dùng lời nhận tội của bị can, bị cáo làm chứng cứ duy nhất để buộc tội, kết tội... Những quy định này nhằm đáp ứng đòi hỏi khách quan của yêu cầu bảo vệ quyền con người trong Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa đã được ghi nhận trong Hiến pháp năm 2013².

Sở dĩ, cần nhấn mạnh quyền im lặng của pháp nhân thương mại bởi theo thủ tục

tổ tụng hình sự, bản thân pháp nhân thương mại là người tham gia tố tụng nhưng được thực hiện thông qua các cá nhân đại diện cụ thể. Những cá nhân này phải có trách nhiệm trong đấu tranh phòng, chống tội phạm, có quyền và nghĩa vụ phát hiện, tố giác, báo tin về tội phạm; không thực hiện hành vi cản trở hoạt động của cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng thực hiện nhiệm vụ (Điều 5 BLTTHS). Tuy nhiên, khi đại diện cho pháp nhân thương mại tham gia tố tụng hình sự, cá nhân thực hiện quyền và nghĩa vụ của pháp nhân thương mại, do đó, có quyền im lặng, không khai nhận về hành vi phạm tội.

Điều này, đồng thời cũng tước bỏ quyền thông tin về tội phạm với vai trò người làm chứng của cá nhân khi đại diện cho pháp nhân thương mại là bị can, bị cáo trong vụ án.

2. Thủ tục tố tụng đối với pháp nhân thương mại trong giai đoạn xét xử sơ thẩm vụ án hình sự

Thẩm quyền xét xử đối với pháp nhân:

Là quyền xem xét và giải quyết vụ án đối với pháp nhân thương mại theo quy định pháp luật.

Khoản 1 Điều 444 BLTTHS quy định thẩm quyền xét xử theo lãnh thổ đối với những vụ án về tội phạm do pháp nhân thương mại thực hiện, theo đó, về nguyên tắc, tội phạm xảy ra ở đâu thì tòa án có thẩm quyền xét xử. Trong trường hợp tội phạm được thực hiện tại nhiều nơi khác nhau thì tòa án có thẩm quyền xét xử là tòa án nơi pháp nhân đó có trụ sở chính hoặc nơi có chi nhánh của pháp nhân đó thực hiện tội phạm.

Vướng mắc ở đây là việc phân định thẩm quyền theo lãnh thổ được áp dụng trong trường hợp quy định về thẩm quyền đối với pháp nhân thương mại nêu trên hay

² Xem thêm: TS. Phan Trung Hoài (2016), *Những điểm mới về chế định bào chữa trong Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr. 183-196.

theo quy định về thẩm quyền đối với cá nhân phạm tội. Bởi thông thường, việc truy cứu trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân và cá nhân được tiến hành đồng thời và trong cùng một vụ án (như đã phân tích ở trên).

Điều 269 BLTTHS quy định về thẩm quyền theo lãnh thổ đối với cá nhân phạm tội. Theo đó, tòa án có thẩm quyền xét xử là tòa án nơi tội phạm được thực hiện. Trường hợp tội phạm được thực hiện tại nhiều nơi khác nhau hoặc không xác định được nơi thực hiện tội phạm thì tòa án có thẩm quyền xét xử là tòa án nơi kết thúc việc điều tra.

Nếu tội phạm thực hiện ở một địa phương thì việc xác định thẩm quyền của tòa án đều thống nhất là tòa án của địa phương nơi tội phạm thực hiện. Tuy nhiên, nếu tội phạm được thực hiện tại nhiều nơi khác nhau hoặc không xác định được nơi thực hiện tội phạm thì tòa án nào sẽ có thẩm quyền giải quyết: Tòa án nơi kết thúc điều tra hay tòa án nơi pháp nhân đó có trụ sở chính hoặc nơi có chi nhánh của pháp nhân đó thực hiện tội phạm? Mặc dù BLTTHS không trực tiếp quy định vấn đề này, nhưng có thể áp dụng Điều 431 quy định về phạm vi áp dụng thủ tục tố tụng đối với pháp nhân. Theo đó, thẩm quyền giải quyết của tòa án được tiến hành theo quy định của Chương XXIX về thủ tục tố tụng truy cứu trách nhiệm hình sự pháp nhân. Khi không có quy định thì mới áp dụng theo các quy định khác không trái với quy định này. Vì vậy, tòa án có thẩm quyền giải quyết là tòa án nơi pháp nhân có trụ sở chính hoặc nơi có chi nhánh của pháp nhân thực hiện tội phạm. Tuy nhiên, đây lại là một quy định lựa chọn và không có thứ tự ưu tiên áp dụng nên việc xác định thẩm quyền sẽ tiếp tục là một vướng mắc đối với các cơ quan tiến hành tố tụng.

Mặt khác, Chương XXIX không có quy định riêng về thẩm quyền điều tra, truy tố. Điều này, tạo ra hai cách hiểu khác nhau: 1. Thẩm quyền điều tra, truy tố độc lập và có thể khác với thẩm quyền xét xử nên thẩm quyền điều tra, truy tố đối với pháp nhân thương mại được áp dụng như cá nhân; 2. Thẩm quyền điều tra, truy tố phải được xác định tương ứng với thẩm quyền xét xử nên cơ quan điều tra, truy tố sẽ là cơ quan tiến hành tố tụng của địa phương nơi tòa án có thẩm quyền xét xử.

Tác giả cho rằng, đây là vấn đề mà Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao và các cơ quan tiến hành tố tụng cần sớm có hướng dẫn để áp dụng thống nhất.

Thủ tục xét xử đối với pháp nhân thương mại

Khoản 2 Điều 444 quy định: Việc xét xử sơ thẩm đối với pháp nhân phạm tội được thực hiện theo thủ tục chung quy định tại Phần thứ tư và Phần thứ sáu của BLTTHS. Nếu quy định chỉ dừng ở đây thì được hiểu là thủ tục xét xử đối với pháp nhân như đối với cá nhân. Tuy nhiên, đoạn sau của điều luật lại quy định: Phiên tòa xét xử đối với pháp nhân phải có mặt người đại diện theo pháp luật của pháp nhân, kiểm sát viên Viện kiểm sát cùng cấp; có mặt bị hại hoặc người đại diện của bị hại. Như vậy, liệu có thể hiểu, đối với phiên tòa xét xử pháp nhân thì bắt buộc phải có mặt những người nêu trên? Bởi vì, đối với thủ tục xét xử cá nhân thì tòa án có thể xét xử vắng mặt bị cáo trong các trường hợp: a) Bị cáo trốn và việc truy nã không kết quả; b) Bị cáo đang ở nước ngoài và không thể triệu tập đến phiên tòa; c) Bị cáo đề nghị xét xử vắng mặt và được Hội đồng xét xử chấp nhận; d) Nếu sự vắng mặt của bị cáo không vì lý do bất khả kháng hoặc không do trở ngại khách

quan và sự vắng mặt của bị cáo không gây trở ngại cho việc xét xử. Hoặc tòa án vẫn có thể xét xử nếu bị hại hoặc đại diện của họ vắng mặt tùy trường hợp.

Tác giả cho rằng, việc quy định bắt buộc phải có mặt của người đại diện theo pháp luật của pháp nhân, bị hại hoặc người đại diện của bị hại trong phiên tòa xét xử của pháp nhân là không hoàn toàn hợp lý. Sự có mặt của họ thường sẽ giúp cho quá trình giải quyết vụ án được chính xác, khách quan, công bằng. Nhưng trong các trường hợp bất khả kháng, người đại diện cố tình trốn tránh hoặc việc vắng mặt của họ không làm trở ngại cho việc xét xử thì cũng nên chấp nhận xét xử vắng mặt họ để phiên tòa được kịp thời, công lý được thực thi một cách hiệu quả.

Đại diện pháp nhân thương mại tham gia tố tụng (tư cách, triệu tập tham gia tố tụng)

Theo quy định tại Điều 434 BLTTHS, thì chỉ người đại diện theo pháp luật của pháp nhân bị truy cứu trách nhiệm hình sự mới có thể đại diện cho pháp nhân tham gia tố tụng trong các giai đoạn khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử và thi hành án. Pháp nhân phải cử và bảo đảm cho người đại diện theo pháp luật của mình tham gia đầy đủ các hoạt động tố tụng theo yêu cầu của cơ quan, người có thẩm quyền. Trường hợp người đại diện theo pháp luật của pháp nhân bị khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử hoặc không thể tham gia tố tụng được thì pháp nhân phải cử người khác làm đại diện theo pháp luật của mình tham gia tố tụng.

Người đại diện theo pháp luật của pháp nhân thương mại được xác định theo các quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014. Theo đó, người đại diện theo pháp luật của

pháp nhân thương mại được quy định trong Điều lệ của pháp nhân. Pháp nhân thương mại có thể có một hoặc nhiều người đại diện theo pháp luật. Điều lệ pháp nhân thương mại quy định cụ thể số lượng, chức danh quản lý và quyền, nghĩa vụ của người đại diện theo pháp luật. Pháp nhân thương mại phải đảm bảo luôn có ít nhất một người đại diện theo pháp luật cư trú tại Việt Nam. Trường hợp pháp nhân thương mại chỉ có một người đại diện theo pháp luật thì người đó phải cư trú ở Việt Nam và phải ủy quyền bằng văn bản cho người khác thực hiện quyền và nghĩa vụ của người đại diện theo pháp luật khi xuất cảnh khỏi Việt Nam. Do vậy, trong trường hợp người đại diện theo pháp luật của pháp nhân thương mại bị truy cứu trách nhiệm hình sự trong cùng vụ án với pháp nhân thương mại, nếu pháp nhân thương mại còn người đại diện khác thì phải cử người đại diện đó tham gia tố tụng và phải đảm bảo để người đại diện này tham gia đầy đủ các hoạt động tố tụng.

Mặt khác, cũng theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014, nếu pháp nhân không có người đại diện theo pháp luật hoặc người đại diện theo pháp luật không thể đại diện cho pháp nhân thì chủ sở hữu pháp nhân, Hội đồng thành viên, Hội đồng quản trị cử người khác làm người đại diện theo pháp luật của pháp nhân. Nếu các thành viên này không thể cử người đại diện theo pháp luật của pháp nhân thì tòa án có thẩm quyền sẽ cử người đại diện theo pháp luật của pháp nhân thương mại.

Tuy nhiên, để đảm bảo tính kịp thời, nghiêm minh của hoạt động tố tụng hình sự, BLTTHS quy định: Tại thời điểm khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử mà pháp nhân *không có người đại diện* theo pháp luật hoặc *có nhiều người cùng là đại diện* theo pháp luật thì cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng

chỉ định một người đại diện cho pháp nhân tham gia tố tụng.

Người đại diện theo pháp luật của pháp nhân tham gia tố tụng phải thông báo cho cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng họ tên, ngày, tháng, năm sinh, quốc tịch, dân tộc, tôn giáo, giới tính, nghề nghiệp, chức vụ của mình; nếu có sự thay đổi những thông tin này thì phải thông báo cho cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng (khoản 2 Điều 434).

Theo khoản 1 Điều 435 BLTTHS, người đại diện theo pháp luật của pháp nhân bị truy cứu trách nhiệm hình sự có 14 nhóm quyền tố tụng³, trong đó có những quyền

³ Người đại diện theo pháp luật của pháp nhân có quyền: a) Được thông báo kết quả giải quyết nguồn tin về tội phạm; b) Được biết lý do pháp nhân mà mình đại diện bị khởi tố; c) Được thông báo, được giải thích về quyền và nghĩa vụ quy định tại Điều này; d) Được nhận quyết định khởi tố bị can đối với pháp nhân; quyết định thay đổi, bổ sung quyết định khởi tố bị can đối với pháp nhân; quyết định phê chuẩn quyết định khởi tố bị can đối với pháp nhân; quyết định phê chuẩn quyết định thay đổi, bổ sung quyết định khởi tố bị can đối với pháp nhân; quyết định áp dụng, thay đổi, hủy bỏ biện pháp cưỡng chế; bản kết luận điều tra; quyết định đình chỉ, tạm đình chỉ điều tra; quyết định đình chỉ, tạm đình chỉ vụ án; bản cáo trạng; quyết định đưa vụ án ra xét xử; bản án, quyết định của Tòa án và quyết định tố tụng khác theo quy định của Bộ luật này; đ) Trình bày lời khai, trình bày ý kiến, không buộc phải đưa ra lời khai chống lại pháp nhân mà mình đại diện hoặc buộc phải thừa nhận pháp nhân mà mình đại diện có tội; e) Đưa ra chứng cứ, tài liệu, đồ vật, yêu cầu; g) Đề nghị thay đổi người có thẩm quyền tiến hành tố tụng, người giám định, người định giá tài sản, người phiên dịch, người dịch thuật theo quy định của Bộ luật này; h) Tự bào chữa, nhờ người bào chữa cho pháp nhân; i) Được đọc, ghi chép bản sao tài liệu hoặc tài liệu đã được số hóa liên quan đến việc buộc tội, gỡ tội hoặc bản sao tài liệu khác liên quan đến việc bào chữa cho pháp nhân kể từ khi kết thúc điều tra khi có yêu cầu; k) Tham gia phiên tòa, đề nghị chủ tọa phiên tòa hỏi hoặc tự mình hỏi những người tham gia phiên tòa nếu được chủ tọa đồng ý; tranh luận tại phiên tòa; l) Phát biểu ý kiến sau cùng trước khi nghị án; m) Xem

mang tính được cung cấp thông tin; có những quyền tạo điều kiện để nghiên cứu hồ sơ vụ án và tích cực tham gia vào quá trình tố tụng. Cùng với các quyền năng tố tụng, khoản 2 Điều 435 quy định các nghĩa vụ tố tụng mà người đại diện theo pháp luật của pháp nhân phải thực hiện khi tham gia tố tụng trong vụ án: 1. Có mặt theo giấy triệu tập của người có thẩm quyền tiến hành tố tụng. Trường hợp vắng mặt không vì lý do bất khả kháng hoặc do trở ngại khách quan thì có thể bị dẫn giải; 2. Chấp hành quyết định, yêu cầu của cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng.

Nghiên cứu các quy định về người đại diện theo pháp luật của pháp nhân bị truy cứu trách nhiệm hình sự như trên, có thể nhận thấy có một số vướng mắc sau:

Thứ nhất, chưa có quy định cụ thể về việc pháp nhân thương mại có thể thay đổi người đại diện theo pháp luật tham gia tố tụng.

Bởi, theo quy định của luật chuyên ngành, pháp nhân thương mại có quyền thay đổi người đại diện để thực hiện quyền và nghĩa vụ của mình trong đó bao gồm cả các quyền năng tố tụng. Đồng thời, Điều 434 chỉ quy định cơ quan tiến hành tố tụng chỉ định người đại diện theo pháp luật của pháp nhân trong trường hợp pháp nhân thương mại không có người đại diện hoặc có nhiều người đại diện. Do vậy, cần thiết phải cho phép pháp nhân thương mại được thay đổi người đại diện theo pháp luật nhưng vẫn phải bảo đảm người đại diện tham gia đầy đủ các hoạt động tố tụng.

biên bản phiên tòa, yêu cầu ghi những sửa đổi, bổ sung vào biên bản phiên tòa; n) Kháng cáo bản án, quyết định của Tòa án; o) Khiếu nại quyết định, hành vi tố tụng của cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng.

Thứ hai, cần quy định về tiêu chuẩn người được cơ quan tiến hành tố tụng cử người đại diện cho pháp nhân tham gia tố tụng khi pháp nhân không có người đại diện.

Tác giả cho rằng, để hoạt động tố tụng được thuận lợi và đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của chủ thể bị buộc tội thì người được cử làm người đại diện cũng nên là người phụ trách chính của pháp nhân thương mại.

Thứ ba, vấn đề dẫn giải đối với người đại diện theo pháp luật của pháp nhân.

Với việc quy định thủ tục dẫn giải này, người đại diện theo pháp luật của pháp nhân phải có mặt tại các giai đoạn tố tụng như người làm chứng. Trong khi đó, người đại diện theo pháp luật của pháp nhân thực hiện quyền và nghĩa vụ pháp nhân (bị can, bị cáo), không phải người làm chứng nên việc dẫn giải với họ là không phù hợp. Đây có thể là sự lúng túng của nhà lập pháp khi giải quyết yêu cầu về việc bắt buộc phải có sự tham dự phiên tòa, tham gia tố tụng của người đại diện theo pháp luật của pháp nhân nhưng không thể áp dụng thủ tục áp giải với họ như những bị can, bị cáo⁴.

Thứ tư, chưa có quy định về người đại diện của pháp nhân bị buộc tội khi tại giai đoạn xét xử đã bị tuyên bố phá sản.

Pháp nhân thương mại bị tuyên bố phá sản thì vấn đề vướng mắc không chỉ là ở thủ tục tố tụng hình sự, mà còn đối với vấn đề trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân. Trong trường hợp này, cần phải có hướng dẫn của cơ quan có thẩm quyền.

⁴ Nghiên cứu pháp luật nước ngoài, có thể thấy các quy định tương tự về việc dẫn giải đối với người đại diện theo pháp luật của pháp nhân bị buộc tội – Xem: *Sổ tay Kiểm sát viên hình sự Trung Quốc*, Tập 2, Hà Nội – 2000, Dự án VIE/95/018 – Tăng cường năng lực kiểm sát tại Việt Nam, tr.99.

Những vấn đề cần chứng minh khi tiến hành tố tụng đối với pháp nhân bị buộc tội

Điều 441 BLTTHS quy định năm vấn đề cần phải được chứng minh khi tiến hành điều tra, truy tố, xét xử đối với pháp nhân bị buộc tội: 1. Có hành vi phạm tội xảy ra hay không; thời gian, địa điểm và những tình tiết khác của hành vi phạm tội *thuộc trách nhiệm hình sự của pháp nhân theo quy định của Bộ luật Hình sự*; 2. Lỗi của pháp nhân và của cá nhân là thành viên của pháp nhân đó; 3. Tính chất và mức độ thiệt hại do hành vi phạm tội của pháp nhân gây ra; 4. Những tình tiết giảm nhẹ, tăng nặng trách nhiệm hình sự và tình tiết khác liên quan đến miễn hình phạt; 5. Nguyên nhân và điều kiện phạm tội.

So sánh với quy định tại Điều 85 về những vấn đề phải chứng minh trong vụ án hình sự, quy định tại Điều 441 đã có sự cá biệt hóa về các vấn đề phải chứng minh trong vụ án có pháp nhân bị buộc tội. Tuy nhiên, một số vấn đề mà BLTTHS không quy định cần chứng minh trong vụ án pháp nhân bị buộc tội, theo tác giả là chưa hợp lý. Cụ thể:

Thứ nhất, không quy định phải chứng minh mục đích, động cơ phạm tội.

Mục đích và động cơ phạm tội không chỉ có ý nghĩa trong việc giải quyết trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân thương mại phạm tội, mà còn có ý nghĩa trong việc áp dụng các biện pháp phòng ngừa tội phạm. Do vậy, trong mọi vụ án hình sự, cá nhân hay pháp nhân thương mại phạm tội thì cũng cần phải làm rõ mục đích và động cơ phạm tội này.

Thứ hai, không quy định phải chứng minh ai là người thực hiện hành vi phạm tội.

(Xem tiếp trang 62)

NHẬN DIỆN ĐIỀU KIỆN KINH DOANH Ở VIỆT NAM HIỆN NAY VÀ MỘT SỐ KHUYẾN NGHỊ

Nguyễn Thu Dung*

Tóm tắt: “Chiến dịch” cắt giảm các điều kiện kinh doanh hiện nay ở Việt Nam đang đi vào giai đoạn cuối, tuy nhiên, hiệu quả thực thi trên thực tế lại không mấy khả quan bởi việc thực hiện mới chỉ mang tính chất cơ học, mệnh lệnh hành chính mà thiếu những căn cứ thực tiễn và pháp lý. Trước thực tế đó, bài viết cung cấp một số góc nhìn về các điều kiện kinh doanh và đưa ra một số khuyến nghị cho việc hoàn thiện pháp luật.

Abstract: “Movement” of elimination of business conditions in Vietnam has entered the final phase, however, the efficiency thereof is, to certain extent, not positive. This is because the enforcement is purely mechanic, on administrative order, and lacks legal and practical grounds. The paper provides perspectives on business conditions and makes proposals for improvement of the law.

1. Một số góc nhìn về điều kiện kinh doanh

Về mặt thuật ngữ, dường như hiện nay chưa có sự thống nhất về “điều kiện kinh doanh”. Với bản chất là một hình thức xin phép hoặc cho phép của Nhà nước đối với hoạt động kinh doanh của cá nhân hoặc pháp nhân, các tài liệu quốc tế thường sử dụng các thuật ngữ liên quan đến các điều kiện kinh doanh như: “Giấy phép kinh doanh” (Business License) hoặc “điều kiện cấp phép” (Licensing Conditions) hoặc như “Permit” (Cho phép), “Authorisation” (Giấy phép), “Approval” (Chấp thuận), “Certification” (Giấy chứng nhận)... Do đó, tác giả cho rằng, điều kiện kinh doanh được thể hiện khác nhau, tuy nhiên, bản chất chúng đều giống nhau ở một điểm là Nhà nước cho một chủ thể tiến hành một hoạt động kinh doanh nào đó. Vì vậy, với tính chất là một hình thức can thiệp của Nhà nước vào hoạt động kinh doanh, điều kiện kinh doanh sẽ được nhìn nhận theo các góc độ sau đây:

1.1. Nhận diện điều kiện kinh doanh ở góc độ bảo đảm quyền tự do kinh doanh

Quyền tự do kinh doanh là một trong những quyền cơ bản của con người. Theo cách tiếp cận này, điều kiện kinh doanh có thể hiểu là một hình thức giới hạn quyền mà Nhà nước đặt ra đối với các chủ thể thực hiện quyền tự do kinh doanh.

Hiển nhiên, việc can thiệp này cần dựa trên lý thuyết về giới hạn quyền. Sự can thiệp của Nhà nước vào một quyền tự do là để đảm bảo việc thực hiện quyền tự do của một chủ thể nào đó không xâm phạm đến quyền tự do của chủ thể khác hoặc quyền tự do của tập thể. Ví dụ, các yêu cầu về vệ sinh an toàn thực phẩm đối với doanh nghiệp cung cấp nhằm bảo đảm quyền được bảo vệ sức khỏe của người tiêu dùng. Hoặc, yêu cầu kiểm soát hiện tượng tập trung kinh tế của các doanh nghiệp nhằm bảo đảm quyền tự do cạnh tranh lành mạnh. Vì thế, việc đặt ra các điều kiện kinh doanh nhằm giới hạn việc thực hiện quyền tự do kinh doanh của các chủ thể luôn luôn là vai trò của Nhà nước và được tiếp cận dưới góc độ giới hạn quyền.

* ThS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

Có một mối liên hệ mật thiết giữa các điều kiện kinh doanh và quyền tự do cạnh tranh lành mạnh, bởi các điều kiện kinh doanh nếu được ban hành không chính đáng sẽ trở thành một rào cản gia nhập thị trường đối với các chủ thể kinh doanh mới và có thể trở thành công cụ để các doanh nghiệp lớn lạm dụng cản trở việc gia nhập thị trường của các doanh nghiệp mới¹ và từ đó, bóp méo tính cạnh tranh lành mạnh của thị trường. Bởi vậy, việc xây dựng một điều kiện kinh doanh mới bao giờ cũng được xây dựng dựa trên nguyên tắc về sự cân bằng và quyền tự do cạnh tranh lành mạnh của các doanh nghiệp khác.

Các điều kiện kinh doanh mà hình thức của nó có thể là các giấy phép kinh doanh, các chứng nhận, các giấy xác nhận... dù dưới hình thức nào thì cũng đều là việc thực hiện quyền tự do kinh doanh trong khuôn khổ nhất định mà ở đó lợi ích của chủ thể quyền và các chủ thể khác đã được Nhà nước cân nhắc. Vì thế, các điều kiện kinh doanh, dù được ban hành ở bất kỳ hình thức nào, cũng phải xuất phát từ các nguyên tắc về giới hạn quyền. Mọi sự can thiệp trái với những nguyên tắc giới hạn quyền sẽ vi phạm một cách nghiêm trọng các quyền cơ bản của con người.

Về mặt nội dung, có quan điểm cho rằng “tự do kinh doanh” nghĩa là được làm tất cả những gì mà pháp luật không cấm. Tuy nhiên, điều này chỉ đúng nếu pháp luật quy định cấm dựa trên các nguyên tắc về giới hạn quyền. Hơn nữa, các trường hợp bị cấm không chỉ đòi hỏi về tính chính đáng của mục đích cấm, nghĩa là có tồn tại sự

xâm hại quyền tự do khác, mà còn đòi hỏi về “sự cân xứng”, nghĩa là sự phù hợp của giới hạn, mức độ giới hạn, sự cân bằng giữa lợi ích thu được và thiệt hại từ việc hạn chế quyền. Hiện nay, các điều kiện kinh doanh của Việt Nam mới chỉ đang giải quyết được yêu cầu đầu tiên, tức là tính chính đáng của việc giới hạn quyền, còn yêu cầu thứ hai thì hầu như chưa đáp ứng.

Như vậy, có thể thấy, các điều kiện kinh doanh, dù được ban hành dưới bất kỳ hình thức nào cần phải coi đó là giới hạn quyền tự do kinh doanh, để xác định liệu khả năng Nhà nước được phép can thiệp vào hoạt động kinh doanh của người dân và phải xác định được biện pháp can thiệp, mức độ can thiệp tương xứng.

1.2. Nhận diện điều kiện kinh doanh với tính chất là công cụ quản lý của Nhà nước

Xuất phát từ chủ quyền quốc gia và trách nhiệm trong việc bảo đảm trật tự công, Nhà nước nào cũng có thẩm quyền quản lý đối với các hoạt động đầu tư, kinh doanh diễn ra trên lãnh thổ quốc gia đó. Ở góc độ này, các điều kiện kinh doanh được hiểu là bất kỳ công cụ quản lý nào thể hiện sự xin phép hoặc sự cho phép một chủ thể thực hiện hoạt động kinh doanh cụ thể nào đó². Hoặc nó là cách gọi chung đối với các quy định gây ảnh hưởng đến một ngành nghề kinh doanh nào đó hoặc một lĩnh vực nào đó trong quá trình doanh nghiệp, cá nhân gia nhập thị trường cũng như hoạt động trên thị trường³. Đây là cách tiếp cận “điều kiện

¹ World Bank (2006), Business License reform: A Toolkit for Development Practitioners, <http://documents.worldbank.org/curated/en/664561468779400537/Business-licensing-reform-a-toolkit-for-development-practitioners>, truy cập ngày 10/8/2018.

² PWC (2013), A best practices approach to designing and reviewing licensing scheme, https://www.ipart.nsw.gov.au/.../pwc_-_a_best_practice_approach_to_licensing_sche..., tr.4, truy cập ngày 10/8/2018.

³ World Bank (2006), Business License reform: A Toolkit for Development Practitioners, <http://documents.worldbank.org/curated/en/664561468779400537/Business-licensing-reform-a-toolkit-for-development-practitioners>, truy cập ngày 10/8/2018.

kinh doanh” ở nghĩa rộng, theo đó, điều kiện kinh doanh mà hình thức biểu hiện của nó có thể là bất kỳ công cụ, hình thức quản lý nào thể hiện sự xin phép hoặc cho phép doanh nghiệp thực hiện một hoạt động kinh doanh. Nói cách khác, bất kỳ công cụ quản lý nào thể hiện sự cho phép của Nhà nước đối với hoạt động kinh doanh thì nó được coi là một hình thức giấy phép hay điều kiện mà doanh nghiệp phải thỏa mãn khi tiến hành hoạt động kinh doanh. Với cách tiếp cận này, điều kiện kinh doanh được thể hiện ở rất nhiều hình thức khác nhau như Giấy phép (License), Registration (Đăng ký), Notification (Khai báo), Authorisation (Giấy phép), Accreditation (Sự cấp phép), Approval (Sự chấp thuận), Certificate (Giấy chứng nhận), Permit (Giấy phép)... Cách hiểu này rộng hơn rất nhiều so với cách nhận diện các điều kiện kinh doanh ở Việt Nam hiện nay. Nghiên cứu của Ngân hàng thế giới cũng cho rằng, các hình thức khác nhau của điều kiện kinh doanh cũng có sự khác nhau nhất định về ý nghĩa. Ví dụ, các giấy phép kinh doanh (License) sẽ rất khác so với các thủ tục về đăng ký (Registration), cho phép (Permitting) hoặc kiểm tra (Inspections)⁴; các đăng ký về tên doanh nghiệp, chủ sở hữu, vốn, trụ sở, mã số thuế... chỉ có ý nghĩa nhiều về mặt thống kê hơn là sự can thiệp của Nhà nước vào hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp.

Với cách tiếp cận này, các điều kiện kinh doanh không chỉ liên quan tới chủ thể quyền thực hiện một hoạt động nào đó mà còn hướng tới đối tượng quản lý cụ thể như

quản lý hàng hóa, dịch vụ được phép phân phối, quản lý thể nhân – con người cụ thể được cung ứng một dịch vụ nào đó, quản lý địa điểm – nơi gắn với hoạt động kinh doanh của chủ thể đó. Hơn nữa, việc tạo ra các điều kiện kinh doanh cần được phân biệt rõ với việc tạo ra “đặc quyền”; theo đó, đặc quyền cho phép giới hạn số lượng các chủ thể được cấp phép, trong khi đó, giấy phép được cấp cho bất kỳ chủ thể nào đủ điều kiện mà không giới hạn số lượng. Việc tạo ra các đặc quyền là một hành vi “phản” cạnh tranh bởi nó tạo ra rào cản cho các chủ thể khác tham gia thị trường. Do vậy, các điều kiện kinh doanh không được phép và không bao giờ được chứa đựng yếu tố “đặc quyền” trong đó.

Một điều kiện kinh doanh tốt phải xác định rõ mục tiêu quản lý mà nó hướng tới. Thông thường, các mục tiêu mà các điều kiện kinh doanh hướng tới chủ yếu là bảo vệ sức khỏe cộng đồng, bảo vệ môi trường, bảo vệ an ninh quốc gia và phân bổ nguồn tài nguyên thiên nhiên. Đây đều là những lợi ích công mà Nhà nước có thẩm quyền thực hiện các biện pháp quản lý nhà nước. Về bản chất, đây là giới hạn của việc thực hiện quyền tự do kinh doanh, khi Nhà nước nhân danh trật tự công, các lợi ích công, lợi ích xã hội, đạo đức... tiến hành can thiệp vào quá trình thực thi quyền tự do kinh doanh của người dân. Tuy nhiên, cũng giống như việc thực hiện quyền, các mục tiêu của điều kiện kinh doanh thường được xem xét ở khía cạnh tính chính đáng nhiều hơn là ở tính tương xứng. Ở Việt Nam cũng vậy, các điều kiện kinh doanh cũng được ban hành như trên nhưng sự tương xứng của các biện pháp can thiệp đến đâu, nội dung can thiệp ra sao thì lại không được quy định rõ⁵.

400537/Business-licensing-reform-a-toolkit-for-development-practitioners, truy cập ngày 10/8/2018.

⁴ World Bank (2006), Business License reform: A Toolkit for Development Practitioners, <http://documents.worldbank.org/curated/en/664561468779400537/Business-licensing-reform-a-toolkit-for-development-practitioners>, tr.7, truy cập ngày 10/8/2018.

⁵ CIEM (2017), Báo cáo kinh doanh có điều kiện, tr. 26.

Như vậy, có thể thấy, cũng giống như cách tiếp cận dưới góc độ giới hạn quyền tự do kinh doanh, với tư cách là một công cụ quản lý quan trọng của Nhà nước, các điều kiện kinh doanh cũng phải tiếp cận ở cả hai mức độ là tính chính đáng và tính tương xứng của sự can thiệp để chúng không trở thành rào cản đối với quá trình gia nhập và hoạt động trên thị trường của các chủ thể kinh doanh.

1.3. Nhận diện điều kiện kinh doanh ở góc độ lịch sử lập pháp của Việt Nam

Quy định về điều kiện kinh doanh ở Việt Nam gắn liền với quá trình chuyển đổi từ kinh tế tập trung sang kinh tế thị trường và gắn liền với sự ra đời của khu vực kinh tế tư nhân.

+ *Luật Công ty và Luật Doanh nghiệp tư nhân năm 1990:*

Tại thời điểm điều chỉnh của Luật Công ty và Luật Doanh nghiệp tư nhân năm 1990, mặc dù không quy định trực tiếp về “điều kiện kinh doanh”, nhưng những yêu cầu của Nhà nước đối với các chủ thể kinh doanh cũng đã tồn tại. Điều 14 Luật Công ty năm 1990 quy định: “*Muốn thành lập công ty, các sáng lập viên phải gửi đơn xin phép thành lập đến Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương hoặc đơn vị hành chính tương đương, nơi dự định đặt trụ sở chính*”. Khoản 1 Điều 13 Luật Công ty năm 1990 quy định: “*Công ty có nghĩa vụ kinh doanh ngành nghề theo giấy phép*”. Như vậy, có thể thấy, ở thời kỳ này, trước khi bắt đầu hoạt động kinh doanh, tổ chức hoặc cá nhân phải “xin phép” Nhà nước, thể hiện dưới hình thức “*Giấy phép thành lập công ty*” trước khi tiến hành thủ tục đăng ký kinh doanh⁶. Nói cách khác, các quy định của pháp luật thời kỳ này thể hiện rõ quan điểm

rằng, doanh nghiệp chỉ được kinh doanh những gì mà Nhà nước cho phép.

+ *Luật Doanh nghiệp năm 1999:*

Thuật ngữ “điều kiện kinh doanh” chính thức được ghi nhận trong văn bản luật⁷ và gắn liền với nó là danh mục các ngành, nghề mà luật, pháp lệnh hoặc nghị định quy định phải có điều kiện. Tại Điều 5 Nghị định số 03/2000/NĐ-CP ngày 03/2/2000 hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Doanh nghiệp năm 1999, danh mục các ngành, nghề mà luật, pháp lệnh hoặc nghị định quy định phải có điều kiện được gọi là “Ngành, nghề kinh doanh có điều kiện”. Đây cũng là lần đầu tiên thuật ngữ “Ngành, nghề kinh doanh có điều kiện” được quy định tại một văn bản quy phạm pháp luật.

Mặc dù vậy, Luật Doanh nghiệp năm 1999 chưa đưa ra các tiêu chí xác định điều kiện kinh doanh. Tuy nhiên, Luật Doanh nghiệp năm 1999 cũng đã có một số quy định mô tả về “điều kiện kinh doanh” mà chủ yếu là mô tả về hình thức pháp lý. Theo đó, điều kiện kinh doanh được thể hiện dưới hình thức pháp lý là “Giấy phép kinh doanh” (các điều kiện kinh doanh có phép) hoặc là các quy định pháp luật khác như “có đủ điều kiện kinh doanh theo quy định”⁸ (còn gọi là “điều kiện kinh doanh không cần phép”)⁹. Đối với các điều kiện kinh doanh phải có giấy phép, doanh nghiệp chỉ được thực hiện kinh doanh sau khi có giấy phép. Đối với các điều kiện kinh doanh không cần phép, doanh nghiệp được quyền kinh doanh ngành, nghề đó kể từ khi có đủ các điều kiện kinh doanh theo quy định và cam kết thực hiện đúng các điều kiện đó trong suốt

⁷ Khoản 2 Điều 17 Luật Doanh nghiệp năm 1999.

⁸ Khoản 2 Điều 17 Luật Doanh nghiệp năm 1999.

⁹ Điều 4 Nghị định số 03/2000/NĐ-CP hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Doanh nghiệp năm 1999.

⁶ Điều 17 Luật Công ty năm 1990.

quá trình hoạt động kinh doanh. Ở đây, các điều kiện kinh doanh không cần phép chủ yếu là các quy định về tiêu chuẩn vệ sinh môi trường, vệ sinh an toàn thực phẩm; phòng cháy, chữa cháy, trật tự xã hội, an toàn giao thông¹⁰...

Ở giai đoạn này, cơ chế kiểm soát việc ban hành và chất lượng của các điều kiện kinh doanh đã được đặt ra. Theo đó, Luật Doanh nghiệp năm 1999 xác định rõ chỉ có Quốc hội (ban hành Luật), Ủy ban Thường vụ Quốc hội (ban hành Pháp lệnh), Chính phủ (ban hành Nghị định) mới có thẩm quyền quy định ngành, nghề cấm kinh doanh, ngành nghề kinh doanh có điều kiện và điều kiện kinh doanh đối với ngành, nghề đó¹¹. Các Bộ, Ủy ban nhân dân không được quyền ban hành quy định về cấm và kinh doanh có điều kiện¹².

+ Luật Doanh nghiệp năm 2005:

Luật Doanh nghiệp năm 2005 đã đưa ra giải thích về điều kiện kinh doanh: “Điều kiện kinh doanh là yêu cầu mà doanh nghiệp phải có hoặc phải thực hiện khi kinh doanh ngành, nghề cụ thể, được thể hiện bằng giấy phép kinh doanh, giấy chứng nhận đủ điều kiện kinh doanh, chứng chỉ hành nghề, chứng nhận bảo hiểm trách nhiệm nghề nghiệp, yêu cầu về vốn pháp định hoặc yêu cầu khác”¹³. Tuy nhiên, cách giải thích về điều kiện kinh doanh tại Luật Doanh nghiệp năm 2005 mới chỉ trên cơ sở liệt kê các hình thức pháp lý mà chưa nêu được bản chất của điều kiện kinh doanh.

Luật Doanh nghiệp năm 2005 cũng quy định cụ thể trách nhiệm của Chính phủ trong việc đánh giá, rà soát lại các điều kiện kinh doanh để từ đó bãi bỏ hoặc kiến nghị bãi bỏ các điều kiện không còn phù hợp, sửa đổi các điều kiện kinh doanh không còn hợp lý; ban hành hoặc kiến nghị ban hành điều kiện kinh doanh mới. Đồng thời, Luật Doanh nghiệp năm 2005 cũng quy định cấm việc các Bộ, cơ quan ngang Bộ, Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân các cấp quy định về ngành, nghề kinh doanh có điều kiện và điều kiện kinh doanh¹⁴.

+ Luật Doanh nghiệp năm 2014 và Luật Đầu tư năm 2014:

Điểm mới quan trọng của Luật Doanh nghiệp năm 2014 là điều kiện kinh doanh và ngành, nghề kinh doanh có điều kiện đã được chuyển sang phạm vi điều chỉnh của Luật Đầu tư năm 2014 và thuật ngữ “điều kiện kinh doanh” được thay thế bằng thuật ngữ “điều kiện đầu tư kinh doanh” và thuật ngữ “ngành, nghề kinh doanh có điều kiện” được thay thế bằng thuật ngữ “ngành, nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện”.

Tuy nhiên, Luật Đầu tư năm 2014 không đưa ra giải thích về “điều kiện đầu tư kinh doanh” mà lại giải thích về “Ngành, nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện”. Theo đó, “ngành, nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện là ngành, nghề mà việc thực hiện hoạt động đầu tư kinh doanh trong ngành, nghề đó phải đáp ứng điều kiện vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng”¹⁵. Đồng thời, khoản 4 Điều 7 Luật Đầu tư năm 2014 cũng giải thích: “Điều kiện đầu tư kinh doanh phải được quy định phù hợp với mục tiêu quy định tại khoản 1

¹⁰ Điểm b khoản 1 Điều 4 Nghị định số 03/2000/NĐ-CP hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Doanh nghiệp năm 1999.

¹¹ Khoản 3 Điều 6 Luật Doanh nghiệp năm 1999.

¹² Điều 4 Nghị định số 03/2000/NĐ-CP hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Doanh nghiệp năm 1999.

¹³ Khoản 2 Điều 7 Luật Doanh nghiệp năm 2005.

¹⁴ Khoản 5 Điều 7 Luật Doanh nghiệp năm 2005.

¹⁵ Khoản 1 Điều 7 Luật Đầu tư năm 2014.

Điều này và phải bảo đảm công khai, minh bạch, khách quan, tiết kiệm thời gian, chi phí tuân thủ của nhà đầu tư”. Thuật ngữ “điều kiện đầu tư kinh doanh” chỉ được giải thích mang tính viện dẫn tại Nghị định số 118/2015/NĐ-CP, theo đó, điều kiện đầu tư kinh doanh là “điều kiện mà cá nhân, tổ chức phải đáp ứng theo quy định của luật, pháp lệnh, nghị định và điều ước quốc tế về đầu tư khi thực hiện hoạt động đầu tư, kinh doanh trong các ngành, nghề quy định tại Phụ lục 4 Luật Đầu tư”¹⁶.

Có thể thấy, mặc dù Luật Đầu tư năm 2014 không trực tiếp đưa ra cách giải thích về điều kiện đầu tư kinh doanh, nhưng bằng các quy định về ngành, nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện và cách thức xây dựng, ban hành một điều kiện đầu tư kinh doanh, các quy định đã cho thấy khái niệm chung nhất về “điều kiện đầu tư kinh doanh”. Theo đó, có thể hiểu là các yêu cầu mà Nhà nước đặt ra vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe cộng đồng mà doanh nghiệp buộc phải tuân thủ trong quá trình thực hiện hoạt động đầu tư và kinh doanh của mình. Các quy định này đã phần nào làm rõ được mục tiêu cũng như các yêu cầu cần có của quá trình xây dựng và ban hành một điều kiện đầu tư kinh doanh.

Điểm đáng lưu ý, Luật Đầu tư năm 2014 đã kế thừa Luật Doanh nghiệp năm 1999 khi quy định về hai hình thức của các điều kiện đầu tư kinh doanh gồm điều kiện đầu tư kinh doanh phải có một văn bản chấp thuận nào đó của Nhà nước và các điều kiện đầu tư kinh doanh không cần phải có văn bản chấp thuận mà chỉ cần tuân thủ các quy

định hiện hành¹⁷. Đồng thời, doanh nghiệp phải đáp ứng các điều kiện đầu tư kinh doanh trước thời điểm bắt đầu hoạt động kinh doanh và phải duy trì điều kiện đầu tư kinh doanh đó trong suốt quá trình hoạt động¹⁸. Nói cách khác, các điều kiện kinh doanh là các yêu cầu của Nhà nước mà doanh nghiệp phải duy trì từ lúc bắt đầu kinh doanh và trong suốt quá trình hoạt động kinh doanh của mình.

2. Một số giải pháp hoàn thiện quy định về điều kiện kinh doanh

Có thể thấy, theo tinh thần của Luật Doanh nghiệp năm 2014 và Luật Đầu tư năm 2014 của Việt Nam, điều kiện đầu tư kinh doanh được hiểu là các yêu cầu của Nhà nước đối với một ngành, nghề đầu tư kinh doanh nào đó nhằm mục tiêu quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe cộng đồng mà doanh nghiệp phải đáp ứng trước khi bắt đầu hoạt động kinh doanh và duy trì việc tuân thủ các điều kiện trong suốt quá trình thực hiện hoạt động đầu tư, kinh doanh của mình.

Tuy nhiên, ở Việt Nam hiện nay, ngoài các điều kiện đầu tư kinh doanh được thể hiện bằng một văn bản chấp thuận của cơ quan nhà nước, pháp luật còn quy định một số điều kiện đầu tư kinh doanh không cần phải thể hiện bằng văn bản chấp thuận của cơ quan nhà nước mà chỉ đòi hỏi sự tuân thủ của doanh nghiệp. Nếu như trình tự, thủ tục về các điều kiện đầu tư kinh doanh thể hiện bằng văn bản chấp thuận của cơ quan nhà nước là tương đối rõ ràng vì trong trường

¹⁶ Khoản 7 Điều 2 Nghị định số 118/2015/NĐ-CP quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Đầu tư năm 2014.

¹⁷ Điểm g khoản 2 Điều 9 Nghị định số 118/2015/NĐ-CP quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Đầu tư năm 2014.

¹⁸ Khoản 1 Điều 8 Luật Doanh nghiệp năm 2014 và khoản 1 Điều 9 Nghị định số 118/2015/NĐ-CP quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Đầu tư năm 2014.

hợp này, ý chí chấp thuận hoặc không chấp thuận của cơ quan nhà nước được thể hiện bằng văn bản; thì, đối với trường hợp các điều kiện đầu tư kinh doanh không cần phải có văn bản chấp thuận của cơ quan nhà nước, rất khó để doanh nghiệp biết được cơ quan nhà nước đã đồng ý hoặc không đồng ý cho hoạt động kinh doanh của mình. Khi đó, mức độ tuân thủ các điều kiện kinh doanh không cần phép (không gắn với một văn bản chấp thuận cụ thể) sẽ phụ thuộc nhiều vào năng lực kiểm tra, giám sát của cơ quan nhà nước và dẫn đến nguy cơ tùy tiện khi cơ quan nhà nước có thể can thiệp vào hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp bất kỳ lúc nào với lý do để kiểm tra, giám sát sự tuân thủ các điều kiện kinh doanh của doanh nghiệp.

Ngoài ra, sự không rõ ràng về đối tượng điều chỉnh của các điều kiện kinh doanh hiện nay cũng dễ dẫn đến hai xu hướng tiêu cực để “đối phó” với yêu cầu cắt giảm điều kiện kinh doanh ở Việt Nam hiện nay, cụ thể là:

+ Điều kiện kinh doanh “ẩn danh” dưới quy định về quy chuẩn kỹ thuật của hàng hóa hoặc dịch vụ:

Hiện nay, ở Việt Nam, song song với các quy định về điều kiện kinh doanh còn tồn tại các quy chuẩn kỹ thuật; quy định về mức giới hạn của đặc tính kỹ thuật và yêu cầu quản lý mà sản phẩm, hàng hoá, dịch vụ, quá trình, môi trường và các đối tượng khác trong hoạt động kinh tế - xã hội phải tuân thủ để bảo đảm an toàn, vệ sinh, sức khoẻ con người; bảo vệ động vật, thực vật, môi trường; bảo vệ lợi ích và an ninh quốc gia, quyền lợi của người tiêu dùng và các yêu cầu thiết yếu khác¹⁹. Như vậy, quy

chuẩn kỹ thuật không chỉ là những yêu cầu của Nhà nước đối với hàng hóa hoặc dịch vụ cụ thể mà còn là các yêu cầu đối với quá trình sản xuất hàng hóa hoặc cung ứng dịch vụ đó. Quy chuẩn kỹ thuật do cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành dưới dạng văn bản và có hiệu lực bắt buộc áp dụng mà doanh nghiệp cung cấp hàng hóa hoặc dịch vụ đó phải tuân thủ.

Hiện nay, quá trình rà soát các điều kiện kinh doanh cho thấy, rất nhiều điều kiện kinh doanh được thể hiện dưới hình thức quy chuẩn kỹ thuật mà cụ thể là các yêu cầu kỹ thuật về bố trí, tổ chức sản xuất, mặt bằng sản xuất, hệ thống quản lý được quy định một cách cứng nhắc và trực tiếp can thiệp vào quyền quyết định quy mô kinh doanh của doanh nghiệp. Ví dụ, điều kiện thành lập cơ sở giáo dục nghề nghiệp phải có quy mô đào tạo trình độ sơ cấp tối thiểu 150 học sinh/năm đối với trung tâm giáo dục nghề nghiệp; quy mô đào tạo trình độ trung cấp tối thiểu 250 học sinh/năm, quy mô đào tạo trình độ cao đẳng và trình độ trung cấp tối thiểu là 500 học sinh, sinh viên/năm; có địa điểm, cơ sở vật chất bảo đảm diện tích đất sử dụng tối thiểu đối với trung tâm giáo dục nghề nghiệp là 1.000 m²; đối với trường trung cấp là 20.000 m²; đối với trường cao đẳng là 50.000 m²²⁰.

Hoặc ví dụ điều kiện kinh doanh đối với tổng đại lý kinh doanh khí thiên nhiên hóa lỏng (LPG), theo đó, Tổng đại lý kinh doanh LPG phải đáp ứng các điều kiện có kho với tổng sức chứa tối thiểu 2.000 (hai nghìn) chai LPG và LPG chai (trừ chai LPG mini) thuộc sở hữu hoặc đồng sở hữu hoặc thuê tối thiểu 01 (một) năm; có hệ thống

¹⁹ Khoản 2 Điều 2 Luật Tiêu chuẩn và Quy chuẩn kỹ thuật năm 2006.

²⁰ Điều 3 Nghị định 143/2016/NĐ-CP quy định điều kiện đầu tư và hoạt động trong lĩnh vực giáo dục nghề nghiệp.

phân phối LPG, bao gồm: Cửa hàng bán LPG chai hoặc trạm cấp LPG hoặc trạm nạp LPG vào phương tiện vận tải được cấp Giấy chứng nhận đủ điều kiện và có tối thiểu 10 (mười) đại lý đáp ứng đủ điều kiện theo quy định; có hợp đồng đại lý tối thiểu một (01) năm, còn hiệu lực với thương nhân kinh doanh LPG đầu mối²¹.

Như vậy, theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện nay, có sự chồng lấn giữa các quy định về điều kiện kinh doanh và quy chuẩn kỹ thuật. Điều này dẫn đến việc một số điều kiện kinh doanh được cho là không hợp lý và bị kiến nghị bãi bỏ nay lại có thể dễ dàng chuyển thành quy chuẩn kỹ thuật. Vì thế, các quy chuẩn kỹ thuật rất dễ bị lạm dụng để trở thành một hình thức biến tướng của điều kiện kinh doanh. Đây cũng là một lỗ hổng pháp lý liên quan đến việc xác định đối tượng cần điều chỉnh của điều kiện kinh doanh.

+ *Điều kiện kinh doanh không cần phép nhưng bị đòi hỏi các “giấy phép con”, “giấy phép cháu”:*

Rất nhiều các điều kiện kinh doanh chỉ là các yêu cầu tuân thủ, nhưng những trở ngại đối với các hoạt động của doanh nghiệp lại không nhỏ khi họ buộc phải có được các “giấy phép con”, “giấy phép cháu”.

Diễn hình là các điều kiện kinh doanh yêu cầu nhân viên của doanh nghiệp phải được đào tạo, tập huấn tại các lớp do Nhà nước tổ chức. Ví dụ, điều kiện kinh doanh vận tải ô tô yêu cầu nhân viên phục vụ trên xe phải được tập huấn về nghiệp vụ và pháp luật về hoạt động vận tải. Nhân viên phục vụ trên xe vận tải khách du lịch còn cần được tập huấn về nghiệp vụ du lịch theo quy

định của pháp luật liên quan về du lịch²². Hoặc yêu cầu người lao động trực tiếp sản xuất thuốc bảo vệ thực vật phải được bồi dưỡng kiến thức về an toàn hóa chất hoặc thuốc bảo vệ thực vật và có Giấy chứng nhận do cơ quan quản lý nhà nước chuyên ngành hóa chất hoặc bảo vệ và kiểm dịch thực vật cấp²³.

Như vậy, có thể thấy, mặc dù pháp luật quy định điều kiện kinh doanh không cần phép, nhưng trên thực tế doanh nghiệp phải thực hiện các thủ tục khác để có được giấy chứng nhận từ phía các cơ quan nhà nước. Vì thế, việc quy định về các điều kiện kinh doanh không cần phép gần như không có giá trị, đồng thời có thể tạo ra khoảng trống pháp lý để các cơ quan có thẩm quyền đưa ra các yêu cầu không minh bạch.

Trên thế giới, việc thiết lập các điều kiện kinh doanh cho một quy trình sản xuất hoặc cung ứng dịch vụ là điều bình thường. Bởi các nghiên cứu²⁴ cũng chỉ rõ, đối tượng của các giấy phép kinh doanh rất cụ thể, nó có thể hướng tới đối tượng là sản phẩm hoặc dịch vụ, hoặc đối tượng là thể nhân sản xuất hoặc cung ứng hàng hóa hoặc dịch vụ đó, hoặc nó cũng có thể là địa điểm sản xuất hoặc cung ứng hàng hóa hoặc dịch vụ. Vì thế, địa điểm sản xuất hoặc quy trình sản xuất của những hàng hóa hoặc dịch vụ nào đó có tác động lớn đến trật tự công thì đều có thể trở thành đối tượng của điều kiện kinh doanh và phải được thể hiện bằng một hình thức pháp lý cụ thể.

²² Điều 13 Nghị định 86/2014/NĐ-CP về kinh doanh và điều kiện kinh doanh vận tải bằng xe ô tô.

²³ Điều 3 Nghị định 66/2016/NĐ-CP quy định điều kiện đầu tư kinh doanh về bảo vệ và kiểm dịch thực vật, giống cây trồng, nuôi động vật rừng thông thường, chăn nuôi, thủy sản, thực phẩm.

²⁴ PricewaterhouseCoopers (PwC) (2013), *A best practice approach to designing and reviewing licensing Scheme – Guidance material*, tr. 4, pwc.com.au, truy cập ngày 13/9/2018.

²¹ Điều 11 Nghị định số 19/2016/NĐ-CP quy định về kinh doanh khí và điều kiện kinh doanh khí tại thị trường Việt Nam.

Như vậy, có thể thấy, xác định điều kiện kinh doanh tại Việt Nam cần có những thay đổi nhất định về góc độ tiếp cận, trong đó, lưu ý ở một số điểm sau:

Thứ nhất, hai tính chất đặc trưng của điều kiện kinh doanh cần bảo đảm đó là tính phù hợp và tính tương xứng như đã phân tích ở trên. Nói cách khác, các điều kiện kinh doanh không chỉ thỏa mãn về mặt mục tiêu, mà còn phải phù hợp về tính hiệu quả, tính cân xứng khi tác động tới quyền tự do kinh doanh của các chủ thể.

Thứ hai, điều kiện kinh doanh một khi được thiết lập phải hướng tới đối tượng điều chỉnh cụ thể. Như đã phân tích ở trên, đối tượng điều chỉnh cụ thể của điều kiện kinh doanh có thể là thể nhân (năng lực của chủ thể cung cấp hàng hóa, dịch vụ), có thể là hàng hóa, dịch vụ (quy chuẩn kỹ thuật của hàng hóa, dịch vụ) hoặc là nơi sản xuất, cung ứng dịch vụ (địa điểm sản xuất). Nếu đối

tượng điều chỉnh của điều kiện kinh doanh là một trong các đối tượng nêu trên, nhất thiết nó phải được điều chỉnh bởi các quy định pháp luật về điều kiện kinh doanh, để tránh việc chồng chéo với hệ thống pháp luật khác hoặc tạo ra khoảng trống pháp lý mà không được hệ thống pháp luật nào điều chỉnh.

Thứ ba, về hình thức pháp lý, các điều kiện kinh doanh cần phải được thể hiện thống nhất bằng một (01) văn bản chấp thuận duy nhất của cơ quan nhà nước (tránh hiện tượng “giấy phép con”, “giấy phép cháu”) để làm cơ sở cho việc xác định sự cho phép của cơ quan nhà nước đối với hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp. Nói cách khác, sự cho phép của cơ quan nhà nước phải được thể hiện bằng hình thức pháp lý cụ thể để xác định ranh giới giữa việc đồng ý hoặc không đồng ý, tránh các hình thức không rõ ràng như quy định hiện nay.

(Tiếp theo trang 53 – Thủ tục tố tụng đối với pháp nhân...)

Đây là vấn đề có tính cốt yếu trong hoạt động chứng minh vụ án hình sự. Chỉ khi chứng minh được ai là người phạm tội thì mới có cơ sở để chứng minh các vấn đề khác của vụ án hình sự. Mặt khác, chủ thể bị buộc tội cũng chưa chắc đã là người thực hiện hành vi phạm tội. Do vậy, trong tố tụng hình sự, đối với pháp nhân thương mại bị buộc tội thì nhất thiết phải có vấn đề chứng minh là ai là người thực hiện hành vi phạm tội.

Thứ ba, không quy định chứng minh các vấn đề về điều kiện phạm tội của pháp nhân thương mại.

Đây là các vấn đề ban đầu về tư cách chủ thể tội phạm của pháp nhân thương mại,

giống như chứng minh năng lực trách nhiệm hình sự của cá nhân bị buộc tội.

Tóm lại, quy định của BLTTHS về thủ tục tố tụng truy cứu trách nhiệm hình sự pháp nhân là những quy định hoàn toàn mới, lần đầu tiên được chế định hóa, là luật thủ tục, bảo đảm cho việc thực hiện các quy định của luật nội dung - BLHS về trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân thương mại. Các quy định này đã tạo ra khung pháp lý cơ bản để các cơ quan tiến hành tố tụng có thể truy cứu trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân. Bên cạnh đó, vẫn còn một số vấn đề và những vướng mắc có thể nảy sinh trong thực tiễn đặt ra yêu cầu phải tiếp tục hướng dẫn chi tiết và hoàn thiện pháp luật.

MỘT SỐ BẤT CẬP TRONG CÁC QUY ĐỊNH VỀ CHƯƠNG TRÌNH HƯU TRÍ BỔ SUNG TỰ NGUYỆN

*Phạm Thị Thi**

Tóm tắt: Trên cơ sở đề cập một số vấn đề pháp lý liên quan đến chương trình hưu trí bổ sung tự nguyện, tác giả phân tích và đề xuất giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật, cũng như góp phần nâng cao hiệu quả áp dụng chương trình hưu trí bổ sung tự nguyện.

Abstract: On the basis of legal grounds relating to optional voluntary retirement programme, the author analyzes and makes proposals for improvement of the law, as well as contributes to effective application of the programme.

Cùng với sự phát triển của nền kinh tế đất nước, chính sách an sinh xã hội cũng được quan tâm, chú trọng nhiều hơn. Trong đó, việc quan tâm, cải thiện đời sống của người lao động đã hết độ tuổi lao động cũng là vấn đề được đặt ra và mang tính cấp thiết. Nếu như trước đây, chính sách an sinh xã hội áp dụng cho đối tượng đã hết độ tuổi lao động là chế độ hưu trí đơn lẻ từ việc tham gia bảo hiểm xã hội (bắt buộc hoặc tự nguyện) của người lao động thì hiện nay, việc ban hành chương trình hưu trí bổ sung tự nguyện vào giữa năm 2016 đã góp phần làm đa dạng, phong phú các chế độ hưu trí cũng như góp phần xây dựng và phát triển hệ thống an sinh xã hội theo hướng bền vững.

1. Về đối tượng tham gia đóng góp Quỹ hưu trí

Chương trình hưu trí bổ sung tự nguyện (CTHTBSTN) là một chính sách bảo hiểm xã hội tự nguyện mà theo đó, việc hình thành Quỹ hưu trí được xây dựng dựa trên sự tự nguyện đóng góp của đối tượng tham gia dưới hình thức tài khoản hưu trí cá nhân¹. CTHTBSTN mang tính chất phi

thương mại. Đặc tính này của CTHTBSTN dùng để phân biệt với bảo hiểm hưu trí tự nguyện – một sản phẩm thương mại do các doanh nghiệp bảo hiểm nhân thọ cung cấp được quy định tại Thông tư số 115/2013/TT-BTC về hướng dẫn bảo hiểm hưu trí và quỹ hưu trí tự nguyện. Như vậy, CTHTBSTN góp phần vào việc bổ sung thu nhập cho người lao động khi đã hết tuổi lao động hoặc không còn khả năng lao động dựa trên sự tự nguyện của các bên tham gia đóng góp vào Quỹ hưu trí.

Hướng dẫn chi tiết quy định tại khoản 7 Điều 3 Luật Bảo hiểm xã hội năm 2014, Nghị định số 88/2016/NĐ-CP về CTHTBSTN quy định cụ thể về đối tượng tham gia CTHTBSTN gồm người lao động và người sử dụng lao động theo quy định của Bộ luật Lao động. Cơ sở cho việc tham gia CTHTBSTN của người sử dụng lao động và người lao động được thực hiện dựa trên hợp đồng lao động và sự tự nguyện, tự do thỏa thuận của hai bên. Thông thường, người lao động và người sử dụng lao động khi tham gia CTHTBSTN vốn là những đối tượng đã tham gia bảo hiểm xã hội bắt buộc theo quy định của Luật Bảo hiểm xã hội.

* ThS., Trường Đại học Tài chính – Kế toán.

¹ Xem Điều 1 Nghị định số 88/2016/NĐ-CP về CTHTBSTN quy định cụ thể về đối tượng tham gia

CTHTBSTN và khoản 7 Điều 3 Luật Bảo hiểm xã hội năm 2014.

Ngoài các đối tượng tham gia CTHTBSTN dựa trên hợp đồng lao động, Nghị định số 88/2016/NĐ-CP còn quy định trường hợp cá nhân đủ 15 tuổi trở lên, không làm việc theo hợp đồng lao động thì vẫn có thể tham gia CTHTBSTN bằng cách tự mình đóng góp trực tiếp Quỹ hưu trí. Cá nhân thuộc nhóm đối tượng này có thể là thành viên hợp tác xã theo Luật Hợp tác xã năm 2012 không hưởng lương, hoặc cán bộ chuyên trách công tác Đảng, công đoàn, thanh niên trong các doanh nghiệp nhưng không hưởng lương của doanh nghiệp, hoặc người đại diện theo pháp luật của công ty, hoặc bác sỹ làm việc tại phòng khám tư nhân, hoặc luật sư làm việc tại các văn phòng luật sư không dựa trên hợp đồng lao động...

So với Dự thảo ban đầu thì Nghị định số 88/2016/NĐ-CP đã mở rộng đối tượng tham gia CTHTBSTN. Cụ thể, theo khoản 1, khoản 2 Điều 2 của Dự thảo, chỉ người lao động và người sử dụng lao động đang tham gia bảo hiểm xã hội bắt buộc mới được tham gia hưu trí bổ sung tự nguyện. Quy định của Dự thảo đồng nghĩa với việc, cá nhân, người lao động không tham gia bảo hiểm xã hội bắt buộc sẽ không được quyền tham gia CTHTBSTN. Do đó, với quy định tại khoản 2 Điều 2 và khoản 3 Điều 6 Nghị định số 88/2016/NĐ-CP, những cá nhân từ đủ 15 tuổi trở lên làm việc, tạo thu nhập có thể tham gia CTHTBSTN mà không cần xét tới việc họ có tham gia bảo hiểm xã hội bắt buộc hay không. Do đó, quan điểm cho rằng, hưu trí bổ sung là loại hình bảo hiểm áp dụng với người lao động đang tham gia bảo hiểm xã hội² là không còn phù hợp. Vậy câu hỏi được đặt ra là: Căn cứ theo quy định hiện hành, người lao động làm việc trong

khu vực công là cán bộ, công chức, viên chức làm việc trong cơ quan nhà nước, khối sự nghiệp, đơn vị lực lượng vũ trang có thể tham gia CTHTBSTN không? Hay cá nhân không tham gia bảo hiểm xã hội tự nguyện thì có thể tham gia CTHTBSTN không?

Hiện nay, Luật Bảo hiểm xã hội năm 2014 và Nghị định số 88/2016/NĐ-CP không có quy định hướng dẫn nhóm đối tượng là cán bộ, công chức, viên chức làm việc trong khối hành chính sự nghiệp, cơ quan nhà nước, đơn vị lực lượng vũ trang có được tham gia CTHTBSTN hay không. Tuy nhiên, điều đó không có nghĩa người lao động là cán bộ, công chức, viên chức làm việc trong khối hành chính sự nghiệp, cơ quan nhà nước, đơn vị lực lượng vũ trang không có cơ hội được tham gia CTHTBSTN; họ có thể tự nguyện tham gia bằng cách tự mình đóng góp hoàn toàn vào Quỹ hưu trí mà không có sự tham gia của người sử dụng lao động.

Tương tự, trường hợp cá nhân không tham gia bảo hiểm xã hội tự nguyện vẫn có thể tham gia CTHTBSTN bằng cách tự mình đóng góp vào Quỹ hưu trí do Nghị định số 88/2016/NĐ-CP không có quy định cấm. Thêm nữa, bằng quy định gián tiếp của Nghị định số 88/2016/NĐ-CP, có thể hiểu cá nhân không tham gia bảo hiểm xã hội tự nguyện vẫn có thể tham gia CTHTBSTN. Cụ thể, cá nhân tham gia chương trình hưu trí sẽ được trừ vào thu nhập chịu thuế trước khi tính thuế thu nhập cá nhân đối với khoản đóng góp vào Quỹ hưu trí nếu đã tham gia bảo hiểm xã hội bắt buộc hoặc bảo hiểm xã hội tự nguyện³. Quy định pháp luật hiện hành có sự ưu đãi rõ ràng cho cá nhân, người lao động tham gia CTHTBSTN song song với tham gia bảo hiểm xã hội so với cá

² TS. Phạm Đỗ Nhật Tân (2016), “Bảo hiểm hưu trí bổ sung theo quy định của Luật Bảo hiểm xã hội”, Tạp chí Bảo hiểm xã hội, kỳ 2, tháng 2/2016, tr.24.

³ Xem điểm b khoản 1 Điều 12 Nghị định số 88/2016/NĐ-CP.

nhân chỉ tham gia CTHTBSTN mà không đóng bảo hiểm xã hội. Bảo hiểm xã hội là trụ cột chính của hệ thống an sinh xã hội ở nước ta với việc người tham gia bảo hiểm xã hội có cơ hội nhận được các quyền lợi như: Quyền được nghỉ ngơi khi ốm đau, quyền được nhận lương hưu khi hết tuổi lao động hoặc không còn khả năng lao động, quyền được hưởng chế độ thai sản... Trong khi đó, nếu tham gia CTHTBSTN (mà trước đó không tham gia bảo hiểm xã hội) thì cá nhân chỉ được quyền hưởng lương hưu khi đáp ứng các điều kiện của pháp luật. Nên chăng, pháp luật cần có sự định hướng cho cá nhân trong việc lựa chọn thứ tự ưu tiên bằng một quy định cụ thể. Một mặt, để đảm bảo sự thống nhất trong việc áp dụng pháp luật của các chủ thể có liên quan, mặt khác, giúp cá nhân nhận thức cũng như lựa chọn được loại hình tham gia chế độ hưu trí phù hợp.

2. Chính sách ưu đãi dành cho đối tượng tham gia chương trình hưu trí bổ sung tự nguyện

2.1. Chính sách ưu đãi dành cho người sử dụng lao động

Theo quy định của Nghị định số 88/2016/NĐ-CP thì Nhà nước khuyến khích các chủ thể tham gia CTHTBSTN thông qua các chính sách ưu đãi pháp luật về thuế. Cụ thể, kể từ ngày 01/02/2018, các khoản trích nộp, đóng góp được tính vào chi phí, được trừ khi tính thuế thu nhập doanh nghiệp của người sử dụng lao động tối đa là 3.000.000 đồng/tháng/người gồm: Quỹ hưu trí tự nguyện, quỹ mang tính chất an sinh xã hội gồm bảo hiểm xã hội và bảo hiểm hưu trí bổ sung bắt buộc, mua bảo hiểm hưu trí tự nguyện, bảo hiểm nhân thọ cho người lao động⁴. Trước đây, mức chi phí được trừ này

là 1.000.000 đồng⁵. Có thể nói, mục đích của việc áp dụng quy định ưu đãi về thuế trong việc xác định chi phí được trừ đối với phần đóng góp của người sử dụng lao động là nhằm thu hút đơn vị sử dụng lao động (chủ yếu là doanh nghiệp) tham gia, dành cho nhân viên của mình những ưu đãi, đãi ngộ để họ có thể gắn bó lâu dài và chặt chẽ với đơn vị làm việc của mình. Mặt khác, việc tham gia đóng góp cho người lao động trong CTHTBSTN còn thể hiện trách nhiệm xã hội của doanh nghiệp đối với nhân viên, người lao động của mình cũng như góp phần vào sự nghiệp phát triển hệ thống an sinh xã hội của đất nước.

Tuy nhiên, mức khấu trừ 3.000.000 đồng liệu có quá thấp không khi mà tổng mức khấu trừ này đã bao gồm các khoản: Quỹ hưu trí tự nguyện, quỹ mang tính chất an sinh xã hội gồm bảo hiểm xã hội và bảo hiểm hưu trí bổ sung bắt buộc, mua bảo hiểm hưu trí tự nguyện, bảo hiểm nhân thọ cho người lao động. Hạn mức được trừ khi tính thuế thu nhập doanh nghiệp này sẽ là bình thường nếu người lao động làm việc với mức lương thấp hoặc trung bình. Nhưng khi người lao động làm việc với mức lương cao thì người sử dụng lao động sẽ “đánh vào tâm lý” của các bên chủ thể khi giao kết hợp đồng lao động. Cụ thể, với vị thế của mình trong quan hệ lao động, doanh nghiệp thường “buộc” người lao động thỏa thuận mức lương trong hợp đồng lao động thấp hơn mức thực nhận trên thực tế. Mục đích là làm giảm số tiền phải đóng bảo hiểm xã hội của người sử dụng lao động – đối tượng đóng bảo hiểm xã hội với tỷ lệ 17%, trong

định số 100/2016/NĐ-CP ngày 01/7/2016 và Nghị định số 12/2015/NĐ-CP ngày 12/02/2015.

⁵ Xem khoản 7 Điều 1 Nghị định số 12/2015/NĐ-CP ngày 12/02/2015.

⁴ Xem Điều 2 Nghị định số 146/2017/NĐ-CP ngày 15/12/2017 sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị

khi đó người lao động đóng 8%⁶. Hơn nữa, việc thỏa thuận lách luật như trên của các bên sẽ trở nên có ý nghĩa hơn cho chính đơn vị sử dụng lao động khi họ được trừ khi tính thuế thu nhập doanh nghiệp là tương đối thấp (3.000.000 đồng/người/tháng).

Chẳng hạn: Ông A làm việc cho doanh nghiệp X với mức lương thỏa thuận trong hợp đồng tại thời điểm tháng 7/2018 là 35.000.000 đồng/tháng trong điều kiện làm việc bình thường. Theo quy định hiện hành, thì mức lương làm cơ sở đóng bảo hiểm xã hội của ông A là 27.800.000 đồng; mức đóng bảo hiểm xã hội hàng tháng là 4.726.000 đồng. Ngoài ra, doanh nghiệp còn tham gia CTHTBSTN với mức đóng cho ông A là 2.000.000 đồng/tháng. Tổng số tiền mà doanh nghiệp X đóng cho ông A là 6.726.000 đồng. Nếu căn cứ vào Nghị định 146/2017/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định 100/2016/NĐ-CP ngày 01/7/2016 và Nghị định số 12/2015/NĐ-CP ngày 12/02/2015, doanh nghiệp X sẽ chỉ được trừ 3.000.000 đồng khi tính thuế thu nhập doanh nghiệp, 3.726.000 đồng còn lại được dùng để tính thuế thu nhập doanh nghiệp. Như vậy, về mặt lý thuyết, mức đóng góp cho người lao động trong CTHTBSTN sẽ được trừ khi tính thuế thu nhập doanh nghiệp. Tuy nhiên, thực tế áp dụng quy định thì khoản đóng góp này có thể sẽ không được tính vào chi phí được trừ. Nghĩa là, chính sách ưu đãi, khuyến khích mà Nhà nước dành cho đối tượng tham gia CTHTBSTN là người sử dụng lao động chỉ mang tính tượng trưng, trở nên vô nghĩa, vô hình trung làm mất đi tính hấp dẫn của

CTHTBSTN đối với đối tượng tham gia là người sử dụng lao động.

Theo tác giả, để chính sách ưu đãi về thuế phát huy được vai trò của mình cũng như góp phần khuyến khích các đơn vị sử dụng lao động tham gia CTHTBSTN cho người lao động thì cơ quan có thẩm quyền cần sửa đổi các quy định về cách tính chi phí được trừ khi xác định số thuế thu nhập doanh nghiệp. Theo đó, nên tách riêng phần chi phí được trừ đối với các khoản đóng góp theo hướng: Một phần là các khoản đóng góp từ việc tham gia bảo hiểm xã hội bắt buộc – phần đóng góp này là trách nhiệm của đơn vị sử dụng lao động; phần khác là các khoản đóng góp từ việc tham gia quỹ hưu trí trên tinh thần tự nguyện, chẳng hạn tham gia CTHTBSTN... với các mức được trừ khác nhau. Thiết nghĩ, quy định như vậy thì tính chất ưu đãi, sự khuyến khích của Nhà nước đối với khoản đóng góp từ việc tham gia CTHTBSTN của đối tượng tham gia trở nên ý nghĩa và được thể hiện rõ ràng hơn.

2.2. Chính sách ưu đãi dành cho người lao động, cá nhân

Hiện nay, nhiều người lao động có nhu cầu được hưởng lương cao hơn khi không còn khả năng lao động nên việc họ trích nộp khoản đóng góp vào các quỹ hưu trí ngày càng phổ biến⁷. CTHTBSTN ra đời cũng không nằm ngoài mục đích tạo điều kiện cho người lao động có thêm kênh đầu tư để được tăng thêm các khoản thu nhập khi hết tuổi lao động. Do vậy, nhằm thu hút sự tham gia CTHTBSTN của người lao động, cá nhân, Nhà nước cũng dành những ưu đãi về thuế. Cụ thể, theo quy định tại điểm b

⁶ Xem Điều 5 Quyết định số 595/QĐ-BHXH ngày 14/4/2017 về việc ban hành quy trình thu bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế, bảo hiểm thất nghiệp, bảo hiểm tai nạn lao động – nghề nghiệp, quản lý sổ bảo hiểm xã hội, thẻ bảo hiểm y tế.

⁷ Đỗ Quang Hải và Phạm Thị Thi (2016), “Một số vấn đề về việc hình thành, sử dụng và phát triển Quỹ bảo hiểm xã hội theo Luật Bảo hiểm xã hội năm 2014”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 6(338)/2016, tr. 65.

khoản 1 Điều 12 Nghị định số 88/2016/NĐ-CP ngày 01/7/2016 về CTHTBSTN thì các khoản đóng góp: “*Được trừ vào thu nhập chịu thuế trước khi tính thuế thu nhập cá nhân đối với khoản đóng góp vào Quỹ hưu trí theo mức quy định của pháp luật về thuế thu nhập cá nhân nếu đã tham gia bảo hiểm xã hội bắt buộc hoặc bảo hiểm xã hội tự nguyện (bao gồm cả trường hợp đang bảo lưu thời gian đóng bảo hiểm xã hội) theo quy định của Luật Bảo hiểm xã hội*”.

Theo Thông tư số 92/2015/TT-BTC ngày 15/6/2015, chi phí được trừ tối đa là 1.000.000 đồng/tháng/người đối với phần đóng góp vào quỹ hưu trí tự nguyện, mua bảo hiểm hưu trí tự nguyện khi tính thuế thu nhập cá nhân cho người lao động. Với cách quy định như trên thì khoản đóng góp của người lao động khi tham gia CTHTBSTN liệu có được đưa vào chi phí được trừ khi tính thuế thu nhập cá nhân không? Bởi lẽ, bên cạnh việc được giảm trừ các khoản đóng bảo hiểm gồm bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế⁸... thì Thông tư số 92/2015/TT-BTC chỉ quy định chung chung về khoản phí được khấu trừ là bảo hiểm hưu trí tự nguyện do các công ty bảo hiểm cung cấp. Trong khi đó, CTHTBSTN là chính sách an sinh xã hội, là một sản phẩm phi thương mại chứ không phải là sản phẩm thương mại do các công ty bảo hiểm cung cấp.

Ngoài ra, nếu như Nghị định số 146/2017/NĐ-CP có sự phân biệt rõ ràng về các khoản đóng góp được trừ gồm: Quỹ hưu trí tự nguyện, bảo hiểm hưu trí bổ sung,

mua bảo hiểm hưu trí tự nguyện, bảo hiểm nhân thọ cho người lao động... thì Thông tư số 92/2015/TT-BTC chỉ quy định khoản đóng góp được khấu trừ là Quỹ hưu trí tự nguyện. Trong khi Nghị định số 88/2016/NĐ-CP xác định khoản đóng góp (do tham gia CTHTBSTN) được tính vào chi phí được trừ khi tính thuế theo pháp luật về thuế thì các văn bản pháp luật về thuế lại chưa có hướng dẫn cụ thể. Điều này sẽ gây khó khăn trong quá trình áp dụng pháp luật. Chính vì vậy, cần có quy định hướng dẫn cụ thể liên quan đến các khoản được tính vào chi phí được trừ cho người lao động khi xác định thuế thu nhập cá nhân. Theo đó, cần bổ sung khoản đóng góp được tính vào chi phí được trừ khi tính thuế thu nhập cá nhân là khoản đóng góp khi tham gia CTHTBSTN của người lao động để việc áp dụng pháp luật được áp dụng thống nhất trong phạm vi cả nước.

3. Mức đóng góp vào Quỹ hưu trí

Việc đối tượng tham gia (người sử dụng lao động, người lao động, cá nhân) đóng góp vào Quỹ hưu trí được thực hiện theo một trong hai phương cách: (1) Tham gia đóng góp thông qua người sử dụng lao động; hoặc (2) Tham gia đóng góp trực tiếp. Với sự tham gia CTHTBSTN của người sử dụng lao động và người lao động thì việc đóng góp vào Quỹ hưu trí phải thực hiện thông qua người sử dụng lao động. Theo đó, việc đóng góp vào Quỹ hưu trí có thể do cả người lao động và người sử dụng lao động cùng thực hiện hoặc chỉ có người sử dụng lao động đóng góp cho người lao động. Mức đóng góp cụ thể của người sử dụng lao động và người lao động (nếu có) là do các bên thỏa thuận được quy định trong hợp đồng lao động hoặc các văn bản nội bộ mang tính pháp lý khác như: Thỏa ước lao động tập thể, quy chế tài chính, quy chế thưởng của công ty... Trường hợp dựa trên

⁸ Xem điểm a khoản 2 Điều 9 Nghị định số 111/2013/TT-BTC ngày 15/8/2013 hướng dẫn thực hiện Luật Thuế thu nhập cá nhân, Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Thuế thu nhập cá nhân và Nghị định số 65/2013/NĐ-CP của Chính phủ quy định chi tiết một số điều của Luật Thuế thu nhập cá nhân và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Thuế thu nhập cá nhân.

nhu cầu, sự tự nguyện của bản thân thì cá nhân có thể tham gia CTHTBSTN bằng cách đóng góp trực tiếp vào Quỹ hưu trí.

Hiện nay, Nghị định số 88/2016/NĐ-CP chỉ quy định một cách chung chung về mức đóng góp vào Quỹ hưu trí của các chủ thể tham gia dựa trên sự tự nguyện thỏa thuận, tự do ý chí. Ngoài ra, Nghị định này còn quy định về việc đối tượng tham gia CTHTBSTN được nhận ưu đãi về thuế đối với phần đóng góp vào Quỹ hưu trí. Do đó, có thể phát sinh tình trạng nhiều người sử dụng lao động (mà chủ yếu là các doanh nghiệp) thỏa thuận với người lao động về việc tham gia CTHTBSTN với mức đóng góp cao nhằm trốn tránh việc nộp thuế. Do đó, để hạn chế tình trạng này, nên quy định mức đóng góp tối đa khi tham gia CTHTBSTN. Hơn nữa, việc quy định mức đóng góp tối đa khi tham gia CTHTBSTN còn góp phần giảm khoảng cách về thu nhập của những người thuộc nhóm được hưởng lương hưu cũng như đảm bảo được sự an toàn cho người tham gia Quỹ hưu trí. Bởi, mặc dù CTHTBSTN là một chính sách bảo hiểm xã hội do Nhà nước ban hành, nhưng Nhà nước không đảm bảo về kết quả đầu tư cũng như mức chi trả.

Tương tự, pháp luật hiện hành cũng không quy định cụ thể về mức đóng góp tối thiểu khi tham gia đóng góp Quỹ hưu trí. Có thể nói, việc quy định mức đóng góp tối thiểu góp phần vào việc đảm bảo tính hiệu quả khi tổ chức thực hiện vừa đáp ứng được mục tiêu đảm bảo cuộc sống cho người hết tuổi lao động, không còn khả năng tham gia quan hệ lao động. Thêm nữa, quy định về mức đóng góp tối thiểu khi tham gia CTHTBSTN còn góp phần đảm bảo được mục đích an sinh xã hội, góp phần xây dựng hệ thống an sinh xã hội bền vững. Nên chăng, cần có quy định về giới hạn mức

đóng góp vào Quỹ hưu trí của CTHTBSTN dành cho các đối tượng tham gia để có sự thống nhất trong việc áp dụng pháp luật ở các địa phương cũng như làm rõ mối quan hệ trong việc được hưởng chính sách ưu đãi theo pháp luật về thuế với mức đóng góp. Về vấn đề này, một số quốc gia trên thế giới có quy định giới hạn mức đóng góp khi tham gia bảo hiểm hưu trí bổ sung. Chẳng hạn, ở Thái Lan⁹, quy định hạn mức đóng góp của các bên tham gia là từ 3% đến 15% trên tổng tiền lương tháng của người lao động. Như vậy, nếu người lao động ở Thái Lan muốn tham gia bảo hiểm hưu trí bổ sung thì chỉ được tham gia với mức đóng tối thiểu là 3% và mức đóng cao nhất là 15% trên tổng tiền lương tháng của họ.

4. Vấn đề bồi thường thiệt hại

Theo quy định tại Điều 23 Nghị định số 88/2016/NĐ-CP thì doanh nghiệp quản lý có trách nhiệm đền bù thiệt hại cho người tham gia quỹ khi thực hiện đầu tư không đúng với quy định của pháp luật hoặc chính sách đầu tư của Quỹ hưu trí quy định tại Điều lệ quỹ; hoặc do xác định sai giá trị tài sản ròng của Quỹ hưu trí hoặc do phân bổ kết quả đầu tư và xác định sai giá trị tài khoản hưu trí cá nhân. Mức đền bù cho người tham gia quỹ được xác định trên cơ sở thiệt hại phát sinh cho người tham gia quỹ. Có thể khẳng định, việc doanh nghiệp quản lý quỹ bồi thường thiệt hại trong những trường hợp nêu trên là hợp lý. Việc bồi thường thiệt hại trong những trường hợp này được hiểu là chế tài mà doanh nghiệp quản lý quỹ phải gánh chịu do hành vi vi phạm pháp luật của mình.

(Xem tiếp trang 76)

⁹ Dẫn theo: TS. Phạm Đỗ Nhật Tân (2016), “Bảo hiểm hưu trí bổ sung theo quy định của Luật Bảo hiểm xã hội”, Tạp chí Bảo hiểm xã hội, kỳ 2, tháng 2/2016, tr. 23.

HẠN CHẾ QUYỀN CON NGƯỜI THEO CÁC ĐIỀU ƯỚC QUỐC TẾ VỀ NHÂN QUYỀN

Lê Mai Thanh*

Tóm tắt: Hạn chế hay giới hạn quyền con người đã được ghi nhận và cụ thể hóa trong các điều ước quốc tế về nhân quyền. Những nội dung này tạo nên nhận thức chung về trách nhiệm bảo đảm quyền con người của các quốc gia cũng như khả năng miễn trách nhiệm đối với các quốc gia đó. Điều này được ghi nhận trong pháp luật các quốc gia, trong đó có Hiến pháp năm 2013 của Việt Nam. Bài viết phân tích về vấn đề hạn chế quyền con người theo một số điều ước quốc tế cơ bản mà Việt Nam là thành viên.

Abstract: Restriction or limitation on human rights is incorporated and specified under international human rights treaties. These norms pave the way for a common understanding of responsibility to promote human rights, and immunity of States Parties. It is also legalized under national laws, including the 2013 Constitution of Vietnam. The article analyzes limitation on human rights under fundamental treaties to which Vietnam is a member State.

1. Ghi nhận giới hạn, tạm đình chỉ quyền con người trong điều ước quốc tế

Điều ước quốc tế (ĐUQT)¹ về nhân quyền là hình thức cơ bản chứa đựng các quy phạm pháp luật quốc tế về quyền con người, điều chỉnh nghĩa vụ các quốc gia thành viên và sự hợp tác giữa chúng nhằm hướng tới sự bảo đảm cao nhất các chuẩn mực quyền con người được thừa nhận chung. ĐUQT là công cụ, phương tiện quan trọng để các quốc gia kết nối và ghi nhận chính sách chung thúc đẩy, tôn trọng, bảo vệ quyền con người cũng như ghi nhận các nguyên tắc và cơ chế hợp tác giữa các quốc gia.

Một trong những nội dung của ĐUQT về nhân quyền liên quan đến hạn chế/giới

hạn² và tạm đình chỉ thực hiện quyền con người, ngoại trừ nhóm quyền tuyệt đối như quyền không bị tra tấn, đối xử hoặc bị áp dụng hình phạt một cách tàn nhẫn, vô nhân đạo hoặc nhục hình, quyền không thể bị bắt làm nô lệ...³.

ĐUQT ghi nhận các nguyên tắc và điều kiện hạn chế quyền con người được thừa nhận chung.

Nói đến ĐUQT nhân quyền không thể không đề cập đến nhóm Công ước quốc tế (CUQT) cơ bản nhất bao gồm: Công ước về các quyền dân sự và chính trị (ICCPR) - gia nhập ngày 24/9/1982; Công ước về các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa (ICESCR) - Việt Nam gia nhập ngày 24/9/1982; Công ước về xóa bỏ mọi hình thức phân biệt đối xử với phụ nữ (CEDAW) - Việt Nam phê chuẩn ngày 17/2/1982; Công ước về xóa bỏ mọi hình thức phân biệt chủng tộc (ICERD)

* PGS.TS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

Bài viết thực hiện trong khuôn khổ Đề tài cấp Bộ “Cơ sở lý luận và thực tiễn về hạn chế quyền con người ở Việt Nam hiện nay” do TS. Nguyễn Linh Giang làm Chủ nhiệm.

¹ Các điều ước quốc tế về quyền con người có tên gọi rất đa dạng, chẳng hạn như: Hiệp định (*agreement*); công ước (*convention, covenant*); nghị định thư (*protocol*); hay hiệp ước (*pact*)...

² Bài viết sử dụng khái niệm “Hạn chế” (theo Hiến pháp năm 2013) tương đồng với “Giới hạn” quyền.

³ George Williams and David Hume, *Human Rights under the Australian Constitution*, Oxford University Press n.10 [5.3].

- Việt Nam gia nhập ngày 9/6/1982; Công ước về quyền Trẻ em (CRC) - Việt Nam phê chuẩn ngày 28/2/1990; Công ước về quyền của Người khuyết tật (ICRPD) - Việt Nam phê chuẩn ngày 5/2/2015; Công ước chống tra tấn và các hình thức đối xử hoặc trừng phạt tàn bạo, vô nhân đạo hoặc hạ nhục con người (CAT) - Việt Nam phê chuẩn ngày 5/2/2015; Công ước quốc tế bảo vệ quyền người lao động di trú và các thành viên gia đình họ (ICMW); Công ước bảo vệ quyền của người bị mất tích cưỡng bức (CPED)⁴. Trong số CUQT đó, hiện Việt Nam chưa là thành viên của Công ước quốc tế bảo vệ quyền người lao động di trú và các thành viên gia đình họ (ICMW), Công ước bảo vệ quyền của người bị mất tích cưỡng bức (CPED).

Các công ước kể trên không chỉ ghi nhận các chuẩn mực, các bảo đảm pháp lý quyền con người, mà còn xác định các nguyên tắc, điều kiện hoặc nội dung cụ thể hạn chế/giới hạn quyền con người cũng như trường hợp tạm đình chỉ quyền. Căn cứ vào các CUQT đó, có thể nhận diện những ngoại lệ xác định trách nhiệm bảo đảm quyền con người của các quốc gia thành viên; luận giải được những nguyên tắc, điều kiện và căn cứ áp dụng hạn chế/giới hạn hoặc tạm đình chỉ quyền con người.

Bên cạnh các CUQT chủ yếu về nhân quyền, quy định về giới hạn và tạm đình chỉ quyền con người còn được ghi nhận trong CUQT điều chỉnh một số lĩnh vực khác, đặc biệt trong lĩnh vực tư pháp hình sự như: Công ước về đấu tranh chống tội phạm tham nhũng (Việt Nam phê chuẩn ngày 19/8/2009); Công ước chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia (Việt Nam phê chuẩn

ngày 29/12/2011); Nghị định thư về phòng ngừa, trừng trị, trấn áp tội buôn bán người, đặc biệt là phụ nữ và trẻ em (Việt Nam gia nhập 29/12/2011)...⁵

Ngoài quy định về hạn chế quyền con người được ghi nhận trong các CUQT về nhân quyền, các quốc gia thành viên còn có thể sử dụng phương thức bảo lưu một vài nội dung trong các CUQT; không cam kết thực thi một số nghĩa vụ nhất định trong bảo đảm quyền con người (nếu CUQT cho phép bảo lưu).

Về bản chất, Quyền và tự do cơ bản của con người có thể giao thoa với lợi ích của công chúng, nhìn nhận dưới góc độ quyền của số đông chủ thể như quyền được bảo vệ sức khỏe của cộng đồng, bảo đảm an ninh quốc gia, trật tự công cộng hoặc giao thoa với quyền và tự do của chủ thể khác; ranh giới giao thoa đó là giới hạn quyền con người. Giới hạn quyền chính là ranh giới thực hiện quyền và tự do cơ bản không thuộc nhóm quyền tuyệt đối. Tạm đình chỉ quyền là việc tạm thời dừng thực hiện một số quyền trong trường hợp đặc biệt khẩn cấp vì lợi ích chung. Bảo lưu điều ước là việc các quốc gia từ chối cam kết một số điều khoản trong ĐUQT nhưng không phá vỡ đối tượng và mục đích của điều ước đó.

1.1. Hạn chế/giới hạn quyền

Hạn chế hay giới hạn quyền con người về mặt bản chất pháp lý được hiểu không

⁴ The Core International Human Rights Instruments and their monitoring bodies, <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.asp>, truy cập ngày 15/7/2018.

⁵ Chương IV Công ước về đấu tranh chống tội phạm tham nhũng, Điều 20 Công ước của Liên hợp quốc về chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia cho phép các quốc gia thành viên giới hạn quyền của đối tượng bị nghi ngờ phạm tội và áp dụng các biện pháp nghiệp vụ với mục đích điều tra tội phạm. Ví dụ: Các kỹ thuật điều tra đặc biệt như điện tử hoặc các hình thức giám sát và hoạt động đặc tình khác nhằm đấu tranh chống tội phạm có tổ chức được hiệu quả; bên cạnh đó, Công ước khuyến nghị các quốc gia thành viên ký kết các ĐUQT song phương hoặc đa phương nhằm sử dụng các kỹ thuật điều tra đặc biệt khi hợp tác ở cấp độ quốc tế.

khác biệt. Hạn chế/giới hạn quyền đều được ghi nhận dưới nhiều hình thức khác nhau. Xét dưới góc độ tổng quát, ICCPR và ICESCR ghi nhận nghĩa vụ các quốc gia thành viên bảo đảm quyền con người trong mọi lĩnh vực đời sống xã hội nên giới hạn quyền con người cũng hàm ý chung. Đối với các ĐUQT khác, tùy thuộc vào nội dung điều chỉnh của ĐUQT, các giới hạn quyền cũng theo đó mà gắn với nội dung quyền và tự do nói chung hoặc với các quyền cụ thể.

Giới hạn quyền có những đặc điểm như sau:

- Về hình thức: Quy định về giới hạn quyền trong CUQT có thể bao gồm các quy định chung về giới hạn quyền (Điều 5 ICCPR; Điều 4 ICESCR) hoặc giới hạn quyền cụ thể nào đó. Đối với giới hạn chung, các quy định của CUQT có thể diễn giải theo cách trực tiếp hoặc gián tiếp như sau: “Quyền của mỗi người bị hạn chế bởi quyền của người khác, bởi an ninh cộng đồng, và bởi các yêu cầu chính đáng từ lợi ích chung trong một xã hội dân chủ” hoặc “quyền và tự do cơ bản của mỗi người phải được thực hiện trên cơ sở tôn trọng quyền của người khác, an ninh tập thể, đạo đức và lợi ích chung cộng đồng”. Đối với giới hạn quyền cụ thể, có thể quy định trực tiếp như sau: “Mọi người đều có quyền hưởng tự do và an toàn cá nhân. Không ai bị bắt hoặc bị giam giữ vô cớ. Không ai bị tước quyền tự do, trừ trường hợp việc tước quyền đó là có lý do và theo đúng những thủ tục mà luật pháp đã quy định” (khoản 1 Điều 9 ICCPR). CUQT có thể nghiêm cấm việc các quốc gia coi trọng quyền này mà hủy hoại quyền khác hoặc mở rộng quá mức Công ước cho phép (Điều 5 ICCPR).

- Về phạm vi, hạn chế hay giới hạn quyền con người không thể áp dụng đối với các quyền tuyệt đối và việc giới hạn quyền

hay hạn chế quyền đều phải có lý do tương xứng.

- CUQT quy định hạn chế quyền vì mục đích bảo vệ “trật tự công cộng”, “sức khỏe cộng đồng”, “an ninh quốc gia”, “an toàn xã hội”, “quyền và tự do của người khác”, và “thúc đẩy phúc lợi chung trong một xã hội dân chủ”⁶.

- Bản chất, hạn chế quyền chính là ranh giới cân bằng quyền lợi hợp pháp của chủ thể quyền và quyền lợi chung của cộng đồng.

- Giới hạn quyền không căn cứ theo thời gian.

- Điều khoản giới hạn quyền cần được giải thích chặt chẽ theo nguyên tắc được thừa nhận rộng rãi nhằm mục đích bảo vệ các quyền cơ bản của con người và không vượt quá nghĩa thông thường của nó.

Căn cứ vào các CUQT, trong mọi trường hợp, việc áp dụng giới hạn quyền phải đáp ứng các yêu cầu cơ bản sau⁷:

- Không phá vỡ bản chất của quyền đó và phải được nhìn nhận trong nội dung của từng quyền cụ thể.

- Phải hợp pháp và phù hợp với đối tượng và mục tiêu giới hạn quyền. Mục đích hợp pháp của việc giới hạn được liệt kê trong các điều khoản hạn chế quyền có thể bao gồm: An ninh quốc gia; an toàn công cộng; trật tự công cộng; phòng chống tội phạm; đạo đức; sức khỏe; danh tiếng của người khác; việc bảo vệ quyền của người khác; lợi ích kinh tế của đất nước; việc ngăn ngừa tiết lộ thông tin có được một cách bí

⁶ Tham khảo các Nguyên tắc Siracusa.

⁷ Icelandic Human Rights Center, *Alteration on human rights treaty obligations*, <http://www.humanrights.is/en/human-rights-education-project/human-rights-concepts-ideas-and-fora/part-i-the-concept-of-human-rights/alteration-of-human-rights-treaty-obligations>, truy cập ngày 30/4/2018.

mật; đảm bảo tính công bằng của ngành tư pháp; phòng ngừa bạo động và tội phạm...⁸.

- Căn cứ vào luật; luật được hiểu là luật định hoặc theo pháp luật (có thể bao gồm pháp luật, các quy định hành chính và điều ước quốc tế)⁹.

- Phải đáp ứng tính cần thiết (đánh giá từng trường hợp cụ thể trong tổng hòa các quyền với bối cảnh một xã hội dân chủ).

- Giới hạn phải được đánh giá trên cơ sở bảo vệ một tổ hợp hữu hạn các quyền lợi công cộng được xác định rõ ràng (thường bao gồm một hoặc nhiều căn cứ sau đây: An ninh quốc gia, an toàn công cộng, trật tự công cộng, bảo vệ sức khỏe hoặc đạo đức cộng đồng, bảo vệ các quyền và tự do của người khác).

Chung quy, bất kỳ hạn chế quyền con người nào cũng phải được ấn định một cách hợp pháp, không phân biệt, tương xứng, phù hợp với bản chất của quyền đó vì mục tiêu chung trong một xã hội dân chủ.

Các quyền có thể bị giới hạn bao gồm quyền riêng tư và gia đình (Điều 17, Điều 23 ICCPR); tự do tôn giáo và tín ngưỡng (Điều 18 và Điều 4.2 ICCPR); tự do ngôn luận (Điều 19, Điều 20 ICCPR và Điều 4.1 ICERD); tự do hội họp và lập hội (Điều 4 và Điều 8.1.a,c, Điều 8.2 ICESCR, Điều 4.2 ICERD); tự do đi lại/cư trú (Điều 12 ICCPR); trục xuất người nước ngoài (Điều 13 ICCPR); hoạt động chính trị của người nước ngoài (Điều 25 ICCPR); quyền kinh tế, xã hội và văn hoá của người nước ngoài (Điều 2.3 ICESCR). Các ĐUQT có thể quy định các căn cứ hạn chế/giới hạn hợp pháp khác nhau. Tuy nhiên, Điều 4 ICESCR quy định mục đích hạn chế quyền như sau: "...Nhà nước chỉ có thể giới hạn quyền trên

cơ sở luật pháp khi nó phù hợp với bản chất của các quyền này và chỉ nhằm mục đích thúc đẩy phúc lợi chung trong một xã hội dân chủ"¹⁰.

1.2. *Tạm đình chỉ*

Bên cạnh giới hạn quyền con người, một số CUQT còn cho phép các quốc gia thực hiện các biện pháp tạm thời, miễn trách nhiệm bảo đảm quyền con người. Các biện pháp đó có tính chất đặc biệt, tạm thời và được ghi nhận trong các CUQT như ICCPR. Tuy nhiên, có những CUQT như CRC, ICESCR không có bất cứ điều khoản nào về tạm đình chỉ.

Trong một số bối cảnh khẩn cấp cụ thể, Chính phủ sẽ phải cân bằng nguồn lực để duy trì hòa bình, trật tự công cộng và bảo vệ các quyền của chính cá nhân nên CUQT cho phép họ được đình chỉ việc bảo đảm thực hiện một số quyền con người khi cần thiết; ví dụ như tạm đình chỉ quyền tự do đi lại vào thời điểm dịch bệnh hoặc tại khu vực chiến sự. Một trong những tiêu chí áp dụng khi tạm đình chỉ là phải loại trừ bất kỳ sự lạm dụng nào.

Tạm đình chỉ có thể được áp dụng dựa trên những điều kiện sau:

- Bối cảnh chiến tranh hoặc tình trạng khẩn cấp đe dọa cuộc sống người dân tại quốc gia;

- Tình trạng khẩn cấp phải được tuyên bố chính thức;

- Các biện pháp buộc phải tương thích với yêu cầu nghiêm ngặt của tình huống;

- Các biện pháp phải phù hợp với nghĩa vụ khác theo luật quốc tế;

- Các biện pháp áp dụng dựa trên nguyên tắc không phân biệt đối xử vì lý do

⁸ UIO, *International Human Rights Law: Substantive Rights*, "Reservation, limitation and derogation", 25/10/2006.

⁹ Tlđđ.

¹⁰ Amrei Müller, "Limitations to and Derogations from Economic, Social and Cultural Rights", Oxford Academic, *Human Rights Law Review*, Volume 9, Issue 4, 1 January 2009, p. 557-601.

chủng tộc, màu da, giới tính, ngôn ngữ, tôn giáo hay nguồn gốc xã hội...

- Quốc gia áp dụng biện pháp tạm đình chỉ phải lập tức đưa ra minh chứng về tính cần thiết của quyết định ban bố tình trạng khẩn cấp cũng như biện pháp tạm đình chỉ quyền liên quan; đồng thời phải thông báo cho các thành viên khác của ICCPR thông qua Tổng thư ký Liên hợp quốc¹¹.

CUQT luôn gắn khả năng tạm đình chỉ quyền với tình huống khẩn cấp, nhưng đồng thời cũng nhấn mạnh rằng tình huống đó không thể lạm dụng để phá vỡ trật tự của xã hội dân chủ cũng như không nhằm mục đích hủy hoại các quyền và tự do cơ bản của con người đã được thừa nhận.

Theo khoản 1 Điều 4 ICCPR: Trong tình trạng khẩn cấp đe dọa sự sống được chính thức công bố, các quốc gia thành viên có thể áp dụng những biện pháp hạn chế quyền nêu ra trong Công ước này, trong chừng mực phù hợp nhu cầu khẩn cấp của tình hình, với điều kiện những biện pháp này không trái với những nghĩa vụ khác của quốc gia đó căn cứ theo luật pháp quốc tế và không chứa đựng bất kỳ sự phân biệt đối xử nào về chủng tộc, màu da, giới tính, ngôn ngữ, tôn giáo hoặc nguồn gốc xã hội. Khoản 2 Điều này cũng quy định rằng, biện pháp tạm đình chỉ không thể áp dụng để hạn chế các quyền như: Quyền sống; quyền không thể bị tra tấn, đối xử hoặc trừng phạt một cách tàn ác, vô nhân đạo hoặc hạ thấp nhân phẩm; quyền không bị bắt làm nô lệ, bắt làm nô dịch; quyền không bị hình sự hóa các hành vi dân sự (không bị coi là phạm tội nếu việc hành động hoặc không hành động không cấu thành tội phạm theo pháp luật quốc gia hoặc pháp luật quốc tế tại thời điểm đó); quyền được công nhận là thể

nhân trước pháp luật; và quyền tự do tôn giáo, tín ngưỡng (quyền tự do theo đuổi quan điểm, giáo lý và đức tin nhất định; các thủ tục thực hiện nghi lễ tôn giáo không thuộc nội dung quyền tuyệt đối).

Theo Bình luận chung số 29 của Ủy ban Nhân quyền, các quyền có thể bị tạm đình chỉ theo khoản 2 Điều 4 ICCPR không chỉ là những quyền duy nhất được đề cập đến trong pháp luật. Ngoài ra, khi tạm đình chỉ thực hiện quyền con người, bên cạnh nghĩa vụ tôn trọng quyền con người (thụ động) và bảo đảm, bảo vệ quyền con người (chủ động), các quốc gia có trách nhiệm chứng minh tính hợp pháp của việc hạn chế đó.

Khi xác định tính hợp pháp của việc áp dụng các biện pháp tạm đình chỉ, một trong những điều kiện cần là quốc gia thành viên không thể tìm được biện pháp nào khác thực hiện nghĩa vụ bảo đảm quyền con người. Bên cạnh đó, các biện pháp khẩn cấp cũng phải được xem xét trên cơ sở tương xứng với mục tiêu tạm đình chỉ trong từng bối cảnh cụ thể.

1.3. Bảo lưu

Bảo lưu là hành vi của một quốc gia loại trừ nghĩa vụ thực hiện một vài điều khoản CUQT mà không ảnh hưởng đến đối tượng và mục tiêu chính của Công ước. Khả năng bảo lưu ghi nhận trong chính Công ước. Việc bảo lưu và hiệu lực bảo lưu được ghi nhận tại chính các CUQT và Công ước Viên về luật ĐUQT năm 1969 mà Việt Nam là thành viên.

ICCPR cũng như nhiều CUQT khác về nhân quyền không có điều khoản bảo lưu. Tuy vậy, việc bảo lưu vẫn được ghi nhận tại một số ĐUQT khác.

Đại hội đồng Liên hợp quốc đã yêu cầu Tòa công lý quốc tế (ICJ) (tháng 11/1950) trả lời tư vấn về nghĩa vụ ràng buộc các quốc gia thành viên Công ước ngăn ngừa và trừng trị tội diệt chủng khi một số thành

¹¹ UIO, *International Human Rights Law: Substantive Rights*, "Reservation, limitation and derogation", 25/10/2006.

viên Công ước phản đối bảo lưu. Tòa đã xem xét và cho ý kiến (ngày 28/5/1951) rằng, ngay cả khi một công ước không có điều khoản bảo lưu thì không có nghĩa là họ bị cấm. Bảo lưu được coi là phù hợp nếu tính đến mục đích và nội dung công ước trên cơ sở hài hòa quan điểm của bên bảo lưu và phản đối. Tòa công lý cho rằng, không thể đưa ra câu trả lời tuyệt đối cho câu hỏi chung về bảo lưu. Mối quan hệ giữa quốc gia thành viên công ước cho thấy, một quốc gia không thể bị ràng buộc bởi một bảo lưu mà nó không chấp thuận. Hay nói cách khác, mọi quốc gia đều tự do quyết định xem họ có phải là một bên tham gia Công ước hay không¹².

Việt Nam đã bảo lưu một số điều trong các CUQT như Công ước chống tham nhũng năm 2003 (Điều 66.2 về Giải quyết bất đồng liên quan đến giải thích và áp dụng Công ước tại Tòa công lý quốc tế); Công ước ICERD (Điều 22 về Giải quyết bất đồng liên quan đến giải thích và áp dụng Công ước tại Trọng tài hoặc Tòa công lý quốc tế); Công ước CEDAW (Điều 29.1 về Giải quyết bất đồng liên quan đến giải thích và áp dụng Công ước tại Tòa công lý quốc tế)...

Việt Nam bảo lưu một số điều khoản (hầu như liên quan đến cơ chế giải quyết tranh chấp) của các CUQT này được hiểu như sự lựa chọn dựa trên chính sách bảo đảm bình đẳng chủ quyền của quốc gia. Đối với nhiều quốc gia thành viên, bảo lưu một số điều khoản CUQT về nhân quyền là giải pháp hữu ích hài hòa hóa quan điểm các quốc gia trong hợp tác phát triển toàn cầu; qua đó góp phần thu hút số thành viên có quan điểm khác biệt cùng tham gia các điều ước. Như vậy, bên cạnh việc sử dụng bảo lưu như phương thức giới hạn trách nhiệm

thực thi nghĩa vụ bảo đảm quyền phù hợp với ĐUQT, bảo lưu còn là cách thức nhân rộng tính phổ quát của các chuẩn mực quyền con người bất luận sự khác biệt trong nhận thức của các quốc gia.

2. Các nguyên tắc Siracusa về hạn chế và các điều khoản tạm đình chỉ trong Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị

ICCPR có hiệu lực từ năm 1976 nhưng vẫn còn nhiều nội dung cần được làm rõ để áp dụng thống nhất, trong đó bao gồm Điều 4 ICCPR. Liên quan đến điều này, Bình luận chung số 5, được thông qua tại kỳ họp thứ mười ba (năm 1981) của Ủy ban Nhân quyền, đã bước đầu giải thích, tạo cách hiểu chung cho các quốc gia thành viên. Tiếp đó, Bình luận chung số 29 được thông qua tại kỳ họp thứ bảy mươi của Ủy ban Nhân quyền vào ngày 31/8/2001 thay thế Bình luận chung số 05¹³.

Các bình luận đều cho rằng, Điều 4 của ICCPR có tầm quan trọng đối với hệ thống bảo vệ quyền con người theo Công ước. Một mặt, nó cho phép một quốc gia đơn phương tạm đình chỉ nghĩa vụ của mình theo Công ước khi rơi vào tình trạng khẩn cấp. Mặt khác, tạm đình chỉ phải bị hủy bỏ khi bối cảnh trở về trạng thái bình thường và trách nhiệm bảo đảm quyền con người phải là mục tiêu chủ yếu của một quốc gia thành viên.

Do thực tế các quốc gia áp dụng điều kiện và cơ sở giới hạn quyền cũng như các ngoại lệ theo ICCPR khác nhau, Đại hội đồng Liên hợp quốc đã nhấn mạnh tầm quan trọng của việc giải thích thống nhất nội dung này.

Bên cạnh sự cố gắng của các quốc gia nhằm đạt được nhận thức chung về giới hạn

¹² ICJ, "Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide", <http://www.icj-cij.org/en/case/12>.

¹³ General comment No 29, CCPR / C / 21 / Rev.1 / Add.11.

quyền và áp dụng tạm đình chỉ quyền, nhiều học giả cũng như các hiệp hội chuyên môn đã tích cực giải thích khoa học, hướng dẫn áp dụng các Điều 4 và Điều 5 ICCPR. Hiệp hội Hoa Kỳ thuộc Ủy ban Luật sư quốc tế (AAICJ) là một trong những tổ chức đóng góp không nhỏ cho mục tiêu trên¹⁴. AAICJ đã khởi xướng một hội thảo gồm 31 chuyên gia nổi tiếng về luật quốc tế, tổ chức tại Siracusa (Ý) vào mùa xuân năm 1984. Cuộc họp này được đồng tổ chức bởi Ủy ban Luật sư quốc tế (ICJ), Học viện về Quyền con người của Urban Morgan, và Viện quốc tế Nghiên cứu cấp cao về khoa học hình sự. Chính từ sự quan tâm của thành viên Ban tổ chức như Viện quốc tế Nghiên cứu cấp cao về khoa học hình sự cho thấy, các thủ tục và trình tự áp dụng trong tổ tụng hình sự sẽ có mối liên hệ thực tế với việc áp đặt và giải thích hạn chế quyền. Việc xem xét các điều khoản về giới hạn và ngoại lệ trong Công ước nhằm xác định: Mục tiêu hợp pháp; các nguyên tắc chung diễn giải liên quan đến việc áp đặt và áp dụng chúng; và một số khía cạnh chính của căn cứ hạn chế hoặc tạm đình chỉ quyền. Các Nguyên tắc Siracusa của ICCPR và Nghị định thư cộng với các điều khoản hạn chế riêng được đề cập tới trong Công ước là một trong những kết quả của cuộc họp trên¹⁵. Các nguyên tắc Siracusa cung cấp hướng dẫn hữu ích về

việc giải thích hạn chế và các điều khoản tạm đình chỉ của ICCPR, một trong những ĐUQT cơ bản về quyền con người¹⁶.

Nội dung cơ bản của Nguyên tắc Siracusa bao gồm:

i) Các điều khoản hạn chế:

* Nguyên tắc giải thích chung liên quan đến việc biện minh cho hạn chế quyền;

* Nguyên tắc giải thích liên quan đến những điều khoản giới hạn cụ thể như: “theo luật định”; “trong một xã hội dân chủ”; “trật tự công cộng (ordre public)”; “sức khỏe cộng đồng”; “đạo đức công cộng”; “an ninh quốc gia”; “an toàn công cộng”; “quyền và tự do của người khác” hoặc “quyền và uy tín của người khác”; “hạn chế xét xử công khai”.

ii) Tạm đình chỉ trong trường hợp khẩn cấp công cộng:

* Trường hợp khẩn cấp công cộng đe dọa cuộc sống của người dân;

* Tuyên bố, thông báo, và chấm dứt tình trạng khẩn cấp đó;

* Yêu cầu nghiêm ngặt dựa theo tình hình;

* Các quyền không thể tạm đình chỉ;

* Một số nguyên tắc chung về hướng dẫn và áp dụng về tình trạng khẩn cấp cũng như hậu quả các biện pháp tạm đình chỉ;

* Các khuyến nghị liên quan đến các chức năng và nhiệm vụ của Ủy ban Nhân quyền và các cơ quan Liên hợp quốc.

Các Nguyên tắc Siracusa đã làm rõ cách hiểu khi xác định điều kiện, căn cứ và các biện pháp giới hạn quyền, tạm đình chỉ quyền phù hợp với ICCPR. Với nội dung cụ

¹⁴ International Commission of Jurists, *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, <https://www.icj.org/siracusa-principles-on-the-limitation-and-derogation-provisions-in-the-international-covenant-on-civil-and-political-rights/>, truy cập ngày 15/3/2018.

AAICJ nhận thấy rằng, một trong những công cụ chính mà các Chính phủ lạm dụng để kìm nén và phủ nhận các quyền và tự do cơ bản của con người là việc áp dụng thiếu căn cứ Luật quốc phòng và Luật về tình trạng khẩn cấp với lý do "trường hợp khẩn cấp, đe dọa cuộc sống chung tại quốc gia" hoặc "những mối đe dọa đối với an ninh quốc gia".

¹⁵ Annex, UN Doc E / CN.4 / 1984/4.

¹⁶ International Commission of Jurists, “Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights”, <https://www.icj.org/siracusa-principles-on-the-limitation-and-derogation-provisions-in-the-international-covenant-on-civil-and-political-rights/>, truy cập ngày 15/3/2018.

thể ghi nhận trong Các Nguyên tắc Siracusa, sự khác biệt về nhận thức khi áp đặt và áp dụng giới hạn quyền hoặc tạm đình chỉ quyền dần dần sẽ bị loại trừ. Hơn thế nữa, sự cụ thể hóa trong hướng dẫn sẽ ngăn ngừa tình trạng lạm dụng các điều khoản giới hạn hoặc tạm đình chỉ trong các CUQT để coi nhẹ hoặc từ chối bảo đảm quyền con người của các quốc gia thành viên ICCPR nói riêng và các CUQT về nhân quyền nói chung. Xét về tầm quan trọng và tính chất cốt lõi của ICCPR trong hệ thống luật nhân quyền quốc tế, các nguyên tắc này không chỉ hiểu trong phạm vi ICCPR mà tạo ra cách hiểu chung trong quá trình ghi nhận và thực thi các CUQT về nhân quyền tại các quốc gia.

3. Kết luận

Việt Nam đã tích cực hợp tác với quốc gia khác bảo đảm quyền con người thông qua việc nghiêm chỉnh thực hiện nghĩa vụ thành viên của các ĐUQT quan trọng về nhân quyền. Những nguyên tắc, điều kiện và căn cứ xác định hạn chế/giới hạn cũng như tạm đình chỉ quyền được ghi nhận hoặc giải thích theo các ĐUQT là nhận thức chung mà Việt Nam đã/sẽ ghi nhận, tôn trọng và bảo đảm thực hiện tiếp nối với Điều 14 Hiến pháp năm 2013. Bên cạnh đó, cách thức bảo lưu theo các ĐUQT cần được tiếp tục cân nhắc trong quá trình tham gia các ĐUQT về nhân quyền.

(Tiếp theo trang 68 – Một số bất cập trong các quy định...)

Tuy nhiên, Nghị định số 88/2016/NĐ-CP chỉ quy định trường hợp doanh nghiệp quản lý quỹ bồi thường thiệt hại cho người tham gia quỹ (người lao động và cá nhân tham gia¹⁰), mà không đề cập đến trường hợp bồi thường thiệt hại cho người sử dụng lao động tham gia Quỹ hưu trí. Trong khi đó, Quỹ hưu trí của CTHTBSTN được tạo lập dựa trên sự đóng góp của người sử dụng lao động, người lao động (nếu có), cá nhân tự đóng góp trực tiếp. Thêm nữa, theo khoản 1 Điều 24 và Điều 26 Nghị định số 88/2016/NĐ-CP thì người sử dụng lao động có thể nhận lại phần đóng góp của mình cho người lao động và kết quả đầu tư từ khoản đóng góp này sau khi trừ đi chi phí hoạt động của Quỹ hưu trí. Do đó, trên thực tế có thể phát sinh trường hợp: Doanh nghiệp quản lý quỹ thực hiện việc đầu tư không đúng với chính sách được quy định tại Điều lệ quỹ mà người lao động lại không đáp ứng được các điều kiện tại văn bản thỏa thuận

ký với người sử dụng lao động thì chủ thể nào sẽ nhận bồi thường thiệt hại từ doanh nghiệp quản lý quỹ? Bởi, căn cứ vào Điều 23, chỉ người lao động, cá nhân mới được quyền nhận khoản bồi thường thiệt hại này. Nếu thực tế phát sinh trường hợp tương tự như ví dụ trên thì áp dụng quy định nào? Hay sẽ coi như không có vi phạm pháp luật? Nếu người tham gia được nhận khoản bồi thường này thì sẽ là bất hợp lý vì bản thân họ đã không đủ điều kiện để được nhận chi trả từ quỹ. Do vậy, cần ban hành bổ sung các quy định pháp luật theo hướng: Quy định về chủ thể được nhận bồi thường thiệt hại do những hành vi vi phạm pháp luật của doanh nghiệp quản lý quỹ trong trường hợp người lao động không đủ điều kiện để được nhận chi trả từ Quỹ hưu trí. Theo đó, xác định chủ thể được nhận bồi thường thiệt hại do doanh nghiệp quản lý quỹ gây ra là người sử dụng lao động tham gia đóng góp vào quỹ.

¹⁰ Xem khoản 1 Điều 3 Nghị định số 88/2016/NĐ-CP.

GIẢI THÍCH ĐIỀU ƯỚC QUỐC TẾ THEO QUY ĐỊNH CỦA CÔNG ƯỚC VIÊN NĂM 1969 VÀ PHÁP LUẬT VIỆT NAM

*Trần Hữu Duy Minh**

Tóm tắt: Bài viết phân tích các cách tiếp cận trong giải thích điều ước quốc tế, chủ thể có thẩm quyền giải thích, và các quy định liên quan trong Công ước Viên về Luật Điều ước quốc tế năm 1969; đồng thời liên hệ với quy định về giải thích điều ước trong pháp luật Việt Nam.

Abstract: This article analyzes the approaches on interpretation of treaties, competence thereof, and relevant rules in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. It thereby makes reference to the relevant rules in Vietnam law, including the 2005 Law on Conclusion, Accession and Implementation of Treaties and the 2016 Law on Treaties.

1. Ba cách tiếp cận chính

Trước khi có quy định về giải thích điều ước quốc tế trong Công ước Viên về Luật Điều ước quốc tế năm 1969 (Công ước Viên), việc giải thích điều ước quốc tế khá linh hoạt, do cần phải đánh giá, so sánh và cân bằng giữa nhiều yếu tố trong và cả ngoài văn bản điều ước¹. Các cơ quan tài phán sử dụng nhiều biện pháp với nhiều lập luận khác nhau để giải thích điều ước quốc tế; và tùy từng trường hợp mà một hay một vài biện pháp được kết hợp sử dụng để giải thích điều ước².

Trước khi có Công ước Viên, ba cách tiếp cận chính về giải thích điều ước là: (1) Giải thích theo câu chữ văn bản; (2) Giải thích theo ý định các bên; và (3) Giải thích theo mục đích và đối tượng³. Mỗi cách tiếp cận có tính hợp lý nhất định. Giải thích theo

câu chữ văn bản nhấn mạnh đến ngôn từ các bên sử dụng để viết ra các cam kết của mình. Cách tiếp cận này xem câu chữ của văn bản điều ước là bằng chứng xác thực nhất về ý định của các bên ký kết. Trong khi đó, cách tiếp cận giải thích theo ý định của các bên nhấn mạnh đến ý định của các bên ký kết mà không nhất thiết phải bám sát vào câu chữ văn bản. Cách tiếp cận thứ hai này tìm kiếm trong các biên bản đàm phán nhằm truy nguyên các trao đổi, mặc cả, nhượng bộ giữa các bên để xác định đúng ý định gốc khi ký kết điều ước quốc tế. Cách tiếp cận thứ ba tập trung vào mục đích và đối tượng của điều ước: Giải thích điều ước quốc tế cần theo hướng hiện thực hoá mục đích và đối tượng khi các bên ký kết. Cách tiếp cận này đôi khi được gọi là giải thích theo mục đích luận.

Các học giả có thể ủng hộ riêng một trong ba cách tiếp cận nêu trên, nhưng họ không phủ nhận nhau hoàn toàn mà chủ yếu tranh cãi về yếu tố cơ bản, chính yếu để giải thích điều ước quốc tế. Thực tế cho thấy, đa số học giả ủng hộ cách tiếp cận giải thích theo câu chữ, nhưng tùy từng trường hợp

* ThS., Khoa Luật Quốc tế, Học viện Ngoại giao.

¹ ILC, *Draft articles on the law of treaties with commentaries 1966*, in *Yearbook of the International Law Commission 1966*, vol. II, United Nations, 1967, tr. 218.

² Như trên.

³ Như trên; Malcolm N. Shaw, *International Law*, 6th ed., CUP, 2008, tr. 932.

cũng xem xét đến ý định các bên và mục đích, đối tượng của điều ước⁴. Ủy ban Luật pháp quốc tế (ILC) khi dự thảo các quy định về giải thích điều ước quốc tế đã lựa chọn một cách tiếp cận trung hoà: Lấy giải thích theo câu chữ là điểm bắt đầu, kết hợp các yếu tố thể hiện ý định các bên và mục đích, đối tượng của điều ước. ILC đã cố gắng kết hợp điểm hợp lý của từng cách tiếp cận, đồng thời hạn chế các điểm yếu. Ba quy định về giải thích điều ước quốc tế được ILC dự thảo sau đó được ghi nhận thành Điều 31, 32 và 33 của Công ước Viên. Điều 31 về quy định chung, Điều 32 về các biện pháp bổ trợ, và Điều 33 về giải thích điều ước được ký kết bằng nhiều ngôn ngữ. Điều 31 và 32 được các cơ quan tài phán công nhận rộng rãi là tập quán quốc tế trong rất nhiều vụ việc⁵. Điều 33 được sử dụng khá rộng rãi bởi các cơ quan tài phán quốc tế, trong đó khoản 4 đã được Tòa án Công lý quốc tế (ICJ) công nhận là quy định tập quán quốc tế⁶.

2. Thẩm quyền giải thích điều ước quốc tế

Giải thích điều ước quốc tế trước hết thuộc về quyền của các bên ký kết⁷. Các bên ký kết là chủ thể xác lập nên các điều ước quốc tế nhằm tạo ra quyền và nghĩa vụ cho chính mình. Do đó, rõ ràng họ có quyền giải thích các quy định do chính mình xác lập – nói cách khác, chủ thể có quyền năng tạo ra

các quy định pháp lý thì cũng có quyền năng giải thích các quy định mà mình tạo ra. Cũng lưu ý rằng, quyền giải thích điều ước của các bên ký kết là quyền tập thể, theo đó, nội dung giải thích chỉ có giá trị pháp lý nếu được tất cả các bên đồng ý. Tuyên bố giải thích đơn phương không có giá trị pháp lý đối với các bên ký kết khác, trừ khi được tất cả các bên ký kết khác chấp nhận⁸.

Bên cạnh các bên ký kết, các cơ quan tài phán hay các cơ quan, tổ chức hoặc thực thể khác cũng có thể có quyền giải thích điều ước quốc tế nếu được các bên chấp nhận hay trao quyền. Ví dụ, Tòa ICJ có quyền giải thích điều ước quốc tế trong vụ việc tranh chấp được các bên đệ trình và chấp nhận thẩm quyền của Tòa; hay các cơ quan của Liên hợp quốc có quyền giải thích quy định của Hiến chương, bao gồm giải thích thông qua việc xin ý kiến tư vấn của Tòa ICJ⁹. Một ví dụ khác là Hiến chương ASEAN trao quyền giải thích cho Ban thư ký phù hợp với thủ tục do Hội đồng Điều phối ASEAN quy định. Cụ thể, Điều 51(1) Hiến chương quy định: “Nếu có đề nghị của bất kỳ Quốc gia thành viên nào, Ban thư ký ASEAN sẽ có trách nhiệm giải thích Hiến chương phù hợp với các quy định về thủ tục mà Hội đồng Điều phối ASEAN quy định”. Lưu ý rằng, các giải thích này có thể có giá trị chung cho tất cả các bên hoặc chỉ một số bên tranh chấp trong vụ việc liên quan; ví dụ như giải thích của Tòa ICJ trong phán quyết chỉ ràng buộc các bên trong vụ việc cụ thể đó. Một điểm lưu ý quan trọng là giải thích điều ước do các cá nhân, tổ chức khác không có giá trị pháp lý, và chỉ có thể xem

⁴ Như trên.

⁵ ILC, “*Subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties*”, in trong ILC, *Report of the International Law Commission on the work of the sixty-eighth session*, 2016, tr. 126 – 127.

⁶ Vụ *LaGrand (Đức v. Mỹ)*, Phán quyết của Tòa ICJ năm 2001, đoạn 101.

⁷ James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th ed., OUP, 2012, tr. 378.

⁸ ILC, *Guide to Practice on Reservations to Treaties* 2011, Hướng dẫn 1.6.3. và 4.7.3.

⁹ James Crawford, sdd., tr. 378 – 379.

là giải thích không chính thức, ví dụ như giải thích của giới học giả¹⁰.

3. Giải thích điều ước theo Điều 31 Công ước Viên

Điều 31(1) của Công ước Viên quy định quy định rằng: “Một điều ước cần được giải thích một cách thiện chí phù hợp với nghĩa thông thường của câu ngữ trong điều ước đặt trong bối cảnh của các câu chữ này và phù hợp với mục đích và đối tượng của điều ước”. Nghĩa thông thường của câu chữ trong điều ước là điểm bắt đầu của việc giải thích điều ước quốc tế, bởi lẽ câu chữ chính là bằng chứng rõ ràng nhất về ý định của các bên¹¹. Thực tế đàm phán cũng cho thấy, các bên ký kết không chỉ tập trung vào nội dung cam kết, mà còn rất cẩn trọng trong việc lựa chọn và sử dụng câu chữ, nhằm phản ánh đúng nhất cam kết chung của các bên.

Nghĩa thông thường của câu chữ có thể được hiểu là nghĩa phổ biến, thông dụng nhất; có thể dễ dàng định nghĩa trong các từ điển ngôn ngữ có uy tín. Ví dụ, trong phán quyết về nội dung của *Vụ kiện Biển Đông*, Tòa Trọng tài đã sử dụng từ điển Oxford English Dictionary và Shorter Oxford English Dictionary để tìm nghĩa thông thường của các từ ngữ sử dụng trong Điều 121(3) Công ước Luật Biển năm 1982¹².

Nghĩa thông thường của câu chữ không thể được hiểu một cách riêng rẽ mà cần được xem xét đặt trong *bối cảnh của câu chữ* đó. Khoản 2 Điều 31 quy định cụ thể rằng: “Bên cạnh văn bản, gồm cả lời nói

đầu và các phụ lục, bối cảnh dùng để giải thích điều ước bao gồm: (a) Bất kỳ thỏa thuận liên quan đến điều ước được các bên đồng ý khi ký kết điều ước; (b) Bất kỳ văn kiện nào được một hay nhiều bên đưa ra khi ký kết điều ước và được các bên khác chấp nhận như là một văn kiện liên quan đến điều ước”. Như vậy, bối cảnh bao gồm toàn bộ văn bản (cả lời nói đầu và các phụ lục), các thỏa thuận, văn kiện liên quan đến điều ước. Những thỏa thuận hay văn kiện nêu trên cần phải được sự đồng ý của tất cả các bên ký kết, do đó, phải được xem xét đến khi giải thích điều ước quốc tế, mặc dù chúng không là một phần của điều ước.

Giải thích điều ước cần được thực hiện phù hợp với *mục đích và đối tượng của điều ước*. Yếu tố này đôi khi được đồng nhất với nguyên tắc giải thích hữu hiệu (principle of effectiveness). Theo đó, nếu quy định của điều ước dẫn đến hai nghĩa, thì nghĩa nào cho phép điều ước có hiệu quả tốt hơn sẽ được lựa chọn¹³.

Ngoài nghĩa thông thường và bối cảnh, khoản 3 Điều 31 còn quy định: “Cùng với bối cảnh, cũng phải xem xét đến (a) *Bất kỳ thỏa thuận sau này* giữa các bên liên quan đến giải thích điều ước hay áp dụng các quy định của điều ước, (b) *Bất kỳ thực tiễn sau này* khi áp dụng điều ước được xem là thỏa thuận của các bên về giải thích điều ước”. Khoản 3 dự trù trước khả năng sau khi ký kết, các bên có thể có thỏa thuận về giải thích điều ước dưới hình thức một thỏa thuận rõ ràng hoặc ngầm định trong thực tiễn thực thi điều ước. Thỏa thuận này vẫn được xem là cách giải thích xác thực chính thức của các bên¹⁴. Thực tiễn thực thi điều ước được xem là “bằng chứng khách quan

¹⁰ Xem Nguyễn Thị Thuận, *Về giải thích điều ước quốc tế*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 11/2005, tr. 51.

¹¹ ILC, *Draft articles on the law of treaties with commentaries 1966*, tldd, tr. 220.

¹² *Vụ kiện Biển Đông* (Philippines v. Trung Quốc), Phán quyết về nội dung của Tòa trọng tài năm 2016, đoạn 478 – 506.

¹³ ILC, *Draft articles on the law of treaties with commentaries 1966*, tldd, tr. 219.

¹⁴ Như trên, tr. 221.

về cách hiểu của các bên về ý nghĩa của điều ước”¹⁵, bởi nếu điều ước được thực thi một cách thuận lợi, không có tranh chấp, chứng tỏ rằng ở một mức độ nhất định, các bên đã có cùng cách hiểu và chấp nhận cách hiểu đó.

Ngoài điểm (a) và (b) nêu trên, điểm c khoản 3 Điều 31 còn quy định thêm: “... cũng cần xem xét đến ... (c) *Bất kỳ quy định có liên quan của luật quốc tế áp dụng trong quan hệ giữa các bên*”. Đây là một quy định khá mơ hồ với nội hàm không rõ ràng khi được ILC dự thảo. Thực tế, nội hàm của quy định này chỉ phát triển dần theo thực tiễn¹⁶. Hai câu hỏi quan trọng là: (1) Luật áp dụng ở đây là luật tại thời điểm ký kết hay luật tại thời điểm áp dụng và (2) Các quy định khác khi giải thích điều ước¹⁷. Câu hỏi thứ nhất liên quan đến vấn đề *giải thích phát triển* khi cả luật pháp quốc tế và ngôn ngữ sử dụng đều thay đổi theo thời gian. Câu hỏi thứ hai hướng đến việc giải thích để phù hợp với tổng thể quan hệ pháp lý giữa các bên, bởi lẽ điều ước và quy định của điều ước đều là một bộ phận của luật quốc tế, và việc giải thích không nên tách rời điều ước khỏi môi trường pháp lý của nó. Ý nghĩa điểm (c) này là bổ sung các quy định còn thiếu sót của điều ước bằng các quy định chung của luật quốc tế, đưa ra hướng dẫn giải thích từ các quy định tương tự trong các điều ước khác, và giải quyết xung đột giữa các điều ước¹⁸.

Khoản 4 Điều 31 quy định: “Một thuật ngữ sẽ có được hiểu với nghĩa đặc biệt nếu

có thể xác lập rằng các bên có ý định như thế”. Như vậy, nếu các bên ký kết đồng ý về việc sử dụng một *nghĩa đặc biệt* thì nghĩa đặc biệt đó sẽ được sử dụng, mà không sử dụng nghĩa thông thường. Nghĩa đặc biệt này thường được ghi nhận trong các quy định mở đầu của các điều ước quốc tế về định nghĩa các thuật ngữ được sử dụng.

Như vậy, Điều 31 khi giải thích điều ước quốc tế, cần chú ý đến các yếu tố nêu trên. Việc lựa chọn và áp dụng một hay một nhóm các yếu tố có thể sẽ cho ra các kết quả giải thích không giống nhau.

4. Các biện pháp bổ trợ theo Điều 32 Công ước Viên

Điều 32 quy định hai biện pháp bổ trợ khi giải thích điều ước quốc tế, bao gồm văn bản trù bị (*preparatory works/travaux preparatoire*) và hoàn cảnh ký kết điều ước. Điều 32 quy định rằng: “Có thể phải sử dụng đến các biện pháp giải thích bổ trợ, bao gồm văn bản trù bị của điều ước và hoàn cảnh ký kết của điều ước, để xác nhận nghĩa được giải thích thông qua việc áp dụng Điều 31, hoặc để xác định nghĩa khi giải thích theo Điều 31: (a) Dẫn đến nghĩa mơ hồ hay khó hiểu, hoặc (b) Dẫn đến kết quả rõ ràng là vô lý hay không hợp lý”. Hai biện pháp trên chỉ được xem là biện pháp bổ trợ là do chúng chỉ được áp dụng sau khi áp dụng Điều 31, nhằm xác nhận lại kết quả giải thích, hoặc trực tiếp giải thích điều ước khi kết quả giải thích theo Điều 31 còn mơ hồ, phi lý. Các biện pháp bổ trợ ở Điều 32 là danh sách mở, có thể có các biện pháp bổ trợ khác¹⁹.

Xem xét văn bản trù bị sẽ có thể giúp truy nguyên, theo dõi diễn biến đàm phán

¹⁵ Như trên.

¹⁶ Richard Gardiner, “The Vienna Convention Rules on Treaty Interpretation”, in trong Duncan B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, OUP, 2012, tr. 487.

¹⁷ Như trên, tr. 485 – 487.

¹⁸ Richard K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, OUP, 2008, tr. 260.

¹⁹ Xem Richard K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, sđd, mục 3.3, tr. 311 – 312; Anthony Aust, sđd, tr. 248 – 249.

giữa các bên, từ ý tưởng ban đầu, mặc cả, nhượng bộ, trao đổi lợi ích để đi đến cam kết cuối cùng. Trong một số trường hợp, văn bản trù bị hỗ trợ hiệu quả trong việc xác định rõ ý định của các bên, nhất là khi lưu trữ đầy đủ biên bản đàm phán. Bất lợi lớn nhất của biện pháp này là không phải lúc nào cũng có đầy đủ biên bản ghi nhận trọn vẹn diễn biến đàm phán, đặc biệt là các cuộc đàm phán kéo dài nhiều năm, nhiều thập kỷ. Dù có đủ văn bản lưu trữ thì đôi khi văn bản lưu trữ quá lớn để khảo sát toàn diện, ví dụ như văn bản trù bị trong Hội nghị Liên hợp quốc về Luật Biển lần thứ ba (1973 – 1982).

Hoàn cảnh ký kết điều ước là yếu tố rất mơ hồ và có thể xem là biện pháp bất đắc dĩ cuối cùng khi giải thích điều ước quốc tế. Logic ở đây là dựa vào tất cả các hoàn cảnh xung quanh việc ký kết điều ước quốc tế đặt trong quan hệ giữa các bên để xác định ý chí của các bên. Biện pháp này có độ khả tín rất thấp, cần phải sử dụng một cách cẩn trọng.

5. Giải thích điều ước được ký kết bằng nhiều ngôn ngữ

Trong trường hợp một điều ước quốc tế được ký kết bằng nhiều ngôn ngữ, như các điều ước quốc tế do Liên hợp quốc bảo trợ sẽ có sáu bản bằng sáu ngôn ngữ chính thức của tổ chức này, hay điều ước quốc tế song phương thường có hai bản theo hai ngôn ngữ của hai bên ký kết. Điều 33 quy định về cách giải thích điều ước quốc tế có nhiều phiên bản ngôn ngữ khác nhau, đặc biệt là khi giữa các phiên bản có độ lệch về ý nghĩa. Điều 33 quy định về “Giải thích các điều ước được xác thực bằng hai hay nhiều ngôn ngữ” như sau:

“1. Khi một điều ước được xác thực bằng hai hay nhiều ngôn ngữ, văn bản trong mỗi ngôn ngữ đều có giá trị như nhau, trừ khi điều ước có quy định khác hoặc các bên

đồng ý rằng trong trường hợp có sự khác biệt thì chỉ một văn bản nhất định có giá trị ưu thế hơn.

2. Bản dịch một điều ước sang một ngôn ngữ khác với một trong những ngôn ngữ mà văn bản đã được xác thực sẽ chỉ được xem là văn bản xác thực nếu điều ước có quy định như vậy hoặc các bên đã thỏa thuận như vậy.

3. Các thuật ngữ của một điều ước được xem là có cùng một nghĩa trong các văn bản xác thực.

4. Trừ trường hợp theo đó một văn bản nhất định có giá trị ưu thế hơn theo quy định ở khoản 1, khi việc so sánh các văn bản đã được xác thực cho thấy có một sự khác biệt về nghĩa mà việc áp dụng các Điều 31 và 32 không thể giải quyết được thì sẽ sử dụng nghĩa nào hòa hợp một cách tốt nhất với các văn bản đó, có tính đến đối tượng và mục đích của điều ước”.

Ở đây cần đặc biệt lưu ý rằng, Điều 33 chỉ áp dụng đối với các bản được xác thực, bản gốc của điều ước quốc tế, chứ không điều chỉnh với những bản không có giá trị xác thực như “bản dịch chính thức”, “bản dịch” của điều ước do một quốc gia hay một tổ chức đưa ra. Bản xác thực của điều ước là văn bản được các bên ký kết xác thực theo Điều 10 Công ước Viên, hoặc theo quy định của chính điều ước quốc tế đó.

Thực tế cho thấy, hầu hết các điều ước với nhiều bản xác thực bằng các ngôn ngữ khác nhau có giá trị như nhau. Các quốc gia cũng có thể thỏa thuận để lựa chọn một bản có giá trị ưu thế hơn so với các bản xác thực khác²⁰. Khi đó, bản ưu thế sẽ là văn bản duy nhất được sử dụng để giải thích và áp dụng điều ước quốc tế. Trong trường hợp có xung đột nghĩa giữa các bản, theo khoản 1 Điều

²⁰ Điều 33(1) Công ước Viên.

33 nêu trên, bản ưu thế sẽ được sử dụng. Ví dụ như Điều 23(5) Hiệp định về tự do, xúc tiến và bảo hộ đầu tư năm 2003 giữa Việt Nam và Nhật Bản quy định: “Hiệp định này làm thành hai bản tại Tokyo ngày 14 tháng 11 năm 2003, mỗi bản gồm các thứ tiếng Việt Nam, tiếng Nhật Bản và tiếng Anh, tất cả các bản đều có giá trị ngang nhau. Trong trường hợp có sự giải thích khác nhau, bản tiếng Anh sẽ có giá trị quyết định”²¹.

Khoản 3 Điều 33 quy định, câu chữ của điều ước được xem là có cùng ý nghĩa trong tất cả các bản xác thực. Logic ở đây là: Dù có nhiều bản ngôn ngữ khác nhau, nhưng về bản chất chỉ có một điều ước quốc tế được ký kết, và do đó, cũng chỉ có một nghĩa duy nhất trong tất cả bản ngôn ngữ khác nhau. Trong trường hợp các bên không có thỏa thuận và điều ước không quy định, khoản 4 Điều 33 quy định rằng nghĩa của điều ước là nghĩa phù hợp nhất giữa các phiên bản ngôn ngữ xét theo mục đích và đối tượng của điều ước. Như vậy, nếu không có phiên bản ưu thế thì tất cả các phiên bản xác thực đều có giá trị như nhau, và nghĩa chung, duy nhất của chúng là nghĩa trung hoà được tất cả các phiên bản.

Quy định tại Điều 33 là rất cần thiết khi thực tiễn cho thấy, khó có điều ước quốc tế nào không có nhiều phiên bản xác thực, trừ trường hợp ngôn ngữ chính thức của các bên là giống nhau (như Mỹ và Anh). Ngoài ra, Điều 33 còn có một số gợi ý hữu ích cho người nghiên cứu và thực hành luật quốc tế.

Thứ nhất, Điều 33 gợi ý rằng, thông qua biện pháp so sánh các bản xác thực trong nhiều ngôn ngữ có thể làm sáng tỏ hơn ý

nghĩa của điều ước. Ví dụ như Điều 51 Hiến chương Liên hợp quốc quy định quyền tự vệ là “*the inherent right of individual or collective defense*” trong bản tiếng Anh, và trong bản tiếng Pháp được sử dụng là “*au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective*”. Bản tiếng Pháp đã dùng từ “*naturel*” và thêm một từ “*légitime*” làm rõ nghĩa quyền tự vệ hợp pháp là một quyền tự nhiên. So sánh như thế có thể thấy rõ hơn nội hàm của một quy định cụ thể.

Thứ hai, khi đọc và giải thích các điều ước quốc tế phải xem xét trên cơ sở bản xác thực của điều ước đó, không sử dụng bản dịch. Ví dụ, nếu sử dụng bản Công ước Luật Biển năm 1982 tiếng Việt, kể cả khi bản dịch đó là bản dịch chính thức của Bộ Ngoại giao, thì về nguyên tắc, văn bản dịch đó không có giá trị pháp lý theo luật pháp quốc tế.

6. Giải thích phát triển

Ngoài ba cách tiếp cận chính nêu ở trên, có một cách tiếp cận khác không được quy định trong Công ước Viên: Giải thích phát triển (*evolutionary interpretation/evolutive interpretation*). Mặc dù không được ghi nhận vào Công ước Viên, trên thực tế cách tiếp cận này vẫn tồn tại và được sử dụng cho đến nay. Cách tiếp cận này được sử dụng rộng rãi và nhất quán nhất tại Tòa án Nhân quyền châu Âu. Tòa này cho rằng, Công ước Nhân quyền châu Âu là một “văn kiện sống” và cần phải được giải thích phù hợp với các điều kiện tại thời điểm giải thích²².

Cách tiếp cận này là một trong những quan điểm chính để trả lời cho câu hỏi nếu

²¹ Hiệp định giữa Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam và Nhật Bản ngày 14/11/2003 về tự do, xúc tiến và bảo hộ đầu tư, Điều 23(5), xem tại <http://vietlaw.quochoi.vn/Pages/vbpq-toan-van.aspx?ItemID=17198>, truy cập ngày 04/10/2018.

²² Bernadette Rainey, Elizabeth Wicks, và Clare Ovey, *Jacobs, White, and Ovey: The European Convention on Human Rights*, 6th ed., OUP, 2014, tr. 74.

luật pháp quốc tế và ngôn ngữ thay đổi theo thời gian, vậy điều ước quốc tế như một bộ phận của luật quốc tế và ngôn ngữ dùng để ghi nhận cam kết trong điều ước có thay đổi theo không? Đây là vấn đề còn tranh cãi cho đến nay trong khuôn khổ ILC, liên quan đến khoản 1 và 3 của Điều 31. Cho đến nay, ILC cũng chưa có quan điểm thống nhất và rõ ràng²³.

7. Pháp luật Việt Nam về giải thích điều ước quốc tế

Pháp luật Việt Nam quy định về giải thích điều ước quốc tế theo ba khía cạnh chính: (i) Biện pháp giải thích, (ii) Cơ quan có thẩm quyền giải thích, và (iii) Trình tự, thủ tục giải thích. Phần này chỉ đề cập đến khía cạnh đầu tiên về biện pháp giải thích. Giải thích điều ước quốc tế được quy định lần đầu tiên trong Pháp lệnh về Ký kết và thực hiện điều ước quốc tế năm 1989. Điều 29 của Pháp lệnh về “Giải thích nội dung điều ước quốc tế” quy định rằng nội dung của điều ước phải được giải thích phù hợp với pháp luật quốc tế về giải thích điều ước quốc tế. Trong bối cảnh Việt Nam gia nhập Công ước Viên vào năm 2001, quy định trên được cụ thể hoá hơn ở Điều 75 của Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế năm 2005 (Luật năm 2005)²⁴. Điều 75 quy định về “yêu cầu và căn cứ giải thích điều ước quốc tế” nhắc lại nội dung của Điều 31 và 32 Công ước Viên. Thiếu sót của Luật năm 2005 là không có quy định tương ứng với Điều 33 của Công ước Viên.

Đến Luật Điều ước quốc tế năm 2016 (Luật năm 2016), tất cả các quy định trên đã gần như bị loại bỏ. Thay vào đó, Luật năm 2016 chỉ còn đúng một quy định về trách nhiệm của cơ quan đề xuất trong việc chủ trì, phối hợp trong “trường hợp có sự khác nhau về cách hiểu và áp dụng quy định” (khoản 7 Điều 79). Khoản 7 này chỉ quy định thẩm quyền, trình tự, thủ tục, và đã loại bỏ yêu cầu, căn cứ giải thích điều ước quốc tế ở Điều 75 Luật năm 2005. Giải thích cho việc loại bỏ các quy định về giải thích điều ước quốc tế, Chính phủ có thuyết minh rằng: “Các nội dung quy định tại các Điều 74-79 Luật năm 2005 đã được Công ước Viên năm 1969 về Luật Điều ước quốc tế quy định và có ý nghĩa trong quan hệ giữa các quốc gia. Hơn nữa, trong trường hợp Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Chính phủ ra văn bản giải thích điều ước quốc tế nhưng phía nước ngoài không chấp nhận thì việc giải thích điều ước quốc tế theo quy định tại các Điều 74-79 Luật năm 2005 trở nên bất hợp lý. Vì vậy, khoản 8 Điều 68 dự thảo Luật sử dụng khái niệm “*cách hiểu và áp dụng quy định của điều ước quốc tế*” thay cho khái niệm “*giải thích điều ước quốc tế*”²⁵.

Có thể thấy, hai lý do chính cho việc loại bỏ Điều 75 là: (1) Giải thích điều ước quốc tế chỉ có ý nghĩa trong quan hệ giữa các quốc gia, và (2) Dù có giải thích nhưng nếu phía nước ngoài không chấp nhận thì việc giải thích sẽ trở nên bất hợp lý. Hai lý do trên có điểm hợp lý nhất định. Nhưng, nếu nhìn từ một góc độ khác, có thể có ý kiến cho rằng hai lý do đưa ra chưa thật sự

²³ ILC, *Report of the Study Group of the ILC on “Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law”*, A/CN.4/L.682, 2006, đoạn 475 – 478.

²⁴ Xem các phân tích cụ thể về Điều 75 trong Nguyễn Thị Thuận, *ltdđ*, tr. 49 – 54.

²⁵ Chính phủ, *Bản thuyết minh về dự thảo Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế (sửa đổi)*, ngày 22/10/2015, tr. 10 – 11, xem tại: http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=1142&TabIndex=2&TaiLieuID=2302

xác đáng hay hoàn toàn thuyết phục. Việc loại bỏ Điều 75 có thể xem là một bước lùi của Luật năm 2016 so với Luật năm 2005 và có thể mang lại nhiều khó khăn hơn là thuận lợi. Nhận định trên có thể dựa trên bốn căn cứ sau đây:

Thứ nhất, cơ quan soạn thảo nhận định chưa đầy đủ khi cho rằng giải thích điều ước quốc tế chỉ có ý nghĩa trong quan hệ giữa các quốc gia. Mặc dù điều ước quốc tế điều chỉnh quan hệ giữa các quốc gia, nhưng không đồng nghĩa với việc điều ước quốc tế chỉ có ý nghĩa trong quan hệ giữa các quốc gia. Bởi vì, việc thực hiện điều ước quốc tế rõ ràng liên quan đến các cơ quan, tổ chức, cá nhân trong nội bộ các quốc gia đó. Nếu các cơ quan, tổ chức, cá nhân trong nội bộ quốc gia không hiểu đúng, giải thích sai thì sẽ ảnh hưởng đến việc thực hiện điều ước quốc tế, kéo theo đó mục đích và đối tượng khi ký kết không đạt được, tạo ra tranh chấp không cần thiết với các bên ký kết khác.

Thứ hai, cơ quan soạn thảo cho rằng các bên có thể không chấp nhận các giải thích của Việt Nam thì cũng bất hợp lý. Ở đây, có sự nhầm lẫn giữa việc quy định về giải thích điều ước với việc kết quả giải thích có được chấp nhận hay không. Việc đưa ra quy định như Điều 75 của Luật năm 2005 là nhằm tạo căn cứ pháp lý để các cơ quan, tổ chức của Việt Nam giải thích; đồng thời để đánh giá kết quả giải thích. Chính Công ước Viên khi đưa ra quy định tại Điều 31 đến Điều 33 cũng không xét đến việc các quốc gia có chấp nhận giải thích của nhau hay không.

Thứ ba, việc loại bỏ Điều 75 của Luật năm 2005 đã làm mất đi căn cứ pháp lý cho việc giải thích điều ước quốc tế, các hướng dẫn cần thiết về cách thức, biện pháp và yếu tố cần tính đến khi giải thích điều ước quốc tế. Hệ quả của việc này có thể dẫn đến việc

giải thích tùy tiện và không có thước đo đánh giá cách hiểu nào là đúng, chính xác. Việc có cách hiểu đúng quy định của các điều ước quốc tế là rất quan trọng, vì đây là căn cứ để thực hiện điều ước thông qua sửa đổi, bổ sung, bãi bỏ hoặc ban hành văn bản quy phạm pháp luật²⁶, hoặc áp dụng trực tiếp điều ước quốc tế²⁷. Một hệ quả khác là các cơ quan, tổ chức, cá nhân không có hướng dẫn để biết cách giải thích điều ước quốc tế trong bối cảnh kiến thức về luật quốc tế nói chung và luật điều ước quốc tế nói riêng còn rất hạn chế ở Việt Nam hiện nay.

Thứ tư, có thể cơ quan soạn thảo cho rằng các cơ quan, tổ chức, cá nhân ở Việt Nam có thể sử dụng các quy định ở Điều 31 đến Điều 33 của Công ước Viên để giải thích điều ước mà không cần nhắc lại vào Luật năm 2016. Giả định trên không phải không có điểm hợp lý, nhưng tính hợp pháp và tính khả thi chưa được bảo đảm. Về tính hợp pháp, Điều 31 đến Điều 33 Công ước Viên có thể không được áp dụng trực tiếp ở Việt Nam. Về tính khả thi, như đã đề cập ở trên, việc biết, hiểu và vận dụng đúng các quy định ở Điều 31 đến Điều 33 khó có thể bảo đảm.

Thiết nghĩ, trước mắt các cơ quan có thẩm quyền cần xem xét ban hành quy định cụ thể hóa, hoặc phát hành tài liệu hướng dẫn về cách thức giải thích điều ước để lấp khoảng trống do việc loại bỏ Điều 75 của Luật năm 2005. Về lâu dài, Luật năm 2016 cần khắc phục và hoàn thiện hơn Điều 75 như đã phân tích, nội luật hóa các quy định của Công ước Viên, bảo đảm hiệu quả giải thích điều ước quốc tế tại Việt Nam. Nếu quan điểm loại bỏ Điều 75 tiếp tục được giữ lại trong lần sửa đổi sau, cần nghiên cứu kỹ để đưa ra lý do thuyết phục hơn.

²⁶ Như trên.

²⁷ Điều 6 của Luật năm 2005 và Luật năm 2016.